



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

5 | DE PARTIJWIL BINNEN DE CONTEXT VAN OVERHEIDSDWANG

Dit hoofdstuk staat in het teken van de partijwil: preciezer gezegd in het teken van de partijwil binnen de context van de overheidswang.

In de traditionele notariële praktijk is de aandacht gericht op de contractsvrijheid, te weten het domein van de verbintenisscheppende (of: obligatoire) overeenkomst (artikel 6:213 lid 1 BW). Daarin geldt het primaat van de partij-akte. Binnen dit domein speelt de subjectieve partijwil een sleutelrol.

Tegen deze achtergrond behandelen wij in dit hoofdstuk de tweede onderzoeksvraag. OV2 luidt als volgt. *“In hoeverre kan de notaris bij de proces-verbaalakte vaststellen dat de procespartijen de wil hadden om hun verbintenissen in de akte te laten opnemen om de grosse van de akte te laten dienen als executoriale titel ter beëindiging van hun geschil?”* Om deze vraag te beantwoorden, onderzoeken wij welke betekenis de notaris moet toekennen aan het begrip “partijwil” bij het passeren van de proces-verbaalakte bij een privaat gerecht. Daartoe wordt in § 5.1 de contractsvrijheid versus de beperkte keuzevrijheid binnen de rechtspraak behandeld. In § 5.2 onderzoeken wij de partijwil bij de partij-akte. In § 5.3 behandelen wij de partijwil bij rechtspraak door een privaat gerecht, met inbegrip van de proces-verbaalakte. In § 5.4 bespreken wij de bevoegdheid van de notaris om rechtsfeiten te relateren aan de procespartijen. In § 5.5 wordt het antwoord op de tweede onderzoeksvraag geformuleerd.

5.1 DE CONTRACTSVRIJHEID VERSUS BEPERKTE KEUZEVRIJHEID BINNEN DE RECHTSPRAAK

In deze paragraaf behandelen wij de partijwil als grondslag van gebondenheid aan een overeenkomst. De wet vereist voor elke rechtshandeling een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard (artikel 3:33 BW). Bij een overeenkomst, die tot stand komt door aanbod en aanvaarding (artikel 6:217 BW), kan de wil van elk der partijen door een privaat gerecht worden geconstateerd uit de bepalingen in de tussen partijen gesloten schriftelijke overeenkomst.

Het uitgangspunt bij het aangaan van een overeenkomst is de contractsvrijheid (de subjectieve partijwil). Dit houdt in dat het een ieder vrij staat (a) wel of niet een overeenkomst aan te gaan, (b) een overeenkomst aan te gaan met wie men wil, (c) de inhoud, de werking en de voorwaarden van een overeenkomst naar eigen inzicht te bepalen, (d) deze wel of niet aan een vorm te binden en/of (e) deze aan de bepalingen van een gekozen jurisdictie te onderwerpen.⁴¹⁶ Eventuele algemene voorwaarden kunnen deel uitmaken van een overeenkomst (artikel 6:231 e.v. BW). De overeen-

416 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 125.

komst die is opgemaakt als een onderhandse akte heeft tussen partijen dwingende bewijskracht (artikel 157 lid 2 Rv).

De keuze voor geschilbeslechting bij een met name genoemd privaats gerecht in de algemene voorwaarden zal in de praktijk van vandaag vaak deel uitmaken van de koopovereenkomst op afstand, een vorm van consumentenkoop (artikel 6:230g e.v. BW).⁴¹⁷ De wil van partijen blijkt dan uit deze overeenkomst.

Wij noemen de rechtshandeling van de oproeping per deurwaardersexploot (zie § 2.3.3) als (i) een nadere wilsuitering van de eisende procespartij die hiermee de keuze voor het private gerecht herbevestigt, en (ii) een nadere wilsafvraging van de gedaagde die de keuze voor het private gerecht binnen een maand kan herroepen, bij gebreke waarvan zijn instemming met de keuze voor het private gerecht door de wet wordt verondersteld.

Wat voor ons onderzoek echter niet mag worden vergeten, is dat de procespartijen voor de notaris uitsluitend 'objecten van waarneming' zijn *tijdens* de procedure en geen comparanten. Wanneer de notaris de procedure waarneemt, wordt hij op het punt van de nadere wilsafvraging slechts geconfronteerd met voltooide rechtsfeiten uit het verleden. De notaris tekent vervolgens zijn waarnemingen over het verloop van de procedure op en legt deze vast, onafhankelijk van de wil van de betrokkenen (zie § 3.4). Wij zullen deze observaties verder uitwerken in hoofdstuk 4.

De staatssecretaris heeft de juistheid van de hierboven beschreven handelwijze in de context van de toepassing van artikel 6:236 sub n BW op arbitrage, op 23 oktober 2013 bevestigd en wel als antwoord op Kamervraag 3 (zie *Handelingen II* 2013/2014, 292, p. 2).⁴¹⁸

"Vraag 3

"Is volgens u duidelijk genoeg voor gedaagde partijen dat zij bij een juridisch geschil in principe niet te maken zullen krijgen met een overheidsrechter, maar met een alternatief? Zo ja, op welke wijze? Zo nee, welke maatregelen gaat u hiertegen nemen?"

"Antwoord 3

"Arbitrage en bindend advies kunnen op verschillende manieren worden overeengekomen. In een arbitrageovereenkomst, maar ook via een beding in algemene voorwaarden behorend bij deze overeenkomst. In dit laatste geval wordt de consument extra beschermd.

"De wet bepaalt namelijk dat wanneer in een overeenkomst met een consument algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard die een beding inhouden over beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn hetzij een of meer arbiters, de consument een termijn van tenminste een maand wordt gegund, nadat de gebruiker zich jegens haar

417 Asser/Hijma 2013 (7-1*), nr. 94b.

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

schriftelijk op het beding heeft beroepen, om voor de beslechting door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen (art. 6:236n Burgerlijk Wetboek). Wanneer hierin niet voorzien is, wordt het beding als onredelijk bezwend aangemerkt en is het vernietigbaar.

“De hiervoor genoemde bepalingen in de wet zorgen ervoor dat consumenten niet «zomaar» geconfronteerd kunnen worden met een arbitrage of een bindend adviesprocedure. Zij hebben hierdoor de mogelijkheid om alsnog naar de overheidsrechter te gaan. e-Court past blijkens het reglement deze bepaling reeds toe op de arbitrageprocedure.”

Wat betreft H.W. Wiersma's kwalificatie van een “werkbaar alternatief”⁴¹⁹ merken wij volledigheidshalve op, dat hij in zijn bijdrage over de constructie van de vastlegging van een private uitspraak (*i.c.* het bindend advies) in een proces-verbaalakte een expliciete *caveat* maakt voor de toepassing op het terrein van consumentengeschillen. Hij noemt hiervoor twee argumenten: (1) de notaris mag de eisende partij niet te hulp schieten met een snelle executiemogelijkheid buiten de rechter om (hij noemt dat dit al snel in strijd zou komen met zijn ambtelijke onpartijdigheid) en (2) partijen behoren daarom samen als comparanten ten overstaan van de notaris te verklaren dat zij een executoriale titel wensen. De hierboven weergegeven opmerkingen van de staatssecretaris verschenen in dezelfde maand als de bijdrage van H.W. Wiersma, en konden daarom door hem niet worden betrokken in zijn beschouwing.

Had H.W. Wiersma artikel 6:236 sub n BW en de opmerkingen van de staatssecretaris wel in zijn bijdrage kunnen betrekken, dan veronderstellen wij dat hij mogelijk tot bovenstaande conclusie zou zijn gekomen.

H.W. Wiersma merkt terecht op dat het niet zo mag zijn dat de notaris de eisende partij te hulp schiet. De notaris mag op grond van zijn onafhankelijkheid nooit een partij eenzijdig te hulp schieten door het passeren van een proces-verbaalakte. Dat mag hij ook niet bij een partij-akte wanneer hij “in vrede” wordt aangezocht door de partijen, wanneer de notaris crediteur (de eisende partij) buiten de rechter om een titel in handen geeft zonder dat sprake behoeft te zijn van enig rechtsgeschil.⁴²⁰ Echter, de notaris wordt nu juist benaderd in het kader van rechtspraak, waarbij het aangezocht private gerecht de pretenties van de crediteur onafhankelijk heeft beoordeeld. Om te waarborgen dat de rechtspositie van de gedaagde is gewaarborgd, is de preventieve toetsing van de notaris (zie § 2.7.4) van belang.

De opmerking van H.W. Wiersma brengt onzes inziens mee, dat de notaris de grosse niet blindelings mag afgeven, maar eerst (i) als onafhankelijke ambtsdienaar een marginale toetsing van de beslissing dient uit te voeren, en (ii) als procesbewaker dient te controleren of voldaan is aan de eisen van een behoorlijk proces. Al doende beoordeelt hij zelfstandig of hij, na vastlegging van het bindend advies in de akte, tot afgifte van de grosse van de akte kan overgaan om aan de uitspraak executoriale kracht te verbinden. Het feit dat partijen hebben gekozen voor geschilbeslechting op

419 Wiersma, red. art. 2013, p. 402

420 Wiersma, red. art. 2013, p. 402, verwijzend naar Pitlo 1942.

grondslag van bindend advies of arbitrage is op zichzelf geen bezwaar in relatie tot consumentengeschillen.

5.2 HET BEGRIP PARTIJWIL BIJ PARTIJ-AKTEN

In deze paragraaf onderzoeken wij de betekenis van het begrip partijwil bij partij-akten.

Wij behandelen dit onderwerp met een voorbeeld, te weten de notariële vastlegging in een partij-akte van een onderhandse overeenkomst tot geldlening. Wij gaan ervan uit dat de geldlening in een onderhandse akte is vastgelegd, waarbij de geldverstrekker als voorwaarde heeft gesteld dat de geldsom beschikbaar wordt gesteld nadat de overeenkomst notarieel is vastgelegd. In dat geval zal de debiteur bij de notaris meewerken aan het passeren van een notariële partij-akte, waarin de rechtsverhouding van partijen – hun overeenkomst van geldlening – wordt vastgelegd in een authentieke akte. Deze akte heeft dwingende bewijskracht tegenover een ieder (artikel 157 Rv). Hiermee krijgt de crediteur het machtige wapen van een executoriale titel in handen. Mochten zich in de toekomst conflicten voordoen, bijvoorbeeld over rente en/of aflossing, dan kan de kostbare en tijdrovende gang naar het gerecht achterwege blijven.

In dit voorbeeld stelt de notaris de (subjectieve) partijwil van de debiteur vast om welbewust en uit vrije wil tot het opnemen van zijn verbintenissen in de akte over te gaan, omdat dit leidt tot rechtsgevolgen die niet voortvloeien uit de wet. De debiteur staat immers op het punt om de crediteur een sterkere positie te verschaffen dan de rechtspositie die de crediteur op grond van de wet toekomt.

Het is van belang om vast te stellen dat in de reguliere praktijkuitoefening van een notaris, zoals in het bovenomschreven voorbeeld, in het algemeen wordt aangenomen dat sprake is van contractsvrijheid. De notaris toetst de subjectieve wil van partijen die vrijwillig nieuwe rechtsgevolgen in het leven roepen, die anders niet zouden ontstaan.

5.3 HET BEGRIP PARTIJWIL BIJ DE PROCES-VERBAALAKTE

Al eerder (zie § 3.1.2) hebben wij opgemerkt, dat de proces-verbaalakte bij private rechtspraak mag worden verleden door de notaris op verzoek van een enkele opdrachtgever. Hij kan hierin ook waarnemingen vastleggen in relatie tot de procespartijen die hem niet om vastlegging hebben verzocht of daar geen prijs op stellen (zie § 3.1.3). Wij onderzoeken het begrip partijwil nader in drie gedaanten. In § 5.3.1 onderzoeken wij het begrip partijwil bij de proces-verbaalakte in de traditionele praktijk van de notaris. Wij hanteren daarbij het voorbeeld van een veiling. In § 5.3.2 behandelen wij het begrip partijwil bij de vastlegging van een bindend advies in de proces-verbaalakte als onderdeel van de procedure. In § 5.3.3 gaan wij in op de partijwil na afloop van de procedure.

5.3.1 De partijwil bij de proces-verbaalakte in de traditionele praktijk

Bij veilingen zal de notaris zich beperken tot de waarneming van rechtsfeiten, die het gevolg zijn van actieve handelingen van partijen. Zonder handelingen van partijen zijn er immers geen rechtsgevolgen. Zo zal de bezoeker van de veiling, waarop veilingvoorwaarden van toepassing zijn, aan die voorwaarden gebonden zijn tijdens zijn bezoek. Degene die thuis blijft komt met de voorwaarden niet in aanraking. Degene die het hoogste bod doet op de veiling, wordt koper. Ook daarvoor is een actieve handeling nodig. De bieder moet bijvoorbeeld zijn hand opsteken of iets roepen ("mijn!"). Degene die niet meedoet aan de bieding, wordt geen koper. Door te handelen werkt de bezoeker mee aan de veiling en treden rechtsgevolgen in. Door niet te handelen, werkt hij niet mee en treden geen rechtsgevolgen in.

De wilsverklaringen van de bieder op de veiling zien derhalve op het aangaan van een overeenkomst, op het scheppen van nieuwe rechtsgevolgen. Een bieder mag aan de waarnemend notaris verklaren – maar is hiertoe niet verplicht – dat hij de wil heeft dat zijn verklaringen worden vastgelegd in de proces-verbaalakte en/of dat hij de akte wil mede ondertekenen. De bevoegdheid van de notaris om de verklaringen op te tekenen is gelegen in het feit dat hij daartoe al opdracht had gekregen. Dit is vermeld in de veilingvoorwaarden. De bieder is niet meer dan het object van waarneming door de notaris. Hij is geen partij bij de akte. Door het bezoeken van de veiling, waarop veilingvoorwaarden van toepassing zijn, wordt de bieder verondersteld te hebben ingestemd met de gang van zaken op de veiling. Daarom moet hij op zijn woorden passen. Immers, het zij hier herhaald, de notaris zit gereed om als het ware als een persfotograaf zijn waarnemingen vast te leggen (zie § 3.1.3).

5.3.2 De partijwil bij de proces-verbaalakte binnen de gerechtelijke procedure

Zoals hiervoor in § 2.3 is gebleken, is de uitnodiging om te procederen dwingend, en kan een procespartij de rechtsgevolgen rond een civiele procedure niet tegenhouden door geen medewerking te verlenen.

Wij stelden in § 2.3.2 vast dat wanneer de gedaagde procespartij de termijn van artikel 6:236 sub n BW ongebruikt laat verstrijken, het private gerecht naar keuze bevoegd is. Wanneer daarbij in de oorspronkelijke overeenkomst is verwezen naar een procesreglement, zijn deze regels van toepassing. Bij arbitrage volgt dit eveneens uit artikel 1020 lid 6 Rv.

De wet veronderstelt na ommekomst van de (ongebruikt gelaten) termijn van artikel 6:236 sub n BW de partijwil aanwezig voor (i) de inhoudelijke beoordeling van het geschil door het private gerecht, en (ii) de wijze waarop het proces wordt gevoerd volgens het toepasselijke procesreglement. Dit brengt mee dat daarin geregelde onderwerpen, zoals de wijze van benoeming van de arbiter, zijn bepaald, mits (a) in de overeenkomst tussen partijen is verwezen naar het toepasselijke procesreglement, zodat (b) de gedaagde via dit reglement bekend is, althans had kunnen zijn, met de wijze waarop wordt geprocedeerd.

De benoeming van een notaris tot proceswaarnemer, mede in het licht van de formele afdwingbaarheid van de beslissing, kan op dezelfde manier in het procesreglement worden vastgelegd als de benoeming van een arbiter voor het nemen van de materiële beslissing in het rechtsgeschil. De rol van de notaris is, het zij herhaald, niet anders dan bij een veiling of een aandeelhoudersvergadering, zie ook § 3.1.3, de zesde beperking en § 4.4.6)

Passen wij deze regel over de partijwil vervolgens toe op de rol van de notaris als waarnemer, dan geldt ook hier dat de wet na ommekomst van de (ongebruikte) termijn van artikel 6:236 sub n BW veronderstelt dat de partijwil aanwezig is voor de wijze waarop het proces wordt gevoerd volgens het toepasselijke procesreglement, met inbegrip van de rol van de notaris als waarnemer, met het oog op een andere manier van het verkrijgen van een afdwingbare einduitspraak (namelijk zonder nadere tussenkomst van de publieke rechter) mits (a) in de overeenkomst tussen partijen is verwezen naar het toepasselijke procesreglement, en (b) de gedaagde via dit reglement bekend is met de wijze waarop wordt geïncedeerd.

Dit betekent dat, hoewel het in de praktijk vaak zo zal zijn dat een gedaagde (i) tegen zijn wil in rechte is betrokken, of (ii) tegen zijn wil veroordeeld wordt, en/of (iii) tegen zijn wil moet bijdragen in de proceskosten van de wederpartij, zijn wil niet in de weg staat aan het passeren van de akte.

Bij een gerechtelijke procedure geldt evenals bij een veiling, dat de notaris bevoegd is om zijn waarnemingen te relateren aan diegenen, die als procespartijen bij de gerechtelijke procedure kwalificeren. Het onderscheid als gevolg van overheidsdwang is daarin gelegen dat de wet veronderstelt dat de procespartijen “meedoen” aan het proces, *ongeacht* de vraag of zij verschijnen en *ongeacht* de vraag of zij verklaringen afleggen, doordat verstek wordt verleend.

Omdat het kan voorkomen dat de notaris tijdens een procedure rechtsfeiten dient te relateren aan de afwezige gedaagde, en dit alleen gebeurt indien en voor zover die afwezige procespartij door de wet verondersteld wordt te participeren in de procedure, ontkomt de notaris er niet aan om te controleren of (i) de gedaagde correct is opgeroepen en (ii) hij geen verklaring heeft afgelegd binnen de termijn van artikel 6:236 sub n BW. Langs die weg stelt de notaris vast dat de gedaagde verstek heeft laten gaan. Van de notaris kan daarom niet gezegd worden dat hij verbaliserend optreedt.

Wij zullen in § 5.4 nader ingaan op een aantal paradoxale verschijnselen rond de procesgang voor de notaris die waarneemt en zijn waarnemingen aan de procespartijen dient te relateren. Eerst behandelen wij de vraag of de subjectieve partijwil in de rechtspraak volledig buiten spel is gezet (zie § 5.2.3).

5.3.3 De partijwil na afloop van de gerechtelijke procedure

De vraag rijst of het vorenstaande betekent dat de subjectieve partijwil na ommekomst van de termijn van artikel 6:236 sub n BW voor altijd buiten spel is gezet. Die conclusie gaat ons te ver.

Aan de in het ongelijk gestelde partij komt bescherming toe binnen het wettelijke systeem van procederen. De partijwil om de gegeven beslissing aan te vechten kan ontstaan na afloop van de procedure.

Binnen het procesrecht biedt de wet dan drie mogelijkheden om de eigen gewenste uitkomst alsnog te verkrijgen. Voordat wij de drie mogelijkheden noemen, wijzen wij erop dat de enkele grond van de subjectieve wil van een procespartij op zichzelf geen kans van slagen biedt als grondslag om de uitspraak aan te tasten. De subjectieve partijwil, in de zin dat een procespartij het niet eens is met het vonnis en deze uitkomst niet had gewild, is dus geen argument (artikel 7:901 lid 2 BW).

De in het ongelijk gestelde partij die niet aan de uitspraak van een privaats gerecht gebonden wil zijn, kan er ten eerste voor kiezen om in hoger beroep te gaan bij het private gerecht, mits het reglement daarin voorziet. Binnen de daartoe gestelde termijn kan hij alsnog proberen om een andere, voor hem gunstiger, uitspraak te verkrijgen. De in het ongelijk gestelde partij kan ten tweede het bindend advies laten vernietigen of het arbitrale vonnis laten vernietigen of herroepen (zie § 2.6.3 resp. § 2.6.4). De in het ongelijk gestelde partij kan ten derde de executie tegengaan door het aanspannen van een kort geding (te weten een executiegeschil ex artikel 438 Rv). Er moet dan sprake zijn van misbruik van recht door de schuldeiser.

De Hoge Raad heeft uiteengezet onder welke omstandigheden er sprake kan zijn van misbruik van recht (ook wel misbruik van bevoegdheid genoemd).⁴²¹ Hiervan kan sprake zijn als (1) het te executeren vonnis duidelijk op een juridische of feitelijke fout berust, (2) zich na het vonnis bepaalde feiten voordoen of aan het licht komen op grond waarvan de geëxecuteerde in een noodtoestand zal komen te verkeren, of (3) er andere feiten of omstandigheden zijn op grond waarvan de executant in redelijkheid geen gebruik mag maken van zijn recht tot executie van het vonnis in kwestie. Hoewel steeds vaker een beroep gedaan wordt op misbruik van bevoegdheid, zijn voorbeelden hiervan schaars en gaat het om bijzondere omstandigheden.

5.4 HET RELATEREN VAN DE WAARNEMINGEN AAN DE PROCESPARTIJEN

In deze paragraaf onderzoeken wij de bevoegdheid van de notaris om de door hem waargenomen rechtsfeiten te relateren aan de procespartijen. Daarbij doen zich ten opzichte van de traditionele notarispraktijk een aantal ogenschijnlijke tegenstellingen voor, die voortvloeien uit de rechtspraak en het domein van de overheidsdwang. Wij behandelen de ogenschijnlijke tegenstellingen als paradoxen. Wij beschrijven derhalve vier paradoxen. In § 5.4.1 wijzen wij op de paradox van het verstek als een vorm van participatie. In § 5.4.2 behandelen wij de paradox van het waarnemen van “niets” als rechtsfeit en het relateren daarvan aan de betreffende procespartij. In § 5.4.3 wijzen wij op de paradox in de waarneming van partijverklaringen waarmee geen verbintenissen worden geschapen. In § 5.4.4 gaat het om de paradox van de waarneming van de verklaring van het private

⁴²¹ HR 22 april 1983, NJ 1984, 145 (Ritzen/Hoekstra).

gerecht, die de verbintenissen schept tussen de partijen. In § 5.4.5 trekken wij conclusies over het relateren van de waarnemingen aan de procespartijen.

5.4.1 Paradox 1: verstek is een vorm van participatie

Hierna onderzoeken wij aan de hand van een vergelijking met een veiling, hoe de medewerking van de procespartijen aan een gerechtelijke procedure bij een privaas gerecht door de notaris kan worden vastgesteld, op basis waarvan hij zijn waarnemingen aan hen kan relateren.

Een veiling wordt door belangstellenden vrijwillig bezocht. De wet verbindt geen rechtsgevolgen aan het niet bezoeken van de veiling, en evenmin aan het bezoek van degene die niet biedt. Het doel van de veiling is de verkoop van het veilingobject. De veiling wordt georganiseerd en heeft plaats, zonder dat men weet of het doel wordt bereikt. Het is niet zeker of er een bod zal worden uitgebracht en of het object zal worden verkocht. Dit valt pas achteraf vast te stellen. Degene die de veiling bezoekt is gebonden aan de veilingvoorwaarden, mits deze voor hem kenbaar waren. De inspanningen van de organisator van de veiling zullen erop zijn gericht om de veilingvoorwaarden onder de aandacht te brengen via een website, verwijzingen in het mailverkeer, brochures en ook bij het betreden van de veiling. De enige manier om te participeren is daarom door (a) het bezoeken van de veiling en (b) actief mee te doen aan het biedingsproces.

Bij procederen is er geen sprake van vrijwilligheid, maar van dwang (zie § 2.3). De wet verbindt bijvoorbeeld rechtsgevolgen aan het *niet* verschijnen en aan het *niet* afleggen van een verklaring. Dit geldt voor het in ontvangst nemen van de dagvaarding (artikel 46 e.v. Rv), de bevoegdheid van een privaas gerecht (artikel 6:236 sub n BW) en het verstekvonnis (artikel 1043a lid 2 Rv of het reglement). Het doel van een procedure, te weten om partijen de gelegenheid te bieden tot hoor en wederhoor alvorens uitspraak wordt gedaan, wordt altijd bereikt. Het doel is niet afhankelijk van de medewerking van de gedaagde. De gedaagde heeft wel het recht op wederhoor, maar niet de plicht.

Het verschil tussen de participatie op een veiling en in een procedure wordt verklaard door de context van de vrijwilligheid bij een veiling tegenover die van dwang bij de rechtspraak. Op grond van het wettelijke systeem van het procesrecht kan niet gezegd worden dat de notaris verbaliserend optreedt bij de vastlegging van een uitspraak bij verstek bij een privaas gerecht. De niet verschenen gedaagde participeert in de gerechtelijke procedure. Deze participatie is het rechtsgevolg van verstek dat de gedaagde zelf wilens en wetens laat ontstaan.

De eerste paradox in de waarneming van de notaris ten opzichte van zijn klassieke praktijk, is dat de participatie in een juridische procedure niet behoort te bestaan uit de verschijning van een partij, die vervolgens verklaringen aflegt zoals bij een veiling, maar ook kan bestaan uit het niet verschijnen en het niet afleggen van verklaringen.

Met deze uitleg is de paradox niet langer een paradox.

5.4.2 Paradox 2: de notaris relateert het rechtsfeit van “niets” aan de procespartij

De tweede paradox waarmee de notaris in zijn waarneming wordt geconfronteerd, is dat in de gerechtelijke procedure de notaris veelal geen menselijke handelingen zal waarnemen, en toch (blote) rechtsfeiten zal relateren aan de procespartijen.

De notaris die geen gedaagde ziet verschijnen, en die derhalve van de gedaagde geen enkele actieve handeling of verklaring kan waarnemen, dient zich te realiseren dat de wet hieraan rechtsgevolgen verbindt. Het blote rechtsfeit van een verstek dient de notaris derhalve te relateren aan de partij die niet verschijnt.

Hiermee is de paradox niet langer een paradox.

5.4.3 Paradox 3: de notaris dient de partijverklaringen te negeren

De derde paradox is daarin gelegen, dat de betekenis van partijverklaringen tegenovergesteld zijn aan die binnen de traditionele notariële praktijk. Kan de notaris in zijn reguliere ambtsbeoefening uit de partijverklaringen afleiden welke verbintenissen partijen jegens elkaar op zich willen nemen, bij private rechtspraak is dat niet het geval. Sterker nog, bij verklaringen van de gedaagde zal er in beginsel sprake zijn van het tegenovergestelde effect. Wij noemen drie voorbeelden.

Ten eerste leidt een partijverklaring van de gedaagde binnen de termijn van artikel 6:236 sub n BW ertoe dat het private gerecht de bevoegdheid om het geschil te beoordelen verliest. Het gevolg van de partijverklaring leidt er dan toe dat er juist geen door de notaris waar te nemen procedure zal worden gehouden.

Ten tweede leidt een partijverklaring van de gedaagde in de zin van een steekhoudend verweer tot een afwijzend vonnis. Het gevolg van de partijverklaring leidt er dan toe dat er juist geen verbintenissen op de debiteur zullen rusten.

Ten derde is het uitblijven van een partijverklaring van de gedaagde de meest voorkomende oorzaak van een veroordelend vonnis bij verstek. Het *niet* afleggen van een partijverklaring leidt er juist toe dat er verbintenissen op de debiteur komen te rusten.

Met deze uitleg is de paradox niet langer een paradox.

5.4.4 Paradox 4: de verklaring van de derde is de enige verklaring die telt

De vierde paradox waarmee de notaris wordt geconfronteerd, is dat de procespartijen niet zelf vrijwillig verbintenissen op zich nemen door verklaringen, maar dat het private gerecht bepaalt welke verbintenissen door de ene jegens de andere procespartij moeten worden nagekomen

(artikel 7:900 BW). Door het bindend advies wordt de nieuwe rechtstoestand van de partijen bepaald, en daarmee is het bindend advies de bron van de – af te dwingen – verbintenissen waar het partijen om te doen was (zie § 2.2.7).

De uitspraak van het private gerecht is een verklaring van een derde. De notaris die de verbintenissen binnen de rechtsverhouding tussen partijen moet bepalen ten behoeve van de vastlegging in de akte, mag – en sterker nog: moet – daarvoor uitsluitend afgaan op de uitspraak.

Voor de notaris neemt de tegenstrijdigheid toe, wanneer wij stellen dat hij in dit geval juist *niet* af mag gaan op de verklaringen van de procespartijen zelf. De notaris mag dit ook niet doen als verificatie van de verklaring van de derde. Wij onderbouwen deze stelling als volgt. De verklaringen van de procespartijen zijn niet relevant, omdat de wet de partijen gebonden acht aan het bindend advies, ongeacht eventuele andersluidende verklaringen van de procespartijen zelf. Ware dit anders, dan nog is de verklaring van de partij die het niet eens is met de inhoud van het bindend advies, of aan de rechtsgevolgen ervan wil ontsnappen, per definitie minder betrouwbaar dan de verklaring van het private gerecht zelf.

Met deze uitleg is de paradox niet langer een paradox.

5.4.5 Conclusies over het relateren van de rechtsfeiten aan de procespartijen

Onze conclusies zijn gelegen in de analyses van de vier beschreven paradoxen. Wij concluderen viermaal dat de geformuleerde paradoxen in de juridische werkelijkheid niet bestaan. Alle paradoxen laten zich verklaren doordat bij het procederen er geen sprake is van vrijwilligheid, maar van dwang (zie § 2.3).

De eerste paradox in de waarneming van de notaris ten opzichte van zijn klassieke praktijk, is dat de participatie niet hoeft te bestaan uit de verschijning van een partij, die vervolgens verklaringen aflegt zoals bij een veiling, maar ook kan bestaan uit het niet verschijnen en het niet afleggen van verklaringen. Hiermee menen wij paradox 1 te hebben opgelost.

De tweede paradox is dat de notaris die “niets” waarneemt, zich dient te realiseren dat de wet hieraan rechtsgevolgen verbindt. De notaris dient derhalve blote rechtsfeiten te relateren aan de procespartij die het betreft. Hiermee hebben wij paradox 2 opgelost.

De derde paradox is daarin gelegen, dat de betekenis van partijverklaringen binnen het systeem van dwang tegenovergesteld zijn aan die binnen de traditionele notariële praktijk. Hierdoor is paradox 3 opgelost.

De vierde paradox is dat de notaris die de verbintenissen binnen de rechtsverhouding tussen partijen moet bepalen ten behoeve van de vastlegging in de akte, daarvoor uitsluitend mag afgaan op de uitspraak van het private gerecht (artikel 7:900 BW of artikel 1049 e.v. Rv). Dit is de verklaring van de derde. Deze verklaring is kenbaar door de schriftelijke vastlegging in het bindend advies

of het arbitrale vonnis. De notaris mag niet afgaan op de partijverklaringen. Hierdoor is paradox 4 opgelost.

5.4.6 De betekenis voor het notariële perspectief

Zoals wij in § 2.3.2 hebben aangegeven, is de context van private rechtspraak relevant voor het notariële perspectief. Om het belang van de context te onderstrepen gaan wij in op de beschouwingen van Kraan in zijn publicatie “e-Court vanuit notarieel perspectief”.⁴²² Kraan gaat uit van het perspectief van de notaris in de reguliere notarispraktijk, gestoeld op de contractsvrijheid. Hij kent geen, althans onvoldoende, gewicht toe aan de wettelijke systematiek van private rechtspraak. Wij menen dat Kraan hiermee vooral de complicaties van de vertegenwoordiging (zie § 4.4.2) heeft geïllustreerd, waarbij wij de kanttekening plaatsen dat hij in zijn beschouwing mede is afgegaan op grond van de formulering van de akte zoals die in die periode door e-Court werd gehanteerd (zie § 4.2.2). Hierdoor werd Kraan als het ware in een andere richting geleid.

Vanuit een benadering van de verbintenisscheppende overeenkomst neemt Kraan – terecht – de partij-akte als leidraad. Het vertrekpunt is evenwel in onze ogen een verkeerd vertrekpunt, wanneer wij de dwingende regels van het procesrecht in de beschouwing betrekken.

Het gaat er met name om dat Kraan de betekenis van het procesreglement voor de rol van de notaris over het hoofd ziet, terwijl hij de toepasselijkheid van de veilingvoorwaarden bij een veiling wel erkent. Voorts betreft Kraan in zijn analyse niet de dwingende, ordenende werking van artikel 6:236 sub n BW, en staat hij niet stil bij het rechtsgevolg met betrekking tot de objectivering van de partijwil in relatie tot (1) het bevoegde private gerecht, en (2) de in het procesreglement neergelegde procesgang. Indien hierin de waarnemende rol van de notaris in het procesreglement is verankerd, is de positie van de notaris tijdens het proces gelegitimeerd. Dit is niet anders dan de verankering van de rol van de notaris in de veilingvoorwaarden. Een verklaring van de procespartij dat hij het gerecht en de toepasselijkheid van het reglement erkent, is niet vereist.

Kraan stelt echter het volgende.

“Het lijkt mij vergelijkbaar met het geval dat een bank een geldlening verstrekt bij onderhandse akte en de geldlener de bank de bevoegdheid geeft om de lening in een authentieke akte te doen neerleggen. Door het opmaken van een authentieke akte waarin de bank verklaart dat zij van de geldlener de bevoegdheid heeft gekregen de lening in een authentieke akte te doen neerleggen heeft de geldlener niet blijkens de akte een verplichting op zich genomen.”

Deze vergelijking gaat onzes inziens niet op. Het vastleggen van een lening in een onderhandse akte geschiedt binnen het domein van de contractsvrijheid. Indien de debiteur geen verklaring aflegt om zelf de verbintenissen op zich te nemen, is er geen grond voor de notaris om de verbintenis in de akte vast te leggen.

Anders dan Kraan betoogt, is de vraag waar het voor de notaris uiteindelijk om draait, dezelfde vraag die hij zichzelf bij het waarnemen van een veiling zou stellen. Deze vraag luidt als volgt.

422 Kraan 2012.

Wisten de procespartijen, althans behoorden zij te weten, dat de notaris het proces zou waarnemen en zijn waarnemingen zou vastleggen, en dat de proces-verbaalakte mede wordt opgemaakt om te dienen (althans de grosse daarvan) als een executoriale titel? Indien de gedaagde met die wetenschap desondanks de termijn van artikel 6:236 sub n BW heeft laten verstrijken, heeft hij willens en wetens het rechtsgevolg van waarneming en vastlegging doen ontstaan.

De beschouwingen van Kraan in genoemde publicatie zijn derhalve juist voor de reguliere notarispraktijk, waarbij de partij-akte centraal staat, maar niet binnen de context van private rechtspraak als vorm van overheidsdwang. Ernste heeft Kraan in zijn benadering gevolgd, en geen onderscheid gemaakt tussen het domein van de contractsvrijheid en het domein van overheidsdwang.⁴²³

5.5 HET ANTWOORD OP DE TWEDE ONDERZOEKSVRAAG

In dit hoofdstuk behandelden wij de tweede onderzoeksvraag. Deze luidt als volgt. *In hoeverre kan de notaris bij de proces-verbaalakte vaststellen dat de procespartijen de wil hadden om hun verbintenissen in de akte te laten opnemen om de grosse van de akte te laten dienen als executoriale titel ter beëindiging van hun geschil?*

Om de vraag te beantwoorden hebben wij de reguliere praktijkuitoefening van een notaris onderzocht – waarin de partij-akte domineert – en vastgesteld dat sprake is van (i) contractsvrijheid en (ii) de subjectieve wil om nieuwe rechtsgevolgen in het leven te roepen. Deze rechtsgevolgen ontstaan uitsluitend door actieve handelingen van betrokkenen en zouden anders niet ontstaan. Bij de proces-verbaalakte geldt dat de notaris zijn waarnemingen mag vastleggen in relatie tot personen (die object van waarneming zijn), die hem niet om vastlegging hebben verzocht, maar alleen indien en voor zover het gaat om handelingen waarin partijen participeren.

Rechtspraak behoort tot het domein van overheidsdwang. De wet veronderstelt participatie aan de gerechtelijke procedure (zie § 2.3). Het afleggen van verklaringen door een gedaagde is niet vereist om te participeren. De participatie moet worden opgevat als het willens en wetens laten ontstaan van rechtsgevolgen door het nalaten om (tijdig) verklaringen af te leggen. Hiermee wordt in het bijzonder bedoeld op de verklaring van artikel 6:236 sub n BW en het niet voeren van verweer (artikel 139 Rv bij overheidsrechtspraak en 1043a lid 2 Rv bij arbitrage). De subjectieve wil van een gedaagde wordt weer relevant na afloop van het proces in eerste aanleg bij het private gerecht. De gedaagde die iets wil inbrengen tegen de uitspraak, kan dan kiezen uit een aantal rechtsmiddelen. De subjectieve wil van een procespartij, in de zin dat hij het niet eens is met het vonnis en deze uitkomst niet had gewild, is op zichzelf onvoldoende voor de aantasting van de uitspraak.

Het antwoord op de tweede onderzoeksvraag is derhalve dat de notaris aan de hand van het procesreglement kan vaststellen dat partijen de wil hadden om de verbintenissen in de proces-

423 Ernste 2012a, p. 91 e.v.

verbaalakte te laten opnemen, wanneer zij de bevoegdheid van het private gerecht laten bestaan (artikel 6:236 sub n BW).. Hiervoor is wel noodzakelijk dat de gedaagde correct is opgeroepen en tijdig is geïnformeerd over de rol van de notaris. Aangezien de procespartijen geacht worden te participeren in een gerechtelijke procedure, mits zij rechtsgeldig zijn opgeroepen door de gerechtsdeurwaarder en vooraf bekend waren met het procesreglement, is de notaris gerechtigd, en gehouden, om de door hem waargenomen rechtsfeiten – met inbegrip van blote rechtsfeiten die zich gedurende het proces voordoen – aan hen te relateren.

