



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

6 | DE BELEHRUNGSPFLICHT

In dit hoofdstuk behandelen wij de derde onderzoeksvraag. OV3 luidt als volgt. “*Op welke wijze moet de notaris invulling geven aan de Belehrungspflicht bij de vastlegging van een private uitspraak in een proces-verbaalakte?*”

Er is één uitspraak over de *Belehrungspflicht* van de notaris bij het passeren van een proces-verbaalakte binnen de private rechtspraak.⁴²⁴ Echter, deze uitspraak was gestoeld op de aanname dat een partij-akte was vereist., in navolging van het oordeel van de staatssecretaris van V&J, zoals vermeld in diens brief d.d. 23 juni 2011 (§ 1.4) overgenomen. Wij laten die uitspraak daarom buiten beschouwing. We zullen daarentegen een eigen onafhankelijke analyse uitvoeren aangaande de leer van de zorgplicht die aan de notaris is toegekend.⁴²⁵ Wij behandelen in § 6.1 de kern van het leerstuk van de notariële zorgplicht (de *Belehrungspflicht*). In § 6.2 gaan wij in op de onderzoeksplicht bij private rechtspraak. In § 6.3 gaan wij in op de wijze waarop de notaris invulling kan geven aan de informatieplicht bij private rechtspraak. In § 6.4 beantwoorden wij de derde onderzoeksvraag.

6.1 HET LEERSTUK VAN DE BELEHRUNGSPFLICHT

In § 6.1.1 beschrijven wij de kern van het leerstuk van de *Belehrungspflicht*. In § 6.1.2 analyseren wij de toepasselijkheid van het leerstuk op private rechtspraak. In § 6.1.3 behandelen wij artikel 43 lid 1 Wna, waarin de *Belehrungspflicht* is neergelegd. Wij maken in § 6.1.3 onderscheid tussen de onderzoeksplicht en de informatieplicht in het kader van het leerstuk van de notariële zorgplicht.

6.1.1 De zorgplicht bij de partij-akte ex artikel 43 lid 1 Wna

Op grond van artikel 43 lid 1 van de Wet op het notarisambt (Wna) is de notaris gehouden om vóór het verlijden van een akte mededeling te doen van de zakelijke inhoud en daarop een toelichting te geven. Zo nodig wijst hij daarbij tevens op de gevolgen die voor partijen uit de inhoud van de akte voortvloeien. Deze zogeheten *Belehrungspflicht* is in artikel 43 lid 1 Wna opgenomen naar aanleiding van het arrest Groningse Huwelijkse Voorwaarden, waarin de Hoge Raad oordeelde, dat de functie van de notaris in het rechtsverkeer meebrengt dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.

Waaier beschrijft de kern van het leerstuk als volgt. Ten eerste geeft hij een algemene inleiding:⁴²⁶

“Dit hoofdstuk is gewijd aan de notariële partij-akte, de akte die naast waarnemingen van de notaris,

⁴²⁴ Tuchtkamer Notarissen Maastricht 27 april 2012, *LJN* YC0815.

⁴²⁵ HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 (*Groningse Huwelijkse Voorwaarden*).; Van Mourik en Verstappen, 2006, p. 38; Schonewille (red.) 2009, p. 38; Van Mourik 2009, p. 80 e.v.; Schonewille 2012, p. 150.

⁴²⁶ Waaier, p. 125 e.v.

ook en vooral verklaringen van partijen en eventuele getuigen bevat. Het zwaartepunt ligt daarin bij de verklaringen van partijen. Het karikaturale beeld van de lijdelijk optredende notaris ‘als penhouder van partijen’ ligt lang achter ons. Van de notaris wordt meer verwacht dan het louter op schrift zetten van wat partijen hem voorhouden. De ware betekenis van de notariële akte ligt in de actieve, deskundige bijstand bij de totstandkoming van partijverklaringen. Die bijdrage van de notaris overstijgt de betekenis van de bijzondere bewijskracht van de notariële akte verre.

(...)

“Het redigeren van akten dient gepaard te gaan met voorlichting. Het is de taak van de notaris zich ervan te overtuigen dat hetgeen in de akte wordt opgenomen ook inderdaad door de partijen gewild en begrepen is. Men zou kunnen zeggen dat de notaris een wilscontroleerende taak heeft. Het een hangt met het ander samen: door de redactionele en voorlichtende, adviserende taak van de notaris komt een juridisch inhoudelijk beter ‘product’ tot stand. Door deze juridificatie komen woorden op papier waarvan de strekking normaliter niet zonder meer door partijen te overzien zijn.⁴²⁷ De notaris zal er zeker van moeten zijn dat partijen begrijpen wat zij doen als zij hun handtekeningen zetten. Daartoe dient de notaris alvorens tot het verlijden van de akte over te gaan, aan de verschijnende personen mededeling te doen van de zakelijke inhoud daarvan en geeft hij daarop een toelichting. Zo nodig wijst hij daarbij tevens op de gevolgen die voor de partijen of één of meer hunner uit de inhoud van de akte voortvloeien (art. 43 lid 1 Wna).”

(...)

“De civielrechtelijke verantwoordelijkheid kwam bijvoorbeeld tot uiting in het arrest HR 23 april 2010, RvdW 2010, 580. In dat arrest werd vastgesteld dat de notaris zich schuldig had gemaakt aan bedrog door zijn redactie van een onderhandse volmacht tot boedelafwikkeling aan de vader die vervolgens zonder nadere toelichting door de notaris aan de kinderen ter ondertekening werd voorgelegd. Duidelijk werd dat de notaris niet onder alle omstandigheden mag uitgaan van de juistheid van hetgeen partijen (in het onderhavige geval: de vader) hem meedelen maar dat bij duidelijke contra-indicaties eigen onderzoek geboden is.”

De notariële zorgplicht is expliciet verbonden aan de redactie van partij-akten. De achtergrond is dat de comparanten de gevolgen van hun – toekomstige, namelijk: – in de akte vast te leggen rechtshandelingen kunnen overzien. Anders geformuleerd: dat hun wil overeenstemt met de door de notaris in de akte op te nemen verklaringen. Waaijer vat vervolgens de kern van het arrest Groningse Huwelijks Voorwaarden als volgt samen.⁴²⁸

“Het betreft een curieus geval. Een notaris A is gehuwd na het maken van huwelijksvoorwaarden inhoudende een gemeenschap van vruchten en inkomsten. Hij raakt in financiële moeilijkheden; zijn echtgenote X zegt daarvan onkundig te zijn gebleven. De betreffende Kamer van Toezicht stelt op instigatie van haar lid, notaris Y, aan notaris A voor het huwelijksvermogensregiem waarin hij gehuwd

427 Waaijer verwijst hier naar de opmerking van C. Breedveld-De Voogd: ‘In zoverre is de partijverklaring in de notariële akte een fictie in het recht.’, zie p. 98 van het pre-advies voor de KNB 2010.

428 Waaijer, p. 127 e.v.

was om te zetten in een wettelijke gemeenschap van goederen. Dit zou gezien de financiële positie van A's echtgenote X leiden tot verbetering van A's financiële situatie. In het rekest tot wijziging van de huwelijksvoorwaarden wordt als motief gegeven: 'Bij de man staat voorop een goede verzorging van zijn echtgenote en deze verzorging is naar de mening van verzoekers het best gegarandeerd wanneer tussen verzoekers de wettelijke algehele gemeenschap van goederen zal bestaan.'

"Notaris Y was met dit rekest bekend. Vervolgens wordt ten overstaan van diezelfde notaris Y, na verkregen goedkeuring van de rechtbank, de door Y ontworpen akte verleden. Y gaf bij het verlijden als toelichting, dat het gevolg van de omzetting zou zijn 'dat alle huidige en toekomstige vermogensbestanddelen van beide echtgenoten, activa en passiva, hun gemeenschappelijke eigendom en schulden zouden worden.'

"Bij de scheiding van tafel en bed, vijf jaar later, blijkt dat het vermogen dat X eertijds had, vrijwel geheel was aangewend ter betaling van de schulden van haar echtgenoot A. Heeft notaris Y een onrechtmatige daad begaan? Rechtbank en hof wijzen de vordering van de vrouw tot schadevergoeding af. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof, na onder meer de volgende overwegingen:

Onjuist is vooreerst dat een notaris bij het verlijden van een akte nimmer tot méér is gehouden dan tot vorenbedoelde zakelijke toelichting op de inhoud van de akte: de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de notaris beroepshalve is gehouden tot het geven van verdergaande informatie, en met name tot het wijzen op specifieke aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico's.

'Onjuist is voorts dat de bijzondere omstandigheden van dit geval niet wettigen notaris Y gehouden te achten zich, alvorens de akte tot omzetting van de gemeenschap van vruchten en inkomsten in een algehele gemeenschap van goederen te verlijden, ervan te vergewissen dat X van de benarde situatie haar echtgenoot op de hoogte was. Notaris Y toch was met die benarde situatie wel bekend, en hij wist daardoor dat gerede kans bestond dat het voor X – die, naar hem bekend was, eigen vermogen had – aan die omzetting verbonden risico zich inderdaad zou verwezenlijken. Onder deze omstandigheden had notaris Y aan die omzetting niet mogen meewerken dan na zich – voor zover, in verband met artikel 73d Wet op het Notarisambt, nodig: met toestemming van de echtgenoot van X – ervan te hebben vergewist dat X, die naar hij wist juridisch een leek was, dat risico voldoende beseftte. De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (en bracht ook destijds) mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.'

"Uit het arrest wordt duidelijk dat de notaris onder omstandigheden niet kan volstaan met een in algemene bewoordingen gegeven toelichting. Hij zal zijn informatie dan moeten concretiseren en duidelijk moeten maken wat de rechtshandeling voor consequenties meebrengt voor juist deze partijen. Daarbij gaat het dan met name om specifiek aan de rechtshandeling verbonden risico's."

In de context zoals die hierboven is omschreven, bleek dat de vrouw die het betrof helemaal niet doorzag, dat de rechtsgevolgen zeer ongunstig voor haar zouden zijn. De notaris werd achteraf aangesproken op het feit dat hij nalatig was geweest. De Hoge Raad heeft geconcludeerd dat de

notaris verwijtbaar had gehandeld.⁴²⁹ Dit heeft geleid tot een door de Hoge Raad geformuleerde algemene zorgplicht, bestaande uit (i) een waarschuwingsplicht van de notaris voor de aan een bepaalde rechtshandeling verbonden risico's, en (ii) de controle door de notaris of de bedoelingen van partijen in de akte juist en volledig zijn weergegeven. De notaris heeft daarbij een compenserende, actieve, onpartijdige opstelling.⁴³⁰

Na het eerste arrest zijn er nog vele uitspraken gevolgd. Deze betreffen allemaal bevestigingen van het Groningse Huwelijkse Voorwaarden arrest, en tonen een grote variëteit aan casusposities.⁴³¹

Artikel 43 lid 1 Wna is nadrukkelijk beperkt tot de partijen bij de akte, te weten: de comparanten. Uit de samenhang tussen artikel 43 en artikel 37 Wna, is de zorgplicht daarmee uitsluitend van toepassing op de partij-akte. Immers, de proces-verbaalakte kent geen partijen die als comparanten verschijnen bij de akte, maar slechts 'objecten van waarneming'. Dit type akte kent uitsluitend het verlijden door de notaris, waarbij hij in de akte zijn waarnemingen heeft vastgelegd, op verzoek van een opdrachtgever, die op zijn beurt evenmin de akte behoeft mede te ondertekenen (zie § 3.1 en 3.2). Ook indien de partijen wel verschijnen, en de akte achteraf mede ondertekenen, ten blijke van hun instemming met wat de notaris heeft waargenomen over hun eigen verklaringen, maakt dit de akte als zodanig niet tot een partij-akte (zie § 3.3 en in het bijzonder ook § 3.3.5, 3.3.9 en 3.3.10). De rechtsgevolgen van eventuele door de notaris waargenomen rechtshandelingen zijn dan al ingetreden (zoals het hoogste bod op een veiling dat al is bepaald). Het waarschuwen tegen de gevolgen daarvan (van het doen van een bieding) heeft achteraf, na afloop van de veiling, bij het opmaken van de proces-verbaalakte dan ook geen zin. Na ondertekening van de proces-verbaalakte door de betrokkene heeft de akte voor hen ten aanzien van zijn eigen daarin vervatte verklaring gelding als een partij-akte.

De toepasselijkheid van artikel 43 lid 1 Wna op de partij-akte blijkt eveneens uit de parlementaire behandeling. Wij citeren hierbij de volgende passages:

*“Nieuw is de in lid 1, derde volzin opgenomen informatieplicht. In verband hiermee zal de notaris zonodig duidelijk moeten maken wat de gevolgen van de rechtshandeling voor de betrokken partijen of één hunner zijn. Hij kan dus niet volstaan met het geven van een algemene toelichting. Dat de ambtsplicht van de notaris ook thans (Bew.: onder de oude wet) reeds verder strekt dan het doen van een zakelijke opgaaf, blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 20 januari 1989, NJ 1989,766 (Groninger notaris) inzake ontoereikende voorlichting bij huwelijksvoorwaarden staande huwelijk.”*⁴³²

“Als de notaris ervan overtuigd is dat de verschijnende personen hebben begrepen wat de inhoud van

429 HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (Groningse Huwelijkse Voorwaarden).

430 Van Heesen-Laclé 2008, p. 57.

431 HR 29 juni 2012, LJN: BW 4013; Hof Amsterdam (NOT) 22 april 2014, 200.131.519/01; Hof Amsterdam (NOT) 29 juli 2014, nrs. 200.139.853/01 en 200.140.182/01.

432 *Kamerstukken II 1997/1998*, 23 706, nr. 3, p. 40-41.

*de akte is, mag hij aannemen dat hij aan zijn informatieplicht heeft voldaan.*⁴³³

*“Ten aanzien van de informatieplicht van de notaris als het gaat om een akte die gepasseerd wordt bij volmacht terwijl de notaris vermoedt dat de volmachtgever onvoldoende of niet is voorgelicht: “In dat geval doet de notaris er goed aan, alvorens de akte te passeren, partijen schriftelijk of mondeling een toelichting daarop te geven en zonodig op de gevolgen die uit de akte voortvloeien te wijzen.”*⁴³⁴

*“Het kan voorkomen dat de cliënt geen prijs stelt op een bespreking of de brief van de notaris niet of niet tijdig ontvangt, bijvoorbeeld omdat hij in het buitenland verblijft. In dat geval zal de notaris inderdaad zijn dienst (voorlopig) moeten weigeren.”*⁴³⁵

*“Zoals ik hiervoor reeds heb opgemerkt vloeit uit de informatieplicht voort dat bij het passeren van akten bij volmacht de notaris de cliënt zal moeten informeren bij de toezending van de conceptakte of tijdens voorafgaande besprekingen met de cliënt. Het risico dat in dat geval minder goed aan de informatieverplichting kan worden voldaan ligt dan bij de cliënt. Overigens merk ik op dat bij een zorgvuldige voorbereiding van de akte de notaris doorgaans voldoende mogelijkheden heeft gehad om materieel aan zijn informatieplicht te voldoen. Het voldoen aan de informatieplicht tijdens het passeren van de akte is dan nog slechts een formaliteit. De notaris die door middel van besprekingsverslagen en kopieën van brieven kan aantonen dat hij de cliënt voldoende heeft voorgelicht, zal niet gemakkelijk tuchtrechtelijk kunnen worden aangesproken.”*⁴³⁶

De conclusie op grond van § 3.6.1 en 3.6.2 is dat de leer van de zorgplicht is ontwikkeld om de verschijnende partijen te informeren over de inhoud van de partij-akte, en hen daarbij waar nodig te wijzen op de gevolgen van de door hen te scheppen rechtsgevolgen. In voorkomende gevallen rust op de notaris een onderzoeksplicht. Bovendien heeft de notaris een compenserende rol, in die zin dat hij erop is gericht om machtsongelijkheid door misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht tegen te gaan.

6.1.2 De zorgplicht bij private rechtspraak

Wij gaan in deze paragraaf in op de toepasselijkheid van het leerstuk van de notariële zorgplicht op private rechtspraak in het algemeen, aan de hand van vier uit het oorspronkelijke arrest⁴³⁷ af te leiden elementen.⁴³⁸

Ten aanzien van het eerste element, te weten dat twee personen zich onbegeleid wenden tot de notaris, kan worden vastgesteld dat hiervan geen sprake is bij de proces-verbaalakte in het kader van een gerechtelijke procedure. Het zijn niet de procespartijen die zich (behoeven te) wenden tot de notaris om verklaringen af te leggen. De notaris neemt slechts op verzoek van zijn opdrachtgever (met een eigen civielrechtelijk belang) een gerechtelijke procedure waar, waarbij procespartijen

433 *Kamerstukken II 1997/1998, 23 706, nr. 6, p. 50.*

434 *Kamerstukken II 1997/1998, 23 706, nr. 6, p. 50.*

435 *Kamerstukken II 1997/1998, 23 706, nr. 12, p. 35.*

436 *Kamerstukken II 1997/1998, 23 706, nr. 12, p. 49 en 50.*

437 HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (Groningse Huwelijks Voorwaarden).

438 Vgl. Van Heesen-Laclé 2008, p. 57 en Waaijer, p. 125 e.v.

zijn betrokken en al dan niet verklaringen afleggen teneinde hun argumenten te laten meewegen door het private gerecht die een einduitspraak zal doen ter beëindiging van het rechtsgeschil. De waarnemende rol van de notaris ziet bij een veiling op het vastleggen van het hoogste bod en bij rechtspraak op het vastleggen van de einduitspraak. In beide gevallen zijn de verbintenissen die op partijen rusten daarmee kenbaar uit de akte.

Ten aanzien van het tweede element, te weten dat de partijen de bedoeling hadden om via de akte onverplicht, nieuwe rechtshandelingen aan te gaan is evenmin sprake. De rol van de notaris ziet niet op door de partijen te creëren rechtsgevolgen. De notaris is getuige van een gerechtelijke procedure op de grondslag van bindend advies of arbitrage, waardoor de procespartijen een afdwingbare einduitspraak verkrijgen ter beëindiging van een tussen hen gerezen geschil. Een daartoe gedane rechtsgeldige keuze is een voltooid en onomkeerbaar rechtsfeit uit het verleden.

Het derde element is het feit dat de notaris zich ervan dient te vergewissen dat beide partijen tijdig waren geïnformeerd over de rechtsgevolgen van zijn rol en de vastlegging in de akte. Dit betekent dat de rol van de notaris moet zijn vastgelegd in het procesreglement.

Het vierde element, dat de door de partijen beoogde rechtsgevolgen zeer gunstig zouden zijn voor de één, doet zich niet voor bij onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak indachtig de eisen van een behoorlijk proces ex artikel 6 EVRM. Er wordt door partijen een einduitspraak verlangd ter beëindiging van hun geschil. Partijen accepteren daarmee de uitkomst van de procedure.

6.1.3 Geen zorgplicht bij de proces-verbaalakte ex artikel 43 lid 1 Wna

Er is één uitspraak over de zorgplicht van de notaris bij het passeren van een proces-verbaalakte binnen de private rechtspraak,⁴³⁹ maar deze uitspraak was gestoeld op de aanname dat een partij-akte was vereist voor een nog te maken keuze voor private rechtspraak, en de betreffende tuchtkamer heeft daarmee zonder meer het oordeel van de staatssecretaris van V&J, zoals vermeld in diens brief d.d. 23 juni 2011 (zie § 1.4) overgenomen. Dit oordeel kwam erop neer dat een partij-akte geboden zou zijn. Indien de keuze voor een privaat gerecht of de vastlegging van de uitspraak in een proces-verbaalakte nog niet is overeengekomen, dan geldt de weg van de partij-akte (zie § 4.1.1 en 4.1.2). Het gaat in ons onderzoek om een geheel andere situatie waarin de keuze voor het private gerecht reeds rechtsgeldig was overeengekomen, het private gerecht bevoegd is om het geschil te beslechten en het toepasselijke procesreglement reeds voorziet in de waarnemende rol van de notaris. Voor die situatie is een proces-verbaalakte geschikt.

Artikel 43 lid 1 Wna biedt strikt genomen geen wettelijke basis voor de *Belehrungspflicht* jegens de 'objecten van waarneming' bij een proces-verbaalakte. De objecten van waarneming hebben immers geen rol bij de tot stand koming van de akte; zij zijn geen comparanten en behoeven deze niet mede te ondertekenen. De akte heeft authenticiteit door de enkele ondertekening door

439 Tuchtkamer Notarissen Maastricht 27 april 2012, *LJN* YC0815.

de notaris. De notaris legt in de akte slechts vast wat hij heeft waargenomen. Er is in het geheel geen sprake van comparanten die nog rechtsgevolgen zullen scheppen door ondertekening, zodat artikel 43 lid 1 Wna op hen niet van toepassing kan zijn. Wel is het mogelijk dat de notaris heeft waargenomen dat er rechtsgevolgen zijn gecreëerd door verklaringen (zoals door de hoogste bieder op een veiling) of dat er rechtsfeiten zich hebben voorgedaan. Dit betreffen dan eveneens voltooid rechtsfeiten op het moment dat de proces-verbaalakte wordt gepasseerd. Het feit dat de betrokkenen de akte niet mede ondertekenen heeft geen betekenis voor de bewijskracht van de verbintenissen die op hen rusten. Deze worden dwingend bewezen uit de proces-verbaalakte.

6.1.4 De onderzoeksplicht bij de proces-verbaalakte als uitvloeisel van artikel 17 lid 1 Wna

Dit neemt niet weg dat de notaris ook bij het passeren van de proces-verbaalakte gehouden is om onderzoek te doen. Dit onderzoek verricht hij naar ons oordeel echter niet uit hoofde van artikel 43 lid 1 Wna, althans niet rechtstreeks, maar uit hoofde van artikel 17 lid 1 Wna. Immers, op grond van artikel 17 lid 1 Wna is de notaris gehouden zijn ambt in onafhankelijkheid uit te oefenen en 'de belangen van *alle bij de rechtshandeling betrokken partijen* op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te behartigen'.

Het te verrichten onderzoek van de notaris raakt gedeeltelijk de objecten van waarneming, zoals de bezoekers van een veiling of de procespartijen bij een private procedure. Het wordt echter uitgevoerd vanuit een andere invalshoek en op een andere grondslag dan artikel 43 lid 1 Wna. Het onderzoek ziet primair op de vraag of de notaris de opdracht kan aanvaarden en hij zichzelf mitsdien bevoegd acht om de akte te passeren (zie § 2.7.4, 3.1.1-3.1.4 en 4.3-4.4).

Zoals wij zagen is het onderzoek van de notaris voornamelijk pro-actief. Een positieve uitkomst van het onderzoek ten aanzien van de voorvraag (zie § 2.7.4) is vereist voor de beslissing om de opdracht te aanvaarden. Het gaat erom (i) of partijen vrijwillig en ondubbelzinnig afstand hebben gedaan van de toegang tot de overheidsrechter, en (ii) in hoeverre het private gerecht van hun keuze voldoet aan de overige waarborgen van artikel 6 EVRM waarvan partijen géén afstand hebben gedaan (zie § 2.2-2.6).

Het feit dat het gerecht waarschijnlijk één van de partijen (deels) in het gelijk zal stellen, doet hieraan niet af. Dat maakt rechtspraak op zichzelf niet partijdig en werkt evenmin partijdigheid in de hand. Wel kan de notaris de lat hoog leggen, zeker bij consumentengeschillen, rond de vraag of het private gerecht er als neutrale derde op gericht is om misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht te voorkómen. De notaris kan daarbij gewicht toekennen aan de feiten en omstandigheden van het geval, zoals de vraag of partijen vanuit een eigen, veilige omgeving online procederen, in begrijpelijke taal, en in hoeverre een ongelijkheid in financiële middelen een voordeel in de rechtsstrijd oplevert. Zo zal de notaris dienen te beoordelen in hoeverre de procesgang is gericht op de opheffing van ongelijkheid, door bijvoorbeeld een eenvoudige, overzichtelijke procedure in begrijpelijk Nederlands of dat de ongelijkheid juist in de hand gewerkt wordt door complexe procedures die voor de gemiddelde burger door het taalgebruik zeer moeilijk zijn te vol-

gen.⁴⁴⁰ Het is niet uitgesloten dat de notaris vaststelt dat juist geen gelegenheid wordt geboden tot misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht, maar dat er sprake is van een verbetering van de positie van de “zwakkere partij” ten opzichte van traditionele arbitrage of het procederen bij publieke gerechten. Daarbij kan de ene partij de andere partij immers overheersen door het opwerpen van complicaties in het procesverloop, met alle consequenties voor de doorlooptijd, begrijpelijkheid en financiën van dien.⁴⁴¹ Uit het vorenstaande wordt duidelijk dat de invalshoek van het onderzoek weliswaar een andere is, maar dat de inhoud wel degelijk zie op de mate van consumentenbescherming.

Een andere centrale vraag betreft de vraag of de rol van de notaris is opgenomen in de veilingvoorwaarden of, in het geval van rechtspraak, in het procesreglement waardoor de betrokkenen zijn geïnformeerd over de waarnemende rol.

De notaris kan de opdracht niet aanvaarden indien hij meent dat hij niet in staat is om de belangen van alle betrokkenen te behartigen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid. Hoewel wij dit artikel in de literatuur niet zijn tegengekomen in relatie tot de zorgplicht bij een proces-verbaalakte, menen wij dat de stelling verdedigbaar is dat de belangenbehartiging van de notaris bij het passeren van een proces-verbaalakte gezien kan worden als uitvloeisel van de *Belehrungspflicht*. Deze belangenbehartiging geldt daarbij niet jegens de comparanten maar jegens de opdrachtgever(s) en andere betrokkenen, met inbegrip van de ‘objecten van waarneming’.

Het behartigen van de belangen van alle betrokkenen wil niet zeggen dat de notaris expliciet een persoonlijke informatieplicht heeft jegens elke individuele bezoeker van de veiling over de inhoud van de veilingvoorwaarden, de procedures en over de eventuele rechtsgevolgen. Om die reden menen wij dat de notaris tijdens het biedingsproces (het moment waarop rechtshandelingen plaats hebben) niet controleert of elke individuele bidder de veilingvoorwaarden heeft begrepen en de reikwijdte van zijn bod (met alle bijkomende voorwaarden en kosten van dien) volledig overziet. Het behartigen van de belangen van alle betrokkenen brengt wel mee dat de notaris zich ervan zal vergewissen of de bezoekers kennis hebben kunnen nemen van de veilingvoorwaarden en procedures voordat zij hun biedingen doen, en of een gemiddelde bezoeker de inhoud daarvan begrijpt en dus de rechtsgevolgen van eventuele biedingen kan overzien.

De informatieplicht geldt derhalve meer in het algemeen, waarbij de notaris zich een oordeel vormt of de informatie duidelijk is. Voor het overige geldt de juridische fictie dat bezoekers zich in het veilingproces hebben verdiept en bij vragen contact hebben opgenomen met de organisatie van de veiling en/of de notaris zelf. Op deze wijze behartigt de notaris de belangen van alle betrokkenen, met inbegrip van de ‘objecten van waarneming’.

440 Nakad-Weststrate en Jongbloed 2010, Jongbloed 2014; vgl. *Eenvoudige procedures voor eenvoudige geschillen* 2007, *Pensioen in Duidelijke Taal* 2012 en Brink-Baggerman 2014.

441 Nakad-Weststrate en Jongbloed 2010.

Door het toegenomen belang van de zorgplicht in de afgelopen jaren lijkt de ontwikkeling in gang gezet waarbij de notaris niet alleen desgevraagd, maar al uit eigen beweging, de bezoekers van de veiling in algemene zin voor het biedingsproces informeert over de verschuldigdheid van de voor rekening van de koper komende belastingen, kosten en lasten. Op deze wijze wordt vermeden dat er ongeldige biedingen worden gedaan of biedingen worden waargenomen waarvan achteraf blijkt dat de wil afwijkt van de verklaring.

In hoeverre een individuele bidder de uitleg werkelijk begrepen heeft zal de notaris niet per individu vooraf controleren en dit wordt ook niet in een (partij-)akte vastgelegd als voorwaarde voor het meedoen aan het biedingsproces.

6.1.5 De onderzoeksplicht ex artikel 2 Wna als onderdeel van de zorgplicht

De notaris zal – om de vraag te kunnen beantwoorden of hij een daartoe strekkende opdracht tot waarnemen van een gerechtelijke procedure kan aanvaarden – een onderzoek dienen in te stellen naar het instituut in kwestie, de processuele regels. Dit is hij vanuit zijn onafhankelijke en onpartijdige ambtsvervulling verplicht. Feitelijk handelt de notaris niet anders dan bij een veiling, waarbij hij de veilingvoorwaarden zal doornemen om te bezien of deze in overeenstemming zijn met wet- en regelgeving en goede gebruiken, maar ook om te bezien of de waarnemende rol van de notaris in de voorwaarden is begrepen.

Dit onderzoek zal hij echter mede vanuit zijn zorgplicht naar de procespartijen doen en invulling willen geven aan het doel en de strekking van het leerstuk van de zorgplicht. Hij zal zelf willen vaststellen dat de partijen geen misbruik hebben kunnen maken van juridische onkunde en feitelijk overwicht gedurende de procedure, voordat hij overgaat tot de vastlegging van de beslissing in de proces-verbaalakte.

Ten aanzien van de onderzoeksplicht van de notaris wijzen wij erop, dat hij bij het passeren van de akte beschikt over een uitgebreid dossier. Hij zal niet uitsluitend behoeven af te gaan op de enkele mededeling van de bindend adviseur of arbiter over een procedure tussen twee partijen. Hij kan dit aan de hand van de inhoud van het dossier ook zelf verifiëren. Hierbij gaat op dit punt in het bijzonder om de volgende stukken: (i) de hoofdovereenkomst tussen de procespartijen, waarin de keuze voor private rechtspraak als nevenbeding in de algemene voorwaarden is opgenomen. Hierin dient een verwijzing te staan naar het toepasselijke procesreglement waarin is voorzien in de waarnemende rol van de notaris; (ii) het oproepingsexploot van de gerechtsdeurwaarder, waaruit de naleving van artikel 6:236 sub n BW moet blijken; (iii) de notaris kan de procedure feitelijk waarnemen en het procesverloop controleren aan de hand van het logboek; (iv) het bindend advies of het arbitrale vonnis aan de hand waarvan de notaris het procesverloop eveneens kan controleren. Door deze verklaring van het gerecht kan de notaris tevens het bestaan en de omvang van eventuele verbintenissen constateren die op de procespartijen rusten.

6.2 DE ONDERZOEKSP LICHT BIJ EEN PRIVAAT GERECHT

In deze paragraaf gaan wij in op de onderzoeksplicht van de notaris ten aanzien van een privaot gerecht. De structuur van deze paragraaf is als volgt. Ten eerste onderzoeken wij de manier van toetsing door de notaris, in vergelijking met de toetsing door de publieke gerechten. In § 6.2.1 bespreken wij daarbij de toetsing op organisatieniveau. Wij behandelen vervolgens in § 6.2.2 de toetsing op dossierniveau. In § 6.2.3 trekken wij conclusies over de invulling van het leerstuk van de zorgplicht binnen de private rechtspraak. Ten tweede vergelijken wij in § 6.2.4 de toetsing door de notaris met die door de publieke rechtspraak.

6.2.1 De toetsing op organisatieniveau

In relatie tot de vraag of de partijen geen misbruik hebben kunnen maken van juridische onkunde en feitelijk overwicht gedurende de procedure zal de notaris zich een oordeel moeten vormen over de wijze waarop het betreffende private gerecht is ingericht. Deze toetsing is preventief. Wij noemen dit de toetsing op “organisatieniveau.” Om die reden is het van belang dat de notaris zich verdiept heeft in de inrichting van het proces en de waarborgen rond het betreffende private gerecht, en zich ervan heeft overtuigd dat het private gerecht er als neutrale derde zelf volledig op is gericht om ongelijkheid in financiële middelen en juridische kennis tussen partijen op te heffen. Dit zal de notaris doen door bestudering van het procesreglement en overige informatie, die is gegeven op de website van het private gerecht. Het is niet uitgesloten dat hij kennis maakt met en zich persoonlijk laat informeren door het bestuur voordat hij de opdracht aanvaardt om procedures waar te nemen en zijn waarnemingen vast te leggen. Ook zal hij zich wellicht een oordeel willen vormen over de werving- en selectiecriteria. Hij zal deze informatie kunnen vergelijken met de lijst van geschilbeslechers of arbiters om zich ervan te overtuigen dat de praktijk aansluit bij de eisen op papier. De notaris zal op grond van deze informatie moeten vaststellen of het private gerecht in alle redelijkheid die maatregelen heeft getroffen die nodig zijn voor juridisch kwalitatief hoogwaardige beslissingen door onpartijdige rechters binnen een onafhankelijk instituut. Alleen de notaris die zich van de kwaliteit en integriteit van het private gerecht heeft overtuigd, zal in een concreet geval de opdracht tot waarneming en vastlegging van de gerechtelijke procedure kunnen aanvaarden.

6.2.2 De toetsing op dossierniveau

Vervolgens zal de notaris volgen hoe de procespartijen zich onderling gedurende het proces hebben gedragen. Wij noemen dit de toetsing op “dossierniveau”. Aan deze toetsing komt een notaris echter pas toe, nadat hij zich op voorhand op organisatieniveau een positief oordeel had gevormd over de waarborgen van een behoorlijk proces en de bevordering van de gelijkwaardigheid van partijen in de rechtsstrijd (“*equality of arms*”). Het feit dat tegen zeer lage kosten rechtsbijstand kan worden verkregen gedurende de procedure, waar een procespartij gebruik van kan maken, zal de notaris hierbij kunnen meewegen. Vanaf het moment dat de zaak in de procedure bij het betreffende private gerecht “onder de rechter” ligt, valt niet in te zien op welke manier een procespartij nog enig voordeel zou kunnen behalen door juridische onkunde en feitelijk overwicht.

De aard van rechtspraak brengt immers mee dat de uitkomst van het geschil buiten de macht van partijen is gelegen. Immers, anders dan bij schikkingsonderhandelingen (*negotiation* en *mediation*), hebben de partijen hun eigen posities en standpunten verruimd voor het oordeel van het private gerecht.

De notaris kan verder aan de hand van het dossier vaststellen en in het concrete geval nogmaals toetsen, dat partijen destijds – dat wil zeggen voordat hun keuze voor het betreffende private gerecht als gevolg van artikel 6:236 sub n BW onomkeerbaar is geworden – daadwerkelijk voldoende waren “belehrd” over de procedure, met inbegrip van de vastlegging van het bindend advies in een proces-verbaalakte. Dat de partijen voldoende zijn geïnformeerd over het feit, dat de procedure is gericht op het verkrijgen van een afdwingbare einduitspraak via tussenkomst van de notaris, die het bindend advies daartoe in een proces-verbaalakte zal vastleggen, kan de notaris vaststellen aan de hand van het inleidende exploit, het procesreglement en de overige informatie (met inbegrip van het procesdossier), alsmede het feit dat zij destijds voldoende waren geïnformeerd over de afdwingbaarheid van de einduitspraak van het betreffende private gerecht. Dit is niet anders dan dat de notaris bij het waarnemen van een veiling dient vast te stellen of de bezoekers ervan van tevoren voldoende waren geïnformeerd over zijn eigen rol, het biedingsproces en de rechtsgevolgen van het hoogste bod.

6.2.3 Conclusies over de invulling van de zorgplicht

Wij hebben hiervoor beschreven op welke wijze de notaris invulling kan geven aan het leerstuk van de zorgplicht binnen private rechtspraak. De notaris voert een preventieve toets uit op organisatieniveau, en hij toetst op dossierniveau. Met deze invulling wordt niet alleen aan het doel en de strekking van het leerstuk recht gedaan, maar beschermt de notaris ook de integriteit van het rechtsbestel in zijn totaliteit tot op zekere hoogte. Immers, door zijn rol wordt de toetreding tot het rechtsbestel door nieuwe private gerechten zonder voorafgaande toetsing van hun kwaliteit en integriteit onmogelijk. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid is dit een aanvullende bescherming, die van belang is voor een ieder en niet alleen voor de procespartijen zelf. Wij achten dit dan ook een zinvolle rol voor het notariaat. Op grond van het vorenstaande kan worden geconcludeerd, dat de notaris door de manier van toetsing invulling kan geven aan het doel en de strekking van het leerstuk van de *Belehrungspflicht*.

6.2.4 De marginale toets door de notaris vergeleken met die door de publieke rechter

Indien wij de manier van toetsing door de notaris vergelijken met de toetsing door de publieke rechter komen wij tot het volgende overzicht: (1) bij de publieke rechtspraak vindt geen preventieve toets op organisatieniveau plaats; (2) bij de publieke rechtspraak is de toets op dossierniveau beperkt: de procedure wordt niet waargenomen en het logboek niet gecontroleerd; (3) bij het bindend advies is er een procedure op hoor en wederhoor; (4) bij arbitrage wordt het exequatur verleend na beoordeling van het arbitrale vonnis ex artikel 1062 Rv.

De waarborgen voor de consument vloeien derhalve niet zozeer voort uit de rechtstreekse *Belehrung* door de notaris zelf, maar in de preventieve toetsing of de gedaagde van tevoren voldoende is *belehrt* door het instituut waar geprocedeerd wordt. Daarbij dient de notaris de belangen van alle betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te behartigen.

Wij constateren dat de rol van de notaris leidt tot een verbetering in de vorm van een preventieve toets op organisatieniveau, en een verbetering van de toets op dossierniveau. Het resultaat van de medewerking van het notariaat aan private rechtspraak is daarmee per saldo een verbetering van de toetsing ten opzichte van de huidige praktijk bij bindend advies van artikel 3:296 j° 7:900 BW, en het exequatur bij arbitrage ex artikel 1062 lid 1 Rv.

6.3 DE INFORMATIEPLICHT BIJ DE VASTLEGGING VAN DE UITSPRAAK

In deze paragraaf gaan wij nader in op de persoonlijke informatieplicht van de notaris bij de vastlegging van het bindend advies of het arbitrale vonnis de proces-verbaalakte. In § 6.3.1 gaan wij in op de informatieplicht binnen het wettelijk stelsel van het procesrecht. Wij onderzoeken in § 6.3.2 de informatieplicht binnen het wettelijk stelsel van de proces-verbaalakte. In § 6.3.3 behandelen wij de informatieplicht ten aanzien van feiten van algemene bekendheid. In § 6.3.4 gaan wij in op de informatieplicht ten aanzien van rechtsgevolgen die niet afwijken van de wet. In § 6.3.5 trekken wij conclusies over de persoonlijke informatieplicht binnen private rechtspraak.

6.3.1 De informatieplicht bij de keuze voor private rechtspraak

Wanneer partijen ten overstaan van de notaris nog geen keuze hebben gemaakt en samen een keuze willen maken voor private rechtspraak, dan kunnen zij zich wenden tot de notaris. Hij zal de partij-akte opstellen. Daarbij geldt het leerstuk van de *Belehrungspflicht* onverkort. Dit betekent dat de notaris een persoonlijke informatieplicht heeft. Dit is de situatie van § 4.1.1.

6.3.2 De informatieplicht bij een reeds bevoegd privaats gerecht

Wanneer partijen reeds een keuze hebben gemaakt voor een privaats gerecht, maar het procesreglement voorziet niet in de waarnemende rol van de notaris, dan kunnen zij zich wenden tot de notaris en ten overstaan van hem verklaren dat zij prijs stellen op de waarnemende rol van de notaris en vastlegging van de uitspraak. De notaris zal daartoe de partij-akte opstellen. Daarbij geldt het leerstuk van de *Belehrungspflicht* onverkort. Dit betekent dat de notaris een persoonlijke informatieplicht heeft. Dit is de situatie van § 4.1.2.

6.3.3 De informatieplicht bij het passeren van de proces-verbaalakte

Wanneer de notaris een opdracht aanvaardt van het instituut of het scheidsgerecht of de geschilbeslechter, in de situatie dat de keuze voor private rechtspraak is gemaakt bij onderhandse akte en definitief en onomkeerbaar is geworden, terwijl het procesreglement reeds voorziet in de waarnemende rol van de notaris, heeft de notaris de rechtsgevolgen te respecteren. De procespartijen behoeven dan hun gemaakte keuzes niet opnieuw te bevestigen in een partij-akte. Er is dan geen sprake van een persoonlijke informatieplicht van de notaris. Binnen de context van overheidsdwang is de informatieplicht schriftelijk en is de gedaagde niet verplicht is om hiermee zijn voordeel te doen door de stukken van de gerechtsdeurwaarder in ontvangst te nemen, te luisteren naar een persoonlijke toelichting, of zelf de stukken door te lezen en via de aangegeven telefoonnummers aanvullende vragen te stellen als er onduidelijkheden zijn (artikel 45 e.v. Rv, zie § 2.3.1). De wijze waarop aan deze informatieplicht invulling is gegeven blijkt uit de tekst van het deurwaardersexploot ex artikel 2 Gdw jo artikel 45 e.v. Rv. Het exploot kan ook bijlagen, zoals een specificatie van de vordering en een bijsluiter bevatten.

De notaris kan niettemin additionele voorwaarden stellen bij het aanvaarden van de opdracht tot waarneming van een private procedure en het vastleggen ervan in een proces-verbaalakte. Zo kan hij eisen stellen aan de inhoud van het oproepingsexploot. Daardoor kan hij een informatieplicht opleggen, waarbij hij de situatie nastreeft van een persoonlijke informatieplicht jegens de gedaagde alsof deze een comparant zou zijn bij een partij-akte ex artikel 43 lid 1 Wna. Wil deze vorm van *Belehrung* zinvol zijn, dan dient deze plaats te hebben voordat de rechtsgevolgen van de keuze voor private rechtspraak – zijnde (i) de bevoegdheid van het private gerecht, de toepasselijkheid van het procesreglement, met daarin (ii) de inhoudelijke beslissing in het rechtsgeschil en de wijze waarop tot afdwingbaarheid daarvan wordt gekomen – niet meer ongedaan gemaakt kunnen worden. De notaris heeft daarbij de wettelijke voorschriften van artikel 6:236 sub n BW te respecteren.

Het vorenstaande brengt mee dat de informatieplicht daarom in beginstel schriftelijk dient te worden vervuld, voorafgaand aan de procedure en wel op het moment van de oproeping ex artikel 6:236 sub n BW dat omwille van de bewijskracht en de rechtszekerheid via de gerechtsdeurwaarder zou dienen plaats te vinden (zie § 2.3.2). Wanneer de notaris meent, dat hij niet uitsluitend zou mogen vertrouwen op de wettelijke informatieplicht van de gerechtsdeurwaarder, kan de notaris daarin nog een stap verder gaan. De notaris kan, als voorwaarde voor het aanvaarden van de opdracht, aan het instituut opleggen dat hij een expliciete verwijzing opgenomen wil zien naar een eigen website van de notaris, waarin de notaris zelf (eveneens) de gedaagde informeert over de gang van zaken bij het private gerecht, de werking van artikel 6:236 sub n BW, de rol van de notaris als waarnemer en de afdwingbaarheid van de uitspraak via de grosse van de notariële proces-verbaalakte op grond van het toepasselijke procesreglement. Op deze wijze kan de notaris ervoor zorgen dat de gedaagde goed voorbereid is op de procedure en zijn rechtspositie kent.

De situatie laat zich dan vergelijken met de rol van de notaris op een veiling, zoals bijvoorbeeld omschreven op www.veilingnotaris.nl, waarin onder het kopje 'Kennissbank' uitgebreide informatie wordt gegeven aan de potentiële bezoekers van een veiling. Het doel hiervan is evident: ervoor zorgen dat potentiële bidders goed voorbereid deelnemen aan een veiling, en een juist en volledig beeld hebben over de gang van zaken en eventuele bijkomende kosten. Op de website staat onder andere te lezen:

"Kopen op een veiling

"Goed voorbereid naar een veiling

"De aan- en verkoop van huizen, bedrijfsgebouwen en agrarische objecten vindt meestal 'onderhands' plaats, dat wil zeggen: koper en verkoper bereiken – al dan niet met hulp van een makelaar – onderling overeenstemming over het object en de voorwaarden (waaronder de prijs) waarvoor gekocht of verkocht wordt. Een verkoop via een veiling (ook wel aangeduid als: openbare verkoop) wijkt drastisch af van de gangbare regels, reden om u vooraf goed te oriënteren. Op deze webpagina zullen wij proberen een beeld te schetsen van de gang van zaken op een veiling en de voorbereidingen die daarvoor (moeten) worden getroffen. Tevens zullen de verschillende termen die op een veiling gebruikt worden nader worden uitgelegd.

"Vrijwillige of executoriale veiling

Een veiling kan vrijwillig zijn, maar zal vaak plaatsvinden op last van 'de bank'. Als de bank van oordeel is dat een cliënt niet langer aan zijn verplichtingen kan voldoen, kan zij opdracht geven aan een notaris om tot openbare verkoop over te gaan van het huis, bedrijfspand of schip of de (agrarische) grond, waarop een recht van hypotheek is gevestigd (zie voor een nadere uiteenzetting over het recht van hypotheek het onderdeel: financiering van een aankoop). Er wordt in dat geval ook wel gezegd dat de bank 'tot executie overgaat', vandaar de term 'executoriale verkoop'.

..."

Deze benadering leidt naar ons oordeel tot twee nieuwe rechtsvragen. De eerste rechtsvraag is wat deze vorm van persoonlijke informatie toevoegt in de verhouding tot de gerechtsdeurwaarder. Met andere woorden: waarom de notaris niet zou mogen vertrouwen op de wettelijke informatieplicht van de gerechtsdeurwaarder, die uit hoofde van zijn ambt is belast met het oproepen van partijen voor gerechtelijke procedures (ofwel rechtstreeks ex artikel 111 Rv, ofwel via een procesreglement of onderhandse overeenkomst waarbij de tussenkomenst van de gerechtsdeurwaarder is overeengekomen)? De tweede rechtsvraag is wat deze vorm van persoonlijke informatievervalschafting toevoegt indien het private gerecht al een veel eenvoudiger rechtsgang aanbiedt in begrijpelijke taal.

Wij menen dat de notaris deze rechtsvragen zelf zal dienen te beantwoorden. In het kader van de eerste vraag wijzen wij er daarbij op dat de KBvG bijsluiters heeft opgesteld ter nadere informatie van gedaagden, zie <https://www.kbv.nl/1149/ik-heb-schulden/juridische-bijsluiters.html>. In de praktijk werken gerechtsdeurwaarders met zelfstandig opgemaakte bijsluiters voor private rechten. Bovendien heeft de KBvG op de website een rubriek met veelgestelde vragen, zie <https://www.kbv.nl/1149/ik-heb-schulden/veelgestelde-vragen.html>.

www.kbv.nl/1186/veelgestelde-vragen.html. Daarnaast wijzen wij erop dat er ook een nadeel is aan alle vormen van informatieverstrekking. Een gedaagde consument in het voortraject van een gerechtelijke incassoprocedure wordt vaak al weken, meestal: maanden, geïnformeerd (*belehrd*) over zijn rechtspositie. Hij is al met veel professionele partijen in aanraking gekomen. Wij noemen als voorbeelden die zich jegens een gedaagde kunnen voordoen en in de praktijk zich soms nu al allemaal voordoen: (1) de herinneringsbrief van de schuldeiser, (2) de aanmaningsbrieven van de schuldeiser, (3) de aanmanings- c.q. sommatiebrieven van een extern incassobureau, (4) de aanmaningsbrieven c.q. de sommaties van een gerechtsdeurwaarder, (6) de oproeping van de gerechtsdeurwaarder voor een privaat gerecht, (7) de informatiemail van het private gerecht met informatie over het procesverloop, de toegang tot het procesdossier. De notaris zou mogelijkerwijze de vijfde partij – naast de crediteur, het incassobureau, de gerechtsdeurwaarder en het private gerecht – kunnen zijn met wie de consument wordt geconfronteerd, met potentieel een achtste vorm van informatievoorziening. De praktijk leert dat de belangrijkste vragen van de consument zijn gelegen in de sfeer van een tijdelijke of meer structurele betalingsonmacht. De notaris zal hem niet verder kunnen helpen met vragen als ‘ik wil een betalingsregeling afsluiten’. De consument zal zich verward voelen indien hij aangespoord wordt om contact op te nemen met de notaris, en vervolgens door de notaris weer wordt terugwezen naar de gerechtsdeurwaarder.

Wij merken op ten aanzien van de tweede rechtsvraag dat de begrijpelijkheid van de dienstverlening een onderwerp is dat veel aandacht heeft. Op 17 juni 2015 heeft de notaris van het Gerechtshof Amsterdam geoordeeld dat het winkelbedrijf Hema door mocht gaan met de notarisservice waarbij partij-akten worden gepasseerd na een grotendeels digitaal voortraject. Deze notarissen benadrukken de voordelen van digitale dienstverlening vanwege de begrijpelijkheid, zie <http://www.bureautaal.nl/nieuws/hema-notarisservice-begrijpelijke-taal-in-notarile-akten-230>:

“Eén van de voordelen van de akten van de Hema notarisservice is dat de notarissen van de Hema deze in begrijpelijke taal geschreven hebben. Klanten van de Hema notarisservice kunnen daardoor online hun eigen akten samenstellen door een aantal vragen te beantwoorden. Daarna kunnen ze de akten lezen en zelf beoordelen of in de akte staat wat zij bedoelen.

“Wat is het voordeel van notariële akten in begrijpelijke taal?

“De begrijpelijke taal in de akten van de Hema voorziet in een behoefte, ervaren notarissen:

- De klant vindt de HEMA-akten helder, prettig leesbaar en begrijpt het ook goed.*
- De akten zijn voor mensen makkelijk te lezen. Het voorziet in een behoefte.*
- Wij notarissen krijgen veel klachten: Kan dat niet wat simpeler? Maar deze teksten snapt iedereen.*
- De notarissen van de Hema hebben de HEMA-akten geschreven als een vraag-antwoordspel. Dat is Belehrung. Daar kunnen veel notarissen nog wat van leren.*
- Normaal leg ik de akte uit. In dit geval hoeft dat dus niet. Maar in het kader van de zorgplicht en de Belehrungspflicht moet je toch wel iets doen. Dus lees ik de tekst maar gewoon voor. Dat is het beste.*
- De tekst van de akten is zo eenvoudig dat ik goede vragen krijg. Dat gebeurde eerder nooit of bijna*

nooit.

- *Wij geven onze klanten schriftelijke toelichtingen bij de akten. Maar deze akte is de toelichting.*
- *Dit is zo begrijpelijk. Als je dit niet begrijpt, ben je wilsonbekwaam en mag je sowieso niet tekenen.”*

“Eenvoudige en leesbare akten

“In het Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR 2014 2029) schreef notaris mr. E. van den Brink-Baggerman: ‘Ik denk dat het notariaat deze slag ook moet gaan maken en snel. Dat vergt moed. Het is slechts een kwestie van tijd dat de taal van de akte eenvoudig en leesbaar is. De klant waardeert een leesbare akte enorm. Het werkt drempelverlagend. Eenvoudig taalgebruik is in de digitale informatiesamenleving een must.’”⁴⁴²

De informatieplicht van de notaris jegens de gedaagde op het moment van het passeren van de proces-verbaalakte bij private rechtspraak laat zich vergelijken met de informatieplicht van de waarnemende rol van de notaris op een veiling, maar dan in een situatie van dwang. Wij noemen als pendant van de in het ongelijk gestelde gedaagde procespartij, degene die als hoogste bieder op een veiling een onroerende zaak heeft gekocht maar toch wil afzien van de koop. Gesteld dat de koper op een andere – in zijn ogen nog aantrekkelijkere – onroerende zaak is gestuit, dan zal hij zoeken naar wegen om aan zijn gebondenheid aan de op de veiling tot stand gekomen koopovereenkomst te ontsnappen. Een dergelijke spijtoptant zal de akte niet mede-ondertekenen. Dit doet niet af aan het feit dat de akte authenticiteit heeft door de enkele ondertekening van de notaris en dwingend bewijs vormt van het hoogste bod.

Dit geldt ook voor een procedure. Als voorwaarde geldt wel dat aan de partijen bekend was dat de notaris zou waarnemen en dat de uitspraak wordt vastgelegd als executoriale titel (zie § 3.1.3, § 4.4.6 en § 5.3.2). Daarvoor is het nodig dat deze rol is verankerd in het procesreglement, en dat deze ook kenbaar is gemaakt aan de procespartij bij aanvang van de termijn van artikel 6:236 sub n BW, zodat de gedaagde willens en wetens de keuze kan maken tussen (1) het private gerecht volgens de daartoe vastgelegde regels in het procesreglement en (2) de publieke rechtspraak.

6.3.4 De informatieplicht ten aanzien van feiten van algemene bekendheid

De notaris die achteraf, na afloop van de gerechtelijke procedure, een partij wenst te informeren dat de keuze voor een privaat gerecht meebrengt dat de prestaties afgedwongen kunnen worden, biedt daarmee informatie die binnen een rechtsstaat als bekend mag worden verondersteld. Het beginsel dat de nakoming van een overeenkomst via rechtspraak, privaat of publiek, (uiteindelijk) kan worden afgedwongen, ligt principieel ten grondslag aan alle overeenkomsten. Het afdwingen van de prestaties uit hoofde van een overeenkomst is een kenmerk van de rechtspraak en volgt uit de contractsvrijheid en het vertrouwensbeginsel. Het is een pijler onder de rechtsstaat. Ten aanzien van dergelijke feiten van algemene bekendheid bestaat geen *Belehrungspflicht*.⁴⁴³ De *Belehrungspflicht* ziet nadrukkelijk op nieuwe rechtsgevolgen. Dit sluit aan bij artikel 149 lid Rv

⁴⁴² Van den Brink-Baggerman 2014, p. 746.

⁴⁴³ Anders: Kraan 2012 (zie § 5.4.6)

waarin staat dat feiten of omstandigheden van algemene bekendheid alsmede algemene ervaringsregels door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag mogen worden gelegd, ongeacht of zij in de procedure zijn gesteld door de procespartijen; zij behoeven geen bewijs.⁴⁴⁴

6.3.5 De informatieplicht ten aanzien van rechtsgevolgen die niet afwijken van de wet

De notaris heeft evenmin een zorgplicht terzake van de vraag of de uitspraak van het private gerecht wel afdwingbaar zal zijn of niet. De uitspraak van een privaats gerecht zal altijd afdwingbaar zijn, ofwel via de proces-verbaalakten ofwel via de publieke rechter ex artikel 3:296 BW jo 7:900 BW (zie § 1.1). In beide gevallen is een aanvullende rechtshandeling vereist (een opdracht aan de notaris respectievelijk het starten van een nakomingprocedure van het bindend advies), en het rechtsgevolg blijft gelijk. De informatie van de notaris voegt niets toe aan wat de procespartijen al weten of behoren te weten, na alle inspanningen om de regels die van toepassing zijn op het proces – vergelijkbaar met de gang van zaken bij een veiling – duidelijk uit te leggen aan diegenen die het betreft.

Het feit dat een private rechter in plaats van een publieke rechter uitspraak heeft gedaan, al dan niet bij verstek, is niet meer dan het reeds ingetreden, voltooide, dwingende rechtsgevolg ex artikel 6:236 sub n BW j° artikel 45 e.v. Rv. Bovendien had de gedaagde de keuze tussen de kantonrechter en het betreffende private gerecht, maar is deze termijn al lang verstreken op het moment dat de notaris het bindend advies zal vastleggen in de proces-verbaalakten. De afdwingbaarheid van de uitspraak van het private gerecht is geen nieuw te scheppen rechtsgevolg; er wordt slechts uitvoering gegeven aan de rechtsgevolgen van reeds voltooide rechtshandelingen van de procespartijen uit het verleden.

6.3.6 Conclusies over de informatieplicht binnen private rechtspraak

Op grond van regels zoals vastgelegd in de wet en onze analyses daarvan, mogen wij concluderen dat een persoonlijke informatieplicht bij vastlegging van het bindend advies in een proces-verbaalakte overbodig is en tegen het wettelijk stelsel ingaat. Het is overbodig, omdat deze informatieverstrekking in deze fase van het gerechtelijke proces niets toevoegt aan wat de procespartijen al weten of behoren te weten. Het is voorts in strijd met de systematiek van de proces-verbaalakten omdat er voldoende inspanningen zijn verricht om het toepasselijke procesreglement kenbaar te maken aan de partijen, vergelijkbaar met de gang van zaken bij een veiling, waarna de medewerking van de objecten van waarneming niet is vereist. Het is in strijd met het wettelijk stelsel van rechtspraak, omdat aan de veroordeelde procespartij ten onrechte wordt verzocht om vrijwillige medewerking, terwijl de wet bij rechtspraak uitgaat van dwang. De afdwingbaarheid van de uitspraak van het private gerecht is geen nieuw te scheppen rechtsgevolg; er wordt slechts uitvoering gegeven aan de rechtsgevolgen van reeds voltooide rechtshandelingen van de procespartijen uit het verleden. De notaris is wel gehouden tot onderzoek vanuit artikel 17 lid 1 Wna en artikel 2 Wna. Niettemin staan aan de notaris allerlei manieren ten dienste om – onverplicht – de mogelijkheid te bieden tot

444 Pitlo/Barents en Krans 2011, p. 31.

een persoonlijke informatieverstrekking. Een persoonlijke informatieve rol van de notaris jegens procespartijen leidt tot nieuwe vragen, vooral de vraag hoe deze rol zich verhoudt tot de wettelijke informatieplicht waarmee de gerechtsdeurwaarder is belast.

6.4 HET ANTWOORD OP DE DERDE ONDERZOEKSVRAAG

In dit hoofdstuk behandelden wij de derde onderzoeksvraag. Deze vraag luidt als volgt. *Op welke wijze moet de notaris invulling geven aan de Belehrungspflicht bij de vastlegging van een private uitspraak in een proces-verbaalakte?*

Om de vraag te kunnen beantwoorden hebben wij ten eerste teruggerepen op § 3.6 waarin wij de kern van dit leerstuk hebben weergegeven. In § 6.1 hebben wij vastgesteld, dat de leer van de notariële zorgplicht is ontwikkeld om misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht tegen te gaan, en daarmee rust een taak op de notaris om eventuele machtsongelijkheid te compenseren. Daarbij hebben wij vastgesteld dat dit leerstuk niet van toepassing is op private rechtspraak. Vervolgens hebben wij geconstateerd dat de notaris niettemin invulling zal kunnen geven aan het doel en de strekking van het leerstuk. Hiermee wordt niet alleen aan het doel en de strekking van het leerstuk recht gedaan, maar beschermt de notaris ook de integriteit van het rechtsbestel in zijn totaliteit tot op zekere hoogte.

Het antwoord op de derde onderzoeksvraag luidt derhalve dat het leerstuk van de *Belehrungspflicht* naar zijn aard niet toepasselijk is op een gerechtelijke procedure, maar dat de notaris uit hoofde van zijn onafhankelijk en onpartijdige ambtsvervulling ex artikel 17 Wna invulling zal geven door zijn onderzoeksplicht. De notaris die over wil gaan tot het waarnemen van een procedure en het passeren van de proces-verbaalakte zal aan de hand van het inleidende exploit, het procesreglement en de overige beschikbare informatie (met inbegrip van het procesdossier), moeten hebben vastgesteld, dat er geen sprake is (geweest) van misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht tijdens de procedure.

Wat betreft zijn onderzoeksplicht: de notaris zal moeten kunnen vaststellen dat de partijen tijdig – te weten: voordat hun keuze onomkeerbaar is geworden ex artikel 6:236 sub n BW, bijvoorbeeld door het oproepingsexploit van de gerechtsdeurwaarder – en voldoende zijn geïnformeerd over het feit, dat de gerechtelijke procedure is gericht op het verkrijgen van een afdwingbare einduitspraak via tussenkomst van de notaris. Nadat de bevoegdheid van het private gerecht onomkeerbaar is geworden door het verstrijken van de termijn van artikel 6:236 sub n BW kan de *belehrung* naderhand het rechtsgevolg niet meer ongedaan maken. Hiermee heeft de notaris invulling gegeven aan het doel en de strekking van het leerstuk van de *Belehrungspflicht*. De notaris heeft niettemin mogelijkheden om een eigen informatieve rol op zich te nemen. Hij kan dit als voorwaarde verbinden bij het aanvaarden van de opdracht.

In de proces-verbaalakte worden geen nieuwe rechtshandelingen meer gecreëerd door partijen maar legt de notaris slechts vast wat hij heeft waargenomen.

