



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

## 8 | DE AFRONDING VAN HET ONDERZOEK

In dit proefschrift hebben wij onderzocht in hoeverre de notaris een rol toebedeeld kan krijgen in de moderne, online, private rechtspraak. Het op deze wijze inbedden van het notarieel recht in het burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht werpt een aantal rechtsvragen op; deze zijn in de vorm van vier onderzoeksvragen geformuleerd. In de vorige hoofdstukken zijn deze onderzoeksvragen één voor één geanalyseerd en beantwoord. Er zijn verbanden gevonden en door ons gelegd. Er zijn daarnaast ook paradoxen aan het licht gebracht. Ogenscheinlijk tegenstrijdige situaties, die in lijken te gaan tegen de wijze waarop de notaris zijn ambt in de traditionele praktijk doorgaans vervult en dient te vervullen, bleken achteraf te kunnen worden verklaard door het onderscheid tussen de contractsvrijheid en de wettelijke systematiek van de rechtspraak, die behoort tot het domein van de overheidswang. Voorts is er samenhang gecreëerd tussen de verschillende wettelijke regelingen. In dit hoofdstuk komen wij tot een afronding van het onderzoek.

Wij geven in § 8.1 een samenvatting van de antwoorden op de vier onderzoeksvragen. In § 8.2 beantwoorden wij de probleemstelling. De probleemstelling luidt als volgt. In hoeverre is de notaris wettelijk bevoegd in het kader van een juridische procedure bij een privaat gerecht op grondslag van artikel 7:900 BW (bindend advies) een proces-verbaalakte te passeren en de grosse daarvan af te geven om te dienen als executoriale titel voor de procespartijen? Wij komen op grond van de beantwoording van de probleemstelling in § 8.3 tot vier conclusies. Daarna brengen wij in § 8.4 zelfkritiek op het eigen onderzoek naar voren op grond van bestaande theorieën of opvattingen, en behandelen wij de door ons geformuleerde kritiek. In § 8.5 noemen wij een bij de zelfkritiek aan het licht gekomen vijfde paradox. In § 8.6 noemen wij vier onderwerpen die voor toekomstig onderzoek van belang zijn. In § 8.7 volgt het slot van dit proefschrift.

### 8.1 DE SAMENVATTING VAN DE ANTWOORDEN OP DE ONDERZOEKSVRAGEN

In deze paragraaf geven wij in § 8.1.1 tot en met § 8.1.4 een samenvatting van de antwoorden op de vier onderzoeksvragen die wij achtereenvolgens hebben behandeld in hoofdstuk 4 tot en met 7.

#### 8.1.1 De eerste onderzoeksvraag

De eerste onderzoeksvraag is behandeld in hoofdstuk 4 en luidt als volgt. In hoeverre kan de notaris bij private rechtspraak de verplichtingen van de procespartijen vaststellen? Het antwoord op de eerste onderzoeksvraag is, dat de notaris door middel van de uitspraak kan vaststellen welke verbintenissen door de arbiter resp. de bindend adviseur zijn opgelegd aan de procespartijen. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar hoofdstuk 4.

#### 8.1.2 De tweede onderzoeksvraag

Vervolgens is de tweede onderzoeksvraag in hoofdstuk 5 behandeld. Deze luidt als volgt. In hoeverre kan de notaris bij de proces-verbaalakte vaststellen dat de procespartijen de wil hadden

om hun verbintenissen in de akte te laten opnemen om de grosse van de akte te laten dienen als executorialie titel ter beëindiging van hun geschil? Het antwoord op de tweede onderzoeksvraag is dat de notaris aan de hand van (i) de overeenkomst tussen partijen en (ii) de naleving van artikel 6:236 sub n BW kan vaststellen dat partijen de wil hadden om te procederen bij een privaats gerecht. Kort gezegd is de situatie als volgt. De procespartijen worden op grond van het wettelijke systeem geacht te participeren in een gerechtelijke procedure. Dit geldt ook bij verstekzaken, omdat de wet rechtsgevolgen verbindt aan het niet afleggen van partijverklaringen (zoals het niet voeren van verweer) gedurende de procedure. De procedure wordt gevoerd overeenkomstig het procesreglement, waarin de rol van de notaris is verankerd, en dat kenbaar is voor de procespartijen. Op grond daarvan is de notaris gerechtigd om de door hem waargenomen rechtsfeiten – met inbegrip van blote rechtsfeiten – aan de procespartijen te relateren. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar hoofdstuk 5.

#### 8.1.3 De derde onderzoeksvraag

De derde onderzoeksvraag is behandeld in hoofdstuk 6. Deze vraag luidt als volgt. Op welke wijze moet de notaris invulling geven aan de *Belehrungspflicht* bij de vastlegging van een private uitspraak in een proces-verbaalakte? Wij hebben daarbij vastgesteld dat het leerstuk strikt genomen niet van toepassing is, maar dat de notaris vanuit zijn onafhankelijke ambtsvervulling invulling zal willen geven aan het doel en de strekking van het leerstuk. De notaris kan aan de hand van het inleidende exploit, het procesreglement en de overige beschikbare informatie (met inbegrip van het procesdossier) vaststellen, dat er bij het betreffende private gerecht geen sprake is van misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht tijdens de procedure. Ook kan hij vast stellen dat de partijen tijdig – te weten voordat hun keuze onomkeerbaar is geworden ex artikel 6:236 sub n BW – en voldoende zijn geïnformeerd over het feit, dat de procedure bij het private gerecht is gericht op het verkrijgen van een afdwingbare einduitspraak via tussenkomst van de notaris. De notaris zal daartoe het bindend advies in een proces-verbaalakte vastleggen. Hiermee heeft de notaris invulling gegeven aan het doel en de strekking van het leerstuk van de *Belehrungspflicht*, voor zover van toepassing. De notaris toetst daarbij niet alleen op dossierniveau, maar voordat hij de opdracht van het private gerecht aanvaardt, toetst hij het private gerecht op organisatieniveau. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar hoofdstuk 6.

#### 8.1.4 De vierde onderzoeksvraag

De vierde onderzoeksvraag is behandeld in hoofdstuk 7. Deze luidt als volgt. In hoeverre beïnvloeden ICT-*tools* de waarneming van de procedure door de notaris? Het antwoord op de vierde onderzoeksvraag luidt dat als gevolg van de ICT-*tools* de waarneming meer nauwkeurig en objectief kan geschieden, terwijl de fysieke aanwezigheid van de notaris niet vereist is. Hij kan met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid het procesverloop vaststellen aan de hand van (1) de uitspraak en (2) de controle van mutaties in het logboek van het procesdossier. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar hoofdstuk 7.

## 8.2 DE BEANTWOORDING VAN DE PROBLEEMSTELLING

In deze paragraaf beantwoorden wij in § 8.2.1 de probleemstelling, welke in twee delen uiteenvalt. PS1 luidt: In hoeverre is de notaris wettelijk bevoegd in het kader van een juridische procedure bij een privaats gerecht op grondslag van artikel 7:900 BW (bindend advies) een proces-verbaalakte te passeren en de grosse daarvan af te geven om te dienen als executoriale titel voor de procespartijen? PS2 luidt: In hoeverre is de notaris wettelijk bevoegd in het kader van een juridische procedure bij een privaats gerecht op grondslag van artikel 1020 e.v. Rv (arbitrage) een proces-verbaalakte te passeren en de grosse daarvan af te geven om te dienen als executoriale titel voor de procespartijen? Daarna behandelen wij in § 8.2.2 tot en met § 8.2.7 de zes voorwaarden waaraan moet zijn voldaan in relatie tot private rechtspraak. In § 8.2.8 gaan wij in op de afgifte van de grosse. Daarmee is het antwoord op de probleemstelling compleet.

### 8.2.1 *Het antwoord op de probleemstelling*

Op grond van het vorenstaande luidt het antwoord op de probleemstelling als volgt. De notaris is wettelijk bevoegd in het kader van een procedure op grondslag van artikel 7:900 BW (bindend advies) of op grondslag van artikel 1020 e.v. Rv (arbitrage) een proces-verbaalakte te passeren en de grosse daarvan af te geven om te dienen als executoriale titel voor de procespartijen, indien aan zes voorwaarden is voldaan. Wij hebben het onderzoek uitgevoerd aan de hand van een literatuurstudie en de analyse van onze bevindingen. Daarbij hebben wij vastgesteld, dat de notaris aan de hand van de door hem te verrichten toetsingen kan vaststellen in hoeverre aan deze zes voorwaarden is voldaan. Het maakt daarbij geen verschil of de notaris een *offline* of een *online* procedure waarneemt, of dat de procedure een mengvorm daarvan is. De voorwaarden worden hierna door ons één voor één opgesomd, in de volgorde waarin zij in ons onderzoek naar voren zijn gekomen.

### 8.2.2 *Het vereiste van (minimaal) één opdrachtgever*

De eerste voorwaarde is dat de notaris voorafgaande aan de procedure een opdracht moet hebben ontvangen van (minimaal) één opdrachtgever om de procedure op grondslag van bindend advies of arbitrage waar te nemen en zijn waarnemingen in een proces-verbaalakte vast te leggen, waarbij de grosse wordt afgegeven om te dienen als executoriale titel voor de procespartijen. Zodra deze opdracht door de notaris is aanvaard, is de eerste voorwaarde vervuld. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar de hoofdstukken 3 en 4.

### 8.2.3 *Geen beperkingen aan de bevoegdheid van de notaris*

De tweede voorwaarde is dat de notaris moet hebben vastgesteld dat er geen beperkingen zijn met betrekking tot het aanvaarden van de opdracht. De notaris zal daartoe voorafgaande aan het aanvaarden van de opdracht nagaan of zijn wettelijke bevoegdheid tot het waarnemen van de juridische procedure en het passeren van de proces-verbaalakte wordt beperkt. Wij hebben in § 3.1.3 zeven beperkingen genoemd. Deze beperkingen zijn later in ons onderzoek in § 4.4 uitgewerkt.

#### 8.2.4 Het vaststellen van de partijwil in de context van rechtspraak

De derde voorwaarde is dat de notaris tijdens het waarnemen zich ervan zal moeten vergewissen dat de beide procespartijen de wil hebben gehad om te procederen bij het private gerecht volgens het procesreglement. Het gaat daarbij niet om de subjectieve partijwil van de twee procespartijen. Zij zijn immers geen comparanten. Het gaat om de op grond van artikel 6:236 sub n BW geobjectiveerde partijwil van de procespartijen. Laatstgenoemden kwalificeren als objecten van waarneming door de notaris. De uitnodiging om te procederen is dwingend, in de zin dat gelegenheid wordt geboden tot hoor en wederhoor voordat de uitspraak wordt gedaan. Indien de gedaagde echter niet verschijnt en geen verweer voert, verbindt de wet hieraan het rechtsgevolg van verstek. Op grond van het wettelijke systeem van het procesrecht kan niet gezegd worden dat de notaris verbaliserend zou optreden bij de vastlegging van een uitspraak bij verstek bij het private gerecht, indien de procespartijen over zijn rol tijdig zijn geïnformeerd. De gedaagde participeert evenzeer als de eiser in de gerechtelijke procedure. Deze participatie is het rechtsgevolg dat de gedaagde zelf heeft laten ontstaan. Van de notaris kan daarom niet gezegd worden dat hij verbaliserend optreedt. Indien de gedaagde correct is opgeroepen en daarbij is gewezen op de rol van de notaris, is deze derde voorwaarde vervuld. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar de hoofdstukken 3 en 5.

#### 8.2.5 De invulling van de notariële zorgplicht

De vierde voorwaarde is dat de notaris invulling heeft moeten kunnen geven aan het doel en de strekking van het leerstuk van de *Belehrungspflicht*, hoewel dit leerstuk strikt genomen niet van toepassing is op private rechtspraak. Wel zal de notaris vanuit zijn onafhankelijke ambtsuitoefening invulling willen geven aan het leerstuk. In relatie tot de vraag of de partijen geen misbruik hebben kunnen maken van juridische onkunde en feitelijk overwicht gedurende de procedure zal de notaris zich een oordeel moeten vormen over de wijze waarop het betreffende private gerecht is ingericht. Deze toetsing is preventief. Wij noemen dit de toetsing op “organisatieniveau.” De notaris dient vervolgens aan de hand van het concrete dossier vast te stellen en in het concrete geval nogmaals toetsen, dat partijen destijds – dat wil zeggen voordat hun keuze voor het private gerecht als gevolg van artikel 6:236 sub n BW onomkeerbaar is geworden – daadwerkelijk voldoende waren “*belehrt*” over de procedure, met inbegrip van de vastlegging van het bindend advies in een proces-verbaalakte. Ook neemt hij waar hoe de procedure is verlopen. Wij noemen dit de toetsing op “dossierniveau.” Wij hebben vastgesteld dat de wijze van toetsing door de notaris niet tot een verslechtering van de rechtspositie van de consument leidt. Integendeel. Daarmee is deze vierde voorwaarde vervuld. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar de hoofdstukken 3 en 6.

#### 8.2.6 Procesbewaking aan de hand van het reglement

De vijfde voorwaarde is dat de notaris tijdens het waarnemen van de procedure vaststelt dat de procedure is gevoerd in overeenstemming met het procesreglement van het private gerecht. Bij een online procedure kan hij daarbij gebruik maken van het logboek, waardoor het procesverloop

voor de notaris achteraf controleerbaar is. Daarmee is deze vijfde voorwaarde vervuld. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar hoofdstuk 7.

#### *8.2.7 De marginale toets van artikel 7:900 BW en artikel 1062 Rv*

De zesde voorwaarde is dat de notaris moet kunnen vaststellen (i) dat het private gerecht in redelijkheid tot de beslissing in het geschil heeft kunnen komen (de maatstaf van artikel 7:900 BW), en (ii) dat de uitspraak niet kennelijk in strijd is met de openbare orde (de maatstaf van artikel 1062 Rv). Daarbij moet de notaris controleren of de gedaagde procespartij correct is opgeroepen en gelegenheid heeft gehad om gebruik te maken van zijn wettelijke recht ex artikel 6:236 sub n BW om het geschil door de kantonrechter te laten beslechten. Hij dient te beoordelen of er sprake is van een oneerlijk beding (arbitrage) dan wel een onredelijk bezwarend beding (bindend advies), maar deze beoordeling was al onderdeel van de preventieve toets op organisatieniveau (zie § 9.2.5). Voorts dient de notaris te controleren of de toegewezen incassokosten niet hoger zijn dan de wettelijk bepaalde maximale bedragen. De toets van de kennelijke strijd met de openbare orde valt in vier delen uiteen en overlapt deels de toets van artikel 7:900 BW. Ten eerste moet de notaris onderzoeken of er een contractueel beding is met een keuze voor het private gerecht. Ten tweede of de gedaagde correct is opgeroepen ex artikel 6:236 sub n BW. Ten derde moet de notaris vaststellen dat de toegewezen buitengerechtelijke kosten en incassokosten niet hoger zijn dan de wettelijke maxima. Ten vierde onderzoekt de notaris er of geen wijzigingen zijn geweest in het procesreglement, waardoor de procedure niet langer voldoet aan de wettelijke eisen van een behoorlijk proces. Indien de notaris bij de toetsing tot een positief eindoordeel komt, is de zesde voorwaarde vervuld. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar de hoofdstukken 2, 6 en 7.

#### *8.2.8 De afgifte van de grosse*

Uit het vorenstaande volgt dat een notaris die heeft vastgesteld dat aan de zes voorwaarden is voldaan, gerechtigd is de proces-verbaalakte te passeren. Wij hebben in § 3.4.5. gezien dat de notaris van alle tot zijn protocol behorende akten, dus ongeacht of deze partij-akten of proces-verbaalakten zijn, een grosse kan afgeven, maar dat dit niet betekent dat al die akten executabel zijn. Voor executabiliteit is vereist dat de akte voor executie vatbare verplichtingen ten laste van een bepaald persoon en voor tenuitvoerlegging vatbare aanspraken ten behoeve van een bepaalde persoon bevat. Dit brengt mee dat voor een akte waarmee niets te executeren valt, geen grosse mag worden afgegeven. De partij die in een dergelijk geval om de grosse verzoekt heeft hierbij geen belang. Bovendien wekt het woord “grosse” verwarring op een stuk waarmee niets te executeren valt. De notaris dient dan die afgifte te weigeren met een beroep op artikel 21 lid 2 Wna.

Het vorenstaande brengt mee dat het private gerecht de notaris uitsluitend zal verzoeken om de grosse af te geven, indien het bindend advies veroordelingen inhoudt die vatbaar zijn voor executie. Geen grosse zal worden gevraagd indien (i) het private gerecht tot onbevoegdheid heeft geconcludeerd, of (ii) de vordering heeft afgewezen zonder kostenveroordeling, zodat partijen

over en weer niets verschuldigd zijn. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar de hoofdstukken 2, 3, 4 en 5.

Hiermee is het doel van de procespartijen bij de procedure bereikt, te weten het verkrijgen van een afdwingbare einduitspraak in het geschil.

#### *8.2.9 Voorbeeld notariële proces-verbaalakte bij private rechtspraak*

In Appendix C hebben wij een voorbeeld opgesteld van een notariële proces-verbaalakte, die door de notaris gehanteerd kan worden bij de vastlegging van het bindend advies teneinde de procespartijen te voorzien van een executoriale titel ter beëindiging van hun geschil.

### **8.3 VIER CONCLUSIES NAAR AANLEIDING VAN HET ANTWOORD OP DE PROBLEEMSTELLING**

Het hiervoor geformuleerde antwoord op de probleemstelling leidt ons naar vier conclusies. Wij bespreken in § 8.3.1 de verbeterde bescherming van de integriteit van het rechtsbestel. In § 8.3.2 behandelen wij de verbetering van de marginale toetsing. In § 8.3.3 bespreken wij de nieuwe methode om het bindend advies of het arbitrale vonnis afdwingbaar te maken. In § 8.3.4 behandelen wij de schijntegenstellingen bij de vastlegging van een procedure.

#### *8.3.1 Conclusie 1: verbeterde bescherming van de integriteit van het rechtsbestel*

De eerste conclusie die wij trekken naar aanleiding van het antwoord op de probleemstelling is dat de notaris de integriteit van het rechtsbestel in zijn totaliteit tot op zekere hoogte beschermt. De preventieve toetsing door de notaris van een privaats gerecht op organisatieniveau brengt mee, dat de notaris op voorhand de kwaliteit en integriteit heeft getoetst. De toetreding van nieuwe private gerechten tot het rechtsbestel wordt daardoor afhankelijk van de uitkomst van de preventieve kwaliteitstoets. Bovendien brengt de toets op organisatieniveau mee, dat de notaris zich telkens ervan zal vergewissen dat zich geen materiële wijzigingen hebben voorgedaan binnen de organisatie van het private gerecht of in het procesreglement sinds zijn laatste beoordeling. Het ligt voor de hand dat de notaris daarbij aan het private gerecht een informatieplicht oplegt, namelijk om materiële wijzigingen op eigen initiatief te melden aan de notaris. Voorts is het niet uitgesloten dat de notaris in een vroeg stadium geïnformeerd zal worden over voorgenomen wijzigingen. Langs deze weg ontstaat een systeem van permanente toetsing op private gerechten, ook nadat zij zijn toegetreden tot het rechtsbestel. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid is dit een aanvullende bescherming van de integriteit van het rechtsbestel ten opzichte van de huidige situatie. Deze verbetering is van belang is voor een ieder, en niet alleen voor de procespartijen zelf. Wij achten dit dan ook een zinvolle rol voor het notariaat waardoor het algemeen belang wordt gediend.



### 8.3.2 Conclusie 2: verbetering van de marginale toetsing

De tweede conclusie betreft een ander resultaat van de medewerking van het notariaat aan private rechtspraak. De notariële toetsing brengt in feite een verbetering van de marginale toetsing in het kader van het afdwingbaar maken van de uitspraken ten opzichte van de huidige rechterlijke toetsing van artikel 7:900 BW. Via de kantonrechter respectievelijk de voorzieningenrechter vindt immers geen preventieve toetsing plaats van een privaat gerecht op “organisatieniveau.” De toetsing is beperkt tot het “dossierniveau.” Bovendien is deze toetsing repressief. Met name op het terrein van de grootschalige incassopraktijk, kan een preventieve toets op organisatieniveau van betekenis zijn voor de integriteit van een privaat gerecht, te weten de onafhankelijkheid en onpartijdigheid. In het bijzonder kan hierdoor worden uitgesloten dat crediteuren, althans hun incassopartijen, een oneigenlijk gebruik van de wettelijke incassobevoegdheid zouden willen maken (door op een oneigenlijke manier winst te maken op incasso via eenzijdige kortingsconstructies, of “no cure-no pay” dienstverlening of andere verrijking via de a-symmetrie bij overheidsdwang). De praktijk van een te behalen “winst” via – al dan niet door hen zelf of door hun stromannen op te richten – gerechten kan dan niet, zoals nu het geval is, ongehinderd doordringen binnen het rechtsbestel. Deze verbetering is in de eerste plaats van belang voor de procespartijen, en vooral voor de gedaagde procespartij, maar dient tegelijkertijd de bescherming van de integriteit van het rechtsbestel. Wij achten dit derhalve een zinvolle rol voor het notariaat waardoor het algemeen belang wordt gediend.

### 8.3.3 Conclusie 3: een nieuwe methode om een private uitspraak afdwingbaar te maken

De derde conclusie in relatie tot het door ons geformuleerde antwoord op de probleemstelling is dat de notariële proces-verbaalakte een nieuwe methode is voor het afdwingbaar maken van een bindend advies of een arbitraal vonnis. Het gaat hierbij om een nieuwe toepassing van bestaande wetgeving. Dit brengt mee dat voor het notariaat een rol binnen een ander deel van het rechtsbestel is weggelegd. Dit is de enige toepassing van de notariële akte, waarbij de akte niet wordt gepasseerd als *substituut* voor de rechtspraak, maar juist als *instrument* van de rechtspraak. Deze gevolgtrekking lijkt ons primair van belang voor het notariaat. Met de beantwoording van de probleemstelling is een nieuw hoofdstuk toegevoegd aan de wetenschappelijke literatuur over de executoriale kracht van notariële akte, door de toepassing van de proces-verbaalakte als instrument binnen private gerechtelijke procedures.

### 8.3.4 Conclusie 4: de vastlegging leidt slechts tot schijn tegenstellingen

De vierde conclusie naar aanleiding van het antwoord op de probleemstelling is, dat de waarneming tijdens de procedure door de notaris tot paradoxale situaties leidt (zie § 5.4). De waarneming van een gerechtelijke procedure is ogenschijnlijk tegenstrijdig met de traditionele rol van de notaris, omdat de notaris de partijen niet zelf kan spreken, en hij hen niet kan vragen om te bevestigen wat in het dossier reeds is vermeld. Echter, deze tegenstrijdigheid is slechts schijn. De tegenstrijdigheid kan worden verklaard door het feit dat de rol van de notaris als ambtenaar is ingebed in de rechtspraak. Rechtspraak behoort tot het domein van de overheidsdwang, waarbij

de medewerking van de partijen niet is vereist. De traditionele rol van de notaris is gestoeld op de contractsvrijheid. Met dit onderscheid tussen dwang en contractsvrijheid zijn de schijntegenstellingen verklaard.

#### 8.4 VIJF PUNTEN VAN ZELFKRITIEK

Bij ons onderzoek hebben wij ervoor gekozen om een podium te geven voor kritiek. In de literatuur is van deze mogelijkheid royaal gebruik gemaakt (zie § 1.1.4). Het gaat om kritiek geuit op de in ons onderzoek behandelde constructie van de notariële proces-verbaalakte als instrument voor de afdwingbaarheid van het bindend advies. Achteraf moet worden vastgesteld, dat de kritiek weliswaar niet verrassend – de onderzochte nieuwe toepassing is uitdagend – was, maar vooral werd veroorzaakt door een eenzijdige benadering. Hiermee bedoelen wij dat de auteurs het vraagstuk uitsluitend behandelden vanuit het *overeenkomstenrecht*. In ons onderzoek hebben wij echter laten zien, dat de rechtshandeling van de keuze voor het private gerecht – met inbegrip van de keuze van het toepasselijke procesreglement - door de ommekomst van de termijn van een maand genoemd in artikel 6:236 sub n BW – een in het verleden voltooide rechtshandeling betreft. Daarmee is de obligatoire fase afgerond en nemen de regels van burgerlijke rechtsvordering de regie over. De belangrijkste onzuiverheid (of eigenlijk: omissie) in de eerdere discussies was dat men zich in de analyses niet, althans in onvoldoende mate, ervan rekenschap heeft gegeven dat het bindend advies meer is dan een kwestie van overeenkomstenrecht; het is ook een kwestie van *procesrecht*. Deze onzuiverheid is door het onderzoek stap voor stap duidelijk geworden, en daarmee is de kritiek van derden op de constructie weerlegd. Dit resultaat is bereikt door de erkenning en de toepassing van het multidisciplinaire karakter van het vraagstuk.

Het vorenstaande betekent geenszins, dat er geen kritiek op de constructie denkbaar zou zijn. In deze paragraaf formuleren wij daarom vijf punten van mogelijke zelfkritiek op de in ons onderzoek voorgestelde constructie van de vastlegging van een bindend advies in de notariële proces-verbaalakte binnen een civiele procedure. Deze kritiek is geformuleerd op grond van bestaande theorieën en opvattingen. Na elk punt van kritiek wordt een weerwoord op de zelfkritiek geformuleerd. In § 8.4.1 gaat het om de onderzoeksplicht van de notaris met betrekking tot de onderhandse overeenkomst. In § 8.4.2 behandelen wij de identificatie van de procespartijen. In § 8.4.3 bespreken wij het belang (lees: de subjectieve wil) van de debiteur om aan veroordeling en executie te ontsnappen. Wij onderzoeken in § 8.4.4 de rol van de notaris als verbalisant binnen private rechtspraak. In § 8.4.5 gaan wij in op het waarnemen met zekerheid en rechtszekerheid.

##### 8.4.1 De onderzoeksplicht en de onderhandse overeenkomst

Een eerste punt van kritiek is dat de notaris op grond van de opvattingen rond een partij-akte mogelijk zal menen, dat hij zelf moet vaststellen dat de procespartijen in het verleden een overeenkomst hebben gesloten, waarin de keuze voor geschilbeslechting is vastgelegd. De notaris zal zich op het standpunt kunnen stellen dat hij niet mag afgaan op het bestaan en de juistheid van de

in de onderhandse akte opgenomen verklaringen (artikel 2 Wna, zie § 3.6). De notaris was immers niet aanwezig bij de ondertekening van de overeenkomst door partijen. Hij zal de procespartijen op dit punt, te weten de wil om bij het in de overeenkomst genoemde private gerecht te procederen, zelf willen bevragen.

#### Weerwoord

De nadere wilsafvraging geschiedt in het geval van rechtspraak door de naleving van artikel 6:236 sub n BW. De notaris beschikt over een ambtsedig opgemaakt inleidend exploit. Deze authentieke akte heeft dwingende bewijskracht jegens een ieder (artikel 157 lid 2 Rv), dus ook jegens de publieke rechter en ook jegens de notaris. Indien de stukken in het dossier hierbij aansluiten (de oorspronkelijke overeenkomst tussen de partijen, de facturering voor de geleverde prestaties, deelbetalingen, herinneringsbrieven en aanmaningen) dan heeft de notaris geen reden om te twijfelen, in de zin dat hij gehouden is om nader onderzoek te doen. Dit betoog steunt niet alleen op de tekst van artikel 157 lid 1 Rv, maar ook op het feit dat de rechter ex artikel 151 lid 1 Rv in een procedure de rechter verplicht is om de inhoud van het exploit als waar aan te nemen.

#### *8.4.2 De identificatie van de procespartijen*

Een tweede punt van kritiek betreft de wijze van identificatie van de procespartijen. Op grond van de bestaande opvattingen bij een partij-akte dient de notaris zelf – persoonlijk – de identiteit van de procespartijen vast te stellen. Zou hij dit niet doen, dan is hij in het geheel niet bevoegd tot het passeren van de akte. Uit een oogpunt van rechtszekerheid is het van belang dat de notaris voldoende zekerheid heeft over de juistheid van zijn waarnemingen, met inbegrip van de identiteit van betrokkenen, omdat hij anders de proces-verbaalakte niet mag passeren.

#### Weerwoord

In reactie op deze kritiek merken wij het volgende op. Op de procespartijen is de identificatieplicht van artikel 39 Wet op het Notarisambt formeel niet van toepassing. Zij zijn slechts “objecten van waarneming”. Naar onze mening moet de notaris bij een proces-verbaalakte met een grote mate van zekerheid de identiteit kunnen vaststellen van de objecten van zijn waarneming. Echter, een notaris behoeft geen waterdicht bewijs te verschaffen door persoonlijk de identiteitsbewijzen van betrokkenen in te zien. Hij mag afgaan op het deurwaardersexploit, waarin de procespartijen zijn geïdentificeerd (artikel 157 lid 2 Rv). De gerechtsdeurwaarder is volgens de wet gehouden tot een nauwkeurige ambtsvervulling. Het vaststellen van de identiteit van de procespartijen voor een gerechtelijke procedure is derhalve een ambtelijke werkzaamheid die door de gerechtsdeurwaarder moet worden uitgevoerd.

Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde in een tuchtzaak in hoger beroep op dit punt als volgt. *“De verificatie bij de GBA is van essentieel belang bij het betekenen van exploit en behoort daarom een standaard onderdeel van de door een gerechtsdeurwaarder uit te voeren procedure te zijn.”*<sup>463</sup> De

---

463 Hof Amsterdam (Kamer voor Gerechtsdeurwaarders) 26 februari 2013, LJN CA3844.

wijze van identificatie door de gerechtsdeurwaarder is derhalve een andere dan die van de notaris bij het passeren van de partij-akte. De afwijkende manier van identificatie kan worden verklaard doordat de gerechtsdeurwaarder handelt op het terrein van de overheidsdwang, terwijl de partij-akte door de notaris wordt gepasseerd op basis van de subjectieve partijwil. Bij de identificatie door de gerechtsdeurwaarder is de medewerking van de betrokkene (zoals door het tonen van een identiteitsbewijs) derhalve niet vereist. Het vorenstaande brengt mee dat de identiteit van betrokkene door de gerechtsdeurwaarder wordt vastgesteld en voor de notaris controleerbaar is aan de hand van het exploit.

Wij gaan nog een stap verder in ons betoog. Artikel 157 lid 1 Rv brengt mee dat de dwingende bewijskracht geldt jegens een ieder. Deze geldt derhalve ook voor de notaris. Wij menen dat de notaris op de inhoud van het exploit *moet* afgaan, en zich derhalve dient te onthouden van het opnieuw verrichten van de reeds uitgevoerde identificatie. Dit is alleen anders, indien hij op voorhand reden heeft om te twifelen aan de authenticiteit van het ambtelijk exploit. Dit betoog steunt niet alleen op de tekst van artikel 157 lid 1 Rv, maar ook op het feit dat de rechter ex artikel 151 lid 1 Rv in een procedure verplicht is om de inhoud van het exploit voor waar aan te nemen. Met andere woorden: hiermee is voor de rechter in een procedure artikel 157 lid 1 Rv expliciet herhaald. De rechter mag derhalve de identificatie evenmin opnieuw zelf uitvoeren. Dit geldt voor de kantonrechter in een marginale toetsingsprocedure ex artikel 7:904 BW en ook voor de voorzieningenrechter bij het afgeven van het exequatur ex artikel 1062 Rv j° 1064 Rv. Deze regel geldt derhalve ook voor de notaris, wiens ambt is ingebed in de rechtspraak en die door het passeren van de proces-verbaalakte het bindend advies executabel maakt. Het kan niet zo zijn, dat de notaris zijn ambt boven deze twee genoemde dwingende wettelijke bepalingen van bewijsrecht zou mogen verheffen. Het vorengaande leidt ons tot de conclusie dat de notaris niet bevoegd is om de inhoud van het exploit van de gerechtsdeurwaarder te verwerpen, en zelf de partijen opnieuw te identificeren aan de hand van een door hen zelf aan de notaris over te leggen identiteitsbewijs.

#### *8.4.3 Het belang van de debiteur*

Een derde punt van kritiek is gelegen in het individuele belang van de debiteur. De notaris kan zich op grond van bestaande opvattingen rond de partij-akte op het standpunt stellen dat de subjectieve partijwil van de in het ongelijk gestelde gedaagde mogelijk in het algemeen niet relevant is bij de rechtspraak, maar wel voor de notaris die een akte moet passeren. Indien de debiteur niet verklaart dat hij de verbintenissen op zich wil nemen in de akte en de grosse als executoriale titel wil aanvaarden, zal de notaris de akte niet kunnen passeren.

#### Weerwoord

Wij menen dat deze kritiek kan worden verklaard vanuit het perspectief van de notaris op zijn traditionele praktijk die is gestoeld op de subjectieve contractsvrijheid. De notaris merkt terecht het belang van de debiteur op, die niet veroordeeld wil worden en die zeker niet vrijwillig een executietraject op al zijn vermogensbestanddelen zal willen ondergaan. Toch concluderen wij,

dat deze subjectieve wil van de gedaagde voor de notaris geen reden mag zijn om de opdracht terug te geven. Die gevolgtrekking steunt op twee argumenten. Ten eerste heeft artikel 6:236 sub n BW ordenende werking en is van dwingend recht. De notaris heeft dit artikel na te leven en de debiteur is gebonden aan het proces bij het private gerecht conform het procesreglement, waarin de rol van de notaris is verankerd. Ten tweede is het belang van de debiteur om zich te onttrekken aan de (gedwongen) nakoming van de overeenkomst geen belang dat kwalificeert als een “redelijk civielrechtelijk belang.” Dit eigen belang van de debiteur wordt binnen de rechtsstaat juist niet gehonoreerd.

#### *8.4.4 De notaris in de rol van verbalisant bij verstekzaken*

Een vierde punt van kritiek is dat de notaris concludeert dat hij niet bevoegd is om de proces-verbaalakke te passeren bij een verstekzaak. Hij kan de opvatting huldigen, dat hij niets heeft waargenomen van de gedaagde, zodat hij zou worden gedwongen om verbaliserend op te treden. De akte mag immers niet buiten de gedaagde om worden gepasseerd.

#### Weerwoord

Indien het proces wordt gehouden op grond van een rechtsgeldige overeenkomst, kan niet gezegd worden dat de akte buiten de gedaagde om wordt gepasseerd. Bovendien heeft de gedaagde de bevoegdheid van het private gerecht en de toepasselijkheid van het procesreglement waarin de rol van de notaris is verankerd, willens en wetens laten ontstaan. De notaris heeft onder deze omstandigheden het rechtsgevolg van verstek – evenals de kantonrechter in een procedure ex artikel 3:296 BW j° 7:900 BW en de voorzieningenrechter bij een verzoekschriftprocedure ex artikel 1062 Rv – te respecteren. De notaris is gehouden om dit blote rechtsfeit te constateren en dit te relateren aan de gedaagde. De medewerking van de gedaagde als “object van waarneming” is bij een proces-verbaalakke niet vereist. Door de keuzevrijheid voorafgaande aan de procedure, kan niet gezegd worden dat de gedaagde geen weet had van de rol van de notaris in de gerechtelijke procedure.

#### *8.4.5 Het waarnemen met zekerheid en rechtszekerheid*

Een vijfde punt van kritiek hangt samen met het feit, dat de wet aan het *niet* afleggen van een verklaring ex artikel 6:236 sub n BW het rechtsgevolg verbindt dat de gedaagde afstand heeft gedaan van zijn recht om te kiezen voor behandeling van het geschil door de overheidsrechter. Een notaris kan zich op het standpunt stellen dat hij niet kan uitsluiten dat de verklaring is afgelegd, omdat hij helemaal niets heeft waargenomen ter zake van artikel 6:236 sub n BW. Het feit dat de verklaring niet is opgenomen in het dossier wil niet zeggen dat de notaris met zekerheid kan vaststellen dat de gedaagde de verklaring niet heeft afgelegd. Immers, het is mogelijk dat de verklaring is afgelegd, maar vervolgens is zoekgeraakt. De verklaring kan om een andere reden niet zijn opgenomen in het dossier of niet zijn waargenomen door de notaris. Het punt van kritiek is derhalve dat het feitelijk onmogelijk is om vast te stellen dat een gebeurtenis zich *niet* heeft voorgedaan. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid zou dan niet zijn voldaan aan de grote mate

van zekerheid, die verlangd wordt van de notaris bij de vastlegging van de waarnemingen in de akte.

### Weerwoord

Wij erkennen dat het in zijn algemeenheid feitelijk lastig – zo niet onmogelijk – is, om waterdicht bewijs te verschaffen, dat een gebeurtenis zich *niet* heeft voorgedaan. De notaris, het private gerecht en de gerechtsdeurwaarder, kunnen derhalve niet bewijzen dat een verklaring van artikel 6:236 sub n BW niet is afgelegd. De notaris kan slechts vaststellen dat het procesdossier een dergelijke verklaring van de gedaagde niet bevat. De notaris vervult zijn ambt niet solitair, maar deze is ingebed in de private rechtspraak. Dit brengt mee dat het private gerecht hetzelfde belang heeft als de notaris om te mogen vertrouwen, dat een dergelijke verklaring, indien deze is afgelegd, ook in het dossier is opgenomen. Het private gerecht zou anders ten onrechte zijn bevoegdheid aannemen. Op dit punt zijn de belangen van het private gerecht en de notaris gelijk. De geschilbeslechter of arbiter heeft geen belang bij het geven van een onjuiste beslissing. Hij zal in het geval de verklaring door de gedaagde tijdig is afgegeven, het private gerecht onbevoegd verklaren en de partijen verwijzen naar de kantonrechter.

Artikel 3:37 lid 3 BW wet bepaalt dat een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring, om haar werking te hebben, die persoon moet hebben bereikt. Indien de gedaagde stelt een verklaring te hebben afgelegd, maar de gerechtsdeurwaarder en/of het private gerecht hebben deze verklaring niet ontvangen, zal de gedaagde moeten kunnen bewijzen dat hij een schriftelijke mededeling heeft gedaan. Om die reden wordt in het exploit en in het procesreglement de gedaagde erop gewezen om post aangetekend te verzenden en bij e-mailverkeer opnieuw de mail te verzenden, indien geen reactie is ontvangen binnen 48 uur. De notaris moet derhalve de afweging maken of hij meent dat hij uit het feit dat het procesdossier geen verklaring bevat, mag afleiden dat deze verklaring niet is afgelegd. Dit oordeel steunt mede op de uitkomst van het door de notaris uitgevoerde preventieve toets van het private gerecht op “organisatieniveau.” Indien hij zich daarbij een positief oordeel heeft gevormd over de integriteit en betrouwbaarheid van het private gerecht, dan brengt dit oordeel mee dat het betreffende private gerecht hem niet, althans niet opzettelijk, van onjuiste informatie zal voorzien, of voor hem informatie zal achterhouden, om hem te bewegen tot het passeren van een akte.

De notaris kan het feit dat de verklaring niet is afgelegd, verder bevestigd zien door (i) het feit dat de zaak door het private gerecht in behandeling is genomen, en (ii) de gerechtsdeurwaarder namens de crediteur het proces bij het private gerecht heeft doorgezet. Zowel het private gerecht als de gerechtsdeurwaarder hebben er geen belang bij om na afloop van het proces geconfronteerd te worden met negatieve publiciteit. Evenmin willen zij juridische procedures of tuchtrechtelijke verwijten riskeren door het opzettelijk achterhouden van informatie. In het ambt van de gerechtsdeurwaarder mag de notaris eveneens vertrouwen stellen. Al met al heeft de notaris – naast de feitelijke constatering dat hij geen verklaring van de debiteur ex artikel 6:236 sub n BW in het procesdossier heeft aangetroffen – uit twee door hem als betrouwbaar en onafhankelijk beoordeelde

bronnen, namelijk het private gerecht als neutrale geschilbeslechter en de gerechtsdeurwaarder als onafhankelijk ambtenaar, bevestigd gekregen, dat de verklaring niet is afgelegd. Daaruit mag de notaris afleiden dat het wettelijke rechtsgevolg (te weten de bevoegdheid van het private gerecht) als een bloot rechtsfeit is ingetreden.

Wij wijzen voorts op twee andere argumenten. Ten eerste staat de eis dat de notaris zelf uit de mond van de debiteur zou moeten optekenen, dat hij niet tijdig een beroep heeft gedaan op artikel 6:236 sub n BW, haaks op de systematiek van overheidsdwang, en het in die context geldende beginsel dat de debiteur niet hoeft mee te werken aan een gerechtelijke procedure. De wet bepaalt dat de notaris bevoegd is om de blote rechtsfeiten te relateren aan de gedaagde procespartij. Een tweede argument is dat niet valt in te zien waarom de kantonrechter (artikel 3:296 BW j° 7:900 BW) en de voorzieningenrechter (artikel 1062 Rv) het dwingende rechtsgevolg bij naleving van artikel 6:236 sub n BW als bloot rechtsfeit wel respecteren, maar de notaris dit blote rechtsfeit zou mogen of moeten verwerpen. Het betreft een bloot rechtsfeit, dat door het *uitblijven* van een actieve handeling intreedt. Indien de notaris dit blote rechtsfeit niet zou erkennen, ondermijnt de notaris hierdoor de rechtszekerheid.

Echter, indien een notaris dat wenselijk mocht achten, zou hij meer zekerheid kunnen verkrijgen over de verklaring van artikel 6:236 sub n BW. Wij noemen hiervoor drie manieren. De eerste manier is dat in het procesreglement een meldplicht wordt opgenomen voor (de gerechtsdeurwaarder of andere procesgemachtigde namens) de eisende partij en voor het private gerecht, in het geval een verklaring ex artikel 6:236 sub n BW één van hen tijdig bereikt. De tweede manier is dat de gerechtsdeurwaarder na ommekomst van de periode van artikel 6:236 sub n BW in een ambtsedig opgemaakt proces-verbaal van constatering dient te onderzoeken en te verklaren, dat de gedaagde geen gebruik heeft gemaakt van zijn wettelijke recht om de inhoudelijke behandeling van het geschil door de kantonrechter af te dwingen en dat hij pas na het vaststellen van dit blote rechtsfeit heeft besloten om de zaak door te zetten bij het private gerecht. Deze akte heeft dwingende bewijskracht en op deze extra controle van de gerechtsdeurwaarder mag de notaris afgaan. Een derde manier om meer zekerheid te verkrijgen, is dat in het procesreglement wordt voorgeschreven dat het exploit vermeldt wie de waarnemende notaris is en dat de verklaring ex artikel 6:236 sub n BW door de gedaagde uitsluitend mag worden gericht aan deze notaris. De notaris kan dan in een concreet geval zelf, als geadresseerde, vaststellen of de gedaagde de verklaring tijdig aan hem heeft afgelegd of niet.

## **8.5 PARADOX 5: CONSUMENTENBESCHERMING ZONDER PERSOONLIJK CONTACT**

Uit de beantwoording van de probleemstelling is een vijfde paradox aan het licht gekomen. Deze paradox heeft niet zozeer betrekking op de waarneming door de notaris gedurende het proces (zie § 8.1 en § 5.4), maar op (i) de wijze en (ii) de betekenis van zijn ambtsuitoefening in het algemeen.

Het gaat om de paradox dat de notaris die zonder contact met de procespartijen de akte passeert, hierdoor aan de gedaagde consument juist aanvullende bescherming biedt.

Wij verklaren de paradox in twee stappen. Ten eerste gaat het over de manier van de ambtsuitoefening. De paradox bestaat hieruit dat de notaris zijn ambt vervult en de rechtszekerheid dient, door het passeren van een notariële akte zonder rechtstreekse opdracht van de procespartijen, dat wil zeggen: zonder dat de betrokkenen zelf daartoe strekkende verklaringen hebben afgelegd, en zonder dat zij door de notaris zijn geïnformeerd over de rechtsgevolgen.<sup>464</sup> De rol van de notaris wordt hiermee uitgebreid; deze strekt zich ook uit over het domein van de overheidsdwang. De notaris verkrijgt daarmee een rol binnen het totale rechtsbestel.

Ten tweede gaat het over de betekenis van de ambtsuitoefening. Door de rol van de notaris binnen de rechtspraak schiet hij niet zozeer de eisende partij te hulp door hem een eenvoudige executiemogelijkheid te bieden.<sup>465</sup> Immers, die eenvoudige executiemogelijkheid wordt al geboden door de voorzieningenrechter bij arbitrage. Daarentegen biedt de notaris in de eerste plaats de gedaagde meer bescherming. De betekenis van zijn ambtsvervulling is derhalve vooral gelegen in meer consumentenbescherming. De notaris doet dit doordat hij (i) de organisatie van het private gerecht preventief toetst, (ii) de procesgang en het procesverloop beter toetst, en (iii) aanvullende consumentenbescherming biedt op het terrein van onnodige kostenstapelings bij incassogeschillen (omdat de consument anders tot (veel) hogere kosten zou worden veroordeeld via het verkrijgen van afdwingbaarheid door de publieke rechter).

De vijfde paradox is hiermee opgehelderd.

## 8.6 VIER ONDERWERPEN VOOR TOEKOMSTIG ONDERZOEK

In deze paragraaf formuleren wij vier onderwerpen die voor toekomstig onderzoek van belang zijn. Deze onderwerpen liggen in het verlengde van dit onderzoek of houden hiermee verband. Wij noemen in § 8.6.1 IT-aspecten. In § 8.6.2 behandelen wij de bewegingsvrijheid van het private gerecht. In § 8.6.3 noemen wij de ontwikkeling van de bulkincasso en de rechtspositie van de consument. Wij behandelen ten slotte in § 8.6.4 de rol van de notaris bij private rechtspraak in de praktijk.

### 8.6.1 IT-aspecten

Het eerste onderwerp voor toekomstig onderzoek is het gebruik van *artificial intelligence* in de betekenis van autonoom rechtsprekende computers.<sup>466</sup> Verder onderzoek is onzes inziens ook van belang in relatie tot de toepassing van *crowdsourced online dispute resolution* (rechtspraak

---

464 Vergelijk Kraan 2012.

465 Wiersma 2012.

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



door – of na input van – een al dan niet gespecificeerde groep individuen) bij private gerechten.<sup>467</sup> Hierdoor wordt een oude traditie die is terug te voeren op het Romeinse Rijk en die ook in de Middeleeuwen in gebruik was (zie § 1.1), in ere hersteld, en op moderne wijze vormgegeven.

#### 8.6.2 De bewegingsvrijheid van een privaat gerecht

Het tweede onderwerp betreft de ontwikkelingen rond private rechtspraak in de periode van 2010 tot en met 2016. Het gaat daarbij om de mate van consistentie in de beleidskeuzes van de overheid (zoals het steeds duurder maken van private rechtspraak ten opzichte van de kantonrechter). De keuzes kunnen belemmerend werken en de gang naar de kantonrechter als het ware tot een financiële aanbeveling maken. Wij wijzen daarbij op de contractsvrijheid en op door ons geschetste maatschappelijke context van bevordering van private geschilbeslechting, die door de overheid gerespecteerd dient te worden, hetgeen in de geschiedenis is aangemerkt als een teken van beschaving (zie § 1.2). Dit klemt temeer nu (i) de Raad voor de Rechtspraak heeft onderzocht dat de kosten minder dan 10% bedragen van de wettelijke tarieven, en (ii) dat de kosten voor het exequatur lager zijn dan de kosten van een integrale behandeling van de zaak bij de publieke rechtspraak.<sup>468</sup>

#### 8.6.3 De ontwikkeling van de bulkincasso en de rechtspositie van de consument

Het derde onderwerp ziet op de ontwikkeling van de bulkincasso binnen het domein van de publieke rechtspraak, en de gevolgen hiervan voor de rechtspositie van de consument. In het bijzonder doelen wij op de introductie van de commerciële gerechtsdeurwaarder in het rechtsbestel in 2001.<sup>469</sup> De ontwikkeling van de incassopraktijk roept sindsdien veel rechtsvragen op, onder andere aangaande de rechtmatigheid ervan.

#### 8.6.4 Onderzoek naar de rol van de notaris in de praktijk

Het vierde onderwerp voor nader onderzoek is de rol van de notaris bij private gerechten in de praktijk. De notaris heeft tot 2011 bij e-Court deze rol vervuld om bindende adviezen afdwingbaar te maken; hij kan deze rol opnieuw vervullen bij e-Court en bij andere private gerecht, zowel bij bindend advies als bij arbitrale vonnissen. Na verloop van tijd, bijvoorbeeld na vijf jaar, kunnen de praktijkervaringen worden onderzocht en geëvalueerd. Op basis van een gebalanceerde afweging van de verkregen informatie kan de toekomst van de private rechtspraak dan nader worden bepaald. Wij zijn van oordeel deze aanpak past bij het profiel van een kennis-economisch land en innovatieland.

---

467 Van den Herik en Dimov 2011; Van den Herik en Dimov 2012a; Van den Herik en Dimov 2012b.

468 Kramer, Tillema en Tuyl 2014. Vergelijk voor dit oneigenlijke winstmodel binnen de a-symmetrie van overheidsdwang de opmerkingen in het rapport *Noblesse Oblige* 2009.

469 Incassokosten, een bron van ergernis 2008; Evaluatie Zorgverzekeringswet 2009; De Bekker e.a. 2012; Jungmann en Werksma 2013; VPRO Zembla 2013; In het krijt bij de overheid 2013; Noblesse Oblige 2008; Jongbloed 2005; Tervoert en Van Ewijk 2006; Vogel 2001.

## 8.7 SLOT

Wij zijn aan het einde van ons onderzoek gekomen en dat brengt ons terug bij hoofdstuk 1. Wij hebben vastgesteld dat een privaats gerecht met de notaris in de rol van waarnemer en verslaglegger, bindende en afdwingbare eindbeslissingen in civiele conflicten mag en kan geven. Met andere woorden: deze constructie is legitiem.

De notaris is gewend aan en verplicht tot een onafhankelijk en onpartijdig optreden, waarbij hij vanuit zijn zorgplicht actief waakt over de belangen van alle betrokkenen. Hij is bij uitstek geschikt om rechterlijke taken over te nemen, omdat hij geen financieel belang heeft bij de uitwinning van vorderingen. De notaris heeft de wettelijke macht en de vereiste kennis om de integriteit van private gerechten preventief te toetsen en het rechtsbestel te beschermen tegen ongewenste praktijken. Zo dient de notaris als vanouds de rechtszekerheid, maar dan in een modern jasje.

Wij menen dat de ontwikkeling uitstekend past in het kabinetsbeleid sinds 2003, dat is gericht op het bevorderen van private rechtspraak, en op het terugdringen van het beroep op de publieke rechter. Ook past de ontwikkeling bij de doelstelling om private rechtspraak “definitief” te doen zijn in de betekenis van een “eindstation” (zie § 1.2).