

DE BEWIJSOVEREENKOMST IN HET KOMEND RECHT

Mr A.G. Castermans

Het is stil rond de bewijsovereenkomst. De studie van Scheltema, gepubliceerd in 1935, geldt nog steeds als pièce de résistance. Toch, op drie fronten duikt de bewijsovereenkomst op: in het ontwerp bewijsrecht (artikel 180 nieuw Rv), in de regeling van de algemene voorwaarden (artikel 6.5.2A.3 sub k Nieuw BW) en in die van de vaststellingsovereenkomst (artikel 7.15.1 lid 3 Nieuw BW). Hoe ver gaat het de bewijsovereenkomst in het komend recht?

1. Inleiding

Het sluiten van een overeenkomst brengt talloze risico's met zich mee. Het ontstaan van een conflict is er een van, de wijze waarop de rechter het conflict oplost een ander. Zo heeft de rechter in bewijskwesties een grote vrijheid. Op wie legt hij de bewijslast? Welke kracht kent hij toe aan een bepaald bewijsmiddel? Partijen kunnen met het oog op een proces, vooraf of tijdens het proces, een bewijsovereenkomst sluiten: afspraken omtrent bewijslast en bewijsmiddelen. Zij beperken hiermee langs procesrechtelijke weg het risico dat de vrijheid van de rechter in bewijskwesties met zich meebrengt. Twee bekende voorbeelden: in huwelijkse voorwaarden kunnen echtgenoten vastleggen op wie van de twee bij het einde van het huwelijk de bewijslast rust van de eigendom van bepaalde goederen; tussen bank en cliënt geldt de regel dat de boekhouding van de bank tot volledig bewijs strekt, zolang de cliënt de onjuistheid daarvan niet aantoot.¹⁾

De rechter is aan de bewijsovereenkomst gebonden op grond van het beginsel van de lijdelijkheid van de rechter: het zijn partijen die opzet en omvang van het geding bepalen. Zij moeten de omvang van een te voeren geding zoveel mogelijk in eigen hand kunnen houden, de risico's hieromtrent kunnen beperken. De wetgever stelt in het komend recht wel enkele grenzen aan de geldigheid van de bewijsovereenkomst. Deze zijn neergelegd in het ontwerp bewijsrecht, artikel 180 NRv. Daar komen nog bij de artikelen 6.5.2A.2a en 3

sub k NBW waar het gaat om een bewijsovereenkomst in algemene voorwaarden. Artikel 7.15.1 lid 3 NBW tenslotte haalt de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit uit het bewijsrecht en stelt haar gelijk aan de vaststellingsovereenkomst. In deze volgorde, de volgorde van verwachte invoering, wil ik enkele aspecten van de nieuwe wetgeving inzake de bewijsovereenkomst bespreken. De wetgever gaat van deze chronologie uit en verwijst problemen in verband met de onderling verhouding van de hierboven genoemde artikelen naar de invoeringswet van de later in te voeren wetgeving.²⁾

Vooraf zou ik enige aandacht aan de vaststellingsovereenkomst willen schenken. De regeling van de bewijsovereenkomst levert namelijk juist daar problemen op, waar zij raakpunten heeft met de vaststellingsovereenkomst.

2. De vaststellingsovereenkomst

De bewijsovereenkomst beperkt het risico als gevolg van de vrijheid van de rechter in bewijskwesities. Partijen regelen zelf op wie de bewijslast rust, welke bewijsmiddelen geoorloofd zijn, welke kracht een bepaald bewijsmiddel heeft, dat tegenbewijs slechts vóór een bepaald tijdstip is toegestaan of dat tegenbewijs van meet af aan is uitgesloten. Men zou kunnen zeggen dat partijen hiermee een procesrechtelijke weg kiezen om het risico te verkleinen.

Met de vaststellingsovereenkomst kiezen partijen voor de materieelrechtelijke weg; vergelijk artikel 7.15.1 lid 1 NBW:

Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.

Zij stappen als het ware over de bewijskwesities heen en dragen direct de oplossing van de onzekerheid of het geschil aan. Zij regelen hoe hun rechtsverhouding is. Nogmaals twee bekende voorbeelden: in de huwelijksvoorwaarden staat dan niet op wie van beide echtgenoten de bewijslast rust ("de inboedel wordt geacht van de vrouw te zijn, tenzij de man het tegendeel bewijst"), maar van wie van beide de inboedel is ("de inboedel is van de vrouw")³⁾; wanneer de cliënt door een verklaring overgaat tot erkenning van het door de bank opgegeven saldo, komt een vaststellingsovereenkomst tot stand. Waar de

vaststellingsovereenkomst in het vervolg ter sprake komt, ga ik uit van de regeling van de vaststellingsovereenkomst in titel 7.15 NBW.

3. Het ontwerp bewijsrecht

De wetgever erkent de bewijsovereenkomst:

"Het komt dikwijls voor, dat partijen met het oog op een mogelijk proces in afwijking van het wettelijk bewijsrecht afspraken maken omtrent haar bewijspositie, in hier voege b.v. dat bepaalde bewijsmiddelen worden uitgesloten of dwingende bewijskracht aan een bepaald bewijsmiddel wordt verleend, al dan niet met beperking of uitsluiting van tegenbewijs. Zodanige overeenkomsten binden (aldus Scheltema, WPNR 3427-3431) de rechter, indien ze te goeder trouw worden uitgevoerd en niet in strijd zijn met voorschriften van dwingend recht. ... De ondergetekende oordeelt desgelijks, en artikel 180 gaat dan ook van deze mogelijkheid uit."(4)

Artikel 180 NRv werpt twee beperkingen op.⁵⁾ Het artikel luidt:

(1) Overeenkomsten waarbij van het wettelijk bewijsrecht wordt afgeweken blijven buiten toepassing wanneer zij betrekking hebben op het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, die niet ter vrije bepaling van partijen staan. (2) Hetzelfde geldt wanneer het in strijd zou zijn met de goede trouw zich op de overeenkomst te beroepen.

Het artikel bepaalt ten eerste dat geen rechtskracht wordt toegekend aan bewijsafspraken die liggen op een gebied waar geen contractsvrijheid bestaat. Zo leent het personen- en familierecht zich zelden voor bewijsovereenkomsten.

Ten tweede staat artikel 180 de rechter toe de bewijsovereenkomst terzijde te schuiven - aldus de toelichting -

"als degene tegen wie een beroep op de bewijsovereenkomst wordt gedaan in rechte aannemelijk maakt dat het beroep daarop in de gegeven omstandigheden tot bepaald onredelijke gevolgen leidt, welke niet stroken met de ook bij de uitvoering van een bewijsovereenkomst in acht te nemen goede trouw."(7)

Hiermee is in artikel 180 de regel vastgelegd die onder het huidige recht wordt aangenomen op grond van artikel 1374 lid 3 BW.⁸⁾ Wanneer leidt een beroep op de bewijsovereenkomst tot bepaald onredelijke gevolgen? De wetgever lijkt aan te knopen bij de criteria die sinds het arrest Saladin/HBU zijn ontwikkeld:

"Zulks zal afhangen van de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het concrete aan de rechter ter beslissing voorgelegde geval."(9)

De rechter zal de overeenkomst die tegenbewijs uitsluit eerder buiten toepassing laten dan die, waarbij tegenbewijs is toegestaan. De in het verband van exoneratieclausules bekende factoren spelen ook hier een rol: de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest.¹⁰⁾

4. De invoering van Boek 6 NBW

4.1 De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid

Na de invoering van Boek 6 NBW lijkt mij artikel 180 NRv tweede zin niet meer dan een herhaling van artikel 6.5.3.1 lid 2 NBW, dat luidt:

Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

De schakelbepaling 6.5.1.6 NBW verklaart afdeling 6.5.3 van overeenkomstige toepassing op de bewijsovereenkomst.¹¹⁾ Artikel 180 NRv is wat dit betreft dus eigenlijk overbodig. Dit betekent niet dat het artikel zou moeten worden geschrapt. Op zich maakt het systematisch gebruik van schakelbepalingen in het NBW hantering van het NBW zèlf niet altijd gemakkelijk. Hier wordt een artikel uit het NBW van toepassing verklaard op de bewijsovereenkomst, die vanwege zijn procesrechtelijke aard is geregeld in het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Bij een dergelijke schakeling buiten het NBW lijkt herhaling van de regel - zoals 180 NRv de regel van 6.5.3.1 lid 2 NBW herhaalt - gewenst.

Wel zou de tekst van het artikel in overeenstemming met de redactie van artikel 6.5.3.1 lid 2 NBW moeten worden gebracht.¹²⁾ De huidige tekst van artikel 180 NRv spreekt van een beroep op het beding in strijd met de goede trouw. De tekst lijkt geënt op artikel 1374 lid 3 BW: hij legt de nadruk op de uitvoering van de overeenkomst te goeder trouw. Artikel 6.5.3.1 lid 2 NBW maakt echter een inhoudelijke toetsing van overeenkomst mogelijk. Niet alleen gedragingen en omstandigheden na, maar ook vóór en bij de overeenkomst kunnen tot toepassing van dit artikel leiden.¹³⁾ Dit is in de tekst van artikel 6.5.3.1 lid 2 NBW tot uiting gebracht. Nu artikel 6.5.3.1 lid 1

NBW geldt als opvolger van artikel 1374 lid 3 BW en artikel 180 NRv op artikel 1374 lid 3 BW lijkt te zijn geënt¹⁴⁾, verdient het aanbeveling artikel 180 NRv als volgt aan te passen:

Overeenkomsten waarbij van het wettelijk bewijsrecht wordt afge-
weken blijven buiten toepassing wanneer zij betrekking hebben op
het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, die
niet ter vrije bepaling van partijen staan. *Hetzelfde geldt, voor
zover deze overeenkomsten in de gegeven omstandigheden naar
maatstraven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zouden
zijn.*

4.2 Artikel 6.5.2A.3 sub k NBW

4.2.1 Bewijsovereenkomsten in algemene voorwaarden

Zowel artikel 6.5.3.1 lid 2 NBW als artikel 180 NRv tweede zin blijft
buiten toepassing in alle gevallen die door de artikelen 6.5.2A.2a en 3
NBW worden bestreken: de bewijsovereenkomst die als beding in
algemene voorwaarden is opgenomen. Artikel 2a verklaart een dergelij-
k beding vernietigbaar, indien het onredelijk bezwarend is voor de
wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden of indien
de wederpartij niet op een eenvoudige wijze van de algemene voor-
waarden kennis heeft kunnen nemen. Wanneer is het beding onredelijk
bezwarend voor de wederpartij? Artikel 3, de zwarte lijst, geeft de
gevallen aan, waarin het beding steeds als onredelijk bezwarend moet
worden aangemerkt. Het betreft alleen die gevallen, waarin de weder-
partij consument is (zie de aanhef van het artikel). Onder k wordt
onredelijk bezwarend verklaard het beding

dat de bevoegdheid van de wederpartij om bewijs te leveren
uitsluit of beperkt, of dat de uit de wet voortvloeiende verdeling
van de bewijslast ten nadele van de wederpartij wijzigt, hetzij
doordat het een verklaring van haar bevat omtrent de deugdelijk-
heid van de haar verschuldigde prestatie, hetzij doordat het haar
belast met het bewijs dat een tekortkoming van de gebruiker aan
hem kan worden toegerekend.

Een beding dat de consument beperkt in zijn bewijsvoering - beper-
king in tijd of in de keuze van bewijsmiddel, uitsluiting van de
mogelijkheid tegenbewijs te leveren - is van meet af aan vernietigbaar
krachtens artikel 2a. Een beding dat de bewijslast legt op de schou-
ders van de consument is dat niet. In het laatste geval moet de
consument eerst aantonen dat een dergelijk beding onredelijk bezwa-
rend is. Artikel 3 sub k slot laat op deze regel twee uitzonderingen
toe: ook van meet af aan vernietigbaar is de verklaring in algemene

voorwaarden dat (bijvoorbeeld) de gekochte zaak vrij van gebreken is en het beding inhoudende omkering van de bewijslast in afwijking van artikel 6.1.8.1 NBW waar het de toerekenbaarheid van de tekortkoming van de gebruiker betreft.

4.2.2 Vaststellingsovereenkomst op de zwarte lijst?

De wetgever lijkt met artikel 3 sub k slechts bedingen op het oog te hebben die ten nadele van de wettelijke bewijsregels afwijken. Hij waarschuwt zelfs:

"Men lette er evenwel op dat bewijsbedingen soms moeilijk van bedingen met materiële rechtsvolgen te onderscheiden zijn ..."(15)

Toch omvat artikel 3 sub k in ieder geval één beding met materiële rechtsgevolgen: de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit staat krachtens artikel 7.15.1 lid 3 NBW met de vaststellingsovereenkomst gelijk. Artikel 3 sub k noemt wellicht nog een andere vaststellingsovereenkomst: ik maak mij sterk dat dikwijls in de 'verklaring omtrent de deugdelijkheid van de verschuldigde prestatie', bijvoorbeeld dat de gekochte zaak vrij is van gebreken, een vaststellingsovereenkomst kan worden gelezen.

Ik vraag mij dan ook af of artikel 3 sub k ook geldt voor de vaststellingsovereenkomst in het algemeen. Ook al zegt men van de vaststellingsovereenkomst dat deze tegenbewijs 'irrelevant maakt', deze sluit tegenbewijs hoe dan ook evengoed uit. Een positief antwoord op mijn vraag zou niet onredelijk zijn. In het geval een bewijsovereenkomst kan een consument steeds een beroep doen op de vernietigbaarheid ervan. Zou dan, als het gaat om een vaststellingsovereenkomst - dat wil zeggen een andere vaststellingsovereenkomst dan genoemd in artikel 3 sub k -, de consument in ieder afzonderlijk geval eerst moeten aantonen dat die overeenkomst voor hem onredelijk bezwarend is?

5. Bewijsovereenkomst en vaststellingsovereenkomst

5.1 Uitsluiting van tegenbewijs

Bijzondere beschouwing verdient de bewijsovereenkomst die tegenbe-

wijs uitsluit. Zij komt in de jurisprudentie weinig voor¹⁶⁾, maar de wetgever heeft zich wel degelijk om haar bekommerd. In de toelichting op artikel 180 NRv tweede zin dient zij steeds als voorbeeld¹⁷⁾ en de artikelen 6.5.2A.3 sub k en 7.15.1 lid 3 NBW noemen haar uitdrukkelijk.

In de literatuur is de geldigheid van een dergelijke overeenkomst omstreden. Zij zou in strijd zijn met één van de pijlers van een goed procesrecht, de mogelijkheid van tegenbewijs.¹⁸⁾ De ene partij zou met huid en haar aan de andere worden overgeleverd.¹⁹⁾

Ik ben het met deze kritiek niet eens. Partijen bepalen aard en omvang van het burgerlijk geding, de rechter is in beginsel ook gebonden aan de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit. Indien deze overeenkomst in een bepaald geval onredelijk werkt, dan moet de rechter alsnog op grond van 180 NRv of 6.5.2A.3 sub k j^o 2a NBW tegenbewijs toelaten. Het dilemma dat men niet aannemelijk kan maken, dat de overeenkomst onredelijk werkt - tegenbewijs is immers uitgesloten²⁰⁾ - snijdt geen hout. Ten eerste gaat het hier in wezen om twee verschillende bewijsvragen: het bewijs van bijvoorbeeld de hoogte van het saldo van een rekening courant en het bewijs dat de overeenkomst inzake het bewijs van de hoogte van het saldo onredelijk is. De bewijsovereenkomst ziet slechts op de eerste vraag, niet op de tweede. Ten tweede kan het niet de bedoeling van partijen zijn dat één van beiden verstoken blijft van de verzekering, dat de overeenkomst strookt met wat redelijk en billijk is. Hier zal bewijs steeds moeten worden toegelaten.

Een derde argument tegen geldigheid: de overeenkomst zou in strijd met de procesrechtelijke aard van de bewijsovereenkomst een materieelrechtelijk effect bewerkstelligen.²¹⁾ Vooropgesteld, een bewijsovereenkomst beïnvloedt veelal de materieelrechtelijke positie van partijen:²²⁾

"De enkele noodzaak van bewijsovereenkomst ... brengt de mogelijkheid mede dat ten gunste van een partij een recht in rechte wordt erkend, waarvoor in werkelijkheid de ontstaansvoorwaarden niet zijn vervuld."(23)

Een beding in huwelijkse voorwaarden dat luidt "de inboedel is van de vrouw, tenzij de man zijn eigendomsrecht bewijst", brengt mogelijk met zich mee, dat de vrouw als eigenaar geldt enkel en alleen omdat de man zijn eigendomsrecht niet kan aantonen.

Het bezwaar van de schrijvers lijkt vooral gericht tegen het feit dat een bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit *in ieder geval* materieelrechtelijk effect heeft. De verdenking rijst dat zij een materieelrechtelijke strekking heeft. Dit zou in strijd zijn met de procesrechtelijke aard van de bewijsovereenkomst.²⁴⁾

Echter, zoals Luijten ook opmerkt²⁵⁾, een bewijsovereenkomst leidt een sluimerend bestaan: zolang er zich geen bewijskwestie voordoet en zolang er geen beroep op wordt gedaan, blijft zij buiten beschouwing. Betwist de vrouw het eigendomsrecht van de man niet, dan geldt hij als eigenaar zonder dat van hem enig bewijs wordt verlangd. Dit geldt ook voor de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit.

De mogelijkheden om aan de werking van de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit te ontsnappen (180 NRv tweede zin en 6.5.2A.3 sub k NBW) en de wetenschap dat deze overeenkomst een belangrijke eigenschap van de bewijsovereenkomst niet verliest (het sluimerend bestaan) nemen vele bezwaren ertegen weg. Voegt men daarbij het feit dat de wetgever, gezien de hierboven genoemde bepalingen, in beginsel van geldigheid uitgaat, dan ontkomt men er niet aan de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit als zodanig te erkennen.²⁶⁾

5.2 *Bewijsovereenkomst en vaststellingsovereenkomst*

Intussen trekt de gelijkenis met de - materieelrechtelijke - vaststellingsovereenkomst wel zeer dwingend de aandacht. Is er verschil tussen "de inboedel wordt geacht van de vrouw te zijn, tegenbewijs uitgesloten" en "de inboedel is van de vrouw"?

Toch zou men vast kunnen houden aan een strikte scheiding tussen bewijs- en vaststellingsovereenkomst. Zo schrijft Scheltema:

"Bewijsovereenkomsten ... regelen de wijze, waarop partijen in een toekomstig proces bepaalde feiten, waaromtrent zij mogelijkere wijs van mening zullen verschillen, zullen bewijzen ... (bijvoorbeeld) of tegenbewijs zal mogen worden geleverd ... Een vaststellingsovereenkomst ligt niet op het terrein van het bewijs: zij regelt niet, hoe feiten ten processe worden bewezen, maar doet tussen partijen feiten, zowel in als buiten proces, vaststaan."(27)

Het ontwerp bewijsrecht lijkt Scheltema hierin te volgen. In de Toelichting wordt de bewijsovereenkomst omschreven als een afspraak

tussen partijen omtrent de bewijspositie, al dan niet met beperking of uitsluiting van tegenbewijs.²⁸⁾ De nadruk ligt derhalve op het procesrechtelijke karakter. De bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit fungeert bovendien steeds als voorbeeld in het kader van artikel 180 NRv tweede zin, zonder dat daarbij wordt afgeweken van de in de Toelichting geformuleerde omschrijving van de bewijsovereenkomst.

Meijers draagt een andere mening uit in zijn noot onder het arrest Wentholt/De Cocq-Cremers q.q.²⁹⁾ Het ging om een overeenkomst die tegenbewijs na een bepaalde periode uitsloot:

"Wat overigens de vraag zelf betreft of partijen, al dan niet voorwaardelijk, tegen een bewijsmiddel tegenbewijs kunnen uitsluiten, zoo is ten onrechte door het Hof in zijn thans vernietigd arrest staande gehouden, dat een zoodanig beding uitsluitend bewijsrechtelijke betekenis heeft. Zoodra op grond van een tusschen partijen getroffen beding een vaststelling als juist moet worden aangenomen, zonder dat in rechte tegenbewijs toegelaten zal zijn, heeft men een overeenkomst van materieelrechtelijke strekking, met een zoogenaamde vaststellingsovereenkomst, te doen."

Deze gedachte is neergelegd in artikel 7.15.1 lid 3 Nieuw BW: een bewijsovereenkomst staat met een vaststellingsovereenkomst gelijk voor zover zij tegenbewijs uitsluit. De wetgever belicht deze regel maar schaars. Hij stelt voorop, dat een vaststellingsovereenkomst tegenbewijs niet uitsluit, maar irrelevant maakt.³⁰⁾ Vervolgens acht hij de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit aan de vaststellingsovereenkomst gelijk, nu uit praktisch oogpunt uitsluiting van tegenbewijs de vaststelling zeer nabij komt.³¹⁾

Hiermee onttrekt de wetgever de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit aan het procesrecht, en daarbij naar mijn mening ook aan de werking van artikel 180 NRv. Bij lezing van de toelichting op artikel 180 NRv tweede zin dient men zich dit te realiseren, nu de wetgever op dit punt niet heeft geanticipeerd op het NBW: telkens gebruikt hij deze overeenkomst als voorbeeld (zie noot 17). Dat artikel 180 hier buiten beschouwing blijft is op zich niet zo'n bezwaar. Artikel 3.2.7 NBW roept partijen een halt toe waar zij de grenzen van de contractsvrijheid overschrijden en - de regeling van de algemene voorwaarden nog daargelaten - artikel 6.5.3.1 lid 2 NBW grijpt van rechtswege in als dit uit het oogpunt van redelijkheid en billijkheid noodzakelijk is.

5.3 Het vereiste 'onzekerheid of geschil'

5.3.1 Artikel 7.15.1 lid 1 NBW

Artikel 7.15.1 lid 1 NBW stelt als vereiste voor de vaststellingsovereenkomst dat zij wordt gesloten ter beëindiging of ter voorkoming van een onzekerheid of geschil. De wetgever licht dit vereiste als volgt toe:

"Uit de formulering van het artikel blijkt dat er geen objectieve onzekerheid of goede reden voor een geschil vereist is. Voldoende is dat partijen feitelijk onzeker zijn of een geschil hebben, dan wel dit voor de toekomst vrezen."(32)

Indien tussen A en B geen enkele twijfel bestaat dat A eigenaar is van een zaak, terwijl ingevolge de overeenkomst die zij sloten B als zodanig zou moeten gelden, dan heeft men niet met een vaststellingsovereenkomst te doen. Hier willen partijen de ene zekerheid met de andere vervangen.³³⁾ Indien A en B ter voorkoming van onzekerheid of geschil een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten en doet zich omtrent de eigendom uiteindelijk geen onzekerheid voor, dan nemen sommige schrijvers wel aan dat de regels van de vaststellingsovereenkomst niet van toepassing zijn.³⁴⁾

5.3.2 Artikel 7.15.1 lid 3 NBW

Artikel 7.15.1 lid 3 NBW stelt het vereiste van onzekerheid of geschil niet voor de conversie van bewijsovereenkomst in vaststellingsovereenkomst. Kunnen partijen dit vereiste dus omzeilen door voor de formule 'tegenbewijs uitgesloten' te kiezen? De toelichting op dit artikel geeft evenwel aan dat artikel 7.15.1 lid 3 NBW slechts ziet op het geval dat:

"feiten komen vast te staan, omdat de bewijsovereenkomst het tegenbewijs in het gegeven geval daadwerkelijk uitsluit. Dit doet zich niet voor, wanneer het uiteindelijk niet tot enige bewijsvraag komt, omdat de ene partij zich reeds bij de werkelijke stand van zaken heeft neergelegd, ook al zou deze door de andere partij niet bewezen mogen worden. Er is geen reden aan de bewijsovereenkomst dan toch de gevolgen van de vaststellingsovereenkomst toe te kennen. Dat de betreffende feiten zijn komen vast te staan, berust in dit geval immers niet op de overeenkomst, maar op de processuele houding van de wederpartij."(35)

In deze woorden zou men kunnen lezen dat voor de conversie van bewijsovereenkomst in vaststellingsovereenkomst het bestaan van

onzekerheid niet voldoende is, maar dat er sprake moet zijn van een rechtsgeding waarin op de bewijsovereenkomst een beroep wordt gedaan. In ieder geval brengt deze lezing met zich mee dat partijen niet worden verleid de formule 'tegenbewijs uitgesloten' te kiezen om zo het vereiste van onzekerheid of geschil te omzeilen. Toch rijst de vraag of het strenge vereiste van rechtsgeding terecht aan de conversie wordt gesteld.

Ervóór pleit dat het procesrechtelijke karakter van de bewijsovereenkomst toch enigszins gehandhaafd blijft. Partijen willen met een bewijsovereenkomst bewijskwesities in eigen hand houden en wat dit betreft zo min mogelijk aan de rechter overlaten. Voordat de rechter zich hierover zou moeten uitlaten heeft de bewijsovereenkomst geen functie te vervullen.

Het argument ertégen acht ik zwaarder in gewicht. Partijen beantwoorden de vragen van bewijs meestal reeds voordat de rechter ze stelt. Is het niet aannemelijk dat partijen met de bewijsovereenkomst rekening houden bij de afweging of de gang naar de rechter zin heeft? De bewijsovereenkomst werpt haar schaduw vooruit: men zal ook vóór het proces de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit beschouwen als ware het een vaststellingsovereenkomst. Ligt het dan niet voor de hand de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit van meet af aan gelijk te stellen aan de vaststellingsovereenkomst - en daarbij het vereiste van onzekerheid of geschil te stellen? Partijen leggen zich bij die stand van zaken neer, die mogelijk afwijkt van de werkelijke , zonder dat de rechter er aan te pas komt.

Als aan de vaststellingsovereenkomst zou derhalve ook aan de conversie van bewijsovereenkomst in vaststellingsovereenkomst het vereiste van onzekerheid of geschil moeten worden gesteld. De bewijsovereenkomst blijft bewijsovereenkomst indien zich uiteindelijk geen onzekerheid of geschil voordoet. Een strenger vereiste - een rechtsgeding waarin op de bewijsovereenkomst een beroep wordt gedaan - lijkt mij niet wenselijk.

5.4 Werking tegenover derden

Bewijsovereenkomsten binden derden niet, zo neemt de Hoge Raad aan op grond van artikel 1376 BW. De overeenkomst zou anders ten nadele van derden strekken omdat

"immers het beding, inzake het bewijs van den eigendom der aan iederen echtgenoot behorende goederen, derden zou verplichten om, met afwijking van de gewone regelen van bewijsrecht, een door de echtgenooten geschapen, eerst door tegenbewijs te ontzenuwen, vermoeden van eigendom tegen zich te laten gelden."(36)

Voortaan, waar het een bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit betreft, moeten derden - bijvoorbeeld schuldeisers die verhaal zoeken - op hun hoede zijn.³⁷⁾ Anders dan de bewijsovereenkomst kan een vaststellingsovereenkomst inhouden, dat de ene partij (A) een zaak aan de andere partij (B) moet overdragen; vergelijk artikel 7.15.2 NBW. Met andere woorden: de vaststellingsovereenkomst fungeert hier als titel voor eigendomsoverdracht. Wordt zij gevolgd door levering dan zijn derden gebonden aan de ontstane situatie. Dit geldt nu kennelijk ook voor de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit.

Waar het gaat om een bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit zijn derden echter afhankelijk van de processuele houding van partijen (vergelijk paragraaf 5.3.2). Zolang B in het voorbeeld geen beroep doet op de overeenkomst blijft de conversie van bewijsovereenkomst in vaststellingsovereenkomst achterwege. De betrokken zaak blijft bij A.

A en B kunnen zo met behulp van de formule 'tegenbewijs uitgesloten' een soort schemerduister voor schuldeisers creëren. Liggen die van A op de loer, dan beroept B zich op de overeenkomst. Heeft intussen levering plaatsgevonden - deze kan ingevolge 7.15.2 lid 3 en 3.5.9 NBW besloten liggen in de overeenkomst zelf - dan geldt ook voor de schuldeisers B als zakelijk gerechtigde. B beroept zich natuurlijk niet op de overeenkomst indien hijzelf aan zijn jasje wordt getrokken. Het is zeer twijfelachtig of in het laatste geval een beroep op de actio Pauliana slaagt: het is vraag of het niet beroepen op de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit een rechtshandeling is in de zin van artikel 3.2.11 NBW.³⁹⁾

Het ligt voor de hand, samenspanning zal men vooral vrezen tussen echtgenoten die op huwelijkse voorwaarden zijn getrouwd.³⁸⁾ Schrijvers die kritisch staan tegenover de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit hebben hierbij meestal het oog op een dergelijk beding in huwelijkse voorwaarden.⁴⁰⁾ Deze aversie zal door artikel 7.15.1 lid 3 NBW waarschijnlijk alleen maar toenemen.

De wetgever zou de schemerige situatie, die het artikel in het

leven roept, voorkomen door de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit van meet af aan gelijk te stellen aan de vaststellingsovereenkomst. In het voorbeeld geldt B dan steeds als eigenaar indien er (constitutum possessorium of brevi manu bijvoorbeeld) is geleverd. Willen A en B zich uiteindelijk aan de gevolgen van de vaststellingsovereenkomst onttrekken, dan dienen zij een overeenkomst te sluiten, waarbij B zich verplicht de zaak aan A over te dragen. De betreffende zaak moet aan A 'terug' worden geleverd. Gebeurt dit met de intentie de schuldeisers van B te benadelen, dan kunnen de schuldeisers zich op de actio Pauliana beroepen.

6. Slot

Advocaat-Generaal Biegman-Hartogh spreekt in het interview in dit jaarboek de hoop uit dat het ontwerp bewijsrecht zo snel mogelijk wordt ingevoerd. Artikel 180 NRv inzake de bewijsovereenkomst vormt hierbij zeker niet een belemmering: het is de weergave van het geldend recht. De regeling van de bewijsovereenkomst in het komend recht brengt pas werkelijk problemen met zich mee waar zij raakpunten vertoont met de vaststellingsovereenkomst (artikel 6.5.2A.3 sub k en 7.15.1 lid 3 NBW). Ik ben vooral ingegaan op het moment dat de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit gelijkgesteld moet worden met de vaststellingsovereenkomst. De wetgever zegt: pas wanneer er een beroep op deze overeenkomst wordt gedaan. De wetgever lijkt het procesrechtelijk karakter van de bewijsovereenkomst te handhaven. Hiermee wordt aan de conversie een strenger vereiste gesteld dan wenselijk is. Voldoende lijkt mij dat partijen feitelijk onzeker zijn, een geschil hebben of een geschil of onzekerheid willen voorkomen. Bovendien verruimt het criterium van de wetgever de mogelijkheid tegen schuldeisers samen te spannen.

Ik zou dan ook willen voorstellen dat zodra men een overeenkomst kwalificeert als bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit, deze met de vaststellingsovereenkomst moet worden gelijkgesteld. Partijen weten zich gedekt tegen bepaalde risico's, het toeval uitgesloten. Het lot van de schuldeisers wordt echter - anders dan in het voorstel van de wetgever - in mindere mate in de schoot van hun schuldenaren gelegd.

Noten

- 1) Artikel 10 algemene voorwaarden van de Postbank, artikel 13 algemene voorwaarden van de Nederlandse Bankvereniging.
- 2) Toelichting wetsontwerp 10.377 nr. 13 blz. 27 en 28.
- 3) Zie voor literatuur Personen- en familierecht titel 8, (Lubbers en Hermans) aantekening 4a bij artikel 1:130 NBW.
- 4) Toelichting wetsontwerp 10.377 nr. 7 blz. 10.
- 5) Vanzelfsprekend mag de bewijsovereenkomst niet in strijd zijn met bewijsvoorschriften van dwingend recht.
- 6) Vergelijk de toelichting op het ontwerp van de Staatscommissie, 10.377 nr. 5 blz. 12.
- 7) Toelichting wetsontwerp 10.377 nr. 7 blz. 11.
- 8) Zie Contractenrecht I (Den Tonkelaar) nr. 51.
- 9) Toelichting wetsontwerp 10.377 nr. 3 blz. 11.
- 10) Zie: G.J. Rijken, Exoneratieclausules, Deventer 1983, blz. 133 e.v.
- 11) Tenminste, indien men er van uitgaat dat de bewijsovereenkomst geen overeenkomst is in de zin van artikel 6.5.1.1 NBW.
- 12) Overigens is in artikel 177 NRv wèl reeds aansluiting gezocht bij de terminologie van het NBW. Vergelijk wetsontwerp 10.377 nr. 7 blz. 9 en nr. 13 blz. 27. Zie ook: het nader rapport van de NOA, Advocatenblad 1982, blz. 441.
- 13) Asser-Rutten-Hartkamp II, Zwolle 1985, nr. 318.
- 14) De wetgever neemt aan dat artikel 180 NRv tweede zin een voortzetting is van het huidig recht; toelichting 10.377 nr. 7 blz. 11. Vergelijk ook hierboven noot 8.
- 15) Wetsontwerp 16.983 nr. 3 blz. 42.
- 16) Vergelijk Contractenrecht I (Den Tonkelaar) nr. 57.
- 17) Wetsontwerp 10.377 nr. 3 blz. 12 en nr. 7 blz. 11.
- 18) Asser-Anema-Verdam, Zwolle 1953, blz. 59.
- 19) Asser-Rutten-Hartkamp II, Zwolle 1985, nr. 29; meer in het algemeen Pitlo-Hidma, Arnhem 1981, blz. 28.
- 20) Zo oppert Hartkamp, zie noot 16.
- 21) Asser-Molmaker II, Zwolle 1984, blz. 210 en Klaassen-Eggens-Luijten, Zwolle 1984, blz. 210.

- 22) Vergelijk Verdam, noot 15 en D.J. Veegens, Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken, Zwolle 1973, blz. 73.
- 23) A.-G. Langemeijer, voor HR 26 november 1954, NJ 1955 681 (D.J.V.). De Hoge Raad besliste in gelijke zin.
- 24) Vergelijk Pitlo-Van der Burght, Arnhem 1985, blz. 281.
- 25) Zie noot 21.
- 26) Bovendien, wie tot het meerdere bevoegd is (vaststellingsovereenkomst) mag ook het mindere (uitsluiting tegenbewijs); F.G. Scheltema, Contractuele regelingen omtrent de toelaatbaarheid en de waardering van bewijsmiddelen en omtrent de uitsluiting van tegenbewijs, WPNR 1935, blz. 449 en De Bruin-Soons-Kleijn, Arnhem 1981, blz. 434.
- 27) WPNR 1935, blz. 455.
- 28) Wetsontwerp 10.377 nr. 3 blz. 10.
- 29) HR 7 december 1934, NJ 1935, 443 (E.M.M.).
- 30) Zie ook: HR 2 december 1927, NJ 1928, 159 (E.M.M.).
- 31) Toelichting ontwerp NBW vierde gedeelte (Boek 7), blz. 1136. De Commissie Boek 7 NBW van de KNB heeft voorgesteld titel 7.15 van overeenkomstige toepassing te verklaren op de bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit, voor zover de aard van de bewijsovereenkomst zich hiertegen niet verzet, zo begrijp ik het rapport van de Commissie, gepubliceerd in WPNR 1978, blz. 606. De wetgever zal dan wel moeten kiezen tussen de opvatting van Scheltema en Meijers, anders werkt deze regel niet verhelderend.
- 32) Toelichting (zie noot 31) blz. 1135.
- 33) Idem.
- 34) In ieder geval niet wat de werking tegen derden betreft: zo begrijp ik Luijten (noot 21) blz. 212 en Van der Burght (noot 24) blz. 280. Vergelijk met betrekking tot de werking tussen partijen (echtgenoten): HR 7 november 1975, NJ 1976, 287 en H. Stein, Vaststellingsovereenkomsten, Advocatenblad 1981, blz. 436.
- 35) Toelichting invoeringswet en vaststellingwet van titel 7.15, 17.779 nr. 3 blz. 36. Ik vermoed dat de minister hier een antwoord wil geven op de bezwaren die C.J. van Zeben en H.A.M. Aaftink koesteren tegen het voorontwerp, zie De Vaststellingsovereenkomst, bijzonder nummer NJB 1973, blz. 109 en vergelijk Stein (noot 34) blz. 436. Hieraan zou ik willen toevoegen dat de rechter ook in geval van een vaststellingsovereenkomst de wens van beide partijen deze overeenkomst te negeren moet respecteren. Partijen kunnen immers een liberatoire overeenkomst sluiten. Indien de vaststellingsovereenkomst reeds zakenrechtelijk gevolg heeft gehad, moeten echter wèl de leveringsformaliteiten in acht worden genomen.

- 36) HR 31 maart 1933, NJ 1933, 1333 (P.S.). Wie aanneemt dat de bewijsovereenkomst niet verbintenisscheppend is, neemt artikel 1376 BW analoog als grondslag aan.
- 37) Bedenk hierbij dat de vaststellingsovereenkomst zèlf ook zakelijke werking kan hebben. Neem de vaststelling van de omvang van een vordering waaraan een voorrecht of recht van pand of hypotheek is verbonden, deze kan van belang zijn voor andere schuldeisers met een lagere rang. Zie bijvoorbeeld HR 23 mei 1980, NJ 1980, 502 (P.A.S.) en vergelijk W. Snijders, Rechtskeuze achteraf en vaststellingsovereenkomst herbezocht, in: Iustitia et Amicitia, Geschillenbeslechting in en buiten rechte, Arnhem 1985, blz. 54.
- 38) Indien B zich niet op de overeenkomst beroept, dan geldt A jegens schuldeisers pas als eigenaar indien aan de voorwaarden van artikel 1:130 BW of 61 Fw is voldaan. Dit geldt alleen voorzover de zaken onder de werking van deze artikelen vallen, vergelijk Asser-Moltmaker II 1982, blz. 182.
- 39) Vergelijk voor wat betreft het huidig recht Contractenrecht V (Mellema-Kranenburg) nr. 1825.
- 40) Zie noot 3.