

# Boilerplates etc.

## Münchhausen revisited: de bewijsovereenkomst als instrument voor contractenmakers

Mr. M. Uijen\*

### 1. Inleiding: 'This is not America'

In mijn artikel over *boilerplate*-clausules van alweer dik zes jaar geleden<sup>1</sup> heb ik er nog eens voor gewaarschuwd dat sommige Angelsaksische standaardbepalingen in het Nederlandse recht niet werken zoals oorspronkelijk bedoeld.<sup>2</sup> Dit doet zich onder andere voor, zo schreef ik, bij de alomtegenwoordige regelingen voor wijziging van de overeenkomst (ook wel bekend als de *no oral modification clause* of *NOM clause*) en tegen het verlies van contractuele rechten (ook wel bekend als de *non-waiver clause*). Sinds het voorjaar van 2013 kan hetzelfde gezegd worden van de inmiddels roemruchte *entire agreement clause*, want daarover oordeelde de Hoge Raad zelfs specifiek dat die bij ons – anders dan in het Angelsaksische recht – ‘niet zonder meer een bijzondere betekenis’ heeft.<sup>3</sup>

Als remedie voor de gebrekkige werking van al deze *boilerplate*-clausules is van verschillende kanten de zogehe-

ten bewijsovereenkomst gesuggereerd,<sup>4</sup> ook door mijzelf. Voor de aardigheid heb ik daarom de afgelopen jaren met een zekere regelmaat precies de hierboven genoemde standaardbepalingen opgezocht in contracten die ter beoordeling aan mij werden voorgelegd; ik was benieuwd of contractenmakers het instrument van de bewijsovereenkomst inderdaad waren gaan gebruiken. Dat bleek niet of nauwelijks het geval.<sup>5</sup> Hoewel daar natuurlijk allerlei goede redenen voor kunnen zijn, vermoed ik dat een significant aantal van de contractenmakers zich uit koudwatervrees simpelweg maar niet aan de bewijsovereenkomst waagt. Met andere woorden: onbekend maakt onbenut. Als ik het met dit vermoeden bij het rechte eind heb, is er alle aanleiding om de bewijsovereenkomst onder de loep te nemen. Er zijn namelijk heel wat praktijksituaties denkbaar waarin het vooraf overeenkomen van bewijsregels netelige geschillen over de nakoming van contracten in de kiem kan smoren (of de beslechting ervan kan vereenvoudigen).

### 2. Boilerplate-clausules met mankementen

Dat de *NOM clause* en de *non-waiver clause* in het Nederlandse recht niet goed werken, wordt kort gezegd

\* Mr. M. Uijen is advocaat bij Griffiths Advocaten.

1. M. Uijen, *Boilerplate*-clausules: Ketelbinkie in Contractenland?, *Contracteren* 2010/4, p. 132 e.v.  
2. Overigens is de effectiviteit van *boilerplate*-clausules in het Engelse en Amerikaanse recht kennelijk evenmin een gegeven waar contractspartijen blind op kunnen vertrouwen. Zie bijvoorbeeld [www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/9.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/9.html) en [www.fulbright.com/e\\_templates/CRD/publications/IDidntSayThat0311.pdf](http://www.fulbright.com/e_templates/CRD/publications/IDidntSayThat0311.pdf).  
3. HR 5 april 2013, NJ 2013/214 (Lundiform/Mexx).

4. Zie bijvoorbeeld C.E. Drion, De innovatieve contractenmaker en de bewijsovereenkomst, *NJB* 2004/1, p. 17; R.P.J.L. Tjittes, Terug naar de tekst – een herwaardering van de tekstuele uitleg van contracten, *WPNR* (2007) 6709, p. 422.

5. Het schijnt dat SmartDox van Wolters Kluwer, een *contract generator* voor Nederlandse overeenkomsten, wel ooit een bewijsregeling aanreikte voor distributieovereenkomsten.

veroorzaakt doordat ze partijen proberen vast te pinnen op de momentopname die ieder contract nu eenmaal is – de bedoeling is dat latere verklaringen of gedragingen zonder gevolg blijven, behalve voor zover die verklaringen of gedragingen zijn verankerd in een schriftelijk stuk dat rechtsgeldig voor akkoord is getekend. De volgende voorbeelden laten dat mooi zien:

‘Wijzigingen in deze Overeenkomst en de bijlagen kunnen uitsluitend worden aangebracht door middel van een schriftelijke, door alle Partijen ondertekende verklaring.’

‘Het door een Partij niet of pas na enige tijd geldend maken van enig recht uit hoofde van deze Overeenkomst geldt in geen geval als afstand van recht; afstand van enig zodanig recht door een Partij kan uitsluitend worden aangenomen als de betreffende Partij door middel van een door haar ondertekende schriftelijke verklaring van het betreffende recht onherroepelijk afstand heeft gedaan.’

Met deze *boilerplate*-clausules wordt dus in wezen gepoogd om over het contract heen te regeren. Het motief voor zo’n poging is duidelijk en niet zelden ook goed te verdedigen: dit soort bepalingen is er simpelweg op gericht (meer) rechtszekerheid te creëren. Maar toch wringt het met het verbintenissenrecht zoals wij dat nu kennen, om te beginnen al omdat vergeten wordt dat partijen vrij zijn om na de totstandkoming van het contract weer nieuwe afspraken te maken, waarbij voor zulke nieuwe afspraken in veruit de meeste contractuele verhoudingen bovendien geen schriftelijkheidsvereiste geldt;<sup>6</sup> in het verlengde hiervan kunnen postcontractuele verklaringen of gedragingen (mede) geduid worden als een wijziging van de *boilerplate*-clausules zelf. Verder wordt eraan voorbijgegaan dat voor het blootleggen van de verbintenissen tussen contractspartijen alle ‘omstandigheden van het geval’ in aanmerking dienen te worden genomen, postcontractuele verklaringen of gedragingen net zozeer als de bepalingen van de overeenkomst die daaraan juist elk rechtsgevolg willen ontzeggen.<sup>7</sup> Er moet worden gekeken naar het totaal van de (mogelijke) afspraken, en niet alleen naar de momentopname. Dat uitgangspunt nekt in ons recht ook de *entire agreement clause*, de bepaling waarmee van de contractstekst afwijkende eerdere afspraken buiten de deur worden gehouden.

Tegen deze achtergrond mag het geen verbazing wekken dat Nederlandse rechters zich meestal weinig gelegen laten liggen aan *boilerplate*-clausules zoals de twee voorbeeldbepalingen die ik net heb geciteerd (en, in ieder geval sinds 5 april 2013, de *entire agreement clause*). De verstandige contractenmaker begrijpt dat het dan

niet afdoende is om zulke bepalingen met nog meer precisie te formuleren. Om te ontsnappen aan het primaat van de ‘omstandigheden van het geval’ moeten contractspartijen hun regelingen boven het contract (en zichzelf) uittillen, naar het metaniveau van de rechterlijke toetsing – ze moeten de rechter als het ware voorzien van instructies voor de waardering van hun verklaringen of gedragingen in relatie tot het contract. En daar is een bewijsovereenkomst voor nodig.

### 3. De bewijsovereenkomst

De bewijsovereenkomst is nergens afzonderlijk geregeld. Wel zijn in onze wetgeving twee bepalingen te vinden waaruit blijkt dat de wetgever het bestaan van de bewijsovereenkomst al sinds jaar en dag erkent en accepteert: artikel 153 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) en artikel 7:900 lid 3 Burgerlijk Wetboek (BW).

Artikel 153 Rv luidt als volgt:

‘Overeenkomsten waarbij van het wettelijke 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, zulks onverminderd de gronden waarop zij krachtens het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing blijven.’

En in artikel 7:900 lid 3 BW is het volgende bepaald:

‘Een bewijsovereenkomst staat met een vaststellingsovereenkomst gelijk voor zover zij een uitsluiting van tegenbewijs meebrengt.’

Hieruit volgt (*a contrario*) dat het sluiten van bewijsovereenkomsten naar Nederlands recht zonder meer mogelijk is. Contractspartijen hebben zelfs bijzonder veel ruimte om de bewijslevering tijdens een procedure naar eigen voorkeuren in te richten. Zo kunnen ze op voorhand regelingen treffen voor:

- de bewijslastverdeling;
- het toelaten of uitsluiten van individuele bewijsmiddelen;
- de bewijskracht van individuele bewijsmiddelen;
- het leveren van tegenbewijs.

De enige absolute beperkingen zijn eigenlijk dat partijen niet moeten treden in aangelegenheden waarover ze wettelijk niets te vertellen hebben (wat in met name het personen- en familierecht aan de orde kan zijn) en altijd onderworpen blijven aan artikel 6:248 lid 2 BW. Voor het overige kunnen ze min of meer doen waar ze zin in hebben, zij het dat een bewijsovereenkomst in ieder

6. Zie artikel 3:37 lid 1 BW.

7. Vanzelfsprekend kan een *NOM clause* of *non-waiver clause* eventueel ook door middel van uitleg (met toepassing van de Haviltex-leer) worden gepasseerd. Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHDHA:2012:BY3598 (Nalco/IBM) en daarover M. Wallart, *Boilerplates naar Nederlands recht*: deel 2, ORP 2013/8, p. 21-23.

geval in B2C-verhoudingen via artikel 6:236 BW kan worden vernietigd door de consument.<sup>8</sup>

Bij de uitwerking van bewijsovereenkomsten dient verder rekening te worden gehouden met het arrest van de Hoge Raad uit 2009 over de eventuele uitsluiting van getuigenbewijs na mediation.<sup>9</sup> Daarin overwoog ons hoogste rechtscollege:

‘Het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt ten dienste van een goede rechtsbedeling, welk belang mede ten grondslag ligt aan de in art. 165 lid 1 neergelegde getuigplicht, brengt mee dat niet spoedig mag worden aangenomen dat een overeenkomst zonder een uitdrukkelijk daarop gerichte bepaling, een bewijsovereenkomst is die ertoe strekt de verklaring van de mediator als getuige in een rechtsgeding als bewijsmiddel uit te sluiten.’

Met andere woorden: als getuigenbewijs in enige vorm wordt uitgesloten, dan is een ‘uitdrukkelijk daarop gerichte bepaling’ eigenlijk onmisbaar.<sup>10</sup> Een duidelijke vingerwijzing voor contractenmakers.

Naar mijn mening is deze vingerwijzing ook van belang voor varianten van een bewijsovereenkomst waarmee een blokkade wordt gelegd op het leveren van tegenbewijs; daarbij zou ‘een goede rechtsbedeling’ immers evenzeer in het gedrang kunnen raken. Omgekeerd speelt dit in principe niet (of in mindere mate) bij afspraken over bewijslast of bewijskracht, aangezien de bewijsovereenkomst daarmee op zichzelf niet wordt aangetaast<sup>11</sup> – maar zulke afspraken zullen in veel gevallen nog steeds expliciet moeten worden gemaakt om te verhinderen dat de rechter anders gewoon de wettelijke bewijsregels toepast.

## 4. Tekstsuggesties voor de NOM clause en de non-waiver clause

Hoe zou de bewijsovereenkomst dan concreet kunnen worden ingezet om de eerder aangehaalde twee *boiler-*

8. Artikel 6:236 BW, aanhef en onderdeel k. Hierbij moet bedacht worden dat de rechter bij overeenkomsten met consumenten in beginsel gehouden is om ‘ambtshalve na te gaan of een beding uit het oogpunt van de in Richtlijn 93/13 gegeven criteria oneerlijk is’ (HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691). Verder zouden kleine wederpartijen die wel handelen ‘in de uitoefening van een beroep of bedrijf’ misschien (met een kleine kans op succes) een beroep kunnen doen op de open norm die is neergelegd in artikel 6:233 onder a BW.

9. HR 10 april 2009, NJ 2010/471 (ECLI:NL:HR:2009:BG9470).

10. De rechtsoverweging zou ook zo kunnen worden gelezen, dat voor het überhaupt rechtsgeldig tot stand kunnen brengen van een bewijsovereenkomst al een ‘uitdrukkelijk daarop gerichte bepaling’ vereist is.

11. Waarmee niet gezegd is dat zo'n regeling onschuldig is. Voor zover vorderingen of verweren sneuvelen, is dat vaak op de bewijsovereenkomst al een ‘uitdrukkelijk daarop gerichte bepaling’ vereist is. In procedures resulteert het dragen van het bewijsrisico veelal een serieuze verslechtering van de proceskansen.

*plate-clausules* te verstevigen? Met de daarnet beschreven uitgangspunten in ons achterhoofd zou voor de *NOM clause* bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan de volgende aanvulling:

‘Het bepaalde in de vorige alinea geldt tussen Partijen als een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 153 Rv en artikel 7:900 lid 3 BW. In het verlengde daarvan kan het bewijs van een overeengekomen wijziging uitsluitend worden geleverd met een schriftelijke verklaring als bedoeld in de vorige alinea; andere schriftelijke verklaringen en getuigenverklaringen ten aanzien van enige door mondelinge verklaringen of andere gedragingen overeengekomen wijziging zijn als bewijsmiddel uitgesloten.’

De uitbreiding van regelingen tegen het verlies van contractuele rechten zou *grosso modo* op dezelfde manier kunnen worden vormgegeven, zij het dat bij voorkeur meteen een aantal relevante wetsbepalingen over het vervallen of prijsgeven van rechten buiten werking zouden moeten worden gesteld. Toegespitst op de *non-waiver clause* hierboven zou de aanvulling dan als volgt kunnen komen te luiden:

‘Het bepaalde in de vorige alinea geldt tussen Partijen als een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 153 Rv en artikel 7:900 lid 3 BW. In het verlengde daarvan kan het bewijs van afstand van recht uitsluitend worden geleverd met een schriftelijke verklaring als bedoeld in de vorige alinea; andere schriftelijke verklaringen en getuigenverklaringen ten aanzien van afstand van recht door mondelinge verklaringen of andere gedragingen (met inbegrip van enig nalaten) zijn als bewijsmiddel uitgesloten. Op het bepaalde in artikel 6:89 en 6:160 BW<sup>12</sup> kan geen beroep worden gedaan.’

Het uitsluiten van tegenbewijs zal bij de problematiek van wijziging en afstand van recht weinig toegevoegde waarde hebben. In het wettelijk schema van de bewijslastverdeling<sup>13</sup> zal de partij die zich beroept op de afwezigheid van een wijziging of afstandsverklaring – wegens het ontbreken van een getekend document waarin de wijziging of afstandsverklaring moest zijn vastgelegd – door de rechter normaal gesproken niet belast worden met het bewijs daarvan; en als dat anders is, heeft die partij des te meer behoefte aan een mogelijkheid om tegenbewijs te leveren.

Wel waardevol lijkt het mij om iets meer werk te maken van de eisen waaraan de schriftelijke verklaring moet voldoen om wijziging van de overeenkomst of afstand van recht tweeweg te brengen – anders zou onder omstandigheden met een enkele e-mail van een loopjongen de wijziging of afstand misschien al kunnen worden gecon-

12. Bij koopovereenkomsten zou hier ten behoeve van de koper ook artikel 7:23 BW nog genoemd kunnen worden.

13. Artikel 150 Rv.

strueerd.<sup>14</sup> Om dit te ondervangen zou in een *NOM clause* of *non-waiver clause* bijvoorbeeld nog overeengekomen kunnen worden dat:

- de in deze bepalingen bedoelde schriftelijke verklaring getekend dient te zijn door een persoon die ten tijde van de ondertekening bij het handelsregister is ingeschreven als (zelfstandig) vertegenwoordigingsbevoegde functionaris van een partij;
- geen van partijen zich kan beroepen op het bepaalde in artikel 3:61 lid 2 BW, behalve in geval van een schriftelijke volmacht van een persoon die zelf bevoegd is de betreffende schriftelijke verklaring af te geven.

## 5. En de *entire agreement clause* dan?

Bij mijn tekstsuggesties in de vorige paragraaf heb ik de *entire agreement clause* bewust onbesproken gelaten. Dat deed ik omdat die *boilerplate*-clausule zich in het krachterspel tussen contract en de ‘omstandigheden van het geval’ anders manifesteert dan de *NOM clause* en de *non-waiver clause*. In de eerste plaats wordt met een *entire agreement clause* de precontractuele fase op de korrel genomen, en niet – zoals bij de *NOM clause* en de *non-waiver clause* – de interactie tussen partijen na het sluiten van de overeenkomst. In de tweede plaats heeft de *entire agreement clause* in de jurisprudentie van de afgelopen tien jaar in zekere zin al de rol van bewijsregeling toebedeeld gekregen: uit het PontMeyer-arrest is af te leiden dat wanneer de rechter (na toepassing van de Haviltex-leer) eenmaal gevolg geeft aan een *entire agreement clause*, de consequentie daarvan gewoonlijk zal zijn dat de grammaticaal uit de contractstekst blijkende bedoeling van partijen in feite dwingende bewijskracht heeft.<sup>15</sup> Als er nog iets zou moeten worden toegevoegd aan een *entire agreement clause*, dan zou het hooguit moeten zijn dat tegenbewijs wordt uitgesloten.

Zo’n uitsluiting van tegenbewijs is overigens vrij wezenlijk voor contracten die – naar Angelsaksisch voorbeeld – de definitieve en volledige uitdrukking moeten vormen van de afspraken tussen partijen (en waarvan alleen moet kunnen worden afgeweken met een rechtsgeldig getekende schriftelijke verklaring). In het PontMeyer-arrest werd een brug geslagen tussen bewijs en grammaticale uitleg, en precies op deze overgang zit het zwakke punt van de bewijsregelingen in een *NOM clause* en *non-waiver clause*. Zonder de *entire agreement clause* als sluitstuk kan de rechter namelijk toch nog om die bewijsregelingen heen: hij zou met het contract botsende verklaringen of gedragingen dan weliswaar (moeten) passeren als bewijs van afwijkende afspraken, maar dat bewijs daarna kunnen aangrijpen voor een uitleg van de

al in het contract opgenomen afspraken over de band van de betreffende verklaringen of gedragingen. Een bewijsregeling in de *NOM clause* en de *non-waiver clause* houdt dat niet tegen.

Met een *entire agreement clause* kan de rechter worden geïnstrueerd om uitsluitend het contract bij zijn beoordeling te betrekken en dat contract bovendien grammaticaal uit te leggen. Wanneer in combinatie daarmee tegenbewijs wordt uitgesloten, wordt de rechter per saldo geen andere keus gelaten dan geheel voorbij te gaan aan verklaringen en gedragingen die een nieuw licht zouden kunnen werpen op de afspraken tussen partijen.<sup>16</sup> Dit zou kunnen worden gedaan met de volgende aanvulling op de *entire agreement clause*:

‘Het bepaalde in de vorige alinea geldt tussen Partijen als een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 153 Rv en artikel 7:900 lid 3 BW. In het verlengde daarvan heeft (de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van) de tekst van individuele bepalingen in deze overeenkomst dwingende bewijskracht ten aanzien van de gemeenschappelijke bedoeling die partijen hadden met het overeenkomen van die bepalingen voor de onderwerpen waarvoor in die bepalingen een regeling wordt getroffen; tegenbewijs is uitgesloten.’<sup>17</sup>

Met de passage tussen haakjes in dit citaat wordt expliciet teruggegrepen op de uitlegregel die in de PontMeyer-zaak door hof en Hoge Raad werd opgehangen aan (onder meer) de aanwezigheid van een *entire agreement clause* in de overeenkomst tussen Meyer Europe en de koper van PontMeyer. Samengevat houdt deze uitlegregel in dat de rechter mag uitgaan van de ‘meest voor de hand liggende taalkundige betekenis’ van contractsbepalingen als er sprake is van een transactie van enige importantie waarover intensief is onderhandeld door professionele partijen die de hulp hebben ingeroepen van deskundige adviseurs, en de voorwaarden van de betreffende transactie zijn vastgelegd in een omvang-

16. Ter vermijding van misverstand: de rechter heeft in dat geval altijd nog de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (gecodificeerd in artikel 6:248 lid 2 BW) als ontsnappingsmogelijkheid. Een grotere hindernis om te nemen, maar vermoedelijk niet te groot bij een overweldigende hoeveelheid bewijsmateriaal waaruit volgt dat de rechtsverhouding tussen partijen niet (meer) accuraat wordt weerspiegeld door het contract.

17. Met de uitsluiting van tegenbewijs zou voor een Nederlands contract effectief de *parol evidence rule* in zijn meest extreme verschijningsvorm worden geactiveerd, te weten als regel die meebrengt dat er in het geheel geen ruimte meer is voor extrinsiek bewijs van (mondelijke of schriftelijke) afspraken naast of in strijd met de afspraken in de overeenkomst – zie onder anderen J.W.A. Dousi, De *entire agreement clause* naar Amerikaans en Nederlands recht: afbakening, geen uitleg, Contracteren 2013/4, p. 126 e.v. Dousi onderscheidt bij de *entire agreement clause* de afbakening van de gemaakte afspraken (door de bepaling dat die alle in de overeenkomst te vinden zijn) nadrukkelijk van de uitleg ervan (waarbij gezocht wordt naar de betekenis van wat er in de overeenkomst staat), terwijl de Hoge Raad in het PontMeyer-arrest daarentegen goedkeurt dat afbakening en uitleg worden vermengd. Die vermenging volg ik in mijn tekstsuggestie.

14. Zeker sinds HR 19 februari 2010, NJ 2010/115 (ING/Bera).

15. HR 19 januari 2007, NJ 2007/575 (Meyer Europe/PontMeyer), r.o. 3.5.3.



rijke en gedetailleerde overeenkomst die een *entire agreement clause* bevat.

Uit het latere arrest in de zaak Lundiform/Mexx kan volgens mij worden opgemaakt dat deze laatste omstandigheid uiteindelijk de minst belangrijke is van de in totaal zes omstandigheden die ik zojuist heb opgesomd.<sup>18</sup> Doorslaggevend is naar mijn indruk of partijen geacht konden worden te hebben begrepen wat ze deden (mede doordat ze zich hebben laten bijstaan door adviseurs), zich duidelijk ingespannen hebben om hun belangen te dienen (door niet zomaar toe te geven aan de wensen van de ander), en hun keuzes zichtbaar met zorg tot uitdrukking hebben gebracht in een voor akkoord getekend document. Naarmate dit minder het geval is, zal de Hoge Raad minder genegen zijn om waarde te hechten aan een *entire agreement clause*. Het geschil tussen Lundiform en Mexx draaide kennelijk om een ‘modelcontract’ waarover niet was onderhandeld, terwijl Lundiform evenmin had kunnen terugvallen op adviseurs die haar konden helpen de exacte juridische implicaties van het contract te doorgronden. En in die zaak legde de enkele aanwezigheid van een *entire agreement clause* vervolgens niet veel gewicht meer in de schaal.

Het is niet voor niets dat ik hier wat langer bij stilsta. Ik vind het aannemelijk dat de Hoge Raad een vergelijkbare redenering zou loslaten op de hierboven gesuggereerde drie bewijsregelingen voor *boilerplate*-clausules, en dus minimaal zou verlangen dat ook een contract met zulke regelingen de resultante is van uitvoerige onderhandelingen onder begeleiding van (juridisch) adviseurs. Voor mijn gevoel is het uitsluiten van getuigenbewijs of tegenbewijs nog wel wat ingrijpender dan het (via een *entire agreement clause*) aansturen op een taalkundige uitleg – in het bijzonder wanneer het ‘algemene maatschappelijke belang’ van een behoorlijke waarheidsvinding<sup>19</sup> wederom in aanmerking wordt genomen. Daarom voorspel ik dat het (net als bij de *entire agreement clause*) niet erg zinvol zal blijken te zijn om dit soort bewijsregelingen standaard een plek te geven in modelovereenkomsten of algemene voorwaarden. Dat heeft natuurlijk consequenties voor de bruikbaarheid van mijn tekstsuggesties: die moeten vooral worden bekeken als mogelijke hulpstukken voor maatwerkcontracten bij grotere transacties.

## 6. Andere toepassingen

Uiteraard kan de bewijsovereenkomst in meer situaties nuttige diensten bewijzen. Ik noemde al de uitsluiting van getuigenbewijs na mediation, noodzakelijk om te vermijden dat partijen zich geremd voelen om in hun communicatie met de mediator (en elkaar) het achterste

van hun tong te laten zien. Verder kan gedacht worden aan een bewijsregeling in:

- een intentieverklaring of voorovereenkomst (met inbegrip van een *letter of intent*, *heads of agreement* of *heads of terms*), waarmee ander bewijs dan een getekende overeenkomst wordt uitgesloten voor het aantonen van (op hoofdlijnen) bereikte overeenstemming;
- een lenings- of andere financieringsovereenkomst, waardoor de administratie van een partij of een derde dwingend bewijs oplevert van de omvang van de schuld (boekenbeding);
- een overeenkomst voor de levering van zaken onder eigendomsvoorbehoud, waarmee ten gunste van de leverancier de bewijslast wordt omgekeerd voor het aantonen van eigendomsrechten op door de afnemer ontvangen zaken.

## 7. Slotopmerking

Zes jaar geleden constateerde ik dat het gebruiken van *boilerplate*-clausules in Nederlandse contracten om maatwerk vraagt – bij een aantal ervan moet de Angelsaksische blauwdruk namelijk fors worden omgespit om de nagestreefde regeling naar behoren te laten functioneren in het Nederlandse recht. Ik had toen specifiek de *NOM clause* en de *non-waiver clause* in mijn hoofd, maar de *entire agreement clause* kon evengoed op de lijst worden bijgeschreven. Voor dat omspitten is de bewijsovereenkomst een mooi instrument. Het is alleen geen wondermiddel dat klakkeloos bij alle *boilerplate*-kwalen kan worden voorgeschreven. Ik gok dat de meeste rechters niet bijster enthousiast zullen reageren als ze de instructie krijgen om beschikbaar bewijsmateriaal opzettelijk te negeren. Om ze toch over de streep te trekken zal er doorgaans wel wat meer nodig zijn dan een modelcontract, hoe fraai de daarin ondergebrachte bewijsregeling ook is geconstrueerd.

Bewijsovereenkomsten zullen het meest effectief zijn bij transacties van een zodanig belang dat beide partijen het de moeite waard vinden om er apart een contract voor in elkaar te laten sleutelen door een stel pientere juristen. Maatwerk is dan al bij de prijs inbegrepen. Wie durft?

18. HR 5 april 2013, NJ 2013/214 (Lundiform/Mexx), r.o. 3.5.3 in combinatie met r.o. 3.4.2.

19. Zie andermaal HR 10 april 2009, NJ 2010/471 (ECLI:NL:HR:2009:BG9470).