

Contracten maken

Boilerplate-clausules: Ketelbinkie in Contractenland?

Mr. M. Uijen*

1. Inleiding: *can't live with 'em, can't live without 'em* ...

Boilerplate-clausules hebben enigszins paradoxale trekken. Aan de ene kant zie ik ze opduiken in zo ongeveer alle contracten die ik onder ogen krijg; aan de andere kant ken ik geen contractenmaker die er met plezier zijn tanden in zet. Dat maakt ze een beetje tot het ondergeschoven kindje in de transactiepraktijk. Of misschien moeten ze meer worden beschouwd als een noodzakelijk kwaad – met de nadruk op ‘kwaad’, voor wie niet oplet. Want dat *boilerplate*-clausules venijnig kunnen natrappen, weten we intussen allemaal sinds het veelbesproken PontMeyer-arrest uit 2007¹. Een klassieke *boilerplate*-bepaling, de zogeheten *entire agreement clause*, was in die zaak medeverantwoordelijk voor de uitslag. En niet zomaar een uitslag: de beslissing van de rechter leidde tot een verdeling van financiële risico's die op zijn minst ongebruikelijk is bij dit soort transacties.²

Verrassend hoeft dit alles niet te zijn. Als je met Google zoekt op *boilerplate*, stuit je al gauw op een aanbeveling als de volgende:

‘(...) it is good practice to always read the boilerplates in any contract’³,

of op een waarschuwing als de volgende:

‘Not all boilerplate clauses are appropriate for all types of agreements and it is important that the person who drafts the contract has a good understanding of the clause's usage’⁴.

Open deuren, natuurlijk. Maar blijkbaar staan die deuren niet zo wijd open dat zulke aanbevelingen of waarschuwingen ook steeds ter harte worden genomen. Naar mijn stellige overtuiging worden *boilerplate*-clausules al te vaak alleen even doorgekeken en vervolgens zonder morren geaccepteerd. Reden genoeg voor een kritische inventarisatie.

2. Wat zijn *boilerplate*-clausules? Kijk onder de ‘D’ van ‘Diversen’!

Wikipedia omschrijft *boilerplate* onder meer als ‘any text that is or can be reused in new contexts or applications without being changed much from the original’. Volgens de encyclopedie zou deze betekenis van de term haar oorsprong vinden in het gebruik van ijzerplaten voor het drukken van advertenties en persberichten. Die drukplaten werden *boilerplates* genoemd, omdat ze deden denken aan de platen voor stoomketels (*boilers*).

* Mr. M. Uijen is advocaat bij Höcker.

1. HR 19 januari 2007, JOR 2007/166.

2. Zie onder meer de conclusie van A-G Timmerman bij het PontMeyer-arrest en M. Wolters, Uitleg van schriftelijke overeenkomsten – over de onzalige trend naar een primair taalkundige uitleg van contracten, Contracteren 2009-1, p. 14 e.v.

3. <[http://en.wikipedia.org/wiki/Boilerplate_\(text\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Boilerplate_(text))>.

4. <www.contractsandagreements.co.uk/what-are-boilerplate-clauses.html>.

De etymologie van het woord *boilerplate* mag dan bekend zijn, het is nog best lastig om tot een trefzekere definitie van de gelijknamige contractsclausules te komen. Wikipedia houdt het op ‘those parts of a contract that are considered “standard language”’, en ergens anders op internet las ik dat *boilerplate*-clausules veelal gezocht moeten worden ‘at the end of a contract’.⁵ Nog een aardige variant, op dezelfde webpagina, is ““miscellaneous” provisions’.

Voortbordurend op deze begripsomschrijvingen, zou ik *boilerplate*-clausules zelf definiëren als bepalingen die:

1. fungeren als een schil rond de kernbedingen van een contract⁶; en
2. zich bovendien in principe lenen voor gebruik in ieder willekeurig contract.

Een derde – minder fundamenteel – kenmerk van *boilerplate*-clausules is hun origine in de westerse juridische traditie: hun wortels liggen in het Angelsaksische recht. Het is verstandig dit steeds voor ogen te houden. Een essentieel uitgangspunt in het Angelsaksische recht is – simpel gezegd – dat contractspartijen bij het sluiten van overeenkomsten hun eigen zelfstandige stelsel van rechtsregels in het leven roepen, iedere keer weer. Het Angelsaksische contract moet op eigen benen (kunnen) staan. Dat wakkert een zucht naar volledigheid aan die niet zelden uitmondt in pagina’s en pagina’s met *standard language*.

3. Een kleine boilerplate-bloemlezing

Enfin, hoe prikkelend het ook is om een gooi te doen naar een complete definitie, bij een praktijkfenomeen als *boilerplate*-clausules is de waarde van zulke scherp-slijperij nogal relatief. *Boilerplate*-clausules zijn typisch een manifestatie van *law in action*. De snelste manier om een concreet beeld van hun verschijningsvorm te krijgen, blijft het bestuderen van de vele opsommingen met *boilerplate*-clausules die in handboeken en via internet te vinden zijn. Een tamelijk ruwe greep uit een paar van die opsommingen leverde mij het volgende lijstje op:

1. interpretatieregelingen;
2. geheimhoudingsregelingen;

5. <www.allbusiness.com/legal/contracts-agreements/789-1.html>.

6. Ik realiseer me dat ik, door *boilerplate*-clausules tegenover kernbedingen te plaatsen, de vraag uitlok of het eigenlijk niet gewoon algemene voorwaarden zijn (art. 6:231 BW). Hoewel daar absoluut wat voor te zeggen valt, spreek ik bij *boilerplate*-clausules liever van ‘standaardbepalingen’ – al was het maar om tot uitdrukking te brengen dat ze in de contractspraktijk een totaal ander bestaan leiden dan algemene voorwaarden. Om één markant verschil te noemen: de problematiek rond terhandstelling (art. 6:234 lid 1 BW), bij algemene voorwaarden een bron van eindeloze debatten, speelt bij *boilerplate*-clausules niet of nauwelijks een rol. *Boilerplate*-clausules staan nu eenmaal in contracten waarover doorgaans onderhandeld wordt en die uiteindelijk worden ondertekend. Bij zulke contracten is natuurlijk moeilijk vol te houden dat de (als *boilerplate*-clausules vermomde) algemene voorwaarden niet ter hand gesteld zijn.

3. regelingen voor aanzeggingen en mededelingen;
4. regelingen voor transactiekosten;
5. regelingen over de volledigheid van de overeenkomst;
6. wijzigingsregelingen;
7. regelingen voor overdracht van rechten en verplichtingen;
8. regelingen voor rechten van derden;
9. regelingen tegen verlies van rechten;
10. nietigheidsregelingen;
11. rechtskeuzeregelingen;
12. forumkeuzeregelingen.

Ik pretendeer niet dat dit een volledig lijstje is – het is een fluitje van een cent er nog vijf veel gehanteerde bepalingen bij te verzinnen. Toch is mijn selectie niet volkomen lukraak. Zo worden overmachtregelingen en opzeggingsregelingen door sommige schrijvers evenzeer tot de *boilerplate*-clausules gerekend. Daar heb ik moeite mee. In mijn ervaring schurkt zowel de problematiek rond overmacht als die rond opzegging erg dicht tegen de (commerciële) kern van de overeenkomst aan: bij overmacht vanwege de relatie met garanties, bij opzegging vanwege de relatie met de reguliere prestaties. Er zijn dan, met andere woorden, geen standaardoplossingen die gebruikt kunnen worden in alle of zelfs het merendeel van de contracten (criterium 2 in mijn eigen definitie).

Aan de hand van deze selectie zal ik hierna stilstaan bij een reeks *boilerplate*-clausules die ik voor deze gelegenheid uit een aantal werkelijk gesloten contracten heb geplukt. Bij wijze van eerbetoon aan de traditie waarin die bepalingen geworteld zijn, geef ik steeds alleen de Engelstalige tekst. Voor mijn analyse ga ik er wel van uit dat Nederlands recht van toepassing is.

4. Analyse: 12 Monkeys

4.1 Interpretatieregelingen

Een voorbeeld van een interpretatieregeling is:

In this Agreement and the recitals and the schedules:

- reference to any statute includes a reference to that statute as amended, extended or re-enacted and to any regulation, order, instrument or subordinate legislation under the relevant statute;
- reference to any recital, clause, paragraph or schedule is to a recital, clause, paragraph or schedule (as the case may be) of or to this Agreement;
- reference to the singular includes a reference to the plural and vice versa;
- reference to any gender includes a reference to all other genders; and
- references to persons include bodies corporate, unincorporated associations, joint ventures, consortia and partnerships; and
- the headings to the clauses and any underlining in this Agreement and in the schedules are for ease

of reference only and shall not form any part of this Agreement for the purposes of construction.

In de praktijk is een regeling als deze meestal een onderdeel zijn van een uitgebreider pakket bepalingen – en niet het belangrijkste onderdeel. De regeling wordt dikwijls vastgeknoopt aan een definitiecatalogus waarmee de voornaamste begrippen van een contract worden ingevuld (aan de ene kant om het contract beter leesbaar te maken, aan de andere kant om de betekenis van die begrippen af te bakenen, soms zelfs normatief).

Terwijl zulke interpretatie- en definitiebepalingen (mits neutraal verwoord) inhoudelijk niet bijster spannend zijn, is hun achterliggende gedachte in het Nederlandse recht wel weer interessant. Waar onderstreept moet worden dat – om maar iets te noemen – wat voor enkelvoud geldt tevens voor meervoud geldt, is de vooronderstelling blijkbaar dat zonder een dergelijke uitlegregel enkelvoud ook echt zuiver gelezen wordt als enkelvoud. De impliciete boodschap bij een interpretatieregeling is dus in wezen dat de bepalingen van het contract letterlijk dienen te worden genomen. Anglo-Amerikaanse contractenmakers zal dat misschien heel logisch in de oren klinken, voor hun Nederlandse vakgenoten ligt het minder voor de hand. In het Nederlandse recht, met zijn Haviltex-leer, is het onwaarschijnlijk dat er misverstanden zouden ontstaan over een toevallig taalkundig onderscheid zoals dat tussen enkelvoud en meervoud. Het wonderlijke is dat een interpretatieregeling daardoor in een Nederlandse juridische context juist een bijzondere lading krijgt: het wordt ineens een amper verholen instructie aan de Nederlandse rechter (voor zover die bevoegd is tenminste) om zich niet uit te leven op het contract met Haviltex. Dit effect zal worden versterkt als in het contract naast de interpretatieregeling andere *boilerplate*-clausules worden verwerkt die als uitlegbepalingen kunnen worden opgevat⁷:

- kwalificatieregelingen;
- regelingen over de volledigheid van de overeenkomst (zie par. 4.5 hierna);
- wijzigingsregelingen (zie par. 4.6 hierna);
- regelingen tegen verlies van rechten (zie par. 4.9 hierna);
- nietigheidsregelingen (zie par. 4.10 hierna).

Kwalificatieregelingen bespreek ik niet als aparte categorie, omdat ik ze hooguit incidenteel aantref in contracten waarop Nederlands recht van toepassing is (al wemelt het in zulke contracten evengoed van de *boilerplate*-clausules). Met kwalificatieregelingen wordt getracht de duiding van de rechtsverhouding tussen partijen in een wenselijk geachte richting te sturen. Ze zijn gewoonlijk negatief geformuleerd, en strekken ertoe te voorkomen dat de contractuele verhouding wordt bestempeld als arbeidsrelatie, agentuurrelatie, joint venture of maatschap. Een voorbeeld van een kwalificatieregeling met die strekking is:

7. Marcel Fontaine en Filip De Ly, *Drafting International Contracts*, New York: Transnational Publishers, Ardsley, 2006, p. 103-187.

‘No provision of this Agreement shall have the effect of creating a partnership or association of any kind between the Parties.’

Vooraf het buitensluiten van de maatschap kan bij Nederlandse contracten zinvol zijn, zeker in combinatie met een uitsluiting voor de informele vereniging. Doordat de wettelijke omschrijving van maatschappen⁸ en verenigingen met beperkte rechtsbevoegdheid⁹ zo ontzettend ruim is, kunnen vele vormen van samenwerking als een maatschap of vereniging worden geduid, hoewel dat nooit de bedoeling van partijen is geweest. Met een kwalificatieregeling kan een dergelijke lezing de pas worden afgesneden (zolang de samenwerking feitelijk gestalte krijgt op de in het contract uitgestippelde wijze).

4.2 Geheimhoudingsregelingen

Een voorbeeld van een geheimhoudingsregeling is:

‘Confidential Information’ means any technical, financial, commercial, legal or other information relating to the business of the other Party or any member of the other Party’s group, including (without limitation):

- any trade secrets;
- any details of transactions concluded by the other Party or any member of the other Party’s group;
- this Agreement and its subject matter.

No Party shall use or disclose to any person any Confidential Information which has been or may in the future be supplied to such Party or any member of the such Party’s group (including in particular, but without limitation, any Confidential Information which such Party or any member of the such Party’s group may obtain as a result of the performance of this Agreement), otherwise than for the sole purpose of ensuring proper performance of this Agreement in accordance with its terms.

The obligations to observe the confidentiality provisions of the preceding paragraph shall not apply to information which:

- is or becomes contained in published information available to the general public through no wrongful act of the Party first mentioned in the preceding paragraph; or
- is or becomes publicly known through no wrongful act of the Party first mentioned in the preceding paragraph; or
- is acquired from a third party in good faith and without any obligations of confidence being owed by or to that third party in respect thereof; or
- is required to be disclosed by any Party by any relevant law or regulation.

En daar hoort eigenlijk ook nog bij:

8. Art. 7A:1655 BW.

9. Art. 2:30 BW.

‘No press or other public statement or circular (whether verbal or in writing) shall be made or issued in connection with the subject matter of this Agreement unless previously approved in writing by both Parties.’

Geheimhoudingsregelingen vervullen een nuttige functie bij Nederlandse contracten. Gerichte bepalingen over geheimhouding ontbreken in ons verbintenissenrecht, en respect voor het vertrouwelijke karakter van gegevens laat zich niet heel comfortabel afdwingen via artikel 6:248 lid 1 BW of artikel 6:162 BW. Voor contractspartijen zit er daardoor weinig anders op dan een eigen regime te creëren als ze hun bedrijfsinformatie willen beschermen. Het leeuwendeel van de geheimhoudingsregelingen volgt de systematiek van het voorbeeld hiervoor: eerst een vrij brede definitie van vertrouwelijke gegevens, daarna een verbod op het verspreiden van die gegevens, en tot slot een kleine reeks uitzonderingen. Bij geheimhoudingsregelingen in het algemeen wordt daarnaast menigmaal aandacht besteed aan de volgende punten:

- de afbakening van de vertrouwelijke gegevens (al dan niet met een gespecificeerde opgave van vertrouwelijke documenten of bestanden);
- de derden met wie vertrouwelijke gegevens mogen worden gedeeld, en het waarborgen van geheimhouding door die derden (kettingbedingen);
- de opslag, verveelvoudiging, teruggave en vernietiging van vertrouwelijke gegevens;
- de consequenties van schending van geheimhoudingsverplichtingen (boeteclausules – let daarbij op de artikelen 6:92 lid 1 en 6:94 lid 3 BW);
- de looptijd van de geheimhoudingsregeling;
- de procedure voor het inlichten van de wederpartij of het vragen van toestemming voor verspreiding van gegevens.

Het is uiteraard mogelijk op al deze punten voorzieningen te treffen in een geheimhoudingsregeling, maar van een *boilerplate*-clausule (in de zin van een universeel bruikbare standaardtekst) zal dan na een paar toevoegingen al geen sprake meer zijn. Voor de meeste van de punten zullen namelijk keuzes moeten worden gemaakt, rekening houdend met de specifieke omstandigheden in de verhouding tussen de contractspartijen. In dat geval wordt het maatwerk, waarbij de importantie van de vertrouwelijke gegevens en de kosten verbonden aan de verlangde beperkingen doorslaggevend zullen zijn voor de formuleringen.

4.3 Regelingen voor aanzeggingen en mededelingen

Een voorbeeld van een regeling voor aanzeggingen en mededelingen is:

Any notice or other written communication given under or in connection with this Agreement must be delivered personally or sent by recorded delivery post (airmail if overseas) or facsimile.

The address for service of each of the Parties shall be its respective address stated in this Agreement or, if any other address for service has previously been notified in writing to the server, to the address so notified.

Any such notice or other written communication shall be deemed to have been served:

- if personally delivered to the relevant company or individual or to its address for service, at the time of delivery;
- if posted, on the date of delivery shown by the recorded delivery records of the relevant postal authority;
- if sent by facsimile message, at the time of transmission (if sent during normal business hours, that is 9:30 a.m. to 5:30 p.m. local time) in the place to which it was sent or (if not sent during such normal business hours) at the beginning of the next business day.

In proving service by facsimile it shall be sufficient to produce an activity or other report from the sender’s facsimile machine in respect of the notice or other written communication showing the recipient’s facsimile number and the number of pages transmitted.

For the avoidance of doubt, notice under this agreement shall not be validly served if sent by email

Het doel van een regeling voor aanzeggingen en mededelingen is primair het stroomlijnen van de communicatie tussen de contractspartijen. Hiertoe wordt in de desbetreffende regeling op een rij gezet van welke communicatiemiddelen partijen zich mogen bedienen. De regeling kan verder fungeren als kapstok voor contractsbepalingen waarin termijnen worden vastgesteld voor het uitoefenen van rechten (zoals een koopoptie of een *matching right*) of het nakomen van verplichtingen (zoals het leveren van goederen of diensten binnen een afgesproken levertijd): die termijnen beginnen dan te lopen zodra een mededeling overeenkomstig de regeling is bezorgd. Of de mededeling inderdaad ontvangen is door de geadresseerde, doet er niet meer toe. In Nederlandse contracten zou de regeling aangemerkt kunnen worden als een uitwerking van het bepaalde in artikel 3:37 BW.

4.4 Regelingen voor transactiekosten

Een voorbeeld van een regeling voor transactiekosten is:

‘Each Party shall bear its own costs incurred in the negotiations leading up to and in the preparation of this Agreement and the schedules and of matters incidental to this Agreement.’

Een regeling als deze lijkt ietwat overbodig. Bij contracten die beheerst worden door Nederlands recht is de vuistregel sowieso al dat elk van de partijen de eigen kosten draagt. Er is niet veel meer over op te merken dan dat erop moet worden toegezien dat de regeling wordt aangepast, wanneer bij een transactie een afwij-

kende kostenverdeling gangbaar of gewenst is (zoals zich voordoet bij een aandelentransactie, waarbij de notaris-kosten in verband met de leveringsakte voor rekening van de koper komen). Ik ben geneigd kostenregelingen hoofdzakelijk te behandelen als geheugensteuntje (om niet te vergeten dat gecontroleerd moet worden of partijen wellicht van de normale kostenverdeling willen afwijken).

4.5 Regelingen over de volledigheid van de overeenkomst

Een voorbeeld van een regeling over de volledigheid van de overeenkomst is:

‘This Agreement, together with the schedules and the other documents referred to in this Agreement, constitutes the entire agreement between the parties relating to the subject matter of this Agreement and supersedes any and all other prior agreements between the Parties relating to the relevant subject matter either verbal or in writing.’

Deze *entire agreement clause* is al een paar keer terloops aan de orde geweest (inleiding en par. 4.1). Met een regeling als hiervoor geciteerd wordt in Angelsaksische contracten welbewust de zogeheten *parol evidence rule* in werking gesteld. In het Anglo-Amerikaanse recht is de *parol evidence rule* een interpretatievoorschrift voor rechters. Kort door de bocht: bij conflicten over een contract verbiedt dit voorschrift rechters enerzijds om nog buiten de schriftelijke overeenkomst te kijken en anderzijds om (getuigen)bewijs toe te laten voor het aantonen van afspraken die botsen met het contract.¹⁰ Door een *entire agreement clause* op te nemen, brengen partijen tot uitdrukking dat het contract bedoeld is als een integrale weergave van wat ze zijn overeengekomen. Het is daarmee het sluitstuk van de uitlegbepalingen: het contract benoemt zichzelf tot enige referentie voor het kennen en doorgronden van de afspraken tussen partijen.

In het Nederlandse recht is er geen equivalent van de *parol evidence rule* – wij hebben Haviltex. Dit betekent echter hoegenaamd niet dat een *entire agreement clause* onbekommerd een plek kan worden gegund in alle mogelijke overeenkomsten. Uit het PontMeyer-arrest kan worden afgeleid dat de Haviltex-leer door een *entire agreement clause* een flinke duw in de richting van de

puur grammaticale uitleg krijgt.¹¹ Daar moet het contract zich dan natuurlijk wel voor lenen. Dat wil zeggen: het moet aannemelijk zijn dat het contract alle van belang zijnde afspraken in zich herbergt. De contractenmaker die daar zijn hand niet voor in het vuur durft te steken, doet er sinds 2007 goed aan om een *entire agreement clause* toch maar weg te laten.

4.6 Wijzigingsregelingen

Een voorbeeld van een wijzigingsregeling is:

‘No term or provision of this Agreement shall be varied or modified by any prior or subsequent statement, conduct or act of any Party, except that hereafter the Parties may amend this Agreement only by letter or written instrument executed by all of the Parties.’

Door ervaren Nederlandse contractenmakers wordt af en toe hoffelijk geglimlacht bij deze *boilerplate*-clausule. Omdat de overgrote meerderheid van de contracten bij ons vormvrij is (en dus ook mondeling kan worden gesloten of aangepast), zit er vrijwel onvermijdelijk een ‘lek’ in deze wijzigingsregeling: de regeling zélf kan worden herroepen met een latere (vormvrije) nieuwe regeling. In het verlengde daarvan kunnen nadere, niet-schriftelijke afspraken tussen partijen het hele contract uiteindelijk aan het wankelen brengen. In de Nederlandse contractspraktijk, kortom, heeft een wijzigingsregeling in de hiervoor aangehaalde bewoordingen een betrekkelijk geringe waarde. Wie de regeling geschikt wil maken voor Nederlandse contracten, zal haar moeten construeren als een bewijsovereenkomst (art. 153 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) en art. 7:900 lid 3 Burgerlijk Wetboek (BW)).

4.7 Regelingen voor overdracht van rechten en verplichtingen

Een voorbeeld van een regeling voor overdracht van rechten en verplichtingen is:

‘No Party shall be entitled to assign its respective rights or obligations under this Agreement without the prior written consent of the other Party.’

Anders dan de wijzigingsregeling heeft een regeling als deze wel onmiddellijk rechtsgevolg. Wat de overdracht van *rights* betreft: op grond van artikel 3:83 lid 2 BW zal de hier geregelde blokkade in een Nederlands contract resulteren in een voorwaardelijke uitsluiting van overdraagbaarheid. Een valide motief voor zo een beperking was van oudsher dat het contract *intuitu personae* werd aangegaan, en niet *intuitu pecuniae*. Maar bij hoeveel contracten in de moderne transactiepraktijk is dat nog echt het geval? Een *change of control* bij een contractspartij is via deze regeling niet tegen te houden. Bovendien is niet iedereen zich bewust van een tweede (indi-

10. In deze samenvatting ga ik gemakshalve even voorbij aan de uiteenlopende toepassing van de *parol evidence rule* in Engeland en de Verenigde Staten en de nuanceringen die daarbij op de regel worden aangebracht. Zie voor een nauwkeuriger samenvatting CISG-AC Opinion no 3, Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG, 23 October 2004 (rapporteur: Professor Richard Hyland, Rutgers Law School, Camden, NJ, USA), te vinden op <www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op3.html>. De toepassing van de *parol evidence rule* in het Amerikaanse recht wordt met nog weer meer diepgang ontrafeld door prof. mr. R.P.J.L. Tjittes in De betekenis van de *parol evidence rule* in het Amerikaanse contractenrecht, Contracteren 2002/1, p. 4 e.v.

11. HR 19 januari 2007, JOR 2007/166, r.o. 3.4.3. Het is curieus dat de Hoge Raad juist deze draai aan de *entire agreement clause* geeft; op die manier wordt een dergelijke clausule eerder in de hoek van de *plain meaning rule* dan in die van de *parol evidence rule* ondergebracht.

recte) implicatie van de blokkade: een contractueel overdrachtsverbod zoals hier geciteerd zal naar Nederlands recht automatisch ook in de weg staan aan verpanding van de rechten (art. 3:228 jo. art. 3:83 lid 1 BW). Bij vorderingsrechten is dat in heel veel situaties onhandig. Talloze bedrijven in Nederland financieren hun activiteiten met bankkredieten en verschaffen in verband daarmee zekerheden; tot die zekerheden behoort bijna altijd mede een pandrecht op vorderingen.

Dat *obligations* niet zonder meer kunnen worden overgedragen, zal weinig aarzelingen oproepen – met vier wetsbepalingen heeft de Nederlandse wetgever dat boven iedere twijfel verheven: de artikelen 6:155 tot en met 6:158 BW. Het nut van een uitdrukkelijk contractueel verbod (in aanvulling op de wettelijke regeling) zou kunnen zijn dat de rechter zich daardoor minder makkelijk laat verleiden om aan te nemen dat een partij stilzwijgend heeft ingestemd met een overdracht van verplichtingen, nu dat verbod volgens de tekst van het voorbeeld enkel kan worden ontlopen met *prior written consent*. Geheel waterdicht is die tekst helaas niet, want een vormvereiste voor toestemming is in het Nederlandse recht even broos als een vormvereiste voor wijziging (zie par. 4.6 hiervoor); het is dus wederom raadzaam uit te wijken naar een bewijsovereenkomst om de kieren te dichten.

4.8 Regelingen voor rechten van derden

Een voorbeeld van een regeling voor rechten van derden is:

‘This Agreement shall solely be binding on and inure for the benefit of the Parties and (if and as permitted under this Agreement) the successors in title of any of the Parties.’

Een beginsel van het Nederlandse contractenrecht is dat overeenkomsten alleen tussen partijen werken. Tegen die achtergrond lijkt met de vorenstaande *boilerplate*-clausule te worden bevestigd wat toch al evident was. Dat is echter doorgaans niet de strekking ervan. Met een bepaling als deze wordt in de eerste plaats gepoogd derdenbedingen (de wettelijke uitzonderingen op het genoemde beginsel) buiten de deur te houden. Daar is niets op tegen: de artikelen 6:253 tot en met 6:256 BW zijn van regelend recht.¹² Sterker nog, er is vaak juist alle reden om iets op papier te zetten over de eventuele rechten van derden, aangezien in het Nederlandse recht derdenbedingen niet per se als zodanig hoeven te worden geformuleerd en rechten van derden daardoor al kunnen voortvloeien uit de kale vermelding van enige derde in het contract.¹³ Ik vraag me wel af of de zinsnede ‘solely (...) inure for the benefit of the Parties’ expliciet genoeg is om te bewerkstelligen dat derden aan het contract geen aanspraken (meer) kunnen ontlenen.

12. Art. 6:250 BW suggereert dat het bepaalde in art. 6:253 lid 1 BW van dwingend recht zou zijn, maar dit geldt enkel voor de eis dat de derde het beding dient te aanvaarden (zie Asser 6-III, nr. 569).

13. Gedacht kan worden aan de populaire vrijwaringsregelingen mede ten behoeve van *affiliates, directors, employees, agents and advisers*.

Naar mijn idee kan het geen kwaad daarbovenop te benadrukken dat partijen niet de intentie hebben met het contract enig recht aan enige derde toe te kennen (desnoods met een verwijzing naar art. 6:253 BW) en dat slechts partijen de bevoegdheid hebben om de in het contract neergelegde rechten uit te oefenen.

4.9 Regelingen tegen verlies van rechten

Een voorbeeld van een regeling tegen verlies van rechten is:

‘No failure on the part of any Party to exercise, and no delay on its part in exercising any right or power under this Agreement shall operate as a waiver thereof.’

Een zogeheten *non-waiver clause* als deze biedt in ons contractenrecht weinig soelaas.¹⁴ Als het erop aankomt, zal de Nederlandse rechter het feitelijk gedrag van een contractspartij, en de consequenties daarvan voor de wederpartij,¹⁵ zwaarder laten wegen: de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De Nederlandse contractenmaker die erg gehecht is aan een *non-waiver clause* kan misschien nog een eind komen door in ieder geval met zoveel woorden de artikelen 6:89, 6:160 lid 1 en 6:248 lid 2 BW uit te schakelen voor zover deze leiden tot verval of afstand van rechten door stilzitten. Voor maximale effectiviteit zou ook een dergelijke aangeklede *non-waiver clause* daarna nog weer moeten worden versterkt met een bewijsovereenkomst (zie par. 4.6 hiervoor).

4.10 Nietigheidsregelingen

Een voorbeeld van een nietigheidsregeling is:

‘If at any time any term or provision in this Agreement shall be held to be illegal, invalid or unenforceable, in whole or in part, under any rule of law or enactment, such term or provision or part shall to that extent be deemed not to form part of this Agreement, but the enforceability of the remainder of this Agreement shall not be affected.’

De toegevoegde waarde van een nietigheidsregeling als deze is in het Nederlandse vermogensrecht minimaal. De tekst van de regeling sluit bijna naadloos aan op het bepaalde in artikel 3:41 BW – alleen de passage in dat artikel over een mogelijk ‘onverbrekelijk verband’ tussen het nietige deel en de overige bepalingen keert niet terug in de *boilerplate*-clausule. Veel maakt dat niet uit, want als er sprake is van een ‘onverbrekelijk verband’, zullen de overige bepalingen samen met het nietige deel sneuvelen. Een nietigheidsregeling voegt wel iets toe aan de wettelijke regeling wanneer zij de correctie van de overi-

14. Het heeft er alle schijn van dat *non-waiver clauses* in het Engelse recht intussen eveneens op de tocht staan: zie England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Tele2 International Card Co SA v Post Office Ltd*, [2009] EWCA Civ 9 (te vinden op <www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/9.html>).

15. Zie onder meer HR 10 februari 1967, NJ 1967, 212 en HR 29 september 1995, NJ 1996, 89.

ge bepalingen overlaat aan de contractspartijen, zoals in het volgende voorbeeld:

‘The Parties shall negotiate the amendment of any such term or provision in such manner that it becomes legal, valid and enforceable without affecting the original intent or the economic purpose and effect of such term or provision.’

In de geest van deze uitbreiding zouden partijen bij een Nederlands contract dan eigenlijk in één adem door moeten verklaren dat zij geen prijs stellen op conversie van rechtswege via artikel 3:42 BW. De ratio van de uitbreiding is namelijk dat partijen greep houden op de gevolgen van de partiële nietigheid voor de rest van het contract. En dat is meteen ook de achilleshiel van de uitbreiding: partijen verplichten zich te goeder trouw te onderhandelen over passende vervangingsbepalingen. Dit kan een hachelijke verplichting worden als een fatsoenlijke vervangingsbepaling moeilijk te ontwikkelen is, of als de (commerciële) balans van het oorspronkelijke contract door de partiële nietigheid ingrijpend is verstoord. Het is daarom aanbevelenswaardig telkens mede te bezien of er geen ontsnappingsclausule moeten worden ingebouwd, zodat partijen zich uit het onderhandelingsproces kunnen terugtrekken als het te moeizaam verloopt door de complexiteit van de problematiek. Heel buitenissig is zo een ontsnappingsclausule niet, want er zijn in de praktijk evengoed voorbeelden te vinden van nietigheidsregelingen die het partijen van meet af aan toestaan het contract te ontbinden bij partiële nietigheid.

4.11 Rechtskeuzeregelingen

Een voorbeeld van een rechtskeuzeregeling is:

‘This agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of the Netherlands.’

Rechtskeuzeregelingen zijn onmisbaar voor contractenmakers die een transactie met grensoverschrijdende aspecten een zekere en vertrouwde thuishaven willen bieden. Ze zijn er in vele soorten en maten. Desalniettemin valt een eenvoudige regeling als die van het voorbeeld in veruit de meeste gevallen te prefereren: een keuze voor één rechtsstelsel, met inbegrip van alle mutaties die dat rechtsstelsel gedurende de looptijd van het contract ondergaat. Denkbare alternatieven zijn:

- gedeeltelijke rechtskeuze (rechtskeuze voor alleen bepaalde elementen van het contract, waarbij het restant wordt beheerst door het recht dat op grond van de gewone conflictenrechtelijke verwijzingsregels van toepassing is);
- *dépêçage* (rechtskeuze waarbij verschillende rechtsstelsels van toepassing worden verklaard op verschillende onderdelen, soms verdeeld per partij);
- *floating* rechtskeuze (rechtskeuze waarbij het toepasselijk recht afhankelijk is van een handeling (zoals het inleiden van een procedure), een hoedanigheid (zoals het zijn van gedaagde), een locatie (zoals het

land waar geprocedeerd wordt) of een gebeurtenis (zoals een loting));

- rechtskeuze met stabilisatiebeding (rechtskeuze voor een rechtsstelsel in de toestand waarin het bij het sluiten van het contract verkeert (dus exclusief wijzigingen in wet- of regelgeving)).

De vrijheid van partijen om zelf het toepasselijk recht voor hun contract te kiezen, is naar Nederlands internationaal privaatrecht ruim, maar niet ongelimiteerd. Ingevolge artikel 3 Rome I kunnen dwingendrechtelijke regels niet ontvlucht worden als alle aanknopingspunten bij de transactie verwijzen naar ‘een ander land dan het land waarvan het recht is gekozen’¹⁶. Tot op de dag van vandaag houdt een keuze voor het Nederlandse recht overigens mede een keuze in voor het Weens Koopverdrag; dat wordt nog wel eens vergeten.

4.12 Forumkeuzeregelingen

Een voorbeeld van een forumkeuzeregeling is:

‘Any legal action or proceeding arising out of or in connection with this Agreement may solely be brought in the court of Amsterdam and the Parties hereby irrevocably submit to the exclusive jurisdiction of such court in connection with any such legal action or proceedings.’

Forumkeuzeregelingen zijn in de praktijk veelal minder rechtlijnig opgezet dan rechtskeuzeregelingen. Dat is begrijpelijk: een forumkeuze moet zo uitpakken dat een contractspartij daadwerkelijk in staat is de behoorlijke uitvoering van het contract af te dwingen. Een veroordelend vonnis van een Nigeriaanse rechter helpt niet erg wanneer moet worden gepresteerd in Nederland. Verder vindt geen enkele contractspartij het een aanlokkelijk vooruitzicht in een ver buitenland (lees: het buitenland van de wederpartij) te moeten procederen, wat een sterke neiging opwekt het contract naar rechters in eigen land toe te trekken. Naar mijn indruk is de extreem overzichtelijke forumkeuze van het voorbeeld daardoor haast eerder uitzondering dan regel, en wordt vrijmoedig gevarieerd met betrekking tot:

- de exclusiviteit van de bevoegdheid (volledige exclusiviteit, exclusiviteit voor een van partijen of in het geheel geen exclusiviteit);
- de delen van het contract waarvoor de bevoegdheid wordt geschapen (voornamelijk in mengvormen met alternatieve geschillenbeslechting).

Vanzelfsprekend kan ook gekozen worden voor arbitrage – over het algemeen substantieel kostbaarder dan overheidsrechtspraak, maar tevens buigzamer en efficiënter.

Net als bij rechtskeuze wordt partijen bij forumkeuze royaal de vrijheid geboden om zelf te bepalen welke rechter zich over hun contractuele geschillen dient te

16. Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst. Zie lid 3 en 4 van art. 3.

buigen. Buitenlandse contractspartijen kunnen in Nederland procederen,¹⁷ Nederlandse contractspartijen in het buitenland¹⁸ (of in Nederland in het door hen uitverkoren arrondissement¹⁹).

5. Slotopmerkingen

Zoals de analyse hiervoor – niet onverwacht – weer een paar keer aan het licht heeft gebracht, is er bij Nederlandse contracten in aanvang minder aanleiding om te mikken op de minutieuze verfijning die zo tekenend is voor Angelsaksische overeenkomsten. Contractspartijen in ons land kunnen altijd nog terugvallen op een corpus van wetgeving en rechtspraak dat aanvult en beperkt waar het contract eventueel leemtes bevat. Wie zich voor een Nederlands contract bedient van *boilerplate*-clausules, is op sommige vlakken vaak domweg het wiel opnieuw aan het uitvinden. Op zichzelf geen punt, maar voor een nuchtere contractenmaker is een relevante vraag of het *boilerplate*-wiel beter voldoet dan het wiel van de wetgever. De contractenmaker die deze vraag bevestigend beantwoordt, zal bij een aantal *boilerplate*-clausules vervolgens de Angelsaksische blauwdruk fors moeten ompippen om de nagestreefde regeling naar behoren te laten functioneren in het Nederlandse recht. Daarmee is het inzetten van *boilerplate*-clausules in Nederland een keuze, en idealiter zou het een heel bewuste keuze moeten zijn – per contract afzonderlijk, artikel voor artikel beoordeeld. Stiekem toch een beetje maatwerk.

17. Art. 8 lid 1 Rv.

18. Art. 8 lid 2 Rv.

19. Art. 108 lid 1 Rv.