

Boilerplates etc.

Overleeft de survival clause?

Prof. mr. T.H.M. Van Wechem en mr. drs. J.H.M. Spanjaard*

1. Inleiding

Het gebruik van boilerplates is uit de Angelsaksische rechtssfeer over komen waaien en in het Nederlandse rechtsverkeer ingeburgerd. Zeer dikwijls treft men in het artikel met het opschrift ‘Diversen’ (of ‘Miscellaneous’ als het contract in het Engels is geredigeerd) diverse bepalingen aan waarvan naar Nederlands recht moet worden bekeken wat de waarde is.¹ Een van die clausules is de *survival clause*, een clause waarmee over het graf van het contract heen wordt geregeerd.

Wat de survival clause precies inhoudt, is niet altijd even duidelijk. Een korte zoektocht langs de literatuur in bijvoorbeeld de staat Delaware levert op dat de survival clause in het Amerikaanse recht even goed de functie kan vervullen van zekersteller van bepalingen die na het einde van de overeenkomst blijven voortbestaan, als die van een verjaringsbepaling.² In de verjaringsvariant kan een survival clause luiden:

‘The design representations will survive for 12 months after the closing date, and will thereafter terminate, together with any associated right of indemnification [under certain provisions of the contract] or the remedies provided [in certain provisions of the contract].’³

Een voorbeeld zonder tijdsbepaling is: ‘The provisions of articles 4, 6, 8, 9, 10, 11,12, 14,15 and 19 survive the termination or expiration of this contract.’⁴

Op internet vonden wij ook de survival clause in de meest uitgekledede vorm:

‘Any clause expressly or impliedly intended to survive the termination or expiry of this agreement shall do so.’⁵

Net als bij andere boilerplates dringen zich de vragen op wat het nut en de noodzaak van het opnemen van de bepaling zijn. De survival clause richt zich op het leven na het einde van het contract. Dit dwingt tot een beschouwing van de wijzen waarop een overeenkomst naar Nederlands recht kan eindigen en meer in het bijzonder wat de gevolgen zijn van een dergelijke beëindiging voor gemaakte beloftes in de overeenkomst. Eerst staan we evenwel stil bij de bepalingen die dikwijls onder de survival clause worden gevangen.

* Prof. mr. dr. T.H.M. van Wechem is hoogleraar Professional Legal Counseling aan de Open Universiteit. Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij La Gro Advocaten in Alphen aan den Rijn.

1. Vgl. M. Uijen, *Münchhausen revisited: de bewijsovereenkomst als instrument voor contractenmakers*, Contracteren 2017/1, p. 17.
2. GRT/Marathon GTF Technology Ltd., C.A. 5571-CS (Del. Ch. Jul. 11, 2011). Over deze uitspraak: J.H. LaBarge, *They don't call it a survival clause for nothing; poor contract drafting can make your chances of obtaining a legal remedy as good as dead*, M&A Advisor (Nieuwsbrief Nixon Peabody LLP) 2011, <www.nixonpeabody.com/-/media/Files/Alerts/155767_M_and_A_Alert_09_07_2011.ashx>; B.M. Klayman & M.E. Felger, *Clauses under Del. Law*, Delaware Business Court Insider, <[www.cozen.com/Templates/media/files/LEGAL%2018215497v1%202014-02-12%20BMK%20DBCI%20Interpretation%20of%20Contractual%20Survival%20Clauses%20Under%20DE%20Law%20\(Final\)1.pdf?embed](http://www.cozen.com/Templates/media/files/LEGAL%2018215497v1%202014-02-12%20BMK%20DBCI%20Interpretation%20of%20Contractual%20Survival%20Clauses%20Under%20DE%20Law%20(Final)1.pdf?embed)>.

3. Deze clause stond centraal in GRT/Marathon GTF Technology Ltd., C.A. 5571-CS (Del. Ch. Jul. 11, 2011).

4. Een voorbeeld uit de praktijk van J.H.M. Spanjaard.

5. <<https://devant.co.uk/the-butlers-tale/survival-provisions/>>.

2. Welke bepalingen beoogt de survival clause te doen voortbestaan?

Bij de survival clause komt het aan op het determineren van bepalingen waarvan de contractspartijen het belangrijk vinden dat deze de overeenkomst overleven en ook na het einde van de overeenkomst worden nageleefd. Dergelijke bepalingen worden veelal aangetroffen in geheimhoudingsovereenkomsten, omdat de contractspartijen willen dat verstrekte informatie ook na het einde van de geheimhoudingsovereenkomst geheim blijft. Ook non-concurrentie- en relatiebedingen, schadefixerende bedingen, exoneratieclausules en geschillenbeslechtingsclausules worden vaak in de survival clause genoemd.⁶

Wat de reikwijdte en strekking van een survival clause is, is – zoals bij vrijwel alle contractuele bepalingen – een kwestie van uitleg, waarop de Haviltex-maatstaf ten volle van toepassing is.⁷ Maar kan Haviltex ook een postcontractueel effect teweegbrengen?⁸

De bedoeling lijkt ons echter dat het einde van het contract de afdwingbaarheid van de in de survival clause genoemde bepalingen onverlet laat. In dit geval zal dan als volgt geredeneerd dienen te worden. Het ontbindingsrecht is in b2b-relaties van regeland recht; het kan tussen partijen nader worden ingekleurd. Partijen hebben daarmee dan ook de mogelijkheid om de postcontractuele gevolgen van de ontbinding te regelen. Wat nu als partijen dat niet doen? Gelden dan de gevolgen die aan de survival clause worden toegedicht niet tussen partijen of is het opnemen van deze boilerplate slechts loze bladvulling?

In het internationale contractenrecht wordt algemeen aangenomen dat bepalingen kunnen bestaan die het einde van een overeenkomst overleven. Schwenzer, Hachem en Kee merken (ons inziens wel heel absoluut) bijvoorbeeld op:

‘It is nowadays unanimously held in the overwhelming majority of legal systems that although the contract has come to an end there may be certain provi-

sions of the contract that are designed to govern the rights and obligations of the parties after or notwithstanding avoidance which survive such termination. This applies especially to dispute settlement clauses such as arbitration clauses and choice-of-forum clauses in particular. Thus if there is an arbitration clause in the contract it is up to the arbitral tribunal to decide whether the contract has been avoided in the first place and what the respective consequences are in second. This is in line with the prevailing view in international arbitration law, as well as in conflicts of law, that an arbitration agreement or a choice-of-forum clause must be viewed separately from the main contract. It is also true for clauses that exactly envisage providing for the details for the unwinding of the contract. Whether other clauses survive is primarily a question of the interpretation of the respective clause. Normally choice-of-law clauses, agreed sums, *force majeure* clauses, as well as exclusion and limitation-of-liability clauses should survive the avoidance of the contract. Confidentiality clauses might also survive avoidance if an according intention of the parties can be established.’⁹

Kortom, in een internationale context wordt aangenomen dat er bepalingen in een contract kunnen voorkomen die het einde van de overeenkomst overleven. Ook over het type bepalingen bestaat weinig discussie. Het gaat in ieder geval om bepalingen die een van de partijen verplichten iets niet te doen.

Voor zover het de regeling in het Burgerlijk Wetboek (BW) betreft, valt er op te wijzen dat de wetgever in de parlementaire geschiedenis het begrip ‘compromissioir beding’ gebruikte om daarmee het type beding aan te duiden dat werking kon hebben na het einde van de overeenkomst.¹⁰ De vraag bestaat – nogmaals – of een survival clause nodig is om tot overleving van bepaalde aspecten van de rechtsverhouding te komen.

3. Bedingen die de beëindiging van een overeenkomst overleven; maar waarom?

Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek bevat uitgebreide regelingen over de totstandkoming van overeenkomsten¹¹ en over de ontbinding van overeenkomsten¹², maar niet over de opzegging van overeenkomsten en over de expiratie van een overeenkomst voor bepaalde

6. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, 2014, nr. 698, 701 en 702; HR 16 juni 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6283, NJ 1978/625, m.nt. GJS (Stork/Foekens).

7. HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (Ermes/Haviltex); HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (Lundiform/Mexx).

8. Ook kan worden betoogd dat de redelijkheid en billijkheid mee kunnen brengen dat bepaalde verplichtingen tussen partijen blijven gelden, ook in geval van ontbinding of vernietiging. Vgl. in dit kader HR 15 november 1957, NJ 1958/67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp) en HR 12 december 2003, NJ 2004/117 (Kaakchirurg). Ten aanzien van dat laatste arrest merken wij op dat de verplichting tot schadebeperking werd aangenomen op basis van de geneeskundige behandelingsovereenkomst tussen de kaakchirurg en de patiënt. Het ging om de vraag of de patiënt een bloedmonster moest afstaan om te testen op HIV nadat de kaakchirurg met het bloed van de patiënt in aanraking was gekomen. Echter, ook als de geneeskundige behandelingsovereenkomst zou zijn vernietigd in verband met dwaling (dat speelde overigens niet in het arrest), zou de uitkomst naar onze mening geen andere zijn geweest.

9. I. Schwenzer, P. Hachem & C. Kee, *Global sales and contract law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 783 met verwijzingen.

10. PG Boek 6, p. 1026.

11. Art. 6:217 e.v. BW.

12. Art. 6:265 e.v. BW.

termijn.¹³ Voor de opzegging van overeenkomsten voor onbepaalde tijd zonder opzegbepaling heeft de Hoge Raad inmiddels een juridisch kader gecreëerd.¹⁴ Het Burgerlijk Wetboek bevat evenmin bepalingen over de status van opgezegde of geëxpireerde overeenkomsten. Uitgangspunt lijkt te zijn dat de opgezegde of geëxpireerde overeenkomst in haar totaliteit komt te ontvallen.¹⁵ Uitgemaakte zaak is dit evenwel niet. Ten aanzien van een andere beëindigingswijze van de overeenkomst – de ontbinding – is wel over die vraag nagedacht. In de parlementaire geschiedenis bij wat nu artikel 6:271 BW is, erkent de wetgever:

‘Soms volgt uit de overeenkomst of uit een wetbepaling dat een bepaald rechtsgevolg van de overeenkomst ondanks ontbinding in stand blijft. Zo zal de strekking van boetebedingen en compromissaire bedingen veelal meebrengen dat zij niet door ontbinding eindigen. De verplichting om voor het gehuurde zorg te dragen, die op de huurder als zodanig rust, eindigt niet bij ontbinding, maar eerst wanneer de huurder het object ter beschikking van de wederpartij heeft gesteld. Evenzo is de huurder na ontbinding nog krachtens de overeenkomst verplicht tot teruggave van het gehuurde. (...) Zoals hierboven reeds is opgemerkt, kan soms, overeenkomstig de slotsinsnede van de bepaling, een bepaalde verplichting ondanks de ontbinding blijven bestaan. Het ligt voor de hand dat de strekking van de overeenkomst in deze gevallen tevens meebrengt dat, indien die verplichting reeds is nagekomen, uit dien hoofde geen verplichting tot ongedaanmaking bestaat.’¹⁶

De achtergrond van deze bepaling is dat ontbinding in beginsel geheel plaatsvindt, tenzij de schuldeiser ervoor kiest om de overeenkomst gedeeltelijk te ontbinden.¹⁷ De wetgever erkent dus dat er bepalingen kunnen voorkomen die naar hun aard buiten het bestek van de ontbinding blijven en (dus) ook niet geraakt worden door de ongedaanmakingsverbintenissen.¹⁸ In artikel 6:271 BW komt dit tot uitdrukking door de zinsnede ‘de daar-

door getroffen verbintenissen’: niet alle verbintenissen worden noodzakelijk door de ontbinding getroffen.¹⁹ Dit werd naar oud recht al erkend in het arrest Stork/Foekens,²⁰ en ook in het Haviltex-arrest benadrukte de Hoge Raad dat ontbinding van een overeenkomst op grond van een annuleringsclausule in het algemeen *niet* de mogelijkheid uitsluit dat zekere bepalingen van de overeenkomst tussen partijen blijven gelden. De Hoge Raad expliciteerde niet, op welke bepalingen hij het oog had. Wat dienaangaande in dat geval moet worden aangenomen, staat ter beoordeling van de rechter, aldus de Hoge Raad in Haviltex. En dat zal een kwestie van uitleg zijn, de lijn van het arrest vervolgend.²¹

De wetgever had vooral het oog op boetebedingen en ‘compromissaire bedingen’. Veelal zijn dit bepalingen in de overeenkomst waar geen directe tegenprestatie tegenover staat.²² Dit kan – analoog aan meerpartijenverhoudingen in België – als asymmetrische verbintenis worden geduid. Naast de asymmetrische verbintenis bevatten overeenkomsten doorgaans vele symmetrische verbintenissen: de verplichtingen van de ene partij bij de overeenkomst staan in direct verband tot de verplichtingen van de andere partij bij de overeenkomst.²³

Deze abstractie kan worden verduidelijkt aan hand van de aandelenverkoopovereenkomst. De symmetrische verbintenissen uit de overeenkomst zijn de verkoop en levering van de aandelen door de verkoper en de betaling van de koopsom door de koper. Indien de ontbinding niet is uitgesloten,²⁴ zal in geval van tekortkoming van een van de partijen door ontbinding deze symmetrische verbintenis worden geraakt. Indien de overeenkomst daarnaast een geheimhoudingsbeding bevat dat inhoudt dat de koper tot in lengte der dagen de bedrijfsgegevens van de vennootschap die hij in het kader van

13. Wij wijzen erop dat art. 7:408 BW voor opdrachtovereenkomsten een generieke opzegbepaling kent en dat art. 7:228 lid 1 BW voor huurovereenkomsten een expiratiebepaling bevat, maar we hebben in dit artikel het oog op algemene, niet in Boek 7 BW geregelde overeenkomsten.

14. HR 28 oktober 2011, NJ 2012/685 (Ronde Venen/Stedin) en nader daarover I.S.J. Houben & J. Nijland, De niet-opzegbare duurovereenkomst. Duurovereenkomst door samenhang met stichtingsstatuten Stichting Gooisch Natuurreservaat niet-opzegbaar, Contracteren 2016/3, p. 70-77.

15. Vgl. voor huurovereenkomsten in faillissement HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011/114 (Aukema q.q./Uni-Invest).

16. PG Boek 6, p. 1026.

17. Art. 6:265 lid 1 jo. art. 6:270 BW. Vgl. ook W.H. van Boom, Groene Serie Verbintenissenrecht, art. 6:271 BW, aant. 3.

18. In dat kader wijzen wij ook op art. 81 lid 1 van het Weens Koopverdrag waarin staat vermeld: ‘(...) Ontbinding is niet van invloed op een bepaling van de overeenkomst (...) die de rechten en verplichtingen van partijen na ontbinding van de overeenkomst regelen.’

19. In deze zin ook ten aanzien van echtscheidingsconvenanten: T.H.M. van Wechem, De vaststellingsovereenkomst en het echtscheidingsconvenant: een (on)gelukkig huwelijk?, REP 2017/5, p. 35.

20. HR 16 juni 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6283, NJ 1978/625, m.nt. GJS (Stork/Foekens).

21. HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (Ermes/Haviltex), r.o. 5.

22. Eveneens dringt de vergelijking zich op met de in het Anglo-Amerikaanse recht bekende figuur van de *consideration of sufficient cause*. Op grond van deze rechtsfiguren behoeft een overeenkomst een tegenprestatie (*consideration*) of een *causa* (*sufficient cause*) om rechtsgeldig te zijn. De gelijkenis met deze figuren is aanwezig, maar wij menen dat *consideration* niet hetzelfde is als de symmetrische verbintenis, omdat *consideration* niet recht tegenover de verbintenis hoeft te staan en zelfs in de vorm van een collateral (een contract dat uit het contract voortvloeit). Nader over *consideration* en *sufficient cause*: A.L. Vytopyl, Contractual control in the supply chain. On corporate social responsibility, codes of conduct, contracts and (avoiding) liability, Den Haag: Eleven international publishing 2015, p. 79-80 en 96-97.

23. Typologie ontleend aan I. Samoy & S. Van Loock, De toepassing van het klassieke verbintenissenrecht op de meerpartijenovereenkomst vanuit Belgisch perspectief, in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), De meerpartijenovereenkomst, BWKJ 29, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 165-166. Naar Nederlands recht gaat deze typologie volgens ons eveneens op. Vgl. ook J.H.M. Spanjaard, “Toepasselijkheid van algemene voorwaarden in meerpartijenverhoudingen. Veel is onduidelijk.”, in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), De meerpartijenovereenkomst, BWKJ 29, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 188-189.

24. Wij hopen dat na HR 4 februari 2000, NJ 2000/562, m.nt. JBMV (Mol/Meijer) geen aandelenkoopovereenkomst zonder ontbindingsuitsluiting wordt gesloten.

de due diligence onder ogen heeft gehad, geheim moet houden, zal deze bepaling de ontbinding stellig overleven. Deze geheimhoudingsplicht is een asymmetrische verbintenis, omdat er voor de koper geen direct waarneembare tegenprestatie tegenover lijkt te staan.²⁵ De wederkerigheid ontbreekt, zodat de geheimhouding eerder een eenzijdige rechtshandeling is. Op gelijke voet staan de non-concurrentiebepaling, het relatiebeding en de exoneratieclausule. Deze vertonen alle ook meer de kenmerken van een eenzijdige rechtshandeling dan van een wederkerige verbintenis.

Om die reden pleiten wij ervoor in het kader van artikel 6:271 BW onderscheid te maken tussen symmetrische en asymmetrische verbintenissen. De ontbinding zal de symmetrische verbintenissen uit een overeenkomst naar waarschijnlijkheid raken; ten aanzien van asymmetrische verbintenissen is dit allerminst zeker en moet van geval tot geval worden bekeken of de ontbinding ook die bepalingen treft.

Naar onze mening – wij zien dit bevestigd in r.o. 5 van het Haviltex-arrest, waarin ontbinding op grond van een annuleringsbeding speelde – geldt deze regel ook indien de beëindiging van de overeenkomst plaatsvindt door expiratie of opzegging van de overeenkomst. Ook dan zal als regel hebben te gelden dat bepalingen naar hun strekking het einde van de overeenkomst overleven.

Kortom, in geval van ontbinding, expiratie of opzegging lijkt de survival clause niet noodzakelijk om bepalingen het einde van de overeenkomst te laten overleven.

4. Werkt deze tweedeling ook bij vernietiging?

Naast ontbinding en opzegging kan een overeenkomst ook eindigen door vernietiging. De vernietigingsgronden worden met name gevonden in de artikelen 3:40 BW (strijd met openbare orde of goede zeden, dan wel dwingend recht), 3:44 BW (bedrog, bedreiging, misbruik van omstandigheden), 3:45 BW (pauliana) en 6:228 BW (dwaling).²⁶ De vernietigingsgronden van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek betreffen de vernietiging van een rechtshandeling. Slechts de vernietiging in verband met dwaling betreft de overeenkomst.

De vraag die gesteld kan worden is of vernietiging de gehele overeenkomst treft, dan wel dat bepalingen de vernietiging overleven, zoals ook bij ontbinding het geval is. Wij menen dat dit – zij het via een omweg – het geval is. Artikel 3:41 BW bepaalt dat indien de grond van nietigheid slechts een deel van de rechtshandeling betreft, de rechtshandeling voor het overige in stand blijft, voor zover dit in stand blijvende deel, gelet op de

inhoud en strekking van de rechtshandeling, niet in onverbreeklijk verband met het nietige deel staat (partiele nietigheid).

Dit is volgens de Hoge Raad in zijn arrest BP/Benschop²⁷ een kwestie van uitleg. In het arrest BP/Benschop ging het om een exploitatieovereenkomst voor een motorbrandstoffenverkooppunt. De overeenkomst bevatte een exclusiviteitsclausule, waardoor zij in beginsel in strijd kwam met het kartelverbod van artikel 6 van de Mededingingswet. De daarop rustende sanctie is nietigheid van de overeenkomst. Omdat de overeenkomst een duur van langer dan vijf jaar kende, kon geen gebruik worden gemaakt van de generieke groepsvrijstellingsverordening, zodat nietigheid van de overeenkomst werd uitgesproken. In cassatie lag de vraag voor of de nietigheid de gehele overeenkomst moest treffen of partieel, namelijk uitsluitend het exclusiviteitsbeding. Bij de uitleg moet rekening worden gehouden met (a) de aard, inhoud en strekking van de rechtshandeling, (b) de mate waarin de onderscheiden onderdelen van de rechtshandeling verband met elkaar houden, en (c) wat partijen met de rechtshandeling hebben beoogd. De rechter heeft in dat kader te beoordelen of voor instandhouding van de rest van de rechtshandeling voldoende rechtvaardiging bestaat.

Gelet op de redactie van artikel 3:41 BW en de in het artikel tot uitdrukking komende gedachte om niet meer te vernietigen dan strikt noodzakelijk,²⁸ komt het ons voor dat ook in geval van vernietiging van een overeenkomst bepalingen in de overeenkomst voorkomen die niet door de vernietiging worden geraakt. De doctrine die ten aanzien van artikel 6:271 BW bestaat, gaat ook hier op naar onze mening. Dat is in overeenstemming met het internationale handelsrecht, waar wordt aangenomen dat in geval van ‘avoidance’ van een overeenkomst, bepalingen kunnen blijven voortbestaan.²⁹

Zoals we in de vorige paragraaf benoemden, kan de vraag worden gesteld of de asymmetrische bepalingen niet veeleer als eenzijdige rechtshandelingen moeten worden gezien. Indien dit het geval is, kunnen deze rechtshandelingen los worden gezien van de rechtshandelingen waarop de vernietiging ziet. Dit komt tot uitdrukking in het arrest BP/Benschop: de exclusiviteitsbepaling ging de in de Groepsvrijstellingsverordening gestelde termijn van vijf jaar te boven, waardoor haar geen bescherming werd geboden tegen artikel 6 van de Mededingingswet. Als artikel 6 van de Mededingingswet op de letter werd gevolgd, had de gehele overeenkomst tussen BP en Benschop nietig kunnen worden verklaard. De Hoge Raad oordeelde – in lijn met het hof – dat in dit geval de nietigheid zich uitsluitend hoefde uit te strekken over de exclusiviteitsbepaling en dat de overeenkomst voor het overige in stand kon blijven.

25. Uiteraard kan altijd een tegenprestatie worden gevonden: zonder geheimhouding zou de verkoper nooit bereid zijn geweest de aandelen te verkopen.

26. Een andere belangrijke vernietigingsbepaling staat in art. 6:233 BW: de vernietiging van algemene voorwaarden in verband met het verzaken van de informatieplicht of onredelijk bezwarende inhoud.

27. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, NJ 2014/347, m.nt. JH (BP/Benschop); herhaald in HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, NJ 2015/477 (Lindorff/Statia).

28. Vgl. ook Asser-Hartkamp-Sieburgh 2014, nr. 645-648.

29. Schwenzer, Hachem & Kee 2012, p. 783. Vgl. art. 81 lid 1 tweede volzin Weens Koopverdrag, art. 7.3.5 lid 3 PICC, art. 9:305 lid 2 PECL, art. III-3:509 lid 2 DCFR.

Gevolg: Benschop mocht nog bij BP motorbrandstoffen afnemen voor de contractueel bepaalde prijs, maar hij hoefde niet langer exclusief zijn motorbrandstoffen bij BP te betrekken.

Als we terugkeren naar ons eerdere voorbeeld over de aandelenverkoopovereenkomst, laat het zich als volgt duiden. Stel nu dat sprake is van dwaling waardoor de koper geconfronteerd wordt met lijken in de kast en stel nu dat deze dwaling voor rekening van de verkoper komt.³⁰ In dat geval zal waarschijnlijk de kooptransactie worden vernietigd. Echter, of de nietigheid zich uitstrekt over de geheimhoudingsclausule, is wederom de vraag. Deze clausule staat op grond van artikel 3:41 BW niet in zodanig nauw verband met de aandelenverkoopovereenkomst dat de geheimhoudingsclausule moet sneuvelen.

Ook in geval van vernietiging biedt de wet dus voldoende ruimte om specifieke bepalingen aan de vernietiging van de overeenkomst te laten ontkomen.

5. Wat is het nut van de survival clause?

Waarom kan het gebruik van survival clauses dan toch nuttig zijn? Het antwoord daarop kan worden gegeven in één woord: rechtszekerheid tussen partijen. Zowel ten aanzien van de ontbinding als ten aanzien van de vernietiging komt belang toe aan wat partijen hebben afgesproken. Bovendien zwijgt de wet grotendeels over het leven na het einde van een overeenkomst, zodat partijen niet op de wet kunnen vertrouwen. Zij doen er daarom goed aan onderling af te spreken wat zij in dit kader van elkaar verwachten.

De overleving van bepalingen in geval van ontbinding wordt in het uitlegleerstuk ‘geframed’. Bij uitleg komt het aan op de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen over en weer. Indien de overeenkomst de wil van beide partijen tot uitdrukking brengt dat bijvoorbeeld een geheimhoudingsclausule of een non-concurrentiebeding de ontbinding overleeft, is dat iets waar partijen elkaar over en weer aan kunnen houden: wellicht zelfs te duiden als op zichzelf staande afspraken binnen de overkoepeling van de overeenkomst in verband waarmee deze zijn gemaakt. Bovendien kan door een survival clause de zinsnede ‘daardoor getroffen verbintenissen’ in artikel 6:271 BW, dat van regeland recht is, worden geregeld. Daarmee worden ook direct de verwachtingen van de partijen ‘gemanaged’.

Ook in geval van nietigheid komt gewicht toe aan contractuele regelingen van partijen, zoals het in paragraaf 4 geparafraseerde arrest BP/Benschop laat zien. De mechaniek is evenwel een andere: waar artikel 6:271 BW

van regeland recht is, is artikel 3:41 BW waarschijnlijk van dwingend recht.³¹ Eerder is in dit tijdschrift ten aanzien van de *severability clause* opgemerkt dat het bestaan van een dergelijke clausule het rechterlijk oordeel kan inkleuren, maar niet artikel 3:41 BW kan overtroeven.³² Door een survival clause op te nemen (al dan niet in combinatie met een *severability clause*) wordt de rechter voorgehouden dat partijen van mening zijn dat de in de clausule genoemde bepalingen voldoende los staan van bepalingen die eventueel door nietigheid worden geraakt.³³ Daarmee wordt de rechter op het spoor van partiële nietigheid gezet.

In deze zin zien wij zeker toegevoegde waarde voor de survival clause. Overigens is het omgekeerde ook mogelijk: een bepaling die juist meebrengt dat een verplichting aan het einde van de overeenkomst ophoudt. In dit kader kan worden gedacht aan de onderhoudsverplichting in geval van echtscheiding, die eindigt bij de dood van de onderhoudsplichtige. In het echtscheidingsconvenant kan dit expliciet worden vastgelegd en kan tevens worden bepaald dat de onderhoudsplicht eindigt bij de dood van de onderhoudsgerechtigde.³⁴ Dit is een schoolvoorbeeld van het spiegelbeeld van de survival clause. Aan namen voor een dergelijke clausule wagen we ons niet.³⁵

6. Conclusie

Survival clauses worden veel gebruikt in overeenkomsten, maar zijn in de literatuur nauwelijks besproken. Dat wekt verbazing, omdat over de clausule en met name de vraag of clausules het einde van een overeenkomst overleven, genoeg valt te zeggen. Ook dwingt de clausule tot een nadere beschouwing over symmetrische en asymmetrische verbintenissen in overeenkomsten. Survival clauses worden gebruikt om rechts- en geschillenbeslechtsclausules, exoneratieclausules, boeteclausules, geheimhoudingsbedingen en non-concurrentie- en relatiebedingen de overeenkomst waarin zij zijn opgenomen, te laten overleven. Hoewel wordt aangenomen dat dergelijke clausules in beginsel het einde van een overeenkomst ook zonder survival clause overleven, blijft de vraag of dat zo is een kwestie van uitleg en een duiding van de strekking van de bepaling. Bij de uitleg en duiding kan niet worden teruggevallen op de wet als houvast. Bovendien is in de rechtspraak over (partiële) nietigheid en ontbinding duidelijk gemaakt dat partijbedoelingen in dit kader een grote rol (kunnen) spelen. Omwille van rechtszekerheid is de survival clause daarom geen overbodige luxe.

31. In deze zin ook: T.H.M. van Wechem, Is de nietigheidsecarerende (en/) of conversieclausule (severability clause) eigenlijk wel toegestaan?, *Contracteren* 2017/1, p. 14-15.

32. Van Wechem 2017, p. 16.

33. Ervan uitgaande dat het niet de in de survival clause genoemde bepalingen zijn waarop de nietigheid betrekking heeft.

34. In deze zin ook: Van Wechem 2017, p. 29-36.

35. Hoewel namen als ‘deadlock’ – of naargelang de eerdere relatie – ‘deathwish’ clauses, zich wellicht opdringen.