

Over de grens

Het Engelse Supreme Court over het wijzigingsbeding in commerciële contracten

Prof. mr. H.N. Schelhaas*

1. Formalisme en wilsovereenstemming

32

Het is een dilemma. Als partijen zichzelf tevoren beperken in de mogelijkheid tot contractsaanpassing en bepalen dat dat slechts schriftelijk kan, is een later overeengekomen *mondelijke* wijziging dan toch rechtsgeldig? Of mag een van de partijen zich verschuilen achter het schriftelijkheidsvereiste en zo de overeengekomen wijziging blokkeren? Algemeener gesteld: prevaleert het eerder overeengekomen formele vereiste of veeleer de latere mondelinge wilsovereenstemming?¹ Dat is een van de belangrijkste discussiepunten bij het contractuele wijzigingsbeding, of in de Engelse terminologie: de *no oral modification clause*. Een dergelijke clause komt regelmatig voor in (commerciële) contracten en dus is het hiervoor kort uiteengezette dilemma relevant voor de contractspraktijk.

Het Engelse *Supreme Court* heeft vorig jaar een standaardarrest gewezen over de houdbaarheid van dergelijke *no oral modification clauses*.² Kort samengevat heeft het geoordeeld dat een *no oral modification clause* in het hiervoor beschreven geval afdwingbaar is en dus tot gevolg heeft dat later mondeling overeengekomen wijzigingen niet afdwingbaar zijn. In Nederland is de benadering van deze clause een stuk genuanceerder

dan in het Verenigd Koninkrijk het geval is. De uitspraak van het Supreme Court legt dus een interessant en afwijkend gezichtspunt bloot, hetgeen op zichzelf al een nadere bespreking rechtvaardigt. Dat wordt versterkt door het gegeven dat het wijzigingsbeding ook in Nederlandse contracten vaak voorkomt, regelmatig in het Engels is opgesteld en ook zijn *roots* heeft in de Engelse rechtspraktijk.

Om het wijzigingsbeding in perspectief te plaatsen ga ik eerst kort in op de entree van Engelse clauses in de Nederlandse rechtspraktijk (paragraaf 2), waarna ik de uitspraak van het Engelse Supreme Court analyseer (paragraaf 3). Vervolgens confronteer ik deze benadering met de *Unidroit Principles for International Commercial Contracts* (paragraaf 4) en het Nederlandse recht op dit punt (paragraaf 5). Ik sluit af met een korte conclusie (paragraaf 6). Omdat de Engelse uitspraak betrekking heeft op een wijzigingsbeding in een commercieel contract, beperk ik mijn analyse ook tot commerciële contracten. De vraag of een dergelijk beding afdwingbaar is indien het wordt ingeroepen tegen een consument, laat ik dus verder rusten.³

* Prof. mr. H.N. Schelhaas is hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. Vgl. ook in deze zin C.E. Drion, De 'No Oral Modification Clause' (op het snijvlak van vormvrijheid en contractsvrijheid), NJB 2018/996.

2. *Rock Advertising Ltd v. MWB Business Exchange Centres Ltd* [2018] UKSC 24 en [2018] 2 W.L.R. 1603, waarover al Drion 2018.

3. Indien een dergelijk beding in algemene voorwaarden is opgenomen, is het kwetsbaar, omdat het heel wel kan worden aangemerkt als een beding dat de mogelijkheid om bewijs te leveren beperkt en een dergelijk beding op de zwarte lijst staat van bedingen die onredelijk bezwaarend zijn (art. 6:236 sub k BW). Immers, een *no oral modification clause* beperkt in wezen de mogelijkheid om te bewijzen dat partijen later mondeling een andere afspraak hebben gemaakt.

2. De migratie van Engelse clausules naar Nederlandse contracten

Contractanten zijn binnen de grenzen van dwingend recht vrij om hun contract in te richten zoals zij dat wensen. Maken zij geen specifieke afspraken, dan geldt in het Nederlandse recht het aanvullende recht uit het Burgerlijk Wetboek (BW). Alleen als partijen van die *default rules* willen afwijken, hoeven zij dat in het contract vast te leggen. In het Engelse recht is dat iets anders. Het Engelse recht ontbeert immers een centraal burgerlijk wetboek, maar is hoofdzakelijk samengesteld uit een minder gesystematiseerde verzameling van *case law*. Dat heeft onder meer tot gevolg dat contracten die door het Engelse recht worden beheerst, over het algemeen uitgebreider zijn dan Nederlandse contracten en ook meer standaardbepalingen (of: *boilerplates*) bevatten: partijen kunnen immers niet terugvallen op een systematisch burgerlijk wetboek.

Die op het Engelse recht geschoeide boilerplates – kortweg Engelstalige standaardclausules die hun oorsprong vinden in het Engelse en/of Amerikaanse recht –⁴ doen echter ook steeds meer hun intrede in contracten die door een ander rechtsstelsel zoals het Nederlandse recht worden geregeerd. Een mogelijke oorzaak voor deze entree van standaardbepalingen die zijn toegesneden op de Engelse en/of Amerikaanse rechtsorde, kan zijn gelegen in de toenemende internationalisering van de handelsmarkt en ook in de vestiging van Anglo-Amerikaanse advocatenkantoren in landen op het Europees vasteland, waaronder Nederland.⁵ Een internationaal opererend bedrijf stemt met het oog op standaardisering niet altijd elk contract precies af op een nationale markt en volstaat dan met het aanpassen van slechts die bepalingen die strijdig zijn met dwingend nationaal recht. De overige bepalingen, of die nu strikt nodig zijn in een bepaald rechtsstelsel of niet, blijven in stand. Eenzelfde handelwijze is soms waarneembaar bij internationale advocatenkantoren die in diverse rechtsordes adviseren over (standaard)contracten. Zo wordt wel gebruikgemaakt van een geüniformeerde Engelstalige *template*, waar alleen noodzakelijke nationaalrechtelijke bepalingen aan worden toegevoegd.

Dat betekent dat in een contract dat is onderworpen aan Nederlands recht regelmatig clausules worden opgenomen die van een buitenlandse herkomst zijn. Geregeld zijn dat Engelstalige clausules,⁶ de taal van de inter-

ationale handel. Die clausules zijn niet alleen in het Engels opgesteld, maar ook inhoudelijk menigmaal ontleend aan het Engelse recht, zoals een *hardship clause*, een *entire agreement clause* en een *force majeure clause*. In het Engelse recht hebben die clausules vaak een specifieke ratio en betekenis, bijvoorbeeld omdat het Engelse recht uitgaat van risicoaansprakelijkheid en daarom force majeure clauses nodig zijn om te voorkomen dat de debiteur altijd aansprakelijk is. Dit roept wel de vraag op wat de betekenis van zo'n beding is als niet het Engelse recht van toepassing is, maar als zo'n beding wordt opgenomen in een contract dat door het Nederlandse recht wordt beheerst. Vooral het entire agreement-beding, dat kortweg bepaalt dat alle afspraken tussen partijen uitsluitend in het contract zijn vastgelegd en dat voorafgaande afspraken komen te vervallen, heeft de laatste jaren in het middelpunt van de Nederlandse belangstelling gestaan. Een typisch voorbeeld van een dergelijke entire agreement clause luidt als volgt:

‘The Contract contains the entire contract and understanding between the parties hereto and supercedes all prior negotiations, representations, undertakings and agreements on any subject matter of the Contract.’⁷

Het beding wortelt in het Engelse recht en houdt verband met de *parol evidence rule* op grond waarvan kortweg (mondeling) bewijs van eerdere of andere afspraken dan de afspraken die neergelegd zijn in een schriftelijk contract niet toelaatbaar is.⁸ De regel komt er dus op neer dat de inhoud van een schriftelijk contract niet kan worden aangevuld of tegengesproken door bewijs van eerdere overeenkomsten of van mondelingen afspraken. De parol evidence rule mist echter toepassing als een overeenkomst niet de ‘entire agreement’ tussen beide partijen beoogt vast te leggen. De entire agreement clause maakt een debat hierover onnodig en dient ertoe om de parol evidence rule onverkort te laten gelden. De Hoge Raad heeft zich tweemaal uitgesproken over de betekenis van zo'n beding in het Nederlandse recht.⁹ In het meest recente arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een dergelijk beding naar Nederlands recht geen vaste betekenis heeft.¹⁰ De Hoge Raad formuleert dat zo:

American system. The continuous use of the same type of international contracts creates standard documentation for day-to-day business.’

4. Zie nader M. Uijen, Boilerplate-clausules: Ketelbinkie in contractenland?, *Contracteren* 2010/4, p. 132-133; J. Doui, Copy Paste, Over de uitleg van boilerplate-bedingen en wat kunnen we leren van het Amerikaanse recht, *Contracteren* 2016/2, p. 37.
5. Vgl. M.C. Vetesse, Multinational Companies and national contract, in: G. Cordero-Moss, Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law, Cambridge: CUP 2011, p. 20 e.v.
6. Voor een mogelijke verklaring voor de invloed van juist *common law* in dit verband: zie Vetesse 2011, p. 20: ‘The reason for this influence by the common law system can be found in the strong economic push given in the last century to the development of business by the Anglo-
7. Ontleend aan G. Cordero-Moss, Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law, Cambridge: CUP 2011, p. 119.
8. R.J.P.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 389 wijst nog op een andere betekenis, te weten het uitsluiten van aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen.
9. In HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, NJ 2007/575 (Meyer Europe/PontMeyer) droeg een dergelijk beding volgens de Hoge Raad bij aan een taalkundige uitleg van een overeenkomst; in HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (Mexx/Lundiform) is de Hoge Raad daarop teruggekomen. Zie nader J. Doui, De *entire agreement clause* naar Amerikaans en Nederlands recht: afbakening, geen uitleg, *Contracteren* 2013/4, p. 126-133.
10. Uitgebreider: Tjittes 2018, p. 388-396.

‘Welke betekenis aan een dergelijke clause toekomt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de bewoordingen van de clause, de aard, de inhoud, de strekking en de mate van gedetailleerdheid van de overeenkomst waarvan de clause deel uitmaakt, en de wijze waarop de clause tijdens de onderhandelingen ter sprake is gekomen en onderdeel van de overeenkomst is geworden. Daarbij zij aangekend dat een “entire agreement clause” op zichzelf geen uitlegbepaling is. De clause heeft een specifieke herkomst en functie in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer, en heeft naar Nederlands recht niet zonder meer een bijzondere betekenis.’¹¹

Een entire agreement clause wordt vaak gecombineerd met een no oral modification clause,¹² op grond waarvan een overeenkomst niet mondeling maar slechts schriftelijk kan worden gewijzigd en waar vaak ook nog andere formele vereisten aan worden toegevoegd (handtekening of soms zelfs een notariële akte). Door beide clauses te combineren wordt meer zekerheid verkregen dat het schriftelijke contract de (gehele) rechtsverhouding tussen partijen beheerst. Enerzijds omdat het entire agreement-beding ervoor zorgt dat buiten hetgeen schriftelijk in het contract is vastgelegd geen eerdere afspraken zoals *side letters* of *letters of intent* tussen partijen gelden, anderzijds omdat wijzigingen ná de contractsluiting slechts gelding hebben als ze schriftelijk overeen zijn gekomen.¹³ Dat maakt de inhoud van de rechtsverhouding beter controleerbaar, hetgeen de rechtszekerheid dient.

Ook dit wijzigingsbeding heeft zijn intrede gedaan in de Nederlandse rechtsorde. Een voorbeeld van zo’n wijzigingsbeding:

‘No amendment or variation to this Agreement shall take effect unless it is in writing, signed by authorised representatives of each of the Parties.’¹⁴

Naar aanleiding van de in de inleiding al kort aangehaalde uitspraak van het Supreme Court ga ik hierna in op de vraag of een dergelijk beding inderdaad een later overeengekomen mondelinge wijziging blokkeert.

3. Het Engelse Supreme Court over de no oral modification clause: de Rock Advertising-zaak

3.1 De achtergrond: vormvrijheid

Het Engelse contractenrecht gaat net als het Nederlandse contractenrecht uit van vormvrijheid. Dat betekent dat aan de totstandkoming van een overeenkomst geen vormvereisten zijn verbonden en dat een overeenkomst als uitgangspunt niet in de schriftelijke vorm hoeft te worden gesloten. Een contract kan dus ook mondeling overeen worden gekomen. Voor specifieke gevallen bestaan daar wel uitzonderingen op, zoals in het Engelse recht bij de koop van (een aandeel in) onroerend goed: een dergelijk contract moet schriftelijk worden gesloten.¹⁵ Voor het overige is een mondelinge overeenkomst in beginsel rechtsgeldig, en is ook een mondelinge wijziging van een eerder gesloten overeenkomst rechtsgeldig.¹⁶ Tegelijkertijd staat het partijen vrij om hun handen te binden en in een no oral modification clause overeen te komen dat een wijziging alleen schriftelijk kan worden overeengekomen. Een van de redenen voor een dergelijk overeengekomen schriftelijkheidsvereiste kan gelegen zijn in de omstandigheid dat bij de uitvoering van het contract meerdere employeés zijn betrokken die niet (allemaal) bevoegd zijn om wijzigingen overeen te komen. Het beding voorkomt dan dat een contractswijziging wordt aangenomen als ergens in de keten anders wordt gehandeld dan op basis van het contract zou moeten, of als ergens in de bedrijfsvoering een afwijkende afspraak wordt gemaakt. Een andere reden voor een schriftelijkheidsvereiste kan gelegen zijn in de betrokkenheid van derden, zoals een bank, bij een contract: een no oral modification clause geeft hem meer zekerheid dat hetgeen in het contract is vastgelegd niet later mondeling is gewijzigd. Een no oral modification clause kan dus een gerechtvaardigd doel dienen.¹⁷

Maar wat is rechtens indien partijen onmiskenbaar *mondeling* hun afspraken hebben gewijzigd en een van de partijen zich later beroept op de no oral modification clause om zo gebondenheid te voorkomen? In het Engelse recht was lange tijd niet geheel zeker of een no oral modification clause te allen tijde moest worden gerespecteerd. In lagere rechtspraak werd wel aangenomen dat een no oral modification clause niet (altijd) voorkomt dat een overeenkomst alsnog rechtsgeldig mondeling wordt gewijzigd, mede omdat het Engelse recht geen vormvoorschriften kent, omdat een contractswijzi-

11. HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (Mexx/Lundiform), r.o. 3.5.3. De Hoge Raad voegt daar aan toe: ‘Zij beoogt veelal te bewerkstelligen dat partijen niet zijn gebonden aan eerdere op de overeenkomst betrekking hebbende afspraken die daarmee in strijd zijn, indien die afspraken niet in de overeenkomst zijn opgenomen en de overeenkomst evenmin daarnaar verwijst. De clause staat evenwel niet zonder meer eraan in de weg dat voor de uitleg van de in de overeenkomst vervatte bepalingen betekenis wordt toegekend aan verklaringen die zijn afgelegd dan wel gedragingen die zijn verricht, in het stadium voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst.’

12. Zie ook Tjittes 2018, p. 396.

13. Zie ook Tjittes 2018, p. 396.

14. Ontleend aan Cordero-Moss 2011, p. 119.

15. Voor meer voorbeelden zie o.m. E. McKendrick, *Contract Law*, Londen: Red Globe Press 2017, hoofdstuk 5; J. Cartwright, *Contract Law*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. 126 e.v.; H.G. Beale, *Chitty on Contracts*, Londen: Sweet & Maxwell 2018, hoofdstuk 5.

16. Zolang aan de overige vereisten voor de totstandkoming van een contract is voldaan, zoals het vereiste dat *consideration* moet bestaan.

17. Zie nader R. Christou, *Boilerplates: Practical Clauses*, Londen: Sweet & Maxwell 2015, par. 10-072 en 10-077-079.

ging op zichzelf een overeenkomst vormt, en werd betoogd dat partijen hiermee zouden zijn afgeweken van het eerdere schriftelijkheidsvereiste.¹⁸ In de vaak aangehaalde woorden van rechter Cardozo in een oude Amerikaanse uitspraak:

‘Those who make a contract, may unmake it. The clause which forbids a change, may be changed like any other. The prohibition of oral waiver, may itself be waived. “Every such agreement is ended by the new one which contradicts it (...).” What is excluded by one act, is restored by another.’¹⁹

Oftewel, van een verbod tot het mondeling wijzigen van een contract kan ook weer afstand van worden gedaan, ook mondeling.²⁰ Maar de Britse literatuur²¹ en ook de lagere rechtspraak²² waren niet eensgezind, omdat ook het standpunt werd betrokken dat partijen met zo’n wijzigingsbeding voor de toekomst de schriftelijke vorm voorschreven en geen reden bestaat om inbreuk te maken op die partijafpraak. Tegen deze achtergrond heeft het Engelse Supreme Court zich in de Rock Advertising-zaak van de afgelopen jaar uitgesproken over de juridische status van de no oral modification clause.

3.2 De feiten

MWB Business Exchange Centres Ltd. (hierna: MWB) verhuurt bedrijfsruimten met voorzieningen in het centrum van Londen. Rock Advertising Ltd (hierna: ‘Rock Advertising’), een marketingbedrijf, sluit met MWB een *contractual licence* om dergelijke bedrijfsruimte in Londen (in de Marble Arch Tower) te gebruiken. Het contract ging in op 1 november 2011 en had een contractduur van twaalf maanden. De *licence fee* bedroeg de eerste drie maanden £ 3.500, daarna £ 4.333,34. In artikel 7.6 van de overeenkomst was de volgende no oral modification clause opgenomen:

‘This Licence sets out all the terms as agreed between MWB and [Rock]. No other representations or terms shall apply or form part of this Licence. All variations to this Licence must be agreed, set out in writing and

signed on behalf of both parties before they take effect.’

Ook hier werden een *entire agreement clause* (eerste deel van het beding) en een *no oral modification clause* (tweede deel van het beding) gecombineerd. Rock Advertising rendeert minder goed dan gehoopt en dat heeft tot gevolg dat Rock Advertising op 27 februari 2012, binnen vier maanden na de contractsluiting, een betalingsachterstand van ruim £ 12.000 heeft opgebouwd. De directeur van Rock Advertising en de *credit controller* (een zekere Evans) van MWB komen telefonisch een gewijzigd betalingsregime overeen dat erin zou resulteren dat Rock Advertising de betalingsachterstand binnen een jaar zou hebben ingelopen. Op dezelfde dag dat deze overeenstemming was bereikt, maakt Rock Advertising £ 3.500 aan MWB over. Twee dagen later krabbelt MWB terug, omdat de *credit controller* niet bevoegd zou zijn om een dergelijke wijziging overeen te komen, althans omdat artikel 7.6 van de *Licence Agreement* in de weg zou staan aan de afdwingbaarheid van een dergelijke mondelinge overeenkomst. Kort daarna, op 30 maart 2012, ontzegt MWB aan Rock Advertising de toegang tot de bedrijfsruimte en beëindigt de *Licence Agreement* met ingang van 4 mei 2012. MWB entameert een procedure om de achterstallige *licence fees* betaald te krijgen, waarop Rock Advertising een reconventionele vordering indient ter verkrijging van schadevergoeding voor de gestelde onrechtmatige beëindiging van de overeenkomst. Het komt in wezen²³ aan op de vraag of de hiervoor vermelde no oral modification clause in de weg staat aan andersluidende mondelinge afspraken. The *Central London County Court* stelt vast dat de *credit controller* op zichzelf bevoegd was om namens MWB contractswijzigingen overeen te komen en stelt tevens vast dat partijen ook daadwerkelijk mondeling een dergelijke wijziging overeen waren gekomen. Tegelijkertijd oordeelt de rechter dat de no oral modification clause aan de rechtsgeldigheid van die mondelinge wijziging in de weg staat. Het *Court of Appeal* komt wat dat laatste betreft echter tot een tegengesteld oordeel: naar het oordeel van dit rechtscollege prevaleert de mondelinge overeenkomst en dus moet aan de no oral modification clause voorbij worden gegaan.

18. Zie o.a. de samenvatting in de leading opinion van Lord Sumption in *Rock Advertising Ltd v MWB Business Exchange Centres Ltd* [2018] UKSC 24, p. 3 en 4; J. Morgan, *Contracting for self-denial: on Enforcing ‘No Oral Modification’ Clauses*, *Cambridge Law Journal* 2017/3, m.n. p. 606-615.
19. Uitspraak van de New York Court of Appeals, *Beatty v Guggenheim Exploration Co* (1919) 225 NY 380, p. 387-388.
20. Zie o.a. ook G.H. Treitel, *The law of contract*, Londen: Sweet & Maxwell 2011, p. 204.
21. Een aantal auteurs verklaarde zich een fervent voorstander van de houdbaarheid van een no oral modification clause, ook als partijen daarna mondeling een wijziging van het contract overeen waren gekomen. Zie bijv. Morgan 2017, m.n. p. 595: ‘Yet refusing to enforce NOM clauses is a flagrant disappointment of reasonable commercial expectations.’ Verder o.m. E. McKendrick, *The legal effect of an Antioral Variation Clause*, 32 *Journal of International Banking Law and Regulation* 2017, 439; J. O’Sullivan, *Unconsidered Modifications*, *LQR* 2017/191.
22. Zie het overzicht in de leading opinion van Lord Sumption in *Rock Advertising Ltd v MWB Business Exchange Centres Ltd* [2018] UKSC 24, p. 4.

23. Een ander punt was of een overeenkomst die als enige doel heeft om een overeenkomst te wijzigen wel *consideration* heeft, hetgeen naar Engels recht een noodzakelijke voorwaarde is om een afdwingbare overeenkomst aan te nemen. Omdat *consideration* een heel specifieke figuur is in het Engelse recht, laat ik dit punt verder rusten.

3.3 Het oordeel van het Supreme Court in de Rock Advertising-zaak²⁴

De *leading opinion*²⁵ van de vijf rechters van het Supreme Court komt van de hand van Lord Sumption.²⁶ In een goed onderbouwd betoog, waarin gebruik wordt gemaakt van rechtsvergelijking en ook de *Unidroit Principles for International Commercial Contracts* worden betrokken, komt hij tot de conclusie dat een *no oral modification clause* afdwingbaar is, ook al zijn partijen nadien een mondelinge wijziging overeengekomen. Waarom? Omdat een andere visie de bedoeling van partijen zou ondermijnen. Zij kwamen niet voor niets overeen dat een wijziging van de bestaande overeenkomst slechts geldig is indien dat schriftelijk is vastgelegd. Vervolgens wordt gewezen op de navolgende gerechtvaardigde redenen om een *no oral modification clause* op te nemen: (1) het voorkomt dat partijen een schriftelijke overeenkomst te eenvoudig kunnen ondermijnen; (2) mondelinge afspraken kunnen aanleiding geven tot misverstanden: een *no oral modification clause* voorkomt dat een discussie bestaat over de vraag óf partijen een wijziging zijn overeengekomen en over de precieze inhoud van zo'n wijziging; en (iii) een dergelijk beding vereenvoudigt het toezicht op interne regels van bedrijven ten aanzien van de bevoegdheid om overeenkomsten te wijzigen. Verder bestaan volgens de uitspraak van het Supreme Court geen dogmatische bezwaren tegen het overeenkomen van formele geldigheidsvereisten, hoewel het Engelse recht uitgaat van vormvrijheid. Ook het argument dat door de latere mondelinge overeenstemming om het contract te wijzigen partijen afstand hebben gedaan van de eerdere afspraak om wijzigingen slechts schriftelijk te accepteren, wordt van tafel geveegd:

‘What the parties to such a clause have agreed is not that oral variations are forbidden, but that they will be invalid. The mere fact of agreeing to an oral variation is not therefore a contravention of the clause. It is simply the situation to which the clause applies. It is not difficult to record a variation in writing, except perhaps in cases where the variation is so complex that no sensible businessman would do anything else. The natural inference from the parties’ failure to observe the formal requirements of a No Oral Modification clause is not that they intended to dispense with it but that they overlooked it. If, on the other

hand, they had it in mind, then they were courting invalidity with their eyes open.’²⁷

Kortom, een *no oral modification clause* is in beginsel afdwingbaar en leidt ertoe dat nadien gemaakte mondelinge wijzigingen geen effect sorteren. Wel wordt in de uitspraak van het Supreme Court erkend dat in uitzonderingsgevallen een *no oral modification clause* geen effect kan sorteren, met name als uit gedragingen van één partij kan worden afgeleid dat zij het contract als gewijzigd beschouwt, al zijn partijen dat slechts mondeling en niet schriftelijk overeengekomen. In een dergelijk geval biedt de uitspraak van de Engelse hoogste rechter openingen voor de Engelse rechtsfiguur van *estoppel*, op grond waarvan een partij onder bepaalde omstandigheden ‘*estopped*’ is om zich op een bepaalde regel (hier: de contractuele regeling die een wijziging in schriftelijke vorm voorschrijft) te beroepen. Uit de uitspraak volgt echter dat dit leerstuk terughoudend moet worden toegepast, omdat anders de in de rechtszekerheid wortelende toegevoegde waarde van het beding wordt ondergraven. Het Supreme Court brengt dat als volgt onder woorden:

‘I would merely point out that the scope of estoppel cannot be so broad as to destroy the whole advantage of certainty for which the parties stipulated when they agreed upon terms including the No Oral Modification clause.’²⁸

Wanneer zou dan sprake kunnen zijn van een dergelijke uitzonderingssituatie? Het Supreme Court:

‘At the very least, (i) there would have to be some words or conduct unequivocally representing that the variation was valid notwithstanding its informality; and (ii) something more would be required for this purpose than the informal promise itself.’²⁹

In de uitspraak wordt dit niet verder uitgewerkt, maar hieruit volgt wel dat informele (mondelinge) overeenstemming op zichzelf onvoldoende is om de *no oral modification clause* opzij te zetten, en dat ergens uit moet blijken dat de mondelinge wijziging rechtskracht heeft ‘*notwithstanding its informality*’. Heel duidelijk is deze laatste toevoeging niet. Mede gezien de terughoudendheid in de uitspraak wordt gepredikt, is voorstelbaar dat ergens uit moet blijken dat partijen zich bewust zijn van het feit dat de wijziging niet in de contractueel voorgeschreven vorm is overeengekomen, maar dat zij toch beiden menen dat de informele overeenstemming geldig is. Als voorbeeld zou de situatie kunnen dienen dat partijen verwijzen naar de *no oral modification clause* en te kennen geven dat desondanks

24. *Rock Advertising Ltd v MWB Business Exchange Centres Ltd* [2018] UKSC 24 en [2018] 2 W.L.R. 1603, met een heldere annotatie van J. O’Sullivan, *Party-agreed formalities for contractual variation - a rock of sense in the Supreme Court?*, LQR 2019/135, p. 1-7.

25. Het Engelse Supreme Court werkt immers met een *leading* (het prevaleerende eendoordeel van het Supreme Court), *concurring* (de uitkomst van de *leading opinion* wordt onderschreven, maar de motivatie niet (helemaal)) en een *dissenting* (een rechter kan zich niet vinden in het eendoordeel) *opinion*.

26. Lord Briggs levert een *concurring opinion* af: hij is het eens met het eendoordeel van Lord Sumption, maar is wat betreft motivatie gematigder. De overige rechters scharen zich achter de *leading opinion* van Lord Sumption.

27. *Rock Advertising Ltd v MWB Business Exchange Centres Ltd* [2018] UKSC 24, nr. 15.

28. *Rock Advertising Ltd v MWB Business Exchange Centres Ltd* [2018] UKSC 24, nr. 16.

29. *Rock Advertising Ltd v MWB Business Exchange Centres Ltd* [2018] UKSC 24, nr. 16.

de informele overeenstemming bindend is. Duidelijk is wel dat niet snel een uitzondering kan worden gemaakt op de rechtskracht van een no oral modification clause.

3.4 De betekenis voor het Engelse recht

De uitspraak van het Supreme Court in de Rock Advertising-zaak maakt een einde aan de in Engeland levende discussie over de vraag of een no oral modification clause in beginsel geldig is of teniet wordt gedaan door een later overeengekomen mondelinge wijziging. Het is thans duidelijk dat een no oral modification clause als uitgangspunt geldig en afdwingbaar is, en ook voorkomt dat een later overeengekomen mondelinge wijziging effect sorteert. Alleen in uitzonderingsgevallen kan van deze regel worden afgeweken. Daarvan is niet al sprake als beide partijen er gerechtvaardigd op hebben vertrouwd dat zij mondeling overeenstemming bereikten, maar uit de uitspraak volgt dat daar meer voor nodig is. Volgens het Supreme Court moet op zijn minst ('at the very least') sprake zijn van een gedraging waaruit blijkt dat de wijziging geldig was, niettegenstaande het feit dat het voorgeschreven schriftelijkheidsvereiste niet was nageleefd. Het enkele feit dat mondeling overeenstemming is bereikt, is daarvoor in ieder geval onvoldoende.

4. De Unidroit Principles for International Commercial Contracts over het wijzigingsbeding

Het is interessant om te constateren dat het Engelse Supreme Court in het Rock Advertising-arrest een regel heeft gekozen die lijkt op de wijze waarop in de Unidroit Principles for International Commercial Contracts (PICC) de no oral modification clause te lijf wordt gegaan. In de leading opinion van Lord Sumption wordt ook verwezen naar de PICC. Ook in de PICC wordt de no oral modification clause in beginsel gerespecteerd. Zie artikel 2.1.18 PICC:

'A contract in writing which contains a clause requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated. However, a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party has acted in reliance on that conduct.'

In de toelichting (*Illustration 1*) wordt ingegaan op een no oral modification clause die ook een handtekening vereist van beide partijen. Een wijziging per e-mail sorteert dan geen effect, want 'there is no single document bearing both parties' signature'.³⁰

Dit straffe uitgangspunt kent een uitzondering, namelijk als op basis van gedrag van een van de partijen de andere partij 'acted in reliance on that conduct'. Dat wordt als volgt toegelicht:

'In application of the general principle prohibiting inconsistent behaviour (...) this Article specifies that a party may be precluded by its conduct from invoking the clause requiring any modification or termination to be in a particular form to the extent that the other party has reasonably acted in reliance on that conduct.'³¹

Als voorbeeld wordt hier gewezen (*Illustration 2*)³² op de situatie dat een eigenaar van een school en een aannemer in weerwil van een schriftelijkheidsbeding mondeling overeenkomen dat de bouw van een school op een andere wijze plaatsvindt dan schriftelijk overeen is gekomen. Als de eigenaar van de school daarmee akkoord gaat, de aannemer vervolgens de school op de mondeling overeengekomen wijze bouwt, de eigenaar dat ook ziet, dan kan hij zich later niet op de no oral modification clause beroepen. Ook hier is gerechtvaardigd vertrouwen dat overeenstemming is bereikt, ook al was dat mondeling, niet voldoende: nodig is dat een partij de indruk heeft gewekt dat overeenstemming bestond en 'the other party has reasonably acted in reliance on that conduct'.

Het schijnt mij toe dat de uitzondering die de PICC maakt op de afdwingbaarheid van de no oral modification clause net iets anders is vormgegeven dan de uitzondering die het Supreme Court in de hiervoor besproken Rock Advertising-zaak maakt. Daar bracht Lord Sumption in zijn *leading speech* tot uitdrukking dat ergens uit zou moeten blijken dat ondanks het feit dat de formele vereisten niet waren nageleefd, partijen er toch van uitgingen dat overeenstemming bestond. In paragraaf 3.3 hiervoor gaf ik aan dat vermoedelijk nodig is dat partijen zich rekenschap geven van het niet naleven van de no oral modification clause. De PICC legt echter de nadruk op het feit dat een partij moet hebben gehandeld in het vertrouwen dat de mondelinge overeenstemming voldoende was. Het lijkt dus geen vereiste te zijn dat partijen hebben gewezen op het no oral modification-beding.

De PICC en het Engelse recht gaan dus uit van het uitgangspunt dat een no oral modification clause in beginsel afdwingbaar is en voorkomt dat later overeengekomen mondelinge wijzigingen effect sorteren. Uitzonderingen op deze regel worden ook in de PICC niet snel geaccepteerd. Gerechtvaardigd vertrouwen is niet voldoende, het moet in wezen gaan om *inconsistent behaviour* op grond waarvan de andere partij handelingen heeft verricht.

30. Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016, Rome: Unidroit 2016, p. 66.

31. Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016, Rome: Unidroit 2016, p. 66.

32. Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016, Rome: Unidroit 2016, p. 66.

5. Het Nederlandse recht en het wijzigingsbeding

5.1 Gerechvaardigd vertrouwen prevaleert

Het is de vraag hoe ditzelfde *no oral modification*-beding wordt behandeld indien Nederlands recht van toepassing is. Het beeld dat uit de literatuur naar voren komt is niet eenduidig. Waar Sieburgh meent dat het niet naleven van een bedongen vormvoorschrift in beginsel betekent dat geen rechtshandeling tot stand komt, maar daar aan toevoegt dat dit niet meer is dan een vuistregel,³³ betoogt Tjittes dat een dergelijk beding in B2B-verhoudingen in beginsel afdwingbaar is en het dus mondelinge wijzigingen barricadeert.³⁴ Van Wechem en ikzelf³⁵ stelden ons eerder in dit tijdschrift op het standpunt dat partijen in beginsel vrij zijn om een bindende *no oral modification clause* overeen te komen, maar dat dit vormvoorschrift later mondeling opzij kan worden gezet.³⁶ Het draait hierbij allemaal, zo betoogden wij, om de in artikel 3:33 en 3:35 BW neergelegde wilsvertrouwensleer. Tot slot relateert ook Uijen de kracht van de *no oral modification clause*, mede omdat de vraag of het beding afdwingbaar is afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval.³⁷

Nadien heeft de Hoge Raad in dit debat echter sturing gegeven. In een arrest dat dateert van twee weken na de uitspraak van het *House of Lords* geeft de Hoge Raad een genuanceerder route aan dan die in het Verenigd Koninkrijk.³⁸ Het ging hierbij om een vennootschap onder firma die mondeling werd opgezegd, ofschoon de vennootschapsakte de schriftelijke vorm (schriftelijk of bij deurwaardersexploït) voorschreef.³⁹ Het ging hier dus om een variant van een *no oral modification clause*, zij het in de Nederlandse taal. De vennoot jegens wie de telefonische opzegging was gedaan, beriep zich op het schriftelijkheidsbeding, ter ondersteuning van zijn betoog dat de vennootschap niet was geëindigd en de mondelinge opzegging rechtskracht ontbeerde. De Hoge Raad oordeelt op dit punt als volgt (r.o. 3.3.2):

‘Deze telefonische uitlating moet (...) worden uitgelegd aan de hand van de art. 3:33 BW en 3:35 BW. Daarbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang.’

33. Asser/Sieburgh 6-III 2018/281.

34. Tjittes 2018, p. 397.

35. T.H.M. van Wechem & H.N. Schelhaas, Yes or no to no oral modification clauses, *Contracteren* 2017/2, p. 47-52.

36. In die zin ook Asser/Sieburgh 6-III 2018/281; Uijen 2010, p. 136.

37. Uijen 2010, p. 136; M. Uijen, Münchhausen revisited: de bewijsovereenkomst als instrument voor contractenmakers, *Contracteren* 2017/1, p. 17-21.

38. HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:819, NJ 2018/261 en JOR 2018/203 (m.nt. C. Spierings), waarover nader H. Boom, Geldigheid mondelinge opzegging ondanks overeengekomen schriftelijkheidsvereiste: alle omstandigheden van het geval, *Bb* 2018/64.

39. Dit was bepaald in art. 10 van de vennootschapsakte: ‘De vennootschap eindigt: 1. drie maanden nadat een der vennoten schriftelijk of bij deurwaardersexploït aan de andere vennoot heeft te kennen gegeven dat hij de vennootschap wil doen eindigen (...).’

En even verderop, als reactie op de klacht dat het hof ten onrechte zou hebben overwogen dat het schriftelijkheidsvereiste een latere onregelmatige telefonische opzegging niet blokkeert:⁴⁰

‘Dat partijen in art. 10 lid 1 van de vennootschapsakte zijn overeengekomen dat een vennoot die de vennootschap wil doen eindigen, dat schriftelijk of bij deurwaardersexploït aan de andere vennoot kenbaar moet maken, is een omstandigheid die van belang kan zijn bij de beantwoording van de vraag of de telefonische uitlating van [eiser 2] redelijkerwijs door [verweerder] mocht worden opgevat als opzegging (zie hiervoor in 3.3.2). Als het hof van oordeel was dat aan hetgeen partijen in art. 10 lid 1 van de vennootschapsakte zijn overeengekomen geen betekenis kan toekomen (...) is dat onjuist. Als het hof de bedoelde omstandigheid wel heeft meegewogen, is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.’

Kortom, de vraag of een wijzigingsbeding dat de schriftelijke vorm voorschrijft opzij kan worden gezet door een latere mondelinge afspraak, moet worden beantwoord aan de hand van de in artikelen 3:33 en 3:35 BW neergelegde wilsvertrouwensleer. Formele vereisten leggen het dus af tegen gerechtvaardigd vertrouwen. Anders dan het hof insinueerde, is het feit dat een schriftelijkheidsvereiste is overeengekomen (natuurlijk) een relevante omstandigheid bij de beantwoording van de vraag of een telefonische opzegging redelijkerwijze mocht worden opgevat als opzegging.

De Hoge Raad is niet expliciet over de precieze rol die een schriftelijkheidsvereiste bij het gerechtvaardigd vertrouwen speelt: het is in ieder geval *een* omstandigheid die een rol speelt bij de vraag of ook de telefonische opzegging effect sorteert. Ik denk dat enige nadere invulling van de relevantie van het beding wel nodig is. Mijs inziens komt het aan op de vraag of de *no oral modification clause* ertoe leidt dat gerechtvaardigd vertrouwen ten aanzien van de afdwingbaarheid van die wijziging heeft kunnen bestaan ondanks het feit dat de verklaringen over en weer niet in de juiste (schriftelijkheids)vorm zijn gegoten.⁴¹ Als partijen op de hoogte zijn van een *no oral modification clause*, dan leidt zo’n clause er wat mij betreft toe dat een partij niet op basis van elke mondelinge verklaring direct gerechtvaardigd kan vertrouwen dat zo’n wijziging inderdaad effect sorteert. Immers, deze partij weet juist dat het aanvankelijk de bedoeling was om pas gebonden te zijn indien afwijken schriftelijk zouden zijn neergelegd. Als partijen zijn overeengekomen dat een wijziging partijen pas bindt als zulks schriftelijk is overeengekomen, dan kunnen zij er

40. Het hof had geoordeeld dat het schriftelijkheidsvereiste niet in de weg staat aan een niet-voorgescreven wijziging, zolang de bewoordingen maar voldoende duidelijk zijn en de wederpartij hebben bereikt.

41. Dat betoogde ik samen met Van Wechem al voordat de Hoge Raad het hiervoor samengevatte arrest wees: Van Wechem & Schelhaas 2017, p. 47-52. Het navolgende is een samenvatting van onze in dat artikel neergelegde visie.

dus niet zomaar op vertrouwen dat ook een mondelinge overeenstemming rechtskracht heeft.

Uit het arrest van de Hoge Raad volgt dus dat een no oral modification-beding in het kader van het gerechtvaardigd vertrouwen *kan* verhinderen dat mondeling een rechtshandeling (hier: een contractwijziging) tot stand is gekomen, maar dat hoeft niet en is ook niet het uitgangspunt. Of dat zo is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hoewel de Hoge Raad dit niet nader invult, is mijns inziens hiertoe onder meer relevant hoe lang geleden de overeenkomst met het no oral modification-beding is gesloten, of partijen ook uitvoeringshandelingen hebben verricht nadat zij een mondelinge wijziging zijn overeengekomen, of zij de overeenkomst al meerdere malen mondeling en dus niet in de overeengekomen vorm hebben gewijzigd, en ook of een partij zich direct na een afwijkende mondelinge afspraak op de afwezigheid van het formele schriftelijkheidsvereiste beriep, of daar enige tijd overheen liet gaan.⁴² Met Tjittes meen ik dat ook de aard van de rechtsverhouding tussen partijen een rol speelt. Als een no oral modification clause is opgenomen in een contract tussen twee (grote) commerciële partijen die geacht mogen worden hun contract te kennen en te begrijpen, moet het beding eerder worden gehonoreerd dan bij kleinere en ter zake minder kundige commerciële partijen of in een onevenwichtiger B2C-verhouding.⁴³ Kortom, het Nederlandse recht erkent de meerwaarde van een no oral modification clause en hecht daar waarde aan in het kader van de wilsvertrouwensleer, maar een dergelijk beding voorkomt niet dat een latere mondelinge wijziging niet afdwingbaar is. Vertrouwen gaat dus vóór louter formalisme. Als partijen het beding scherpere tanden willen geven, dan zullen zij expliciet duidelijk moeten maken dat het gaat om een bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit (vergelijk art. 7:900 lid 3 jo. 153 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).⁴⁴ Maar een standaard no oral modification clause kan niet zomaar als zodanig worden opgevat: de tekst van het beding moet erop duiden dat partijen doelen op een bewijsovereenkomst.⁴⁵

5.2 De heldere koers van het Supreme Court versus de Nederlandse benadering

Als het Nederlandse recht wordt afgezet tegen de hiervoor besproken uitspraak van het Supreme Court en ook de Unidroit Principles, valt op dat een no oral modification clause onder het Engelse recht en ook de PICC een sterker karakter heeft dan onder het Nederlandse recht.

42. Zie hiervoor Van Wechem & Schelhaas 2017, p. 51 en eerder H.N. Schelhaas, *Uitleg van rechtshandelingen*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Paris 2016, p. 181. Voor het argument dat van belang is of partijen al eerder mondelinge wijzigingen zijn overeengekomen, niettegenstaande het wijzigingsbeding: Tjittes 2018, p. 398, die dit als een toepassing van rechtsverwerking ziet.

43. Tjittes 2018, p. 397 is wel iets strenger in dit verband en betoogt dat de no oral modification clause zelfs *in beginsel* moet worden gehonoreerd, behoudens uitzonderingsgevallen van afstand van recht of rechtsverwerking.

44. Vgl. Drion 2018; Uijen 2010, p. 136; nader uitgewerkt: Uijen 2017/1, p. 17-21.

45. Uijen 2017/1, p. 17-21 doet in dit verband enige tekstsuggesties.

Waar het Engelse recht het beding als uitgangspunt geldig acht, in beginsel latere mondelinge wijzigingen niet accepteert en uitzonderingen op dit uitgangspunt niet snel aanvaardt, is het uitgangspunt in het Nederlandse recht een stuk genuanceerder. Het gaat in het Nederlandse recht om het gerechtvaardigd vertrouwen. Of daarvan sprake is, is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval, waaronder het feit dat een no oral modification clause is overeengekomen. Hoewel de nieuwe Engelse route voordelen heeft omdat het een heldere regel is die de rechtszekerheid dient, is zij naar mijn mening niet altijd goed te rijmen met de realiteit. Want als partijen weliswaar zo'n schriftelijkheidsbeding zijn overeengekomen, maar later een perfecte mondelinge wijziging zijn overeengekomen waarna een der partijen zich na enige tijd plots op het ontbreken van een schriftelijke vorm beroept, dan komt het mij gewrongen voor en is het slecht te rijmen met de wilsvertrouwensleer om als regel vast te houden aan die eerdere afspraken. Dat is wel de consequentie van de uitspraak van het Supreme Court, terwijl de Nederlandse visie in dit geval genoeg ruimte laat om de mondelinge overeenkomst te laten prevaleren. Het is heel wel mogelijk dat de oorspronkelijke afspraken met inbegrip van het wijzigingsbeding later zijn achterhaald en partijen gerechtvaardigd hebben vertrouwd op de totstandkoming van een mondelinge wijziging. Net als Drion⁴⁶ onderschrijf ik dan ook de Nederlandse genuanceerde route, die tot uitgangspunt neemt dat partijen een bindend schriftelijk wijzigingsbeding mogen overeengekomen en dat de vraag of een latere mondelinge wijziging effect sorteert, afhankelijk is van de wilsvertrouwensleer, waarbij bijvoorbeeld relevant is of partijen eerder een mondelinge wijziging accepteerden. Wel denk ik dat een no oral modification clause in een B2B-relatie met twee volwassen (grote) professionele partijen van wie verwacht mag worden dat ze hun contracten kennen en begrijpen, een sterk karakter moet hebben en dat in zo'n relatie niet te gemakkelijk mag worden gedacht dat partijen gerechtvaardigd hebben vertrouwd op de afdwingbaarheid van een mondelinge variatie op het contract.

6. Conclusie

Het Supreme Court heeft in de Rock Advertising-zaak een standaardarrest gewezen ten aanzien van no oral modification clauses. Dat arrest laat zien dat een no oral modification clause in het Engelse recht in beginsel *solid as a rock* is. Slechts in uitzonderingssituaties kan een mondelinge wijziging worden aanvaard, waarbij gerechtvaardigd vertrouwen niet voldoende is. In het Nederlandse recht is de situatie genuanceerder en komt het juist wel aan op het gerechtvaardigd vertrouwen. Voor de Nederlandse contractenmaker is het van belang om te beseffen dat een no oral modification clause voor

46. Drion 2018.

een Britse partij een hard uitgangspunt is, hetgeen voor de invulling van het gerechtvaardigd vertrouwen op de afdwingbaarheid van een mondelinge wijziging van belang zal zijn. Omgekeerd is het voor een Nederlandse partij die een contract sluit waarop het Engelse recht van toepassing is, relevant om te weten dat een no oral modification clause een veel sterker karakter heeft dan zijn Nederlandse equivalent. De uitspraak van het Supreme Court heeft dus duidelijk gemaakt dat precies hetzelfde schriftelijk wijzigingsbeding een andere benadering ten deel valt al naar gelang Engels of Nederlands recht van toepassing is.