

# Boilerplates etc.

## *Sois belle et tais-toi* – blauwdruk van een NDA

Mr. M. Uijen\*

### 1. Inleiding

Onder niet-juristen zal het begrip ‘NDA’ de laatste jaren vermoedelijk vooral associaties oproepen met minder betamelijke bezigheden – de *non-disclosure agreement*, of kortweg *NDA*, is sinds 2017 regelmatig in het nieuws geweest als instrument voor het tot zwijgen brengen van klokkenluiders en *#MeToo*-slachtoffers.<sup>1</sup> Dat is niet de verschijningsvorm van NDA’s waar de meeste contractenmakers zich tot vervelens toe over moeten buigen: zij kennen de NDA in de eerste plaats als een veel gebruikte, en niet bijster spannende regeling voor geheimhouding die een randvoorwaarde vormt voor oriëntatie op de mogelijke (ver)koop van goederen of diensten en die bol staat van steeds weer ongeveer dezelfde *boilerplate*-clausules.<sup>2</sup> Ik heb het dan dus over separate NDA’s die worden uitgedeeld in de fase voorafgaand aan (de onderhandelingen over) het sluiten van de eigenlijke overeenkomst, en niet over geheimhoudingsverklaringen of -bepalingen die tegenwoordig (eveneens als *boilerplate*-clausule) onderdeel zijn van vrijwel ieder

contract. Over zulke separate NDA’s voor de oriëntatiefase gaat deze bijdrage.

Dat soort NDA’s zijn intussen dermate standaard geworden, dat onze eigen Kamer van Koophandel er een aparte pagina aan wijdt<sup>3</sup> en IP Australia (een overheidsinstelling verbonden aan het Australische Department of Industry, Science, Energy and Resources) nota bene gratis een heuse *template* ter beschikking stelt.<sup>4</sup> Naar het schijnt gaan sommige multinationals bij hun NDA’s nog een stap verder, door daarvoor – vanwege de frequentie waarmee ze van stal moeten worden gehaald – een geheel eigen ‘contractenfabriek’ op te tuigen van waaruit snel en efficiënt op maat alle individuele overeenkomsten kunnen worden gegenereerd die wereldwijd worden ingezet.

Bij al deze ontwikkelingen zal het niet verrassen dat in de internationale handel grotendeels lijkt te zijn uitgekristalliseerd wat er zoal in een NDA voor de oriëntatiefase hoort te staan; ik ben bijna geneigd om te gaan denken dat er op dit punt een moderne *Lex mercatoria* aan het opbloeien is.<sup>5</sup> In ieder geval vertonen de NDA’s die ik onder ogen krijg steevast duidelijk meer gelijkenissen dan verschillen. Dat is ergens rustgevend, maar in de hierboven beschreven combinatie van alomtegenwoordigheid en standaardisering schuilt ook een risico. Het nakijken van NDA’s kan daardoor namelijk al vrij snel gaan aanvoelen als een verplicht nummer. Routine ligt dan op de loer. En dat blijft riskant, want ondanks het kennelijk opkomen van een internationale standaard

83

\* Mr. M. Uijen is advocaat bij Griffiths Advocaten en redacteur van dit tijdschrift.

1 Zie bijvoorbeeld [www.cjr.org/special\\_report/nda-agreement.php](http://www.cjr.org/special_report/nda-agreement.php) en [www.forbes.com/sites/kimelsesser/2022/03/21/five-years-after-metoo-ndas-are-still-silencing-victims/?sh=6979c4ec588b](http://www.forbes.com/sites/kimelsesser/2022/03/21/five-years-after-metoo-ndas-are-still-silencing-victims/?sh=6979c4ec588b).

2 De hier gegeven algemene omschrijving omvat ook NDA’s die worden ingezet in de overnamepraktijk, al hebben die door hun specifieke doel veelal een enigszins andere opzet en ook andere eigenschappen. Zie bijvoorbeeld R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 104 e.v.; Marcel Fontaine & Filip De Ly, *Drafting International Contracts*, Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2006, p. 234 e.v.; J.G.A. Struycken, *NDA’s, process letters, engagement letters, release letters en biedbrieven*, *Contracteren* 2013/2, p. 72 e.v. en W. Hoogevenen & H. Koster, *Controlled auction in het Nederlandse rechtsbestel*, *Contracteren* 2021/2, p. 49 e.v.

3 Zie [www.kvk.nl/informatiebank/geheimhoudingsverklaring/](http://www.kvk.nl/informatiebank/geheimhoudingsverklaring/).

4 Zie [www.ipaustralia.gov.au/understanding-ip/getting-started-ip/ip-contract-generator](http://www.ipaustralia.gov.au/understanding-ip/getting-started-ip/ip-contract-generator).

5 Zie voor een lezenswaardige beschouwing over wat de *Lex mercatoria* was (als het al echt iets was) Klaus Peter Berger, *The Lex Mercatoria (Old and New) and the TransLex-Principles*, [www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles\\_ID8](http://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8). Naast spontane unificatie in de internationale handel is er ook *soft law*: bijvoorbeeld art. 2.1.16 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC) en art. 2:302 Principles of European Contract Law (PECL).

voor de oriëntatiefase zijn NDA's in kwaliteit en inhoud natuurlijk nog steeds niet allemaal volledig gelijk aan elkaar.

Om de kans te verkleinen dat bij contractenmakers routine overgaat in slordigheid, en uiteindelijk zelfs in het begaan van (beroeps)fouten, is een aan de praktijk ontleend overzicht van de bouwstenen van NDA's misschien een nuttig hulpmiddel. Deze bijdrage is erop gericht zo'n overzicht aan te reiken – als geheugensteuntje, als checklist, of eventueel als aanmoediging om de eigen modelovereenkomsten nog eens tegen het licht te houden. Na enige opmerkingen over de context en algemene opzet van NDA's zal ik, ingedeeld per onderwerp, een aantal door mij vaak waargenomen bepalingen op een rij zetten. Ik open telkens met het weergeven van een door mij samengesteld en enigszins opgepoetst voorbeeld van de betreffende bepaling;<sup>6</sup> daarna som ik enige aandachtspunten voor de betreffende bepaling op. Bij alle bepalingen is de vooronderstelling dat de NDA wordt beheerst door Nederlands recht en dat de Nederlandse rechter bevoegd is om te oordelen over geschillen tussen de contractspartijen.

## 2. NDA's in de praktijk: context en algemene opzet

### 2.1 Context

De context van een NDA wordt om te beginnen gevormd door wat er in wet- en regelgeving is bepaald. In 2010 schreef ik<sup>7</sup> dat er voor de contractspraktijk geen specifieke wettelijke regelingen waren waarop kon worden teruggevallen voor het afdwingen van het vertrouwelijke karakter van gegevens. De oogst is nu nog altijd tamelijk gering,<sup>8</sup> maar in 2018 zijn er wel twee wettelijke regelingen van kracht geworden die contractenmakers bij het opstellen van NDA's in hun achterhoofd zullen moeten houden: de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG)<sup>9</sup> en de Wet bescherming bedrijfsgeheimen (Wbbg).

Omdat de Wbbg in dit blad recentelijk al verschillende keren uitvoerig aan de orde is geweest,<sup>10</sup> beperk ik mij

ertoe in herinnering te roepen dat met de komst daarvan wonderlijk genoeg nog weer een extra argument is ontstaan om NDA's te sluiten. Dat komt doordat de Wbbg bedrijfsgeheimen enkel beschermt voor zover er 'redelijke maatregelen' zijn getroffen om ze geheim te houden, en bij zulke maatregelen denkt de wetgever dan in het bijzonder aan 'het opnemen van geheimhoudingsclausules in handelscontracten'.<sup>11</sup> Wie de bescherming van de Wbbg wil activeren, moet dus werken met NDA's.

De AVG is op een paar manieren van invloed op contractuele geheimhoudingsverplichtingen. In de eerste plaats roept de verordening een algemene verplichting in het leven tot het waarborgen van de vertrouwelijkheid van persoonsgegevens;<sup>12</sup> deze algemene verplichting geldt voor eenieder die persoonsgegevens verwerkt en dwingt (wederom) tot het treffen van maatregelen, waarbij andermaal gedacht kan worden aan het sluiten van NDA's of daarmee gelijk te stellen overeenkomsten. In de tweede plaats creëert de AVG een specifieke verplichting om bij het op enige wijze uitbesteden van de verwerking van persoonsgegevens een specifiek soort overeenkomst te sluiten – de zogeheten verwerkersovereenkomst. Artikel 28 AVG eist met zoveel woorden dat in een verwerkersovereenkomst mede geheimhoudingsregelingen worden opgenomen.<sup>13</sup>

Aangezien verwerkersovereenkomsten in de praktijk gewoonlijk als afzonderlijke overeenkomsten worden aangegaan, en ten minste rudimentaire bepalingen horen te bevatten over geheimhouding, moet ervoor gewaakt worden dat ze niet conflicteren met eerder al of gelijktijdig gesloten NDA's. Dit kan worden vermeden door ervoor te zorgen dat de geheimhoudingsbepalingen uit de verschillende te sluiten overeenkomsten hetzij identiek zijn, hetzij een rangorde kennen. Een rangorderegeling is de eenvoudigste en meest gangbare oplossing, maar de mij bekende modellen van verwerkersovereenkomsten leggen niet zelden alleen de rangorde vast ten opzichte van de hoofdovereenkomst. Daarmee blijft in het midden wat de rangorde is ten opzichte van een NDA, met als gevolg dat bij onderling tegenstrijdige bepalingen er in het gunstigste geval maar één overeind blijft.<sup>14</sup> Vanwege de nadruk in verwerkersovereenkomsten op hun hoge rang is de kans groot dat dan de hiermee strij-

6 Het gaat bij ieder voorbeeld in feite om een potpourri van elementen die ik gedurende de laatste tien jaar in mijn praktijk bij zulke bepalingen ben tegengekomen of zelf heb blootgelegd. Voor het gemak ben ik bij de meeste voorbeelden begonnen met teksten die ik online heb gevonden op <https://dla-piper.relayto.com/e/non-disclosure-agreement-ldz9dwj7>; de betreffende teksten heb ik vervolgens verweven met teksten uit verschillende andere NDA's, en daarna nog op onderdelen bijgeschaafd.

7 M. Uijen, Boilerplate-clausules: Ketelbinkie in Contractenland?, Contracteren 2010/4, p. 132 e.v.

8 Zie onder meer R.P.J.L. Tjittes, Commercieel Contractenrecht, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 104 e.v., en daarnaast E. Pannebakker, Contractonderhandelingen met een letter of intent: het opstellen van bedingen, Contracteren 2017/4, p. 129 en T.H.M. van Wechem & A.J. Rijsterborgh, Kan een non disclosure agreement worden ontbonden?, Contracteren 2020/3, p. 78 e.v.

9 De AVG is strikt genomen al in 2016 in werking getreden, maar is pas van toepassing sinds 25 mei 2018.

10 Zie T.H.M. van Wechem & A.J. Rijsterborgh 2020 en M. Kool, Data, de Wet bescherming bedrijfsgeheimen en het contractenrecht, Contracteren

2021/2, p. 40 e.v.

11 Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor implementatie van Richtlijn 2016/943/EU, zie Kamerstukken II 2017/18, 34821, nr. 3. Praktische suggesties voor het maximaal benutten van de mogelijkheden die worden gecreëerd met de Wbbg zijn te vinden in Kool 2021.

12 Zie onder meer overweging (39), art. 5, lid 1, onder f) en art. 32, lid 1, onder b) AVG.

13 Art. 28, lid 3, onder b) AVG.

14 Zie HR 28 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2507, NJ 1998, 705 (Visser/Avéro); HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5538, NJ 2003, 506, en HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1125 (ForFarmers). Overigens zal deze problematiek zich meestal voordoen in de fase voorafgaand aan het sluiten van de hoofdovereenkomst (doordat de NDA met de hoofdovereenkomst sowieso buiten werking wordt gesteld). Dat is tevens de fase waarin hooguit sporadisch al een verwerkersovereenkomst nodig is – in principe speelt dat alleen bij een test met werkelijke gegevens of in de systemen van de potentiële afnemer (bijvoorbeeld een test met nieuwe programmatuur op grond van een *evaluation agreement*).

dige bepalingen uit de NDA sneuvelen, wat onwelkom kan zijn in het licht van het feit dat verwerkersovereenkomsten geheimhouding in mijn ervaring met minder precisie regelen dan NDA's.

Op conflicterende bepalingen in andere overeenkomsten moet de contractenmaker die werkt aan NDA's trouwens überhaupt alert zijn. Behalve door toepasselijke wet- en regelgeving wordt de context van een NDA voor de oriëntatiefase immers gevormd door de verdere interactie tussen de partijen en de geheimhoudingsregelingen die zij daarbij zijn overeengekomen. Als die partijen al zaken met elkaar doen of hebben gedaan, zou een nieuwe NDA daarmee evengoed kunnen botsen met hun eerdere contracten – aan overlapping (en daarmee de dreiging van conflicten) is al gauw nauwelijks te ontsnappen bij een zeer ruime omschrijving van wat als vertrouwelijke informatie moet worden gekwalificeerd.

## 2.2 Algemene opzet

Voorafgaand aan het opstellen van NDA's voor de oriëntatiefase zullen er keuzes moeten worden gemaakt over de algemene opzet. Essentiële vragen in dat verband zijn:

- welk recht is van toepassing op de NDA?
- verplichten met de NDA beide partijen zich tot geheimhouding, of slechts één van hen?

Het ligt in de rede om te verwachten dat de fundamentele vraag over het toepasselijk recht een belangrijk stempel drukt op de inhoud van NDA's. Aan de in Nederland en online circulerende NDA's is dat echter nauwelijks af te lezen; daarin steekt het aantal gelijkenissen met kop en schouders boven het aantal verschillen uit, waarschijnlijk deels door de dominantie van Angelsaksische *drafting techniques* en *templates*. Nu ik in deze bijdrage als uitgangspunt hanteer dat de NDA wordt beheerst door Nederlands recht, laat ik deze vraag voor het overige rusten; ik volsta met de opmerking dat dit uitgangspunt verklaart waarom ik hierna geen voorbeeld behandel van de in talloze NDA's opduikende regelingen ten aanzien van de Angelsaksische concepten van *equitable relief* / *injunctive relief*.<sup>15</sup>

Dan de andere vraag, over wie zich tot geheimhouding verplicht. Het antwoord daarop wordt logischerwijs wel meteen zichtbaar in NDA's. NDA's die maar één kant op werken<sup>16</sup> vallen doorgaans op doordat ze fors strenger zijn getoetst; zo is het vaak bij zulke NDA's dat boetebedingen ineens op het toneel verschijnen. En dat is weer een zeldzaamheid in de internationale standaard voor de oriëntatiefase zoals ik die heb leren kennen,<sup>17</sup>

waarbij het geen toeval zal zijn NDA's volgens die standaard geheimhoudingsverplichtingen aan allebei de partijen opleggen. Boetebedingen zal ik in deze bijdrage daarom eveneens verder onbesproken laten.

Los van beantwoording van de vragen zou iedere NDA voor de oriëntatiefase idealiter regelingen in zich moeten herbergen over de volgende onderwerpen:

- hoe vertrouwelijke informatie wordt gedefinieerd, met uitzonderingen;
- welke concrete geheimhoudingsverplichtingen er gelden voor vertrouwelijke informatie;
- met welke derden vertrouwelijke informatie mag worden gedeeld;
- onder welke omstandigheden de geheimhoudingsverplichtingen vervallen, en welke procedure in die situatie moet worden gevolgd;
- wanneer en hoe vertrouwelijke informatie moeten worden teruggegeven of vernietigd;
- gedurende welke periode de NDA en de geheimhoudingsverplichtingen zullen gelden, en hoe de NDA zich verhoudt tot andere overeenkomsten.

In de volgende paragraaf zet ik voorbeeldbepalingen over deze onderwerpen op een rij, samen met een aantal door mij in de praktijk geïdentificeerde aandachtspunten.

## 3. NDA's in de praktijk: voorbeeldbepalingen en aandachtspunten

### 3.1 Definitie vertrouwelijke informatie

Een voorbeeld van een definitiebepaling<sup>18</sup> is:

'Confidential Information' means all information (in whatever form or format and however stored, recorded, kept or preserved) disclosed or made available at any time by or on behalf of the Disclosing Party to or for the Receiving Party in connection with the Purpose, including in particular (without limitation):

- i. any information that on being disclosed or made available is marked or otherwise designated as being confidential, or would be regarded as confidential by a reasonable business person;

re Holding BV v Talal El Makkessi / ParkingEye Ltd v Beavis ([www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2015/67.html](http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2015/67.html)) overweegt de hoogste rechter in het Verenigd Koninkrijk het volgende over die rechtsregel: 'The penalty rule in England is an ancient, haphazardly constructed edifice which has not weathered well, and which in the opinion of some should simply be demolished, and in the opinion of others should be reconstructed and extended. For many years, the courts have struggled to apply standard tests formulated more than a century ago for relatively simple transactions to altogether more complex situations. The application of the rule is often adventitious. The test for distinguishing penal from other principles is unclear.'

18 Zie noot 6 voor de herkomst van de voorbeeldbepalingen.

15 In het Nederlandse recht zitten zulke nakomings-, gebods- en verbodsacties namelijk per definitie in het arsenaal van iedere contractspartij – zie art. 3:296 lid 1 BW en art. 254 Rv. Een regeling voor *equitable relief* / *injunctive relief* is voor ons daarmee overbodig.

16 Zie T.H.M. van Wechem & A.J. Rijsterborgh 2020 voor een rake analyse van de plek van NDA's in ons Burgerlijk Wetboek, met als slotsom dat de 'wederkerige' NDA helemaal niet bestaat en een NDA daarom ook niet op de voet van art. 6:265 BW kan worden ontbonden.

17 Boeteclausules zijn om nog een andere reden zeldzaam in op Angelsaksische leest geschoeide NDA's: zulke bepalingen zijn in het Angelsaksische recht kwetsbaar door de beruchte *rule against penalties*. In Cavendish Squa-

- ii. any trade secrets (including, without limitation, any trade secrets as referred to in Article 2 (1) of Directive (EU) 2016/943);
- iii. any information relating to:
  - the business, affairs, customers, prospects, suppliers, employees, agents, affiliates, plans, intentions, market opportunities, transactions, sales or finances of the Disclosing Party; or
  - the operations, processes, strategies, methods, products, services, prices, marketing, know-how, development, designs, techniques, technology, procedures, results, inventions, equipment, applications or software of the Disclosing Party;
- iv. the fact that discussions (including, without limitation, negotiations) are taking place between the Disclosing Party and the Receiving Party concerning the Purpose, as well as the status of such discussions;
- v. the existence and terms and conditions of this NDA; and
- vi. any copy, recording, compilation, analysis or interpretation derived by the Receiving Party from any Confidential Information as referred to in paragraphs (i) to (v) (inclusive) above, and containing details identifiable as information originating from the Disclosing Party,

but excluding any information that:

- a. is publicly available or becomes publicly available otherwise than through disclosure by the Receiving Party in breach of this NDA;
- b. was already in possession of the Receiving Party prior to being disclosed or made available by the Disclosing Party, or becomes available to the Receiving Party otherwise than through disclosure by the Disclosing Party, without the Receiving Party on receipt of the information having any reason to suspect that the source of such information was bound by a statutory, contractual or fiduciary obligation of confidentiality to the Disclosing Party;
- c. is independently developed by the Receiving Party without utilising any Confidential Information as referred to in paragraphs (i) to (vi) (inclusive) above; or
- d. the Parties agree in writing is not confidential or may be disclosed.

Aandachtspunten bij deze bepaling zijn:

- dat beslist zal moeten worden of onder ‘Disclosing Party’ en ‘Receiving Party’ mede dienen te worden begrepen de aan elk van hen verbonden werknemers, opdrachtnemers, (onder)aannemers, vertegenwoordigers, agenten, adviseurs en groepsmaatschappijen (afhankelijk van de mate waarin ze bemoeienis zullen hebben met het verstrekken of ontvangen van informatie);

- dat met het begrip ‘Purpose’ de onder de NDA te verkrijgen vertrouwelijke informatie voldoende dient te worden afgebakend ten opzichte van eerder of later verkregen informatie (bijvoorbeeld in verband met een andere overeenkomst<sup>19</sup>);
- dat erop gelet moet worden dat bij pogingen tot veruiming van onderdeel (vi) interne communicatie van een contractspartij (zoals een memo) onderworpen kan worden aan de beperkingen die voortvloeien uit de NDA,<sup>20</sup> zelfs als daarin geen herkenbare elementen van de vertrouwelijke informatie aanwezig zijn;
- dat onderdeel (b) losjes is geïnspireerd op de jurisprudentie van de Hoge Raad over het profiteren van andermans wanprestatie<sup>21</sup> en daarmee liberaler is geformuleerd dan in veel modelovereenkomsten (doordat de geheimhoudingsverplichting van de bron van vertrouwelijke informatie niet wordt verlegd naar de ontvanger van die informatie als deze er bij ontvangst geen rekening hoefde te houden met het bestaan van de betreffende geheimhoudingsverplichting);
- dat onderdeel (c) geregeld – bewust of onbewust – wordt vergeten.

### 3.2 Geheimhoudingsverplichtingen

Een voorbeeld van een bepaling ter vastlegging van de geheimhoudingsverplichtingen<sup>22</sup> is:

The Receiving Party shall at all times keep any and all Confidential Information private and confidential. Without prejudice to the generality of the preceding sentence, and except with the prior written consent of the Disclosing Party, or as expressly permitted by this NDA, the Receiving Party shall, and shall procure that any and all of its Representatives shall:

- i. not disclose, make available, publish, disseminate, divulge, reveal or share any Confidential Information in whole or in part to, for or with any third party who is not either a Representative of the Disclosing Party or a Representative of the Receiving Party in relation to whom the Receiving Party has complied with the provisions of clause [X];<sup>23</sup>
- ii. not use, apply, employ, exploit, put to service, commercialise, monetise, reverse engineer, decompile, disassemble, transform, make any copies of, reduce to writing or otherwise record the Confidential Information in whole or in part except as strictly necessary for the Purpose;
- iii. keep the Confidential Information in a safe and secure place and implement adequate security

19 Dat is een alternatief voor een rangorderegeling als bedoeld in par. 2.1. Een niet al te generieke omschrijving van ‘Purpose’ is aan te raden, maar met Haviltex is achteraf reconstrueren ook altijd een optie.

20 Zie voor de betreffende beperkingen par. 3.2 en 3.6.

21 Zie onder meer HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740, NJ 2014/194 (Joba/Tjin-Hin-Tjoe).

22 Zie noot 6 voor de herkomst van de voorbeeldbepalingen.

23 Deze verwijzing heeft betrekking op de voorbeeldbepaling in par. 3.3.

measures to safeguard the Confidential Information from:

- any action as referred to in paragraphs (i) and (ii) of this clause;
- entering the public domain,

including (without limitation) any reasonable technical or organisational measures proposed by the Disclosing Party from time to time.

Aandachtspunten bij deze bepaling zijn:

- dat de lange lijst verboden handelingen in onderdeel (ii) tot op zekere hoogte is toegesneden op de verstrekking van informatie ten aanzien van technologie waarover een contractspartij beschikt, wat betekent dat die lijst bij de enkele uitwisseling van reguliere zakelijke gegevens (zoals producten, prijzen en beschikbaarheid) desgewenst zal kunnen worden ingekort;
- dat omgekeerd onderdeel (ii) bij voorkeur juist zal moeten worden uitgebreid met non-concurrentie- of relatiebedingen als de contractspartijen concurrenten van elkaar zijn, dan wel met een regeling die gebruik van aangereikt materiaal specifiek blokkeert als de ene contractspartij een ontwerp of projectvoorstel voor de andere maakt.<sup>24</sup>

### 3.3 Derden met wie informatie mag worden gedeeld

Een voorbeeld van een bepaling over het delen van vertrouwelijke informatie met derden<sup>25</sup> is:

The Receiving Party may disclose all or part of the Confidential Information to any Representative who needs to know the relevant Confidential Information for the Purpose, on condition that the Receiving Party:

- i. will have informed each such Representative of the confidential nature of the Confidential Information prior to disclosing the relevant Confidential Information to the relevant Representative;
- ii. will have entered into confidentiality arrangements with each such Representative that are at least as stringent as the arrangements of this NDA;
- iii. will procure that each such Representative will, in relation to any Confidential Information so disclosed, at all times comply with this NDA as if it were the Receiving Party, irrespective of whether confidentiality arrangements as referred to in paragraph (ii) above have validly been agreed with the relevant Representative.

Aandachtspunten bij deze bepaling zijn:

- dat het veelal verstandig is om het begrip ‘Representative’ niet te eng te definiëren, met name bij grote internationale ondernemingen (die in groepen zijn georganiseerd en ondersteunende diensten

24 Dit is bijvoorbeeld nuttig bij NDA's die worden aangegaan door een architecten-, ontwerp-, reclame- of mediabureau.

25 Zie noot 6 voor de herkomst van de voorbeeldbepalingen.

dikwijls bij centrale vennootschappen of *business process outsourcing*-aanbieders hebben ondergebracht);<sup>26</sup>

- dat er bij onderdeel (ii) soms gekozen wordt voor de (minder gelukkige) variant dat de daar genoemde geheimhoudingsovereenkomsten alleen op verzoek hoeven te worden gesloten of dat werknemers – omdat zij in de regel wettelijk al verplicht zijn tot geheimhouding – worden uitgezonderd.

### 3.4 Verval van geheimhoudingsverplichtingen

Een voorbeeld van een bepaling over het vervallen van de geheimhoudingsverplichtingen<sup>27</sup> is:

The Receiving Party or its Representatives may disclose Confidential Information to the extent reasonably required by:

- i. any legal action or defence of the Receiving Party in any proceedings against the Disclosing Party for the enforcement of this NDA (including, without limitation, any preparations of any such legal action);
- ii. any law (including, without limitation, any governmental regulations or any stock exchange rules) to which the Receiving Party or the relevant Representative is subject;
- iii. any governmental authority, regulatory authority, supervisory authority or judicial authority (including, without limitation, any court) having jurisdiction over the Receiving Party or the relevant Representative,

provided that, to the extent it is legally permitted to do so, the Receiving Party shall give the Disclosing Party notice of the relevant disclosure and, where notice of disclosure is not prohibited and is given in accordance with this clause, the Receiving Party takes into account the reasonable requests of the Disclosing Party in relation to the content of such disclosure.

Het voornaamste aandachtspunt bij deze bepaling is dat in de laatste alinea ten onrechte niet altijd de nuance wordt aangebracht dat de wet wel ruimte dient te bieden voor het vooraf waarschuwen van de wederpartij.

### 3.5 Teruggave of vernietiging van informatie

Een voorbeeld van een bepaling over het teruggeven of vernietigen van vertrouwelijke informatie<sup>28</sup> is:

26 Hierbij moet mede gedacht worden aan bijvoorbeeld *hosting providers* en leveranciers van SaaS-applicaties. Een lijst van potentiële kandidaten voor een plek in de definitie van ‘Representative’ is te vinden in par. 3.1 (bij het eerste gedachtestreepje in de lijst met aandachtspunten). Het is frappant om te zien in hoeveel NDA's nog wordt verzuimd om stil te staan bij de elementaire vraag wie feitelijk moet kunnen kennismaken van de uitgewisselde gegevens, met als gevolg dat zelfs verspreiding onder de betrokken eigen werknemers naar de letter van de NDA verboden is.

27 Zie noot 6 voor de herkomst van de voorbeeldbepalingen.

28 Zie noot 6 voor de herkomst van de voorbeeldbepalingen.

At the written request of the Disclosing Party, the Receiving Party shall forthwith:

- i. return any and all Confidential Information to the Disclosing Party; or
- ii. destroy any and all Confidential Information and, if so requested, provide written confirmation of the destruction of the Confidential Information to the Disclosing Party.

This provision shall not apply to the extent that:

- a. the Receiving Party is required to retain the relevant Confidential Information by any law or authority as referred to in clause [X]<sup>29</sup> (including in particular, but without limitation, any law regarding general record retention obligations);
- b. the relevant Confidential Information is archived in any automatic backups in the Receiving Party's computer systems from which it cannot reasonably be extracted or deleted.

Aandachtspunten bij deze bepaling zijn:

- dat ondanks teruggave en vernietiging onvermijdelijk vertrouwelijke informatie zal achterblijven in het geheugen van de personen die de informatie hebben ontvangen;<sup>30</sup>
- dat bij mijn weten zelden of nooit daadwerkelijk om teruggave of vernietiging van vertrouwelijke informatie wordt verzocht;
- dat de uitzondering bij onderdeel (b) veelvuldig over het hoofd wordt gezien, terwijl na ongeveer een kwart eeuw digitaliseren en bouwen aan *paperless offices* uitgerekend die praktisch onmisbaar is geworden.

### 3.6 Looptijd en verhouding tot andere overeenkomsten

Een voorbeeld van een bepaling over de looptijd van de NDA en de geheimhoudingsverplichtingen<sup>31</sup> is:

Each Party may at any time terminate this NDA with immediate effect by giving notice in writing to the other Party. Upon termination, the obligations of each Party under this NDA shall continue in full force and effect until the [X]th anniversary of the termination date; termination of this NDA shall not affect any rights, remedies, claims or entitlements accrued by either of the Parties in respect of any period prior to such [X]th anniversary.

Het voornaamste aandachtspunt bij deze bepaling is dat de vraag kan worden opgeworpen waarom bij NDA's voor de oriëntatiefase door praktijkjuristen kennelijk de behoefte gevoeld wordt om te voorzien in beëindiging of het vervallen van verplichtingen. De toegevoegde waarde daarvan heb ik zelf nog niet kunnen ontdekken. Het merendeel van de bedrijven zal van mening zijn dat hun vertrouwelijke informatie na drie, vijf of zeven jaar nog

steeds vertrouwelijk is (in de zin dat zij nog niet bestemd is voor een plek in het publieke domein, al is de commerciële bruikbaarheid ervan na afloop van die periode waarschijnlijk flink gedaald). Voor zover het streven is om zekerheid te verkrijgen over een einddatum voor alle theoretische aansprakelijkheden, zaait de (min of meer noodzakelijke) passage aan het slot over opgebouwde rechten weer voor vele jaren twijfel. Bovendien contrasteert de regeling sterk met de *survival clauses* die als standaardbepaling zijn verwerkt in ontelbare (hoofd-)overeenkomsten, en die vrijwel consequent de artikelen over geheimhouding vermelden als regeling die voor onbepaalde tijd voortduurt na het eindigen van het contract. Voor de volledigheid geef ik daarom een tweede – en in mijn ogen veel waardevollere – voorbeeldbepaling, waarmee exact het tegenovergestelde bereikt wordt:

Each Party unconditionally and irrevocably waives any right it may have to:

- i. terminate this NDA by giving notice;
- ii. rescind this NDA or have this NDA rescinded (pursuant to Section 6:265 Dutch Civil Code or otherwise);
- iii. annul this NDA or have this NDA annulled pursuant to Section 6:228 Dutch Civil Code; or
- iv. have this NDA revised (pursuant to Section 6:230 Dutch Civil Code or otherwise).

Bij geheimhoudingsregelingen voor de oriëntatiefase is er uiteraard een hoop voor te zeggen om een bepaling op te nemen die resulteert in het automatisch eindigen van de NDA als de uiteindelijk beoogde overeenkomst tot stand wordt gebracht:

The obligations of each Party under this NDA shall continue in full force and effect until the Parties enter into a final agreement relating to the Purpose that is not subject to any condition precedent and contains confidentiality arrangements.

En in dezelfde bepaling zou tegelijkertijd een mouw kunnen worden gepast aan het bestaan van eventuele andere overeenkomsten tussen de partijen:

Nothing in this NDA is intended or shall be construed as a waiver, variation or amendment of any provision in any other agreement between the Parties; any such other agreement shall remain in full force and effect (including, without limitation, in respect of any confidential information disclosed or made available under or pursuant to the relevant agreement).

### 3.7 Kern aandachtspunten

De hierboven gepresenteerde lijstjes met aandachtspunten bij NDA's laten zich samenvatten met een vuistregel die in wezen voor alle overeenkomsten kan worden opgetrommeld: het contract dient aan te sluiten op de werkelijkheid. Als van tevoren duidelijk is dat het noodzakelijk is een hele groep medewerkers vertrouwelijke

29 Deze verwijzing heeft betrekking op de voorbeeldbepaling in par. 3.4.

30 Het bepaalde bij onderdeel (iii) van de voorbeeldbepaling in par. 3.3 heeft mede tot doel deze problematiek te ondervangen.

31 Zie noot 6 voor de herkomst van de voorbeeldbepalingen.

informatie te laten bekijken om een eventuele samenwerking met de andere partij behoorlijk te kunnen beoordelen, zou de NDA daarop moeten worden ingericht. Als de te verstrekken informatie hoofdzakelijk bestaat uit prijsvoorstellen en specificaties, is het in veel gevallen niet erg reëel om onverbiddeijk te verlangen dat steevast ook alle sporen van die informatie uit automatische back-ups zullen worden gepeuterd. En als er geen evidente aanleiding is voor het in tijd beperken van de geheimhoudingsverplichtingen, doet de contractenmaker er beter aan zijn creativiteit aan te wenden voor het bedenken van een regeling waarmee juist wordt verhinderd dat de NDA tussentijds onderuit kan worden gehaald met opzegging of ontbinding.

## 4. Slotopmerkingen

Bij een vluchtige terugblik op de voorgaande drie paragrafen springt al meteen in het oog dat er nog aardig wat woorden te wijden zijn aan NDA's, terwijl ik het nog niet eens gehad heb over een handvol andere *boilerplate*-clausules die eveneens in menige modelovereenkomst figureren.<sup>32</sup> Zo vanzelfsprekend is de internationale standaard dus wellicht toch niet. In de Nederlandse contractspraktijk is de ironie bij dit alles dat NDA's *lossless* zouden kunnen worden gecomprimeerd tot ruwweg 20% van hun huidige omvang. Dat dit niet gebeurt, is waarschijnlijk te wijten aan de omstandigheid dat voor hedendaagse praktijkjuristen tijdgebrek net zo'n probleem is als het in de zeventiende eeuw was voor Blaise Pascal: 'Je n'ai fait celle-ci plus longue que parce que je n'ai pas eu le loisir de la faire plus courte'.<sup>33</sup> Een vertrouwde lange overeenkomst laat zich nu eenmaal vlotter doorgronden dan een gloednieuwe korte. Hopelijk helpt deze bijdrage om dat nakijkwerk nog weer een beetje meer te vergemakkelijken.

32 Gedacht kan worden aan bepalingen waarmee voor de duidelijkheid wordt bevestigd wat de bedoelingen van de contractspartijen zijn met het uitwisselen van vertrouwelijke informatie, te weten dat (i) ze niet verplicht zijn om na oriëntatie inderdaad met elkaar in zee te gaan, (ii) er geen garanties worden afgegeven ten aanzien van de juistheid of volledigheid van de verstrekte vertrouwelijke informatie, en (iii) ze met de verstrekking van vertrouwelijke informatie geen (intellectuele) eigendomsrechten aan elkaar toekennen. Daarnaast zijn een bepaling over het naleven van exportregelgeving en een *entire agreement clause* bestendige elementen in vooral Amerikaanse NDA's.

33 Blaise Pascal, Les provinciales, Seizième lettre aux révérends pères jésuites, 1656. Vrij vertaald: 'Ik schrijf een langere brief omdat ik de tijd niet heb om een kortere te schrijven.'