

In het geheim rechtsgeldig

S.A.B. van Santen

advocaat te Rotterdam¹

Steeds vaker komt het in de praktijk voor dat partijen hun afspraken neerleggen in een zogenoemde 'side letter', een separaat document dat vrijwel altijd wordt gesloten na of tijdens een overeenkomst. Niet altijd pakt dit positief uit. Wie herinnert zich niet de berichtgeving omtrent de diverse *side letters* die een voor een kwamen bovendrijven bij Ahold? Dit concern kwam begin vorig jaar in opspraak nadat bekend was geworden dat het geheime afspraken zou hebben gemaakt over de consolidatie van haar joint ventures Bompreço, DAIH, Paiz Ahold en ICA. Ahold bleek essentiële informatie te hebben onthouden aan de accountant, waardoor deze ten onrechte goedkeuring gaf aan de consolidatie van deze deelnemingen. Volgens de pers waren de geheime afspraken neergelegd in *side letters*.² De gang van zaken binnen het Ahold-concern is inmiddels op diverse manieren onderzocht,³ en de betrokken bestuursleden moesten het veld ruimen.⁴

Ook bij het inmiddels gefailleerde KPN-Qwest zouden *side letters* zijn gebruikt om de omzetcijfers op te poetsen. Zowel in de berichtgeving omtrent Ahold en KPNQwest werden de *side letters* vaak bestempeld als een geheim en verboden document om bedrog vorm te geven.⁵

Recent moest Staatssecretaris Van Geel (VROM) zich verantwoorden over een *side letter* waarin – in afwijking van een verpakkingsovereenkomst – geheime afspraken zouden zijn gemaakt met het bedrijfsleven over een alternatief statiegeldsysteem voor PET-flessen. De PvdA-fractie wenste nader geïnformeerd te worden over onder meer de wijze van totstandkomen van de *side letter*.⁶

FLEXIBILITEIT

Gelet op het vertrouwelijk karakter van de *side letter*, zullen partijen niet snel geneigd zijn een *side letter* openbaar te maken. Dit is echter niet

Contractspartijen op allerlei gebied willen hun nadere afspraken nogal eens vastleggen in een side letter. Waarvoor wordt het document gebruikt, betekent de geheimhouding ervan dat er sprake is van strijd met de goede zeden of de openbare orde, en is ze vernietigbaar?

altijd het geval. Zo stuurde de gemeente Leiden juist ter verduidelijking aan aspirantkopers van woningen in de wijk Roomburg een brief waarin zij alle aansprakelijkheid aanvaardt voor de vervuilde grond waarop Roomburg is gebouwd. Deze *side letter* verduidelijkte het koopcontract, waarin als standaardbepaling was opgenomen dat de gemeente niet aansprakelijk kon worden gesteld.⁷

Veelal wordt een *side letter* gebruikt om een bestaande overeenkomst aan te vullen of te concretiseren, bijvoorbeeld omdat partijen in de overeenkomst slechts de hoofdlijnen wensen aan te geven. De details kunnen partijen dan in een later stadium uitwerken in een separaat document. Soms zijn partijen niet in staat om alle gegevens direct op te nemen in een overeenkomst omdat zij simpelweg op het moment van sluiten van de overeenkomst nog niet de beschikking hebben over alle noodzakelijke informatie. Het gebruik van een *side letter* is dan een uitkomst. Ook komt het voor dat partijen bepaalde situaties niet hebben voorzien en deze dus ook niet in de overeenkomst hebben verdisconteerd. Bijvoorbeeld de ontwikkeling van een nieuw product dat eveneens onder de reikwijdte van een (reeds gesloten) distributieovereenkomst dient te vallen. Naarmate de relatie tussen partijen complexer wordt of verandert, groeit de behoefte om de tussen hen bestaande afspraken aan te vullen en te verduidelijken. Vaak wordt in de *side letter* dan verwezen naar de eerdere overeenkomst en wordt de *side letter* aan de oorspronkelijke overeenkomst gehecht.⁸

Daarnaast wordt een *side letter* gebruikt om tussen partijen bestaande afspraken te wijzigen. In dat verband kan ook worden gesproken van 'contre lettres'.⁹ Zo weken de *side letters* bij Ahold af van de documenten op basis waarvan Ahold besloot de joint ventures te consolideren.

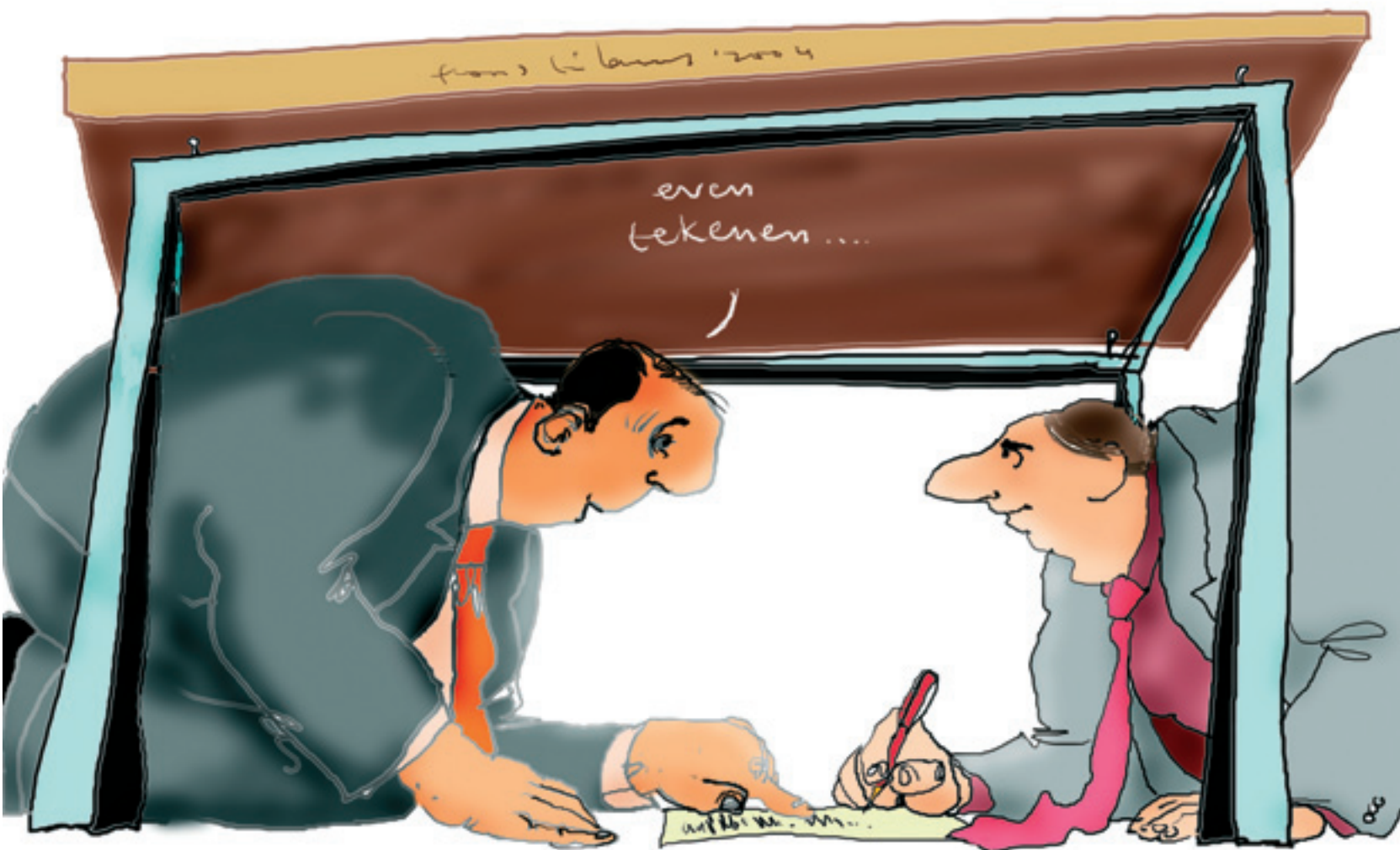
Als grootste voordeel van het gebruik van *side letters* kan worden genoemd de flexibiliteit en besparing van (adviseurs)kosten. Het bestaande contract hoeft niet te worden 'opengebrouwen' en er zijn geen nieuwe uitgebreide contractsonderhandelingen nodig.

RECHTSGELDIG

Juist indien partijen reeds gemaakte afspraken wijzigen, zal een *side letter* veelal buiten de administratie worden gehouden. Dit maakt de *side letter* echter nog niet ongeoorloofd. Voorop staat namelijk de vrijheid van partijen om elke overeenkomst aan te gaan die zij wensen zonder daarbij aan bepaalde vormvereisten te zijn gebonden. Het staat partijen dus vrij om (een deel van) hun afspraken vast te leggen in een separaat document. Men zou zelfs kunnen zeggen dat juist door middel van de *side letter* partijen hun ware bedoelingen gestalte geven. Het voert mijns inziens dan ook te ver om te oordelen dat elke *side letter* per definitie ongeoorloofd is – enkel en alleen vanwege haar 'geheime' karakter.

Vrijwel altijd zal de *side letter* dan ook aange merkt kunnen worden als een rechtsgeldig document, totstandgekomen door aanbod en aanvaarding als bedoeld in art. 6:217 BW en onge-

Door een side letter hoeft het bestaande contract niet te worden 'opengebrouwen' en zijn nieuwe uitgebreide onderhandelingen niet nodig



acht het opschrift dat door partijen boven het document is geplaatst. De wil van partijen zal hierbij veelal gericht zijn op het teweegbrengen van rechtsgevolgen. Hiermee onderscheidt de *side letter* zich van afspraken die slechts een in rechte niet-afdwingbare status hebben, zoals een *gentleman's agreement* en van afspraken die alleen maatschappelijke of morele verplichtingen met zich meebrengen.¹⁰

In de lagere rechtspraak vindt de juridische status van de *side letter* bevestiging. In een kort geding over een tewerkstelling kende de President van de Rechtbank Den Bosch wel degelijk waarde toe aan een *side letter* door te stellen dat deze tezamen met de uitzendingsovereenkomst het kader vormde waarbinnen de uitzending plaatsvond.¹¹ In een ander kort geding werd

de uitleg van een non-concurrentiebeding nader ingevuld door de aanwezigheid van een *side letter*, waarin de bedoeling van een van de partijen tot uiting kwam.¹²

GOEDE ZEDEN

Het gebruik van *side letters* is echter niet onbegrensd. Zo zijn de dwingende bepalingen ten aanzien van alle rechtshandelingen, zoals het aangaan van een rechtshandeling waarbij niet een vormvoorschrift in acht wordt genomen (art. 3:39 BW) of een rechtshandeling waarvan de inhoud of strekking strijdt met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW), onverkort van toepassing op *side letters*. Daarnaast kan het aangaan van een overeenkomst of de inhoud ervan – en dus ook een *side letter* –

in strijd komen met wetgeving van bijzondere aard (art. 3:40 leden 2 en 3 BW). Ook kan een *side letter* – niet anders dan bij een ‘gewone’ overeenkomst – vernietigbaar zijn in geval van een wilsgebrek ex art. 3:44 BW en art. 6:228 BW.

Het voert echter te ver om te concluderen dat een *side letter* reeds in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, enkel en alleen vanwege haar ‘geheime’ karakter. Immers juist op grond van het beginsel van contractsvrijheid mogen partijen de vorm en wijze van hun afspraken zelf bepalen. Hieruit vloeit voort dat partijen in beginsel ook gerechtigd zijn om de overeenkomst voor derden geheim te houden.

Overigens biedt de wet een derde in enkele gevallen bescherming. Zo kan het voorkomen dat een derde geconfronteerd wordt met een overeengekomen en vervolgens (in eerste instantie) geheimgehouden *side letter* die afwijkt van een eerder opgesteld document dat wel kenbaar was voor de derde. De derde partij kan dan in het algemeen een beroep doen op

Omdat partijen de vorm en wijze van hun afspraken zelf mogen bepalen, zijn ze in beginsel ook gerechtigd om de overeenkomst voor derden geheim te houden

de algemene beschermingsbepaling van art. 3:36 BW. Hierbij zijn het de 'gegeven omstandigheden van het geval' die antwoord moeten geven op de vraag of de derde redelijkerwijs mocht vertrouwen op de inhoud van het eerder opgestelde document en de *side letter* dus kan negeren. Hierbij zal van een derde wel het nodige onderzoek verwacht mogen worden.

Daarnaast voorziet de wet in meer specifieke bepalingen, geschreven om een misleidende voorstelling van zaken tegen te gaan, bijvoorbeeld art. 2:249 BW ten aanzien van de jaarrekening. Denkbaar is dat bestuurders van de desbetreffende vennootschap aansprakelijk worden gesteld op grond van art. 2:249 BW (of de commissarissen op grond van art. 2:260 BW), indien zodanig wordt afgeweken in een *side letter* dat de jaarrekening een 'misleidende voorstelling van de toestand der vennootschap' geeft.

NIEUW VOOR OUD

De aard en strekking van een *side letter* roepen diverse vragen op. Een *side letter* kan eerdere afspraken tussen partijen tegenspreken, én hangt meestal nauw samen met een (hoofd)overeenkomst. Indien een *side letter* afspraken bevat die afwijken van afspraken die partijen in een eerder stadium zijn overeengekomen, kan worden gesproken van tegenstrijdige bedingen in met elkaar samenhangende overeenkomsten. Hoe dient de rechtsverhouding van partijen die zowel de (hoofd)overeenkomst als de *side letter* zijn aangegaan te worden uitgelegd?

NOTEN

- 1 Mr. S.A.B. van Santen is als advocaat werkzaam bij Holland Van Gijzen Advocaten te Rotterdam. Het artikel is gebaseerd op 'Side letter: verboden geheime afspraak of welkome aanvulling?' door prof. mr. B. Wessels en mr. S.A.B. van Santen in *Tijdschrift voor de contractspraktijk Contracteren*, jaargang 5 (2003) nummer 3.
- 2 'Ahold misleidde ook bij Disco accountant', *Het Financieele Dagblad* van 18 april 2003. Zie verder voor een reconstructie van het Ahold-debacle: *Het drama Ahold*, Jeroen Smit, Uitgeverij Balans 2004 alsmede 'Ahold en de bureaula met geheime documenten', Joost Oranje en Jeroen Wester in *NRC Handelsblad* d.d. 14 & 15 februari 2004, vervolgd op 17 februari 2004.
- 3 Onder meer is bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam een enquêteverzoek ingediend ex art. 2:345 BW. In het verweerschrift – te raadplegen op www.ahold.nl/appeal.asp – wordt uitgebreid ingegaan op de gang van zaken omtrent de Ahold *side letters*.
- 4 Zie 'Jan Andreae, man met twee gezichten', Pieter Couwenbergh, *Het Financieele Dagblad* d.d. 23 februari 2004.

Gaat de laatst gemaakte afspraak vóór de eerdere? Ik meen van wel. Het feit dat een *side letter* vrijwel altijd van jongere datum is dan het document waarvan zij afwijkt én het vermoeden dat partijen juist in een *side letter* hun ware bedoelingen neerleggen, zijn omstandigheden die erop wijzen dat de inhoud van de *side letter* dient te prevaleren boven de eerder gemaakte afspraken.

VERNIETIGBAAR?

Voorts is denkbaar dat de onderliggende rechtsverhouding van de *side letter* (de hoofdovereenkomst) wordt vernietigd. Heeft dit dan tot gevolg dat daarmee ook aan de daarmee samenhangende *side letter* haar bestaansrecht komt te ontvallen? Een aanwijzing voor het antwoord kan gevonden worden in art. 6:229 BW, dat bepaalt dat een overeenkomst die de strekking heeft voort te bouwen (de *side letter*) op een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding (de hoofdovereenkomst), vernietigbaar is indien deze rechtsverhouding ontbreekt, tenzij dit in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van degene die zich op het ontbreken beroept, behoort te blijven.

Het is niet op voorhand te voorspellen in hoeverre de *side letter* vernietigbaar is wanneer de hoofdovereenkomst wegvalt. Vast staat wel dat niet 'automatisch' haar bestaan komt te vervallen. Vernietigbaarheid lijkt niet aangewezen indien de *side letter* een dusdanig zelfstandig document is dat partijen volledig con-

form deze *side letter* hun afspraken nakomen. Indien in de inhoud van de *side letter* of in haar considerans echter expliciet wordt verwezen naar de initiële overeenkomst en indien dit document dient te worden beschouwd als de hoofdafpraak waaraan de *side letter* in feite ondergeschikt is, dan lijkt het meer voor de hand te liggen de *side letter* op grond van art. 6:229 BW voor vernietigbaar te houden. Overigens zal in de praktijk een en ander onderzocht kunnen worden door een bepaling in de *side letter* op te nemen die expliciet de voorrang tussen beide documenten regelt.

TOEGEVOEGDE WAARDE

Inmiddels schijnt Ahold de consolidaties van haar joint ventures te hebben herzien en heeft zij besloten de groepsomzet over voorgaande jaren bij te stellen. Er lopen er nu nog diverse onderzoeken, waaronder een strafrechtelijk onderzoek naar valsheid in geschrifte en publicatie van een onjuiste jaarrekening.¹³ Hopelijk wordt echter bij deze onderzoeken niet anders tegen de gewraakte afspraken gekeken, enkel en alleen omdat deze zijn neergelegd in *side letters*. Het dogma dat *side letters* per definitie gaan over bedrog of verboden afspraken en dus ontoelaatbaar zijn, is namelijk niet terecht. De *side letter* is in talloze situaties een adequaat en rechtsgeldig instrument gebleken om de rechtsverhouding van partijen aan te vullen of te concretiseren, zodat ze wel degelijk een toegevoegde waarde heeft. ●

- 5 Zie onder meer 'Massale Fraude bij KPNQwest' d.d. 6 juli 2004 door Peter Olsthoorn op www.netkwesties.nl/editie103/artikel1.php
- 6 Algemeen overleg met de Staatssecretaris van VROM over meermalige verpakkingen (PET-flessen) d.d. 22 juni 2004. Voorliggend: brief van de Staatssecretaris van VROM d.d. 17 juni over het verpakkingenbeleid, kst. 2003-2004/28694 nr. 6.
- 7 Aldus: 'Gemeente aansprakelijk bij vervuilde grond Roomburg' d.d. 14 oktober 2003 op www.sleutelstad.nl
- 8 Een voorbeeld van een document waarin de afspraken van partijen nader wordt geconcretiseerd is een *side letter* van de NS waarin wordt aangegeven 'hoe invulling zal worden gegeven aan de verbeterprogramma's gedurende de looptijd van deze verlengingsovereenkomst'. Zie brief Minister van V&W d.d. 1 juli 2002, kst. 18 986 ('Verhouding Rijksoverheid – NS'), nr. 88.
- 9 Isabelle. A. Hautot, 'Les contre-lettres, ou "side-letters"', *Revue de Droit des Affaires Internationale / International Business Law Journal* 1997, pp. 675 e.v.

- 10 Zie Asser-Hartkamp II (2001), nr. 14, Wessels, *Gentlemen's agreements* (Arnhem, 1984), en Wessels, 'Gentlemen's Agreements Regulating Business Relations under Dutch Civil Law', in: *Netherlands International Law Review* 1984, Vol. XXXI, Issue 2, p. 214 e.v.
- 11 Op grond hiervan oordeelde de (toen zo geheten) president dat de partij die een werknemer tewerkstelde, wel degelijk een eigen verantwoordelijkheid had op het moment dat de inlener zijn verplichtingen jegens de werknemer niet na was gekomen. Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 1 juni 1992, KG 1992, 231.
- 12 Pres. Rb. Amsterdam 24 september 1998, KG 1998, 350. Zie voorts ook Pres. Rb. Almelo 19 juli 1995, JAR 1995/174, waarin eveneens een *side letter* erkend werd als een document waaruit rechten en verplichtingen uit kunnen voortvloeien.
- 13 Zie 'Onderzoek Ahold vertraagd', *Het Financieele Dagblad* d.d. 29 juli 2004.