

Contracten maken

Side letter: verboden geheime afspraak of welkome aanvulling?

Prof. mr. B. Wessels en mr. S.A.B. van Santen

1 Inleiding

Op 8 juli 2003 kopte Het Financieele Dagblad op de voorpagina: 'Inval Justitie bij Ahold en Deloitte. "Sideletters" kern van onderzoek'. In april van dit jaar was al wereldkundig gemaakt dat door Ahold 'geheime afspraken' waren gemaakt ten aanzien van haar Zweedse joint venture ICA. Uit de perspublicaties¹ bleek dat Ahold essentiële informatie had onthouden aan de controlerend accountant, waardoor deze ten onrechte goedkeuring aan de consolidatie van deze deelneming heeft gegeven.² Twee documenten zouden hierbij een rol hebben gespeeld. In het eerste document werd bevestigd dat Ahold verantwoordelijk was voor het management, zodat op basis van dit schriftelijke stuk Ahold de cijfers van haar deelneming mocht consolideren, ondanks het feit dat Ahold slechts voor 50% houder was van de aandelen in de Zweedse joint venture. In het tweede document, dat volgens het bericht niet ter beschikking was gesteld aan de accountant, werd de inhoud van het eerste document tegengesproken, in die zin dat Ahold geenszins een leidinggevende positie bekleedde in ICA. Als gevolg van de inhoud van dit tweede document ontviel de reden voor consolidatie. De accountant weigerde vervolgens de goedkeuring van de jaarrekening over 2002 af te geven en trok bovendien de goedkeuringen van jaarrekeningen over 2001 en 2000 in. Enkele dagen later volgde een soortgelijk bericht voor een andere Ahold-maatschappij.³

Zowel de afspraken uit het eerste document als de 'geheime afspraken' uit het tweede document waren volgens de pers neergelegd in zogenaamde *side letters*.⁴ De zaak is aansprekend, maar allerminst uniek. In Het Financieele Dagblad van 2 april 2002 werd melding gemaakt van het bestaan van speciale afspraken tus-

sen Philips en de overheid welke zouden zijn vastgelegd in een *side letter*, waarbij ten aanzien van de participatie in de Joint Strike Fighter ter vervanging van de F-16 door Philips een uitzonderingspositie is bedongen ten aanzien van haar verplichting jaarlijks 3,5% van de omzet uit JSF-activiteiten aan de overheid af te dragen.⁵ Een jaar daarvoor kwam Endemol in opspraak vanwege het gebruik van een *side letter* waarin volgens het bericht in de pers was afgesproken dat Endemol uiteindelijk tarieven betaalde aan het NOB voor de levering van technische faciliteiten die wel 20 tot 50% lager lagen dan de kosten die volgens het officiële contract werden doorberekend aan de omroepen.⁶ Al veertig jaar geleden werd gebruikgemaakt van wat nu in praktijk-lingo heet '*side letters*',⁷ getuige de ervaring van Köster '... dat men een schuldbekentenis, contract of polis, waarin een onjuistheid is gesloten, rectificeert in een aanvullend document of per brief'.⁸ In deze bijdrage gaan wij in op de juridische status van dergelijke *side letters*. Daarbij besteden we aandacht aan vorm en inhoud van een *side letter*, de mogelijke nietigheid ervan en de verhouding tussen de 'letter' en veelal daaraan voorafgaand reeds tussen partijen gesloten overeenkomsten. Eerst geven we aan de hand van voorbeelden uit de rechtspraak de belangrijkste redenen aan die voor partijen aanleiding zijn om afspraken in een *side letter* vast te leggen.

2 Gebruik van een *side letter*

Het gebruik van een *side letter* om afspraken tussen partijen vast te leggen, is vrij ontwikkeld. Hoewel ook in de Nederlandse praktijk

1 P. Couwenbergh en R. Koops: 'Justitie onderzoekt Zweedse deal Ahold', Het Financieele Dagblad van 16 april 2003.

2 Consolideren is het samenvoegen van balansposten van verschillende bedrijven binnen een concern.

3 'Ahold misleidde ook bij Disco accountant', Het Financieele Dagblad van 18 april 2003.

4 Het is overigens niet duidelijk of sprake was van het opzettelijk verzwijgen van de tweede *side letter* of het achterhouden of het niet bekend worden van dit document slechts een vormfout was.

5 Zie de hierover gestelde Kamervragen in het nota-overleg 'Behoeftestelling vervanging F-16', gehouden op 2 april 2002, Kamerstukken II 2001/02, 26 488.

6 Joep Dohmen: 'Endemol beschuldigd van gesjoemel' in NRC Handelsblad van 26 oktober 2001.

7 Zie Joost Steins Bisschop, die onder de titel 'Waardeloos contract' in Het Financieele Dagblad van 19 juli 2003 wijst op het mogelijke bestaan van *side letters* tussen de voetbalclubtrainers Rijkard en Koeman om over een jaar met elkaar van club te wisselen.

8 Köster, Cessie naar huidig en wordend recht, Preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen 1964, p. 141.

het woord 'letter' wordt gebruikt, is bij een *side letter* meestal niet sprake van een eenzijdige, door één partij afgelegde verklaring, maar van een twee- of meezijdige wilsuiving. 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 en de details wensen uit te werken in een separaat document of simpelweg omdat partijen op het moment van sluiten van de overeenkomst nog niet de beschikking hadden over alle noodzakelijke informatie. Een voorbeeld van nadere concretisering 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'.⁹ Ook komt het voor dat partijen bepaalde situaties niet hebben voorzien en deze dus ook niet in de overeenkomst hebben verdisconteerd, maar ze alsnog geformaliseerd wensen te zien. Zonder uitzondering wordt in de *side letter* dan verwezen naar de eerdere overeenkomst en wordt vaak de *side letter* aan de oorspronkelijke overeenkomst gehecht. Een variant van deze *letter* is het voorbeeld van Köster waarbij in een later document een eerdere overeenkomst wordt gerectificeerd.

Ook om fiscale redenen kan het gewenst zijn om een separaat document met afspraken op te stellen.¹⁰ Denkbaar is bijvoorbeeld dat twee partijen een overeenkomst zijn aangegaan voor het verrichten van bepaalde diensten. De partij die de diensten zal leveren, zijnde een natuurlijk persoon, wenst hierbij om fiscale redenen gebruik te maken van een besloten vennootschap zodat de besloten vennootschap formeel contractspartij wordt. Indien de partij die de diensten zal ontvangen de zekerheid wenst te hebben dat de andere partij zelf en niet een door hem aangewezen BV de diensten verricht en hiervoor bovendien persoonlijk garant staat, lijkt een *side letter* de aangewezen weg om dit te formaliseren. De *side letter* zou tevens dienst kunnen doen bij een zogenaamde fiscale glijclausule, een beding dat de rechten en verplichtingen tussen partijen regelt voor het geval dat de fiscus van mening zou zijn dat een bepaalde heffing of andere vorm van belasting verschuldigd is ten aanzien van de door partijen overeengekomen rechtsverhouding of transactie. Voorts biedt het gebruik van een *side letter* voordelen bij huursituaties in het geval dat huurder en verhuurder bepaalde afspraken willen maken naast de huurovereenkomst zelf, bijvoorbeeld met betrekking tot de toerekening van verbouwingskosten of de wijze van oplevering. Gelet op het gegeven dat huurovereenkomsten dikwijls voor langere, zoniet onbepaalde tijd worden opgesteld, is het geraden specifiek tussen partijen geldende afspraken in een afzonderlijk document vast te leggen, opdat nieuwe contractspartijen bij de huurovereenkomst niet op de hoogte geraken van in het verleden gemaakte afspraken

die hen niet aangaan.¹¹ In een *side letter* kan aan een andere partij een bevoegdheid worden toegekend, bijvoorbeeld om gedurende de looptijd van een lening tussen partijen ten aanzien van de verkregen zekerheden alle daaraan verbonden rechten (bijvoorbeeld recht op dividend, het recht om stem uit te brengen of het recht om aandelen van een bepaalde soort te verkopen) uit te oefenen. Verder kan worden beoogd de andere partij in een bevoegdheid te beperken¹² of worden vastgelegd dat een toegekende optie niet zal worden uitgeoefend.

Daarnaast wordt een *side letter* gebruikt om tussen partijen bestaande afspraken te wijzigen. In dat verband kan ook worden gesproken van *contre lettres*.¹³ Een voorbeeld lijkt ons niet alleen het hiervoor aangehaalde geval bij Ahold, maar ook het geval waarover de Amsterdamse notariële tuchtrechter zich in 2001 moest buigen: een notaris had, nadat hij een akte van optieverlening had geredigeerd, een *side letter* opgesteld. Deze *side letter* bleek op onderdelen af te wijken van, respectievelijk te strijden met, de inhoud van de akte van optieverlening. De Kamer van Toezicht over de Notarissen en Kandidaat-notarissen 's-Gravenhage overwoog dat de notaris hierdoor laakbaar had gehandeld, met name omdat hij een niet met de wil van partijen overeenstemmende akte (van optieverlening) had gepasseerd, hetgeen juist tot het takenpakket van de notaris behoort. In hoger beroep werd bovendien gesteld dat de notaris de inhoud van de *side letter* onnauwkeurig had vastgelegd en dat hij de status van de *side letter* noch het verschil met een authentieke akte had uitgelegd. Uit deze zaak kan in ieder geval worden geconcludeerd dat de *side letter* beschouwd wordt als een rechtshandeling die in een onderhandse akte kan worden opgenomen. Uit de uitspraak is niet duidelijk welk document in geval van tegenstrijdige interpretaties de voorrang geniet, voorzover al komt vast te staan dat de inhoud van de akte met de wil van partijen strookt.¹⁴

Vaak heeft een *side letter* een vertrouwelijk karakter. Partijen zullen niet snel geneigd zijn een *side letter* openbaar te maken, mede gelet op concurrentie overwegingen. Zeker als partijen reeds gemaakte afspraken wijzigen, zal een *side letter* veelal buiten de administratie worden gehouden, zoals bij Ahold kennelijk het geval was.¹⁵ Een *side letter* wordt dan ook vaak bestempeld als een 'geheim' document, waarvan een getuige moet verklaren het niet te kennen.¹⁶

9 Zie brief Minister van V&W op 1 juli 2002, Kamerstukken II 2001/02, 18 986 ('Verhouding Rijksoverheid – NS'), nr. 88.

10 Zie bijvoorbeeld HR 17 december 1997, nr. 31.820, waarin sprake was van een speciale (vertrouwelijke) kortingsregeling die (hoogstwaarschijnlijk vanwege fiscale redenen) was opgenomen in separate brieven waarvan de inhoud afweek van een tussen partijen opgesteld contract. De FIOD wist de kortingsregeling te achterhalen en het Hof Amsterdam rekende het kortingsbedrag tot het belastbare inkomen van degene aan wie de voordelen van die kortingsregeling zouden zijn toegevloeid.

11 Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Court of Appeal (UK) inzake Allied Dunbar Assurance PLC v. Homebase Limited, waarin geoordeeld werd dat de verhuurder niet onredelijk handelde door zijn toestemming te weigeren voor een onderhuur waarbij de huurvoorwaarden werden afgezwakt ten gunste van de onderhuurder. Het feit dat de *side letter* werd geacht 'persoonlijk' te zijn tussen huurder en onderhuurder, deed niet af aan het recht van de verhuurder om tegen de onderhuur te ageren.

12 Voorbeeld: 'The Operating Agreement shall not be amended, modified, or supplemented without the written consent of XYZ if such amendment, notification or supplement has a material, adverse effect with respect to the rights, duties or obligations of the Class C Members' Interests'.

13 Isabelle. A. Hautot, Les contre-lettres, ou 'side-letters', Revue de Droit des Affaires Internationale/International Business Law Journal 1997, p. 675 e.v.

14 Hof Amsterdam 27 september 2001, PW 2002/21404.

15 De Amerikaan Feldman heeft in 2001 een handleiding ontwikkeld voor bestuurders hoe zij het best kunnen handelen zodra zij kennis nemen van het bestaan van een vertrouwelijke *side letter*, zie 'What To Do When You Find The Side Letter. Guidelines for CEO's, CFO's and Audit Committee Members in Investigating Accounting Fraud: www.borisfeldman.com/investigating_fraud.html (geraadpleegd 23 juli 2003).

16 Zoals het geval was bij een rechtsbetrekking tussen een holding en een verzekeringsmaatschappij, vergelijk Conclusie (onder nr. 2.13.1) van A-G Spier, vóór HR 6 juni 2003, LJN-nummer: AF6203, zaaknr: C01/356HR.

Uit de hiervoor aangehaalde voorbeelden is duidelijk dat een *side letter* tamelijk gemeengoed is geworden. Minder duidelijk is echter de juridische status van een dergelijk document. En wat te doen als de *side letter* conflicteert met eerdere tussen partijen overeengekomen afspraken?

3 Juridische status

Voorop staat de vrijheid van partijen om iedere overeenkomst aan te gaan die zij wensen en deze vervolgens te formaliseren in een document waarvoor in beginsel geen vormvereisten gelden. Het staat partijen daarom vrij om (een deel van) hun afspraken vast te leggen in een separate brief, een *side letter*. Men zou zelfs kunnen redeneren dat juist door middel van de *side letter* partijen hun ware bedoelingen gestalte geven. Vrijwel altijd zal een door partijen ondertekende *side letter* dan ook gekwalificeerd kunnen worden als een rechtsgeldige overeenkomst, tot stand gekomen door aanbod en aanvaarding als bedoeld in artikel 6:217 BW, ongeacht het opschrift dat door partijen boven het document is geplaatst. Het sluiten van een overeenkomst of het afgeven van een verklaring in de vorm van een *side letter* is bovendien – evenals iedere andere rechtshandeling – in beginsel niet aan bepaalde voorgeschreven vormen gebonden. Indien de *side letter* slechts door één partij is opgesteld, zoals de verklaring dat een bepaald recht gedurende een bepaalde periode onder bepaalde voorwaarden niet zal worden uitgeoefend, zal sprake zijn van een eenzijdige rechtshandeling. Bij het aangaan van een *side letter* zal de wil van de partijen vaak 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.¹⁷

In de lagere rechtspraak vindt de juridische status van de *side letter* bevestiging. In een kort geding¹⁸ 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.¹⁹ 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.²⁰

17 Zie Asser-Hartkamp II (2001), nr. 14; Wessels, *Gentlemen's agreements* (Arnhem, 1984); 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.

18 Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 1 juni 1992, KG 1992, 231.

19 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.

20 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.

4 Is een *side letter* ongeoorloofd?

De *side letter* is derhalve in haar algemeenheid een rechtsgeldig totstandgekomen (een- of meerzijdige) rechtshandeling. Toch wordt in de pers het document als een ongeoorloofde, althans kwestieuze, verklaring afgeschilderd. Wanneer heeft een *side letter* een rechtens ongeoorloofd karakter? Die vraag moet vanuit het burgerlijk recht met het bestaande stelsel van nulliteiten van Boek 3 titel 2 BW tot oplossing worden gebracht. Uit het stelsel van het BW vloeien de genoemde grenzen voort uit 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 welke rechtshandeling door inhoud of strekking strijdt met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW). Zij kunnen ook voortvloeien uit dwingend recht ten aanzien van contracten, bijvoorbeeld de wettelijke regeling van het wijzigen van de gevolgen van een overeenkomst dan wel deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 jo. art. 6:250 BW). 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 lid 2 en 3 BW), zoals de Mededingingswet, de Wet Toezicht Effectenverkeer of de Wet Tarieven Gezondheidszorg.²¹ Een *side letter* kan bijvoorbeeld – niet anders dan bij een 'gewone' overeenkomst – nietig of vernietigbaar zijn indien zij excessief bezwarende exoneratie- of vrijwaringsbedingen bevat, een exclusieve afnamegarantie voor een onoverzienbaar lange periode kent, een woekerrente rekent of afspraken bevat die betrekking hebben op steekpenningen of 'zwarte' betalingen.²² Het komt ons voor dat een rechtshandeling (*side letter*) waarbij wordt afgeweken van het Nederlandse jaarrekeningenrecht van Boek 2 titel 9 BW, dat naar haar tekst (art. 2:360 jo. art. 2:361 lid 3 BW) en aard van dwingend recht is, hetzelfde lot deelt.²³ Zou in dit verband evenwel ook beargumenteerd kunnen worden dat een *side letter* in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, enkel en alleen vanwege haar 'geheime' karakter? Dit komt ons geenszins aannemelijk voor, aangezien juist op grond van het beginsel van contractsvrijheid partijen de vorm en wijze van hun afspraken mogen bepalen. Hieruit vloeit voort dat partijen ook gerechtigd zijn om de overeenkomst voor derden geheim te houden. In ander verband heeft de Hoge Raad onlangs zijn oordeel moeten geven over een door de Amsterdamse officier van justitie aan een informant toegezegde volledige en absolute geheimhouding en de verenigbaarheid van de in een overeenkomst opgenomen verplichting tot geheimhouding met artikel 68 Grondwet.²⁴ De desbetreffende clausule luidde: 'Aan deze overeenkomst zal door geen van partijen op welke wijze dan

21 Zie HR 11 mei 2001, NJ 2002, 364, m.nt. JH.

22 Zie voor rechtspraak Van den Brink, De rechtshandeling in strijd met de goede zeden, diss. UvA (2002), p. 80 e.v. Wij gaan niet in op de gevolgen van nietigheid respectievelijk mogelijkheden tot conversie van de nietige rechtshandeling, zie Asser-Hartkamp II (2001), nr. 500 e.v.

23 Wij laten onbesproken de mogelijkheid dat een *side letter* een rechtskeuze bevat.

24 Art. 68 Grondwet luidt: 'De ministers en de staatssecretarissen geven de kamers elk afzonderlijk en in verenigde vergadering mondeling of schriftelijk de door een of meer leden verlangde inlichtingen waarvan het verstrekken niet in strijd is met het belang van de staat.'

ook enige openbaarheid worden gegeven'. De Hoge Raad rept in het geheel niet over goede zeden of openbare orde en acht de afspraak als zodanig evenmin onder alle omstandigheden onvermijdelijk met het bepaalde in artikel 68 Gw, in het bijzonder omdat '... aan het waarborgen van de veiligheid van een informant ten minste zoveel gewicht toekomt als aan het – in de parlementaire geschiedenis ... genoemde – eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer'.²⁵

5 Werking *side letter* jegens derden

De contractsvrijheid van partijen heeft ook haar beperkingen, in het bijzonder als partijen (A en B) een afspraak zouden maken die ten detrimente van de belangen van een derde (C) gaat, die wel partij is bij de (hoofd-)overeenkomst, waarvan A en B in een *side letter* afwijken. De *side letter* tussen A en B, waarbij C geen partij is, bindt C in beginsel niet zodat de inhoud daarvan niet aan C kan worden tegengeworpen. Hij kan beide andere partijen aan de oorspronkelijke inhoud van de hoofdovereenkomst houden. Daarnaast kan het voorkomen dat een derde, die in het geheel niet betrokken is bij de hoofdovereenkomst, geconfronteerd wordt met een tussen A en B gesloten overeenkomst welke afwijkt van de hoofdovereenkomst. Naar huidig recht kan C bescherming vinden in artikel 3:36 BW.²⁶ Een dergelijk geval is in 1995 door de Hoge Raad beoordeeld.²⁷ In deze zaak vorderde een bank afgifte van een vliegtuig op grond van het feit dat het vliegtuig fiduciair aan haar was overgedragen door de koper van het vliegtuig aangezien de bank de in het koopcontract genoemde koopprijs had gefinancierd. In een eerder stadium hadden koper en verkoper evenwel een contract opgesteld met dezelfde koopprijs, zijnde lager dan de werkelijk overeengekomen koopprijs, echter tezamen met een akte van geldlening betreffende het restant van de koopprijs en een akte van fiduciaire eigendomsoverdracht aan de verkoper, tot zekerheid van het door de koper verschuldigd gebleven deel van de koopprijs. Van dit eerdere contract was de bank echter niet op de hoogte. De Hoge Raad ging mee in het betoog van de bank dat, nu de verkoper had bijgedragen aan het opwekken van de schijn dat het vliegtuig tegen de lagere prijs in onbezwaarde eigendom aan de koper zou worden overgedragen, de fiduciaire

eigendomsoverdracht aan de verkoper niet kon worden tegengeworpen aan de bank.²⁸ Daarnaast kan een derde, indien hij – bijvoorbeeld omdat de geheimhouding doorbroken is – kennis krijgt van de inhoud van de *side letter* en wenst dat zijn positie mede door dat document wordt bepaald, een beroep doen op de inhoud van de *side letter*, wederom op grond van artikel 3:36 BW. Artikel 3:36 BW beschermt wel de derde, maar niet de partij bij de *side letter*. Het vertrouwen van de derde kan betrekking hebben op de *side letter*, maar bijvoorbeeld ook op de mededeling dat een *side letter* van dergelijke inhoud is aangegaan. Voor een geslaagd beroep op artikel 3:36 BW is wel vereist dat de derde '... in redelijk vertrouwen op de juistheid van die veronderstelling heeft gehandeld'. Het zijn 'de gegeven omstandigheden' die antwoord moeten geven op de vraag of de derde redelijkerwijze mocht vertrouwen op de desbetreffende verklaring. Wij menen dat in het algemeen een derde behoedzaam moet zijn om zijn vertrouwen te funderen op 'opgewekte schijn'. Van een (deskundige) derde mag het nodige onderzoek worden verwacht (vergelijk art. 3:11 BW). Naarmate datgene dat die derde aan een *side letter* 'mocht toekennen', voor één van de partijen objectief nadeliger is, zal des te eerder deze onderzoeksplicht aanwezig zijn respectievelijk het 'redelijk vertrouwen op de juistheid van die veronderstelling' betwifelbaar zijn. Verder zullen de mate van bezwaarlijkheid van het doen van onderzoek, de mate van deskundigheid van de derde, de aard en inhoud van de letter waarop hij is afgegaan een rol spelen.

6 Relatie tot de hoofdovereenkomst

Veelal zal een *side letter* voortborduren op een reeds bestaande rechtsverhouding die door de *side letter* wordt aangevuld of geconcretiseerd of die de eerdere verhouding wijzigt. In het laatste geval rijst de vraag hoe dient te worden beoordeeld de mogelijke tegenstrijdigheid tussen de initiële overeenkomst en de *side letter* of de vraag wat dient te geschieden indien de initiële overeenkomst bijvoorbeeld vanwege een nulliteit of het intrekken van een wilsgebrek komt te vervallen. Vervalt daarmee tevens de *side letter*?

Indien een *side letter* afspraken behelst 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? Gaat – in het verloop van de tijd gemeten – de laatstgemaakte afspraak vóór de eerdere? Onlangs moest de Hoge Raad beslissen over een geval waarin partijen een overeenkomst waren aangegaan en daarin verwezen naar onderling tegenstrijdige aansprakelijkheidsvoorwaarden. Partijen strijden over de vraag welke clausule prevaleert. Het hof legt de vraag welk van beide regelingen uit de overeenkomst voortgaat, uit aan de hand van de Haviltex-maatstaf: 'Voor de uitleg van de bepalingen

25 HR 28 maart 2003, LJN-nummer: AE5149, zaaknr: C01/313HR. De Raad concludeert dat aan een toezegging tot absolute geheimhouding in zoverre een beperking is verbonden dat de mogelijkheid bestaat dat de minister in verband met zijn verplichting tot verantwoording aan het parlement desgevraagd (een deel van) de hem verstrekte informatie in enigerlei vorm vertrouwelijk aan het parlement bekend zal moeten maken.

26 Art. 3:36 BW luidt: 'Tegen hem die als derde op grond van een verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daarin onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, het ontstaan, bestaan of tenietgaan van een bepaalde rechtsbetrekking heeft aangenomen en in redelijk vertrouwen op de juistheid van die veronderstelling heeft gehandeld, kan door degenen om wiens verklaring of gedraging het gaat, met betrekking tot deze handeling op de onjuistheid van die veronderstelling geen beroep worden gedaan'.

27 HR 7 april 1995, NJ 1995, 496.

28 In casu was de voorganger van art. 3:36 BW toepasselijk, zijnde art. 1376a BW (oud), dat luidde: 'Nadere overeenkomsten, aangegaan bij een afzonderlijke akte, in strijd met de oorspronkelijke, leveren alleen bewijs op tussen de partijen die tot zodanige akte zijn toegetreden, en hun erfgenamen of rechthebbenden, doch zij kunnen niet tegen derden werken'.

gen van een contract komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. In dat kader is met betrekking tot de toepassing van deze maatstaf van belang de omstandigheden waaronder de overeenkomst tot stand is gekomen.' De Hoge Raad overweegt dat het hof in casu is uitgegaan van een juiste rechtsopvatting: 'De regel, waarop de klacht doelt, te weten dat een specifieke bepaling in een overeenkomst gaat boven een bepaling in algemene voorwaarden, is geen (ongeschreven) rechtsregel, doch kan hooguit gelden als een gezichtspunt, dat bij de uitleg van de overeenkomst met behulp van het Haviltex-criterium zonder schending van het recht in aanmerking kan worden genomen'.²⁹ Hoewel ook in het voorliggende geval de 'gewone' uitlegeregels gelden zouden wij geneigd zijn in het bijzonder gewicht toe te kennen aan het gegeven dat de *side letter* van jongere datum is en uit de inhoud ervan een vermoeden kan worden afgeleid dat partijen in de letter hun ware bedoelingen hebben neergelegd.

De *side letter* is meestal naar strekking of gezien haar tekst verbonden met de (hoofd-)overeenkomst. Indien deze onderliggende rechtsverhouding wordt vernietigd bijvoorbeeld op grond van dwaling, heeft dit dan tot gevolg dat daarmee ook aan de daarmee samenhangende *side letter* haar bestaansrecht komt te ontvallen? Zo ja, dient zij afzonderlijk te worden vernietigd? Naar huidig recht geeft – ook in dit geval – het gewone recht een aanwijzing voor een antwoord. Artikel 6:229 BW 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 conform 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 hoofdspraak waaraan de *side letter* in feite ondergeschikt is, dan lijkt het meer voor de hand te liggen de *side letter* op de voet van artikel 6:229 BW voor vernietigbaar te houden.³⁰

7 Slotopmerking

Veelal hebben partijen de behoefte hun bestaande rechtsverhouding te concretiseren, aan te vullen of te wijzigen. Hieraan liggen verscheidene redenen ten grondslag, uiteenlopend van concurrentie- en fiscale overwegingen tot protectie van specifieke economische belangen of het bij de tijd houden van een overeenkomst die jaren daarvoor gesloten is. Naarmate de relatie tussen partijen

complexer wordt of wijzigt, groeit deze behoefte. Uit de in de hierboven aangehaalde voorbeelden volgt dat de *side letter* een adequaat instrument kan zijn om in deze behoefte te voorzien. Zodoende hebben *side letters* wel degelijk een toegevoegde waarde en vormen zij in onze ogen een welkome aanvulling. Doch voorzichtigheid is geboden, met name als ten nadele van mede-contractspartijen of van derden wordt afgeweken van de bepalingen in de bestaande hoofdovereenkomst.

Ten aanzien van de juridische status van een *side letter* kan geconcludeerd worden dat de *side letter* over het algemeen een rechtsgeldig tot stand gekomen overeenkomst is, hetgeen ook door de lagere rechtspraak wordt bevestigd. Bovendien is de *side letter* niet zonder meer ongeoorloofd, bijvoorbeeld vanwege haar geheime en vertrouwelijke karakter, welk kenmerk veelal in de pers breed wordt uitgemeten.

Tot slot is hiervoor aandacht besteed aan de relatie tussen de *side letter* en de overeenkomst die partijen in een eerder stadium hebben gesloten. Als de documenten met elkaar strijdige bepalingen bevatten, gelden de 'gewone' uitlegeregels, waaronder de Haviltex-formule. Echter, het feit dat de *side letter* van jongere datum is én het vermoeden dat partijen juist in een *side letter* hun ware bedoelingen neerleggen, zijn naar onze mening omstandigheden die erop kunnen wijzen dat de inhoud van de *side letter* dient te prevaleren boven die van de initiële overeenkomst. In hoeverre het bestaansrecht van de *side letter* komt te ontvallen indien de eerder tussen partijen gesloten overeenkomst wegvalt, zal – in samenhang met artikel 6:229 BW – eveneens afhangen van de omstandigheden van het geval. In dit verband verdient het de voorkeur dat een hogere rechter zich op korte termijn expliciet uitsprekt over de juridische status van de *side letter*. Een rechterlijke uitspraak in vervolg op het justitiële onderzoek bij Ahold zou dan ook vanuit dit oogpunt worden verwelkomd.

Mr. S.A.B. van Santen, advocaat bij Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen, Rotterdam
Prof. mr. B. Wessels, hoogleraar Burgerlijk recht en Handelsrecht VU Amsterdam en verbonden aan eerdergenoemd kantoor

²⁹ HR 13 juni 2003, LJN-nummer: AF5538, zaaknr: C01/340HR.

³⁰ Overigens zal hiervoor een separate vernietigingsactie ten aanzien van de *side letter* benodigd zijn.