

Ontwikkelingen in het buitenland

48

Zwar(t)e tijden voor Conrad Black

'Prison would be a bore, but quite endurable'¹

1. 2007 was geen bijster goed jaar voor Conrad Moffat Black, de gevallen flamboyante mediamagnaat die op 13 juli 2007 tegen een strafrechtelijke veroordeling wegens fraude aanliep en daarvoor op 10 december 2007 werd veroordeeld tot zesenhalf jaar gevangenisstraf (en een boete van US\$ 125 000). De strafprocedure draaide om aantij-

gingen van 'racketeering, fraud, money laundering, tax evasion and obstruction of justice', waarbij Black uiteindelijk aankeek tegen een mogelijke veroordeling tot 35 jaar gevangenisstraf.²

Al leek ten minste een advocaat van Black niet ontevreden over de strafmaatbepaling: 'Black must report to begin his sentence on March 3 and will be free until then. His lawyers have asked that he be allowed to serve his sentence at the minimum-security Coleman Federal Correctional Complex in Florida. Under U.S. rules, he must serve at least 85 per cent of his sentence. "I think the fact we're appealing speaks for itself", Black said as he left the court. Defence lawyer Eddie Greenspan noted that his client had been facing what amounted to a life sentence and didn't lose his home. "At the end of the day, to end up where we ended up is a hell of a lot better than where we started", he said.³

2. Deze kwestie, die in Nederland niet veel aandacht heeft gegenereerd,⁴ is denk ik om een aantal redenen het signaleren waard.

– Ten eerste vanwege de misdragingen van Black die het onderwerp vor-

1. Conrad Black, geciteerd op <www.cbc.ca/world/story> d.d. 6 december 2007 ('Prison would be a "bore", Conrad Black says').
2. Zie <www.guardian.co.uk/media> d.d. 16 maart 2007 ('At some level, he's still asking the same question as he was when he was seven or eight – who am I? Former Telegraph owner links his criminal trial to his Rolls-Royce lifestyle').
3. Zie <www.cbc.ca/money/story> d.d. 10 december 2007 ('Conrad Black sentenced to 78 months in jail'). Ik wijs ook op <www.cbc.ca/world/story> d.d. 12 december 2007 ('Black "dodged a bullet" with lenient prison term: observers').
4. Maar zie <www.quotenet.nl> d.d. 12 december 2007 ('Conrad Black, zesenhalf jaar cel') en, over een eerder bedrijf van deze affaire, A. Doorman, 'Wilmington aan de Prinsengracht', *Ondernemingsrecht* 2004, 150, 402 e.v.

men van de onderhavige strafprocedure, en die in de kern samenhangen met de fiduciaire plichten die rusten op onder meer een controlerende aandeelhouder van een vennootschap jegens die vennootschap.

- Ten tweede vanwege de toemende mate waarin in de Verenigde Staten (oud-)functionarissen van vennootschappen strafrechtelijk worden vervolgd vanwege in die hoedanigheid begane misstappen.

- *Last but not least* vanwege de persoon Black.

Ik stip deze punten aan en begin met het laatste element, omdat juist hierdoor lijkt te kunnen worden verklaard waarom de veroordeling van Black veel media-aandacht heeft gegenereerd in de Verenigde Staten en daarbuiten.⁵

De persoon Black

3. Wie aan de hand van het lemma 'Conrad Black' Wikipedia⁶ raadpleegt ziet direct dat het hier, anders dan zijn naam wellicht doet vermoeden, gaat om een bepaald kleurrijke man.

Enigszins vooruitlopend op de zaken citeer ik uit het artikel 'Conrad Black, corporate governance, and the end of economic man': 'Conrad Black, Lord Black of Crossharbour, needs little by way of introduction. His life has been charted in five major biographies, hundreds of magazine and newspaper articles, multiple made-for-TV movies, and a raft of documentaries. A Google search turns up over 15 million individual items. A man of lively wit and intelligence, Black has stood athwart a number of distinct worlds, encompassing journalism, publishing, business and philanthropy, in a career that has spanned almost forty years. His most recent intellectual achievement is his 2003 Roosevelt biography, *Roosevelt: Champion of Freedom*, an immense 1,200-page masterwork of historical synthesis.⁷

Black, geboren in Montreal, Canada op 25 augustus 1944, groeide op in weelde en heeft het in zijn volwassen leven ook breed laten hangen. Uit Wikipedia valt af te leiden dat Black's vermogen in de *Sunday Times* Rich List 2004 werd geschat op £ 175 miljoen, wat plaats 235 opleverde. Die extravagante en luxueuze levensstijl is - niet alleen - door Black zelf wel genoemd als oorzaak voor de weinig benijdenswaardige positie waarin hij inmiddels verkeert.

Aardig is de volgende passage uit een artikel in *The Guardian*: 'The mask of invulnerability has begun to slip. For months, Conrad Black has scatterbombed his assailants with bombastic bra-

vado and patronising put-downs. But as he arrived in Chicago to face a criminal trial which could consign him to dotage in jail, the scandal-hit media mogul looked tired, pale and faintly fearful. The former Telegraph owner and friend of Lady Thatcher faces charges of racketeering, fraud, money laundering, tax evasion and obstruction of justice. With his bulky frame leaning on a courtroom table, he has spent two days listening to childcare niggles, health woes and financial hardships which jurors need settling in order to spend three months on a \$40-a-day (£21) stipend sitting in judgment over him. It is a window on to the life of ordinary folk which Black has never been near. He admits as such, complaining that his Rolls-Royce lifestyle of vintage wine, tuxedos and multiple homes is key to his downfall: "Since biblical times, and probably before, the wealthy have been envied and condemned".⁸

4. Bekend bij het grote publiek werd Black vooral als 'press baron'⁹ of 'media mogul'¹⁰ via zijn controlerende positie in het Hollinger-imperium, een groep van vennootschappen - aangevoerd door Hollinger International, Inc. - die zich in deze periode bezighield met het uitgeven van vele internationale kranten in onder meer de Verenigde Staten, Australië, Engeland, Israël en Canada (waaronder bekende titels als *The National Post*, *The Telegraph*, *The Jerusalem Post* en *The Chicago Sun-Times*). De verwijten die Black in de strafprocedure zijn gemaakt houden - goeddeels - ook verband met zijn controlerende positie binnen Hollinger International, Inc. Ondanks zijn grote betrokkenheid bij de media, waarin Black via vernoemde nieuwsbladen ook zijn persoonlijke - conservatieve - opvattingen ventileerde, was Black's relatie met de media niet een erg warme. Wellicht is dat mede veroorzaakt door zijn vaak ferme uitspraken, waarin de controverse niet werd geschuwd en die nogal wat weerstand opriepen.

Ik wijs op de volgende - vermakelijke - typering: 'Black brought a bloody crimson to Canada's beige political and cultural life. He used his newspapers - especially his Canadian ones - as a platform for his conservative views. By U.S. standards he is a moderate Republican; by Canadian standards, a raging wing nut. Black writes with a ruthless honesty and savage humor that is utterly unexpected in a tycoon. Black can be mean, sexist, intolerant of human frailty, and overbearing, but never dull. (Imagine Mencken with a pile of gold or Hitchens turned upside down.) He denounced Canada's social welfare system as "an overgenerous reinsurance

policy for an underachieving people". He attacked trade unions, blamed Canada's high taxes for brain drain, pilloried liberal politicians. One typical character assassination: He called an Ontario politician the "Salvador Allende of Canada", trying to "strangle, disembowel, and immolate the vestiges of the incentive-based economy". When the Catholic bishop of Calgary backed a strike at Black's *Calgary Herald*, Black denounced him as a "jumped-up little twerp" and a "prime candidate for exorcism".¹¹

Hoe dan ook, de indruk wordt steevast gewekt dat Black zich het liefst ophield in de meer 'intellectuele' kringen, al is dat een rekbaar begrip.

Ik wijs op de volgende citaten uit artikelen in *The Guardian*: 'Black's media empire, which started in 1969 when he purchased a loss-making local paper, the Sherbrooke Record, for C\$20,000, expanded to take in the Jerusalem Post, the Chicago Sun-Times and the Telegraph titles. But his swagger took time to emerge - according to Vanity Fair, he carried a vomit bag around for years because of paralyzing anxiety attacks. Often contemptuous of journalists, he used his newspaper group, Hollinger, as a way to mix with intellectuals and superstars from the establishment, forging friendships with Henry Kissinger, Richard Perle, Joan Collins and Princess Michael of Kent'¹² en in *London Free Press*: 'Conrad Black's one-finger salute to the gathered media on his way into a Chicago courtroom this week pretty well sums up his attitude toward the profession. It has always been thus. Des-

5. Een aardige indruk van de ontwikkelingen in deze kwestie biedt <www.cbc.ca/news/background/black_conrad> (laatstelijk geraadpleegd op 18 januari 2008).
6. Zie <http://en.wikipedia.org/wiki/Conrad_Black> (laatstelijk geraadpleegd op 18 januari 2008).
7. Adrian Stein en Olga Stein, *Conrad Black, corporate governance, and the end of economic man*, te vinden via <<http://busmovie.typepad.com/ideoblog>> d.d. 14 juli 2007 ('The Conrad Black story'), met een uitgebreide - maar niet echt objectief ogende - achtergrondschets van Black en de aanloop naar de onderhavige kwestie.
8. Zie <www.guardian.co.uk/media> d.d. 16 maart 2007.
9. Zie <http://en.wikipedia.org/wiki/Conrad_Black> (laatstelijk geraadpleegd op 18 januari 2008).
10. Zie <www.cbc.ca/world/story> d.d. 6 december 2007.
11. Zie <www.slate.com> d.d. 31 augustus 2001 ('The newspaper mogul thinks like an American and writes like a Brit. No wonder he's leaving Canada').
12. Zie <www.guardian.co.uk/media> d.d. 16 maart 2007.

pite the fact he has employed hundreds of journalists over the years, and produced in the National Post one of the most refreshing newspapers the country has ever seen, his disdain for the profession has always been evident. An acclaimed writer himself, he once said "a substantial number of journalists are ignorant, lazy, opinionated and intellectually dishonest. The profession is heavily cluttered with aged hacks, toiling through a miasma of mounting decrepitude and often alcoholism." His wife, Barbara Amiel, a veteran journalist, clearly agrees: "Perhaps having a state of mind somewhat akin to that of a turnip is the best way to begin a media career in Canada." They said those words long ago. After their ordeal with the press since the investigation into racketeering, fraud and obstruction of justice began three years ago, the ensuing 15-week trial that began in the spring, and yesterday's verdict, it stands to reason their views are unlikely to soften. Black made that clear when he gave the finger to cameras on his way into court Tuesday. And his wife's opinion was obvious at the onset of the trial when she called one journalist a "slut" and others "vermin". Sometimes, he has been positively loquacious (a word I would never use if I weren't writing about Black, who calls windows fenestration) when talking to the press, and sometimes, he merely says "aucun commentaire" (no comment), as he did in Chicago this week. It is all meant to make life difficult for the media, as they have often made life difficult for him.¹³

In de pers wordt gefluisterd dat Black's huidige echtgenote hierin een niet onbelangrijke rol heeft gespeeld, maar ik laat dat verder maar daar. Daarvoor zijn andere bladen te raadplegen.

Daarin valt bijvoorbeeld het volgende te lezen: 'His second marriage to Amiel in 1992 cemented his position in the glamour set – he dotes on her, describing her variously as "beautiful, brilliant, ideologically a robust spirit" and "chic, humorous and preternaturally sexy". Courtroom evidence reveals that the couple have exchanged 11,000 emails and critics, including former Daily Telegraph editor Charles Moore, have suggested she pushed him towards a life of opulence. Her extravagant expenditure has added to Black's problems – items billed to Hollinger expenses include \$2,463 (£1,272) on handbags, \$2,785 in opera tickets and \$140 for her "jogging attire".¹⁴

5. Tekenend voor zijn *celebrity* status – althans, in die periode – is dat Black tijdens de strafprocedure veel steunbetuigingen uit deze hoek ontving.¹⁵ Ver-

meldenswaardig is ook dat onder meer de bekende Amerikaanse politicus Henry A. Kissinger deel uitmaakte van de *board of directors* van Hollinger International, Inc. Niet onvermeld mag voorts blijven dat Black, die een vrij begenadigd schrijver van politieke biografieën is,¹⁶ in 2001 uiteindelijk zijn Canadese staatsburgerschap heeft moeten opgeven in ruil voor het Britse staatsburgerschap om als *Lord* te kunnen toetreden tot het Britse Hogerhuis. Daarmee werd Black 'Baron Black of Crossharbour, of Crossharbour in the London Borough of Tower Hamlets'.¹⁷ Dat had nog enige voeten in de aarde, omdat Black in eerste instantie zijn Canadese staatsburgerschap niet wilde opgeven maar daartoe genoodzaakt werd toen de toenmalige Canadese minister-president Chrétien deze koers blokkeerde.¹⁸

De misdragingen van Black

6. Dan de misdragingen van Black die het onderwerp vormen van de strafprocedure. Deze raken onder meer aan zijn positie als uiteindelijke controlerende aandeelhouder van Hollinger International, Inc., waarin hij ook de posities van *chief executive officer* en *chairman of the board of directors* bekleedde,¹⁹ en het misbruik dat hij van die posities heeft gemaakt ten voordele van hemzelf en ten detrimente van de vennootschap en haar aandeelhouders.

7. Ik maak, voor een goed begrip van de juridische positie waarin Black zich als de uiteindelijke controlerende aandeelhouder van Hollinger International, Inc. bevond, eerst een zijstapje naar het vennootschapsrecht van Delaware (naar welk recht Hollinger International, Inc. is opgericht).²⁰ Op basis van het vennootschapsrecht van Delaware rusten niet alleen op een *director* en een *officer* maar ook op een controlerende aandeelhouder fiduciaire plichten jegens de vennootschap, in het laatste geval met name jegens de niet-controlerende (minderheids)aandeelhouder(s) van de vennootschap. Van een controlerende aandeelhouder is sprake wanneer een aandeelhouder (in)direct meer dan de helft van de aan het geplaatste kapitaal gerelateerde stemrechten kan uitoefenen of daadwerkelijk – en niet slechts potentieel – feitelijke controle uitoefent over het bestuur. Bij een controlerende aandeelhouder speelt vooral de *duty of loyalty*. De *duty of loyalty* belet een controlerende aandeelhouder op zichzelf niet te handelen/stemmen ter bevordering van zijn eigen belang en schrijft niet voor dat de controlerende aandeelhouder zich dient 'op te offeren'. Zo zal het een controlerende aandeelhouder in het algemeen vrij staan zijn controle-

rende positie tegen een controlepremie van de hand te doen.²¹ De *duty of loyalty* vereist wél dat de controlerende aandeelhouder zich niet verrijkt ten koste van de vennootschap/haar niet-controlerende (minderheids)aandeelhouder(s) en verbiedt dat de controlerende aandeelhouder anderszins misbruik maakt van de door hem ingenomen machtspositie.²² De *duty of loyalty* die op – kort gezegd – een bestuurder rust vereist in de kern dat de bestuurder het belang van de vennootschap op exclusieve en onafhankelijke wijze dient en bevordert. Hij mag de vennootschap niet 'verraden' door – kort gezegd – vennootschapsvreemde belangen te laten prevaleren boven het belang van de vennootschap en dient tegelijkertijd op subjectief *bona fide*

13. Zie <<http://lpress.ca/newsstand>> d.d. 14 juli 2007 ('One-finger salute sums it up').
14. Zie <www.guardian.co.uk/media> d.d. 16 maart 2007.
15. Zie o.a. <www.cbc.ca/money/story> d.d. 10 december 2007: 'More than 100 letters of support were filed with the court on Black's behalf from such luminaries as former prime minister Brian Mulroney, pop star Elton John, U.S. political commentator Rush Limbaugh and Canadian Nobel Prize winner John Polanyi.'
16. Zie o.a. <www.guardian.co.uk/media> d.d. 16 maart 2007: 'Meanwhile, a passion for history developed as Black became a precocious expert on Napoleon – the first of many fascinations which have led to biographies of FD Roosevelt and Quebec premier Maurice Duplessis, together with a soon to be published work on Richard Nixon' en <http://en.wikipedia.org/wiki/Conrad_Black> (laatstelijk geraadpleegd op 18 januari 2008).
17. Zijn officieuze titel in Canada is klaarblijkelijk 'lord tubby'. Zie o.a. <www.pogge.ca> d.d. 16 februari 2004 ('Tales of Lord Tubby: Showdown in Delaware').
18. Hierover is nog driftig geprocedeerd door Black, een soort queeste, welke procedures hij verloor.
19. Zie o.a. *Black v. Hollinger International, Inc.*, Nos. 130, 292, 304, 2004 (consolidated) (Del. 2005): 'International is a Delaware publicly-held corporation (...). Besides being International's controlling stockholder (through intermediate holding companies), Black was also the Company's Chief Executive Officer and Chairman.' Zie over het onderscheid tussen deze posities o.a. B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag – Binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss.), Deventer: Kluwer 2007, 77.
20. Zie over de zogeheten *internal affairs doctrine*, waardoor kwesties als de op functionarissen van de vennootschap rustende fiduciaire plichten worden beheerst (*in casu* dus het vennootschapsrecht van Delaware), Assink (2007), 1.
21. Vgl. o.a. *Abraham v. Emerson Radio Corp.*, 901 A.2d 751 (Del. Ch. 2006).
22. Zie Assink (2007), hoofdstuk II – nr. 7.e-8 en hoofdstuk III – nr. 10-14.

wijze invulling te geven aan zijn taakopdracht jegens de vennootschap.²³

8. De val van Black zet zich in 2003 echt in. Nadat in een intern onderzoek diverse onregelmatigheden met betrekking tot Black aan het licht komen, waaronder sterke aanwijzingen van ontoelaatbare belangenverstrengeling, maakt Hollinger International, Inc. in november 2003 publiek dat Black 'in goed overleg' zal aftreden als *chief executive officer*. Begin 2004 wordt bekend dat Black ook zal aftreden als *chairman of the board of directors*.²⁴ Het laatste houdt, het zal de lezer niet verbazen, verband met het eerste.

De achtergrond van deze ontwikkelingen wordt door de *Supreme Court* van Delaware²⁵ onder meer als volgt geschetst: 'In May 2003, one of International's largest stockholders demanded that International's board of directors investigate the payment of over \$70 million to Black and other International executives, purportedly made in connection with covenants not to compete. It was claimed that those payments violated the executives' duty of loyalty owed to International. In response to that demand, the International board formed a Special Committee with the mandate and power to investigate and (if believed warranted) to prosecute litigation on behalf of International. As a result of its investigation, the Special Committee identified potential improprieties relating to both the purported non-competition payments and the disclosures in the company's annual reports relating to those transactions. The Special Committee brought its preliminary findings to the Audit Committee, to enable the two committees to confer on what should be done. The result was a letter sent by the chairs of both committees to all executives who had received the questioned payments, asking the recipients to detail the circumstances, and to furnish evidence, of the approval of each non-compete payment. Aware of his vulnerability to a full-blown investigation not only from the Special Committee but also from the United States Securities and Exchange Commission (SEC), and faced with findings of improper self-dealing and material misrepresentations in International's public filings, Black entered into a "Restructuring Proposal" Agreement with the Company. As part of that Agreement, Black agreed to, among other things: resign as CEO, repay the noncompete payments and cause Inc. to do likewise, accede to a reconstituted board that would have a solid majority of independent directors, and not interfere with the on-going Special Committee investigation. Black also agreed to

devote his principal time and energy to a "Strategic Process" that would involve the development of a value-maximizing transaction for the Company, such as a sale of the entire Company or some of its assets. The Restructuring Proposal Agreement was publicly announced in November 2003. Almost immediately after the Restructuring Proposal Agreement was announced, Black violated it.'

Voor het vervolg verwijst ik naar de uitspraak zelf.

Een uitgebreide weergave van de misstanden rondom Black, waaruit blijkt dat hij gedurende vele jaren Hollinger International, Inc. simpelweg geplunderd heeft om in zijn 'levensonderhoud' te kunnen voorzien, is te vinden in het ruim 500 pagina's tellende rapport van Richard C. Breeden (oud-voorzitter van de *United States Securities and Exchange Commission* (SEC)) getiteld 'The Hollinger Chronicles' dat rond september 2004 werd gepubliceerd: een '500-page saga of alleged fraud and corporate theft at one of the world's leading newspaper empires.' Dit rapport maakt deel uit van het interne onderzoek van Hollinger International, Inc.²⁶

Onder het kopje 'A Corporate Kleptocracy' opent het rapport als volgt: 'The problems traced in this Report are not new. Indeed, Hollinger does not appear ever to have been run in accordance with accepted governance principles in the world of public corporations. While individual issues and transactions can and will be the subject of dispute and interpretation, the evidence reviewed by the Committee establishes an overwhelming record of abuse, overreaching, and violations of fiduciary duties by Black and Radler, the two controlling shareholders. To fully gauge the level of Black and Radler's disregard for shareholder interests, one must step back from individual transactions and note the myriad of schemes, fiduciary abuses and fraudulent acts that were used to transfer essentially the entire earnings output of Hollinger over a seven-year period to the controlling shareholders. In this case more than most, one must not overlook the forest for the trees.' Dit rapport doet Black geen goed: 'After a 14-month investigation, he concluded that Lord Black and his associates had taken more than \$400m (£223m) from the company – representing 95.2 per cent of its entire adjusted net income for the six years to 2003. In 22 chapters of allegations, drawn from 750,000 pages of documents and 60 witness statements, the so-called "Hollinger Chronicles" list "aggressive looting", 'fiduciary abuses', "fraudulent acts", and plunde-

ring Hollinger on a vast scale. The alleged abuses range from excessive management fees paid to Lord Black and his associates to expense claims for stereo equipment, opera tickets, charity donations, company-funded private jets and domestic staff. In one "deal the Blacks cut for themselves", the company subsidised a \$212-a-head birthday dinner for Lord Black's wife, Barbara Amiel, the columnist, at New York's exclusive La Grenouille restaurant, where 80 guests dined on Beluga caviar and lobster ceviche. Mr Breeden commented ruefully that at least it was less expensive than the Sardinian party thrown by Dennis Kozlowski, the disgraced Tyco chief executive. But he concluded: "Hollinger was a company where abusive practices were inextricably linked to every major development or action. (...) ethical corruption was a defining characteristic of the leadership team." (...) In his report, he states baldly that Lord Black and Mr Radler operated part of the company for their own benefit. He adds: "These were the truly 'bad actors' in the Hollinger Chronicles".²⁷

Na zijn aftreden gaat het snel verder bergafwaarts voor Black en voltrekt het koningsdrama zich in steeds vlotter tempo via een aaneenschakeling van gerechtelijke procedures.

– Hollinger International, Inc. maakt een civiele (aansprakelijkheids)procedure aanhangig, waarin van onder anderen Black persoonlijk een bedrag van ongeveer £ 200 miljoen wordt gevorderd.

In de media wordt daarover onder meer het volgende gerapporteerd: The lawsuit further alleges that Lord Black showed a breathtaking disregard for Hollinger International's minority shareholders, and accuses him of being an abusive bully who had "absolute power" over the company's board. To back

23. Zie Assink (2007) 149 e.v. De overige fiduciaire plichten laat ik verder buiten beschouwing. Zie Assink (2007), hoofdstuk III – nr. 10-14.

24. Zie o.a. <<http://news.bbc.co.uk>> d.d. 27 februari 2004 ('Conrad Black: where did it all go wrong?'): 'His dismissal as chairman came as a result of an internal investigation at Hollinger International which concluded that the peer and his friends, without authorisation, siphoned off millions of pounds of company funds to pay for their extravagant lifestyles.'

25. *Black v. Hollinger International, Inc.* (Del. 2005).

26. Te vinden op <www.sec.gov/archives/edgar/data>.

27. Zie <www.ft.com> d.d. 4 september 2004 ('The Hollinger Chronicles: the dramatic story of a press baron's downfall').

up its case Hollinger International released a leaked Lord Black email, which was sent to fellow executives. It said: "We now have an unsatisfactory situation where a number of the shareholders think we are deliberately suppressing the stock price, some others think we are running a gravy train and a gerrymandered share structure, and we think they are bunch of self-righteous hypocrites and ingrates"²⁸ en 'In a separate pending lawsuit, Hollinger International claims Lord Black stole \$380.6m (£206m) to fund everything from a private jet to a Rolls-Royce and even payments to his butler.'²⁹

Ik laat dit verder buiten beschouwing. – Eind 2004 entameert de *United States Securities and Exchange Commission* (SEC) civiele procedures tegen onder anderen Black vanwege fraude.

In de media wordt daarover onder meer het volgende gerapporteerd: The Securities and Exchange Commission (SEC) said it was seeking an undisclosed amount of fines from the former owner of the Daily Telegraph. Lord Black and his deputy are said to have fraudulently diverted some \$85m (£46m) from newspaper group Hollinger International between 1994 and 2003. The SEC said Lord Black and David Radler treated the company as if it was "their personal piggy bank". "Instead of carrying out their responsibilities to protect the interest of public shareholders, the defendants cheated and defrauded these shareholders through a series of deceptive schemes and misstatements", said Stephen Cutler, director of the SEC's division of enforcement. The civil lawsuit also seeks to ban Lord Black and Mr Radler, from being company directors. Lord Black does not, however, face the possibility of a jail sentence, as the lawsuit is a civil, rather than criminal matter.³⁰

Ik laat ook dit verder buiten beschouwing.

– En daarbij blijft het niet. Eind 2005 stelt openbaar aanklager Patrick J. Fitzgerald strafrechtelijke vervolging van onder anderen Black in op basis van elf 'criminal fraud charges', waarvan er acht tegen Black zijn gericht. Tevens wordt een arrestatiebevel tegen Black uitgevaardigd. De vervolging wordt in december 2005 uitgebreid met nieuwe aanklachten tegen Black, bestaande uit 'racketeering, obstruction of justice, money laundering and wire fraud'.³¹ Het verwijt van *obstruction of justice* houdt verband met een (bewakings)video, waarop te zien is hoe Black en twee kompanen vanuit zijn kantoor dozen met voorwerpen afvoeren.³² In

2006 wordt de borg voor Black vastgesteld op US\$ 21 miljoen.

Black is dus van meerdere kanten op de korrel genomen. Laatstgenoemde procedure in dit lijstje, dat overigens niet uitputtend is bedoeld³³, is de procedure waarin Black in december 2007 werd veroordeeld tot zesenhalf jaar gevangenisstraf (en een boete van US\$ 125 000).

De kern van de aanklachten is mooi weergegeven in de volgende passage uit een reportage van *CBC News*: 'Hollinger International started selling off its extensive newspaper assets in the late 1990s in a series of transactions. The U.S. government – with star prosecution witness and former Black chief lieutenant David Radler – alleged Black devised a scheme to improperly divert \$60 million US from those sales to himself, and to Radler, Boulton, Atkinson or companies they had an interest in. Kipnis, the prosecution alleged, facilitated the diversions. The prosecution said the money should have gone to Hollinger International and its shareholders but instead was dressed up as non-compete payments – money the buyer of a business pays a seller in return for promising not to start up a competing business. The government alleged the non-compete deals in this case were frauds – cover stories invented to allow Black and the co-defendants to transfer tax-free money into their pockets. The fraud allegations around the sale of these newspapers were the heart of the prosecution's case. The defence argued that non-compete agreements are routine in the newspaper business. In all these transactions, it said, the payments arising out of them were legal, appropriate, disclosed to Hollinger International auditors and authorized by the board. If there was any wrongdoing, defence lawyers said, it was by Radler, who had already pleaded guilty to fraud and who the defence accused of lying to fulfil the conditions of his plea bargain with the prosecution. Boulton, Hollinger's former chief financial officer, and former general counsel Kipnis each faced 11 counts of wire fraud, mail fraud and filing false corporate tax returns. Atkinson, a former company vice-president, faced seven charges. All four defendants had pleaded not guilty. None of them testified during their trial.'³⁴

Deze veroordeling, waarbij de schuldigverklaring is geschied door een jury na ruim twee weken van beraadslagingen, is gebaseerd op 'obstruction of justice and three counts of mail fraud'.³⁵ Deze strafrechtelijke veroordeling van Black raakt mede aan zijn gedragingen als controlerende aan-

deelhouder van Hollinger International, Inc. en de daarmee verband houdende verwijten van zelfverrijking via dubieuze geldstromen, al zijn dus lang niet alle aanklachten in rechte gehonoreerd.

Instructief is wat Larry E. Ribstein, een bekende Amerikaanse hoogleraar vennootschapsrecht, daarover opmerkt op zijn *weblog*: 'The obstruction was a seemingly simple matter, caught on video, and lacking any testimony by Black that might have justified it. The mail fraud was about non-competes that might or might not have been approved – the jury, which at one point announced that it was deadlocked, seems to have struggled mightily with the claim. (...) The bottom line is that Black was convicted basically for illegitimately selling control.'³⁶

De rechter kraakt tijdens de zitting in december 2007 – waarbij de strafmaat werd vastgesteld – dan ook harde noten, daarbij onder meer verwijzend naar Black's fiduciaire plichten jegens Hollinger International, Inc. en haar

28. Zie <<http://news.bbc.co.uk>> d.d. 27 februari 2004.

29. Zie <<http://news.bbc.co.uk>> d.d. 15 november 2004 ('Lord Black is charged with fraud').

30. Zie <<http://news.bbc.co.uk>> d.d. 15 november 2004.

31. Zie o.a. <www.cbc.ca/money/story> d.d. 16 december 2005 ('U.S. charges Conrad Black with racketeering, obstruction').

32. Zie o.a. <www.cbc.ca/money/story> d.d. 16 december 2005 over 'an incident in May when Black and two employees were seen on videotape lugging boxes out the back door of the downtown Toronto office of Hollinger Inc., the company from which he once ruled his news empire. After the security tape was played in a court in Ontario, Black agreed to return the boxes, which he said contained only personal items.' Ook de overige aanvullende aanklachten zijn hier verder uitgewerkt te vinden.

33. Zie <http://en.wikipedia.org/wiki/Conrad_Black> (laatstelijk geraadpleegd op 18 januari 2008), waaruit blijkt dat diverse anderen hun pijlen op Black richt(t)en.

34. Zie <www.cbc.ca/canada/british-columbia/story> d.d. 13 juli 2007.

35. Zie <www.cbc.ca/canada/british-columbia/story> d.d. 13 juli 2007 ('Black found guilty of obstruction, mail fraud'): 'The nine-woman, three-man jury found the Montreal-born Black not guilty on nine other charges, including mail fraud, wire fraud, racketeering and tax fraud.'

36. Zie <<http://busmovie.typepad.com/ideo-blog>> d.d. 14 juli 2007.

– overige – aandeelhouders.³⁷ In de pers is wel geopperd dat dit voor de openbaar aanklager toch wat teleurstellende resultaat waarschijnlijk is veroorzaakt door het complexe juridische en feitelijke karakter van de aanklachten, de omvang van de zaak en het (on)vermogen van de juryleden zich over dit alles een oordeel te vormen bij het beantwoorden van de schuldvraag op alle punten.

Ik wijs nogmaals op de reportage van *CBC News*: 'After 15 weeks of testimony, more than 40 witnesses and about 700 documents, the jurors were handed the case on June 27. Radler, Black's former confidant, pleaded guilty to fraud and received a 29-month sentence as part of an agreement to act as the key witness for the prosecution. Trial watchers said the complicated nature of the case made it tougher for the prosecution to get guilty verdicts on all the charges. "I think [the prosecution] lost a number of jurors", said securities lawyer Andrew Stoltman. "I think the jurors weren't finding guilty beyond a reasonable doubt on most of the charges. And it's only natural when they feel this way – when they can't follow the testimony [and] can't follow the evidence – they tend to find not guilty on a whole bunch of the counts", he told *CBC News*.³⁸

Toch toonde Fitzgerald zich wel content met de uitspraak, waartegen hoger beroep is ingesteld door Black.

Zo kan althans worden afgeleid uit berichtgeving in de media: 'At an afternoon news conference, U.S. prosecuting attorney Patrick J. Fitzgerald told reporters, "I don't like using words like 'victory' to treat it like a basketball game", but said the prosecution team was "very content" with the charges that stuck. "I will simply say this: He was charged, he's now a convicted felon – convicted for very serious fraud charges and convicted of obstructing justice, and I'll leave it at that", Fitzgerald said³⁹ en 'Prosecutors had been pressing for a long sentence, of 19 to 24 years. The Montreal-born Black faced a maximum possible sentence of 35 years. "It's not a failure", said district attorney Patrick Fitzgerald, when asked about the more lenient sentence Black received. "The bottom line is Mr. Black will serve 61/2 years in jail. That's a serious amount of time." (...) The judge ruled the prosecution had not made its case that the fraud amounted to \$32 million US, and based the sentence on the \$6.1-million US loss estimated in the pre-sentencing report.⁴⁰

Wellicht boekt Black, die geen berouw heeft getoond,⁴¹ tijdens het hoger be-

roep meer succes met zijn 150 T-shirts waarop naar verluidt 'Conrad will win' gedrukt staat.⁴²

9. De *duty of loyalty* – en schending ervan door Black – komt meer aan de oppervlakte in de civiele procedure die Hollinger International, Inc. in februari 2004 voor de *Court of Chancery* van Delaware aanhangig maakte tegen onder anderen Black.⁴³ Dit is ook niet zo vreemd, omdat de verwijten tegen Black hierin niet via de band van het strafrecht en de daarbinnen gehanteerde rechtsfiguren hoefden te worden gespeeld, maar rechtstreeks op – onder meer – zijn fiduciaire plichten jegens Hollinger International, Inc. konden worden gebaseerd. Het feitencomplex van deze procedure vertoonde logischerwijs wel belangrijke overlap met de kwesties die later in de strafprocedure zouden spelen. *Vice Chancellor Strine* laat zich in *Hollinger International, Inc. v. Black*⁴⁴ buitengewoon kritisch uit over de wijze waarop Black met de op hem rustende *duty of loyalty* is omgesprongen.

De inleiding van de 134 pagina's tellende opinie is veelzeggend: 'As former Chancellor Allen has said, the most interesting corporate law cases involve the color gray, with contending parties dueling over close questions of law, in circumstances when it is possible for each of the contestants to claim she was acting in good faith. Regrettably, this case is not one of that variety. Rather, in this case, defendant Conrad M. Black, the ultimate controlling stockholder of Hollinger International, Inc. (...), a Delaware public company, has repeatedly behaved in a manner inconsistent with the duty of loyalty he owed the company.'

Black wordt in deze uitvoerige uitspraak gekarakteriseerd als een persoon die er – op sluwe en calculerende wijze handelend – op uit is geweest vooral zijn eigen belang te dienen en zijn eigen kas te spekken, waarbij hij onder meer:

- doelbewust ondernemingskansen die aan Hollinger International, Inc. toevielen aan zichzelf heeft toebedeeld;
- zijn mede-bestuurders door misleiding op het verkeerde been heeft gezet; en
- aan Hollinger International, Inc. toekomstige vertrouwelijke informatie heeft misbruikt voor eigen gewin.

Vice Chancellor Strine vat een en ander aldus samen: 'Thus, Black violated his fiduciary duty of loyalty by, among other acts, (1) purposely denying the international board the right to consider

fairly and responsibly a strategic opportunity within the scope of its Strategic Process and diverting that opportunity to himself; (2) misleading his fellow directors about his conduct and failing to disclose his dealings with the Barclays, under circumstances in which full disclosure was obviously expected; (3) improperly using confidential information belonging to International to advance his own personal interests and not those of International, without authorization from his fellow directors; and (4) urging the Barclays to pressure Lazard with improper inducements to get it to betray its client, International, in order to secure the board's assent to the Barclays Transaction. In sum, Black intentionally subverted the International Strategic Process he had pledged to support through a course of conduct involving misleading and deceptive conduct toward his fellow directors, all designed with the goal of presenting them

37. Zie o.a. <www.cbc.ca/money/story> d.d. 10 december 2007: 'The sentence was at the low end of a sentencing guideline that Judge Amy St. Eve had indicated was appropriate for the former media baron. St. Eve ruled Black had committed a serious crime and that he had violated his duty to Hollinger International and to its shareholders. "No one is above the law in the United States", she told Black. "I cannot understand how someone of your stature could engage in the conduct you engaged in and put everything at risk", she said.'
38. Zie <www.cbc.ca/canada/british-columbia/story> d.d. 13 juli 2007.
39. Zie <www.cbc.ca/canada/british-columbia/story> d.d. 13 juli 2007.
40. Zie <www.cbc.ca/money/story> d.d. 10 december 2007.
41. Zie o.a. <www.cbc.ca/money/story> d.d. 9 december 2007 ('Unrepentant Conrad Black awaits his sentence'): 'Despite opinions from some legal quarters that it would be better for him if he showed some sign of remorse or at least kept quiet, Black is having none of that. In a series of e-mails to the CBC and other media organizations in the last few days, Black has railed against the "injustice" of his convictions and vowed to continue fighting to clear his name and "expose prosecutorial excesses". His latest correspondence – with the Canadian Press news agency – showcased more of that feistiness. "I will not presume to predict what the judge might do, but since I am in fact, not guilty, and the evidence is so flimsy, I assume reasonable people understand that it would be neither believable nor sensible if I suddenly started spouting false remorse for acts I did not commit", Black said in an e-mail.'
42. Zie <www.guardian.co.uk/media> d.d. 16 maart 2007: 'Throughout his fall from grace, never once has Black admitted the tiniest wrongdoing – he has even bought 150 T-shirts declaring "Conrad will win".'
43. *Hollinger International, Inc. v. Black*, 844 A.2d 1022 (Del. Ch. 2004).
44. *Hollinger International, Inc. v. Black* (Del. Ch. 2004).

with a "fait accompli". Most critically, the Restructuring Proposal did exist and constricted Black's, and therefore Inc.'s, range of action.⁴⁵

Het is, zoals *Vice Chancellor Strine* met gevoel voor understatement concludeert, 'difficult to conceive of a meaningful definition of the duty of loyalty that tolerates conduct of this kind.'⁴⁶ Op basis van onder meer deze overwegingen 'the Court of Chancery: (1) entered a money judgment in favor of International, and against Black, for \$ 8,693,053.66, plus interest; (2) entered a money judgment in favor of International, and against Black and Inc. jointly, for \$ 21,154,025.92, plus interest; and (3) permanently enjoined Black and all persons or entities acting in concert with him, from consummating a transaction in violation of the Restructuring Proposal Agreement, from committing further breaches of that Agreement and breaches of fiduciary duty in connection with the Strategic Process, and also from tortiously interfering with the Restructuring Proposal Agreement.' De *Supreme Court* van Delaware legt het tegen deze uitspraak ingestelde cassatieberoep naast zich neer in een zogeheten uitspraak *per curiam*.⁴⁷

Daarbij ter afsluiting overwegend: 'We have considered carefully, and in depth, the multitudinous arguments advanced by the parties in their extensive briefs on their appeal and cross-appeal. We conclude that the Court of Chancery did not err in any respect in its findings of fact or its conclusions of law. To the extent the Court of Chancery made findings of fact, those findings are amply supported by the evidentiary record and are the result of a logical and orderly deductive process. To the extent the Court of Chancery made determinations of law that were based upon those findings, and that were essential to resolving the claims and counterclaims of the parties, we find those conclusions to be free from legal error. The rationale for the rulings of the Court of Chancery are set forth in its extensive Opinion of February 26, 2004 and its bench ruling, and no useful purpose is served by further discussing those rulings in a separate opinion. We therefore uphold the judgment(s) on the basis of the Court of Chancery's well-reasoned Opinion and bench ruling. Our affirmance of those judgments, however, should not be viewed as approval or disapproval of statements that are *dictum*, i.e., rulings that were not essential to a resolution of the claims before the Court of Chancery and to the award of the judgment(s) affirmed by this Court.'

Duidelijke taal.

De toenemende 'verstrafrechtelijking' van het vennootschapsrecht

10. Ten slotte een enkel woord over de realiteit dat deze strafrechtelijke vervolging van Black niet op zichzelf staat, maar een bredere ontwikkeling markeert. In de kern betreft het hier misstanden die traditioneel primair binnen het kader van het civiele recht – specifiek het hoekje van het deelstatelijke vennootschapsrecht – voor de rechter werden gebracht. De door *Hollinger International, Inc.* tegen Black geëntameerde procedure in Delaware als zojuist beschreven illustreert dit. Sinds de ineenstorting aan het begin van deze eeuw van grote Amerikaanse ondernemingen en de daarop volgende invoering in de Verenigde Staten van de federale Sarbanes Oxley-wetgeving is dit aan verandering onderhevig en worden (oud-)functionarissen van vennootschappen, die in die hoedanigheid misstappen begaan, steeds vaker – ook – strafrechtelijk vervolgd. Er is, zo kan wellicht worden gezegd, tot op zekere hoogte een 'verstrafrechtelijking' van het vennootschapsrecht gaande binnen de Verenigde Staten. Nederland is niet geheel onbekend met dit verschijnsel,⁴⁸ maar de schaal waarop dit in de Verenigde Staten geschiedt is – niet geheel verrassend – een duidelijk andere.

11. Deze ontwikkeling is in de Verenigde Staten niet zonder kritiek gebleven. Zo verwijst *Ribstein* in dit verband steevast naar de 'corporate crime lottery', onder meer omdat sommige verdachten weggelaten met betrekkelijk lichte straffen, terwijl anderen in het geheel niet worden vervolgd of juist voor vele jaren de gevangenis in-draaien.⁴⁹

Een goed voorbeeld van dat laatste is het geval van *Bernard J. Webbers*, de voormalige *chief executive officer* van de in 2002 gefailleerde *telecomreus WorldCom, Inc.*, die in 2006 is veroordeeld tot onder meer 25 jaar gevangenisstraf (!) wegens fraude (gelet op zijn leeftijd welbeschouwd levenslang), waarbij het eveneens draaide om behartiging van privébelangen ten koste van het belang van de vennootschap. *Judge Winters* van het *Second Circuit Hof* begint en eindigt de opinie in *United States of America v. Ebberts*⁵⁰ in hoger beroep als volgt: 'There is an element of tragedy here in that it was not a lack of legitimate entrepreneurial skills that caused Ebberts to resort to fraud. (...) the securities fraud here was not puffery or cheerleading or even a misguided effort to protect the company, its employees and its shareholders from the capital-impairing effects of what was believed

to be a temporary downturn in business. The methods used were specifically intended to create a false picture of profitability even for professional analysts that, in Ebberts' case, was motivated by his personal financial circumstances. Given Congress' policy decisions on sentences on fraud, the sentence is harsh but not unreasonable.'

Het is maar de vraag of op korte termijn een koerswijziging in deze ontwikkeling te verwachten valt. Zo wordt uit een zeer recente uitspraak van de *Supreme Court* van de Verenigde Staten met een effectenrechtelijke signatuur, gewezen op 15 januari 2008 inzake *Stoneridge Investment Partners LLC v. Scientific-Atlanta, Inc.*⁵¹, wel afgeleid dat civielrechtelijke aansprakelijkheid in het daar bedoelde geval niet wordt aangenomen mede omdat ter redressering van beweerdelijk laakbaar gedrag strafrechtelijke routes openstaan.

In de woorden van *J. Robert Brown*, een Amerikaanse hoogleraar vennootschapsrecht: '(...) the Supreme Court gave as one of the reasons for not extending liability to vendors the fact that "[s]econdary actors are subject to criminal penalties". *Stoneridge*, at 15. It seems that the majority in *Stoneridge* are comfortable with the use of the criminal

45. Er spelen in deze uitspraak meer aspecten dan schending van de *duty of loyalty* alleen, maar die laat ik vanwege de beperkte ruimte die mij hier ter beschikking staat verder buiten beschouwing. Een aanverwante noemenswaardige uitspraak in deze kwestie is *Hollinger, Inc. v. Hollinger International, Inc.*, C.A. No. 543-N (Del. Ch. 2004). Hierbij geldt dezelfde praktische beperking, waarbij zij aangetekend dat ik beide uitspraken heb aangestipt in *Assink* (2007).
46. De in noot 7 hiervoor genoemde auteurs van het artikel waarin Black wordt gelauwerd zijn buitengewoon kritisch over deze uitspraak: 'The decision by Vice Chancellor Leo Strine was a mistaken one on a number of levels.' De uitwerking van de kritiek kenmerkt zich vooral door taalkundige hoogstandjes, niet door een fijnmazige feitelijke en juridische analyse. Maar dat terzijde.
47. *Black v. Hollinger International, Inc.* (Del. 2005).
48. Te denken valt aan de nasleep van het boekhoudschandaal bij Koninklijke Ahold N.V., zie Rb. Amsterdam 22 mei 2006, *JOR* 2006/178, maar andere voorbeelden zijn te geven.
49. Een mooi overzicht biedt <http://busmovie.typepad.com/ideoblog/corporate_crime/index.html> (laatstelijk geraadpleegd op 18 januari 2008).
50. *United States of America v. Ebberts*, 458 F.3d 110 (2nd Cir. 2006).
51. *Stoneridge Investment Partners LLC v. Scientific-Atlanta, Inc.*, No. 06-43 (U.S. 2008).

laws to sanction what might otherwise be left to the civil realm.⁵²

Niet onbelangrijk lijkt me ook dat het Openbaar Ministerie in dit verband nogal eens succesjes boekt, welke succesjes – mede vanwege het al snel geruchtmakende karakter van dergelijke zaken en het daarmee doorgaans gepaard gaand vuurwerk in de media – ook op betrokkenen zoals de openbaar aanklager afstralen.⁵³ De strafrechtelij-

ke procedure tegen Black die ik hiervoor belichtte is daarvan een mooi voorbeeld. Het zijn zwar(t)e tijden voor Conrad Black.

Bastiaan F. Assink

52. Zie <www.theracetothetbottom.org> d.d. 17 januari 2008 ('Reyes, Stoneridge, and the criminalization of corporate law').

53. Zo is op 16 januari 2008 de voormalige *chief executive officer* van Brocade Communications Systems strafrechtelijk veroordeeld wegens *options backdating* (een praktijk waarover ik schreef in *Ondernemingsrecht* 2008, 16, p. 57) tot 21 maanden gevangenisstraf en een boete van US\$ 15 miljoen. Zie o.a. <www.theracetothetbottom.org> d.d. 17 januari 2008.