

eisers ook niet met het feit dat voor persoonlijke aansprakelijkheid vereist is dat de bestuurder, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taak-uitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. De Hoge Raad oordeelt evenwel dat bij de onderhavige grond voor aansprakelijkheid subjectivering van de wetenschap van de bestuurder niet past. In lijn met eerdere vaste rechtspraak (zie laatstelijk HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvan-ger/Roelofsen*)) wordt in dit arrest bevestigd dat voor de beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid uitgegaan moet worden van een objectieve toets: beslissend is de geobjectiveerde wetenschap van de bestuurder, zowel ten aanzien van de vaststelling van de inhoud van de verplichting van de vennootschap als ten aanzien van de peildatum waarop die wetenschap aanwezig was. Deze benadering past, hoewel eisers anders bepleiten (zie conclusie A-G Timmerman nr. 3.18), ook goed bij het secundaire karakter van de aansprakelijkheid van bestuurders. Voor het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders gelden in verband met het secundaire karakter van de aansprakelijkheid – de vennootschap is immers als primaire ‘dader’ aansprakelijk – hoge eisen, maar deze eisen behoren weer niet zó hoog te worden gesteld dat persoonlijke aansprakelijkheid slechts kan worden aangenomen in geval van kort gezegd daadwerkelijke wetenschap van benadeling van de derde/schuldeiser (zie over het concept van secundaire aansprakelijkheid nader mijn proefschrift: *Aansprakelijkheid van leidinggevend- en IVO-reeks*, deel 63, met name p. 128-137). Door het stellen van de voorwaarde die eisers ingang willen doen vinden, wordt de ‘bewijslat’ voor schuldeisers/derden te hoog gelegd (zie ook conclusie A-G Timmerman nr. 3.10). Voor (voldoende) ernstige verwijtbaarheid is daadwerkelijke wetenschap van benadeling geen vereiste. Ook bij de beoordeling van de interne aansprakelijkheid van bestuurders ex art. 2:9 BW wordt overigens ingevolge vaste rechtspraak (zie HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (*Staleman/Van der Ven*)) een objectieve norm toegepast, immers één van de omstandigheden bepalend voor het

vereiste van ernstige verwijtbaarheid is ‘het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult’.

4. Eisers hebben ook nog aangevoerd dat het hof de Beklamel-norm niet juist zou hebben toegepast. In zijn overwegingen zou besloten liggen dat reeds van verwijtbaar onrechtmatig handelen sprake is, indien bestuurder X rekening diende te houden met de mogelijkheid dat Kloosterbrink niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. De Hoge Raad heeft dit onderdeel afgedaan met toepassing van art. 81 Wet RO. A-G Timmerman legt uit dat het hof wel is uitgegaan van de juiste Beklamel-norm: een zorgvuldige en redelijke handelende bestuurder mag namens zijn vennootschap niet een garantieverklaring afleggen waarvan hij bij voorbaat weet dan wel moet weten dat de vennootschap de uit deze verklaring voortvloeiende verplichtingen in een aantal door de verklaring gedekte omstandigheden niet kan nakomen.

5. Tot slot is interessant te wijzen op de verwerping door het hof van de aansprakelijkheid van medebestuurder Y. Het hof heeft dit mijns inziens op juiste gronden gedaan. Volgens het hof is allereerst relevant dat eisers uitdrukkelijk hebben betwist dat Y ‘bij de litigieuze handelingen betrokken (en, zo leest het hof: daarvan op de hoogte) is geweest’ (zie conclusie A-G Timmerman, nr. 2.12). Daarbij acht het hof nog van belang dat beide bestuurders destijds alleen bevoegd waren om Kloosterbrink te vertegenwoordigen en dat uitsluitend bestuurder X zowel de kredietovereenkomst als de KIV namens de vennootschap heeft ondertekend. Van enige betrokkenheid c.q. wetenschap van bestuurder Y bij de desbetreffende handelingen blijkt met andere woorden niets. Betrokkenheid (wetenschap) van de passieve medebestuurder bij de door de andere bestuurder aangegane verplichting is echter een vereiste voor persoonlijke aansprakelijkheid, zo volgt ook uit het zogenaamde *Pelco*-arrest (HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 318. Zie over dit arrest onder meer nader mijn proefschrift, IVO-reeks, deel 63, p. 93-96). De Hoge Raad besliste hierin dat de persoonlijke aansprakelijkheid van de medebestuurder weliswaar niet is uit-

gesloten, maar dat slechts onder bijzondere, door de schuldeiser te stellen, omstandigheden een persoonlijk verwijt kan worden aangenomen. Nodig is dan met name dat gezegd kan worden dat hij anderszins nauw bij de desbetreffende overeenkomst betrokken is geweest. De Hoge Raad heeft het begrip ‘nauwe betrokkenheid’ (dat hij in navolging van het hof hanteerde) niet nader geconcretiseerd, maar volgens A-G Hartkamp (conclusie nr. 7) moet hierbij worden gedacht aan de situatie dat de medebestuurder in staat was het sluiten van de overeenkomst te voorkomen of de schadelijke gevolgen daarvan voor de wederpartij tijdig af te wenden, maar zulks heeft nagelaten hoewel dat van hem, gelet op de omstandigheden van het geval (met name de financiële toestand van de vennootschap en de wetenschap of voorzienbaarheid van de wanprestatie), kon worden gevergd. Kort samengevat gaat het dus om (objectieve) wetenschap van benadeling en beschikkingsmacht als voorwaarden voor aansprakelijkheid van de medebestuurder wegens nalaten. Op de medebestuurder rust in voormelde omstandigheden met andere woorden een rechtsplicht tot ingrijpen. In casu strandt de aansprakelijkstelling van de medebestuurder reeds op de voorwaarde dat ten aanzien van de (objectieve) wetenschap van benadeling bij bestuurder Y onvoldoende door Euro-commerce is gesteld.

S.N. de Valk

## Ondernemingsstrafrecht

151

### Control letters – Side letters

*Gerechtshof Amsterdam 28 januari 2009, inzake OM/Meurs e.a., LJN BH1789, BH1790, BH1791 en BH1792, RF 2009, 47*

#### Feiten

Op 28 januari 2009 wees het Hof Amsterdam arrest in de zaak tegen de voormalig Ahold-bestuurders Cees van der Hoeven (CEO), Michiel Meurs (CFO),

Jan Andreae (lid raad van bestuur) en Ture Roland Fahlin (commissaris).<sup>1</sup> Kort gezegd, zag het hof zich hierbij gesteld voor twee vragen. In de eerste plaats de vraag of Ahold de joint ventures mocht consolideren naar Nederlands en naar Amerikaans jaarrekeningenrecht (zie nader de annotatie van prof. Van der Zanden). In de tweede plaats de vraag of de 'control letters' vals zijn. In dit commentaar beogen wij kort in te gaan op de tweede vraag: het vraagstuk betreffende 'valsheid in geschrift' ten aanzien van de control letters. Hiertoe wordt eerst de kern van de zaak weergegeven en wordt vervolgens de strafrechtelijke aansprakelijkheid behandeld van de voormalige bestuurders van Ahold in verband met de vermeende valsheid van de control letters.

### Control letters en side letters

De kern van de zaak *Ahold* wordt gevormd door de vier control letters die zijn opgesteld naast de Shareholders' agreements en de vier side letters die deze control letters op hun beurt weerspreken.<sup>2</sup> In de control letters staat telkens eenzelfde passage opgenomen,<sup>3</sup> inhoudende dat in het geval dat Ahold en haar wederpartij geen besluit in consensus kunnen bereiken over een bepaalde kwestie die zij niet kunnen oplossen tot wederzijdse tevredenheid van de aandeelhouders, het voorstel van Ahold uiteindelijk doorslaggevend zal zijn. Deze control letters hebben betrekking op de vier navolgende rechtspersonen: Bompreso S.A., Disco Ahold International Holdings N.V., ICA Ahold AB en Paiz Ahold N.V. Het gaat hier om Aholds zogenaamde '50/50-joint ventures': joint ventures waarin Ahold géén meerderheidsbelang had. Om het succes van haar groeistrategie te benadrukken consolideerde Ahold de financiële gegevens van haar 50/50-joint ventures in de jaarrekeningen van het concern Ahold. Op basis van de toepasselijke Nederlandse maatstaven van de zogenaamde Dutch GAAP,<sup>4</sup> mocht Ahold deze financiële gegevens integraal opnemen. Waarom is er dan toch overgegaan tot het opstellen van control letters?

Dit hangt samen met het feit dat Ahold, door haar notering aan de New York Stock Exchange, eveneens verplicht is tot verwerking van financiële

gegevens naar Amerikaanse maatstaven van de zogenaamde US GAAP.<sup>5</sup> Vanaf (augustus) 1998 heeft Deloitte, de externe accountant van Ahold, er (schriftelijk) op gewezen dat, vanwege het toegenomen belang van de 50/50-joint ventures in de groeistrategie van Ahold, de consolidatie van deze joint ventures in de financiële verslaglegging van Ahold naar de maatstaven van US GAAP niet langer verantwoord was. Om dit probleem te ondervangen zou naar Amerikaanse maatstaven moeten kunnen worden aangetoond dat Ahold 'overwegende zeggenschap' ('substantive control') had over de desbetreffende joint ventures: met dit doel zijn de control letters opgesteld.

In samenspraak met de overige leden van de raad van bestuur besloot Meurs kennelijk de suggestie van Deloitte op te volgen, door de vier control letters op te doen stellen waarmee de benodigde zeggenschap over de betreffende joint ventures naar Amerikaanse maatstaven kon worden aangetoond. Drie van de vier control letters zijn door Ahold aan de externe accountant overhandigd. Op basis van deze control letters oordeelde de accountant dat aan de Amerikaanse voorwaarden van de US GAAP werd voldaan en dat er geen aanleiding meer was om af te wijken van de consolidatiekring die aan de basis lag van de financiële rapportage in de jaarrekening van Ahold, die op basis van de Nederlandse maatstaven van financiële verslaglegging is ingericht.

Naast de vier control letters werden echter ook vier side letters opgesteld die de accountant niet te zien kreeg; deze vier side letters weerspreken de inhoud van de control letters en nemen daarmee de gevolgen van de betreffende control letter weg.<sup>6</sup> Aangezien de control letters in de praktijk zouden betekenen dat de wederpartij afstand doet van zijn vetorechten die voortvloeien uit het Shareholders agreement,<sup>7</sup> waren de joint venture-partners slechts bereid de control letter te ondertekenen indien naast de control letter ook een side letter werd opgesteld, die de werking van die control letters tenietdeed. De vier side letters werden als gezegd niet overhandigd aan de externe accountant en geheimgehouden.

### Positie OM

Volgens het OM zijn de control letters valselijk opgemaakt en gebruikt en dus zijn volgens het Openbaar Ministerie ook de jaarrekening van Ahold (door ten onrechte de joint ventures te consolideren), de jaarverslagen, de 'annual reports on Form 20-F' en de 'reconciliation notes' daarbij,<sup>8</sup> valselijk opgemaakt (ook hier voor zover de joint ventures daarin integraal waren geconsolideerd, dan wel voor zover in de 'reconciliation note' niet was vermeld dat consolidatie niet was toegestaan). Volgens het Openbaar Ministerie is daarnaast sprake van valsheid van de zogenaamde 'letter of representations', waarin het management van Ahold de externe accountant ten onrechte meedeelde dat de jaarrekening en het 'annual report on Form 20-F' een getrouwe beeld gaven in overeenstemming met algemeen aanvaarde grondslagen voor financiële verslaglegging en dat de accountant beschikte over alle financiële administratie ('financial records') en daarmee verband houdende gegevens

1. Hof Amsterdam 28 januari 2009, *LJN* BH1792, BH1789, BH1790 en BH1791, *RF* 2009, 47.
2. In deze bijdrage wordt gesproken van 'control letters' en 'side letters', in beide gevallen gaat het om side letters die ook wel plagen te worden aangeduid als de 'eerste side letters', respectievelijk de 'tweede side letters'.
3. 'Ahold understands that according to the best interpretation of the Shareholders' Agreement in case that we reach no consensus decision on a certain issue which we are unable to resolve to shareholders mutual satisfaction Ahold's proposal will in the end be decisive.'
4. Dutch Generally Accepted Accountancy Principles.
5. US Generally Accepted Accountancy Principles.
6. De tekst van deze side letters luidt: 'Aware of the contents of your letter of (datum), (kenmerk), this is to inform you that we do not agree with the interpretation given by you of our Shareholders' Agreement.'
7. In de Shareholders agreement is juist bepaald dat belangrijke beslissingen op basis van unanimitieit (dan wel op basis van meerderheid van stemmen) worden genomen, waarover Ahold niet beschikte.
8. Vanwege haar notering bij de New York Stock Exchange dient Ahold (onder andere) een zogenaamd 'Form 20-F' in te dienen bij de Securities and Exchange Commission (SEC), waarin de verschillen tussen de regels van het land van herkomst en US GAAP worden weergegeven in de 'reconciliation note'.

('related data'). Bovendien werd hierbij (in één geval) ten onrechte vermeld dat Ahold (overwegende) zeggenschap/ 'control' had in haar joint ventures.

Het Openbaar Ministerie eist in hoger beroep opnieuw (deels) onvoorwaardelijke gevangenisstraffen voor alle vier de verdachten en requireert kort gezegd tot bewezenverklaring van de volgende strafbare feiten: valselijk opmaken van control letters,<sup>9</sup> het gebruikmaken van de valse control letters,<sup>10</sup> openbaarmaking onware jaarverslagen,<sup>11</sup> publieksmisleiding,<sup>12</sup> valselijk opmaken van de letters of representations,<sup>13</sup> valsheid in geschrift ten aanzien van de annual reports on Form 20-F<sup>14</sup> en oplichting van de externe accountant.<sup>15</sup> Bij het formuleren van de strafeis heeft het Openbaar Ministerie in overweging genomen dat verdachten ernstige schade hebben toegebracht aan de integriteit van het ondernemingsbestuur. Dit heeft geleid tot grote financiële schade voor zowel het concern Ahold als voor beleggers in aandelen Ahold. Verdachten hebben door hun handelen ook het vertrouwen in het Nederlandse bedrijfsleven in het algemeen ernstig geschonden.<sup>16</sup> Onvoorwaardelijke gevangenisstraffen zijn volgens de advocaat-generaal een passende reactie op de ernst van de feiten en de verwijtbaarheid daarvan. Tegen Van der Hoeven wordt vijftien maanden gevangenisstraf geëist, waarvan vijf voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar. Meurs zou twaalf maanden waarvan vier voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar moeten krijgen. Tegen Andreae is zes maanden geëist, waarvan vier voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar, een werkstraf van 120 uur en een geldboete van € 120 000. Tegen Fahlin is een voorwaardelijke gevangenisstraf geëist voor de duur van zes maanden met een proeftijd van twee jaar en een geldboete van € 120 000.<sup>17</sup>

#### Uitspraken

De control letters betreffen volgens het hof telkens valse geschriften. In deze control letters staat immers in strijd met de waarheid dat Ahold 'overwegende zeggenschap' over de joint ventures zou hebben. Het gaat hierbij om de zogenaamde 'intellectuele' valsheid, waarmee wordt bedoeld dat een ge-

schrift vals is doordat de inhoud ervan niet overeenstemt met de werkelijkheid.

Het hof behandelt de bestanddelen van art. 225 Sr als volgt. De control letters zijn *geschriften bestemd tot bewijs van enig feit te dienen*, dit volgt volgens het hof rechtstreeks uit de aard ervan: de control letters zijn (de simulatie van) een schriftelijke vastlegging van een overeenkomst waaruit de wijziging van een zeggenschapsverhouding voortvloeit. De geschriften waren bestemd om zulks aan te tonen en waren daartoe ondertekend door de betreffende joint venture-partners. Daaraan pleegt in het maatschappelijk verkeer zonder meer betekenis voor het bewijs te worden toegekend. Het hof heeft voorts ten aanzien van iedere control letter afzonderlijk overwogen op welke gronden moet worden aangenomen dat hij *valselijk is opgemaakt*. Het opmaken van de control letter betreft telkens een schijnhandeling: de control letter suggereert een beschrijving van een contractuele rechtsverhouding tussen de joint venture-partners die niet overeenkomt met de werkelijkheid. Opgemerkt moet worden dat de valsheid van de control letter niet pas ontstaat zodra de tweede side letter is ondertekend; het bestaan van de tweede side letter toont slechts aan dat met de control letter een overeenkomst tussen joint venture-partners werd gesimuleerd. Ten slotte, het *oogmerk van misleiding*, ofwel het oogmerk om het geschrift als echt en onvervalst te gebruiken, hangt nauw samen met de specifieke bedoeling waarmee het geschrift is opgemaakt. De bedoeling van de control letter is geweest om deze zo nodig te overhandigen aan de externe accountant ten bewijze van Aholds 'control' over de betreffende joint venture, opdat deze zou instemmen met voortzetting van de consolidatie naar maatstaven van US GAAP. Voor het bewijs van dit oogmerk is niet vereist dat de geschriften daartoe daadwerkelijk zijn aangewend, voldoende is de enkele bedoeling tot het gebruik van het geschrift dat in het maatschappelijk verkeer misleidend is omdat de inhoud niet overeenstemt met de werkelijkheid.

#### Positie verdachte Meurs

Het hof merkt Meurs aan als hoofd-

schuldige in de Ahold-zaak. Het hof heeft geconcludeerd dat naar maatstaven van Amerikaans jaarrekeningenrecht door Ahold niet mocht worden geconsolideerd. Van Meurs kan volgens het hof echter niet worden verwacht dat hij bekend was met de specifieke kennis van zaken omtrent het Amerikaans jaarrekeningenrecht en daarvan kan hem dan ook geen verwijt worden gemaakt. Bij de beoordeling van het opzet dat is gerelateerd aan de misdrijven die Meurs worden verweten, slaat het hof dan ook uitsluitend acht op de hem destijds bekende feiten en omstandigheden. Volgens het hof zijn Meurs van de zijde van Deloitte zodanige mededelingen gedaan dat hij welbewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de reconciliatie notes in de annual reports on Form 20-F naar maatstaven van US GAAP niet correspondeerden met de werkelijkheid en dus vals waren opgemaakt:<sup>18</sup> het betreft hier derhalve *voorwaardelijk* opzet.

Het voorwaardelijk opzet ten aanzien van de valsheid van het geschrift leidt het hof onder andere af uit (twaalf in het arrest opgesomde) documenten waarin Meurs op uiteenlopende wijzen wordt meegedeeld dat Ahold naar Amerikaanse maatstaven niet 'in control' is, dan wel dat maatregelen moeten worden getroffen die leiden tot oplos-

9. Feit 1 in de zaken Van der Hoeven, Meurs en Andreae.
10. Feit 2 in de zaken Van der Hoeven, Meurs en Andreae.
11. Feit 3 in de zaken Van der Hoeven, Meurs en Andreae, feit 1 inzake Fahlin.
12. Feit 4 in de zaken Van der Hoeven, Meurs en Andreae.
13. Feit 5 inzake Van der Hoeven en Meurs.
14. Feit 6 inzake Van der Hoeven en Meurs, feit 5 inzake Andreae en feit 2 inzake Fahlin.
15. Feit 7 inzake Van der Hoeven en Meurs, feit 6 inzake Andreae, feit 3 inzake Fahlin.
16. Zie ook <[www.om.nl/actueel/strafzaken/ahold/](http://www.om.nl/actueel/strafzaken/ahold/)>
17. In eerste aanleg kwam het Openbaar Ministerie tot een hogere strafeis. Bij de rechtbank werd tegen Van der Hoeven en Meurs twintig maanden waarvan zes maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar geëist. Tegen Andreae werd twaalf maanden waarvan zes maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar geëist. De lichtste straf werd tegen Fahlin geëist: negen maanden waarvan zes maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar.
18. Hof Amsterdam 28 januari 2009, L/N BH1789, RF 2009, 47, r.o. 5.1.

sing van dit probleem, dan wel geven deze documenten volgens het hof blijk van Meurs' bekendheid met het oordeel van de externe accountant over niet-toegestane consolidatie naar maatstaven van US GAAP. Aangezien Meurs vervolgens als oplossing voor dit probleem valse control letters opstelt en ondertekent, aanvaardt hij volgens het hof welbewust de aanmerkelijke kans dat de consolidatie daadwerkelijk in strijd is met Amerikaans jaarrekeningenrecht, welke kans zich volgens het hof ook heeft verwezenlijkt.<sup>19</sup>

Het hof acht medeplegen van valsheid in geschrift, het opzettelijk gebruikmaken en het opzettelijk voorhanden hebben van het valse geschrift (terwijl hij weet en redelijkerwijs moet vermoeden dat dit geschrift bestemd is voor gebruik) als ware het echt en onvervalst, valsheid in geschrift en oplichting (alle meermalen gepleegd) bewezen en legt een voorwaardelijke gevangenisstraf op van zes maanden met een proeftijd van twee jaar en tevens taakstraf van 240 uur en een geldboete van € 100 000.

*Positie verdachte Van der Hoeven*  
Spannender is het arrest van Van der Hoeven. Hij wordt door het hof slechts veroordeeld voor van het 'voorhanden hebben van valse geschriften' – van het overige<sup>20</sup> wordt hij vrijgesproken. Zoals bekend is Van der Hoeven door de Rechtbank Amsterdam veroordeeld voor een veelheid aan delicten. Aan de bewezenverklaring lag echter de veronderstelling ten grondslag dat Van der Hoeven *wetenschap* had van het bestaan en de valsheid van alle control letters, van het gebruik daarvan jegens de externe accountant, van het verhullen van de tweede side letters en van de gevolgen van een en ander voor de financiële verslaggeving naar maatstaven van US GAAP.

Het feitelijk leidinggeven en de wetenschap van Van der Hoeven ter zake, werd door de rechtbank als volgt gemotiveerd. Met betrekking tot het *feitelijk leidinggeven* verwoordt de rechtbank de Slavenburg-criteria als volgt:

'(v)an feitelijk leidinggeven door verdachte kan onder omstandigheden sprake zijn indien verdachte hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs ge-

houden maatregelen ter voorkoming van deze gedraging achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. Er kan pas sprake zijn van een bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans indien verdachte persoonlijk op de hoogte was van de verboden gedragingen. (...) Voor bewezenverklaring van het feitelijk leidinggeven aan de soortgelijke verboden gedragingen inzake Disco Ahold, Paiz Ahold en ICA Ahold is voldoende dat verdachte bekend was met eenzelfde valsheid inzake Bompreno. Door na te laten maatregelen te nemen, neem je bewust het aanmerkelijk risico dat een soortgelijke gedraging zich nog een keer zal voordoen, hetgeen ook is gebeurd. De daarop volgende control- en side letters zijn nagenoeg identiek.'<sup>21</sup>

De *wetenschap* van Van der Hoeven van de valsheid in geschrift inzake Bompreno stond naar het oordeel van de rechtbank vast, nu Ahold onder de navolgende omstandigheden toch besloot Bompreno naar Amerikaans jaarrekeningenrecht te consolideren. De rechtbank motiveert deze omstandigheden als volgt:

'op grond van de vastgestelde feiten staat vast dat verdachte via de vergaderingen van de Raad van Bestuur op 27 oktober 1997, 6 juli 1998 en 7 september 1998 en via de managementletters op de hoogte was van het feit dat de accountant voor de consolidatie van de joint ventures volgens het Amerikaanse jaarrekeningenrecht een aanpassing van de Shareholders agreement nodig achtte. In de vergadering van de Raad van Bestuur werd blijkens de notulen beslist dat er een brief zou worden opgesteld waarin zou worden opgenomen dat Ahold de overwegende zeggenschap had. Vervolgens ondertekent verdachte dan de tweeregelige side letter gedateerd 17 mei 1999 van [getuige 21] waaruit blijkt dat de inhoud van de control letter teniet wordt gedaan. Verdachte verklaart daarover blijkens het ambtsedig proces-verbaal van verhoor (V-2/2, p. 13) dat hij zich de situatie kan herinneren dat Meurs bij hem binnenliep en hem vroeg om bij te tekenen. Dat verdachte zoals hij heeft verklaard de brief blind tekende acht de rechtbank niet geloofwaardig gelet op

'de korte inhoud van de brief en de verklaring van Meurs bij de rechter commissaris op 2 februari 2006 p. 14 waarin staat dat Meurs aan Van der Hoeven heeft uitgelegd wat de functie van de control letter en de side letter voor Bompreno was en waar zij die voor gebruikt hebben. Meurs heeft toen ook aan Van der Hoeven uitgelegd dat de control letter naar D&T (Deloitte & Touche) zou gaan.'<sup>22</sup>

De beslissende vraag in hoger beroep is op welk moment Van der Hoeven op de hoogte is gekomen en dus *wetenschap* heeft gekregen, van het valselijk opmaken van de control letters. Op enig moment in of omstreeks de maand november 1999 verzocht Meurs Van der Hoeven om zijn handtekening te plaatsen op een briefje, dat later de tweede side letter voor Bompreno zou worden genoemd. In de zaak tegen Van der Hoeven staat de vraag centraal wat Meurs bij die gelegenheid aan hem heeft meegedeeld: er is volgens het hof geen enkele aanwijzing dat Van der Hoeven voorafgaande aan bovengenoemd moment van ondertekening weet heeft gekregen van de precieze bewoordingen van de control letter en het bestaan van de side letter.<sup>23</sup> Het hof overweegt dat alleen al om die reden Van der Hoeven niet kan worden verweten dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan het valselijk opmaken van de control letter inzake Bompreno. Enige feitelijke betrokkenheid daarbij heeft hij immers niet gehad en voor zover al van het houden van toezicht op deze (verboden) gedraging als CEO van Ahold kan worden gesproken, zijn er geen aanwijzingen dat hij op het moment van het – valselijk – opmaken van

19. Hof Amsterdam 28 januari 2009, L/JN BH1789, RF 2009, 47, r.o. 5.1.

20. Zie laatste alinea van deze subparagraaf.

21. Rb. Amsterdam 22 mei 2006, L/JN AX3111.

22. Rb. Amsterdam 22 mei 2006, L/JN AX3111.

23. Volgens het hof heeft Van der Hoeven geen bemoeienis gehad met het opstellen van de tekst van de control letter noch met die van de tweede side letter. Meurs heeft ter terechtzitting beaamd dat hij over het opmaken van de tweede side letter inzake Bompreno geen overleg heeft gehad met Van der Hoeven of andere leden van de raad van bestuur (Hof Amsterdam 28 januari 2009, L/JN BH1792, r.o. 5.1 onder 8).

die control letter weet had van het opmaken ervan, laat staan van de valsheid.<sup>24</sup> De tweede side letter geeft ook volgens het hof de werkelijke rechtsverhouding tussen de joint venture-partners weer, met andere woorden: de enige van de in de strafzaak besproken side letters waarop de handtekening van Van der Hoeven is aangetroffen, is niet valselijk opgemaakt.

Het hof oordeelt in dit verband dat zowel voor het begaan van de aan Van der Hoeven ten laste gelegde misdrijven, als voor het feitelijk leidinggeven aan door Ahold begane misdrijven vereist is dat de verdachte persoonlijk opzet op de verboden gedraging heeft gehad, waaronder voorwaardelijk opzet wordt begrepen. Voor de strafbaarheid van feitelijk leidinggeven aan de verboden gedraging van de rechtspersoon kan voldoende zijn dat de verdachte als bestuurder van die rechtspersoon op die gedraging toezicht heeft gehad. Het opzetvereiste geldt echter onverminderd: de feitelijk leidinggever moet weet hebben gehad van de verboden gedraging van de rechtspersoon, dan wel de aanmerkelijke kans op het begaan daarvan willens en wetens hebben aanvaard.<sup>25</sup>

Op grond van het bovenstaande gaat het hof ervan uit dat Van der Hoeven niet reeds in november 1999 bekend is geworden met de door Meurs opgetuigde constructie van valse control letter en achtergehouden side letter. Vaststaat dat Van der Hoeven pas op 23 oktober 2002 op de hoogte is geraakt van de side letter inzake ICA Ahold. Op 16 november 2002 wordt hij door Meurs op de hoogte gebracht van het bestaan van de overige side letters inzake Bompreso, Disco Ahold en Piaz Ahold. Het hof neemt laatstgenoemde datum als uitgangspunt: pas vanaf dat moment droeg Van der Hoeven kennis van het bestaan van de andere tweede side letters naast die van ICA Ahold.

Het hof spreekt Van der Hoeven dan ook vrij van het navolgende: valsheid in geschrift begaan door een rechtspersoon, terwijl hij feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging, meermalen gepleegd; medeplegen valsheid in geschrift, meermalen gepleegd; medeplegen van overtreding van een voorschrift gesteld bij art. 47 Wte 1995; valsheid in geschrift, begaan

door een rechtspersoon, terwijl hij feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging, meermalen gepleegd; en oplichting, begaan door een rechtspersoon, terwijl hij feitelijk leiding heeft gegeven aan die verboden gedraging. Onbetwist blijft echter dat Van der Hoeven vanaf 16 november 2002 kennis droeg van het bestaan van de andere (tweede) side letters dan die van ICA Ahold. Van der Hoeven heeft er echter voor gekozen dat bestaan te verzwijgen en dat rekent het hof hem in strafrechtelijk opzicht aan. Hij wordt veroordeeld ter zake van het opzettelijk voorhanden hebben van valse geschriften (control letters), meermalen gepleegd, waarvoor een geldboete van € 30 000 wordt opgelegd.<sup>26</sup>

#### *Positie verdachte Andreae*

Aangezien het hof heeft geconcludeerd dat naar maatstaven van Amerikaans jaarrekeningenrecht niet mocht worden geconsolideerd, zag het hof zich nu voor de vraag gesteld of Andreae strafrechtelijk relevant betrokken is geweest bij het valselijk opmaken van de 'annual reports on Form 20-F' en daarbij met opzet heeft gehandeld, zulks met inbegrip van voorwaardelijk opzet. Het hof onderzoekt hiertoe over welke kennis van het consolidatievraagstuk Andreae ten minste moet hebben beschikt op het moment van het ondertekenen van de ICA-control letter.

Op grond van (acht) in het arrest opgesomde feiten en omstandigheden leidt het hof af dat de problematiek van consolidatie van joint ventures (met name naar maatstaven van US GAAP) met enige regelmaat onder de aandacht van Andreae is gebracht en dat zelfs bij gebrek aan enige meer dan oppervlakkige kennis van het jaarrekeningenrecht Andreae niet kan zijn ontgaan dat: (1) de accountant meer bewijs van zeggenschap over de joint ventures verlangt (met name ten aanzien van US GAAP) en (2) zonder bewijs van zeggenschap geen consolidatie (mogelijk is).<sup>27</sup>

Met betrekking tot de kennis van Andreae omtrent het doel en de strekking van de control letter inzake ICA gaat het hof ervan uit dat Andreae van Meurs ten minste enige tekst en uitleg heeft gekregen over de control letter inzake ICA. Andreae moest immers op zijn beurt eventuele vragen van Fahlin

en de (ondertekenende) wederpartij kunnen beantwoorden. Bovendien verwoordt de control letter zelf dat zij is bestemd voor de externe accountant. De control letter bevat voorts een passage die onmiskenbaar betrekking heeft op doorslaggevende zeggenschap in algemene zin. Het hof neemt aan dat Fahlin en de wederpartij zonder veel discussie zijn overgegaan tot ondertekening van de control letter en dat Fahlin één of twee dagen daarna Andreae deelgenoot heeft gemaakt van zijn zorgen over de reikwijdte en gevolgen van de door Fahlin ondertekende control letter. Voor wat betreft beide categorieën had Fahlin dus een – mede door hemzelf in het leven geroepen – probleem. Dat wist Andreae en om die reden benaderde hij Meurs, die hem (op een later moment) de side letter als oplossing aanreikte. De side letter werd vervolgens wederom ondertekend door Fahlin en de wederpartij. Als gezegd neemt de side letter de gevolgen van de control letter weg – de hele 'raison d'être' van de (tweede) side letter is de control letter.<sup>28</sup>

Onder deze omstandigheden kan het volgens het hof niet anders zijn dan dat Andreae bovenstaande heeft begrepen: 1. hij kende de teksten van de control letter en de tweede side letter, 2. hij kende het probleem waarvoor Fahlin zich bij nader inzien gesteld zag, 3. hij

24. Hof Amsterdam 28 januari 2009, LjN BH1792, r.o. 5.1 onder 9.

25. Hof Amsterdam 28 januari 2009, LjN BH1792, r.o. 5.1 onder 1.

26. Hof Amsterdam 28 januari 2009, LjN BH1792, r.o. 5.2.

27. Hof Amsterdam 28 januari 2009, LjN BH1790, r.o. 5.1.

28. Het hof overweegt dat als Andreae en Meurs Fahlin tegemoet hadden willen komen onder voorbijgaan van het eigen belang van Ahold, zij hadden kunnen voorstellen de control letter te vernietigen. Dat was volgens het hof precies wat Fahlin moet hebben gewild toen hij zich bij nader inzien bedacht dat hij door ondertekening ervan te ver was gegaan. De control letter bevatte immers een overeenkomst waarop Fahlin terug wilde komen en Ahold wilde daarin klaarblijkelijk niet dwars liggen. Het produceren en opmaken van de tweede side letter kan dan ook uitsluitend worden verklaard indien aan het opmaken van de control letter van de zijde van Ahold waarde werd gehecht. De tweede side letter was kennelijk wel noodzakelijk, dus bestond er nog een control letter waaraan noodzaak en betekenis werd toegekend.



wist van de voorwaarde die de accountant stelde aan (voortzetting van) consolidatie (onder US GAAP), te weten bewijs van 'control' (naar maatstaven van US GAAP), 4. hij moet hebben waargenomen dat de control letter over het verval van het vetorecht van ICA ging en dus betrekking had op de vestiging van zeggenschapsaanspraken, 5. hij moet ten slotte hebben gelezen dat de tweede side letter het daaromtrent overeengekomen volledig teniet-deed.<sup>29</sup>

Andreae heeft de control letter valselijk opgemaakt door deze te ondertekenen in de wetenschap dat de daarin vervatte overeenstemming niet (meer) bestond en wetende dat de externe accountant kennis zou nemen van de control letter met het oog op consolidatie, zonder dat de externe accountant op de hoogte zou worden gesteld van het bestaan van de door Andreae ondertekende side letter.<sup>30</sup>

Met betrekking tot het feitelijk leidinggeven aan het voorhanden hebben van valse control letters, oplichting en opmaken van een vals annual report on Form 20-F oordeelt het hof dat Andreae, mede door zijn persoonlijke bemoeienis met het opmaken van de control letter en de tweede side letter, op de hoogte was, althans willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard, dat Aholds verboden gedragingen zich op de hier beschreven wijze zouden voordoen. Aangezien Andreae, als lid van de raad van bestuur van Ahold bevoegd en redelijkerwijze gehouden was om maatregelen te treffen ter voorkoming van deze verboden gedragingen, dit heeft nagelaten, acht het hof hem schuldig aan het feitelijk leidinggeven aan (de verboden gedraging van) het gebruikmaken van en het voorhanden hebben van een valse control letter met het oogmerk van misleiding en de succesvolle misleiding van de accountant.<sup>31</sup>

Andreae heeft bovendien, mede door kennisneming van de door Meurs valselijk opgemaakte annual reports on Form 20-F waarin ICA naar maatstaven van US GAAP was geconsolideerd, willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat deze consolidatie was verwerkt in strijd met de maatstaven van US GAAP. Desalniettemin heeft Ahold de annual reports on Form 20-F

gepubliceerd en daarvan moet Andreae als lid van de raad van bestuur zonder meer op de hoogte zijn geweest. Andreae was wederom gehouden maatregelen te treffen ter voorkoming van deze verboden gedraging. Door dit na te laten heeft hij feitelijk leidinggegeven aan het valselijk opmaken van het betreffende annual report on Form 20-F.<sup>32</sup>

Het hof veroordeelt Andreae ter zake van: het medeplegen van valsheid in geschrift; het opzettelijk gebruikmaken van het valse geschrift als ware het echt en onvervalst en het opzettelijk het valse geschrift voorhanden hebben terwijl hij weet dat het geschrift bestemd is voor gebruik als ware het echt en onvervalst, begaan door een rechtspersoon, terwijl hij feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging; valsheid in geschrift, meermalen gepleegd, begaan door een rechtspersoon, terwijl hij tezamen en in vereniging feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging; en oplichting, meermalen gepleegd, begaan door een rechtspersoon, terwijl hij feitelijk leiding heeft gegeven aan die verboden gedraging en legt een straf op drie maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar en een geldboete van £ 50 000.

#### *Positie verdachte Fahlin*

Fahlin is, kort gezegd, de volgende strafbare feiten ten laste gelegd: 1. Het openbaar maken van een onwaar jaarverslag, zowel beoordeeld naar maatstaven van Dutch Gaap als naar US Gaap, zulks in 2002, 2. Het valselijk opmaken van het annual report on Form 20-F over 2001 in of omstreeks april 2002 en 3. Oplichting van de externe accountant (Deloitte) tussen april 2000 en mei 2002.<sup>33</sup> Van het onder 1 ten laste gelegde kan het bewijs niet worden geleverd, aangezien het hof concludeerde dat Ahold (ook) ICA Ahold naar Nederlands jaarrekeningenrecht redelijkerwijze in haar geconsolideerde jaarrekening kon consolideren en aangezien het hof niet bewezen acht dat de verloopschema's in de aansluiting naar US Gaap in het jaarverslag in strijd met de waarheid waren opgesteld in geval de joint ventures naar US Gaap daarin ten onrechte zouden zijn geconsolideerd.<sup>34</sup> Het hof oordeelt met betrekking tot het onder 2 en 3 ten laste ge-

legde dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat Fahlin (ten minste in voorwaardelijke zin) het opzet had om in april 2002 met anderen of als één van Aholds feitelijk leidinggevendenden het annual report on Form 20-F over 2001 valselijk op te maken en om tussen april 2000 en 2002 de externe accountant op te lichten door verzwijging van het bestaan van de control letter en tweede side letter, zulks om daarmee goedkeurende verklaringen van de accountant te verkrijgen.

Voor bewezenverklaring van het hem ten laste gelegde is volgens het hof immers vereist dat Fahlin wist, c.q. welbewust de aanmerkelijke kans aanvaardde, dat de control letter wel en de tweede side letter niet aan de externe accountant zou worden overgelegd en dat zulks tot gevolg had dat de accountant werd bewogen tot afgifte van een goedkeurende verklaring c.q. 'auditors report'.<sup>35</sup>

Volgens het hof zou Fahlin daartoe in de periode van 2000 tot en met 2002, althans in april 2002 ten minste moeten hebben geweten of de aanmerkelijke kans moeten hebben aanvaard dat de control letter, waarvan hij enkel wist dat deze oorspronkelijk bestemd was voor de externe accountant, van beslissend belang was voor consolidatie naar US GAAP. Die wetenschap van Fahlin kan volgens het hof niet worden aangetoond; hij was aanzienlijk minder goed geïnformeerd over de achtergronden van het verzoek van Andreae dan leden van de raad van bestuur van Ahold. Ook is er geen bewijs dat Fahlin wist dat de side letter niet aan de externe accountant was overhandigd.<sup>36</sup>

Fahlin wordt dus van de gehele tenlastelegging vrijgesproken.

29. Hof Amsterdam 28 januari 2009, LjN BH1790, r.o. 5.2.

30. Hof Amsterdam 28 januari 2009, LjN BH1790, r.o. 5.2.

31. Hof Amsterdam 28 januari 2009, LjN BH1790, r.o. 5.3.

32. Hof Amsterdam 28 januari 2009, LjN BH1790, r.o. 5.3.

33. Hof Amsterdam 28 januari 2009, LjN BH1791, r.o. 5.1.

34. Hof Amsterdam 28 januari 2009, LjN BH1791, r.o. 5.3.1.

35. Hof Amsterdam 28 januari 2009, LjN BH1791, r.o. 5.3.2.

36. Hof Amsterdam 28 januari 2009, LjN BH1791, r.o. 5.3.2.

**Commentaar**

Terwijl Meurs als de 'financiële man' bij het grootste deel van de strafbare feiten persoonlijk betrokken was, werden Van der Hoeven en Andreae vervolgd voor het feitelijk leidinggeven aan door de rechtspersoon Ahold gepleegde gedragingen. De rechtbank achtte het hierbij van belang dat Van der Hoeven in ieder geval de (tweede) side letter voor Bompreço heeft ondertekend en dat ook vaststaat dat Andreae de control en de side letter inzake ICA heeft getekend. Op grond van deze omstandigheden oordeelde de rechtbank dat sprake was van feitelijk leidinggeven aan de door Ahold gepleegde verboden gedragingen door Van der Hoeven en Andreae.

Zoals hierboven is behandeld heeft de rechtbank geoordeeld dat sprake is van feitelijk leidinggeven op grond van de Slavenburg-criteria:<sup>37</sup> '(v)an feitelijk leiding geven door verdachte kan onder omstandigheden sprake zijn indien verdachte hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden maatregelen ter voorkoming van deze gedraging achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen'. Maar de verdachte dient wel persoonlijk op de hoogte te zijn van de verboden gedragingen. Voor bewezenverklaring van het feitelijk leidinggeven aan de soortgelijke verboden gedragingen inzake Disco Ahold, Paiz Ahold en ICA Ahold was het voldoende dat verdachte bekend was met eenzelfde valsheid inzake Bompreço. De rechtbank redeneerde dat door na te laten maatregelen te nemen, de verdachten bewust het aanmerkelijk risico namen dat een soortgelijke gedraging zich nog een keer zou voordoen, hetgeen ook is gebeurd.<sup>38</sup>

In de zaak tegen Van der Hoeven<sup>39</sup> is het hof, zoals hierboven behandeld, anders dan de rechtbank van oordeel dat er onvoldoende bewijs was dat Van der Hoeven voorafgaande aan het moment van ondertekenen van de side letter voor Bompreço in november 1999 weet heeft gekregen van de precieze bewoordingen van de control letter. Hierdoor kan volgens het hof niet worden bewezen dat Van der Hoeven persoonlijk opzet op de aan hem zelf ten laste gelegde misdrijven, evenals het feitelijk leidinggeven aan de verboden

gedragingen door Ahold heeft gehad, waaronder als gezegd voorwaardelijk opzet wordt begrepen. Het opzetver-eiste bij feitelijk leidinggeven geldt immers onverminderd: de feitelijk leidinggever moet weet hebben gehad van de verboden gedraging van de rechtspersoon, dan wel de aanmerkelijke kans willens en wetens hebben aanvaard. Essentieel is derhalve dat iemand niet de strafbare hoedanigheid van feitelijk leidinggever kan worden toebedeeld indien hij werkelijk van niets wist, zo stelt ook het hof.<sup>40</sup>

Uit de bovenstaande uitspraak blijkt dat de strafrechtspraak niet in de richting wil van een soort risicoaansprakelijkheid. Het moet ondubbelzinnig duidelijk zijn dat de vervolgte functionaris op de hoogte was van de verboden gedragingen (waarbij voldoende is dat de verdachte bekend is met soortgelijke verboden gedragingen) en dat hij, hoewel bevoegd en redelijkerwijs daartoe gehouden, maatregelen ter voorkoming van deze gedraging achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. Nu de vereiste wetenschap ten aanzien van de valsheid inzake Bompreço volgens het hof heeft ontbroken, is de uitkomst van de Ahold-arresten dan ook niet verbazingwekkend. Opmerkelijk is dat het hof aan-nemelijk acht dat de goede verstandhoudingen binnen de raad van bestuur een dusdanige vertrouwensbasis verschaften, dat Van der Hoeven en Meurs elkaar niet zodanig kritisch of wantrouwend benaderden, zodat volgens het hof aangenomen mag worden dat Van der Hoeven slechts een vluchtige blik heeft geworpen op de tekst van de tweede side letter alvorens die te ondertekenen. De tekst van die side letter luidt: 'Aware of the contents of your May 12, 1999's letter, reference AMM/bm 1696c, this is to inform you that we do not agree with the interpretation given by you of our Shareholders' Agreement.' Het hof overweegt dat slechts indien kan worden vastgesteld dat Van der Hoeven niet alleen had kunnen beseffen dat de side letter zich niet verhield met de control letter en om die reden niet aan de externe accountant zou worden overhandigd, maar ook indien hij zich dit (daad)werkelijk realiseerde, zijn handelswijze

binnen het bereik van het strafrecht kan worden gebracht. Gelet op de stellige ontkenning van Van der Hoeven, kan volgens het hof geen grondslag in de verklaringen van Meurs worden gevonden voor het oordeel dat Van der Hoeven dit daadwerkelijk moet hebben begrepen.

Uiteindelijk is Van der Hoeven slechts veroordeeld voor het opzettel-ijk voorhanden hebben van valse control letters vanaf november 2002 tot en met februari 2003. Dit is niet geheel onproblematisch. Van der Hoeven wordt dan verweten dat hij in die korte periode geschriften voorhanden had, met het oogmerk om die geschriften als echt en onvervalst te gebruiken. Maar werden die geschriften niet *in het verleden* gebruikt en kan dan nog worden gezegd dat deze geschriften (nog steeds) bestemd zijn voor dat gebruik? Het hof meent overigens dat hier moet worden uitgegaan van repeterend gebruik van de control letters; zij geven uitdrukking aan een (schijnovereenkomst) met een geldigheid waarvan de duur onbepaald is.<sup>41</sup> Zelfs indien het hof terecht is uitgegaan van een repeterend gebruik van die control letters, zou op Van der Hoeven dan enige rechtsplicht liggen om de kat de bel aan te binden en dat gepleegde strafbare feit door de rechtspersoon, waarvan hij CEO was, te

37. HR 16 december 1986, NJ 1987, 321 (*Slavenburg II*): van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen gepleegd door een rechtspersoon kan sprake zijn indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze gedraging achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de gedragingen zich zullen voordoen.  
 38. Rb. Amsterdam 22 mei 2006, LjN AX3111.  
 39. Anders dan in de zaak tegen Van der Hoeven, is het hof in de zaak tegen Andreae van oordeel dat Andreae door zijn bemoeienis met de control letter en de tweede side letter op de hoogte was, althans willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat Aholds verboden gedraging zich op de hier beschreven wijze zou voordoen. Aan het vereiste van persoonlijk opzet op de verboden gedraging is hiermee voldaan.  
 40. Hof Amsterdam 28 januari 2009, LjN BH1792, r.o. 5.1 onder 2.  
 41. Hof Amsterdam 28 januari 2009, LjN BH1792, r.o. 2.6.14.

melden aan de justitiële autoriteiten?<sup>42</sup> Of zou dat dan in strijd komen met het 'nemo tenetur'-beginsel, zoals dat bijvoorbeeld voor de verplichte melding van bepaalde gevaarzettende misdrijven is verwoord in art. 137 Sr en overigens ook tot uitdrukking komt in art. 160 lid 2 Sr? Met name over deze laatste punten zou een uitspraak van de Hoge Raad duidelijkheid kunnen verschaffen

H. de Doelder en M.T. van der Wulp

42. Buruma meldt (Y. Buruma, 'Strafwaardige witteboordencriminaliteit', *NJB* 2009, 390, p. 483) dat hem werd verweten dat hij niet onmiddellijk de raad van bestuur en de externe accountant heeft geïnformeerd toen hij achter de valsheid kwam. Het hof spreekt (slechts) van een verzwijging (zonder nadere specificatie).

## Jaarrekeningenrecht

152

### Strafrecht als middel voor handhaving van het jaarrekeningenrecht, misleiding door consolidatie, consolidatie naar Nederlands jaarrekeningenrecht en Amerikaanse verslaggevingsregels (US GAAP)

Hof Amsterdam 28 januari 2009, inzake OM/Meurs e.a., LjN BH1789, BH1790, BH1791 en BH1792, RF 2009, 47 (Accountancy-/verslaggevingsaspecten in strafrechtarrest Ahold in hoger beroep)

#### Feiten

Voor de feiten verwijs ik naar de bijdrage van prof. De Doelder en mr. Van der Wulp. De tenlastelegging betrof voor wat accountancy- en verslaggevingsaspecten betreft onder meer mogelijke valsheid in geschrifte door het opmaken van side-letters en een onware letter of representation, het valselijk opmaken van geschriften die dienen als bewijs van enig feit (in casu de jaarrekeningen en de 20-F-20-formulieren ten behoeve van de SEC) c.q. het opmaken van valse jaarrekeningen door het onder meer ten onrechte consolideren van joint ventures in de Nederlandse jaarrekening, het niet vermelden van de ICA-optie en het niet opvoeren

van een voorziening vanwege de strafvervolgving, het niet deconsolideren van deze joint ventures in het formulier 20-F ten behoeve van de deponering bij de Securities and Exchange Commission in de VS, en verder het niet vermelden van de put-optie die ICA alsmede het onvermeld laten van strafrechtelijke risico's.

Achtergrond van het geheel was dat omdat met name vanuit de Verenigde Staten twijfels rezen over de aanvaardbaarheid van volledige consolidatie van de joint ventures door het bestuur van Ahold side-letters werden opgesteld die de grondslag voor volledige consolidatie moesten versterken. Deze side-letters werden tegengesproken door contre-letters,<sup>1</sup> die niet aan de accountant werden getoond en die een min of meer tegengestelde inhoud hadden.

#### Beslissing Hof Amsterdam

Het gerechtshof komt na een uitvoerige analyse onder meer tot de conclusie dat consolidatie naar Nederlands jaarrekeningenrecht verdedigbaar was. Naar Amerikaans verslaggevingsregels mocht volgens het gerechtshof geen volledige consolidatie plaatsvinden. De door Ahold bij de SEC ingediende 20-F-formulieren waren derhalve misleidend. Het opmaken van side-letters en contre-letters werd als valsheid in geschrifte aangemerkt. Het niet opnemen van de verplichtingen uit hoofde van een optie en ter zake van de strafrechtelijke vervolging werd niet bewezen geacht.

#### Commentaar

##### 1. Inleiding

Ik ga gezien de omvang van de uitspraak (meer dan 200 bladzijden) slechts in op de verslaggevingsaspecten. Ik laat de bespreking van de kwestie rond de side-letters aan prof. De Doelder en mr. Van der Wulp.

Alvorens de bovengenoemde punten te bespreken wil ik niet nalaten mijn bewondering uit te spreken voor de wijze waarop de raadsheren de materie ter zake van de verslaggeving hebben behandeld. De wijze waarop het gerechtshof te Amsterdam dit ten aanzien van het ook in accountantskringen als moeilijk ervaren consolidatievraagstuk heeft gedaan (in meer dan 80 bladzijden tekst) dwingt respect af.

2. *Strafrecht als middel voor handhaving van het jaarrekeningenrecht*  
Wat in het arrest opvalt, is dat kennelijk het OM vanuit de tenlastelegging zich op het standpunt stelt dat indien een (bewuste) fout is gemaakt in de jaarrekening sprake zal zijn van schending van de normen opgenomen in art. 225 Sr (valsheid in geschrifte) en van art. 336 Sr (balansfraude). Het hof concludeert in r.o. 2.2.3 dat het zich derhalve moet buigen over het Nederlandse en Amerikaanse jaarrekeningenrecht. Volgens het hof zet het zich aan een minutieuze analyse van de regelgeving omtrent de consolidatie en de in dat kader binnen Ahold relevante feiten.

Naar mijn oordeel zijn bij deze aanpak twee principiële kanttekeningen te maken.

Allereerst het feit dat in Nederland een bijzonder toegeruste rechterlijk forum is gecreëerd dat over geschillen inzake de jaarrekening oordeelt: de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (OK). Aan de rechterlijke ambtenaren zijn een tweetal raden met op dat terrein specifieke deskundigheid toegevoegd. Bij het in werking treden van de desbetreffende wet is uitdrukkelijk bepaald dat indien het openbaar belang dit vergt ook het OM rechtsingang krijgt. De vraag lijkt gerechtvaardigd waarom niet eerst, via de OK-procedure, is vastgesteld of sprake was van onjuistheden in de jaarrekening. Het gerechtshof besteedt hieraan slechts zijdelings aandacht in r.o. 2.3.3 en stelt: 'De toetsingsbevoegdheid van de strafrechter is geen andere, en gaat niet verder dan die van de civiele rechter in procedures die voor de ondernemingskamer van dit hof worden gevoerd. Indien de civiele rechter een jaarrekening onjuist oordeelt, is de jaarrekening in strafrechtelijke zin onwaar, en vice versa.'

Tegen deze achtergrond is interessant de aanpak van het hof bij beantwoording van de jaarrekeningtechnische vragen. Bij mijn weten heeft de OK in haar hele bestaan nog niet een dergelijke uitgebreide analyse gemaakt van

1. In de procedure worden om onduidelijke redenen de side-letters als 'control-letters' en de contre-letters als 'side-letters' aangeduid.