

Prof. Mr. Drs. H. Beckman

## Het arrest van de ondernemingskamer inzake de jaarrekening 1979 van Ogem

### Inleiding

Op 19 november 1981 heeft de ondernemingskamer uitspraak gedaan in de op 30 juli 1980 aangevangen procedure inzake de jaarrekening 1979 van Ogem Holding N.V.<sup>1</sup>. De geschilpunten na vermindering van eis betreffen:

- de verwerking van goodwill en badwill;
- de boekwinst bij verkoop hoofdkantoor.

### Behandeling van goodwill en badwill

Uit de toelichting van de jaarrekening onder het hoofd Algemeen blijkt dat met ingang van het jaar 1979 de goodwill resp. badwill - in één of meer jaren - rechtstreeks ten laste van resp. ten gunste van de winst- en verliesrekening wordt gebracht. Waarderingsverschillen bij afstoting van deelnemingen worden in het desbetreffende jaar in de winst- en verliesrekening verwerkt. De gedragslijn in voorgaande jaren was om de waarderingsverschillen bij verwerving en bij afstoting te verwerken in de voorziening bijzondere doeleinden.

In het betreffende jaar zijn geen deelnemingen afgestoten en is één deelneming (OTI) verworven. Over de verworven deelneming blijkt uit de toelichting van de jaarrekening onder het hoofd Eigen vermogen dat de verwerving geschiedde door uitgifte van 427.026 aandelen Ogem Holding N.V. van nominaal f 10,- per stuk. De vermelde cijfermatige gegevens kunnen als volgt worden samengevat:

	<i>f</i>
nominale waarde aandelen Ogem	4.720.260
toevoeging agioreserve	<u>4.889.740</u>
beurswaarde aandelen Ogem	9.610.000
toevoeging algemene reserve	<u>12.766.000</u>
intrinsieke waarde aandelen Ogem	22.376.000
badwill	<u>8.116.000</u>
intrinsieke waarde aandelen OTI	<u>30.492.000</u>

In de jaarrekening is voorts vermeld dat de intrinsieke waarde van de aandelen OTI is herrekend naar de grondslagen van Ogem. Over de badwill wordt medegedeeld dat deze post onder 'Te betalen overige kosten' is

opgenomen en dat het bedrag daarvan in de loop van drie jaren - i.v.m. het te verwachten onderrendement - ten gunste van de resultaten wordt gebracht.

Door eiseres worden de volgende bezwaren geuit:

- a. Een systeem waarbij badwill ten gunste van het resultaat wordt gebracht is in strijd met art. 311 BW 2.
- b. Er zijn geen gegronde redenen voor stelselwijziging.
- c. De toelichting op het nieuwe stelsel is onvoldoende.
- d. Het nieuwe systeem leidt tot willekeur.
- e. De invloed van de systeemwijziging is niet weergegeven.

*Ad a. Strijd met art. 311 BW 2*

Eiseres acht het oude systeem juist en het nieuwe systeem minder juist. Zij acht het nieuwe systeem voor wat betreft de behandeling van badwill onaanvaardbaar, omdat op deze wijze een onder de intrinsieke waarde gekochte deelneming direct gaat bijdragen tot het resultaat. H.i. ontstaat er strijd met het realisatiebeginsel, als vermeld in de vierde EG-richtlijn. Bovendien is negatieve goodwill niet het spiegelbeeld van positieve goodwill, wel uit oogpunt van het matching-beginsel, maar niet uit oogpunt van het voorzichtigheidsbeginsel, waaraan de vierde EG-richtlijn het primaat geeft. Zij wijst bovendien op APB nr. 16 waarin de activa worden afge- waardeerd.

Ogem stelt dat het Tripartiete Overleg in zijn Voorontwerp van Beschouwingen aan het nieuwe systeem de voorkeur geeft en dat tal van Nederlandse ondernemingen dit systeem volgen. Er kan daarom geen twijfel bestaan omtrent het voldoen aan de normen van art. 311. Zij meent dat badwill wel het spiegelbeeld van goodwill is.

De accountant onderschrijft het nieuwe systeem, gezien het Voorontwerp van Beschouwingen, gezien het feit dat de vierde EG-richtlijn en het ontwerp zevende EG-richtlijn in dezelfde richting wijzen en omdat goede theoretische argumenten voor het nieuwe systeem zijn aan te voeren. Hij geeft hierover - schriftelijk - een uitstekend college. Hij wijst o.m. op het bestaan van verschillende opvattingen en noemt daarvan als belangrijkste:

- goodwill is een investering, gedaan ter handhaving of vergroting van de winstcapaciteit als geheel. In deze opvatting wordt goodwill ten laste van het resultaat gebracht;
- goodwill verschijnt in de jaarrekening doordat men van de handelswaarde der aandelen overstapt op de intrinsieke waarde van de onderliggende activa en passiva. Dit is nodig om tot een geconsolideerde jaarrekening te komen, waarbij het waardeverschil alleen van administratieve betekenis is, reden waarom het verschil in het eigen vermogen moet worden verwerkt.

Omtrent badwill merkt hij op dat overeenkomstige opvattingen bestaan. Sommigen beschouwen deze als een vergoeding voor toekomstige onderrendabiliteit (of, onder omstandigheden, als een door scherp onderhandelen bereikte meevaller), welke in de resultaten moet worden verwerkt. Anderen leggen het accent op de 'waardesprong' van handelswaarde naar intrinsieke waarde en nemen daarom badwill in de reserve op.

De ondernemingskamer geeft als oordeel dat het nieuwe systeem, mits deugdelijk toegelicht, in overeenstemming is met art. 311 BW 2. Zij motiveert haar beslissing als volgt:

'Het negatieve verschil kan immers - behoudens in het geval van een gelegenheidskoop - gekarakteriseerd worden als een vergoeding die wordt genoten voor in de toekomst te verwachten onderrentabiliteit. In die gevallen waarin een verantwoorde schatting kan worden gemaakt van de duur en de omvang van de te verwachten onderrentabiliteit, is het niet onaanvaardbaar dat daartegenover de daarvoor genoten vergoeding als bate wordt aangemerkt. Dit is niet in strijd met het realisatiebeginsel en, mits aan vorenbedoelde voorwaarde is voldaan, evenmin in strijd met het voorzichtigheidsbeginsel.'

Over het beroep van eiseres op APB nr. 16 merkt de ondernemingskamer op:

'Het beroep (...) op de uit 1970 daterende Opinion 16 van (...) is naar het oordeel van de ondernemingskamer niet doorslaggevend. In punt 47 van de voorgestelde uitspraak van het IASC inzake fusie en overname (...) wordt aan het (...) te dezen gehanteerde systeem de voorkeur gegeven.'

Naar aanleiding van het oordeel van de ondernemingskamer merk ik het volgende op. De ondernemingskamer acht een beroep op APB nr. 16 niet doorslaggevend. Ik zou hieraan willen toevoegen: uiteraard! Het gaat om een Nederlandse jaarrekening die moet voldoen aan Nederlandse inzichten. Merkwaardig vind ik wel dat in geen enkel opzicht naar het wetsontwerp aanpassing vierde EG-richtlijn - althans zichtbaar - is gekeken, terwijl wel een exposure draft van de IASC wordt aangehaald. Het is daarom goed nog eens te herhalen dat standaarden van de IASC geen rechtsregelen opleveren, laat staan exposure drafts. Ook staat de positie van een exposure draft beduidend lager in aanzien dan een wetsontwerp. Kennelijk heeft de ondernemingskamer van een anticiperende werking van bedoeld wetsontwerp niet willen weten. Mag hieruit worden afgeleid dat de ondernemingskamer vooralsnog de zienswijze van de wetsontwerper omtrent de voorgestelde behandeling van badwill niet deelt? Het is wellicht nuttig om het voorstel uit het wetsontwerp nog eens in herinnering te brengen. De voorgestelde wettekst gaat er vanuit dat badwill moet worden opgenomen onder een bijzondere wettelijke reserve.

Een volgend aspect waarop ik wil wijzen is het beroep van de accountant en de gedaagde op een Voorontwerp van Beschouwingen van het Tripartiete Overleg. Voorontwerpen zijn bedoeld als stukken om reacties uit te lokken. Het betrokken voorontwerp is inmiddels vervangen door een ontwerprichtlijn. De in de procedure gesignaleerde voorkeur voor het door Ogem toegepaste systeem is er niet meer. Het Tripartiete Overleg zegt thans in aflevering 3 van juni 1981:

'De wijze waarop negatieve goodwill is behandeld, dient in de jaarrekening uiteengezet te worden.'

Niet in het geding was de verwerkingwijze van de nieuw verworven deelneming. Dit constateer ik met enige verwondering, omdat over de verwerkingwijze ook anders gedacht kan worden. Ik doel hierbij niet zo zeer op

de bepaling van de omvang van het agio als wel op de bepaling van de omvang van de badwill. In de ontwerprichtlijnen is de badwill gelijk gesteld aan het verschil tussen de intrinsieke waarde van de overgenomen aandelen en de - om en nabij - bepaalde koerswaarde van de aandelen van de overnemende onderneming, een zienswijze die ik gaarne onderschrijf. De genoemde IASC-exposure draft acht splitsing van deze badwill in een deel dat toegerekend moet worden aan het resultaat in toekomstige jaren en in een deel dat rechtstreeks onder het eigen vermogen wordt opgenomen wel denkbaar, indien de koerswaarde als gevolg van een tijdelijke inzinking lager dan normaal is. Of hiervan in het geval van Ogem sprake is, waag ik vooralsnog te betwijfelen.

Voorts nog een enkele opmerking over de door de accountant als tweede gesignaleerde opvatting over de behandeling van goodwill en badwill. Hij zegt dat het daarbij gaat om de 'waardesprong' van de handelswaarde van de (genomen) aandelen naar de intrinsieke waarde daarvan. Toegepast op het geval OTI zou het dus gaan om de verkrijgingsprijs van de aandelen OTI en de intrinsieke waarde van de aandelen OTI. Indien ik de verkrijgingsprijs aandelen OTI uitleg als overeenkomend met de koerswaarde aandelen Ogem kan ik hierin meegaan, daar dit er toe leidt dat er generlei reden is om het surplus aan intrinsieke waarde boven koerswaarde te splitsen in een deel algemene reserve en een deel badwill.

De uitspraak van de ondernemingskamer maakt wederom duidelijk dat zij een deugdelijke toelichting noodzakelijk acht als onderdeel van het systeem alvorens een systeem te beschouwen als maatschappelijk aanvaardbaar.

#### *Ad b. Geen gegronde redenen*

Eiseres acht de opgegeven reden 'Nu de periode van sterke uitbreiding van het concern door overnemingen van ondernemingen is afgesloten en een fase van consolidatie is ingetreden . . .' onaanvaardbaar, omdat een dergelijke toelichting inhoudt dat de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de grondslagen dan bepaald wordt door de groeifase van de onderneming. Ook acht eiseres de door de accountant genoemde reden 'De bedrijfsvoering van het Ogem-concern onderging een ingrijpende wijziging, doordat de fase van uitbreiding werd afgesloten en het beleid nu op consolidatie werd gericht . . .' onaanvaardbaar, omdat het niet de bedoeling kan zijn de grondslagen te wijzigen als de bedrijfsvoering wordt gewijzigd. Dit wijst slechts op willekeur. Voorts meent eiseres dat een oude grondslag slechts mag worden verlaten bij onaanvaardbaarheid van deze grondslag en niet omdat er een betere zou zijn. Voorts ontkent zij dat de bedrijfsvoering is gewijzigd.

Gedaagde is van mening dat de reden waarom van systeem is veranderd voldoende en juist is toegelicht. Zij bestrijdt de stelling dat alleen van systeem mag worden veranderd indien het oude niet meer aanvaardbaar is. De wetgever gaat er immers vanuit dat van systeem mag worden veranderd. Bovendien verhindert de opvatting van eiseres dat een eertijds gekozen grondslag welke niet, of minder goed past bij gewijzigde inzichten gehandhaafd zou moeten blijven, hetgeen het inzicht niet bevordert.

De accountant voert twee redenen aan waarom ingestemd is met de nieuwe

gedraglijn. De eerste reden is reeds genoemd. De tweede reden is dat de wijze waarop de voorziening bijzondere doeleinden in dit verband werd gehanteerd niet langer als maatschappelijk aanvaardbaar is te beschouwen. De ondernemingskamer herhaalt in deze procedure haar uitgangspunten waaronder een systeemwijziging toegestaan is:

- mede gezien de eis van stelselmatige toepassing van de gekozen grondslagen dienen gegronde redenen aanwezig te zijn;
- mede ter waarborging van de stelselmatige toepassing van de gekozen grondslagen dienen de redenen te worden vermeld;
- de aanvaardbaarheid van een systeemwijziging dient gezien te worden naar het inzicht dat de jaarrekening in haar geheel dient te geven, mede in het licht van recente voorafgaande jaarrekeningen.

Getoetst aan deze uitgangspunten oordeelt de ondernemingskamer de stelselwijziging aanvaardbaar (zie ad a) en is de in de jaarrekening vermelde reden een gegronde reden. Aangezien de systeemwijziging verantwoord is op grond van een wijziging in de bedrijfsvoering is van willekeur geen sprake. Ook de opvatting van eiseres omtrent de voorwaarde waaronder alleen stelselwijziging mogelijk is verwerpt de ondernemingskamer, omdat deze opvatting in strijd is met de wetsgeschiedenis en deze opvatting het inzicht dat de jaarrekening dient te geven niet ten goede zou komen.

De uitspraak van de ondernemingskamer bevestigt uitdrukkelijk het standpunt omtrent de uitgangspunten van een stelselwijziging. Naar het mij voorkomt, verdient de wijze van formulering alle lof. Zeer terecht verwerpt de ondernemingskamer de visie van eiseres, dat alleen van stelsel mag worden gewijzigd als een stelsel niet langer aanvaardbaar is. De door eiseres aangevoerde stelling dat een systeemwijziging niet toelaatbaar is, enkel op grond dat een ander stelsel beter is, wordt impliciet door de ondernemingskamer verworpen. Naar het mij voorkomt is de visie van eiseres ingegeven door een afzetten tegen het standpunt van het Tripartiete Overleg in zijn Voorontwerp van Beschouwingen (uit december 1975) dat stelselwijziging slechts mogelijk is als een alternatief stelsel duidelijk de voorkeur verdient boven het gehanteerde stelsel. Dit standpunt van het Tripartiete Overleg is onjuist. Stelselovergang van het ene systeem naar een ander gelijkwaardig systeem is evenzeer toelaatbaar, mits aan de uitgangspunten voor de beoordeling van de aanvaardbaarheid van stelselwijzigingen wordt voldaan. Terecht vermelden de ontwerprichtlijnen van het Tripartiete Overleg thans dat stelselwijziging geboden is als het nieuwe stelsel tot een aanzienlijke verbetering leidt van het inzicht dat de jaarrekening moet geven.

#### *Ad c. Onvoldoende toelichting*

Eiseres acht de toelichting op twee punten onvoldoende. Het eerste punt houdt in dat niet is toegelicht hoe badwill wordt geboekt in de jaren waarin deze via het resultaat wordt geboekt. Het tweede punt houdt in dat niet duidelijk is of het nieuwe systeem terzake van de behandeling van waardingsverschillen bij afstoting ook voor onder het oude systeem verworven deelnemingen geldt. Zou dit het geval zijn, dan is h.i. dit onaanvaardbaar. Gedaagde en ook de accountant achten de toelichting voldoende. Aangaande het tweede punt merkt de accountant op dat het nieuwe systeem

ook voor onder het oude systeem verworven deelnemingen geldt, zoals ook uit de jaarrekening blijkt. Ook al zou er in het verleden positieve goodwill zijn geweest dan nog is het nieuwe systeem voor deze deelnemingen aanvaardbaar, omdat afboeking destijds geschiedde ten laste van de voorziening en niet ten laste van het eigen vermogen.

Aangaande het eerste punt oordeelt de ondernemingskamer de toelichting niet optimaal. Het zou de voorkeur hebben verdiend om onder het hoofd Algemeen tot uiting te brengen dat het ten laste van of ten gunste van het resultaat boeken van waarderingsverschillen afhankelijk is van de verwachte duur van de over- of onderrentabiliteit. Daar in de toelichting onder het hoofd Eigen vermogen een duidelijke uiteenzetting is gegeven van wat het systeem ten aanzien van de enige in dat jaar verworven deelneming inhoudt acht de ondernemingskamer de tekortkoming van te weinig gewicht om op dit punt een aanwijzing te geven.

Aangaande het tweede punt merkt de ondernemingskamer op dat duidelijk blijkt dat het nieuwe systeem ook geldt voor onder het oude systeem verworven deelnemingen. Zij acht dit ook aanvaardbaar, omdat niet is in te zien waarom het nieuwe systeem terzake van de gevolgen van afstoting van na 1978 verworven deelnemingen, dat voor eiseres aanvaardbaar is, niet aanvaardbaar zou zijn voor onder het oude systeem verworven deelnemingen. Zij voegt hieraan nog toe:

‘Dat spreekt te meer nu in het oude systeem ( . . . ) de positieve goodwill ten laste van een voorziening is gebracht en ( . . . ) niet ten laste van het eigen vermogen.’

De uitspraak van de ondernemingskamer bevestigt de betekenis die de ondernemingskamer - terecht - hecht aan de uiteenzetting van de algemene gedragslijnen, los van de individuele toelichting op de afzonderlijke posten van de jaarrekening.

#### *Ad d. Willekeur bij het nieuwe systeem*

Eiseres acht het systeem waarbij ‘in één of meer jaren’ de goodwill of badwill rechtstreeks wordt verwerkt in het resultaat tot willekeur leiden. Zij meent dat de gedragslijn afhangt van de toevallige samenstelling van de Raad van Commissarissen.

De accountant vermeldt dat de Raad van Bestuur besloot de termijn niet te fixeren, maar van geval tot geval afhankelijk te stellen van de verwachte duur van de over- of onderrentabiliteit. Hij merkt hierbij nog op dat het uiteraard zijn bedoeling is om van geval tot geval te beoordelen of de aangenomen termijnen corresponderen met verantwoorde veronderstellingen, zodat van willekeurige beslissingen geen sprake zal kunnen zijn.

De ondernemingskamer wijst de stelling van eiseres af, omdat het nieuwe systeem niet tot willekeur leidt, gezien het afhankelijk stellen van de verwachte duur van over- of onderrentabiliteit. Zij merkt nog op dat de accountant het terecht tot zijn taak rekent een en ander te toetsen.

#### *Ad e. Invloed systeemwijziging*

Eiseres is van oordeel dat ten onrechte de invloed van de systeemwijziging op het vermogen en het resultaat niet is vermeld.

Gedaagde stelt dat de invloed wel is vermeld. Deze heeft uitsluitend op OTI betrekking en de gevolgen blijken uit de toelichting.

De accountant merkt op dat de voorziening bijzondere doeleinden eind 1978 op juiste omvang zat, hetgeen meebrengt dat de systeemwijziging in 1979 geen invloed had op het in 1979 getoonde vermogen en resultaat.

De ondernemingskamer acht de stelling van eiseres gemotiveerd weersproken. Daar eiseres bij haar stelling niet heeft volhard, laat zij deze stelling verder buiten beschouwing.

### **Boekwinst bij verkoop van het hoofdkantoor**

Ogem heeft haar hoofdkantoor, waarin zij sinds december 1979 is gevestigd, verkocht. De boekwinst was f 1,9 miljoen. Hieromtrent zijn geen afzonderlijke gegevens in de jaarrekening vermeld.

Eiseres is van mening dat de aanmerkelijke boekwinst, zowel qua omvang als qua verwerkingswijze - al dan niet via de winst- en verliesrekening - uit de jaarrekening moet blijken. Het ter processe genoemde bedrag van de boekwinst is circa 10% van het netto-resultaat en had afzonderlijk, eventueel als bijzondere bate vermeld moeten worden. Voorts twijfelt eiseres over de juistheid van de hoogte van de boekwinst. Bij verkoop gold een huurgarantie waarop de nieuwe eigenaar reeds een beroep heeft moeten doen.

Gedaagde is van mening dat afzonderlijke specificatie van de boekwinst niet vereist is, gezien het geringe belang, nl. nog geen 0,04% van de jaaromzet. Het bedrag is verwerkt onder het bedrijfsresultaat. Van een bijzondere bate is geen sprake omdat Ogem ook projectontwikkelaar is en het betrokken pand in het kader van de projectontwikkeling is gebouwd en verkocht. Vermelding van het resultaat van ieder afzonderlijk project is niet vereist. Omtrent de nadelige gevolgen van de huurgarantie, merkt gedaagde op dat deze zijn geschat en voor het geschatte bedrag in de jaarrekening zijn verwerkt.

De ondernemingskamer constateert dat eiseres niet heeft weersproken dat het bedoelde pand door gedaagde in het kader van projectontwikkeling is gebouwd en verkocht. De behaalde boekwinst is derhalve in de normale bedrijfsuitoefening behaald en een afzonderlijke vermelding van dit bedrag - dat slechts een zeer gering deel van de jaaromzet uitmaakt - is niet vereist.

Het oordeel van de ondernemingskamer is in overeenstemming met de geldende wet, waarin onderscheid wordt gemaakt tussen *bedrijfsresultaat* enerzijds en *overige baten en lasten* anderzijds. In de onderhavige casus maken de boekresultaten deel uit van het bedrijfsresultaat, gezien de aard van de werkzaamheden van Ogem. De gebruikelijke situatie is evenwel dat de boekresultaten geen deel uitmaken van het bedrijfsresultaat, maar van de overige baten en lasten, gewoonlijk opgenomen onder de buitengewone baten en lasten.

#### *Noten*

1 *Het arrest is opgenomen in Documentatie rond de jaarrekening, Deventer, losbladig.*