Toezicht op financiële verslaggeving, getrouw beeld en discretionaire bevoegdheden

Anton Dieleman

SAMENVATTING Naar aanleiding van de uitspraken van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad met betrekking tot de jaarrekening 2006 van Spyker wordt in dit artikel een analyse gegeven van een aantal relevante elementen uit die uitspraak. Aandacht wordt besteed aan het concept van het 'getrouw beeld' en de invloed van materiële fouten daarop. Vervolgens wordt op basis daarvan de zogenaamde discretionaire bevoegdheid van de AFM en de Ondernemingskamer behandeld. Tot slot besteedt het artikel aandacht aan ontbrekende toelichtingen in de jaarrekening die wel in het jaarverslag zijn opgenomen en op de wijze waarop de Ondernemingskamer in dat verband omgaat met toegezegde verbeteringen.

RELEVANTIE VOOR DE PRAKTIJK Voor bestuurders die verantwoordelijk zijn voor het opmaken van de jaarrekening en het jaarverslag en accountants die de controle van de jaarrekening uitvoeren, geeft dit artikel een nuttig inzicht in het concept van het getrouwe beeld en hoe de toezichthouder en rechterlijke macht in dat verband aankijken tegen materiële en niet-materiële fouten.

1 Inleiding

De uitspraken van de Ondernemingskamer (OK) en de Hoge Raad (HR) inzake de procedure van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) tegen Spyker hebben al verschillende reacties veroorzaakt. Een aantal aspecten vraagt om een nadere beschouwing.

Ter inleiding nog een kort overzicht van met name de OK-procedure en -uitspraak. In deze procedure ging het om een door de AFM ingediend verzoek bij de OK tegen de jaarrekening 2006 van Spyker. Belangrijkste onderdeel van het verzoekschrift was het verzoek aan de OK om Spyker te verplichten haar jaarrekening 2006 opnieuw op te maken gegeven de onvolkomenheden waarvan – naar het oordeel van de AFM – sprake was. De OK komt in haar uitspraak tot de conclusie dat 'de tekortkomingen al met al niet zodanig ernstig zijn dat het financieel verslag 2006 in zijn geheel, dan wel de jaarrekening 2006 (of overige gegevens) als onderdeel daarvan, niet voldoet(n) aan hetgeen op grond van de wet en IFRS is vereist'. Het tweede relevante onderdeel uit de uitspraak is dat de OK van oordeel is dat 'afwijkingen van IFRS met betrekking tot met name een aantal toelichtingsvereisten, mede in het licht van de door Spyker toegezegde aanpassingen in het financieel verslag 2007, evenmin zodanig ernstig zijn dat het geven van specifieke aanwijzingen voor toekomstige jaarrekeningen zou zijn geboden'. Centraal in deze uitspraak staat derhalve de conclusie dat de jaarrekening 2006 van Spyker een getrouw beeld geeft van de financiële positie en de financiële prestaties van de rechtspersoon. Herziening van die jaarrekening is dus niet aan de orde. Voorts acht de OK het niet nodig aanwijzingen te geven voor de inrichting van de jaarrekeningen van toekomstige jaren. Tegen de uitspraak van de OK is de AFM in cassatie gegaan bij de HR. Die heeft het beroep van de AFM verworpen. Het draait in de hele procedure met name om twee elementen:

- Geeft de jaarrekening een getrouw beeld van de financiële positie en de financiële prestaties en hoe verhoudt dit getrouwe beeld zich tot materiële afwijkingen?
- Wat is de betekenis van de zogenaamde discretionaire bevoegdheid van de OK in dergelijke procedures?

De inhoud van het artikel is als volgt samen te vatten: wanneer is sprake van al dan niet-materiële fouten in de jaarrekening waardoor het getrouwe beeld dat de jaarrekening moet geven, wordt aangetast en welke bevoegdheden hebben de AFM en de OK met betrekking tot dergelijke tekortkomingen in de jaarrekening?

In het artikel komen de volgende onderwerpen aan de orde: in de tweede paragraaf wordt ingegaan op het getrouwe beeld dat de jaarrekening moet geven van vermogen en resultaat. Paragraaf 3 behandelt materiële fouten die afbreuk doen aan het getrouwe beeld. Daarbij wordt onderscheid gemaakt in fouten van materiële, maar niet diepgaande invloed en fouten van materiële en diepgaande invloed. Paragraaf 4 behandelt de discretionaire bevoegd-

heid van zowel de AFM als de OK op grond waarvan aanwijzingen gegeven kunnen worden met betrekking tot de inrichting van de jaarrekening, dan wel toekomstige jaarrekeningen. Vervolgens wordt in paragraaf 5 aandacht besteed aan de situatie waarbij de toelichting op de jaarrekening tekortkomingen bevat die 'gerepareerd' worden door een toelichting in het jaarverslag. De zesde paragraaf gaat in op verbeteringen die door de rechtspersoon met betrekking tot toekomstige jaarrekeningen worden toegezegd, waarna paragraaf 7 afsluit met enkele concluderende opmerkingen.

Uit het voorgaande blijkt dat ik met name een aantal procedurele aspecten aan de orde stel en voorbij ga aan de vraag of de jaarrekening van Spyker een getrouw beeld geeft van de financiële positie, de financiële prestaties en de kasstromen. Een vraag die uiteraard in de OK-zaak wel de oorzaak vormde voor de onderhavige procedure.

2 Getrouw beeld

Het concept 'getrouw beeld' wordt ontleend aan IAS 1.13[1], waarin het volgende wordt bepaald: 'De jaarrekening moet een getrouw beeld geven van de financiële positie, de financiële prestaties en de kasstromen van een entiteit. Een getrouw beeld vereist een getrouwe weergave van de gevolgen van transacties, andere gebeurtenissen en omstandigheden, overeenkomstig de definities en opnamecriteria voor activa, verplichtingen, baten en lasten zoals die in het Raamwerk zijn uiteengezet. De toepassing van IFRS, met waar nodig aanvullende informatie, wordt geacht te leiden tot een jaarrekening die een getrouw beeld geeft.' Ik hanteer deze IFRS-definitie omdat de onderhavige juridische procedure betrekking had op de jaarrekening 2006 van Spyker Cars N.V. die was opgesteld op basis van IFRS. Getrouw beeld betekent dus dat de jaarrekening in alle van materieel belang zijnde aspecten in overeenstemming met het van toepassing zijnde verslaggevingskader is opgemaakt. Binnen IFRS betekent dit dat de jaarrekening een getrouw beeld moet geven van de financiële positie, de financiële prestaties en de kasstromen van de rechtspersoon. Toepassing van het 'getrouw beeld'-concept betekent, naast het voldoen aan alle in IFRS voorgeschreven bepalingen, onder meer dat:

- een aanvullende toelichting vereist is, indien noodzakelijk voor het geven van een getrouw beeld (IAS 1.13);
- (in zeer uitzonderlijke omstandigheden) moet worden afgeweken van een IFRS-bepaling – uitsluitend in de situatie dat het voldoen aan de desbetreffende IFRS-bepaling misleidende informatie zou opleveren (IAS 1.17);
- voor niet-materiële posten afzonderlijke presentatie niet is vereist (IAS 1.29);
- het ontbreken van toelichtingen niet leidt tot strijdigheid met IFRS indien die toelichtingen individueel en gezamenlijk van niet-materiële betekenis zijn (IAS 1.31).

Voor wat betreft dit laatste element benadruk ik dat het niet uitsluitend gaat om toelichtingen die vanuit kwantitatief oogpunt niet-materieel zijn. Ook het kwalitatief materialiteitsaspect moet in de beoordeling worden betrokken. Dat betekent dat een post of toelichting die in kwantitatieve zin wellicht als niet-materieel moet worden aangemerkt, op grond van kwalitatieve criteria wel als materiële post of toelichting moet worden beschouwd.

Als er sprake is van onjuistheden van materiële omvang (in kwantitatieve of kwalitatieve zin), kan de jaarrekening geen getrouw beeld geven van de financiële positie, de financiële prestaties en de kasstromen van de rechtspersoon. Andersom geredeneerd: indien er sprake is van niet-materiële onjuistheden, individueel en geaggregeerd, is er nog steeds sprake van een jaarrekening die een getrouw beeld geeft. Dit blijkt ook expliciet uit de uitspraak van de OK (r.o. 3.21) als de OK motiveert: 'Er bestaat samenhang tussen het materialiteitsbegrip en het getrouwe beeld van de jaarrekening. Indien een bepaald punt niet materieel te achten is, dus derhalve van gering belang is, zal dit het getrouwe beeld van de jaarrekening niet aantasten.' Recent is door Reimers (2010) ook aandacht besteed aan beide onderwerpen. Hij komt tot de conclusie dat een materiële afwijking onvoldoende is voor de herziening van een jaarrekening, maar dat daarvan pas sprake lijkt te zijn als het getrouwe beeld wordt aangetast. Ik zet vraagtekens bij die formulering. Een dergelijk verschil tussen getrouw beeld en materiële onjuistheden is er namelijk niet. Reimers komt tot dat standpunt omdat hij concludeert dat informatie die volgens de OK ten onrechte niet is opgenomen automatisch als materiële fout kwalificeert. En dat is niet het geval, omdat er ook sprake kan zijn van de hiervoor door mij aangeduide onvolkomenheden die niet tot strijdigheid met IFRS leiden als ze individueel en gezamenlijk niet van materiële betekenis zijn.

3 Materiële fouten

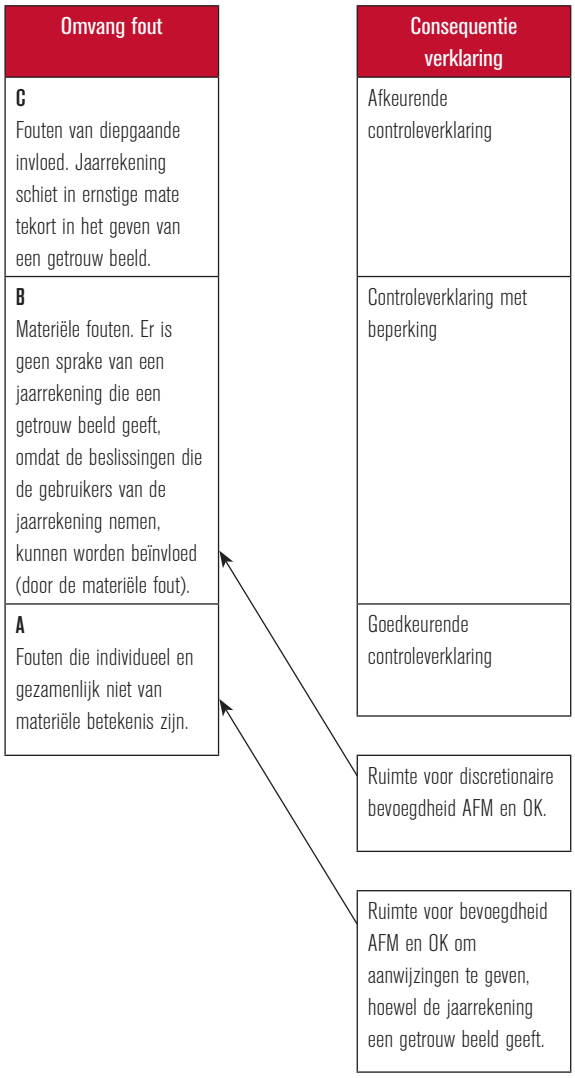
Materialiteit, of materieel belang, wordt in IAS 8.5 als volgt gedefinieerd: 'Het weglaten of onjuist weergeven van posten is van materieel belang indien de weglating of onjuiste weergave, afzonderlijk of gezamenlijk, de economische beslissingen die de gebruikers op basis van de jaarrekening nemen, zou kunnen beïnvloeden. De materialiteit is afhankelijk van de omvang en aard van de weglating of onjuiste weergave, en wordt beoordeeld op basis van de omstandigheden die zich voordoen. De omvang of de aard van de post, of een combinatie van beide, kan of kunnen de beslissende factor vormen.' Met betrekking tot de vraag wanneer sprake

is van al dan niet-materiële fouten en de consequenties daarvan voor de jaarrekening en de accountantsverklaring, maak ik gebruik van het schema in figuur 1.

Ter toelichting op dit schema merk ik het volgende op.
Indien er sprake is van onjuistheden die individueel en gezamenlijk niet van materiële betekenis zijn (blok A), geeft de jaarrekening een getrouw beeld van de financiële positie en de financiële prestaties van de rechtspersoon. De accountant verstrekt in dat geval een goedkeurende controleverklaring bij de jaarrekening.

Is er sprake van onjuistheden die alleen dan wel gezamenlijk van materiële betekenis, maar nog niet van diepgaande invloed zijn (blok B), dan is er sprake van onjuistheden waardoor de beslissingen die de gebruikers op basis van de jaarrekening nemen mogelijk kunnen worden beïnvloed. De jaarrekening geeft dan niet langer een getrouw beeld. Omdat er nog geen sprake is van onjuistheden van diepgaande invloed, geeft de accountant in die situatie een controleverklaring met beperking.

Figuur 1 Consequenties onjuistheden op jaarrekening en controleverklaring



Indien onjuistheden zodanig van omvang zijn dat ze niet langer als 'materieel' kwalificeren maar van diepgaande invloed zijn, dan betekent dit dat de jaarrekening in ernstige mate tekortschiet (blok C). Controletechnisch betekent dit dat dergelijke fouten worden aangemerkt als onjuistheden die van diepgaande invloed op de financiële overzichten zijn. De accountant moet in dat geval een afkeurende controleverklaring afgeven.

Ik verduidelijk het voorgaande met een cijfermatig (vereenvoudigd) voorbeeld, waarbij ik uitsluitend het kwantitatieve element van materieel belang in aanmerking neem. Stel dat met betrekking tot een jaarrekening het materieel belang als volgt wordt onderscheiden. Onjuistheden die alleen of gezamenlijk minder dan 100 bedragen, worden als niet-materieel aangemerkt. Is er sprake van onjuistheden die alleen of gezamenlijk meer dan 100, maar minder dan 200 bedragen, dan is er sprake van een materiële fout. Bedraagt het geheel van de onjuistheden meer dan 200, dan schiet de jaarrekening in ernstige mate tekort. In de eerste situatie zal de accountant een goedkeurende controleverklaring verstrekken, in de tweede situatie (fouten tussen de 100 en 200) een controleverklaring met beperking en in de laatste situatie (fouten meer dan 200) wordt een afkeurende controleverklaring verstrekt.

Op de overige onderdelen van het schema ga ik in de volgende paragraaf in.

4 Discretionaire bevoegdheid

In het kader van dit artikel (zoals ook weergegeven in het hiervoor gepresenteerde figuur 1) is vervolgens de zogenaamde discretionaire bevoegdheid van zowel de AFM als de OK relevant. Discretionaire bevoegdheid interpreteer ik, zoals ik hierna verder uiteen zal zetten, op twee verschillende manieren:

- Allereerst betreft het de bevoegdheid van de AFM en de OK om – ondanks het feit dat de jaarrekening onjuistheden van materieel belang bevat – geen aanwijzing te geven dan wel verplichting op te leggen, het maatschappelijk verkeer hierover te informeren of de jaarrekening te herzien.
- Daarnaast hebben de AFM en de OK de mogelijkheid om, indien er sprake is van onjuistheden die alleen of gezamenlijk van niet-materiële betekenis zijn, de onderneming eveneens te verzoeken het maatschappelijk verkeer hierover te informeren.

De bevoegdheden van de AFM in het kader van toezicht op financiële verslaggeving (van beursfondsen) vloeien voort uit de Wet toezicht financiële verslaggeving ('Wtfv'). De jaarrekeningprocedure via de OK en haar bevoegdheden zijn tegelijkertijd met het van kracht worden van de Wtfv opgenomen in BW 2.9 (daarvoor waren de wettelijke bepalingen met betrekking tot de OK-procedure opgenomen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Op grond van de simultane behandeling van beide wettelijke regelingen en de inhoud van de parlementaire geschiedenis blijkt sprake van een – deels vergelijkbare – discretionaire bevoegdheid bij zowel de AFM als de OK. Daarom ga ik op beide discretionaire bevoegdheden in.

Discretionaire bevoegdheid AFM

De bevoegdheid die de AFM heeft op grond van de Wtfv valt uiteen in drie categorieën:

1. De AFM kan een mededeling geven met daarbij de aanbeveling dat de onderneming een algemeen verkrijgbaar bericht uitgeeft en daarin aangeeft op welke manier in toekomstige jaarrekeningen met verslaggevingsonderwerpen zal worden omgegaan waarbij de AFM twijfel heeft (art. 3 lid 2a Wtfv). Dit is de 'lichtste' sanctie, omdat het bericht uitsluitend ziet op toekomstige jaarrekeningen.
2. De AFM kan eenzelfde bericht aanbevelen waarin de onderneming moet uitleggen op welke onderdelen de jaarrekening niet voldoet aan de voor dat onderdeel relevante voorschriften (art. 3 lid 2b Wtfv). Dit is een bericht met een zwaarder gewicht, omdat het feitelijk een correctie op een eerder gepubliceerde jaarrekening betreft.
3. Tot slot heeft de AFM de bevoegdheid een jaarrekeningprocedure bij de OK te starten (art. 4 lid 3 Wtfv).

De discretionaire bevoegdheid van de AFM en het feit dat deze twee kanten heeft, blijkt als volgt uit de parlementaire geschiedenis.

Uit de memorie van toelichting ('MvT') bij het wetsvoorstel[2] blijkt dat de AFM kan afzien van een mededeling als hiervoor genoemd. Dat is het geval als de jaarrekening volgens de AFM niet voldoet aan de gestelde voorschriften maar een grotere transparantie op de effectenmarkt (lees: een hogere kwaliteit van de desbetreffende verslaggeving) niet opweegt tegen schade die een dergelijke mededeling voor de effectenuitgevende instelling meebrengt. Interessant is daarbij de vraag of het in die situatie alleen gaat om gebreken van materiële omvang, of dat de AFM ook een mededeling kan doen indien er sprake is van gebreken van niet-materiële omvang. Dat wordt uit de wet(sgeschiedenis) niet duidelijk. Bij het eerste wetsontwerp en het schrijven van de MvT was er nog sprake van een wettekst die, voor wat betreft het onder 2 genoemde onderdeel, uitging van het 'in ernstige mate tekortschieten van de jaarrekening'. Dat betekent dat het moest gaan om fouten van ten minste diepgaande invloed (blok C). Uit de toelichting bij de Nota van Wijziging blijkt dat dit is aangepast, zodat ook in situaties van materiële fouten de AFM een bericht kan aanbevelen.[3] Daaruit zou geconcludeerd kunnen worden dat het alleen gaat om fouten van ten minste materiële omvang (blok B).

Maar uit dezelfde Nota van Wijziging blijkt dat ook aandacht is besteed aan fouten die individueel en gezamenlijk van niet-materiële omvang zijn (blok A). De Nota van Wijziging geeft namelijk aan dat de mededeling van de AFM met de aanbeveling voor de onderneming om een bericht te publiceren ook wenselijk kan zijn in situaties waarbij de onvolkomenheden van de toepassing van de financiële verslaggevingsvoorschriften niet van dien aard zijn dat daarmee het getrouwe beeld wordt aangetast. Persoonlijk ben ik van mening dat die mogelijkheid disproportioneel is. De jaarrekening geeft immers – omdat de onjuistheden individueel en gezamenlijk van niet-materiële betekenis zijn – een getrouw beeld van de financiële positie en de financiële prestaties van de onderneming. Daarbij past geen mededeling van de AFM die de onderneming een aanbeveling geeft om een bericht te publiceren over niet-juiste toepassing van verslaggevingsvoorschriften.

Op grond van het voorgaande blijkt dat er sprake is van een dubbele discretionaire bevoegdheid van de AFM:

- Voor onvolkomenheden van ten minste materiële omvang (waardoor het getrouwe beeld van de jaarrekening wordt aangetast) heeft de AFM de mogelijkheid om de onderneming te vragen een bericht met toelichting beschikbaar te stellen. Maar de AFM kan ook besluiten (discretionaire bevoegdheid) hiervan af te zien.
- Voor onvolkomenheden die alleen en gezamenlijk niet van materiële omvang zijn, kan de AFM de rechtspersoon eveneens verzoeken een dergelijk bericht te publiceren.

In de eerder aangehaalde parlementaire geschiedenis blijkt dat de AFM haar discretionaire bevoegdheid op proportionele wijze moet toepassen. Naar mijn mening zou het niet onlogisch zijn dit als volgt te concretiseren:

- Indien er sprake is van fouten die individueel en gezamenlijk van niet-materiële betekenis zijn (blok A), geeft de jaarrekening een getrouw beeld. De AFM zou deze onjuistheden uiteraard aan de onderneming kunnen meedelen, maar zou daaraan geen aanbeveling moeten toevoegen die de onderneming verplicht tot het publiceren van een bericht over deze niet-materiële tekortkomingen. De onderneming een bericht laten publiceren

over de aanpassing van toekomstige jaarrekeningen lijkt mij overigens in deze situatie ook een te zwaar middel in verhouding tot de (niet-materiële!) onjuistheden.

- Is er sprake van onjuistheden van materiële omvang, dan kan de AFM de onderneming vragen een bericht te publiceren met betrekking tot de onjuiste toepassing van verslaggevingsvoorschriften. Als de AFM gebruikmaakt van haar discretionaire bevoegdheid, zou ik me nog wel kunnen voorstellen dat ze de onderneming vraagt een bericht te publiceren met betrekking tot toekomstige jaarrekeningen.
- Doet zich een onjuistheid van diepgaande invloed voor (de jaarrekening schiet in ernstige mate tekort), dan is het logisch dat de AFM de mogelijkheid heeft om een procedure bij de OK te starten.

Discretionaire bevoegdheid OK

Ook de OK heeft een vergelijkbare discretionaire bevoegdheid. Die is gebaseerd op de artt. 2:447 en 2:451 BW.

Art. 2:447 BW bepaalt dat de OK een bevel kan geven om de jaarrekening, het jaarverslag of de overige gegevens in te richten op basis van aanwijzingen die de OK verstrekt. Een dergelijk bevel volgt op een verzoek dat kan worden ingediend op grond van het feit dat de verzoeker van oordeel is dat de jaarrekening, het jaarverslag of de overige gegevens niet aan de daarop van toepassing zijnde voorschriften voor financiële verslaggeving voldoen. De OK heeft vervolgens – op grond van art. 2:451 BW – de volgende mogelijkheden:

- het toewijzen van het verzoek met een bevel aan de rechtspersoon om de jaarrekening, jaarverslag en/of overige gegevens in te richten volgens de aanwijzingen van de OK;
- beslissen dat het bevel mede of uitsluitend betrekking heeft op toekomstige stukken.

Uiteraard geldt ook hier dat een bevel dat uitsluitend betrekking heeft op de toekomstige financiële verslaggeving minder ingrijpend is dan een bevel dat ziet op aanpassing van de financiële verslaggeving van het jaar waarover wordt geklaagd. Dat brengt mij tot de conclusie dat de discretionaire bevoegdheid van de OK eveneens twee dimensies kent.

Allereerst kan de OK een bevel geven om de financiële verslaggeving van het onderhavige jaar te herzien, maar de OK hoeft dat niet te doen. Indien er sprake is van materiële onvolkomenheden in de financiële verslaggeving, waardoor het getrouwe beeld wordt aangetast, ligt het voor de hand dat de OK een dergelijk bevel nadrukkelijk overweegt, maar ook dan moet het nog steeds in redelijke verhouding staan tot de overtreding. Naar mijn mening geldt daar dezelfde proportionaliteit waar de wetgever op wijst bij het toezicht op verslaggeving door de AFM. Daarnaast heeft de OK de mogelijkheid om een bevel te geven dat uitsluitend op de financiële verslaggeving van toekomstige jaren betrekking heeft. Naar analogie van de mogelijkheden binnen het AFM-toezicht op verslaggeving kan enerzijds de mogelijkheid worden gebruikt indien er sprake is van fouten van materiële omvang, waarbij de OK haar discretionaire bevoegdheid gebruikt (zie figuur). Dat lijkt niet onlogisch en komt mij ook niet onredelijk voor. Anderzijds heeft de OK wellicht ook de mogelijkheid om bij fouten die alleen of gezamenlijk van niet-materiële omvang zijn een dergelijke aanwijzing te geven (blok A). Evenals bij de AFM zou ik een dergelijke bevoegdheid een te zwaar middel vinden. De jaarrekening geeft immers een getrouw beeld van de financiële positie en de financiële prestaties van de onderneming.

Zoals toegelicht hoeft de OK – ondanks het feit dat er sprake is van een onjuistheid van materiële omvang – nog geen bevel te geven tot herziening van de jaarrekening. Dat betekent dat de OK weliswaar van mening zal zijn dat de jaarrekening geen getrouw beeld geeft van de financiële positie en de financiële prestaties, maar dat een bevel tot herziening een te zwaarwichtig middel is. Als een dergelijke motivering uit een OK-uitspraak zou blijken, moet daaruit wel de conclusie worden getrokken dat de accountant ten onrechte een goedkeurende controleverklaring heeft verstrekt. Immers: een goedkeurende controleverklaring houdt in dat de jaarrekening een getrouw beeld geeft van vermogen en resultaat en dus geen onjuistheden van materiële omvang bevat, terwijl daarvan in een dergelijke situatie juist wel sprake is. Daar ligt naar mijn mening ook het onderscheid waarbij Reimers ruimte meent te zien voor een verschil tussen materiële onjuistheden en getrouw beeld, terwijl volgens mij er sprake is van een andere (lees: hogere) materialiteitsnorm die de OK mag aanleggen, gegeven haar discretionaire bevoegdheid. Overigens is daarvan in de Spyker-procedure geen sprake, aangezien de advocaat-generaal (AG) (in punt 3.4) expliciet aangeeft dat de OK niet van een eventuele discretionaire bevoegdheid gebruik heeft gemaakt.

Tot slot is dan uiteraard de vraag interessant of de discretionaire bevoegdheid zodanig ver gaat dat de OK deze kan gebruiken zolang er geen sprake is van fouten van diepgaande invloed (blok C). Naar het mij voorkomt, zal in de praktijk de discretionaire bevoegdheid tot een lager niveau worden gehanteerd dan het niveau waarop er net geen sprake is van fouten van diepgaande invloed. Uiteraard is de afweging die de OK maakt in dit soort situaties altijd afhankelijk van de specifieke situatie van de jaarrekening waarover wordt geprocedeerd.

5 Jaarrekening en jaarverslag

Interessant is ook de wijze waarop de OK omgaat met de toelichting op de actieve belastinglatentie. Indien er sprake is van het opnemen van een actieve belastinglatentie in combinatie met verliesgevende activiteiten in de daaraan voorafgaande jaren, dient in de toelichting op de jaarrekening te worden aangegeven welke overtuigende aanwijzingen bestaan voor het opnemen van de actieve latentie (IAS 12.82). Spyker heeft, zo blijkt uit het arrest (r.o. 3.20), deze toelichting niet opgenomen bij de desbetreffende post, maar een toelichting opgenomen in het jaarverslag (van de directie). Overigens betreft dit, zo blijkt uit de uitspraak, een 'algemene' toelichting en niet een toelichting die direct gerelateerd wordt aan de geactiveerde belastinglatentie met de kwalificatie 'overtuigende aanwijzingen'.

Spyker verweert zich met het feit dat zij het eens is met het summiere karakter van de toelichting en zegt toe in de volgende jaarrekeningen uitgebreidere toelichting op te nemen. De OK concludeert vervolgens dat de enkele omstandigheid dat de informatie ten onrechte niet bij de desbetreffende post in de jaarrekening als toelichting is opgenomen, er niet toe leidt dat geen verantwoord oordeel omtrent vermogen en resultaat gevormd kan worden.

Hoewel de OK bevestigt dat de jaarrekening op dit punt onvolkomen is, neemt ze voor het getrouwe beeld dat de jaarrekening moet geven van vermogen en resultaat mee hetgeen in het jaarverslag is vermeld. In de situatie bij Spyker, waarbij ondanks een verliesgevend verleden toch een actieve belastinglatentie wordt opgenomen, is een dergelijke toelichting essentieel voor het inzicht in de financiële positie en de financiële prestaties. Voorts geldt normaliter dat een onvolkomen toelichting in de jaarrekening niet 'gerepareerd' kan worden door een toelichting in andere stukken. Ook niet in een jaarverslag dat veelal gezamenlijk met die jaarrekening openbaar gemaakt zal worden.
De OK denkt hierover, in deze situatie, duidelijk genuanceerder, gelet op haar motivering. Belangrijkste overweging is het argument dat de gebruikers van de jaarrekening via het jaarverslag kennis kunnen nemen van de overwegingen die als onderbouwing gelden voor het opnemen van de actieve belastinglatentie.

6 Toegezegde verbeteringen

Een interessant aspect aan de Spyker-casus is vervolgens de wijze waarop de OK omgaat met door de rechtspersoon toegezegde toekomstige verbeteringen. Uit de slotsom van het arrest (r.o. 3.59) blijkt dat de OK van oordeel is dat de tekortkomingen niet van zodanige ernst zijn dat het financieel verslag in zijn geheel, dan wel de jaarrekening als onderdeel daarvan, niet voldoen aan hetgeen op grond van wet en IFRS vereist is. De OK vervolgt dan met: 'Voor zover (...) sprake is van afwijkingen van IFRS met name met betrekking tot een aantal toelichtingsvereisten, acht de OK deze – mede in het licht van de door Spyker toegezegde aanpassingen van deze punten in het financieel verslag 2007 – evenmin zodanig ernstig dat het geven van specifieke aanwijzingen voor toekomstige jaren zou zijn geboden.'

Uit deze conclusie kan naar mijn mening het volgende worden afgeleid:
- Met betrekking tot de financiële verslaggeving is er geen sprake van materiële tekortkomingen. Ofwel: de OK is van mening dat de jaarrekening 2006 een getrouw beeld geeft.
- Bij dit oordeel wordt – zo blijkt uit de motivering – geen rekening gehouden met de toezegging van Spyker om met ingang van 2007 aanpassingen door te voeren.
- De door Spyker toegezegde toekomstige verbeteringen hebben betrekking op de onvolkomenheden in de toelichting waarover werd geklaagd.
- Voor de financiële verslaggeving 2007 wordt op grond van die toezegging evenmin een aanwijzing gegeven, waarbij de toezegging van Spyker wel een rol speelt.
- Zonder die toezegging van Spyker was een aanwijzing voor toekomstige jaren mogelijk geweest, maar dat hoeft niet per definitie het geval te zijn.

Dit betekent dat aanwijzingen voor toekomstige jaren door de OK gegeven kunnen worden in twee situaties:
- indien er sprake is van fouten die alleen, dan wel gezamenlijk van niet-materiële omvang zijn;
- bij fouten van materiële omvang waarbij de OK haar discretionaire bevoegdheid gebruikt om geen aanwijzing te geven tot herziening van de jaarrekening waarover wordt geprocedeerd.

Zoals ik heb gemotiveerd, lijkt mij voor die laatste categorie fouten een aanwijzing voor toekomstige fouten een passende maatregel. Voor de eerstgenoemde fouten niet. Daar geeft de jaarrekening immers een getrouw beeld van de financiële positie en de financiële prestaties. Een aanwijzing voor niet-materiële afwijkingen die het getrouwe beeld niet aantasten, is dan een onevenredig zwaar middel.

Opmerkelijk is dat de HR (r.o. 3.4.4) – met betrekking tot de conclusie van de OK over de jaarrekening 2006 (dat deze een getrouw beeld geeft van de financiële positie, de financiële prestaties en de kasstromen) – daarentegen wel aangeeft dat de OK bij haar oordeel mocht betrekken dat Spyker heeft toegezegd dat zij de door de OK als summier aange-

duide toelichtingen in de toekomstige jaarrekening zal verbeteren. De HR maakt daar mijns inziens een fout, omdat die toegezegde toekomstige verbeteringen niet door de OK in haar oordeelsvorming met betrekking tot de jaarrekening 2006 zijn betrokken. Althans: het blijkt niet uit de motivering in de OK-uitspraak. Overigens voeg ik daar direct aan toe dat de HR dit later ook weer lijkt te corrigeren. De HR concludeert (r.o. 3.5.5) dat de toezegging van Spyker om de toekomstige jaarrekeningen aan te passen voor de OK slechts van belang is geweest om mede als gevolg daarvan geen aanwijzingen te geven voor de volgende jaarrekeningen.

Dat lijkt mij een juist standpunt van de OK. Fouten – van materiële omvang – in een jaarrekening, waardoor het getrouwe beeld wordt aangetast, kunnen niet worden gecompenseerd met een toezegging van de rechtspersoon dat deze in de toekomst zullen worden verbeterd. Met een dergelijke toezegging, hoe sympathiek die ook wordt gevonden, blijft de jaarrekening waartegen wordt geprocedeerd een niet-getrouw beeld geven. En belanghebbenden bij die jaarrekening hebben recht op een daarbij passende uitspraak van de OK.

Overigens merk ik daarbij onmiddellijk op dat de OK in de Aegon/Optas-procedure wel rekening lijkt te houden met door de rechtspersoon gedane toekomstige toezeggingen. De OK komt daar (r.o. 3.24) tot de conclusie dat niet kan worden gezegd dat de jaarrekeningen niet een getrouw beeld geven van vermogen en resultaat. De uitspraak vervolgt dan met: 'Bij dit oordeel heeft de OK mede in aanmerking genomen dat Aegon c.s. ter terechtzitting hebben doen verklaren dat haar jaarrekening op het onderhavige punt (deels) onjuist zijn en dat zij deze in het vervolg zullen inrichten met inachtneming van deze beschikking.' Hier wordt – naar mijn mening ten onrechte – het oordeel van de OK in positieve zin beïnvloed door die toezegging. De jaarrekening over het onderhavige jaar blijft onjuist en het is zeker niet ondenkbaar dat de OK zonder die toezegging van de rechtspersoon anders zou hebben beslist. Interessant detail is tot slot dat de Aegon/Optas-uitspraak van recentere datum is dan de Spyker-uitspraak. De uitspraak ligt zelfs na de datum van de HR-uitspraak in de Spyker-zaak.

7 Afsluitende opmerkingen

Resumerend kan het volgende worden geconcludeerd: uit de motivering van de uitspraak door de OK, met bevestiging door de HR, blijkt dat onder 'getrouw beeld' hetzelfde moet worden verstaan als 'vrij van materiële onjuistheden'. Dat de OK bij dit getrouwe beeld rekening heeft gehouden met informatie die in het jaarverslag in plaats van de jaarrekening is opgenomen, wordt uit het arrest eveneens duidelijk. Hieruit kan mijns inziens worden afgeleid dat de OK een dergelijke vorm van presentatie in deze situatie, hoewel formeel niet juist, onvoldoende zwaarwegend vindt om op grond daarvan een bevel te geven de jaarrekening aan te passen. Een minder zware maatregel waarbij het bevel uitsluitend betrekking heeft op toekomstige jaarrekeningen zou voor de hand hebben gelegen, maar die laat de OK achterwege gelet op de toezegging van Spyker. Dat de OK bij het beoordelen van de vraag of de jaarrekening 2006 het vereiste inzicht geeft, rekening mocht houden met toekomstige verbeteringen (zoals de HR en de AG naar mijn mening ten onrechte aangeven), lijkt mij niet juist. Het zou bovendien onterecht zijn, omdat daardoor het getrouwe beeld van de desbetreffende jaarrekening niet verbetert. Overigens kan dit ook niet worden afgeleid uit de OK-uitspraak. Vanuit dat perspectief bezien vormt de OK-uitspraak een bevestiging van de wijze waarop de rechter (met bevestiging door de HR als rechter in hoogste instantie) aankijkt tegen niet-materiële en materiële onvolkomenheden in een jaarrekening. Dat de OK in de Aegon/Optas-uitspraak tot een andere conclusie lijkt te komen, vind ik opmerkelijk en lijkt mij onjuist.

Wel vloeit uit de discretionaire bevoegdheid van de AFM en de OK voort dat zij ten opzichte van de accountant die de verklaring bij de jaarrekening moet afgeven een hogere materialiteitsnorm kunnen hanteren voordat een bevel tot aanpassing wordt gegeven. Dat verschil hangt samen met de proportionaliteit die de AFM en de OK in aanmerking moeten nemen bij het doen van een uitspraak over de aanvaardbaarheid van een jaarrekening. Bij Spyker heeft dit, zoals aangegeven door de AG, overigens geen rol gespeeld. Dat de AFM en de OK binnen deze categorie van onjuistheden gebruikmaken van hun discretionaire bevoegdheid om de onderneming een aanwijzing te geven, c.q. een bericht te laten publiceren met betrekking tot toekomstige jaarrekeningen, lijkt mij een passende mogelijkheid, gegeven de aard en omvang van dergelijke onjuistheden in de jaarrekening.

Dat de AFM en de OK bij fouten van niet-materiële omvang de onderneming een aanwijzing kunnen geven – al dan niet beperkt tot toekomstige jaarrekeningen – blijkt voor wat betreft het AFM-toezicht expliciet uit de parlementaire geschiedenis. Omdat in die situatie de jaarrekening een getrouw beeld geeft van de financiële positie en de financiële prestaties vind ik een dergelijke mogelijkheid disproportioneel.

De uitspraak maakt tot slot ook duidelijk dat accountants geen genoegen mogen nemen met toezeggingen van de

directie voor toekomstige verbeteringen in de verslaggeving indien de jaarrekening van een bepaald jaar op materiële punten niet het vereiste inzicht geeft. Dat de OK dit in de Aegon/Optas-procedure wel heeft gedaan, vormt daarvoor naar mijn mening geen vrijbrief, zoals ik hiervoor heb aangegeven. En op basis van mijn analyse over het verschil tussen de materialiteitsgrens van de accountant en de OK, mag het voorgaande uiteraard voor de accountant zeker geen uitnodiging zijn om op grond daarvan de materialiteitscriteria op voorhand maar ruimer vast te stellen. ■

Anton Dieleman RA is directeur vaktechniek bij Mazars.

Noten

1 De IFRS-verwijzingen hebben betrekking op de in 2006 van toepassing zijnde IFRS-bepalingen.
2 Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30336, nr. 3. blz. 21.
3 Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30336, nr. 8, blz. 7.

Literatuur

■ Hoge Raad, 24 april 2009, 08/01406 (AFM – Spyker).
■ Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, 28 december 2007, 928/2007 OK (AFM – Spyker).
■ Ondernemingskamer Gerechtshof Amsterdam, 5 augustus 2009, JOR 2009/255 (BPVH – Optas/Aegon).
■ Reimers, H.K.O (2010), De jaarrekeningprocedure na Hoge Raad inzake Spyker, *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie*, vol. 84, no. 5, pp 237-243.