

'Side letter' bij Ahold-uitspraak

De uitspraak van de rechtbank Amsterdam in de zaak tegen de voormalig Ahold-bestuurders bevat harde taal en een relatief milde strafoplegging. Enkele voor het accountantsberoep belangrijke kanttekeningen.

MARCEL PHEIJFFER*

Onduidelijk is of de rechtbank bewust het begrip materialiteit niet hanteert.

De verdachten zijn onder meer veroordeeld voor het plegen van valsheid in geschrifte (ex artikel 225 WvSr). Ten aanzien van de Letters of Representation was verklaard dat 'all financial records and related data' aan de accountant waren overhandigd. Vastgesteld is dat dit met de voor consolidatie belangrijke 'control letters' wel en met de deze tegensprekende 'side letters' niet is gebeurd. Naar het oordeel van de rechtbank vallen deze side letters onder 'related

data'. 'Ze waren zoals reeds overwogen van belang voor de accountant inzake Amerikaanse verslaggevingsvoorschriften.'

Misleiding van accountant

De rechtbank stelt vast dat verdachten, door aan de accountant wel de 'control letters' maar niet de 'side letters' te geven, het oogmerk hebben gehad de accountant te misleiden (ex artikel 326 WvSr). In juridische zin is daarbij voor

accountants van belang dat de rechtbank vaststelt dat 'een accountantsverklaring en auditor report vatbaar zijn om voor een bezitter waarde te hebben' en daardoor als een 'goed' zoals bedoeld in artikel 326 WvSr kunnen worden gekwalificeerd. Bij misleiding dient namelijk ook te worden bewezen dat iemand (in dit geval de accountant) door de misleiding wordt bewogen tot 'afgifte van een goed'.

Consolidatie onder Dutch GAAP

De rechtbank stelt dat 'niet is komen vast te staan dat Ahold in redelijkheid op basis van objectieve maatstaven niet tot het standpunt had kunnen komen dat Ahold' ten aanzien van enkele rechtspersonen 'hoofd was van de groep'. Dit is een negatieve formulering. De uitspraak is daarmee niet absoluut en zal in het door het Openbaar Ministerie ingestelde beroep zeker nog terug komen. Temeer daar de rechtbank in het verlengde hiervan ook de volgende passage in het vonnis heeft opgenomen: 'De rechtbank neemt de conclusie van prof.dr. J.H.R. van de Poel dat het aangaan van onderhandelingen over het sluiten van een control letter reeds met zich bracht dat Ahold vanaf dat moment niet meer kon menen dat zij op wezenlijke punten feitelijk beleidsbepalend was, niet over omdat deze naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende is onderbouwd met redengevende argumenten.'

Voor de laatste woorden bieden ruimte voor het Openbaar Ministerie om tijdens het hoger beroep uit te leggen waarom Ahold zich door het afgeven van 'side letters' chantabel had gemaakt voor haar joint venture partners. Indien de spanningen in een joint-venture zouden oplopen konden de partners de 'side letters' - in het dossier niet voor niets aangeduid als 'nuclear bombs' - als drukmiddel inzetten om hun gelijk te halen. In zo'n situatie kun je mijns inziens niet (langer) spreken over 'feitelijk overheersende invloed' aan de kant van Ahold en is integrale consolidatie - ook volgens Dutch GAAP - niet meer mogelijk.

Onware jaarrekening

Ondanks de vrijspraak op het punt van de onware Nederlandse jaarrekening geeft de rechtbank een belangrijke aanwijzing ten aanzien van de duiding van dit delict, namelijk: 'Naar het oordeel van de rechtbank is voor een strafrechtelijke veroordeling terzake artikel 336 WvSr tevens vereist dat sprake is van dusdanig ernstige veronachtzaming van genoemde bepalingen uit het BW dat de onware jaarrekening absoluut en relatief gezien in betekende

De vraag is of de rechtbank het KPN-arrest juist heeft beoordeeld.

mate afwijkt van een jaarrekening die is opgesteld overeenkomstig titel 9 boek 2 BW.' (cursivering MP) De rechtbank hanteert niet het accountantsjargon inzake materialiteit maar spreekt over 'in betekende mate'. Onduidelijk is of ze hier bewust het begrip materialiteit niet hanteert. Belangrijk is in ieder geval dat zij ook kijkt naar 'de absolute' omvang van de afwijking. Wellicht beoogt de rechtbank hiermee aan te geven dat bepaalde afwijkingen altijd gecorrigeerd dienen te worden, gegeven hun absolute omvang. Overigens merkt de rechtbank wel op dat Ahold de joint venture JMR ook onder Nederlands jaarrekeningenrecht ten onrechte heeft geconsolideerd. Voor de jaren 1998 tot en met 2001 was dat voor de Nederlandse jaarrekening echter niet materieel en was er dus geen sprake van een onware jaarrekening.

Consolidatie onder US GAAP

Volgens de rechtbank mocht Ahold de joint ventures waar het om draaide naar het Amerikaans jaarrekeningenrecht niet consolideren. Dat gold zowel voor JMR als vier andere joint ventures. Dat onderscheid is van belang omdat voor JMR de kwestie van de 'control & side letters' en de misleiding van de accountant niet aan de orde was. De rechtbank stelt ten aanzien van JMR mijns inziens dan ook impliciet vast dat de accountant ten onrechte akkoord is gegaan met volledige consolidatie. De Amerikaanse jaarrekeningen zijn in Nederland niet aan de rechtbank voorgelegd. Wel de zogeheten 'Form 20-F'-formulieren waarin gegevens uit die jaarrekeningen zijn opgenomen, bijvoorbeeld ten behoeve van de reconciliatiestaten. Nu de Amerikaanse jaarrekeningen op het punt van consolidatie onjuiste gegevens bevatten is het logisch dat de rechtbank oordeelt dat de reconciliatiestaten en 'Form 20-F's' vals zijn.

Hoge Raad inzake KPN

Opvallend is dat de rechtbank bij de vraag of er naar Nederlands jaarrekeningenrecht integrale consolidatie mocht plaatsvinden en de vraag of er sprake is van een onware Nederlandse jaarrekening, grote betekenis heeft gegeven aan het zogeheten KPN-arrest (HR 10 februari 2006, NJ 2006, 241). De rechtbank constateert terecht

dat het bij het opstellen van een jaarrekening niet om een optimaal of maximaal inzicht gaat: 'Voldoende is dat het geboden inzicht tot een verantwoord oordeel in staat stelt. (...) Anders gezegd de ondernemingsleiding komt bij het opstellen van de jaarrekening een zekere beoordelingsvrijheid toe.'

De vraag is of de rechtbank het KPN-arrest juist heeft beoordeeld. Die beoordelingsvrijheid dient namelijk wel binnen de perken te blijven van de normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd. Het komt mij voor dat de normen rond consolidatie, waar het bij Ahold om gaat, duidelijker zijn dan de kwestie waar het in het KPN-arrest om draait. In de kwestie Ahold bestaat er mijns inziens dan ook minder beoordelingsvrijheid. Bovendien speelt bij Ahold de kwestie van de 'side letters' als 'nuclear bombs', waardoor het concern mogelijk chantabel was voor haar joint venture partners en dus niet de benodigde zeggenschap bezat om integraal te kunnen consolideren.

Vergelijking met Amerikaanse boekhoudschandalen

De in de pers en daarbuiten veelvuldig gemaakte vergelijking tussen de gang van zaken bij Ahold en die bij Parmalat en Enron gaat volgens de rechtbank 'in alle opzichten mank.' Er is geen sprake geweest van een 'onware' of 'valse' balans of resultatenrekening naar Dutch GAAP. Dit laatste punt weegt voor de rechtbank kennelijk zwaar mee, evenals het feit dat niet aannemelijk is geworden dat verdachten uit waren op enig financieel gewin of voordeel. De stelling dat de vergelijking met een zaak als Enron 'in alle opzichten mank gaat' is niet houdbaar. Bij Enron was er wél sprake van een onware balans en resultatenrekening en van (directe) zelfverrijking door bestuurders. Maar er zijn wel degelijk ook overeenkomsten met Ahold: in beide kwesties ziet de veroordeling onder meer op het vervalsen van de Letters of Representation, werd er tijdens 'roadshows' onjuiste of onvolledige informatie verstrekt en zijn de jaarrekeningen naar Amerikaans recht onwaar. Deze drie punten wegen zwaar mee in de bepaling van de maximale strafmaat (175 jaar!) in de Enron-zaak. ■

Noot

* Marcel Pheijffer is hoogleraar forensische accountancy, Universiteit Nyenrode en Universiteit Leiden. Tevens directievoorzitter van de Stichting NIVRA-Nyenrode.