

REACTIE MOMENTUM CAPITAL NA VRAGEN OVER ZITTING ACCOUNTANTSKAMER

- Op vrijdag 18 oktober staan twee AFM-accountants voor de tuchtrechter na het negeren van gerechtelijke uitspraken en het maken van fouten bij hun onderzoekswerkzaamheden. Rechters van de Ondernemingskamer en het CBb legden eerder namelijk fundamentele fouten van deze twee accountants bloot, die zij maakten bij hun beoordeling van vastgoedparticipaties van Momentum Capital in Brazilië (MEFI).
- Door deze gerechtelijke uitspraken - uit 2023 - is onherroepelijk vast komen te staan dat de AFM-accountants een veel te lage omvang van de vastgoedeigendommen (zie de uitspraak van het CBb) en vervolgens een veel te lage waardering van de vastgoedparticipaties (zie de uitspraak van de Ondernemingskamer) hebben gehanteerd. Deze verkeerde voorstelling door de AFM-accountants is door hun werkgever gebruikt om Momentum Capital in 2020 een last onder dwangsom op te leggen.
- Nadat de twee AFM-accountants in oktober 2023 weigerden de uitspraken van de rechters te honoreren en de door Momentum Capital gestelde fouten te herstellen, zijn de gedragingen begin dit jaar via een tuchtklacht ter toetsing voorgelegd aan de Accountantskamer.
- Deze tuchtrechter heeft besloten de klacht in behandeling te nemen en beide AFM-accountants te horen tijdens de zitting op 18 oktober aanstaande.
- Vooraanstaande jaarrekeningspecialisten spraken zich eerder al unaniem en publiekelijk uit tegen het negeren door de AFM van de uitspraak van de Ondernemingskamer, die onherroepelijk en in het voordeel van Momentum oordeelde. Ze spreken de AFM onder meer aan op haar tunnelvisie en bevestigen bovendien dat niet de AFM, de rechtbank Rotterdam of het CBb, maar de Ondernemingskamer het laatste woord heeft in jaarrekeningkwesities.
- Daarbij heeft bijvoorbeeld emeritus-hoogleraar Henk Langendijk benadrukt dat er aan de uitspraak van de Ondernemingskamer *niets* valt af te dingen. Ook onderstreept hij dat er in het rechtscollege van de Ondernemingskamer twee prominenten uit de wereld van de accountancy zijn ingezet voor de behandeling van de Momentum zaak.
- Momentum Capital heeft, mede vanwege deze onherroepelijke gerechtelijke uitspraken, het volste vertrouwen in de rechtsgang bij de Accountantskamer en rekent op een deugdelijke toetsing van de twee AFM-accountants.
- Update: Momentum Capital heeft vragen gekregen over een brief die door AFM Voorzitter Laura van Geest zou zijn opgestuurd naar de Accountantskamer in deze zaak, waarin ze zich achter de AFM-accountants schaaft en een voorschot lijkt te nemen op de uitkomst. Momentum Capital kan bevestigen dat zij inderdaad kennis heeft genomen van die brief. Omdat één van de klachtonderdelen ziet op het gebrek aan objectiviteit bij de AFM-accountants, ook ten opzichte van hun werkgever, vindt Momentum Capital deze brief opmerkelijk.

Bijlagen: publieke stellingen en annotaties van experts over de uitspraak van de Ondernemingskamer.

Ondernemingskamer 10 augustus 2023*, r.o. 3.7-3.8:

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:GHAMS:2023:1971>

[uit de beschikking blijkt] *dat wat betreft de belangen van MEFI in de Vastgoedondernemingen van het begin af aan sprake is geweest van een exit-strategie. [...] dat MEFI heeft toegelicht dat de belangen in de Vastgoedondernemingen in de Jaarrekening 2021, net als in 2020, zijn gewaardeerd tegen de actuele waarde, hetgeen dus een juiste waarderingsgrondslag voor dit actief vormt.*

* Deze beschikking is gegeven door mr. A.W.H. Vink, voorzitter, mr. W.A.H. Melissen en mr. C.C. Meijer, raadsheren, en prof. dr. M.N. Hoogendoorn RA en prof. drs. E. Eeftink RA.

Prof. dr. mr. (Peter) Van der Zanden RA*, Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht maart 2024

<https://www.recht.nl/vakliteratuur/ondernemingsrecht/aflevering/37955/tijdschrift-voor-jaarrekeningenrecht/2024/1#a569873>

Totalitaire tendensen bij de toezichthouder AFM?

Met deze overwegingen [Randnummer 3.10, uitspraak Ondernemingskamer] is in civilibus vastgesteld dat de AFM, en in haar spoor de bestuursrechter, ongelijk heeft met de gekozen interpretatie van de voorschriften uit het civiele recht. Ondanks het feit dat zoals het Financieele Dagblad het formuleert “Waakhond AFM ligt plots zelf onder vuur om uitleg boekhoudregels”, weigert de AFM zoals uit haar hele houding blijkt haar ongelijk te erkennen. Kennelijk gaat de AFM bij de beoordeling af op de feiten die zij meent te kunnen vaststellen. Nergens uit de stukken blijkt dat de AFM zelf deugdelijk onderzoek heeft gedaan naar die feiten.

* Prof. dr. mr. P.M. van der Zanden RA, emeritus-hoogleraar externe verslaggeving Tilburg University en Nyenrode University, werkzaam bij EY van 1966-2006. In zijn carrière was hij onder meer rechter voor de Accountantskamer en was hij ook plaatsvervangend rechter voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven, waaronder tuchtrecht voor accountants.

Mr. drs. E.A Marseille RA*, Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht maart 2024

<https://www.recht.nl/vakliteratuur/ondernemingsrecht/aflevering/37955/tijdschrift-voor-jaarrekeningenrecht/2024/1#a569873>

Intrigerend is de weigering van de AFM om de last onder dwangsom te herzien [...] De AFM stelt zich in deze weigering op een formeel bestuursrechtelijk standpunt: omdat het CBB heeft gesproken, is de last onder dwangsom in rechte vast komen te staan. Kennelijk kan of wil de AFM een uitspraak van de Ondernemingskamer niet zien als een nieuw gebleken feit of veranderde omstandigheid. De bevoegde rechter, de Ondernemingskamer, heeft wel degelijk geoordeeld dat de door de AFM geëiste correctie van de waarderingsgrondslag onjuist was (1e bezwaar) en daarmee is in mijn ogen in elk geval gedeeltelijke herziening van een onjuist standpunt van de toezichthouder aan de orde.

* Erika Marseille is zelfstandig gevestigd als bestuurder, toezichthouder, adviseur en financieel-juridisch onderzoeker op het gebied van jaarrekeningenrecht

Prof. mr. J.H.M. Willems*, Tijdschrift voor OndernemingsBestuur 2024-3

Ondernemingskamer of College van Beroep voor het bedrijfsleven: wie is de rechter van het jaarrekeningrecht?

<https://www.uitgeverijparis.nl/en/reader/2000000034/2000000352>

“De minister heeft bij de totstandkoming van de Wet toezicht financiële verslaggeving dan ook op goede grond als argument voor zijn keuze voor de Ondernemingskamer gewezen op het belang van een adequate mate van rechtsbescherming, waaraan in het algemeen bij de civiele rechter meer gewicht wordt toegekend. De AFM de bevoegdheid geven een vennootschap te kunnen dwingen haar jaarrekening in te richten overeenkomstig haar opvattingen over de uitleg van regels van jaarrekeningrecht kan, nog daargelaten dat uitleg van rechtsregels op zichzelf al geen kwestie van handhaven is, ook aanleiding geven tot merkwaardige en onwenselijke situaties. De Momentum-zaak laat dat ook zien.”

* Prof. mr. J.H.M. Willems is hoogleraar Corporate Litigation aan de Rijksuniversiteit Groningen en voormalig voorzitter van de Ondernemingskamer.

Prof. Dr. Henk Langendijk*, Liber Amicorum, Nyenrode Business University, januari 2024

https://www.researchgate.net/profile/Robert-Beeres/publication/379956283_Harmonie_in_internationale_accounting_standaarden_Tussen_inzicht_en_vergelijkbaarheid/links/6623b9d9f7d3fc2874703b5c/Harmonie-in-internationale-accounting-standaarden-Tussen-inzicht-en-vergelijkbaarheid.pdf

In deze bijdrage is onderzocht op basis van wet- en regelgeving en informatie ontleend aan de diverse vonnissen en de beschikking van de AFM of de 2 Brazils als participatie van de MEFI kunnen worden beschouwd. Het antwoord op deze vraag is bevestigend. Het zijn participaties en geen deelnemingen (met invloed van betekenis). Uit de opbouw van RJ 214 blijkt dat als eerste de vraag moet worden gesteld of er sprake is van effecten (participaties). Van extra onderbouwing om een kapitaalbelang te kwalificeren als participatie zoals de AFM stelt, geeft de wet- en regelgeving geen aanwijzingen. Dit lijkt een 'denkconstructie' van de AFM te zijn.

Daarna komt pas de vraag op in RJ 214 of er sprake is van een deelneming en de verwijzing naar het schematisch overzicht in Bijlage 1 (door de AFM stroomschema genoemd). Een schematisch overzicht is naar mijn mening een hulpmiddel bij het lezen en interpreteren van regelgeving en niet meer dan dat. Het dwangmatige karakter daarvan zoals de AFM dit ziet, onderschrijf ik niet. Dat blijkt ook uit de Van Dale, waar bij een schema als omschrijving staat 'vereenvoudigd beeld geven van een constructie, samenstelling of werking'

MEFI had vanaf den beginne een exitstrategie wat de 2 Brazils betreft (in de obligatieovereenkomst, brief aan obligatiehouders en voortgangsrapportages) en MEFI was (en is) financieel gedreven en gericht op groeipotentieel op de korte en middellange termijn.

Enige bestuurlijke betrokkenheid door MEFI bij de 2 Brazils staat niet in de weg dat er toch sprake is van participaties. Hoofdzakelijk is dat MEFI wat de 2 Brazils betreft een exitstrategie heeft en die vele malen heeft gecommuniceerd met partijen.

Ook moet niet al te veel waarde worden gehecht aan de definitie van een participatiemaatschappij (zie RJ 940) en met name de bijzin: zonder zich in te laten met de bedrijfsvoering daarvan, tenzij door het uitoefenen van aandeelhoudersrechten bij de beoordeling of een kapitaalbelang een participatie is of een deelneming. Een 'gewone' onderneming kan toch ook zelfstandig vruchtdragende hebben in casu participaties (exitstrategie) en daarbuiten deelnemingen waarvoor geen exitstrategie geldt.

Het dwangmatig redeneren vanuit de positie dat een kapitaal belang moet worden getoetst als eerste op het feit of het al of niet een deelneming is, heeft de AFM op het verkeerde been gezet. Een ondernemingsleiding heeft ten principale een zekere vrijheid bij het opstellen van jaarrekeningen en ook uit de volgorde van behandeling in RJ 214 blijkt dat een ondernemingsleiding als eerste toetst of een kapitaalbelang duurzaam verbonden is ten dienste van de eigen werkzaamheden. Bij een vele malen gecommuniceerde exitstrategie is dit niet het geval en is er dus sprake van een participatie.

Of de dwangsom door de AFM nu terecht is opgelegd is zeer de vraag (in ieder geval niet wat de classificatie van de 2 Brazils als participatie betreft).

* Prof. dr. H.P.A.J. Langendijk (emeritus) was hoogleraar Externe verslaggeving aan Nyenrode Business Universiteit en de Universiteit van Amsterdam.

FD 21 augustus 2023 - Joris Polman

<https://fd.nl/financiële-markten/1486064/waakhond-afm-licht-plots-zelf-onder-vuur-om-uitleg-boekhoudregels>

AFM krijgt tik om verkeerde uitleg boekhoudregels

Ondernemingskamer slaat bodem weg onder aantijging waakhond tegen private-equityhuis

Zonder het CBB of de AFM af te willen vallen, valt er op de uitspraak van de Ondernemingskamer niets af te dingen, concludeert althans emeritus hoogleraar Financial Accounting Henk Langendijk. Hij wijst erop dat in het rechtscollege van de Ondernemingskamer twee zwaargewichten uit de accountancy zitten, namelijk de hoogleraren Egbert Eeftink en Martin Hoogendoorn van respectievelijk de Vrije Universiteit in Amsterdam en de Erasmus Universiteit in Rotterdam. ‘Dat zijn twee kanonnen uit mijn vak’, zegt Langendijk.

De emeritus hoogleraar voegt er zonder enige terughoudendheid aan toe dat hij zich ‘helemaal kan vinden’ in de uitspraak. Langendijk stelt verder dat de Ondernemingskamer de bevoegde rechter is om te oordelen over verslaggevingsvoorschriften.