

Zaaknr: 18/02848
Zitting: 5 juli 2019

mr. R.H. de Bock
Conclusie inzake:

Orde van Registeradviseurs Nederland
advocaten: mr. J.A.M.A. Sluysmans en
mr. R.T. Wiegerink

tegen

De Staat der Nederlanden (Ministerie
van Financiën)
advocaat: mr. J.W.H. van Wijk

In deze door OvRAN, een beroepsvereniging van accountants, tegen de Staat aangespannen procedure is in cassatie aan de orde of de bepalingen uit de Wet op het accountantsberoep (Wab) die het verplichte lidmaatschap van de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) voorschrijven, strijdig zijn met het recht op vrijheid van vereniging in art. 11 EVRM en/of met art. 6 Mededingingswet. Voor wat betreft art. 11 EVRM gaat het meer specifiek om de vraag of de NBA kwalificeert als ‘vereniging’ (‘association’) in de zin van art. 11 EVRM. Rechtbank en hof beantwoordden die vraag ontkennend. Verder klaagt OvRAN dat het verzuim van het hof te beslissen op haar verzoek om extra spreektijd met het oog op de pleitzitting in hoger beroep, althans de afwijzing van dat verzoek, strijdig is met de goede procesorde, art. 6 EVRM en art. 4 van het Landelijk procesreglement civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven.

1 Feiten

In deze zaak kan worden uitgegaan van de volgende feiten, ontleend aan het arrest van het gerechtshof Den Haag van 3 april 2018 onder 1.1 tot en met 1.5.¹

1.1 OvRAN is een door accountants opgerichte beroepsvereniging. Zij houdt zich blijkens haar statuten bezig met het bevorderen van een goede beroepsuitoefening door adviseurs en/of accountants en daarnaast beoogt zij een platform te vormen voor specialisten in een bepaald advies- en/of accountancyvakgebied. OvRAN vertegenwoordigt accountants, administratieconsulenten bij kleinere organisaties en (financieel) adviseurs, werkzaam in het bedrijfsleven of de overheid. OvRAN is voortgekomen uit een fusie tussen haar voorlopers de Stichting Wakkere Accountant en de Werkgroep Minnelijk Overleg.

¹ Gerechtshof Den Haag 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:632; *JONDR* 2018/471. Het hof is uitgegaan van de feiten die de rechtbank Den Haag heeft vastgesteld in haar vonnis van 22 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:1493, *AR* 2017/1021 onder 2.1 tot en met 2.5. Het hof heeft deze feiten overgenomen, hier en daar voorzien van een enkele toevoeging.

1.2 De Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) is een bij Wet op het accountantsberoep (Wab) ingestelde beroepsvereniging en is een openbaar lichaam in de zin van artikel 134 Grondwet. De NBA is belast met het bevorderen van de goede beroepsuitoefening van haar leden, de behartiging van de gemeenschappelijke belangen van accountants, het zorgdragen voor de eer van de stand van de accountants en het zorgdragen voor de praktijkopleiding van accountants. Blijkens artikel 19 lid 2, aanhef en onder a van de Wab moet de ledenvergadering van de NBA een verordening vaststellen met betrekking tot gedrags- en beroepsregels ten behoeve van de goede uitoefening van de werkzaamheden van accountants. De Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGA) geeft hier invulling aan. De NBA is op 1 januari 2013 ontstaan uit een fusie tussen het Nederlands Instituut voor Registeraccountants (NIVRA, de bij wet ingestelde beroepsvereniging voor registeraccountants) en de Nederlandse Orde van Accountants-Administratieconsulenten (NOVAA, de bij wet ingestelde beroepsvereniging voor accountants-administratieconsulenten).

1.3 In de Wab is het lidmaatschap van de NBA verplicht gesteld voor diegenen die zich in het accountantsregister willen inschrijven. Zonder de inschrijving in het accountantsregister mag de accountantstitel Registeraccountant (RA) of Accountant-Administratieconsulent (AA), dan wel de benaming accountant, niet worden gevoerd.

1.4 OvRAN en haar voorlopers zijn opgericht wegens bij een aantal leden van de NBA (en haar voorlopers) heersende onvrede over – kort gezegd – de gang van zaken met betrekking tot de totstandkoming van regelgeving binnen de (voorlopers van de) NBA. Vanaf 2006 hebben OvRAN en haar voorlopers zowel bij de bestuursrechter als de (civiele) voorzieningenrechter geprocedeerd tegen het NIVRA in verband met deze onvrede. In die procedures is onder meer aangevoerd dat het verplichte lidmaatschap van de beroepsvereniging in strijd is met artikel 11 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Dat standpunt is in die procedures niet gevolgd.

1.5 Bij arrest van 20 december 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2910) heeft de strafkamer van de Hoge Raad geoordeeld dat de NBA geen vereniging is als bedoeld in artikel 11 EVRM en dat het bij wet verplicht gestelde lidmaatschap van de NBA voor accountants die in het accountantsregister zijn ingeschreven niet in strijd is met artikel 11 EVRM.

2 Procesverloop

2.1 Bij dagvaarding van 29 maart 2016 heeft OvRAN, kort samengevat en voor zover in cassatie van belang, gevorderd voor recht te verklaren dat de bepalingen in de Wab die het lidmaatschap van de NBA dwingend voorschrijven onverbindend zijn wegens strijd met

verdragsrecht, te weten art. 11 EVRM en art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM (art. 1 EP), en wegens strijd met art. 6 Mededingingswet (Mw), en dat de Staat onrechtmatig handelt jegens OvRAN door de betreffende bepalingen in de Wab te handhaven. Verder heeft OvRAN nog diverse bevelen aan de Staat gevorderd, op straffe van een dwangsom.

2.2 De Staat heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen.

2.3 Nadat een comparitie van partijen heeft plaatsgevonden, heeft de rechtbank bij vonnis van 22 februari 2017 de vorderingen van OvRAN afgewezen, met veroordeling van OvRAN in de proceskosten.

2.4 OvRAN is in hoger beroep gekomen, onder aanvoering van twaalf grieven.

2.5 De Staat heeft verweer gevoerd.

2.6 Partijen hebben hun zaak mondeling bepleit op 22 februari 2018. Van de pleitzitting is proces-verbaal opgemaakt. Bij pleidooi is aan OvRAN akte verleend houdende overlegging producties 6a tot en met 6d en verandering/wijziging c.q. precisering van de grondslagen van de eis. Met inachtneming van deze eiswijziging luidt de vordering van OvRAN in hoger beroep als volgt:

“1. te verklaren voor recht dat de WAB-bepalingen, voor zover die het lidmaatschap van de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants dwingend voorschrijven onverbindend zijn wegens strijd met de Europese wetgeving in het bijzonder in strijd met art. 11 EVRM (art. 12 Handvest), art. 9 EVRM (art. 10 Handvest), art. 10 EVRM (Art. 11 Handvest) en art. 14 EVRM + art. 1 Protocol nr. 12 WVRM (art. 21 Handvest + art. 18 VWEU), art. 1 van het 1 Protocol EVRM (art. 17 Handvest) en art. 6 [Mw] en de Nederlandse Staat derhalve onrechtmatig jegens [OvRAN] handelt door genoemde WAB-bepalingen te handhaven in strijd met voornoemde Europese regelgeving en de [Mw];

2. de Staat te bevelen om binnen 1 maand na datum vonnis een voorstel te doen aan de 2e Kamer om deze onrechtmatige, althans onverbindende WAB-bepalingen in overeenstemming te brengen met voornoemde Europese regelgeving en de [Mw] door art. 2 lid 3 van de WAB [te] vervangen door: *“Accountants zijn geen lid van de beroepsorganisatie, tenzij de accountant een wens tot lidmaatschap schriftelijk aan het bestuur kenbaar heeft gemaakt. Op iedere accountant is IFAC’s internationale regelgeving voor accountants van toepassing. Daarnaast is op hem uitsluitend van toepassing de eigen regelgeving van de publiek- of privaatrechtelijke beroepsorganisatie voor accountants, waarvan hij lid is.”*, zulks op straffe van een dwangsom van € 100.000 per dag

door de Staat te verbeuren aan [OvRAN], voor iedere dag of gedeelte van een dag dat de Staat in gebreke is gebleven een het te geven bevel te voldoen;

3. De Staat te bevelen binnen 1 week na datum vonnis overeenkomstig artikel 6:167 BW in tenminste 3 landelijk[e] bladen te openbaren dat de WAB jarenlang strijdig is geweest met art. 11 EVRM (art. 12 Handvest), art. 9 EVRM (art. 10 Handvest), art. 10 EVRM (Art. 11 Handvest) en art. 14 EVRM + art. 1 Protocol nr. 12 EVRM (art. 21 Handvest + art. 18 VWEU), art. 1 van het 1 Protocol EVRM (art. 17 Handvest) en art. 6 [Mw] en dat de rechter heeft bevolen om binnen 1 maand na publicatie vonnis deze strijdigheid via een wetsvoorstel op te heffen op straffe van een aan eiseres te verbeuren dwangsom van € 100.000 per dag voor iedere dag dat in gebreke is gebleven binnen 1 maand na publicatie vonnis.

alles met veroordeling van de Staat in de kosten van eerste instantie en het hoger beroep en de Staat te veroordelen in de nakosten (...).”

2.7 Bij arrest van 3 april 2018 heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd en het in hoger beroep meer of anders gevorderde afgewezen, met veroordeling van OvRAN in de kosten van het geding aan de zijde van de Staat. Het arrest is ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

2.8 Bij procesinleiding van 2 juli 2018 heeft OvRAN - tijdig - cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof. De Staat heeft een verweerschrift ingediend en geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Beide partijen hebben een schriftelijke toelichting gegeven, waarna OvRAN nog heeft gerepliceerd.

3 Inleiding

3.1 Het cassatiemiddel bestaat uit drie onderdelen. In cassatie zijn, kort samengevat, nog de vragen aan de orde:

- zijn de bepalingen uit de Wab die het verplichte lidmaatschap van de NBA voorschrijven strijdig met het bepaalde in art. 11 EVRM? (onderdeel 1);
- zijn de bepalingen uit de Wab die het verplichte lidmaatschap van de NBA voorschrijven strijdig met het bepaalde in art. 6 Mw? (onderdeel 2);
- is het verzuim van het hof om te beslissen op het verzoek van OvRAN om extra spreektijd met het oog op de pleitzitting in hoger beroep, althans de afwijzing van dat verzoek, strijdig met de goede procesorde, art. 6 EVRM en art. 4 van het Landelijk procesreglement civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven? (onderdeel 3).

3.2 Voordat de onderdelen worden besproken, zal eerst de relevante regelgeving

uiteengezet worden gezet (vergelijk ook rov. 2 tot en met 8 van het arrest van het hof).

4 Relevante regelgeving

4.1 In art. 2 lid 1 Wet op het accountantsberoep (Wab)² is bepaald dat er een Nederlandse beroepsorganisatie van accountants is. Tevens is hierin bepaald dat de beroepsorganisatie een openbaar lichaam als bedoeld in artikel 134 van de Grondwet is. In het derde lid van art. 2 Wab is het lidmaatschap van de beroepsorganisatie voor accountants verplicht gesteld.

4.2 Op grond van art. 3 Wab heeft de beroepsorganisatie de volgende taken:

- a. bevorderen van een goede beroepsuitoefening door accountants, onder meer door het vaststellen van beroepsreglementering;
- b. behartigen van de gemeenschappelijke belangen van accountants;
- c. zorg dragen voor de eer van de stand van de accountants; en
- d. zorg dragen voor de praktijkopleiding, bedoeld in art. 47 Wab.

4.3 Op grond van art. 5 lid 1 Wab stelt de ledenvergadering van de beroepsorganisatie verordeningen vast. Art. 19 lid 2 voegt daaraan toe dat de ledenvergadering in ieder geval verordeningen vaststelt met betrekking tot, onder meer:

- a. gedrags- en beroepsregels ten behoeve van een goede uitoefening van de werkzaamheden van accountants;
- b. de onafhankelijkheid, het stelsel van kwaliteitsbeheersing en de integere bedrijfsvoering van accountantsorganisaties;
- c. behandeling van klachten over accountants;
- (...)
- j. de praktijkopleiding en het daarbij behorende examen, bedoeld in artikel 47, eerste lid;
- k. de beroepsprofielen behorend bij de accountantstitels, genoemd in artikel 41, eerste lid;
- l. de inrichting, de wijze van afname en de hoogte van de examengelden van het examen, bedoeld in artikel 54, eerste lid, onderdeel c, en de voorwaarden voor het verkrijgen van vrijstellingen van onderdelen daarvan;
- m. de inhoud van het examen ten behoeve van de verklaring van vakbekwaamheid, bedoeld in artikel 54, eerste lid, onderdeel d;
- n. het instellen, opheffen en beheer van eventuele fondsen in het belang van de beroepsgroep.

4.4 Op grond van art. 34 lid 1 Wab hebben verordeningen bedoeld in onder meer art. 19,

² Wet van 13 december 2012, houdende bepalingen over het accountantsberoep, de Nederlandse beroepsorganisatie van accountants en de Commissie eindtermen accountantsopleiding (Wet op het accountantsberoep), *Stb.* 2012/680.

onderdelen b tot en met n, goedkeuring van de minister van financiën nodig. Art. 34 lid 2 Wab houdt in dat goedkeuring alleen kan worden onthouden wanneer een verordening of een nader voorschrift in strijd is met het recht of het algemeen belang.

4.5 Art. 36 lid 1 Wab bepaalt dat er een accountantsregister is waarin accountants zijn ingeschreven. Op grond van art. 38 lid 1 Wab dient degene die in het accountantsregister wenst te worden ingeschreven, daartoe een aanvraag in te dienen bij het bestuur van de beroepsorganisatie. Lid 2 van art. 38 bepaalt dat bij de aanvraag moet worden gevoegd één of meerdere getuigschriften waaruit blijkt dat de aanvrager een opleiding als bedoeld in artikel 46, die passend is bij de door hem aangevraagde beroepstitel, met goed gevolg heeft afgerond, of een verklaring van vakbekwaamheid als bedoeld in artikel 54, eerste lid.

4.6 Op grond van art. 39 lid 1 Wab wordt de inschrijving onder meer geweigerd indien niet wordt voldaan aan de vakbekwaamheidseisen als bedoeld in art. 38 Wab. In art. 39 lid 2 Wab is hierop een uitzondering gemaakt, namelijk (kort samengevat) voor aanvragers uit de EU die voldoen aan de elders in de EU verkregen verklaring van vakbekwaamheid.

4.7 Degene die is ingeschreven in het accountantsregister is op grond van art. 41 lid 1 Wab gerechtigd tot het voeren van de titel Registeraccountant (RA) of Accountant-Administratieconsulent (AA). De titel wordt bij het besluit tot inschrijving verleend. Ingevolge art. 41 lid 2 Wab is het degene die niet in het accountantsregister staat ingeschreven, verboden om anders dan in besloten kring de titels AA of RA te voeren of de benaming accountant zonder nadere toevoeging dan wel in samenstelling of afkorting, dan wel zich zodanig te gedragen dat daardoor bij het publiek redelijkerwijs de indruk kan zijn gewekt dat hij tot het voeren van die benaming gerechtigd is.

4.8 Op grond van art. 42 Wab is de accountant onderworpen aan de tuchtrechtspraak op grond van de Wet tuchtrechtspraak accountants. In art. 43 lid 1 Wab is bepaald in welke gevallen de inschrijving in het accountantsregister wordt doorgehaald. In art. 43 lid 2 Wab is bepaald dat doorhaling van de inschrijving leidt tot verlies van de betrekkingen binnen de beroepsorganisatie waarvoor het lidmaatschap een vereiste is.

4.9 In hoofdstuk 7 Wab (artikelen 46 tot en met 54) zijn bepalingen opgenomen over de opleiding tot accountant. In art. 46 Wab is bepaald dat de opleiding tot accountant de bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen vakgebieden omvat en dat deze voldoet aan de eindtermen zoals bedoeld in art. 49, tweede lid, onderdeel a, Wab die voor controles van financiële verantwoording van belang zijn. Art. 47 Wab geeft regels over de praktijkopleiding die de accountant gedurende tenminste drie jaren moet volgen als onderdeel van de opleiding tot accountant.

4.10 De bevoegdheid om wettelijke controles te verrichten wordt mede beheerst door de

Wet toezicht accountantsorganisatie (hierna: Wta). Art. 27 Wta stelt voor die bevoegdheid de inschrijving in het accountantsregister en een aantekening in het accountantsregister verplicht. Voor het verrichten van wettelijke controles is een vergunning nodig van de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM). Voor het verrichten van andere accountantsopdrachten is de inschrijving in het accountantsregister niet vereist.

5 Onderdeel 1 – schending van art. 11 EVRM?

5.1 Onderdeel 1 is gericht tegen rov. 19 en 20 van het arrest. Het hof overweegt hier – en in de daaropvolgende overwegingen 21 tot en met 23 – het volgende:

“19. De klachten over schending van artikel 11 EVRM zijn ongegrond. Het hof deelt het oordeel van de rechtbank zoals weergegeven in rechtsoverwegingen 4.11 en 4.12 van het bestreden vonnis en neemt dat oordeel over. De NBA is geen privaatrechtelijke vereniging waarop artikel 11 EVRM ziet. Dit heeft ook de HR uitgemaakt in zijn arrest van 20 december 2016 (ECLI: NL:HR:2016:2910), waarbij in lijn met de jurisprudentie van het EHRM is beslist (zie onder meer EHRM 23 juni 1981, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere v. België*, nr. 6878/75, EHRM 29 april 1999, *Chassagnou v. Frankrijk*, nr. 25088/94, EHRM 20 januari 2011, *Hermann v. Duitsland*, nr. 9300/07 en het recente arrest EHRM 03 december 2015, 29389/11 *Mytilinaios en Kostakis v. Griekenland*, 29389/11, waarbij de toepasselijke criteria zijn herhaald).

20. Zoals ook voortvloeit uit de hiervoor weergegeven feiten, is de NBA (i) een organisatie die is ingebed in de structuren van de Staat, te weten een openbaar lichaam in de zin van artikel 134 Gw, dat onder toezicht staat van het Ministerie van Financiën, en waarbij voor de vaststelling van een groot aantal verordeningen van de NBA goedkeuring van de minister is vereist en verordeningen en andere besluiten bij koninklijk besluit kunnen worden vernietigd (ii) een organisatie die administratieve, regulerende en tuchtrechtelijke taken heeft buiten de sfeer van het gewone recht, en (iii) een organisatie die niet alleen het belang van haar leden dient, maar ook het algemeen belang. Aldus is voldaan aan de toepasselijke ‘integratiecriteria’, zoals deze door het EHRM zijn ontwikkeld en ook zijn getoetst door de rechtbank in het thans bestreden vonnis, met verwijzing naar eerdergenoemd arrest van de HR. In dit verband merkt het hof op dat blijkens het arrest van de HR van 20 december 2016, rechtsoverweging 2.4.2, inhoudelijk gezien wel degelijk aan de ‘integratiecriteria’ is getoetst. Voor deze toetsing hoeft de HR het betreffende woord niet te gebruiken.

21. Het voorgaande betekent dat artikel 11 EVRM niet van toepassing is op de verplichting om lid te zijn van de NBA. Het hof komt niet toe aan de stelling van

OvRAN dat er sprake zou zijn van indirecte verenigingsdwang, wat hier ook van zij, reeds omdat de NBA geen privaatrechtelijke vereniging is in de zin van artikel 11 EVRM. Het beroep dat OvRAN nog heeft gedaan op het zogenaamde ‘hindercriterium’ wordt verworpen. Het staat de leden van de NBA immers vrij om elders een vereniging te vormen en/of daarvan lid te zijn. De door OvRAN genoemde merkenrechtprocedures doen daar niet aan af.

22. Het verwijt dat de rechtbank het zogenaamde ‘noodzaakcriterium’ van artikel 11 lid 2 EVRM niet heeft onderzocht, is ongegrond. Nu artikel 11 EVRM niet van toepassing is, wordt aan toetsing van het tweede lid ervan niet toegekomen. Het hof onderschrijft rechtsoverweging 4.13 van het bestreden vonnis en neemt dit over.

23. De grieven 1 tot en met 6 zijn ongegrond.”

5.2 Onderdeel 1 klaagt in essentie dat het oordeel van het hof dat de grieven over schending van art. 11 EVRM ongegrond zijn, omdat de NBA geen privaatrechtelijke vereniging is waarop art. 11 EVRM van toepassing is, blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is.

5.3 Het onderdeel valt uiteen in vijf subonderdelen. Voordat deze subonderdelen worden besproken, zal nader worden ingegaan op de volgende punten:

1. art. 11 EVRM;
2. de samenhang van art. 11 EVRM met de artikelen 9 en 10 EVRM;
3. het “negatieve” recht op vrijheid van vereniging in art. 11 EVRM;
4. het begrip “vereniging” in de zin van art. 11 EVRM;
5. beroepsverenigingen en art. 11 EVRM;
6. het arrest van de strafkamer van de Hoge Raad van 20 december 2016.

Art. 11 EVRM

5.4 Art. 11 lid 1 EVRM bevat twee rechten: de “*vrijheid van vergadering*” en de “*vrijheid van vereniging*”. De vrijheid van vereniging omvat ook het recht om vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten, zo blijkt uit de tekst van art. 11 lid 1 EVRM.³ Het volledige artikel luidt als volgt:

“Article 11. - Freedom of assembly and association

³ Zie ook E. Brems en Y. Haec, Artikel 11. Vrijheid van vreedzame vergadering en vrijheid van vereniging. In: J. Vande Lanotte en Y. Haec (red.), *Handboek EVRM. Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, 2004, p. 8.

1 Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

2 No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.”

Samenhang met de artikelen 9 en 10 EVRM

5.5 Er is sprake van een zekere samenhang tussen de vrijheid van vergadering en vereniging enerzijds en de vrijheid van gedachte, geweten, godsdienst en levensovertuiging in art. 9 EVRM en de vrijheid van meningsuiting in art. 10 EVRM anderzijds.⁴ In het arrest *Chassagnou en anderen tegen Frankrijk* overwoog het EHRM hierover het volgende:⁵

“(…) Freedom of thought and opinion and freedom of expression, guaranteed by Articles 9 and 10 of the Convention respectively, would thus be of very limited scope if they were not accompanied by a guarantee of being able to share one’s beliefs or ideas in community with others, particularly through associations of individuals having the same beliefs, ideas or interests. (…)”

5.6 Wanneer tegen een bepaalde overheidsmaatregel meer dan één verdragsbepaling wordt ingeroepen, bijvoorbeeld zowel art. 10 als art. 11 EVRM, past het EHRM de bepaling toe die, gelet op de concrete omstandigheden van het geval, het meest op de zaak is toegesneden.⁶ Zo blijkt uit de rechtspraak van het EHRM dat art. 11 EVRM als een *lex specialis* van art. 10 EVRM moet worden beschouwd in zaken over grootschalige demonstraties en protestacties.⁷

⁴ Zie hierover nader: A. Nieuwenhuis. In: J. Gerards (eindred.) e.a., *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, 2013, p. 108 en E. Brems en Y. Haek, Artikel 11. Vrijheid van vreedzame vergadering en vrijheid van vereniging. In: J. Vande Lanotte en Y. Haek (red.), *Handboek EVRM. Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, 2004, p. 9-10. Vgl. ook: M.W. Janis, R.S. Kay and A.W. Bradley, *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford University Press 2010, p. 314-315.

⁵ EHRM 29 april 1999, nrs. 25088/94, 28331/95 en 28443/95; ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002508894; *NJ* 1999/649 (*Chassagnou e.a. tegen Frankrijk*), § 100.

⁶ Zie ook A. Nieuwenhuis. In: J. Gerards (eindred.) e.a., *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, 2013, p. 108.

⁷ Zie o.m. EHRM 21 juni 1988, nr. 10126/82 (*Plattform Ärzte für das Leben/Oostenrijk*); EHRM 9 april 2002, nr. 51346/99 (*Cisse/Frankrijk*); EHRM 26 april 1991, nr. 11800/85 (*Ezelin/Frankrijk*); EHRM 15 november 2007, nr. 26986/03 (*Galstyan/Armenië*); EHRM 25 september 2012, nr. 11828/08 (*Trade Union of the Slovakian Police/Slowakije*) en EHRM 9 oktober 2012, nr. 29723/11 (*Szima/Hongarije*).

Kleinschalige protestacties beoordeelt het EHRM ook wel onder art. 10 EVRM.⁸

Het “negatieve” recht op vrijheid van vereniging

5.7 Het recht op vrijheid van vereniging in art. 11 lid 1 EVRM omvat zowel de “positieve” vrijheid van vereniging als de “negatieve” vrijheid van vereniging. Met de “positieve” vrijheid van vereniging wordt bedoeld op het recht een vereniging of vakvereniging op te richten en zich daarbij aan te sluiten.⁹ Onder de “negatieve” vrijheid van vereniging wordt verstaan dat iemand niet gedwongen mag worden zich aan te sluiten bij een vereniging en evenmin mag worden benadeeld als gevolg van de keuze om geen lid te worden van een vereniging.¹⁰ De negatieve verenigingsvrijheid blijkt niet uit de tekst van art. 11 EVRM, maar is door het EHRM voor het eerst uitdrukkelijk aanvaard in het arrest *Sigurdur A. Sigurjónsson tegen IJsland*.¹¹ In deze IJslandse zaak was de vraag aan de orde of het verplichte lidmaatschap van de ‘Frami Automobile Association’ (hierna: ‘Frami’) als wettelijke voorwaarde voor het mogen uitoefenen van het beroep van taxichauffeur (de zogenoemde ‘closed-shop practice’) in strijd was met art. 11 EVRM. Nadat het EHRM had gewezen op de toegenomen consensus met betrekking tot een negatief recht van vrijheid van vereniging op zowel nationaal als internationaal niveau en nadat het had overwogen dat het EVRM “een living instrument [is] which must be interpreted in the light of present-day conditions”, overwoog het nadrukkelijk dat art. 11 EVRM ook een negatief verenigingsrecht omvat. Het EHRM zag op dat moment echter geen aanleiding om vast te stellen of aan het positieve en het negatieve recht een gelijk

⁸ Zie o.m. EHRM 23 september 1998, nr. 24838/94 (*Steel e.a./Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 25 november 1999, nr. 25594/94 (*Hashman en Harrup/Verenigd Koninkrijk*).

⁹ Zie E. Brems en Y. Haecck, Artikel 11. Vrijheid van vreedzame vergadering en vrijheid van vereniging. In: J. Vande Lanotte en Y. Haecck (red.), *Handboek EVRM. Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, 2004, p. 20-26.

¹⁰ Zie E. Brems en Y. Haecck, Artikel 11. Vrijheid van vreedzame vergadering en vrijheid van vereniging. In: J. Vande Lanotte en Y. Haecck (red.), *Handboek EVRM. Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, 2004, p. 21 en 27-28; A. Nieuwenhuis. In: J. Gerards (eindred.) e.a., *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, 2013, p. 107 en D.J. Harris, M. O’Boyle, E.P. Bates and C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2018, p. 703. Vgl. ook B. Rainey, E. Wicks and C. Ovey, *Jacobs, White and Ovey. The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2017, p. 527-528

¹¹ EHRM 30 juni 1993, nr. 16130/90, ECLI:CE:ECHR:1993:0630JUD001613090; NJ 1994/223 m.nt. E.A. Alkema (*Sigurdur A. Sigurjónsson tegen IJsland*). Wel had het EHRM in de zaak *Young, James and Webster tegen het Verenigd Koninkrijk*, arrest van 13 augustus 1981, nrs. 7601/76 en 7806/77, § 52 al overwogen (mijn onderstreping): *The Court recalls, however, that the right to form and to join trade unions is a special aspect of freedom of association (see the National Union of Belgian Police judgment of 27 October 1975, Series A no. 19, p. 17, par. 38); it adds that the notion of a freedom implies some measure of freedom of choice as to its exercise. Assuming for the sake of argument that, for the reasons given in the above-cited passage from the travaux préparatoires, a general rule such as that in Article 20 par. 2 of the Universal Declaration of Human Rights was deliberately omitted from, and so cannot be regarded as itself enshrined in, the Convention, it does not follow that the negative aspect of a person’s freedom of association falls completely outside the ambit of Article 11 (art. 11) and that each and every compulsion to join a particular trade union is compatible with the intention of that provision. To construe Article 11 (art. 11) as permitting every kind of compulsion in the field of trade union membership would strike at the very substance of the freedom it is designed to guarantee (see, mutatis mutandis, the judgment of 23 July 1968 on the merits of the “Belgian Linguistic” case, Series A no. 6, p. 32, par. 5, the Golder judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, p. 19, par. 38, and the Winterwerp judgment of 24 October 1979, Series A no. 33, p. 24, par. 60).*

gewicht dient te worden toegekend (“*to be considered on an equal footing*”):¹²

“35. (...) Accordingly, Art. 11 must be viewed as encompassing a negative right of association. It is not necessary for the Court to determine in this instance whether this right is to be considered on an equal footing with the positive right.”

5.8 Dat art. 11 EVRM ook een negatief recht op vrijheid van vereniging omvat, heeft het EHRM bevestigd in latere rechtspraak over het verplichte lidmaatschap van grondeigenaren van een jachtvereniging, niettegenstaande hun ethische bezwaren tegen de jacht.¹³ Te wijzen is bijvoorbeeld op het - hierna nader te bespreken - arrest *Chassagnou en anderen tegen Frankrijk*:¹⁴

“B. Compliance with Article 11

1. *The existence of an interference*

103. It was not contested by those who appeared before the Court that the obligation to join an ACCA [*een jachtvereniging – A-G*] imposed on the applicants by the Loi Verdeille was an interference with the “negative” freedom of association. The Court shares that opinion and will accordingly consider the complaint under Article 11 in the light of Article 9, since protection of personal opinions is one of the purposes of the freedom of association, which implies a negative freedom of association (see the *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland* judgment of 30 June 1993, Series A no. 264, p. 17, § 37).”

5.9 Ook in de zaak *Vörður Ólofsson tegen IJsland*, waarin het ging over een voor bedrijven verplichte afdracht (“*industry charge*”) aan een industriële vereniging, herhaalde het EHRM dat art. 11 EVRM ook de negatieve verenigingsvrijheid omvat, dat wil zeggen het recht om niet (gedwongen) lid te worden van een vereniging.¹⁵ Tot slot kwam de negatieve verenigingsvrijheid aan de orde in de zaak *Mytilinaios en Kostakis tegen Griekenland*.¹⁶ Het ging in die zaak over het verplichte lidmaatschap van eigenaren van wijngaarden op het Griekse eiland Samos van een (wijn)coöperatie (zie over deze uitspraak nader onder 5.22).

¹² EHRM 30 juni 1993, nr. 16130/90, ECLI:CE:ECHR:1993:0630JUD001613090; NJ 1994/223 m.nt. E.A. Alkema (*Sigurður A. Sigurjónsson tegen IJsland*), § 35.

¹³ Zie EHRM 29 april 1999, nrs. 25088/94, 28331/95 en 28443/95; ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002508894; NJ 1999/649 (*Chassagnou e.a. tegen Frankrijk*), § 103; EHRM 10 juli 2007, nr. 2113/04; ECLI:CE:ECHR:2007:0710JUD000211304; EHRC 2007/99 (*Schneider tegen Luxemburg*), § 75; EHRM 22 september 2011, nr. 29952/08, EHRC 2011/163 (*A.S.P.A.S. en Lasgrezas/Frankrijk*), § 52.

¹⁴ EHRM 29 april 1999, nrs. 25088/94, 28331/95 en 28443/95; ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002508894; NJ 1999/649 (*Chassagnou e.a. tegen Frankrijk*).

¹⁵ EHRM 27 april 2010, nr. 20161/06, EHRC 2010/73 m.nt. N. Gundt (*Vörður Ólofsson tegen IJsland*), § 45.

¹⁶ EHRM 3 december 2015, nr. 29389/11, EHRC 2016/56 m.nt. J.H. Gerards (*Mytilinaios en Kostakis tegen Griekenland*), § 53.

Het begrip “vereniging” in art. 11 lid 1 EVRM

5.10 In de onderhavige zaak is in cassatie aan de orde of de NBA moet worden aangemerkt als een “vereniging” (“*association*”) in de zin van art. 11 EVRM. Voor het antwoord op die vraag is de rechtspraak van het EHRM van belang.¹⁷

5.11 Daarbij valt in de eerste plaats te wijzen op het arrest *Le Compte, Van Leuven en De Meyere tegen België*.¹⁸ In die zaak was de vraag aan de orde of de verplichting voor artsen om lid te worden van de *Ordre des médecins* (een Belgische beroepsorganisatie voor artsen) strijd oplevert met het (negatieve) recht op vrijheid van vereniging in art. 11 EVRM. Het EHRM beantwoordde die vraag ontkennend, omdat de *Ordre des médecins* een publiekrechtelijke organisatie is die niet kan worden aangemerkt als een “vereniging” in de zin van art. 11 EVRM. De relevante overwegingen van het EHRM luiden als volgt:¹⁹

“III. THE ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 11 (art. 11)

62. The applicants alleged a breach of Article 11 (art. 11), which reads as follows:

(...)

In the applicants’ submission, the obligation to join the *Ordre des médecins* (see paragraph 21 above) inhibited freedom of association - which implied freedom not to associate - and went beyond the limits of the restrictions permitted under paragraph 2 of Article 11 (art. 11-2); furthermore, so they contended, the very existence of the *Ordre* had the effect of eliminating freedom of association.

63. In its report, the Commission expressed the unanimous opinion, corresponding in substance to the Government’s contention, that the *Ordre*, by virtue of its legal nature and specifically public function, was not an association within the meaning of Article 11 par. 1 (art. 11-1).

64. The Court notes firstly that the Belgian *Ordre des médecins* is a public-law institution. It was founded not by individuals but by the legislature; it remains integrated within the structures of the State and judges are appointed to most of its

¹⁷ Vgl. de noot van J.H. Gerards onder EHRM 20 januari 2011, nr. 9300/07 (*Herrmann tegen Duitsland*). In: *EHRC* 2011/52, nr. 5. Zie over het begrip “vereniging” ook: D.J. Harris, M. O’Boyle, E.P. Bates and C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2018, p. 703-704.

¹⁸ EHRM 23 juni 1981, nrs. 6878/75 en 7238/75, ECLI:CE:ECHR:1981:0623JUD000687875; *NJ* 1982/602 (*Le Compte, Van Leuven, De Meyere t. België*).

¹⁹ EHRM 23 juni 1981, nrs. 6878/75 en 7238/75, ECLI:CE:ECHR:1981:0623JUD000687875; *NJ* 1982/602 (*Le Compte, Van Leuven, De Meyere t. België*), § 62-66.

organs by the Crown. It pursues an aim which is in the general interest, namely the protection of health, by exercising under the relevant legislation a form of public control over the practice of medicine. Within the context of this latter function, the Ordre is required in particular to keep the register of medical practitioners. For the performance of the tasks conferred on it by the Belgian State, it is legally invested with administrative as well as rule-making and disciplinary prerogatives out of the orbit of the ordinary law (prerogatives *exorbitantes du droit commun*) and, in this capacity, employs processes of a public authority (see paragraphs 20-34 above).

65. Having regard to these various factors taken together, the Ordre cannot be considered as an association within the meaning of Article 11 (art. 11). However, there is a further requirement: if there is not to be a violation, the setting up of the Ordre by the Belgian State must not prevent practitioners from forming together or joining professional associations. Totalitarian régimes have resorted - and resort - to the compulsory regimentation of the professions by means of closed and exclusive organisations taking the place of the professional associations and the traditional trade unions. The authors of the Convention intended to prevent such abuses (see the Collected Edition of the "Travaux Préparatoires"), vol. II, pp. 116-118).

The Court notes that in Belgium there are several associations formed to protect the professional interests of medical practitioners and which they are completely free to join or not (see paragraph 22 above). In these circumstances, the existence of the Ordre and its attendant consequence - that is to say, the obligation on practitioners to be entered on the register of the Ordre and to be subject to the authority of its organs - clearly have neither the object nor the effect of limiting, even less suppressing, the right guaranteed by Article 11 par. 1 (art. 11-1).

66. There being no interference with the freedom safeguarded by paragraph 1 of Article 11 (art. 11-1), there is no reason to examine the case under paragraph 2 (art. 11-2) or to determine whether the Convention recognises the freedom not to associate."

5.12 Bij zijn oordeel dat de *Ordre des médecins* een publiekrechtelijke organisatie is die niet onder de reikwijdte valt van art. 11 EVRM, heeft het EHRM dus de volgende gezichtspunten – ook wel ‘*integratiecriteria*’ genoemd – betrokken (zie § 64):

- i) de organisatie is niet opgericht door individuen, maar bij wet;
- ii) de organisatie is geïntegreerd in de structuren van de Staat en door de Kroon benoemde gerechtelijke ambtenaren hebben in de meeste van haar organen zitting;
- iii) de organisatie streeft een algemeen belang na;

- iv) de organisatie heeft administratieve, regulerende en/of tuchtrechtelijke taken buiten de sfeer van het gewone recht en oefent daarmee publiekrechtelijk toezicht uit.

5.13 Daarnaast heeft het EHRM in het *Le Compte*-arrest nog een aanvullend criterium – ook wel het ‘*hindercriterium*’ genoemd – geformuleerd: de oprichting van de *Ordre des médecins* mag namelijk niet verhinderen dat haar leden andere beroepsverenigingen oprichten of zich daarbij aansluiten. Indien dat wel het geval is, dan kan – ondanks het feit dat sprake is van een publiekrechtelijke organisatie die niet onder de reikwijdte van art. 11 EVRM valt – toch sprake zijn van een schending van art. 11 EVRM. Met dit aanvullende criterium beoogt het EHRM misbruik te voorkomen. Het EHRM overwoog in dit verband dat totalitaire regimes in het verleden zijn overgegaan – en nog steeds overgaan – tot het gedwongen onderbrengen van beroepen in gesloten en exclusieve organisaties die de plaats innemen van beroepsorganisaties en de traditionele vakverenigingen (zie § 65). Dat wil het EHRM dus voorkomen.

5.14 Naast het *Le Compte*-arrest is ook het arrest *Sigurdur A. Sigurjónsson tegen IJsland* van belang.²⁰ Zoals hiervoor vermeld (zie onder 5.7), was in dat arrest de vraag aan de orde of het verplichte lidmaatschap van de ‘Frami Automobile Association’ (hierna: ‘Frami’) als wettelijke voorwaarde voor het mogen uitoefenen van het beroep van taxichauffeur (de zogenoemde ‘*closed-shop practice*’) in strijd was met art. 11 EVRM. Met betrekking tot de vraag of ‘Frami’ een “vereniging” is als bedoeld in art. 11 lid 1 EVRM overwoog het EHRM het volgende:²¹

“1. *Whether Frami was an “association”*”

30. The Government contended that Frami was not a “trade union”, nor even an “association”, within the meaning of Article 11 (art. 11), but a professional organisation of a public-law character. They invoked mainly the following arguments:

(a.) Although not established by law, Frami performed certain functions which were provided for by law or had evolved through practice and served the public interest no less than the interests of its members (see paragraphs 22-23 above). Frami was thus the lowest administrative level in a hierarchy comprising, apart from Frami itself, the Committee and the Ministry.

(b.) Frami was not an employees’ organisation representing its members in conflicts with their employer or engaging in collective bargaining and was not affiliated to the Icelandic Federation of Labour. Instead, it had a membership

²⁰ EHRM 30 juni 1993, nr. 16130/90, ECLI:CE:ECHR:1993:0630JUD001613090; *NJ* 1994/223 m.nt. E.A. Alkema (*Sigurdur A. Sigurjónsson tegen IJsland*).

²¹ EHRM 30 juni 1993, nr. 16130/90, ECLI:CE:ECHR:1993:0630JUD001613090; *NJ* 1994/223 m.nt. E.A. Alkema (*Sigurdur A. Sigurjónsson tegen IJsland*), § 30-32.

composed principally of independent business operators and itself fixed the rates for services, any changes in which were subject to the approval of the price control authorities.

31. The Court agrees with the applicant and the Commission that the above-mentioned elements are not sufficient for Frami to be regarded as a public-law association outside the ambit of Article 11 (art. 11). Admittedly, Frami performed certain functions which were to some extent provided for in the applicable legislation and which served not only its members but also the public at large (see paragraphs 22-23 above). However, the role of supervision of the implementation of the relevant rules was entrusted primarily to another institution, namely the Committee, which in addition had the power to issue licences and to decide on their suspension and revocation (see paragraphs 20 and 25 above). Frami was established under private law and enjoyed full autonomy in determining its own aims, organisation and procedure. According to its Articles, admittedly old and currently under revision, the purpose of Frami was to protect the professional interests of its members and promote solidarity among professional taxicab drivers; to determine, negotiate and present demands relating to the working hours, wages and rates of its members; to seek to maintain limitations on the number of taxicabs and to represent its members before the public authorities. Frami was therefore predominantly a private-law organisation and must thus be considered an ‘association’ for the purposes of Article 11 (art. 11).

32. It is not necessary to decide whether Frami can also be regarded as a trade union within the meaning of Article 11 (art. 11), since the right to form and join trade unions in that provision is an aspect of the wider right to freedom of association, rather than a separate right (see, amongst other authorities, the *Schmidt and Dahlström v. Sweden* judgment of 6 February 1976, Series A no. 21, p. 15, para. 34).”

5.15 Uit de hiervoor weergegeven overwegingen van het EHRM blijkt dus dat de omstandigheid dat een organisatie een aantal publiekrechtelijke elementen heeft, niet noodzakelijkerwijs betekent dat die organisatie daarmee buiten de reikwijdte van art. 11 EVRM valt.²² Uiteindelijk gaat het erom welke elementen de boventoon voeren. In de zaak

²² Zie ook A. Nieuwenhuis. In: J. Gerards (eindred.) e.a., *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, 2013, p. 105 en Mark W. Janis, Richard S. Kay and Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford University Press, 2010, p. 321. Vgl. ook B. Rainey, E. Wicks and C. Ovey, *Jacobs, White and Ovey. The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2017, p. 528: “The Strasbourg Court will look to see which characteristics predominate.” Vgl. ook de noot van J.H Gerards onder EHRM 20 januari 2011, nr. 9300/07 (*Herrmann tegen Duitsland*), in *EHRC 2011/52* onder 9: “Uit *Chassagnou en Sigursonsson* kan daarmee worden afgeleid dat een vereniging als een privaatrechtelijke vereniging worden beschouwd die binnen het bereik van art. 11 EVRM valt, ondanks publiekrechtelijke trekjes als de wettelijke basis, het bestaan van enig toezicht en het uitoefenen van enige taken van algemeen belang.”

Sigurdur A. Sigurjónsson tegen IJsland kwam het EHRM tot het oordeel dat het verplichte lidmaatschap van ‘Frami’ in strijd was met het negatieve recht op vrijheid van vereniging in art. 11 EVRM (zie § 33-35). Bovendien was volgens het EHRM niet voldaan aan de in lid 2 gestelde voorwaarden voor beperking van dit recht, omdat niet kan worden gezegd dat de beperking evenredig was aan het daarmee nagestreefde legitieme doel, te weten een goede uitvoering van publieke, toezichthoudende, taken door Frami (zie § 38-41).

5.16 Ook in het arrest *Chassagnou en anderen tegen Frankrijk*²³ moest het EHRM beoordelen of sprake was van een ‘vereniging’ in de zin van art. 11 EVRM. Het ging in die zaak om de vraag of de verplichting van kleine landeigenaren in Frankrijk om lid te zijn van de plaatselijke jachtvereniging (een zogenoemde ‘ACCA’), in strijd is met art. 11 EVRM. Het EHRM verduidelijkte dat het begrip ‘vereniging’ in art. 11 EVRM autonoom moet worden uitgelegd (“*possesses an autonomous meaning*”). De omstandigheid dat een organisatie naar het nationale recht kwalificeert als een publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke organisatie, is dus niet bepalend en vormt slechts een vertrekpunt voor de beantwoording van de vraag of zij als een “*association for the purposes of Article 11 of the Convention*” moet worden aangemerkt, aldus het EHRM (zie § 100). Na toepassing van de gezichtspunten uit het *Le Compte*-arrest, kwam het EHRM tot het oordeel dat de ACCA’s moeten worden aangemerkt als ‘verenigingen’ in de zin van art. 11 EVRM. Daarbij achtte het EHRM in het bijzonder van belang dat sprake was van een vereniging waarvan particuliere jagers deel uitmaakten en die in beginsel uit vrije wil hun belangen hadden verenigd. Ook overwoog het EHRM dat de jachtverenigingen geen bestuurlijke, regelgevende of toezichthoudende taken hadden, zoals het geval is bij beroepsverenigingen. Het enkele feit dat de jachtverenigingen bij wet waren ingesteld, nam volgens het EHRM niet weg dat zij een overwegend privaatrechtelijk karakter hebben. Evenmin achtte het EHRM doorslaggevend dat een bestuursorgaan toezicht hield op de wijze waarop de vereniging opereerde. Volgens het EHRM was dat element niet voldoende om aan te nemen dat de vereniging is geïntegreerd in de structuren van de Staat (zie § 101-102). De relevante overwegingen van het EHRM luiden als volgt (mijn onderstrepingen):²⁴

“A. Applicability of Article 11

97. The applicants maintained that ACCAs indubitably came within the scope of Article 11. They argued that a hunters’ association, even though approved by the authorities, remained a purely private-law body, as the Loi Verdeille itself expressly referred to the Law of 1 July 1901 on associations. An ACCA was presided over by a hunter who was elected by hunters. They were not vested with

²³ EHRM 29 april 1999, nrs. 25088/94, 28331/95 en 28443/95; ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002508894; *NJ* 1999/649 (*Chassagnou e.a. tegen Frankrijk*).

²⁴ EHRM 29 april 1999, nrs. 25088/94, 28331/95 en 28443/95; ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002508894; *NJ* 1999/649 (*Chassagnou e.a. tegen Frankrijk*), § 97-102.

any public-authority prerogative outside the scope of the ordinary law, since the technique of official approval was not sufficient to transform a private-law association into a public administrative body.

98. The Government on the other hand, argued that ACCAs were public-law associations, vested by Parliament with public-authority prerogatives, and accordingly outside the scope of Article 11. An ACCA could only be set up, for example, with the prefect's approval and did not have a free hand as regards the adoption of either its constitution or its internal rules, the essential parts of which were laid down by Articles R. 222-62 et seq. of the Countryside Code. In addition, the prefect had the power to supervise and impose sanctions on an ACCA, the power of prior approval of any amendment to the rules, and disciplinary powers.

The Government therefore maintained that ACCAs, even though set up in accordance with the Law of 1 July 1901, were public-law para-administrative institutions whose internal governing bodies admittedly resembled those of associations, but whose constitution clearly distinguished them from ordinary associations, since they were subject to a mixed legal regime containing elements of both private and public law. The complaint of a violation of Article 11 was accordingly incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention.

99. The Court notes that the question whether ACCAs are governed by private or public law is far from a settled issue in French law. The Bordeaux Administrative Court observed, for instance, in its judgment of 16 November 1989 (see paragraph 32 above): "Although, in order to achieve the objectives laid down by the [Loi Verdeille], [ACCAs] are vested with public-authority prerogatives, they nevertheless remain private-law bodies", and went on to say: "The decisions they take ..., particularly with regard to granting or withdrawing membership, are private-law acts which are not subject to review by the administrative courts".

This was also the approach taken by the civil courts dealing with the case of Mrs Chassagnou and Others (see paragraphs 21 and 22 above). On the other hand, in finding against those applicants (Mr Dumont and Others and Mrs Montion) who appealed to the administrative courts against a refusal by the prefect to remove their land from an ACCA's hunting grounds, the courts concerned invoked the public-authority prerogatives supposedly conferred on ACCAs (see paragraphs 27 and 32 above).

100. However, the question is not so much whether in French law ACCAs are private associations, public or para-public associations, or mixed associations, but whether they are associations for the purposes of Article 11 of the Convention.

If Contracting States were able, at their discretion, by classifying an association as “public” or “para-administrative”, to remove it from the scope of Article 11, that would give them such latitude that it might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention, which is to protect rights that are not theoretical or illusory but practical and effective (see the Artico v. Italy judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, pp. 15-16, § 33, and, more recently, the United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey judgment of 30 January 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, pp. 18-19, § 33).

Freedom of thought and opinion and freedom of expression, guaranteed by Articles 9 and 10 of the Convention respectively, would thus be of very limited scope if they were not accompanied by a guarantee of being able to share one’s beliefs or ideas in community with others, particularly through associations of individuals having the same beliefs, ideas or interests.

The term “association” therefore possesses an autonomous meaning; the classification in national law has only relative value and constitutes no more than a starting-point.

101. It is true that the ACCAs owe their existence to the will of Parliament, but the Court notes that they are nevertheless associations set up in accordance with the Law of 1 July 1901, and are composed of hunters or the owners of land or hunting rights, and therefore of private individuals, all of whom, a priori, wish to pool their land for the purpose of hunting.

Similarly, the fact that the prefect supervises the way these associations operate is not sufficient to support the contention that they remain integrated within the structures of the State (see, mutatis mutandis, the Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, pp. 26-27, § 64). Furthermore, it cannot be maintained that under the Loi Verdeille ACCAs enjoy prerogatives outside the orbit of the ordinary law, whether administrative, rule-making or disciplinary, or that they employ processes of a public authority, like professional associations.

102. The Court accordingly considers, like the Commission, that ACCAs are indeed “associations” for the purposes of Article 11.

5.17 De verplichting om lid te worden van een ACCA vormde volgens het EHRM een inbreuk op het negatieve recht op vrijheid van vereniging. Een dergelijke inbreuk is toegestaan indien het bij de wet is voorzien, een in art. 11 lid 2 EVRM genoemd doel nastreeft en noodzakelijk is in een democratische samenleving (§ 104). Volgens het EHRM was aan de eerste twee eisen voldaan (§ 105 en 108), maar was de inbreuk niet noodzakelijk in een democratische samenleving (§ 109-117). Het EHRM concludeerde dan ook dat art. 11 EVRM was geschonden (§ 117).

5.18 Verder kan nog worden gewezen op het arrest *Schneider tegen Luxemburg*.²⁵ Schneider is eigenaresse van een stuk grond dat door een Luxemburgse wet is ingedeeld in een van de jachtgronden van het jachtsyndicaat van Troisvierges. Schneider heeft echter ethische bezwaren tegen de jacht en verzocht de voorzitter van het jachtsyndicaat daarom haar land niet meer op te nemen in het jachtgebied. Enkele maanden later besloot de algemene vergadering van het syndicaat echter om het jachtcontract met negen jaar te verlengen, welk besluit werd bekrachtigd door de minister van Milieu. Schneider klaagde bij het EHRM dat sprake is van schending van art. 11 EVRM. Het EHRM overwoog in de eerste plaats dat de Luxemburgse jachtsyndicaten moeten worden aangemerkt als “verenigingen” in de zin van art. 11 EVRM. Hoewel zij hun bestaan te danken hebben aan de wetgever, geldt dat zij bestaan uit particulieren en niet zijn geïntegreerd in de structuur van de staat, aldus het EHRM. Het EHRM oordeelde vervolgens dat het verplichte lidmaatschap van het jachtsyndicaat voor een ethisch tegenstandster van de jacht een schending van het negatieve recht op vrijheid van vereniging oplevert. De relevante overwegingen van het EHRM luiden als volgt:²⁶

“2. *Appréciation de la Cour*

a) Sur l'applicabilité de l'article 11 de la Convention

69. La question qui se pose en l'espèce, est celle de déterminer si le syndicat de chasse auquel appartient la requérante constitue une « association » au sens de l'article 11 de la Convention.

70. La notion d'« association » possède une portée autonome : la qualification en droit national n'a qu'une valeur relative et ne constitue qu'un simple point de départ.

²⁵ EHRM 10 juli 2007, nr. 2113/04; ECLI:CE:ECHR:2007:0710JUD000211304; *EHRC* 2007/99 (*Schneider tegen Luxemburg*).

²⁶ EHRM 10 juli 2007, nr. 2113/04; ECLI:CE:ECHR:2007:0710JUD000211304; *EHRC* 2007/99 (*Schneider tegen Luxemburg*), § 69-76.

71. La Cour doit d'emblée faire remarquer que les juridictions ne se prononcèrent pas sur la question de la qualification des syndicats de chasse dans les décisions qu'ils rendirent dans la présente affaire. En revanche, dans une affaire introduite par une autre opposante éthique à la chasse, la cour administrative conclut à la violation de l'article 11 de la Convention, et par là même, admit implicitement mais certainement que les syndicats de chasse sont à considérer comme des « associations » au sens de l'article 11 (voir paragraphe 24 ci-dessus).

72. Il est vrai que les syndicats de chasse doivent leur existence à la volonté du législateur et qu'ils ne sont pas des associations au sens de la loi sur les associations sans but lucratif. Il n'en demeure pas moins que les syndicats sont constitués de propriétaires de terrains, donc de particuliers, qui se réunissent périodiquement pour décider du « relassement », ou non, du droit de chasse en faveur de quelques chasseurs, qui sont soit des adjudicataires, soit des locataires sortants.

73. De même, le fait que le fonctionnement des syndicats de chasse est supervisé par le ministre de l'Intérieur ne suffit pas pour affirmer que ceux-ci demeurent intégrés aux structures de l'Etat (*mutatis mutandis*, Chassagnou, précité, § 101). De même, il ne saurait être soutenu que les syndicats de chasse jouissent en vertu de la loi de 1925 de prérogatives exorbitantes du droit commun, tant administratives que normatives ou disciplinaires, ou qu'elles utilisent des procédés de la puissance publique, à l'instar des ordres professionnels.

74. La Cour estime donc que les syndicats de chasse sont bien des « associations » au sens de l'article 11 de la Convention.

b) Sur l'observation de l'article 11 de la Convention

i. Existence d'une ingérence

75. La Cour est d'avis qu'à n'en pas douter, l'obligation d'appartenance à un syndicat de chasse, imposée par la loi de 1925 à la requérante alors qu'elle est une opposante éthique à la chasse, est à considérer comme une « ingérence » dans sa liberté d'association « négative » (*mutatis mutandis*, Chassagnou, précité, § 103).

ii. Justification de l'ingérence

76. Pareille ingérence enfreint l'article 11, sauf si elle était « prévue par la loi », dirigée vers un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 et « nécessaire, dans une société démocratique », pour les atteindre.”

5.19 Ook in het door de Vijfde Kamer van het EHRM gewezen arrest *Herrmann tegen Duitsland*²⁷ ging het om de vraag of het verplichte lidmaatschap van een jachtvereniging in strijd was met het negatieve recht op vrijheid van vereniging in art. 11 EVRM. Het EHRM beoordeelde allereerst of de jachtvereniging kwalificeerde als ‘vereniging’ in de zin van art. 11 EVRM. Het EHRM beantwoordde die vraag in deze zaak echter – in tegenstelling tot in de ‘jachtzaken’ *Chassagnou en Schneider* – ontkennend:²⁸

“3. *Assessment by the Court*

76. The Court reiterates that the notion of “association” is to be interpreted by the Court in an autonomous way; the qualification given by the Contracting State merely serves as a starting point (see *Schneider*, cited above, § 69). Under the case-law of the Court, elements in determining whether an association is to be considered as private or public are: whether it was founded by individuals or by the legislature; whether it remained integrated within the structures of the State, whether it was invested with administrative, rule-making and disciplinary power, and whether it pursued an aim which was in the general interest (see, mutatis mutandis, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23 June 1981, § 64, Series A no. 43).

77. Turning to the circumstances of the instant case, the Court notes, at the outset, that the hunting associations in the *Land* of Rhineland-Palatinate are established by law in the form of public law associations. They are subject to the control of the hunting authority and their internal statutes are subject to the approval of that authority. Furthermore, hunting associations are allowed to issue cost orders by administrative acts, which are executed by the public exchequer.

78. Having regard to these elements, the Court observes that the hunting associations are subject to State supervision which goes clearly beyond the supervision normally exercised over private associations. Furthermore, they are not only obliged to issue their internal statutes, but have the right to issue cost orders by administrative acts which are executed by State authorities. The Court thus considers that the hunting associations are sufficiently integrated into State structures in order to qualify them as public law institutions. Furthermore, they pursue the aim to manage the exercise of the hunting rights and thus to ensure the management and protection of the game stock, which lies in the general interest. There is no indication that the legislator classified the hunting association as

²⁷ EHRM 20 januari 2011, nr. 9300/07 (Vijfde Kamer), *EHRC* 2011/52 m.nt. J.H. Gerards, (*Herrmann tegen Duitsland*).

²⁸ EHRM 20 januari 2011, nr. 9300/07 (Vijfde Kamer), *EHRC* 2011/52 m.nt. J.H. Gerards, (*Herrmann tegen Duitsland*), § 76-79.

“public” or “para administrative” with the sole aim of removing them from the scope of Article 11 of the Convention (compare, *a contrario*, *Schneider*, cited above, § 100).

79. Having regard to these circumstances, the Court concludes that the hunting associations as established under the hunting law of the *Land* of Rhineland-Palatinate have to be regarded as public law institutions. It follows that Article 11 of the Convention is not applicable in the instant case. Consequently, this complaint is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected in accordance with Article 35 § 4 of the Convention.”

5.20 Het EHRM herhaalt in dit arrest dus dat het begrip ‘vereniging’ in art. 11 EVRM autonoom moet worden uitgelegd. Of een vereniging een privaatrechtelijk of een publiekrechtelijk karakter heeft, moet volgens het EHRM worden beoordeeld aan de hand van de gezichtspunten – de integratiecriteria – uit het *Le Compte*-arrest (§ 76). In het kader van de toepassing van deze gezichtspunten overweegt het EHRM dat de betreffende jachtverenigingen bij wet zijn ingesteld in de vorm van publiekrechtelijke verenigingen, dat zij zijn onderworpen aan het toezicht van een bestuursorgaan op het terrein van de jacht en dat de statuten door dit bestuursorgaan moeten worden goedgekeurd. Bovendien kunnen de jachtverenigingen door middel van bestuursrechtelijke besluiten heffingen instellen, die worden geïnd door de fiscus (§ 77). Gelet op deze omstandigheden, is het EHRM van oordeel dat de jachtverenigingen zijn onderworpen aan een overheidstoezicht dat verder strekt dan het toezicht dat normaal gesproken over privaatrechtelijke verenigingen wordt uitgeoefend, en dat de jachtverenigingen voldoende zijn geïntegreerd in de structuren van de Staat om deze te kunnen kwalificeren als publiekrechtelijke organisaties. Bovendien streven de organisaties een algemeen belang na, te weten het beheren en beschermen van de wildpopulatie, aldus het EHRM. Tot slot overweegt het EHRM dat er geen enkele aanwijzing is dat de wetgever de jachtverenigingen bewust als “publiekrechtelijk” heeft gekwalificeerd om aan de werking van art. 11 EVRM te ontkomen (§ 78). Het EHRM komt daarom tot de conclusie dat art. 11 EVRM in dit geval niet van toepassing is. Het daarop betrekking hebbende onderdeel van de klacht van Herrmann is daarom niet-ontvankelijk (§ 79).

5.21 De zaak is vervolgens op verzoek van Herrmann verwezen naar de Grote Kamer van het EHRM (art. 43 EVRM). Maar omdat de Vijfde Kamer Herrmann niet-ontvankelijk had verklaard in het onderdeel van zijn klacht dat betrekking had op de schending van art. 11 EVRM, had de Grote Kamer geen jurisdictie om die klacht alsnog te beoordelen (§ 37-39).²⁹

²⁹ EHRM 26 juni 2012, nr. 9300/07 (Grote Kamer), *EHRC* 2012/176 (*Herrmann tegen Duitsland*).

5.22 Ook in het arrest *Mytilinaios en Kostakis tegen Griekenland*³⁰ beoordeelde het EHRM aan de hand van de hiervoor genoemde integratiecriteria of sprake was van een publiekrechtelijke organisatie waarop art. 11 EVRM niet van toepassing is. Klagers, de eigenaars van twee grote wijngaarden op het Griekse eiland Samos, waren verplicht lid van een coöperatie waaraan zij al hun druiven moesten leveren. De coöperatie produceerde en verhandelde vervolgens de van die druiven gemaakte wijn. Klagers, die zelf wijn wilden maken en verkopen, stelden bij het EHRM dat de verplichte aansluiting bij de coöperatie in strijd is met het negatieve recht op vrijheid van vereniging in art. 11 EVRM. Het EHRM beoordeelde allereerst of de coöperatie een “vereniging” is in de zin van art. 11 EVRM. In dit verband overwoog het EHRM dat het doel van de coöperatie is om de kwaliteit en bijzondere kenmerken van de wijn te beschermen. Volgens het EHRM waren de organisatie en het optreden van de coöperatie daarbij aanvankelijk onderworpen aan (financieel) overheidstoezicht, maar is de constructie in de loop van de tijd veranderd. Sinds 2011 is het toezicht sterk verminderd, waarbij er geen duidelijk effect meer is voor het dagelijks functioneren van de coöperatie. Het EHRM oordeelde dan ook dat in dit geval geen sprake is van een vereniging die is geïntegreerd in de structuren van de Staat. Ook oefent de coöperatie volgens het EHRM geen duidelijke administratieve, regelgevende en disciplinaire taken uit. Gelet op die omstandigheden kwam het EHRM tot het oordeel dat art. 11 EVRM van toepassing is en dat klagers ontvankelijk zijn in hun klacht. De relevante overwegingen van het EHRM luiden als volgt:³¹

“2. L’appréciation de la Cour

36. La Cour rappelle qu’elle a déjà eu à se prononcer sur la question de savoir si l’article 11 s’appliquait à des associations que le Gouvernement qualifiait d’associations de droit public, investies par le législateur de prérogatives de puissance publique. Elle a affirmé que la notion d’“association” est à interpréter de manière autonome: la qualification donnée par l’Etat contractant ne constitue qu’un simple point de départ. Dans la jurisprudence de la Cour, les critères pour déterminer si une association doit être considérée comme privée ou publique sont les suivants: fondation par des particuliers ou par le législateur, intégration ou non aux structures de l’Etat, existence ou non de prérogatives administratives, normatives et disciplinaires, et poursuite d’un but d’intérêt général ou pas (*Herrmann c. Allemagne*, no 9300/07, § 76, 20 janvier 2011).

37. Dans l’arrêt *Chassagnou et autres*, précité, la Cour a estimé que les associations communales de chasse agréée constituaient des “associations” au

³⁰ EHRM 3 december 2015, nr. 29389/11, EHRC 2016/56 m.nt. J.H. Gerards (*Mytilinaios en Kostakis tegen Griekenland*).

³¹ EHRM 3 december 2015, nr. 29389/11, EHRC 2016/56 m.nt. J.H. Gerards (*Mytilinaios en Kostakis tegen Griekenland*), § 36-46.

sens d'article 11 de la Convention. Elle est arrivée à cette conclusion après avoir constaté que si elles devaient leur existence à la volonté du législateur, ces associations étaient composées de particuliers désireux de regrouper leurs terrains pour la pratique de la chasse. Elle a relevé, en outre, que ces associations n'avaient pas de prérogatives exorbitantes de droit commun et n'utilisaient pas des procédés de la puissance publique et que la tutelle exercée par le préfet ne suffisait pas pour affirmer que ces associations étaient intégrées aux structures de l'Etat.

38. En revanche, dans l'arrêt *Hermann*, précité, la Cour a considéré que rien n'indiquait que le législateur allemand, en classant les associations de chasse parmi les associations publiques ou para-administratives, visait exclusivement à les soustraire à l'empire de l'article 11. À cet égard, la Cour a constaté que ces associations étaient soumises au contrôle de l'autorité de la chasse qui approuvait aussi leur statut, qu'elles étaient habilitées à réclamer l'acquittement de droits par la voie d'actes administratifs qui étaient exécutés par le Trésor public et qu'elles visaient un but qui servait l'intérêt général.

39. En l'espèce, la Cour note d'emblée que l'Union des coopératives vinicoles de Samos est établie en vertu d'une disposition constitutionnelle, l'article 12 § 5 qui autorise la création d'associations à participation obligatoire, ainsi que d'une loi spécifique no 6085/1934, créant des coopératives vinicoles obligatoires à responsabilité limitée dans toutes les communes de Samos afin de répondre à une demande expresse et pressante des viticulteurs de l'île. Le but de la loi était d'assurer, d'une part, la qualité du vin qui y était produit et qui présentait des caractéristiques propres, et d'autre part, l'équilibre entre la qualité du vin et son prix de commercialisation qui baissait en permanence, ce qui avait eu comme conséquence l'abandon de la production du vin et la dégradation de sa qualité.

40. En examinant la question de la nature des coopératives à participation obligatoire prévues par l'article 12 § 5 de la Constitution, le Conseil d'Etat relevait, dans son arrêt no 2903/1993, qu'elles étaient constituées de personnes morales de droit privé et d'unions spécifiques de personnes qui collaboraient pour défendre et promouvoir leurs intérêts patrimoniaux, professionnels ou autres. Il soulignait que l'organisation et l'action de ces coopératives, dans le cadre économique et social fixé par la Constitution, étaient placées sous la protection et la tutelle de l'Etat et que la possibilité de créer ce type des coopératives, par dérogation au principe général de la libre constitution des coopératives et de la libre la participation de leurs membres, concernait exclusivement le procédé d'établissement et la forme de participation qui était obligatoire.

41. La Cour relève, en outre, que la loi litigieuse datant de 1934 a été maintenue en vigueur par des lois successives, à savoir la loi no 2169/1993 et la loi no 2810/2000. Les articles 26 et 16 des lois nos 2169/1993 et 2810/2000 respectivement organisaient la tutelle étatique sur le fonctionnement de toutes les coopératives agricoles ainsi que sur les coopératives à participation obligatoire, dont les coopératives vinicoles de Samos.

42. Plus particulièrement, l'article 16 de la loi no 2810/2000 prévoyait que la tutelle sur les coopératives agricoles, qui était confiée au ministre de l'Agriculture, consistait notamment à vérifier si la valeur des parts des coopératives ou les autres obligations financières échues avaient été versées et si les dispositions de la loi, des statuts et des décisions des assemblées générales avaient été respectées. Elle consistait aussi à vérifier la véracité du bilan et des situations financières annuelles ainsi qu'à contrôler les registres tenus par les coopératives. Un décret présidentiel, émis sur proposition du ministre de l'Agriculture, devait fixer le contenu et les modalités d'exercice de la tutelle, les devoirs des organes qui l'exerçaient, les obligations de ceux qui étaient sous tutelle envers l'autorité de tutelle (...) ainsi que les sanctions administratives qui seraient imposées par l'autorité de tutelle au cas où le fonctionnement des coopératives n'était pas conforme à la loi. Des décisions prises par le ministre de l'Agriculture et publiées au Journal Officiel, devaient fixer tous les détails nécessaires concernant l'exercice de la tutelle étatique.

43. Si la loi no 4015/2011 a supprimé l'article 16 de la loi no 2810/2000, elle n'a pas supprimé totalement la tutelle étatique sur les coopératives. Toutefois, la Cour note que la tutelle introduite par la loi no 4015/2011 allège considérablement le système de tutelle qu'établissait l'article 16 précité. Comme il ressort du rapport introductif de la loi no 4015/2011, cette dernière établit une nouvelle forme de tutelle au moyen d'une autorité de tutelle, d'un registre national (en tant qu'outil d'enregistrement et d'appréciation des coopératives agricoles) et d'une appréciation périodique. Or, cette tutelle ne semble pas entraîner une interférence spécifique et poussée dans le fonctionnement quotidien de l'Union des coopératives vinicoles de Samos.

44. En outre, l'article 16 de la loi no 4015/2011 précise expressément que les coopératives agricoles constituent des associations autonomes de personnes qui se forment sur une base volontaire. Par ailleurs, l'article 20 de la même loi a supprimé toutes les dispositions des lois précédentes qui étaient contraires au principe de la libre participation des producteurs aux coopératives agricoles.

45. Eu égard à ces circonstances, la Cour estime que deux des critères établis par l'arrêt Hermann précité pour déterminer si une association doit être considérée comme publique plutôt que privée ne sont pas réunis en l'espèce, à savoir, l'intégration aux structures de l'Etat et l'existence des prérogatives administratives, normatives et disciplinaires. Par conséquent, l'Union des coopératives vinicoles de Samos ne saurait être considérée comme une association à caractère public au sens de la Convention et l'article 11 trouve à s'appliquer en l'espèce.

46. La Cour constate, en outre que la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'elle ne se heurte par ailleurs à aucun autre motif d'irrecevabilité. Elle la Cour la déclare donc recevable.”

Analyse rechtspraak EHRM

5.23 Uit de hiervoor weergegeven rechtspraak van het EHRM komt naar voren dat art. 11 EVRM *niet* van toepassing is op een publiekrechtelijke organisatie. Daarbij is niet doorslaggevend of de betreffende organisatie volgens het nationale recht een publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk karakter heeft. Die nationale kwalificatie vormt – gelet op de autonome uitleg – slechts een vertrekpunt bij de beoordeling of een organisatie moet worden aangemerkt als ‘vereniging’ in de zin van art. 11 EVRM. Uit de hiervoor besproken uitspraken blijkt verder dat het EHRM aan de hand van de volgende gezichtspunten (de ‘integratiecriteria’) beoordeelt of sprake is van een publiekrechtelijke organisatie:³²

- i) de organisatie is niet opgericht door individuen, maar bij wet;
- ii) de organisatie is geïntegreerd in de structuren van de Staat;
- iii) de organisatie streeft een algemeen belang na;
- iv) de organisatie heeft administratieve, regulerende en/of tuchtrechtelijke taken buiten de sfeer van het gewone recht en oefent daarmee publiekrechtelijk toezicht uit.

Daarbij geldt als “*further requirement*” dat, ook als sprake is van een publiekrechtelijke organisatie – en daarmee geen sprake is van een ‘vereniging’ in de zin van art. 11 EVRM – haar bestaan niet eraan in de weg mag staan dat haar leden een andere (beroeps)vereniging vormen of zich daarbij aansluiten, wil zij geen schending van art. 11 EVRM opleveren.

5.24 Gerards leidt uit de arresten *Herrmann tegen Duitsland* (Vijfde Kamer) en *Mytilinaios en Kostakis tegen Griekenland* af dat de belangrijkste criteria voor de kwalificatie als publiekrechtelijke organisatie zijn gelegen in het kunnen uitoefenen van publiekrechtelijke bevoegdheden ter behartiging van een algemeen belang en het geïntegreerd zijn van de

³² Zie ook: D.J. Harris, M. O’Boyle, E.P. Bates and C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2018, p. 703-704.

organisatie in de structuren van de Staat.³³ Zij merkt in dit verband op dat het EHRM in de zaak *Herrmann tegen Duitsland* veel waarde hecht aan het feit dat sprake was van een vrij vergaand toezicht door de overheid op de taakuitoefening. Dit kan volgens haar ook blijken uit het feit dat het EHRM er in die zaak waarde aan hechtte dat bij de Duitse jachtverenigingen een bevoegdheid is neergelegd voor het instellen van heffingen, die door de fiscus worden geïnd. Tot slot constateert zij dat het EHRM in die zaak waarde hecht aan de aard van de doelstellingen, die een algemeen belang betreffen. Zij besluit met de opmerking: “*Waar verenigingen dus primair tot doel hebben om publiekrechtelijke taken te behartigen, en daartoe ook het vereiste instrumentarium krijgen aangereikt, vallen zij buiten het bereik van het EVRM.*”³⁴ Met betrekking tot het arrest *Mytilinaios en Kostakis tegen Griekenland* stelt Gerards dat het EHRM in die zaak het nagenoeg ontbreken van overheidstoezicht als een belangrijke factor heeft aangemerkt bij het bepalen van het rechtskarakter van de vereniging (de wijncoöperatie), samen met het ontbreken van duidelijke bevoegdheden voor de coöperatie om regulerend op te treden of om tuchtrechtelijke maatregelen te treffen. Deze twee factoren lijken daarmee voor het EHRM doorslaggevend te zijn geweest, aldus Gerards.³⁵

Beroepsverenigingen en art. 11 EVRM

5.25 Niet alleen uit het arrest *Le Compte, Van Leuven en De Meyere tegen België*,³⁶ maar ook uit verschillende (niet-)ontvankelijkheidsbeslissingen³⁷ kan worden afgeleid dat beroepsverenigingen, zoals medische beroepsgenootschappen, ordes van architecten, ordes van advocaten en notariskamers, doorgaans als publiekrechtelijke organisaties worden aangemerkt en daarmee buiten de reikwijdte van art. 11 EVRM vallen.³⁸ Gerards schrijft

³³ Zie de noot van J.H. Gerards onder EHRM 20 januari 2011, nr. 9300/07 (*Herrmann tegen Duitsland*). In: *EHRC* 2011/52 en de noot van J.H. Gerards onder EHRM 3 december 2015, nr. 29389/11 (*Mytilinaios en Kostakis tegen Griekenland*). In: *EHRC* 2016/56.

³⁴ Zie de noot van J.H. Gerards onder EHRM 20 januari 2011, nr. 9300/07 (*Herrmann tegen Duitsland*). In: *EHRC* 2011/52, nr. 10.

³⁵ Zie de noot van J.H. Gerards onder EHRM 3 december 2015, nr. 29389/11 (*Mytilinaios en Kostakis tegen Griekenland*). In: *EHRC* 2016/56, nr. 3.

³⁶ EHRM 23 juni 1981, nrs. 6878/75 en 7238/75, ECLI:CE:ECHR:1981:0623JUD000687875; *NJ* 1982/602 (*Le Compte, Van Leuven, De Meyere tegen België*).

³⁷ Zie EHRM 25 maart 1985, nr. 8734/79, *NJ* 1987/900 m.nt. E.A. Alkema (*Barthold tegen Duitsland*), § 60-61 (over het verplichte lidmaatschap van de ‘Veterinary Surgeons’ Council’); EHRM 8 september 1989, nrs. 14331/88 en 14332/88, ECLI:CE:ECHR:1989:0908DEC001433188 (*Revert en Legallais tegen Frankrijk*) (over het verplichte lidmaatschap van de ‘Ordre des architectes’); EHRM 2 juli 1990, nr. 13750/88, ECLI:CE:ECHR:1990:0702DEC001375088 (*A. en anderen tegen Spanje*), § 1 (met betrekking tot de Spaanse Orde van Advocaten en de daarvan onderdeel uitmakende Jonge Balie); EHRM 3 april 2001, nr. 44319/98, ECLI:CE:ECHR:2001:0403DEC004431998 (*O.V.R./Rusland*), § 3 (over het verplichte lidmaatschap van een regionale notariskamer); EHRM 6 november 2003, nr. 48047/99 (*Popov e.a. tegen Bulgarije*), § 2 (over het verplichte lidmaatschap van de ‘Bulgarian Doctor’s Union’ (BDU) en de ‘Union of Dentists in Bulgaria’ (UDB)); EHRM 6 mei 2008, nr. 17029/05 (*National Notary Chamber tegen Albanië*) (over de nationale en regionale notariskamer(s)).

³⁸ Zie ook de noot van J.H. Gerards onder EHRM 20 januari 2011, nr. 9300/07 (*Herrmann tegen Duitsland*). In: *EHRC* 2011/52, nrs. 6-8 en D.J. Harris, M. O’Boyle, E.P. Bates and C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2018, p. 704.

hierover het volgende:³⁹

“Beroepsverenigingen, jachtverenigingen en soortgelijke organisaties hebben veelal specifieke bevoegdheden en wettelijke taakstellingen waar het gaat om, bijvoorbeeld, tuchtregels en het vaststellen van interne regelingen. In die gevallen zijn de verenigingen als het ware uitvoeringsorganen voor regelgeving. Het is dan niet mogelijk om aan de verplichte werking van die regulering te ontkomen door met een beroep op art. 11 EVRM het lidmaatschap van de vereniging te weigeren.”

5.26 Illustratief is de zaak *O.V.R. tegen Rusland*.⁴⁰ In die zaak klaagde een notaris dat haar bij wet verplichte lidmaatschap van een regionale notariële beroepsorganisatie (“*Notary Chamber*”), op straffe van licentieverlies, strijd oplevert met art. 11 EVRM. Het EHRM verklaarde de notaris echter niet-ontvankelijk in haar verzoek, omdat de betreffende beroepsorganisatie een publiekrechtelijk orgaan is en (dus) geen “vereniging” in de zin van art. 11 EVRM. Het EHRM overwoog daartoe als volgt (mijn onderstreping):⁴¹

“The first question to be determined in the present case is whether the notary chambers are associations within the meaning of Article 11 of the Convention and whether the establishment of such chambers prevents private practice notaries like the applicant from forming together or joining professional associations (the *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium* judgment of 23 June 1981, Series A no. 43 pp. 26-27, §§62-66).

The Court notes that the Convention organs have consistently held that the regulatory bodies of the liberal professions are not associations within the meaning of Article 11 of the Convention (see, for example, the aforementioned *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium* judgment, §§ 64-65 as regards the *Ordre des médecins*; nos 14331/88 and 14332/88, *Revert and Legallais v. France*, D.R. 62 p. 309 as regards the *Ordre des architectes*; no. 13750/88 A. and *Others v. Spain*, D.R. 66 p.188 as regards bar associations). The object of these bodies, established by legislation, is to regulate and promote the professions, whilst exercising important public law functions for the protection of the public. They cannot, therefore, be likened to trade unions but remain integrated within the structures of the State.

³⁹ Zie de noot van J.H. Gerards onder EHRM 3 december 2015, nr. 29389/11 (*Mytilinaios en Kostakis tegen Griekenland*). In: *EHRC* 2016/56, nr. 2.

⁴⁰ EHRM 3 april 2001, nr. 44319/98, ECLI:CE:ECHR:2001:0403DEC004431998 (*O.V.R./Rusland*).

⁴¹ EHRM 3 april 2001, nr. 44319/98, ECLI:CE:ECHR:2001:0403DEC004431998 (*O.V.R./Rusland*), § 3.

Having regard to the Notary Act No. 4460-1 of 11 February 1993 and the statutory functions of notary chambers, the Court is of the view that such chambers are not associations within the meaning of Article 11 of the Convention.

As to the second question whether the applicant has been prevented from forming or joining an association which would otherwise promote her professional interests, nothing has been submitted which might indicate that the applicant was so prevented.

In these circumstances, the Court concludes that the applicant's complaint falls outside the scope of Article 11 of the Convention and that this part of the application must be rejected as being incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention, pursuant to Article 35 §§ 3 and 4."

5.27 Ook de niet-ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *A. en anderen tegen Spanje*⁴² is het vermelden waard. A. en anderen waren lid van de "Saragossa Bar Association", de bij wet ingestelde Spaanse Orde van Advocaten. Als beginnende advocaten waren zij daarnaast verplicht lid van de "Young Lawyers' Groep" (hierna: de Jonge Balie), die onderdeel uitmaakt van de Orde. Het geding in deze zaak om de vraag of de artikelen 64 lid 3 en 113 sub g van de Wet op de Orde van Advocaten (Royal Degree No. 2090/82) in strijd zijn met het recht op vrijheid van vereniging in art. 11 EVRM. Art. 64 lid 3 hield, kort samengevat, in dat de Orde toezicht uitoefent op de activiteiten van de Jonge Balie en art. 113 sub g bepaalde dat het oprichten of deelnemen aan een organisatie met dezelfde doelstellingen als de Orde een serieuze tuchtrechtelijke overtreding oplevert. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (hierna: de Commissie) stelde in de eerste plaats vast dat de Orde en de Jonge Balie publiekrechtelijke organen zijn.⁴³

"However, the Commission notes that in Spain the Bar Associations are public law institutions regulated by law and pursue an objective in the general interest, namely the promotion of independent and competent legal assistance and therefore the promotion of justice itself. It points out that registration as a member of the Bar Association, which is open to all those who satisfy the statutory conditions, is a necessary precondition for practice as a lawyer.

A professional regulatory body like the Bar Association, according to the case-law of the Convention institutions, cannot be regarded as an association within the meaning of Article 11 of the Convention (cf Eur Court H R,

⁴² EHRM 2 juli 1990, nr. 13750/88, ECLI:CE:ECHR:1990:0702DEC001375088 (*A. en anderen tegen Spanje*).

⁴³ EHRM 2 juli 1990, nr. 13750/88, ECLI:CE:ECHR:1990:0702DEC001375088 (*A. en anderen tegen Spanje*), § 1.

Lecompte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A no 43, p 26) The Commission observes, however, that the Saragossa Young Lawyers' Group, to which the applicants belong, is a group set up within the Saragossa Bar Association in 1975 - even before the entry into force of Royal Decree No 2090/82 - and all its members are registered members of that body.

Moreover, at no time have the applicants alleged that they intended to set up an association separate from the Bar Association or that they were prevented from doing so. Consequently, the impugned provision constitutes one of the Bar Association's internal regulations, and its existence does not restrict in any way the exercise of the applicants rights under Article 11 of the Convention. It follows that in this respect the application is manifestly ill-founded and must be rejected pursuant to Article 27 para 2 of the Convention."

Vervolgens beoordeelde de Commissie de klacht met betrekking tot art. 113 sub g van Royal Decree No. 2090/82. Daarbij ging het meer specifiek om de vraag of die bepaling klagers verhinderde om andere beroepsorganisaties op te richten of zich daarbij aan te sluiten, in welk geval toch sprake zou zijn van een schending van art. 11 EVRM (het 'hindercriterium'):⁴⁴

"2 The applicants also complain that Article 113 sub-para (g) of the impugned Royal Decree restricts the exercise of the right to form professional associations freely outside the Bar Association or to join such associations. In this connection the Commission first reiterates the case-law to the effect that the provisions governing the activities of professional regulatory bodies must not prevent practitioners from forming together or joining professional associations, if there is not to be a violation of Article 11 of the Convention (cf the previously cited *Lecompte, Van Leuven and De Meyere* judgment). Consequently, the question arises to what extent it is still possible for members of the Bar Association to set up or join a professional association or trade union.

The Commission notes in this connection that in its judgment of 15 July 1987 the Constitutional Court interpreted the impugned provision and held that it provided for disciplinary sanctions only in cases where, individually or collectively, members of the Bar Association knowingly disrupted its normal functions and activities or those of its subsidiary bodies.

The Commission considers that because of the principle according to which the Spanish Constitution overrides every ordinary law, and because of the role of

⁴⁴ EHRM 2 juli 1990, nr. 13750/88, ECLI:CE:ECHR:1990:0702DEC001375088 (*A. en anderen tegen Spanje*), § 2.

the Constitutional Court, which is to act as the supreme interpreter of the Constitution (Article I of Institutional Act No 2/1979), there is no possibility that the impugned provision could form the basis in law, as the applicants allege, for infringements of lawyers' rights to freedom of association. It notes in this connection that at no time have the applicants alleged that disciplinary sanctions have been imposed on them for forming or joining a professional association. Moreover, there is nothing in the application as submitted by the applicants to support their contention that the provision at issue actually infringed or might in future infringe their right to set up professional associations or trade unions or to join those which already exist. That being the case, it follows that in this respect the application is also manifestly ill-founded and must be rejected pursuant to Article 27 para. 2 of the Convention.”

Het arrest van de strafkamer van de Hoge Raad van 20 december 2016

5.28 De vraag of het verplichte lidmaatschap van de NBA in strijd is met het negatieve recht op vrijheid van vereniging in art. 11 lid 1 EVRM is eerder voorgelegd aan de strafkamer van de Hoge Raad.⁴⁵ In die zaak was ten laste van de verdachte bewezenverklaard dat hij anders dan in besloten kring, de titel Accountants-Administratieconsulent (AA), genoemd in art. 41 lid 1 Wab, en de benaming accountant zonder nadere toevoeging, dan wel in samenstelling of afkorting heeft gevoerd en zich zodanig heeft gedragen, dat daardoor bij het publiek redelijkerwijs de indruk kan zijn gewekt, dat hij tot het voeren van die benaming gerechtigd was, terwijl hij noch één of meer bij zijn kantoor werkzame perso(o)n(en) was/waren ingeschreven in het accountantsregister. Verdachte had bij het hof onder meer als verweer gevoerd dat het bewezenverklaarde niet strafbaar is omdat art. 41 lid 2 Wab in strijd is met het recht op vrijheid van vereniging in art. 11 EVRM en daarom buiten toepassing zou moeten worden gelaten. Deze wettelijke bepaling zou volgens verdachte erop neerkomen dat sprake is van dwang voor professionele accountants om zich alleen accountant te kunnen noemen door lid te worden van de NBA, waarmee sprake zou zijn van een ontoelaatbare verenigingsdwang. Het hof verwierp dit verweer en overwoog daartoe als volgt:⁴⁶

“In de jurisprudentie van Europees Hof voor de Rechten van de Mens is tot uitdrukking gebracht dat artikel 11 EVRM niet ziet op publiekrechtelijke organisaties. Voor de beoordeling van de vraag of de gestelde verenigingsdwang toelaatbaar is, is beslissend het antwoord op de vraag of het door de NBA gehouden accountantsregister als een publiekrechtelijke organisatie moet worden aangemerkt.

⁴⁵ HR 20 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2910; *RvdW* 2017/81; *NJB* 2017/107; *NBSTRAF* 2017/23 en *SR-Updates.nl* 2017-0057.

⁴⁶ Zie voor de relevante overweging van het hof rov. 2.3.2 van het arrest van de strafkamer van de Hoge Raad van 20 december 2016.

Met de advocaat-generaal is het hof van oordeel dat het door de NBA gehouden accountantsregister kan worden aangemerkt als een publiekrechtelijke beroepsorganisatie en niet als vereniging.

Het hof komt tot dit oordeel op grond van de volgende vaststellingen:

- de wetgever is degene geweest die het register in zijn huidige vorm heeft ingesteld;
- de wetgever heeft voor bepaalde controles voorgeschreven dat deze door een accountant in de zin van het register dienen te worden verricht;
- er is een groot maatschappelijk belang dat deze controles door accountants worden verricht die ter zake kundig zijn;
- accountants dienen onafhankelijk te zijn;
- er dient een effectief intern sanctierecht te zijn.

Dit leidt ertoe dat de inschrijving in het register gericht is op de publieke belangen die met een effectief toezicht door accountants gemoeid zijn en niet althans niet primair zien op private belangen van individuele leden van de beroepsgroep.”

5.29 In cassatie klaagde de verdachte onder meer over deze verwerping van zijn verweer dat art. 41 lid 2 Wab buiten toepassing moet blijven wegens strijd met het recht op vrijheid van vereniging in art. 11 EVRM. De (strafkamer van de) Hoge Raad verwierp het cassatieberoep van de verdachte en overwoog het volgende:

“2.4.2. ’s Hof’s hiervoor onder 2.3.2 weergegeven overwegingen moeten aldus worden verstaan dat het heeft geoordeeld dat de NBA niet kan worden aangemerkt als een “vereniging”- in de authentieke verdragstalen: “association” - in de zin van art. 11 EVRM en dat de in die bepaling verwoorde vrijheid van vereniging daarom niet in de weg staat aan de toepassing van art. 41, tweede lid, WAB. Dat oordeel is juist, aangezien de NBA blijkens de hiervoor onder 2.2.3 genoemde bepalingen van de Wab een bij wet ingestelde beroepsorganisatie is, die is ingebed in publiekrechtelijke structuren, die administratieve, regelgevende en toezichthoudende bevoegdheden heeft en die doelstellingen nastreeft van algemeen belang.”

5.30 Ook A-G Hartevelde had, na een uitvoerige uiteenzetting van de relevante – en grotendeels ook hiervoor weergegeven – jurisprudentie van het EHRM, geconcludeerd tot een verwerping van het cassatieberoep.⁴⁷ Hoewel hij van mening was dat de motivering van het hof voor zijn oordeel dat de NBA als publiekrechtelijk orgaan moet worden aangemerkt dat buiten het toepassingsbereik van art. 11 EVRM valt, niet “*volstrekt bevredigend*” is, behoefde deze gebrekkige motivering volgens hem niet tot cassatie te leiden.⁴⁸ Het oordeel van het hof

⁴⁷ Conclusie van A-G A.E. Hartevelde voor HR 20 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1278.

⁴⁸ Conclusie van A-G A.E. Hartevelde voor HR 20 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1278, onder 5.4-5.5.

dat de NBA als publiekrechtelijk orgaan moet worden aangemerkt, is naar zijn oordeel namelijk wel juist, gelet op de omstandigheid dat (in de woorden van de A-G):⁴⁹

- “(i) het hier, net als in de zaak *Le Compte*, een bij wet (zie art. 2 lid 1 WAB) ingestelde beroepsorganisatie betreft;
- (ii) zij ingevolge haar bij wet opgedragen taken belast is met a. het bevorderen van een goede beroepsuitoefening door accountants, b. het behartigen van de gemeenschappelijke belangen van accountants, c. het dragen van zorg voor de eer van de stand van de accountants en d. het dragen van zorg voor de praktijkopleiding (zie art. 3 WAB);
- (iii) zij met deze taken het publieke belang dient; en
- (iv) haar ter uitvoering van die taken publiekrechtelijke regelgevende bevoegdheden (zie art. 19-23 WAB en art. 46 e.v. WAB) en toezichthoudende bevoegdheden (bijv. m.b.t. het behandelen van klachten over accountant en het nemen van besluiten over een verzoek tot inschrijving in het accountantsregister en het bijhouden van dit register) toekomen meen ik dat hier, net als in de zaak *O.V.R. tegen Rusland*, sprake is van een ‘regulatory body of a liberal profession’ die niet kan worden aangemerkt als een vereniging als bedoeld in art. 11 EVRM.”

5.31 Vervolgens merkte Hartevelde nog op dat namens de verdachte niet is aangevoerd en ook niet is gebleken dat de NBA in de weg staat aan het oprichten en/of het deelnemen door de verdachte aan een andere organisatie, zoals de OvRAN, die belangen vergelijkbaar met die van de NBA behartigt.⁵⁰

Bespreking klachten

5.32 Subonderdeel 1.1 klaagt dat het hof in rov. 19 ten onrechte, althans onder onvoldoende (begrijpelijke) motivering, aansluiting heeft gezocht bij het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2910 (en de jurisprudentie van de EHRM waarnaar wordt verwezen), omdat de eerdere beslissing van de Hoge Raad was gebaseerd op de gedingstukken zoals die destijds zijn voorgelegd aan de Hoge Raad. Betoogd wordt dat kennisneming van de relevante feiten, zoals die in deze zaak naar voren zijn gebracht kunnen leiden tot een andere, van het eerste arrest van de Hoge Raad, afwijkende beslissing.

5.33 De klachten in subonderdeel 1.1 berusten op de veronderstelling dat het hof bij zijn oordeel dat de NBA niet kan worden aangemerkt als een ‘vereniging’ in de zin van art. 11 EVRM, niet “*de relevante feiten*” van deze zaak zou hebben betrokken, maar zich uitsluitend

⁴⁹ Conclusie van A-G A.E. Hartevelde voor HR 20 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1278, onder 5.5.

⁵⁰ Conclusie van A-G A.E. Hartevelde voor HR 20 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1278, onder 5.6.

zou hebben gebaseerd op het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2016. Die veronderstelling is echter niet juist. Het hof heeft zijn oordeel zeker niet uitsluitend gebaseerd op dit arrest van de Hoge Raad. Dat blijkt in de eerste plaats uit rov. 19, tweede volzin, waar het hof zich aansluit bij het oordeel van de rechtbank in rov. 4.11 en 4.12 en dat oordeel tot het zijne maakt. De rov. 4.11 en 4.12 van het rechtbankvonnis luiden als volgt:

“4.11. De eerste vraag die dient te worden beantwoord, is of het verplicht gestelde lidmaatschap van de NBA in strijd is met het in artikel 11 EVRM beschermde recht van vrijheid van vereniging. De rechtbank beantwoordt die vraag ontkennend en overweegt daartoe dat de NBA - zoals de Staat terecht heeft aangevoerd - een publiekrechtelijke organisatie is en derhalve geen vereniging als bedoeld in artikel 11 lid 1 EVRM. Om die reden mist artikel 11 EVRM toepassing. In dit verband verwijst de rechtbank naar het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2016 (hiervoor aangehaald onder 2.5). De Hoge Raad heeft onder verwijzing naar de conclusie van de Advocaat-Generaal geoordeeld dat de NBA niet als vereniging als bedoeld in artikel 11 EVRM kan worden aangemerkt. In de conclusie van de Advocaat-Generaal is de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) met betrekking tot artikel 11 EVRM uitvoerig besproken (onder meer de uitspraken *Le Compte, Van Leuven en De Meyere tegen België*, ECLFCE.ECHR: 1981:0623JUD000687875, en *Chassagnou en anderen tegen Frankrijk* ECLI:CE:ECHR: 1999:0429JUD002508894, welke uitspraken OvRAN in dit verband heeft aangehaald).

4.12. De rechtbank ziet in hetgeen door OvRAN is aangevoerd geen aanleiding om tot een van dit arrest afwijkend oordeel te komen. Anders dan OvRAN ter zitting heeft betoogd, heeft de Hoge Raad wel degelijk getoetst of de NBA volgens de in de hiervoor genoemde rechtspraak van het EHRM geformuleerde “integratiecriteria” als vereniging moet worden aangemerkt. De rechtbank verwijst in dit verband naar rechtsoverweging 2.2.3 en rechtsoverweging 2.4.2 van voormeld arrest.”

5.34 Met name uit rov. 4.12 blijkt dat de rechtbank – en daarmee dus ook het hof – ook de feiten zoals die in der onderhavige zaak naar voren zijn gebracht, bij zijn oordeel heeft betrokken. Dat het hof zijn oordeel dat art. 11 EVRM niet van toepassing is heeft gebaseerd op de feiten van deze zaak, blijkt ook uit rov. 20 van het bestreden arrest. Het hof overweegt daar immers: “*Zoals ook voortvloeit uit de hiervoor weergegeven feiten, is de NBA (...)*”, waarna het overgaat tot een toepassing van de ‘integratiecriteria’ op de feiten en omstandigheden van dit geval.

5.35 Overigens maakt het subonderdeel niet duidelijk welke feiten tot een andere, van het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2016 afwijkende, beslissing hadden kunnen of

moeten leiden.

5.36 De klachten in subonderdeel 1.1 falen derhalve.

5.37 Subonderdeel 1.2 klaagt dat het hof bij zijn beslissing in rov. 19 ten onrechte onvoldoende gewicht heeft toegekend aan de strekking van art. 11 EVRM. Volgens het subonderdeel is die strekking het voorkomen dat overheden naar believen beroepsorganisaties kunnen oprichten die niet onder art. 11 EVRM vallen.⁵¹ Het subonderdeel bevat verder de klacht dat zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is dat het hof deze strekking niet, althans niet expliciet heeft meegewogen bij zijn beslissing, mede omdat OvRAN zich daarop heeft beroepen.⁵²

5.38 Het subonderdeel berust op een onjuiste rechtsopvatting over de strekking van art. 11 EVRM. In § 100 van het arrest *Chassagnou e.a. tegen Frankrijk* – waarnaar het subonderdeel verwijst – overweegt het EHRM dat moet worden voorkomen dat verdragsstaten een organisatie buiten het toepassingsbereik van art. 11 EVRM kunnen brengen door deze, kort samengevat, als publiekrechtelijk te kwalificeren.⁵³ Anders dan het subonderdeel veronderstelt, betreft deze overweging echter niet zozeer de strekking van art. 11 EVRM, maar dient deze ter onderbouwing van het oordeel dat het begrip ‘vereniging’ voor de werking van art. 11 EVRM autonoom moet worden uitgelegd. Dat betekent dat de kwalificatie van een organisatie naar nationaal recht niet doorslaggevend is, maar slechts een vertrekpunt vormt voor de beoordeling of sprake is van een “*association for the purposes of Article 11 of the Convention*”, zo blijkt uit het *Chassagnou*-arrest. Nu het hof in de onderhavige zaak aan de hand van de in het arrest *Le Compte, Van Leuven en De Meyere tegen België* ontwikkelde – en in latere rechtspraak van het EHRM herhaalde – ‘integratiecriteria’ heeft beoordeeld of de NBA een ‘vereniging’ is voor de werking van art. 11 EVRM – en het dus is uitgegaan van een autonome uitleg – heeft het hof op juiste wijze getoetst of art. 11 EVRM van toepassing is. Daarin ligt besloten dat het hof de strekking van art. 11 EVRM niet heeft miskend.

5.39 Voor zover het subonderdeel mede refereert aan § 65 van het *Le Compte*-arrest:⁵⁴ “*Totalitarian régimes have resorted - and resort - to the compulsory regimentation of the professions by means of closed and exclusive organisations taking the place of the professional associations and the traditional trade unions. The authors of the Convention*

⁵¹ Het subonderdeel verwijst in dit verband naar EHRM 29 april 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002508894 (*Chassagnou e.a. tegen Frankrijk*), § 100.

⁵² Het subonderdeel verwijst in dit verband naar de memorie van grieven, par. 3 en de pleitnota van mr. L.G.M. Delahaije voor de zitting van het hof van 22 februari 2018, par. 12 e.v.

⁵³ Anders dan in het middel lijkt te worden verondersteld, spreekt het EHRM in het *Chassagnou*-arrest niet van “*beroepsorganisaties*”. Vgl. ook de schriftelijke toelichting van de Staat punt 4.12 (p. 15).

⁵⁴ Dit zou kunnen worden afgeleid uit de verwijzing naar de pleitnota van mr. L.G.M. Delahaije voor de zitting van het hof van 22 februari 2018, par. 12. Vgl. ook de schriftelijke toelichting van de Staat punt 4.12 (p. 15).

intended to prevent such abuses”, geldt dat deze overweging betrekking heeft op misbruiksituaties. Gesteld noch gebleken is dat daarvan in dit geval sprake is. Dat hiervan geen sprake is in dit geval, volgt overigens ook uit de omstandigheid dat het hof het beroep van OvRAN op het ‘hindercriterium’ heeft verworpen. Het hof overwoog in dit verband dat het de leden van de NBA vrij staat om elders een vereniging te vormen en/of daarvan lid te zijn (rov. 21).

5.40 Ook de klachten in subonderdeel 1.2 falen dus.

5.41 Subonderdeel 1.3 bevat de klacht dat het hof bij de beantwoording van de vraag of de NBA valt onder de reikwijdte van art. 11 EVRM ten onrechte niet, of in onvoldoende mate, de essentiële stelling van OvRAN heeft meegewogen dat de NBA zowel qua verschijningsvorm als acteren is te beschouwen als een ondernemersvereniging en derhalve ten minste mede privaatrechtelijke kenmerken heeft, die meebrengen dat ook in het licht van de jurisprudentie van het EHRM⁵⁵ art. 11 EVRM wel toepassing dient te vinden.

5.42 De klacht voldoet niet aan de daaraan op grond van art. 407 lid 2 Rv te stellen eisen, omdat niet wordt verwezen naar de vindplaats(en) in de gedingstukken van de in het subonderdeel genoemde stelling. Het subonderdeel verwijst uitsluitend naar het arrest *Sigurdur A. Sigurjónsson tegen IJsland*, maar zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien op welke wijze dat arrest dan wel het daaraan ten grondslag liggende feitencomplex een toelichting zou kunnen vormen op de klacht in subonderdeel 1.3.

5.43 Mogelijk doelt het subonderdeel op de stelling van OvRAN in de memorie van grieven punt 19:⁵⁶

“Dat de NBA qua verschijningsvorm en acteren is te beschouwen als een ondernemersvereniging is voldoende gemotiveerd en aangetoond bij dagvaarding van eerste instantie in redengevingen 38-40 en uitgewerkt in de op voorhand (op 09-11-2016) aan de Rechtbank toegezonden akte AHP. Gedacht wordt ook aan de wijze van totstandkoming van besluiten met inzet van “witte busjes”, het negeren van het initiatiefrecht van leden en de feitelijk afgestemde onderlinge gedragingen van de Big Four etc.”

5.44 In de inleidende dagvaarding punten 38-40, waarnaar de memorie van grieven verwijst, is het volgende opgenomen:

⁵⁵ Het subonderdeel verwijst in dit verband naar EHRM 30 juni 1993, nr. CEDH/SERIESAVOL264, ECLI:NL:XX:1993:AD1916 (*Sigurjónsson t. IJsland*).

⁵⁶ Vgl. ook de schriftelijke toelichting van de Staat punt 4.16.

“38) Bij Le Compte werkte EHRM het ‘integratie’ criterium bij de “Ordre des Médecins” uit via de volgende vijf subcriteria: (a) het oefende vooral een registrerende functie; (b) was geïntegreerd in de structuren van de Staat; (c) de rechters in haar meeste instituties werden benoemd door de Staat; (d) het doel was bescherming van de publieke gezondheid; (e) het beschikte over buitengewone civiele bevoegdheden.

Omdat al deze subcriteria van toepassing waren was er geen sprake van een vereniging in de zin van art. 11 EVRM.

39) De NBA daarentegen (a) doet veel meer dan alleen een registerende functie uitoefenen; (b) is niet geïntegreerd in de structuren van de Staat; (c) kent in haar eigen tuchtrecht geen rechters benoemd door de Staat; (d) beschermt niet de gezondheid of oefent taken uit zoals omschreven onder lid 2 van art. 11 EVRM die verenigingsdwang mogelijk maken, laat staan dat haar taken noodzakelijk zijn in een democratische maatschappij; (e) beschikt niet over buitengewone civiele bevoegdheden. In een lange geschiedenis zijn alle buitengewone civiele bevoegdheden de NBA ontnomen: **I.** het toezicht op de wettelijke controle wordt gedaan door een ander staatsorgaan, AFM (Autoriteit Financiële Markten). **II.** Het opleidingstoezicht wordt uitgevoerd door een onafhankelijke staatscommissie, **III.** Als gewoon onderdeel van de rechtelijke macht heeft een gespecialiseerde rechtbank in Zwolle, de accountantskamer, het externe tuchtrecht overgenomen naast het eigen tuchtrecht van de NBA die zelf de rechters benoemt.

40) Als gevolg wijken de huidige prerogatieven van de NBA in geen enkel opzicht af van die van andere private beroepsverenigingen zoals bijv. OvRAN voor accountants met aangepaste statuten en verschillende verordeningen. Regelgeving aangeduid als “verordening” kan immers iedereen maken zolang die “verordeningen” alleen de eigen leden binden.

Omdat de NBA aan geen enkele van deze voornoemde vijf subcriteria uit het “integratie” criterium van Le Compte voldoet, kan de conclusie niet anders zijn dan dat de NBA onder het toepassingsbereik van art. 11 EVRM valt.”

5.45 De stellingname van OvRAN – zoals genoemd in subonderdeel 1.3 – stond dus in de sleutel van de vraag of ten aanzien van de NBA was voldaan aan de ‘integratiecriteria’ uit het *Le Compte*-arrest. Het hof heeft die stelling beoordeeld in rov. 20 en kwam tot de conclusie dat aan die criteria is voldaan. In dat oordeel ligt dan ook besloten dat het hof de subonderdeel genoemde stelling van OvRAN heeft verworpen. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk (zie ook hierna onder 5.46 e.v. bij de bespreking van subonderdeel 1.4).

5.46 Subonderdeel 1.4 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 20 dat is voldaan aan

de toepasselijke ‘integratiecriteria’, zoals die door het EHRM zijn ontwikkeld. Het subonderdeel bevat de klacht dat dit oordeel onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is. Voor het geval het hof heeft aangenomen dat het enkele feit dat de NBA een openbaar lichaam is meebrengt dat aan de ‘integratiecriteria’ is voldaan, wordt geklaagd dat dit oordeel van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. Voor het geval het hof dit niet heeft miskend, wordt geklaagd dat het hof onvoldoende inzicht heeft gegeven in zijn gedachtegang door slechts *in abstracto* te verwijzen naar de in zijn arrest vastgestelde feiten ter motivering van zijn beslissing dat zou zijn voldaan aan de integratiecriteria. Gesteld wordt dat het hof bij de toetsing aan de integratiecriteria in ieder geval ten onrechte geen (kenbare) aandacht heeft besteed aan de volgende essentiële stellingen van OvRAN:

- De NBA dient niet het algemeen belang omdat de overgrote meerderheid van de actieve NBA leden geen openbare accountant is;⁵⁷
- De NBA dient vooral de belangen van de grote accountantskantoren (de ‘big four’) en stelt verordeningen vast die die grote kantoren bevoordeelt, hetgeen een gevolg is van het stemoverwicht van die grote kantoren in het bestuur van de NBA.⁵⁸

5.47 Voor zover de klacht tot uitgangspunt neemt dat het hof heeft aangenomen dat het enkele feit dat de NBA een openbaar lichaam is, meebrengt dat aan de ‘integratiecriteria’ is voldaan, geldt dat dit uitgangspunt onjuist is. Het hof refereert in rov. 20 niet uitsluitend aan het feit dat de NBA een openbaar lichaam is in de zin van art. 134 Grondwet, maar betreft bij zijn oordeel dat aan de ‘integratiecriteria’ is voldaan ook de omstandigheden dat de NBA onder toezicht staat van het Ministerie van Financiën, dat voor de vaststelling van een groot aantal verordeningen van de NBA goedkeuring van de minister is vereist, dat verordeningen en andere besluiten bij koninklijk besluit kunnen worden vernietigd, dat de NBA administratieve, regulerende en tuchtrechtelijke taken heeft buiten de sfeer van het gewone recht en dat de NBA niet alleen het belang van haar leden dient, maar ook het algemeen belang.

5.48 De klacht dat het hof onvoldoende inzicht heeft gegeven in zijn gedachtegang door “slechts in abstracto” te verwijzen naar de in zijn arrest vastgestelde feiten ter motivering van zijn beslissing dat zou zijn voldaan aan de ‘integratiecriteria’, faalt eveneens. Duidelijk is dat het hof in rov. 20 verwijst naar de feiten die het in rov. 1.2 heeft vastgesteld, alsmede naar de – in cassatie niet bestreden – weergave van de relevante regelgeving in rov. 2 tot en met 8 van het arrest. Bovendien volstaat het hof in rov. 20 niet met een enkele verwijzing naar deze eerder vastgestelde feiten, maar herhaalt het deze feiten (grotendeels) in het kader van zijn beoordeling van de vraag of aan de toepasselijke ‘integratiecriteria’ is voldaan.

5.49 Ten slotte faalt ook de klacht dat het hof bij zijn beoordeling of aan de

⁵⁷ Het subonderdeel verwijst naar de memorie van grieven, par. 4-6 en de pleitnota van mr. L.G.M. Delahaije voor de zitting van het hof van 22 februari 2018, par. 1.

⁵⁸ Het subonderdeel verwijst naar de memorie van grieven, par. 7-12.

‘integratiecriteria’ is voldaan ten onrechte geen (kenbare) aandacht heeft bestaat aan de essentiële stellingen van OvRAN dat:

- (i) de NBA niet het algemeen belang dient omdat de overgrote meerderheid van de actieve NBA leden geen openbaar account is en
- (ii) de NBA vooral de belangen van de grote accountantskantoren (de ‘big four’) dient en verordeningen vaststelt die de grote kantoren bevoordeelt, hetgeen een gevolg is van het stemoverwicht van die grote kantoren in het bestuur van de NBA.

5.50 In dit verband is van belang dat de Staat beide stellingen gemotiveerd heeft betwist.

5.51 Met betrekking tot de hiervoor *onder (i)* genoemde stelling heeft de Staat aangevoerd dat het feit dat bepaalde NBA-leden ervoor kiezen geen werkzaamheden te verrichten als openbaar accountant, maar wel hun titel willen behouden, niet afdoet aan het algemene publieke belang bij de bescherming van de accountantstitel. Als een accountant de titel RA of AA voert, moet de maatschappij ervan uit kunnen gaan dat de accountant ter zake kundig is en onderworpen is aan beroepsnormen die de kwaliteit van de werkzaamheden garanderen, aldus de Staat. Dit geldt volgens de Staat niet alleen voor de openbare accountants die wettelijke controles uitvoeren, maar ook voor accountants die andere accountantsopdrachten uitvoeren.⁵⁹ De fundamentele beginselen, zoals neergelegd in de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGA), zijn van toepassing wanneer de accountant werkzaamheden verricht waarbij hij zijn vakbekwaamheid aanwendt, waaronder tevens werkzaamheden op het terrein van financiële verslaglegging, administratieve organisatie, bedrijfseconomie en belastingen worden verstaan (art. 1 VGA), zo heeft de Staat aangevoerd.⁶⁰ Het fundamentele beginsel van professionaliteit strekt zich zelfs uit over gedragingen van een accountant buiten het verrichten van een professionele dienst (art. 3 VGA), aldus de Staat. Volgens de Staat laat dit zien dat de regelgeving van de NBA een breed toepassingsbereik heeft en voorziet in vereisten voor alle accountants die de accountantstitel dragen. De stelling van OvRAN dat het publieke belang ook gediend kan worden met enkel het toezicht van de AFM op wettelijke controles door openbare accountants is dan ook onjuist, aldus de Staat.⁶¹

5.52 Het oordeel van het hof in rov. 20 dat de NBA niet alleen het belang van haar leden, maar ook een algemeen belang dient, moet tegen de achtergrond van deze betwisting door de Staat worden gelezen, alsmede tegen de achtergrond van rov. 1.2 en 1.3, waar het hof ingaat op de taken van de NBA en de in rov. 2 tot en met 8, waar het hof ingaat op de wettelijke grondslag van die taken. De omstandigheid dat de meerderheid van de NBA leden geen

⁵⁹ Zie de memorie van antwoord punten 4.8-4.14 (i.h.b. 4.14). Vgl. ook de pleitnota van mr. M.L. Batting van 22 februari 2018 punten 1.1 tot en met 1.4.

⁶⁰ Zie de memorie van antwoord punten 1.8-1.9 en 4.14. Vgl. ook de pleitnota van mr. M.L. Batting van 22 februari 2018, punten 1.1 tot en met 1.4.

⁶¹ Zie de memorie van antwoord punt 1.9.

openbaar accountant is, maakt dus niet dat de NBA geen algemeen belang zou dienen, zo ligt in het oordeel van het hof besloten.

5.53 Ook de hiervoor *onder (ii)* vermelde stelling van OvRAN is door de Staat gemotiveerd betwist.⁶² De Staat heeft zich daarbij in de eerste plaats op het standpunt gesteld dat een discussie over de wijze van totstandkoming van de – volgens OvRAN de grote (‘big four’) kantoren, ten opzichte van haar leden, bevoordelende – regelgeving thuishoort in de ledenvergadering van de NBA, het orgaan dat bevoegd is de verordeningen van de NBA vast te stellen, en (dus) niet in deze procedure tegen de Staat.⁶³

5.54 Uit de in cassatie niet bestreden rov. 14-15 (over de achtergrond van het geschil) en 27 (in het kader van de beoordeling van grief 8 over de verwerping van het beroep op een schending van art. 1 EP EVRM), blijkt dat het hof die opvatting van de Staat deelt:

“14. Achtergrond van dit geschil is de bij OvRAN levende onvrede over het optreden van de NBA. Volgens OvRAN bevoordeelt de NBA de ‘grote kantoren’, meer in het bijzonder de zogenaamde OOB-kantoren (accountantskantoren met een AFM-vergunning voor controle van organisaties van openbaar belang – oob’s –), ten nadele van de kleinere (MKB-)kantoren (die haar achterban vormen). Haar leden kunnen zich echter niet aan de NBA onttrekken als gevolg van het verplichte lidmaatschap en de daarmee samenhangende wettelijke titelbescherming. Dit acht OvRAN onterecht.

15. Het hof stelt voorop dat de NBA geen partij is in deze procedure. Voor zover onvrede bestaat over het optreden van de NBA, dient OvRAN en/of dienen haar leden de geëigende democratische middelen jegens de NBA te benutten om (te proberen) hier verandering in te brengen. In ieder geval zijn in de stellingen van OvRAN geen toereikende aanwijzingen te vinden dat de Staat verantwoordelijk zou zijn voor de (door OvRAN als onheus beoordeelde) feitelijke gang van zaken en de regelgeving binnen de NBA).

(...)

27. (...) Het hof herhaalt voorts dat de OvRAN zich met haar kritiek op de regelgeving van de NBA tot de NBA moet wenden (zie overweging 15 hierboven). (...)

5.55 Aldus heeft het hof voldoende kenbaar gerespondeerd op de hiervoor *onder (ii)*

⁶² Zie de memorie van antwoord punten 4.15-4.20.

⁶³ Zie de memorie van antwoord punt 4.16. Vgl. ook de pleitnota van mr. M.L. Batting van 22 februari 2018 punt 2.3.

vermelde stelling van OvRAN.

5.56 De klachten in subonderdeel 1.4 falen derhalve.

5.57 Subonderdeel 1.5 bevat uitsluitend voortbouwende klachten tegen de beslissingen van het hof in rov. 34 en het dictum. Dat subonderdeel behoeft daarom geen afzonderlijke bespreking.

6 **Onderdeel 2 – schending art. 6 Mededingingswet?**

6.1 Onderdeel 2 is gericht tegen rov. 30-32 van het arrest, waar het hof de grieven 10 en 11 van OvRAN behandelt:

“Schending artikel 6 Mw? Grieven 10 en 11

30. De rechtbank heeft in dit verband overwogen dat het in deze procedure niet gaat om de vraag of de Staat als onderneming op de markt onrechtmatig handelt, zodat reeds daarom geen sprake kan zijn van schending van artikel 6 Mw. Voor zover (leden van) de NBA deze organisatie zouden misbruiken om de mededinging te verstoren – hetgeen onvoldoende is onderbouwd – kan dit niet aan de Staat worden toegerekend.

31. OvRAN erkent dat de Staat in dit verband niet als onderneming op de markt handelt. Volgens OvRAN heeft de Staat echter wel een ondernemingsvereniging (de NBA) in het leven geroepen, welke vereniging concurrentievervalsende regelgeving (in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU) tot stand heeft gebracht. Deze regelgeving is door de Staat goedgekeurd, althans niet vernietigd. Aldus faciliteert de Staat concurrentievervalsing ten gunste van de grote kantoren en ten nadele van de andere leden, hetgeen onrechtmatig is.

32. Het hof oordeelt hierover als volgt. Nu de Staat in dit verband niet als onderneming handelt, kan zij de kartelregels van artikel 6 Mw niet overschrijden. Het hof onderschrijft in dit verband rechtsoverweging 4.27 in het bestreden vonnis. OvRAN moet met haar klachten in de eerste plaats bij de NBA zijn. Hierop reeds strandt de klacht van OvRAN. Het verwijt aan de Staat omtrent het faciliteren van concurrentievervalsing, waarbij OvRAN kennelijk het oog heeft op artikel 6:162 BW, is ook in hoger beroep niet met de vereiste mate van precisie toegelicht. OvRAN heeft niet onderbouwd waardoor de NBA de mededinging beperkt en/of vervalst, terwijl zij evenmin een rechtens relevant verband heeft gelegd tussen het handelen van de NBA en het aan de Staat verweten

onrechtmatig handelen. Verwijzing naar gedragsregels en verordeningen, zonder toelichting om welke concurrentievervalsende regelgeving het concreet gaat, vormt een ontoereikende onderbouwing, nog los van de vraag of de Staat hiervan een verwijt zou zijn te maken. Er is kortom geen aanwijzing dat de Staat direct of indirect handelt in strijd met het mededingingsrecht, zodat hierop niet een onrechtmatige daad kan worden gebaseerd. Ook hierom worden deze grieven verworpen.”

6.2 Onderdeel 2 klaagt dat de beslissing van het hof in rov. 32 dat er geen aanwijzing is dat de Staat direct of indirect handelt in strijd met het mededingingsrecht blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is. Het onderdeel valt uiteen in vier subonderdelen die hierna achtereenvolgens worden besproken.

6.3 Subonderdeel 2.1 neemt tot uitgangspunt dat het hof aan de verwerping van het verwijt van OvRAN dat de Staat concurrentievervalsing faciliteert, (mede) ten grondslag heeft gelegd dat de Staat niet als onderneming handelt en dus de kartelregels van art. 6 Mw niet kan overschrijden. Het subonderdeel klaagt vervolgens dat die beslissing niet in stand kan blijven, omdat de omstandigheid dat Staat niet als onderneming handelt, er niet aan afdoet dat de Staat onrechtmatig kan handelen door concurrentievervalsing te faciliteren.

6.4 Volgens de schriftelijke toelichting van OvRAN strekt deze klacht ertoe te verhelderen dat OvRAN niet stelt dat de Staat zelf de mededingingswetgeving heeft geschonden, maar wel dat hij onrechtmatig heeft gehandeld door te faciliteren dat de NBA de mededinging beperkt en/of vervalst.⁶⁴

6.5 De klacht faalt. Het hof heeft de stelling van OvRAN dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door concurrentievervalsing te faciliteren, immers expliciet beoordeeld in rov. 32. Het hof heeft die stelling vervolgens verworpen, omdat het van oordeel is dat OvRAN die stelling – ook in hoger beroep – onvoldoende heeft onderbouwd. Volgens het hof is die onvoldoende onderbouwing erin gelegen dat OvRAN (a) niet heeft onderbouwd waardoor de NBA de mededinging beperkt en/of vervalst, terwijl zij (b) evenmin een rechtens relevant verband heeft gelegd tussen het handelen van de NBA en het aan de Staat verweten onrechtmatig handelen. Niet kan worden gezegd dat het hof door aldus te oordelen heeft miskend dat de omstandigheid dat de Staat niet als onderneming op de markt handelt “*er niet aan afdoet dat de Staat onrechtmatig kan handelen door concurrentievervalsing te faciliteren*”.

6.6 Subonderdeel 2.2 klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 32 dat OvRAN het verwijt

⁶⁴ Schriftelijke toelichting van OvRAN punt 57.

aan de Staat omtrent het faciliteren van concurrentievervalsing (en het beroep op art. 6:162 BW⁶⁵) niet met de vereiste mate van precisie heeft toegelicht⁶⁶, onjuist is, althans onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd in het licht van de essentiële stellingen van OvRAN dat:

1. de Staat welbewust een bijlage bij de Verordening op het Bestuur goedkeurde, in strijd met art. 12 lid 6 Wab, inhoudende dat een evenwichtige bestuurssamenstelling is vereist⁶⁷; en
2. NBA - naar tussen partijen niet in geschil is⁶⁸ - voor de toepassing van de mededingingsregels kwalificeert als ondernemersvereniging.

Gelet op deze stellingen is (zonder nadere) motivering verder onbegrijpelijk het oordeel van het hof dat sprake zou zijn van een verwijzing naar gedragsregels en verordeningen, zonder toelichting om welke concurrentievervalsende regelgeving het concreet gaat, aldus het subonderdeel.

6.7 Ter toelichting op de grieven 10 en 11 heeft OvRAN – voor zover nu nog van belang – aangevoerd dat de minister niet alleen de huidige Wab en Wta in het leven heeft geroepen, maar ook diverse gedragscodes van de NBA heeft goedgekeurd en geen verordeningen en andere besluiten van de NBA heeft vernietigd. Volgens OvRAN zijn het die beide wetten, Wab en Wta, naast alle goedgekeurde verordeningen, die concurrentievervalsing ten voordele van grote kantoren mogelijk maken ten nadele van grote groepen kleine kantoren en individuele NBA-leden.⁶⁹ In de memorie van grieven wordt echter niet nader toegelicht om welke concurrentievervalsende regelgeving het concreet gaat, zoals de Staat ook heeft aangevoerd in zijn memorie van antwoord.⁷⁰

6.8 De hiervoor *onder 1* vermelde stelling van OvRAN is te vinden in haar pleitnota in appel punt 53. Daar staat – voor zover van belang – het volgende vermeld:

“(…) En productie 6 bij MvG toont aan dat de Staat welbewust een bijlage bij de Verordening op het Bestuur goedkeurde, volledig in strijd met art. 12 lid 6 WAB dat een evenwichtige bestuurssamenstelling vereist. En uit pagina 19/20 van de MvT blijkt dat de Staat dit fusievoorstel tijdens de parlementaire behandeling van de WAB fervent verdedigde gebaseerd op “hun getalsmatig gewicht” en “inzet” zoals blijkt uit het beperkte citaat in voetnoot [10]. Maar “hun getalsmatig gewicht” ligt hooguit op 1.108 NBA-leden (5,2%) en hun “inzet” is begrijpelijk

⁶⁵ Het subonderdeel verwijst in dit verband naar de inleidende dagvaarding, pos. 73-78.

⁶⁶ Het subonderdeel verwijst in dit verband naar de memorie van grieven, par. 48-51 en de pleitnota van mr. L.G.M. Delahaije voor de zitting van het hof van 22 februari 2018, par. 3-8.

⁶⁷ Het subonderdeel verwijst in dit verband naar de pleitnota van mr. L.G.M. Delahaije voor de zitting van het hof van 22 februari 2018, par. 53.

⁶⁸ Het subonderdeel verwijst in dit verband naar de memorie van antwoord, par. 8.6.

⁶⁹ Zie memorie van grieven punten 60, 61, 63 en 65.

⁷⁰ Memorie van antwoord punten 7.7-7.9.

gezien de gerealiseerde concurrentievoordelen. Op die wijze heeft de Staat zeker gesteld dat de Big Four de feitelijk macht bij de NBA in handen hebben en houden. Het HvJ arrest van 11.11.2009 inzake Comp/38589 – Heat Stabilisers maakt duidelijk dat ook facilitators van concurrentievervalsing medeplichtig zijn. Onder het mom van betere accountancyreggeving heeft de Staat aldus een horizontale samenwerkingsovereenkomst aangemoedigd die neerkomt op een Big Four kartel met de NBA als facilitator. Niet het gebruikelijke prijs- of marktverdelingskartel, maar een door de Staat aangemoedigd reglementeringskartel.”

De bijbehorende voetnoot 10 luidt als volgt:

*“MvT WAB pag. 20 Democratie, bevoegdheden ledenvergadering en beroepsreglementering
OvRAN is van mening dat de democratische waarborgen die in het wetsvoorstel zijn opgenomen onvoldoende zijn om het door hem vermeende coöptatiesysteem van de grote kantoren in de beroepsorganisatie te doorbreken. Het voorliggend wetsvoorstel is niet bedoeld om de positie van de grote(re) kantoren te marginaliseren. De invloed van de grote accountantskantoren in de beroepsorganisatie vloeit voor een groot deel voort uit hun getalsmatig gewicht en door hun inzet binnen de beroepsorganisatie.”*

6.9 Met “productie 6 bij MvG” – zie de eerste volzin van het eerste citaat – doelt OvRAN kennelijk op de producties 6a tot en met 6d die zij heeft overgelegd bij de akte houdende overlegging producties en verandering/wijziging c.q. precisering van de grondslagen van de eis van 22 februari 2018.⁷¹ Deze producties bevatten een aantal tuchtklachten tegen drie bestuursleden van de NBA die verbonden zijn aan de zogeheten OOB-kantoren⁷² en het verzoek van de Stichting Wakkere Accountant aan de NBA om deze klachten in te dienen bij de Accountantskamer, alsmede de reactie daarop van de NBA. In de gedingstukken is echter niet toegelicht op welke wijze deze tuchtklachten een onderbouwing kunnen vormen van de stelling dat de Staat welbewust een bijlage bij de Verordening op het Bestuur goedkeurde, in strijd met art. 12 lid 6 Wab, inhoudende dat een evenwichtige bestuurssamenstelling is vereist. Ook zelf kan ik die niet afleiden uit de tuchtklachten (zie productie 6d).

6.10 Hierbij is nog op te merken dat de Staat de hiervoor vermelde stelling van OvRAN tijdens de zitting bij het hof gemotiveerd heeft weersproken. In het proces-verbaal van die zitting is immers lezen:⁷³

⁷¹ De memorie van grieven telt maar vijf producties.

⁷² Accountantskantoren met een AFM-vergunning voor controle van organisaties van openbaar belang (oob's).

⁷³ Proces-verbaal van de pleidooizitting bij het hof, gehouden op 22 februari 2018, blad 4.

“In dupliek, al dan niet op vragen van het hof, verklaart mr. M.L. Batting – zakelijk en puntsgewijs weergegeven – voorts, als volgt: (...)

- Wat betreft de stelling van de wederpartij dat NBA-regelgeving of de Staat een kartel van de Big Four in stand zou houden: er zitten in de NBA allerlei diverse ledengroepen. Al deze groepen kunnen zich verenigen en op die manier hun stem laten horen in ledenvergaderingen. Binnen de NBA zijn allerlei commissies, waaronder een commissie gericht op MKB. Het is dus onjuist dat accountants werkzaam bij de betreffende OOB-kantoren het voor het zeggen hebben. Het bestuur moet een afspiegeling zijn van alle accountants. Het beeld dat hier wordt neergezet, dat de NBA geen democratisch orgaan zou zijn waarin niet alle belangen van verschillende accountants zouden worden verankerd, is niet juist. Juist als je werkzaam bent bij OOB-kantoren val je onder een zwaarder regime.”

6.11 Mede tegen de achtergrond van de – in cassatie niet bestreden – overweging in rov. 32 dat OvRAN met haar klachten in de eerste plaats bij de NBA moet zijn (vgl. ook rov. 15), is niet onjuist of onbegrijpelijk dat het hof de stelling van OvRAN over het faciliteren van concurrentievervalsing (en het beroep op art. 6:162 BW) als onvoldoende onderbouwd heeft verworpen. Daarbij mocht het hof voorbijgaan aan de stelling van OvRAN dat de Staat welbewust een bijlage bij de Verordening op het Bestuur goedkeurde in strijd met art. 12 lid 6 WAB. Zelfs indien juist, maakt die enkele stelling niet duidelijk door middel van welke concrete regelgeving de NBA de mededinging zou beperken en/of vervalsen.

6.12 Ten aanzien van de hiervoor onder 2 vermelde stelling geldt het volgende. Het middel stelt met juistheid dat tussen partijen niet in geschil is dat de NBA voor de toepassing van de mededingingsregels kwalificeert als “ondernemersvereniging”.⁷⁴ Het hof heeft dit bij zijn oordeel echter ook tot uitgangspunt genomen. Dat blijkt onder meer uit de weergave van de stellingname van OvRAN in rov. 31: “Volgens ORAN heeft de Staat echter wel een ondernemingsvereniging (de NBA) in het leven geroepen, welke (...)”. Het oordeel van het hof in rov. 32 moet zo worden gelezen, dat OvRAN onvoldoende heeft toegelicht (a) welk besluit (gedragsregels en/of verordeningen) van de NBA als ondernemersvereniging ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt of vervalst⁷⁵ en (b) op welke wijze dat aan de Staat kan worden toegerekend.⁷⁶ Het is om die reden dat het hof het betoog van OvRAN dat de Staat concurrentievervalsing faciliteert (en daarmee onrechtmatig handelt), heeft verworpen. Onjuist of onbegrijpelijk is dat oordeel niet.

6.13 Subonderdeel 2.3 klaagt dat evenzeer onjuist, althans onbegrijpelijk is, het oordeel van het hof in rov. 32. dat OvRAN geen rechtens relevant verband zou hebben gelegd tussen het

⁷⁴ Zie ook de conclusie van antwoord punt 7.7 en de memorie van antwoord punt 8.6.

⁷⁵ Vgl. ook de conclusie van antwoord punt 7.7 en de memorie van antwoord punten 7.7-7.9, 8.2, 8.6-8.7.

⁷⁶ Vgl. ook de conclusie van antwoord punten 7.5 en 7.8 en de memorie van antwoord punten 7.12-7.17, 8.2

handelen van NBA en het aan de Staat verweten onrechtmatig handelen. Het subonderdeel voert daartoe aan dat OvRAN erop heeft gewezen dat blijkens art. 34 Wab bepaalde besluiten van NBA goedkeuring van de minister behoeven en alle verordeningen en andere besluiten van NBA bij koninklijk besluit worden vernietigd ingevolge art. 35 Wab.⁷⁷

6.14 In rov. 32 ligt voldoende kenbaar besloten dat het hof van oordeel is dat OvRAN haar stelling dat de minister concurrentievervalsende regelgeving heeft goedgekeurd, althans dat deze niet bij koninklijk besluit is vernietigd, onvoldoende heeft onderbouwd om een verband tussen het handelen van de NBA en het aan de Staat verweten onrechtmatig handelen – meer concreet: het faciliteren van concurrentievervalsing ten gunste van de grote kantoren en ten nadele van de andere leden van de NBA (zie rov. 31) – aan te nemen. Ook hier geldt dat het hof van oordeel is dat OvRAN niet met de vereiste mate van precisie heeft toegelicht welke *concrete* – volgens OvRAN concurrentievervalsende – besluiten van de NBA door de Staat zijn goedgekeurd, althans niet zijn vernietigd. Met andere woorden, de enkele stelling dat uit art. 34 Wab volgt dat bepaalde besluiten van NBA goedkeuring van de minister behoeven en uit art. 35 Wab volgt dat alle verordeningen en andere besluiten van de NBA bij koninklijk besluit worden vernietigd, is volgens het hof onvoldoende voor het oordeel dat sprake is van een rechtens relevant verband tussen het handelen van de NBA enerzijds en het aan de Staat verweten onrechtmatig handelen anderzijds.

6.15 Subonderdeel 2.4 bevat uitsluitend voortbouwende klachten tegen de beslissingen van het hof in rov. 34 en het dictum. Deze behoeven geen afzonderlijke bespreking.

7 **Onderdeel 3 – verzoek om spreektijdverlenging bij pleidooizitting hof**

7.1 Onderdeel 3 stelt aan de orde dat OvRAN bij haar verzoek van 29 augustus 2017 om een mondeling pleidooi bij het hof heeft verzocht om verlenging van de spreektijd tot 45 minuten.⁷⁸ Als toelichting op dit verzoek is op het H10-formulier vermeld: “*Veel argumenten aan de orde*”. In voetnoot 12 op pagina 8 van de procesinleiding is vermeld dat in het roljournaal van het hof de bevestiging van de goede ontvangst van het verzoek is terug te vinden:

“19-09-2017 Appellant voor fourneren t.b.v. pleidooi. Appellant fourneert t.b.v. pleidooi + verhinderdata van beide partijen overgelegd + vraagt afwijkende spreektijd van 45 minuten.”

7.2 In cassatie wordt aangevoerd dat zowel uit het proces-verbaal van de pleidooizitting

⁷⁷ Het subonderdeel verwijst in dit verband naar de memorie van grieven, par. 65.

⁷⁸ Zie het als bijlage bij de procesinleiding gevoegde H10-formulier ten behoeve van de rolzitting van 19 september 2017, formulier nr. H10_29-08-2017_200.213.103_01. Dit formulier is volgens OvRAN ingediend bij het hof en in afschrift aan de Staat verzonden.

van 22 februari 2018 als uit het arrest van het hof dan wel uit andere correspondentie van het hof niet blijkt of het verzoek tot verlenging van de spreektijd van OvRAN is ingewilligd, dan wel waarom dit verzoek al dan niet is ingewilligd. In dat kader wordt erop gewezen dat het proces-verbaal van de pleidooizitting bij het hof van 22 februari 2018 op pagina 2 vermeldt:

“Mr. Delahaije licht de zaak toe overeenkomstig zijn pleitaantekeningen, die hij heeft overgelegd, met dien verstande dat wegens de spreektijd onderdelen ervan worden overgeslagen. Deze onderdelen worden door de griffier en raadsheren doorgestreept, waarna de aldus akkoord bevonden pleitnota in het griffiedossier wordt gevoegd.”

7.3 Het onderdeel wijst er verder op dat tot de gedingstukken inderdaad een pleitnota van mr. Delahaije tijdens OvRAN behoort waarin grote delen zijn doorgestreept. Aangezien ik deze pleitnota niet bij de gedingstukken heb aangetroffen, heb ik deze ambtshalve opgevraagd bij het hof. De pleitnota van mr. Delahaije - met doorgestreepte delen - is aangehecht aan deze conclusie. Voor zover dit voor partijen nieuwe informatie betreft, kunnen zij daarop reageren in de Borgersbrief.

7.4 Subonderdeel 3.1 klaagt dat het hof ten onrechte geen expliciete beslissing heeft genomen op het verzoek van OvRAN om spreektijdverlenging, althans dat het hof ten onrechte niet inzichtelijk heeft gemaakt waarom het verzoek tot spreektijdverlenging al dan niet is ingewilligd, dan wel niet expliciet kenbaar heeft gemaakt of het verzoek is ingewilligd. Een goede procesorde, art. 6 EVRM en art. 4 van het Landelijk procesreglement civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven (hierna ook afgekort als LPR) brengen met zich dat het hof ten minste (expliciet) had moeten beslissen op het verzoek om spreektijdverlenging en OvRAN (op voorhand) op de hoogte had moeten brengen van deze beslissing en de motivering hiervan, zo stelt het subonderdeel. Althans is de beslissing van het hof op dit punt, zonder nadere motivering, onbegrijpelijk.

7.5 Bij de beoordeling van de klachten dient tot uitgangspunt dat de bepalingen in het LPR zijn aan te merken als recht in de zin van art. 79 RO. Toetsing in cassatie aan de bepalingen van het LPR is dus mogelijk.⁷⁹ Art. 4 van het LPR luidt – zowel in de op 1 januari 2017 in werking getreden zevende versie⁸⁰ als de op 1 januari 2018 in werking getreden achtste versie⁸¹ – als volgt:

⁷⁹ Zie ook de conclusie van plv. P-G Langemeijer voor HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:596, *RvdW* 2018/536, nr. 3.4. Vgl. ook (t.a.v. andere procesreglementen): HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2117, *NJ* 1997/495 m.nt. H.J. Snijders; HR 4 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7220, *NJ* 1998/220 m.nt. H.J. Snijders; HR 23 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2327, *NJ* 2004/350; HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5752, *NJ* 2005/481 m.nt. W.D.H. Asser.

⁸⁰ *Stcr.* 2016, nr. 68220.

⁸¹ *Stcr.* 2017, nr. 70369.

“4.4 *Spreektijd*

Voor de pleitzitting wordt de bij het hof gebruikelijke tijd gereserveerd als vermeld in Bijlage II {hyperlink gebruikelijke behandeltime}.

Iedere partij krijgt in eerste termijn de gelegenheid haar standpunt gedurende ten hoogste dertig minuten toe te lichten. Indien een partij langer wenst te pleiten, verzoekt zij dit gemotiveerd bij het vragen van het pleidooi, onder opgave van de gewenste spreektime.”

7.6 Uit het proces-verbaal van de zitting bij het hof valt niet af te leiden of het hof het verzoek van de advocaat van OvRAN om een verlenging van de spreektime tot 45 minuten onder ogen heeft gezien. Het proces-verbaal vermeldt weliswaar dat “*wegens de spreektime*” onderdelen van de pleitnota worden overgeslagen, maar onduidelijk is of dit een respons is op het verzoek om spreektimeverlenging, of dat het hof heeft volstaan met de constatering dat het integraal voordragen van de pleitnota de spreektime zou overschrijden en daarom niet werd toegestaan.

7.7 Daarmee voert het subonderdeel op zichzelf terecht aan dat het hof heeft verzuimd om expliciet te beslissen op het verzoek om spreektimeverlenging. Nu echter uit het proces-verbaal duidelijk naar voren komt dat géén langere spreektime is toegestaan – dat blijkt ook uit het doorstrepen van een aantal passages in de pleitnotities van de advocaat van OvRAN – is geen andere conclusie mogelijk dan dat het hof het verzoek om spreektimeverlenging feitelijk heeft afgewezen. Daarmee kan niet worden volgehouden dat geen sprake is van een beslissing op het verzoek. Die beslissing is er wel; het verzoek is afgewezen. In zoverre is dan ook geen sprake van strijd met art. 4.4 LPR.

7.8 Hoewel dit niet met zoveel woorden is bepaald in art. 4.4 LPR, is aan te nemen dat de strekking van de bepaling is dat het hof (de rolraadsheer) *voorafgaand* aan de pleidooizitting beslist op een verzoek om verlenging van spreektime. Bij de voorbereiding en het opstellen van de pleitnotities moet een advocaat immers weten waar hij aan toe is en hoeveel time hij heeft voor het voordragen van de pleitnota. Voor zover het subonderdeel erover klaagt dat dat in dit geval niet is gebeurd (en de advocaat van OvRAN pas op de zitting werd geconfronteerd met de feitelijke afwijzing van verlenging van de spreektime), is die klacht op zichzelf dan ook terecht. Kennelijk is het verzoek bij het hof vóór de zitting over het hoofd gezien, althans is verzuimd daarop tijdig een beslissing te nemen.

7.9 De vraag is of daaraan in dit geval enig juridisch gevolg moet worden verbonden. Naar mijn mening is dat niet het geval. Uit het proces-verbaal van de zitting blijkt niet dat de advocaat van OvRAN bezwaar heeft gemaakt tegen de instructie van het hof om “*wegens de spreektime*” stukken uit de pleitnota over te slaan, en hij het hof daarbij geweest heeft op zijn

eerdere verzoek om spreektijdverlenging. Door OvRAN is in cassatie niet aangevoerd dat het proces-verbaal op dit punt onvolledig of onjuist zou zijn. Ook blijkt uit het proces-verbaal niet dat door de advocaat naar voren is gebracht dat hij in de veronderstelling verkeerde dat het verzoek was toegewezen en/of dat hij daarop gerechtvaardigd mocht vertrouwen, bij afwezigheid van een tijdige expliciete beslissing van het hof op het verzoek om spreektijdverlenging. Verder is niet gebleken (en dit wordt in cassatie ook niet aangevoerd) dat de advocaat van OvRAN voorafgaand aan de zitting contact heeft opgenomen met (de griffie van) het hof vanwege het uitblijven van een beslissing op zijn verzoek om spreektijdverlenging. Onder deze omstandigheden zie ik geen aanleiding om consequenties te verbinden aan het verzuim van het hof om een tijdige beslissing te nemen op het verzoek om spreektijdverlenging. Door niet tijdig voor de zitting te informeren naar een beslissing op het verzoek om spreektijdverlenging, heeft de advocaat van OvRAN het risico aanvaard dat dit verzoek bij het hof was blijven liggen en op de zitting mogelijk alsnog zou worden afgewezen. Bovendien heeft hij zich tijdens de zitting kennelijk bij de gang van zaken neergelegd, althans daartegen niet enig kenbaar bezwaar gemaakt. Daardoor was er voor het hof ook geen aanleiding om te zoeken naar een andere oplossing voor het probleem. Hierbij is te denken aan het geven van toestemming om wel de gehele pleitnota als processtuk te overleggen (zonder dat deze integraal is voorgedragen),⁸² gecombineerd met het geven van gelegenheid aan de wederpartij daarop nog te reageren, het bieden van de mogelijkheid tot een schriftelijke aktewisseling na pleidooi of, eventueel, een nieuwe mondelinge behandeling. Maar, zoals gezegd, zo ver is het niet gekomen. Van strijd met de goede procesorde en/of met art. 6 EVRM is geen sprake. De klachten in subonderdeel 3.1 falen derhalve.

7.10 Nu het hof geen expliciete beslissing heeft genomen op het verzoek om spreektijdverlenging, neemt subonderdeel 3.2 tot uitgangspunt dat er in cassatie veronderstellenderwijs van moet worden uitgegaan dat het hof het verzoek om spreektijdverlenging heeft afgewezen. Geklaagd wordt dat die afwijzing blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, omdat OvRAN hierdoor is geschaad in het processuele belang om haar argumenten (afdoende) te kunnen toelichten. Althans dat die afwijzing, zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is, in het licht van de vaststaande omstandigheden dat er slechts om een beperkte verlenging van de spreektijd is verzocht (met vijftien minuten) en dat het verzoek – voldoende – is gemotiveerd, doordat erop is gewezen dat er veel argumenten aan de orde zijn.

7.11 Deze klachten roepen in de eerste plaats de vraag op of een cassatieberoep tegen een beslissing tot afwijzing van een verzoek om spreektijdverlenging mogelijk is. Dat is niet het

⁸² Zoals gebeurde in de zaak waarnaar in de s.t. van OvRAN wordt verwezen, Vzr. rechtbank Noord-Nederland 13 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5221 (rov. 2.1).

geval indien de beslissing als een rolbeschikking moet worden aangemerkt.⁸³ Als echter sprake is van een tussenarrest, kan daartegen wel cassatieberoep worden ingesteld, zij het tegelijkertijd met het eindarrest, tenzij de rechter anders heeft bepaald.⁸⁴

7.12 Naar vaste rechtspraak moet de vraag of sprake is van een rolbeschikking dan wel van een tussenvonnis, niet naar de vorm maar naar de inhoud van die beslissing worden beoordeeld.⁸⁵ Bij de kwalificatie is dus niet van belang of de beschikking in de vorm van een rolbeschikking is gegeven, of dat zij in een (tussen)vonnis of (tussen)arrest is neergelegd. Tussenuitspraken die niet in de rechten van partijen ingrijpen en slechts ‘strekken ter bevordering van een behoorlijke rechtspraak en ter verzekering van een geregelde loop der zaken’, hebben te gelden als rolbeschikking.⁸⁶ Een beslissing is dus alleen als een ‘zuivere’ rolbeschikking aan te merken, als het gaat om het nemen (of weigeren) van een administratieve maatregel van ondergeschikte betekenis.⁸⁷ Dergelijke beslissingen behoeven niet te worden gemotiveerd en zijn niet vatbaar voor hoger beroep of cassatie.⁸⁸

7.13 Rolbeschikkingen zijn bijvoorbeeld de bepaling van een termijn voor het nemen van een conclusie of akte of de bepaling van een dag voor een comparitie van partijen of voor pleidooi,⁸⁹ de weigering van een nadere conclusie of akte ter rolle, de beslissing tot voeging, de dagbepaling voor pleidooi en de datum waarop de stukken voor vonnis kunnen worden overgelegd.⁹⁰ Daarentegen is het weigeren van een memorie van grieven⁹¹ of het verlenen van

⁸³ Zie o.m. *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/65 en W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, 2018, p. 57-58. Zie ook (t.a.v. de mogelijkheid van appel): Snijders/Wendels, *Civiel appel*, 2009/41. Zie ook mijn conclusie voor HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3151, NJ 2018/16, nrs. 2.1 t/m 2.4

⁸⁴ HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9024, NJ 2013/28 (*Smukyan/ R.E.M. Holding*).

⁸⁵ Zie HR 21 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8948, NJ 1986/691 m.nt. W.H. Heemskerk; HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1635, NJ 1996/298 m.nt. H.J. Snijders (*AFN/Staal Bankiers*); HR 7 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4124, NJ 2000/186 (*Van Bentem/Van Oorschot*). Zie verder *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/65.

⁸⁶ De geciteerde woorden zijn ontleend aan de annotator van HR 30 juni 1995, NJ 1996, 200 (HER), die deze op zijn beurt heeft ontleend aan HR 31 juli 1908, W. 8750. Zie Snijders/Wendels, *Civiel appel*, 2009/41. Vergelijk ook HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH6537, NJ 2011/211 m.nt. W.J.M. van Veen (*Qwest/Vereniging van Effectenbezitters*): “Voorzover het cassatieberoep van *Qwest c.s.* is gericht tegen de brieven van de secretaris van de ondernemingskamer, dienen zij daarin niet-ontvankelijk verklaard te worden. Deze brieven bevatten geen beslissingen die ingrijpen in de rechten van partijen, doch zij dienen alleen ter bevordering van een ordelijk verloop van de procedure.”

⁸⁷ Snijders/Wendels, *Civiel Appel*, 2009/41.

⁸⁸ *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/65; T.F.E. Tjong Tjin Tai, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 20 Rv, aant. 3.2 en *Asser Procesrecht/Giesen* 1 2015/470. Zie ook de conclusie van A-G Wesseling-van Gent voor HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3978; NJ 2002/41 m.nt. H.J. Snijders (*Ajax/Valk*), nr. 2.2 en de conclusie van A-G Wesseling-van Gent voor HR 10 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6519, NJ 2006/405 m.nt. G.R. Rutgers (*Van Paassen/ Kas-Bank*), nr. 2.9, met in de voetnoot verdere verwijzing naar rechtspraak en literatuur.

⁸⁹ HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2568, NJ 2017/396 (*X/ABN AMRO*); HR 29 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1829, NJ 1997/340 (*Boumans/’t Plenske D*).

⁹⁰ Zie de conclusie van A-G Wesseling-van Gent voor HR 10 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6519, NJ 2006/405 m.nt. G.R. Rutgers (*Van Paassen/Kas-Bank*), onder 2.9 met verwijzing naar literatuur in de voetnoot.

⁹¹ HR 10 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6519, NJ 2006/405 m.nt. G.R. Rutgers (*Van Paassen/ Kas-Bank*).

een akte niet-dienen géén rolbeschikking.⁹² Ook de beslissing tot het verlenen van ontslag van instantie is geen rolbeschikking.⁹³ Hetzelfde geldt voor de weigering tot de inschrijving van een zaak op de rol.⁹⁴ Ook de beslissing op de voet van art. 27 Rv over de openbaarheid van een zitting is geen rolbeschikking.⁹⁵ De beslissing om op de voet van art. 28 lid 1, aanhef en onder a, Rv partijen en hun raadslieden te verbieden de processen-verbaal van het getuigenverhoor aan derden te verstrekken, is evenmin een rolbeschikking.⁹⁶ De afwijzing van een verzoek tot het horen van bepaalde getuigen is evenmin een rolbeschikking.⁹⁷ Verder is naar vaste rechtspraak de afwijzing van een verzoek om pleidooi geen rolbeschikking.⁹⁸ Voor al deze beslissingen geldt dat zij verder strekken dan het ordelijk verloop van de procedure, omdat zij ingrijpen in de rechten van partijen.

7.14 Van de beslissing van het hof om geen verlenging spreektijd toe te staan, kan niet gezegd worden dat deze in het geheel niet ingrijpt in de rechten of belangen van OvRAN. OvRAN heeft immers minder gelegenheid gekregen haar standpunt mondeling toe te lichten dan wanneer het verzoek om verlenging wel zou zijn toegewezen. Anderzijds is de impact van de beslissing ook weer niet heel groot; OvRAN *kon* immers wel haar standpunt mondeling toelichten. En als zij tijdig voor de zitting had geweten dat zij geen verlenging had gekregen, had zij zich kunnen instellen op de kortere duur van haar spreektijd. Hieruit blijkt ook dat het probleem in de onderhavige zaak meer erin zit dat OvRAN *vooraf niet wist* dat zij geen toestemming zou krijgen voor meer spreektijd, dan in de spreektijd die haar uiteindelijk werd toebedeeld. Bovendien is te constateren dat er grote verschillen zijn in de spreektijd die advocaten op een pleidooizitting van het hof krijgen; soms is dat een half uur, maar soms ook (veel) korter.⁹⁹ Naar mijn mening bestaat er geen recht op een *bepaalde* minimum spreektijd; zolang (i) partijen van te voren weten waar zij aan toe zijn; (ii) beide partijen gelijk behandeld worden en (iii) de spreektijd niet zodanig kort is, dat het recht om ten overstaan van de rechter het standpunt mondeling te bepleiten, wezenlijk wordt aangetast. Als aan deze voorwaarden is voldaan, is een beperkte spreektijd niet in strijd met de goede procesorde en/of art. 6 EVRM.

7.15 Tegen deze achtergrond ben ik van mening dat de rechterlijke beslissing over de spreektijd die een partij krijgt toebedeeld, in overwegende mate moet worden gekwalificeerd

⁹² HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9024, NJ 2013/28 (*Smukyan/ R.E.M. Holding*).

⁹³ HR 11 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4929, NJ 2003/311 m.nt. H.J. Sniijders (*Kuperus/De Vries Trappen*); HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2828, NJ 2003/417 (*Willem van Ravesteyn/ gem. Leidschendam*).

⁹⁴ HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3978, NJ 2002/401 m.nt. H.J. Sniijders (*Ajax/Valk*).

⁹⁵ HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:2395, NJ 2019/37 (*Magna/Quantera*).

⁹⁶ HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:2395, NJ 2019/37 (*Magna/Quantera*).

⁹⁷ HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU3922; NJ 2012/316 m.nt. C.J.M. Klaassen (*Cyrte Investments*); HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0571; NJ 2012/315 m.nt. C.J.M. Klaassen (*Antebi/Hoofdsynagoge*).

⁹⁸ Onder meer HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9024, NJ 2013/28 (*Smukyan/ R.E.M. Holding*).

⁹⁹ In Bijlage II (behorend bij art. 4.4 LPR) wordt voor de verschillende hoven slechts melding gemaakt van de (uiteenlopende) totale tijd die voor een zitting is gereserveerd. Sinds 2018 wordt bij het team B&V van de civiele kamer van het hof Amsterdam bijvoorbeeld een spreektijd van 10 minuten gegeven. Zie www.baliebulletin.nl/actualiteiten-minder-pleittijd-bij-gerechtshof-amsterdam-meer-tijd-voor-interactie.

als een maatregel ter bevordering van een behoorlijke rechtspraak en ter verzekering van de procesgang. OvRAN is daarom niet-ontvankelijk in haar klachten tegen de afwijzing van haar verzoek om spreekijdverlenging tot 45 minuten tijdens de zitting van het hof van 22 februari 2018.

7.16 Maar zelfs al zou dit anders zijn en zou tegen de weigering van het hof om verlenging spreekijd toe te staan wél een rechtsmiddel kunnen worden aangewend, dan nog kan de klacht niet tot cassatie leiden. Gelet op art. 4.4 LPR heeft het hof discretionaire bevoegdheid bij de beslissing om een verzoek om spreekijdverlenging al dan niet toe te wijzen. In het onderhavige geval hoefde het hof de beslissing hierover ook niet nader te motiveren, nu het verzoek van OvRAN ook uiterst beperkt was toegelicht (“*veel argumenten aan de orde*”), nog daargelaten dat niet gebleken is dat OvRAN ter zitting het hof heeft geïnformeerd over de redenen die zij had voor haar verzoek om verlenging van spreekijd.

8 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

b.a. M.L.C.C. Pieters

Gerechtshof Den Haag

Zaaknummer: 200.213.103/01

donderdag 22-02-2018 om 09:30 uur

18/02848

Pleitnota

inzake

de Orde van Registeradviseurs Nederland, gevestigd te Helvoirt, gemeente Haaren, eiser,
advocaat: mr. L.G.M. Delahaije

tegen

de Staat der Nederlanden (Ministerie van Financiën), gevestigd te Den Haag, gedaagde,
advocaten: mrs. G.J.H. Houtzagers en M.L. Batting

Inleiding

- ~~1. Staat u mij toe allereerst te wijzen op het feit dat de Staat in haar Memorie van Antwoord (MvA) nergens de feiten ontkent over de samenstelling van het NBA-ledenbestand, genoemd in productie 2 en randnummer 4 in de Memorie van Grieven (MvG). Daarmee erkent de Staat dat de overgrote meerderheid van de NBA-leden helemaal geen openbaar accountant is. Die overgrote meerderheid bestaat uit liefst 12.500 NBA-leden werkzaam in het bedrijfsleven, overheid als gewone werknemer, zzp'er, manager, adviseur etc. in tal van interne of externe functies die niets van doen hebben met het accountantsberoep als zodanig. Randnummer 15 uit de dagvaarding in eerste aanleg gaf aan dat de NBA 21.290 leden per ultimo 2014 telde. Dat betekent dat 58,7% van de NBA-leden helemaal geen openbaar accountant is zoals het publiek dat verstaat. Die 58,7% blijft noodgedwongen lid van NBA als opleidingsbewijs en om de daarmee samenhangende titel niet kwijt te raken.~~
- ~~2. Randnummer 4.14 van de MvA stelt: "Anders dan OvRAN lijkt te suggereren is bijvoorbeeld ook de accountant in business aan de fundamentele beginselen onderworpen als hij werkzaamheden verricht waarbij hij zijn vakbekwaamheid aanwendt." Het omgekeerde is waar. Anders dan dit randnummer 4.14 stelt heeft juist OvRAN altijd betoogd dat juist dit onnodig onderworpen zijn van die 12.500 NBA-leden aan die baaierd accountantsregelgeving een belangrijke reden vormt achter de klachten van OvRAN. Het verrichten van werkzaamheden waarbij een NBA-lid zijn vakbekwaamheid aanwendt, is immers een breed en vaag begrip maar kan in haar toepassing verstreckende gevolgen hebben (tuchtrecht + extra maatregelen + extra kosten), ook als die interne of externe functies niets van doen hebben met het accountantsberoep als zodanig. Niet bij de NBA ingeschreven collega's van datzelfde NBA-lid kunnen diezelfde werkzaamheden wel uitvoeren zonder vrees voor die verstreckende gevolgen of daardoor gehinderd, wanneer zij diezelfde werkzaamheden uitvoeren. Daarom voeren de grote accountantskantoren diezelfde werkzaamheden uit via afzonderlijke zelfstandige afdelingen waar formeel geen accountants in dienst zijn om zo niet gehinderd te worden door een onnodige NBA baaierd accountantsregelgeving. Het publiek denkt veelal dat die afdelingen wel deel uitmaken van een accountantskantoor.~~
3. De brede definities van "assurance" en "aan assurance verwant" en "werkzaamheden waar-
bij een accountant zijn vakbekwaamheid aanwendt" omvatten erg veel dienstverlening, zoals
beoordeling en samenstellen van financiële verantwoordingen, vrijwillige controles, due-dili-

gence, mededelingen bij prospectussen, forensische en advieswerkzaamheden, waardebe-
palen, fiscaal, juridisch, human resources etc.. Te veel om op te noemen. Een hele riedel
NBA-regelgeving, tenminste 10 stuks, wordt vervolgens losgelaten op dergelijke
dienstverlening door NBA-leden: 1. Verordening op de Kwaliteitsbeoordelingen, 2. NVKS +
3. Toelichting, 4. Standaard 4410 + 5. bijbehorende Handreiking 1136, 6. NV COS, 7. ViO
+ 8. Toelichting ViO, 9. VAO + 10. Toelichting etc. Al die regels laten wederom veel ruimte
voor subjectieve en wisselende interpretaties:

4. Sprekend voorbeeld is productie 6.b in de Akte houdende Producties (AHP). Daar bleek het
hoofd vaktechniek NBA niet in staat antwoord te geven op de simpele maar belangwekkende
vraag wanneer een advies van een NBA-lid valt onder de definitie van assurance waardoor
voornoemde 10 stuks NBA-regelgeving van toepassing kan raken. ~~Het formele criterium~~
daarvoor is of een dergelijk advies wordt verstrekt aan een derde partij met de bedoeling dat
die derde partij steunt op dat advies. Alsof een adviserend NBA-lid dat altijd in de hand heeft!
En als het hoofd vaktechniek NBA in een dergelijk geval al niet kan beoordelen welke regel-
geving dan van toepassing kan zijn, kan een willekeurig NBA-lid dat zeker niet. Geen wonder
dat grote kantoren deze dienstverlening uitoefenen via afzonderlijke juridische entiteiten om
buiten het bereik van de NBA-voorschriften te blijven, voorgeschreven kwaliteitsbewakers en
onafhankelijkheidsfunctionarissen niet hoeven te benoemen en het tuchtrecht buiten toepas-
sing blijft. Die 12.500 andere NBA-leden hebben die mogelijkheid niet. Wordt zo het alge-
meen belang gediend?
5. Een ander sprekend voorbeeld is een onderneming die niets met accountancy van doen heeft
maar wel enkele NBA-leden in dienst heeft. Neem bijv. makelaars. Allerlei soorten bedrijven
~~bemiddelen en makelen in bijv. onroerend goed e.q. in bedrijven c.q. in personeel e.q.~~ In fi-
nanciële producten c.q. andere vormen van bemiddeling. Of bedrijven die producten verkopen
waarbij vakbekwaamheden van accountants nuttige diensten kunnen bewijzen, zoals bij fis-
caal-, HR-, organisatie-, ICT-advies. Ook bij ondernemingen in productie, handel of dienst-
verlening zijn onderbouwde opinies en rapporten over bepaalde kwaliteiten van hun produc-
ten of diensten bijna onvermijdelijk. In al die gevallen is licht denkbaar, soms zelfs waar-
schijnlijk dat die rapporten bij derden terechtkomen. In al die gevallen is sprake van "assu-
rance" of "aan assurance verwant" en valt deze onderneming onder de ruime definitie van
'accountantskantoor'. Dan raken voornoemde 10 stuks NBA regelgeving van toepassing en
handelt dit 'accountantskantoor?' zeer waarschijnlijk verwijtbaar. Alleen al de NVAK ver-
plicht om een adequate beroepsaansprakelijkheidsverzekering te hebben, een eindverantwoor-
delijk professional te benoemen om het eindproduct te ondertekenen, alle documentatie gedu-
rende zeven jaar systematisch en vertrouwelijk te bewaren, een integriteitsonderzoek over de
cliënt uit te voeren etc. Andere regelgeving leidt er bijv. toe een kostbaar kantoorhandboek te
hebben (NVAK bijv.) en bij te houden, een accountant als kwaliteitsbepaler in dienst te heb-
ben of in te huren (NVKS bijv), een accountant als eindverantwoordelijke accountant in
dienst te hebben of in te huren voor de onafhankelijkheidsbewaking en het assurance-
dossier (ViO bijv.). Etc. etc.
6. Navrant is dat de OOB-kantoren door binnen de netwerkdefinitie zogenaamd als zelfstandige
entiteiten te opereren zonder formeel accountants in dienst, zich aan al die regels, voor zover
onwenselijk of onpraktisch, hebben weten te onttrekken. Kleinere Nederlandse NBA-collega's
met soortgelijke dienstverlening kunnen dat niet. Zo wordt iedere concurrent van OOB-
kantoren op ieder gebied waar ook NBA-leden bij optreden effectief uitgeschakeld en in
ieder geval op achterstand gezet.

7. Randnummer 1.9 MvA stelt: *“Anders dan OvRAN suggereert omvat dit stelsel van kwaliteitswaarborging niet alleen de wettelijke controles die openbare accountants uitvoeren maar ook de overige accountants-opdrachten en andere werkzaamheden van accountants.”* Ook hier is het omgekeerde waar. OvRAN heeft altijd betoogd dat het stelsel van kwaliteitswaarborging via de weidse begrippen *“assurance”* en *“aan assurance verwant”* en *“werkzaamheden waarbij een accountant zijn vakbekwaamheid aanwendt”*, fundamenteel zijn voor haar klachten. Vermoedelijk echter doelt de MvA hier op de 8.747 praktiserende openbare accountants genoemd in productie 2 en randnummer 5 MvG. Die stellen jaarrekeningen samen naast de taken genoemd in het vorige punt. Die samenstellingspraktijk is aan snelle veranderingen onderhevig door compleet online boekhouden, geïntegreerde jaarrekening rapportages etc. voor die on-line cliënten. Ook hier geldt dat de grote kantoren die boekhoud afdelingen vaak onderbrengen in afzonderlijke entiteiten waar formeel geen accountants in dienst zijn. Zo blijven ze wederom buiten het bereik van de NBA-regelgeving evenals voor andere dienstverlening aan diezelfde on-line cliënten. Kleine kantoren is dat niet gegeven. Het is dan ook niet voor niets dat randnummer 5 MvG de klachten van hun woordvoerders citeert: *“Het NBA-register is vervuild”, “Misschien wel 90% van de NBA-leden houdt zich helemaal niet bezig met de wettelijke controle”, “MKB-accountants dragen de lasten van een verplichte inschrijving bij een beroepsorganisatie die hun belangen negeert zonder dat zij daarvoor iets terug ontvangen”, “De NBA kijkt meestal niet de bril van de grote kantoren naar de sector als geheel”, etc. etc.* Het FD vat dit samen met de kop: *“Accountants MKB willen vereniging NBA oplazen. Als inderdaad maar 10% van de NBA-leden zich bezig houdt met de wettelijke controle, praten we over 2.129 (10% van 21.290 NBA-leden per ultimo 2014) personen uit die groep van 8.747 praktiserende openbare accountants. Dan klagen 6.618 praktiserende openbare MKB-accountants dat de NBA kwaliteitswaarborging grote kantoren bevoordeelt. Bij de AFM zijn dan slechts 2.129 NBA-leden bevoegd voor wettelijke controle via 321 kantoren eind 2016. Van die 321 kantoren zijn slechts 9 OOB kantoren bevoegd tot wettelijke controle op Organisaties van Openbaar Belang (OOB). Daarvan worden PWC, KPMG, E&Y, Deloitte aangeduid als Big-Four. Hun marktaandeel van 52% (Productie 11a AHP) indiceert dan 1.108 NBA-leden werknemers (=52%). Waarschijnlijk minder gezien de Big Four ratio werknemers/NBA-leden. Op het belang van dit getal, maximaal 5,2% op in totaal 21.290 NBA-leden, kom ik nog terug.*
8. Ondanks voornoemde feiten blijft de Staat (randnummer 5.12) volhouden dat geen bewijs is geleverd voor de stelling dat grote kantoren zich aan de beroepsnormen kunnen onttrekken. Het slimigheidje van de Staat daarbij is dat het zou gaan om accountants bij die kantoren. Maar daar gaat het helemaal niet om. Het gaat juist over zelfstandige afdelingen van grote kantoren waar formeel helemaal geen NBA-leden in dienst zijn maar met veel vormen van dienstverlening wel concurreren met kleinere lokale accountants. Die zijn te klein om afzonderlijke afdelingen te vormen zonder accountants in dienst. Het bestaan van KPMG Meijburg, PWC Advisory, HVG bij EY, DTTL memberfirms bij Deloitte etc. zijn toch feiten van algemene bekendheid waar geen afzonderlijk bewijs voor nodig is.
9. Het voorgaande toont afdoende aan dat de dienstverlening van 19.119 (12.500+6.618) van de 21.290 NBA leden (89.8%) aantoonbaar worden gehinderd zonder dat daarmee enig algemeen belang wordt gediend en daarnaast sprake is van concurrentievervalsing door grote kantoren. Desalniettemin concludeert de Staat (randnummer 4.50 MvA) dat *“Zonder voldoende vertrouwen in de verklaringen van accountants werkt de kapitaalmarkt niet optimaal.”* Daarvoor is een stelsel van kwaliteitswaarborging via het verplichte lidmaatschap van de NBA noodzakelijk.” Dat moet welhaast ironisch zijn bedoeld nu diezelfde grote kantoren en talloze andere administratie en boekhoudkantoren diezelfde verklaringen verstrekken zonder verplicht NBA-lidmaatschap en zonder enige externe kwaliteitswaarborging. De ironie ten top is het feit dat de AFM met regelmaat gedurende jaren al constateert dat bij de kerntaak van die grote (OOB) kantoren, de wettelijke verklaring, de kwaliteitswaarborging niet deugt. Dat is begrijpelijk want (boze) tongen zoals bijv. de Monitoringcommissie Accountancy spreken over 6 “wicked problems”

ofwel 'hete aardappelen'¹ die zeer moeilijk of niet bespreekbaar dan wel oplosbaar zijn. De Tweede Kamer meent net als OvRAN dat het verdienmodel accountancy op de schop moet en cultuurverandering nodig waarop de Minister antwoordt "Laten we deze hete aardappel eerst eens ontleiden, voordat we nieuwe wetten maken"².

10. In het kader van de stelling in 4.50 MvA over de noodzaak van een stelsel van kwaliteitswaarborging via het verplichte lidmaatschap van de NBA, is ook productie 6 bij MvG opmerkenswaard. Daar blijkt dat het SWA-bestuur tuchtklachten heeft ingediend bij de Accountantskamer tegen 3 NBA-bestuursleden die de Big Four vertegenwoordigen en als zodanig meest verantwoordelijk voor oligopolistische OOB-karaktertrekken van de NBA door onder andere:

- a. in strijd met art. 12 lid 6 WAB en art. 1.1 Beginselen van goed NBA-bestuur Big Four kantoren de feitelijke macht te geven binnen de NBA,
- b. OOB-kantoren een feitelijk oligopolie te geven in alle toetsingsorganen binnen en buiten de NBA waaronder de 'onafhankelijke' Accountantskamer in Zwolle,
- c. MKB-kantoren zwaar te straffen voor kwaliteitsgebreken maar tegen OOB-kantoren geen enkele maatregel te treffen,
- d. NBA-regelgeving te bewerkstelligen die OOB-kantoren grote commerciële voordelen biedt door deze vrij te stellen van alle NBA-regelgeving geldend voor alle andere NBA-leden (buiten wettelijke controle waar de AFM de regels bepaald).

Deze tuchtklachten bewijzen dat de Big Four feitelijk de NBA aanstuurt die aldus optreedt als medeplichtig facilitator van concurrentievervalsing voor de Big Four kantoren.

11. Na deze inleiding voorzie ik de MVA van commentaar in de volgorde van de grieven.

Grief 1: Laat ieder openbaar belang verenigingsdwang toe?

12. Gezien de kop van grief 1 in de MvA, "NBA dient een algemeen belang" lijkt het er op dat de Staat de stelling in randnummers 4.8 tot 4.20 verdedigt dat ieder openbaar belang verenigingsdwang toelaat. Die stelling kan niet standhouden gezien dwingende verdragsteksten en duidelijke jurisprudentie zoals bijv. geciteerd in voetnoot 23 dagvaarding: "*Totalitarian régimes have resorted - and resort - to the compulsory regimentation of the professions by means of closed and exclusive organisations taking the place of the professional associations and the traditional trade unions. The authors of the Convention intended to prevent such abuses*". Zonder de Staat onmiddellijk als totalitair te willen typeren is duidelijk dat achter openbaar belang ook vaak andere belangen en overtuigingen schuil kunnen gaan zoals hierna wordt aangetoond.

Het Openbaar Belang als zodanig rechtvaardigt niet schending !!
 13. Randnummer 4.8 MvA met verwijzing naar randnummer 15 MvG stelt: "Volgens OvRAN heeft de rechtbank ten onrechte geconcludeerd dat de NBA een algemeen belang dient." Dit is onjuist. De MvG onder randnummer 15 trekt als conclusie van Grief 1 alleen: "Nu uit de feiten blijkt dat het hoogst twijfelachtig is of de NBA wel doelstellingen nastreeft van algemeen belang en het dictum strijdig is met art. 20.2 UVRM en art. 11.2 EVRM kan het oordeel van de Rechtbank niet standhouden." Theoretisch zou inderdaad de NBA alleen het openbaar belang mogen dienen gezien de geest en tekst van de wet. Praktisch echter verschaft de NBA-uitwerking van dat algemene belang grote concurrentie vervalsende voordelen aan grote kantoren en hinder voor talloze andere NBA-leden. Vanwege die tegenspraak tussen theorie en harde praktijk is voor het woord twijfelachtig gekozen. De stellingen van de Staat in de inleiding en onder grief 1 in de MvA

1 <http://www.monitoringaccountancy.nl/wp-content/uploads/2016/11/Eerste-Verslag-Monitoring-commissie-Accountancy.pdf> d.d.2-11-2017

2 <https://www.accountancyvanmorgen.nl/2017/09/06/tweede-kamer-verdienmodel-accountancy-moet-op-de-schop/> d.d. 6-9-2017

herhalen alleen de theorie. De gestelde feiten kunnen echter in het licht van het in grief 1 en hiervoor onder inleiding gestelde, niet standhouden. Gebleken is immers dat dienstverlening door 19.119 NBA-leden, 89.8% feitelijk aantoonbaar wordt gehinderd zonder daarmee enig algemeen belang te dienen en daarnaast sprake is van concurrentievervalsing door grote kantoren.

14. Ondanks de hiervoor gestelde feiten ontkent de Staat dit laatste uiteraard in de randnummers 4.17 tot 4.19 en verwijst in dit verband onder andere naar eerdere procedures die door de SWA en OvRAN zijn gevoerd. In dit kader merkt de Staat in randnummer 4.17 bijv. op dat in kort geding het Hof Amsterdam het volgende bevestigd zou hebben: *“De stelling van de SWA dat het regelgeving betreft waaraan voor kleinere accountantskantoren en zelfstandigen niet valt te ontkomen, onvoldoende concrete argumenten oplevert voor de conclusie dat hierdoor de mededinging zou worden beperkt of vervalst. Deze uitspraak is bevestigd in hoger beroep;”*. Bij nadere bestudering van dat arrest blijkt echter dat het Hof Amsterdam voorbij is gegaan aan de klacht inzake art. 11 EVRM en in kort geding niet wenste vooruit te lopen op het oordeel van de bodemrechter. Inzake de bestuurlijke procedures waarin CBB meende dat artikel 11 EVRM niet van toepassing is op (thans) de NBA, bevestigt randnummer 3.6 MvA terecht dat EHRM OvRAN naar de civiele rechter verwees omdat niet alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. Dit is echter een zeer opmerkelijke EHRM uitspraak in de wetenschap dat momenteel meer dan 99% van de in Straatsburg ingediende klachten met standaardmotiveringen worden afgedaan als niet ontvankelijk.
15. Opmerkelijk is het zwijgen van de strafkamer Hoge Raad (HR), Rechtbank en de MvA over deze dwingende tekst in art. 20.2 van de Universele Verklaring over de Rechten van de Mens (UVRM): *“Niemand mag worden gedwongen tot een vereniging te behoren”*. Dat zijn toch duidelijke woorden! Hoe kan het de HR en de Rechtbank zijn ontgaan dat art. 94 Grondwet (GW) luidt: *“Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.”* De test van art. 11 EVRM lid 1 bevestigt dit beginsel en lid 2 voegt daar alleen heel beperkte en logische uitzonderingen aan toe. *Cumulatief*
16. Randnummer 4.20 MvA concludeert inzake grief 1: *“Uit het voorgaande vloeit voort dat OvRAN niet heeft aangetoond dat de conclusie van de Hoge Raad dat de NBA een algemeen belang dient, onjuist is.”* Allereerst blijkt uit het voorgaande dat OvRAN twijfelt of NBA slechts doelstellingen nastreeft van algemeen belang of óók andere. Die twijfel is ontstaan door het feit dat de dienstverlening van 89.8% van alle NBA-leden aantoonbaar wordt gehinderd door NBA-regelgeving waar afdelingen van grote accountantskantoren waar formeel geen accountants in dienst zijn, zich aan onttrekken. Bovendien handelt grief 1 niet over de vraag of NBA een algemeen belang zou dienen maar constateert alleen dat de Rechtbank overheden een vrijbrief geeft om naar believen beroepsorganisaties met verplicht deelnemerschap in het leven te roepen buiten het bereik van art. 20.2 UVRM en art. 11 EVRM. En juist dat beogen art. 20.2 UVRM en art. 11 EVRM te voorkomen.
17. De conclusie onder randnummer 4.20 MvA inzake grief 1 is derhalve onjuist en moet worden verworpen.

Grief 2: NBA voldoet wel/niet aan de integratiecriteria

18. In randnummers 4.21-4.37 MvA concludeert de Staat dat de NBA voldoet aan de 'integratiecriteria' zoals geformuleerd in de EHRM uitspraken Le Compte en Chassagnou. ~~Als het al waar zou zijn dat aan die 'integratiecriteria' zou zijn voldaan valt niet in te zien dat het handelen van die met de Staat zozeer geïntegreerde NBA niet aan die Staat toegerekend zou kunnen worden zoals de MvA bij herhaling op andere momenten betoogt.~~
19. De integratie criteria komen voort uit rechtsoverweging 64 in Le Compte. Naast openbaar lichaam noemt Le Compte de volgende 5 kenmerken (a) vooral een registrerende functie; (b) geïntegreerd in de structuren van de Staat; (c) de rechters in haar meeste instituties benoemd

door de Staat; (d) het doel bescherming van de publieke gezondheid; (e) beschikken over buitengewone civiele bevoegdheden. Zie randnummer 38 dagvaarding.

20. Over het integratie criterium openbaar lichaam c.q. publiek orgaan, weerspreekt de Staat nergens dat alle EHRM jurisprudentie tot op heden rechtsoverweging 2.9.4 in de uitspraak Raad van State van 09-01-2008 (LJN: BC1524, 200703524/1) ondersteunt: “Uit de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 29 april 1999, nr. 25088/94, Chassagnou en anderen tegen Frankrijk (NJ 1999, 649), volgt dat het begrip “vereniging” in artikel 11 EVRM een autonome betekenis toekomt, waarbij de aanduiding in het nationale recht van beperkte waarde is en slechts een vertrekpunt voor de beoordeling vormt.” Zie randnummer 13 dagvaarding. Daarmee is genoeg gezegd over het geringe belang van dit criterium openbaar lichaam c.q. publiek orgaan.
21. Met alle respect voor het woordenspel waarmee de MvA vervolgens tracht te verduidelijken dat aan al die 5 overige ‘integratiecriteria’ zou zijn voldaan, wijs ik op het volgende:

- **Criterium (e) beschikken over buitengewone civiele bevoegdheden:** Randnummer 4.27 MvA inzake criterium (e), buitengewone civiele bevoegdheden stelt dat de NBA anders dan een privaatrechtelijke vereniging, publieke rechtsmacht uitoefent jegens haar leden. Let op het woordenspel. Le Compte spreekt over “*rule-making and disciplinary prerogatives out of the orbit of the ordinary law (prerogatives exorbitantes du droit commun)* (ro 64)” en Chassagnou spreekt over “*prerogatives outside the orbit of the ordinary law* (ro 101)”. En de Staat verdraait welbewust deze termen “*outside the orbit of the ordinary law*” naar publieke rechtsmacht want de NBA is een publiek orgaan, evenals dat bij Le Compte en Chassagnou het geval was. Dit woordenspel is niet onbelangrijk want alle publieke organen oefenen via haar besluiten per definitie publieke rechtsmacht uit. Zo brengt de Staat alle besluiten van publiek organen onder publieke rechtsmacht waar privaatrechtelijke verenigingen normaliter ook bevoegd zijn diezelfde besluiten te nemen. Het is onbegrijpelijk dat de Strafkamer HR de AG niet op de vingers heeft getikt wegens dit doorzichtige woordenspel.
- De daaropvolgende voorbeelden in randnummer 4.27 MvA tonen dan ook aan dat die publieke rechtsmacht op geen enkele wijze verschilt van een privaatrechtelijke vereniging jegens haar leden. De in de MvA gegeven voorbeelden van verordeningen vaststellen (art. 19 WAB) waardoor eenzijdige besluiten jegens leden kunnen worden genomen, contributies opleggen (art. 19 WAB) zijn zelfs potsierlijk. Kennelijk heeft de Staat het Orde Reglement van OvRAN³ nooit nagelezen. Daaruit blijkt dat art. 19 WAB in dat reglement is vertaald naar art. 3.12 Orde Reglement OvRAN en art. 19 WAB naar art. 6.7 tot 6.10. Dat is ook niet zo verwonderlijk want als basis-concept voor dit Ordereglement OvRAN is de oude Wet op de Registeraccountants gehanteerd. Zo is afdoend aangetoond dat de NBA niet voldoet aan criterium (e), buitengewone civiele bevoegdheden en daar ook niet over beschikt.
- ~~Hot feit dat dit Ordereglement een kopie blijkt van de oude Wet op de Registeraccountants, maakt duidelijk dat iedere privaatrechtelijke vereniging dezelfde administratieve en regulerende taken kan hebben als die van de NBA waar de Staat zich zo graag op beroept. Uiteraard binnen statutaire beperkingen en niet strijdig met andere wetgeving. De vraag komt zelfs op of een vereniging zonder enige administratieve en regulerende taken wel kan bestaan. Nu de NBA zich geenszins onderscheidt met dit criterium administratieve en regulerende taken, kan dit herhaalde beroep in de randnummers 1.11, 4.27 en 4.31 op dit criterium (e) buitengewone civiele bevoegdheden, de Staat ook niet baten.~~
- Randnummer 4.28 MvA stelt dat de NBA een openbaar lichaam is onder toezicht van de Minister die sommige verordeningen moet goedkeuren en om die reden is geïntegreerd. Opvallend is dat de Staat hier nalaat rekening te houden met rechtsoverweging 101 uit Chassagnou: “*Similarly, the fact that the prefect supervises the way these associations*

operate is not sufficient to support the contention that they remain integrated within the structures of the State (see, mutatis mutandis, the Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, pp.26-27, § 64). Furthermore, it cannot be maintained that under the Loi Verdeille ACCAs enjoy prerogatives outside the orbit of the ordinary law, whether administrative, rule-making or disciplinary, or that they employ processes of a public authority, like professional associations.”

- Randnummer 4.30 MvA stelt dat de NBA een publiek belang dient en verwijst als bewijs naar de randnummers 4.8 – 4.20 MvA met het verweer tegen grief 1. Maar grief 1 stelt alleen dat de NBA een vereniging is zoals bedoeld in art. 11.1 EVRM en niet valt onder de beperkte uitzonderingen in art. 11.2 EVRM zoals de Rechtbank meent. En die conclusie van de Rechtbank is onjuist. ~~Het algemeen belang is alleen een van de vele zeer beperkte uitzonderingsvoorwaarden op de vrijheid van vereniging genoemd in art. 11 EVRM lid 2. Daarnaast ontwikkelde de jurisprudentie het hierna te bespreken “integratiecriterium” toen bleek dat overheden maar al te graag art. 11 aan hun laars laptten met de stelling dat het geen verenigingen waren maar de Staat zelf.~~
- **Criterium (b) geïntegreerd in de structuren van de Staat:** In randnummer 4.31 bevestigt de Staat indirect dat het tuchtrecht voor accountants niet voldoet aan Le Compte's criterium (c): rechters in haar meeste instituties benoemd door de Staat. De NBA heeft immers geen enkele institutie waar rechters worden benoemd door de Staat. Het tuchtrecht voor accountants in de Accountantskamer is onderdeel van de gewone rechtsprekende macht en maakt geen deel uit van NBA. Bovendien blijkt uit randnummer 39 dagvaarding dat alle andere buitengewone civiele bevoegdheden de NBA zijn ontnomen. Daaruit volgt dat Le Compte's criterium (b), geïntegreerd in de structuren van de Staat, ook niet van toepassing is.
- In randnummer 4.32 merkt de Staat op dat het bestuur van de NBA tuchtklachten kan indienen bij de Accountantskamer zonder bijv. de vereiste 70 Euro griffierecht te betalen en dat dit een belangrijk middel is om de kwaliteit van de beroepsgroep op het vereiste peil te houden en te bevorderen. Deze opmerking houdt geen enkel verband met de 5 'integratiecriteria' van Le Compte en moet binnen dit kader als irrelevant worden afgedaan. Iedereen kan immers een klacht indienen bij de Accountantskamer en die klacht ook weer intrekken.
- In randnummer 4.33 MvA merkt de Staat op dat zodoende aan alle integratiecriteria wordt voldaan. Uit het voorgaande blijkt evenwel dat aan het criterium openbaar lichaam weinig betekenis toekomt. Het blijkt ook dat de NBA niet voldoet aan criterium (c) rechters in haar meeste instituties benoemd door de Staat en (e), buitengewone civiele bevoegdheden. De Staat bespreekt zelfs de andere 3 criteria niet: (a) vooral een registrerende functie; (b) geïntegreerd in de structuren van de Staat; (d) bescherming van de publieke gezondheid. Via een woordenspel tovert de Staat nieuwe maar irrelevante criteria uit de hoge hoed zoals “openbaar belang”, “extern tuchtrecht via Accountantskamer” en “administratieve en regulerende taken”. Opmerkelijk is het ontbreken van commentaar op criterium (d) bescherming van de publieke gezondheid. Dat criterium volgt immers eenduidig uit lid 2 van art. 11 EVRM als een van de beperkt toegelaten uitzonderingen.
- In randnummer 4.36 MvA bevestigt de Staat zelf het feit dat “(i) de leden van de organen van de NBA niet door de Staat worden benoemd; (ii) de functie van de NBA breder is dan een registrerende functie en (iii) de NBA niet de publieke gezondheid beschermt.”⁴ Vervolgens concludeert de Staat echter dat: “een zelfstandige toetsing van de eigenschappen van de NBA aan de genoemde drie integratiecriteria tot de conclusie leidt dat aan deze criteria wordt voldaan, om de redenen die hiervoor zijn uiteengezet.” ~~Deze conclusie is onbegrijpelijk. Het gebruikte argument dat “de specifieke toepassing daarvan op de Orde der geneesheren, die vanzelfsprekend afwijkt van de toepassing op de NBA” is onnavolgbaar en ook niet gemotiveerd. Alle 5 criteria,~~

4 Dit correspondeert met de door OvRAN aangehouden nummering: (a) vooral registrerende functie; (c) de rechters in haar meeste instituties benoemd door de Staat; (d) doel bescherming van de publieke gezondheid;

~~zelfstandig toegepast, zijn van toepassing. Te meer daar rechtsoverweging 65⁵ in Le Compte duidelijk maakt dat alle 5 voornoemde integratiecriteria bij elkaar moeten worden genomen om art. 11 EVRM buiten toepassing te verklaren. Wanneer een lichaam aan een van de 5 criteria niet voldoet, is art. 11 EVRM van toepassing. De Staat zelf geeft al aan dat de NBA niet voldoet aan 3 criteria. Om deze reden is onbegrijpelijk de conclusie van de Staat dat aan alle integratiecriteria zou zijn voldaan en daardoor art. 11 EVRM niet toepasbaar.~~

- ~~De Staat stelt bovendien in randnummer 1.6 dat eerst beoordeeld moet worden of aan de integratiecriteria wordt voldaan om tot de conclusie te kunnen komen dat de organisatie buiten het bereik van artikel 11 EVRM valt. Deze onterechte stelling is door de Rechtbank ook herhaald in rechtsoverweging 4.13 inzake het noodzakelijkheids criterium. Voor de goede orde zij daarom gewezen op het gestelde in grief 4 over deze opmerkenswaardige omkering van de tekstuele logica van art. 11 EVRM, strijdig met haar strekking en geest.~~

Grief 3 en 6: Hindercriterium

22. In randnummers 4.38 tot 4.44 betoogt de Staat dat de NBA formeel niet in de weg staat aan het oprichten en/of deelnemen aan een andere organisatie. Die stelling is juist. De daarop volgende conclusie van de Staat dat daarom het hindercriterium uit Le Compte niet van toepassing zou zijn, is echter onjuist. Hinder kan immers langs veel wegen plaatsvinden, direct en indirect. En het hindercriterium heeft zich na Le Compte in de Straatsburgse jurisprudentie vooral ontwikkeld richting indirecte verenigingsdwang. De MvG maakt in randnummer 38 duidelijk dat er in wezen geen verschil bestaat tussen een NBA lid die zijn licentie als accountant verliest als hij NBA verlaat en een taxichauffeur die zijn taxi-licentie verliest als hij Frami verlaat. Volgens de Zweedse regering een "*professional organisation of a public-law character*"⁶ en geen privaatrechtelijke vereniging zoals de Staat ten onrechte in randnummer 4.44 betoogt.
23. ~~Hiervoor merkte ik al op dat 19.119 NBA leden, liefst 89.8%, met lede ogen moeten aanzien dat hun grootste concurrenten ongehinderd door enigerlei accountantsregelgeving, diensten verlenen waar zijzelf gebonden blijven aan al die accountantsregelgeving en daardoor voortdurend op achterstand staan. Is dat geen hinder?~~
24. Wanneer 89.8% van de accountants tegen hun overtuiging gedwongen worden NBA-lid te blijven om de verschillende praktische en principiële redenen genoemd in de inleiding van mijn betoog, is dat geen hinder? De EHRM uitspraak in rechtsoverweging 57 bij Young, James and Webster is toch volstrekt duidelijk: "*Accordingly, it strikes at the very substance of this Article (art. 11) to exert pressure, of the kind applied to the applicants, in order to compel someone to join an association contrary to his convictions.*"
25. Ter zijde zij nog opgemerkt dat randnummer 4.42 MvA opmerkt dat de titels AA en RA andere titels zijn dan die worden verkregen bij het behalen van een academische graad. Die opmerking is slechts juist voor hen die afstudeerden nadat in 2002 de bamastructuur (bachelor-masterstructuur) werd ingevoerd. Daarvoor werd een succesvolle beroepsopleiding accountancy bekroond door de inschrijving in het register en de titel RA of AA. Juist voor die nog steeds grootste groep weegt dit titelverlies ook emotioneel erg zwaar.
26. ~~Ter zijde zij ook nog opgemerkt dat randnummer 4.43 MvA terecht betoogt dat "het verkrijgen van de accountantstitel afhankelijk is van inschrijving in het register - niet het lidmaatschap van de NBA". De bedoeling van die opmerking ontgaat me. Behoudens voor buitenlandse accountants geldt immers voor Nederlandse accountants: geen lidmaatschap zonder inschrijving.~~

5 RO 65 Le Compte: Having regard to these various factors taken together, the Ordre cannot be considered as an association within the meaning of Article 11 (art. 11).

6 Zie Randnummer 43 uit de dagvaarding in eerste aanleg

27. Het moet iedereen inclusief de Staat toch duidelijk zijn dat het Nederlandse accountants feitelijk onmogelijk wordt gemaakt de NBA te verlaten en tegelijk titel, licentie en praktijk als (openbaar) accountant te behouden. Dit is toch hinder via indirecte verenigingsdwang in ~~optima forma?~~

Grief 4 en 5: Noodzakelijkheids criterium

28. In de randnummers 4.45 tot 5.52 betoogt de Staat wederom in navolging van de Rechtbank in rechtsoverweging 4.11 dat het recht op verenigingsvrijheid wel degelijk beperkt is tot privaatrechtelijke verenigingen. De Staat doet daarvoor in randnummer 4.47 een beroep op Le Compte. Zoals bekend voldeed de Ordre des Médecins aan alle integratiecriteria en viel derhalve buiten de reikwijdte van art. 11 EVRM. Voor de goede orde zij daarom wederom in herinnering gebracht dat tot op heden alle EHRM jurisprudentie rechtsoverweging 2.9.4 in de uitspraak van de Raad van State van 09-01-2008 (LJN: BC1524, 200703524/1) ondersteunt: *"Uit de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 29 april 1999, nr. 25088/94, Chassagnou en anderen tegen Frankrijk (NJ 1999, 649), volgt dat het begrip "vereniging" in artikel 11 EVRM een autonome betekenis toekomt, waarbij de aanduiding in het nationale recht van beperkte waarde is en slechts een vertrekpunt voor de beoordeling vormt."*
29. Hiervoor is al gebleken dat EHRM bij Le Compte pas toekwam aan rechtsoverweging 66 na zorgvuldige afwegingen in de voorgaande rechtsoverwegingen 64 en 65 over directe en indirecte verenigingsdwang. Uit grief 2 hiervoor bleek al dat hetzelfde Le Compte arrest in rechtsoverweging 64 vereist dat naast het criterium openbaar lichaam, alle andere 5 criteria relevant zijn. In rechtsoverweging 65 vereist EHRM dat alle 5 voornoemde criteria van toepassing moeten zijn wil een lichaam buiten de reikwijdte van art. 11 EVRM blijven en geeft daarnaast de aanzet voor het leerstuk indirecte verenigingsdwang. De Staat keert deze wezenlijke argumentatievolgorde hier om. Terwijl nota bene de Staat zelf toegeeft dat 3 criteria⁷ bij de NBA niet van toepassing zijn. Hiervoor is afdoende aangetoond dat dit bij de andere 2 criteria⁸ ook niet het geval is. Hoe kan de Staat dan blijven betogen dat art. 11 EVRM zich beperkt tot privaatrechtelijke verenigingen?
30. ~~Aldus kan de opmerking in randnummer 4.47 dat uit het arrest Le Compte volgt dat "verenigingsvrijheid wel degelijk beperkt is tot privaatrechtelijke verenigingen" nog afgedaan worden als een woordenspel. In randnummer 4.51 MvA maakt de Staat het nog bonter want stelt nota bene dat aan de vereisten in het tweede lid van artikel 11 EVRM voldaan is want "het lidmaatschap van de NBA is bij wet voorzien en noodzakelijk in een democratische samenleving om het vertrouwen dat in de publieke functie van accountant moet kunnen worden gesteld te kunnen waarborgen."~~ Ik heb de zeer beperkt toegelaten uitzonderingen in lid 2 op het verbod op verenigingsdwang in lid 1 meermaals zorgvuldig nagelezen. Toch kan ik daar de uitzondering dat verenigingsdwang is toegelaten als het gaat over waarborgen voor het vertrouwen in de publieke functie van accountants niet vinden.
31. ~~Art. 20.2 UVRM stelt dat "Niemand mag worden gedwongen tot een vereniging te behoren". Dat is toch niet voor niets geschreven en ondertekend door vrijwel alle landen in deze wereld. EHRM zelf maakt bovendien in de inleidende verdragstekst en over haar historie duidelijk dat EVRM een logische voortzetting is van UVRM⁹. Het kan dus toch ook niet zo zijn dat lid 2 van art.~~

7 (a) vooral een registrerende functie; (c) de rechters in haar meeste instituties benoemd door de Staat; (d) het doel bescherming van de publieke gezondheid;

8 (b), geïntegreerd in de structuren van de Staat + (e), buitengewone civiele bevoegdheden

9 Inleidende verdragstekst: Vastbesloten om, als Regeringen van gelijkgestemde Europese staten, die een gemeenschappelijk erfdeel bezitten van politieke tradities, idealen, vrijheid en heerschappij van het recht, de eerste stappen te doen voor de collectieve handhaving van sommige der in de Universele Verklaring vermelde rechten.

11 EVRM overheden nu een vrijbrief zou geven om naar believen beroepsorganisaties in het leven te roepen buiten het bereik van art. 11 EVRM lid 1.

32. ~~De Staat hanteert bovendien polyinterpretabele classificaties om verenigingen buiten het bereik van art. 11 te brengen. Dat levert strijd op met rechtsoverweging 100 uit Chassagnou: "If Contracting States were able, at their discretion, by classifying an association as "public" or "para-administrative", to remove it from the scope of Article 11, that would give them such latitude that it might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention, which is to protect rights that are not theoretical or illusory but practical and effective"~~
33. De in de akte van 31 januari 2017 (producties 2 a t/m b en 7b AHP) geciteerde literatuur maken toch ook duidelijk dat dit standpunt onhoudbaar is. Kortom, het betoog van de Staat dat het recht op verenigingsvrijheid beperkt is tot privaatrechtelijke verenigingen, kan op geen enkele wijze standhouden. De conclusies onder de randnummers 4.45 tot 5.52 MvA inzake de grieven 4 en 5 zijn derhalve onjuist, moeten worden verworpen.

Slotconclusie Grieven 1-6 inzake art. 11 EVRM + art. 12 Handvest

34. ~~Het is begrijpelijk dat de Staat de criteria die de Strafkamer HR overnam van haar AG "een bij wet ingestelde beroepsorganisatie, ingebed in publiekrechtelijke structuren, administratieve, regelgevende en toezichthoudende bevoegdheden heeft" graag veel en vaak citeert (1.7, 3.8, 4.23, 4.25) MvA. Dat neemt niet weg dat:~~

- het criterium "een bij wet ingestelde beroepsorganisatie" door de jurisprudentie van weinig belang wordt geacht,
- het criterium "ingebed in publiekrechtelijke structuren", niet overeenkomt met Le Compte's criterium (c): rechters in haar meeste instituties benoemd door de Staat,
- het criterium "administratieve, regelgevende en toezichthoudende bevoegdheden" niet opgaat nu blijkt dat die bevoegdheden op geen enkele wijze verschillen van privaatrechtelijke verenigingen zoals OvRAN en de NBA aldus zeker niet beschikt over de buitengewone civiele bevoegdheden die de jurisprudentie vereist,
- de Staat zelf al bevestigt dat de NBA niet aan de andere 3 criteria voldoet die Le Compte vereist: (a) registrerende functie; (b) geïntegreerd in de structuren van de Staat; (d) bescherming van de publieke gezondheid,
- het hindercriterium via indirecte dwang aldus ten onrechte buiten beschouwing blijft,
- dat ook het noodzakelijkheids criterium aldus ten onrechte buiten beschouwing blijft hetgeen strijdig is met art. 20.2 UVRM en de geest en tekst van art. 11 lid 2 EVRM,
- rechtsoverweging 100 uit Chassagnou het verbiedt om via juridische classificaties, verenigingen buiten het bereik van art. 11 EVRM te brengen,
- het Handvest Grondrechten in art. 12 dezelfde inhoud en reikwijdte heeft als art. 11 EVRM maar ingevolge art. 52 lid 3 een ruimere bescherming biedt.

35. Dientengevolge moet de slotconclusie zijn dat de criteria die de Strafkamer HR overnam van haar AG en ook de Rechtbank toepaste strijdig zijn met de wet. Derhalve blijven de grieven 1-6 volledig gehandhaafd.

Grief 7: Schending art. 9 EVRM, vrijheid van gedachte en geweten + art. 10 Handvest naast art. 10 EVRM, vrijheid van meningsuiting + Art. 11 Handvest

36. Onder randnummer 4.54 stelt de Staat dat OvRAN dit standpunt baseert op de mijlpaal beslissing Young, James en Webster. In die casus oordeelde EHRM dat art. 11 EVRM moet worden gezien in het licht van de artikelen 9 en 10 EVRM. Weliswaar betrof deze casus een privaatrechtelijke vereniging maar EHRM abstraheerde van dit detail met de verklaring: *"Accordingly, it strikes at the very substance of this Article to exert pressure, of the kind applied to the applicants, in order to compel someone to join an association contrary to his convictions."*
37. Zoals te doen gebruikelijk doet de Staat die algemeen geldende EHRM verklaring allereerst af in randnummer 4.55 met de doosdoener: *"Nu de NBA niet kan worden aangemerkt als een privaatrechtelijke vereniging en om die reden artikel 11 EVRM niet van toepassing is, kan de vraag of er sprake is van een schending van artikel 9 en 10 EVRM ook achterwege blijven."* Nu alle EHRM jurisprudentie unaniem bevestigt dat *"het begrip "vereniging" in artikel 11 EVRM een autonome betekenis toekomt, waarbij de aanduiding in het nationale recht van beperkte waarde is en slechts een vertrekpunt voor de beoordeling vormt."*, kan dit argument van de Staat als niet concludent worden afgedaan. *vro*
38. Vervolgens merkt de Staat op in randnummer 4.56 dat *"OvRAN heeft niet gesteld dat haar vrijheid van meningsuiting en vrijheid van gedachte door de Staat beperkt wordt anders dan door het verplichte lidmaatschap van de NBA."* Vervolgens concludeert de Staat: *"Alleen al om die reden kan de grief niet slagen."* Het is juist dat het lidmaatschap van de NBA beperkt is tot natuurlijke personen waardoor OvRAN nimmer NBA-lid kan worden. Zodoende heeft OvRAN ook nooit kunnen stellen dat haar eigen vrijheid van meningsuiting en vrijheid van gedachte door de Staat beperkt wordt. Maar de Staat is kennelijk vergeten dat, zoals uit de dagvaarding blijkt, het gaat om een collectieve actie mede namens de leden van OvRAN. Aldus kan ook dit argument van de Staat als niet concludent worden afgedaan.
39. Uit een subsidiaire opmerking in randnummer 4.57 speelt de Staat opnieuw met woorden door *"begrijpelijkheid, serieuze, samenhang en importantie"* ten onrechte te associëren met levensovertuiging en commerciële belangen. Het is juist dat art. 9 EVRM naast vrijheid van gedachte en geweten ook godsdienst noemt en godsdienst vaak wordt geassocieerd met levensovertuiging. Maar bij OvRAN of haar leden is helemaal geen sprake van een levensovertuiging als godsdienst. OvRAN verstaat onder levensovertuiging dat het niet aangaat iemand te dwingen lid van een vereniging te blijven die strijd oplevert met art. 9 EHRM en art. 10 EVRM zoals grief 7 MvG stelt. De verwijzing naar de casus Church of Scientology en commerciële belangen is onbegrijpelijk. Deze casus gaat over het feit dat een Big Four kartel onder het mom van openbaar belang ook eigen commerciële belangen dient met de NBA als facilitator. De Church of Scientology casus uit 1980 ging over een klacht dat belediging van een kerkgenootschap strafbaar zou zijn want strijdig met art. 6 en 9 EVRM.
40. In randnummer 4.58 merkt de Staat op dat *"uit deze procedure juist blijkt dat de leden van de NBA via OvRAN en de Wakkere Accountant hun meningen kunnen uiten en dit ook doen"*. Vervolgens concludeert de Staat dat om die reden het verplichte lidmaatschap van de NBA niet in strijd is met artikel 10 EVRM. In dit verband zij verwezen naar randnummer 42 MvG met een citaat uit het arrest *Vörður Ólafsson v. Iceland* (Application no. 20161/06, 27-4-2010). Daar botste de overtuiging van Ólafsson helemaal niet met de vereniging waarvan hij gedwongen lid moest worden. Maar in navolging van Chassagnou, Young and Webster, verbood EHRM ook hier verenigingsdwang met als argument: *Furthermore, regard must also be had in this context to the fact that the protection of personal opinions guaranteed by Articles 9 and 10 of the Convention is one of the purposes of the guarantee of freedom of association, and that such protection can only be effectively secured through the guarantee of both a positive and a negative right to freedom of association"* Aldus kan ook dit argument van de Staat als niet concludent worden afgedaan.

maar O
beweist
niet dat
leden
geen
vereniging
in de zin
van 11
der oob
geen
schending
g 10

41. Nu alle argumenten van de Staat onder de randnummers 4.53 tot 4.59 MvA inzake grief 7 geen doel treffen blijft deze grief volledig gehandhaafd.

Grief 8: Eigendomsrecht in art. 1 EP + art. 17 Handvest

42. Onder randnummer 5.3 MvA betoogt de Staat dat “het voeren van de titel AA of RA en het gebruik van de benaming accountant pas ontstaat bij de inschrijving in het accountantsregister en is dat niet een eigendomsrecht dat de betreffende accountant voorafgaand aan de inschrijving al had”. Dat is juist. Maar de Staat vergeet te vermelden dat deze titels verloren gaan bij uitschrijving uit het register nadat dit NBA-lid gedurende vele jaren met gebruikmaking van die titel een cliëntèle heeft opgebouwd en deze cliëntèlbasis (mede tot stand gekomen en gehouden door de accountantstitel) moet worden aangemerkt als een vorm van vermogen (een 'asset') en dus een vorm van eigendom (vermogensrecht). Aldus luidt het arrest van Marle.
43. ~~Op zich is ook juist de opmerking in randnummer 5.4 MvA dat EHRM in het arrest van Marle~~ geenszins heeft geoordeeld dat het voeren van de titel AA of RA een eigendom is waar men recht op heeft voorafgaande aan de inschrijving in het accountantsregister. Die opmerking is echter irrelevant want bij van Marle ging het alleen om accountants die de titel accountant niet mochten voeren omdat ze niet voldeden aan nieuwe criteria van de wetgever. Van belang is alleen dat EHRM in dit arrest uitdrukkelijk bevestigde dat wanneer accountants gedurende vele jaren een cliëntèle opbouwen, deze cliëntèlbasis moet worden aangemerkt als een vorm van vermogen (een 'asset') en dus eigendom.
44. En het staat vast dat dit eigendomsrecht van accountants die wel voldoen aan alle criteria van de WAB, ernstig wordt aangetast door titelverlies bij uitschrijving uit het register zonder dat sprake is van enig overgangsrecht zoals EHRM bij van Marle verlangde. Vervolgens tracht de Staat in de randnummers 5.5 tot 5.8 MvA via diverse criteria aan te tonen dat dit verlies gerechtvaardigd is. Bijv. omdat er sprake is van een algemeen belang, omdat niet zou zijn bewezen dat grote accountantskantoren zich aan al die regelgeving kunnen onttrekken, omdat dit titelverlies voorzienbaar was etc.. De wet regelt inderdaad dit titelverlies voorzienbaar maar de Staat verzuimt te verklaren welk openbaar belang precies wordt gediend nu uitgerekend alleen bij accountants beroepstitels samenvallen met academische titels. Althans voor hen die alleen afstudeerden als RA/AA voordat de bamastructuur van kracht werd. Dat is bij geen andere beroepsgroep het geval. En er is ook geen enkele beroepsgroep in Nederland waar 58,7% helemaal niet werkt in dat beroep, althans niet als openbaar accountant!
45. Ook verzuimt de Staat te verklaren hoe voorspelbaar het is dat door gewijzigde wet- en regelgeving accountants gedwongen kunnen worden hun lidmaatschap op te zeggen. Hoe voorspelbaar waren de nieuwe definities van “assurance” + “aan assurance verwant” waardoor de grote kantoren feitelijk immense concurrentievoordelen verkregen. Hoe voorspelbaar was het dat vrijwel alle leden van de Accountantskamer innige banden onderhouden met diezelfde grote kantoren waardoor zelfs de schijn van onafhankelijkheid niet meer wordt opgehouden. Hoe voorspelbaar was het dat het NBA-bestuur gebonden is aan art. 12.6 WAB: “Het bestuur bevordert dat het bestuur een evenwichtige afspiegeling van de accountantsberoepsgroep vormt, waarin de verschillende categorieën accountants naar de aard van hun werkzaamheden in het bestuur zijn vertegenwoordigd” terwijl feitelijk uit randnummer 16 dagvaarding onweersproken blijkt dat de Verordening op het Bestuur bevordert dat de grote kantoren automatisch een stemoverwicht in het NBA-bestuur behouden. Hoe voorspelbaar was het dat het NBA-bestuur daardoor de afgelopen paar jaren liefst 189 tuchtzaken tegen MKB kantoren indiende bij de Accountantskamer wegens onvoldoende kwaliteit en niet 1 tegen grote kantoren waar de AFM al jarenlang constateert dat de kwaliteit niet deugt. Hoe voorspelbaar was het dat etc. etc. Op die manier is de rechtszekerheid voor veel leden van de NBA onaanvaardbaar aangetast.

46. Hiermee zijn de argumenten van de Staat onder randnummers 5.1 tot 5.15 inzake grief 8 afdoende weersproken en blijft deze grief doel treffen.

Grief 9: Discriminatie art. 14 EVRM + art. 1 Protocol nr. 12 EVRM + art. 21 Handvest + art. 18 VWEU

47. Onder randnummer 6.2 merkt de Staat op dat OvRAN de vermeende strijdigheid met artikel 14 EVRM niet ten grondslag heeft gelegd aan haar vordering en het Gerechtshof de beoordeling van deze grief dan ook achterwege dient te laten. Deze instructie aan uw Hof is onbegrijpelijk want randnummer 63 dagvaarding deed uitdrukkelijk een beroep op art. 14 EVRM en begreep dit beroep uitdrukkelijk in het petitum onder "*i. de WAB-bepalingen, voor zover die het lidmaatschap van de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants dwingend voorschrijven onverbindend zijn*". Voor zover nog nodig is dit artikel 14 EVRM uitdrukkelijk opgenomen bij gewijzigde grondslagen van de eis.
48. In de overige randnummers 6.3 en 6.4 beperkt de Staat zich tot herhaling van het oordeel van de Rechtbank dan wel verwijzing naar de randnummers 6.12 - 6.13 van de CvA in eerste aanleg. Commentaar op de argumenten in grief 9 MvG blijft achterwege. Dat is onterecht want randnummers 54 en 55 MvG tonen in detail aan dat de WAB "*bet staat van discriminatie op land en nationaliteit*". Het oordeel van de Rechtbank dat geen sprake is van gelijke gevallen, wordt in randnummer 56 MvG afdoend weerlegd met het verwijt dat het discriminatieverbod juist verlangt om die verschillen in nationaliteit en vestigingsland buiten beschouwing te laten. Randnummer 57 MvG toont aan dat de 'margin of appreciation' bij art. 14 wordt beperkt door juist bij deze soort discriminatie 'very weighty reasons' te verlangen. Die 'very weighty reasons' ontbreken want het enige doel van deze discriminatie is immers om buitenlandse accountants die zich niet bezighouden met wettelijke controle te verplichten NBA-lid te worden terwijl ze vrijwel altijd ook lid van een erkende buitenlandse accountantsvereniging zullen zijn.
49. Nu de Staat ieder commentaar weigert op de gefundeerde argumenten in grief 9 MvG, dient grief 9 doel te treffen.

Grief 10 + 11: art. 6 Mededingingswet (MW) + art. 101 VWEU

50. De Staat brengt hier twee verweren in de MvA naar voren. **A.** In randnummers 7.2 en 7.3 stelt de Staat net als de Rechtbank in rechtsoverweging 4.26 dat OvRAN de verkeerde partij dagvaardt. Volgens de Staat is het immers niet de Staat die de regels van de NBA vaststelt, dat is de NBA zelf. En de Mededingingswet is niet van toepassing op overheidshandelen zelf. **B.** In randnummers 7.4 tot 7.7 stelt de Staat net als de Rechtbank dat de stelling dat de NBA de mededinging verstoort door OvRAN onvoldoende is onderbouwd.
51. **A. verkeerde partij dagvaarden:** Het kan de Staat en de Rechtbank nauwelijks zijn ontgaan na lezing van Grief 10 MvG dat deze procedure gebaseerd is op onrechtmatige overheidsdaad. En ingevolge BW 6:162 en daarop gebaseerde civiele jurisprudentie (varkensmester-arresten bijv.) over onrechtmatige overheidsdaad staat vast dat "*hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, die hem kan worden toegerekend, verplicht is de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.*" De Staat is dus helemaal niet gedagvaard op grond van art. 6 MW. De Staat is gedagvaard op grond van het feit dat de Staat een brancheorganisatie NBA in het leven heeft geroepen én in stand houdt die onrechtmatig handelt. Om die reden kan de conclusie van de Staat in de randnummers 7.2 en 7.3 niet standhouden. Alleen de Staat kan worden aangesproken op onrechtmatige overheidsdaad. Waarom de Rechtbank in rechtsoverweging

- 4.26. concludeerde dat de Staat zou zijn aangesproken op concurrentievervalsing is volstrekt onbegrijpelijk.
52. De enige vragen die in dit kader van onrechtmatige overheidsdaad aan de orde zijn is toerekenbaarheid en schade. Het gestelde in de randnummers 60 tot 63 MvG en het hiervoor onder inleiding gestelde sluiten iedere twijfel over toerekenbaarheid en schade uit. De MvA versterkt zelfs die toerekenbaarheid door iedere keer dat OvRAN stelt dat zelfstandige afdelingen van grote accountantskantoren zonder formeel accountants in dienst zich de facto hebben weten vrij te stellen van alle accountantsregelgeving behoudens de wettelijke controle, de termen “*zelfstandige afdelingen van grote accountantskantoren zonder formeel accountants in dienst*” ongevraagd en stelselmatig vervangt door “*accountants bij grote kantoren*”.
53. Daarnaast stelt randnummer 22 van de EU Richtsnoeren voor de toepasselijkheid van art. 101 VWEU uitdrukkelijk dat: “het feit dat overheidsinstanties een horizontale samenwerkingsovereenkomst aannemen, betekent niet dat deze volgens artikel 101 is toegestaan”. En productie 6 bij MvG toont aan dat de Staat welbewust een bijlage bij de Verordening op het Bestuur goedkeurde, volledig in strijd met art. 12 lid 6 WAB dat een evenwichtige bestuurssamenstelling vereist. En uit pagina 19/20 van de MvT blijkt dat de Staat dit fusievoorstel tijdens de parlementaire behandeling van de WAB fervent verdedigde gebaseerd op “hun getalsmatig gewicht” en “inzet” zoals blijkt uit het beperkte citaat in voetnoot¹⁰. Maar “hun getalsmatig gewicht” ligt hooguit op 1.108 NBA-leden (5,2%) en hun “inzet” is begrijpelijk gezien de gerealiseerde concurrentievoordelen. Op die wijze heeft de Staat zeker gesteld dat de Big Four de feitelijk macht bij de NBA in handen hebben en houden. Het HvJ arrest van 11.11.2009 inzake Comp/38589 – Heat Stabilisers maakt duidelijk dat ook facilitators van concurrentievervalsing medeplichtig zijn. Onder het mom van betere accountancyregelgeving heeft de Staat aldus een horizontale samenwerkingsovereenkomst aangemoedigd die neerkomt op een Big Four kartel met de NBA als facilitator. Niet het gebruikelijke prijs- of marktverdelingskartel, maar een door de Staat aangemoedigd reglementeringskartel.
54. Navrant is daarom de opmerking van de Staat geciteerd in de dagvaarding in voetnoot 18 dat: *“De beroepsgroep zou zichzelf geen strenge normen meer kunnen opleggen, omdat groepen accountants de mogelijkheid hebben zich hieraan met een eigen ledengroep te onttrekken.”* Juist die grootste accountantskantoren hebben zich de mogelijkheid verschaft alle strenge accountantsnormen buiten wettelijke controle te ontwijken. Die mogelijkheden worden door hen benut en daarmee hebben zij zich immense concurrentievoordelen verschaft. Het middel is zogenaamd zelfstandige afdelingen waar formeel geen NBA-leden in dienst zijn. Een van de eerder geciteerde “wicked problems” of ‘hete aardappelen’ is immers dat de accountants bij de grootste kantoren via de verplichte accountantscontrole waar het grote geld niet verdiend kan worden een monopoliepositie verkregen om bij de grootste bedrijven cross selling te plegen voor hun meer rendabele producten.
55. **B: Bewijslast:** Het is juist dat in het kader van onrechtmatig overheidsoptreden de HR de stelplicht en de bewijslast ingevolge artikel 150 Rv normaliter bij de eiser legt. Hier is echter sprake van een bijzonder geval door het samenvallen van de bewijslast bij onrechtmatige overheidsdaad en de bewijslast bij concurrentievervalsing. Grief 11 en de producties 10 a t/m c in de AHP verwijzen naar de Mededingingswet, het arrest OTOC en art. 2 van de EU Verordening 1/2003. Uit ieder van die producties blijkt dat de “*bewijslast voor concurrentie-*

10 MvT WAB pag. 20 Democratie, bevoegdheden ledenvergadering en beroepsreglementering OvRAN is van mening dat de democratische waarborgen die in het wetsvoorstel zijn opgenomen onvoldoende zijn om het door hem vermeende coöptatiesysteem van de grote kantoren in de beroepsorganisatie te doorbreken. Het voorliggend wetsvoorstel is niet bedoeld om de positie van de grote(re) kantoren te marginaliseren. De invloed van de grote accountantskantoren in de beroepsorganisatie vloeit voor een groot deel voort uit hun **getalsmatig gewicht** en door hun **inzet** binnen de beroepsorganisatie.

vervalsing verschuift naar de ondernemingsvereniging bij alle besluiten die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Bewijs van misbruik van machtspositie is onnodig. Het enkele gevolg dat mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst is voldoende." Naar mijn mening is aan de stelplicht en de bewijslast van OvRAN ingevolge de eerste volzin van art. 2 van de EU Verordening 1/2003 ruimschoots voldaan met het gestelde in de randnummers 64 tot 72 MvG en het eerder gestelde in de inleiding van mijn betoog. De feiten spreken immers voor zichzelf en ook dat is aanleiding tot omkering van de bewijslast!

56. Het is daarom onbegrijpelijk dat de Rechtbank aan deze omgekeerde bewijslast verdeling zelfs niet toekwam door in rechtsoverweging 4.27 te stellen dat OvRAN "die stelling naar het oordeel van de rechtbank overigens onvoldoende heeft onderbouwd". De Staat stelt in randnummer 7.8 MvA dat: "Volgens vaste rechtspraak rust in nationale en communautaire procedures de bewijslast van de stelling dat een inbreuk op het mededingingsrecht is gepleegd op degene die deze stelling naar voren brengt." Die stelling is op zich juist want volgt uit de eerste volzin van art. 2 EU Verordening 1/2003 waardoor aan de disculpatiemogelijkheid in de tweede volzin niet wordt toegekomen. Maar het is de Staat kennelijk ontgaan dat er EU Richtsnoeren bestaan inzake de toepasselijkheid van art. 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten. En randnummer 24 van die EU Richtsnoeren maakt zonneklaar dat: "Van mededingingsbeperkende strekking is sprake bij beperkingen welke naar hun aard de mededinging kunnen beperken in de zin van artikel 101, lid 1. Het is niet nodig de daadwerkelijke of potentiële mededingingsbeperkende gevolgen van een overeenkomst op de markt te onderzoeken, zodra eenmaal is gebleken dat deze een mededingingsbeperkende strekking heeft". Let op het woord "kunnen". Dat woord "kunnen" maakt duidelijk dat aanvullende bewijslast ingevolge de eerste volzin van art. 2 in dit geval niet nodig is en dat de bewijslast omkeert. Terecht heeft daarom het HvJ bij het arrest Otoc geconcludeerd dat een door een beroepsorde vastgesteld reglement een bij art. 101 VWEU verboden mededingingsbeperking vormt, voor zover dit reglement de mededinging op een aanzienlijk deel van de relevante markt uitschakelt dan wel discriminatoire voorwaarden oplegt ten nadele van concurrenten. *
57. Randnummer 24 Richtsnoeren op horizontale samenwerkingsovereenkomsten en Otoc spreken klare taal. Het stellen van vragen aan het HvJ in de huidige casus van 'acte claire' lijkt daarom overbodig. Overigens geeft de Staat zelf boekdelen bewijslast dat de NBA regelgeving een bij artikel 101 VWEU verboden mededingingsbeperking vormt. Doelbewust vervangt de Staat in de MvA de herhaalde stelling van OvRAN dat grote kantoren de concurrentie vervalsen via "zelfstandige afdelingen van grote accountantskantoren zonder formeel accountants in dienst" ongevraagd en stelselmatig door "accountants bij grote kantoren". Deze vorm van weerlegging bewijst expliciet concurrentievervalsing. 3770
58. Blijft over de vraag of in dit geval van onrechtmatig overheidsoptreden de Staat nog een zekere beleids- en beoordelingsvrijheid toekomt nu mededingingsregels dit uitsluiten en de Staat zelfs geen beroep heeft gedaan op de beperkte rechtvaardigingsgronden voor inbreuk genoemd in art. 101 lid 3 VWEU. Nu iedere rechtvaardigingsgrond ontbreekt en de Staat welbewust immense concurrentievoordelen heeft verschaft aan de grootste accountantskantoren in Nederland, ontvalt naar mijn mening iedere beleids- en beoordelingsvrijheid bij dit onrechtmatig handelen.
59. Overigens, ook wanneer de bewijslast voor concurrentievervalsing bij OvRAN zou liggen, quod non, levert productie 6 afdoend bewijs voor concurrentievervalsing. Productie 6 bevat liefst 7 tuchtklachten tegen de 3 BigFour vertegenwoordigers in het NBA-bestuur.
60. Het is om die reden dat de grieven 10 en 11 in volle omvang in stand kunnen blijven.

Grief 12: Prejudiciële vragen Hof van Justitie EU + art. 267 VWEU

61. Onder dit hoofd stelt de Staat in randnummers 9.4 en 9.5 dat prejudiciële vragen achterwege kunnen blijven omdat geen noodzaak bestaat, alsook omdat OvRAN geen rechtsvragen formuleerde maar enkel feitelijke- c.q. beoordelingsvragen opwerpt waarvoor een prejudiciële verwijzing zich niet leent. Bovendien zou aldus de Staat een juiste en consistente uitlegging van het Unierecht niet in gevaar zijn.
62. In de randnummers 73 tot 80 bij Grief 12 verwijst de MvG met diverse voorbeelden naar Unierechtelijke regels. Naast al die voorbeelden van typisch Unierecht zijn de door de Staat zo graag geciteerde criteria¹¹ die de Strafkamer HR overnam van haar AG om een van art. 11 EVRM c.q. art. 12 Handvest vrijgestelde ondernemingsvereniging te definiëren ook een typisch geval van interpretatie van Unierecht. Hoe kan het bestaan dat dergelijke ondernemingsverenigingen geen concurrentievervalsing mogen plegen maar wel grondrechten schenden? Laat art. 101 VWEU ondernemingsverenigingen toe waarbinnen zich een reglementeringskartel voor Big Four kantoren kan vormen? De in de randnummers 73 tot 80 MvG geciteerde Unierechtelijke regels en deze vragen tonen aan dat de opmerking van de Staat dat een juiste en consistente uitlegging van het Unierecht niet in gevaar zou zijn, een onbegrijpelijke gotspe is.
63. Om die reden blijft ook grief 12 in volle omvang gehandhaafd.

Tot Persistit

¹¹ "een bij wet ingestelde beroepsorganisatie, ingebed in publiekrechtelijke structuren, administratieve, regelgevende en toezichthoudende bevoegdheden heeft"