

Gerechtshof Den Haag

Zitting van 8 augustus 2017

Zaaknummer 200.213.103/01

Memorie van antwoord

inzake

De Staat der Nederlanden

gevestigd te Den Haag

geïntimeerde

Gemachtigde: mr. M.L. Batting, advocaat te Den Haag

tegen

**De vereniging Orde van Registeradviseurs
Nederland**

Woonplaats kiezende te Breda

appellante

Gemachtigde: mr. L.G.M. Delahaije, advocaat te Breda

1 Inleiding en kern van de zaak

- 1.1 De vereniging Orde van Registeradviseurs Nederland (OvRAN) heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van rechtbank Den Haag van 22 februari 2017 met zaaknummer C/09/508858/HA ZA 16 418 gewezen tussen de Staat en OvRAN. In deze uitspraak heeft de rechtbank alle vorderingen van OvRAN, waaronder de vordering om een verklaring voor recht dat de Wet op het accountantsberoep (Wab) onverbindend is voor zover deze het lidmaatschap van de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) dwingend voorschrijft, afgewezen. Volgens OvRAN zou dit verplichte lidmaatschap in strijd zijn met artikel 11 van het Europees Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), artikel 14 EVRM, artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM (EP) en artikel 6 van de Mededingingswet (Mw).
- 1.2 In deze procedure vordert OvRAN dat het Gerechtshof de uitspraak van de rechtbank vernietigt. Zij handhaaft haar vordering om een verklaring voor recht dat de bepalingen in de Wab die het lidmaatschap van de NBA dwingend voorschrijven onverbindend zijn wegens strijd met Europese wetgeving, in het bijzonder de artikelen 9 tot en met 11 van het EVRM, artikel 1 EP en artikel 6 Mw, en dat de Staat onrechtmatig jegens OvRAN handelt door de betreffende bepalingen in de Wab te handhaven. OvRAN vordert voorts dat de rechter de Staat beveelt binnen één maand na de datum van het vonnis een voorstel te doen voor een wetwijziging op grond waarvan het verplichte lidmaatschap van de NBA komt te vervallen. OvRAN doet zelf een voorstel voor een wettekst. Tot slot vordert OvRAN op basis van artikel 6:167 BW een rectificatie en de veroordeling in de proceskosten.
- 1.3 In eerste aanleg heeft de rechtbank de vorderingen van OvRAN afgewezen. Kort gezegd heeft de rechtbank geoordeeld dat artikel 11 EVRM ten aanzien van de NBA toepassing mist omdat de NBA niet kan worden aangemerkt als een (privaatrechtelijke) vereniging als bedoeld in dat artikel. Ook heeft de rechtbank geoordeeld dat er geen sprake is van een schending van de artikel 1 EP, artikel 14 EVRM en artikel 6 Mw door de Staat.
- 1.4 In dit hoger beroep komt OvRAN op tegen de uitspraak van de rechtbank. De meerderheid van de gronden richt OvRAN tegen het oordeel van de rechtbank dat artikel 11 EVRM niet op de NBA van toepassing is. OvRAN meent dat de rechtbank bij de beoordeling van de toepasselijkheid van artikel 11 EVRM, door enkel te verwijzen naar het arrest van de strafkamer van de Hoge Raad van 20 december 2016,¹ niet de juiste criteria in acht zou hebben genomen. In dat arrest zou de Hoge Raad niet

¹ Hoge Raad, 20 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:2910.

getoetst hebben aan de zogenaamde integratiecriteria, zoals geformuleerd door het Hof in het arrest *Le Compte*,² namelijk dat de organisatie:

- het algemeen belang moet dienen;
- geïntegreerd is in de structuren van de Staat en
- bijzondere bevoegdheden heeft die niet voortvloeien uit het algemene (civiele) recht.

- 1.5 Volgens OvRAN zou de rechtbank een uitspraak hebben gedaan die in strijd is met de geest en strekking van artikel 11 EVRM. De uitspraak van de rechtbank zou de Staat alle vrijheid geven "om naar believen beroepsorganisaties in het leven te roepen die ingebed zijn in publiekrechtelijke structuren, administratieve, regelgevende en toezichthoudende bevoegdheden hebben en doelstellingen nastreven van algemeen belang."³ Ook zou de uitspraak van de Rechtbank de Staat alle vrijheid geven "om iedere vereniging via willekeurige definitie kwesties op basis van onbekende en niet nader genoemde of uitgewerkte criteria buiten het bereik van art. 11 EVRM te brengen."⁴
- 1.6 OvRAN miskent met haar stellingen dat (i) de rechtbank getoetst heeft aan de integratiecriteria zoals ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof en (ii) dat deze integratiecriteria juist zijn ontwikkeld om te voorkomen dat de Staat vanwege oneigenlijke motieven verenigingen buiten het bereik van artikel 11 EVRM kan brengen door simpelweg verenigingen krachtens het publiekrecht in te stellen. Immers, eerst zal moeten worden beoordeeld of aan de integratiecriteria wordt voldaan om tot de conclusie te kunnen komen dat de organisatie buiten het bereik van artikel 11 EVRM valt.
- 1.7 Anders dan OvRAN stelt heeft de rechtbank wel degelijk aan de integratiecriteria getoetst. Dit blijkt uit de verwijzing van de rechtbank naar rechtsoverweging 2.4.2. van het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2016. Hierin heeft de Hoge Raad geconcludeerd dat de NBA "een bij wet ingestelde beroepsorganisatie is, die is ingebed in publiekrechtelijke structuren, die administratieve, regelgevende en toezichthoudende bevoegdheden heeft". In de overweging van de Hoge Raad komen de integratiecriteria dus wel degelijk aan bod. Het is dan ook onjuist dat aan het oordeel van de rechtbank "onbekende en niet nader genoemde of uitgewerkte criteria" ten grondslag liggen.
- 1.8 De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat aan de integratiecriteria is voldaan. Het verplichte lidmaatschap van de NBA dient het algemeen belang. Het verplichte lidmaatschap van de NBA in de Wab is in het leven geroepen om te waarborgen dat

² EHRM, 23 juni 1981, nr. 6878/75 en nr. 7238/75, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere / België*.

³ Randnummers 4, 13 en 29 in de memorie van grieven.

⁴ Randnummer 29 in de memorie van grieven.

accountants bij al hun werkzaamheden beschikken over de kwaliteiten die voor de goede vervulling van de bijzondere taak vereist zijn.⁵ Via het lidmaatschap van de NBA zijn accountants onderworpen aan de verordeningen die de ledenvergadering van de NBA vaststelt. In die verordeningen worden gedrags- en beroepsregels gesteld, waaronder de fundamentele beginselen van professionaliteit, integriteit, objectiviteit, vakbekwaamheid en zorgvuldigheid en betrouwbaarheid.⁶ Daarnaast worden vereisten gesteld aan het op peil houden van vaktechnische kennis via de vereisten van permanente educatie.⁷ Ook worden eisen gesteld aan de inrichting van het stelsel van kwaliteitsbeheersing van de accountantspraktijk.⁸ Via deze regelgeving is de NBA in staat haar (wettelijke) taak uit te oefenen en de kwaliteit van de beroepsgroep te bevorderen. Daarmee dient de NBA – via het verplichte lidmaatschap – het publieke belang dat vertrouwen moet kunnen worden gesteld in het voeren van de accountantstitel. Er moet in het maatschappelijk verkeer uit kunnen worden gegaan van het oordeel dat een accountant over de financiële gegevens van een entiteit geeft. Zonder voldoende vertrouwen in de verklaringen van accountants werkt de kapitaalmarkt niet optimaal.⁹ Daarvoor is een stelsel van kwaliteitswaarborging via het verplichte lidmaatschap van de NBA noodzakelijk.

- 1.9 Anders dan OvRAN suggereert omvat dit stelsel van kwaliteitswaarborging niet alleen de wettelijke controles die openbare accountants uitvoeren maar ook de overige accountantsopdrachten en andere werkzaamheden van accountants. De fundamentele beginselen, zoals neergelegd in de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGBA) 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 (artikel 1 VGBA). Het fundamentele beginsel van professionaliteit strekt zich zelfs uit over gedragingen van een accountant buiten het verrichten van een professionele dienst (artikel 3 VGBA). Dit laat zien dat de regelgeving van de NBA een breed toepassingsbereik heeft en voorziet in vereisten voor alle accountants die de accountantstitel dragen. Zowel de openbare accountant als de accountant in business is hieraan onderworpen. 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.
- 1.10 De regelgeving van de NBA is voorts afgestemd op de aard en strekking van de betreffende accountantsopdracht. Aan samenstelopdrachten (het samenstellen van financiële gegevens) waaraan geen zekerheid kan worden ontleend, worden veel

⁵ Kamerstukken II 2011/12, 33 025, nr. 3, p. 2-3 (MvT). Zie hieromtrent ook de MvT bij de Wta, Kamerstukken II 2003/04, 29 658, nr. 3, p. 1- 3.

⁶ Zie hieromtrent artikel 2 van de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (zie www.nba.nl HRA 2015).

⁷ Nadere voorschriften permanente educatie (zie www.nba.nl HRA 2015).

⁸ Nadere voorschriften accountantskantoren assurance en aan assurance verwant (zie www.nba.nl HRA 2015).

⁹ Zie de MvT bij de Wta, Kamerstukken II 2003/04, 29 658, nr. 3, p. 2.

minder strikte eisen gesteld dan aan een wettelijke controle waaraan een redelijke mate van zekerheid omtrent de getrouwheid van het financiële overzicht kan worden ontleend. Het beeld dat OvRAN beschrijft dat met name kleinere accountantspraktijken de dupe zouden zijn van onevenredig belastende regelgeving onderschrijft de Staat dan ook niet.

- 1.11 Ook voldoet de NBA aan de (overige) integratiecriteria. De NBA heeft administratieve en regulerende taken doordat zij krachtens de Wab publieke rechtsmacht uit kan oefenen jegens haar leden en is geïntegreerd in de structuur van de Staat. Dit zal in deze memorie verder worden toegelicht.
- 1.12 Omdat aan de integratiecriteria is voldaan, faalt het betoog van OvRAN dat de rechtbank heeft miskend dat artikel 11 EVRM ertoe strekt om organisaties zoals de NBA binnen het bereik van artikel 11 EVRM te brengen. Dit wordt in deze memorie van antwoord nader toegelicht. Daarin zal de Staat ook reageren op de grieven met betrekking tot de vermeende schending van artikel 14 EVRM, artikel 1 EP en artikel 6 Mw.
- 1.13 Dit verweerschrift is als volgt gestructureerd.
- In hoofdstuk 2 schetst de Staat het wettelijk kader;
 - In hoofdstuk 3 beschrijft de Staat de voorgeschiedenis en achtergronden van deze procedure;
 - In hoofdstuk 4 gaat de Staat in op de toepasselijkheid van art. 11 EVRM (grievens 1 tot en met 7);
 - In hoofdstuk 5 licht de Staat toe dat er geen sprake is van een schending van art. 1 EP (grief 8);
 - In hoofdstuk 6 licht de Staat toe dat er geen sprake is van een schending van artikel 14 EVRM (grief 9);
 - In hoofdstukken 7 tot en met 9 licht de Staat toe dat er geen sprake is van een schending van art. 6 Mw en er geen aanleiding bestaat voor prejudiciële vragen (grievens 10 tot en met 12);
 - In hoofdstuk 10 tot en met 12 concludeert de Staat dat de vorderingen niet kunnen slagen op basis van art. 6:162 BW niet kan slagen;
 - In hoofdstuk 13 doet de Staat een bewijsaanbod;
 - In hoofdstuk 14 concludeert de Staat tot afwijzing van de vorderingen.
- 1.14 Hetgeen door de Staat in de conclusie van antwoord in eerste aanleg is aangevoerd dient in deze memorie van antwoord als herhaald en ingelast te worden beschouwd.

2 Wettelijk kader

- 2.1 In artikel 2, eerste lid, van de Wab is bepaald dat er een Nederlandse beroepsorganisatie van accountants is. De beroepsorganisatie is een openbaar lichaam in de zin van artikel 134 Grondwet.
- 2.2 Op grond van artikel 2, derde lid, van de Wab zijn accountants lid van de beroepsorganisatie. Daarvan zijn uitgezonderd de accountants waarop artikel 39, tweede lid, van de Wab van toepassing is en de accountant een wens tot lidmaatschap niet schriftelijk aan het bestuur kenbaar heeft gemaakt.

Artikel 39, tweede lid, van de Wab betreft de accountant die beschikt over een verklaring van vakbekwaamheid als bedoeld in artikel 54, eerste lid, indien hij zonder zich in Nederland te vestigen onderzoeken als bedoeld in artikel 393, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek bij wijze van dienstverlening wil verrichten, mits hij bevoegd is tot het wettelijk voorgeschreven onderzoek van jaarrekeningen in een lidstaat van de Europese Unie, anders dan Nederland, of in een andere Staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (Trb. 1992, 132).

- 2.3 In artikel 36, eerste lid, van de Wab is bepaald dat er een accountantsregister is waarin accountants zijn ingeschreven. Ingevolge het tweede lid van artikel 36 van de Wab worden in het accountantsregister de volgende gegevens van de ingeschrevene opgenomen:

- a. de naam;
- b. de voornamen;
- c. de geboortedatum;
- d. het adres;
- e. het kantooradres dan wel het adres van de organisatie of instelling waar de accountant werkzaam is;
- f. de datum van inschrijving;
- g. de titel, bedoeld in artikel 41;
- h. de ledengroep waartoe de ingeschrevene behoort;
- i. indien de opleiding van de ingeschrevene voldoet aan de eindtermen voor het uitvoeren van wettelijke controles: een aantekening daarvan;
- j. indien een tuchtmaatregel is opgelegd: de opgelegde maatregel en het tijdstip waarop deze is ingegaan en, voor zover van toepassing, het tijdstip waarop deze eindigt;
- k. de datum van een doorhaling van een ingeschrevene."

- 2.4 Op grond van artikel 38, eerste lid, van de Wab dient degene die in het accountantsregister wenst te worden ingeschreven daartoe een aanvraag in te dienen bij het bestuur van de NBA. Daarbij dienen op grond van het tweede lid de volgende gegevens te worden verstrekt:

"a. één of meerdere getuigschriften waaruit blijkt dat hij 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; en

b. een verklaring omtrent het gedrag op grond van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens."

2.5 In artikel 39 van de Wab is bepaald op welke gronden de inschrijving kan worden geweigerd:

"1. De inschrijving wordt geweigerd indien:

a. de aanvrager niet voldoet aan de voorwaarden, gesteld bij of krachtens artikel 38;

b. de aanvrager ingevolge een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak in staat van faillissement verkeert of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is;

c. de aanvrager ingevolge een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak onder curatele is gesteld;

d. indien de aanvrager ingevolge een rechterlijke uitspraak is ontzet van het recht het accountantsberoep uit te oefenen;

e. er, gelet op de antecedenten van de aanvrager, gegronde vrees bestaat dat de aanvrager zal handelen of nalaten in strijd met wettelijke voorschriften, de accountant betreffende, of dat zijn inschrijving in het accountantsregister op andere wijze de eer van de stand van accountants zal schaden.

2. Het eerste lid, onderdeel e, is niet van toepassing op een aanvrager, die beschikt over een verklaring van vakbekwaamheid als bedoeld in artikel 54, eerste lid, indien hij zonder zich in Nederland te vestigen onderzoeken als bedoeld in artikel 393, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek bij wijze van dienstverlening wil verrichten, mits hij bevoegd is tot het wettelijk voorgeschreven onderzoek van jaarrekeningen in een lidstaat van de Europese Unie, anders dan Nederland, of in een andere Staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (Trb. 1992, 132)."

2.6 Degene die is ingeschreven in het accountantsregister is op grond van artikel 41, eerste lid, van de Wab gerechtigd tot het voeren van de titel Registeraccountant, afgekort RA of Accountant-Administratieconsulent, afgekort AA. De titel wordt bij het besluit tot inschrijving verleend.

- 2.7 Op grond van het tweede lid, van artikel 41 van de Wab is het degene die niet in het accountantsregister is ingeschreven verboden om anders dan in besloten kring de titels, genoemd in het eerste lid, of de benaming accountant zonder nadere toevoeging dan wel in samenstelling of afkorting te voeren, 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.
- 2.8 In artikel 41, derde lid, van de Wab is een uitzondering op het tweede lid van artikel 41 van de Wab geformuleerd. In afwijking van het tweede lid is het degene die in een dienstbetrekking werkzaam is onder de rechtstreekse verantwoordelijkheid van een accountant, toegestaan de benaming adjunct-accountant, assistent-accountant of een andere soortgelijke benaming te voeren.
- 2.9 Op grond van artikel 42 is de accountant onderworpen aan de tuchtrechtspraak op grond van de Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) ter zake van:
- a. enig handelen of nalaten in strijd met het bij of krachtens deze wet bepaalde; en
 - b. enig ander dan in onderdeel a bedoeld handelen of nalaten in strijd met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep.
2. De tuchtrechtspraak wordt uitgeoefend in eerste aanleg door de accountantskamer en in hoger beroep, tevens in hoogste ressort, door het College van Beroep voor het bedrijfsleven.
- 2.10 Tot de tuchtrechtelijke maatregelen behoren ook de tijdelijke of definitieve doorhaling van de inschrijving in het accountantsregister. Zie hieromtrent hoofdstuk II van de Wtra.
- 2.11 Het bestuur haalt op grond van artikel 43, eerste lid, van de Wab een inschrijving in het accountantsregister in de volgende gevallen door:
- a. in geval van overlijden van de ingeschrevene;
 - b. op verzoek van de ingeschrevene;
 - c. indien de ingeschrevene in een van de omstandigheden, genoemd in artikel 39, eerste lid, onderdelen b tot en met d, is komen te verkeren;
 - d. ter tenuitvoerlegging van een daartoe strekkende tuchtrechtelijke maatregel;
 - e. ter uitvoering van een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 41 of 44 van de Wet tuchtrechtspraak accountants;

f. indien de ingeschrevene na de tenuitvoerlegging van een dwangbevel in gebreke blijft de jaarlijkse bijdrage, bedoeld in artikel 30, eerste lid, te voldoen.

- 2.12 In het tweede lid van artikel 43 van de Wab is bepaald dat doorhaling van de inschrijving leidt tot verlies van de betrekkingen binnen de beroepsorganisatie waarvoor het lidmaatschap een vereiste is.
- 2.13 In hoofdstuk 7 van de Wab zijn bepalingen opgenomen omtrent de opleiding tot accountant. In artikel 46 van de Wab is bepaald dat de opleiding tot accountant de bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen vakgebieden bevat en deze voldoet aan de eindtermen zoals bedoeld in artikel 49, tweede lid, onderdeel a, van de Wab die voor controles van financiële verantwoordingen van belang zijn. De eindtermen zijn neergelegd in de Beleidsregels aanwijzen accountantsopleidingen.¹⁰
- 2.14 Artikel 47 van de Wab behelst de praktijkopleiding die de accountant gedurende drie jaar moet volgen als onderdeel van de opleiding tot accountant.
- 2.15 Op grond van artikel 55, eerste lid, van de Wab zijn met het toezicht op de naleving van artikel 41, tweede lid, van de Wab belast de bij besluit van de Minister van Financiën aangewezen personen. Op grond van artikel 56 van de Wab is de minister bevoegd tot oplegging van een last onder dwangsom of bestuurlijke boete bij overtreding van artikel 41, tweede lid, van de Wab.

Wet toezicht accountantsorganisaties

- 2.16 Voor het verrichten van wettelijke controles is de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta) van belang. Uit deze wet volgt de koppeling tussen het vereiste ingeschreven te zijn in het accountantsregister en de bevoegdheid wettelijke controles te verrichten:

Artikel 27

1. De externe accountant is een accountant ten aanzien van wie in het accountantsregister een aantekening is opgenomen als bedoeld in artikel 36, tweede lid, onderdeel i, van de Wet op het accountantsberoep en die voldoet aan de bij of krachtens de Wet op het accountantsberoep gestelde regels, voor zover deze van toepassing zijn op het uitvoeren van wettelijke controles.

- 2.17 Onder externe accountant wordt blijkens de definitiebepaling in artikel 1 van de Wta verstaan:

¹⁰ Stcrt. 2013, 10074.

f. externe accountant: de natuurlijke persoon die werkzaam is bij of verbonden is aan een accountantsorganisatie en die verantwoordelijk is voor de uitvoering van een wettelijke controle;

2.18 Onder wettelijke controle wordt verstaan:

p. wettelijke controle: een controle van een financiële verantwoording van een onderneming of instelling ten behoeve van het maatschappelijk verkeer, die verplicht is gesteld bij of krachtens de in de bijlage bij deze wet genoemde wettelijke bepalingen.

2.19 Voor het verrichten van wettelijke controles is een vergunning nodig van de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM). Zie hieromtrent hoofdstuk 2 van de Wta. Die vergunning wordt in de regel verleend aan de accountantsorganisatie waarbij de externe accountant werkzaam is of waaraan hij is verbonden. De AFM houdt een register bij waarin onder andere vergunninghoudende accountantsorganisaties en daarbij werkzame of daaraan verbonden externe accountants worden ingeschreven (artikel 11 van de Wta).

2.20 Voor het verrichten van andersoortige accountantsopdrachten zoals samenstelopdrachten (het samenstellen van financiële informatie)¹¹ of beoordelingsopdrachten (het beoordelen van financiële overzichten waaraan een beperkte mate van zekerheid kan worden ontleend)¹² is de inschrijving in het accountantsregister niet vereist. Niet inschrijven heeft dan wel de consequentie dat de beroepstitel niet mag worden gevoerd. Vaak wordt dan gebruik gemaakt van de term administrateur of administratiekantoor.

3 Voorgeschiedenis en achtergronden

3.1 OvRAN en haar voorgangers Stichting Wakkere Accountants (SWA) en de Werkgroep Minnelijk Overleg (WMO) hebben meerdere procedures tegen – voorheen - de NOvAA en het NIVRA, thans de NBA, gevoerd. De NOvAA en het NIVRA zijn per 1 januari 2013 gefuseerd tot de NBA.

3.2 Eén van die procedures betreft de bestuursrechtelijke procedure die heeft geleid tot de uitspraak van het CbB van 18 augustus 2014.¹³ In deze procedure verzocht OvRAN de Minister van Financiën een algemene maatregel van bestuur vast te stellen zoals bedoeld in artikel 28 van de Wta. Daarmee zou bewerkstelligd worden dat artikel 27 van de Wta buiten toepassing zou worden verklaard. Artikel 27 Wta ziet op de verplichte aantekening in het accountantsregister van de NBA voor het verrichten van wettelijke controles door AA's en RA's. Door dit artikel buiten toepassing te verklaren

¹¹ Zie hieromtrent www.nba.nl > HRA 2015 > NVCOS 4410.

¹² Zie hieromtrent www.nba.nl > HRA 2015 > NVCOS 2400.

¹³ CbB, 18 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:349.

zou die aantekening niet langer verplicht zijn. Daarbij was het OvRAN ook te doen om het verplichte lidmaatschap van (thans) de NBA. Het lidmaatschap van de NBA is gekoppeld aan de inschrijving in het accountantsregister. Zou de verplichte inschrijving in het accountantsregister vervallen, dan zou dat ook gelden voor het verplichte lidmaatschap van de NBA.

- 3.3 Het CBB oordeelde in deze zaak dat de weigering van de minister artikel 28 Wta toe te passen niet vatbaar was voor bezwaar en beroep, zodat OvRAN door de minister terecht niet-ontvankelijk was verklaard in haar bezwaar. Ten overvloede wijdt het CBB nog overwegingen aan het beroep van OvRAN op het EVRM en verwijst naar andere uitspraken van het College waarin een beroep op artikel 11 EVRM is verworpen.
- 3.4 Deze andere uitspraken betreffen procedures die door leden van OvRAN aanhangig zijn gemaakt. Deze leden verzochten om inschrijving in het accountantsregister zonder lid te hoeven worden van het NIVRA. Deze procedures hebben geleid tot de uitspraak van het CBB van 18 augustus 2014.¹⁴ Het College verwijst in zijn uitspraak naar eerdere rechtspraak waarin het een beroep op artikel 11 EVRM afwees met de volgende overweging:
- "De inschrijving in het register kan niet los worden gezien van het lidmaatschap van het NIVRA nu, gelet op artikel 1, eerste lid, Wet RA, rechtstreeks uit de wet voortvloeit dat degene die in het register staat ingeschreven lid is van het NIVRA. Uit artikel 1, tweede lid, Wet RA volgt dat het NIVRA is te beschouwen als een openbaar lichaam in de zin van artikel 134 van de Grondwet. Gezien het karakter van het NIVRA en de omstandigheid dat aan inschrijving in het register het lidmaatschap is gekoppeld, kan een beroep op artikel 11 van het EVRM, dat ziet op lidmaatschap van privaatrechtelijke verenigingen, naar het oordeel van het College niet met vrucht worden gedaan."¹⁵
- 3.5 Het CBB is aldus van oordeel dat artikel 11 EVRM niet van toepassing is op (thans) de NBA.
- 3.6 Over deze uitspraak heeft OvRAN een klacht ingediend bij het Hof. Het Hof was van oordeel dat OvRAN niet alle nationale rechtsmiddelen had uitgeput en verklaarde OvRAN niet ontvankelijk.¹⁶ Om die reden heeft OvRAN de onderhavige civielrechtelijke procedure tegen de Staat aanhangig gemaakt.
- 3.7 Voor deze procedure is voorts relevant het arrest van de strafkamer van de Hoge Raad van 20 december 2016.¹⁷ Deze procedure betrof, kort gezegd, de strafrechtelijke

¹⁴ CBB, 18 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:351.

¹⁵ Uitspraken van 15 februari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ7974 en ECLI:NL:CBB:2011:BQ7971.

¹⁶ EHRM 15 januari 2013, zaaknr. 51016/11.

¹⁷ Hoge Raad, 20 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:2910.

vervolgving van één van de leden van OvRAN. De verdachte had zijn registratie als accountant doen beëindigen omdat hij geen lid wilde zijn van de NBA, maar was in strijd met artikel 41, tweede lid, Wab, na de uitschrijving de titel van Accountants-Administratieconsulent blijven voeren.

- 3.8 De verdediging van de verdachte had in zijn beroep aangevoerd dat artikel 41, tweede lid, Wab buiten toepassing moest blijven wegens strijd met artikel 11 EVRM. Onder verwijzing naar de conclusie van de Advocaat-Generaal heeft de Hoge Raad het beroep verworpen:

'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 "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.

- 3.9 In de onderhavige procedure heeft de rechtbank geen aanleiding gezien om van dit oordeel af te wijken.

4 Artikel 11 EVRM

Inleiding

- 4.1 Ondanks het arrest van de strafkamer van de Hoge Raad van 20 december 2016 waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de NBA voldoet aan de integratiecriteria en de deelname aan andere beroepsorganisaties niet belemmert, houdt OvRAN in de grieven 1 tot en met 6 vol dat de NBA aangemerkt moet worden als een privaatrechtelijke vereniging in de zin van artikel 11 EVRM.

- 4.2 Artikel 11 EVRM luidt als volgt:

1. Een ieder heeft recht op vrijheid van vreedzame vergadering en op vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen.

2. De uitoefening van deze rechten mag aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden

of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Dit artikel verbiedt niet dat rechtmatige beperkingen worden gesteld aan de uitoefening van deze rechten door leden van de krijgsmacht, van de politie of van het ambtelijk apparaat van de Staat.

- 4.3 Het toepassingsbereik van artikel 11 EVRM is beperkt tot (privaatrechtelijke) verenigingen. Op publiekrechtelijke organisaties is artikel 11 EVRM niet van toepassing.
- 4.4 Het Hof heeft in het arrest *Le Compte* criteria ontwikkeld op basis waarvan bepaald wordt of er sprake is van een publiekrechtelijke organisatie waarop artikel 11 EVRM niet van toepassing is.¹⁸ Er is sprake van een publiekrechtelijke organisatie indien deze de volgende kenmerken heeft:
- de organisatie is ingebed in de structuren van de Staat;
 - de organisatie heeft administratieve, regulerende of tuchtrechtelijke taken buiten de sfeer van het gewone recht of oefent publieke rechtsmacht uit;
 - de organisatie dient niet alleen een gemeenschappelijk belang van de leden maar ook een algemeen belang.
- 4.5 Wordt aan deze criteria voldaan dan is er geen sprake van een privaatrechtelijke vereniging als bedoel in artikel 11, eerste lid, EVRM en is dat artikel niet van toepassing. Een verplichting om lid te zijn bij een publiekrechtelijke organisatie maakt dan ook geen inbreuk op het recht op vrijheid van vereniging.
- 4.6 Dit is volgens het Hof in het arrest *Le Compte* slechts anders indien de publiekrechtelijke organisatie verhindert dat haar leden zich buiten deze organisatie om verenigen (het hindercriterium).¹⁹ Indien het bestaan van de publiekrechtelijke organisatie eraan in de weg staat dat haar leden een andere vereniging vormen of daarvan lid worden, dan kan er toch sprake zijn van een inbreuk op het recht op vrijheid van vereniging in artikel 11 EVRM.
- 4.7 OvRAN meent dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de NBA aan de integratiecriteria voldoet. Voorts klaagt OvRAN dat de rechtbank niet aan het hindercriterium heeft getoetst. Hieronder wordt per grief toegelicht waarom deze grieven niet kunnen slagen.

Grief 1 – NBA dient een algemeen belang

- 4.8 Volgens OvRAN heeft de rechtbank ten onrechte geconcludeerd dat de NBA een algemeen belang dient.²⁰ Dat er geen sprake is van een algemeen belang zou

¹⁸ EHRM, 23 juni 1981, nr. 6878/75 en nr. 7238/75, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere / België*, rov. 64.

¹⁹ EHRM, 23 juni 1981, nr. 6878/75 en nr. 7238/75, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere / België*, rov. 65.

²⁰ Randnrs. 1 – 12, 15, 16 in de memorie van grieven.

enerzijds volgen uit het feit dat de overgrote meerderheid van de actieve NBA leden helemaal geen openbare accountant is. Volgens OvRAN zouden deze "accountants in business" niet werkzaam zijn op accountantskantoren. Zij zouden enkel lid blijven bij de NBA om hun accountantstitel te kunnen behouden terwijl zij bij dit lidmaatschap verder niet gebaat zouden zijn.

- 4.9 Anderzijds zou de NBA enkel de belangen van de grote accountantskantoren (de 'big four') behartigen en niet de gemeenschappelijke belangen van alle leden van de NBA. De NBA zou verordeningen vaststellen, waaronder de Verordening Gedragscode (VGC, thans: VGBA),²¹ die grote accountantskantoren zou bevoordelen ten opzichte van kleine kantoren.²² Het stemoverwicht van die kantoren in het NBA bestuur zou hiervan de oorzaak zijn.²³
- 4.10 OvRAN concludeert dat nu het verplichte lidmaatschap van de NBA geen algemeen belang dient, de NBA niet kan worden aangemerkt als een publiekrechtelijke organisatie maar dient te worden aangemerkt als een vereniging als bedoeld in artikel 11 EVRM.²⁴ In reactie op deze grief merkt de Staat het volgende op.
- 4.11 Zoals reeds toegelicht in de inleiding bestaat het belang van het verplichte lidmaatschap van de NBA eruit dat de kwaliteit van de werkzaamheden van accountants gelet op de vertrouwensfunctie van de accountant in het maatschappelijk verkeer geborgd wordt. Het doel van de NBA wordt als volgt beschreven in de memorie van toelichting bij de Wab:

"Vanwege de vertrouwensfunctie van een accountant heeft deze beroepsgroep een dusdanige maatschappelijke waarde dat de kwaliteit daarvan geborgd moet worden door publiekrechtelijke normen. Een publiekrechtelijke beroepsorganisatie zorgt voor een eenduidige standaard voor accountants, hetgeen de herkenbaarheid en betrouwbaarheid in het maatschappelijk verkeer bevordert. De beroepsorganisatie heeft daartoe wettelijke taken en bevoegdheden gekregen. Daarbij moet zij voldoen aan de normen van behoorlijk bestuur en staat zij onder bestuurlijk toezicht van de minister van Financiën."

- 4.12 Hieruit volgt dat de NBA publiekrechtelijke normen stelt zodat in het maatschappelijk verkeer op de oordelen van accountants kan worden vertrouwd. Gelet daarop is het de taak van de NBA, zoals vastgelegd in artikel 3 van de Wab:
- a. Een goede beroepsuitoefening door accountants te bevorderen;

²¹ De VGC (Stcrt. 2007, nr. 12) is ingetrokken per 1 januari 2014 en vervangen door de Verordening Gedrags- en Beroepsregels Accountants (Stcrt. 2014, 163).

²² Randnrs. 47 - 51, 4 - 12, 41, 64 - 72 in de memorie van grieven.

²³ Randnr. 8 in de memorie van grieven.

²⁴ Randnr. 15 bij de memorie van grieven.

- b. De gemeenschappelijke belangen van accountants te behartigen;
 - c. Zorg te dragen voor de eer van de stand van de accountants;
 - d. Zorg te dragen voor de praktijkopleiding.
- 4.13 Al deze taken zijn erop gericht het vertrouwen dat in het maatschappelijk verkeer in de accountant moet kunnen worden gesteld te dienen. Daarmee dient de NBA het algemeen belang.
- 4.14 Het feit dat bepaalde NBA leden ervoor kiezen geen werkzaamheden te verrichten als openbaar accountant, maar wel hun titel willen behouden, doet niet af 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. Dit geldt niet alleen voor de openbare accountants die wettelijke controles uitvoeren, maar ook voor accountants die andere accountantsopdrachten, zoals aan assurance verwante opdrachten, of andere werkzaamheden waarbij zij hun vakbekwaamheid aanwenden (zie artikel 1 VGBA²⁵) uitvoeren. 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.
- 4.15 Ook bestrijdt de Staat de stelling van OvRAN dat het lidmaatschap het doel zou hebben de belangen van de grote accountantskantoren (de 'big four') te beschermen en niet zozeer de gemeenschappelijke belangen van accountants.
- 4.16 Ten eerste merkt de Staat op dat de rechtmatigheid van de verordeningen in deze procedure in het geheel niet ter beoordeling voorligt, nu dit het handelen van de NBA betreft en niet van de Staat. Discussie over de regelgeving hoort bovendien thuis in de ledenvergadering van de NBA, het orgaan dat bevoegd is de verordeningen van de NBA vast te stellen. De Staat verwijst naar haar reactie op de grieven 10 en 11 in hoofdstukken 7 en 8.
- 4.17 Slechts ten overvloede wijst de Staat op het feit dat er geen sprake van is dat de VGBA en de daarop gebaseerde beroepsnormen onevenredig uitpakken voor de middelgrote en kleine accountantskantoren. Immers, de regelgeving is afgestemd op aard en strekking van de betreffende accountantsopdracht. Aan samenstelopdrachten (het samenstellen van financiële gegevens) waaraan geen zekerheid kan worden ontleend, worden veel minder strikte eisen gesteld dan aan een wettelijke controle waaraan een redelijke mate van zekerheid omtrent de getrouwheid van het financiële

²⁵ Blijkens de toelichting op dit artikel wordt onder een professionele dienst ook verstaan overige werkzaamheden op het terrein van financiële verslaglegging, administratieve organisatie, bedrijfseconomie en belastingen.

overzicht kan worden ontleend. Wettelijke controles worden veelal door de grotere accountantsorganisaties verricht, zodat voor hen juist de zwaarste eisen gelden. Het beeld dat OvRAN beschrijft dat met name kleinere accountantspraktijken de dupe zouden zijn van onevenredig belastende regelgeving onderschrijft de Staat dan ook niet.

- 4.18 Ook is er geen sprake van dat de grote kantoren binnen de NBA de dienst uitmaken waardoor (het bestuur van) de NBA machtsmisbruik door de big four kantoren faciliteert, zoals OvRAN beweert.²⁶ De governance structuur van de NBA is juist zodanig ingericht dat elk accountantslid evenveel zeggenschap heeft in besluitvorming in de ledenvergadering, ongeacht de aard van de opdrachten die het accountantslid uitvoert of de schaalgrootte van zijn of haar accountantspraktijk. Elke accountant heeft in de ledenvergadering één stem. Daarnaast wordt het bestuur benoemd door de ledenvergadering in overeenstemming met de Verordening op de ledenvergadering en de Verordening op het bestuur, die beide door de ledenvergadering zijn vastgesteld. De Verordening op het bestuur voorziet in een evenwichtige afspiegeling van het accountantsberoep in het bestuur, waarbij de verschillende categorieën accountants naar de aard van hun werkzaamheden in het bestuur zijn vertegenwoordigd.

Relevant in dat opzicht is dat de voorganger van OvRAN, Stichting Wakkere Accountant, eerder de voorzieningenrechter van rechtbank Amsterdam heeft verzocht om de NBA te gelasten de VGC wegens strijd met wet- en regelgeving buiten toepassing te laten. Deze vordering is afgewezen.²⁷ Volgens de rechtbank is de meerderheidsstemming die op de ledenvergadering over de VGC heeft plaatsgevonden niet op oneigenlijke wijze tot stand gekomen en is het besluit over de VGC rechtmatig genomen. De rechtbank achtte niet aannemelijk dat de VGC in strijd zou zijn met andere wet- en regelgeving. De rechtbank oordeelde dat de stelling van Stichting Wakkere Accountant 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.²⁸

- 4.19 Tot slot is de taak van de NBA niet beperkt tot het behartigen van de gemeenschappelijke belangen van accountants. In die zin is er een verschil tussen de NBA en bijvoorbeeld een vakbond, waarbij een vakbond geacht wordt uitsluitend de belangen van de leden te behartigen. De taak van de NBA is echter breder en ziet mede op het waarborgen van de deskundigheid en betrouwbaarheid van accountants bij het uitoefenen van hun functie. Daarmee dient het doel van de NBA tevens een algemeen publiek belang. Als de NBA er niet in geslaagd zou zijn de

²⁶ Randnrs. 8, 11, 41 bij de memorie van grieven.

²⁷ Rechtbank Amsterdam, 5 juli 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA8908.

²⁸ Gerechtshof Amsterdam, 28 februari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC8859.

gemeenschappelijke belangen van de accountantsleden te behartigen – wat de Staat betwist – dan doet dit nog niet af aan het algemene publieke belang bij de overige taken van de NBA ingevolge art. 3 van de Wab.

- 4.20 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.

Grief 2 – De NBA voldoet aan de (overige) integratiecriteria

- 4.21 Voorts klaagt OvRAN dat de rechtbank bij rechtsoverweging 4.12 ten onrechte zou hebben geconcludeerd dat de Hoge Raad in het arrest van 20 december 2016 aan de integratiecriteria heeft getoetst. De rechtbank verwijst naar de rechtsoverwegingen van 2.2.3. en 2.4.2. van het arrest.

- 4.22 In rechtsoverweging 2.2.3. overweegt de Hoge Raad als volgt:

Blijkens de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.5 komt de regelgeving met betrekking tot de Nederlandse beroepsorganisatie van accountants (hierna: NBA) erop neer dat:

“(i) het (...) 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 toezichhoudende 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 (...)”

- 4.23 Onder verwijzing naar deze rechtsoverweging concludeert de Hoge Raad in rechtsoverweging 2.4.2. het volgende:

‘s Hofs hiervoor onder 2.3.2. weergegeven overwegingen moeten aldus worden verstaan dat het heeft geoordeeld dat de NBA niet kan worden aangemerkt als “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 toezichhoudende bevoegdheden heeft en die doelstellingen nastreeft van algemeen belang.

- 4.24 Volgens OvRAN blijkt uit deze overwegingen niet dat de Hoge Raad aan de integratiecriteria heeft getoetst. Dit leidt OvRAN af uit het feit dat het woord 'integratie' niet wordt genoemd.
- 4.25 De conclusie van OvRAN is onjuist. In rechtsoverweging 2.4.2. van het arrest van de Hoge Raad wordt expliciet bevestigd dat aan de integratiecriteria is voldaan nu de Hoge Raad het oordeel van het hof dat de NBA "*een bij wet ingestelde beroepsorganisatie is, die is ingebed in publiekrechtelijke structuren, die administratieve, regelgevende en toezichthouden bevoegdheden heeft*" gelet op de in rechtsoverweging 2.2.3. genoemde regelgeving, juist heeft geacht. Daarmee is aan de integratiecriteria zoals geformuleerd in het arrest Le Compte voldaan.
- 4.26 OvRAN stelt daarentegen dat niet aan de integratiecriteria zou zijn voldaan omdat de prerogatieven van de NBA in geen enkel opzicht zouden afwijken van die van andere private beroepsverenigingen. Volgens OvRAN kan elke vereniging een verordening vaststellen, zolang de verordening de eigen leden bindt.²⁹
- 4.27 Deze stelling is onjuist. Anders dan een privaatrechtelijke vereniging oefent de NBA krachtens de Wab publieke rechtsmacht uit jegens haar leden. De ledenvergadering van de NBA kan op grond van artikel 19, eerste lid, van de Wab de verordeningen vaststellen die zij nodig acht ter vervulling van de taken genoemd in artikel 3 van de Wab. In wetgeving wordt soms bepaald dat accountants aan in NBA-verordeningen vastgestelde regels moeten voldoen (zie bijvoorbeeld artikel 35 van het Besluit toezicht accountantsorganisaties). Op grond van die verordeningen kan de NBA eenzijdig besluiten - in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb - jegens haar leden nemen. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een negatief oordeel over het interne stelsel van kwaliteitsbeheersing van de accountant en het in verband daarmee stellen van de verplichting een verbeterplan in te dienen en de nodige aanpassingen in het stelsel door te voeren.³⁰ Dat is ook het geval als het gaat om het opleggen van heffingen waarvoor een publiekrechtelijke grondslag bestaat (artikel 30 Wab). Daarmee heeft de NBA administratieve en regulerende taken en oefent de NBA publieke rechtsmacht uit jegens haar leden. Deze bevoegdheden hebben privaatrechtelijke verenigingen niet.
- 4.28 Ook aan de overige integratiecriteria wordt voldaan. Dit blijkt uit het volgende.
- *De NBA is geïntegreerd in de structuur van de Staat*
- 4.29 De NBA is een openbaar lichaam als bedoeld in artikel 134 van de Grondwet (zie artikel 2 van de Wab). De NBA staat onder toezicht van de Minister van Financiën (zie

²⁹ Randnr. 22 bij de memorie van grieven.

³⁰ Zie hieromtrent de Verordening kwaliteitsbeoordelingen.

hoofdstuk 5 van de Wab). Op grond van artikel 34 van de Wab is voor de vaststelling van een groot aantal verordeningen van de NBA goedkeuring van de minister vereist. Bovendien kunnen op basis van artikel 35, eerste lid, van de Wab verordeningen en andere besluiten van de NBA bij koninklijk besluit worden vernietigd. De NBA is aldus geïntegreerd in de structuur van de staat.

- *De NBA dient een algemeen belang*
- 4.30 Bij de bespreking van de eerste grief van OvRAN (randnrs. 4.8 - 4.20), heeft de Staat reeds toegelicht dat de NBA een algemeen belang dient.
- *De NBA heeft administratieve en regulerende taken, alsmede publieke rechtsmacht*
- 4.31 Hiervoor heeft de Staat reeds toegelicht dat (i) de NBA administratieve en regulerende taken, alsmede (ii) publieke rechtsmacht heeft. In dat kader is tevens van belang dat de leden op grond van artikel 42, eerste lid, van de Wab zijn onderworpen aan tuchtrecht. Dit tuchtrecht is geregeld in de Wtra en is belegd bij de Accountantskamer. De Accountantskamer functioneert onafhankelijk van de NBA. De Accountantskamer bestaat voor de helft uit leden van de rechterlijke macht en voor het overige uit accountants of deskundigen (artikel 12 Wtra). Alle leden worden bij koninklijk besluit benoemd (artikel 13 Wtra). In hoger beroep is het accountantstuchtrecht belegd bij het CBb (artikel 43 e.v. Wtra).
- 4.32 Indien accountants zich niet aan de toepasselijke regelgeving houden, kan de NBA een tuchtklacht indienen bij de Accountantskamer (artikel 22 Wtra). De NBA wordt in de Wtra als een bijzondere klager gezien, die geen griffierecht is verschuldigd (artikel 23, vierde lid, Wtra). De Accountantskamer kan de behandeling van een klacht op verzoek van de NBA aanhouden, indien de NBA zelf een onderzoek verricht naar de desbetreffende accountant en dit mogelijk kan leiden tot het indienen van een klacht (artikel 25, vierde lid, van de Wtra). In het geval van intrekking van een klacht kan de Accountantskamer bepalen dat de klacht wordt voortgezet als ware deze afkomstig van de voorzitter van de NBA (artikel 30, aanhef en onder b, van de Wtra). Het tuchtrecht is voor de NBA een belangrijk middel om de kwaliteit van de beroepsgroep op het vereiste peil te houden en te bevorderen.
- 4.33 Daarmee wordt aan alle integratiecriteria, zoals die voortvloeien uit de jurisprudentie van het Hof, voldaan en kan de NBA niet worden aangemerkt als een organisatie in de zin van artikel 11 van het EVRM. De stelling van OvRAN dat de rechtbank ten onrechte voorbij zou zijn gegaan aan de integratiecriteria is dan ook onjuist.
- 4.34 Zie hieromtrent bijvoorbeeld ook de uitspraak van het CBb van 30 juni 2010³¹ waarin het College ten aanzien van het Productschap Tuinbouw oordeelde dat deze niet kon worden aangemerkt als een privaatrechtelijke vereniging in de zin van artikel 11

³¹ CBb, 30 juni 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN0932.

EVRM. Het Productschap is immers, evenals de NBA, een openbaar lichaam dat krachtens de Grondwet is ingesteld. Ondernemingen zijn daarbij van rechtswege aangesloten. Daarbij achtte het College van belang dat het Productschap functioneerde onder toezicht van de centrale overheid en dat de regelgevende bevoegdheid werd bepaald door de wet. De verordeningen van het Productschap behoeften de goedkeuring van de betrokken minister en/of de SER. Bovendien is het Productschap opgericht met het oog op het vervullen van een voor het openbaar belang nuttig geachte functie. Gelet daarop faalde het beroep op artikel 11 EVRM. Deze uitspraak gaat evengoed op voor de NBA, nu de NBA dezelfde kenmerken heeft als het Productschap.

- 4.35 Tot slot merkt de Staat op dat OvRAN ten onrechte op basis van het arrest *Le Compte* concludeert dat het Hof uitgaat van vijf integratiecriteria.³² OvRAN verwijst in dat verband naar randnummers 38 en 39 van de dagvaarding waarin zij de toepassing van de integratiecriteria op de NBA vergelijkt met de toepassing van deze criteria in dat arrest. In deze zaak oordeelde het Hof dat de Orde der geneesheren niet kon worden aangemerkt als een privaatrechtelijke vereniging als bedoeld in artikel 11 EVRM. De overwegingen die het Hof naar voren brengt zijn dat (i) de Orde der geneesheren een registrerende functie had; (ii) in bepaalde organen van de Orde der geneesheren rechters zitting hadden, die benoemd werden door de Staat; (iii) de Orde der geneesheren tot doel had de publieke gezondheid te beschermen; (iv) de Orde der geneesheren geïntegreerd was in de structuren van de Staat en (v) het beschikte over buitengewone civiele bevoegdheden.
- 4.36 OvRAN meent dat de factoren (i) – (iii) zelfstandige integratiecriteria zijn (en niet de toepassing daarvan betreffen) en concludeert vervolgens dat de NBA aan deze criteria niet voldoet.³³ OvRAN maakt in deze redenering ten onrechte geen onderscheid in de integratiecriteria zelf en de specifieke toepassing daarvan op de Orde der geneesheren, die vanzelfsprekend afwijkt van de toepassing op de NBA. Anders dan OvRAN in randnummer 39 van haar dagvaarding betoogt, neemt 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, niet weg dat de NBA aan de integratiecriteria voldoet. OvRAN gaat er ten onrechte aan voorbij 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.
- 4.37 Ook de tweede grief van OvRAN kan niet slagen.

³² De integratiecriteria vallen uiteen in de volgende drie vereisten: de organisatie is (i) krachtens publiekrecht ingesteld; (ii) ingebed in de structuren van de Staat en (iii) heeft bijzondere regelgevende bevoegdheden.

³³ Dit standpunt herhaalt OvRAN in overweging E2A in het applicatieformulier van het Hof, zie productie 1 bij de memorie van grieven.

Grievens 3 en 6 – De NBA staat niet in de weg aan deelname aan andere organisaties

4.38 In haar derde grief klaagt OvRAN dat de rechtbank tevens ten onrechte voorbij is gegaan aan het feit dat de strafkamer in de Hoge Raad niet zou hebben getoetst aan het hindercriterium. 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 en er daarom geen sprake is van een schending van artikel 11 EVRM. Ten aanzien van het hindercriterium heeft de Advocaat-Generaal het volgende geconcludeerd:

"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, is namens de verdediging niet aangevoerd en ook niet gebleken."

4.39 Ook de strafkamer van de Hoge Raad is dus niet gebleken dat de NBA in de weg staat aan het oprichten en/of deelnemen aan een andere organisatie. Het verwijt dat de Hoge Raad voorbij is gegaan aan het hindercriterium is dan ook onterecht.

4.40 De rechtbank heeft ten slotte geoordeeld dat hetgeen door OvRAN is aangevoerd geen aanleiding geeft om tot een van dit arrest afwijkend oordeel te komen. Hiermee heeft de rechtbank aangegeven dat hetgeen door OvRAN is aangevoerd ten aanzien van het hindercriterium, ontoereikend is geweest om te concluderen dat het verplichte lidmaatschap van de NBA een inbreuk vormt op artikel 11 EVRM.

4.41 Van een dergelijke beperking is ook geen sprake, zoals OvRAN zelf en haar voorgangers SWA en WMO al bewijzen. Ook in het applicatieformulier (p. 8 van productie 1) van het Hof geeft OvRAN zelf aan dat hier geen sprake van is: *"It is true that access to other accounting associations in itself is formally allowed"*. De procedures over merkrechten waarnaar OvRAN in dit verband verwijst (zie ook randnummer 25 van de memorie van grieven) doen daar vanzelfsprekend niet aan af. Dat staat hier volledig los van. Er is dan ook geen sprake van dat de accountantstitels RA en AA zouden worden afgenomen vanwege een lidmaatschap bij een andere beroepsorganisatie. Een accountant verliest enkel zijn accountantstitels AA en RA bij uitschrijving uit het accountantsregister.

4.42 Overigens merkt OvRAN de titels AA en RA ten onrechte aan als academische titels die bij het afronden van de studie worden verkregen.³⁴ De titels AA en RA verkrijgt de accountant pas bij zijn inschrijving in het accountantsregister. Dat is een andere titel dan die wordt verkregen bij het behalen van een academische graad. Via inschrijving in het register wordt het voeren van de titel van accountant (AA of RA) met recht beschermd. In de memorie van toelichting is hierover aangegeven:

³⁴ Randnr. 26 in de memorie van grieven.

“De titelbescherming vormt een waarborg voor de deskundigheid en betrouwbaarheid van de persoon die accountantswerkzaamheden verricht. Het voorkomt dat personen zonder een gekwalificeerde opleiding die niet zijn onderworpen aan gedrags- en beroepsregels en tuchtrechtspraak in het maatschappelijk verkeer als accountant kunnen optreden. Deze titelbescherming is juist voor het accountantsberoep van belang vanwege de vertrouwensfunctie van de accountant. Gebruikers van financiële verslagen moeten ervan uit kunnen gaan dat het oordeel van de accountant betrouwbaar is.”³⁵

- 4.43 Nu het verplichte lidmaatschap van de NBA niet verhindert dat accountants daarnaast lid worden van andere beroepsorganisaties en bovendien het verkrijgen van de accountantstitel afhankelijk is van inschrijving in het register - niet het lidmaatschap van de NBA - voldoet de NBA niet aan het hindercriterium. Ook om die reden kan de vordering van OvRAN niet worden toegewezen.
- 4.44 Tot slot verwijst OvRAN in haar zesde grief naar het leerstuk van indirecte verenigingsdwang zoals ontwikkeld in de arresten Sigurdur a. Sigurjonsson³⁶, Redfearn³⁷ en Vogt³⁸ (randnr. 38 van de memorie van grieven). Volgens OvRAN valt dit leerstuk onder het hindercriterium. De Staat wijst erop dat de verwijzing naar het leerstuk van indirecte verenigingsdwang in dit geval niet opgaat. In de aangehaalde arresten waren klagers ontslagen omdat zij lid waren van een politiek partij of vakbond of juist geweigerd hadden daar lid van te worden. In deze arresten was telkens sprake van een privaatrechtelijke vereniging als bedoeld in artikel 11, eerste lid, EVRM. Het ontslag vormde op indirecte wijze een inbreuk op het recht van verenigingsvrijheid in artikel 11, eerste lid, EVRM zodat er sprake was van indirecte verenigingsdwang. Echter, zoals reeds hierboven is toegelicht, kan de NBA niet worden aangemerkt als een privaatrechtelijke vereniging als bedoeld in artikel 11, eerste lid, EVRM waardoor de vergelijking niet opgaat. Het leerstuk is in dit geval niet van toepassing, zodat de rechtbank terecht aan dit leerstuk voorbij is gegaan.

Grievens 4 en 5 – noodzakelijkheids criterium

- 4.45 In de grieven vier en vijf komt OvRAN op tegen de volgende overweging van de rechtbank:

“Aan de vraag of verplichte aansluiting bij de NBA zich verdraagt met het zogeheten noodzakelijkheids criterium uit artikel 11 lid 2 EVRM wordt pas toegekomen indien sprake is van een vereniging als bedoeld in artikel 11 EVRM. Pas dan komt de vraag aan de orde of een inbreuk op de vrijheid van

³⁵ Kamerstukken II 2011/12, 33 025, nr. 3, p. 2-3 (MvT).

³⁶ EHRM 30 juni 1993, zaaknr. 16130/90.

³⁷ EHRM 6 november 2012, zaaknr. 47335/06 en EHRM 2 september 1996, zaaknr. 17851/91.

³⁸ EHRM 26 september 1995, zaaknr. 17851/91.

vereniging gerechtvaardigd is. Nu evenwel geen sprake is van een vereniging in voormelde zin en derhalve ook niet van een beperking van de vrijheid van vereniging, kan de vraag of wordt voldaan aan het noodzakelijkheids criterium onbeantwoord blijven."

4.46 OvRAN meent dat *ieder* een recht heeft op vrijheid van vereniging en dat de rechtbank dat recht op verenigingsvrijheid via onbekende en niet nader genoemde of uitgewerkte criteria heeft beperkt tot verenigingen die wel of niet onder artikel 11 EVRM zouden vallen. Artikel 11 EVRM zou dus wel van toepassing zijn, waardoor de rechtbank ten onrechte niet is toegekomen aan de beoordeling van de vraag of het verplichte lidmaatschap van de NBA op basis van het tweede lid van deze bepaling noodzakelijk is in een democratische samenleving.

4.47 OvRAN gaat met deze stelling voorbij aan de jurisprudentie van het Hof die OvRAN nota bene zelf in haar memorie van grieven veelvuldig aanhaalt. Uit deze jurisprudentie blijkt dat het recht op verenigingsvrijheid wel degelijk beperkt is tot privaatrechtelijke verenigingen. Indien er geen sprake is van een privaatrechtelijke vereniging wordt aan een beoordeling van het noodzakelijkheids criterium niet toegekomen. Zie het arrest Le Compte waarin het Hof in rechtsoverweging 66 concludeert dat:

"Aangezien de bij lid 1 van art. 11 beschermde vrijheid niet wordt aangetast, [nu de Orde niet kan worden gezien als een vereniging in de zin van art. 11], is er geen aanleiding de zaak te onderzoeken in het licht van lid 2, of na te gaan of het Verdrag het recht waarborgt zich niet bij een vereniging aan te sluiten." (toevoeging adv.)

4.48 Het verwijt dat rechtsoverweging 4.13 van de rechtbank strijdig is met de tekst, strekking en de geest van art. 11 EVRM over het noodzakelijkheids criterium, is dan ook onterecht. De grief van OvRAN faalt.

4.49 Om die reden kan ook aan een beoordeling van de vijfde grief niet worden toegekomen. Het betoog van OvRAN dat de rechtbank heeft miskend dat het verplichte lidmaatschap geenszins noodzakelijk is in een democratische samenleving, berust op de onjuiste veronderstelling dat aan een toetsing van het noodzakelijkheids criterium kan worden toegekomen. Nu dit niet het geval is, zal de Staat louter subsidiair op deze grief reageren.

4.50 De Staat heeft reeds toegelicht dat het verplichte lidmaatschap van de NBA in de Wab in het leven is geroepen om te waarborgen dat accountants bij al hun werkzaamheden beschikken over de kwaliteiten die voor de goede vervulling van de bijzondere taak

vereist zijn.³⁹ Via het lidmaatschap van de NBA zijn accountants onderworpen aan de verordeningen die de ledenvergadering van de NBA vaststelt. In die verordeningen worden gedrags- en beroepsregels gesteld, waaronder de fundamentele beginselen van professionaliteit, integriteit, objectiviteit, vakbekwaamheid en zorgvuldigheid en vertrouwelijkheid.⁴⁰ Daarnaast worden vereisten gesteld aan het op peil houden van vaktechnische kennis via de vereisten van permanente educatie.⁴¹ Ook worden eisen gesteld aan de inrichting van het stelsel van kwaliteitsbeheersing van de accountantspraktijk.⁴² Via deze regelgeving is de NBA in staat haar taak uit te oefenen de kwaliteit van de beroepsgroep te bevorderen. Daarmee dient de NBA – via het verplichte lidmaatschap – het publieke belang dat vertrouwen moet kunnen worden gesteld in het voeren van de accountantstitel. Er moet in het maatschappelijk verkeer uit kunnen worden gegaan van het oordeel dat een accountant over de financiële gegevens van een entiteit geeft. Zonder voldoende vertrouwen in de verklaringen van accountants werkt de kapitaalmarkt niet optimaal.⁴³ Daarvoor is een stelsel van kwaliteitswaarborging via het verplichte lidmaatschap van de NBA noodzakelijk.

- 4.51 Zou artikel 11 EVRM al van toepassing zijn en zou met het verplichte lidmaatschap van de NBA een inbreuk worden gemaakt op het recht op vrijheid van vereniging, wat de Staat betwist, dan geldt dat aan de vereisten in het tweede lid van artikel 11 EVRM is voldaan. 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.
- 4.52 De inbreuk zou bovendien evenredig zijn nu het de accountantsleden vrijstaat om zich daarnaast in andere verbanden te verenigen. Ook gelet daarop komen de vorderingen niet voor toewijzing in aanmerking.

Grief 7 – tevens geen schending van artikel 9 en 10 EVRM

- 4.53 Volgens OvRAN is er sprake van een schending van artikel 9 EVRM (vrijheid van gedachte en geweten) en artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting). Dit zou het gevolg zijn van het feit dat veel NBA leden tegen hun zin gedwongen worden lid van een vereniging te blijven waar naar hun mening grote kantoren de dienst uitmaken en concurrentie feitelijk onmogelijk wordt gemaakt.

³⁹ Kamerstukken II 2011/12, 33 025, nr. 3, p. 2-3 (MvT). Zie hieromtrent ook de MvT bij de Wta, Kamerstukken II 2003/04, 29 658, nr. 3, p. 1- 3.

⁴⁰ Zie hieromtrent artikel 2 van de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (zie www.nba.nl HRA 2015).

⁴¹ Nadere voorschriften permanente educatie (zie www.nba.nl HRA 2015).

⁴² Nadere voorschriften accountantskantoren assurance en aan assurance verwant (zie www.nba.nl HRA 2015).

⁴³ Zie de MvT bij de Wta, Kamerstukken II 2003/04, 29 658, nr. 3, p. 2.

- 4.54 OvRAN baseert dit standpunt op *Young, James en Webster t. het Verenigd Koninkrijk*⁴⁴ waarin het Hof heeft geoordeeld dat in dat geval een beperking van artikel 11 EVRM moest worden gezien in het licht van de artikelen 9 en 10 EVRM.
- 4.55 De Staat stelt voorop dat anders dan in het onderhavige geval, in het arrest *Young, James en Webster* er sprake was van een gedwongen lidmaatschap van een vakbond die kwalificeerde als een privaatrechtelijke vereniging in de zin van artikel 11 EVRM. 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.
- 4.56 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. Alleen al om die reden kan de grief niet slagen.
- 4.57 Louter subsidiair merkt de Staat op dat niet alle meningen of overtuigingen binnen de reikwijdte van artikel 9 EVRM vallen.⁴⁵ Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet er sprake zijn van een zekere mate van begrijpelijkheid, serieusheid, samenhang en importantie van de gestelde levensovertuiging.⁴⁶ OvRAN heeft niet gesteld noch aangetoond dat zij een dergelijke levensovertuiging aanhangt. Dit geldt des te meer nu de bezwaren van OvRAN tegen het lidmaatschap voornamelijk zijn ingegeven door commerciële motieven – namelijk het vermeende concurrentienadeel – en niet door religieuze dan wel politieke overtuigingen. Artikel 9 EVRM strekt er niet toe commerciële belangen te beschermen.⁴⁷
- 4.58 Wat betreft de vermeende schending van artikel 10 EVRM heeft OvRAN niet aangetoond dat het haar leden niet zou zijn toegestaan hun meningen – binnen de ledenvergadering van de NBA of daarbuiten – te uiten. Uit deze procedure blijkt juist dat de leden van de NBA via OvRAN en de Wakkere Accountant hun meningen kunnen uiten en dit ook doen. Ook om die reden is het verplichte lidmaatschap van de NBA niet in strijd met artikel 10 EVRM.
- 4.59 De grieven slagen niet.

5 Artikel 1 EP

- 5.1 OvRAN richt haar achtste grief tot het oordeel van de rechtbank dat het verplichte lidmaatschap van de NBA niet in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: art. 1 EP). Door het lidmaatschap van de NBA als voorwaarde te

⁴⁴ EHRM, *Young, James en Webster/Verenigd Koninkrijk*, arrest van 13 augustus 1981, nr. 7601/76; 7806/77.

⁴⁵ *Pretty t. het Verenigd Koninkrijk*, zaaknr. 2346/02, par 82.

⁴⁶ *Eweida e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, zaaknr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 en 36516/10, par. 81.

⁴⁷ *Church of Scientology and Others t. Zweden*, Commissie besluit van 14 juli 1980, nr. 8282/78.

verbinden aan het behoud van de titel RA of AA, zou de Staat zonder rechtvaardiging een inbreuk maken op het eigendomsrecht van accountants.

- 5.2 Onder eigendom in de zin van het artikel worden alleen verstaan rechten en belangen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen.⁴⁸ Voor eigendom is verder vereist dat het recht of belang met voldoende zekerheid vaststaat.⁴⁹ Zo is vaste rechtspraak dat de enkele hoop op of verwachting van toekomstig inkomen niet voldoende is voor de toepasselijkheid van artikel 1 Eerste Protocol EVRM.⁵⁰ Een vordering kan pas als een eigendomsrecht worden aangemerkt als voldoende vaststaat dat deze afdwingbaar is.⁵¹ Schending van het eigendomsrecht betekent dat er sprake is van een duidelijk wettelijk geregelde aanspraak op een vergoeding, die kan worden aangemerkt als een 'legitimate expectation'.⁵²
- 5.3 Als het gaat om het voeren van de titel AA of RA en het gebruik van de benaming accountant ontstaat dat recht pas bij de inschrijving in het accountantsregister en is dat niet een eigendomsrecht dat de betreffende accountant voorafgaand aan de inschrijving al had. Met de Wab zelf wordt aldus niet een inbreuk op een bestaand eigendomsrecht gemaakt, maar wordt juist een recht gegeven. Van ontneming van eigendom is hoe dan ook geen sprake.
- 5.4 Het arrest *Marle and Others v. The Netherlands*⁵³ waarnaar OVRAN verwijst doet hier niet aan af. In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat de introductie van de verplichte registratie voor registeraccountants in 1972 een inbreuk op het recht op de bescherming van eigendom betrof die gelet op het daarmee gediende algemene belang op basis van het tweede lid van artikel 1 EP gerechtvaardigd was. Het Hof oordeelde dat de cliëntenbasis die de klagers hadden opgebouwd kon worden aangemerkt als een vorm van vermogen (een 'asset') en dus een vorm van eigendom. Door de introductie van de verplichte registratie voor accountants zou dit opgebouwde vermogen verloren gaan. Het Hof heeft in dit arrest dus geenszins 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. Dit blijkt uit de volgende passage:

"41. The Court agrees with the Commission that the right relied upon by the applicants may be likened to the right of property embodied in Article 1 (P1-1): by dint of their own work, the applicants had built up a clientèle; this had in many respects the nature of a private right and constituted an asset and,

⁴⁸ EHRM 5 januari 2000, *Beyeler vs. Italie*, RJD 2000, EHRC 2000, 18, m.nt. Heringa, AB 2000, 235, m.nt. LV.

⁴⁹ EHRM 12 juli 2001, *Hans Adam II of Liechtenstein t. Duitsland*, RJD 2001, «EHRC» 2001, 64, m.nt. Van der Velde; EHRM 7 mei 2002, *Burdov t. Rusland*, RJD 2002, «EHRC» 2002, 49, m.nt. Van der Velde, NJCM-Bulletin 2002, p. 1065 e.v., m.nt. Ferschtman.

⁵⁰ Vgl. ECieRM 13 december 1979, D&R 18, p. 216; EHRM 19 oktober 2000, *Ambrosi t. Italië*, RJD 2000.

⁵¹ EHRM 7 juni 2007, EHRC 2007/93, *Plodovaya Kompaniya t. Rusland*.

⁵² EHRM 28 september 2004, nr. 44912/98.

⁵³ *Van Marle e.a. t. Nederland*, 26 juni 1988, nrs. 85437/79, 8674/79, 8685/79.

hence, a possession within the meaning of the first sentence of Article 1 (P1-1). This provision was accordingly applicable in the present case.”

- 5.5 Uit het voorgaande vloeit voort dat OvRAN onvoldoende heeft toegelicht waarom de titelbescherming in de Wab leidt tot de ontneming van eigendomsrechten.
- 5.6 In de uitspraak van 22 februari 2017 heeft de rechtbank in het midden gelaten of er sprake is van een eigendom in de zin van artikel 1 EP. De rechtbank heeft geoordeeld dat voor zover het mogen voeren van de titels RA en AA als eigendom valt aan te merken, in dit geval er geen sprake is van ontneming van die eigendom, maar van regulering daarvan in de zin van artikel 1 EP, nu de titels slechts voorwaarden vormen om het accountantsberoep te kunnen uitoefenen en een inkomen te kunnen genereren. Volgens OvRAN is dit onterecht en verwijst ook in dat kader naar het arrest van het Hof in de zaak *Marle and Others v. The Netherlands*. Anders dan OvRAN veronderstelt, laat het Hof in deze procedure in het midden of er sprake is van een regulering van eigendom of van eigendomsontneming. Het Hof spreekt enkel van een *'interference with their right to the peaceful enjoyment of their possessions'*. De grief van OvRAN faalt ook om die reden.
- 5.7 Voorts heeft de rechtbank beoordeeld of de eigendomsregulering voldoet aan de vereisten van artikel 1 EP, namelijk (i) of de regulerende maatregel is gebaseerd op wetgeving die voldoende toegankelijk, precies en voorzienbaar is ('lawful'); (ii) of de maatregel een algemeen belang nastreeft (een 'legitimate aim') en (iii) of er een redelijke mate van evenredigheid bestaat tussen de maatregel en het doel dat ermee wordt nagestreefd ('fair balance'). De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat bij de beoordeling van de evenredigheid de Staat een ruime beoordelingsvrijheid toekomt ('wide margin of appreciation'). Naar het oordeel van de rechtbank is aan deze vereisten voldaan.
- 5.8 Volgens OvRAN zou echter aan de proportionaliteitseis ('fair balance') in het tweede lid van artikel 1 EP niet zijn voldaan. Dit zou voortvloeien uit het arrest *Marle and Others v. The Netherlands*. Hierin heeft het Hof geoordeeld dat aan het vereiste van een 'fair balance' was voldaan gelet op het algemeen belang dat bij de bescherming van de accountantstitel wordt gediend. Daarbij nam het Hof in overweging dat de accountants die voorafgaande aan de introductie van de registratieplicht niet voldeden aan de kwalificaties voor registratie, op basis van het overgangsrecht alsnog de mogelijkheid kregen om zich daarvoor te kwalificeren. Het Hof oordeelde als volgt:

“First, the 1972 Act was designed to promote the "general interest": its purpose was to structure a profession that is important to the entire economic sector by providing the public with guarantees of the competence of those who carry on that profession.

Secondly, a fair balance between the means used and the intended aim (see the above-mentioned Sporrang and Lönnroth judgment, Series A no. 52, p. 26, para. 69) was at any rate ensured by transitional provisions enabling the former unqualified accountants to gain entry to the new profession on prescribed conditions.”

- 5.9 Omdat volgens OVRAN in dit geval het verplichte lidmaatschap van de NBA geen algemeen belang dient, zou uit dit arrest moeten volgen dat er in dit geval dus ook geen sprake is van een 'fair balance' tussen het verplichte lidmaatschap en de beperking van het eigendomsrecht. Dit argument slaagt niet nu in hoofdstuk 4 de Staat reeds heeft toegelicht dat de NBA wel degelijk een algemeen belang dient.
- 5.10 Daarnaast concludeert OvRAN dat vanwege het feit dat in het bovengenoemde arrest het Hof bij de beoordeling van de 'fair balance' had meegewogen dat de wetgever voorzien had in een overgangsregeling, de rechtbank dat in dit geval ook in zijn oordeel had moeten laten meewegen. Nu er in dit geval geen sprake is van een overgangsregeling had de conclusie van de rechtbank moeten zijn dat er geen sprake is van een 'fair balance'.
- 5.11 Met deze stelling gaat OvRAN eraan voorbij dat in het arrest Marle de vraag voorlag of de regulering van het eigendom voldoende voorzienbaar was geweest voor bestaande accountantsleden. OvRAN heeft niet gesteld noch aangetoond dat het lidmaatschap van de NBA op dit moment niet voorzienbaar zou zijn. Het is voor iedere aanstaande accountant voorzienbaar dat inschrijving in het accountantsregister vereist is om de titel te mogen voeren. Dat is al sinds jaar en dag de systematiek.⁵⁴ De rechtbank heeft de vraag of er sprake is van een overgangsregeling dan ook terecht niet in zijn oordeel betrokken.
- 5.12 Ook kan het betoog dat er geen sprake is van een 'fair balance' omdat accountants werkzaam bij grote kantoren zich aan de beroepsnormen kunnen onttrekken, niet slagen. In eerste aanleg heeft de rechtbank reeds geoordeeld dat deze stelling van OvRAN niet onderbouwd is. In deze procedure heeft OvRAN geen nader bewijs van deze stelling geleverd. De Staat verwijst voorts naar zijn reactie op dit verwijt in randnummer 4.15 en verder.
- 5.13 De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat er wel degelijk sprake is van een 'fair balance'. Daarbij zij vooropgesteld dat de Staat een ruime 'margin of appreciation' toekomt bij de vraag of de bescherming van de accountantstitel in het algemeen belang noodzakelijk is. Het gaat hier om de bescherming van het voeren van de titel van accountant (AA of RA). Met recht wordt de mogelijkheid deze titel te voeren alleen toegekend aan diegenen die in het accountantsregister zijn ingeschreven. Door die

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld de MVT bij de Wet op de Registeraccountants, Kamerstukken II 1959/60, 5519, nr. 3.

inschrijving vallen accountants onder de tuchtrechtspraak en zijn zij gehouden aan opleidingsvereisten en vereisten betreffende de kwaliteit van hun accountantswerkzaamheden. Op die wijze wordt erin voorzien dat in het maatschappelijk verkeer daadwerkelijk vertrouwen kan worden ontleend aan het voeren van de accountantstitel.⁵⁵ Het aan de verplichte inschrijving in het accountantsregister gekoppelde recht de accountantstitel te voeren dient dan ook een gerechtvaardigd algemeen belang en is proportioneel. Gelet op de ruime beoordelingsvrijheid die de Staat toekomt in de wijze waarop hij de bescherming van het accountantsberoep vormgeeft, doet de stelling van OvRAN dat voor een gelaagde structuur gekozen had kunnen worden, hier niet aan af.

- 5.14 Zie in gelijke zin een uitspraak van het CBb van 27 maart 2012⁵⁶ op grond van de Wet tuchtrechtspraak accountants:

“3.6.1 Het College stelt met betrekking tot deze grief voorop dat appelland daarin niet heeft onderbouwd waarom hij meent dat de hem opgelegde maatregel van doorhaling neerkomt op een beroepsverbod en strijdig is met enig in het EVRM gewaarborgd recht. Voor zover appelland heeft bedoeld te betogen dat het opleggen van de maatregel van doorhaling in zijn geval een ongeoorloofde inmenging zou vormen in het in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM gewaarborgde recht op het ongestoord genot van eigendom overweegt het College het volgende.

Indien ervan wordt uitgegaan dat het hier gaat om een inmenging in het eigendomsrecht van appelland, is deze naar het oordeel van het College gerechtvaardigd, omdat zij een gerechtvaardigd algemeen belang - te weten het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep - dient en tot stand is gekomen met inachtneming van voorwaarden welke voldoende toegankelijk en duidelijk zijn neergelegd in de wet en waarvan de toepassing voldoende voorzienbaar is. Met betrekking tot de proportionaliteit tussen de maatregel en het hiermee beoogde doel verwijst het College naar hetgeen hieronder is overwogen met betrekking tot de zwaarte van de op te leggen maatregel en overweegt dat met het opleggen van de in dit geval passend en geboden geachte maatregel is voldaan aan de proportionaliteitseis.

Gelet op het vorenstaande en in aanmerking genomen dat het College ook overigens geen aanknopingspunt heeft gevonden voor de juistheid van het standpunt van appelland dat het opleggen van de maatregel van doorhaling in strijd zou komen met het EVRM, faalt ook deze grief van appelland.”

- 5.15 Van strijd met artikel 1 EP bij het EVRM is dan ook geen sprake.

⁵⁵ Zie Kamerstukken II 2011/12, 33 025, nr. 3, p. 2-3 (MvT).

⁵⁶ CBb, 27 maart 2012, ECLI:NL:CBb:2012:BW0823.

6 Artikel 14 EVRM

- 6.1 Volgens OvRAN is artikel 49 Wab discriminerend omdat buitenlandse accountants die niet gevestigd zijn in Nederland onder bepaalde voorwaarden niet verplicht zijn lid te worden van de NBA, terwijl deze verplichting wel geldt voor in Nederland gevestigde accountants. Voorts zou artikel 54 Wab in strijd zijn met het discriminatieverbod in art. 14 EVRM omdat buitenlandse auditors die aan bepaalde vereisten voldoen een verklaring van vakbekwaamheid kunnen ontvangen. Voor deze auditors is het lidmaatschap van de NBA niet verplicht gesteld.
- 6.2 In reactie op deze verwijten stelt de Staat voorop dat OvRAN de vermeende strijdigheid van artikel 14 EVRM niet ten grondslag heeft gelegd aan haar vordering. Het Gerechtshof dient de beoordeling van deze grief dan ook achterwege te laten.
- 6.3 Louter subsidiair merkt de Staat op dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat het betoog van OvRAN niet slaagt, omdat het verplicht stellen van lidmaatschap aan accountants die reeds aan de in het land van herkomst gestelde eisen aan het accountantsberoep voldoen, neer zou komen op een dubbele eis.⁵⁷ Dit is in strijd met het vrije verkeer van diensten. De rechtbank heeft bevestigd dat er geen sprake is van gelijke gevallen, waardoor artikel 14 EVRM niet van toepassing is.
- 6.4 Met deze uitspraak heeft de rechtbank het standpunt van de Staat op dit punt zoals verwoord in de randnummers 6.12 – 6.13 van de conclusie van antwoord gevolgd. Dit verweer dient hier als herhaald en ingelast te worden beschouwd.

7 Geen schending van art. 6 Mededingingswet, geen toerekening aan de Staat

- 7.1 Met haar tiende grief, in randnrs. 59 – 63, richt OvRAN zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de vermeende schending van artikel 6 Mw door de (leden van de) NBA niet aan de Staat kan worden toegerekend. Volgens OvRAN zou de rechtbank miskennen dat de Staat concurrentievervalsing mogelijk maakt en de Staat ten onrechte geen einde maakt aan een onrechtmatige toestand.⁵⁸
- 7.2 Daarnaast zou de "suggestie" van de rechtbank dat OvRAN de NBA kan aanspreken dan wel de regels ter discussie kan stellen tijdens de ledenvergadering van de NBA, "weinig effectief zijn".⁵⁹ Volgens OvRAN verschuilt de NBA zich namelijk achter de regelgeving van de Staat.

⁵⁷ Zie ook Kamerstukken II 1991/92, nr. 3, p. 8/9.

⁵⁸ Memorie van grieven, rnr. 63.

⁵⁹ Memorie van grieven, rnr. 62.

- 7.3 Om met het laatste punt te beginnen, OvRAN geeft het oordeel van de rechtbank onjuist weer. De rechtbank heeft namelijk geoordeeld dat de verwijten van OvRAN zich primair richten tot de NBA waardoor OvRAN de leden en/of de NBA "dient" aan te spreken en in rechte te betrekken dan wel de regels ter discussie moet stellen op de ledenvergadering. Het is immers niet de Staat die de regels van de NBA vaststelt, dat is de NBA zelf. Het is dus geen "suggestie" van de rechtbank zoals OvRAN stelt, OvRAN richt zich eenvoudigweg tot de verkeerde (proces)partij.
- 7.4 Omdat de Staat niet als onderneming handelt, kan hij het kartelverbod eenvoudigweg niet hebben overtreden. De Mededingingswet is namelijk niet van toepassing op overheidshandelen.⁶⁰ Dat betekent dat artikel 6 Mw niet een afzonderlijke grondslag kan bieden voor het vermeende onrechtmatige gedrag van de Staat. OvRAN legt daarom ten onrechte artikel 6 Mw aan haar vorderingen ten grondslag.⁶¹
- 7.5 Omdat de Staat het kartelverbod niet kan hebben overtreden, heeft de rechtbank zich een voorvraag gesteld: zijn de handelingen van de NBA in strijd met het kartelverbod doordat de NBA de mededinging vervalst? Slechts indien deze voorvraag bevestigend kan worden beantwoord, komt de rechtbank toe aan de vervolgvraag of de Staat "de NBA faciliteert" te handelen in strijd met de mededingingsregels.
- 7.6 De rechtbank beantwoordt de voorvraag ontkennend: de stelling dat de NBA door beroepsregels op te stellen misbruik maakt "teneinde de mededinging te verstoren" wordt door OvRAN onvoldoende onderbouwd. Dit oordeel van de rechtbank is begrijpelijk. OvRAN past de mededingingsregels namelijk niet juist toe en motiveert haar stellingen volstrekt onvoldoende.
- 7.7 OvRAN onderbouwt op geen enkele wijze waardoor de NBA de mededinging beperkt en/of vervalst, waarom deze beperking in strijd is met het kartelverbod van artikel 6 Mw en waarom deze onrechtmatigheid aan de Staat kan worden toegerekend. OvRAN komt niet verder dan haar stelling dat de Wta en de Wab en de daarop gebaseerde verordeningen van de NBA, concurrentievervalsing "door de grote kantoren mogelijk maken ten nadele van grote groepen kleine kantoren en individuele leden".⁶² Dat is evident onvoldoende.
- 7.8 Volgens vaste rechtspraak rust in nationale en communautaire procedures de bewijslast van de stelling dat een inbreuk op het mededingingsrecht is gepleegd op

⁶⁰ Vgl. HvJ EU 12 juli 2012, C-138/11 (Compass-Datenbank), punt 36: "Daarentegen hebben activiteiten in het kader van de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag geen economisch karakter dat de toepassing van de mededingingsregels van het VWEU rechtvaardigt." Zie in gelijk zin: CBb 2 juli 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BN0929, besluit ACM van 21 augustus 2001, 568/Kraaijbergse Plassen, besluit ACM Van 21 augustus 2001, 507/Geertjesgolf en besluit ACM 21 augustus 2001, 617/Heeswijkse Kampen.

⁶¹ Memorie van grieven, blz. 22.

⁶² Memorie van grieven, par. 60.

degene die deze stelling naar voren brengt.⁶³ In deze zaak rust op OvRAN dus de verplichting om haar stelling dat de NBA het mededingingsrecht heeft geschonden en dit aan de Staat kan worden toegerekend, te onderbouwen met de relevante (economische) feiten en omstandigheden, zodat een voldoende adequaat en gefundeerd (economisch) partijdebat en daaropvolgend rechterlijk oordeel mogelijk worden gemaakt.

- 7.9 OvRAN geeft echter niet aan welke handelingen c.q. verordening het oogmerk hebben de mededinging te beperken dan wel een beperking van de mededinging tot gevolg hebben. Reeds daarom heeft OvRAN niet aan de op haar rustende – specifiek op het mededingingsrecht toegespitste – stelplicht en bewijslast voldaan.
- 7.10 OvRAN motiveert bovendien niet op basis waarvan zij tot de conclusie komt dat de Nederlandse accountancymarkt de relevante markt vormt, alsook geeft zij niet aan welke (wettelijke) taken hieronder vallen. Daardoor is het niet mogelijk de werking van de desbetreffende markt in voldoende mate te doorgronden teneinde te kunnen bepalen of, en zo ja in welke mate, de vrije mededinging op die markt is of zou kunnen worden verstoord. Om te bepalen of er sprake is van mededingingsbeperkende gevolgen, dient bovendien een feitelijk onderzoek in de vorm van een marktanalyse verricht te worden, waaraan hoge eisen worden gesteld.⁶⁴
- 7.11 Daar komt nog bij dat OvRAN niet ingaat op de merkbaarheidstoets van artikel 6 Mw. Waarom de mededinging op de door OvRAN gestelde maar niet bewezen Nederlandse accountancymarkt *merkbaar* (lees: in voldoende mate) wordt beperkt wordt niet nader toegelicht, terwijl het aantonen van 'merkbaarheid' een vereiste is voor een geslaagd beroep op het kartelverbod.⁶⁵
- 7.12 Zou er al van worden uitgegaan dat de NBA handelt in strijd met het mededingingsrecht, dan kan het gestelde handelen bovendien niet aan de Staat worden toegerekend. De rechtbank heeft terecht eenzelfde conclusie getrokken.⁶⁶
- 7.13 Voorts legt OvRAN geen verband tussen het vermeende onrechtmatige handelen van de NBA en het handelen van de Staat. OvRAN laat bijvoorbeeld na te motiveren waarom het vermeende onrechtmatige handelen van de NBA het directe gevolg is van de Wab, meer in het bijzonder van het verplichte lidmaatschap van de NBA. Het enkele feit dat de Staat een beroepsorganisatie heeft ingesteld, brengt uiteraard niet met zich

⁶³ Hoge Raad 21 december 2012, NJ 2013, 155 (IATA); Gerechtshof Arnhem 11 december 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY6508 (Grolsch). Zie ook: Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003 L 1/1-25).

⁶⁴ Hoge Raad 3 december 2004, NJ 2005/118.

⁶⁵ HvJ EU 4 juni 2009, C-8/08 (*T-Mobile*); CBb 7 december 2005, LJN: AU8309 (*Secan*).

⁶⁶ Rechtbank Den Haag 22 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:1493, r.ov. 4.27.

dat als gevolg daarvan elke vermeende onrechtmatige gedraging van de NBA aan de Staat kan worden toegerekend.

- 7.14 Van het (doen) faciliteren van handelen in strijd met het mededingingsrecht is voorts geen sprake. Hoewel juist is dat het kartelverbod ook kan worden toegepast op zogenaamde kartelfacilitators,⁶⁷ is daar in de onderhavige zaak geen sprake van.
- 7.15 De Staat handelt immers niet als onderneming en speelt geen "essentiële en gelijkaardige rol" bij het vermeende voortdurende onrechtmatige handelen van de NBA. De Staat heeft geen NBA-bijeenkomsten georganiseerd, heeft geen mededingingsbeperkende data aan de NBA verstrekt en heeft niet als bemiddelaar opgetreden tussen de NBA en haar leden. Van het doen faciliteren van handelen in strijd met het mededingingsrecht is derhalve geen sprake.

Vgl. HvJ EU 22 oktober 2015, C-194/14 P (AC-Treuhand):

"In het onderhavige geval heeft AC-Treuhand, volgens de door het Gerecht in punt 10 van het bestreden arrest vastgestelde feiten, bij de twee betrokken inbreuken een essentiële en gelijkaardige rol gespeeld door verschillende bijeenkomsten te organiseren, die zij heeft bijgewoond en waaraan zij actief heeft deelgenomen, door gegevens over de verkoop op de betrokken markten te verzamelen en aan de producenten van hittestabilisatoren mee te delen, door zich als bemiddelaar aan te bieden in geval van spanning tussen die producenten en door de partijen aan te moedigen compromissen te sluiten, en dit alles tegen bezoldiging. (...)

Uit een en ander volgt dat het Gerecht in de punten 43 en 44 van het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld dat het gedrag van AC-Treuhand onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG viel, en dat een dergelijke uitlegging redelijkerwijze voorzienbaar was op het tijdstip waarop de inbreuken zijn gepleegd."

- 7.16 De slotsom luidt derhalve dat iedere vermeende met het mededingingsrecht verboden handeling van de NBA en/of accountants(kantoren) op geen enkele wijze haar oorsprong in het handelen van de Staat kan vinden, noch door de Staat is gefaciliteerd.
- 7.17 De Staat handelt dan ook niet, direct of indirect, in strijd met het mededingingsrecht, nog daargelaten dat een mogelijke inbreuk wordt gerechtvaardigd door het doel van de Wab.⁶⁸

⁶⁷ Dat wil zeggen: marktdeelnemers die een op beperking van de mededinging gerichte overeenkomst helpen uitvoeren door met name bijeenkomsten tussen concurrenten te organiseren en diensten te verlenen in het kader van de tegen de mededinging gerichte overeenkomsten.

⁶⁸ Zie hoofdstuk 4.

7.18 De slotsom luidt derhalve dat grief 10 faalt.

8 Onvoldoende onderbouwing voor bestaan concurrentievervalsing

- 8.1 Met haar elfde grief, in randnrs. 64 – 72, richt OvRAN zich tegen het oordeel van de rechtbank dat het bestaan van concurrentievervalsing niet is aangetoond. Volgens OvRAN heeft de rechtbank miskend dat de *“bewijslast voor concurrentievervalsing bij de Staat ligt en niet bij OvRAN”*.⁶⁹ Volgens OvRAN is het aan de Staat om aan te tonen dat er afdoende rechtvaardigingsgrond bestaat voor de besluiten die er volgens OvRAN toe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt.
- 8.2 Anders dan OvRAN stelt, getuigt het oordeel van de rechtbank van een juiste rechtsopvatting.⁷⁰ Zoals hiervoor toegelicht, 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.⁷¹ In deze zaak rust op OvRAN dus de verplichting om haar stelling dat de NBA het mededingingsrecht heeft geschonden en deze schending aan de Staat kan worden toegerekend, te onderbouwen met de relevante (economische) feiten en omstandigheden, zodat een voldoende adequaat en gefundeerd (economisch) partijdebat en daaropvolgend rechterlijk oordeel mogelijk worden gemaakt. Dat laat OvRAN ten onrechte na.
- 8.3 Onbegrijpelijk is de stelling van OvRAN dat de Staat – in weerwil van vaste rechtspraak - moet aantonen dat er sprake is van concurrentievervalsing en daarvoor een rechtvaardiging moet aanbieden. Dat is de wereld op zijn kop.
- 8.4 Het is immers OvRAN die beweert dat er sprake is van een schending van het mededingingsrecht en niet de Staat. Het is derhalve OvRAN die krachtens artikel 150 Rv de bewijslast van haar stellingen draagt nu de Staat deze stellingen gemotiveerd heeft betwist. De bewijslastverdeling van artikel 150 Rv geldt immers ook in mededingingszaken.⁷²

Vgl. artikel 2 van Verordening 1/2003:⁷³

⁶⁹ Memorie van grieven, par. 66.

⁷⁰ Rechtbank Den Haag 22 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:1493, r.ov. 4.27.

⁷¹ Hoge Raad 21 december 2012, NJ 2013, 155 (IATA); Gerechtshof Arnhem 11 december 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY6508 (Grosch). Zie ook: Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003 L 1/1-25).

⁷² Vgl. Hoge Raad 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3582, r.ov. 3.4: *“Anders dan het onderdeel bepleit, dient de partij die een beroep doet op de nietigheidssanctie van art. 6 Mw, mede te stellen, en bij voldoende gemotiveerde tegenspraak te bewijzen, dat sprake is van merkbare verstoring van de mededinging in de desbetreffende markt.”*

⁷³ Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (L 1/1).

“In alle nationale of communautaire procedures tot toepassing van artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag dient de partij of autoriteit die beweert dat een inbreuk op artikel 81, lid 1, of artikel 82 van het Verdrag is gepleegd, de bewijslast van die inbreuk te dragen. De onderneming of ondernemersvereniging die zich op artikel 81, lid 3, van het Verdrag beroept, dient daarentegen de bewijslast te dragen dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan.”

- 8.5 Slechts indien een partij een beroep doet op de rechtvaardiging van 101 lid 3 VWEU (het voormalige artikel 81 lid 3 EG) dan wel op de nationale equivalent daarvan in artikel 6 lid 3 Mw, draagt deze partij ten aanzien van het beroep daarop de bewijslast. Dat is dus pas het geval indien er is vastgesteld dat er sprake is van een schending van het kartelverbod. Ten aanzien van het bewijs van de inbreuk zelf rust op OvRAN de bewijslast.
- 8.6 De verwijzing naar het arrest OTOC⁷⁴ maakt het voorgaande niet anders.⁷⁵ De Staat ontkent namelijk niet dat voor de toepassing van de mededingingsregels de NBA kwalificeert als een “ondernemersvereniging”. Waar het echter om gaat is dat OvRAN niet motiveert welk besluit van de NBA als ondernemingsvereniging de mededinging beperkt of vervalst en waarom dit aan de Staat kan worden toegerekend.
- 8.7 Uit de stellingen van OvRAN volgt ook wel dat zij niet is geslaagd in de op haar rustende stelplicht en bewijslast. OvRAN stelt immers dat van een mededingingsbeperking sprake is, om de eenvoudige reden dat dat “voor de hand” ligt.⁷⁶ Hieruit blijkt dat OvRAN niet in staat is om een schending van het mededingingsrecht aan te tonen.
- 8.8 De verwijzing naar de Richtsnoeren horizontale samenwerking⁷⁷ is bovendien niet relevant.⁷⁸ De Staat volgt niet de conclusie dat de citaten uit deze Richtsnoeren de mededingingsbeperkende gevolgen in de onderhavige zaak zouden kunnen doen verhelderen. OvRAN laat immers na toe te lichten welke mededingingsbeperkende gevolgen er zijn door het toedoen van de NBA en waarom deze gevolgen kunnen worden toegerekend aan de Staat. Bovendien ontgaat het de Staat waarom haar eigen wetgeving zou kwalificeren als “horizontale samenwerking” in de zin van de Richtsnoeren horizontale samenwerking. Dat is onjuist.⁷⁹

⁷⁴ HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12 (OTOC).

⁷⁵ Memorie van grieven, par. 67.

⁷⁶ Memorie van grieven, par. 71.

⁷⁷ Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (C 11/1).

⁷⁸ Memorie van grieven, par. 70.

⁷⁹ Vgl. artikel 1 van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (C 11/1): “In deze richtsnoeren worden de beginselen vastgelegd voor de beoordeling, op grond van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (1) („artikel 101”), van overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (hierna gezamenlijk „overeenkomsten” genoemd) die betrekking hebben op horizontale samenwerking. Samenwerking is

8.9 Overigens bevestigt OvRAN impliciet dat de verwijzing naar de Richtsnoeren horizontale samenwerking niet relevant is, nu er ook volgens haar geen sprake is van standaardvoorwaarden in de zin van diezelfde Richtsnoeren horizontale samenwerking.⁸⁰ Ook daarom kan aan de verwijzing naar (de citaten uit) de Richtsnoeren horizontale samenwerking worden voorbijgegaan.

8.10 Grief 11 faalt derhalve.

9 Geen noodzaak tot het stellen van prejudiciële vragen

9.1 OvRAN stelt voorts in randnrs. 73 – 80 dat de rechtbank ten onrechte geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie heeft gesteld, althans dat de rechtbank ten onrechte zou hebben geoordeeld dat OvRAN zou hebben nagelaten toe te lichten waarom het stellen van prejudiciële vragen noodzakelijk zou zijn. Volgens OvRAN had het “voor de hand” gelegen prejudiciële vragen te stellen, omdat er mogelijke strijdigheid zou kunnen ontstaan tussen de opvatting van het Hof van Justitie aangaande het begrip ondernemingsvereniging en de opvatting van het Hof over organisaties van beroepsbeoefenaren.⁸¹

9.2 Er bestaat geen noodzaak of aanleiding prejudiciële vragen te stellen.⁸² Een prejudiciële beslissing is namelijk niet noodzakelijk voor de beslechting van het onderhavige geschil. Bovendien miskent OvRAN dat de nationale rechter de eigen verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof van Justitie voorlegt.⁸³

9.3 OvRAN laat voorts na toe te lichten wat er aan het Hof van Justitie zou moeten worden gevraagd. OvRAN volstaat met de stelling dat omdat het Hof zich niet kan uitspreken over concurrentievervalsing, het “voor de hand ligt” prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Een niet nader toegelichte verwijzing naar het Handvest⁸⁴ maakt dit niet anders.⁸⁵ In dit verband preciseert artikel 52, derde lid, van het Handvest nog dat, voor zover het Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn

„horizontaal” van aard indien een overeenkomst wordt gesloten tussen daadwerkelijke of potentiële Concurrenten (...).”

⁸⁰ Standaardvoorwaarden zijn immers: “standaardverkoop- of -inkoopvoorwaarden die zijn uitgewerkt door een brancheorganisatie of rechtstreeks door de concurrerende ondernemingen zelf”. Daar is evident geen sprake van. Vgl. Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (C 11/1), rnr. 259.

⁸¹ Memorie van grieven, par. 78.

⁸² Artikel 267 VWEU.

⁸³ HvJ EU 16 februari 2012, C-118/11 (Eon), punt 76.

⁸⁴ Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (2012/C 326/02).

⁸⁵ Memorie van grieven, par. 75.

gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend.

- 9.4 Volgens de Staat kunnen prejudiciële vragen dan ook achterwege blijven, omdat voor het stellen daarvan geen noodzaak bestaat, alsook omdat OvRAN geen rechtsvragen heeft geformuleerd, maar enkel feitelijke- c.q. beoordelingsvragen opwerpt. Een prejudiciële verwijzing leent zich niet voor dergelijke feitelijke- c.q. beoordelingsvragen.
- 9.5 In de onderhavige zaak is een juiste en consistente uitlegging van het Unierecht bovendien niet in gevaar.
- 9.6 Om vorenstaande redenen is faalt grief 12.

10 Artikel 6:162 BW

- 10.1 OvRAN stelt tot slot dat nu sprake zou zijn van strijd met de artikelen 11 EVRM, 1 EP en 6 Mw, sprake is van een onrechtmatige overheidsdaad waarvan OvRAN en haar leden schade hebben geleden. OvRAN geeft echter aan haar vorderingen te hebben beperkt tot het wegnemen van de oorzaak van de beweerdelijke onrechtmatigheid. Gelet daarop heeft OvRAN gevorderd de Wab in overeenstemming te brengen met voornoemde bepalingen.
- 10.2 De Staat begrijp dit betoog aldus dat het beroep op artikel 6:162 BW als het gaat om beweerdelijk geleden schade geen bespreking behoeft. Daarbij merkt de Staat volledigheidshalve wel op dat schade die OvRAN noemt niet in rechtstreeks verband staat met het verplichte lidmaatschap van de NBA waartegen zij ageert. Nu OvRAN daar verder niet op ingaat, volstaat de Staat met deze opmerking.
- 10.3 De Staat heeft in het voorgaande toegelicht dat het verplichte lidmaatschap van de NBA niet in strijd is met de artikelen 9 - 11 EVRM, 1 Eerste Protocol EVRM en 6 Mededingingswet. Van enig onrechtmatig handelen van de Staat is dan ook geen sprake.

11 Bevel tot wetgeving

- 11.1 De Staat wenst tot slot nog een aantal opmerkingen te maken over de tweede vordering van OvRAN. Deze vordering strekt ertoe de Staat te bevelen artikel 2, derde lid, van de Wab te vervangen door een tekstvoorstel van OvRAN. Het voorstel van OvRAN strekt ertoe het verplichte lidmaatschap van de NBA te beëindigen.
- 11.2 Los van het feit dat de vorderingen van OvRAN om voornoemde redenen al niet voor toewijzing in aanmerking komen, geldt ook dat OvRAN uw rechtbank niet kan vragen

de Staat een bevel tot wetgeving te doen. Hiertoe zij verwezen naar het standaard arrest inzake Waterpakt, waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat een rechter geen bevel tot wetgeving kan doen.⁸⁶ In latere rechtspraak van de Hoge Raad is dit bevestigd.

Zie bijvoorbeeld:

HR 9 april 2010, LJN: BK4549 (SGP), rov. 4.6.2:

“Zoals is beslist in HR 21 maart 2003, nr. C01/327, LJN AE8462, NJ 2003, 691 (Waterpakt/Staat), mist de rechter de bevoegdheid de Staat te bevelen wetgeving in formele zin tot stand te brengen. Het incidentele middel van Clara Wichmann c.s. in beide zaken bestrijdt dit tevergeefs. Nog daargelaten dat Clara Wichmann c.s. niet, ook niet in hun incidentele cassatiemiddel in beide zaken, hebben aangegeven welke andere specifieke maatregelen de Staat zou kunnen treffen (buiten het hierna nog te behandelen subsidieverbod), is in het onderhavige geval, waar het gaat om de verhouding tussen de Staat en een politieke partij, voor een rechterlijk gebod tot het treffen van specifieke maatregelen ter voldoening aan art. 7 Vrouwenverdrag in beginsel evenmin plaats, omdat de keuze van dergelijke door de Staat te treffen maatregelen een afweging van belangen vergt die in zodanige mate samenvalt met afwegingen van politieke aard, dat zij niet van de rechter kan worden verlangd.”⁸⁷

- 11.3 Nu de rechter geen bevel tot wetgeving kan geven, stuit de tweede vordering daar hoe dan ook op af.

12 Geen rectificatieplicht

- 12.1 OvRAN vordert dat de Staat wordt bevolen binnen één week na datum van het arrest overeenkomstig artikel 6:167 BW in tenminste drie landelijke bladen te openbaren dat de Wab jarenlang strijdig is geweest met artikel 11 EVRM, artikel 1 EP en artikel 6 Mw. Deze grond moet geacht worden te zijn gebaseerd op artikel 6:167 BW. Op basis van deze bepaling kan iemand jegens wie een ander aansprakelijk is ter zake van een onjuiste of door onvolledigheid misleidende publicatie van gegevens van feitelijke aard, de rechter op zijn vordering de ander veroordelen tot openbaarmaking van een rectificatie op een door de rechter aan te geven wijze.
- 12.2 Er bestaat slechts een recht op rectificatie van onjuiste of door onvolledigheid misleidende publicatie van gegevens van *feitelijke* aard. Wetgeving kan daar als zodanig niet onder worden verstaan. Al zou er dus sprake zijn van onrechtmatige wetgeving op basis van artikel 6:162 BW – wat de Staat hierboven gemotiveerd heeft betwist – dan nog geeft artikel 6:167 BW geen recht op een rectificatie zoals door

⁸⁶ HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691 (Waterpakt).

⁸⁷ Zie voorts HR 1 oktober 2004, NJ 2004, 679 (Fryslân).

OvRAN gevorderd, waardoor ook de derde vordering voor afwijzing gereed ligt. Hoe dan ook is van strijd met de artikelen 11 EVRM, 1 EP en 6 Mw geen sprake, zodat deze vordering evenmin voor toewijzing in aanmerking komt.

13 Bewijsaanbod

- 13.1 Nu de discussie tussen partijen is toegespitst op de juridische interpretatie van de wettelijke bepalingen waarop OvRAN haar vorderingen baseert, verwijst de Staat voor het bewijs van zijn stellingen naar de door hem aangehaalde jurisprudentie en parlementaire geschiedenis. Voor zover op grond van artikel 150 Rv de bewijslast op de Staat zou rusten en in het kader van tegenbewijs, biedt de Staat bewijs aan van zijn stellingen. Voor het overige biedt de Staat bewijs aan van zijn stellingen door alle middelen rechtens, waaronder het horen van getuigen en deskundigen.

14 Conclusie

De Staat concludeert:

- (i) tot bekrachtiging van het vonnis van de rechtbank, zonodig met verbetering of aanvulling van gronden,
- (ii) met veroordeling van OvRAN in de kosten van het geding, zulks met bepaling dat over die proceskostenveroordeling de wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang van de vijftiende dag na de datum van het te dezen te wijzen vonnis;
- (iii) met veroordeling van OvRAN in de nakosten, conform het liquidatietarief begroot op EUR 131 dan wel in het geval van betekening EUR 199;
- (iv) met verklaring dat deze proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad zijn.

Den Haag, 3 augustus 2017

advocaat

10. 

behandeld door	M.L. Batting, A.H.T. van Gijssel en R.G.J. Gehring
correspondentie	Postbus 11756, 2502 AT Den Haag
telefoon	(070) 515 36 39
fax	(070) 515 33 66
e-mail	ml.batting@pelsrijcken.nl
zaaknr	11005769