

PROCESINLEIDING VORDERINGSPROCEDURE HOGE RAAD

Algemeen

Gerecht: Hoge Raad der Nederlanden
Adres: Korte Voorhout 8
2511 EK DEN HAAG
Datum indiening: 2 juli 2018
Uiterste verschijndatum verweerster: 7 september 2018

De enkelvoudige civiele kamer van de Hoge Raad behandelt de zaken, vermeld op het in art. 15 Besluit orde van dienst gerechten bedoelde overzicht van zaken, op vrijdagen zoals vermeld in hoofdstuk 1 van het procesreglement Hoge Raad der Nederlanden om 10:00 uur.

Partijen en advocaten

Eiseres tot cassatie

Naam: vereniging met volledige rechtsbevoegdheid
Orde van Registeradviseurs Nederland

Vestigingsplaats: Wassenaar (voorheen: Helvoirt)

Advocaat bij de Hoge Raad: mr. J.A.M.A. Sluysmans en mr. R.T. Wiegerink,
die door eiseres als zodanig wordt aangewezen
om haar in het geding in cassatie te
vertegenwoordigen

Kantoor en kantooradres advocaat: Van der Feltz advocaten N.V.

Javastraat 22

2585 AN DEN HAAG

Verweerder in cassatie

Naam: de Staat der Nederlanden (Ministerie van Financiën)

Vestigingsplaats: Den Haag

Advocaat laatste feitelijke instantie: mr. M.L. Batting

Kantoor en kantooradres advocaat: Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.
Bezuidenhoutseweg 57
2594 AC Den Haag
(Postbus 11756, 2502 AT Den Haag)

Bestreden uitspraak

Eiseres stelt beroep in cassatie in tegen de volgende uitspraak:

Instantie: Gerechtshof Den Haag (hierna: het Hof)

Datum: 3 april 2018

Zaaknummer: 200.213.103/01

MIDDEL VAN CASSATIE

Schending van het recht en/of verzuim van het vormvereiste van een toereikende motivering doordat het Hof heeft geoordeeld als hierna vermeld, zulks ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

Inleiding

De vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Orde van Registeradviseurs Nederland (“OvRAN”) is een door accountants opgerichte beroepsvereniging. Zij houdt zich blijkens haar statuten bezig met het bevorderen van een goede beroepsuitoefening door adviseurs en/of accountants en daarnaast beoogt zij een platform te vormen voor specialisten in een bepaald advies- en /of accountancyvakgebied. OvRAN vertegenwoordigt accountants, administratieconsulenten bij kleinere organisaties en (financieel) adviseurs, werkzaam in het bedrijfsleven of de overheid.

De onderhavige door OvRAN geëntameerde procedure betreft zeer kort gezegd de vraag of het in de Wet op het accountantsberoep (“Wab”) neergelegde verplichte lidmaatschap van de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (“NBA”) in strijd is met art. 11 Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (“EVRM”), mede gelet op art. 20 Universele Verklaring van de rechten van de mens, en diverse andere bepalingen uit het EVRM en of de Staat der Nederlanden (“de Staat”) onrechtmatig handelt jegens OvRAN omdat de grote accountantskantoren via de door de Staat ingestelde NBA een monopoliepositie hebben verkregen en handelen in strijd met art. 6 Mededingingswet (“Mw”).

De rechtbank Den Haag (“de rechtbank”) heeft de op de hiervoor beschreven kwestie gebaseerde vorderingen van OvRAN afgewezen.

Bij het in dit cassatieberoep bestreden arrest van 3 april 2018 heeft het Hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

Het onderhavige cassatieberoep is gericht tegen de beslissingen van het Hof over 1. de vrijheid van vereniging van art. 11 EVRM en 2. De monopoliepositie en het betoog van OvRAN dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld in het licht van art. 6 Mw.

OvRAN acht het van belang op te merken dat dit cassatieberoep mede wordt ingesteld omdat OvRAN de voorliggende kwestie wenst voor te leggen aan het Europees Hof voor de rechten van de mens (“EHRM”). Teneinde die mogelijkheid open te houden, dient de zaak tot in hoogste nationale instantie te zijn uitgedeed.

A. Art. 11 EVRM*Oordeel Hof*

Het Hof overweegt in rov. 19-23 van zijn arrest:

“Schending van artikel 11 EVRM (vrijheid van vereniging)? De grieven 1 tot en met 6

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

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

21. Het voorgaande betekent dat artikel 11 EVRM niet van toepassing is op de verplichting om lid te zijn van de NBA. Het hof komt niet toe aan de stelling van OvRAN dat er sprake zou zijn van indirecte verenigingsdwang, wat hier ook van zij, reeds omdat de NBA geen privaatrechtelijke vereniging is in de zin van artikel 11 EVRM. Het beroep dat OvRAN nog heeft gedaan op het zogenaamde ‘hindercriterium’ wordt verworpen. Het staat de leden van de NBA immers vrij om

elders een vereniging te vormen en/of daarvan lid te zijn. De door OvRAN genoemde merkenrechtprocedures doen daar niet aan af.

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

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

Klachten

1. De hiervoor weergegeven beslissing van het Hof in rov. 19, kort gezegd inhoudende dat de klachten van OvRAN over schending van art. 11 EVRM ongegrond zijn, omdat de NBA geen privaatrechtelijke vereniging is waarop art. 11 EVRM ziet, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel is zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk, zoals wordt uitgewerkt in de hierna opgenomen (sub)onderdelen.
 - 1.1 Het Hof heeft bij de hiervoor in onderdeel 1 bestreden beslissing ten onrechte, althans onder onvoldoende (begrijpelijke) motivering, aansluiting gezocht bij het arrest van uw Raad van 20 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2910 (en de jurisprudentie van het EHRM waarnaar wordt verwezen), omdat de eerdere beslissing van de Hoge Raad was gebaseerd op de gedingstukken zoals die destijds zijn voorgelegd aan uw Raad en omdat kennisneming van de relevante feiten, zoals die in de onderhavige zaak naar voren zijn gebracht kunnen leiden tot een andere, van het eerdere arrest van uw Raad, afwijkende beslissing.
 - 1.2 Het Hof heeft bij zijn in onderdeel 1 bestreden beslissing ten onrechte onvoldoende gewicht toegekend aan de strekking van art. 11 EVRM, zijnde het voorkomen dat overheden naar believen beroepsorganisaties kunnen oprichten die niet onder art. 11 EVRM vallen.¹ Althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, is onbegrijpelijk dat het Hof deze strekking niet, althans niet expliciet heeft meegewogen bij zijn beslissing, mede omdat OvRAN zich daarop heeft beroepen.²
 - 1.3 Het Hof heeft bij de beantwoording van de vraag of de NBA valt onder de reikwijdte van art. 11 EVRM ten onrechte niet, of in onvoldoende mate, de essentiële stelling van OvRAN meegewogen dat de NBA zowel qua verschijningsvorm als acteren is te beschouwen als een ondernemersvereniging en derhalve ten minste mede privaatrechtelijke kenmerken heeft, die meebrengen dat ook in het licht van de jurisprudentie van het EHRM³ art. 11 EVRM wel toepassing dient te vinden.

¹ EHRM 29 april 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002508894 (Chassagnou e.a. t. Frankrijk), rov. 100.

² Memorie van grieven, par. 3 en pleitnota mr. L.G.M. Delahaije voor de zitting van het Hof van 22 februari 2018, par. 12 e.v.

³ EHRM 30 juni 1993, nr. CEDHSERIESAVOL264, ECLI:NL:XX:1993:AD1916 (Sigurjónsson t. IJsland).

1.4 De beslissing van het Hof in rov. 20 dat is voldaan aan de toepasselijke ‘integratiecriteria’, zoals die door het EHRM zijn ontwikkeld, is onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. Indien het Hof heeft aangenomen dat het enkele feit dat de NBA een openbaar lichaam is, meebrengt dat aan de integratiecriteria is voldaan, geeft dat oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting.⁴ Indien het Hof dit niet heeft miskend, heeft het Hof onvoldoende inzicht in zijn gedachtegang gegeven door slechts in abstracto te verwijzen naar de in zijn arrest vastgestelde feiten ter motivering van zijn beslissing dat zou zijn voldaan aan de integratiecriteria. Bij de toetsing aan de integratiecriteria heeft het Hof in ieder geval ten onrechte geen (kenbare) aandacht besteed aan de volgende essentiële stellingen van OvRAN:

- De NBA dient niet het algemeen belang omdat de overgrote meerderheid van de actieve NBA leden geen openbare accountant is;⁵
- De NBA dient vooral de belangen van de grote accountantskantoren (de ‘big four’) en stelt verordeningen vast die die grote kantoren bevoordeelt, hetgeen een gevolg is van het stemoverwicht van die grote kantoren in het bestuur van de NBA.⁶

1.5 De hiervoor vermelde klachten vitiëren tevens de beslissingen van het Hof in rov. 34 en het dictum.

B. Art. 6 Mw

Oordeel Hof

Het Hof overweegt in rov. 30-32 van zijn arrest:

“Schending artikel 6 Mw? Grieven 10 en 11

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

31. OvRAN erkent dat de Staat in dit verband niet als onderneming op de markt handelt. Volgens OvRAN heeft de Staat echter wel een ondernemingsvereniging (de

⁴ Memorie van grieven, par 21-24 en pleitnota mr. L.G.M. Delahaije voor de zitting van het Hof van 22 februari 2018, par. 18-21.

⁵ Memorie van grieven, par. 4-6 en pleitnota mr. L.G.M. Delahaije voor de zitting van het Hof van 22 februari 2018, par. 1.

⁶ Memorie van grieven, par. 7-12.

NBA) in het leven geroepen, welke vereniging concurrentievervalsende regelgeving (in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU) tot stand heeft gebracht. Deze regelgeving is door de Staat goedgekeurd, althans niet vernietigd. Aldus faciliteert de Staat concurrentievervalsing ten gunste van de grote kantoren en ten nadele van de andere leden, hetgeen onrechtmatig is.

32. Het hof oordeelt hierover als volgt. Nu de Staat in dit verband niet als onderneming handelt, kan zij de kartelregels van artikel 6 Mw niet overschrijden. Het hof onderschrijft in dit verband rechtsoverweging 4.27 in het bestreden vonnis. OvRAN moet met haar klachten in de eerste plaats bij de NBA zijn. Hierop reeds strandt de klacht van OvRAN. Het verwijt aan de Staat omtrent het faciliteren van concurrentievervalsing, waarbij OvRAN kennelijk het oog heeft op artikel 6:162 BW, is ook in hoger beroep niet met de vereiste mate van precisie toegelicht. OvRAN heeft niet onderbouwd waardoor de NBA de mededinging beperkt en/of vervalst, terwijl zij evenmin een rechtens relevant verband heeft gelegd tussen het handelen van de NBA en het aan de Staat verweten onrechtmatig handelen. Verwijzing naar gedragsregels en verordeningen, zonder toelichting om welke concurrentievervalsende regelgeving het concreet gaat, vormt een ontoereikende onderbouwing, nog los van de vraag of de Staat hiervan een verwijt zou zijn te maken. Er is kortom geen aanwijzing dat de Staat direct of indirect handelt in strijd met het mededingingsrecht, zodat hierop niet een onrechtmatige daad kan worden gebaseerd. Ook hierom worden deze grieven verworpen.”

Klachten

2. De beslissing van het Hof in rov. 32 dat er geen aanwijzing is dat de Staat direct of indirect handelt in strijd met het mededingingsrecht geeft volgens OvRAN blijk van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel is zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk, zoals wordt uitgewerkt in de hierna opgenomen (sub)onderdelen, die zowel afzonderlijk als in onderling verband moeten worden beschouwd.
 - 2.1. Voor zover het Hof aan de verwerping van het verwijt van OvRAN aan de Staat dat de Staat concurrentievervalsing faciliteert (mede) ten grondslag heeft gelegd dat de Staat niet als onderneming handelt, kan die beslissing volgens OvRAN niet in stand blijven, omdat de omstandigheid dat de Staat niet als onderneming handelt en dus de kartelregels van art. 6 Mw niet kan overschrijden er niet aan afdoet dat de Staat onrechtmatig kan handelen door concurrentievervalsing te faciliteren.
 - 2.2. De beslissing van het Hof in rov. 32 dat OvRAN het verwijt aan de Staat omtrent het faciliteren van concurrentievervalsing (en het beroep op art. 6:162 BW⁷) niet met de

⁷ Inleidende dagvaarding, pos. 73-78.

vereiste mate van precisie heeft toegelicht⁸, is naar de mening van OvRAN onjuist, althans onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd, in het licht van de essentiële stellingen van OvRAN dat:

- 1) de Staat welbewust een bijlage bij de Verordening op het Bestuur goedkeurde, in strijd met art. 12 lid 6 Wab, inhoudende dat een evenwichtige bestuursamenstelling vereist⁹; en,
- 2) NBA - naar tussen partijen niet in geschil is¹⁰ - voor de toepassing van de mededingingsregels kwalificeert als ondernemersvereniging.

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

- 2.3. Evenzeer is in de visie van OvRAN onjuist, althans, onbegrijpelijk de beslissing in rov. 32 dat OvRAN geen rechtens relevant verband zou hebben gelegd tussen het handelen van NBA en het aan de Staat verweten onrechtmatig handelen, nu OvRAN erop heeft gewezen dat blijkens art. 34 Wab bepaalde besluiten van NBA goedkeuring van de Minister behoeven en alle verordeningen en andere besluiten van NBA bij Koninklijk Besluit worden vernietigd ingevolge art. 35 Wab.¹¹
- 2.4. De hiervoor vermelde klachten vitiëren tevens de beslissingen van het Hof in rov. 34 en het dictum.

C. Verzoek om spreektijdverlenging bij zitting Hof

Inleiding

OvRAN heeft bij haar verzoek van 29 augustus 2017 om een mondeling pleidooi bij het Hof verzocht om verlenging van de spreektijd tot 45 minuten (zie het als bijlage bij deze procesinleiding gevoegde H10-formulier ten behoeve van de rolzitting van 19 september 2017, formulier nr. H10_29-08-2017_200.213.103_01, welk formulier is ingediend bij het Hof en in afschrift aan de Staat is verzonden¹²). Als toelichting voor dit verzoek werd opgenomen: "Veel argumenten aan de orde".

⁸ Zie ook Memorie van Grieven, par. 48-51 en de pleitnota van mr. L.G.M. Delahaije voor de zitting van het Hof van 22 februari 2018, par. 3-8.

⁹ Pleitnota mr. L.G.M. Delahaije voor de zitting van het Hof van 22 februari 2018, par. 53.

¹⁰ Memorie van antwoord, par. 8.6.

¹¹ Memorie van grieven, par. 65.

¹² In het roljournaal van het Hof is de bevestiging van de goede ontvangst van het verzoek terug te vinden: "19-09-2017 Appellant voor fourneren t.b.v. pleidooi. Appellant fourneert t.b.v. pleidooi + verhinderdata van beide partijen overgelegd + vraagt afwijkende spreektijd van 45 minuten."

Zowel uit het proces-verbaal van de pleidooizitting als uit het arrest van het hof dan wel uit andere correspondentie van het Hof blijkt niet of het verzoek tot verlenging van de spreektijd van OvRAN is ingewilligd, dan wel waarom dit verzoek al dan niet is ingewilligd.

Het proces-verbaal van de pleidooizitting bij het Hof van 22 februari 2018 om 09:30 vermeldt (op p. 2):

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

Tot de gedingstukken behoort inderdaad een pleitnota van mr. Delahaije zijdens OvRAN waarin grote delen zijn doorgestreept.

Klachten

- 3.1. Het Hof heeft ten onrechte - want in strijd met de beginselen van een goede procesorde, art. 6 EVRM en (art. 4 van) het Landelijk procesreglement civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven (“het Procesreglement”) - geen expliciete beslissing genomen over het verzoek van OvRAN om spreektijdverlenging, althans ten onrechte niet inzichtelijk gemaakt waarom het verzoek tot spreektijdverlenging van OvRAN al dan niet is ingewilligd, dan wel expliciet kenbaar gemaakt of het verzoek is ingewilligd. Een goede procesorde, art. 6 EVRM en het Procesreglement brengen met zich dat het Hof ten minste (expliciet) had moeten beslissen op het verzoek om spreektijdverlenging en OvRAN (op voorhand) op de hoogte had moeten brengen van deze beslissing en de motivering hiervan, zodat zij haar pleitnota had kunnen afstemmen op de juiste spreektijd. Althans zonder nadere motivering is de beslissing van het Hof op dit punt onbegrijpelijk.
- 3.2. Nu het Hof geen expliciete beslissing heeft genomen over het verzoek om spreektijdverlenging, maar er blijktens het proces-verbaal “wegens de spreektijd” wel onderdelen van de pleitnota van OvRAN zijn overgeslagen, dient er in cassatie (ten minste veronderstellenderwijs) van te worden uitgegaan dat het Hof het verzoek om spreektijdverlenging heeft afgewezen. Die afwijzing geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat OvRAN hierdoor is geschaad in het processuele belang om haar argumenten (afdoende) te kunnen toelichten. Althans, de afwijzing is zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk, in het licht van de vaststaande omstandigheden dat er slechts om een beperkte verlenging van de spreektijd is verzocht (met vijftien minuten) en dat het verzoek - voldoende - is gemotiveerd, doordat erop is gewezen dat er veel argumenten aan de orde zijn. Het belang van OvRAN bij deze klachten wordt onderstreept door de tot de gedingstukken behorende door het Hof “akkoord bevonden”

pleitnota, waarin zeer veel passages zijn weggestreept, onder meer op punten waarover OvRAN in deze procesinleiding inhoudelijke cassatieklachten heeft opgenomen.

Op grond van dit middel vordert eiseres vernietiging van het bestreden arrest met zodanige verdere beslissing als de Hoge Raad passend acht, met veroordeling van verweerder 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 arrest.