

VAN DER FELTZ

a d v o c a t e n

Hoge Raad der Nederlanden
Ter attentie van de voorzitter van de Civiele Kamer
Korte Voorhout 8
2511 EK DEN HAAG

Datum: 19 juli 2019
Uw ref.: Zaaknummer 18/02848
Onze ref.: 20185247/IFS
Van: J.A.M.A. Sluysmans en R.T. Wiegerink,
advocaten bij de Hoge Raad

T: +31 70 31 31 076
M: +31 6 15 26 46 07
E: wiegerink@feltz.nl

Betreft: OvRAN / Staat

Edelhoogachtbare heer,

De conclusie P-G in bovenstaande zaak geeft eiseres tot cassatie, OvRAN, aanleiding tot het maken van enkele opmerkingen.

1. Bij de bespreking van de klachten van onderdeel 3 van het middel in de conclusie wordt het Hof ten onrechte de hand boven het hoofd gehouden op het punt van het verzuim een (tijdige) beslissing te nemen op het verzoek om spreektijdverlenging en de vraag of daaraan enig juridisch gevolg moet worden verbonden (par. 7.8-7.9). Hoewel de advocaat-generaal in de conclusie vooropstelt dat de klacht dat is verzuimd om voorafgaand aan de pleidooizitting te beslissen op het verzoek om spreektijdverlenging (subonderdeel 3.1) terecht is voorgesteld, wordt aan dit verzuim geen juridisch gevolg verbonden, zodat de klacht dient te falen. Deze conclusie kan OvRAN niet onderschrijven.
2. Ter motivering van de overweging dat aan het hiervoor vermelde verzuim geen juridisch gevolg dient te worden verbonden, worden in de conclusie enkele omstandigheden genoemd die, kort gezegd, erop neerkomen dat het aan een gebrek aan assertiviteit van de zijde van (de advocaat van) OvRAN is te wijten dat een tijdige beslissing op het verzoek om spreektijdverlenging door het Hof is uitgebleven (par. 7.9). Het voor rekening en risico laten komen van de gevolgen van het verzuim om tijdig te beslissen op een correct ingediend verzoek om spreektijdverlenging van OvRAN, overschrijdt echter naar haar mening de grenzen van de goede procesorde en doorstaat de toets van art. 6 EVRM en art. 4 LPR niet. De advocaat-generaal die de conclusie heeft opgesteld, laat daarmee ten onrechte een omissie van het Hof voor

Van der Feltz advocaten | Javastraat 22 2585 AN Den Haag | Postbus 85615 2508 CH Den Haag
T: +31 (0)70 31 31 050 | E: info@feltz.nl | W: www.feltz.nl

rekening van een procespartij komen en bagatelliseert daarmee het belang van de geschonden norm. De advocaat-generaal kent in dat verband ook te weinig gewicht toe aan de omstandigheid dat OvRAN ter zitting omvangrijke passages uit haar pleitnota niet onder de aandacht van het Hof kon brengen (zie de als bijlage bij de conclusie gevoegde en tot de gedingstukken behorende pleitnota met de door het Hof doorgestreepte passages). OvRAN is daardoor onevenredig benadeeld.

3. Ook de bespreking van subonderdeel 3.2 in de conclusie verlangt nuancering. Voor zover het ervoor moet worden gehouden dat in het eindarrest een (impliciete) afwijzing van het verzoek om spreektijdverlenging ligt besloten, wordt deze beslissing in de conclusie gekwalificeerd als een niet voor cassatie vatbare beslissing, zodat het beroep van OvRAN op dit punt niet-ontvankelijk dient te worden verklaard (par. 7.11-7.15). OvRAN wijst erop dat de impliciete afwijzing van het verzoek om spreektijdverlenging niet concludent is met het gegeven dat die beslissing van het Hof ingrijpt in de rechten en belangen van OvRAN, hetgeen door de advocaat-generaal in par. 7.14 wel wordt onderkend. De overweging dat de impact van de beslissing ook weer niet heel groot is, omdat OvRAN haar standpunt wel heeft *kunnen* toelichten, reduceert de gevolgen van deze beslissing ten onrechte tot het vooraf niet weten dat het verzoek om spreektijdverlenging niet zou worden gehonoreerd.
4. Door aldus te overwegen gaat de advocaat-generaal voorbij aan de kern van de klacht - en daarmee de kern van art. 6 EVRM en art. 4 LPR -, namelijk dat OvRAN hierdoor in haar processuele belang om argumenten afdoende te kunnen toelichten is geschaad, zoals onmiskenbaar blijkt uit het betrekkelijk grote aantal doorgestreepte paragrafen in de pleitnota.
5. Het gegeven dat een aanzienlijk gedeelte van de pleitnota geen onderdeel van de gedingstukken is gaan uitmaken, vindt ook zijn weerslag in de materiële discussie van het geschil, namelijk de vraag of art. 11 EVRM toepassing vindt en zo ja, of het daarin vervatte recht op vrijheid van vereniging is geschonden. Tegen die achtergrond wenst OvRAN de navolgende opmerkingen te maken.
6. De conclusie bevat een onjuiste weergave van het juridisch kader van art. 11 EVRM, omdat daarin en vervolgens in de bespreking van de klachten naar de mening van OvRAN geen recht wordt gedaan aan meerdere elementaire kwesties die in het onderhavige geval aan de orde zijn, zoals in de eerste plaats het feit dat het door de Wet op het accountantsberoep verplichte lidmaatschap van de NBA in strijd komt met het negatieve recht op vrijheid van vereniging. Immers, zoals ook in conclusie tot uitgangspunt wordt genomen (par. 5.9), volgt uit o.m. het arrest *Vördur Olofsson t. Ísland* (EHRM 27 april 2010, nr. 20161/06) dat art. 11 EVRM zowel een positief als een negatief recht op vrijheid van vereniging omvat (“equal footing”).
7. Het valt op dat het negatieve recht op vrijheid van vereniging wel door de advocaat-generaal wordt genoemd, maar dat zij vervolgens bij de bespreking van de klachten

daaraan voorbijgaat. In dat verband is met name van belang hetgeen de advocaat-generaal heeft overwogen bij de bespreking van de klachten in subonderdeel 1.3 en 1.4, waarin onder meer de stellingen van OvRAN zijn opgenomen dat de NBA zowel qua verschijningsvorm als acteren is te beschouwen als een ondernemersvereniging en derhalve privaatrechtelijke kenmerken heeft (zodat art. 11 EVRM wel toepassing dient te vinden) en dat de NBA niet het algemeen belang dient omdat de overgrote meerderheid van de actieve NBA-leden helemaal geen accountant is, laat staan openbaar accountant. OvRAN merkt hierbij op dat de advocaat-generaal uitgaat van een wel zeer welwillende interpretatie van het arrest van het Hof, door aan te nemen dat het Hof aansluiting heeft beoogd te zoeken bij de door de Staat naar voren gebrachte verweren (zie par. 5.50-5.55 van de conclusie), terwijl daarover niets, althans in ieder geval niets expliciets, is terug te vinden in het arrest van het Hof. Wat in dit verband naar de mening van OvRAN voorts opvalt, is dat aan het gegeven dat art. 11 EVRM elke vorm van misbruik van een machtspositie verbiedt, zoals volgt uit rov. 56 van het arrest Mytilinaios en Kostakis t. Griekenland (*“Le vocable « nécessaire » n’a pas la souplesse de termes tels qu’« utile » ou « opportun ». ... tout abus d’une position dominante.”*), in de conclusie onvoldoende, althans onvoldoende kenbare aandacht wordt besteed.

8. In de tweede plaats komt op dit punt pijnlijk naar voren dat juist hier de schoen wringt wat betreft het doorhalen van passages uit de pleitnota voor de zitting van het Hof als gevolg van het niet tijdig beslissen op het verzoek om spreektijdverlenging. Zo volgt uit het doorgehaalde (maar nog wel leesbare) randnummer 13 van de pleitnota de stelling dat de NBA *“theoretisch gezien het openbare belang moet dienen, maar dat de praktijk uitwijst dat de NBA grote concurrentie vervalsende voordelen aan grote accountantskantoren en hinder voor andere NBA-leden verschaft”*, waarmee OvRAN heeft willen onderbouwen dat de NBA niet het openbaar belang dient, zodat niet voldaan is aan een van de integratiecriteria uit het Le Compte-arrest, te weten het criterium dat de organisatie het algemeen belang en niet louter het belang van de leden dient, aldus OvRAN. Uit het voorgaande vloeit voort dat de bedoelde passage uit de pleitnota een belangrijke bron is ter ondersteuning van het betoog dat de NBA kwalificeert als een vereniging die onder de reikwijdte van art. 11 EVRM valt (en dat het recht op vrijheid van vereniging is geschonden). Datzelfde geldt ten aanzien van de goeddeels doorgestreepte randnummers 18-33 van de pleitnota waarin wordt ingegaan op de integratiecriteria, het noodzakelijkheids criterium, het hinder criterium en het feit dat sprake is van indirecte verenigingsdwang, zo wenst OvRAN te benadrukken. Het belang van OvRAN bij onderdeel 3 (en bij het niet voorbijgaan aan de omissie van het Hof) volgt hieruit onomstotelijk.
9. Vanwege de verstrekende gevolgen voor OvRAN van een beslissing dat art. 11 EVRM geen toepassing vindt ten aanzien van de NBA en zodoende ook geen inbreuk op het recht van vrijheid van vereniging kan worden vastgesteld (waardoor de leden van OvRAN gedwongen zijn lid te blijven van de NBA teneinde de titel AA/RA niet te verliezen, terwijl de disproportionele regeling van het ‘titelverbod’ alleen bestaat voor

NBA-leden en niet voor leden van andere, vergelijkbare beroepsgroepen) was een meer kritische houding ten aanzien van die beslissing - en dus ook ten aanzien van de procedure die tot die beslissing heeft geleid - in elk geval passend geweest, zo meent OvRAN.

Tot zover deze reactie. Graag zeggen wij u op voorhand dank voor de aan deze brief bestede aandacht.

Een afschrift van deze brief zenden wij heden aan de advocaat-generaal die de conclusie opstelde, mw. mr. R.H. de Bock en aan de cassatieadvocaat van de Staat, dhr. mr. J.W.H. van Wijk.

Met de meeste hoogachting,



J.A.M.A. Sluysmans

R.T. Wiegerink