

Gerechtshof Den Haag

MEMORIE VAN GRIEVEN

Zitting : 30 mei 2017.

Zaaknummer: 200.213.103/01

Inzake:

De Vereniging met volledige rechtsbevoegdheid,
Orde van Registeradviseurs Nederland, hierna
te noemen **OvRAN**, appellante
advocaat: Mr. L.G.M. Delahaije

Contra:

De publiekrechtelijke rechtspersoon **de Staat
der Nederlanden, het ministerie van
Financiën**, hierna te noemen **de Staat**,
geïntimeerde,
advocaat: Mr. N.L. Batting

Inleiding

Appellante, hierna te noemen OvRAN, heeft bij appeldagvaarding d.d. 28 maart 2017 tijdig hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de Rechtbank Den Haag d.d. 22 februari 2017 rolnummer C/09/508858/HA ZA 16 418 gewezen tussen OvRAN als eiseres en geïntimeerde, hierna te noemen de Staat, als gedaagde.

OvRAN kan zich met dit vonnis en de gronden waarop het berust niet verenigen. Zij handhaaft al haar stellingen en vorderingen van 1^e instantie onverkort, tenzij in het hiernavolgende daarvan uitdrukkelijk wordt afgeweken. OvRAN legt de zaak in volle omvang aan Uw Hof voor. Zij brengt in het geding het procesdossier van eerste instantie te weten:

1. dagvaarding d.d. 29 maart 2016;
2. conclusie van antwoord d.d. 22 juni 2016;
3. tussenvonnis d.d. 6 juli 2016;
4. akte houdende overlegging producties 1 t/m 11c aan de zijde van OvRAN d.d. 31 januari 2017;
5. pleitnota zijdens OvRAN d.d. 31 januari 2017;
6. pleitnota zijdens van de Staat d.d. 31 januari 2017;
7. proces-verbaal van de zitting van 31 januari 2017 en het B16 formulier van OvRAN met opmerkingen over genoemd proces verbaal en
8. de grosse van het beroepen vonnis d.d. 22 februari 2017

en voert de navolgend grieven aan.

Grief 1

Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld dat de strafkamer van de Hoge Raad in zijn uitspraak van 20 december 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2910) op goede gronden heeft geoordeeld dat de NBA niet als vereniging zoals bedoeld in art. 11.1 EVRM kan worden aangemerkt.

Toelichting

- 1) In zijn algemeenheid past respect voor uitspraken van de Hoge Raad (HR) als hoogste rechtsprekende instantie in Nederland. Maar rechterlijke uitspraken kunnen nu eenmaal fouten bevatten in de feiten en in de rechtsgronden. Een strafrechtelijk arrest van de HR gebaseerd op onvolledige dan wel onjuiste feiten en rechtsgronden kan daarom niet zonder nadere analyse en beoordeling in een civielrechtelijke zaak als gezaghebbende jurisprudentie worden aanvaard en slaafs worden nagevolgd.
- 2) Dat is ook de reden dat tegen dit strafrechtelijk arrest een klacht is ingediend bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in Straatsburg. Als **prod. 1** worden aan deze memorie gehecht kopie van de pagina's 5 t/m 9 van de klacht met het verzoek de inhoud daarvan als hier herhaald en ingelast te beschouwen. Het door EHRM voorgeschreven formaat en taal, houden helaas beperkingen in. Vandaar dat naast een aantal elementen uit die klacht ook andere onvolledige dan wel onjuiste feiten en rechtsgronden in het genoemde arrest HR en de beroepen uitspraak Rechtbank hieronder worden belicht.
- 3) De conclusie van de strafkamer van de HR luidt dat art. 11 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) niet van toepassing is aangezien de NBA: "*krachtens de WAB¹ 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.*" De gevolgtrekking die de HR aan deze feiten verbindt, is echter onjuist. Die gevolgtrekking betekent immers feitelijk dat deze de door de Hoge Raad gehanteerde criteria een vrijbrief verschaffen aan overheden 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. En dat was nou net hetgeen art. 11 EVRM wilde voorkomen.

INZAKE DE FEITEN

- 4) Vrijwel iedereen gaat er vanuit dat alle leden van de NBA openbare accountants zijn zoals het publiek dat verstaat. De dagvaarding in eerste aanleg gaf in redengeving 15 reeds aan dat dit geenszins het geval is. Van de 21.290 NBA-leden volgens het jaarverslag NBA 2014 is de meerderheid, de zogenaamde "accountants in business" naast interne en overheidsaccountants, helemaal niet werkzaam op accountantskantoren zoals het publiek dat verstaat maar werkt bij gewone bedrijven en overheden. Als **prod. 2** wordt overgelegd een uitdraai van de website "accountatancyvanmorgen" waaruit blijkt dat van de 19.316 actieve NBA-leden er 10.569 (9076 + 1493) helemaal geen openbaar accountant zijn maar werkzaam in het bedrijfsleven of de overheid als gewone werknemer, zzp'er, manager, adviseur etc. in tal van interne of externe functies die niets van doen hebben met het accountantsberoep als zodanig. Om van de circa 2.000 gepensioneerde leden maar niet te spreken. Derhalve is de overgrote meerderheid van de actieve NBA leden, circa 12.500 (10.569 + 2.000), helemaal geen openbaar accountant maar blijft alleen NBA-lid om zijn titel niet kwijt te raken. Welk algemeen belang dient deze extreme vorm van indirecte

verenigingsdwang? Welke doelstelling van algemeen belang rechtvaardigt om al die circa 12.500 personen te onderwerpen aan al die administratieve, regelgevende en toezichthoudende bevoegdheden van de NBA, gegeven voor openbare accountants in het openbare beroep?

- 5) Uit productie 2 blijkt ook dat er 8.747 praktiserende openbare accountants zijn. Als **prod. 3a** wordt overgelegd een brief van NOVAK d.d. 28 maart 2017 aan de kabinets-informateur. Uit die brief blijkt dat van die 8.747 echte openbare accountants velen, die zich MKB accountant noemen en verenigd zijn onder de vlag van NOVAK, helemaal niet zo gelukkig zijn met al die niet voor hen geschreven en voor hen en ook in het publieke belang dus overbodige administratieve, regelgevende en toezichthoudende bevoegdheden van de NBA. Enkele citaten uit de brief van NOVAK d.d. 28 maart 2017 zijn verhelderend: *“Het NBA-register is vervuild”, “Misschien wel 90% van de NBA-leden houdt zich helemaal niet bezig met de wettelijke controle”, “MKB-accountants dragen de lasten van een verplichte inschrijving bij een beroepsorganisatie die hun belangen negeert zonder dat zij daarvoor iets terug ontvangen”, “De NBA kijkt meestal met de bril van de grote kantoren naar de sector als geheel”, etc. etc.* Het FD vat dit samen met de kop: *“Accountants MKB willen vereniging NBA opblazen.”* Kopie van het betreffende artikel d.d. 30-3-2017 in het FD wordt als **prod. 3b** aan deze memorie gehecht.
- 6) De meeste overige openbare accountants, verenigd onder de vlag van de SRA, blijken evenmin gelukkig te zijn met al die administratieve, regelgevende en toezichthoudende bevoegdheden van de NBA. Dat laatste blijkt onder meer uit een persbericht van de SRA d.d. 28-2-2017, hetwelk als **prod. 4** aan deze memorie wordt gehecht. De navolgende citaten uit deze productie zijn verhelderend: *“Gedwongen winkelnering: “Meer dan 80% van de respondenten geeft aan dat grotere kantoren (Big 4, Next 5, Top 20) met de nieuwe eindtermen voor de praktijkopleiding worden bevoordeeld.”, “Deze maatregelen werken niet alleen marktregulering en concurrentievervalsing in de hand, ook zullen studenten zelf met gedwongen winkelnering geconfronteerd worden.”*
- 7) De strafkamer van de HR kende dezelfde feiten als de Rechtbank die met de 6 voorbeelden onder de redengevingen 22 tot en met 27 bij dagvaarding naar voren werden gebracht. Die voorbeelden bewijzen dat de grote(re) kantoren de regelgeving, behoudens de wettelijke controle zo hebben ingericht dat ze zichzelf daarvan (kunnen) vrijstellen (voorbeeld 1), grote voordelen daaraan ontlenu (voorbeeld 6: stage) of minder last hebben van de problemen die kleinere kantoren en andere leden van de NBA ervaren (voorbeelden 2 en 5: assurance, 3: onafhankelijkheid, 4: toetsing). En dan is het permanente educatiecircuit (PE) nog niet genoemd. Grote kantoren kunnen die verplichte en onverplichte PE cursussen vrij goedkoop zelf organiseren terwijl alle anderen afhankelijk zijn van externe providers die aan de NBA een aanzienlijke fee moeten betalen.
- 8) De strafkamer van de HR was ook bekend met redengeving 20 uit de inleidende dagvaarding van 1^e instantie waar blijkt dat bij de NBA niet zozeer het behartigen van de gemeenschappelijke belangen van accountants voorop staat maar vooral het discriminatoir behartigen van belangen van grote(re) accountantskantoren. Het instrument daarvoor is het stemoverwicht van die kantoren in het NBA-bestuur. Hoe de strafkamer HR ondanks voornoemde feiten kon concluderen dat de NBA doelstellingen van algemeen belang nastreeft, is onbegrijpelijk en feitelijk onjuist.
- 9) Des te meer onbegrijpelijk omdat de Rechtbank op de hoogte was van de feiten gesteld in productie 6a door OvRAN overgelegd bij akte houdende overlegging producties 1 t/m 11c

bij gelegenheid van het gehouden pleidooi, hierna AHP te noemen. Daar betoogde de bekende auteur Westra van diverse studieboeken over accountancy regelgeving onweersproken over de nieuwe Verordening GedragsCode: *“Wat de VGC feitelijk doet, is een monopoly van de Wta-kantoren uitbreiden tot een breed scala van diensten. Alle ‘assurance-opdrachten’, alle samenstellingsopdrachten, alle specifieke werkzaamheden vallen daaronder. Al deze diensten zijn alleen nog te verlenen door een kantoor waar accountants de dienst uitmaken en dat over de vereiste schaalgrootte beschikt.*

- 10) En welk algemeen belang dienden de grote kantoren, toen het er op leek dat de nieuwe VGC het niet zou halen qua stemmen, zoals blijkt uit productie 5b bij de AHP, door voldoende medewerkers in witte busjes naar de ledenvergadering 2006 te sturen om die VGC aangenomen te krijgen waar ze zichzelf vrij van (konden) stellen.
- 11) En welk algemeen belang diende het NBA-bestuur door te weigeren alternatieve gedragscodes in diezelfde ledenvergadering in stemming te brengen zoals aangetoond in productie 5c bij de AHP. Het belangrijkste verschil tussen die alternatieve gedragscodes en de VGC was dat alle NBA leden volgens de nieuwe VGC dezelfde commerciële mogelijkheden hielden als de grote kantoren en dus geen achterstand zouden oplopen voor wat betreft concurrentiemogelijkheden.
- 12) Om af te sluiten over de mening van de strafkamer HR dat de NBA het algemeen belang zou dienen, zij verwezen naar productie 5d bij de AHP waar het Hof Amsterdam constateerde dat *“het er op lijkt dat Nivra procedureel tekort is geschoten althans niet steeds adequaat heeft geopereerd”*. Dat tekort schieten en niet adequaat opereren had alles te maken met de bedoeling van het NBA-bestuur de nieuwe VGC koste wat kost door te drukken zodat die de grote kantoren grote commerciële voordelen zou verschaffen ten opzichte van alle andere NBA leden. Die andere NBA leden kunnen zich nu eenmaal niet eenvoudig onttrekken aan de gevolgen van de zeer brede definities van “assurance” en “aan assurance verwant”. Verwezen wordt naar al hetgeen in eerste instantie daarover naar voren is gebracht.

INZAKE HET RECHT

- 13) De criteria in het dictum van de strafkamer HR betekenen een vrijbrief voor overheden om naar believen beroepsorganisaties in het leven te roepen buiten het bereik van art. 11 EVRM. Toch beoogde art. 11 EVRM juist, in navolging van de Universele Verklaring over de Rechten van de Mens, om dergelijke vrijbrieven te voorkomen. De Hoge Raad heeft dus onjuist en in strijd met doel en strekking van art. 11 EVRM geoordeeld. De Rechtbank heeft het oordeel van de Hoge Raad overgenomen en dat is rechtens niet correct.
- 14) Allereerst komt de vraag op hoe het kan bestaan dat onze hoogste rechtelijke instantie de dwingende tekst uit art. 20.2 van de Universele Verklaring over de Rechten van de Mens (UVRM) over het hoofd ziet: *“Niemand mag worden gedwongen tot een vereniging te behoren”*. Ook is geen aandacht besteed aan zeer duidelijke jurisprudentie over de zeer beperkte uitzonderingen die de tekst van lid 2 van art. 11 EVRM toelaat:
 - Chassagnou, ro 113: *“It is a different matter where restrictions are imposed on a right or freedom guaranteed by the Convention in order to protect ‘rights and freedoms’ not, as such, enunciated therein. In such a case only indisputable imperatives can justify interference with enjoyment of a Convention right.”* Het staat vast dat accountantscontrole niet wordt genoemd in art 11.2 EVRM als een toegelaten uitzondering op het verbod in het 1e lid. Chassagnou maakt

in ro 113 duidelijk dat er een zekere interpretatievrijheid bestaat maar stelt als eis dat daarvoor “onbetwistbare imperatieven” moeten bestaan. De strafkamer HR is zelfs niet toegekomen aan de vraag of dergelijke “onbetwistbare imperatieven” zouden bestaan bij de regulering van het accountantsberoep.

- Chassagnou, ro 114: *“Moreover, an individual does not enjoy the right to freedom of association if in reality the freedom of action or choice which remains available to him is either non-existent or so reduced as to be of no practical value.”* De strafkamer van de HR is ook niet toegekomen aan de afweging of enige keuzevrijheid bestaat die in het algemene belang praktische waarde heeft voor de circa 12.500 leden van de NBA die helemaal geen accountant zijn maar lid blijven om hun titel niet kwijt te raken. Laat staan voor een groot gedeelte van de andere 8.747 echte openbare accountants, die nog minder keuzes hebben die praktische waarde hebben. Door het lidmaatschap op te zeggen zijn deze NBA-leden niet alleen hun titel kwijt maar verliezen ook de bevoegdheid typische taken van echte openbare accountants uit te oefenen.

- 15) Nu uit de feiten blijkt dat het hoogst twijfelachtig is of de NBA wel doelstellingen nastreeft van algemeen belang en het dictum strijdig is met art. 20.2 UVRM en art. 11.2 EVRM kan het oordeel van de Rechtbank niet standhouden.

CONCLUSIE

- 16) De Rechtbank heeft ten onrechte beslist dat de NBA niet als vereniging zoals bedoeld in art. 11.1 EVRM moet worden aangemerkt, maar had moeten beslissen dat de NBA een gewone niet in de structuren van de Staat ingebedde beroepsvereniging is. Iedere verenigingsdwang is in strijd met art. 11 EVRM en slechts restrictief toelaatbaar (art. 11 EVRM lid 2) wanneer die beperkingen bij de wet zijn voorzien én in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.
- 17) Geen van deze rechtvaardigingsronden, zoals het EVRM bedoelt, doet zich hier voor. Openbare orde heeft te maken met ordentelijk verloop van het maatschappelijk verkeer in de openbare ruimte. Bij wanordelijkheden moet worden gedacht aan zich in de openbare ruimte manifesterend wangedrag van burgers. De verenigingsdwang wordt dus niet gelegitimeerd door een van die in het verdrag genoemde gronden.
- 18) Het EVRM verbiedt niet dat rechtmatige beperkingen worden gesteld aan de uitoefening van deze rechten door de wet (het ambtelijk apparaat van de Staat). De NBA is niet te beschouwen als ambtelijk apparaat van de Staat en zou dat wel het geval zijn dan wordt de verenigingsdwang, gelet op de aangelegde beperkingen, nog steeds niet gerechtvaardigd. Nogmaals: de NBA is niets anders dan een ondernemersvereniging. De AFM is het onafhankelijke toezichthoudend apparaat van de Staat. Alleen de AFM oefent een van de beroepsgroep onafhankelijk publiek toezicht uit op accountantsorganisaties.
- 19) Dat de NBA qua verschijningsvorm en acteren is te beschouwen als een ondernemersvereniging is voldoende gemotiveerd en aangetoond bij dagvaarding van eerste instantie in redengevingen 38-40 en uitgewerkt in de op voorhand (op 09-11-2016) aan de Rechtbank toegezonden akte AHP. Gedacht wordt ook aan de wijze van totstandkoming van besluiten met inzet van “witte busjes”, het negeren van het initiatiefrecht van leden en de feitelijk afgestemde onderlinge gedragingen van de Big Four etc.

20) Daar komt nog bij dat art. 11 EVRM ook ziet op openbare lichamen voor wat betreft directe verenigingsdwang. Tot nu toe is door de rechtspraak aangenomen dat de inschrijving in het register niet los kan worden gezien van het lidmaatschap van de NBA, omdat die verplichting rechtstreeks uit de wet volgt én de NBA is te beschouwen als een openbaar lichaam in de zin van artikel 134 van de Grondwet. Art. 11 van het EVRM zou slechts zien op lidmaatschap van privaatrechtelijke verenigingen en niet op openbare lichamen. De in de akte van 31 januari 2017 (genomen bij pleidooi) geciteerde literatuur maakt duidelijk dat dit standpunt onhoudbaar is (producties 2 a t/m b en 7b AHP).

Grief 2

Ten onrechte heeft de Rechtbank geconcludeerd dat de Hoge Raad niet is voorbij gegaan aan het 'integratie' criterium en aldus heeft geoordeeld dat de NBA niet als vereniging zoals bedoeld in art. 11.1 EVRM kan worden aangemerkt.

Toelichting

- 21) Onder rechtsoverweging 4.12 stelt de Rechtbank dat de HR wel degelijk heeft getoetst of de NBA volgens de 'integratiecriteria' zoals geformuleerd in de EHRM uitspraken Le Compte en Chassagnou als vereniging moet worden aangemerkt. De Rechtbank verwijst in dit verband naar de rechtsoverwegingen 2.2.3 en 2.4.2. van het arrest. In rechtsoverweging 2.2.3 echter citeert de strafkamer van de Hoge Raad alleen de AG. En dat aldus geciteerde citaat van de AG gaat helemaal niet over 'integratie', het woord wordt zelfs niet genoemd. Rechtsoverweging 2.4.2 bevat alleen de hiervoor geciteerde conclusie naast het dictum van de strafkamer van de HR. De term 'integratie' komt daarin evenmin voor. Hoe de Rechtbank in rechtsoverweging 4.12 in strijd met alle feiten, desondanks kon oordelen dat de HR wel degelijk heeft getoetst via de 'integratiecriteria', is derhalve volstrekt onbegrijpelijk en onjuist.
- 22) Daarentegen is in de redengevingen 38 en 39 dagvaarding aangetoond dat de prerogatieven van de NBA in geen enkel opzicht afwijken van die van andere private beroepsverenigingen zoals bijv. OvRAN voor accountants. Daartoe zijn alleen aangepaste statuten en verschillende verordeningen nodig zoals vrijwel alle verenigingen die hebben. Regelgeving aangeduid als “verordening” kan immers iedereen maken zolang die “verordeningen” alleen de eigen leden binden. Nu de redengevingen 38 en 39 dagvaarding aantonen dat de NBA aan geen enkele van de vijf sub-criteria uit het “integratie”criterium van Le Compte voldoet, kan de conclusie niet anders zijn dan dat de NBA onder het toepassingsbereik van art. 11 EVRM valt.
- 23) Uit beide voornoemde punten blijkt dat de Rechtbank in rechtsoverweging 4.12 een onbegrijpelijk en rechtens onjuist oordeel uitsprak en daarnaast ten onrechte verzuisde te toetsen of de NBA aan alle vijf subcriteria uit het “integratie”criterium van Le Compte voldoet. Indien die toetsing correct zou zijn gedaan zou de Rechtbank de vorderingen van OvRAN hebben moeten toewijzen.
- 24) **Conclusie:** op deze gronden kan het oordeel van de Rechtbank niet standhouden en om die reden dient de uitspraak van de Rechtbank te worden vernietigd.

Grief 3

Ten onrechte heeft de Rechtbank niet opgemerkt dat de Hoge Raad ten onrechte voorbij is gegaan aan het 'hinder' criterium en aldus ten onrechte heeft geoordeeld dat de NBA niet als vereniging zoals bedoeld in art. 11.1 EVRM kan worden aangemerkt.

Toelichting:

- 25) De feiten genoemd in de redengevingen 41 en 42 dagvaarding van 1^e instantie tonen aan dat de NBA het bestaan van andere verenigingen voor accountants hindert. Het agressieve gedrag van de NBA, onmiddellijk na de oprichting van OvRAN, spreekt boekdelen. Welk maatschappelijk belang werd gediend om via talrijke merkrechtelijke procedures, resulterend in hypothecaire beslagen op woonhuizen van bestuursleden de nieuwe vereniging grote, bijna ondraaglijke, financiële schade toe te brengen?
- 26) Daarnaast maakt de WAB zelf verdere permanente hinder mogelijk. Wat is de zin van een vereniging voor accountants waarvan de leden zich geen accountant mogen noemen en actief worden vervolgd door het Ministerie van Financiën op aangeven NBA? Waarom zou iemand lid van een andere vereniging voor accountants worden als ieder lid van die vereniging gedwongen blijft lid van NBA te blijven om zijn academische titel te kunnen behouden, om typische accountantstaken te mogen uitoefenen of om zich in te kunnen schrijven bij de AFM? De vrijheid van vereniging wordt als gevolg van dat alles niet meer gewaarborgd, zoals door de wet voorzien.
- 27) Op voornoemd beide gronden kan het oordeel van de Rechtbank evenmin standhouden.

Grief 4

Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld dat de Hoge Raad terecht voorbij is gegaan aan het noodzakelijkheids criterium in art. 11.2 EVRM en aldus heeft geoordeeld dat de NBA niet als vereniging zoals bedoeld in art. 11.1 EVRM kan worden aangemerkt.

Toelichting:

- 28) Onder rechtsoverweging 4.13 merkt de Rechtbank op dat pas wordt toegekomen aan toetsing volgens het noodzakelijkheids criterium genoemd in art. 11.2 EVRM als sprake is van een vereniging in de zin van art. 11. Dit is een opmerkenswaardige omkering van de tekstuele logica van art. 11 EVRM, strijdig met bedoeling, strekking en geest van dat artikel.
- 29) Strijdig met de tekst: Lid 1 van art. 11 formuleert heel algemeen dat een ieder recht heeft op vrijheid van vereniging en lid 2 formuleert enkele zeer strakke uitzonderingen op dat recht met de beperking dat die bij wet moeten zijn voorzien en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving in uitzonderlijke situaties (slechts restrictief toegelaten). De stelling die de Rechtbank verkondigt dat voorafgaand aan die toetsing volgens het noodzakelijkheids criterium in lid 2 eerst zeker gesteld moet worden of wel sprake is van een vereniging in de zin van art. 11 ontnemt iedere betekenis aan dat eerste lid. Dat eerste lid stelt immers op omgekeerde wijze hetzelfde als art. 20.2 UVRM: "*Niemand mag worden gedwongen tot een vereniging te behoren*". De Rechtbank reduceert dat recht op verenigingsvrijheid via onbekende en niet nader genoemde of uitgewerkte criteria tot verenigingen die wel of niet onder art. 11 EVRM zouden vallen. Aldus treedt de Rechtbank hier zonder recht of titel op als supranationale wetgever die alle andere boven-nationale wetgeving buiten werking stelt op basis van niet nader genoemde of uitgewerkte criteria.

- 30) **Strijdig met de geest:** In dit kader past rechtsoverweging 65 uit Le Compte geciteerd in voetnoot 23 dagvaarding: *Totalitarian régimes have resorted - and resort - to the compulsory regimentation of the professions by means of closed and exclusive organisations taking the place of the professional associations and the traditional trade unions. The authors of the Convention intended to prevent such abuses* Zonder te willen stellen dat Nederland een totalitair regime kent, staat vast dat de NBA de gesloten en exclusieve organisatie is zoals Le Compte bedoelde. Uit dit citaat volgt dat art. 11 EVRM juist beoogde te voorkomen dat dergelijke organisaties de plaats innemen van vrije beroepsverenigingen en vakbonden.
- 31) Voorts zij rechtsoverweging 100 uit Chassagnou in herinnering gebracht, reeds geciteerd in voetnoot 20 dagvaarding van 1^e instantie: *“However, the question is not so much whether in French law ACCAs are private associations, public or para-public associations, or mixed associations, but whether they are associations for the purposes of Article 11 of the Convention. If Contracting States were able, at their discretion, by classifying an association as “public” or “para-administrative”, to remove it from the scope of Article 11, that would give them such latitude that it might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention, which is to protect rights that are not theoretical or illusory but practical and effective”* Uit dit citaat volgt dat art. 11 EVRM niet toelaat dat Staten naar believen verenigingen buiten het bereik van art. 11 kunnen brengen. Rechtsoverweging 4.13 van de Rechtbank geeft de Staat alle vrijheid 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.
- 32) Uit voorgaande blijkt dat rechtsoverweging 4.13 van de Rechtbank strijdig is met de tekst, strekking en de geest van art. 11 EVRM over het noodzakelijkheids criterium. Als gevolg heeft de Rechtbank ten onrechte ook niet de voorgeschreven noodzakelijkheidstoets uitgevoerd. Op beide gronden kan het oordeel van de Rechtbank dientengevolge niet standhouden en dient het vonnis te worden vernietigd.

Grief 5

Ten onrechte is de Rechtbank voorbij gegaan aan de toetsingen voorgeschreven in art. 11 lid 2 EVRM en aldus ten onrechte heeft geoordeeld dat de NBA niet als vereniging zoals bedoeld in art. 11.1 EVRM kan worden aangemerkt.

Toelichting.

- 33) Uit de voorgaande grief volgt dat de Rechtbank ten onrechte niet de voorgeschreven noodzakelijkheidstoets heeft uitgevoerd en aldus ten onrechte voorbij is gegaan aan een volledige toetsing van de in lid 2 genoemde uitzonderingen voor bijzondere situaties op art. 11 lid 1 (limitatief opgesomd). De noodzakelijkheidstoets in art. 11.2 EVRM schrijft voor dat vrijheid van vereniging aan geen andere beperking onderworpen mag worden dan die welke 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.”*
- 34) Redengeving 14 dagvaarding van 1^e instantie maakte gewag van de situatie bij Nederlandse medici geregeld via de wet BIG. Art. 14 lid 5 van die wet BIG bepaalt dat *“Inschrijving in een erkend specialistenregister is niet afhankelijk van het lidmaatschap van de organisatie.”* Uit deze regeling blijkt dat het in een democratische samenleving zeer wel mogelijk is via beroepsregisters de beroepsuitoefening te reguleren zonder directe verenigingsdwang. De Rechtbank besteedde ten onrechte geen aandacht aan dit evidente bewijs dat verenigingsdwang voor accountants via de NBA geenszins noodzakelijk is in een democratische

samenleving. De te beschermen belangen worden al gewaarborgd door de wet en het toezicht van de AFM.

- 35) Los van dit bewijs dat de WAB niet noodzakelijk is in een democratische samenwerking, is het ook duidelijk dat de WAB niet valt onder enigerlei specifiek in art. 11.2 genoemde uitzondering.
- 36) Er bestaan natuurlijk grensgevallen waar onduidelijk is of een bepaalde staatsactiviteit verenigingsdwang impliceert of niet. De Rechtbank oordeelt a priori voor al dergelijke grensgevallen dat geen noodzakelijkheidstoets uitgevoerd hoeft te worden. Uit het navolgende blijkt dat de Rechtbank daarmee handelde in strijd met de heersende jurisprudentie.
- Redengeving 13 dagvaarding verwijst daarvoor naar de uitspraak van de Raad van State van 09-01-2008 (LJN: BC1524, 200703524/1) onder ro 2.9.4 dat stelt “*Uit de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 29 april 1999, nr. 25088/94, Chassagnou en anderen tegen Frankrijk (NJ 1999, 649), volgt dat het begrip "vereniging" in artikel 11 EVRM een autonome betekenis toekomt, waarbij de aanduiding in het nationale recht van beperkte waarde is en slechts een vertrekpunt voor de beoordeling vormt*”. Het is onbegrijpelijk dat waar de Raad van State de aanduiding in het nationale recht afdoet als slechts een vertrekpunt voor beoordeling, het er op lijkt dat de Rechtbank dit bijna als eindpunt van beoordeling beschouwt in grensgevallen.
 - In de Akte Houdende Producties van eerste instantie (AHP) vatten de producties 2a en 2b de jurisprudentie over grensgevallen samen. Het meest bekende Handboek EVRM in productie 2a merkt daarover op “*Where an issue arises as to whether an association is a public law or a private law association. The Strassbourg court will look to see which characteristics predominate.*” En de strafkamer van de HR noch Rechtbank keken naar die dominante eigenschappen want dan was gebleken dat de NBA helemaal niet is ingebed in publiekrechtelijke structuren en dat de administratieve, regelgevende en toezichthoudende bevoegdheden van de NBA identiek zijn aan iedere willekeurige privaatrechtelijke vereniging.
 - Productie 2b (AHP) met de Guidelines to Legislators bevestigt dat “*The only legitimate aims for restrictions are national security or public safety, public order (ordre public), the protection of public health or morals and the protection of the rights and freedoms of others. The scope of these legitimate aims shall be narrowly interpreted.*” Uit het voorgaande blijkt dat de Rechtbank ten onrechte geheel voorbij ging aan die legitieme doelen laat staan dat de Rechtbank die legitieme doelen, zoals het verdrag voorschrijft, beperkt heeft geïnterpreteerd.

Conclusie

- 37) Het voorgaande toont aan dat de Rechtbank ten onrechte geen toetsingen op legitieme doelen en noodzakelijkheid zoals voorgeschreven in art. 11.2 EVRM heeft uitgevoerd. Als de NBA al een grensgeval zou zijn, is het des te belangrijker die noodzakelijkheid en die legitieme doelen scherp en in diepte te toetsen. Maar de Rechtbank heeft zelfs niet overwogen de noodzakelijkheid te toetsen, laat staan die doelen beperkt te interpreteren. Ook op die gronden kan het oordeel van de Rechtbank niet standhouden en dient het vonnis te worden vernietigd.

Grief 6

Ten onrechte is de Rechtbank voorbijgegaan aan al het gestelde in de dagvaarding en de bij gelegenheid van het pleidooi genomen Akte Houdende Producties inzake indirecte verenigingsdwang.

Toelichting:

- 38) De redengevingen 41 tot en met 44 dagvaarding van 1^e instantie maakten duidelijk dat indirecte verenigingsdwang eveneens valt onder het hindercriterium ontwikkeld door EHRM in het arrest le Compte. De latere arresten Sigurdur a. Sigurjónsson (taxichauffeur), Redfearn (lid politieke partij) en Vogt (lerares) tonen de ontwikkeling van het leerstuk van indirecte verenigingsdwang aan. Wat is het verschil tussen een NBA lid die zijn licentie als accountant verliest als hij NBA verlaat en een taxichauffeur? Wat is het verschil tussen een lerares of lid van een politieke partij die hun banen verliezen als ze door persoonlijke overtuigingen wel of niet voor het lidmaatschap van een bepaalde vereniging kiezen en NBA-leden werkzaam als openbaar accountant? Deze voorbeelden maken duidelijk dat het feitelijk onmogelijk is de NBA te verlaten en tegelijk titel, licentie en praktijk als openbaar accountant te behouden. Dit is indirecte verenigingsdwang in optima forma.
- 39) Nu de Rechtbank aan dit leerstuk van indirecte verenigingsdwang geheel voorbij ging, kan het oordeel van de Rechtbank ook op die grond niet standhouden en dient het vonnis te worden vernietigd.

Grief 7

Ten onrechte is de Rechtbank voorbij gegaan aan de door OvRAN in de processtukken gesignaleerde schendingen van art. 9 EHRM inzake vrijheid van gedachte en geweten en art. 10 EVRM inzake vrijheid van meningsuiting.

Toelichting:

- 40) Rechtsoverweging 100 in Chassagnou maakt onder andere duidelijk: "*Freedom of thought and opinion and freedom of expression, guaranteed by Articles 9 and 10 of the Convention respectively, would thus be of very limited scope if they were not accompanied by a guarantee of being able to share one's beliefs or ideas in community with others, particularly through associations of individuals having the same beliefs, ideas or interests.*" Dit thema is verder uitgewerkt in de casus Young, James and Webster v. the United Kingdom (Application no. 7601/76; 7806/77, 13-8-1981), geciteerd in voetnoot 29 dagvaarding. In die casus nam EHRM in rechtsoverweging 57 de volgende mijlpaal beslissing: "*The protection of personal opinion afforded by Articles 9 and 10 (art. 9, art. 10) in the shape of freedom of thought, conscience and religion and of freedom of expression is also one of the purposes of freedom of association as guaranteed by Article 11 (art. 11). Accordingly, it strikes at the very substance of this Article (art. 11) to exert pressure, of the kind applied to the applicants, in order to compel someone to join an association contrary to his convictions.*"
- 41) Het staat vast 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 maken naar hun mening. Waar onder invloed van die grote kantoren de NBA haar leden allerlei accountancyregels oplegt waar die grote kantoren zich zelf via afzonderlijke entiteiten niet aan hoeven te houden. Bovendien impliceren die regels een groot concurrentie nadeel bij de talrijke "assurance" of "aan assurance verwante" diensten genoemd onder de domeinen C en D in de MvT WTA. (beoordeling en samenstellen van financiële verantwoordingen, vrijwillige controles, due-dilligence, mededelingen bij

prospectussen, forensische en advieswerkzaamheden (waardebepalingen, fiscaal, juridisch, Human Resource etc.). Die accountancyregels zijn vaak niet zinvol en/of uiterst hinderlijk wanneer het niet gaat over accountantscontrole maar over bovengenoemde diensten. Die afzonderlijke (juridische) entiteiten van grote kantoren zijn bij die activiteiten niet gebonden aan accountancy-regelgeving zolang ze geen accountants in loondienst hebben. Maar ze mogen die accountants wel inhuren voor advies. Het concurrentienadeel ontstaat omdat kleinere kantoren door hun beperkte omvang nu eenmaal geen afzonderlijke entiteiten kunnen scheppen en de huidige regelgeving het zelfstandige accountants niet toelaat zichzelf in te huren om vrijgesteld te worden van al die accountancyregels.

- 42) De mijlpaal beslissing uit *Young, James and Webster v. the United Kingdom* in 1981 om niemand te dwingen tegen zijn overtuiging lid van een vereniging te worden, is in veel EHRM jurisprudentie herhaald. Meestal gerelateerd aan vakbonden, religieuze of politieke verenigingen, journalisten etc. Maar ook aan ondernemers zoals bij *Vörður Ólafsson v. Iceland* (Application no. 20161/06, 27-4-2010). In dat geval botste de overtuiging van Ólafsson helemaal niet met de vereniging waar hij gedwongen lid moest worden. Desalniettemin werd art. 11 EVRM toepasselijk verklaard. In het geval van OvRAN-leden botsen de overtuigingen wel degelijk zoals uit het bovenstaande blijkt. Daarnaast is het voor NBA-leden die tegen hun zin gedwongen worden NBA-lid blijven onmogelijk gemaakt de NBA te verlaten en tegelijk persoonlijke academische en professionele titels als gekwalificeerd accountant te behouden naast de accountantslicentie en praktijk.
- 43) Nu de Rechtbank aan deze leerstukken en overduidelijke jurisprudentie over vrijheid van gedachte, geweten en meningsuiting geheel voorbij ging, kan het oordeel van de Rechtbank ook op die gronden niet standhouden en dient het vonnis te worden vernietigd.

Grief 8

Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld dat er geen sprake is van schending van art. 1 van Protocol 1 EVRM inzake het ongestoorde genot van eigendomsrechten.

Toelichting:

- 44) In rechtsoverweging 4.23 concludeert de Rechtbank dat het verplichte lidmaatschap NBA niet in strijd is met art. 1 EP want dient een legitiem doel in het algemeen belang en aan de proportionaliteitseis (“fair balance”) wordt voldaan. Het voorgaande en het navolgende toont aan dat dit oordeel berust op misslagen in de feiten en het recht.
- 45) In rechtsoverweging 4.18 stelt de Rechtbank dat de titelbescherming in de WAB geen ontneming van eigendomsrechten betekent maar slechts regulering. Uit deze opmerking blijkt dat de Rechtbank productie 8b bij de AHP (van eerste instantie) in de casus van *Marle and Others v. the Netherlands* uit 1986 onvoldoende heeft gelezen dan wel doordacht. Daar stelt EHRM overduidelijk in rechtsoverweging 42: *“The refusal to register the applicants as certified accountants radically affected the conditions of their professional activities and the scope of those activities was reduced. Their income fell, as did the value of their clientèle and, more generally, their business. Consequently, there was interference with their right to the peaceful enjoyment of their possessions.”* Vervolgens concludeert EHRM in rechtsoverweging 43: *“However, that interference was, as the Commission considered, justified in terms of the second paragraph of Article 1 (P1-1).”* Want, aldus het EHRM, het gaat over de regulering van een beroep dat beoogt om het publiek garanties te verschaffen over de competentie van degenen die het beroep uitoefenen en de *“fair balance between the means used and the intended aim”*, werd gegarandeerd door overgangsmaatregelen. Kennelijk is de Rechtbank zich het gestelde in

redengeving 15 dagvaarding ontgaan dat de overgrote meerderheid van de NBA leden, circa 12.500, helemaal geen openbaar accountant is maar alleen NBA-lid blijft om zijn titel niet kwijt te raken. Het moge ook duidelijk zijn dat de WAB geen enkele overgangmaatregel bevat. Hoe de Rechtbank in rechtsoverweging 4.21 kon oordelen dat de WAB desalniettemin een legitiem doel dient in het algemeen belang door circa 12.500 NBA-leden die feitelijk geen werkzaamheden als openbaar accountant verrichten te dwingen NBA lid te blijven via titeldwang, is een raadsel. Dat de Rechtbank tevens oordeelde dat de proportionaliteitseis (“fair balance”) dit rechtvaardigt, is onbegrijpelijk.

- 46) Des te meer onbegrijpelijk omdat de Rechtbank ten overvloede opmerkt in het slot van rechtsoverweging 4.21 dat de Staat ook voor een andere meer gelaagde structuur had kunnen kiezen met zelfstandige ledengroepen zoals in de medische sector. Het is uiteraard juist zoals de Rechtbank opmerkt dat de Staat bij eigendomsrechten een ruime beoordelingsvrijheid toekomt. Wanneer die beoordelingsvrijheid er echter toe leidt dat vergelijkbare beroepsgroepen verschillende proportionaliteitseisen worden opgelegd, is niet goed denkbaar dat een dergelijke handelwijze een “fair balance” oplevert. Temeer daar gezond verstand aangeeft dat de echte reden voor dit verschil in behandeling ligt bij het feit dat in die medische sector nu eenmaal geen multinationals zoals de Big Four actief zijn. Opmerkelijk is bovendien dat de Rechtbank dit argument van de medische sector wel hanteert bij het eigendomsrecht van het 1e Protocol EVRM maar niet bij art. 11 EVRM waar beoordelingsvrijheid vrijwel ontbreekt.
- 47) In rechtsoverweging 4.22 stelt de Rechtbank dat OvRAN ter zitting heeft aangevoerd dat accountants van grote kantoren zich kunnen onttrekken aan de regelgeving van de NBA, die stelling niet heeft onderbouwd en de Staat dit betwist. Om die reden is de Rechtbank aan die stelling van OvRAN voorbijgegaan. Dit oordeel van de Rechtbank bevat meerdere misvattingen over de feiten die hieronder worden toegelicht.
- 48) Allereerst heeft OvRAN nimmer gesteld dat accountants van grote kantoren zich kunnen onttrekken aan de regelgeving van de NBA.
- In de redengevingen 22 (voorbeeld 1) en 23 (voorbeeld 2) dagvaarding 1^e instantie wordt uitvoerig en duidelijk aangetoond hoe grote kantoren via afzonderlijke organisatorische juridische entiteiten zonder leden NBA in dienst, zich kunnen onttrekken (en dat ook feitelijk doen) aan veel regelgeving van de NBA behoudens wettelijke controle.
 - Redengeving 22 dagvaarding 1^e instantie stelt nadrukkelijk: *“De identieke netwerk-definities² in de WTA en de NVAK maken mogelijk dat grote kantoren zich via afzonderlijke juridische entiteiten zonder gekwalificeerde accountants in loondienst, aan alle accountancy regelgeving makkelijk kunnen onttrekken.”* Redengeving 23 dagvaarding stelt nadrukkelijk: *“Als gevolg is de baaierd van regelgeving uit de NVAK, ViO en NVKA van toepassing waar grote kantoren zich via afzonderlijke entiteiten makkelijk aan kunnen onttrekken en waar niet-accountants geen last van hebben.”* Hieruit volgt dat individuele accountants, lid van NBA, zich niet kunnen onttrekken aan de NBA-regelgeving. Het zijn alleen de (kantoor)organisaties/de

² Wet Toezicht Accountants (WTA) art. 1 Definities: *“netwerk: samenwerkingsverband waartoe een accountantsorganisatie behoort, dat duidelijk is gericht op het delen van winst of kosten of waarbij duidelijk sprake is van: gemeenschappelijke eigendom, zeggenschap of bestuur; gezamenlijk beleid en procedures met betrekking tot kwaliteitsbeheersing; een gezamenlijke bedrijfsstrategie; een gemeenschappelijke merknaam; of het delen van een aanzienlijk deel van de bedrijfsmiddelen;”*

kantoren, die zich kunnen onttrekken en op die manier de individuele accountants in de luwte laten.

- De Akte Houdende Producties (AHP) geeft middels de producties 6a, 6b en 6c een nadere uitleg hoe dat in concreto uitwerkt. De samenvatting resumeert: *“Onder toezicht van de Staat zijn grote kantoren vrijgesteld van vrijwel alle accountancy regelgeving behoudens wettelijke controle. In concreto daar waar sprake is van de talrijke “assurance” of “aan assurance verwante” diensten genoemd onder de domeinen C en D in de MvT WTA.”*
- Punt 6 van de pleitnota OvRAN herhaalt ditzelfde in iets kortere bewoordingen en eindigt met de stelling: *“De Staat heeft geen enkel redelijk belang bij het creëren en handhaving van deze toestand. Alleen grote kantoren hebben dat belang.”*
- In punt 6 van het proces-verbaal van de zitting herhaalt de advocaat van OvRAN gemotiveerd de stelling dat de grote kantoren zich hebben vrijgesteld van regelgeving en dat de NBA dit mogelijk heeft gemaakt.

49) Het is -zacht uitgedrukt- onbegrijpelijk dat na deze vier schriftelijke bewijsvoeringen nader onderbouwd met 3 producties in het procesdossier, de Rechtbank concludeert dat geen onderbouwing zou zijn gegeven. OvRAN heeft haar stellingen niet alleen onderbouwd, maar ook bewezen! Daarnaast maakte de dagvaarding van 1^e instantie in redengeving 22 duidelijk dat het om afdelingen (afzonderlijke juridische entiteiten) ging van grote kantoren en expliciet niet om individuele accountants, NBA-leden bij grote kantoren, want voor deze opzet zijn *afzonderlijke juridische entiteiten zonder gekwalificeerde accountants in loondienst* nodig. Dat de Rechtbank na al dit bewijs in rechts-overweging 4.22 concludeert dat OvRAN ter zitting heeft aangevoerd dat accountants van grote kantoren zich kunnen vrijstellen van alle regelgeving -quod non-, toont aan dat de Rechtbank niet begrepen heeft wat het belang en de omvang van dit feitelijke (concurrentie en commerciële) probleem is.

50) Ook de conclusie van de Rechtbank dat de Staat deze stelling betwist, is niet gebaseerd op enig feit. In punt 4.3 van de Conclusie van Antwoord (CvA) stelt de Staat alleen dat: *“Voor het beoordelen van de vorderingen van OvRAN zijn deze voorbeelden in de regelgeving niet relevant”* en eindigt punt 4.3 met de opmerking dat *“De Staat volstaat met een betwisting van de visie van OvRAN op deze regelgeving”*. Ook de pleitnota en het proces-verbaal van de zitting geven geen enkele indicatie dat deze stelling van OvRAN is betwist. Hieruit volgt dat de goed onderbouwde stelling van OvRAN dat grote kantoren zich met behulp van rechtspersonen als vehikel feitelijk vrij kunnen stellen van veel accountantsregelgeving behoudens de wettelijke controle in het geheel niet in concreto is betwist zoals de Rechtbank stelt. De pleitnota stelt dan ook onder punt 24: *“De Staat heeft op geen enkele wijze weersproken dat de mededingingsbeperkende feiten genoemd in de redengevingen 20 tot en met 27 uit de dagvaarding samen met de feiten geschetst onder de producties 5 en 6 onjuist zouden zijn. Aldus ligt de vordering voor toewijzing gereed.”*

51) Uit het voorgaande blijkt dat de WAB een ruime meerderheid van alle NBA-leden, circa 12.500, die helemaal geen openbaar accountant zijn, dwingt NBA lid te blijven via titeldwang en bovendien onderwerpt aan regelgeving waar de grote kantoren zich van kunnen vrijstellen. Zelfs met de meest ruime uitleg van beoordelingsvrijheid bij het 1e Protocol inzake de proportionaliteitseis, kan deze WAB regelgeving geen legitiem doel in het algemeen belang dienen want betreft helemaal geen openbare accountants. Zij zijn gewoon werkzaam in het bedrijfsleven of de overheid als gewone werknemer, zzp'er, manager, adviseur etc. in tal van interne of externe functies die niets van doen hebben met

het accountantsberoep als zodanig. Om van de circa 2.000 gepensioneerde NBA-leden maar niet te spreken. Dat de noodzakelijke “fair balance” ontbreekt blijkt ook uit het vergelijkbare voorbeeld van de medische sector waar wel een gelaagde structuur is voorzien. Op al deze gronden kan het oordeel van de Rechtbank niet standhouden en dient het vonnis te worden vernietigd.

Grief 9

Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld dat geen sprake is van schending van art. 14 EVRM via omgekeerde discriminatie.

Toelichting:

- 52) In rechtsoverweging 4.2.4 stelt de Rechtbank dat het verplichten van buitenlandse accountants die voldoen aan de in het land van herkomst gestelde eisen aan het accountantsberoep om NBA-lid te zijn, neerkomt op een dubbele eis, hetgeen in strijd is met het vrije verkeer van diensten. In zoverre is -aldus de Rechtbank- ook geen sprake van gelijke gevallen met OvRAN-leden en is er dus geen sprake van schending van het discriminatieverbod in art. 14 EVRM. In de AHP wees productie 9a ook op andere discriminatieverboden zoals in art. 1 Protocol nr. 12 EVRM, art. 21 Handvest en art. 18 Werkingsverdrag EU.
- 53) OvRAN volgt van harte de redenering van de Rechtbank dat het discriminatieverbod niet toelaat om buitenlandse accountants te verplichten NBA-lid te worden. Het feit dat Nederlandse accountants wel worden verplicht NBA-lid te worden, roept echter twee vragen op. Allereerst of er al geen sprake is van discriminatie in de WAB zelf. Vervolgens of er wel sprake is van gelijke gevallen zoals de Rechtbank stelt.
- 54) Er was veel wetgevingsacrobatiek in WTA 34 469 nodig om de eisen uit Richtlijn 2014/56/EU in 2016 in de WAB te implementeren. De Richtlijn dwong er toe om wettelijke auditors uit lidstaten buiten het bereik van de NBA te houden. Dat botste met de wens zoveel mogelijk buitenlandse accountants lid van de NBA te maken. Het resultaat van deze botsing is dat de WAB bol staat van discriminatie op land en nationaliteit strijdig met Europees recht dat duidelijk maakt dat verboden is: “*elke discriminatie op grond van nationaliteit*”. Dit verbod is verder aangescherpt in art. 1 van het 12e Protocol EHRM dat het volgende algemene discriminatieverbod omvat: “*Het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd zonder enige discriminatie op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status. 2. Niemand mag worden gediscrimineerd door enig openbaar gezag op, met name, een van de in het eerste lid vermelde gronden*”. En de WAB doet niet anders zoals hieronder wordt toegelicht.
- 55) Wat betreft discriminatie in de WAB zelf is relevant in dit verband de WAB artikelen 39 waar lid 1 alle weigeringsgronden opsomt voor inschrijving maar in lid 2 sub e buitenlandse accountants uitzondert, naast art. 54 dat handelt over de vakbekwaamheid.

- Uit art. 39 lid 2³ volgt a contrario met art. 39 lid 1⁴ dat bijv. een Nederlands OvRAN lid die per definitie aan alle criteria voldoet: “*gegronde vrees bestaat dat die zal handelen of nalaten*”

3 Art. 39 lid 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).

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". Bij buitenlandse accountants bestaat die vrees kennelijk niet. Als dat geen discriminatie is, verliest dat woord iedere betekenis.

- Uit art. 39 lid 2 vloeit uit de tekst: "zonder zich in Nederland te vestigen" voort dat een persoon bevoegd tot het wettelijk voorgeschreven onderzoek van jaarrekeningen in een land behorend tot de Europese Economische Ruimte (EER, alle EU-landen incl. Liechtenstein, Noorwegen en IJsland) die zich in Nederland vestigt, wel NBA-lid moet worden. Als dat geen discriminatie is, verliest dat woord iedere betekenis.
- Art. 54⁵ bevat het summum van discriminatie gezien de onderstreepte passages. Iedereen in de EER die over bewijsstukken beschikt waaruit eenzelfde niveau van vakbekwaamheid blijkt als in Nederland en daar bevoegd is tot het wettelijk voorgeschreven onderzoek van jaarrekeningen, kan ingeschreven worden zonder NBA lid te worden. Is er dan geen sprake van discriminatie indien Nederlandse OvRAN-leden die over die bewijsstukken kunnen beschikken zich niet kunnen inschrijven zonder NBA lid te worden?

56) Wat betreft gelijke gevallen heeft de Rechtbank uiteraard gelijk met de stelling dat er geen sprake is van gelijke gevallen. Maar de enige ongelijkheid is nationaliteit en vestigingsland. De regelgeving dwingt nu eenmaal die verschillen in nationaliteit en vestigingsland buiten beschouwing te laten wat de Rechtbank naliet. De Rechtbank had juist moeten abstraheren van de verschillen in nationaliteit en vestigingsland tussen niet in Nederland gevestigde accountants die in enig EER land bevoegd zijn tot het wettelijk voorgeschreven onderzoek van jaarrekeningen en OvRAN-leden. De meeste OvRAN-leden zijn bevoegd tot het wettelijk voorgeschreven onderzoek van jaarrekeningen in Nederland. Omdat ze veelal in Nederland wonen, kunnen ze zich niet inschrijven bij de AFM zonder NBA-lid te worden. Dat is toch een gelijk geval als een buitenlandse accountant bevoegd tot onderzoek van jaarrekeningen buiten Nederland die in Nederland woont en zich ook als NBA-lid moet laten inschrijven. Een OvRAN-lid wonend buiten Nederland die niet de moeite wil nemen lid te worden van een buitenlandse accountantsvereniging in de EER die automatisch het recht geeft tot het wettelijk voorgeschreven onderzoek van jaarrekeningen, kan zich evenmin inschrijven bij de AFM zonder NBA-lid te worden. Leden van die buitenlandse accountantsvereniging in de EER kunnen dat wel. Dat zijn toch gelijke gevallen?

57) De vraag is of die discriminatie wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en proportioneel is zoals de EHRM jurisprudentie rond art. 14 verlangt. Hoewel EHRM een 'margin of appreciation' toekent bij art. 14 wordt die marge beperkt als het gaat om discriminatie

4 Art. 39 lid 1e: 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.

5 Art 50 lid 1: De commissie geeft een verklaring van vakbekwaamheid af aan degene die:

a. beschikt over een bewijsstuk waaruit blijkt dat hij voldoet aan de eisen van vakbekwaamheid die 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, worden gesteld voor de toelating tot de wettelijke controle van jaarrekeningen als bedoeld in artikel 2 van Richtlijn nr. 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2006, betreffende de wettelijke controles van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen, tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG van de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 84/235/EEG van de Raad (PbEU L 157/87); of

b. beschikt over een in een ander land dan genoemd in onderdeel a, verkregen diploma of soortgelijk bewijsstuk, waaruit naar het oordeel van de commissie eenzelfde niveau van vakbekwaamheid blijkt als in Nederland, welke blijkt uit het met goed gevolg hebben voltooid van de opleiding tot accountant; en

c. met goed gevolg een examen heeft afgelegd waarbij de kennis van de betrokkene van het Nederlandse recht wordt getoetst; en
d. met goed gevolg een examen heeft afgelegd waarbij de kennis van de betrokkene van de voor de accountants geldende gedrags- en beroepsregels wordt getoetst.

op grond van bijv. nationaliteit waar 'very weighty reasons' worden verlangd. Zie bijv. *Gaygusuz v Austria* (Application no. 17371/90, 16 September 1996) waar zwaarwichtige redenen werden verlangd. Het voorgaande maakt onder meer duidelijk dat als het wenselijk wordt geacht dat een persoon bevoegd tot het wettelijk voorgeschreven onderzoek van jaarrekeningen in een EER-land zonder zich in Nederland te vestigen, geen NBA-lid hoeft te worden maar als hij zich in Nederland vestigt wel NBA-lid moet worden, discriminerend is, geen legitiem doel dient of proportioneel is laat staan een zwaarwichtige reden heeft. De enige reden is afscherming van de Nederlandse markt voor accountants door buitenlandse accountants te verplichten NBA-lid te worden terwijl ze vrijwel altijd ook lid van een buitenlandse accountantsvereniging zullen zijn.

- 58) Bovenstaande toont aan dat de WAB bol staat van discriminatie op basis van nationaliteit en vestigingsland en dient, voorzover discriminerend, buiten werking gesteld te worden want die discriminatie kan niet worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, is niet proportioneel en zwaarwichtige redenen ontbreken. Op deze grond kan het oordeel van de Rechtbank niet standhouden en dient het vonnis te worden vernietigd.

Grief 10

Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld dat de schending van art. 6 Mededingingswet niet aan de Staat toegerekend kan worden.

Toelichting:

- 59) In rechtsoverweging 4.26 stelt de Rechtbank dat thans niet de vraag voorligt of het handelen van de Staat als een onderneming op de markt onrechtmatig is, zodat reeds om die reden geen sprake kan zijn van schending van artikel 6 Mw door de Staat. In rechtsoverweging 4.27 stelt de Rechtbank dat het door OvRAN gestelde onrechtmatige handelen van die partijen niet aan de Staat kan worden toegerekend.
- 60) Het is uiteraard juist dat de Staat in dit geval niet zelf handelt als een onderneming op de markt. Maar het is ook juist dat de Staat een brancheorganisatie in het leven heeft geroepen die blijkens de duidelijke arresten *NOvA* (redengeving 53 dagvaarding 1^o instantie) en *Otoc* (AHP productie 10b) van het Hof van Justitie EU (HvJ) als ondernemersvereniging en commerciële organisatie moet worden aangemerkt. Vast staat sinds het arrest *Otoc* dat reglementen en verordeningen van dergelijke ondernemersverenigingen dienen te worden aangemerkt als een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU. Blijkens art. 34 WAB behoeven bepaalde besluiten goedkeuring van de Minister en kunnen alle verordeningen en andere besluiten van de NBA bij koninklijk besluit worden vernietigd ingevolge art. 35 WAB. Het staat vast dat de Minister niet alleen de huidige WAB en WTA in het leven heeft geroepen heeft maar ook de diverse gedragscodes van de NBA heeft goedgekeurd en geen verordeningen en andere besluiten van de NBA heeft vernietigd. Het zijn die beide wetten WTA en WAB naast alle goedgekeurde verordeningen die concurrentievervalsing ten voordele van grote kantoren mogelijk maken ten nadele van grote groepen kleine kantoren en individuele NBA-leden. Gezien producties 6a en 6b overgelegd bij de AHP (van eerste instantie) was de Staat ook zeer wel op de hoogte van het verzet tegen die gedragscodes op de grond dat die codes concurrentievervalsing ten voordele van grote kantoren mogelijk maakte. De Staat was ook zeer wel op de hoogte van de feiten genoemd in de AHP Productie 5d waar het Hof Amsterdam constateerde dat "*het er op lijkt dat Nivra procedureel tekort is geschoten althans niet steeds adequaat heeft geopereerd*". Als gevolg van dat procedureel tekort schieten werden de alterna-

tieve gedragscodes die concurrentievervalsing uitsloten zelfs niet in stemming gebracht. Om over de witte busjes (zie productie 5b AHP) maar te zwijgen. Bij de parlementaire behandeling van de WAB deed de minister de voorstellen te komen tot een meer gelaagde structuur via een federatief model denigrerend af zoals geschetst in redengeving 29 dagvaarding. Bij de parlementaire behandeling van de WTA is de Staat per mail en later per brief d.d. 27-9-2007 (die als **prod. 5** wordt aangehecht) op de hoogte gesteld van het feit dat de netwerkdefinitie in het Besluit WTA veel beperkter is dan de definities uit de Richtlijn en IFAC. Let op het subtiele gebruik van het woord **of** en **en** in de verschillende definities. Juist die beperkte netwerkdefinitie in samenhang met het feit dat het NBA-lidmaatschap persoonlijk is, maakt concurrentievervalsing ten voordele van grote kantoren mogelijk. De grote kantoren maken daar ook dankbaar gebruik van. De Staat maakt dus concurrentievervalsing mogelijk en dient te worden aangemerkt als medepleger.

- 61) Die beide wetten WTA en WAB naast alle goedgekeurde verordeningen NBA tonen aan dat de Staat materieel en ook in formele zin aangesproken kan worden voor onrechtmatig optreden van een door haar in het leven geroepen brancheorganisatie c.q. ondernemersvereniging. Ook in materiele zin kan de Staat aangesproken worden want niets wijst er op dat de Staat beoogt aan deze onrechtmatige toestand een eind te maken. Integendeel, naast deze procedure wijst alles er op dat de Staat actief beoogt deze onregelmatige toestand te behouden. Bijvoorbeeld door zoals onder redengeving 10 van de dagvaarding in 1^e instantie blijkt goedkeuring te onthouden aan het verzoek van OvRAN om art. 28 WTA van toepassing te verklaren op OvRAN leden zoals de wettekst en toelichting toelaat. Bijvoorbeeld zoals blijkt uit redengeving 29 dagvaarding in 1^e instantie tijdens de parlementaire behandeling van de WAB, alle verzoeken van OvRAN te komen tot een gelaagde structuur zoals in de medische sector af te wijzen.
- 62) De suggestie van de Rechtbank de NBA aan te spreken is weinig effectief want de bestuurlijke voorgeschiedenis van deze procedure toonde aan dat de NBA zich verschuilt achter het feit dat de Staat nu eenmaal regels heeft vastgesteld die de NBA die simpelweg moet naleven.
- 63) In formele zin kan het onrechtmatig optreden van een door de Staat via de WAB in het leven geroepen brancheorganisatie c.q. ondernemersvereniging NBA en goedkeuring van alle NBA verordeningen naast de de WTA, alleen aan de Staat worden toegerekend. Het is nu eenmaal die unieke combinatie van regelgeving en toezicht door de Staat die concurrentievervalsing mogelijk maakt. In materiële zin wijst alles er bovendien op dat de Staat beoogt deze onrechtmatige toestand te behouden. De toerekenbaarheid is daarmee afdoende bewezen. Dientengevolge is de Staat aansprakelijk en kan het oordeel van de Rechtbank niet standhouden en dient het vonnis te worden vernietigd.

Grief 11

Ten onrechte heeft de Rechtbank zonder concludente motivering geoordeeld dat OvRAN de stelling dat sprake is van concurrentievervalsing onvoldoende heeft onderbouwd.

Toelichting:

- 64) In rechtsoverweging 4.27 merkt de Rechtbank op dat OvRAN de stelling dat sprake is van concurrentievervalsing onvoldoende heeft onderbouwd. Die conclusie van de Rechtbank is onjuist en het tegendeel volgt logisch uit het gestelde bij grief 8. De Rechtbank heeft, zoals hiervoor aangetoond de stellingen van OvRAN niet begrepen. Er is wel degelijk sprake van concurrentievervalsing. De producties 10 a t/m c bij de AHP tonen aan dat niet OvRAN de stelling moet onderbouwen dat sprake is van concurrentievervalsing maar de Staat moet bewijzen dat afdoende rechtvaardigingsgronden bestaan voor haar eigen wetgeving en goedkeuring van besluiten van door haar opgerichte en onder haar toezicht staande ondernemersverenigingen die ertoe strekken of ten gevolge kunnen hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
- 65) Het is uiteraard juist dat de Staat in dit geval niet zelf handelt als een onderneming op de markt. Maar het is ook juist dat de Staat een brancheorganisatie in het leven heeft geroepen die blijkens de duidelijke arresten NovA (redengeving 53 dagvaarding 1^e instantie) en Otoc (AHP productie 10b) van het Hof van Justitie EU (HvJ) als ondernemersvereniging moet worden aangemerkt. Nogmaals: vast staat sinds het arrest Otoc dat reglementen en verordeningen van dergelijke ondernemersverenigingen dienen te worden aangemerkt als een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU. Blijkens art. 34 WAB behoeven bepaalde besluiten goedkeuring van de Minister en kunnen alle verordeningen en andere besluiten van de NBA bij koninklijk besluit worden vernietigd ingevolge art. 35 WAB. Het staat vast dat de Minister (de Staat) niet alleen de huidige WAB en WTA in het leven heeft geroepen maar ook de diverse gedragscodes van de NBA heeft goedgekeurd en geen verordeningen of andere besluiten van de NBA heeft vernietigd. Het zijn die beide wetten WTA en WAB naast alle goedgekeurde verordeningen die concurrentievervalsing ten voordele van grote kantoren mogelijk maken ten nadele van grote groepen kleine kantoren en individuele NBA-leden. De Staat faciliteert concurrentievervalsing en is zich daarvan bewust.
- 66) Dat de bewijslast voor concurrentievervalsing bij de Staat ligt en niet bij OvRAN blijkt bijv. onder andere uit de Memorie van Toelichting Mededingingswet 24 707 1996 in productie 10a AHP met de tekst: *““In de tweede plaats vallen onder het verbod besluiten van ondernemersverenigingen in de zin van artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag. Onder ondernemersvereniging wordt iedere organisatie verstaan die een aantal ondernemingen verenigt. Zij behoeft niet de juridische vorm van een vereniging te hebben en behoeft zelfs geen rechtspersoonlijkheid te bezitten.”* en voorts uit: *“Volgens artikel 6 zijn overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen verboden, als zij ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Overeenkomsten en besluiten vallen onder dat verbod, als duidelijk is dat zij die strekking hebben, ongeacht of zij ook dat gevolg hebben. Die strekking kan blijken uit de overeenkomst of het besluit zelf of uit de omstandigheden. Onderling afgestemd feitelijk gedrag valt naar zijn aard eerst onder het verbod, als er een begin van uitvoering heeft plaatsgevonden. Van een feitelijk mededingingsbeperkend gevolg behoeft daarvoor geen sprake te zijn.”*
- 67) Productie 10b bij de AHP verwees naar het arrest Otoc inzake Portugese boekhouders met dezelfde publiekrechtelijke status als de NBA met de tekst: *“Een door een beroepsorde zoals de *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* vastgesteld reglement dat een stelsel van verplichte permanente educatie van beëdigde boekhouders instelt teneinde de kwaliteit van de dienstverlening van laatstgenoemden te waarborgen, zoals het reglement voor het verkrijgen van opleidingspunten, vormt een bij artikel 101*

WVEU verboden mededingingsbeperking, voor zover dit reglement de mededinging op een aanzienlijk deel van de relevante markt uitschakelt in het voordeel van deze beroepsorde en op het andere deel van deze markt discriminatoire voorwaarden oplegt ten nadele van de concurrenten van genoemde beroepsorde. Het staat aan de nationale rechter om dit na te gaan”

- 68) Productie 10c bij de AHP bevatte de EU Verordening 1/2003 van 16 december 2002 inzake mededinging. Onder het hoofd “Bewijslast” stelt art. 2: “*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.*” Artikel 81 lid 3 is vernummerd naar 101 lid 3 van het Werkingsverdrag EU en handelt over mogelijke rechtvaardigingsgronden voor inbreuk.
- 69) Hieruit volgt dat wanneer sprake is van een wettelijk monopolie voor een ondernemersvereniging opgericht door de Staat zoals de NBA in afwijking van de normale bewijslastverdeling bij concurrentievervalsing, afdoende rechtvaardigingsgronden voor een inbreuk door de Staat c.q. de ondernemersvereniging moeten worden aangedragen.
- 70) Voorts verwijst OvRAN naar de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Enkele citaten uit deze richtsnoeren kunnen de mededingingsbeperkende gevolgen van de accountancyregelgeving op initiatief van en onder toezicht van de Staat verhelderen. Voor een goed begrip van het jargon zij voorafgaand opgemerkt dat de NBA valt onder de definitie van een horizontale samenwerkingsovereenkomst
- Aanmoediging 22: “*In bepaalde gevallen worden ondernemingen door overheidsinstanties aangemoedigd om horizontale samenwerkingsovereenkomsten te sluiten om via zelfregulering een openbare beleidsdoelstelling te bereiken. Artikel 101 blijft evenwel op de ondernemingen van toepassing indien een nationale wet zich ertoe beperkt ondernemingen tot autonome mededingingsverstorende gedragingen aan te zetten of deze te vergemakkelijken. Met andere woorden, het feit dat overheidsinstanties een horizontale samenwerkingsovereenkomst aanmoedigen, betekent niet dat deze volgens artikel 101 is toegestaan”*
 - Standaardisering 264: *Het vaststellen van normen kan echter, in bepaalde omstandigheden, ook mededingingsbeperkende gevolgen hebben doordat mogelijk de prijsconcurrentie kleiner wordt en de productie, de markten, de innovatie of de technologische ontwikkeling worden afgeremd of beperkt. Dit kan zich in hoofdzaak op drie manieren voordoen, te weten door vermindering van de prijsconcurrentie, door afscherming van de toegang tot innoverende technologieën en door uitsluiting van of discriminatie tegen bepaalde ondernemingen waaraan daadwerkelijke toegang tot de norm wordt ontzegd.*
 - Standaardisering 265: *Ten eerste zou, indien ondernemingen in het kader van de vaststelling van normen mededingingsverstorende besprekingen zouden houden, dit de prijsconcurrentie op de betrokken markten kunnen beperken of uitschakelen, hetgeen een heimelijke verstandhouding op de markt in de hand zou werken.*
 - Standaardvoorwaarden 275: “*Overeenkomsten waarin standaardvoorwaarden worden gebruikt als onderdeel van een ruimere beperkende overeenkomst die beoogt daadwerkelijke of potentiële mededinging uit te sluiten, strekken er eveneens toe de mededinging te beperken. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin een brancheorganisatie een nieuwkomer geen toegang geeft tot haar standaardvoorwaarden, waarvan het gebruik van essentieel belang is om de markt te kunnen betreden.*”

- Standaardvoorwaarden 301: “Zolang de deelname aan het eigenlijke opstellen van de standaardvoorwaarden voor de concurrenten op de relevante markt (via de brancheorganisatie dan wel rechtstreeks) niet beperkt is, en voor zover de opgestelde standaardvoorwaarden niet-bindend en daadwerkelijk voor iedereen toegankelijk zijn, is het niet waarschijnlijk dat dergelijke overeenkomsten mededingingsbeperkende gevolgen zullen hebben (behoudens het in de punten 303, 304, 305 en 307 gemaakte voorbehoud).”

71) Weliswaar is in strikte zin bij de NBA geen sprake van standaardisering of standaardvoorwaarden maar vast staat dat de brancheorganisatie NBA via het lidmaatschap + titel uniforme gedagspatronen voorschrijft voor haar leden. Vast staat ook dat de Staat het leden van OvRAN heeft belet zich als nieuwkomer in te schrijven bij de AFM noodzakelijk om de markt voor het wettelijk voorgeschreven onderzoek van jaarrekeningen in Nederland te betreden. Daarnaast staat vast dat de WAB voorwaarden om het beroep als accountant te mogen uitoefenen bindend zijn en daadwerkelijk alleen voor NBA-leden toegankelijk. Het bewijs voor mededingingsversturende besprekingen door de grote kantoren kan niet geleverd worden maar het ligt wel voor de hand dat er tussen de grote kantoren besprekingen worden gehouden teneinde feitelijke gedragingen onderling af te stemmen al dan niet binnen het NBA-bestuur.

72) Ondanks voornoemde stukken legt de Rechtbank de bewijslast bij OvRAN voor besluiten van de ondernemersvereniging NBA waardoor de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Voldoende is dat die besluiten die strekking hebben, ongeacht of zij ook dat gevolg hebben. Het oordeel van de Rechtbank dat OvRAN de stelling dat sprake is van concurrentievervalsing onvoldoende heeft onderbouwd, is feitelijk onjuist en ook strijdig met de wet. Dientengevolge is het aan de Staat om aan te tonen dat er afdoende rechtvaardigingsgronden bestaan en kan het oordeel van de Rechtbank niet standhouden en dient het vonnis te worden vernietigd.

Grief 12

Ten onrechte heeft de Rechtbank geconcludeerd dat OvRAN heeft nagelaten toe te lichten op welke wijze via het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU het ten uitvoer brengen van het Recht van de Unie aan de orde is.

Toelichting:

73) In het slot van rechtsoverweging 4.14 concludeert de Rechtbank dat OvRAN heeft nagelaten toe te lichten op welke wijze via het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU (HvJ) het ten uitvoer brengen van het Recht van de Unie aan de orde is.

- Voor de goede orde zij opgemerkt dat productie 4 overgelegd bij de AHP reeds vaststelde dat: “In het huidige EU-verdrag bepaalt artikel 6 in lid 1 dat het Handvest Grondrechten gelijke wetskracht heeft als het verdrag en in lid 3 dat EVRM algemene beginselen van EU-recht vormt. Zowel in het Handvest als EVRM zijn dezelfde grondrechten geregeld met identieke betekenis ingevolge art. 52 lid 3 Handvest.”
- Productie 7c overgelegd bij de AHP vermeldt onder meer: “Het staat sinds dit arrest (invoeging: HvJ EU 1991; K. Höfner en F. Elser) vast dat ondernemersverenigingen per definitie een economische activiteit uitoefenen. Het zou dan toch wel merkwaardig zijn als dergelijk ondernemingsverenigingen, zoals de NBA, de concurrentie niet mogen beperken maar wel, onder aanvoering van de Staat, grondrechten zouden mogen schenden. Zoals bijv. vrijheid van vereniging in art. 12, eigendom in art. 17, discriminatie in art. 21 van het Handvest Grondrechten. Temeer daar art. 52 lid 3 verklaart dat EVRM niet alleen dezelfde inhoud en reikwijdte heeft maar het Handvest ruimere bescherming

biedt. Nu sinds Dansk Industri v Erven Eigil Rasmussen het HvJ de directe werking van artikel 11 EVRM recentelijk uitbreidde tot horizontaal, kan het beroep van de Staat op het publiekrechtelijke karakter van de NBA ook daarom niet meer baten .”

- Productie 9a overgelegd bij de AHP vermeldt onder meer: “art. 21 Handvest: Binnen de werkingssfeer van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en het Verdrag betreffende de Europese Unie en onverminderd de bijzondere bepalingen van die Verdragen, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.”

74) Het is toch wel bijzonder dat de Rechtbank na lezing van bovenstaande en al het gestelde over concurrentievervalsing kon concluderen dat OvRAN heeft nagelaten toe te lichten op welke wijze via het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU (HvJ) het ten uitvoer brengen van het Recht van de Unie aan de orde is.

75) Temeer daar punt 25 van de pleitnota uitdrukkelijk stelde: “Mocht er bij Uw Rechtbank ook maar enige twijfel rijzen over de juistheid van voornoemde stellingen dan ligt het voor de hand het HvJ EU ingevolge art. 267 VWEU onder b prejudiciële vragen te stellen. Dit ligt des te meer voor de hand omdat het HvJ EU als enige instantie vragen kan beantwoorden over verboden discriminatie ingevolge art. 10 VWEU en de juiste interpretatie van de artikelen uit het Handvest Grondrechten EU die corresponderen met de geschonden EVRM bepalingen (verenigingsdwang: art. 11 EVRM = art. 12 Handvest, eigendom: art. 1 Eerste Protocol = art. 17 Handvest, discriminatie: art. 14 EVRM=art. 21 Handvest, vrijheid van gedachte, geweten: art. 9 EVRM = art. 10 Handvest Grondrechten). Daarbij kan betrokken worden dat art. 52 lid 3 van het Handvest Grondrechten bepaalt dat het Handvest een ruimere bescherming biedt dan EVRM.” en ook punt 31 Pleitnota uitdrukkelijk verwees naar art. 21 Handvest.

76) De optie prejudiciële vragen aan de HR is door de Rechtbank zelf ter zitting ter sprake gebracht. In de setting van een zitting werd het niet passend geacht de bezwaren naar voren te brengen die de Rechtbank zo uitvoerig in haar vonnis tot uitdrukking bracht.

77) In deze zaak staat vast dat alle gevraagde rechtsoordelen unie-recht betreffen. Het staat ook vast dat EHRM zich niet kan uitspreken over concurrentievervalsing maar het HvJ wel. Vandaar dat het voor de hand ligt prejudiciële vragen aan het HvJ te stellen.

78) Dit ligt des te meer voor de hand omdat er een zekere tegenstrijdigheid lijkt te bestaan tussen het startpunt HvJ door ondernemers- c.q. brancheverenigingen principieel als commerciële organisaties te typeren bij concurrentievervalsing en het startpunt EHRM bij dezelfde organisaties van beroepsbeoefenaren. Productie 1 vat dit verschil als volgt samen in onderstaande overwegingen.

- “The applicant is accountant. For many reasons he refused to stay member of the only allowed professional association in the Netherlands for accountants, the NBA. In his opinion the NBA is an industry association (ab)using under the cover of better accounting rules the legal position given to the NBA by law (Wet Accountants Beroep, WAB) to achieve regulatory advantages primarily for large accounting firms. As industry association the NBA is very active as political lobby and other activities. Ministers are even sometimes invited to become partners of Big Four firms. A NBA regulation (Verordening op het Bestuur) creates an automatic majority in the NBA board for the largest accounting firms. These large accounting firms have thus been able to set themselves free from most NBA regulations and supervision whereas all other members of the NBA, due to their limited size, are obliged to follow all of these regulations. In the proceedings applicant presented undisputed examples of regulations unfavorable for his accounting operations, unnecessary and favoring larger firms”
- De uitspraak van de strafkamer HR “is not reconcilable with clear case law of the European Court of Justice (ECJ) regarding professional bodies. In the case ECLI:EU:C:2002:98 for the Dutch professional body for lawyers, the Bar Association NOvA, almost comparable with NBA, regarding a

specific regulation, the ECJ stated that: "a professional body such as the Bar of the Netherlands is neither fulfilling a social function based on the principle of solidarity, unlike certain social security bodies, nor exercising powers which are typically those of a public authority. It acts as the regulatory body of a profession, the practice of which constitutes an economic activity. " And in ECLI:EU:C:2013:127 regarding OTOC, a professional body for accountants, comparable with NBA, the ECJ concluded that: "In accordance with settled case-law, in the context of competition law, the concept of an undertaking covers any entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed (see, inter alia, Wouters and Others, paragraph 46 and the case-law cited)." The activities of NBA, even if serving only objectives of general interest, are thus economic activities for competition law. That the god-fathers of art. 11.1 wanted to keep these activities out of its orbit is hardly conceivable."

- 79) Samenvattend ligt het voor de hand om aan het HvJ prejudiciële vragen te stellen als er al enige twijfel zou bestaan hoe de 'god-fathers' van art. 11.1 EVRM zouden oordelen.
- 80) Nu uit vorenstaande blijkt dat Unierecht wel degelijk aan de orde is kan het oordeel van de Rechtbank niet standhouden en kunnen prejudiciële vragen aan het HvJ overwogen worden als er ook maar enige twijfel bestaat over een van de rechtsgronden in voornoemde grieven 1-12.

Bewijsaanbod

- 81) OvRAN biedt, voor zover nodig aan al haar stellingen te bewijzen door middel van het horen van getuigen en het overleggen van nog meer stukken, waaruit de juistheid van haar stellingen blijkt.

Gezien het voorgaande zijn de vorderingen in eerste instantie van appellante (toen eiseres), in wezen ongewijzigd gebleven.

Het is op deze gronden


dat appellante de eer heeft te concluderen dat het den Hove behage te vernietigen het vonnis van de Rechtbank Den Haag, onder zaaknr.: C/09/508858 / HA ZA 16-418 op 22 februari 2017 gewezen en waarbij de vorderingen van OvRAN zijn afgewezen,

en alsnog bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad,

- te verklaren voor recht dat de WAB-bepalingen, voor zover die het lidmaatschap van de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants dwingend voorschrijven onverbindend zijn wegens strijd met de Europese wetgeving in bijzonder in strijd met art. 9-11 EVRM, art. 1 van het 1 Protocol EVRM en art. 6 WM en de Nederlandse Staat derhalve onrechtmatig jegens appellante handelt door genoemde WAB-bepalingen te handhaven in strijd met art. 11, art. 1 van het 1 Protocol EVRM en art. 6 WM;
- de Staat te bevelen om binnen 1 maand na datum vonnis een voorstel te doen aan de 2e Kamer om deze onrechtmatige, althans onverbindende WAB-bepalingen in overeenstemming te brengen met art. 11, art. 1 van het 1 Protocol EVRM en art. 6 WM door art. 2 lid 3 van de WAB vervangen door: ""Accountants zijn geen lid van de beroepsorganisatie, tenzij de accountant een wens tot lidmaatschap schriftelijk aan het bestuur kenbaar heeft gemaakt. Op iedere accountant is IFAC's internationale regelgeving voor accountants van toepassing. Daarnaast is op hem uitsluitend van toepassing de eigen regelgeving van de publiek- of privaatrechtelijke

beroepsorganisatie voor accountants, waarvan hij lid is.", zulks op straffe van een dwangsom van € 100.000 per dag door de Staat te verbeuren aan appelante, voor iedere dag of gedeelte van een dag dat de Staat in gebreke is gebleven een het te geven bevel te voldoen;

- De Staat te bevelen binnen 1 week na datum arrest overeenkomstig artikel 6:167 BW in tenminste 3 landelijk bladen te openbaren dat de WAB jarenlang strijdig is geweest met art. 11 c.q. art. 1 van het 1 Protocol EVRM en art. 6 WM en dat de rechter heeft bevolen om binnen 1 maand na publicatie vonnis deze strijdigheid via een wetsvoorstel op te heffen op straffe van een aan appelante te verbeuren dwangsom van € 100.000 per dag voor iedere dag dat in gebreke is gebleven binnen 1 maand na publicatie vonnis
- alles met veroordeling van de Staat in de kosten in eerste instantie en het hoger beroep en de Staat te veroordelen in de nakosten begroot op € 131,00 aan salaris advocaat en -indien betekening van het arrest heeft plaatsgevonden en de Staat niet binnen 14 dagen na de betekeningsdatum aan het vonnis hebben voldaan- te vermeerderen met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis alsmede te vermeerderen met de wettelijke rente over de nakosten vanaf de 15^e dag.



Advocaat.

Productie overzicht

Productie 1: Klacht EHRM

Productie 2: Kengetallen Accountancy

Productie 3a: Brief d.d. 28 maart 2017 NOVAK aan kabinetsformateur

Productie 3b: art. FD d.d. 3: "NBA opblazen"

Productie 4: Persbericht SRA: "Kleinere accountantskantoren kunnen studenten niet meer opleiden"

Productie 5: Brief SWA d.d. 27-9-2007: Consultatiedocument Minfin over netwerkdefinitie.