

mr. Menschaert

08/01907
Zitting: 16 oktober 2009

mr. E.M. Wesseling-van Gent
Conclusie inzake:

1. Stichting Wakker Accountant,
2. C.B.A. Spil

tegen

de publiekrechtelijke beroepsorganisatie
Koninklijk Nederlands Instituut van
Registeraccountants

Deze zaak betreft een kort geding.

1. Feiten¹ en procesverloop

1.1 Verweerder in cassatie, het Nivra, is de orde van registeraccountants met, blijkens artikel 1 van de Wet op de Registeraccountants (WRA), als taak de bevordering van een goede beroepsuitoefening door de registeraccountants en de behartiging van hun gemeenschappelijk belang.

Het Nivra had in 2007 omstreeks 14.000 leden.

1.2 Eiser tot cassatie onder 2, Spil, is een in het accountantsregister ingeschreven accountant en als zodanig lid van het Nivra.

1.3 De WRA bevat – onder meer – de volgende bepalingen:

“Artikel 8

Het bestuur roept de ledenvergadering bijeen, zo dikwijls het zulks nodig oordeelt en voorts indien ten minste veertig leden van de Orde, onder opgaaf van de te behandelen punten, om haar bijeenroeping verzoeken.

(...)

Artikel 16

1. Ieder lid kan slechts één stem uitbrengen.

2. Tenzij bij verordening anders is bepaald, kan een lid aan een ander lid schriftelijk volmacht verlenen tot het uitbrengen van zijn stem. Een lid kan voor ten hoogste drie andere leden een stem uitbrengen. (...)

¹ Zie het kort gedingvonnis van de rechtbank Amsterdam van 5 juli 2007 onder 2.1-2.7, van welke feiten ook het hof is uitgegaan (zie het bestreden arrest van 28 februari 2008 onder 3).

Artikel 18

1. De ledenvergadering kan bij verordening nadere regelen stellen betreffende haar werkwijze en die van het bestuur.
2. Het bestuur kan nadere regelen stellen betreffende zijn werkwijze, voor zover niet de ledenvergadering daarin bij verordening heeft voorzien.

Artikel 19

(...)

2. De ledenvergadering stelt ten behoeve van een goede uitoefening van de werkzaamheden van registeraccountants bij verordening gedrags- en beroepsregels vast, welke gelden voor allen die zijn ingeschreven in het in artikel 55 bedoelde register.

1.4 Eiseres tot cassatie onder 1, SWA, behartigt de belangen van accountants, in het bijzonder van hen die niet over een vergunning in de zin van de Wet Toezicht Accountants (WTA) beschikken.

1.5 Bij e-mail van 26 november 2006 heeft Spil aan de leden van het bestuur van het Nivra – onder meer – geschreven:

“(…) Uit een email (...) gedateerd 24 november van het Nivra-Bureau, begrepen wij uiteindelijk dat uw bestuur niet wil meewerken aan verspreiding en behandeling van serieuze amendementen zoals de bijgesloten alternatieve X-code en verordening permanente educatie. De argumenten in die email (...) zijn mijns inziens volstrekt ontoereikend om de bevoegdheden van de ledenvergadering als hoogste orgaan binnen Nivra, op een dergelijke wijze ernstig in te perken.

Als gevolg treft u bijgaand aan een oproep ondertekend door ruim 40 leden om een ledenvergadering bijeen te roepen aansluitend op of samenvallend met de reeds eerder door u bijeengeroepen ledenvergadering op 14 december. (...)

Het is u bekend dat art. 23 van de Wet op de Registeraccountants bepaal[t] dat een ieder gedurende drie weken na de openbaarmaking van een ontwerp in de staatscourant bij het bestuur zijn bedenkingen schriftelijk naar voren kan brengen en dat het bestuur alsdan verplicht is de naar voren gebrachte bedenkingen ter kennis van de leden te brengen. De publikatie in de staatscourant van het ontwerp VGC viel op 6 november. Bij deze verzoeken wij u derhalve om de bijlage van deze mail als procedureel/juridische bedenking (...) tegen het ontwerp VGC te behandelen en zo spoedig mogelijk onder de aandacht van alle leden te brengen samen met de bijgevoegde oproep van de 40 leden om een ledenvergadering bijeen te roepen. (...)

1.6 Op 14 december 2006 heeft de ledenvergadering van het Nivra de Verordening Gedragscode (VGC) aangenomen. De VGC is de opvolger van de Verordening Gedrags- en beroepsregels registeraccountants 1994. De VGC is op 21 december 2006 goedgekeurd door de minister van Financiën, op 28 december 2006 gepubliceerd in de Staatscourant en met ingang van 1 januari 2007 in werking getreden.

1.7 Bij brief van 21 december 2006 heeft het Nivra aan Spil – onder meer – geschreven:

“(…) Uw oproep d.d. 25 november j.l. tot een alternatieve ledenvergadering op 14 december 2006 is op de website van het NIVRA bekendgemaakt. Aan dit verzoek kon niet worden voldaan vanwege het feit dat behandeling van de verordeningen werd verlangd en dat wegens het ontbreken van initiatiefrecht zulks niet mogelijk is. (...) Het bestuur wil u in verband met het voorgaande de gelegenheid bieden behandelpunten aan te dragen voor de extra ledenvergadering. (...) Voorts constateert het bestuur dat de Verordening gedragscode in de ledenvergadering van 14 december is vastgesteld. Bij het bovenstaande wil het bestuur u erop attenderen dat NIVRA-leden niet de mogelijkheid hebben om verordeningen ter vaststelling voor te leggen aan de extra ledenvergadering, omdat de Wet op de registeraccountants niet voorziet in een initiatiefrecht voor leden.”

1.8 Bij inleidende dagvaarding van 31 mei 2007 hebben SWA en Spil, hierna: SWA c.s., het Nivra in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter van de rechtbank te Amsterdam en samengevat na wijziging van hun eis ter terechtzitting gevorderd het Nivra:

1. te veroordelen om – in afwachting van een bodemprocedure – de VGC en de belangrijkste uitvoeringsbesluiten zoals de NVAK, de CTK en de verplichte VGC-cursussen voorshands niet van toepassing te verklaren op leden die geen wettelijke controles uitvoeren, althans de publicatie in de Staatscourant tegen te houden totdat in de hoofdzaak zal zijn beslist;
2. te verbieden om te verhinderen dat de ledenvergadering zelfstandig kan besluiten om moties en verordeningen of amendementen op bestaande verordeningen of nadere voorschriften in stemming te brengen;
3. te veroordelen in het geval dat meer dan 40 leden een vergadering bijeen willen roepen om:
 - a) die meer dan 40 leden gebruik te laten maken van de NAW-gegevens van het ledenbestand van Het Nivra, zodat – zonder inmenging van Het Nivra-zijde – met alle Nivra-leden een aantal keren zelfstandig gecommuniceerd zal kunnen worden;
 - b) die leden de beschikking te geven over een deel van de Nivra-website middels een banner op de linkerkant van de Nivra-homepage en om de door die meer dan veertig leden aangesneden onderwerpen te registreren en te behandelen als ieder ander onderwerp, zonderodeloze inhoudelijke of technische beperkingen van Nivra-zijde en
 - c) alle kosten van die leden, verband houdende met het organiseren van een extra buitengewone ledenvergadering voor haar rekening te nemen,
 dit alles op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 100.000,- per dag.

1.9 Aan deze vorderingen hebben SWA c.s. kort gezegd² ten grondslag gelegd dat het Nivra bij de totstandkoming van de VGC onvoldoende oog heeft gehad voor de belangen van haar leden omdat geen sprake is van feitelijke inspraak en voorts dat bij de ledenvergadering van 14 december 2006 dermate ernstige vormfouten zijn gemaakt dat de bestreden besluiten van het Nivra op grond van gebreken bij de totstandkoming vernietigbaar of nietig zullen blijken te zijn, zodat de gevolgen van die besluiten moeten worden geschorst en de VGC buiten werking moet worden gesteld.

² Zie voor een uitgebreidere weergave het kort gedingvonnis van 5 juli 2007 onder 3.2.

1.10 Het Nivra heeft de vorderingen gemotiveerd bestreden.

1.11 Bij vonnis van 5 juli 2007 heeft de voorzieningenrechter de door SWA en Spil gevraagde voorzieningen uitvoerbaar bij voorraad geweigerd.

1.12 SWA c.s. zijn, onder aanvoering van acht grieven, van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof te Amsterdam en hebben na eiswijziging gevorderd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en – samengevat – het Nivra, wederom op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 100.000,- per dag:

1. zal veroordelen om de VGC en haar belangrijkste uitvoeringsbesluiten zoals de NVAK, de CTK en de verplichte VGC cursussen voorschans niet van toepassing te verklaren op de leden die geen wettelijke controles uitvoeren totdat in de hoofdzaak zal zijn beslist zodat gedurende die periode voor die leden de voorheen geldende gedragscode van toepassing blijft;
2. zal verbieden te verhinderen dat de ledenvergadering zelfstandig kan en zal besluiten om moties en verordeningen of amendementen of nadere voorschriften in stemming te brengen, dan wel subsidiair,
 - 2a. zal veroordelen om alle opgegeven te behandelen punten van een conform artikel 8 van de WRA door meer dan 40 leden van de Orde en voorzien van schriftelijk vastliggende handtekeningen opgeroepen ledenvergadering, als agendapunten op die ledenvergadering te behandelen en daarover te laten stemmen,
 - 2b. zal veroordelen om alle besluiten welke door een meerderheid van de ledenvergadering zijn genomen, uit te voeren daaronder begrepen de verplichting tot plaatsing als ontwerp verordening c.q. als ministerieel goedgekeurde verordening in de Staatscourant voor zover de wet dit vereist,
3. zal veroordelen, wanneer meer dan veertig leden een vergadering bijeen willen roepen of bijeen roepen, die leden te faciliteren zoals nader in het petitum uitgewerkt.

1.13 Het Nivra heeft de grieven gemotiveerd bestreden en geconcludeerd tot bekrachtiging van het vonnis van de voorzieningenrechter.

1.14 Na pleidooi ter zitting van het hof op 8 februari 2008 heeft het hof bij arrest van 28 februari 2008 het vonnis waarvan beroep bekrachtigd.

1.15 SWA c.s. hebben tegen dit arrest tijdig³ beroep in cassatie ingesteld.

Het Nivra heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep.

Partijen hebben vervolgens hun standpunten schriftelijk toegeleicht, waarna SWA c.s. nog hebben gerepliceerd.

³ De cassatiedagvaarding is op 16 april 2008 uitgebracht.

2. Bespreking van de cassatiemiddelen

2.1 Het cassatieberoep bevat acht middelen⁴.

2.2 De middelen 1, 2 en 7 zijn gericht tegen rechtsoverweging 4.5 van het bestreden arrest, die echter, zoals blijkt uit de slotzin van rechtsoverweging 4.4, uitsluitend ten overvloede gegeven oordelen bevat.

De middelen falen mitsdien op die grond.

2.3 De middelen 3-5, die ik hierna gezamenlijk behandel, richten zich tegen rechtsoverweging 4.1, waarin het hof, nadat het eerst de hiervoor onder 1.12 vermelde vorderingen van SWA c.s. onder 2, 2a, 2b en 3 had omschreven, als volgt heeft geoordeeld:

“Deze vorderingen zijn niet toegespitst op een bepaalde verordening of ledenvergadering. Zij komen erop neer dat Wakkere Accountant cs aan de voorzieningenrechter vragen Nivra te gebieden zijn verplichtingen uit de wet met betrekking tot de totstandkoming van verordeningen en met betrekking tot de berichtgeving omtrent de wijze van agendering van en besluitvorming tijdens ledenvergaderingen, zoals Wakkere Accountant cs die verplichtingen zien, na te komen. De door Wakkere Accountant cs aangevoerde kritiek op de wijze van totstandkoming en op de besluitvorming met betrekking tot de Verordening Gedragscode (VGC) en een aantal uitvoeringsbesluiten van deze verordening rechtvaardigt echter – ook indien gegrond – niet de toewijzing in kort geding van zodanig algemeen geformuleerde vorderingen. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen derhalve terecht afgewezen, zij het (ten dele) op andere gronden. Hetzelfde lot, afwijzing, treft ook de vorderingen zoals thans in hoger beroep geformuleerd.”

2.4 Middel 3 klaagt – verkort weergegeven – dat het hof ten onrechte niet uit de onweersproken stellingen van SWA c.s., dat het Nivra de vordering onder 2 (het recht van initiatief) en onder 3 (de democratische gang van zaken) feitelijk heeft erkend maar op geen enkele wijze heeft willen meewerken aan de toezeggingen inzake de vorderingen onder 3, heeft geconcludeerd dat sprake is van een zodanig onbehoorlijk bestuur dat de vordering onder 3 kon worden toegewezen.

Middel 4 voegt daaraan toe dat het hof aldus ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen is getreden en voorts heeft miskend dat het recht vordert dat vorderingen waarmee gedaagde zegt in te stemmen ook toegewezen moeten worden als eiser stelt daarbij belang te hebben.

Middel 5 borduurt op het voorgaande door en klaagt dat het hof zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd, waarbij, aldus dit middel, de vraag opkomt of bij overheidsorganen en overtreding van ‘algemene regels’ geen zwaardere motiveringsplicht behoort te gelden, zoals is verlangd in onder meer HR 15 juli 1985, NJ 1986, 489 en HR 22 maart 2002, NJ 2003, 149.

⁴ Middel 8 is bij vergissing als middel 9 genummerd.

2.5 De middelen gaan langs de kern van het oordeel van het hof heen, te weten dat alle vorderingen in hoger beroep moeten worden afgewezen omdat zij te algemeen zijn geformuleerd voor toewijzing in kort geding. Nu dat oordeel niet wordt aangevallen, falen zij reeds op die grond. De verzuchting in middel 5 (onder 19) dat dit oordeel tot gevolg heeft dat ook een bodemrechter niet anders kan oordelen, miskent het verschil in karakter tussen een kort gedingprocedure, waarin ordemaatregelen worden genomen, en een bodemprocedure. De middelen nemen daarnaast tot onjuist uitgangspunt dat het hof heeft vastgesteld dat het Nivra de vorderingen van SWA c.s. heeft erkend.

2.6 Middel 6 is gericht tegen de eerste alinea van rechtsoverweging 4.3, waarin het hof als volgt heeft geoordeeld:

“Het hof stelt voorop dat Wakkere Accountant cs – desgevraagd ter terechtzitting in hoger beroep – niet (voldoende) hebben kunnen toelichten op grond waarvan onjuist is de stelling van Nivra dat de VGC, zoals die thans – ter bescherming van het publiek – luidt, noodzakelijk is voor de goede uitoefening van het beroep van registeraccountant, zoals dit in Nederland is georganiseerd, en op grond waarvan niettemin mogelijk mededingingsbeperkende gevolgen zouden moeten meebrengen dat op voorhand moet worden vastgesteld dat de VGC daarom (in zoverre) onverbindend is. Dit betekent dat de in grief 5 neergelegde mededingingsrechtelijke bezwaren van Wakkere Accountant cs falen.”

2.7 Het middel klaagt dat het hof de bewijslast onjuist heeft verdeeld en zijn oordeel gebrekkig heeft gemotiveerd omdat niet SWA c.s. maar het Nivra dient te bewijzen dat de beroepscode VGC – zoals die thans luidt – noodzakelijk is voor het beroep van registeraccountant en dat de in de VGC geschapen mogelijkheid van mededingingsbeperkende afspraken de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan niet verhinderen, beperken of vervalsen.

2.8 Het middel mist feitelijke grondslag.

Het hof heeft in de bestreden alinea niet de bewijslast verdeeld maar geoordeeld dat SWA c.s. de stelling van het Nivra onvoldoende hebben weerlegd.

2.9 Middel 9 tenslotte richt zich tegen de tweede alinea van rechtsoverweging 4.3, waarin het hof als volgt heeft geoordeeld:

“Ook de overige in deze grief opgeworpen bezwaren falen. In het licht van het verweer van Nivra is niet aanstonds duidelijk dat deze bezwaren ertoe zouden kunnen leiden – zoals Wakkere Accountant cs beogen – dat de VGC niet zou mogen worden toegepast ten aanzien van de leden die geen wettelijke controles uitvoeren. Het nadere onderzoek dat daarvoor nodig is kan niet plaatsvinden in dit kort geding. De grief faalt dan ook.”

2.10 Volgens het middel heeft het hof het recht geschonden nu SWA c.s. voldoende hebben aangetoond dat de VGC strijdig is met (a) art. 14 van Richtlijn 2006/43/EG over de toelating van wettelijke auditors uit andere lidstaten, (b) art. 1 etc. EVRM over verenigingsdwang en (c) de art. 2.7 en 22 van Richtlijn 2006/42/EG over netwerkdefinities en onafhankelijkheidsrichtlijnen, zodat feiten en rechtsvraag voldoende duidelijk waren afgebakend. Voor zover er nog twijfel bestond over de uitleg van Europees recht had het hof desnoods prejudiciële vragen moeten stellen, aldus het middel, nu dat ook in kort geding kan.

2.11 Ook dit middel faalt.

Het hof heeft geoordeeld dat de door SWA c.s. in hun vijfde grief opgesomde bezwaren niet onmiddellijk tot het door hen beoogde gevolg kunnen leiden, maar dat daarvoor een nader onderzoek nodig is waarvoor in kort geding geen plaats is. Aldus heeft het hof het voorschrift van art. 256 Rv. toegepast, hetgeen niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk geeft. Voor het overige is een dergelijk oordeel voorbehouden aan de rechter die in kort geding over de feiten oordeelt, welk feitelijk oordeel niet met succes met een rechtsklacht kan worden bestreden⁵.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

⁵ Zie HR 2 december 1983, NJ 1984, 369.