

Cassatie: Stichting Wakkere Accountant(SWA) versus Nivra
Rolnummer: C08/01907

08/1908.01/pva

REPLIEK

van Mr. R. Menschaert

inzake

1. de Stichting Wakkere Accountant,
2. Cornelius Bernardus Antonius Spil, hierna gezamenlijk te noemen
SWA,

eiser in cassatie

tegen

de publiekrechtelijke beroepsorganisatie KONINKLIJK NEDERLANDS
INSTITUUT VAN REGISTERACCOUNTANTS, hierna te noemen
Nivra,

verweerder in cassatie.

Eiser doet het volgende opmerken inzake de Schriftelijke Toelichting, hierna te noemen ST, tijdens Nivra ingediend op de rolzitting van 16 januari 2009:

ad 1 Inleiding en Achtergrond¹ volgens ST

1. Allereerst zij opgemerkt dat de SWA bij dagvaarding onder punt 2 onweersproken heeft geconstateerd dat het handelen van Nivra ook begrepen kan worden vanuit het belang van grotere accountantskantoren die bij Nivra de dienst zouden uitmaken. Toch stelt art. 2 lid 3 van Wet op de Registeraccountants (WRA) voor dat de Orde mede tot taak heeft de behartiging van hun gemeenschappelijk belang.
2. Bij een dergelijke taak spelen tal van feitelijkheden. De grieven in cassatie zijn uiteraard welbewust beperkt tot die zuivere rechtsgronden welke zonder nader feitenonderzoek kunnen worden afgedaan als “acte clair” of althans “acte éclairé”.

Art. 25 Wetboek van Rechtsvordering (RV) verlangt dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult. Dit voorschrift beperkt zich niet tot bodemprocedures maar is ook van toepassing op korte gedingen. Het HOF heeft zich echter in het geheel niet willen verdiepen in de naar voren gebrachte rechtsgronden maar die onder meer afgedaan met bijvoorbeeld de opmerking onder 4.5 voorlaatste slotzin dat de “overige klachten niet van dien aard zijn dat deze er toe nopen vooruit te lopen op het oordeel van de bodemrechter.”

Toegegeven moet worden dat voor uitspraken in kort geding in beginsel minder strenge motiveringseisen gelden. Uw Hoge Raad heeft echter herhaaldelijk laten blijken strengere motiveringseisen te stellen aan beslissingen die voor de betrokken A. zeer ingrijpende gevolgen hebben. Uw Hoge Raad heeft, indien het gaat om oordelen over B. rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling nooit terughoudendheid betracht om rechtsgronden aangevoerd in kort geding te beoordelen. Ook heeft uw Hoge Raad in kort geding herhaaldelijk laten blijken steeds diepgaand te willen onderzoeken of regelgeving mogelijk in strijd is met C. hogere Europese regelgeving.

A. Zeer ingrijpende gevolgen

3. Het afwijzen van de vorderingen van de SWA heeft inderdaad ingrijpende gevolgen. Zoals punt 9 ST al naar voren bracht is er inmiddels een alternatieve accountantsvereniging opgericht. Deze is niet opgericht door de SWA zoals Nivra naar voren brengt maar door bestuursleden van zowel de SWA, de oppositie bij Nivra, als van de WMO, de oppositie bij NOvAA. De leden van die vereniging, alle (ex)-leden van Nivra of NOvAA wensen niet langer geconfronteerd te worden met een verplicht lidmaatschap van Nivra dat:
 - a) vooral het belang van grotere accountantskantoren lijkt te dienen via (onduidelijke) regelgeving, bepaalde permanente educatie verplichtingen en de wijze waarop toetsingen worden uitgevoerd,
 - b) de invloed van de ledenvergadering als hoogste orgaan tracht te beperken via (i) rechtsinterpretaties die het bestaan van een “recht van initiatief” ontkennen dan wel via (ii) procedureel tekort schieten althans niet steeds adequaat opereren in de communicatie met leden en tot slot via (iii) de duidelijk

¹Bij de uitvoerige herhaling aan het begin van de Schriftelijke Toelichting (ST) van de vorderingen in 1e en 2e instantie is helaas een hinderlijke typfout ontstaan door weglating bij de vordering onder 1 in hoger beroep van het woord: “beslist” in de 6e regel.

uitgesproken stelling van Nivra dat :”*Het bestuur acht het ongewenst om uitingen van bepaalde leden of groepen leden, ongeacht aard of doel, aan alle NIVRA-leden toe te zenden.*”,

- c) met die opmerking en feitelijk handelen er blijk van geeft in rechte gedane toezeggingen dat “*zij zal zorg dragen voor verspreiding onder al haar leden van berichten van [eiser] over het oproepen van een extra ledenvergadering*” niet te willen nakomen,
 - d) Nivra, gezien punt 27 ST, de kennelijke mening is toegedaan dat haar, in dit geval in de omgang met haar leden acterend als publiekrechtelijk rechtspersoon, de voorschriften aan bestuursorganen zoals AWB art. 2:4 (onpartijdigheid), 3:3(verbod détournement de pouvoir), 3:4 (evenredigheidsbeginsel bij belangenafweging), niet raken.
 - e) concurrentievervalsing pleegt en het publiek misleidt door via de VGC de mogelijkheid te scheppen dat afdelingen van grote kantoren zich aan alle accountancy-regelgeving kunnen onttrekken terwijl dat kleinere accountants feitelijk niet is gegeven,
 - f) niet wenst in te zien dat de VGC op tal van punten strijdig is met Europees recht waaronder het verbod op verenigingsdwang bij beroepsuitoefening.
4. De leden van die alternatieve accountantsvereniging die het lidmaatschap van Nivra hebben opgezegd verliezen het wettelijke recht zich “accountant” of “RA” te blijven noemen zolang het verbod op verenigingsdwang bij beroepsuitoefening niet wordt erkend. Toch zijn dat studies waar gemiddeld 10-12 jaar voor staat naast een vaak jarenlange praktijkervaring.

Deze alternatieve accountantsvereniging kent uiteraard een ledenregister en past evenzeer alle Ifac-Normen toe zoals de Code of Ethics, de voorschriften Permanente Educatie, Toetsing, Tucht recht etc. Zij interpreteert die echter op zodanig democratische wijze dat geen enkele ledengroepering een andere ledengroepering de wet kan voorschrijven of daarmee voordeel kan behalen ten laste van andere ledengroeperingen.

5. Vrijwel onmiddellijk nadat deze alternatieve accountantsvereniging werd gelanceerd heeft Nivra een kort geding geëntameerd uit hoofde van merkrechten op grond waarvan de naam van die alternatieve accountantsvereniging op straffe van dwangsommen gewijzigd moest worden in OvRAN en de bijbehorende titels voor (ex) RA's omgezet moesten worden in RMC en voor (ex)AA's in RCA. Ondanks het feit dat een deel van de vorderingen van Nivra zijn afgewezen, wordt dit kort geding inmiddels voortgezet in een bodemprocedure. Op straffe van nieuwe dwangsommen poogt Nivra het feitelijk bestaan van OvRAN onmogelijk te maken door niet alleen ieder gebruik van de nieuwe naam OvRAN te verbieden maar ook van ieder gebruik van de namen Nivra, NOvAA, AA, RA, Registeraccountant en Accountant-Administratieconsulent. Daarnaast heeft Nivra strafrechtelijk aangifte gedaan bij bestuursleden die de titel “Register Adviseur” zouden hebben gebruikt. Te verwachten zijn dan ook meerdere aangiften door Nivra wegens het gebruik door ex-leden van Nivra van beroepsaanduidingen zoals accountant. Op grond van een garantie van OvRAN rechtsbijstand aan haar leden

te verlenen bij deze strafrechtelijke procedures tot aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zijn nog tal van andere procedures te verwachten.

6. Een aantal (bestuurs)leden van OvRAN zijn inmiddels een bestuursrechtelijke procedure gestart waarin wordt gevorderd dat zij als (ex)-lid van Nivra in het register worden ingeschreven zonder lid te worden van Nivra². Zij doen daarbij mede een beroep op het verbod op verenigingsdwang bij beroepsuitoefening en op andere Europese regelgeving waarover het HOF als mening poneerde dat “*die overige klachten niet van dien aard en ernst zijn dat deze er toe nopen vooruit te lopen op het oordeel van de bodemrechter.*”
7. Artikel 20 RV verlangt dat de rechter waakt tegen onredelijke vertraging van de procedure en treft zo nodig, op verzoek van een partij of ambtshalve maatregelen. Voorgaande maakt duidelijk dat de weigering van het HOF zuivere rechtsgronden te onderzoeken die zonder nader feitenonderzoek of met prejudiciële vragen konden worden afgedaan, noodzakelijkerwijs slechts leidt tot meer procedures. Voornoemde punten maken dan ook overduidelijk de zeer ingrijpende gevolgen voor betrokkenen welke nopen tot strengere motiveringseisen. Ook het spoedeisende belang dat Nivra in punt 8 van haar ST ontkent, komt daarmee in een ander daglicht te staan. Juist het onvermijdelijk trage verloop van zeker een bodemprocedure waar het niet alleen om zuivere rechtsgronden gaat maar ook over veel feiten, vergroot alleen dit spoedeisend belang. Bovendien is dit beroep tardief nu het pas in cassatie wordt ingeroepen.³

B. Rechtsvragen in het belang van rechtseenheid of rechtsontwikkeling

8. Wanneer het gaat om oordelen over rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling heeft uw Hoge Raad nooit terughoudendheid betracht in kort geding. In dit geval zijn de volgende vragen van belang inzake de rechtseenheid dan wel rechtsontwikkeling.
 - a) Allereerst zij er op gewezen dat de bepalingen inzake het “recht van initiatief” bij Nivra (art. 8 Wet op de Registeraccountants -WRA-) en NOvAA (art. 10 Wet op de Accountants-Administratieconsulenten-WAA-) vrijwel identiek zijn. Toch slagen de voorzieningenrechters er in geheel verschillende uitspraken ter zake te doen. Bij Nivra oordeelde de voorzieningenrechter Amsterdam in eerste instantie dat de eisen niet toegewezen hoefden te worden omdat Nivra er ter zitting al in bewilligde (zie Middel 3 voor details). Bij NOvAA oordeelde de voorzieningenrechter Den Haag dat de gelijklopende vordering inzake dit “recht van initiatief” niet toegewezen kon worden omdat dit afbreuk deed aan de rechten van het NOvAA-bestuur.
 - b) Daarnaast is, zowel bij Nivra als bij NOvAA, onomstreden dat de ledenvergadering het hoogste orgaan is en geeft de wet de middelen aan

²Tot nu toe zijn alleen formaliteiten als argumenten ingezet waarbij niet-nakoming van termijnen door Nivra de zaak vertraagt.

³HR10 maart 2006, NJ 2006, 419; Hoofd/erven Hoofd-Bakhuijzen

meer dan 40 leden hun mening in de ledenvergadering naar voren te brengen. Aan dit fundamentele democratische grondrecht wordt zowel door Nivra als NOvAA afbreuk gedaan door de feitelijke stellingname dat het bestuur zich het recht voorbehoud onwelgevallige meningen niet aan de orde te stellen.⁴ Van belang voor de rechtsontwikkeling is dan ook wat de status is van regelgeving die op een dergelijke wijze tot stand is gekomen.

- c) Uit middel 7 blijkt dat er voortdurend discussie is over de vraag of “Ontwerpen van Verordeningen” eerst in de Staatscourant moeten staan alvorens behandeld te kunnen worden in de ledenvergadering of dat een (voor)ontwerp van verordening ook eerst in de ledenvergadering behandeld kan worden waarna het bestuur het aldus goedgekeurde (voor)ontwerp in de Staatscourant kan⁵ plaatsen en vervolgens bij het ontbreken van bezwaren als definitieve Verordening. Hoe triviaal dit ook lijkt, is deze discussie een belangrijke struikelblok gebleken in het democratisch proces. Met de stelling van Nivra (en NOvAA) dat plaatsing in de Staatscourant door het Bestuur moet plaatsvinden voorafgaand aan enigerlei besluitvorming in de ledenvergadering, heeft Nivra het recht van meer dan 40 leden agendapunten zoals concept-verordeningen op de ledenvergadering te plaatsen in 2006 effectief geblokkeerd.⁶ Het HOF heeft, overigens zonder nadere motivatie en onbegrijpelijk, de opvatting van het Nivra-bestuur gesteund met de onder Middel 7 bestreden opvatting onder 4.5 3e alinea laatste zin: *“Daarvoor zou immers eerst nog een door de ledenvergadering aangenomen ontwerp in de Staatscourant hebben moeten worden gepubliceerd.”*. Dit standpunt vindt geen enkele steun in de wet of de wetsgeschiedenis en is strijdig met het uitgangspunt dat het hoogste orgaan de ledenvergadering is. Uit Middel 7 blijkt voorts dat op de laatste ledenvergadering op 12 december 2007 Nivra weliswaar bleef ontkennen dat er een “recht van initiatief” bestond maar op grond van een nieuwe verordening op de ledenvergadering wel feitelijk heeft toegelaten dat voorstellen tot verordeningen door meer dan 40 leden schriftelijk ingediend, in stemming zijn gebracht zonder dat voorafgaande publicatie in de Staatscourant heeft plaatsgevonden. Onder punt 20 en 29 van haar Memorie van Toelichting blijft Nivra wederom herhalen dat er geen recht van initiatief is. Om die reden zou uw Hoge Raad belangrijk kunnen bijdragen aan de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling, ook buiten Nivra, door deze opvatting van het HOF als onbegrijpelijk af te doen.
- d) Sinds de totstandkoming van de WRA en de WAA, hebben zich ontwikkelingen voorgedaan in het Europese recht die van groot belang zijn

⁴Deze vraag is ook van groot belang bij alle publiekrechtelijke organisaties die een ledenvergadering kennen als hoogste orgaan en waar een bestuur onwelgevallige meningen die op de procedureel juiste wijze naar voren zijn gebracht, niet aan de orde wil stellen.

⁵Indien het bestuur dat weigert ontstaat uiteraard een nieuwe situatie.

⁶Hoewel het gedrag van Nivra (en NOvAA) als uitzonderlijk getypeerd kan worden, kan dit probleem potentieel ook spelen bij andere publiekrechtelijke organisaties waar, zoals gebruikelijk, in de Staatscourant te plaatsen (ontwerp)verordeningen ook door de ledenvergadering moeten worden goedgekeurd.

voor de rechtseenheid dan wel rechtsontwikkeling. Vanwege de universele gelding daarvan zij met name de ontwikkeling rond het verbod op verenigingsdwang bij beroepsuitoefening hier gememoreert. Deze uitspraken van het EHRM treffen alle regelgeving van publiekrechtelijke organisaties waar de wetgever heeft verzuimd wettelijk vast te leggen dat de beroepsbeoefenaar niet wordt verplicht bij inschrijving in het register tegelijk lid van een beroepsvereniging te worden en waar de publiekrechtelijke organisatie zelf dergelijke voorzieningen in haar eigen regelgeving ook niet heeft getroffen. In Nederland dus talloze PBO's en aanverwante vormen van publiekrechtelijke organisaties zoals Nivra.

9. Gezien uw constante jurisprudentie, ook in kort geding, rechtsvragen inzake rechtseenheid dan wel rechtsontwikkeling te onderzoeken, lijkt het verzoek van Nivra op louter formele gronden het cassatieberoep af te wijzen dan ook geheel misplaatst.

C. Hogere Europese Regelgeving

10. Het is standaardjurisprudentie van uw Hoge Raad ingevolge art. 234 EEG-Verdrag om prejudiciële rechtsvragen te stellen inzake de toepasbaarheid van Europees Gemeenschapsrecht, ook wanneer sprake is van onverenigbaarheid van nationale regelgeving met bepalingen van Europees recht. Daarbij wordt ook in Kort Geding door uw Hoge Raad geen terughoudendheid betracht zoals in de schriftelijke toelichting zijdens SWA voor de rolzitting van 16 januari 2009 al met recente voorbeelden is aangetoond. De stelling onder punt 7 ST dat deze zaak zich bij uitstek niet leent voor een procedure in cassatie is mede daarom onbegrijpelijk want rechtstreeks in strijd met art. 234 EEG-Verdrag.

Ook in zaken waarbij uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zijn betrokken confirmeert uw Hoge Raad zich feitelijk aan de uitspraken van het Hof te Straatsburg⁷. Ook daarom is Nivra's stelling onder punt 7 ST dat deze zaak zich bij uitstek niet leent voor een procedure in cassatie onbegrijpelijk.

11. Zoals in Middel 9 is uiteengezet heeft het HOF de volgende essentiële stellingen van de SWA niet overwogen:
 - a) Strijdigheid met art. 14 van Richtlijn 2006/43/EG met betrekking tot de toelating van buitenlandse accountants c.q. strijdigheid met het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal zoals geregeld in het EG-Verdrag in de artikelen 39 en 43 c.q. artikel 25 en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.
 - b) Strijdigheid met art. 1 etc. EVRM waaronder het verbod op verenigingsdwang bij beroepsuitoefening.
 - c) Strijdigheid met de netwerkdefinities en onafhankelijkheidsrichtlijnen onder Richtlijn 2006/43/EG met name de artikelen 2.7 en 22.

⁷Zie Asserserie Procesrecht, pag. 81/82 uitgave Kluwer 2005, 4e druk

Vorderingen lenen zich niet voor cassatie? (punt 7 ST)

12. Tenslotte verdient onder deze inleiding en achtergrond aandacht de opmerking van Nivra onder punt 7 ST dat deze zaak zich niet leent voor een procedure in cassatie omdat het Hof deze vorderingen heeft afgedaan op de gronden dat deze (i) te algemeen geformuleerd, dan wel (ii) onvoldoende zijn toegelicht dan wel (iii) zich niet lenen voor behandeling in kort geding. Deze stelling is onbegrijpelijk op de navolgende gronden.
13. De woorden: “*té algemeen geformuleerd*” komen alleen voor onder rechtsoverweging 4.1. Aldaar overweegt het HOF dat de “*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.*”
- a) Zoals in middel 3 en 4 uitvoerig is uiteengezet, heeft Nivra in eerste instantie al toegezegd in de toekomst te willen voldoen aan alle vorderingen zoals genoemd onder 2 (recht van initiatief) en 3 (faciliteren communicatie). Die toezegging was zelfs zo concreet en bepaald dat de rechtbank op die grond heeft overwogen dat die vorderingen niet voor toewijzing in aanmerking komen. Uit die toezegging van Nivra blijkt al dat die vorderingen 2 en 3 heel bepaald waren en geenszins te algemeen geformuleerd⁸. Als ze onbepaald waren en/of te algemeen geformuleerd zou Nivra immers nooit een dergelijke toezegging in rechte hebben kunnen doen. Het gaat heel concreet om nakoming van de verplichtingen uit de WRA art. 8, waarbij meer dan 40 leden agendapunten kunnen aandragen. Naar de mening van de SWA impliceert dit “recht van initiatief” een verbod op het achterhouden van informatie over diezelfde agendapunten welke die meer dan 40 leden gecommuniceerd willen hebben aan alle leden. Nivra's opmerking bijv. “*Het bestuur het ongewenst acht om uitingen van bepaalde leden of groepen leden, ongeacht aard of doel, aan alle NIVRA-leden toe te zenden.*” geeft duidelijk aan precies te weten hoe bepaald die vordering was. Iedere andere uitleg maakt de weg vrij voor overheidsorganen die “algemene regels” doordrukken zonder rekening te houden met een recht van initiatief van haar leden zoals onder Middel 1 tot 5 betoogd. Het HOF vergist zich dus in de feiten door vorderingen waarvan gedaagde al heeft toegezegd die te zullen uitvoeren, als “*té algemeen geformuleerd*” af te doen en is daarom onbegrijpelijk. In ieder geval is onvoldoende met redenen omkleedt waarom bestuursorganen een dergelijke vrijbrief zou toekomen.
- b) Tenslotte blijkt uit de tekst van rechtsoverweging 4.1 duidelijk dat het HOF haar overweging strikt beperkt tot de feiten gesteld inzake de totstandkoming en de besluitvorming in 2006. Die feiten illustreerden alleen het belang en noodzaak van de vorderingen die betrekking had op toekomstige ledenvergaderingen. Ook daarom is s'Hofs feitelijke oordeel onbegrijpelijk hetgeen overigens onverlet laat dat het gevorderde wel degelijk cassabel kan zijn op geheel andere, ten onrechte door het HOF niet overwogen maar impliciete, rechtsgronden zoals aangetoond via de middelen in cassatie.

⁸In punt 71 MvA deelde Nivra het HOF Amsterdam zelfs mede dat: “*er op dat punt geen geschil bestaat tussen partijen en daardoor als het ware buiten het geschil valt*”.

14. De woorden: “*onvoldoende zijn toegelicht*” komen alleen voor onder rechtsoverweging 4.3 in de 1e alinea. Aldaar maakt het HOF alleen een feitelijke afweging tussen het belang van de VGC ter bescherming van het publiek tegenover het belang van concurrentiebepurende bezwaren. Het Hof heeft echter geen enkele aandacht besteed aan het feit dat de Wet op de Mededinging zonder meer alle concurrentiebepurende maatregelen inclusief ondernemersafspraken zoals bijv. de VGC nietig verklaart. Het HOF trekt kennelijk niet in twijfel dat er mededingingsbepurende gevolgen verbonden zijn aan de overigens niet door Nivra bestreden stelling dat afdelingen van grotere accountantskantoren zich, onder bepaalde zelf te bepalen voorwaarden, zich aan alle regelgeving voor accountants kunnen onttrekken en alle andere accountants niet. Nivra zelf heeft dat ook expliciet bevestigd. Voor details zie Middel 6. Daarom was deze feitelijke afweging niet meer aan de orde, ontstaat strijd met de Wet op de Mededinging en had van rechtswege nietigverklaring moeten volgen althans de vordering onder 1 toegewezen moeten worden om in bodem tot dat resultaat te komen. Gezien de gestelde feiten zijn de overwegingen van het HOF onbegrijpelijk en onvoldoende met redenen omkleedt.

In de 2e alinea van rechtsoverweging 4.3 besteedt het Hof ook geen enkele aandacht aan de uitvoerig in Grief 5 opgeworpen en in Middel 9 aangetoonde strijdigheden met Europees recht. Toch betreffen deze strijdigheden zuivere rechtsoordelen en eenvoudige uitleg van een duidelijk omschreven rechtsregel in een duidelijk omschreven situatie waarvoor in het geheel geen nader onderzoek noodzakelijk is. Kortom, “*acte clair*”. Het presenteren als niet cassabel van dergelijke misvattingen dan wel miskennis rechtsgronden aan te vullen, is daarom onbegrijpelijk.

15. De woorden: “*zich niet lenen voor behandeling in kort geding*” komen alleen voor onder rechtsoverweging 4.3 en 4.4. Daarmee maakt het Hof alleen duidelijk dat noodzakelijke feitenonderzoek inzake slechts enkele aspecten niet in kort geding kan plaats vinden. Het Hof stelt helemaal niet, zoals de opmerking van Nivra onder punt 7 ST suggereert, dat de vorderingen zich überhaupt niet lenen voor behandeling in kort geding. Het Hof stelt alleen dat nader feitenonderzoek op dit beperkte aantal aspecten daartoe noodzakelijk is.

Overigens wordt dit oordeel onbegrijpelijk omdat het HOF er aan toe voegt dat: “ook de -mede door de VGC te beschermen belangen- van het publiek een rol spelen”. De voorheen geldende gedragscode, de voorganger van de VGC, de Gedrag en Beroepsregels Registeraccountants (GBR), dient immers datzelfde doel.

Dat laat echter onverlet dat het gevorderde wel degelijk cassabel kan zijn op geheel andere, ten onrechte door het HOF niet overwogen maar impliciet aanwezige rechtsgronden zoals aangetoond via de middelen in cassatie. Kortom, ook dit verweer van Nivra kan geen stand houden.

ad 111 Het wettelijke kader volgens ST

16. In de onder dit hoofd door Nivra onder punt 12 naar voren gebrachte notitie⁹ geeft Nivra haar versie weer van het wettelijk kader en de gebeurtenissen rond de ledenvergadering van 14 december 2006. Wij beperken ons tot de relevantste daarin gepresenteerde misvattingen omdat in 1e en 2e instantie daarover bijna alles al is gezegd:
- a) Deze notitie onder punt 18 betoogt uitvoerig dat de leden van Nivra niet het “recht van initiatief” bezitten. Toch blijkt uit onder meer Middel 3 en 6 dat het “recht van initiatief” ook naar de mening van Nivra wel degelijk bestaat.
 - b) Deze notitie onder punt 30 betoogt dat de VGC tot stand is gekomen na een uitgebreide, zorgvuldige en transparante voorbereidingsprocedure en democratisch is aangenomen met 56,6% van de stemmen. Dit betoog is feitelijk uitvoerig bestreden en het oordeel daarover is voorbehouden aan de bodemrechter.
 - c) Deze notitie onder punt 42 presenteert een wel zeer onvolledige versie van de problematiek rond de volmachten. Dit betoog is feitelijk uitvoerig bestreden en het oordeel daarover is voorbehouden aan de bodemrechter.
 - d) Deze notitie onder punt 40 betoogt dat Spil verzocht zou hebben een ledenvergadering bijeen te roepen. Dit is onjuist en uitvoerig weerlegd in 1e en 2e instantie. Meer dan 40 leden hebben conform art. 8 WRA schriftelijk verzocht agendapunten op de ledenvergadering te plaatsen hetgeen het Nivra-bestuur heeft geweigerd.
 - e) Deze notitie onder punt 44 betoogt dat een aantal amendementen niet in behandeling konden worden genomen omdat deze niet voldeden aan de wettelijke eisen. Op grond van mede dit betoog heeft zelfs het HOF zich kennelijk vergist bij de vaststelling van de feiten zoals onder Middel 7 is aangetoond.

ad V De rechterlijke oordelen in eerste aanleg en in hoger beroep volgens ST

17. Onder punt 16 ST betoogt Nivra in haar slotopmerking dat het HOF stelt: *vorderingen 2,2a, 2b en 3: té algemeen geformuleerd*. Dit wordt nader uitgewerkt onder Nivra's punt 17. De enige plaats in het vonnis waar de woorden “*algemeen geformuleerd*” voorkomen is onder rechtsoverweging punt 4.1 met de tekst: “*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.*” Het is duidelijk dat bovenstaande feitelijke constatering zich beperkt tot de gestelde feiten over de wijze van totstandkoming en de besluitvorming bij de VGC in 2006. De vordering bedoelde echter juist toekomstig soortgelijk gedrag van Nivra te voorkomen. Het merkwaardige daarbij is dat Nivra wel heeft toegezegd herhaling van dat gedrag te voorkomen (zie Middel 3) maar zich desalniettemin blijft verzetten tegen iedere vastlegging

⁹Achtergronden bij het kort geding tussen de Stichting Wakkere Accountant en het Koninklijk Nederlands Instituut van Registeraccountants(KG 07/0996)

daarvan in de vorm van een vonnis. Daarin vond Nivra ten onrechte de voorzieningenrechter in 1e en 2e instantie aan haar zijde. Als toezeggingen tijdens proces niet vastgelegd kunnen worden in een buitengerechtelijk akkoord, is een vonnis toch de gebruikelijke vastlegging?

Onder punt 13 hierboven is al aangegeven dat deze vorderingen 2, 2a, 2b en 3 heel bepaald waren want heel concreet al eerder door Nivra in eerste instantie toegezegd¹⁰.

Met name s'Hofs opmerking “*ook indien gegrond*” betekent handhaving van het arrest van het HOF een vrijbrief voor overheidsorganen die in strijd willen handelen met de haar bij wet meestal niet in alle detail voorgeschreven wijze van opereren en daarbij democratische grondregels zoals het gevorderde onder 2: “recht van initiatief” en onder 3: “democratisch opereren” miskennen. De Middelen 1-5 geven aan hoe dat praktisch in haar werk gaat.

Indien de stelling van Nivra dat het HOF terecht de vorderingen 2,2a, 2b en 3 als té algemeen geformuleerd al juist zou zijn, impliceren de betreffende overwegingen van het HOF de veronachtzaming van een groot aantal impliciete rechtsgronden die ten onrechte niet in haar overwegingen betrokken waren.

18. Onder punt 18 ST herhaalt Nivra een deel van de rechtsoverwegingen van het HOF inzake vordering 1 (VGC niet voor iedereen toepassen) met de nadruk op “nader onderzoek”.

Het is juist dat het HOF onder haar rechtsoverweging 4.4 stelt: “*dat nader onderzoek noodzakelijk is om betekenis en werking van de verordening voor de onderscheiden categorieën van registeraccountants te beoordelen. Daarbij spelen ook de – mede door de VGC te beschermen – belangen van het publiek een rol.*” Dit oordeel is van feitelijke aard en is in cassatie dan ook niet bestreden. Ten onrechte echter schijnt Nivra uit deze tekst zeer in zijn algemeenheid daarnaast ook af te leiden dat de vordering onder 1 als zodanig in alle omstandigheden nader onderzoek behoeft. Gezien de tekst van de hierboven geciteerde rechtsoverweging kan het HOF een dergelijke vergaande conclusie niet bedoeld hebben.

Indien de stelling van Nivra dat het HOF terecht de vordering onder 1 heeft afgewezen op die feitelijke gronden, quod non, impliceren de betreffende overwegingen van het HOF in ieder geval de veronachtzaming van een groot aantal impliciete rechtsgronden die ten onrechte niet in haar overwegingen betrokken waren.

19. Het is ook juist dat het HOF onder rechtsoverweging 4.3 in de 2e alinea stelt: “*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*

¹⁰In punt 71 MvA deelde Nivra het HOF Amsterdam immers mede dat: “*er op dat punt geen geschil bestaat tussen partijen en daardoor als het ware buiten het geschil valt*”.

plaatsvinden in dit kort geding.” Vrijwel zeker bedoelt het HOF hier de onder Grief 5 naar gebrachte strijdigheid van de VGC met andere wet- en regelgeving.

De toelichting bij het HOF in de 1e alinea van rechtsoverweging 4.3 gaat immers alleen over de mededingingsrechtelijke bezwaren maar daar komt de term “nader onderzoek” niet in voor. Onder punt 14 hierboven is reeds geconcludeerd dat op grond van de feitelijke constatering ter zake van mededinging, het HOF van rechtswege de vordering onder 1 had moeten toewijzen. In Middel 6 is dit nader toegelicht met het accent op de verdeling van de bewijslast.

Als gevolg van bovenstaande moet het HOF met de term “nader onderzoek” bedoeld hebben de overige rechtsoordelen die in grief 5 aan de orde zijn gesteld en die in Middel 9 uitvoerig zijn toegelicht. De punten 10 en 11 hierboven onder het hoofd “Europees Recht” concluderen reeds dat art. 234 EEG-Verdrag verplicht om prejudiciële rechtsvragen te stellen en dat uw Hoge Raad zich feitelijk aan de uitspraken van het Hof te Straatsburg confirmeert. Uit dien hoofde kan aan deze opmerking van Nivra voorbij worden gegaan.

20. Onder de kop “Obiter dicta” in punt 20 ST herhaalt Nivra enkele rechtsoverwegingen onder 4.5 van het HOF. Toch zijn op deze rechtsoverwegingen zodanig veel cassatiemiddelen gegrond dat het er op lijkt dat de kop “Obiter dicta” misplaatst is.
21. Middel 7 betoogt al uitvoerig dat de motivering van het HOF onbegrijpelijk is, blijk geeft van kennelijke vergissingen en verzuimt essentiële stellingen van partijen te behandelen, sterker nog, zelfs in het geheel niet heeft begrepen. Het blijft ook onbegrijpelijk dat de opstellers van deze ST wederom blijven volhouden dat er geen “recht van initiatief” bestaat. Dit terwijl het HOF al feitelijk heeft geconstateerd onder rechtsoverweging 4.5 2e alinea dat: *“Ook heeft Nivra thans ter terechtzitting in hoger beroep erkend dat de ledenvergadering wel degelijk het ‘recht van initiatief’ heeft”*. Daarnaast geeft ook Middel 7 feitelijk al aan dat gezien de agenda van de ledenvergadering december 2007 het Nivra-bestuur voorshands tot het inzicht is gekomen dat er geen valide argumenten zijn waarom de leden niet zouden kunnen stemmen over agendapunten in de vorm van concept-verordeningen die door meer dan 40 leden zijn aangedragen.
22. De kop “Obiter dicta” is met zekerheid misplaatst als gevolg van de onder punt 21 ST door Nivra gememoreerde overweging van het HOF: *“De overige klachten zijn niet van dien aard en ernst dat deze ertoe nopen vooruit te lopen op het oordeel van de bodemrechter.”* Het betreft hier de overige rechtsoordelen die in grief 5 aan de orde zijn gesteld en die in Middel 9 uitvoerig zijn toegelicht. De punten 10 en 11 hierboven onder het hoofd “Europees Recht” concluderen reeds dat art. 234 EEG-Verdrag verplicht om prejudiciële rechtsvragen te stellen en dat uw Hoge Raad zich feitelijk confirmeert aan de uitspraken van het Hof te Straatsburg. Uit dien hoofde kan dan ook aan alle opmerkingen van Nivra onder het hoofd “Obiter Dicta” voorbij worden gegaan.

ad VI De middelen falen volgens ST

23. Onder punt 22 ST herhaalt Nivra haar betoog dat de vorderingen zich niet lenen voor cassatie. De onjuistheid van deze stelling in haar algemeenheid is onder het hoofd “Vorderingen lenen zich niet voor cassatie” hierboven via de punten 12 tot 15 afdoende aangetoond.
24. Onder punt 23 ST herhaalt Nivra dat de punten (i) “*té algemeen*” en (ii) “*onvoldoende toegelicht*” feitelijk zijn en niet als onbegrijpelijk kunnen worden bestempeld en het derhalve aan de voorzieningenrechter ex. Art. 256 RV is te besluiten de voorziening te weigeren. In voorgaande is onder punt 21 aangetoond dat het oordeel van de voorzieningen voor een deel onbegrijpelijk is, blijkt geeft van kennelijke vergissingen en verzuim essentiële stellingen van partijen te behandelen. Daarnaast is in voorgaande afdoende aangetoond dat alle overige oordelen, voorzover begrijpelijk, geenszins feitelijk van aard zijn maar rechtsoordelen betreffen over zuivere rechtsgronden die de voorzieningenrechter ambtshalve dient aan te vullen ex. art. 25 RV. Het betreft bovendien oordelen die voor betrokken zeer ingrijpende gevolgen hebben als gevolg waarvan hogere motiveringseisen dienen te worden gesteld ook in kort geding. Vaak over rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling waarbij uw Hoge Raad nooit terughoudend heeft betracht om dergelijke rechtsgronden ook in kort geding te beoordelen en tenslotte over regelgeving waarover uw Hoge Raad in kort geding herhaaldelijk heeft laten blijken steeds diepgaand te willen onderzoeken onder meer ex art. 234 EEG-Verdrag of die regelgeving mogelijk in strijd is met hogere Europese regelgeving.
25. Met bovenstaande laatste volzinnen is ook punt 25 en 26 ST afdoende weerlegd.
26. Onder punt 27 ST merkt Nivra op dat haar de link tussen enerzijds de onderwerpen genoemd in de korte inleiding van de cassatiedagvaarding en anderzijds de onderwerpen genoemd in het procesdossier en het bestreden arrest, niet aanstonds duidelijk is geworden. Om die reden geeft punt 1 van deze repliek misschien wel voldoende aanwijzing over de zakelijke rationale achter het gedrag van partijen: “*het handelen van Nivra kan ook begrepen worden vanuit het belang van grotere accountantskantoren*”. Het feitenverloop maakt duidelijk dat Nivra als publiekrechtelijk rechtspersoon vanuit dat zakelijke belang de voorschriften aan bestuursorganen zoals AWB art. 2:4 (onpartijdigheid), 3:3(verbod détournement de pouvoir), 3:4 (evenredigheidsbeginsel bij belangenafweging), anders evalueert dan een bestuursorgaan zou passen.
27. Bespreking Middel 1, punt 29 ST.
Middel 1 stelt de rechtsvraag aan de orde of, wanneer blijkt dat een overheidsorgaan welbewust een rechtsregel - in casu het recht van initiatief- niet toepast welke in acht genomen had moeten worden bij de totstandkoming van algemeen geldende regels, dergelijke besluiten over “algemene regels” tot stand gekomen zonder eerbiediging van dat ingeroepen recht van initiatief, nietig of vernietigbaar zijn. Het niet erkennen van die rechtsregel zou iedere rechtsgang blokkeren bij overheidsorganen die “algemene regels” doordrukken zonder rekening te houden met een bestaand recht van initiatief van haar leden en lijkt

ondenkbaar in een democratische samenleving. Vandaar dat het wel of niet bestaan van die rechtsregel van belang is van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling bij alle bestuursorganen.

Waarom het gestelde in rechtsoverweging 4.5 een overweging ten overvloede zou zijn en daarom niet relevant, maakt de ST niet duidelijk.

Als gevolg van bovenstaande valt niet in te zien op welke grond Nivra's verweer inzake Middel 1, punt 29 ST, stand kan houden. Nu er geen inhoudelijk verweer is gevoerd, is het aan uw Hoge Raad dit middel toe te wijzen.

28. Bespreking Middel 2, punt 30/31 ST.

Vervolgens merkt Nivra op onder punt 31 ST dat voor buitenwerkingstelling van een wettelijk voorschrift vereist is aan te tonen dat de regeling onmiskenbaar onverbindend is. Volgens constante jurisprudentie en literatuur is dit het geval indien een regeling in strijd is met 1. de wet, 2. hogere regelgeving of 3. algemene rechtsbeginselen. Bovendien hebben jurisprudentie (Landbouwvliegers-arrest etc) en literatuur dit criterium behoorlijk genuanceerd en aanzienlijk uitgebreid met name bij de door art. 94 Grondwet voorgeschreven toetsing aan wetgeving van hogere orde (Europese regelgeving bijv. EVRM).

Dat algemene rechtsbeginselen zijn geschonden zoals een onjuiste rechtsinterpretatie c.q. vormfouten c.q. onrechtmatig handelen door Nivra als bestuursorgaan, is duidelijk uit Middel 1 c.q. 2 nadat het HOF feitelijk heeft vastgesteld dat: *“Nivra procedureel tekort is geschoten althans niet steeds adequaat heeft geopereerd”*. Dat er daarnaast strijdigheid bestaat met hogere regelgeving kan niet worden betwijfeld na lezing van de punten 10 en 11 hierboven dan wel Middel 9.

Waarom het gestelde in rechtsoverweging 4.5 een overweging ten overvloede zou zijn en daarom niet relevant, maakt de ST niet duidelijk.

Als gevolg van bovenstaande valt niet in te zien op welke grond Nivra's verweer inzake Middel 2, de punten 30/31 ST, stand kan houden. Nu er geen inhoudelijk verweer is gevoerd, is het aan uw Hoge Raad dit middel toe te wijzen.

29. Bespreking Middel 3, punt 32/33 ST.

De essentie van het verweer onder punt 33 ST herhaalt Nivra's argumenten inzake de betekenis van de woorden: *“té algemeen geformuleerd”* die voorkomen onder s'Hofs rechtsoverweging 4.1. Deze argumenten zijn afdoende weerlegd onder punt 13 en punt 17 hierboven. Het gaat hier om de simpele nakoming van in rechte gedane toezeggingen van Nivra inzake de communicatie met leden over agendapunten op de ledenvergadering door meer dan 40 leden ingediend en waarover Nivra zelf in punt 71 MvA mededeelde dat *“er op dat punt geen geschil bestaat tussen partijen en daardoor als het ware buiten het geschil valt”*. Het tegendeel is het geval en de SWA heeft een zeer groot belang bij nakoming. Dit blijkt uit onder meer uit de memorie van grieven waar niet zonder reden gesproken wordt van *“persistente obstructie”* of de pleitaantekeningen SWA bij het HOF bijv. produktie 4. Reeds vaker is de significante uitspraak uit die produktie 4 geciteerd:

“*Het bestuur acht het ongewenst om uitingen van bepaalde leden of groepen leden, ongeacht aard of doel, aan alle NIVRA-leden toe te zenden.*” Kortom, s'Hofs overweging is ofwel onbegrijpelijk ofwel betekent materieel rechtsweigering in strijd met de wet ex. art. 26 RV. Mogelijk niet in formele zin omdat het HOF inderdaad alle vorderingen heeft afgewezen maar in materiële zin door via een onbegrijpelijke redenering, de beslissing over deze vorderingen naar de bodemrechter te verschuiven.

De SWA mocht vertrouwen op de ter zitting gedane toezeggingen. Na gebleken schending van dat vertrouwen moet de SWA die toezeggingen kunnen afdwingen wegens het vertrouwensbeginsel c.q. de door NIVRA aangegane verbintenis. Het HOF had de rechtsgronden “schending van vertrouwen” en “nakoming van ter zitting gedane toezeggingen” moeten aanvullen in plaats van de vorderingen afdoen als “té algemeen geformuleerd”.

Als gevolg van bovenstaande valt niet in te zien op welke grond Nivra's verweer inzake Middel 3, de punten 32/33 ST, stand kan houden. Nu er geen inhoudelijk verweer is gevoerd, is het aan uw Hoge Raad dit middel toe te wijzen.

Bespreking Middel 4, punt 34/35 ST.

30. In essentie stelt Nivra's verweer onder punt 34 ST dat de onder Middel 4 aangevoerde argumenten slechts een herhaling zijn van de onder Middel 3 aangevoerde argumenten inzake de betekenis van de woorden: “*té algemeen geformuleerd*” die voorkomen onder s'Hofs rechtsoverweging 4.1. Dit verweer is misplaatst.

De essentie van Middel 4 is immers dat het HOF buiten de rechtsstrijd van partijen is getreden door enerzijds de vorderingen onder 2, 2a 2b(recht van initiatief) en 3(democratische gang van zaken) af te wijzen terwijl anderzijds vaststaat dat de bovengenoemde toezeggingen van Nivra tijdens de zitting in eerste aanleg materieel corresponderen met haar vorderingen 2, 2a 2b en 3¹¹.

Het doel van het procesrecht is immers om recht te spreken en het recht vordert derhalve dat vorderingen waarvan gedaagde zegt in te stemmen, ook toegewezen moeten worden als eiser stelt daar belang bij te hebben. Dit is met name het geval indien eiser gegronde redenen aanvoert om aan te nemen dat de tegenpartij haar toezeggingen niet zal nakomen. Schriftelijke mededelingen zoals “*Het bestuur acht het ongewenst om uitingen van bepaalde leden of groepen leden, ongeacht aard of doel, aan alle NIVRA-leden toe te zenden.*”¹² zijn daartoe voldoende.

Het verweer van Nivra onder punt 34 dat de VGC al lang en breed in werking is getreden, accentueert juist in kort geding het grote en urgente belang dat overheidsorganen niet kunnen en mogen verhinderen dat communicatie over agendapunten in discussie op efficiënte en onpartijdige wijze alle leden bereiken.

¹¹In punt 71 MvA deelde Nivra het HOF Amsterdam immers mede dat: “*er op dat punt geen geschil bestaat tussen partijen en daardoor als het ware buiten het geschil valt*”.

¹²Zie 9, 10 en 11 pleitaantekeningen SWA.

Vervolgens merkt Nivra in punt 35 ST terecht op dat beslissingen in kort geding geen nadeel toebrengen aan de hoofdzaak. Nivra miskent daarbij echter de betekenis van de woorden “*ook indien gegrond*” in rechtsoverweging 4.1. Hiermee neemt het HOF Amsterdam een zodanig voorschot op de bodemprocedure dat het juridische gevolg is dat uw Hoge Raad zich t.z.t. opnieuw in bodem over dit probleem zou moeten buigen. Welke bodemrechter in Amsterdam zou zich aan s'Hofs mening durven onttrekken? Het is toch de materiële bedoeling van art. 26 RV dat de rechter niet mag weigeren te beslissen? Daarnaast schrijft art. 20 RV voor dat de rechter waakt tegen onredelijke vertraging van de procedure. Een cassabele bodemprocedure vergt aanzienlijk meer jaren dan de nu in kort geding blijkende circa drie jaar. Formeel lijkt art. 20 RV zich te beperken tot slechts het onderhavige korte geding en niet tot de onderliggende rechtsstrijd. Materieel geeft art. 20 RV echter ook uitdrukking aan het processuele grondbeginsel “*lites finiri oportet*”. Met de miskennis van de zeer principiële rechtsvragen in discussie, heeft het HOF dit processuele grondbeginsel geschonden.

Zoals onder punt 17 hierboven al is opgemerkt betekent handhaving van het arrest van het HOF op dit punt bovendien een vrijbrief voor overheidsorganen die in strijd willen handelen met haar bij wet meestal niet in alle detail voorgeschreven wijze van opereren en daarbij welbewust democratische grondregels zoals het gevorderde onder 2: “recht van initiatief” en onder 3: “democratisch opereren” miskennen.

Het treden buiten de rechtsstrijd van partijen is een zelfstandige rechtsgrond welke voor cassatie in aanmerking komt. Ook in kort geding gezien het grote belang van de SWA en het belang van de rechtseenheid en rechtsvorming.

Als gevolg daarvan valt niet in te zien op welke grond Nivra's verweer inzake Middel 4, de punten 34/35 ST, stand kan houden. Nu er geen inhoudelijk verweer is gevoerd, is het aan uw Hoge Raad dit middel toe te wijzen.

31. Bespreking Middel 5, punt 36 ST.

In essentie stelt Nivra's verweer onder punt 36 ST dat de onder Middel 5 aangevoerde argumenten slechts een herhaling zijn van de argumenten onder Middel 4 en 3 inzake de betekenis van de woorden: “*té algemeen geformuleerd*” die voorkomen onder s'Hofs rechtsoverweging 4.1. Dit verweer is misplaatst.

De essentie van Middel 5 is immers dat het Hof heeft miskend dat in de gegeven omstandigheden het gevorderde onder 2, 2a 2b (recht van initiatief) en 3 (democratische gang van zaken) slechts algemeen geformuleerd kon worden maar dat gezien het grote belang van handhaving van waarborgen voor een juiste taakvervulling door het Nivra-bestuur als onpartijdig bestuursorgaan, het Nivra als publiekrechtelijk organisatie niet meer vrijstond enerzijds het recht van initiatief te erkennen en in te stemmen met het gevorderde inzake een democratische gang van zaken maar het anderzijds feitelijk te miskennen.

Gezien het grote belang waarborgen voor een democratische structuur gerespecteerd te krijgen, behoort een zwaardere motiveringsplicht te gelden bij

overheidsorganen en “algemene regels” zoals bijvoorbeeld is verlangd in HR 15 juli 1985 NJ 1986, 489. Dit klemmt des te meer nu er geen bestuursrechtelijke voorziening openstaat tegen algemene regels gesteld door bestuursorganen. In het bijzonder dient daarbij in aanmerking te worden genomen dat Nivra zich op het kennelijke standpunt stelt (zie punt 27 ST) dat haar, in dit geval acterend als publiekrechtelijk rechtspersoon in de omgang met haar leden, de voorschriften aan bestuursorganen zoals AWB art. 2:4 (onpartijdigheid), 3:3(verbod détournement de pouvoir), 3:4 (evenredigheidsbeginsel bij belangenafweging), niet raken. Op deze grond is het HOF tekort geschoten in haar motiveringsplicht.

Dat Middel 5 ook verwijst naar art. 20 RV dat voorschrijft dat de rechter waakt tegen onredelijke vertraging van de procedure, is slechts een onderdeel van het betoog ten principale om het gebrek aan motivering en de gevolgen daarvan duidelijk te maken. Over de praktische gevolgen van deze bijkomstigheid geeft punt 30 hierboven voldoende aandacht.

Als gevolg van bovenstaande valt niet in te zien op welke grond Nivra's verweer inzake Middel 5, de punten 36 ST, stand kan houden. Nu er geen inhoudelijk verweer is gevoerd, is het aan uw Hoge Raad dit middel toe te wijzen.

32. Bespreking Middel 6, punt 37/38 ST.

De essentie van Nivra's verweer onder punt 38 ST bevat de stelling dat Middel 6 berust op een verkeerde lezing van het arrest, dat de in Grief 5 neergelegde mededingingsrechtelijk bezwaren falen en dat de SWA niet aan haar stelplicht ter zake heeft voldaan.

Wat dit laatste betreft zij verwezen naar Middel 6 waar blijkt dat de stelling van de SWA inzake mededingingsbeperkende gevolgen niet is omstreden¹³ en ook door Nivra als zodanig is erkend. Zoals hierboven onder punt 14 summier en in Middel 6 uitvoerig is toegelicht, verbiedt de Wet op de Mededinging ingevolge art. 6 lid 1 “*besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die er toe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.*”. Voorts verklaart art. 6 lid 2”: “*De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten zijn van rechtswege nietig.*”.

Wat Nivra's verweer betreft dat de in Grief 5 neergelegde middelen falen, zij verwezen naar punt 14 hierboven waarin wordt aangetoond dat die afweging niet meer aan de orde was nu Nivra het feit als zodanig erkent. Niet valt in te zien dat dergelijke besluiten van Nivra als ondernemersvereniging waarbij afdelingen van grote kantoren zich onder door hen te bepalen omstandigheden aan alle accountancy-regelgeving kunnen onttrekken en andere leden van Nivra niet, de mededinging niet zou verhinderen, beperken of vervalsen. Wat dit laatste betreft valt met name te denken aan het misleidende feit dat dergelijke afdelingen van grote kantoren zich op allerlei wijzen qua naam, locatie etc. kunnen blijven

¹³Zie daarvoor MvA punt 116 en 118 naast punt 68 Pleitaantekeningen SWA

presenteren als deel van dat grotere accountantskantoor en het publiek daarmee suggereren alle accountancy-regelgeving in acht te nemen

Het verweer van Nivra miskent derhalve dat de overwegingen van het HOF gezien deze feiten een onnodige en onbegrijpelijke verdeling van de bewijslast hanteerde en overigens oordeelde in strijd met de Wet op de Mededinging. Als gevolg daarvan valt niet in te zien op welke grond Nivra's verweer inzake Middel 6, de punten 37/38 ST, stand kan houden.

33. Bespreking Middel 7, punt 39 ST.

De essentie van het verweer onder punt 39 ST bevat de stelling dat het de SWA ontbreekt aan belang, dat voor kennelijke vergissingen van het HOF slechts de route van art. 31 RV voorzien zou zijn en dat het hier gaat om feitelijke oordelen die in cassatie niet aan de orde kunnen worden gesteld.

Wat betreft Nivra's tardieve stelling inzake het ontbreken van belang zij gewezen op de punten 3-7 hierboven onder het hoofd Ingrijpende Gevolgen voor eisers.

Wat betreft Nivra's stelling dat de route van art. 31 RV geldt, het volgende. Gezien de tekst en de jurisprudentie ter zake, gaat art. 31 RV slechts om kennelijke rekenfouten, schrijffouten of andere kennelijke fouten die zich voor eenvoudig herstel lenen. Hier is echter duidelijk dat het HOF na rijp beraad de implicaties van twee onderling tegenstrijdige redeneringen niet heeft overzien. Enerzijds erkent het Hof het recht van initiatief en anderzijds ontkent het HOF dit recht door toe te laten dat de eenvoudige weigering van het bestuur een ontwerp van verordening in de Staatscourant te plaatsen, dit recht doet vervallen.

Gelukkig kent het Nederlandse rechtssysteem als volwassen rechtsorde meerdere oplossingen voor kennelijke vergissingen en misslagen. Hoger beroep en cassatie is de meest gebruikelijke route bij andere dan kennelijk eenvoudig te herstellen reken-, schrijf- etc. fouten. Het is immers standaardjurisprudentie dat uw Hoge Raad drie (hoofd) categorieën van motiveringsgebreken onderkent: (I) onbegrijpelijkheid van de motivering waardoor de latere rechter onvoldoende inzicht heeft gegeven in de door hem gevolgde gedachtegang; (II) kennelijke vergissingen; (III) het niet behandelen van essentiële stellingen¹⁴. In dit geval is sprake van zowel een onbegrijpelijke motivering als gevolg van een kennelijke vergissing en daarnaast het verzuim een essentiële stelling te behandelen.

Onder punt 8c en 21 hierboven is al opgemerkt dat de motivering van het HOF onder Rechtsoverweging 4.5 3e alinea laatste zin: *“Daarvoor zou immers eerst nog een door de ledenvergadering aangenomen ontwerp in de Staatscourant hebben moeten worden gepubliceerd.”*, onbegrijpelijk is, blijk geeft van kennelijke vergissingen en verzuimt essentiële stellingen van partijen te behandelen, sterker nog, zelfs in het geheel niet heeft begrepen. Dit standpunt vindt geen enkele steun in de wet of de wetsgeschiedenis en is strijdig met het uitgangspunt dat de ledenvergadering het hoogste orgaan is. Het feitenverloop is in Middel 7 overzichtelijk en onomstreden vastgelegd via verwijzingen naar de uitlatingen in 1e en 2e instantie. Dat het

¹⁴Zie bijv. Burgerlijke Rechtsvordering Derde Druk Kluwer 2008 pagina 621 voor jurisprudentie

HOF enerzijds het “recht van initiatief” conform de toezeggingen van Nivra erkent en tegelijk toegeeft dat dit recht eenvoudig gefrustreerd kan worden door het feit dat het Nivra-bestuur ontwerpen van verordeningen niet tijdig in de Staatscourant wil plaatsen, is onbegrijpelijk.

Het is nu aan uw Hoge Raad om, in het belang van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling, duidelijk te maken dat de gebruikelijke wettelijke bepaling bij publiekrechtelijke rechtspersonen die het bestuur verplicht ontwerpen van verordeningen in de Staatscourant te plaatsen, niet de strekking heeft te verhinderen dat een gekwalificeerd aantal leden alternatieve ontwerpen van verordeningen langs de procedureel juiste weg op de agenda van de ledenvergadering als hoogste orgaan kunnen plaatsen.

Wat betreft Nivra's stelling dat het hier slechts gaat om feitelijke oordelen zij ten overvloede nog verwezen naar punt 8b hierboven. Als gevolg van bovenstaande valt niet in te zien op welke grond Nivra's verweer inzake Middel 7, punt 39 ST, stand kan houden.

34. Bespreking Middel 8, punt 40 ST.

Deze stelling van Nivra is juist. Het tekstverwerkingsduiveltje heeft de opstellers parten gespeeld, waarvoor excuses.

Bespreking Middel 9, punt 39 ST.

35. In essentie sluit Nivra's verweer onder punt 39 ST aan bij de summiere rechtsoverweging 4.5 voorlaatste slotzin van het HOF dat de: *“overige klachten niet van dien aard zijn dat deze er toe nopen vooruit te lopen op het oordeel van de bodemrechter.”* De punten 10 en 11 hierboven onder het hoofd “Europees Recht” concluderen reeds dat art. 234 EEG-Verdrag verplicht om prejudiciële rechtsvragen te stellen en dat uw Hoge Raad zich ook feitelijk confirmeert aan de uitspraken van het Hof te Straatsburg. Uit het onder Middel 9 in punt 40 gestelde blijkt dat ook de Raad van State zich confirmeert. Litteratuur¹⁵ en jurisprudentie¹⁶ geven aan dat Uw Hoge Raad ook in kort geding prejudiciële vragen stelt terwijl het HOF zich in strijd met art. 234 lid 2 EEG-Verdrag zich er zelfs niet in verdiept heeft.

36. Omdat Nivra de betekenis van Middel 9 punt 40 in de onderhavige discussie miskent en dit punt van groot universeel belang is, lijkt een nadere uitleg wenselijk. In het navolgende wordt daarom uitvoeriger dan in Middel 9 uiteengezet hoe de Raad van State het verbod op verenigingsdwang en beroepsuitoefening evalueert.

- a) In navolging van jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), heeft de Raad van State (LJN: BC1524, Raad van State, 200703524/1) d.d. 09-01-2008 een arrest gewezen over de koppeling van verenigingsdwang aan een beroepsregister, in casu de registers geregeld in de Wet BIG (Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg). Het feit dat de betreffende registercommissie aan de

¹⁵Cassatie in burgerlijke zaken, Asser Serie Procesrecht vierde druk, Kluwer pag. 76 bovenaan,

¹⁶HR 6-2-1981, NJ 1982,280 en HvJ EG 31-3-1982, Jur. 1982, p.1189, NJ 1982, 281. Recente jurisprudentie in de schriftelijke toelichting tijdens SWA voor de rolzitting van 16 januari 2009

inschrijving in het register van een huisarts de voorwaarde verbond van het lidmaatschap van een huisartsenvereniging (hagro), werd in dit arrest verboden.

- b) Uit het arrest blijkt zonneklaar dat ingevolge de Wet BIG de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (hierna: KNMG) de bevoegdheid c.q. verplichting heeft gekregen registratiecommissies in het leven te roepen. Aldus heeft de KNMG een Regeling inzake de opleiding en registratie van specialisten tot stand gebracht. Volgens artikel 25, eerste lid, aanhef en onder a en b, van deze Regeling, voor zover hier van belang, heeft een registratiecommissie tot taak het instellen en opheffen van registers van specialisten, welke registers tot doel hebben het bevorderen en bewaken van de kwaliteit van de beroepsuitoefening van specialisten, en het inschrijven van personen in een register. Zonder inschrijving in een dergelijk register kan en mag een medisch specialist zijn beroep niet uitoefenen.
- c) Het wetenschappelijk bureau van de Raad van State heeft in het arrest van de Raad van State 9 januari 2008 de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) uitvoerig geanalyseerd met als gevolg dat de Raad van State concludeert in haar rechtsoverweging 2.9.7:
enkel overtuigende en dwingende redenen kunnen een beperking van de vrijheid van vereniging rechtvaardigen. Deze beperking dient evenredig te zijn aan het ermee beoogde doel en de redenen ervoor dienen relevant en voldoende te zijn.
- d) Het onderstreepte woordje en in de tweede alinea van de soortgelijke rechtsoverweging 2.9.1 in het Raad van State vonnis, kan haast niet anders betekenen dan een bijna absoluut verbod op verenigingsdwang bij beroepsuitoefening. De uitzonderingen genoemd in art. 11 lid 2 EVRM: "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" kunnen immers bij accountancy-werkzaamheden toch nauwelijks in het geding zijn? Verder moet aangetekend worden dat in de uitzonderingsclausules weliswaar duidelijk "bescherming van de gezondheid" is opgenomen maar dat de Raad van State kennelijk van oordeel was dat bij deze huisarts desalniettemin de stringente voorwaarde "enkel overtuigende en dwingende redenen een beperking van de vrijheid van vereniging rechtvaardigen" ontbrak.
- e) Terzijde zij nog opgemerkt dat de betreffende wetgeving (Wet BIG) uitdrukkelijk bepaalt in art. 14 lid 5: "Inschrijving in een erkend specialistenregister is niet afhankelijk van het lidmaatschap van de organisatie." Een soortgelijke bepaling in de WRA ontbreekt. Dientengevolge had het op de weg van NIVRA gelegen een soortgelijke bepaling op te nemen. NIVRA heeft dat altijd geweigerd.
- f) Ook de Nederlandse grondwet stelt in art. 8 dat het recht van vereniging alleen kan worden beperkt in het belang van de openbare orde. Openbare orde is een veel beperkter begrip dan art. 11 EVRM en de rechter mag

lagere regelgeving toetsen aan de Grondwet. Art. 20 lid 2 van de Universele Verklaring Over de Rechten van de Mens in 1948 aangenomen door de Algemene Vergadering der Verenigde Naties stelt het misschien wat te polemissch met de woorden: “Niemand mag worden gedwongen tot een vereniging te behoren.” De bovenstaande samenvatting van de EVRM jurisprudentie door de Raad van State inzake de zeer beperkte ruimte voor uitzonderingen op het verbod op verenigingsdwang kan echter als maatgevend worden beschouwd in de huidige Nederlandse situatie.

- g) Inmiddels is gebleken dat Nivra (evenals NOvAA) zich op het standpunt stelt dat de huisartsengroep uit het arrest van de Raad van State niet gelijk gesteld mag worden met Nivra dat wettelijke taken vervult¹⁷. Dit standpunt is onbegrijpelijk. De jurisprudentie is door de Raad van State ook uitvoerig geanalyseerd inzake de vraag of wetgeving van hogere orde wordt getroffen door de EHRM-uitspraken. Ook daarin blijkt EHRM echter heel duidelijk via meerdere uitspraken inzake het verbod op verenigingsdwang. In de casus *Sigurdur A. Sigurjonsson v. Iceland* (Application no. 16130/90 uit 1993) betrof het wetgeving op het hoogste niveau waarbij een ministerie via separate regelgeving kon bepalen dat een taxi-chauffeur zich moest aansluiten bij een locale vakbond. In de casus van zowel *Sørensen v. Denmark* als *Rasmussen v. Denmark* (Applications nos. 52562/99 en 52620/99 uit 2006) betrof het eveneens wetgeving op het hoogste niveau waarbij werkgevers hun werknemers konden verplichten zich aan te sluiten bij een vakbond. In de casus *Chassagnou and Others v. France/29/4/1999* betrof het eveneens wetgeving op het hoogste niveau. Als wetgeving op het hoogste niveau dan wel departementaal niveau al getroffen wordt door dit verbod op verenigingsdwang, is de onvermijdelijke conclusie dat een dergelijk verbod zeker geldt voor regelgeving op lagere niveaus zoals ZBO's, PBO's etc.
- h) Daarnaast valt ook niet in te zien op welke grond de publiekrechtelijke “approved municipal hunters’ associations (Associations communales de chasse agréées – “ACCAs”) and approved inter-municipality hunters’ associations (Associations inter-communales de chasse agréées – “AICAs”)” uit de casus *Chassagnou*, zouden verschillen van andere publiekrechtelijk opgerichte verenigingen. Het gevolg zou immers zijn dat iedere vereniging die zich in een publiekrechtelijk jasje weet te hullen, zich volledig zou kunnen onttrekken aan het verbod op verenigingsdwang ook als geen sprake is van “*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*”.
- Het argument dat de vrijheid van vereniging beperkt mag worden door een regelgevend publiekrechtelijk orgaan als de openbare orde niet in het geding is, kan derhalve zonder meer worden verworpen.

¹⁷ Merkrechten, Punt 37 Dagvaarding Kort Geding, punt 54 Dagvaarding in bodem.

- i) Bij de huidige interpretatie door Nivra en NOvAA van de accountancy-regelgeving mag een accountancy-specialist zich geen accountant noemen en zich ook niet aanmelden bij de AFM zonder lidmaatschap van Nivra/NOvAA.

Bovenstaande jurisprudentie van het EHRM toont aan dat iemand die een beroep uitoefent, niet worden gedwongen mag worden zich bij een vereniging aan te sluiten, zeer beperkte uitzonderingsgronden daargelaten. De keus zich niet bij Nivra of NOvAA aan te sluiten wordt niet gegeven. Dit betekent dus feitelijk een niet toegestaan beroepsverbod.

Nu dit beroepsverbod ook als gevolg heeft dat een als RA gekwalificeerd accountant zich geen accountant of RA meer mag noemen, grijpt dit direct in op het verbod in art. 1 van het Protocol d.d. 20 maart 1952 bij EVRM dat niemand zijn eigendom (een kostbare beroepstitel) zal worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

Het is een feit van algemene bekendheid dat voor veel registeraccountants hun enige academische titel de RA-titel is. De overgrote meerderheid van registeraccountants voeren geen wettelijke taken uit maar werken bij overheid of bedrijfsleven in allerlei andere functies. Er is geen enkel algemeen belang aanwezig bij die andere functies. Derhalve wordt door de koppeling van beroepstitel en het lidmaatschap van Nivra eigendom ontnomen althans het ongestoord genot daarvan beperkt.

37. Als gevolg van bovenstaande valt niet in te zien op welke grond Nivra's verweer inzake Middel 9, punt 39 ST, stand kan houden. Nu er op geen enkel punt inhoudelijk verweer is gevoerd, is het aan uw Hoge Raad dit middel toe te wijzen.

Recapitulatie rechtsoverwegingen en rechtsgronden

38. Tot slot een recapitulatie van de belangrijkste rechtsoverwegingen en rechtsgronden in het onderhavige geval.
 - a) Volgens constante jurisprudentie stelt Uw Hoge Raad in kort geding hoge motiveringseisen aan beslissingen die zeer ingrijpende gevolgen hebben.
 - b) Ook in kort geding beoordeelt Uw Hoge Raad rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of rechtsontwikkeling zonder terughoudendheid.
 - c) Ook in kort geding onderzoekt Uw Hoge Raad steeds diepgaand of regelgeving mogelijk in strijd is met hogere Europese regelgeving.
 - d) Het HOF haar verplichting ex. art. 25 Rv rechtsgronden aan te vullen in bijna al haar rechtsoverwegingen miskent.
 - e) Middel 1 stelt de rechtsvraag aan de orde of een besluit over “algemene regels” tot stand gekomen in de ledenvergadering van een overheidsorgaan als hoogste orgaan, zonder eerbiediging van een ingeroepen recht van initiatief, nietig of vernietigbaar is. Het betreft derhalve een rechtsvraag in het belang van rechtseenheid en rechtsontwikkeling en het HOF is tekort geschoten in haar motivering door aan die rechtsvraag geheel voorbij te gaan.

- f) Middel 2 geeft aan dat wanneer bij de totstandkoming van algemeen verbindende voorschriften zowel een verkeerde wetsinterpretatie is gevolgd als daarnaast procedureel tekort is geschoten, het betreffende algemeen verbindende voorschrift wegens vormfouten bij de totstandkoming geen stand kan houden en dat het HOF in ieder geval in haar motiveringsplicht tekort is geschoten door voorbij te gaan aan schending van algemene rechtsbeginselen zoals een onjuiste rechtsinterpretatie c.q. vormfouten c.q. onrechtmatig handelen. Ook dit betreft een rechtsvraag in het belang van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling.
- g) Middel 3 geeft aan dat s'Hofs overwegingen ofwel onbegrijpelijk zijn ofwel materieel rechtswegering betekenen in strijd met art. 26 RV. Daarnaast schiet de motivatie van het HOF tekort door geheel voorbij te gaan aan het rechtsbeginsel dat een ieder mag vertrouwen op ter zitting gedane toezeggingen en dat na gebleken schending van dat vertrouwen de SWA die toezeggingen moet kunnen afdwingen wegens het vertrouwensbeginsel c.q. de nakoming van de door Nivra aangegeven verbintenis.
- h) Middel 4 geeft aan dat het HOF buiten de rechtsstrijd van partijen is getreden door vorderingen af te wijzen waarvan vaststond dat Nivra heeft toegezegd die te zullen nakomen terwijl SWA nimmer aangaf zonder meer af te willen zien van haar vorderingen. Ook dit betreft een rechtsvraag in het belang van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling.
- i) Middel 5 geeft aan dat het HOF tekort is geschoten in haar motiveringsplicht omdat uw Hoge Raad een zwaardere motiveringsplicht verlangt bij overheidsorganen en “algemene regels” en niet valt in te zien waarom, nadat Nivra ook zonder dwangsommen al bleek in te stemmen met de vorderingen onder 2 en 3, die vorderingen zonder dwangsommen niet toegewezen zouden kunnen worden.
- j) Middel 6 geeft aan dat het HOF een onnodige en onbegrijpelijke verdeling van de bewijslast inzake mededinging hanteerde en overigens oordeelde in strijd met de Wet op de Mededinging.
- k) Middel 7 geeft aan dat de motivatie van het HOF onbegrijpelijk is, blijk geeft van kennelijke vergissingen en verzuimt essentiële stellingen van partijen te behandelen. Het betreft een rechtsvraag in het belang van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling of de gebruikelijke wettelijke bepaling bij publiekrechtelijke rechtspersonen die het bestuur verplicht ontwerpen van verordeningen in de Staatscourant te plaatsen, de strekking heeft te verhinderen dat een gekwalificeerd aantal leden alternatieve ontwerpen van verordeningen langs de procedureel juiste weg op de agenda van de ledenvergadering als hoogste orgaan kunnen plaatsen.
- l) Middel 9 geeft aan dat s'Hofs motivatie onbegrijpelijk is dan wel tekortschiet nu geheel wordt voorbijgegaan art. 8 Grondwet, art. 20 lid 2 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en daarnaast aan essentiële stellingen van Europees recht terwijl art. 234 EEG-Verdrag verplicht om prejudiciële rechtsvragen te stellen en het Nederlandse recht zich feitelijk confirmeert aan de uitspraken van het Hof te Straatsburg.

CONCLUSIE

Tot persistit.