

Betreft: Procedurenummers AWB 09/381, 09/382, 09/383
Zitting: 14 september 2010 (ochtendzitting 10.00 uur)

OvRAN versus Nivra

Edelachtbaar College,

Dit pleidooi kan ik kort houden. Nivra brengt op pagina 3 de volgende 5 strikt formele verweren naar voren:

- A) Nivra oordeelt dat het een bestuursorgaan niet vrijstaat om, indien een ingediend bezwaar niet-ontvankelijk is verklaard, het bezwaar vervolgens op inhoudelijke gronden ongegrond te verklaren.
- B) Nivra oordeelt dat appellanten geen aanvraag tot inschrijving in het register hebben gedaan.
- C) Nivra oordeelt dat het verzoek van appellanten er op neer komt dat Nivra wettelijke bepalingen buiten toepassing zou moeten verklaren.
- D) Nivra oordeelt dat het alleen aan de wetgever is om, indien nuttig en nodig, andere uitzonderingen te creëren op het uit de wet voortvloeiende lidmaatschap van Nivra.
- E) Nivra oordeelt subsidiair dat het uw College niet vrijstaat het bezwaar gegrond te verklaren omdat Nivra zich niet heeft kunnen en mogen uitlaten over de inhoud van het bezwaar.

In het navolgende zal ik aantonen dat geen van deze argumenten valide is.

Allereerst is daarvoor een uitstapje nodig naar het u welbekende Europese recht over de doorwerking van Europese rechtspraak in de nationale rechtsorde. Art. 94 Grondwet bepaalt dat wettelijke voorschriften geen toepassing vinden indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Op grond van art. 4 lid 3 van het Verdrag van Lissabon (voorheen 10 EC) zijn de lidstaten gehouden de onwettige gevolgen ongedaan te maken die volgen uit een inbreuk op gemeenschapsrecht.¹ In diverse zaken gaat het Hof van Justitie EEG (HvJ)² of de hoogste nationale rechter³ nog een flink stapje verder. Ik citeer uit de gevoegde zaken Jonkman e.a. bijv: *“zolang geen maatregelen zijn genomen om gelijke behandeling te herstellen, kan de eerbiedigende werking van het gelijkheidsbeginsel alleen worden verzekerd door de leden van de benadeelde groep de voordelen toe te kennen die de leden van de bevoordeelde groep genieten. In een dergelijk geval dient de nationale rechter elke discriminerende nationale bepaling buiten toepassing te laten, zonder dat hij de opheffing daarvan door de wetgever heeft af te wachten, en dient hij op de leden van de benadeelde groep dezelfde regeling toe te passen als op de leden van de andere groep.”* Gezien art. 6 Verdrag van Lissabon en art. 94 Grondwet is er geen enkele reden om aan te nemen dat voor een grondrecht zoals vrijheid van vereniging de rechter de betreffende nationale bepalingen niet buiten werking zou moeten stellen of niet verdragsconform zou moeten interpreteren.

A. Niet ontvankelijk omdat ongegrond niet mogelijk is?

1) Het verweer van Nivra dat het verzoek niet ontvankelijk is verklaard omdat ongegrond niet mogelijk zou zijn, is slechts een wijze van formuleren. Eigenlijk bedoelt Nivra duidelijk te maken dat Nivra art. 94 Grondwet niet wil toepassen. Nivra is kennelijk niet voornemens de onwettige gevolgen ongedaan te maken die volgen uit een inbreuk op gemeenschapsrecht. Via de niet-ontvankelijkheid beoogt Nivra alleen uitstel te bereiken van een inhoudelijk oordeel over schendingen van gemeenschapsrecht. Het nogal formele bestuursrecht geeft inderdaad wel mogelijkheden een dergelijke loophole te benutten. In dit geval echter ten onrechte. Graag wijs ik er op dat de door Nivra in dit verband geciteerde jurisprudentie in het geheel geen beroep werd gedaan op strijdigheden met gemeenschapsrecht. Die jurisprudentie kan dus buiten beschouwing blijven. Het arrest Jonkman noopt er zelfs toe dat de nationale rechter geheel voorbij gaat aan dit formele verweer en de betreffende nationale bepalingen buiten werking stelt of verdragsconform interpreteert.

B. Deden appellanten geen aanvraag tot inschrijving in het register?

2) Uit het verzoekschrift in productie 1 van het beroepschrift blijkt dat appellanten in de 2e alinea verzocht hebben om een verdragsconforme interpretatie van de Wet op de Registeraccountants (WRA). Dit om te voorkomen dat schade wordt geleden door de weigering Nivra's verordeningen en regels aan te passen aan gemeenschapsrecht. In de 3e alinea wordt opgemerkt dat daartoe meerdere juridisch-technische wegen openstaan. Expliciet wordt vervolgens genoemd toepassing van de in art. 64 lid 1 WRA gestelde voorwaarde. Dat artikel stelt alleen, ik citeer: *“Hij, die in het accountantsregister ingeschreven is geweest, wordt geacht te voldoen aan de bij artikel 58 voor inschrijving gestelde eis.”* Dat is klip en klaar. Appellanten zijn ingeschreven

¹ Case C-201/02 Wells [2004] ECR I-723, paragraph 64, and the case-law cited.

² Case C-408/92 Avdel Systems [1994] ECR I-4435, paragraphs 16 and 17; Case C-442/00 Rodríguez Caballero [2002] ECR I-11915, paragraphs 42 and 43, and Case C-81/05 Cordero Alonso [2006] ECR I-7569, paragraphs 45 and 46).

³ Evans Lombe, High Court of Justice 4 juli 2008, nr. CH12007/APP/0603 stelt de nationale CFC wetgeving geheel buiten werking

geweest en voldoen daarmee aan alle gestelde eisen. Hoe Nivra desalniettemin in haar verweerschrift concludeert dat niet om inschrijving werd verzocht, is onbegrijpelijk. In het verweerschrift wordt gesteld dat daarvoor het inschrijvingsformulier volgens artikel 60 WRA noodzakelijk was. Dat is alleen maar een Nivra welgevallige interpretatie. Uit de logica van de artikelvolgorde volgt veeleer dat via art. 64 WRA aan alle voorgaande artikelen inzake inschrijving in het register, qualitate qua is voldaan.

3) Overigens zouden appellanten geen enkel probleem hebben gehad om aan bepaalde inschrijfformaliteiten te voldoen. Nivra heeft daarom echter niet gevraagd. Nivra is zonder meer aan het verzoek tot inschrijving ex. artikel 64 WRA voorbijgegaan. Haar besluit tot niet-ontvankelijk verklaren werd gemakshalve gebaseerd op het laatste tekstdeel uit het verzoek waarin Nivra opzettelijk de woorden *“ongeacht uw juridisch-technische uitwerking”* heeft weggelaten.

4) Met deze woorden *“ongeacht uw juridisch-technische uitwerking”* beoogden appellanten alleen om Nivra tegemoet te komen. Er zijn immers verschillende mogelijkheden de WRA verdragsconform te interpreteren dan wel in overeenstemming te brengen met gemeenschapsrecht. De in het verzoekschrift geopperde mogelijkheid van inschrijving ex. art. 64 WRA was er daar maar één van. Voorzover daarover onduidelijkheid had bestaan had het op de weg van Nivra gelegen verduidelijking te vragen. Graag hadden appellanten op diverse opties kunnen wijzen. Voor de goede orde verwijzen wij in dit kader gemakshalve naar de Handreiking Bezwaarschriftprocedure AWB van onder meer het Ministerie van Justitie. Onder het hoofd 2.4 wordt uitdrukkelijk geadviseerd rekening te houden met de bedoeling van de indiener. Als tip wordt zelfs vermeld *“Bij onduidelijkheid verdient het aanbeveling om verzoeker bijvoorbeeld telefonisch te vragen op welke procedure hij doelt en de inhoud van dit gesprek in een telefoonnotitie vast te leggen.”*

5) Wat daarvan ook zij, het is de duidelijke bedoeling van appellanten via hun verzoek tot inschrijving de WRA in overeenstemming te brengen met gemeenschapsrecht. In de bezwaar en beroepsfase is Nivra geheel aan deze aspecten van gemeenschapsrecht voorbij gegaan. Het is derhalve aan de nationale rechter om aan dit formele verweer voorbij te gaan en de betreffende nationale bepalingen buiten werking te stellen of verdragsconform te interpreteren.

C. Komt het het verzoek van appellanten er op neer dat Nivra wettelijke bepalingen buiten toepassing zou moeten verklaren?

6) Voorzover een verdragsconforme interpretatie niet mogelijk is, is het aan de nationale autoriteiten om wettelijke bepalingen buiten toepassing te verklaren voorzover strijdig met gemeenschapsrecht. Art. 94 Grondwet en art. 4 lid 3 van het Verdrag van Lissabon dwingen nationale autoriteiten daar doodeenvoudig toe. Nivra is een publiekrechtelijk orgaan en dus een nationale autoriteit. Het beroepschrift onder punt B maakt duidelijk dat een verdragsconforme interpretatie zeer wel mogelijk is. Op die interpretatie wilde Nivra kennelijk niet ingaan. Uiteraard had Nivra ook zonder meer kunnen verklaren dat art. 1 WRA strijdig is met gemeenschapsrecht en dat als gevolg art. 19 lid 3 WRA van toepassing is voor ex-leden van Nivra die geen lid wensen te worden maar om uitsluitend om inschrijving in het register verzochten. Ook dat wilde Nivra niet.

De conclusie uit bovenstaande is dat niet is uitgesloten dat Nivra als nationale autoriteit wettelijke bepalingen buiten toepassing moet verklaren. Noodzakelijk is het m.i. niet want afhankelijk van een beleidsbeslissing van Nivra op welke wijze strijd met gemeenschapsrecht opgelost kan worden. Dit is echter een keuze die Nivra zelf had moeten maken. De keuze verdragsconform interpreteren of wettelijke bepalingen buiten toepassing verklaren, is zeker geen reden om tot niet-ontvankelijkheid te besluiten. Dat is slechts een keuze om een inhoudelijke beslissing te vermijden en daardoor op zich al strijdig met gemeenschapsrecht. Nu Nivra die keuze niet heeft gemaakt, is het aan de nationale rechter om aan dit formele verweer voorbij te gaan en de betreffende nationale bepalingen buiten werking te stellen of verdragsconform te interpreteren.

D. Is het alleen aan de wetgever andere uitzonderingen te creëren op het uit de wet voortvloeiende lidmaatschap van Nivra?

7) Met dit verweer doet Nivra zich tekort. Nivra is een publiekrechtelijke organisatie en daarom een organisch deel van het begrip lidstaat. In het begin van dit betoog heb ik aangegeven dat art. 94 Grondwet bepaalt dat wettelijke voorschriften geen toepassing vinden bij strijdigheid met gemeenschapsrecht en dat art. 4 lid 3 van het Verdrag van Lissabon de lidstaten verplicht de onwettige gevolgen ongedaan te maken die volgen uit een inbreuk op gemeenschapsrecht. Als organisch deel van lidstaat Nederland is derhalve ook Nivra gehouden art. 94 Grondwet en art. 4 lid 3 van het Verdrag van Lissabon loyaal uit te voeren. Het excuus dat alleen de wetgever strijdigheid met gemeenschapsrecht kan oplossen, snijdt geen hout.

8) Wat daarvan ook zij, het is aan de nationale rechter om aan dit formele verweer voorbij te gaan en de betreffende nationale bepalingen buiten werking te stellen of verdragsconform te interpreteren.

E. Staat het uw college niet vrij het bezwaar gegrond te verklaren?

9) Subsidiar betoogt Nivra dat het uw College niet vrijstaat het bezwaar gegrond te verklaren omdat Nivra zich niet heeft kunnen en mogen uitlaten over de inhoud van het bezwaar. Over het kunnen en mogen heb ik hiervoor voldoende gezegd. Ik heb hiervoor zonder voorbehoud geconcludeerd dat Nivra zich had moeten uitlaten over de inhoud van het bezwaar.

10) In het beroepschrift is omstandig aangegeven welke bepalingen van gemeenschapsrecht zijn geschonden. Op dat moment was het inhoudelijke verweer van het Ministerie van Financiën (Minfin) in de gevoegde procedure tegen Minfin nog niet bekend. Minfin doet een beroep op een arrest Raad van State (RvS) d.d. 10-8-1999 J.C.J. Wouters c.s. vs. NOVA. Minfin's betoog dat publiekrechtelijke organisaties op grond van dat arrest niet vallen onder het begrip vereniging als bedoeld in art. 11 EVRM, snijdt geen hout. Voorzover noodzakelijk kan ik mijn pleitaantekeningen onder B in de procedure die hedenochtend volgt tegen Minfin nu al voorlezen en als ingevoegd beschouwen. Omdat ze tijdig naar u zijn verzonden neem ik aan dat Minfin en ook Nivra hiervan kennis hebben kunnen nemen. Mag ik daarvan uitgaan? Zo niet, is het aan uw college om te beoordelen of sprake is van schending van gemeenschapsrecht.

Conclusie

Hiermee kom ik aan het einde van mijn betoog. Hierin is aangetoond dat geen enkel van de verweren van Nivra opgaat omdat sprake is van schending van gemeenschapsrecht.

Toewijzing van het verzoek van appellanten ligt dan ook voor de hand.

Tot persistit.