

Betreft: Procedurenummer 10/287BCZWI
Zitting: 15 november 2010 (13.00 uur)

OvRAN versus Minfin

Edelachtbaar College,

De zitting van 28 juni 2010 moest worden afgelast wegens ziekte. Sindsdien hebben er op 14 september 2010 diverse zittingen bij het CBB plaatsgevonden. Daar werd vooral directe verenigingsdwang door het Ministerie van Financiën (Minfin) en Nivra besproken. CBB heeft tot nu toe geen vonnis gewezen. Een tijdig vonnis geeft dus de kans op een juridische primeur in Nederland.

Deze zaak gaat over indirecte verenigingsdwang door Minfin via art. 28 Wet Toezicht Kredietwezen (WTA). I.v.m. het stelselmatig negeren door Minfin van onder meer Europese jurisprudentie heeft u reeds uitvoerige pleitaantekeningen ontvangen. Enkele punten uit de zittingen bij CBB zijn echter ook relevant voor deze zitting. Vandaar dit korte aanvullende pleidooi over 2 aspecten van gemeenschapsrecht.

1. VOORRANG GEMEENSCHAPSRECHT

Allereerst een klein uitstapje 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.⁴:
“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 bevoorrechte 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. Minfin belemmert stelselmatig het grondrecht van vrijheid van vereniging bij accountants op directe en indirecte wijze. In deze procedure doet Minfin dat door ook de ontvankelijkheidskwestie op te werpen met de stelling dat art. 28 WTA geen individueel concretiserend besluit zou zijn. Wat daarvan ook zij, bovengenoemde jurisprudentie maakt duidelijk dat bij schending van gemeenschapsrecht, de rechter is gehouden om op *“de leden van de benadeelde groep dezelfde regeling toe te passen als op de leden van de andere groep.”* Dat is duidelijke taal. Door Minfin opgeworpen bestuursrechtelijke obstakels zoals algemeen verbindende voorschriften versus individueel concretiserende besluiten, verklaart het HvJ geheel overbodig als het gaat om grondrechten.

2. EUROPESE JURISPRUDENTIE

Opmerkelijk is dat het verweer van Minfin bij CBB zich beperkte tot de simpele stelling dat Nivra geen vereniging is in de zin van art.11 EVRM en daarom verenigingsdwang zou zijn toegelaten. De tekst van art. 11, lid 2 EVRM⁵ laat deze interpretatie op geen enkele wijze toe. Ook de 5 arresten geciteerd in de uitvoerige pleitaantekeningen stellen herhaaldelijk en uitdrukkelijk dat ook de geest van art.11 EVRM deze interpretatie niet toelaat. Ik verwijs daarvoor expliciet naar de volgende onderdelen van die jurisprudentie:

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

⁴ HvJ EU Joined Cases C-231/06 to C-233/06, 21 June 2007

⁵ Artikel 11 - Vrijheid van vergadering en vereniging

1. Een ieder heeft recht op vrijheid van vreedzame vergadering en op vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen.

2. De uitoefening van deze rechten mag aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Dit artikel verbiedt niet dat rechtmatige beperkingen worden gesteld aan de uitoefening van deze rechten door leden van de krijgsmacht, van de politie of van het ambtelijk apparaat van de Staat.

- 1) Raad van State 09-01-2008, Huisarts versus Hagro, LJN: BC1524, onder r.o. 2.9.5: *“Hieruit volgt dat een huisartsengroep voor langere tijd en voor gemeenschappelijke doeleinden wordt opgericht en een zekere institutionele structuur heeft. Gezien het voorgaande is de Afdeling van oordeel dat de hagro, zoals omschreven in het Besluit CHVG no. 2-2002, kan worden aangemerkt als een vereniging als bedoeld in artikel 11, eerste lid, van het EVRM.”*
- 2) EHRM 10-7-2007, Affaire Schneider, Requête no 2113/04, r.o. 72 (vertaald): *“Het is waar dat jachtsyndicaten hun bestaan danken aan de wil van de wetgever en dat zij geen verenigingen zonder winstoogmerk zijn in de zin van de wet. Desalniettemin zijn jachtsyndicaten gevormd door grondeigenaren, dus particulieren, die zich regelmatig verenigen om te besluiten of zij wel of geen jachtrechten toelaten ten gunste van enkele jagers, hoogste bidders of huurders.”*
- 3) HvJ 19-02-2002, J.C.J. Wouters versus NOVA, Case C-309/99, r.o. 65: *“It is, moreover, immaterial that the constitution of the Bar of the Netherlands is regulated by public law.”*
- 4) EHRM 29-04-1999, Chassagnou versus France, r.o. 100: *“If Contracting States were able, at their discretion, by classifying an association as “public” or “para-administrative”, to remove it from the scope of Article 11, that would give them such latitude that it might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention, which is to protect rights that are not theoretical or illusory but practical and effective (see). Freedom of thought and opinion and freedom of expression, guaranteed by Articles 9 and 10 of the Convention respectively, would thus be of very limited scope if they were not accompanied by a guarantee of being able to share one’s beliefs or ideas in community with others, particularly through associations of individuals having the same beliefs, ideas or interests. The term “association” therefore possesses an autonomous meaning; the classification in national law has only relative value and constitutes no more than a starting-point.”*
- 5) EHRM 23-06-1981, Le Compte versus Belgium, Application no. 6878/75; 7238/75), r.o. 65: Na een volzin over het noodzakelijke integratiecriterium⁶ concludeert EHRM inzake art. 11 EVRM inzake het ook noodzakelijke hindercriterium: *“However, there is a further requirement: if there is not to be a violation, the setting up of the Ordre by the Belgian State must not prevent practitioners from forming together or joining professional associations. Totalitarian régimes have resorted - and resort - to the compulsory regimentation of the professions by means of closed and exclusive organisations taking the place of the professional associations and the traditional trade unions. The authors of the Convention intended to prevent such abuses (see ...).”*

Bovenstaande arresten laten aan duidelijkheid niets te wensen over. De term “vereniging” heeft een autonome betekenis. Een publiekrechtelijke karakter is immaterieel bij de beoordeling zo concludeert het HvJ. De juridische status of het karakter van een vereniging mag overheden geen gelegenheid geven zich aan art. 11 EVRM te onttrekken, constateert EHRM. Een institutionele structuur die voor langere tijd en voor gemeenschappelijke doeleinden is opgericht, is daarom vereniging zo constateert de RvS. Als particulieren zich regelmatig verenigen om besluiten te nemen, is sprake van een vereniging concludeert EHRM. De zeer beperkte uitzonderingen genoemd in de tekst van art. 11 EVRM lid 2 zijn überhaupt niet van toepassing bij accountants. Daarnaast moeten die uitzonderingen voldoen aan zowel het integratie- als het hindercriterium genoemd in het oudste EHRM arrest over dit onderwerp, quod non.

Het wettelijke doel volgens Minfin om kwaliteitsgaranties te bieden aan het publiek kan ook via zuivere beroepsregisters worden bereikt zoals het voorbeeld van de wet BIG laat zien. Dat voorbeeld van de wet BIG toont aan dat de door Minfin beoogde doelen ook op andere wijze kan worden bereikt in een democratische samenleving. Niets rechtvaardigt derhalve de talloze middelen die Minfin onder meer via de WTA inzet om verenigingsvrijheid voor accountants in Nederland theoretisch en illusoir te maken.

Conclusie

Tot slot zij voor de goede orde genoteerd dat OvRAN in deze procedure de eis tot vergoeding van schade laat vervallen. Dit om redenen van procesefficiency.

Hiermee kom ik aan het einde van mijn korte aanvullende betoog in aanvulling op de reeds schriftelijk toegezonden pleitaantekeningen. De schaarse argumenten van Minfin zijn daarin afdoende weerlegd. Zij waren overigens onbegrijpelijk gezien in het licht van Europees recht en jurisprudentie.

Toewijzing van het verzoek van appellanten behoudens de eis tot schadevergoeding, ligt dan ook voor de hand.

Tot persistit.

⁶ Deze onder r.o. 64 genoemde factoren inzake dit integratie-criterium doen zich bij Nivra niet voor zoals onder punt 26 van de uitvoerige pleitaantekeningen is besproken. Nivra reguleert daarnaast geen medici maar accountants die niet voorkomen onder de in art. 11 genoemde uitzonderingen.

64. *The Court notes firstly that the Belgian Ordre des médecins is a public-law institution. It was founded not by individuals but by the legislature; it remains integrated within the structures of the State and judges are appointed to most of its organs by the Crown. It pursues an aim which is in the general interest, namely the protection of health, by exercising under the relevant legislation a form of public control over the practice of medicine. Within the context of this latter function, the Ordre is required in particular to keep the register of medical practitioners. For the performance of the tasks conferred on it by the Belgian State, it is legally invested with administrative as well as rule-making and disciplinary prerogatives out of the orbit of the ordinary law (prerogatives exorbitantes du droit commun) and, in this capacity, employs processes of a public authority (see paragraphs 20-34 above).*