

Hoge Raad der Nederlanden
T.a.v. de strafgriffie
Postbus 20303
2500 EH DEN HAAG
TEVENS PER TELEFAX: 070 7530352

Betreft [REDACTED], zitting 20 december 2016
Ons kenmerk 20142837/MS
Uw kenmerk S 15/03236
Datum 18 november 2016

Edelhoogachtbare Heer,

Namens requirant reageer op de conclusie van de Advocaat-Generaal.

Voor wat betreft cassatiemiddel I over directe en indirecte verenigingsdwang wordt in de conclusie overweging 5.1 tot en met 5.7 gesteld dat de NBA als publiekrechtelijke vereniging buiten het bereik van art. 11 EVRM valt. In het navolgende wordt uiteengezet waarom deze conclusie aanvechtbaar is. Bovendien, ook al zou deze conclusie juist zijn, is in de conclusie ten onrechte geen aandacht geschonken aan tal van pressiemiddelen, rechtsregels en rechtscriteria leidend tot verboden indirecte verenigingsdwang. Eveneens wordt in de conclusie onbesproken gelaten het voorschrift in art. 11 EVRM, inhoudende dat verenigingsdwang alleen toelaatbaar is voor een beperkt aantal publieke doelen, mits de noodzaak in een democratische samenleving is gebleken.

Voor wat betreft cassatiemiddel II over motivatiegebreken wordt in overweging 5.3 en 5.4 bij de behandeling van cassatiemiddel I gesteld dat de motivering van het Hof weliswaar gebrekkig is en niet volstrekt bevredigend maar niet tot cassatie hoeft te leiden, want inhoudelijk juist. In het navolgende wordt uiteengezet waarom deze conclusie strijdig is met art. 359 lid 2 van het Wetboek van Strafvordering, met art. 6 EVRM en met art. 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) door te verzuimen prejudiciële vragen te laten stellen aan het Hof van Justitie EU (HvJ EU) over de juiste interpretatie van vrijstellingen voor beroepsorganisaties in art. 11 EVRM c.q. art. 12 Handvest Grondrechten EU.

mr. J.P.A. van Schaik*
Tel. +31 (0)6 512 234 18
schaik@vanschaikadvocaten.nl

mw. mr. F.E. den Hertog
Tel. +31 (0)6 105 198 45
hertog@vanschaikadvocaten.nl

Stationsstraat 51H
3905 JH Veenendaal
Tel. +31 (0)318 55 34 74
Fax +31 (0)318 55 34 73

Ad Middel I: Dit middel handelt over de vraag of directe en indirecte verenigingsdwang bij Nederlandse accountants strijdig is met hogere regelgeving, met name art. 11 EVRM.

1. "Integratie" criteria le Compte. De cassatieschriftuur geeft een duidelijke analyse van de vijf "integratie" criteria van Le Compte vanuit het feitenmateriaal. De AG voegt daar nog de nodige andere uitspraken EHRM aan toe over deze vijf "integratie" criteria uit Le Compte: (a) vooral een registrerende functie; (b) geïnte-

greerd in de structuren van de Staat; (c) de rechters in haar meeste instituties benoemd door de Staat; (d) bescherming van de publieke gezondheid; (e) beschikking over buitengewone civiele bevoegdheden. In de punten 41 tot 45 van de cassatieschriftuur is uitvoerig toegelicht waarom geen van deze criteria van toepassing is. **Niet valt in te zien hoe de opsomming in de conclusie onder ro 5.5. leidt tot een eenduidige conclusie dat sprake is van integratie in de structuren van de Staat.**

De opsomming in de conclusie van de AG onder ro 5.5. raakt immers vrijwel geen van de bovengenoemde vijf "integratie" criteria uit Le Compte en is dus irrelevant. Van de beide criteria (c) rechters in haar meeste instituties benoemd door de Staat en (d) bescherming van de publieke gezondheid, is bij de NBA prima vista al geen sprake. De punten 41 tot 45 van de cassatieschriftuur maakten duidelijk dat de overige 3 "integratie" criteria ook niet toepasselijk zijn en de huidige prerogatieven van de NBA in geen enkel opzicht afwijken van andere private beroepsverenigingen. **Aldus blijkt dat geen sprake is van integratie in de structuren van de staat en valt de NBA wel degelijk binnen het bereik van art. 11 EVRM.**

Daarnaast komen de punten I tot en met III van de opsomming in de conclusie van de AG onder ro 5.5. zelfs in het geheel niet voor onder de vijf "integratie" criteria uit Le Compte. Voor de hand ligt derhalve deze punten als irrelevante onderbouwing voor integratie af te doen. Punt IV van deze opsomming verwijst naar publiekrechtelijke regelgevende bevoegdheden van de NBA via de WAB in art. 19-23 (over verordeningen en overige besluiten) en 46 etc. (over de opleiding tot accountant). Soortgelijke regels kent iedere fatsoenlijke vereniging zoals punt 44 van de cassatieschriftuur al betoogde.

De uitspraak Le Compte luidt in rechtsoverweging 65 uitdrukkelijk: "*Having regard to these various factors taken together*". Dat kan niet anders betekenen dat alle 5 "integratie" criteria **cumulatief** van toepassing moeten zijn wil een publiekrechtelijke instelling buiten het toepassingsbereik van art. 11 EVRM vallen. Het voorgaande maakte duidelijk dat het betoog van de AG op geen enkel punt I tot en met IV hout snijdt. Derhalve kan zijn conclusie onder rechtsoverweging 5.7 niet slagen.

2. **"Hinder" criterium le Compte.** Het betoog in de conclusie van de AG gaat vrijwel geheel voorbij aan dit 'hinder' criterium. In rechtsoverwegingen 5.3 en 5.6 wordt dit zelfs afgedaan met de overweging dat de NBA niet in de weg staat aan het oprichten en/of het deelnemen aan andere verenigingen die soortgelijk belangen behartigen. Dit is een rechtens onjuiste interpretatie voor wat betreft de essentie van het verbod op indirecte verenigingsdwang. Het is juist dat de uitspraak Le Compte geen eenduidige criteria verschaft wanneer sprake is van indirecte verenigingsdwang. De latere jurisprudentie EHRM maken evenwel duidelijk dat 'hinder' veel aspecten heeft. Punt 49 van de cassatieschriftuur verwees al naar het arrest van de Grote Kamer inzake Sigurdur a. Sigurjónsson v. Iceland waar een taxi chauffeur zijn licentie verloor als hij geen lid werd van Frami. Wat is het

verschil met de NBA waar accountants ook licenties verliezen om als accountant te kunnen blijven optreden zonder lidmaatschap NBA? In de conclusie van de AG worden op pagina 11 slechts de rechtsoverwegingen 100 tot en met 103 uit Chassagnou over rechtvaardigingsgronden voor indirecte verenigingsdwang geciteerd. Het EHRM betreft daarbij uitdrukkelijk vrijheid van gedachte en geweten in art. 9 EVRM hetgeen ook in onderhavige casus speelt. Ten onrechte zijn de andere hierna geciteerde rechtsoverwegingen achterwege gelaten.

- Uit ro 104 blijkt dat: *Such interference breaches Article 11 unless it is "prescribed by law", is directed towards one or more of the legitimate aims set out in paragraph 2 and is "necessary in a democratic society" for the achievement of that aim or aims. Justification for the interference. Such interference breaches Article 11 unless it is "prescribed by law", is directed towards one or more of the legitimate aims set out in paragraph 2 and is "necessary in a democratic society" for the achievement of that aim or aims.* Een goede beroeps uitoefening door accountants komt niet voor onder de legitieme doelen van paragraaf 2. Zoals de wet BIG aantoonde kan dit doel in een democratische maatschappij ook heel goed zonder verenigingsdwang bereikt worden.

- Uit ro 113 blijkt: *"In the present case the only aim invoked by the Government to justify the interference complained of was "protection of the rights and freedoms of others".* Lees hier het algemeen belang van een goede beroepsuitoefening door accountants (buiten de wettelijke controle waar AFM controleert).

- Uit ro 113 blijkt: *"It is a different matter where restrictions are imposed on a right or freedom guaranteed by the Convention in order to protect "rights and freedoms" not, as such, enunciated therein. In such a case only indisputable imperatives can justify interference with enjoyment of a Convention right."* Er moeten dus onbetwistbare imperatieven bestaan om verenigingsdwang te rechtvaardigen voor het algemeen belang van een goede beroepsuitoefening door accountants. Zoals punt 17 van de cassatieschriftuur aantoonde, werken vrijwel alle accountants, buiten de wettelijke controle waar AFM al controleert, in het private beroep of voor werkgevers en overheid. Welke onbetwistbare imperatieven rechtvaardigen dan wel verenigingsdwang?

- Uit ro 114 blijkt: *"The applicants are opposed to hunting on ethical grounds and the Court considers that their "convictions" in this respect attain a certain level of cogency, cohesion and importance and are therefore worthy of respect in a democratic society. Accordingly, the Court considers that the obligation for persons opposed to hunting to join a hunters' association may appear, prima facie, to be incompatible with Article 11. Moreover, an individual does not enjoy the right to freedom of association if in reality the freedom of action or choice which remains available to him is either non-existent or so reduced as to be of no practical value"* Hier gaat het om persoonlijke "overtuigingen" van OvRAN leden die op goede gronden geen lid willen zijn van een NBA gedomineerd door grote kantoren die via regelgeving goede beroepsuitoefening vaak onnodig bemoeilijken c.q. verhinderen, zichzelf tegelijk daarmee aanzienlijke concurrentievoordelen toekennen en het democratisch functioneren van de NBA belemmeren. De resterende acties en keuzes hebben daarbij geen praktische waarde hebben want betekenen het verlies van beroepstitel + beroepskwalificaties zoals accountant en accountantskantoor naast verboden en belemmeringen om bepaalde taken uit te voeren.

Opmerkelijk in dit verband is ook het door de AG onder rechtsoverweging 4.11 op pagina 17 naar voren gebrachte uitspraak van het EHRM inzake leden van de Spaanse Saragossa Bar Association voor advocaten. Daar bevestigt het EHRM

onder zijn rechtsoverweging 2 het “hinder” criterium van **Le Compte** door de vraag: *“to what extent it is still possible for members of the Bar Association to set up or join a professional association or trade union”*. Die vraag impliceert **uitdrukkelijk** dat **disciplinaire** sancties onderzocht moeten worden die **kunnen leiden tot ongerechtvaardigde** interventie met verenigingsvrijheid. **Het is daarom** onbegrijpelijk dat in de conclusie van de AG geen enkele **aandacht is** besteed aan afwegingen ten aanzien van de in de punten 3 tot 5 van de **cassatieschriftuur** vermelde indirecte verenigingsdwang.

In de conclusie van de AG wordt niet meer overwogen dan **de enkele** opmerking onder rechtsoverweging 5.6 dat NBA het oprichten en/of **deelnemen aan** met de NBA vergelijkbare organisaties niet belemmert. Wanneer **in de conclusie** van de AG vervolgens wordt geconcludeerd dat dit niet is gebleken **of gesteld**, wordt nagelaten belangrijke veranderingen en beperkingen te **vermelden**.

Immers uit punt 12 en volgende van de cassatieschriftuur **blijkt dat de NBA** weigerde diverse OvRAN leden in het accountantsregister **in te schrijven** zonder verplicht lidmaatschap met een beroep op de WAB en dat **de Staat** weigerde art. 28 WTA van toepassing te verklaren op OvRAN leden zoals **de wettekst** toelaat en volgens de toelichting in de MvT zelfs bevordert. Ook **besteedt de AG** geen aandacht aan omgekeerde discriminatie, blijkend uit het **feit dat sinds een recente** wetwijziging van de WTA dit jaar buitenlandse accountants **zich wel direct** kunnen inschrijven bij de AFM zonder lidmaatschap NBA en **Nederlandse kwalificerende** accountants niet.

Uit overweging 5.6 van de conclusie van de AG blijkt voorts **dat het** verbod op indirecte verenigingsdwang via tal van pressiemiddelen volledig **onbesproken** worden gelaten en er derhalve aan een afweging met het **voorschrift** dat *“only indisputable imperatives can justify interference with enjoyment of a Convention right”* niet wordt toegekomen.

Ook blijkt uit de conclusie van de AG in overweging 5.8 dat **iedere** afweging inzake de schending van artikel 1 van het 1e Protocol EVRM **ontbreekt**. De zeer **vergaande** WAB bescherming van titel en beroepskwalificatie **komt in Nederland** bij geen enkele andere beroepsgroep voor, zoals in het cassatiemiddel I onder B is uiteengezet en leidt dit dus tot indirecte verenigingsdwang. **In plaats van af te** wegen of deze disproportionaliteit gerechtvaardigd wordt **door het algemeen belang**, wordt enkel volstaan met de overweging dat dit middel I B **niet opkomt** tegen een door het Hof gegeven oordeel maar tegen het wettelijk **verbod** in art. 41 WAB (titelverbod) en derhalve geen cassatiegrond oplevert.

Nu de in de conclusie van de AG een verkeerde althans **veel te beperkte** uitleg wordt gehuldigd van het “hinder” criterium, zou het middel **wel tot cassatie** moeten leiden en dus niet falen, zoals in de conclusie onder overweging 5.7 wordt gesteld.

3. Noodzakelijk in een democratische samenleving. Gegeven het feit dat de conclusie van de AG in rechtsoverweging 5.7 zich uitsluitend baseert op een onjuiste interpretatie van de “integratie”criteria, is de AG niet toegekomen aan lid 2 van art. 11 EVRM. Zoals uit de hiervoor geciteerde rechtsoverwegingen Chassagnou blijkt, zie bijv. ro 113, is verenigingsdwang bij beroepsorganisaties, direct of indirect, volstrekt overbodig. De Nederlandse wet BIG inzake medici toont dit wel aan. Nu in de conclusie van de AG aan de betekenis van lid 2 van art. 11 EVRM geen aandacht is besteed, is ook daarom diens conclusie dat het middel faalt in overweging 5.7 niet juist.
4. Concurrentiebeperking. Tot slot is de vaststelling in conclusie onder overweging 5.5. dat sprake is van een geoorloofde “regulatory body of a liberal profession”, in strijd met de gepresenteerde feiten. De NBA doet immers veel meer dan alleen reguleren van het beroep en het register bijhouden. De NBA fungeert tevens als machtige lobbyclub bij veel instanties waaronder de overheid. De belangen van pressiegroepen achter deze lobbyclub zijn groot. Uit punt 59 van de cassatieschriftuur over concurrentievervalsing blijkt dat het HvJ EU het van weinig belang acht dat deze soort “regulatory bodies of a liberal profession” publiekrechtelijke instellingen zijn. Het HvJ EU kwalificeert deze daarom als gewone ondernemersverenigingen die optreden als het regulerend orgaan van een beroep waarvan de uitoefening overigens een economische activiteit is. In de conclusie van de AG wordt geen aandacht besteed aan dit arrest uit 2002.

Relevant in dit kader is het huidige EU- verdrag uit 2007 dat in art. 6 lid 1 verklaart dat het huidige Handvest Grondrechten gelijke wetscracht heeft als EVRM en in lid 3 dat EVRM algemene beginselen van EU-recht vormt. Nog relevanter is de zeer recente uitspraak ECLI:EU:C:2013:127 HvJ EU inzake een sterk op de NBA lijkende Otoc voor Portugese gecertificeerde boekhouders. Wederom bevestigde het Hof dat deze soort “regulatory bodies of a liberal profession” zuivere ondernemingsverenigingen zijn waardoor het enkele feit van het bestaan van bijv. een PE-reglement al voldoende is om een mededingingsbeperking te veronderstellen. In deze casus staat vast dat regelgeving de concurrentie beperkt want leden van OvRAN mogen de taken genoemd in de WTA voor domein A (wettelijke controle) en B (verklaringen waar de wet een NBA-lid voorschrijft) niet uitvoeren. De punten 24 tot 28 van de cassatieschriftuur maken duidelijk dat belangrijke private accountantswerkzaamheden (corporate finance, juridisch/fiscaal advies, belastingaangifte, human resource, outsourcing, opstellen van eenvoudige jaarrekeningen, ICT-advies, online boekhouden), het kleinere accountants en accountants werkzaam in het bedrijfsleven en overheid moeilijk zo niet bijna onmogelijk maakt deze soort taken of hun eigen werkzaamheden in loondienst uit te kunnen voeren zonder grote belemmeringen. Uit punt 29 cassatieschriftuur blijkt dat kleinere accountantskantoren en private bedrijven geen kans krijgen te werven in het aanstromend talent van accountants in opleiding.

Tot slot blijkt uit EU Verordening 1/2003 van 16 december 2002 inzake mededinging dat ondernemersverenigingen die zich op de vrijstelling van het concurrentieverbod in artikel 81, lid 3, van het Verdrag beroepen, de bewijslast dienen te

dragen dat aan de voorwaarden voor die vrijstelling is voldaan. In het licht van dit arrest Otoc, duizenden pagina's NBA regelgeving tot stand gekomen onder toezicht en met goedkeuring van de Staat in combinatie met wetgeving die tot een wettelijk NBA monopolie leidt waar grote kantoren zich van kunnen vrijstellen, lijkt aan de bewijslast voor het bestaan van concurrentievervalsing te zijn voldaan. Nu in de conclusie van de AG geen rechtens juiste argumenten worden aangedragen voor de stelling dat afdoende rechtvaardigingsgronden bestaan welke deze inbreuk rechtvaardigen, kan dan ook de conclusie dat een "regulatory body of a liberal profession" buiten het bereik van art. 11 EVRM valt, niet standhouden.

5. De slotconclusie van de AG in de overwegingen 5.7 en 5.8 van de conclusie, dat Middel 1 faalt resp. niet tot cassatie kan leiden, lijkt zo niet te kunnen slagen. Hetgeen namens rekwirant in de cassatieschriftuur en in deze brief is verwoord, draagt daar aan bij: in het geval van de NBA is er geen sprake van "integratie" maar wel van "hinder", en is er geen democratische "noodzaak" maar wel sprake van "concurrentiebeperking".

Ad Middel II Dit middel handelt over de motiveringsplicht in strafzaken waarvan de niet naleving ingevolge art. 359 lid 2 SV nietigheid met zich meebrengt.

6. Uit uw arrest ECLI:NL:HR:2006:AU9130 volgt "dat de motiveringsplicht slechts geldt bij de niet-aanvaarding van een ter terechtzitting ingenomen en "uitdrukkelijk onderbouwd standpunt"; b. dat de motiveringsplicht niet geldt indien in de einduitspraak niet wezenlijk wordt afgeweken van zo een standpunt." Uit de pleitnota bij het Hof Leeuwarden blijkt dat de punten 11, 12 en 14 nadrukkelijk wezen op schending van art. 1 van het Protocol Nr. 1 EVRM inzake het recht op ongestoord genot van eigendom. Het staat vast dat het Hof haar afwijzing van dit uitdrukkelijk onderbouwde standpunt in het geheel niet motiveerde maar in de uitspraak wezenlijk afweek van dit standpunt op basis van het oordeel dat art. 11 niet van toepassing is op de NBA. Daarmee ging het Hof geheel voorbij aan een oordeel over het grondrecht in art. 1 van het Protocol Nr. 1 als een belangrijke pressiemiddel via verlies van titel en beroepskwalificaties en leidend tot indirecte verenigingsdwang.

In de conclusie van de AG wordt bovendien in overweging 5.3 en 5.4 bij de behandeling van cassatiemiddel I bevestigd dat de motivering van het Hof weliswaar gebrekkig is en niet volstrekt bevredigend maar niet tot cassatie hoeft te leiden want inhoudelijk juist.

Gelet op hetgeen bij cassatieschriftuur en hiervoor door rekwirant is ingebracht, dient het bestreden arrest te worden vernietigd.

7. De AG een andere mening toegedaan nu het gaat om een "regulatory body of a liberal profession" en wordt er geheel voorbij gegaan aan de indirecte verenigingsdwang, het tweede lid van art. 11 EVRM en de concurrentiebeperking. Deze "regulatory bodies" hebben echter per definitie veel mogelijkheden en belangen om tal van andere activiteiten uit te oefenen naast reguleren. Het HvJ

EU maakte al duidelijk dat het als het om concurrentie gaat, deze “regulatory bodies” zuivere ondernemingsverenigingen zijn die aan het economisch verkeer deelnemen. Kennelijk bestaat onduidelijkheid over de interpretatie van Europese verdragen.

8. Het HvJ EU kan direct oordelen over alle aangevoerde rechtsgronden via het Handvest (mensenrechten) en VWEU (concurrentie en omgekeerde discriminatie). EHRM kan alleen direct oordelen over mensenrechten en alleen indirect over concurrentie en omgekeerde discriminatie maar laat het stellen van prejudiciële vragen nog niet toe. Derhalve ligt het stellen van van prejudiciële vragen aan het HvJ EU voor de hand, zo er al bij de rechtsgronden nog onduidelijkheden zouden zijn naar het oordeel van Uw Raad. Voor de goede orde wijs ik nog op de verplichting voortvloeiend uit art. 267 VWEU onder b dat Uw Raad gehouden is zich tot het HvJ EU te wenden inzake de juiste uitleg van Verdragen.

Tot slot acht ik voor wat betreft overweging 10 van de conclusie van de AG het juist om melding te maken van het feit dat op 17 maart 2016 bij de Rechtbank Den Haag een civiele vordering op grond van een onrechtmatige overheidsdaad is ingediend. Online op <http://www.wakkereaccountant.nl/Civiel.html> treft u het volledige procesdossier aan. Deze vordering werd noodzakelijk toen het EHRM over de klacht onder “Ovran en Others v. the Netherlands” oordeelde dat ook nadat alle bestuursrechtelijke routes tot in hoogste instantie waren doorlopen, nog steeds niet alle nationale rechtsmiddelen waren uitgeput.

Hoogachtend,

10.  (Advocaat).

J.P.A. van Schaik