

OvRAN

Orde

van

Register

Adviseurs

Nederland

Lage Driesstraat 25,

5268 BP Helvoirt

Telefoon: 0411-641699

Fax: 0411-644008

Email: bestuur@ovran.nl

Datum

21-01-2010

Rechtbank Rotterdam
afd. Bestuursrecht
Postbus 50950
3007 BL Rotterdam

Uw referentie:

Onze referentie:

Beroepschrift Besluit Minfin
d.d. 19 december 2009

Telefoon

0411-641699

Edelgrootachtbaar College,

Bij deze bieden wij u aan (in twee-voud) het beroepschrift inzake het Besluit van het Ministerie van Financiën¹ gedateerd 19 december 2009 tot afwijzing van het bezwaar van 30 november 2008.

Voor de goede orde wijzen wij u er op dat bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 4 beroepschriften worden behandeld over vrijwel dezelfde materie. Het is aan uw college te beoordelen of verwijzing wenselijk is.

Met vriendelijke groeten,

C.B.A. Spil RMC

Locatie voor Juridische Correspondentie: Lage Driesstraat 25, 5268 BP Helvoirt

Telefoonnummer: 0411-641699

1 Productie 4 in beroepschrift

Beroepschrift Rechtbank Rotterdam afd. Bestuursrecht

Appellant,

OvRAN, gevestigd te Helvoirt, Lage Driesstraat 25, 4268 BP,
hierna ook te noemen: appellant

tekent bij deze beroep aan ex artikel 63 van de Wet Toezicht Accountants (hierna te noemen WTA) tegen het besluit d.d. 19 december 2009 van het Ministerie van Financiën tot niet-ontvankelijk verklaren van het bezwaar van 30 november 2009 van appellant

Bestuursorgaan, Ministerie van Financiën, gevestigd aan de Korte Voorhout 7, 2500 EE Den Haag, hierna te noemen: Minfin,

op de gronden zoals hieronder zijn vermeld:

Inzake de feiten

- 1) Als gevolg van een langdurige meerjarige discussie binnen Nivra en NOvAA (Nederlandse Orde van Accountants-Administratieconsulenten is in augustus 2008 de alternatieve accountantsvereniging OvRAN opgericht voor (ex)leden van zowel Nivra als NOvAA.
- 2) OvRAN kent uiteraard een ledenregister en past evenzeer alle Ifac-Normen toe zoals de Code of Ethics, de voorschriften Permanente Educatie, Toetsing, Tuchtrecht 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.
- 3) De wijze waarop momenteel de accountancy-regelgeving wordt geïnterpreteerd vormt vaak een belemmering voor de leden van OvRAN bij hun beroepsuitoefening. Zij verliezen het wettelijke recht zich "accountant", "RA" of "AA" te noemen, kunnen geen wettelijke controles meer uitoefenen, subsidieverklaringen afgeven etc..
- 4) OvRAN heeft daarom op 19 oktober 2009 Minfin verzocht twee besluiten te nemen. Zie productie 1. Deze procedure gaat alleen over het verzoek tot toelating ex. art. 28 WTA². Als gevolg van toelating kunnen ook leden van OvRAN als extern accountant ingeschreven worden in het register van de AFM en de bevoegdheid verkrijgen wettelijke controles uit te voeren. Het andere verzoek betreft de interpretatie door Minfin van art. 1 lid 4³ WRA/WAA. De praktijk is dat de

2 WTA art. 28: *Met het oog op de waarborging van de publieke functie van de accountantsverklaring kan bij algemene maatregel van bestuur artikel 27 buiten toepassing worden verklaard.*

3 WRA art 1. lid 4: *In afwijking van het eerste lid zijn degenen, die op grond van artikel 58, onder b, juncto artikel 59, tweede lid, in het accountantsregister zijn ingeschreven, slechts lid van de Orde indien zij de wens daartoe schriftelijk aan het bestuur van de Orde kenbaar hebben gemaakt. De tekst van de WAA is inhoudelijk gelijk.*

uitzondering in art. 1 lid 4 alleen wordt toegestaan voor buitenlandse accountants. Hierover lopen inmiddels diverse procedures bij het CBB.

In beide verzoeken is strijdigheid geconstateerd met Europese verboden op verenigingsdwang, discriminatie etc.

- 5) Minfin reageerde op 19 november 2009 met een schrijven waarin wordt gesteld het voorbarig te vinden gezien het fusietraject tussen Nivra en NOvAA nu al een discussie te beginnen over de toepassing van art. 28 WTA. Zie productie 2.
- 6) Bij brief van 30 november 2009 maakte OvRAN bezwaar tegen het besluit d.d. 19 november 2009 van Minfin geen besluit te willen nemen over de toepassing van art. 28 WTA. Zie productie 3 onder B.
- 7) Op 18 december 2009 verklaarde Minfin het bezwaarschrift van 30 November 2009 onder B niet ontvankelijk. Zie productie 4. Een nader gesprek op 12 januari 2010 bood geen vooruitzichten op een praktische oplossing voor dit verschil van inzicht. In haar schrijven van 18 december 2009, deelde Minfin mede dat beroep mogelijk is bij de sector Bestuursrecht van de Rechtbank Den Haag.
- 8) Deze verwijzing is onjuist. De WTA stelt in art. 63⁴ duidelijk dat uw Rechtbank de enige beroepsinstantie is bij de WTA. Bijzondere wetten zoals de WTA gaan nu eenmaal boven de AWB. Vandaar dat dit beroepschrift bij uw Rechtbank is ingediend. Overigens volgt uit art. 8:13 AWB uit dat verwijzing naar dezelfde rechtbank volgt wanneer de behandeling van de zaak door één rechtbank gewenst is. Uit dien hoofde is voorstelbaar dat u het onderhavige beroepschrift onder B verwijst naar het CBB. Bij CBB lopen nu in totaal 4 gevoegde beroepschriften over de toepassing van art. 1 lid 4 WRA/WAA. Voor de goede orde voegen wij het beroepschrift bij CBB tegen het besluit 1 over het bezwaarschrift onder A bij. Zie productie 5. Producties 1-4 daarvan zijn identiek en daarom niet bijgevoegd

Inzake het recht

- 9) In het besluit van 18 december 2009 tot niet-ontvankelijk verklaren merkt Minfin het volgende op. Minfin stelt dat voorzover het verzoek in bezwaar al is aan te merken als een besluit waarop de AWB van toepassing is, uit de artikelen 6:2, eerste lid, aanhef en onder a, 7:1 eerste lid en 8:2, eerste lid, aanhef en onder a van de AWB volgt dat het weigeren van een verzoek om een algemeen verbindend voorschrift te geven niet vatbaar is voor bezwaar en beroep.
- 10) In het navolgende zal het volgende worden betoogd:
 - A.** Het besluit wel of geen uitvoering te geven aan art. 28 WTA, is een appellabel besluit in de zin van de AWB.
 - B.** Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het verzoek moet worden toegewezen.
 - C.** Niet toewijzing van het verzoek is strijdig met Europese regelgeving.
 - D.** Niet toewijzing van het verzoek beperkt de negatieve verenigingsvrijheid.
 - E.** Niet ontvankelijk verklaren van het verzoek is schending van art. 13 EVRM.

4 Art. 63 WTA luidt: *Indien beroep wordt ingesteld tegen een besluit op grond van deze wet is, in afwijking van artikel 8:7 van de Algemene wet bestuursrecht, de rechtbank te Rotterdam bevoegd.*

A. Appellabel besluit in de zin van de AWB

- 11) Het besluit van 18 december 2009 tot niet-ontvankelijk verklaren:
- raakt OvRAN in persoon als vereniging van belanghebbenden en is voorbehouden aan Minfin,
 - is schriftelijk genomen,
 - is genomen op basis van een publiekrechtelijke bevoegdheid accountancy-regelgeving vast te stellen dan wel te interpreteren zodanig dat deze regels in overeenstemming zijn met hogere regelgeving,
 - is gericht op publiek rechtsgevolg, namelijk de mogelijkheid tot inschrijving door leden van OvRAN in het publiekrechtelijk register van de AFM zonder verplicht lidmaatschap van Nivra of NOvAA.
- 12) Voorts zij nog het volgende opgemerkt. Art. 8:2 AWB onder a. stelt dat geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel. In dit geval is echter geen sprake van beroep tegen een dergelijk algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel. Het algemeen verbindend voorschrift is vervat in art. 27 WTA en houdt in dat alleen leden van Nivra of NOvAA als externe accountant wettelijke controles mogen uitvoeren. Art. 28 WTA maakt het alleen mogelijk uitzonderingen op die algemene regel te maken. Dit met het oog op de waarborging van de publieke functie. Dit betreft dus geen algemene regel of beleidsregel maar toepassing van die uitzondering in een concreet geval waar zelfstandige normstelling ontbreekt. Dit behoeft geen nader betoog. Ook uit de jurisprudentie⁵ blijkt dat een concretiserend besluit van algemene strekking waarbij iedere normstelling ontbreekt, dat zich niet leent voor herhaalde toepassing en dat niet verder strekt dan het bepalen van de werkingssfeer van reeds bestaande algemeen verbindende normen, geen algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel is.
- 13) Uit het hiervoor gestelde blijkt dat er wel degelijk sprake is van een appellabel besluit. Het besluit op bezwaar van Minfin van 18 december 2009 tot niet-ontvankelijk verklaren kan derhalve geen stand houden.

B. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het verzoek moet worden toegewezen

14) Naast bovengenoemd formele argument van art. 8:2 AWB heeft Minfin in haar antwoord van 19 november 2009 op het verzoek van 18 oktober inhoudelijk nog opgemerkt dat uit de parlementaire geschiedenis volgt dat art. 28 WTA vooral gezien moet worden als een stok achter de deur in het geval de bestaande beroepsorganisaties de aan hen toebedeelde taken niet naar behoren zouden vervullen. In onderdeel B van het bezwaarschrift is een uitvoerige weergave gegeven van de parlementaire geschiedenis van art. 28 WTA. Het bezwaarschrift dient als hier woordelijk herhaald en ingelast beschouwd te worden. Daaruit blijkt het tegendeel van het op 19 november 2009 door Minfin gebruikte inhoudelijke argument. Het blijkt juist dat de minister ook van mening is dat:

- *Het in principe kunnen loslaten van de exclusieve bevoegdheid de beroepsorganisaties een additionele prikkel geeft om kwaliteit te leveren. (MvT 29 658, nr. 3)*

5 LJN: AB0218, Rechtbank Zutphen d.d. 02-01-2001; LJN: AE0337, Raad van State, d.d. 06-03-2002; LJN: BA7163, College van Beroep voor het bedrijfsleven; Zie ook Prof.mr. J.F. van Ommeren, "Concretiserende besluiten van algemene strekking", in: Jurisprudentie Bestuursrecht plus, 2008, p.4/5.

- *De exclusieve positie van de beroepsorganisaties niet gehandhaafd blijft indien het publieke belang het niet noodzakelijk maakt. (MvT 29 658, nr. 3)*
- *Uit de komende Europese richtlijn zou kunnen volgen dat wettelijke monopolies op de toegang van beroepsorganisaties niet meer zijn toegestaan. (MvT 29 658, nr. 3)*
- *Iedere persoon die aan de kwaliteitseisen gesteld in dit wetsvoorstel voldoet, zou dan toelating moeten kunnen verkrijgen tot het domein van de wettelijke controle. Principieel wenst het kabinet geen ongeclausuleerde wettelijke monopolies voor groepen van beroepsbeoefenaren, zeker niet daar waar op grond van een wettelijke norm anderen buiten die groep ook aan de gestelde norm voldoen. (Antwoord Minister op Advies Raad van State 29658 Nr. 4)*

15) Ook al zou het terecht zijn dat Minfin geen aanleiding ziet om aan te nemen dat Nivra/NOvAA hun wettelijke taken niet naar behoren zouden vervullen, geeft de parlementaire geschiedenis aan dat 1. een additionele prikkel om kwaliteit te leveren wenselijk is, 2. sinds de komst van de AFM het publieke belang exclusiviteit niet langer vereist, 3. wettelijke monopolies via verenigingsdwang ook toen al niet waren toegestaan, 4. iedere persoon die aan de kwaliteitseisen voldoet toegang moet kunnen krijgen tot de wettelijke controle, 5. ongeclausuleerde wettelijke monopolies niet wenselijk zijn waar ook anderen aan de gestelde wettelijke normen voldoen.

16) Uit bovenstaande vloeit voort dat bij een concretiserend besluit ex. art. 28 WTA waarbij iedere normstelling ontbreekt, Minfin had moeten terugvallen op de doelstellingen van art. 28 WTA zoals de wetgever die beoogde. De persoonlijke niet geobjectiveerde mening van Minfin geen aanleiding te zien om aan te nemen dat Nivra/NOvAA hun wettelijke taken niet naar behoren zouden vervullen, vallen dan weg tegen de andere 5 wetshistorische doelstellingen. Op die grond kan Minfin's besluit van 18 december 2009 tot niet-ontvankelijk verklaren geen stand houden en hadden OvRAN-leden toegelaten moeten worden onder art. 28 WTA.

C. Strijd met Europese regelgeving.

17) Het betreft in wezen drie strijdigheden met hogere regelgeving c.q. verdragsrechtelijke verplichtingen:

- a. Verbod op verenigingsdwang
- b. Verboden onderscheid naar nationaliteit
- c. Aantasting van eigendomsrechten.

18) Deze strijdigheden zijn uitvoerig toegelicht in het in productie 5 bijgevoegde beroep bij CBB onder punt A inzake de interpretatie van art. 1 lid 4 WRA/WAA. Omwille van het milieu zijn deze strijdigheden niet opnieuw volledig uitgewerkt in het lichaam van dit beroepschrift. Er is maar één verschil: de verboden verenigingsdwang, de verboden discriminatie en de aantasting van eigendomsrechten vloeit niet rechtstreeks voort uit de WTA maar indirect via de omweg van de WRA/WAA. Dat maakt echter voor het principe geen verschil: art. 27 WTA betekent verenigingsdwang voor iedereen die kwalificeert voor de wettelijke controle. Deze verenigingsdwang kan alleen via toepassing van de uitzondering in art. 28 WTA beëindigd worden. Op deze grond kan Minfin's besluit van 18 december 2009 tot niet-ontvankelijk verklaren geen stand houden en hadden OvRAN-leden toegelaten moeten worden onder art. 28 WTA.

D. Negatieve verenigingsvrijheid.

19) Minfin is al sinds 2006 zonder succes geweest op het feit dat de WRA/WAA strijdig zijn met hogere regelgeving. Dit betreft niet alleen directe positieve verenigingsdwang uitgeoefend op burgers door Minfin door haar interpretatie van art. 1 lid 5 WRA/WAA. Sinds *Young, James and Webster v. United Kingdom* c.q. *Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland* valt ook indirecte verenigingsdwang onder art. 11 EVRM. Indirecte verenigingsdwang komt voor wanneer in het verkeer tussen burgers onderling op andere, vaak subtiele en indirecte wijze dwang ontstaat zich aan te sluiten bij een vereniging omdat burgers anders rechten verliezen⁶. De gevolgen van indirecte verenigingsdwang gaan echter veel verder. Uit *Gustafsson versus Zweden*⁷ blijkt zelfs onder rechtsoverweging 45 3e alinea dat nationale staten onder omstandigheden ook verantwoordelijk worden gehouden voor redelijke en passende middelen om de effectieve toepassing ex art. 11 EVRM te verzekeren van het recht van private personen zich niet te hoeven verenigen. Bij *Gustafsson* was het een vakbond die onbehoorlijke pressie uitoefende aldus EHRM. Daarom bleek de Staat Zweden niet aansprakelijk. Hier is het echter de Nederlandse Staat zelf die rechtstreeks en welbewust schade veroorzaakt. Het is Minfin's interpretatie die veroorzaakt dat leden van OvRAN rechten verliezen bij opzegging van het lidmaatschap. Zij worden op aangifte van Nivra of NOvAA strafrechtelijk vervolgd als zij zich accountant, RA, AA etc. noemen, kunnen geen wettelijke controles meer uitoefenen, subsidieverklaringen afgeven etc.. Dit maakt de Nederlandse Staat aansprakelijk.

E. Strijdig met art. 13 EVRM

20) Het is opvallend dat Minfin beide verzoeken van 19 oktober 2009 niet ontvankelijk verklaarde op formele gronden. Ook Nivra verklaarde zich op dezelfde formele gronden niet ontvankelijk bij de 3 bezwaarschriften inzake art. 1 lid 4 WRA bij CBB. Indien uw Rechtbank ook niet-ontvankelijkheid zou toewijzen, bestaat uiteraard de mogelijkheid van appel. Bij bevestiging in hoogste instantie is echter geen enkel verweer meer mogelijk tegen regelgeving strijdig met art. 13 EVRM.

21) Op deze grond kan het besluit van 18 december 2009 tot niet-ontvankelijk verklaren, niet stand houden.

Slot

22) Uw college kan de zaak zelf afdoen nu verweerder geen enkele beleidsvrijheid toekomt bij het nemen van een nieuw besluit. Minfin heeft geen andere keuze dan passende actie te nemen door via de 'voorhangprocedure' een nog te ontwerpen Algemene Maatregel van Bestuur aan het parlement voor te leggen waarin de uitzondering in art. 28 WTA van toepassing wordt verklaard op leden van OvRAN.

23) Gezien het feit dat een en ander al aan Minfin werd voorgehouden sinds 2006 zonder resultaat, heeft Minfin welbewust schade veroorzaakt. Die schade moet worden vergoed op grond van 8:73 AWB.

6 Zie bijv. http://www.icnl.org/KNOWLEDGE/IJNL/vol3iss1/art_6.htm#_ftnref12

7 EHRM, nr. 18/1995/524/610

Conclusie

Op grond van bovenstaande verzoekt appellant uw Rechtbank om het bestreden besluit te vernietigen en:

primair,

- zelf in de zaak te voorzien door het primaire besluit van 18 december 2009 te vernietigen en verweerder te gelasten binnen twee weken na de uitspraak zich uit te laten dat een juiste interpretatie van art. 28 WTA betekent dat Minfin via de 'voorhangprocedure' een nog te ontwerpen Algemene Maatregel van Bestuur aan het parlement zal voorleggen waarin de uitzondering in art. 28 WTA van toepassing wordt verklaard op leden van OvRAN.
- Minfin te veroordelen tot vergoeding van de schade, op te maken bij staat, die is ontstaan als gevolg van haar handelingen of het ontbreken daarvan.

subsidiair, verweerder een termijn te stellen waarbinnen met inachtneming van de uitspraak opnieuw op het bezwaar moet worden besloten;

een en ander met veroordeling van verweerder in de proceskosten van appelland waaronder begrepen de griffierechten.