

Hoger Beroep van OvRAN bij CBB

d.d. 29-12-2010

tegen

de

uitspraak

van de

Rechtbank Rotterdam afd. Bestuursrecht

d.d. 9-12-2010

**Hoger Beroep CBB tegen uitspraak
Rechtbank Rotterdam afd. Bestuursrecht**

Appellant,

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

tekent bij deze hoger beroep aan ex artikel 63 van de Wet Toezicht Accountants (hierna te noemen WTA) juncto art. 6:23 van de Algemene Wet Bestuursrecht (hierna te noemen AWB) tegen de uitspraak d.d. 9-12-2010 van de Rechtbank Rotterdam. Het beroepschrift van appellant d.d. 21-1-2010 bij de Rechtbank Rotterdam richtte zich 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:

Voorgeschiedenis

- 1) Uit het bezwaar- en beroepschrift samen met het verweerschrift van Minfin d.d. 22 maart 2010, de uitvoerige pleitaantekeningen van OvRAN d.d. 28 juni 2010 en de verkorte pleitaantekeningen van 15 november 2010 zijn alle feiten afdoende bekend.
- 2) Het gaat hier om langdurige schending van hogere Europese regelgeving. In diverse civielrechtelijke procedures hebben diverse civiele rechters tot in hoogste instantie geen vonnis willen wijzen over de hier aan de orde zijnde schendingen van hogere Europese regelgeving, met name verenigingsdwang en discriminatie. In kort geding via de beroepscode VGC met als argumenten: niet geschikt voor kort geding (Hof A'dam), het is de wet die dit voorschrijft (Hof Den Haag), of art. 81 RO (HR). In bodem over merkrechtelijke geschillen heeft de rechtbank Amsterdam zich over deze schendingen van hogere Europese regelgeving überhaupt niet willen uitlaten.
- 3) In dit voetspoor gaat ook de Rechtbank Rotterdam (hierna te noemen Rechtbank) met haar uitspraak d.d. 9-12-2010 tot niet-ontvankelijk verklaren, voorbij aan een van de vele voorbeelden van indirecte verenigingsdwang bij accountants, in dit geval via art. 28 WTA. Het navolgende zal aantonen dat de Rechtbank daarbij tekort is geschoten in haar verplichting de rechtsgronden aan te vullen uit hoofde van AWB 8:69 waarbij overigens haar rechtsoverwegingen onvolledig zijn en onderling tegenstrijdig.
- 4) Er is een zekere samenhang tussen dit beroepschrift en 3 andere beroepschri-

Hoger Beroep OvRAN tegen uitspraak Rechtbank Rotterdam d.d. 9-12-2010 pag.2

ten ten name van A.J. Boer, N. Plug en C.B.A. Spil, bij u bekend onder de procedu-
renummers AWB 09/381 S1, AWB 09/382 S1 en AWB 09/383 S1 en 1 beroepschrift
ten name van OvRAN onder nummer AWB 09/383 S1. Deze 4 beroepschriften
betreffen directe verenigingsdwang en uw uitspraak is inmiddels meerdere malen
uitgesteld. Het onderhavige beroepschrift betreft een van de vele vormen van in-
directe verenigingsdwang uitgeoefend door de overheid.

Rechtsgronden

- 5) In het navolgende zal het volgende worden betoogd:
- A.** Het besluit wel of geen uitvoering te geven aan art. 28 WTA, is een appellabel en ontvankelijk besluit in de zin van de AWB en geen algemeen verbindend voorschrift (avv).
 - B.** Europees recht verplicht de nationale rechter maatregelen te treffen bij overtreding gemeenschapsrecht.
 - C.** Exceptieve toetsing vereist onmiddellijke toepassing.
 - E.** Slotsom samenvattend de rechtsgronden, waarin de Rechtbank niet trad.

A. Appellabel en ontvankelijk besluit in de zin van AWB 8:2

- 6) In ro 2.2.2 stelt de Rechtbank in de 2e alinea dat *“Anders dan OvRAN stelt, is een algemene maatregel van bestuur zoals bedoeld in art. 28 WTA per definitie aan te merken als een algemeen verbindend voorschrift als bedoeld in artikel 8:2 aanhef onder a van de AWB. Onmiskenbaar is sprake van wetgeving in materiële zin. De rechtspraak waarop OvRAN zich beroept heeft geen betrekking op een dergelijke algemene maatregel van bestuur maar ziet op concretiserende besluiten van algemene strekking en uitvoeringsbeschikkingen.”*
- 7) In ro 2.2.2 in de 1e alinea citeert de Rechtbank OvRAN onjuist omdat OvRAN als reden waarom de AMvB in art. 28 WTA niet kwalificeert als avv in de zin van AWB 8:2 slechts gesteld zou hebben volgens de Rechtbank: *“omdat iedere zelfstandige normstelling ontbreekt”*. OvRAN daarentegen citeerde onder punt 1-3 van haar uitvoerige pleitaantekeningen van 28 juni 2010 de 3 uitzonderingen op avv's in de zin van AWB 8:2 als volgt: *“Ook in art. 28 WTA ontbreekt a. een zelfstandige normstelling waardoor b. het voorschrift zich niet leent voor herhaalde toepassing. Nu beide elementen ontbreken en art. 28 zonder normstelling c. alleen in individuele gevallen toepasbaar is, moet de conclusie derhalve luiden dat de AMvB genoemd in art. 28 alleen een beschikking kan zijn.”* Nu deze 3 elementen ieder afzonderlijk ontbreken, kan derhalve de AMvB als bedoeld in art. 28 WTA geen avv zijn in de zin van AWB 8:2. Dit conform de heersende leer en jurisprudentie^{1 2 3}.

¹ Geciteerd in beroepschrift:

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 Prof.mr. J.F. van Ommeren, "Concretiserende besluiten van algemene strekking", *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, 2008 p.4/5.

² Geciteerd in uitvoerige pleitaantekeningen van 28 juni 2010 onder punt 1:

LJN AA5105 ABRS 28 februari 2000, H01.99.0101.

³ Geciteerd in uitvoerige pleitaantekeningen van 28 juni 2010 onder punt 3:

LJN: AO0311, Raad van State, 200300668/1 Datum uitspraak: 17-12-2003

LJN: BL3711, Rechtbank Almelo Datum uitspraak: 10-02-2010

LJN: BJ8268, Raad van State, 200900583/1/M1, Datum uitspraak: woensdag 23 september 2009

Hoger Beroep OvRAN tegen uitspraak Rechtbank Rotterdam d.d. 9-12-2010 pag.3

De jurisprudentie⁴ hanteert ook wel inhoudelijk vergelijkbare criteria voor een avv.

8) Met haar oordeel onder ro. 2.2.2 in de 2e alinea dat “*Onmiskenaar sprake is van wetgeving in materiële zin*” gaat de Rechtbank zonder enige motivatie derhalve geheel voorbij aan de heersende leer dat iedere avv die voldoet aan een van de 3 genoemde criteria a, b of c, of waar een zelfstandige normstelling met een abstract karakter ontbreekt, getoetst kan en moet worden op rechtmatigheid.

9) Vervolgens stelt de Rechtbank onder ro. 2.2.2 in de 2e alinea dat “*De rechtspraak waarop OvRAN zich beroept, heeft geen betrekking op een dergelijke algemene maatregel van bestuur.*” Het is juist dat in de geciteerde jurisprudentie geen Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) voorkwam. Dat maakt de geciteerde jurisprudentie echter niet minder relevant. De gebruikte criteria voor een avv beoordelen immers niet op de vorm en wijze waarin avv's tot stand komen maar op de inhoud en werking. Overigens heeft wel degelijk rechterlijke toetsing plaatsgevonden van AMvB's. Zie voorbeelden in voetnoot⁵. Deze niet exclusieve voorbeelden waren alleen niet in de stukken opgenomen omdat het criterium AMvB als zodanig irrelevant leek. Uit deze voorbeelden blijkt dat ook AmvB's op dezelfde wijze worden getoetst als alle andere avv's op de 3 genoemde criteria a, b of c resp. het aanwezig zijn van een zelfstandige normstelling met een abstract karakter.

10) Voornoemde 3 punten maken de redeneringen van de Rechtbank onder ro 2.2.2 onbegrijpelijk. Die redeneringen vinden ook geen steun in jurisprudentie en/of literatuur.

B. Europees recht verplicht de nationale rechter maatregelen te treffen bij overtreding gemeenschapsrecht.

11) Dezelfde conclusie valt te trekken inzake de redenering van de Rechtbank onder ro 2.2.4 in de eerste alinea. De stelling van de Rechtbank dat Europees recht “*geen bevoegdheid kan creëren voor de bestuursrechter om art. 8:2. onder aanhef en onder a, van de AWB buiten toepassing te verklaren*”, vindt geen enkele steun in de Europese regelgeving. Hieronder zal worden aangetoond dat Europese regelgeving de rechter zelfs verplicht een dergelijke regel buiten toepassing te laten.

12) Het is constante EU jurisprudentie sinds 1990 toen het Hof van Justitie EU (HvJ) in de casus Factortame (zaak C-213/89, 19 juni 1990) over de verplichtingen van nationale rechters bij schending van gemeenschapsrecht verklaarde: “*Het gemeenschapsrecht moet aldus worden uitgelegd, dat de nationale rechter die in een bij hem aanhangig geding betreffende het gemeenschapsrecht van oordeel is dat het enige wat hem belet voorlopige maatregelen te gelasten, een regel van nationaal recht is, die regel buiten toepassing moet laten.*” Dit

⁴LJN: AF3256, Rechtbank A'dam, datum uitspraak 20-12-2002: “*zelfstandige normstelling met een abstract karakter*”; LJN: AF0388, CBB, datum uitspraak 04-10-2002: “*abstracte en zelfstandige normstelling*”; LJN: AB3018, CBB, datum uitspraak 13-07-2001: “*samenstel van algemene, abstracte regels die zich voor herhaalde toepassing lenen*”; LJN: BB8192, CBB, datum uitspraak 01-11-2007: “*In de jurisprudentie is voorts als kenmerk van een algemeen verbindend voorschrift aanvaard dat daarin een zelfstandige normstelling wordt gegeven en het voorschrift zich leent voor herhaalde toepassing (zie LJN AA5105 en LJN BA7163).*”

Zie ook: “*Tekst & commentaar Algemene wet bestuursrecht*”, pag. 512, 6e druk, P.J.J. Buuren, T.C. Borman voor overzicht

⁵ LJN: AR4608, Raad van State, datum uitspraak: 27-10-2004;

LJN: AD9458, CBB, datum uitspraak: 11-02-2002.

NOOT: Let op de woorden: “Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur”, de gebruikelijke afkondiging bij KB en het feitelijk gebruik van de term Besluit voor een Algemene Maatregel van Bestuur (AmvB).

Hoger Beroep OvRAN tegen uitspraak Rechtbank Rotterdam d.d. 9-12-2010 pag.4

is duidelijke taal en sindsdien meermaals herhaald.

13) In de verkorte pleitaantekeningen van OvRAN van 15 november 2010 werd bijv. het volgende meer recente oordeel van het HvJ (21 juni 2007 Jonkman e.a. -C-231/06, C-232/06 en C-233/06-) opgevoerd: "*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. Op leden van de benadeelde groep dient hij dezelfde regeling toe te passen als op leden van de andere groep.*" Ook dit is duidelijke taal en niet voor tweeërlei uitleg vatbaar.

14) Voornoemde 3 punten maken duidelijk dat, ook al zou de redenering van de Rechtbank onder ro 2.2.2 stand houden naar regels van nationaal recht, deze redenering faalt wegens strijdigheid met hogere regelgeving. Het is daarom onbegrijpelijk dat de Rechtbank onder ro 2.2.4 in de laatste volzin zelfs opmerkt dat het beroep van OvRAN op deze Europese arresten haar oordeel: "*niet anders maakt*".

C. Exceptieve toetsing vereist onmiddellijke toepassing

15) Onder ro 2.2.4 in de tweede alinea overweegt de Rechtbank dat "*het niet onmogelijk of uiterst moeilijk is om effectieve rechtsbescherming in te roepen op het vlak van vereniging en/of het discriminatieverbod.*" Deze rechtsoverweging onder 2.2.4 in de tweede alinea is onjuist om meerdere redenen.

16) Allereerst de door de Rechtbank aanbevolen gang naar de civiele rechter teneinde een verklaring voor recht te verkrijgen ter zake van de onverbindendheid van algemeen verbindende voorschriften. Vast staat dat een dergelijke verklaring voor recht van een civiele rechter met onverbindendheid van die regelgeving als gevolg, zelfs bij benadering niet hetzelfde is als een dwingende aanwijzing van de bestuursrechter de regelgeving specifiek aan te passen op slechts enkele tegenstrijdigheden met gemeenschapsrecht. De gevolgen van het onverbindend verklaren van een groot aantal samenhangende wettelijke voorschriften voor accountants, waar sprake is van verenigingsdwang en discriminatie, betekenen bovendien een dermate grote ingreep in het maatschappelijke verkeer dat alleen een zeer moedig rechter bereid zal zijn dergelijke zware ingrepen te aanvaarden. Deze zullen immers als buiten proportioneel worden bestempeld, nu bestuursrechtelijk dit doel ook met betrekkelijk eenvoudige bestaande middelen kan worden bereikt.

17) Bovendien zijn meerdere civielrechtelijke wegen reeds beproefd ter zake van slechts één regeling, de beroepscode van accountants VGC. Het enige gevolg van het toen in kort geding gevorderde onverbindend verklaren van de VGC was dat de oude beroepscode weer tijdelijk zou herleven. Desalniettemin, zoals opgemerkt onder punt 2, hebben deze pogingen niet tot enig resultaat geleid met als hoogtepunt de HR, die zich via 81 RO distantieerde van de onderhavige problematiek. In een bodemprocedure over merkrecht liet de rechtbank Amsterdam zich over deze schendingen van hogere Europese regelgeving zich überhaupt niet uit.

18) Over het vraagstuk wanneer bestuurlijke rechtsoordelen appellabele besluiten worden, is veel literatuur en jurisprudentie aanwezig. De auteurs P.J.J. van Buuren en

Hoger Beroep OvRAN tegen uitspraak Rechtbank Rotterdam d.d. 9-12-2010 pag.5

J.E.M. Polak⁶ bijv. vatten de terughoudende jurisprudentie van CBB tot 2003 als volgt samen: “Een rechtsoordeel kan alleen dan afzonderlijk aangevochten worden wanneer een alternatieve rechtsbeschermingsroute onredelijk bezwarend (belastend) is. De door de Rechtbank aanbevolen gang naar de civiele rechter via een verklaring voor recht is in ieder geval kostbaar en langdurig en lost slechts het deelprobleem van indirecte verenigingsdwang via art. 28 WTA mogelijk op. Dit leidt tot de conclusie dat deze onder ro 2.2.4 in de tweede alinea aanbevolen alternatieve rechtsbeschermingsroute via een civielrechtelijke verklaring voor recht onredelijk bezwarend (belastend) lijkt.

19) Mogelijk onder invloed van EHRM-jurisprudentie over art. 13 EVRM, valt echter in latere jurisprudentie van CBB een ruimere opvatting af te leiden. Een rechtsoordeel is “een besluit indien de overwegingen uit het besluit ... op rechtsgevolg zijn gericht of deze overwegingen een definitief rechtsoordeel inhouden”⁷. Een rechtsoordeel is een besluit mits “appellanten een procesbelang hebben bij een beoordeling van hun inhoudelijke bezwaren”⁸. Op grond van uw latere ruimere jurisprudentie na 2003 is zeker sprake van een ontvankelijk besluit. Procesbelang, rechtsgevolg, inhoudelijke bezwaren en een definitief rechtsoordeel zijn voldoende criteria waardoor een rechtsoordeel kwalificeert als bestuursbesluit. Op grond van deze latere ruimere jurisprudentie na 2003 is zeker sprake van een ontvankelijk besluit, want hangt onmiddellijk samen met het oordeel van de Rechtbank dat art. 28 WTA kwalificeert als een avv onder AWB 8:2 en heeft ook rechtsgevolg. Ook op deze grond kan ro 2.2.4 in de tweede alinea niet standhouden.

20) Ook oordeelt de Rechtbank dat OvRAN via een zogenoemde exceptieve toetsing bestuurlijk de verbindendheid van wettelijke voorschriften aan de orde kan stellen. Het is juist dat zelfs avv's wegens onverbindendheid buiten toepassing dienen te worden gelaten indien de voorschriften in strijd komen met de wet in formele zin, of met enige andere geschreven of ongeschreven rechtsnorm zoals hier het geval is. Het concrete realiteitsgehalte daarvan moet echter vooraleerst nog beproefd worden. Uw college maakte immers recentelijk⁹ weer duidelijk dat “Vooropgesteld moet worden dat bij de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften, gelet op de ruimte die de regelgever – en verweerder op grond van – ter zake toekomt, terughoudendheid moet worden betracht.” Deze overweging komt deels terug in de beperkte beschikbare jurisprudentie ter zake¹⁰.

21) Het is de verplichting van de bestuursrechter uit hoofde van AWB 8:69 de rechtsgronden aan te vullen om de rechtmatigheid van een (weigering tot besluit) te beoordelen. Het had dus primair op de weg van de Rechtbank gelegen deze exceptieve toetsing zelf en wel onmiddellijk uit te oefenen, voor zover OvRAN daar zelf geen rechtstreeks beroep op zou hebben gedaan. Deze verplichting voor de bestuursrechter zelf in voorkomende gevallen avv's exceptief te toetsen lijkt ook te worden ondersteund

⁶ AB klassiek: standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw geannoteerd

⁷ LJN: AU8621, CBB d.d. 21-12-2005

⁸ LJN: BG8958, CBB d.d. 30-12-2008

⁹ LJN: BL3965, CBB, datum uitspraak 17-12-2009

¹⁰ LJN: BC6324, CBB datum uitspraak 12-03-2008; LJN: AO7734, CBB datum uitspraak 29-03-2004; LJN: BK3655, RvS datum uitspraak 18-11-2009; LJN: BA2480, CrvB datum uitspraak 05-04-2007 (met verwijzingen naar CRvB 8 april 1999, LJN: AN6034, zie ook: CRvB 24 februari 2005, LJN: AT2417; CRvB 6 november 2001, LJN: AD6379 en Hoge Raad 17 december 2004, LJN: AO9556); LJN: BN4442, Rechtbank Rotterdam, datum uitspraak 12-08-2010; LJN: BL1832, RvS datum uitspraak 03-02-2010; LJN: BL8500, Rechtbank Rotterdam datum uitspraak 18-03-2010; LJN: BM9470, CBB datum uitspraak 29-06-2010; LJN: BH3017, CBB datum uitspraak 29-01-2009; LJN: BH2629, CBB datum uitspraak 14-01-2009; LJN: BG5280, Voorzieningenrechter CBB datum uitspraak 25-11-2008; LJN: BG5283, Voorzieningenrechter CBB datum uitspraak 25-11-2008; LJN: AF2577, Rechtbank Rotterdam, datum uitspraak 29-11-2002

Hoger Beroep OvRAN tegen uitspraak Rechtbank Rotterdam d.d. 9-12-2010 pag.6

door uw College in onderstaande uitspraken¹¹. In zoverre is de uitspraak van de Rechtbank in strijd met het recht, althans onvoldoende gemotiveerd en/of onderling tegenstrijdig. Voor zover alsnog een formeel en specifiek rechtstreeks beroep op exceptieve toetsing noodzakelijk is voor toepassing daarvan, wordt hier bij deze een beroep op gedaan.

22) Voornoemde 5 punten maken duidelijk dat ook zal zou de redenering van de Rechtbank onder ro 2.2.4 in de tweede alinea door uw college worden ondersteund zonder zelf inhoudelijke exceptief te toetsen, strijdigheid ontstaat met art. 13 EVRM zoals eerder betoogd. Effectief rechtsmiddelen ontbreken omdat naast art. 28 WTA talrijke andere soortgelijke schendingen van gemeenschapsrecht zich uitstrekken over een groot aantal andere wetten en verordeningen op het gebied van accountancy.

D. Slotsom

23) Onder 2.2.5 van de uitspraak concludeert de Rechtbank dat het beroep ongegrond moet worden verklaard. In de processtukken zijn meerdere argumenten naar voren gebracht, zowel formeel als materieel, die de Rechtbank ten onrechte niet meer aanroert. In herinnering zij het volgende gebracht.

24) De parlementaire geschiedenis en de tekst van art. 28 WTA maakt duidelijk dat hier alleen sprake is van steeds individuele te beoordelen toelatingen, zodat de eerder genoemde criteria 3 genoemde criteria a, b of c voor een avv resp. het aanwezig zijn van een zelfstandige normstelling met een abstract karakter ontbrak. Dit met de duidelijke bedoeling concurrentie op de markt te brengen en mogelijk te maken.

25) Strijd met Europese regelgeving zoals: a. verbod op directe verenigingsdwang, b. verboden onderscheid naar nationaliteit, c. aantasting van eigendomsrechten. Mede via art. 28 WTA blijven deze strijdigheden bestaan.

26) Indirecte verenigingsdwang, zoals uitvoerig aangetoond in het beroepschrift en de pleitaantekeningen en door Minfin slechts bestreden met het argument dat dit bij publiekrechtelijke organisaties geoorloofd zou zijn.

27) Strijd met art. 13 EVRM zoals hiervoor en in het beroepschrift en de pleitaantekeningen uiteengezet.

28) Op alle voornoemde gronden kan de uitspraak van de Rechtbank van 9 december 2010 om het verzoek van OvRAN van 21-1-2010 niet-ontvankelijk te verklaren, niet stand houden.

29) Uw college kan de zaak zelf afdoen nu Minfin 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

¹¹ LJN: BN3056, CBB datum uitspraak 02-08-2010; LJN: BH3020, CBB datum uitspraak 29-01-2009; LJN: BH2992, CBB datum uitspraak 29-01-2009; LJN: AN8167, CBB datum uitspraak 08-10-2003;

Hoger Beroep OvRAN tegen uitspraak Rechtbank Rotterdam d.d. 9-12-2010 pag.7
uitzondering in art. 28 WTA van toepassing wordt verklaard op leden van OvRAN.

30) Om redenen van procesefficiency is in deze procedure eerder afgezien van een vordering tot schadevergoeding.

Conclusie

Op grond van bovenstaande verzoekt appellant uw College om de bestreden uitspraak te vernietigen en:

Primair: zelf in de zaak te voorzien door het primaire besluit van 18 december 2009 te vernietigen en Minfin 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 'voorhang-procedure' 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.

Subsidiair: Minfin een termijn te stellen waarbinnen met inachtneming van de uitspraak opnieuw op het bezwaar moet worden besloten;

een en ander met veroordeling van Minfin in de proceskosten van appellant, waaronder begrepen de griffierechten.

Datum 29-12-2010