
HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Zitting: 16 januari 2009

Rolnr: C08/01907

SCHRIFTELIJKE TOELICHTING

van Mrs M. Ynzonides en C.S. Avendaño Canto

inzake:

de publiekrechtelijke beroepsorganisatie

**KONINKLIJK NEDERLANDS INSTITUUT VAN
REGISTERACCOUNTANTS,**

gevestigd te Amsterdam,

verweerder in cassatie,

advocaat bij de Hoge Raad: Mr R.A.A. Duk

behandelend advocaten: M. Ynzonides en

C.S. Avendaño Canto

tegen:

1. de stichting

STICHTING WAKKERE ACCOUNTANT,

statutair gevestigd en kantoorhoudende te

Wassenaar, en

2. de heer **CORNELIUS BERNARDUS ANTONIUS**

SPIJL,

wonende te Helvoirt, gemeente Haaren,

eisers in cassatie,

advocaat: Mr R. Menschaert

I. Inleiding

Achtergrond

1. De voorliggende zaak betreft een geschil tussen de Stichting Wakkere Accountant (“**SWA**”) en de heer Mr Drs. Cornelius Bernardus Antonius Spil RA (“**Spil**”), beiden gezamenlijk aangeduid als “**SWA c.s.**”, enerzijds, en het Koninklijk Nederlands Instituut van Registeraccountants (“**Nivra**”) anderzijds, naar aanleiding van de op 14 december 2006 door de ledenvergadering van Nivra aangenomen en op 1 januari 2007 in werking getreden Verordening Gedragscode voor registeraccountants (de “**VGC**”).
2. De VGC – opvolger van de Verordening Gedrags- en beroepsregels Registeraccountants 1994 (“GBR”) – is totstandgekomen tegen de achtergrond van (onder meer) de invoering van de Wet Toezicht Accountantsorganisaties en de Code of Ethics for Professional Accountants van de International Federation of Accountants (“IFAC”). Nivra is, op grond van zijn lidmaatschap van de IFAC, tot op zekere hoogte verplicht de standaarden van de IFAC – waaronder de Code of Ethics – in zijn eigen regelgeving te implementeren. Met de vaststelling van de VGC door de ledenvergadering van Nivra werd hieraan voldaan.
3. SWA c.s. menen dat de vaststelling van de VGC onregelmatig is verlopen. Voorts hebben SWA c.s. inhoudelijke bedenkingen tegen de VGC. Op grond hiervan hebben SWA c.s. Nivra in kort geding betrokken.
4. Nivra meent dat de VGC deugdelijk tot stand is gekomen en qua opzet en inhoud in overeenstemming is met de standaarden van de IFAC en andere en/of hogere wet- en regelgeving.

5. Zowel de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam (de “Voorzieningenrechter”) als het Gerechtshof te Amsterdam (het “Hof”) stelden Nivra in het gelijk.
6. SWA c.s. hebben op 16 april 2008 cassatieberoep tegen het Arrest ingesteld. Nivra heeft op 9 mei 2008 tot verwerping van het cassatieberoep geconcludeerd.
7. Reeds hier zij aangetekend dat deze zaak zich bij uitstek niet leent voor een procedure in cassatie. Het betreft hier immers een kort geding waarin het Hof de vorderingen nota bene heeft afgedaan op de gronden dat deze (i) té algemeen zijn geformuleerd, (ii) onvoldoende zijn toegelicht en (iii) zich niet lenen voor behandeling in kort geding. Reeds op eerste oog valt niet in te zien wat daarover in cassatie, gegeven de beperkingen van de cassatiegronden, valt te zeggen,. Dat verklaart mogelijk waarom SWA c.s. in cassatie een poging doen de inhoudelijke discussie nog eens dunnetjes over te doen. Daartoe leent de procedure in cassatie, gegeven de uitkomst bij het Hof, zich echter niet. Die discussie hoort hoogstens thuis in een bodemprocedure.
8. Die bodemprocedure wordt overigens al sedert de dagvaarding in eerste aanleg in het vooruitzicht gesteld. Tot heden is het daar bij SWA c.s. echter nog niet van gekomen. Tegen deze achtergrond moet men zich afvragen – mede gelet op de omstandigheid dat de bewuste VGC waar het SWA c.s. aanvankelijk om te doen was, inmiddels al lang en breed in werking is getreden – waarin het spoedeisend belang van SWA c.s. nu eigenlijk nog is gelegen. Nivra heeft zich in feitelijke instanties niet op dat verweer beroepen, maar de vraag dringt zich toch wel op.
9. Terzijde zij nog opgemerkt dat SWA inmiddels het initiatief heeft genomen tot de oprichting van een alternatieve accountantsvereniging. Dat heeft geleid tot de oprichting op 27 juni 2008 van de Nederlandse Orde van Register Adviseurs (NOvRA).

II. De vaststaande feiten

10. In r.ov. 3 van het Arrest verwijst het Hof naar de in r.ov. 2.1 tot en met 2.7 van het vonnis in kort geding van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 5 juli 2007 (het “Vonnis”) opgenomen feiten en neemt deze tot uitgangspunt.
11. In cassatie kan van een en ander worden uitgegaan.

III. Het wettelijke kader

12. Mede gelet op het feit dat SWA c.s. in eerste aanleg en in hoger beroep bepaald geen helder beeld hebben gegeven van het wettelijk kader waarbinnen het geschil moet worden beoordeeld, heeft Nivra in eerste aanleg als in hoger beroep bij Memorie van Antwoord een toelichtende notitie overgelegd¹. Nivra verwijst korthedshalve naar deze notitie voor een bespreking van het wettelijke kader.

IV. Inzet van deze procedure

13. SWA c.s. hebben bij inleidende dagvaarding van 31 mei 2007 Nivra in kort geding gedagvaard voor de Voorzieningenrechter en gevorderd:

“1. Het Nivra-Bestuur te gelasten dat zij in afwachting van de uitkomst van een bodemprocedure op straffe van een dwangsom van € 100.000,00 per dag, dat het te geven bevel niet zal worden nagekomen, de VGC en haar belangrijkste uitvoeringsbesluiten zoals de NVAK, de CTK en de verplichte VGC-cursussen voorshands niet van toepassing zal verklaren voor leden die geen wettelijke controles uitvoeren, althans de publicatie van de VGC in de Staatscourant zal tegenhouden totdat in de hoofdzaak zal zijn beslist.”

¹ Zie de notitie “Achtergronden bij het kort geding tussen de Stichting Wakkere Accountant c.s. en het Koninklijk Nederlands Instituut van Registeraccountants (KG 07/0996)”, door Nivra bij brief van 22 juni 2007 Het wettelijke kader ingediend ten behoeve van de zitting in kort geding van 25 juni 2007. Deze notitie is ook overgelegd als productie 3 bij memorie van antwoord.

2. Het Nivra-Bestuur te gelasten op straffe van een dwangsom van € 100.000,00 per overtreding van dit verbod om geen beroep te doen op enig artikel uit de WRA anders dan art. 8 en art. 19 WRA welk beroep zou kunnen verhinderen dat de ledenvergadering zelfstandig kan besluiten –ongeacht de mening van de voorzitter of een ingehuurde notaris- om moties c.q. verordeningen dan wel amendementen op bestaande verordeningen of nadere voorschriften in stemming te brengen.

3. Het Nivra-Bestuur te gelasten, op straffe van een dwangsom van € 100.000,00 per dag dat aan het te geven bevel geen uitvoering zal worden gegeven, dat wanneer meer dan 40 leden een vergadering bijeen willen roepen die leden te faciliteren als volgt:

a) dat die meer dan 40 leden gebruik mogen en kunnen maken van de NAW-gegevens van het ledenbestand van Nivra zodat met alle Nivra-leden een aantal keren zelfstandig gecommuniceerd zal kunnen worden, zowel per post als per e-mail, zonder inmenging van Nivra-zijde.

b) dat die meer dan 40 leden de beschikking zullen krijgen over een deel van de Nivra-website en wel middels een banner op de linker zijde van de Home-Page van Nivra en verder dat de door die meer dan 40 leden aangesneden onderwerpen zullen worden geregistreerd en behandeld als ieder ander onderwerp van aandacht, zonder nodeloze inhoudelijke en/of technische beperkingen van Nivra-zijde.

c) dat alle kosten van die meer dan 40 leden, verband houdende met het organiseren van extra buitengewone ledenvergaderingen, door Nivra voor haar rekening zullen worden genomen.²

14. Nivra heeft verweer gevoerd tegen de gevorderde voorzieningen.

² Zie Inleidende dagvaarding in kort geding, petitum (p. 13).

V. De rechterlijke oordelen in eerste aanleg en in hoger beroep

Eerste aanleg

15. De Voorzieningenrechter heeft in zijn Vonnis alle door SWA c.s. gevorderde voorzieningen afgewezen. Daartoe heeft de Voorzieningenrechter onder meer overwogen dat:
- (i) niet geconcludeerd kan worden dat de meerderheidsstemming terzake van de VGC op oneigenlijke wijze tot stand zou zijn gekomen (r.ov. 4.2),
 - (ii) dat anders dan SWA c.s. stellen, geenszins uit de toepasselijke wet- en regelgeving volgt dat de ledenvergadering een recht van initiatief toekomt (r.o.v 4.3),
 - (iii) dat voorshands hieruit volgt dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat Nivra in strijd zou hebben gehandeld met algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dat niet aannemelijk is geworden dat de VGC in strijd zou zijn met andere wet- en regelgeving (r.ov. 4.4),
 - (iv) dat voorshands ook onvoldoende aannemelijk is dat de bodemrechter zal oordelen dat de besluitvorming over de VGC niet rechtsgeldig is verlopen, zodat de vordering van SWA c.s. om de VGC buiten toepassing te laten in kort geding niet toewijsbaar is (r.ov. 4.5),
 - (v) dat de vordering om Nivra te gelasten de publicatie van de VGC in het Staatscourant tegen te houden geen bespreking meer behoeft, daar de VGC reeds vóórdat SWA c.s. het kort geding entameerden in de Staatscourant was geplaatst (r.ov. 4.6),
 - (vi) dat de vordering onder 2 van het petitum vanwege zijn algemene strekking niet toewijsbaar is (r.ov. 4.7),
 - (vii) en tenslotte dat SWA c.s. geen belang (meer) hebben bij de vordering onder 3a van het petitum en dat er geen grond is om de vorderingen onder 3b en 3c van het petitum toe te wijzen.

Hoger beroep

Vorderingen in hoger beroep

16. SWA c.s. hebben bij exploit van 26 juli 2007 Nivra in appèl gedagvaard en, na wijziging van eis, gevorderd (de vorderingen worden hier letterlijk geciteerd om Uw Raad duidelijk te maken dat en waarom het Hof heeft geoordeeld zoals het heeft gedaan):

“1. Het Nivra te veroordelen om –in afwachting van een bodemprocedure– de VGC en haar belangrijkste uitvoeringsbesluiten zoals de NVAK, de CTK en de verplichte VGC-cursussen voorshands niet van toepassing te verklaren op de leden die geen wettelijke controles uitvoeren totdat in de hoofdzaak zal zijn zodat gedurende die periode voor die leden de voorheen geldende gedragscode van toepassing blijft, een en ander op straffe van een dwangsom van Euro 100.000,00 per dag dat in gebreke wordt gebleven.

2. Het Nivra te verbieden om te verhinderen dat de ledenvergadering zelfstandig kan en zal besluiten om moties en verordeningen of amendementen op bestaande verordeningen of nadere voorschriften in stemming te brengen, eveneens op straffe van een dwangsom van Euro 100.000,00 per dag dat in gebreke wordt gebleven dan wel subsidiair

2.a Het Nivra te veroordelen op straffe van een dwangsom van Euro 100.000,00 per dag dat in gebreke wordt gebleven om alle opgegeven te behandelen punten van een ledenvergadering opgeroepen conform artikel 8 van de Wet op de Registeraccountants door meer dan 40 leden van de Orde en voorzien van schriftelijk vastliggende handtekeningen, als agendapunten op die ledenvergadering te behandelen en daarover te laten stemmen, dit ongeacht een eventueel andersluidend advies van een aanwezige notaris, ongeacht de vraag of op dat moment naar de mening van het Nivra-Bestuur nog niet voldaan zou zijn aan alle vereisten van art. 19a lid 1 of 2 van de Wet op de Registeraccountants en ongeacht de vraag

of het betreffende agendapunt gegoten is in de vorm van een motie, concept- of ontwerp verordening dan wel amendement op bestaande -, concept- of ontwerp verordening daarbij inbegrepen amendementen of moties die een bestaande -, concept- of ontwerp verordening volledig vervangen.

2.b. Het Nivra te veroordelen op straffe van een dwangsom van Euro 100.000,00 per dag dat in gebreke wordt gebleven om alle besluiten welke door een meerderheid van de ledenvergadering zijn genomen, uit te voeren daaronder begrepen de verplichting tot plaatsing als ontwerp verordening c.q. als ministerieel goedgekeurde verordening in de Staatscourant voorzover de wet dit vereist, dit ongeacht het advies van een aanwezige notaris, ongeacht de vraag of op dat moment naar de mening van het Nivra-Bestuur nog niet voldaan zou zijn aan alle vereisten van art. 19a lid 1 of 2 van de Wet op de Registeraccountants en ongeacht de vraag of het betreffende agendapunt gegoten is in de vorm van een motie, concept- of ontwerp verordening dan wel amendement op bestaande -, concept- of ontwerp verordening daarbij inbegrepen amendementen of moties die een bestaande -, concept- of ontwerp verordening volledig vervangen.

3. Het Nivra te veroordelen, op straffe van een dwangsom van 100.000,00 Euro per dag dat aan deze veroordeling geen gevolg zal worden gegeven, wanneer meer dan 40 leden een vergadering bijeen willen roepen of bijeen roepen die leden te faciliteren als volgt:

a) dat die meer dan 40 leden gebruik mogen en kunnen maken van de NAW-gegevens van het ledenbestand van Nivra zodat via Nivra met alle Nivra-leden een aantal keren zelfstandig gecommuniceerd zal kunnen worden, zowel per post als per e-mail, zonder inmenging van Nivra-zijde.

b) dat die meer dan 40 leden de beschikking zullen krijgen over een deel van de Nivra-website en wel middels de bij alle ledenvergaderingen gebruikelijke banner of hyperlink op de linker zijde van de Home-Page van Nivra en verder dat de door die meer dan 40 leden aangesneden onderwerpen zullen worden geregistreerd en behandeld als ieder ander onderwerp

van aandacht, zonder nodeloze inhoudelijke en/of technische beperkingen van Nivra-zijde.

c) dat alle kosten van die meer dan 40 leden, verband houdende met het organiseren van een extra buitengewone ledenvergadering, door Nivra voor haar rekening zullen worden genomen.

d) en tenslotte het Nivra te veroordelen in de kosten van beide instanties.”

Hof: vorderingen 2, 2a, 2b en 3: té algemeen geformuleerd

17. Ten aanzien van deze vorderingen van SWA c.s. in hoger beroep onder 2, 2a, 2b en 3 van het petitum overweegt het Hof (in r.ov. 4.1) dat de vorderingen zodanig algemeen geformuleerd zijn dat zij niet in kort geding kunnen worden toegewezen, zodat de Voorzieningenrechter deze vorderingen derhalve terecht heeft afgewezen. Het Hof voegt daaraan toe dat hetzelfde lot ook de vorderingen treft zoals in hoger beroep ingesteld.

Hof: vordering 1: nader onderzoek noodzakelijk, daarvoor geen plaats in kort geding

18. Ten aanzien van de vordering onder 1 in hoger beroep – waarmee SWA c.s. probeerden te bewerkstelligen dat de VGC en haar belangrijkste uitvoeringsbesluiten voorshands niet van toepassing werden verklaard totdat in de hoofdzaak werd beslist – overweegt het Hof (in r.ov. 4.2 t/m 4.4) kort gezegd dat SWA c.s. niet (voldoende) hebben kunnen toelichten waarom onjuist is de stelling van Nivra dat de VGC, noodzakelijk is voor de uitoefening van het beroep van registeraccountant en op grond waarvan de VGC niettemin mogelijke mededingingsbeperkende gevolgen zou hebben. Het Hof overweegt voorts dat, nu partijen van mening (blijven) verschillen over de betekenis en het effect van de VGC voor de onderscheiden categorieën van registeraccountants, nader onderzoek noodzakelijk is om dit te beoordelen. Voor zodanig onderzoek is in het onderhavige

kort geding geen plaats, zodat deze vordering reeds op die grond dient te worden afgewezen, aldus het Hof.

Obiter dicta

19. Ten slotte heeft het Hof (in r.ov. 4.5) nog enkele overwegingen ten overvloede gegeven.
20. Volgens het Hof moet enerzijds aan SWA c.s. worden toegegeven dat het erop lijkt dat Nivra procedureel tekort is geschoten, althans niet steeds adequaat heeft geopereerd en dat Nivra wellicht eerder had moeten voorzien dat de ledenvergadering wel degelijk het 'recht van initiatief' heeft mits de voorgeschreven procedure maar wordt gevolgd. Volgens het Hof moet anderzijds aan Nivra worden toegegeven dat het alternatieve, door SWA c.s. voorgedragen '0-amendement' op de VGC redelijkerwijs niet als een amendement in stemming behoefde te worden gebracht daar deze teveel afweek van het op tafel liggende ontwerp VGC en bovendien te laat was aangeleverd om te worden meegenomen in de ledenvergadering waarop de VGC was aangenomen. Het ontwerp had namelijk eerst in de Staatscourant moeten worden gepubliceerd. Aan dit alles koppelt het Hof vervolgens het oordeel dat er rekening mee moet worden gehouden dat van Nivra in de gegeven omstandigheden niet gevergd kon worden de voorgenomen behandeling van het gereed liggende ontwerp op te schorten tot een volgende vergadering in afwachting van de – onzekere – voorbereiding van een alternatief ontwerp.
21. Volgens het Hof zijn de overige klachten niet van dien aard en ernst dat deze ertoe nopen vooruit te lopen op het oordeel van de bodemrechter.

VI. De middelen falen

22. Het oordeel van het Hof berust, zoals hiervoor reeds is aangegeven, op – kort gezegd – drie pijlers: (i) de vorderingen van SWA c.s. in hoger beroep zijn té algemeen geformuleerd, (ii) de vorderingen van

SWA c.s. in hoger beroep zijn onvoldoende toegelicht, en (iii) de klachten van SWA c.s. lenen zich niet voor behandeling in kort geding.

23. Ten aanzien van (i) en (ii) geldt dat deze oordelen van het Hof feitelijk zijn en niet als onbegrijpelijk kunnen worden bestempeld. Het betreft hier de uitleg en waardering van de processtukken en die is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. Dat beide oordelen niet als onbegrijpelijk kunnen worden bestempeld, leert een eerste lezing van de processtukken van de kant van SWA c.s.
24. Ten aanzien van (iii) geldt dat het Hof eenvoudigweg toepassing heeft gegeven aan het bepaalde in artikel 256 Rv. Volgens vaste rechtspraak heeft de kort geding rechter (ook in hoger beroep en zelfs ambtshalve) een grote vrijheid om van de bevoegdheid als gegeven in artikel 256 Rv gebruik te maken. Van die vrijheid kan de kort geding rechter gebruik maken indien de zaak feitelijk en anderszins onvoldoende uit de verf is gekomen.³ Blijkens de slotalinea van zowel r.ov. 4.3 (op pagina 5 van het arrest) als r.ov. 4.4 (op pagina 6 van het arrest) meent het Hof dat daarvan sprake is. Tegen deze achtergrond geeft de toepassing van artikel 256 Rv geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat de toepassing van artikel 256 Rv door het Hof op de grond dat de zaak onvoldoende uit de verf is gekomen, niet als onbegrijpelijk kan worden bestempeld, leert wederom een eerste lezing van de processtukken van de kant van SWA c.s.
25. Bij het voorgaande dient, daar waar SWA c.s. zich in cassatie menen te moeten beklagen over de motivering door het Hof, nog bedacht te worden dat het hier een in kort geding gegeven oordeel betreft, aan de motivering waarvan volgens vaste rechtspraak bepaald minder hoge eisen mogen worden gesteld dan aan een oordeel in een bodemprocedure. Tegen deze achtergrond kunnen de oordelen van het Hof eens te meer niet als onbegrijpelijk worden bestempeld.
26. Hierop stuit het cassatieberoep van SWA c.s. reeds integraal af.

27. Deze conclusie geldt eens te meer gelet op de inhoud van de cassatiedagvaarding. De opmerking aan het slot van de korte inleiding dat “Nu deze procedure vooral gaat over zuiver juridische rechtsoordelen, is voorshands afgezien van bodemprocedures bij zowel Nivra als bij NovAA.” is wat dat betreft veelzeggend. Ook overigens valt eerlijk gezegd niet aanstonds in te zien welke link bestaat tussen enerzijds de onderwerpen genoemd in die korte inleiding en anderzijds het procesdossier in het algemeen en het bestreden arrest in het bijzonder.

Terzijde zij opgemerkt dat in de korte inleiding op pagina 3 maar ook elders (bijvoorbeeld in par. 5) in de cassatiedagvaarding met regelmaat wordt gerefereerd aan het Nivra als zijnde een zelfstandig bestuursorgaan in de zin van de AWB. Het Nivra wijst er op dat zij een publiekrechtelijke rechtspersoon is en als zodanig ook partij is in deze procedure. Het werkelijke geschil speelt zich echter af op het niveau van het bestuur en de ledenvergadering enerzijds en een groep individuele leden anderzijds.

28. Gelet op het voorgaande beperkt Nivra zich in het navolgende bij de weerspreking van de diverse middelen tot hetgeen in zijn ogen de kern van die middelen zou kunnen zijn. Daarbij is overigens eerst uitgezocht tegen welke oordelen die middelen zijn gericht. Nivra merkt ter inleiding nog op dat de diverse middelen de nodige overlap vertonen. Los van een enkele opmerking in het navolgende laat Nivra de preciese verhouding tussen de diverse middelen voor wat die is.
29. Middel 1 richt zich tegen hetgeen het Hof in r.ov. 4.5 heeft overwogen. Nu het hier, zoals gezegd, een overweging ten overvloede betreft, missen SWA c.s. belang bij deze klacht. Ook overigens kan dit middel niet slagen. Het lijkt erop alsof SWA c.s. het Hof verwijten te hebben miskend dat Nivra het ‘recht van initiatief’ zou hebben geschonden terwijl dit al schorsing van de VGC zou rechtvaardigen. Deze klacht mist feitelijke grondslag, aangezien het Hof in r.ov. 4.5, derde alinea (beginnende met “Anderzijds”) nu juist heeft overwogen dat zelfs indien de voorgestelde alternatieve gedragscode als een op basis van

³ Dat geldt eens te meer indien het spoedeisend belang van de eiser bij de gevraagde voorzieningen eigenlijk ver te zoeken is.

het 'recht van initiatief' uitgebracht voorstel zou zijn aangemerkt, dit voorstel dan toch te laat kwam om nog te worden meegenomen in een vergadering van 12 december 2006. Geenszins staat derhalve vast dat sprake is geweest van een schending van 'het recht van initiatief'.

SWA c.s. haken in dit middel 1 (en elders) aan bij de overweging van het Hof in r.ov. 4.5, tweede alinea, dat Nivra ter terechtzitting in hoger beroep heeft erkend dat de ledenvergadering wel degelijk het 'recht van initiatief' heeft. Die overweging is helaas een wel erg korte en in de ogen van Nivra niet geheel juiste samenvatting van het debat zoals dat ter zitting heeft plaatsgevonden. Tijdens dat debat is van de zijde van het Nivra nogmaals (in eerste aanleg was dat ook al gedaan⁴) gewezen op de mogelijkheden die leden onder voorwaarden reeds hadden, zoals het recht om een ledenvergadering uit te lokken, het recht om bedenkingen tegen een ontwerp-verordening in te dienen en om moties en amendementen in te dienen. Een correct en adequaat gebruikmaken van die mogelijkheden komt in de ogen van het Nivra feitelijk gezien heel dicht in de buurt van een soort van recht van initiatief. Van een recht van initiatief in formele zin is echter (nog steeds) geen sprake. Dat verklaart ook waarom (ook) het Hof het recht van initiatief tussen aanhalingstekens heeft geplaatst.

30. Middel 2 richt zich tegen de eerste alinea van r.ov. 4.5, zodat SWA c.s. ook bij deze klacht geen belang hebben nu die zich richt tegen een overweging ten overvloede. Daar komt bij dat hetgeen het Hof in die alinea overweegt, blijkens het gebruik van de zinsnede "dat het er op lijkt" niet kan worden aangemerkt als een eindbeslissing die zich leent voor aanvechting in cassatie. In een eventuele bodemprocedure zal zo nodig nader onderzoek op dit punt moeten plaatsvinden. In een dergelijke procedure zal Nivra dan ook nader toelichten waarom van

⁴ Het Hof suggereert in r.ov. 4.5 dat het Nivra deze erkenning eerst in hoger beroep ter zitting heeft gedaan. Dat is onjuist. Zie bijvoorbeeld de in noot 1 genoemde toelichtende notitie, par. 7, 11, 13 en 15. Zie voorts par. 16, 24, 43-46 en 48 van de pleitaantekeningen van Mr Van den Biggelaar in eerste aanleg. Wat van de zijde van het Nivra ter zitting in hoger beroep wel nieuw naar voren is gebracht, is (enkel) dat in 2007 de Verordening op de ledenvergadering is aangepast teneinde nog duidelijker te maken langs welke weg de leden inbreng kunnen hebben in het proces van besluitvorming dat uiteindelijk moet leiden tot de vaststelling van verordeningen van het Nivra. In dat verband is uitgelegd dat in die aangepaste verordening onder meer

procedureel tekortschieten geen sprake is geweest.

31. In de toelichting op middel 2 wordt gesteld dat procedureel tekortschieten een vormfout oplevert die schorsing dan wel zelfs vernietiging van het VGC-besluit zou rechtvaardigen. Daargelaten dat deze stelling feitelijke grondslag mist omdat procedureel tekortschieten geenszins is vastgeld, deze stelling geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Voor buitenwerkingstelling van een algemeen verbindend voorschrift (in dit geval de VGC) – waar de vorderingen van SWA c.s. naar de kern genomen op neerkomen – is vereist dat het desbetreffende algemeen verbindend voorschrift onmiskenbaar onverbindend is. Die situatie doet zich hier niet voor. Hetgeen SWA c.s. in de toelichting op dit middel nog opmerken over de artikelen 8:2 AWB, artikel 6:22 AWB, de artikelen 2:14-15 BW, de artikelen 3:11-15 BW, artikel 6:2 BW, artikel 6:8 BW, artikel 6:4 BW en artikel 6:162 BW laat Nivra verder voor wat het is.
32. Middel 3 richt zich tegen r.ov. 4.1 waarin het Hof heeft geoordeeld dat de door SWA c.s. aangevoerde kritiek niet de toewijzing in kort geding van zodanig algemeen geformuleerde vorderingen rechtvaardigt. SWA c.s. klagen erover dat het Hof de betekenis zou hebben miskend van hun onweersproken stellingen dat Nivra de vorderingen onder 2 en 3 wel degelijk feitelijk zou hebben erkend, maar wat betreft de vorderingen onder 3 op geen enkele wijze heeft willen meewerken aan toezeggingen, Nivra daarmee onrechtmatig handelde waardoor vordering 3 voor toewijzing in aanmerking komt. Ook deze klacht mist in de ogen van Nivra feitelijke grondslag.
33. SWA c.s. refereren in hun toelichting op middel 3 aan erkenning van vorderingen door Nivra. Daarvan is echter geen sprake geweest. Leest men de memorie van antwoord van Nivra en de daaropvolgende pleitnota in hoger beroep namens Nivra dan valt daarin te lezen dat Nivra in hoger beroep over de hele linie concludeert tot verwerping van de grieven en tot afwijzing van alle vorderingen. Dat partijen het op een bepaald punt eens (lijken te) zijn (SWA c.s. verwijzen naar par.

de vergaderorde is gespecificeerd teneinde het motierecht en het recht van amendement beter tot zijn recht te laten komen. Zie http://www.nivra.nl/Downloads/VERORDENING_LEDENVERGADERING_2008.pdf.

71 van de memorie van antwoord), impliceert geenszins dat een daaraan gerelateerde vordering ook voor toewijzing in aanmerking komt. Sterker nog, Nivra heeft in voornoemde par. 71 nu juist een beroep gedaan op het ontbreken van belang bij een rechterlijk oordeel op dat punt. Bovendien, ook al zou juist zijn de herhaalde stelling van SWA c.s. dat zij in feitelijke instanties bepaalde stellingen heeft ingenomen die onweersproken zouden zijn gebleven, dan nog laat dat onaangetast het oordeel van het Hof dat de door SWA c.s. aangevoerde kritiek, ook indien gegrond, niet de toewijzing in kort geding rechtvaardigt van zodanig algemeen geformuleerde vorderingen (lees: onder 2, 2a, 2b en 3). Voor het overige laat het middel zich bij gebreke van een verwijzing naar processtukken en over en weer ingenomen stellingen niet beoordelen. Dat Uw Raad, gelijk in par. 12 van de cassatiedagvaarding wordt betoogd, zou moeten oordelen over de rechtsvraag of overheden die toezeggingen niet nakomen onbehoorlijk bestuur plegen, lijkt in het licht van het bestreden arrest niet aan de orde.

34. Middel 4 richt zich wederom tegen r.ov. 4.1 en vertoont op eerste oog bepaald gelijkenis met de klacht van middel 3. Wat de meerwaarde van dit middel is, ziet Nivra niet in, anders dan dat SWA c.s. in de toelichting op dit middel 4 spreken over een buiten de grenzen van de rechtsstrijd treden door het Hof. Uit de reactie van Nivra op middel 3 blijkt dat daarvan geen sprake is. Hetgeen in par. 14 van de cassatiedagvaarding wordt aangevoerd over een groot en urgent belang van SWA bij haar vorderingen (Nivra: hoewel de VGC al lang en breed in werking is getreden), ziet eraan voorbij dat het Hof de zaak niet heeft afgedaan op het ontbreken van een dergelijk belang. In plaats daarvan heeft het Hof geoordeeld dat – kort gezegd – de desbetreffende vorderingen te algemeen zijn geformuleerd.
35. Ten slotte voeren SWA c.s. in het kader van middel 4 nog aan dat handhaving van het arrest iedere opvolgende rechtsgang voor SWA c.s. zou blokkeren. Niets is minder waar gegeven het oordeel van het Hof. Bovendien ziet SWA c.s. voorbij aan het bepaalde in artikel 257 Rv: beslissingen in kort geding brengen geen nadeel toe aan de bodemprocedure.

36. Voor middel 5, dat zich wederom richt tegen r.ov. 4.1, geldt mutatis mutandis hetgeen hiervoor naar aanleiding van middel 4 is opgemerkt. Nivra ziet wederom niet wat de meerwaarde van dit middel is ten opzichte van de eerdere middelen. Voorzover de toelichting melding maakt van nieuwe elementen (o.a. een verwijzing naar artikel 20 Rv en verwijzing naar jurisprudentie) is het Nivra niet duidelijk wat de link nu nog is met het bestreden arrest en het achterliggende procesdossier.
37. Middel 6 richt zich tegen het oordeel van het Hof in r.ov. 4.3. Aldaar oordeelt het Hof dat SWA c.s. niet (voldoende) hebben kunnen toelichten op grond waarvan onjuist is de stelling van Nivra dat de VGC noodzakelijk is voor de goede uitoefening van het beroep van registeraccountant en op grond waarvan niettemin mogelijke mededingingsbeperkende gevolgen zouden moeten meebrengen dat op voorhand moet worden vastgesteld dat de VGC daarom (in zoverre) onverbindend is.
38. De klacht luidt dat het Hof de bewijslast onjuist zou hebben verdeeld. Blijkens de toelichting menen SWA c.s. dat de bewijslast bij Nivra had moeten liggen omdat alleen 'de stelling' van Nivra zou worden omstreden. Deze klacht stoelt op een verkeerde lezing van het bestreden arrest. Het Hof heeft geoordeeld dat SWA c.s. onvoldoende duidelijk hebben gemaakt op grond waarvan mogelijke mededingingsbeperkende gevolgen zouden moeten meebrengen dat al op voorhand (lees: in dit kort geding⁵) moet worden vastgesteld dat de VGC daarom (in zoverre) onverbindend is. Daar knoopt het Hof dan expliciet aan vast dat de in grief 5 neergelegde mededingingsrechtelijke bezwaren van SWA c.s. falen. Anders gezegd, het Hof meent dat SWA c.s. op het punt van hun mededingingsrechtelijke bezwaren niet aan hun stelplicht hebben voldaan. Aan bewijslastverdeling komt het Hof niet toe. Dat de stelplicht op SWA c.s. rust, staat niet ter discussie. Ten overvloede zij dan nog erop gewezen dat de klacht eraan voorbij ziet dat de normale

⁵ SWA c.s. lijken niet te onderkennen dat het in kort geding terzijde stellen van een algemeen verbindend voorschrift (gelijk de VGC is), een zware maatregel zou zijn die niet snel zou kunnen worden getroffen. Zie ook par. 31 van deze toelichting.

bewijsregels in kort geding niet gelden.

39. Middel 7 richt zich wederom tegen r.ov. 4.5. Daarvoor geldt dus hetgeen eerder is opgemerkt over het ontbreken van belang. De klacht rept over een kennelijke vergissing van het Hof bij de vaststelling van de feiten. In zoverre past deze klacht niet in deze procedure in cassatie; voor kennelijke vergissingen geldt de route van artikel 31 Rv. Daarnaast wordt weliswaar geklaagd dat het Hof aan essentiële stellingen voorbij zou zijn gegaan, doch blijktens de toelichting menen SWA c.s. dat bepaalde oordelen van het Hof onjuist zouden zijn. Die klacht ziet eraan voorbij dat het hier feitelijke oordelen betreft die in cassatie niet op juistheid kunnen worden getoetst.
40. Middel 8 ontbreekt.
41. Middel 9 richt zich tegen de slotalinea van r.ov. 4.3 op pag. 5. SWA c.s. menen dat sprake is van schending van het recht. Het oordeel van het Hof luidt echter dat nader onderzoek nodig is terwijl dat onderzoek niet kan plaatsvinden in dit kort geding. Daarvoor geldt hetgeen hiervoor in par. 24 is opgemerkt. Daarop stuit dit middel integraal af. Voor zover blijktens de toelichting nog erover wordt geklaagd dat het Hof geen prejudiciële vragen heeft gesteld, zien SWA c.s. eraan voorbij dat daartoe in deze zaak bij deze wijze van afdoening door het Hof geen enkele aanleiding bestond. Nivra laat de verdere stellingname in de toelichting op dit middel (strijdigheid met achtereenvolgens artikel 14 Richtlijn 2006/43/EG, artikelen 39 en 43 EG-Verdrag, artikelen 25 en 26 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, artikel 1 etc. EVRM en m.n. artikelen 2.7 en 22 Richtlijn 2006/43/EG) noodgedwongen voor wat die is.

VII. Afronding

42. Nivra realiseert zich dat het voorgaande verweer grotendeels stoelt op formele aspecten, terwijl op tal van elementen in de cassatiedagvaarding niet wordt ingegaan. Dat laat zich echter

verklaren doordat Nivra er niets voor voelt om de inhoudelijke discussie in cassatie nog weer eens dunnetjes over te doen. De discussie in cassatie dient beperkt te blijven tot een debat op grond van duidelijke rechtsklachten dan wel motiveringsklachten met duidelijke verwijzingen naar de bestreden uitspraak en het achterliggende dossier. Daar waar dat niet mogelijk is, dient het beroep te stranden.

VIII. Conclusie

43. Op grond van het bovenstaande handhaaft Nivra de conclusie tot verwerping van het cassatieberoep met hoofdelijke veroordeling van SWA in de proceskosten.

Mr R.A.A. Duk
Advocaat

Deze zaak wordt behandeld door Mr M. Ynzonides en C. Avendaño, De Brauw Blackstone Westbroek N.V.,
Postbus 75084, 1070 AB Amsterdam, telefoon +31 88 888 1266, e-mail marc.ynzonides@debrauw.com