

**Betreft: Procedurenummer AWB 10/117 S1**  
**Zitting: 14 september 2010 (ochtendzitting 11.40 uur)**

## OvRAN versus het Ministerie van Financiën

Edelachtbaar College,

Het Ministerie van Financiën brengt vier argumenten naar voren waarom zij meent vast te moeten houden aan het besluit het verzoek van OvRAN niet in te willigen:

- A) het verzoek is niet ontvankelijk omdat verweerder niet bevoegd is het gevraagde besluit te nemen en het een zuiver rechtsoordeel betreft.
- B) er is geen aanleiding de wetgeving aan te passen aan hogere Europese regelgeving omdat geen strijdigheid bestaat.
- C) er bestaat geen strijdigheid met art. 13 EVRM omdat OvRAN ook andere wegen ten dienste staan om haar claim door de rechter te laten beoordelen.
- D) het besluit is voldoende gemotiveerd omdat het verzoek niet ontvankelijk is en onder B van het verweerschrift nu wordt uiteengezet waarom geen strijdigheid bestond met hogere regelgeving.

In het navolgende zal ik aantonen dat geen van deze argumenten valide is. Over het eerste argument, ontvankelijkheid, kan ik kort zijn. Het tweede argument, strijdigheid met Europees recht, zal iets meer tijd in beslag nemen. De verwijzing daarin naar een Raad van State (RvS) arrest uit 1999 maakt het noodzakelijk de recentere jurisprudentie van de RvS, het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Hof van Justitie EEG (HvJ) uitvoeriger uiteen te zetten dan in het beroepschrift. Het derde argument, geen strijd met art. 13 EVRM, kan relatief kort zijn en het vierde argument, voldoende gemotiveerd, nog korter.

Gemakshalve zal ik daarbij het Ministerie van Financiën conform het spraakgebruik aanduiden als Minfin. De Wet op de Registeraccountants als WRA en de praktisch identieke wet op de Accountants-Administratie Consulenten als WAA.

Om redenen van procesefficiency laat OvRAN in deze procedure de eis tot vergoeding van schade vervallen. Als gevolg van het door Minfin gevoerde verweer is ook het verzoek in beroep gewijzigd.

### **A. Niet ontvankelijk?**

1) Het verweer van Minfin interpreteert allereerst het verzoek om een uitleg te geven van een wettelijke regeling, als een verzoek om een bestuurlijk rechtsoordeel te geven en derhalve niet ontvankelijk. Deze interpretatie is onjuist op de volgende 2 gronden.

- Het gaat hier inhoudelijk om een verzoek tot bestuurlijk handelen, gericht op rechtsgevolg. Het gevraagde verzoek beperkt zich weliswaar tot een declaratoire uitlating omtrent de betekenis van art. 4.1 WRA/WAA gezien in het licht van hogere regelgeving. Dat verzoek is gericht op rechtsgevolg omdat een dergelijke uitlating de bestuurlijke consequenties heeft waartoe Minfin bevoegd is. In dit geval heeft een dergelijke uitlating immers het logische gevolg dat Minfin binnen haar bevoegdheid aanwijzingen geeft aan Nivra/NOvAA dan wel sommige verordeningen vernietigt en zondig een wetwijziging voorstelt. Omdat de WRA/WAA de mogelijkheid van een besluit tot bindende aanwijzing niet kent, is die weg uitgesloten. OvRAN's verzoek is daarom slechts een tussenschakel om de naleving van hogere Europese regelgeving bestuursrechtelijk af te dwingen. Het verzoek moet dan ook worden geïnterpreteerd als een verzoek aan Minfin om de maatregelen te nemen noodzakelijk om de regelgeving voor accountants in overeenstemming te brengen met hogere regelgeving. OvRAN meent dat Minfin gehouden is handhavend op te treden tegen Nivra wegens systematisch onjuiste toepassing van onder meer art. 4.1 WRA en Minfin heeft ten onrechte geweigerd handhavend op te treden. Andere wegen staan niet ter beschikking. Derhalve is sprake van een publiekrechtelijke rechtshandeling volgens een publiekrechtelijk bevoegdheid, schriftelijk genomen en gericht op rechtsgevolg.
- Over het vraagstuk wanneer bestuurlijke rechtsoordelen appellabele besluiten worden, is veel literatuur en jurisprudentie aanwezig. De auteurs P.J.J. van Buuren en J.E.M. Polak<sup>1</sup> 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.* Nivra lijkt onbevoegd verschillende strijdigheden met hogere regelgeving op te lossen want die volgen uit bestaande wet- en regelgeving. Minfin verklaart zich ook onbevoegd en spreekt daarom over rechtsoordelen. Als gevolg ontbreekt een alternatieve rechtsbeschermingsroute. Onder punt C.

<sup>1</sup> AB klassiek: standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw geannoteerd

art. 13 EVRM zal ik dit ontbreken van alternatieve rechtsbeschermingsroutes meer in detail toelichten.

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*”<sup>2</sup>. Een rechtsoordeel is een besluit mits “*appellanten een procesbelang hebben bij een beoordeling van hun inhoudelijke bezwaren*”<sup>3</sup>. Op grond van uw latere ruimere jurisprudentie na 2003 is zeker sprake van een besluit. Procesbelang, rechtsgevolg, inhoudelijke bezwaren en een definitief rechtsoordeel, volgens Minfin althans onder B, zijn al voldoende criteria waardoor een rechtsoordeel kwalificeert als ontvankelijk bestuursbesluit.

Op beide voornoemde gronden houdt het 1e verweer van Minfin dat sprake is van een zuiver rechtsoordeel geen stand.

2) Het volgende verweer onder A oppert dat Minfin niet bevoegd is het gevraagde rechtsgevolg (inschrijving) tot stand te brengen, dat zij geen beleidsregels kan opstellen en ook de wet niet kan aanpassen. Deze stelling is goeddeels onjuist.

Allereerst bepaald art. 27 lid 3 juncto art. 30 WRA dat bepaalde verordeningen de goedkeuring van de minister behoeven. Art. 31 is echter veel uitgebreider en zonder enigerlei beperking. Ik citeer: “*Verordeningen en andere beslissingen van de Orde kunnen bij koninklijk besluit worden vernietigd.*” In de WAA staan soortgelijke artikelen. Via deze machtspositie is Minfin volledig bevoegd bij KB ieder besluit van Nivra/NOvAA te vernietigen op de grond strijdigheid met hogere regelgeving. Alleen de dreiging van deze machtspositie is voldoende. Daarvoor is geen tussenkomst van de rechter noodzakelijk.

Ook het argument dat Minfin de wet niet kan aanpassen, is in strijd met de staande praktijk dat wetsvoorstellen door het bevoegde ministerie worden aangekaart bij het Parlement. Op dit moment is Minfin zelfs ijverig bezig een dergelijk wetsvoorstel door het Parlement te loodsen i.v.m. de voorgenomen fusie Nivra en NOvAA in een NBA.

Het is uiteraard juist dat Minfin zelf niet bevoegd is een inschrijving in het accountantsregister tot stand te brengen. Die bevoegdheid is voorbehouden aan Nivra en NOvAA. Het is om die reden dat in deze procedure alleen een uitlating van Minfin wordt gevorderd over de betekenis van art. 1 lid 4 WRA/WAA. Die uitlating werd noodzakelijk omdat in de gevoegde procedures tegen Nivra het verweer wordt gevoerd dat de wet verenigingsdwang en discriminatie voorschrijft. De juiste bestuurlijke procedure om de strijdigheid met hogere regelgeving op te heffen, blijft na deze uitlating uiteraard ter beoordeling van Minfin. Het verzoek moet dan ook worden geïnterpreteerd als een verzoek aan Minfin om de maatregelen te nemen noodzakelijk om de regelgeving voor accountants in overeenstemming te brengen met hogere regelgeving. Kortom een verzoek tot handhaving. Terzijde zij het volgende opgemerkt. Omdat Minfin oordeelt dat wetswijziging noodzakelijk is i.v.m. de fusie Nivra/NOvAA, heeft OvRAN wijzigingsvoorstellen ingediend op het voorliggende wetsvoorstel met hetzelfde doel als met deze procedure wordt beoogd.

3) Inzake Minfin's verweer inzake ontvankelijkheid, wijs ik voorts op het volgende. Het bestuursrecht handelt bij voorkeur over zo concreet mogelijke bestuursbesluiten inzake belanghebbenden. Bij schendingen van meerdere rechtsregels van Europees recht met een bevoegdheidsverdeling over meerdere publieke organen, meerdere wetten, meerdere belanghebbenden en talloze rechtsregels ter uitvoering daarvan, is het onmogelijk althans bezwaarlijk en belastend voor belanghebbende steeds concrete bestuursbesluiten uit te lokken van direct bevoegde organen over de verschillende vaak samenhangende overtredingen. Onder punt C. inzake art. 13 EVRM zal ik meer in detail toelichten waarom alternatieve rechtsbeschermingsroutes niet bestaan. Daarvoor moet de bestuursrechter de wetgevende rol invullen die Minfin weigert uit te voeren. Een dergelijke alternatieve rechtsbeschermingsroute is, zo niet onmogelijk, in ieder geval onredelijk bezwarend (belastend). Alleen bij Nivra kon een concreet besluit worden gevraagd. Bij Minfin wordt meer algemeen gevorderd handhavend op te treden en de regelgeving voor accountants in lijn te brengen met hogere regelgeving.

4) Om te vermijden op de stoel van de toezichthouder te gaan zitten, moet de vordering zodanig worden geformuleerd dat Minfin als toezichthouder, tevens verantwoordelijk voor deze complexe regelgevende en toezichthoudende taak, over een ruime beleidsvrijheid blijft beschikken inzake alle uitvoeringsmodaliteiten van handhaving. Vanwege die ruime beleidsvrijheid beperkte OvRAN's verzoek zich tot een uitlating. Minfin voert bij verweer nu voor het eerst in rechte aan dat de bestaande regelgeving voor accountants niet strijdig is met Europees recht. Tegelijk doet Minfin de gevraagde uitlating af als een

<sup>2</sup> LJN: AU8621, CBB d.d. 21-12-2005

<sup>3</sup> LJN: BG8958, CBB d.d. 30-12-2008

rechtsoordeel, geen besluit zijnde en buiten haar bevoegdheid. Als gevolg komt het wenselijk voor het verzoek in beroep aan te vullen met het verzoek dat Minfin handhavend optreedt door alle maatregelen binnen haar bevoegdheid te nemen om de regelgeving voor accountants te zuiveren voor alle in deze procedure aangetoonde strijdigheden met hogere regelgeving.

## B. Strijdig met hogere Europese regelgeving?

5) Op pagina 3 van het verweerschrift Minfin, stelt Minfin dat Europese regelgeving niet in de weg staat aan het reguleren van een sector door middel van publiekrechtelijke lichamen. Deze stelling kan moeilijk worden betwist. Inderdaad is Europese regelgeving die dit zou verbieden ook OvRAN niet bekend. Wel is algemeen bekende Europese jurisprudentie beschikbaar waaruit blijkt dat de rechtsvorm waarmee wordt gereguleerd, publiek- of privaatrechtelijk, irrelevant is voor de beoordeling van strijdigheid met Europese regelgeving. Dat is zowel het standpunt van het HvJ als EHRM. Dit is begrijpelijk. Ieder ander standpunt zou het lidstaten wel erg makkelijk maken, Europese regelgeving te ontwijken via publiekrechtelijke rechtsvormen. Dat het HvJ of EHRM daartoe zonodig meerdere autonome communautaire rechtsbegrippen creëert, kan Minfin toch niet onbekend zijn.

Minfin stelt desalniettemin vervolgens dat publiekrechtelijke organisaties niet vallen onder het begrip vereniging als bedoeld in art. 11 EVRM. Minfin ondersteunt dit betoog met een verwijzing naar een arrest van de Raad van State (RvS) d.d. 10-8-1999 J.C.J. Wouters c.s. vs. NOVA. Dit betoog dat publiekrechtelijke organisaties niet vallen onder het begrip vereniging als bedoeld in art. 11 EVRM, snijdt geen hout zoals hierna zal worden uitgelegd.

Allereerst zij in herinnering gebracht dat het beroepschrift onder het hoofd verbod op verenigingsdwang (punten 16-19) de laatste jurisprudentie bevat inzake verenigingsdwang bij publiekrechtelijke organisaties volgens EHRM. Het betreft de latere arresten Chassagnou versus de Franse Staat van 29 April 1999 alsmede Schneider versus de Luxemburgse Staat van 10 Juli 2007. Ook wordt het arrest RvS Huisarts versus Bakhoven uit januari 2008 toegelicht.

6) Minfin voert in haar verweerschrift alleen een ouder arrest op van de RvS d.d. 10-8-1999 dat J.C.J. Wouters samen met enkele grote accountantskantoren voerde tegen de Nederlandse Orde van Advocaten (NOVA). Dit betreft overigens slechts een tussenarrest over een door NOVA verboden samenwerking tussen advocaten en accountants. Het hoofdargument betrof concurrentievervalsing omdat NOVA indertijd dergelijke samenwerkingen verbood. Over het onderwerp concurrentievervalsing zijn indertijd diverse vragen gesteld aan het HvJ. De hamvraag daarbij was of publiekrechtelijke organisaties wel konden optreden als private ondernemingsverenigingen.

Als nevenargument is in 1999 ook art. 11 EVRM aan de orde geweest. De RvS heeft onder 2.8 van dit tussenarrest inderdaad geoordeeld dat de term vereniging in art. 11 EVRM en art 22. IVBP alleen betrekking heeft op een "private law organisation". Dit op grond van een veel ouder EHRM arrest uit 1981(La Compte, NJ 1982, 602). Gezien de datering van de gedingstukken heeft de RvS kennelijk geen kennis genomen van het EHRM arrest Chassagnou van 29 April 1999. Uit dat arrest Chassagnou blijkt duidelijk dat in beginsel ook een "public law organisation" valt onder art. 11 EVRM. Ook de RvS heeft dit argument in 2008 overgenomen blijkens het arrest Huisarts versus Bakhoven. Minfin kan daarom in gemoede niet volhouden dat dit tussenarrest RvS van 10-8-1999 nu nog maatgevend zou zijn voor de huidige inzichten inzake verenigingsdwang bij geheel andere organisaties zoals Nivra of NOvAA.

7) Overigens zijn op grond van dit tussenarrest RvS uit 1999 wel vragen gesteld aan het HvJ inzake concurrentievervalsing. Op 19 februari 2002 wees het HvJ vonnis en concludeerde rechtens dat NOVA inderdaad handelde als private ondernemingsvereniging ondanks haar publiekrechtelijke karakter. Onder rechtsoverweging 65 concludeerde het HvJ zelfs "Overigens is het van weinig belang dat de Nederlandse Orde van Advocaten een publiekrechtelijke instelling is." Daarnaast oordeelde het HvJ feitelijk dat in dit concrete geval geen sprake was van concurrentie belemmerende bepalingen in de zin van art. 81 EG, 82 EG en 86 EG. Als gevolg is deze procedure niet verder doorgezet door belanghebbenden. Uit voornoemde rechtsoverweging 65 HvJ dat het van "weinig belang is dat het gaat om een publiekrechtelijke instelling", valt wel af te leiden dat de rechtsoverweging onder 2.8 van het tussenarrest RvS uit 1999 dat art. 11 EVRM zich zou beperken tot "private law organisations" geen opgeld doet. Dit tussenarrest RvS uit 1999 over concurrentievervalsing dat Minfin als verweer aanvoert, lijkt dus via de uitleg van het HvJ vooral te bewijzen dat de stelling van Minfin dat verenigingsdwang bij publiekrechtelijke organisaties geoorloofd zou zijn, niet kan standhouden.

8) In het beroepschrift is het veel latere arrest RvS uit januari 2008 geciteerd over verenigingsdwang. Dit arrest, Huisarts-versus-Bakhoven, betrof een verplicht lidmaatschap van de arts Bakhoven bij een huisartsenvereniging. In dat arrest is de RvS een geheel andere koers gaan varen. Dit op grond van onder meer het nu wel bij de RvS bekende EHRM arrest Chassagnou. Het EHRM arrest Schneider uit juli 2007 tegen de Luxemburgse Staat, was in januari 2008 bij de RvS kennelijk nog niet bekend. Deze

huisartsenverenigingen of hagro's zijn, net als Nivra of NOvAA, professionele organisaties onder toezicht van de centrale overheid. In dit geval loopt het overheidstoezicht op grond van de Wet Beroepen Individuele Gezondheidszorg (BIG) via publiekrechtelijke organisaties zoals het College voor Huisartsgeneeskunde en Verpleeghuisgeneeskunde (CHVG) en de Huisartsen en verpleeghuisartsen Registratie Commissie (HVRC). De RvS concludeerde hier heel recent, ik citeer: “dat het begrip “vereniging” in artikel 11 EVRM een autonome betekenis toekomt, waarbij de aanduiding in het nationale recht van beperkte waarde is en slechts een vertrekpunt voor de beoordeling vormt.”

9) In deze recente uitspraak van januari 2008 geeft de RvS dus een veel beperktere interpretatie van de toelaatbaarheid van verenigingsdwang via professionele organisaties. Het overheidsargument dat deskundigheidsbevordering noodzakelijk is en dit lidmaatschap daarvoor een minimumwaarborg vormt en tot op zekere hoogte de kwaliteit van de werkzaamheden als huisarts waarborgt, werd verworpen want dat kan ook buiten een hagro. Op grond daarvan concludeerde de RvS dat de eis tot lidmaatschap niet evenredig is aan het daarmee nagestreefde doel en de daarvoor aangevoerde redenen niet relevant zijn en onvoldoende. Derhalve is volgens de RvS geen sprake van overtuigende en dwingende redenen die de beperking van de vrijheid van vereniging rechtvaardigen. Ook bij OvRAN bestaan waarborgen voor deskundigheidsbevordering en kwaliteit waardoor overtuigende en dwingende redenen ontbreken om de verenigingsvrijheid te beperken. Sterker nog, gezien het feit dat het toezicht op de wettelijke accountantscontrole en het tuchtrecht aan Nivra en NOvAA recentelijk is ontnomen, valt af te leiden dat ook Nivra en NOvAA momenteel feitelijk alleen handelen als “private law organisation”. Mede via Chassagnou en Schneider stond al vast dat de overheid via een publiekrechtelijke rechtsvorm zich niet kan onttrekken aan het verbod op verenigingsdwang. Gezien de recente bevestiging door de RvS dat verenigingsdwang alleen is geoorloofd bij overtuigende en dwingende redenen, ontbreken die zeker bij een “private law organisation”. De ontkenning van al deze jurisprudentie door Minfin is derhalve onbegrijpelijk.

10) In het eerder geciteerde EHRM arrest Chassagnou van 29 April 1999 wordt expliciet ook het oordeel van het HvJ uit 2002 inzake concurrentievervalsing overgenomen dat de private of publiekrechtelijke rechtsvorm bij rechtsoordelen over verenigingsdwang niet van belang zijn. Dit is niet ongebruikelijk in Europees Recht wanneer staten zich via constructies onttrekken aan verdragsverplichtingen. Rechtsoverweging 100 luidt, kort vertaald: *“Echter, de vraag is niet zozeer of in het Franse recht ACCA's particuliere verenigingen, overheids- of semi-openbare organisaties of gemengde verenigingen zijn maar of ze verenigingen zijn voor de toepassing van artikel 11 van het verdrag. Als de verdragsluitende Staten in staat waren, naar eigen goeddunken, door de indeling van een vereniging als “openbaar” of “para-administratief” ze te verwijderen uit de werkings sfeer van artikel 11, zou een dergelijke speelruimte kunnen leiden tot resultaten onverenigbaar met het verdrag, namelijk de bescherming van rechten die niet theoretisch of illusoir maar praktisch en effectief zijn”*. De stelling van Minfin dat een publiekrechtelijke organisatie niet valt onder het begrip vereniging als bedoeld in art. 11 EVRM, valt na deze duidelijke rechtsoverwegingen compleet in duigen.

11) De verwijzing door Minfin naar het verouderde tussenarrest RvS van 10-8-1999 J.C.J. Wouters c.s. vs. NOVA gaat ook niet op omdat bij de NOVA geen afzonderlijk toezichthoudend orgaan bestaat voor evt. wettelijke taken van advocaten. Bij Nivra en NOvAA is dit via de AFM wel het geval. Daar komt bij dat ook het tuchtrecht aan Nivra en NOvAA recentelijk is ontnomen. De opleidingen tot accountant was al veel eerder afgestoten aan tal van private onderwijsinstellingen. Het toezicht daarop is in handen van een onafhankelijke staatscommissie. Door deze oorzaken zijn Nivra en NOvAA momenteel feitelijk “private law organisations” die net als OvRAN de belangen van de leden behartigen. Vanzelfsprekend door handhaving van een zeker kwaliteitsniveau via verordeningen, beroepsregels, opleidingseisen, permanente educatie en toetsing etc..

12) De verwijzing in het verouderde tussenarrest RvS van 10-8-1999 J.C.J. Wouters c.s. vs. NOVA naar de casus EHRM 23 juni 1981 (La Compté, NJ 1982, 602), lijkt ook irrelevant. Het betrof hier alleen de registratie in een Belgisch medisch register van de “Ordre des Médecins”. EHRM heeft in dat arrest, naast de overtuigende en dwingende redenen nog twee andere criteria geïntroduceerd om uitzonderingen via art. 11 lid 2 EVRM zo veel mogelijk te beperken. Dat zijn het integratie-criterium en het hinder-criterium.

13) Volgens rechtsoverweging 64 luidt dat integratie-criterium, kort vertaald<sup>ii</sup> *“een publiekrechtelijke instelling, geïntegreerd binnen de structuren van de staat en de rechters worden benoemd voor de meeste van haar organen, door de Kroon. Het streeft een doel na in het algemeen belang, namelijk de bescherming van de gezondheid, door uitoefening binnen de desbetreffende wetgeving van een vorm van publieke controle op de uitoefening van de geneeskunde. Binnen de context van deze laatste functie is de Ordre met name nodig om het register van artsen te houden. Voor de uitvoering van de taken hem door de Belgische Staat opgedragen, is hij wettelijk voorzien met zowel administratieve als regelgevende en disciplinaire bevoegdheden buiten de sfeer van het gemeene recht (prerogatives exorbitantes du droit commun), en benut in deze functie processen van een overheidsinstantie.”* Ik wijs u op het vertaalprobleem van het Franse woord “exorbitantes”. Niet zonder reden is naast de authentieke Engelse tekst de moeilijk vertaalbare Franse tekst “exorbitante bevoegdheden” blijven staan.

Volgens rechtsoverweging 65 luidt dat hinder-criterium, kort vertaald:<sup>iii</sup> *“Gelet op deze verschillende factoren bij elkaar genomen, kan de Orde niet worden beschouwd als een vereniging in de zin van artikel 11 (art. 11). Echter, er is nog een vereiste: om een overtreding te voorkomen mag de opzet van de Orde door de Belgische Staat, geen hinder voor praktijkmensen vormen om samen beroepsverenigingen op te richten of zich daarbij aan te sluiten. Totalitaire regimes hebben hun toevlucht genomen -en blijven dat nemen- tot verplichte normering van beroepen door middel van gesloten en exclusieve organisaties die de plaats van*

*beroepsverenigingen en de traditionele vakbonden innemen. De auteurs van het verdrag bedoelden dergelijke misbruiken te voorkomen (zie de Collected Edition van de "voorstukken"), vol. II, pp. 116-118).*

*Het Hof stelt vast dat er in België verschillende verenigingen bestaan opgericht, om de professionele belangen van artsen te beschermen en waar zij volledig vrij in zijn om zich al dan niet daarbij aan te sluiten (zie paragraaf 22 hierboven). In deze omstandigheden heeft het bestaan van de Orde en de daarmee gepaard gaande gevolgen - dat wil zeggen, de verplichting voor beoefenaars te worden ingeschreven in het register van de Orde en te zijn onderworpen aan het gezag van haar organen - duidelijk noch het doel noch het effect van beperking, des te minder onderdrukking, van het recht dat wordt gewaarborgd door artikel 11 lid. 1 (art. 11-1)."*

14) Het arrest La Compte betrof alleen medici waardoor de uitzondering voor de bescherming van de gezondheid van lid 2 van art. 11 EVRM volop van toepassing was. Dit doet onmiddellijk de vraag rijzen of dit arrest überhaupt wel toegepast mag worden op totaal andere beroepsgroepen zoals advocaten of accountants etc. die noch qua tekst noch qua bedoeling op geen enkele wijze onder de uitzonderingen van lid 2 van art. 11 EVRM kunnen worden gebracht. Gezien in het licht van de beperkingen van overtuigende en dwingende redenen die de jurisprudentie al heeft aangebracht, zou een verdere analyse eigenlijk overbodig moeten zijn. Omdat Minfin kennelijk, via het arrest RvS uit 1999 inzake advocaten, hecht aan het EVRM arrest La Compte uit 1982, voel ik mij toch verplicht het integratie-criterium en het hinder-criterium uit La Compte nader uit te werken.

15) Inzake het hinder-criterium wijs ik op pagina 3 van productie 3 bij het beroepschrift. Omdat de daarin genoemde feiten niet zijn weersproken, mogen deze als vaststaand worden aangenomen. Geconstateerd kan dus worden dat onmiddellijk na de oprichting van OvRAN, Nivra en NOvAA via civiele procedures over intellectuele eigendomsrechten gezamenlijk geprobeerd hebben om:

- het gebruik van alle door OvRAN bij BBIE geregistreerde alternatieve beroepstitels te verhinderen door het opstarten van zeer kostbare civiele procedures en extensief gebruik van dwangsommen,
- het recht op vrije meningsuiting van OvRAN te verhinderen door verboden onder dwangsommen van ieder gebruik van de termen AA en/of RA, en/of Nivra en/of NOvAA onder volledige persoonlijke aansprakelijkheid van alle bestuursleden en aanhorige (rechts) personen. Inmiddels in hoger beroep door de Rechtbank Amsterdam afgewezen, de appeltermijn is inmiddels verlopen.

16) Inzake het hinder-criterium spelen ook structurele zaken zoals:

- het koppelen van de opleidingstitel (RA/AA) aan de beroepstitel (accountant) met strafrechtelijke gevolgen; via deze hindernis en de weigering deze via de AMVB in art. 28 WTA wet te nemen, dwingt Minfin tot verenigingsdwang; bij medici (via de wet BIG) en bij advocaten zijn opleidings- en beroepstitel al lang ontkoppeld van een verplicht lidmaatschap,
- het voorbehouden van bepaalde werkzaamheden (wettelijke controle, subsidieverklaringen) aan leden van uitsluitend de verenigingen Nivra en NOvAA; ook via deze hindernis dwingt Minfin tot verenigingsdwang; bij medici (via de wet BIG) is uitsluitend sprake van een register en worden via het lidmaatschap geen werkzaamheden uitgesloten.

17) Daarnaast staat vast dat onder aanvoering van Nivra en NOvAA, overheidsambtenaren met strafrechtelijke boetes meedogenloos jagen op leden van OvRAN om te verhinderen dat deze zich zelf accountant noemen of hun accountantskantoor aanduiden als accountantskantoor, accountancy en belastingzaken etc.

18) In aanvulling op het gestelde op pagina 3 van productie 3, staat inmiddels ook vast dat civiele rechters in kort geding tot in hoogste instantie ieder inhoudelijk vonnis hebben verhinderd over de hier aan de orde zijnde verenigingsdwang 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).

19) De conclusie uit al deze bovenstaande hindernissen kan geen andere zijn dan dat de oprichting van alternatieve beroepsverenigingen effectief wordt gehinderd. Het logische gevolg daarvan is dan ook dat er geen andere beroepsverenigingen van accountants zijn waarbij men zich vrij kan aansluiten. Het hinder-criterium uit La Compte dat praktijkmensen ongehinderd en volledig vrij samen beroepsverenigingen kunnen oprichten of zich daarbij aansluiten, is hier volop van toepassing.

20) Inzake het integratie-criterium zij opgemerkt dat het feit dat het bij La Compte een "public-law institution" betrof, slechts een ondergeschikte rol speelde in de toenmalige EVRM overwegingen. Belangrijker waren de criteria dat de Ordre a. vooral een registratie-functie uitoefende, b. geïntegreerd is in de structuren van de staat, c. de rechters in de meeste van haar organen door de Kroon worden benoemd, d. haar doel is publieke controle op de bescherming van de gezondheid, e. voorzien is van exorbitante bevoegdheden buiten de sfeer van het gemene recht. Omdat al die sub-criteria opgingen, is de "Ordre des Médecins" geen vereniging en heeft dan ook geen andere rol dan bijv. in Nederland de registercommissies bij medici of de advocatenregisters per arrondissement. Nivra en NOvAA daarentegen:

- zijn niet geïntegreerd in de structuren van de staat
- kennen geen door de Kroon aangewezen functionarissen, laat staan rechters, benoemd in enigerlei orgaan,
- hebben geen enkele wettelijke taak die voorkomt in lid 2 van art. 11 EVRM,
- hebben ook geen enkele wettelijke taak buiten lid 2 van art. 11 EVRM sinds het toezicht op de wettelijke controle aan AFM, het toezicht op onderwijs aan een onafhankelijke staatscommissie en het tuchtrecht aan de Accountantskamer in Zwolle zijn overgedragen,
- stellen zich uitdrukkelijk (exclusief) ten doel de belangen van accountants te behartigen en niet alleen het algemeen belang,
- hebben geen bevoegdheden buiten de sfeer van het gemene recht sinds wettelijke controle, onderwijs en het tuchtrecht aan andere (staats)organen zijn overgedragen; de huidige bevoegdheden van Nivra en NOvAA wijken op geen enkele wijze af van iedere andere private beroepsvereniging van accountants zoals OvRAN die via het gewone verenigingsrecht met bijzondere statutaire bepalingen en tal van verordeningen, dezelfde bevoegdheden implementeert.

Om deze redenen is ook het integratie-criterium uit arrest La Compte niet toepasbaar in dit geval.

21) Bovenstaande analyse van het hinder- en integratie-criterium uit het EVRM arrest La Compte maakt de impliciete verwijzing door Minfin naar dit EVRM arrest La Compte onbegrijpelijk. De verwijzing was overigens überhaupt al onbegrijpelijk nu accountants niet voorkomen onder de opgesomde uitzonderingen in art. 11 EVRM lid 2 en het ontbreken van overtuigende en dwingende redenen. Deze onvolledige verwijzing naar een verouderd RvS arrest inzake verenigingsdwang roept zelfs de vraag op of hier alleen sprake was van gemakzucht of een bewuste poging uw College op het verkeerde spoor te brengen. Indien sprake is van gemakzucht rijst de vraag of Minfin de norm uit AWB art. 3:1 overtreedt dat voorschrijft bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten te verzamelen. Indien geen sprake is van gemakzucht is sprake van de in AWB art. 2:4 verboden partijdigheid dan wel detournement de pouvoir verboden in AWB art. 3:3.

22) Ook om een andere reden is het argument van Minfin onbegrijpelijk. De uitzondering in art. 11 EVRM lid 2, bepaalt immers uitdrukkelijk dat geen andere beperkingen zijn geoorloofd dan bij wet voorzien en noodzakelijk in een democratische samenleving. En dat voor strikt beperkte doelen zoals het belang van de gezondheid, openbare orde etc. Juist daarom valt het op dat Minfin kennelijk oordeelt dat bij accountants desalniettemin beperking van de vrijheid van vereniging toch noodzakelijk is. Toch denkt het Ministerie van Volksgezondheid daar heel anders over. De Wet Beroepen Individuele Gezondheidszorg (BIG) bepaalt immers in art. 13 lid 5 uitdrukkelijk dat verenigingsdwang is verboden. Juist daarom zijn afzonderlijke registers in het leven geroepen, zonder verenigingsdwang. Als de overheid verenigingsdwang bij medici al niet geoorloofd of noodzakelijk acht, hoe kan Minfin dan toch anders oordelen over die noodzaak tot verenigingsdwang bij de beroepsgroep accountants?

23) Op grond van voornoemde feiten en jurisprudentie moet dan ook worden geconcludeerd dat het enige verweer van Minfin dat publiekrechtelijke organisaties niet vallen onder het begrip vereniging als bedoeld in art. 11 EVRM, niet kan standhouden. Derhalve is sprake van verenigingsdwang.

24) Inzake het thema verboden onderscheid maar nationaliteit merkt Minfin onder B op dat Europees recht niet verbiedt om onderdanen van andere lidstaten gunstiger te behandelen dan eigen onderdanen. In dit verband is het voldoende te verwijzen naar het Verdrag van Lissabon (Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). Verschillende non-discriminatie bepalingen daarin tonen de onjuistheid van Minfin's stelling afdoende aan. Art. 45 lid 1 en 2 stelt bijv. : "*Dit houdt de afschaffing in van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden.*"

Wat er ook zij van deze hierboven weerlegde stelling van Minfin, het beroepschrift onder punt 21 maakt voldoende duidelijk dat buitenlandse accountants ongunstiger worden behandeld als gevolg van dubbele en vaak tegenstrijdige regelgeving hetgeen een belemmering vormt voor de uitoefening van hun beroep. Via diverse richtlijnen heeft de EU geprobeerd dit non-discriminatie beginsel uit te werken naar diverse aspecten van de werkzaamheden van accountants. In aanvulling op het gestelde in het beroepschrift wijs ik daarom op het volgende.

Richtlijn 2005/36 over professionele kwalificaties onder art. 6 stelt buitenlandse accountants onder een aantal voorwaarden vrij van "*authorisation by, registration with or membership of a professional organisation or body.*" Minfin heeft nagelaten deze Richtlijn voor accountants te implementeren. Als gevolg van de verplichte registratie bij Nivra is de VGC met haar zwaar belastende onderliggende regelgeving van toepassing. Via deze weg wordt de verboden discriminatie voor buitenlandse EU-accountants dus ook niet opgeheven.

Als gevolg van Richtlijn 2006/43 op de wettelijke controle geldt als uitgangspunt "home country regulation" voor buitenlandse accountants, tevens wettelijk controleur. Ondanks dit uitgangspunt echter dienen

buitenlandse wettelijke controleurs in Nederland zich te registreren niet alleen bij de AFM maar ook bij Nivra of NOvAA. Als gevolg daarvan is de VGC met haar zwaar belastende onderliggende regelgeving ook op hen van toepassing naast de "home country regulation". Ook deze tegenstrijdigheid bevestigt dat verboden discriminatie naar nationaliteit niet wordt opgeheven.

Het verweer van Minfin in beroep alsmede deze overtredingen van 2 dwingende Europese richtlijnen, toont aan dat Minfin zich weinig gelegen laat liggen aan verboden discriminatie. Vast staat dat Minfin zodoende meewerkt aan barrières om concurrentie van buitenlandse accountants te beperken.

25) Inzake het ontnemen van eigendomsrechten in de vorm van de titels RA of AA luidt het verweer van Minfin dat leden van OvRAN zich eigener beweging hebben uitgeschreven. Daarbij kan de vraag worden gesteld hoe vrijwillig vrijwillig is als onder het toezicht oog van Minfin meerdere grondrechten worden geschonden en als gevolg lastige keuzes moeten worden gemaakt.

### C. Strijdig met art. 13 EVRM?

26) Ten principale luidt het verweer van Minfin dat er geen strijd is met art. 13 EVRM omdat OvRAN ook andere wegen ten dienste staan om haar claim door de rechter te laten beoordelen. Daaraan wordt toegevoegd dat OvRAN die wegen ook lijkt te benutten. Beide opmerkingen zijn onbegrijpelijk.

Drie leden van OvRAN hebben Nivra verzocht inschrijving in het register toe te laten zonder verenigingsdwang. Nivra beriep zich op niet ontvankelijkheid met de stelling dat "*het lidmaatschap van Nivra rechtstreeks uit de wet voortvloeit*" en voorts dat Nivra aan de WRA "*niet de bevoegdheid kan ontleenen nieuwe uitzonderingscategorieën in het leven te roepen*". Dit rechtsoordeel wordt in Nivra's besluit bestreden via een drietal gevoegde procedures bij uw College. Overigens wordt met deze procedures tegen Nivra niet hetzelfde bereikt als met deze procedure tegen Minfin. De procedure tegen Nivra bereikt alleen dat de betreffende leden van OvRAN kunnen worden ingeschreven in het register. Daarmee wordt het verbod op verenigingsdwang slechts beperkt opgelost. Aan de volgende eisen uit het arrest La Compte blijft Nivra niet voldoen:

- Inzake het integratie-criterium uit het arrest La Compte staat vast dat Nivra veel meer doet dan alleen een registratie-functie uitoefenen. Nivra vaardigt allerlei regelgeving uit waaraan alle leden via de enkele inschrijving in het register zijn gehouden. Via de VGC bijvoorbeeld volgt dat meerdere andere regels van toepassing worden. Het probleem van discriminatie naar nationaliteit blijft dus bestaan, ook al omdat diverse EU-richtlijnen niet of slecht zijn geïmplementeerd.
- Inzake het hinder-criterium van het arrest La Compte staat vast dat de wet, Nivra en Minfin het bestaan van meerdere beroepsverenigingen waaronder OvRAN effectief (ver)hinderen.

Zoals eerder opgemerkt handelt het bestuursrecht bij voorkeur over zeer concrete bestuursbesluiten van belanghebbenden bij bevoegde bestuursorganen. Alleen bij Nivra kon een dergelijk concreet besluit worden gevraagd, inschrijving zonder lidmaatschap. Die bevoegdheid tot inschrijving staat duidelijk in de wet. Nivra zal zich echter altijd onbevoegd verklaren te besluiten om zich voortaan te beperken tot een zuivere registratie-functie zoals La Compte voorschrijft. Datzelfde geldt voor een Nivra-besluit de regelgeving van andere beroepsvereniging te laten prevaleren boven haar eigen regelgeving zoals het hinder-criterium uit La Compte voorschrijft. De WRA hanteert immers duidelijk andere uitgangspunten dan het integratie- en hinder-criterium van La Compte voorschrijven. Als ook Minfin zich onbevoegd verklaart die wetgevende rol in te vullen, zal de bestuursrechter die wetgevende rol via jurisprudentie moeten invullen. Dat is complexe taak die de bestuursrechter niet op zich kan nemen of goed zou kunnen uitvoeren. Het correct implementeren van de EU-richtlijnen 2005/36 en 2006/43 lijkt volstrekt onmogelijk.

Vanwege deze gegevenheden heeft OvRAN getracht Minfin tot een andere zienswijze te bewegen die rekening houdt met alle facetten van Europese regelgeving. Dit is uitgemond in de huidige procedure. Daarnaast heeft de bestreden zienswijze van Minfin ook gevolgen voor de Wet Toezicht Accountants(WTA). Een verzoek op de grond van art. 28 WTA om leden van OvRAN toe te laten tot de wettelijke controle, werd afgewezen door Minfin. Als gevolg heeft OvRAN ook een bestuurlijke procedure gestart bij de Rechtbank Rotterdam. Een verzoek tot voeging met deze procedure is echter niet toegewezen. Beide bestuurlijke procedures betreffen hetzelfde punt, strijdigheid met hogere regelgeving. Het is alleen op juridisch-technische gronden in 2 verschillende wetten dat OvRAN nu 2 bestuurlijke procedures heeft lopen.

Naast deze 2 bestuurlijke procedures staan OvRAN geen andere rechtsmiddelen ter beschikking. De civiel-rechtelijke optie onrechtmatige daad, geeft niet hetzelfde resultaat als kan worden bereikt met deze procedure en is daarnaast onredelijk bezwarend (belastend). Het verweer dat OvRAN andere wegen ten dienste staan om haar claim door de rechter te laten beoordelen, is daarom onbegrijpelijk.

Wellicht ten overvloede wijs ik daarbij op de volgende tegenstrijdigheid in het verweer van Minfin. In de 2e volzin onder C verklaart Minfin niet toegekomen te zijn aan een inhoudelijke beoordeling van het verzoek van OvRAN. Onder D 2e volzin verklaart Minfin dat in haar bezwaarschrift onder B is uiteengezet waarom er ten tijde van het bezwaar geen strijd bestond met hogere regelgeving. Als de beoordeling onder B geen inhoudelijke beoordeling was, wat was het dan wel? Nu sprake is van een inhoudelijke beoordeling zijn de eerder door uw college gehanteerde criteria wanneer rechtsoordelen besluiten zijn, volop van toepassing. Die criteria waren: "op rechtsgevolg gericht of deze overwegingen een definitief rechtsoordeel inhouden".

Opvallend is dat zowel Nivra als Minfin zich consequent op niet-ontvankelijkheid beroepen. Het gevolg daarvan zou zijn dat accountants geen enkel rechtsmiddel ten dienste staat, om hun regelgeving te laten toetsen aan Europees recht en grondrechten. Zowel op formele gronden als inhoudelijke gronden wordt ieder rechtsmiddel onthouden. Het is op die grond dat een beroep op art. 13 EVRM ongetwijfeld succesvol zal verlopen.

#### **D. Besluit voldoende gemotiveerd?**

27) Het is duidelijk dat het besluit op bezwaarschrift 1 d.d. 18-12-2009 zich beperkt tot de stelling op pagina 1 onderaan over art. 1. lid 4 WRA dat Minfin "*niet onbevoegd is zich uit te laten over de uitleg van die bepaling maar dat de rechter uiteindelijk het laatste woord heeft*". Het is op die grond dat tot niet-ontvankelijkheid wordt besloten. Een dergelijke doodoener bevat onvoldoende motivatie. Met deze dubbele ontkenning "*niet onbevoegd*" verklaart Minfin zich kennelijk "*bevoegd*". Bij verweer in beroep doet Minfin desalniettemin opnieuw een beroep op onbevoegdheid. Daarmee is voldoende aangetoond dat het besluit op bezwaar onvoldoende is gemotiveerd.

28) Bij het verweer in beroep onder D merkt Minfin op dat onder B is uiteengezet waarom er ten tijde van het bezwaar geen strijd bestond met hogere regelgeving. Deze opmerking in beroep kan het gebrek aan motivatie in het besluit op bezwaar niet meer verhelpen.

#### **Conclusie**

Hiermee kom ik aan het einde van mijn betoog. Hierin is aangetoond dat geen enkel van de vier verweren van Minfin kan worden gedragen door het recht en de feiten. Het beroep is ontvankelijk. Hogere regelgeving verbiedt zowel directe als indirecte verenigingsdwang wanneer overtuigende en dwingende redenen ontbreken en dan nog slechts wanneer gezondheid, openbare orde etc. daartoe noopt. Er is sprake van verboden discriminatie en het noodgedwongen prijsgeven van eigendomsrechten. Niet ontvankelijk verklaren van dit beroep leidt tot strijdigheid met art.13 EVRM.

Toewijzing van OvRAN's verzoek ligt dan ook voor de hand. Herhaald zij dat OvRAN in deze procedure de eis tot vergoeding van schade laat vallen om redenen van procesefficiency. Het gewijzigde verzoek luidt derhalve als volgt:

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. 4.1 WRA/WAA betekent dat niet alleen buitenlandse accountants maar ook ex-leden van Nivra of NOvAA in het register van accountants op te nemen zonder van hen te verlangen dat zij lid zijn of worden van Nivra of NOvAA als zij aan de eisen voldoen en zich geen weigeringsgrond voordoet.
- verweerder te gelasten handhavend op te treden door alle maatregelen te nemen binnen haar bevoegdheid om de regelgeving voor accountants te zuiveren voor alle in deze procedure aangetoonde strijdigheden met hogere regelgeving.

subsidiar, 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 appellant waaronder begrepen de griffierechten.



i EHRM arrest Chassagnou van 29 April 1999 rechtsoverweging 100 luidt: *However, the question is not so much whether in French law ACCA's are private associations, public or para-public associations, or mixed associations, but whether they are associations for the purposes of Article 11 of the Convention. 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 the Artico v. Italy judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, pp. 15-16, § 33, and, more recently, the United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey judgment of 30 January 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, pp. 18-19, § 33)*

ii EHRM 23 juni 1981 La Compte, NJ 1982, 602 rechtsoverweging 64 luidt:

*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).*

iii EHRM 23 juni 1981 La Compte, NJ 1982, 602 rechtsoverweging 65 luidt:

*65. Having regard to these various factors taken together, the Ordre cannot be considered as an association within the meaning of Article 11 (art. 11). 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 the Collected Edition of the "Travaux Préparatoires"), vol. II, pp. 116-118).*

*The Court notes that in **Belgium** there are several associations formed to protect the professional interests of medical practitioners and which they are completely free to join or not (see paragraph 22 above). In these circumstances, the existence of the Ordre and its attendant consequence - that is to say, the obligation on practitioners to be entered on the register of the Ordre and to be subject to the authority of its organs - clearly have neither the object nor the effect of limiting, even less suppressing, the right guaranteed by Article 11 par. 1 (art. 11-1).*