

Algemene Raad-Samenwerkingsverordening 1993 niet onverbindend verklaard door Raad van Toezicht

De Feiten

Bij brief van 26 mei 1995 heeft Mr Q in zijn hoedanigheid van advocaat-gemachtigde van Mr X alsmede Z BV, verder te noemen "appellanten", de Raad van Toezicht van de Orde van Advocaten in het arrondissement Y, verder te noemen "de Raad van Toezicht", verzocht om te besluiten dat het door hen voorgenomen samenwerkingsverband niet in strijd is met het bepaalde bij of krachtens de Samenwerkingsverordening 1993.

Bij beslissing van 5 juli 1995 heeft de Raad van Toezicht geoordeeld dat het beoogde samenwerkingsverband niet voldoet aan het bepaalde bij of krachtens de Samenwerkingsverordening 1993, zodat Mr X geen medewerking mag verlenen aan de totstandkoming van een samenwerkingsverband met Z BV.

Bij beroepschrift van 9 augustus 1995 is Mr Q bij de Algemene Raad in beroep gekomen van deze beslissing. Bij aanvullend beroepschrift van 24 augustus 1995 heeft Mr Q de gronden van het beroep aangevuld.

De Algemene Raad heeft belanghebbenden conform artikel 7:16 Awb ex artikel 10 lid 5 Samenwerkingsverordening 1993 in de gelegenheid gesteld te worden gehoord. De openbare hoorzitting heeft plaatsgevonden in aanwezigheid van Mr X, Mr Q alsmede twee van zijn kantoorgenoten. Namens de Raad van Toezicht was Mr A bijgestaan door Mr B, bij deze hoorzitting aanwezig.

De Algemene Raad heeft kennisgenomen van alle overgelegde stukken.

Overwegingen raad van Toezicht

De Raad van Toezicht is ervan uitgegaan dat de vorm van samenwerking waarnaar wordt gestreefd een samenwerkingsverband is in de zin van artikel 1, sub b, van de Samenwerkingsverordening 1993, waaraan naast een advocaat of advocaten en belastingadviseurs ook register-accountants zullen deelnemen.

De Raad van Toezicht is van oordeel dat de vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van het beroep van advocaat in gevaar kan worden gebracht door de beoogde samenwerking met registeraccountants in de vorm van een samenwerkingsverband. De registeraccountant heeft immers geen verschoningsrecht, maar het behoort in tegendeel tot diens taak om de door zijn cliënt - die dan tevens cliënt is van het samenwerkingsverband waaraan ook de advocaat deelneemt - verstrekte informatie te beoordelen en te gebruiken als basis voor publicatie bestemde verklaringen. Het beoogde samenwerkingsverband is daardoor in strijd met artikel 2 van de Samenwerkingsverordening 1993.

Daarenboven voert de Raad van Toezicht aan dat het beoogde samenwerkingsverband

rechtstreeks in strijd is met het bepaalde in artikel 3 van de Samenwerkingsverordening 1993, nu de praktijk van de deelnemende accountants niet in hoofdzaak is gericht op de uitoefening van de rechtspraak.

Het standpunt van appellanten dat de Samenwerkingsverordening 1993 onverbindend is wegens strijd met regels van Europees recht (artikel 85 EG, een combinatie van artikelen 3g, 5 en 85 EG, en artikel 11 EVRM) en artikel 19 lid 3 Grondwet verwerpt de Raad van Toezicht.

De Raad van Toezicht is van mening dat de Samenwerkingsverordening 1993 buiten de werkingssfeer van het Europese mededingingsrecht valt. De Samenwerkingsverordening 1993 valt niet aan te merken als een besluit van een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 85 EG, nu deze Verordening een publiekrechtelijk karakter heeft. Van belang is dat de leden van het College van Afgevaardigden bij de vaststelling van de Verordeningen niet (uitsluitend) optreden als vertegenwoordigers van de beroepsgroep, maar dat zij (tevens) het algemeen belang behartigen.

Ook is geen sprake van strijd met een combinatie van de artikelen 3g, 5 en 85 EG. De Samenwerkingsverordening 1993 is niet voorafgegaan noch gevolgd door een (kartelmatige)overeenkomst, terwijl er evenmin sprake is van een situatie waarin de overheid de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten op economisch gebied aan particulieren heeft overgedragen.

Zo eerdergenoemde artikelen wel van toepassing zouden zijn, dan is desondanks geen sprake van strijdigheid nu de beperkingen die voortvloeien uit de Samenwerkingsverordening 1993 gerechtvaardigd zijn op gronden van algemeen belang. Naar het oordeel van de Raad van Toezicht kan de Samenwerkingsverordening 1993 ook de proportionaliteitstoets doorstaan.

Aangezien de Orde mag gelden als een "public association" en de Verordeningen van de Orde de leden niet beletten andere beroepsverenigingen op te richten of daarvan lid te worden, is artikel 11 EVRM niet van toepassing. Voorzover dat anders zou zijn, kunnen de bepalingen van de Samenwerkingsverordening 1993 de toets van artikel 11 lid 2 EVRM doorstaan. Voorts is geen strijd met artikel 19 lid 3 Grondwet, nu deze bepaling ziet op de vrijheid van beroepskeuze en niet op de vrijheid van beroepsuitoefening. Mocht overigens sprake zijn van een beperking van dit recht op beroepskeuze, dan wordt deze beperking gerechtvaardigd op gronden van algemeen belang.

De artikelen 52 en 59 EG zijn volgens de Raad van Toezicht niet van toepassing in zaken die zich in al hun relevante aspecten in een enkele lidstaat afspelen, zoals in de onderhavige zaak. Overigens zou ook strijd met deze artikelen worden gerechtvaardigd op gronden van algemeen belang.

Wat betreft het - ter zitting aangevoerde - beroep van appellanten op de Wet economische mededinging is de Raad van Toezicht van oordeel dat dit beroep faalt nu deze wet slechts bevoegdheden toekent aan de Minister van ABC.

Overwegingen van appellanten

Appellanten stellen zich op het standpunt dat de Samenwerkingsverordening 1993 in strijd

is met het EG-verdrag, met name met artikel 85 van dit verdrag. Advocaten dienen te worden aangemerkt als ondernemers, de Nederlandse Orde van Advocaten dient in het verlengde daarvan te worden aangemerkt als ondernemersvereniging in de zin van artikel 85 lid 1 EG. Dat besluiten van de Orde een publiekrechtelijk karakter hebben, doet daar mede gezien het stand-punt van de Europese Commissie niet aan af. De Samenwerkingsverordening 1993 kan zowel als een overeenkomst, als een besluit van een ondernemersvereniging worden aangemerkt. Het categorische verbod om een samenwerkingsverband aan te gaan tussen accountants en advocaten beperkt de handel tussen lidstaten. Nu de Samenwerkingsverordening 1993 niet is aangemeld, is er voor een proportionaliteitstoets geen plaats.

Ten aanzien van de afzonderlijke bepalingen van de Samenwerkingsverordening 1993 merken appellanten nog het volgende op. Ook belastingadviseurs en octrooigemachtigden beschikken niet over een eigen verschoningsrecht. Het is advocaten niettemin wel toegestaan met deze beroepsbeoefenaren een samenwerkingsverband aan te gaan. Niet valt in te zien waarom advocaten wel met notarissen, die toch ook een publieke taak hebben, mogen samenwerken overeenkomstig de Samenwerkingsverordening 1993.

Overigens zullen de accountants in het beoogde samenwerkingsverband geen zeggenschap uitoefenen over de wijze waarop Mr X de praktijk uitoefent. In dit kader is van belang dat de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat het verschoningsrecht van de advocaat zich ook uitstrekt over de door hem ingeschakelde accountant.

Wat artikel 3 Samenwerkingsverordening 1993 betreft merken appellanten op dat de eis dat de uitoefening van de praktijk in hoofdzaak op de rechtspraktijk gericht dient te zijn, ook niet aan advocaten zelf wordt gesteld. Overigens valt niet in te zien dat de praktijkuitoefening van registeraccountants, die zich toch voor een belangrijk deel met Jaarrekeningenrecht bezig houden, minder een rechtspraktijk is dan de praktijkuitoefening van octrooigemachtigden.

Niet alleen artikel 3 maar ook artikel 4 Samenwerkingsverordening 1993 is onverbindend, nu deze artikelen eisen stellen aan de beroepsuitoefening van andere beroepsbeoefenaren. Hiertoe geven artikelen 28 en 29 Advocatenwet geen verordeningsbevoegdheid.

Artikel 11 EVRM omvat tevens het recht om niet bij een beroepsorganisatie aangesloten te hoeven te zijn, aldus appellanten. Op zichzelf is het gedwongen lidmaatschap van de Orde niet in strijd met artikel 11 EVRM, maar dat kan anders komen te liggen indien de beroepsorganisatie sterkere beperkingen aan de beroepsuitoefening verbindt dan noodzakelijk is. Hiervan is naar het oordeel van appellanten in casu sprake. De disproportionaliteit van de Samenwerkingsverordening 1993 staat in de weg aan een rechtvaardiging van de inbreuk.

Tenslotte is het besluit van de Raad van Toezicht in strijd met de algemene beginselen van bestuur, met name het verbod van willekeur, het evenredigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

Ontvankelijkheid

Het beroepsschrift is tijdig ingediend, immers binnen zes weken na de dag waarop de

beslissing van 5 juli 1995 aan appellant is verzonden (artikel 6:7 Awb en art. 10 lid 3 Samenwerkingsverordening 1993). Ook de gronden zijn tijdig aangevuld.

Beoordeling van het geschil

De Algemene Raad deelt niet het standpunt van appellanten dat (enkele artikelen van) de Samenwerkingsverordening 1993 onverbindend zijn wegens strijd met het Europese recht. Hij overweegt daartoe het volgende.

Artikel 85 is niet van toepassing op de Samenwerkingsverordening 1993. De Samenwerkingsverordening 1993 is wetgeving, vastgesteld op basis van artikel 28 Advocatenwet, en heeft daarmee een publiekrechtelijk karakter. Het vaststellen van verordeningen kan niet worden gekwalificeerd als een "overeenkomst" of een "besluit" in de zin van artikel 85 EG. Naar het oordeel van de Algemene Raad is de Orde van Advocaten bovendien geen ondernemingsvereniging in de zin van artikel 85 EG. Voor de vraag of sprake is van een ondernemingsvereniging is niet zozeer van belang wat de hoedanigheid van de leden is, doch veeleer wat de doelstelling van het lichaam is. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de Nederlandse Orde van Advocaten het algemeen belang voorop dient te stellen. In de Memorie van Toelichting wordt benadrukt dat de Orde, meer dan andere professionele organisaties, het algemeen belang zal laten prevaleren boven de specifieke belangen van het beroep. Uit een en ander volgt dat ook geen sprake is van een "overeenkomst" of "besluit" in de zin van artikel 85 EG. Met de Raad van Toezicht is de Algemene Raad van oordeel dat ook de combinatie van de artikelen 3g, 5 en 85 EG op de Samenwerkingsverordening 1993 niet van toepassing is, nu niet wordt voldaan aan de voorwaarden zoals geformuleerd in arresten naar aanleiding van de zaken Van Eycke en Reiff. De Samenwerkingsverordening 1993 behoeft geen verdere actie van de advocaten ter tenuitvoerlegging. Van belang is voorts dat de Kroon het zich heeft voorbehouden om repressief toezicht te houden.

Zo EG-mededingingsregels van toepassing zouden zijn, quod non, dan zou artikel 90 lid 2 EG relevant zijn. Op grond van deze bepaling zou de regelgeving van de Orde hoe dan ook slechts onder de EG-mededingingsregels kunnen vallen voorzover dit de vervulling van aan de Orde en aan advocaten toevertrouwde bijzondere taken van algemeen belang niet zou hinderen. Van een dergelijke hinder zou sprake zijn (zie hieronder).

Over strijdigheid met artikel 11 EVRM dient het volgende te worden opgemerkt. Het verplichte lidmaatschap van de Nederlandse Orde van Advocaten staat er geenszins aan in de weg dat advocaten zitting kunnen hebben in beroepsverenigingen. Voor de toepasselijkheid van artikel 11 EVRM dient sprake te zijn van een "private association". Dit blijkt ook uit de jurisprudentie waar appellanten zich op beroepen. Nu, naar het oordeel van de Algemene Raad, de Nederlandse Orde van Advocaten niet onder dit begrip valt, is een verder onderzoek van dit argument niet noodzakelijk.

De Algemene Raad wil benadrukken dat de Samenwerkingsverordening 1993 niet iedere vorm van samenwerking tussen advocaten en accountants verbiedt, maar slechts samenwerking in de vorm van een aldaar gedefinieerd samenwerkingsverband. Naar het oordeel van de Algemene Raad kleven er principiële bezwaren aan de door appellanten

beoogde samenwerking als bedoeld in de Samenwerkingsverordening 1993. De wijzen van beroepsuitoefening van accountants en advocaten verschillen structureel. Daardoor zou de hechte samenwerking die aan een samenwerkingsverband inherent is, de advocaat onaanvaardbare beperkingen opleggen bij de vrije en onafhankelijke behartiging van het (partij)belang van zijn cliënten, en bij het inachtnemen van zijn geheimhoudingsplicht. De beperkingen die zijn neergelegd in de Samenwerkingsverordening 1993 worden daarom gerechtvaardigd op gronden aan het algemeen belang ontleend. De Samenwerkingsverordening 1993 kan de proportionaliteitstoets, die in het kader van (een combinatie van) artikelen 3g, 5 en 85 EG, 52 en 59 EG, artikel 11 EVRM en artikel 19 lid 3 Grondwet aan de orde kan komen, doorstaan. Tenslotte dient om deze redenen een beroep op de Wet economische mededinging te worden verworpen. Ook het Nederlands mededingingsrecht is niet van toepassing op wetgeving.

Volgt

Ongegrondverklaring beroep appellanten