

Rechtbank Den Haag
Rolnummer: C/09/508858
Datum akte:
Roldatum: comparitie van 31-01-2017, 9.30 uur

AKTE HOUDENDE PRODUCTIES

inzake

de Orde van Registeradviseurs Nederland, woonplaats kiezende te Breda

als eiser,
hierna aan te duiden als “OvRAN”,
advocaat: mr. L.G.M. Delahaije

tegen

de Staat der Nederlanden (Ministerie van Financiën), gevestigd te Den Haag

als gedaagde,
hierna aan te duiden als “de Staat”
advocaten: mr. G.J.H. Houtzagers en M.L. Batting

OvRAN brengt de volgende producties 1 t/m 11 in het geding.

Hierna volgt eerst een overzicht van deze producties. Vervolgens geeft OvRAN daarop een korte toelichting.

OVERZICHT

Productie 1 a t/m f: Diverse andere regelingen inzake accountants dan de onder 1.3 Conclusie van Antwoord (CvA) vermelde wettelijke regelingen uit 1962 (RA) en 1972(AA).

Productie 1a: [Voorstel tot wettelijke regeling van het accountantsberoep 1918](#)

Productie 1b: [Memorie van Toelichting op de 1e wettelijke regeling 1959](#)

Productie 1c: [Brief Evaluatie Accountantswetgeving 2001](#)

Productie 1d: [Reactie Nivra op Brief Evaluatie Accountantswetgeving 2001](#)

Productie 1e: [Memorie van Toelichting op de Wet Toezicht Accountants \(WTA\) 2003](#)

Productie 1f: [Advies Raad van State en Nader Rapport WTA 2004](#)

Productie 2 a t/m b: Art. 11 EVRM niet van toepassing op publiekrechtelijke organisaties.

Productie 2a: Handboek Jacobs, White and Ovey: [The European Convention on Human Rights](#)

Productie 2b: Guidelines to Legislators: [Venice Commission of the Council of Europe](#).

Productie 3 a t/m b: Direct verband tussen lidmaatschap en register.

Productie 3a: [Aanvraagformulier lidmaatschap NBA](#)

Productie 3b: [Uitspraak CBB d.d. 14-8-2014](#)

Productie 4 a t/m c: Directe werking EU-recht.

Productie 4a: [HvJ EU d.d. 5-2-1963 inzake van Gend en Loos v Nederland](#) pag. 25

Productie 4b: [HvJ EU d.d.15-7-1964 inzake Costa v Enel pag. 1227](#)

Productie 4c: [HvJ EU d.d. 19-4-2016 inzake Dansk Industri v Erven Eigel Rasmussen pag.9](#)

Productie 5 a t/m d: Terzijde: tot standkoming regelgeving en invloed grote kantoren.

Productie 5a: [Notulen ledenvergadering Nivra 2006](#)

Productie 5b: [Getuigenverklaring witte busjes 2006](#)

Productie 5c: [FD Verslag ledenvergadering 2006](#)

Productie 5d: [Uitspraak Hof Amsterdam d.d. 28-2-2008.](#)

Productie 6 a t/m c: Regelgeving NBA

Productie 6a: [Betoog Westra over “assurance” 2006](#)

Productie 6b: [Mail correspondentie met het hoofd vaktechniek NBA over “assurance” 2016.](#)

Productie 7 a t/m c: Toepassing Artikel 11 EVRM

Productie 7a: [Case of Chassagnou and Others v. France 1999](#)

Productie 7b: Prof. Mr. J.M. van Veen, [Negative Freedom of Association 2000](#)

Productie 7c: [HvJ EU inzake K. Höfner en F. Eiser 1991.](#)

Productie 8 a t/m b: Eigendomsrechten Art. 1 Eerste Protocol EVRM

Productie 8a: Council of Europe: [The right to property under ECHR](#)

Productie 8b: [EHRM Case of van Marle and Others v. the Netherlands 1986.](#)

Productie 9 a t/m b: Discriminatieverbod art. 14 EVRM

Productie 9a: [Memorie van Toelichting wetsvoorstel WTA 34 469 2016.](#)

Productie 10 a t/m c: Concurrentie en ondernemingsverenigingen, art. 6 WM, bewijslast I

Productie 10a: [Memorie van Toelichting Mededingingswet 24 707 1996](#)

Productie 10b: [HvJEU inzake Otoc \(Portugese gecertificeerde boekhouders\) 2013](#)

Productie 10c: [EU Verordening 1/2003 van 16 december 2002 inzake mededingingsregels.](#)

Productie 11 a t/m c: Concurrentiebeperking en kartelverbod, art. 6 WM, bewijslast II

Productie 11a: [AFM Marktanalyse accountantsorganisaties 2010 – 2014](#)

Productie 11b: [Minimisregeling EU 2014](#)

Productie 11c: [Commissie mededeling over de bepaling van de relevante markt.](#)

Om het milieu te sparen zijn van sommige zeer uitvoerige producties alleen de relevante pagina's weergegeven. Waar mogelijk is de volledige tekst beschikbaar via links op: <http://www.ovran.nl/Ci-viel/Akte-houdende-producties.pdf>

TOELICHTING OP PRODUCTIES**Productie 1 a t/m f: Diverse andere regelingen inzake accountants dan de onder 1.3 Conclusie van Antwoord (CvA) vermelde wettelijke regelingen uit 1962 (RA) en 1972(AA)**

Deze producties maken via een beknopt historisch overzicht duidelijk dat:

- zeer verschillend wordt gedacht over de inrichting van het accountantsberoep,
- een nauwkeurige afbakening van het accountantsberoep onmogelijk is,
- er een verband bestaat tussen “egoïstische motieven” en wetswijzigingen,
- het toezicht op de publieke functie van de accountant aan de AFM is opgedragen,
- de overheid enerzijds ongeclausuleerde wettelijke monopolies voor groepen van beroepsbeoefenaren onwenselijk acht en anderzijds monopolies schept ook waar anderen aan de gestelde norm voldoen.

Gezien tegen deze achtergrond behoeven de stellingen van de Staat onder 1.3 tot 1.5 van de Conclusie van Antwoord (CvA) over het doel van de wettelijke regeling van het accountantsberoep enige nuancering. Met name het argument onder 1.5 CvA is onhoudbaar nu de NBA geen enkele wettelijke taak meer heeft voor wat betreft het toezicht op de enige publieke functie: wettelijke controle.

Productie 1a: [Voorstel tot wettelijke regeling van het accountantsberoep 1918](#) (Hoofdstuk 5): De volgende citaten uit dit nooit ingevoerde wetsvoorstel maken duidelijk dat:

pag. 89: *Aan de aandrang vanuit het beroep te komen tot een wettelijke regeling zijn **egoïstische motieven** daaraan niet steeds vreemd geweest.*

Pag. 90: Art. 1. *De uitoefening van het accountantsberoep is vrij.*

Pag. 90: Art. 3. *De register-accountant, die als accountant een stuk heeft ondertekend, is ook tegenover derden verantwoordelijk voor de juistheid en volledigheid van de daarin vervatte mededelingen, tenzij en voor zoover hij daaromtrent enig uitdrukkelijk voorbehoud aan zijn ondertekening mocht hebben toegevoegd.*

Het valt niet uit te sluiten dat er verband bestaat tussen deze “**egoïstische motieven**” en het feit dat momenteel de uitoefening van het beroep niet vrij meer is en het sinds eind vorige eeuw een lid van de NBA die instaat voor de juistheid en volledigheid van zijn mededelingen, het niet meer vrijstaat een stuk niet als accountant te kunnen ondertekenen (assurance problematiek).

Productie 1b: [Memorie van Toelichting op de 1e wettelijke regeling 1959:](#)

De volgende citaten uit dit wel ingevoerde wetsvoorstel (als eerste wet) maken duidelijk dat:

pag. 12 par. 2: *Een nauwkeurige afbakening van hetgeen in dit in het vrije verkeer ontstane beroep wordt verricht is niet mogelijk.*

pag. 13 2e alinea: *In het algemeen zullen degenen die via de kapitaal- en geldmarkt belanghebbende zijn, noch de accountant noch de onderzochte bedrijfshuishouding kennen. De overheid zal, zolang het onderzoek niet door haar eigen ambtenaren geschiedt en het controle-object niet tot haar eigen organen behoort, in dezelfde omstandigheid verkeren. Dan is de behoefte aan formele waarborgen voor de juiste vervulling van het accountantsberoep het grootst.*

pag. 18 onder 1 Titelbescherming: *Het gebruik van de titel “accountant” wordt niet aan banden gelegd. De titel “registeraccountant” daarentegen wordt wel beschermd.*

Productie 1c: [Brief Evaluatie Accountantswetgeving 2001](#), pag. 23: Onder de kop “Scheiding publieke en private verantwoordelijkheden” onderschrijft het kabinet “*de conclusie van Berenschot dat de combinatie van toezicht en belangenbehartiging bij de beroepsorganisaties niet langer houdbaar is. Uit de evaluatie blijkt dat het in één hand leggen van toezicht en belangenbehartiging tot problemen kan leiden bij de uitoefening van publieke taken door de beroepsorganisaties. In het kabinetsstandpunt op het advies van de Ambtelijke Commissie Toezicht stelt het kabinet dat de toezichthouder met voldoende afstand tot het veld dient te opereren en niet direct betrokken mag raken*”

bij het functioneren van de onder toezicht staande organisaties of sectoren. Om deze redenen is het kabinet van mening dat de taken van toezicht en belangenbehartiging op institutioneel niveau van elkaar te gescheiden dienen te worden door een onafhankelijk toezichthouder in het leven te roepen. De publiekrechtelijke beroepsorganisaties NIVRA en NOvAA zullen ten gevolge hiervan een privaatrechtelijke status krijgen zodat zij zich volledig kunnen richten op belangenbehartiging ten bate van hun leden. Deze verantwoordelijkheidsverdeling maakt een voor het maatschappelijk verkeer helder onderscheid tussen de borging van enerzijds publieke belangen door een onafhankelijke toezichthouder en anderzijds private belangen door privaatrechtelijke beroepsorganisaties.”

Productie 1d: [Reactie Nivra op Brief Evaluatie Accountantswetgeving 2001:](#)

Deze felle reactie maakt duidelijk dat grote belangen op het spel staan. De volgende productie handelt over het resulterende nu geldende polder compromis met 4 domeinen.

Productie 1e: [Memorie van Toelichting op de Wet Toezicht Accountants \(WTA\) 2003:](#)

pag. 3: Het kabinet onderscheid 4 domeinen, A tot en met D, bij de beroepsuitoefening. Domein A valt onder het toezicht AFM. De beroepsorganisaties behouden hun verantwoordelijkheid voor het accountantsberoep voor de overige domeinen ook als die taken niet wettelijk zijn beschermd zoals met de domeinen C en D het geval is.

pag. 58: Dit (nieuwe) artikel “*bevat de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur artikel 25 buiten toepassing te verklaren waardoor de eis van lidmaatschap van het NIVRA of de NOvAA niet meer geldt.*” Uit redengeving 10 dagvaarding blijkt dat het daartoe strekkende verzoek van OvRAN toegelaten te worden als beroepsorganisatie door het Ministerie van Financiën is afgewezen.

Productie 1f: [Advies Raad van State en Nader Rapport WTA 2004:](#)

Pag. 4: Hier blijkt dat: “*Principieel wenst het kabinet geen ongeclausuleerde wettelijke monopolies voor groepen van beroepsbeoefenaren, zeker niet daar waar op grond van een wettelijke norm anderen buiten die groep ook aan de gestelde norm voldoen.*” Deze productie maakt duidelijk dat de overheid principieel geen wettelijke monopolies voor beroepsbeoefenaren wenst. De voorgaande productie maakte echter duidelijk dat dezelfde overheid het wettelijke monopolie bij accountants uitdrukkelijk in stand houdt.

Productie 2 a t/m b: Art. 11 EVRM niet van toepassing op publiekrechtelijke organisaties:

Onderstaande gezaghebbende handboeken maken duidelijk dat de stelling van de Staat onder 1.9 dat art. 11 EVRM niet van toepassing is op publiekrechtelijke organisaties, bijstelling behoeft. Gezien de omvang van de handboeken zijn alleen de relevante pagina's opgenomen.

Productie 2a: Handboek Jacobs, White and Ovey: [The European Convention on Human Rights](#)

Pag. 474 van 654 van dit standaard handboek merkt op dat “*Where an issue arises as to whether an association is a public law or a private law association. The Strassbourg court will look to see which characteristics predominate.*”

Productie 2b: Guidelines to Legislators: [Venice Commission of the Council of Europe.](#)

Pag. 18 van 97 bevestigt dat “*The only legitimate aims for restrictions are national security or public safety, public order (ordre public), the protection of public health or morals and the protection of the rights and freedoms of others. The scope of these legitimate aims shall be narrowly interpreted.*” Bij accountants lijkt geen sprake van noodzaak die de genoemde restricties om de genoemde redenen kan rechtvaardigen.

Pag. 28 van 97: stelt “*In some cases, the compulsion to belong to certain associations – for example, bar and other professional associations, chambers of commerce, housing associations and student unions – as is the case in some countries, is not incompatible with the right to freedom of association. This is due to the aim being served by the compulsion to belong, and the absence of any prohibition on the members to form their own entity.*” De woorden “*not incompatible*” geven al aan

dat toelaatbare beperkingen afhangen van het doel. De dagvaarding toont onder redengeving 14 aan dat het doel ook zonder beperkingen bereikt kan worden zoals de Wet BIG bewijst.

Pag. 29 stelt *“Legislation should not contain provisions that might directly or indirectly sanction persons for belonging or not belonging to an association. The voluntary nature of membership means that a person not wishing to join a particular association must not suffer negative consequences as a result of this decision.”* De dagvaarding maakt via de punten 1-3 duidelijk dat veel WAB bepalingen alle accountants die geen NBA-lid zijn ernstig benadelen.

Productie 3 a t/m b: Direct verband tussen lidmaatschap en register.

Deze producties maken duidelijk dat de stelling van de Staat onder punt 1.10 CvA dat de bevoegdheid de accountantstitel te voeren niet is gekoppeld aan het lidmaatschap maar aan de inschrijving in het accountantsregister op zich juist is. Deze stelling is echter irrelevant zolang het lidmaatschap voor Nederlandse accountants wettelijk gekoppeld is en blijft aan het register.

Productie 3a: [Aanvraagformulier lidmaatschap NBA](#): Dit op de website NBA beschikbare aanvraagformulier voor een lidmaatschap vermeldt: *“Naast een volledig ingevuld aanvraagformulier dient u aan een aantal andere eisen te voldoen voor inschrijving in het accountantsregister.”* Zoals onder redengeving 10 van de dagvaarding gesteld en gebleken, worden aanvragen voor inschrijving in het accountantsregister zonder lidmaatschap NBA geweigerd.

Productie 3b: [Uitspraak CBB d.d. 14-8-2014](#): Zoals de CvA bevestigt onder punt 3.4 vermeldt deze uitspraak CBB op pagina 3: *“De inschrijving in het register kan niet los worden gezien van het lidmaatschap van het NIVRA, nu, gelet op artikel 1 eerste lid Wet RA, rechtstreeks uit de wet voortvloeit dat degene die in het register staat ingeschreven lid is van NIVRA.”*

Productie 4 a t/m c: Directe werking EU-recht.

Deze producties zijn beperkt tot slechts enkele klassiekers over de directe werking van het EU-recht. Zij maken duidelijk dat de stelling van de Staat onder punt 1.15 op pag. 5 CvA dat vordering 2 van OvRAN niet voor toewijzing in aanmerking zou komen omdat die vordering neerkomt op een bevel tot wetswijziging, onhoudbaar is. Die stelling van de Staat volgt uit art. 120 Grondwet (GW). Artikel 93 GW bepaalt echter dat bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, verbindende kracht hebben. Artikel 94 GW bepaalt bovendien dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Deze directe werking is via de producties 4a t/m c nader uitgewerkt. Hieruit volgt dat de rechter moet **handhaven**. In concreto moet de rechter de betreffende wettelijke voorschriften strijdig met gemeenschapsrecht, voor zover nodig, **buiten toepassing laten** conform vordering 2 van OvRAN. Deze vordering 2 betekent slechts een vordering om op grond van hogere wetgeving het initiatief te nemen om een einde te maken aan een onrechtmatige toestand. De wet dient uiteraard te worden aangepast langs de in Nederland gebruikelijke procedures. Na dit initiatief van de Staat is het aan de politiek om te beslissen. Waar het hier om gaat is dat een met de verdragen strijdige toestand niet mag blijven voortduren.

De onrechtmatigheid is in casu daarin gelegen dat wetgeving is uitgevaardigd en wordt gehandhaafd, die strijdig is met een hogere regeling (zie ook HR 6 mei 1983, NJ 1984, 361 m.nt. MS), waarbij inzet was een plaatselijke belastingverordening van het eilandgebied Curaçao, die wegens strijdigheid met een landsverordening onverbindend werd verklaard. Het hof had de vaststelling van de verordening aangemerkt als een onrechtmatige daad en dienovereenkomstige een verklaring voor recht gegeven en het eilandgebied veroordeeld tot schadevergoeding. De Hoge Raad heeft dat arrest niet gecasseerd. Zie ook het arrest van de HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252 m.nt. MS (Van Gelder /Staat) waarbij een onrechtmatige daad van de Staat werd aangenomen als gevolg van het aannemen

van onverbindende wetgeving. Het is die onrechtmatigheid, op grond waarvan de Staat kan en moet worden veroordeeld om het initiatief te nemen tot opheffing van de bestaande onrechtmatige situatie.

In de laatste uitspraak uit 2016 (Productie 4c: HvJ EU d.d. 19-4-2016 inzake Dansk Industri v Erven Eigil Rasmussen) breidt het HvJ de directe werking uit van verticaal (staat/burger) naar horizontaal (burgers onderling). OvRAN versus NBA bijv. In het huidige EU-verdrag bepaalt artikel 6 in lid 1 dat het Handvest Grondrechten gelijke wetskracht heeft als het verdrag en in lid 3 dat EVRM algemene beginselen van EU-recht vormt. Zowel in het Handvest als EVRM zijn dezelfde grondrechten geregeld met identieke betekenis ingevolge art. 52 lid 3 Handvest.

Het door de Staat op pagina 5 punt 1.15 CvA in voetnoot geciteerde HR-arrest Waterpakt waarin de HR zich uitsprak over bevelen nieuwe wetgeving tot stand te brengen is niet van toepassing. Waar het wel om gaat is dat de Staat het initiatief moet nemen om een einde te maken aan een onrechtmatige toestand. Hier gaat het om de bestaande WAB deels buiten toepassing te verklaren in verband met schending van (hogere) grond- en andere rechten. Er is geen sprake van een bevel geheel nieuwe wetgeving tot stand te brengen ingevolge een (nog) niet ingevoerde EU-richtlijn (nitraat) die aan burgers geen rechtstreekse rechten toekent. Het standpunt van de Staat dat een wet die grondrechten schendt niet deels buiten toepassing verklaart kan worden, is derhalve niet alleen strijdig met Unierecht maar stelt bovendien art. 94 GW buiten werking.

Productie 4a: [HvJ EU d.d. 5-2-1963 inzake van Gend en Loos v Nederland](#) pag. 25: *Overwegende dat uit het voorgaande volgt, dat naar de geest, de inhoud en de bewoordingen van het Verdrag artikel 12 in die zin moet worden uitgelegd, dat het directe werking heeft en rechten schept welke **handhaving** aan de nationale rechters kan worden gevraagd.*

Productie 4b: [HvJ EU d.d. 15-7-1964 inzake Costa v Enel](#) pag. 1227: *“Onder 3: Artikel 53 is een bepaling van gemeenschapsrecht, die voor de burgers rechten schept, welke **handhaving** aan de nationale rechters kan worden gevraagd. Het artikel verbiedt nieuwe maatregelen, welke ten doel hebben, de vestiging van onderdanen der andere Lid-Staten aan strengere bepalingen te onderwerpen dan voor eigen onderdanen gelden, zulks ongeacht het op de ondernemingen toepasselijke recht; en onder 4: Artikel 37, lid 2, is een bepaling van gemeenschapsrecht, die voor de burgers rechten schept, welke **handhaving** aan de nationale rechters kan worden gevraagd. Binnen het kader van de gestelde vraag heeft deze bepaling ten doel, nieuwe maatregelen, welke met de beginselen van artikel 37, lid 1, in strijd zijn, te verbieden: d.w.z. iedere maatregel, die een discriminatie tussen de onderdanen der Lid-Staten beoogt of tot gevolg heeft, wat de voorwaarden van de voorziening en afzet betreft, zulks door middel van monopolies of lichamen, die betrekking hebben op de handel in een produkt dat voorwerp van concurrentie en van het ruilverkeer tussen de Lid-Staten kan zijn en die voorts in dit ruilverkeer een rol van gewicht vervullen; ”*

Productie 4c: [HvJ EU d.d. 19-4-2016 inzake Dansk Industri v Erven Eigil Rasmussen](#): pag. 9 *“Het Unierecht moet aldus worden uitgelegd dat een nationale rechterlijke instantie die uitspraak dient te doen in een binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 vallend geding tussen particulieren, bij de toepassing van de bepalingen van haar nationaal recht die bepalingen in overeenstemming met die richtlijn dient uit te leggen, of, wanneer een dergelijke richtlijnconforme uitlegging onmogelijk blijkt te zijn, elke met het algemene verbod van discriminatie op grond van leeftijd strijdige bepaling van dat nationale recht, zo nodig, **buiten toepassing dient te laten**. Aan deze verplichting kan niet worden afgedaan door het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen en evenmin door het feit dat de particulier die meent schade te hebben geleden door de toepassing van een met het Unierecht strijdige nationale bepaling, de mogelijkheid heeft om de betrokken lidstaat aansprakelijk te stellen wegens schending van het Unierecht.”*

Productie 5 a t/m c: Terzijde: tot standkoming regelgeving.

In een voetnoot op pagina 11 merkt de Staat terzijde op: “*dat zij de door OvRAN gestelde wijze van tot standkoming van de gedrags- en beroepsregels (zie randnr. 5 van de dagvaarding) niet onderschrijft.*” Onderstaande producties bevestigen echter het gestelde in redengeving 5 dagvaarding.

Productie 5a: [Notulen ledenvergadering Nivra 2006](#) aanvang 13.30 uur, citaten cursief:

pag. 1: *De voorzitter deelt mee dat hem is meegedeeld dat er 406 aanwezige leden zijn en 741 stemgerechtigden, inclusief volmachten.*

Pag. 2: *De uitkomst van de stemming is:*

1 (voor) – 466 stemmen, 56,3%;

2 (tegen) – 333 stemmen, 40,3%;

3 (blanco) – 28 stemmen, 3,4%. In totaal dus 827 stemmen

Na de stemming constateert de voorzitter dat het voorstel van de heer Koolman ruimschoots is aangenomen. Dit voorstel beoogde de benoeming van nieuwe bestuursleden in agendapunt te verschuiven tot na agendapunt 7 (stemmingen over verordeningen). Naar eigen zeggen realiseerde de heer Koolman zich “dat hij als oud vice- voorzitter van het bestuur mij in de oppositie bevind; dat is een wat onwennige positie.”

Pag. 14: *“De voorzitter schorst vervolgens de vergadering voor circa een tiental minuten.”* Dat werden uren.

Pag. 42: *De notaris neemt het woord. “We hebben daarnet vastgesteld dat mogelijk was dat tijdens de vergadering er nog mensen binnengelaten worden, en dat het zelfs mogelijk was om tijdens de vergadering met een volmacht binnen te komen. Ik kan niet anders dan constateren dat er kennelijk mensen de vergadering zijn binnengekomen, al dan niet met volmacht. Ik kan niet alles vaststellen.”*

pag. 43: *De uitkomst van de stemming omtrent de motie de VGC uit te stellen is als volgt:*

1 (voor) – 405 stemmen, 44,1%;

2 (tegen) – 512 stemmen, 55,8%;

3 (blanco) – 1 stem, 0,1%. In totaal derhalve 915 stemmen

pag. 63: *De voorzitter merkt vervolgens op dat er 446 uitgebrachte schriftelijke stemmen zijn en dat er eerder blijkens de presentielijst 930 stemmen aanwezig waren. De vergadering wordt om 19.45 uur afgesloten.*

De VGC is de Verordening Gedrags Code. Uit het voorgaande blijkt dat in het begin van de vergadering een meerderheid van 466 stemmen op 827 bestond voor een motie van de oppositie en na heropening een meerderheid van 512 op 915 tegen de motie van de oppositie.

Productie b: [Getuigenverklaring witte busjes 2006](#): waaruit blijkt dat er relatief veel aanwezigen na 15.00 uur het Muziekgebouw zijn binnengegaan, aangevoerd met witte busjes.

Productie 5c: [FD Verslag ledenvergadering 2006](#): uit dit verslag blijkt uit gloedvolle betogen dat twee VGC alternatieven die het conflict konden oplossen niet in stemming werden gebracht en een NBA-bestuurder, partner bij het grote PWC, de VGC ondersteunde.

Productie 5d: [Uitspraak Hof Amsterdam d.d. 28-2-2008](#), pag. 6: ro 4.5: *Aan Wakkere Accountant moet worden toegegeven dat het er op lijkt dat Nivra procedureel tekort is geschoten althans niet steeds adequaat heeft geopereerd. Zo is niet aanstonds duidelijk waarom Nivra de door Wakkere Accountant cs op de voet van art. 23 WRA de tegen de VGC ingebrachte bedenkingen niet overeenkomstig dezelfde bepaling – en dus in beginsel onverkort en niet ten dele door verwijzing naar een website – ter kennis van de leden heeft gebracht. Ook heeft Nivra thans ter terechtzitting in hoger beroep erkend dat de ledenvergadering wel degelijk het 'recht van initiatief' heeft mits de voorgeschreven procedure (het agenda- en motierecht) maar wordt gevolgd.*

Productie 6 a t/m c: Regelgeving NBA

Op pagina 11 onder punt 4.2 merkt de Staat op dat niet valt in te zien hoe zij onrechtmatig jegens OvRAN zou handelen. Los van art. 11 EVRM, art. 1 van het 1 Protocol EVRM, art. 6 WM en dis-

criminatie, verklaart de Staat de 6 door OvRAN genoemde voorbeelden in de redengevingen 22 tot 27 dagvaarding bij voorbaat irrelevant. Om de relevantie aan te tonen verduidelijken onderstaande producties alleen voorbeeld 1 in redengeving 22 dagvaarding. Onder toezicht van de Staat zijn grote kantoren vrijgesteld van vrijwel alle accountancy regelgeving behoudens wettelijke controle. In concreto daar waar sprake is van de talrijke "assurance" of "aan assurance verwante" diensten genoemd onder de domeinen C en D in de MvT WTA. (Zie productie 1d: beoordeling en samenstellen van financiële verantwoordingen, vrijwillige controles, due-dilligence, mededelingen bij prospectussen, forensische en advieswerkzaamheden (waardebepalingen, fiscaal, juridisch, Human Resource etc.) Al deze diensten zijn niet wettelijk beschermd. De vraag welk belang de Staat daarmee diende is dus niet geheel irrelevant.

Productie 6a: [Betoog Westra over "assurance"](#), Bron pag. 23 productie 5a: *“Wat de VGC feitelijk doet, is een monopoly van de Wta-kantoren uitbreiden tot een breed scala van diensten. Alle ‘assurance-opdrachten’, alle samenstellingsopdrachten, alle specifieke werkzaamheden vallen daaronder. Al deze diensten zijn alleen nog te verlenen door een kantoor waar accountants de dienst uitmaken en dat over de vereiste schaalgrootte beschikt. De VGC geeft het NIVRA-bestuur vrij mandaat om de kantooreisen steeds verder op te schroeven, zodat op termijn alleen nog de grote accountantskantoren er aan kunnen voldoen. Maar de VGC zorgt niet alleen voor concurrentie aan de bovenkant van de markt. Ook de kleine kantoren en actieve postactieven moeten het ontgelden. De VGC is rücksichtslos en gewetenloos. Zodra je in concurrentie treedt met een groot kantoor, ook al gaat het om luttele bedragen, word je de facto genoodzaakt de RA-titel in te leveren. Dat zijn de monsterlijke consequenties van de VGC en dat zijn de monsterlijke consequenties van het voorstel waarover de voorzitter en u straks een oordeel vel. En nee, dames en heren, dit zijn niet de consequenties van de Code of Ethics. Het zijn niet de noodzakelijke gevolgen van de IFAC-regels. Nee, het zijn de gevolgen van specifiek, van de specifiek Nederlandse invulling die het NIVRA aan deze regels geeft. De beulen zitten niet in New York, dames en heren, nee, ze zijn onder ons.”* Inmiddels is de VGC vervangen door tal van andere regels. Omdat er nauwelijks controle op overtredingen is, wordt de "assurance" etc. soep niet altijd zo heet gegeten als op papier opgediend. Maar de situatie is wezenlijk ongewijzigd zoals blijkt uit de volgende productie.

Productie 6b: [Mail correspondentie met het hoofd vaktechniek NBA over "assurance"](#): op deze dringende herinnering antwoord te geven op deze vaktechnische belangwekkende vraag inzake "assurance" volgde nimmer antwoord. Ook niet na aandringen van vooraanstaande NBA-leden.

Productie 7 a t/m c: Toepassing artikel 11 EVRM

Op het hoofd "Artikel 11 EVRM" gebruikt de Staat onder punt 5.3 CvA enkele criteria om te bepalen of art. 11 EVRM van toepassing is op de publiekrechtelijke organisatie NBA. Punt 5.21 CvA betoogt dat de uitspraak van het Hof van Justitie (HvJ) zich beperkt tot mededingingsrecht. Naast het gestelde in de dagvaarding en producties 2 a t/m c, beogen onderstaande citaten duidelijk te maken dat die interpretatie afwijkt van EHRM Straatsburg en HvJ Luxemburg.

Productie 7a: Case of Chassagnou and Others v. France

pag. 37, ro 104: *“Justification for the interference. Such interference breaches Article 11 unless it is “prescribed by law”, is directed towards one or more of the legitimate aims set out in paragraph 2 and is “**necessary in a democratic society**” for the achievement of that aim or aims.”* Een goede beroeps uitoefening door accountants komt niet voor onder de legitieme doelen van paragraaf 2. Zoals de wet BIG aantoont kan dit doel in een **democratische maatschappij ook zonder verenigingsdwang** bereikt worden.

Pag. 39, ro 113: *“In the present case the only aim invoked by the Government to justify the interference complained of was “protection of the rights and freedoms of others”.* Lees hier het algemeen belang van een goede beroepsuitoefening door accountants (buiten de wettelijke controle waar AFM controleert).

Pag. 40, ro 113: “It is a different matter where restrictions are imposed on a right or freedom guaranteed by the Convention in order to protect “rights and freedoms” not, as such, enunciated therein. In such a case only **indisputable imperatives** can justify interference with enjoyment of a Convention right.” Er moeten dus **onbetwistbare imperatieven** bestaan om verenigingsdwang te rechtvaardigen voor het algemeen belang van een goede beroepsuitoefening door accountants (buiten de wettelijke controle waar AFM controleert).

Pag. 40, ro 114: “The applicants are opposed to hunting on ethical grounds and the Court considers that their “**convictions**” in this respect attain a certain level of cogency, cohesion and importance and are therefore worthy of respect in a democratic society. Accordingly, the Court considers that the obligation for persons opposed to hunting to join a hunters’ association may appear, *prima facie*, to be incompatible with Article 11. Moreover, an individual does not enjoy the right to freedom of association if in reality the freedom of **action or choice** which remains available to him is either non-existent or so reduced as to be of no **practical value**” Hier gaat het om persoonlijke “**overtuigingen**” van OvRAN leden die op goede gronden geen lid willen zijn van een NBA gedomineerd door grote kantoren die goede beroepsuitoefening onnodig bemoeilijken en waar de resterende **actie en keuze** geen **praktische waarde** heeft (titelverlies, verbod bepaalde taken etc.)

Productie 7b: Prof. Mr. J.M. van Veen, [Negative Freedom of Association: Article 11 ECHR](#)

Onder paragraaf “De jure Forced Association” punt 4 merkt van Veen op: “The ‘margin of appreciation’ of a Contracting State is therefore limited to a minimum if a limitation of a fundamental right provided for in the ECHR is involved with respect to rights and freedoms that are not provided for in the ECHR. The Contracting States thus have very little room to limit the operation of the ECHR by creating **competitive fundamental rights** and freedoms themselves that are not provided for in the ECHR.” Er blijkt dus nauwelijks ruimte te zijn voor een **concurrerende grondrecht** zoals in dit geval het algemeen belang van een goede beroepsuitoefening door accountants (buiten de wettelijke controle).

Productie 7c: [HvJ EU 1991; K. Höfner en F. Elser](#): Sinds dit arrest staat vast dat ook publiekrechtelijke monopolies zoals de NBA en NOvA (Nederlandse Orde van Advocaten) de in nu artikel 101 EU-Verdrag verboden besluiten van ondernemersverenigingen kunnen nemen. De dagvaarding onder redengeving 53 verwijst naar de verwante casus Wouters waar eveneens derden een NOvA besluit aanvochten dat de concurrentie beperkt. De dagvaarding concludeerde dat net als de NOvA ook de NBA een regulerend orgaan is van een beroep waarvan de uitoefening overigens een economische activiteit is. De Staat heeft niet weersproken dat zij wetten (WTA c.q. WAB) heeft aangenomen en NBA besluiten heeft goedgekeurd die enerzijds accountants individueel verplichten tot lidmaatschap en anderzijds organisaties van grotere accountantskantoren vrijstellen van alle regels voor accountants voor zover geen sprake is van wettelijke controle waar de AFM controleert. Punt 5.21 CvA betoogt dat het feit dat de NBA als ondernemersvereniging acteert irrelevant is want het gaat over mededingingsrecht en niet over art. 11 EVRM. Die conclusie lijkt moeilijk houdbaar. Het staat sinds dit arrest vast dat ondernemersverenigingen per definitie een economische activiteit uitoefenen. Het zou dan toch wel merkwaardig zijn als dergelijk ondernemingsverenigingen, zoals de NBA, de concurrentie niet mogen beperken maar wel, onder aanvoering van de Staat, grondrechten zouden mogen schenden. Zoals bijv. vrijheid van vereniging in art. 12, eigendom in art. 17, discriminatie in art. 21 van het Handvest Grondrechten. Temeer daar art. 52 lid 3 verklaart dat EVRM niet alleen dezelfde inhoud en reikwijdte heeft maar het Handvest ruimere bescherming biedt. Nu sinds *Dansk Industri v Erven Egitl Rasmussen* het HvJ de directe werking van artikel 11 EVRM recentelijk uitbreidde tot horizontaal, kan het beroep van de Staat op het publiekrechtelijke karakter van de NBA ook daarom niet meer baten.

Productie 8 a t/m b: Eigendomsrechten Art. 1 Eerste Protocol EVRM

Uit onderstaande producties blijkt dat de stellingen van de Staat op pag. 19, punten 6.5 tot 6.7, dat accountantstitels niet afdwingbaar dan wel slechts regulering van eigendom betekenen, niet houd-

baar zijn. De “**gerechtvaardigde verwachting die verder gaat dan alleen zuiver hopen op**” blijkt voldoende. In de casus van Marle kwalificeerde EHRM de Nederlandse accountantstitels derhalve duidelijk als eigendomsrecht (vermogensrechtelijk). Die casus ging overigens over accountants van wie indertijd niet vast stond dat zij voldoende qualificeerden voor de titel. Directe of indirecte verenigingsdwang kwam niet aan de orde met als gevolg dat regulering van titelgebruik via het tweede lid van het Eerste Protocol wegens algemeen belang gerechtvaardigd werd geacht in samenhang met overgangsmaatregelen. Zoals redengeving 61 dagvaarding al opmerkte bestaat een dergelijke strakke regeling voor titelbescherming alleen voor Nederlandse accountants. Het is juist deze samenhang met directe en indirecte verenigingsdwang, economische machtsposities, verboden mededingingsbeperking waardoor de rechtvaardigingsgrond algemeen belang in het tweede lid van het Eerste Protocol moet wijken.

Productie 8a: Council of Europe: [The right to property under the ECHR](#) pag. 7: “*Nevertheless, this does not mean that the notion of “possessions” is limited to “existing possessions”. Other assets, including claims in respect of which an applicant can argue that he or she has at least a “**legitimate expectation**” (which must be of a nature more concrete than a mere hope) that they will be realized, qualify as “possessions”. A claim may be regarded as an asset only when it is sufficiently established to be enforceable (“suffisamment établie pour être exigible”). No “legitimate expectation” can come into play in the absence of a sufficiently established claim. In contrast, a conditional claim cannot be considered an asset. Therefore, for example, a notary’s claim for fees can only be considered a “possession” when such a claim has in particular matter come into existence on the ground of services rendered by the notary and on the basis of the existing regulations for notaries’ fees.”*

Productie 8b: [EHRM 1986 Case of van Marle and Others v. the Netherlands](#)

“40. The Government, on the other hand, considered that the applicants had no “acquired right” to the use of the title “accountant” before the entry into force of the legislation regulating the use of that title. They contended that until then there was no legally recognised and protected right, but only a freedom to use the title. Moreover, in their opinion, even if there was an acquired right, it could not be classified as a “possession” within the meaning of Article 1 (P1-1). The Government also pointed out that as a matter of Netherlands law there was no such thing as a “right to goodwill” which could be regarded as property for the purposes of the Article. In the alternative, the Government submitted that there had been no breach of Article 1 (P1-1) as the purpose of the legislation was to promote the “general interest”.

41. The Court agrees with the Commission that the right relied upon by the applicants may be likened to the right of property embodied in Article 1 (P1-1): by dint of their own work, the applicants had built up a clientèle; this had in many respects the nature of a private right and constituted an asset and, hence, a possession within the meaning of the first sentence of Article 1 (P1-1). This provision was accordingly applicable in the present case.

42. The refusal to register the applicants as certified accountants radically affected the conditions of their professional activities and the scope of those activities was reduced. Their income fell, as did the value of their clientèle and, more generally, their business. Consequently, there was interference with their right to the peaceful enjoyment of their possessions.

Productie 9 a : Discriminatieverbod in art. 14 EVRM

Productie 9a: [Memorie van Toelichting wetsvoorstel WTA 34 469 2016](#), pag. 14: “*Volgens artikel 2, tweede lid, van de richtlijn is een wettelijke auditor een natuurlijke persoon die door de bevoegde autoriteiten van een lidstaat in overeenstemming met de richtlijn is toegelaten tot het uitvoeren van wettelijke controles van jaarrekeningen. De definitie van wettelijke auditor is niet aangepast door de wijzigingsrichtlijn. In de Nederlandse situatie gaat het om de externe accountant, als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel f, van de Wta. De externe accountant moet ingevolge het bestaande artikel 27 van de Wta een Registeraccountant (RA) of een controlebevoegde Accoun-*

tant-Administratieconsulent (AA) zijn. De richtlijn bevat een regeling voor de toelating van wettelijke auditors uit andere lidstaten. Wettelijke auditors, die in een andere lidstaat zijn toegelaten tot het verrichten van controles als bedoeld in artikel 2, onderdeel 1, van de richtlijn, dienen ook in Nederland te worden toegelaten tot het verrichten van wettelijke controles. Daarbij mogen geen strengere eisen worden gesteld dan het doorlopen van een aanpassingsstage of het afleggen van een examen waarbij de kennis van de Nederlandse wet- en regelgeving die van belang is voor de beoordeling van financiële overzichten, wordt getoetst. Onder de bestaande wettelijke regeling kunnen wettelijke auditors uit een andere lidstaat als externe accountants worden ingeschreven in het register van de AFM, indien zij reeds zijn ingeschreven in het register van de NBA als RA of AA. Voor de inschrijving in het NBA register dient de wettelijke auditor een verklaring van vakbekwaamheid te verkrijgen van de Commissie eindtermen accountantsopleiding (CEA). Deze verklaring wordt alleen afgegeven als de wettelijke auditor met goed gevolg een examen heeft afgelegd waarbij de kennis van het Nederlands recht en de voor accountants geldende gedrags- en beroepsregels is getoetst. In lijn met de richtlijn wordt thans voorgesteld om de procedure voor de toelating van wettelijke auditors uit andere lidstaten te versimpelen. Daarbij zal niet langer als eis worden gesteld dat een wettelijke auditor, die in een andere lidstaat is toegelaten tot het verrichten van controles als bedoeld in artikel 2, onderdeel 1, van de richtlijn, eerst als accountant bij de NBA moet worden ingeschreven alvorens hij of zij als externe accountant kan worden opgenomen in het register van de AFM. Op grond van de voorgestelde regeling kan een wettelijke auditor uit een andere lidstaat, na het verkrijgen van een verklaring van vakbekwaamheid door de CEA, op aanvraag rechtstreeks worden ingeschreven in het register van de AFM.” De Staat dateerde zijn CvA op 21 juni, derhalve na inwerking treden op 17 juni 2016 van wetsvoorstel 34 469 ingevolge richtlijn nr. 2014/56/EU. Als gevolg is zijn toelichting in de punten 6.12 en 6.13 CvA achterhaald. Dit nieuwe wetsvoorstel 34 469 maakt de inschrijving in het accountantsregister NBA overbodig voor accountants die in het buitenland zijn toegelaten tot de wettelijke controle na verkrijging van een Nederlandse verklaring van vakbekwaamheid. Nederlandse OvRAN-leden voldoen aan alle voorwaarden voor een dergelijke Nederlandse verklaring maar kunnen zich toch niet bij AFM laten inschrijven want daarvoor is inschrijving bij NBA nodig. Dat is zonder meer strijdig met de volgende wettelijke regelingen:

*art. 14 EVRM: Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, **nationale** of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.*

*art. 1 Protocol nr. 12 EVRM: 1. Het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd zonder enige discriminatie op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, **nationale** of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status. 2. Niemand mag worden gediscrimineerd door enig openbaar gezag op, met name, een van de in het eerste lid vermelde gronden.*

*art. 21 Handvest: Binnen de werkingssfeer van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en het Verdrag betreffende de Europese Unie en onverminderd de bijzondere bepalingen van die Verdragen, is elke discriminatie op grond van **nationaliteit** verboden.*

*art. 18 Werkingsverdrag EU: Binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van **nationaliteit** verboden.*

Productie 10 a t/m b: Concurrentie en ondernemingsverenigingen, art. 6 WM, bewijslast I

Onderstaande producties hebben betrekking op de stelling van de Staat onder punt 7.2 pag. 22 CVA over de bewijslastverdeling. Voor wat betreft de NBA blijkt dat de bewijslast verschuift naar de ondernemingsvereniging bij alle besluiten die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Bewijs van misbruik van machtspositie is onnodig. Het enkele gevolg dat mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst is voldoende.

Productie 10a: [Memorie van Toelichting Mededingingswet 24 707 1996.](#)

Pag. 9 MvT onder het hoofd Uitgangspunten licht punt 4 toe dat: *“Het eerste uitgangspunt is dat concurrentie goed is, maar dat ook bepaalde vormen van samenwerking tussen ondernemingen tot maatschappelijke voordelen kunnen leiden. Wel moeten **die ondernemingen aannemelijk** maken dat die samenwerking dat soort voordelen met zich mee zal brengen. Ook moeten zij aannemelijk maken dat de aan die samenwerking verbonden concurrentiebeperking niet verder gaat dan noodzakelijk is om die voordelen te bewerkstelligen, en dat er voldoende concurrentie op de desbetreffende markt overblijft. De mededingingswet zal gericht zijn op het tegengaan van de ongewenste economische effecten van concurrentiebeperkingen.”*

Pag. 11 MvT onder het hoofd “verbod van mededingingsafspraken”, licht punt 5.1 toe dat:

– *“In de tweede plaats vallen onder het verbod besluiten van ondernemersverenigingen in de zin van artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag. Onder ondernemersvereniging wordt iedere organisatie verstaan die een aantal ondernemingen verenigt. Zij hoeft niet de juridische vorm van een vereniging te hebben en hoeft zelfs geen rechtspersoonlijkheid te bezitten.”* en voorts:

– *“Volgens artikel 6 zijn overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen verboden, als zij ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Overeenkomsten en besluiten vallen onder dat verbod, als duidelijk is dat zij die strekking hebben, ongeacht of zij ook dat gevolg hebben. Die strekking kan blijken uit de overeenkomst of het besluit zelf of uit de omstandigheden. Onderling afgestemd feitelijk gedrag valt naar zijn aard eerst onder het verbod, als er een begin van uitvoering heeft plaatsgevonden. Van een feitelijk mededingingsbeperkend gevolg hoeft daarvoor geen sprake te zijn.”*

Uit deze productie volgt dat de nationale rechter moet nagaan of OvRAN zoals bijv. gesteld onder de redengevingen 65-67 dagvaarding, voldoende bewijs levert dat de NBA een ondernemingsvereniging is als gevolg van het wetgevend en toezien optreden van de Staat er toe strekkend of ten gevolge hebbend dat mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Als dat is vastgesteld moet de Staat **aannemelijk maken** dat de aan die samenwerking verbonden concurrentiebeperking niet verder gaat dan noodzakelijk om die voordelen te bewerkstelligen, en dat er voldoende concurrentie op de desbetreffende markt overblijft. Bij die bewijsvoering is de Staat gebonden aan strakke regels van EU Verordening 1/2003 van 16 december 2002 inzake mededinging. Zie daarvoor de toelichting bij productie 10c.

Productie 10b: [Otoc \(Portugal, gecertificeerde boekhouders\)](#), 2013: *Het Hof verklaart voor recht:*

1) *Een reglement zoals het Regulamento da Formação de Créditos (reglement voor het verkrijgen van opleidingpunten), dat door een beroepsorde zoals de Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (orde van beëdigde boekhouders) is vastgesteld, dient te worden aangemerkt als een besluit van een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU. De omstandigheid dat een beroepsorde, zoals de Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, wettelijk verplicht is om een stelsel van verplichte permanente educatie voor beëdigde boekhouders in te stellen, onttrekt de door deze beroepsorde vastgestelde regels niet aan de werkingssfeer van artikel 101 VWEU, voor zover deze regels uitsluitend aan deze beroepsorde kunnen worden toegerekend. De omstandigheid dat deze regels geen rechtstreekse invloed hebben op de economische activiteit van de leden van die beroepsorde, doet niet af aan de toepassing van artikel 101 VWEU aangezien de inbreuk die deze beroepsorde wordt verweten, betrekking heeft op een markt waarop deze beroepsorde zelf een economische activiteit uitoefent.*

2) *Een door een beroepsorde zoals de Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas vastgesteld reglement dat een stelsel van verplichte permanente educatie van beëdigde boekhouders instelt teneinde de kwaliteit van de dienstverlening van laatstgenoemden te waarborgen, zoals het reglement voor het verkrijgen van opleidingpunten, vormt een bij artikel 101 VWEU verboden mededingingsbeperking, voor zover dit reglement de mededinging op een aanzienlijk deel van de relevante markt uitschakelt in het voordeel van deze beroepsorde en op het andere deel van deze markt discriminatoire voorwaarden oplegt ten nadele van de concurrenten van genoemde beroepsorde. Het staat aan de nationale rechter om dit na te gaan.*

Uit deze uitspraak betreffende de Portugese variant Otoc van de NBA als wettelijk gereguleerde accountantsvereniging blijkt evenzeer dat de nationale rechter moet nagaan of de verschillende NBA verordeningen de mededinging op een aanzienlijk deel van de relevante markt uitschakelt en op het

andere deel van deze markt discriminatoire voorwaarden oplegt ten nadele van concurrenten van de NBA zoals OvRAN. Gezien deze bewoordingen, lijkt het er op dat bij ondernemingsvereniging zoals de NBA het enkele feit van het bestaan van bijv. een PE-reglement al voldoende is om een mededingingsbeperking te veronderstellen. Het tegenbewijs leek Otoc volgens dit arrest niet te kunnen leveren. Een economische machtspositie is daarvoor niet nodig. In deze casus staat vast dat regelgeving de concurrentie beperkt want leden van OvRAN mogen de taken in domein A (wettelijke controle) en B (verklaringen waar de wet een NBA-lid voorschrijft) niet uitvoeren. Ook staat vast dat grotere kantoren zich kunnen vrijstellen van alle accountancy-regelgeving wat de concurrentie vervalst. Een van deze gevolgen is al voldoende blijkt uit dit arrest.

Productie 10c: [EU Verordening 1/2003 van 16 december 2002 inzake mededinging.](#)

Onder het hoofd “Bewijslast” stelt art. 2: *“In alle nationale of communautaire procedures tot toepassing van artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag dient de partij of autoriteit die beweert dat een inbreuk op artikel 81, lid 1, of artikel 82 van het Verdrag is gepleegd, de bewijslast van die inbreuk te dragen. De onderneming of ondernemersvereniging die zich op artikel 81, lid 3, van het Verdrag beroept, dient daarentegen de bewijslast te dragen dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan.”* Artikel 81 lid 3 is vernummerd naar 101 lid 3 van het Werkingsverdrag EU en handelt over mogelijke rechtvaardigingsgronden voor inbreuk. Inbreuken ingevolge lid 3 zijn alleen gerechtvaardigd mits *“die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen*

a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.”

In het licht van het arrest Otoc, duizenden pagina's NBA regelgeving tot stand gekomen onder toezicht en met goedkeuring van de Staat in combinatie met wetgeving die tot een wettelijk NBA monopolie leidt waar grote kantoren zich van kunnen vrijstellen, lijkt aan de bewijslast voor het bestaan van inbreuk te zijn voldaan. Het is derhalve aan de Staat te bewijzen dat afdoende rechtvaardigingsgronden bestaan om deze inbreuk rechtvaardigen, waarvan akte!

Productie 11 a t/m c: Concurrentiebeperking en kartelverbod, art. 6 WM, bewijslast II

Onderstaande producties hebben betrekking op de stellingen van de Staat in de CvA onder punt 7.2 en volgende over relevante markten, marktomvang, merkbaarheidstoets, onderling afgestemde gedragingen, toerekenbaarheid van de Staat etc.

Productie 11.a: [AFM Marktanalyse accountantsorganisaties 2010 – 2014:](#) Punt 3.2 op pagina 12 maakt duidelijk dat het Big Four marktaandeel eind 2014 in het aantal wettelijke controles 52% bedroeg. Wanneer niet naar aantal wordt gekeken maar naar omzet, is aannemelijk dat dit marktaandeel toeneemt. Hoe dan ook is een marktaandeel van 52% duidelijk boven de toelaatbaar geachte Herfindahl-index uit de EU richtsnoer 2004/C 31/03 (50% of meer). Dit vormt samen met de minimalisregeling (zie volgende punt) voldoende bewijs voor het bestaan van een machtspositie op de markt. Sluitend bewijs van misbruik is vrijwel onmogelijk te leveren en onnodig. Voldoende is immers onderling afgestemde feitelijke gedragingen via onder meer de getrapte meerderheid voor Big-Four kantoren in het NBA-bestuur. Die strekt er toe of heeft als feitelijk gevolg dat onder Staatstoezicht de mededinging wordt verhinderd of beperkt samen met wetgeving die tot dit wettelijk NBA monopolie leidt. Het is derhalve aan de Staat te bewijzen dat afdoende rechtvaardigingsgronden bestaan om deze inbreuk rechtvaardigen.

Productie 11b: [Minimisregeling EU 2014:](#)

4. “Overeenkomsten kunnen ook buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen omdat zij de handel tussen de lidstaten niet merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden. Deze mededeling geeft niet aan wat een „merkbare beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten”

inhoudt. Aanwijzingen in dat verband zijn te vinden in de mededeling van de Commissie betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” (4), waarin de Commissie, aan de hand van de combinatie van een marktaandeeldrempel van 5 % en een omzeldrempel van 40 miljoen EUR, kwantificeert welke overeenkomsten — in beginsel — de handel tussen lidstaten niet merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden (5). Die overeenkomsten vallen normaal gesproken buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag, zelfs indien deze ertoe strekken de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen.”

5. In gevallen die onder deze mededeling vallen, zal de Commissie noch na een klacht, noch ambts-halve een procedure inleiden. Bovendien zal de Commissie, wanneer zij een procedure heeft ingeleid, maar ondernemingen kunnen aantonen dat zij te goeder trouw aannamen dat de in de punten 8, 9, 10 en 11 vermelde marktaandelen niet werden overschreden, geen geldboeten opleggen. Hoewel de rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten in de lidstaten bij het toepassen van artikel 101 van het Verdrag niet door deze mededeling gebonden zijn, is zij mede bedoeld als leidraad voor die instanties.

6. De in deze mededeling uiteengezette beginselen zijn ook van toepassing op besluiten van ondernemersverenigingen en op onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

Ingevolge deze minimusregeling voldoet ieder Big-Four kantoor ruimschoots aan de combinatie van marktaandeel groter dan 5 % + omzeldrempel van 40 miljoen EUR zoals redengeving 71 dagvaarding laat zien. Derhalve wordt aan de merkbaarheidstoets voldaan. De marktdefinitie is ook duidelijk. Het gaat over de totale markt voor diensten geleverd door in Nederland gevestigde accountantskantoren met inbegrip van wettelijke controles. Het begrip accountantskantoor wordt bepaald door de voorschriften voor inschrijving als openbaar accountant in het NBA accountantsregister (dus niet ingeschreven als interne of overheidsaccountant, accountant in business of lid zonder arbeidsinkomen). De totaalomzet van de kantoren waarvan kantoorleden zijn ingeschreven als openbaar accountant bepaalt de omvang van de relevante markt.

Er hoeft geen bewijs te worden geleverd dat de Big Four kantoren beoogden of samenspannen, bijv. via witte busjes, om de mededinging te beperken of te vervalsen. Het feitelijke gevolg maakt art. 6 WM al toepasbaar. Die onderling afgestemde feitelijke gedragingen vonden plaats via de getrapte meerderheid in het bestuur van een ondernemersvereniging onder Staats-toezicht in combinatie met wetgeving en uitzonderlijk strenge straf- en bestuursrechtelijke vervolging door het Ministerie van Financiën van titel'overtreedingen'. Een dergelijk verband maakt de Staat aansprakelijk voor dit wettelijke NBA monopolie waardoor OvRAN-leden in domein A (wettelijke controle) en B (verklaringen waar de wet een NBA-lid voorschrijft) niet mogen werken.

Productie 11c: Commissie mededeling over de bepaling van de relevante markt: Onder het hoofd “Berekening van Marktaandelen deelt de commissie mede onder punt 53: *“De bepaling van de relevante markt als productmarkt of als geografische markt maakt het mogelijk de aanbieders en de afnemers/verbruikers die op deze markt actief zijn, te identificeren. Op grond daarvan kan de totale marktomvang en de marktaandelen van elke aanbieder worden berekend op basis van de door hen afgezette relevante producten in het relevante gebied. In de praktijk zijn gegevens inzake de totale marktomvang en de marktaandelen vaak te vinden in marktbronnen, zoals ramingen van ondernemingen en bij bedrijfsadviseurs en/of bedrijfsverenigingen bestelde studies. Wanneer dit niet het geval is of wanneer de beschikbare ramingen niet betrouwbaar zijn, verzoekt de Commissie gewoonlijk elke aanbieder in de relevante markt gegevens over zijn eigen verkoop te verstrekken, teneinde de totale marktomvang en de marktaandelen te berekenen.”* Indien de onder redengeving 71 dagvaarding aangeleverde feiten en schattingen, onvoldoende betrouwbaar zouden worden geacht, valt een dergelijke kostbare en arbeidsintensieve opdracht aan alle NBA of AFM accountantskantoren te overwegen. Ook zonder een dergelijke herberekening, leiden de beide voorgaande punten echter al tot de conclusie dat sprake is van onderling afgestemde feitelijke gedragingen.