

## **I. Inleiding**

1) Het ACM besluit d.d. 26 mei 2021 tot afwijzing van het handhavingsverzoek OvRAN wekte al enige verbazing gezien de bewijsvoering in de producties genoemd in deze voetnoot<sup>1</sup>. Die verbazing was toen gestoeld op het in het bezwaarschrift aangetoonde gebrek aan dossierkennis en onvoldoende c.q. onjuiste juridische analyse c.q. vooringenomenheid. Oorzaak daarvoor was vermoedelijk het feit dat het naar de mening van een van de onderzoekers niet op de weg van de ACM ligt om het beleid van het Ministerie van Financiën en door de overheid gevormde publiekrechtelijke organisaties zoals de NBA ter discussie te stellen.

2) In het nieuwe besluit ACM d.d. 15 oktober 2021 ( kenmerk ACM/UIT/554846) op bezwaar van 26 mei 2021 is geen sprake meer van gebrek aan dossierkennis gezien het bezwaarschrift en de hoorzitting. Randnummer 8 van dit besluit op bezwaar licht toe dat OvRAN in de gelegenheid is gesteld opmerkingen te maken over het concept verslag van de hoorzitting en stelt vast dat *“De OvRAN heeft geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.”* Dat is juist. Het concept verslag bevatte talrijke feitelijke opmerkingen van beide zijden, al dan niet correct in de context geformuleerd. Het is tijdrovend en betrekkelijk zinloos over de juiste weergave van die feitelijke opmerkingen een discussie te starten. Van de andere kant bevatten sommige opmerkingen van de zijde van de ACM voldoende aanwijzingen om inhoudelijke conclusies te trekken over de opmerking van de voorzitter dat *'de hoorcommissie zich nog geen mening over deze kwestie heeft gevormd. De vragen van de hoorcommissie dienen ervoor te zorgen dat zij de zaak beter begrijpen.'* Uit de volgende drie feiten blijkt echter dat de ACM c.q. de voorzitter van de hoorcommissie wel degelijk al een standpunt over deze kwestie had ingenomen.

– Allereerst de aanvliegroete van de ACM om nog voor de bezwaarfase simpele gesprekjes bij de NBA en Minfin aan te gaan zonder in te gaan of door te vragen naar de onderliggende geschilpunten die wijzen op concurrentievervalsing. Vervolgens de conclusie van de voorzitter al tijdens het verhoor *"dat het bestuur – in elk geval op dit moment – representatief is voor het lidmaatschap van de NBA"*. De wetenschap dat art. 12 lid 6 WAB en art. 1.1 Beginselen van goed NBA-bestuur voorschrijven dat het NBA bestuur: *“een evenwichtige afspiegeling van de accountantsberoepsgroep vormt, waarin de verschillende categorieën accountants naar de aard van hun werkzaamheden in het bestuur zijn vertegenwoordigd”* en dus geen Big Four vertegenwoordigers zou mogen tellen, kan de ACM toch nauwelijks zijn ontgaan.

– En tot slot het niet doorvragen over de drie uitgewerkte voorbeelden van concurrentievervalsing en de gevolgen van de netwerkdefinitie in samenhang met de begrippen 'assurance' en 'aan assurance verwant'. Uit die drie feiten concludeerde OvRAN dat de hoorcommissie zich wel degelijk een vooringenomen standpunt over deze kwestie heeft gevormd. En een discussie over een concept verslag van de hoorzitting is niet de juiste plaats om een dergelijke vooringenomenheid te bestrijden. Als gevolg van die vooringenomenheid van de ACM valt nu op dat de nieuwe juridische analyse van de ACM zich baseert op feiten c.q. stellingen die nimmer door OvRAN naar voren zijn gebracht en daarnaast verzuimt in te gaan op andere naar voren gebrachte feiten en juridische argumenten. Het navolgende licht dit nader toe.

---

<sup>1</sup>Productie 1: Concept-brief-ACM-V2.pdf

Productie 2a: Concept-klacht-bij-ACM-wegens-concurrentievervalsing-NBA-memo.pdf

Productie 2b: Concept-productie-1-NBA-as-Big-Four-Cartel.pdf

Productie 2c: Concept-productie-2-Praktijkvoorbeelden.pdf

Productie 3: Productie-3-Praktijkvoorbeelden-uitgewerkt-naar-Corporate-Finance.pdf

Productie 4: Productie-2-Praktijkvoorbeelden-uitgewerkt-naar-Interim-Management.pdf

Productie 5: Productie-1-Praktijkvoorbeelden-uitgewerkt-naar-een-klein-MKB-accountantskantoor.pdf

## **II Uitwerking**

### **II A: Ondernemersvereniging**

- 3) In randnummer 17 van het nieuwe besluit ACM d.d. 15 oktober 2021 stelt de ACM dat naar de mening van OvRAN *“de ACM in het bestreden besluit naar haar mening zou hebben moeten vaststellen dat de NBA zich wel kwalificeert als een onderneming, zoals bedoeld in artikel 1, aanhef en onder f, van de Mw.”* En concludeert vervolgens onder randnummer 18 dat de NBA niet is aan te merken als een onderneming in bovenbedoelde zin. Met alle respect voor de ACM is deze opmerking in randnummer 17 volstrekt onjuist. OvRAN heeft immers nooit gesteld dat de NBA kwalificeert als onderneming. Derhalve is de conclusie in randnummer 17 dat de NBA geen onderneming is op zich wel juist, maar volstrekt irrelevant. OvRAN heeft wel en dat bij herhaling gesteld dat de NBA kwalificeert als een ondernemersvereniging.
- 4) In de randnummers 19 tot en met 22 brengt de ACM vervolgens diverse argumenten naar voren waarom de NBA niet kwalificeert als een ondernemersvereniging. Met alle respect voor de ACM lijkt het passend deze argumenten stap voor stap te weerleggen. In randnummer 21 stelt de ACM bijv. dat: *“Om met zekerheid vast te kunnen stellen of de NBA een ondernemersvereniging is, zou de ACM echter ook moeten onderzoeken of de regelgeving van de NBA neerkomt op de uitoefening van overheidsprerogatieven.”* Dat onderzoek is allereerst niet nodig want gezien de recente uitspraak van de HR in het arrest d.d. 6 december 2019 nummer 18/02848 kwalificeert randnummer 3.1.4 de NBA als: *“publiekrechtelijke vereniging, die dan niet kan worden aangemerkt als een vereniging in de zin van art. 11 EVRM.”* Dat onderzoek is voorts overbodig want jurisprudentie waaruit blijkt dat de status van ondernemersvereniging op enigerlei wijze verbonden zou zijn aan de uitoefening van overheidsprerogatieven bestaat niet.
- 5) Vervolgens concludeert de ACM in datzelfde randnummer 20: *“Duidelijk is dus dat de OvRAN in bezwaar niet eigenstandig commercieel gedrag van deze partijen centraal stelt, maar hun betrokkenheid bij het vaststellen van beroepsregels die op dat commerciële gedrag van invloed kunnen zijn. Om die reden heeft de ACM haar beoordeling in het bestreden besluit terecht beperkt tot de vraag of het handelen van de NBA is aan te merken als (verboden) gedrag van een ondernemingsvereniging.”* Feit is dat OvRAN nimmer heeft betoogt dat het eigenstandig commercieel gedrag van de Big Four kantoren niet van belang zou zijn. Sterker nog, naar de mening van OvRAN is dit eigenstandig commercieel gedrag van de Big Four kantoren juist de eigenlijke oorzaak van het voorliggende concurrentie probleem. Afdoend schriftelijk bewijs daarvoor kan OvRAN uiteraard niet vinden. Wel aanwijzingen zoals het opkopen van kabinetsleden, feiten uit de lobby naar politieke partijen, stemgedrag op bestuursvergaderingen, medewerkers naar ledenvergaderingen sturen, op zich allemaal niet verboden. De ACM conclusie om zonder enige feitelijke basis geen *eigenstandig commercieel gedrag* van de Big Four te willen onderzoeken is daarom onterecht en toont de vooringenomenheid van ACM aan zoals die ook blijkt uit de ongefundeerde ACM-conclusie: *“dat er – zoals uit het volgende onderdeel van dit besluit blijkt – geen aanwijzingen zijn voor de door de OvRAN gestelde inbreuk op de mededingingsregels.”* Het ongefundeerd zijn van die ACM-conclusie blijkt onder meer uit de volgende randnummers van dit beroepschrift.
- 6) Bijv. uit de conclusie van de ACM in randnummer 21: *“Zelfs als er vanuit wordt gegaan dat de NBA een ondernemersvereniging is, geldt namelijk dat er – zoals uit het volgende onderdeel van dit besluit blijkt – geen aanwijzingen zijn voor de door de OvRAN gestelde inbreuk op de mededingingsregels.”* Dat is een ernstige misvatting! Allereerst heeft OvRAN aan de stelplicht en bewijslast voor concurrentievervalsing ruimschoots voldaan via onder meer de drie voorbeelden over corporate finance, interim management en kleine MKB accountantskantoren naast

## Beroepschrift tegen besluit ACM d.d. 15 oktober 2021 tot afwijzing bezwaar OvRAN

stemgedrag en stemverhoudingen in bestuurs- en ledenvergaderingen NBA. Als gevolg stelt het bezwaarschrift terecht in randnummer 17: *“Mocht evenwel de ACM van mening blijven niet te beschikken over voldoende 'aanwijzingen van een overtreding van het kartelverbod tot doel en/of als gevolg heeft de mededinging te beperken.' wijzen we op de omgekeerde bewijslast voor ondernemersverenigingen die volgt uit lid 4 van art. 6 MW”*. Derhalve is het niet aan de ACM maar aan de NBA om aan te tonen dat er geen aanwijzingen zijn voor de door OvRAN gestelde inbreuk op de mededingingsregels. Het voorbijgaan aan die omgekeerde bewijslast voor ondernemersverenigingen toont evenzeer vooringenomenheid van ACM aan. Temeer daar uit het navolgende zal blijken dat de bewijslast al heel snel verschuift van de steller naar de overtreder wanneer bijv. sprake is van “potentiële” gevolgen, strekkingsbedingen, standaardiseringsovereenkomsten en kartels. Dit alles kan een professionele organisatie als de ACM toch niet zijn ontgaan.

- 7) Vervolgens concludeert de ACM in randnummer 22: *“Anders dan de OvRAN in bezwaar betoogt, is er dus evenmin aanleiding te onderzoeken of de Big Four samen een economische machtspositie hebben.”* Die conclusie is onbegrijpelijk. Ook al zou de NBA geen ondernemersvereniging zijn, quod non, kunnen de Big Four kantoren samen toch wel degelijk een economische machtspositie kunnen hebben? Waarom heeft de ACM dat niet nader onderzocht? Bijv. samen met de geciteerde feiten over de Herfindahl index geciteerd onder randnummer 18 van het bezwaarschrift. Enig nader onderzoek is dan wel degelijk wenselijk. Bijv. een uitsplitsing van deze index naar deelmarkten, zoals de deelmarkt van verificatie opdrachten van MinFin aan accountantskantoren incl. de Big Fourkantoren. De vraag komt ook op, of het wel aan de ACM is simpelweg te concluderen dat, als gevolg van het feit dat de NBA geen ondernemersvereniging zou zijn, de Big Four kantoren samen derhalve ook geen economische machtspositie zouden kunnen hebben. En dit alles slechts op grond van de volgende onderdelen van dit ACM besluit in de ACM randnummers 23 tot en met 28 met het ongefundeerde betoog dat er *geen aanwijzingen zijn voor de door de OvRAN gestelde inbreuk op de mededingingsregels*.
- 8) Beide voorgaande randnummers roepen de vraag op waarom de ACM aan deze duidelijke regel over omgekeerde bewijslast geheel voorbij gaat. Om vervolgens te trachten zelf maar 'bewijs' te gaan vinden dat er *'geen aanwijzingen zijn voor de door de OvRAN gestelde inbreuk op de mededingingsregels'*. En dat 'bewijs' wordt vervolgens gevonden door alleen simpele verwijzingen naar de ledenvergadering als hoogste NBA orgaan. Waarom slooft de ACM zich uit waar de omgekeerde bewijslast alleen en allereerst de NBA raakt en er daarbij geen enkele taak is weggelegd voor de ACM? In het kader van de omgekeerde bewijslast had de ACM allereerst de NBA moeten verzoeken te reageren op de beschuldiging dat haar regelgeving concurrentievervalsing impliceert dan wel zou kunnen impliceren, in plaats van zonder serieus feitenonderzoek simpelweg te stellen dat er: *“geen aanwijzingen zijn voor de door de OvRAN gestelde inbreuk op de mededingingsregels.”*
- 9) Paragraaf “4.3. Onvoldoende aanwijzingen voor een overtreding van artikel 6 van de Mw” bevat dit 'bewijs' in de randnummers 23 tot en met 28. De ACM beperkt daarin echter haar 'bewijsvoering' tot een simpele verwijzing naar de ledenvergadering als het hoogste NBA orgaan. Terwijl iedereen weet dat democratische besluitvorming een teer kasplantje is waar zorgvuldig mee moet worden omgegaan omdat bij grote belangen manipulatie voor de hand ligt.

9.1) In dit kader zij op het volgende gewezen. Het is natuurlijk waar dat geen wet of toezichthouder kan voorkomen dat een onderneming of ondernemersvereniging geheel langs de formele interne democratische besluitvormingsprocessen in besturen en aandeelhouders-c.q. ledenvergaderingen besluiten neemt die concurrentievervalsing impliceren. Maar wat wel vreemd is dat een toezichthouder vervolgens een dergelijk 'democratisch' tot stand ge-

## Beroepschrift tegen besluit ACM d.d. 15 oktober 2021 tot afwijzing bezwaar OvRAN

komen besluit rechtvaardigt met een simpele verwijzing naar dat besluitvormingsproces. En dat zonder zelfs maar in te gaan op de inhoud van de besluiten.

- 9.2) En daarnaast ook verzuimt om stil te staan bij de vraag dat het toch wel heel bijzonder is dat in de wetenschap dat de ledenaantallen van NBA-leden bij Big Four kantoren 5.2% bedraagt desondanks alle andere 94,8% NBA-leden in een echte democratie ingestemd zouden hebben met beroepsregels die deze 94,8% NBA-leden het beroepsleven moeilijker maakt maar waarvan de Big Four kantoren zich vrijstellen.
- 9.3) Daarnaast verwaarloost de ACM ten onrechte de volgende andere belangrijke aspecten: Nu de ACM van mening blijft dat er geen sprake is van een kartel c.q. ondernemersvereniging c.q. misbruik van een economische machtspositie zij gewezen op randnummer 21 van het bezwaarschrift. Daar legt de EU Commissie de basisregel in lid 1 van art. 6 MW als volgt uit in randnummer 24 van haar Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten<sup>2</sup>: “*Van mededingingsbeperkende strekking is sprake bij beperkingen welke naar hun aard de mededinging **kunnen** beperken in de zin van artikel 101, lid 1. Het is niet nodig de daadwerkelijke of potentiële mededingingsbeperkende gevolgen van een overeenkomst op de markt te onderzoeken, zodra eenmaal is gebleken dat deze een mededingingsbeperkende strekking heeft.*” En de drie aangeleverde voorbeelden over corporate finance, interim management en kleine MKB accountantskantoren laten geen enkele twijfel bestaan dat diverse aspecten van de NBA regelgeving niet alleen een mededingingsbeperkende strekking **kunnen** hebben maar ook daadwerkelijk hebben. Ten overvloede verwijst de EU commissie naar deze voetnoot<sup>3</sup> waaruit volgt dat ook *potentieel* mededingingsversturende effecten al verboden zijn. En wanneer regelgeving toelaat dat tussen concurrerende bedrijven die zich beide presenteren onder de vlag accountancy, de ene partij gebonden is aan strikte regelgeving en de andere partij niet, heeft dat zeker potentieel mededingingsversturende effecten. Waarom gaat de ACM aan deze feiten samen met een duidelijke regel, jurisprudentie en voorbeelden geheel voorbij?
- 9.4) De oorzaak is vermoedelijk dat de de ACM de feitelijke en juridische betekenis van de drie praktijkvoorbeelden over corporate finance, interim management en kleine MKB accountantskantoren totaal niet heeft begrepen. Het feit dat in onderdeel 4. Beoordeling van het bezwaar de ACM deze voorbeelden zelfs niet vermeldt wijst daar al op. Kennelijk heeft de ACM niet begrepen dat buiten de standaard werkzaamheden in een organisatie waar NBA-leden werken, de onduidelijkheid van de begrippen assurance en aan assurance verwant bijna continu financiële en emotionele spanningen oproept. En de meeste NBA-leden werken nu eenmaal niet bij accountantskantoren zoals het publiek dat verstaat.
- 9.5) Zoals uiteengezet in de drie voorbeelden moet als gevolg van de NVKS voorschriften a. een kwaliteitsbepaler worden aangesteld, b. een kwaliteitsbeleid worden vastgesteld en c. een stelsel van kwaliteitsbeheersing worden ingericht. Aan ieder van die drie onderdelen a. b. en c. worden tal van vaag geformuleerde eisen gesteld die vooral geschreven lijken te zijn voor grotere organisaties: bijv. meerdere schriftelijke jaarlijkse vastleggingen, regelmatige rapportages, bewaarplicht, beroepsaansprakelijkheidsverzekering, plaatsvervanger, kwaliteitsbepaler, kwaliteitsmanager, onafhankelijkheidsfunctionaris, etc. Ga maar aanstaan als zelfstandige of in een kleine organisatie. Dat is bijna niet te organiseren laat staan te betalen voor niet repetitieve opdrachten.
- 9.6) Als gevolg wordt je beroepsleven voortdurend gevuld met lastige keuzes. Betekent het aanvragen van een korte of langdurige opdracht dat sprake is of kan zijn van een assurance en

<sup>2</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX%3A52011XC0114%2804%29&from=NL>

<sup>3</sup> 6) Artikel 101, lid 1, verbiedt zowel daadwerkelijke als potentiële mededingingsversturende effecten, zie bijvoorbeeld zaak C-7/95 P, John Deere, Jurispr. 1998, blz. I-3111, punt 77; zaak C-238/05, Asnef-Equifax, Jurispr. 2006, blz. I-11125, punt 50.

## Beroepschrift tegen besluit ACM d.d. 15 oktober 2021 tot afwijzing bezwaar OvRAN

aan assurance verwant opdracht? Moet ik die opdracht dan wel aannemen en de financiële en organisatorische consequenties aanvaarden? Kan ik de kosten wel door belasten bij mijn cliënt of prospect of verlies ik dan de deal? Of kan ik die kosten niet door belasten en moet ik dan de regels maar aan mijn laars lappen? Of moet ik mijn accountants titel maar opgeven samen met mijn NBA-lidmaatschap. En het summum vormt levensechte ervaringen van belangrijke prospects. Wanneer die prospect zegt liever met jou in zee te gaan maar dat niet kan doen want dat BigFour kantoor doet ook de wettelijke controle en vind het nu eenmaal niet leuk als klanten met derden aanpappen.

- 9.7) Een mogelijke verklaring van dit veronachtzamen door de ACM is de mening dat die regelgeving nu eenmaal de consequentie is van het NBA-lidmaatschap en geen verantwoordelijkheid van de ACM. Dat is uiteraard waar maar laat onverlet het feit dat wanneer BigFour kantoren zich kunnen presenteren als de betere accountants zonder last te hebben van die NBA-regelgeving dit ook in potentie al mededingingsverstoringe effecten heeft.
- 9.8) Ook lijkt de ACM voorbij te zijn gegaan aan de betekenis van de term **kunnen** in het voorschrift onder randnummer 24 van de EU Richtsnoeren: *Van mededingingsbeperkende strekking is sprake bij beperkingen welke naar hun aard de mededinging kunnen beperken in de zin van artikel 101, lid 1*. Het lijkt er zelfs op dat de ACM ten onrechte impliciet een civielrechtelijk merkbaarheidsvereiste hanteert<sup>4</sup>. Maar hier gaat het over strekkingsbedingen dat zijn bedingen die los van hun gevolgen de mededinging kunnen beperken<sup>5</sup>, potentiële gevolgen dus. Anders gezegd: strekkingsbedingen worden verondersteld altijd mededingingsbeperkende gevolgen te hebben. Dus beperkt de bewijslast van OvRAN zich terecht tot de stelling dat de NBA regelgeving onder alle omstandigheden de mededinging kan beperken.
- 9.9) Opmerkelijk is ook dat de ACM ook geheel voorbijgaat aan de Basisbeginselen voor de beoordeling overeenkomstig artikel 101 in de Richtsnoeren, randnummer 20. Volgens die basisbeginselen bestaat de toetsing aan artikel 101 uit twee fasen. In de *eerste* fase wordt overeenkomstig artikel 101, lid 1, onderzocht of een overeenkomst tussen ondernemingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden, van mededingingsbeperkende strekking is dan wel daadwerkelijk of potentieel mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben. In de *tweede* beoordelingsfase overeenkomstig artikel 101, lid 3, die alleen van belang is wanneer blijkt dat een overeenkomst mededingingsbeperkend is in de zin van artikel 101, lid 1, wordt nagegaan wat de mededingingsbevorderende gevolgen van de overeenkomst zijn en of deze tegen de negatieve gevolgen voor de mededinging opwegen<sup>6</sup>. Deze afweging van positieve en negatieve gevolgen voor de mededinging vindt uitsluitend binnen het in artikel 101, lid 3, vastgestelde kader plaats<sup>7</sup>. Indien de positieve gevolgen voor de mededinging niet opwegen tegen een beperking van de mededinging, bepaalt artikel 101, lid 2, dat de overeenkomst van rechtswege nietig is.
- 9.10) Er kan weinig twijfel bestaan dat wanneer concurrerende bedrijven die zich beide presenteren onder de vlag accountancy, de ene partij gebonden is aan strikte NBA-regelgeving en de andere partij niet, dat potentieel mededingingsverstoringe effecten oplevert. Hoe is het dan mogelijk dat een professionele organisatie als de ACM geheel voorbijgaat aan de eerste fase? En het onderzoek in de tweede fase beperkt tot hoog-theoretische bespiegelingen hoe een democratisch systeem idealiter zou moeten werken? Om alleen daaruit meteen te concluderen dat dit zelfs geen potentieel mededingingsverstoringe effecten zou opleveren?

4 [http://www.openaccessadvocate.nl/tijdschrift/marktenmededinging/2016/2/MenM\\_1387-6236\\_2016\\_019\\_002\\_005](http://www.openaccessadvocate.nl/tijdschrift/marktenmededinging/2016/2/MenM_1387-6236_2016_019_002_005)

5 HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, *Expedia*, NJ 2013, 253, m.nt. M.R. Mok.

6 (7) Zie gevoegde zaken C-501/06 P e.a., *GlaxoSmithKline*, Jurispr. 2009, blz. I-9291, punt 95

7 (8) Zie zaak T-65/98, *Van den Bergh Foods*, Jurispr. 2003, blz. II-4653, punt 107; zaak T-112/99, *Métropole télévision (M6) e.a.*, Jurispr. 2001, blz. II-2459, punt 74; zaak T-328/03, *O2*, Jurispr. 2006, blz. II-1231, punten 69 e.a., waar het Gerecht van eerste aanleg (thans het Gerecht) verklaarde dat slechts binnen het strikte kader van artikel 101, lid 3, de positieve en negatieve gevolgen van een beperking voor de mededinging tegen elkaar kunnen worden afgewogen.

9.11) Randnummer 21 van het bezwaarschrift verwijst verder naar Hoofdstuk 7 van de EU Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU die handelt over de zogenaamde “Standaardiseringsovereenkomsten”. Die vallen ook binnen de werkingssfeer van deze richtsnoeren want kunnen potentieel mededingingsverstoringen opleveren en zijn ook strekkingsbedingen die los van hun gevolgen de mededinging kunnen beperken. Hieruit volgt dat de NBA in ieder geval moet bewijzen dat haar regelgeving valt onder de vrijstelling van lid 3 van art. 6 MW en geen “Standaardiseringsovereenkomst” zou zijn. Die vrijstelling van lid 3 wordt een lastig bewijs, want die vrijstelling beperkt zich tot feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. En daar is hier geen sprake van. Want hoe kan een vrijstelling van alle NBA-regelgeving bij alleen Big Four kantoren bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang? Een dergelijke bewijsvoering kan toch impliciet alleen tot de conclusie leiden dat de NBA-regelgeving juist niet bijdraagt tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. Waarom gaat de ACM geheel voorbij aan overduidelijk bewijs van deze mededingingsbeperkende gevolgen van NBA-regelgeving gezien de duidelijke regel in lid 1 van art. 6 MW, de regel dat via het woord “kunnen” al voldoende bewijs levert voor concurrentievervalsing en de omgekeerde bewijslast in lid 4 van art. 6 MW?

9.12) Waarom suggereert de voorzitter van de hoorcommissie dat het NBA bestuur nu wel representatief zou zijn voor het lidmaatschap van de NBA<sup>8</sup>. Is het de ACM dan echt ontgaan dat “*art. 12 lid 6 WAB en art. 1.1 Beginselen van goed NBA-bestuur voorschrijven te bevorderen c.q. te regelen dat het NBA bestuur: “een evenwichtige afspiegeling van de accountantsberoepsgroep vormt, waarin de verschillende categorieën accountants naar de aard van hun werkzaamheden in het bestuur zijn vertegenwoordigd.”*” En dat die evenwichtige afspiegeling blijktens datzelfde verslag van de hoorzitting gezien de ledenaantallen van NBA-leden bij de Big Four kantoren 5.2% bedraagt. En 5.2% van 7 NBA bestuursleden voor de Big Four impliceert 0 bestuursleden voor de Big Four. En die huidige 2 Big Four leden in het NBA-bestuur op 7 bestuursleden is 29%. De voorzitter van de hoorcommissie kan toch wel rekenen?

9.13) Waarom gaat de ACM geheel voorbij aan het meermaals gestelde feit dat de Big Four kantoren de gang van zaken binnen de NBA kunnen dicteren. Dit blijkt onder meer uit de vergadering 2006 van de voorganger van de NBA waarbij grote aantallen medewerkers van de Big Four-kantoren hun opwachting maakten, nadat uit een eerste stemming bleek dat het bestuursvoorstel over 'assurance' en 'aan assurance verwant' geen meerderheid zou krijgen. Het verslag van de hoorzitting vermeld bovendien op pag. 2 “*De Big Four hebben altijd de macht en het geld om voldoende medewerkers naar een ledenvergadering te kunnen sturen. Als gevolg daarvan menen de twintigduizend andere leden: ‘Het heeft geen zin om naar een ledenvergadering te gaan, want dit winnen we nooit.’*” En pag. 9 vermeldt: “*Wanneer er heikele punten naar voren komen sturen de Big Four voldoende medewerkers naar die vergadering*”.

9.14) Gezien de omgekeerde bewijslast is het toch wel heel opmerkelijk dat de ACM meteen en zonder enig onderzoek de NBA de hand boven het hoofd houdt na een kort gesprek met de NBA. Dat blijkt bijv. uit randnummer 25 van het besluit op bezwaar met de ACM conclusie: “*Dit betekent dat niet-Big Four-accountants goed in staat kunnen worden geacht om bij de ledenvergadering tegenwicht te bieden aan de invloed van de accountants die wél bij de Big Four behoren. Dat blijkt ook uit het verslag van het gesprek dat de ACM met de NBA heeft gevoerd en uit de stukken die de NBA heeft overgelegd ten aanzien van een recente Algemene Ledenvergadering (ALV) van december 2020.*” Los van het eerder vastge-

8 Pag. 8 en 9 verslag hoorzitting 5 augustus 2021

9 Memorandum wegens concurrentievervalsing NBA d.d. 1-09-20 pag. 2

## Beroepschrift tegen besluit ACM d.d. 15 oktober 2021 tot afwijzing bezwaar OvRAN

stelde probleem dat de voorzitter van de hoorcommissie moeite heeft met rekenen c.q. deze hoog-theoretische bespiegelingen c.q. onbegrip hoe het tere kasplantje democratie alom in de wereld gemanipuleerd wordt, is het toch allereerst aan de NBA en niet aan de ACM te bewijzen dat het puur toeval is dat bij vergaderingen met heikele punten er geen enkele invloed is uitgeoefend door de Big Four om een vergadermeerderheid te krijgen. Waarom geen serieus onderzoek gedaan? Waarom niet doorgevraagd naar de gang van zaken op de ledenvergadering van donderdag 14 december 2006 waar het NBA bestuur uren zat te bel- len om medewerkers in witte busjes naar de vergadering te krijgen<sup>10</sup>. En hoe anders dan via onderling afgestemde gedragingen te verklaren dat in een volgende ledenvergadering op 28 februari 2007 liefst 1.200 stemmen werden geregistreerd om de nieuwe gedragscode die de BigFour grote voordelen biedt er door te drukken. Een simpele vergelijking tussen de aantallen stemmers op latere ledenvergaderingen met en zonder heikele punten voor de Big Four is bovendien veelzeggend.<sup>11</sup> Het lijkt toch bijna ondenkbaar dat de NBA zou kunnen aantonen dat de stijging met 943% van het aantal stemmers op 5 ledenvergaderingen zonder eikele Big Four belangen (gemiddeld 126,6: 131, 63, 76, 238, 125) tegenover 3 (gemiddeld 1.194: 908, 1.200, 1.474) met eikele Big Four belangen op louter toeval berust en niet op gecoördineerde Big Four samenwerking (concerted practice). Nader ACM-onderzoek over de macht van de Big Four kantoren zou ook veel duidelijk hebben kunnen maken. Bijv. onderzoek naar de achtergronden van de merkwaardige gewoonte, ingesteld onmiddellijk na de ledenvergadering van donderdag 14 december 2006, om je persoonlijk aan te melden met alle persoonlijke details in plaats van een anonieme inschrijvingslijst. Daardoor weet de NBA en de Big Four kantoren vooraf en vrij precies uit welke hoek de wind waait. Bijv. onderzoek naar het stemgedrag van Big Four leden in het NBA bestuur dat de Accountantskamer weigerde op te dragen. Hebben de Big Four leden in het NBA bestuur zich wel gehouden aan het voorschrift in art. 3.5 van de Beginselen van goed NBA-bestuur om “*door middel van het verlaten van de vergadering zich onthouden van de beraadslaging met betrekking tot en het stemmen over aangelegenheden die specifiek betrekking hebben op:...f. hun werkgevers; h. degenen, op wie de in de uitoefening van hun beroep verrichte werkzaamheden rechtstreeks betrekking hebben; i. de organisatie waaraan zij verbonden zijn.*”

9.15) Opmerkelijk is ook dat de ACM de NBA als ondernemersvereniging geen opdracht heeft gegeven alle relevante feiten boven water te brengen en zo nodig te verifiëren, al dan niet via getuigenverhoor. Gezien de omgekeerde bewijslast is het immers niet in eerste instantie een ACM taak dergelijke betrekkelijk eenvoudige onderzoeken uit te voeren. Zeker niet nu OvRAN aan de stelplicht bij ondernemersverenigingen ruimschoots heeft voldaan. Zeker gezien de jurisprudentie inzake kartelzaken<sup>12</sup> waaruit blijkt dat de bewijslast

10 Nivra ledenvergadering 14-12-2006 466 stemmen, 56,3% van 827 tegen wens bestuur, begin ochtend  
Nivra ledenvergadering 14-12-2006 551 stemmen, 60,5% van 908 voor de wens bestuur, einde middag  
Nivra ledenvergadering 28-2-2007 1.200 stemmen

11 Nivra ledenvergadering 11 december 2008 131 geregistreerde stemmen  
Nivra ledenvergadering december 2010 63 geregistreerde stemmen  
Nivra ledenvergadering 17 december 2012 76 geregistreerde stemmen  
NBA ledenvergadering 17 mei 2016 238 geregistreerde stemmen  
NBA ledenvergadering 19 juni 2017 125 geregistreerde stemmen

**NBA ledenvergadering 19 december 2017 1.474 geregistreerde stemmen , tegenkandidaat kleine kantoren**

12 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62006CJ0501> waar het HvJ stelt in ro:

82 *The Court notes, first, that in paragraphs 233 to 236 of the judgment under appeal, the Court of First Instance referred to the case-law, principles and criteria governing the burden of proof and standard of proof required in relation to requests for exemptions under Article 81(3) EC. It correctly stated that a person who relies on that provision must demonstrate, by means of convincing arguments and evidence, that the conditions for obtaining an exemption are satisfied (see, to that effect, Case 42/84 Remia and Others v Commission [1985] ECR 2545, paragraph 45).*

83 *The burden of proof thus falls on the undertaking requesting the exemption under Article 81(3) EC. However, the facts relied on by that undertaking may be such as to oblige the other party to provide an explanation or justification, failing which it is permissible to conclude that the burden of proof has been discharged (see, to that effect, Aalborg Portland and Others v Commission, cited above, paragraph 279).*

## Beroepschrift tegen besluit ACM d.d. 15 oktober 2021 tot afwijzing bezwaar OvRAN

ook heel snel naar de karteldeelnemers verschuift.

- 9.16) Maar zelfs ingevolge de gebleken onjuiste ACM taakopvatting in deze had het wel degelijk voor de hand gelegen de ACM conclusie dat er *'geen aanwijzingen zijn voor de door de OvRAN gestelde inbreuk op de mededingingsregels'* te baseren op enig serieus te nemen degelijk onderzoek. En niet alleen op hoog theoretische beschouwingen hoe een democratisch systeem idealiter zou moeten werken.
- 9.17) Opmerkelijk in dit verband is ook het ACM bewijs uit het ongerijmde in het besluit op bezwaar onder randnummer 27: *“Ook het feit dat het verzet tegen de NBA-regels binnen de sector beperkt is, zoals de OvRAN ter hoorzitting heeft aangegeven, wijst niet op het bestaan van een situatie waarin een (kleine) groep Big Four-accountants tegen de wil van een (veel grotere) groep andere accountants regels heeft laten vaststellen ter versterking van de relatieve concurrentiepositie van de Big Four.”* Zoals eerder opgemerkt menen twintigduizend NBA leden: *'Het heeft geen zin om naar een ledenvergadering te gaan, want dit winnen we nooit.'* Als de ACM een structurele oplossing voor markt- en consumentenproblemen beoogt zoals haar website stelt, bewijst de ACM met dit bewijs uit het ongerijmde dat zij alleen actie onderneemt als de concurrentie nog niet is platgewalst.
- 9.18) Tot slot het volgende. In haar betoog geeft de ACM geen enkele aandacht aan de kern van het probleem, zoals omschreven in de 2e alinea van de klacht d.d. 29-03-2021 en ook genoemd in de drie voorbeelden van concurrentievervalsing: de netwerkdefinitie in samenhang met de weidse begrippen 'assurance' en 'aan assurance verwant'. De netwerkdefinitie stelt grote kantoren, lees Big Four, in staat stelt zich aan alle NBA-regelgeving te onttrekken voor relevante markten buiten de wettelijke controle. Dezelfde netwerkdefinitie maakt het mogelijk dat het publiek denkt dat de Big Four kantoren accountantskantoren zijn terwijl diezelfde netwerkdefinitie het dezelfde Big Four kantoren ook mogelijk maakt zich te onttrekken aan alle NBA-regelgeving buiten de wettelijke controle. En tegelijk via de weidse begrippen 'assurance' en 'aan assurance verwant' alle echte NBA-leden regels oplegt waar de Big Four kantoren zich aan onttrekken. Niet voor niets immers wees het bezwaarschrift onder randnummer 21 op de basisregel in lid 1 van art. 6 MW voor het geval de ACM de mening zou zijn toegedaan dat geen sprake is van een kartel c.q. ondernemersvereniging c.q. misbruik van een economische machtspositie. De ACM heeft in haar betoog de door OvRAN gestelde feiten over inbreuken op mededingingsregels in de drie aangeleverde voorbeelden over corporate finance, interim management en kleine MKB accountantskantoren nimmer inhoudelijk weersproken. Hoe kan het dan bestaan dat de ACM alle aandacht alleen richt op globale opmerkingen over het democratisch gehalte van de NBA en geheel voorbijgaat aan de drie aangeleverde voorbeelden van concurrentievervalsing die in ieder geval duidelijk maken dat sprake is van beperkingen welke naar hun aard de mededinging **kunnen** beperken? En zelfs duidelijk maken dat die regelgeving ook ondernemingen treft die in de verste verte niets met accountancy van doen hebben maar toevallig wel een of meer NBA-leden in dienst hebben.
- 10) Zelfs wanneer geen sprake zou zijn van een ondernemersvereniging en omgekeerde bewijslast, kan er sprake zijn van een kartel c.q. misbruik van een economische machtspositie c.q. de basisregel in art. 6 lid 1 MW die *“alle overeenkomsten en feitelijke gedragingen verbiedt die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.”* De bewijslast verschuift dan naar de steller. Gezien de hiervoor geciteerde jurisprudentie inzake de stelplicht en bewijslast voor



## Beroepschrift tegen besluit ACM d.d. 15 oktober 2021 tot afwijzing bezwaar OvRAN

kartelzaken, is aan die stelplicht ruimschoots voldaan. Maar ook aan de stelplicht en bewijslast ingeval van misbruik van een economische machtspositie of bij feitelijke gedragingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst, is voldaan zoals uit het navolgend zal blijken.

### **II B: Kartelverbod**

11) Het bezwaarschrift verwees al onder randnummer 16 naar duidelijke jurisprudentie over facilitatoren of uitvoeringsorganen van concurrentievervalsing zoals in dit geval de NBA. De arresten *Treuhand* (ECLI:EU:C:2015:717)<sup>13</sup> en *ICAP*<sup>7</sup> (ECLI:EU:T:2017:795)<sup>14</sup>, spreken boekdelen daarover. In beide gevallen ontstond de aansprakelijkheid omdat *Treuhand* en *ICAP* actief participeerden in de betreffende concurrentievervalsing.

11.1) In dit geval staat vast dat de ACM bekend is met het incident met die busjes<sup>15</sup>. Ook is het de ACM bekend dat in die bewuste NBA ledenvergadering van donderdag 14 december 2006 de bestuursvoorstellen werden doorgedrukt na vele uren schorsing en nadat voldoende Big Four medewerkers waren aangevoerd om het stemaantal te laten stijgen van 827 naar 908. Over die nieuwe beroepscode werd toen opgemerkt: “*De beulen zitten niet in New York, nee, ze zijn onder ons.*” En met de beulen werden de Big Four vertegenwoordigers bedoeld die erg graag de vage concepten “assurance” en “aan assurance verwant” er vergadertechnisch doordrukten. Een volgende ledenvergadering op 28 februari 2007 registreerde een ongekend hoog aantal van 1.200 stemmen om de nieuwe gedragscode die de Big Four grote voordelen biedt er door te drukken. Dat schiep de mogelijkheid van concurrentievervalsing, aanleiding voor de huidige klacht. In latere jaren daalden de aantallen stemmen tot ver beneden 200 om bij een volgend heikel punt voor de Big Four in een ledenvergadering op 19 december 2017 te stijgen naar 1.474 stemmen. Van deze feitelijke gedragingen en gecoördineerde Big Four samenwerking (concerted practice) en dus kartelvorming bestaat overduidelijk schriftelijk en getuigenbewijs.

11.2) In dit geval staat ook vast het gestelde in randnummer 19 van het bezwaarschrift dat: “*zonder die accountantstitel titel alle BigFour internet home pagina's suggereren dat zij voor al hun diensten meer kwaliteit en zekerheid leveren dan een typisch klein NBA accountantskantoor*<sup>16</sup>”. Dat doet de Big Four door impliciete suggesties dat zij nu eenmaal de wettelijke audit doen voor de grootste Nederlandse bedrijven. Door consequent te stoeien met afzonderlijke juridische entiteiten en de vage begrippen accountantskantoor en 'organisatorische eenheid' waar geen NBA-leden in dienst zijn, weet de Big Four zich te onttrekken aan het toezicht NBA. Dit bewijs van deze feitelijke gedragingen en gecoördineerde Big Four samenwerking (concerted practice) en dus kartelvorming is ook overduidelijk en onweerlegbaar.

11.3) Ook staat via de drie aangeleverde voorbeelden over corporate finance, interim management en kleine MKB accountantskantoren vast dat de bedrijfsvoering bij alle NBA leden en ook ondernemingen die toevallig NBA leden in dienst hebben, last hebben van deze feitelijke gedragingen en gecoördineerde Big Four samenwerking (concerted practice) en dus kartelvorming. Daarmee staat vast dat de Big Four kantoren de concurrentie beperken door NBA-leden of ondernemingen waar zij werkzaam zijn, regels op te leggen waar Big Four medewerkers van zijn vrijgesteld!

11.4) De basisregel in art. 6 lid 1 MW is nu eenmaal dat afdoend bewijs van concurrentiever-

13 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0194>

14 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62015TJ0180>

15 Pag. 9 verslag hoorzitting 5 augustus 2021

16 Zie de feiten gepresenteerd in het aangeleverde voorbeeld over kleine MKB accountantskantoren op pagina 3.

## Beroepschrift tegen besluit ACM d.d. 15 oktober 2021 tot afwijzing bezwaar OvRAN

valsing wordt geleverd wanneer sprake is van beperkingen welke naar hun aard de mededinging **kunnen** beperken. De voorgaande sub randnummers over feitelijke gedragingen en gecoördineerde Big Four samenwerking (concerted practice) en dus kartelvorming, verduidelijken afdoend dat sprake is sprake is van beperkingen welke de mededinging niet alleen **kunnen** beperken maar ook daadwerkelijk beperken. Ook uit hoofde van het kartelverbod ligt het dus voor de hand dat uw rechtbank de maatregelen treft die de ACM weigerde te nemen.

- 12) Het is duidelijk dat de 4 Big Four kantoren een groot zakelijk belang in samenwerking (concerted practice) hebben. Voor het geval dat uw rechtbank ondanks het voorgaande van oordeel zou zijn dat het hiervoor gestelde onvoldoende bewijs oplevert voor kartelvorming, blijft over misbruik van economische machtspositie c.q. de basisregel in art. 6 lid 1 MW die alle overeenkomsten en feitelijke gedragingen verbiedt die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

### II C: Misbruik van economische machtspositie

12.1) Uit het AFM register blijkt dat nog maar 6 accountantsorganisaties de wettelijke controles bij organisaties van openbaar belang (OOB's) mogen verrichten. Naast de 4 Big Four kantoren zijn alleen nog overgebleven BDO en Mazars. Daarmee staat het bestaan van een machtspositie vast. De EU "Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen"<sup>17</sup> concluderen onder randnummer 17 "*Volgens een vaste rechtspraak kunnen zeer grote marktaandeelen — 50 % of meer — op zichzelf een voldoende bewijs vormen voor het bestaan van een machtspositie op de markt . Kleinere concurrenten kunnen evenwel een voldoende sterke inperkende invloed hebben, bijvoorbeeld indien zij in staat zijn en geneigd zijn om waar mogelijk hun leveringen op te voeren.*" In dit geval echter staat vast dat kleinere concurrenten geen inperkende invloed hebben. Enerzijds omdat hun aantal sterk is gereduceerd de afgelopen jaren van enkele tientallen tot nu nog maar twee (BDO en Mazars). Anderzijds omdat onweersproken vast staat dat "*er zijn aanwijzingen dat marktcoördinatie heeft plaatsgevonden of nog plaatsvindt, of dat er sprake is van praktijken die marktcoördinatie vergemakkelijken;*" Via de Verordening op het bestuur", vastgesteld in de ledenvergadering van 24 juni 2013 kregen de drie OOB-accountants samen met de 2 middelgrote accountants immers altijd een stemmeerderheid van 62.5 %<sup>18</sup> in het NBA-bestuur.

12.2) Het simpele feit dat naast de 4 Big Four kantoren nog maar twee 2 middelgrote accountants (BDO en Mazars) zijn overgebleven in het segment OOB impliceert dat de Big Four altijd een marktaandeel heeft ver boven 50 %. Dat levert op zichzelf al voldoende bewijs voor het bestaan van een machtspositie op de OOB markt. Dat betekent bijv. ook een marktaandeel ver boven 50 % bij bijv. beursgenoteerde ondernemingen.

12.3) Het hebben van een economische machtspositie is op zich niet verboden. Maar misbruik maken van een economische machtspositie wel. Gezien de feiten genoemd onder het voorgaande hoofd kartelvorming is er geen gecoördineerde Big Four samenwerking (concerted practice) of kartel nodig om vast te stellen dat sprake is van misbruik. Maar pretenderen als controlerend accountant van de grootste Nederlandse bedrijven meer kwaliteit en zekerheid te leveren dan een typisch klein NBA accountantskantoor en je tegelijk te onttrekken aan alle NBA-regelgeving door consequent te stoeien met afzonderlijke juridische entiteiten en de vage begrippen accountantskantoor en 'organisatorische eenheid' waar systematisch geen

17 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=EN)

18 <http://www.wakkereaccountant.nl/Pleitnota-SWA.pdf> Klacht C: Evenwichtige samenstelling bestuur onder de randnummers 41- tot 50.

## **Beroepschrift tegen besluit ACM d.d. 15 oktober 2021 tot afwijzing bezwaar OvRAN**

NBA-leden in dienst zijn, is misbruik van economische machtspositie. Die feiten kunnen niet worden weersproken en zijn ook niet weersproken. Ook de drie voorbeelden over concurrentie vervalsing, toont misbruik aan. Zo is afdoend bewijs geleverd van misbruik van economische machtspositie.

### **II D: Basisverbod in art. 6 lid 1 MW**

- 13) Mocht uw rechtbank ondanks het voorgaande van oordeel zijn dat het hiervoor gestelde onvoldoende bewijs oplevert voor kartelvorming c.q. misbruik van economische machtspositie blijft over de basisregel in art. 6 lid 1 MW die alle overeenkomsten en feitelijke gedragingen verbiedt die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst, ook wanneer sprake is van beperkingen welke de mededinging alleen **kunnen** beperken.
- 14) Opgemerkt zij dat de ACM de door OvRAN gestelde feiten over inbreuken op mededingingsregels in de drie aangeleverde voorbeelden over corporate finance, interim management en kleine MKB accountantskantoren niet inhoudelijk heeft weersproken. Ook heeft de ACM het consequent stoeien van de Big Four kantoren met afzonderlijke juridische entiteiten en de vage begrippen accountantskantoor en 'organisatorische eenheid' waar systematisch geen NBA-leden in dienst zijn, niet weersproken. Daarmee staat vast dat sprake is van beperkingen welke naar hun aard de mededinging **kunnen** beperken. Daarmee staat vast dat ook zonder kartel of economische machtspositie het basisverbod in art. 6 lid 1 MW van toepassing is. En daaruit volgt dat lid 2 MW van toepassing is dat luidt: *“De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten zijn van rechtswege nietig.”*

### **II E: Vervalsing van de mededinging: Verboden Staatssteun**

- 15) Uit EU publicatie 2016/C 262/01 inhoudend de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, blijkt het volgende onder het hoofd 6.2. Vervalsing van de mededinging. Randnummer 187 in de Commissie Mededeling inzake het begrip „staatssteun” stelt daarover: *“Een door de Staat toegekende maatregel wordt geacht de mededinging te vervalsen of het risico daartoe in te houden wanneer daarmee de concurrentiepositie van de begunstigde onderneming ten opzichte van andere, concurrerende ondernemingen kan worden versterkt . Praktisch gezien kan doorgaans tot het bestaan van een vervalsing van de mededinging in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag worden geconcludeerd wanneer de Staat een financieel voordeel verleent aan een onderneming in een geliberaliseerde sector waar er concurrentie is of zou kunnen zijn”*
- 15.1) Ongeacht de academische vraag of de regelgeving inzake de wettelijke controle überhaupt wel enig positief effect heeft, staat vast dat nu nog maar 6 accountantsorganisaties waaronder 4 Big Four kantoren, de wettelijke controles bij organisaties van openbaar belang (OOB's) mogen verrichten. Vele andere ondernemingen hebben zich moeten terugtrekken uit dit OOB-segment de afgelopen jaren. Datzelfde geldt overigens ook voor de niet-OOB wettelijke controle. Naast het hiervoor betoogde over art. 6 WM, staat dus wel vast dat het criterium in randnummer 187 dat *“de concurrentiepositie van de BigFour ten opzichte van andere, concurrerende ondernemingen kan worden versterkt”*, de woorden kan worden versterkt feitelijk vervangen dienen te worden door zijn versterkt. Vast staat ook wel dat de Big Four partners met punt tot de best betaalde ondernemers in accountancyland behoren. Daaruit volgt dat de Staat een financieel voordeel verleent en sprake is van vervalsing van de mededinging.

## Beroepschrift tegen besluit ACM d.d. 15 oktober 2021 tot afwijzing bezwaar OvRAN

- 15.2) In randnummer 188 formuleert de EU-Commissie vervolgens 4 voorwaarden die in deze gevallen van mogelijke vervalsing van de mededinging die vervalsing uitsluiten indien aan elk van die 4 voorwaarden wordt voldaan. Aan de voorwaarde b) *“het wettelijke monopolie sluit niet alleen concurrentie op de markt uit, maar ook concurrentie om die markt, doordat het iedere mogelijkheid uitsluit dat de desbetreffende uitsluitende dienstverrichter concurrentie krijgt”* is niet voldaan gezien het feit dat vele ondernemingen zich hebben moeten terugtrekken uit de wettelijke controle, zowel in het OOB- als niet OOB segment. Ook aan voorwaarde c) *“de dienst concurreert niet met vergelijkbare diensten”* is niet voldaan en evenmin aan voorwaarde d) *“indien de dienstverrichter actief is op een andere (geografische of product-) markt die openstaat voor concurrentie, dient kruissubsidiëring te worden uitgesloten.”* Die kruissubsidiëring vindt plaats door het feit dat via afzonderlijke juridische entiteiten en de vage begrippen accountantskantoor en 'organisatorische eenheid' waar geen NBA-leden in dienst zijn, de BigFour suggereert meer kwaliteit en zekerheid te leveren dan een typisch klein NBA accountantskantoor.
- 15.3) Tot slot concludeert de EU-Commissie in randnummer 189 dat *“Volgens de definitie van staatssteun is het niet vereist dat de vervalsing van de mededinging of de beïnvloeding van het handelsverkeer aanzienlijk of materieel is.”*
- 15.4) Uit het voorgaande volgt dat ook sprake is van concurrentievervalsing door verboden staatssteun.

## II F: Foute rolopvatting ACM

- 16) Onder de randnummers 29 tot en met 31 geeft de ACM een oordeel over de overige bezwaren. Allereerst wordt daarbij randnummer 30 besproken waarin de ACM stelt: *“Anders dan de OvRAN betoogt, was de ACM niet gehouden de NBA om bewijs te vragen waaruit blijkt dat de regelgeving van de NBA onder de vrijstelling valt van artikel 6, derde lid, van de Mw. Die vrijstelling komt namelijk pas aan de orde wanneer is bewezen dat het verbod van het eerste lid van artikel 6 is overtreden. Daarvan is in dit geval geen sprake.”* Allereerst heeft OvRAN nimmer betoogd dat de ACM gehouden was de NBA om bewijs te vragen waaruit blijkt dat de regelgeving van de NBA onder de vrijstelling valt van art. 6, derde lid, van de MW. OvRAN heeft via de drie aangeleverde voorbeelden over corporate finance, interim management en kleine MKB accountantskantoren alleen aangetoond dat sprake is van concurrentievervalsing en om passende maatregelen verzocht. Gezien de omgekeerde bewijslast in art. 6, vierde lid, heeft OvRAN met verbazing aanschouwd hoezeer de ACM zich beijverde de NBA de hand boven het hoofd te houden door ten onrechte en op onjuiste gronden op zich te nemen te bewijzen dat geen sprake is van mededingingsbeperking. En daarbij nota bene over het hoofd zag dat in ieder geval sprake is van beperkingen welke naar hun aard de mededinging **kunnen** beperken zoals randnummer 24 van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten nu eenmaal uitlegt, zeker in potentie en strekkingsbedingen zijn. Verbazingwekkend is ook dat het de ACM via o.a. de hoorzitting de stelling niet kan zijn ontgaan dat bij heikele vergaderpunten de Big Four kantoren meerdere malen voldoende medewerkers naar de NBA vergadering stuurden. Desondanks vroeg de ACM niet om tegenbewijs over deze gecoördineerde Big Four samenwerking (concerted practice). De noodzaak van tegenbewijs voor gecoördineerd Big Four stemgedrag in meerdere NBA bestuursvergaderingen (concerted practice) komt daar nog boven op.
- 17) Als gevolg van dit onzuivere optreden van de ACM moest in de voorgaande randnummers afdoende aangetoond worden dat de stelling van de ACM dat er onvoldoende aanwijzingen zijn voor een overtreding van art. 6 van de MW geen hout snijdt op juridische en

## Beroepschrift tegen besluit ACM d.d. 15 oktober 2021 tot afwijzing bezwaar OvRAN

feitelijke gronden. Derhalve gaat deze juridische discussie over de vraag wie de bewijslast draagt bij de vrijstelling in art. 6.3 MW in geval van concurrentiebeperkingen en “Standaardiseringsovereenkomsten” bij ondernemersverenigingen welke naar hun aard de mededinging **kunnen** beperken. Bij ondernemersverenigingen kan de bewijslast liggen bij de ACM, OvRAN of de NBA. Zoals gesteld heeft de ACM, geheel strijdig met de omgekeerde bewijslast in art. 6.4 MW, ten onrechte en op onjuiste gronden hier de bewijslast op zich genomen. Nu de ACM de door OvRAN gestelde feiten over inbreuken op mededingingsregels in de drie aangeleverde voorbeelden over corporate finance, interim management en kleine MKB accountants-het stoeien van de Big Four kantoren met afzonderlijke juridische entiteiten nimmer inhoudelijk heeft weersproken, staat in ieder geval vast dat sprake is van beperkingen welke naar hun aard de mededinging **kunnen** beperken. Derhalve is het nu aan de NBA als ondernemersvereniging om aan te tonen dat de regelgeving van de NBA valt onder de vrijstelling van art. 6, derde lid Mw.

- 18) Gezien het belang van deze bewijslast bij onjuiste of onzuivere rolopvattingen van de toezichthouder ligt het bij twijfel voor de hand hierover vragen te stellen aan het Hof van Justitie EU. Waar ligt de bewijslast bij ondernemersvereniging in geval van door de toezichthouder onweersproken concurrentiebeperkingen als gevolg van een “Standaardiseringsovereenkomst”, de NBA-regelgeving in casu, waarvan de grootste marktpartijen zich kunnen vrijstellen. Samengevat: bij de steller, de ondernemersvereniging of de toezichthouder?

### III Conclusie

- 19) Uit de feiten vermeldt in het voorgaande blijkt een grote mate van vooringenomenheid bij de ACM. Dat is strijdig met de Algemene Beginselen Behoorlijk Bestuur (ABBB) met name het vertrouwensbeginsel en fair-play-beginsel om taken zonder vooringenomenheid of partijdigheid te vervullen (art. 2:4 Awb).

Juridisch gezien staan de feiten uit de drie aangeleverde en niet weersproken voorbeelden over corporate finance, interim management en kleine MKB accountantskantoren niet ter discussie. Daarnaast staat vast dat Big Four afdelingen zonder NBA-leden in dienst pretenderen tenminste dezelfde accountants kwaliteit te leveren dan NBA-leden leveren. Hieruit volgt al dat sprake is van beperkingen welke naar hun aard de mededinging **kunnen** beperken. Ook is voldoende bewijs geleverd voor kartelvorming en misbruik van een economische machtspositie zonder dat verweer is gevoerd. Samen met vaste jurisprudentie over strekkingsbedingen en potentieel mededingingsversturende effecten, staat met dit alles wel vast dat het verbod in art. 6 lid 1 MW van toepassing is. De logische juridische conclusie ingevolge art. 6 lid 2 MW luidt derhalve: *“De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten zijn van rechtswege nietig.”*

Het behage derhalve uw rechtbank:

- 19.1) vast te stellen dat sprake is van kartelvorming, c.q. misbruik van een economische machtspositie c.q. schending van het basisverbod in art. 6 lid 1 MW en het Ministerie van Financien op te dragen de nodige maatregelen te nemen daar een eind aan te maken;
- 19.2) vast te stellen dat sprake is schending van het basisverbod in art. 6 lid 1 MW en ingevolge art. 6 lid 2 MW van rechtswege de nietigheid vast te stellen van de betreffende overeenkomsten en besluiten besloten in de NBA-gedragsregels inzake “assurance” en “aan assurance verwant” en onder de last van een dwangsom de NBA op te dragen binnen een jaar na dagtekening van uw vonnis die NBA-gedragsregels te vervangen door regels die geen concurrentievervalsing impliceren;
- 19.3) en dientengevolge het bestreden ACM besluit te vernietigen.

**Productieoverzicht**

- Productie 1: Concept-brief-ACM-V2.pdf
- Productie 2a: Concept-klacht-bij-ACM-wegens-concurrentievervalsing-NBA-memo.pdf
- Productie 2b: Concept-productie-1-NBA-as-Big-Four-Cartel.pdf
- Productie 2c: Concept-productie-2-Praktijkvoorbeelden.pdf
- Productie 3: Productie-3-Praktijkvoorbeelden-uitgewerkt-naar-Corporate-Finance.pdf
- Productie 4: Productie-2-Praktijkvoorbeelden-uitgewerkt-naar-Interim-Management.pdf
- Productie 5: Productie-1-Praktijkvoorbeelden-uitgewerkt-naar-een-klein-MKB-accountantskantoor.pdf
- Productie 6: Klacht-bij-ACM-wegens-Concurrentievervalsing-BigFour.pdf
- Productie 7: Besluit – ACMUIT554846.pdf (afwijzing handhavingsverzoek)
- Productie 8: Bezwaarschrift-ACM-6-6-2021.pdf
- Productie 9: ACM-UIT-560775 Verslag HZ bezwaar OvRAN.pdf
- Productie 10: 559858 Vertrouwelijk besluit OvRAN.pdf