

College van Beroep voor het
Bedrijfsleven
Postbus 20021
2500 EA 's-Gravenhage

Datum
08-08-22

Uw referentie:

Onze referentie:
Beroepschrift Uitspraak
Rechtbank Rotterdam
d.d. 7-7-2022 inzake
concurrentievervalsing

Telefoon
655358730

Edelgrootachtbaar College,

Bij deze bieden wij u aan (in vijf-voud) het beroepschrift tegen de uitspraak Rechtbank Rotterdam¹ gedateerd 7-7-2022 samen met Productie 1A² dat een overzicht bevat van alle Nivra/NBA ledenvergaderingen vanaf 2006.

Met vriendelijke groeten,

Mr. Drs. C.B.A. Spil RMC

PS Productie 1A is een overzicht in Excel met links naar de notulen van alle ledenvergaderingen NBA/Nivra. In Excel is ook de berekeningswijze verifieerbaar en de conclusies beter leesbaar dan op gedrukt papier. Met veel genoegen zullen wij U evenwel die ruim 1 kg papieren notulen per post doen toekomen. Maar zonder tegenbericht gaan wij er van uit dat ook U er de voorkeur aan geeft papier te besparen evt. door alle bestanden online beveiligd te verzenden.

¹ Productie 1: <https://ovran.nl/Civiel/CBB-Beroep-Uitspraak-Rechtbank-Rotterdam-inzake-concurrentievervalsing.pdf>

² Productie 1A: <https://ovran.nl/Civiel/Productie-1A-Overzicht-Ledenvergaderingen-NBA.xls>

Beroepschrift
College van Beroep voor het Bedrijfsleven

Appellant,

OvRAN, gevestigd te Leopoldhove 55, 2726 CV Zoetermeer
hierna ook te noemen: appellant

tekent bij deze beroep aan ex artikel Artikel 3:29 AWB, meer in het bijzonder art. 4
inzake de Wet op het accountantsberoep (hierna te noemen AWB) tegen de uitspraak
van de Rechtbank Rotterdam d.d. 7-7-2022 die oordeelde dat de beroeps-
gronden van eiseres niet slagen en het beroep ongegrond verklaarde.

Tegenpartij, ACM, Autoriteit Consument en Markt, hierna ook te noemen: gedaagde,
inzake het besluit van 26 mei 2021 met kenmerk ACM/UIT/554846

op de gronden zoals hieronder zijn vermeld:

Inzake de feiten:

- 1 **Drie keer is scheepsrecht** want dit is de derde keer dat deze zaak met haar verschillende facetten aan het oordeel van uw college wordt onderworpen. Steeds gaat het over verenigingsdwang en concurrentievervalsing door de BigFour bij Nederlandse accountants.
 - 1.1 De zaak AWB 10.117 25000 van OvRAN tegen het Ministerie van Financiën en de vier gevoegde zaken AWB 11/295, 11/296, 11/297 en 11/313 tegen Nivra handelde over de weigeringen van Nivra/Novaa accountants in hun registers op te nemen die zich wel wilden inschrijven in het register maar weigerden tevens lid van die accountantsverenigingen te worden. Gesteld werd in 2014 dat dergelijke verenigingsdwang strijdig is met art. 11 EVRM. In dat kader besloot u evenwel deze beroepen niet ontvankelijk te verklaren. In de daaropvolgende EHRM-klacht over uw voornoemde 5 uitspraken, oordeelde EHRM op 21 April 2015 in no. 51016/11 dat niet alle nationale rechtsmiddelen waren uitgeput en de civiele rechtsgang gevolgd moet worden, in concreto onrechtmatige overheidsdaad. Dit resulteerde op 6-12-2019 in een uitspraak 18/02848 van de HR die, net als U in 2014, de bijl legde aan de wortels van verenigingsdwang (Hitlerjugend) verboden in art. 11 EVRM. Hang er een publiekrechtelijk jasje om en verenigingsdwang is geoorloofd! De klacht bij EHRM over deze uitspraak werd op 1-10-2020 naar goed EVRM gebruik i.v.m. overbelasting niet ontvankelijk verklaard en tot op heden is op een klacht bij de Grote Kamer d.d. 9-12-2020 geen bericht ontvangen.
 - 1.2 De zaak 17/2371, 17/2372 en 17/2373 Wtra AK van de Stichting Wakkere Accountant in 2019 handelde over een tuchtklacht tegen de 3 bestuursleden NBA die toevallig ook lid waren van de BigFour. De processtukken maakten duidelijk dat al vele jaren BigFour vertegenwoordigers als een soort kartel een overwegend stemoverwicht hebben in het NBA bestuur. In uw uitspraak d.d. 25 juni 2019 ging u echter geheel voorbij aan de strijdigheid met art. 12 lid 6 WAB en art. 1.1 Beginselen van goed NBA-bestuur om te bevorderen c.q. te regelen dat het NBA-bestuur: *“een evenwichtige afspiegeling van de accountants-beroepsgroep vormt, waarin de verschillende categorieën accountants naar de aard van hun werkzaamheden in het bestuur zijn vertegenwoordigd.”*

Ook ging uw college geheel voorbij aan gedragscodes in de VGBA³, de beroepseed⁴ en NOCLAR⁵ die ieder NBA-lid voorschrijven toereikende maatregelen te nemen bij alle wetsovertredingen ook de voornoemde. U verzuimde evenwel de vraag te stellen waarom die toereikende maatregelen niet zijn genomen. Dit ondanks uw vaste jurisprudentie dat in geval van een onderbouwde, gesubstantieerde en niet op voorhand onaannemelijke klacht van een extern accountant kan worden verwacht dat het tegen die klacht gevoerde verweer mede wordt gebaseerd op en onderbouwd met alle van belang zijnde stukken. Desalniettemin verklaarde u alle tuchtklachten ongegrond. Op een verzoek om prejudiciële vragen te stellen ging U niet in. Bij de tuchtklacht in 2017 waren er 3 BigFour vertegenwoordigers op 13 NBA-bestuursleden, een stemoverwicht van 23% (3/13). Momenteel is nog maar 1 lid van het 7-tallige NBA-bestuur werkzaam bij een BigFour kantoor. In zoverre was deze CBB klacht dus enigszins effectief, van een stemmacht van $3/13=23\%$ naar $1/7=14\%$. Gegeven evenwel het feit dat de Rechtbank Rotterdam in r.o. 11.2 het getal 5.2 % citeerde als representatief voor het aantal NBA-leden werkzaam bij de BigFour impliceert deze 5,2% van 7 bestuursleden een evenwichtige vertegenwoordiging van 0,36% (5,2% van 7) leden in het NBA-bestuur. Zo blijft de BigFour in het NBA-bestuur met $1/7=14\%$ nog steeds zwaar oververtegenwoordigd in strijd met wet- en regelgeving.

- 1.3 Vandaar nu deze derde zaak om u de gelegenheid te geven dit BigFour kartel dat concurrentie vervalst op de Nederlandse markt voor accountants voorgoed te beëindigen. De Rechtbank Rotterdam volgde in deze het ACM oordeel dat de beroepsgronden van eiseres OvRAN niet slagen en verklaarde het beroep ongegrond. De argumentatie van de Rechtbank is hoofdzakelijk gebaseerd op het argument dat: *“de ACM heeft kunnen stellen onvoldoende aanknopingspunten te hebben voor nader onderzoek”*. Met alle respect, zij allereerst opgemerkt dat deze conclusie van de Rechtbank ten onrechte een monopolie en vrijbrief geeft aan toezichthouders om onderzoek na te laten en niet appellabele fouten te maken, strijdig met de Grondwet c.q. mensenrechten en ongepast in een rechtstaat! Deze conclusie van de Rechtbank in navolging van de ACM toont aan dat de Rechtbank deze aanknopingspunten ook over het hoofd heeft gezien. Derhalve zullen we hierna in meerdere onderdelen verkort uiteenzetten waarom die conclusie van de Rechtbank over onvoldoende aanknopingspunten te beschikken niet deugt. En die conclusie vervolgens meer in detail uitwerken in het betoog ten principale.
- Allereerst licht het eerste onderdeel toe hoe de de ACM en als gevolg ook de Rechtbank Rotterdam voorbij ging aan bekende feiten rond de ledenvergaderingen Nivra/NBA. Overigens is deze discussie over de betekenis van de ledenvergaderingen 2006, 2007 en 2017 in zoverre betrekkelijk irrelevant omdat concurrentievervalsing handelt over feiten en niet alleen over de achterliggende oorzaken van verboden overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. De bekende feiten rond de ledenvergaderingen Nivra/NBA zijn slechts enkele bewijsbare deelaspecten van een listig kartelspel waar stemgedrag in de

³ Verordening Gedrags- en beroepsregels Accountants: <https://www.nba.nl/tools/hra-2021/?folder=119617>

⁴ Beroepseed voor accountants: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0037990/2022-01-01>

⁵ Gedragsregels accountants bij niet-naleving wet- en regelgeving (NOCLAR) : <https://www.nba.nl/wet-en-regelgeving/noclar/>

NBA/Nivra bestuursvergaderingen, de samenstelling van het NBA bestuur, commissies, netwerken binnen de talloze gremia uit de NBA, interne en externe propaganda en politieke lobby tot en met het opkopen van kabinetsministers deel van uitmaken.

- Het tweede onderdeel licht toe waarom de Rechtbank een ernstige beoordelingsfout maakt in rechtsoverwegingen 6.1 en 6.2 door in navolging van de ACM eigenstandig commercieel gedrag van de BigFour met tal van aanknopingspunten die concurrentievervalsing aantonen buiten beschouwing te laten.
- Het derde onderdeel licht nader toe hoe ook de Rechtbank Rotterdam, evenals de ACM, de betekenis miskende van de omgekeerde bewijslast.
- Het vierde onderdeel licht toe hoe ook de Rechtbank Rotterdam, evenals de ACM, de macht van het bestuur miskende in strijd met duidelijke regelgeving en daardoor de betekenis van beperkingen die naar "*hun aard de mededinging kunnen beperken*" uit de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten kennelijk over het hoofd zag.
- Het vijfde onderdeel licht toe hoe ook de Rechtbank Rotterdam, evenals de ACM, de betekenis van het beperkte verzet miskende door tal van feiten over het stemrecht niet te kennen dan wel verkeerd te interpreteren.
- Het zesde onderdeel licht toe hoe ook de Rechtbank Rotterdam, evenals de ACM, ten onrechte tal van andere feiten niet bij haar beoordeling betrok waaronder drie in detail uitgewerkte voorbeelden van concurrentievervalsing op verschillende deelmarkten.
- Het zevende onderdeel licht toe hoe ook de Rechtbank Rotterdam, in navolging van de ACM, de duidelijke Leidraad ACM over samenwerking tussen concurrenten in de vorm van het kartelverbod over het hoofd zag.
- Het achtste onderdeel licht toe hoe ook de Rechtbank Rotterdam, evenals de ACM, ten onrechte duidelijke jurisprudentie over het hoofd zag die aangeeft dat de bewijslast al heel snel verschuift van de steller naar de overtreder wanneer bijv. sprake is van "potentiële" gevolgen, strekkingsbedingen, standaardiseringsovereenkomsten etc.
- Vervolgens zal het negende oordeel uiteenzetten dat de opvatting van de Rechtbank in ro 14 dat: "*dat de bevoegdheid om handhavend op te treden tegen mogelijke overtredingen van de EU staatssteunregels exclusief bij de Europese Commissie ligt*", geen steun vindt in het recht.
- Tot slot zal het tiende en laatste onderdeel uiteenzetten waarom niet is te bevatten dat een onafhankelijke Rechtbank zonder enig bewijs en in strijd met de feiten voetstoots de ongefundeerde hoog-theoretische ACM bespiegelingen overneemt dat het 'ondenkbaar' is dat 5,4% van de NBA-leden de uitkomsten van ledenvergaderingen zouden kunnen bepalen. Dit na de erkenning door Nivra in rechte dat de netwerkdefinitie samen met de beroepscode grote kantoren de mogelijkheid geeft via aparte juridische entiteiten grote kostenvoordelen te behalen. Ondanks dat 'ondenkbare' feit blijkt dat grote accountantskantoren zich, buiten de wettelijke controle, niet alleen kunnen vrijstellen van alle accountancyregelgeving en toezicht maar dat ook daadwerkelijk doen.

Ten Principale

1.1 Ledenvergaderingen Nivra/NBA 2006, 2007 en 2017.

1.1.1 Het betoog van de ACM en de Rechtbank in ro. 11 is vrijwel geheel gebaseerd op de stelling dat niet valt in te zien op welke wijze de overgrote meerderheid van NBA-leden (100-5,2%=94,8%) die niet bij de BigFour werkzaam zijn, ervan zou kunnen worden weerhouden om regelgeving tegen te houden of in te trekken als zij van mening zouden zijn dat hun concurrentiepositie daardoor wordt aangetast. In dit kader heeft OvRAN meermaals naar voren gebracht dat *“democratische besluitvorming een teer kasplantje is waar zorgvuldig mee moet worden omgegaan omdat bij grote belangen manipulatie voor de hand ligt.”* In dit kader verwees OvRAN naar de ledenvergaderingen 2006, 2007 en 2017 waar grote BigFour belangen op het spel stonden. De Rechtbank stelt daarover in ro 11.2: *“Eiseres heeft niet aannemelijk weten te maken dat de andere leden dan de leden die bij de Big Four werkzaam zijn hier in de praktijk niet toe in staat zouden zijn.”* Dit is een onbegrijpelijke conclusie.

1.1.2 Uit de drie geciteerde ledenvergaderingen 2006/2007 en in 2017 blijkt immers overduidelijk dat die andere leden (100-5,2%=94,8%) dan de leden die bij de Big Four (5,2%) werkzaam zijn hier in de praktijk niet toe in staat zijn. De stelling van de Rechtbank dat OvRAN aannemelijk moet maken dat *“andere leden dan de leden die bij de BigFour werkzaam zijn hier in de praktijk niet toe in staat zouden zijn.”* is een soort verdraaiing c.q. verlegging van de bewijslast. Het bewijs was immers al geleverd in die ledenvergaderingen 2006/2007 en 2017, alleen had de Rechtbank dat niet door. Uiteraard zou in een normale gezonde democratie waar alle leden over dezelfde organisatiekracht zouden beschikken en alle leden hetzelfde belang hebben en najagen, de overgrote meerderheid van NBA-leden 94,8% niet werkzaam bij BigFour kantoren hiertoe inderdaad zeer wel in staat moeten zijn. Maar kennelijk gaat de Rechtbank in navolging van de ACM uit van een normale gezonde democratie bij de NBA. En ziet daarbij over het hoofd dat niet alle leden over dezelfde organisatiemacht en hetzelfde belang beschikken. Bijv. de organisatiemacht om honderden leden op te dragen per omgaand te komen stemmen (witte busjes). Ook jagen alleen in abstracto alle leden hetzelfde belang na. In concreto hebben de (5,2%) leden van de BigFour heel andere en veel grotere belangen dan de 94,8% NBA-leden niet werkzaam bij BigFour kantoren. En die 94,8% NBA-leden niet werkzaam bij BigFour kantoren hebben daarnaast onderling heel gediversifieerde belangen. Vandaar dat veeleer de vraag aan de orde moet zijn of *“de leden die bij de Big Four werkzaam zijn hier in de praktijk wel toe in staat zijn.”*

1.1.3 Kennelijk ook heeft de ACM, laat staan de Rechtbank, geen kennis genomen van het kort geding⁶ tegen Nivra dat een voorganger van OvRAN, de Stichting Wakkere Accountant (SWA) startte over de 2006 ledenvergadering. Toch blijkt uit ro 4.5. van het vonnis van de voorzieningenrechter van het Hof Amsterdam⁷ dat: *“het er op lijkt dat Nivra procedureel is tekortgeschoten althans niet steeds adequaat heeft geopereerd. Zo is niet steeds aanstonds duidelijk waarom Nivra de door Wakkere Accountant cs op de voet van art, 23 WRA tegen de VGC ingebrachte bedenkingen niet overeenkomstige diezelfde 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 zitting in hoger beroep*

⁶ <http://www.wakkereaccountant.nl/kort%20geding%20tegen%20Nivra.html#1>

⁷ <http://www.wakkereaccountant.nl/vonnis-Hof-Adam-Nivra.pdf>

erkend dat de ledenvergadering wel degelijk het "recht van in initiatief heeft mits de voorgeschreven procedure (het agenda en motierecht maar wordt gevolgd. Niet uitgesloten is dat het geschil had kunnen worden voorkomen of beperkt, indien Nivra dit tijdig had voorzien en op basis daarvan naar een (procedureel) compromis had gezocht. Anderzijds moet aan Nivra worden toegegeven dat". Om tot slot te concluderen: "dat de bodemrechter zal oordelen dat van Nivra in de gegeven omstandigheden niet gevegd kon worden de voorgenomen behandeling van het gereed liggende ontwerp op te schorten tot een volgende vergadering in afwachting van de -onzekere – voorbereiding van een alternatief ontwerp." Uiteindelijk deed de HR dit kort geding af met een art. 81 uitspraak⁸. Hieruit blijkt overduidelijk dat ook via deze juridische weg de andere leden dan de leden die bij de Big Four werkzaam zijn, niet in staat zijn, de BigFour organisatiemacht te breken.

1.1.4 **De harde feiten over de ledenvergaderingen 2006/2007.** En dat "de leden die bij de Big Four werkzaam zijn hier in de praktijk wel toe in staat zijn" is gebleken in de twee ledenvergaderingen in 2006/2007 over de nieuwe beroepscode en in 2017 over de verkiezing van de bestuursvoorzitter NBA uit BigFour of MKB kantoren. Productie 1A toont op de pagina Nivra, alle Nivra ledenvergaderingen 2006 tot 2011 en op de pagina NBA alle NBA ledenvergaderingen vanaf het fusiejaar 2012 tot en met 2021. Dit alles met agenda, het aantal stemgerechtigde leden en de beste schatting van het totaal aantal leden. Uit de Nivra cijfers blijkt dat bij de twee ledenvergaderingen 2006/2007 over de nieuwe beroepscode vergeleken met de latere jaren 2008-2011 plotseling:

1.1.4.1 het aantal stemgerechtigde leden dat aantrad 6,2 en 10,6 maal meer bedroeg dan in de latere jaren.

1.1.4.2 het % leden dat bereid was te vergaderen 6,5 en 10,9 maal meer bedroeg.

1.1.4.3 de enige logische verklaring voor deze opmerkelijke stijgingen is het grote belang van de beroepscode voor de BigFour. Samen met de netwerkdefinitie maakte die combinatie met de nieuwe beroepscode (via de begrippen "assurance" en "aan assurance verwant") het immers mogelijk dat alle BigFour onderdelen die geen wettelijke controle doen zich kunnen onttrekken aan alle accountancy-regelgeving. De alternatieve beroepscodes sloten dit uit.

1.1.4.4 En kennelijk heeft noch de ACM noch de Rechtbank kennis genomen van diverse opmerkingen uit de notulen:

1.1.4.4.1 Allereerst op pagina 64 van Mevr. Kapteyns, voorzitter Finad, de grootste ledengroep van accountants in business:

"Mevrouw Kapteijn neemt het woord. Ja, ik wil toch graag even een beetje reflectie op deze vergadering. We hebben die stemming gedaan, die hele ingewikkelde stemming over de VGC. En ik heb geconstateerd dat, nadat de VGC was goedgekeurd, 400 stemmen 'en masse' de zaal uitgingen. Ik vond dat ontluisterend. En ik zou willen zeggen dat dit raakt aan de ethiek van ons vak. Ik vind dat dit met integriteit heeft te maken en dit zijn volgens mij de stemmen van de openbare kantoren. En dat vind ik heel schandalig dat die zo doen, want ik weet dat die het afgelopen jaar allemaal verplicht een ethiekcursus hebben moeten volgen. En ik zou graag willen dat het bestuur hier iets aan doet."

1.1.4.4.2 Even later stelde een anonieme persoon op pagina 61: "Ik kan haar geruststellen dat er nog wel degelijk mensen van grote kantoren op dit moment in de zaal zijn en ik vind het geen smakelijke suggestie

⁸ ECLI:NL:HR:2009:BK0861

die zij heeft gedaan.”

1.1.4.4.3 Op pag. 25 stelt het lid Westra: *“Hiervoor spreek ik overigens over grote kantoren. Daarmee bedoel ik hun organisatie en cultuur. Ik bedoel niet de personen van vlees en bloed, de representanten van de grote kantoren die hier vandaag aanwezig zijn. Met hen heb ik te doen. Deze collega's staan nu voor een moreel dilemma. De meesten van hen zijn hierheen gestuurd met opdracht om vóór de VGC te stemmen. De meesten van hen weten niet beter dan dat de VGC een goed product is dat jarenlang is voorbereid door talloze deskundige commissies. Pas vandaag horen zij een heel ander verhaal. Pas vandaag weten ze dat hen in werkelijkheid wordt gevraagd om broedermoord te plegen.”*

1.1.4.4.4 De exacte feiten wie precies op wat stemde valt uiteraard niet na te gaan want de stemmingen via stemkastjes zijn anoniem. Wel valt voor sluitend bewijs uit de aanmeldingen en volmachten en de ledenlijst na te gaan hoeveel aanmeldingen en volmachten afkomstig waren van de medewerkers BigFour. Hoe dan ook de notulen memoreren ondubbelzinnig dat tenminste 3 personen met totaal verschillende belangen aangeven dat grote aantallen stemmen van de BigFour afkomstig waren.

1.1.4.5 De voorzitter heeft op pagina 1 van de notulen laten vastleggen dat hem is medegedeeld dat er 741 stemgerechtigde leden waren. Voorts blijkt uit de notulen dat er bij de eerste stemming 802 leden stemden. De slottekst van de notulen luidt over het laatste agendapunt 10: *“De voorzitter merkt vervolgens op dat er 446 uitgebrachte schriftelijke stemmen zijn en dat er eerder blijkt de presentielijst 930 stemmen aanwezig waren. De voorzitter concludeert vervolgens dat over de benoemingen geen rechtsgeldige stemming heeft plaatsgevonden. De voorzitter merkt op dat het niet anders kan dan dit onderwerp in de volgende vergadering opnieuw aan de orde te stellen.”* Daarmee staat wel vast dat 484 (930-446) stemmen de vergadering hebben verlaten en uit de notulen blijkt dat tenminste 3 personen bevestigen dat dit BigFour werknemers zijn. Deze harde feiten zijn niet te rijmen met de ongefundeerde ACM opinie zonder enig bewijs en in strijd met voornoemde feiten dat: *“Voor aanwijzingen van een overtreding van het kartelverbod moet sprake zijn van enige vorm van overeenstemming die tot doel en/of als gevolg heeft de mededinging te beperken. Bewijs hiervoor ontbreekt.”* En die opinie ook nog blijft volhouden terwijl alleen al simpelweg lezen van de notulen afdoend bewijs oplevert dat enige vorm van BigFour overeenstemming bestond!

1.1.4.6 Uit de notulen van de ledenvergadering van 14 December 2006 blijkt bovendien dat deze tamelijk rumoerig verliep. De vergadering begon in de ochtend en eindigde om circa 19.45 uur. Door het grote aantal stemmers dat de vergadering voortijdig verliet bleken diverse stemmingen ongeldig en eindigde Nivra zonder bestuur en begroting om enkele voorbeelden te noemen. Vandaar dat besloten moest worden snel een nieuwe ledenvergadering te beleggen op 27 Februari 2007. Het juiste aantal stemmers in deze vergadering is dus niet eenvoudig samen te vatten in een enkel getal⁹.

1.1.4.7 Naar goed Nederlands gebruik vond overleg plaats met de

⁹ Het commentaar in Excel pag. Nivra, cel E9 vermeldt: *“De voorzitter deelt op pagina 1 mede dat hem is medegedeeld dat er 406 stemgerechtigden in de zaal aanwezig zijn en 741 stemgerechtigde leden. Bij de eerste stemming bleken er 802 (466+333+3)stemgerechtigden aanwezig te zijn. Bij de volgende stemming 920(405+512+3). Nadat de inhoudelijk belangrijkste onderwerpen waren afgehandeld daalde het aantal stemgerechtigden bij de laatste stemming tot 229. De laatste stemmingen werden aldus ongeldig verklaard wegens gebrek aan quorum (50%).”*

oppositie en installeerde het bestuur diverse commissies. Als gevolg daarvan ontstond een soort gevechtspauze en beperkte de nieuwe ledenvergadering op 27 Februari 2007 zich tot verbale schermutselingen met een opkomst van slechts 439 stemgerechtigden. Uit de notulen van de drie vergaderingen bleek ook een ander goed Nederlands gebruik. De oppositie bleef onderling verdeeld. Daarbij hielp het niet dat de ontwerpers van de twee alternatieve beroepscode, Westra en Blokdijk, niet tot overeenstemming konden komen over één enkele nieuwe beroepscode ondersteund door de gezamenlijke oppositie.

1.1.4.8 De eindronde vond plaats in de ledenvergadering van 12 December 2007. Alle moties ingebracht door de oppositie werden verworpen. De opkomst was met 1.274 stemgerechtigden veruit de meest bezochte Nivra ledenvergadering ooit. Hieruit concludeerde de oppositie dat winnen we nooit via ledenvergaderingen want de BigFour heeft kennelijk de macht en het belang om voldoende stemgerechtigden naar de ledenvergadering te sturen. Als gevolg is besloten de discussie op andere wijze buiten Nivra voort te zetten.

1.1.5 **De harde feiten over de ledenvergaderingen 2017.** Uit de NBA cijfers in productie 1A blijkt dat bij de verkiezing in 2017 van de bestuursvoorzitter NBA uit BigFour of MKB kantoren vergeleken met de volgende jaren plotseling:

- het aantal stemgerechtigde leden dat aantrad, 1.474, 6,4 maal meer bedroeg dan in volgende jaren.
- het % leden dat bereid was te vergaderen, 6,86%, 6,6 maal meer bedroeg dan in volgende jaren.
- de enige logische verklaring voor deze opmerkelijke stijgingen is het grote belang voor de BigFour van een bestuursvoorzitter uit eigen geledingen.

Beide groepen hebben zich ingespannen om stemmen te verzamelen maar de BigFour groep kan orders uitdelen en de MKB-groep moet collega's motiveren, een veel lastiger proces. Het is natuurlijk juist dat de verkiezing van een nieuwe bestuursvoorzitter geen afdoend bewijs oplevert voor concurrentievervalsing of het bestaan van een kartel. Maar dit voorbeeld geeft wel een nieuwe sterke aanwijzing dat *“de leden die bij de Big Four werkzaam zijn in de praktijk wel in staat zijn de besluitvorming op de ledenvergadering te beïnvloeden.”*

1.1.6 Het valt daarom niet te verstaan waarom de ACM in haar afwijzende besluit van 26 mei 2021 een ongefundeerde opinie zonder enig bewijs poneert en in strijd met de feiten concludeert: *“Voor aanwijzingen van een overtreding van het kartelverbod moet sprake zijn van enige vorm van overeenstemming die tot doel en/of als gevolg heeft de mededinging te beperken. Bewijs hiervoor ontbreekt.”* En die hele operatie witte busjes in 2006 had als enig doel en uiteindelijk ook als resultaat in de volgende vergadering 2007 om de nieuwe beroepscode door te drukken. Die maakte het, samen met de netwerkdefinitie, mogelijk dat alle BigFour kantoren c.q. afdelingen die geen wettelijke controle doen zich kunnen onttrekken aan alle accountancy-regelgeving en toezicht. Voornoemde harde feiten zijn door de ACM en in navolging daarvan ook door de Rechtbank over het hoofd gezien.

1.1.7 De conclusie van de Rechtbank onder ro 4.2 luidt: *“Het betoog van eiseres slaagt niet. Uit de - zoals eiseres dat noemt - aanvliegrouwe van de ACM blijkt niet*

van een vooringenomenheid als bedoeld in artikel 2:4, eerste lid, van de Awb. Uit het verslag van de hoorzitting blijkt niet dat er sprake is van vooringenomenheid van de voorzitter van de hoorcommissie nu hij - anders dan door eiseres is verwoord - heeft gezegd "(...). Dit suggereert dat het bestuur - in elk geval op dit moment - representatief is voor het lidmaatschap van de [naam organisatie]." (onderstreping toegevoegd door rechtbank)." Het is inderdaad juist dat de voorzitter van de hoorcommissie dat inderdaad alleen suggereerde. Maar het is ook juist dat deze suggestie die vooringenomenheid suggereert, daadwerkelijk is overgenomen door ACM en de Rechtbank. En dat in de wetenschap dat de gedragscodes in de VGBA¹⁰, de beroepseed¹¹ en NOCLAR¹² **ieder** NBA-lid voorschrijven **toereikende** maatregelen te nemen bij wetsovertredingen zoals hier waar art. 12 lid 6 WAB en art. 1.1 Beginselen van goed NBA-bestuur voorschrijven dat een evenwichtige vertegenwoordiging 0,36% (5,2% van 7) bedraagt en niet de huidige 14.3% (1 op 7).

1.1.8 Daarbij komt dat de Rechtbank in ro 6 in navolging van de ACM de reikwijdte van het handhavingsverzoek ten onrechte beperkte tot de "*manier waarop beroepsregels binnen de [naam organisatie] worden vastgesteld en de invloed die de Big Four hierop kunnen uitoefenen.*" In ro 5 citeert de Rechtbank een deel van een uitspraak van OvRAN in randnummer 5 beroepschrift dat het eigenstandig commercieel gedrag van de Big Four kantoren juist de eigenlijke oorzaak van het voorliggende concurrentie probleem is. En citeert daartoe dat OvRAN gesteld heeft: "*daarvoor uiteraard geen afdoend schriftelijk bewijs te vinden, maar wel aanwijzingen te hebben zoals het opkopen van kabinetsleden, de feiten (die blijken) uit de lobby bij politieke partijen, het stemgedrag op bestuursvergaderingen en het sturen van medewerkers naar ledenvergaderingen door de Big Four kantoren.*" Maar de Rechtbank liet in dit citaat achterwege de slottekst: "*op zich allemaal niet verboden.*" Opmerkelijke omissie. Want suggereert zo met dit citaat ten onrechte dat het op de weg van OvRAN had gelegen *afdoend schriftelijk bewijs* aan te voeren voor al deze aanwijzingen. En het kan de Rechtbank toch niet zijn ontgaan dat de Mededingingswet (MW) in art. 6.1 en 6.2 de bestreden "*overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen*" zonder meer van rechtswege nietig acht en art. 6.4 MW de bewijslast omkeert. Daarnaast constateerde randnummer 3 van de pleitnota al dat deze zonder enige grond aangebrachte beperking tot de "*manier waarop beroepsregels binnen de [naam organisatie] worden vastgesteld en de invloed die de Big Four hierop kunnen uitoefenen.*" als gevolg heeft dat de ACM vele aanwijzingen van concurrentievervalsing over het hoofd heeft gezien. En dus ook de Rechtbank.

1.1.9 Met het voorgaande in dit eerste onderdeel is afdoend bewijs geleverd dat de organisatiekracht van de BigFour en tal van andere nevenomstandigheden het mogelijk maken dat "*andere leden dan de leden die bij de BigFour werkzaam zijn in de praktijk niet in staat zijn*" voldoende tegenkracht te ontwikkelen tegen de BigFour. Om die redenen kan de uitspraak van de Rechtbank d.d. 07-07-2022 niet standhouden.

1.2 **Eigenstandig commercieel gedrag BigFour buiten beschouwing.** In randnummer 6.1 bevestigt de Rechtbank het ACM oordeel dat "*De ACM heeft haar onderzoek dan ook kunnen toespitsen op de manier waarop beroepsregels binnen de*

¹⁰ Verordening Gedrags- en beroepsregels Accountants: <https://www.nba.nl/tools/hra-2021/?folder=119617>

¹¹ Beroepseed voor accountants: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0037990/2022-01-01>

¹² Gedragsregels accountants bij niet-naleving wet- en regelgeving (NOCLAR) : <https://www.nba.nl/wet-en-regelgeving/noclar/>

[naam organisatie] worden vastgesteld en de invloed die de Big Four hierop kunnen uitoefenen". Het voorgaande toonde aan dat dit ACM oordeel slechts een ongefundeerde opinie is, zonder enig bewijs en in strijd met alle relevante feiten. Op die grond kan de conclusie van de ACM niet standhouden dat niet valt in te zien op welke wijze de overgrote meerderheid van NBA-leden (100-5,2% =94,8%) die niet bij de BigFour werkzaam zijn, ervan zou kunnen worden weerhouden om regelgeving tegen te houden of in te trekken als zij van mening zouden zijn dat hun concurrentiepositie daardoor wordt aangetast. Bewijs van het tegendeel is bij de ledenvergaderingen 2006/2007 en 2017 geleverd. Maar zelfs wanneer deze conclusie van de ACM wel juist zou zijn, geeft dat geen enkele reden om daarnaast ander eigenstandig commercieel gedrag van de BigFour buiten beschouwing te laten. De overlegde gedingstukken toonden immers afdoende aan dat de NBA-regels op BigFour kantoren die geen wettelijke controle doen niet van toepassing zijn maar wel op alle NBA-leden en ondernemingen met toevallig een of meer NBA leden in dienst.

1.2.1 Toch bevestigt de Rechtbank in randnummer 6.2 het ACM oordeel dat art. 24 van de Mededingingswet (MW) niet van toepassing zou zijn in de onderhavige situatie. Art. 24 MW luidt: *"Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie."* Dit is een wel heel summiere weergave van art. 102 VWEU met de veel uitgebreidere tekst in voetnoot¹³ dat met de letterlijke tekst verbiedt: *"het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging;"*. Dit verbod is zonder meer van toepassing in de onderhavige situatie waar het immers gaat over het toepassen ten opzichte van NBA leden van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties dat evident nadeel berokkent bij de mededinging.

1.2.2 Daarom is onbegrijpelijk in dit verband dat de Rechtbank concludeert dat: *"Nu de handelingen waar eiseres over klaagt - het vaststellen van de [naam organisatie] -regels - geen economische activiteit betreffen of zijn, kwalificeert de [naam organisatie] echter niet als een onderneming en kan van een overtreding van artikel 24 van de Mw door de [naam organisatie] dan ook geen sprake zijn."* Eiseres OvRAN klaagde immers ten principale helemaal niet over *"het vaststellen van de [naam organisatie] -regels -"* maar over concurrentievervalsing door BigFour kantoren en gaf als voorbeeld accountancy regelgeving waar BigFour kantoren niet aan gebonden zijn maar NBA leden wel en illustreerde een en ander onder andere met de wijze waarop de organisatiekracht van de BigFour die accountancy regelgeving via de beroepscode overtuigend bewerkstelligde in de twee ledenvergaderingen 2006/2007. De stelling van de Rechtbank onder randnummer 6.2 dat *"de*

¹³ "Onverenigbaar met de interne markt en verboden, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan.

Dit misbruik kan met name bestaan in:

- a) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
- b) het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers;
- c) het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging;
- d) het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten"

handelingen waar eiseres over klaagt - het vaststellen van de [naam organisatie] -regels - geen economische activiteit betreffen of zijn, kwalificeert de [naam organisatie] echter niet als een onderneming en kan van een overtreding van artikel 24 van de Mw door de [naam organisatie] dan ook geen sprake zijn.” is op zich niet geheel onjuist. Maar waarom gaat de Rechtbank hier geheel voorbij aan het feit dat eiseres OvRAN ten principale klaagde over concurrentievervalsing? En OvRAN gaf daarbij alleen als voorbeeld dat de organisatiekracht van de BigFour een nieuwe beroepscode afdwong die samen met de netwerkdefinitie BigFour kantoren vrijstelt van alle accountancy regelgeving maar NBA leden daar wel aan bindt. Door dit aspect volledig over het hoofd te zien c.q. verkeerd te interpreteren, toont de Rechtbank aan het dwaalspoor van de ACM te willen volgen. En dat dwaalspoor was gebaseerd op een ongefundeerde opinie zonder enig bewijs en in strijd met de feiten dat het alleen zou gaan over het 'ondenkbare' feit dat dat 5,2% van de NBA-leden de besluitvorming in de ledenvergadering kunnen bepalen.

1.2.3 Opmerkelijk is ook in dit verband dat de Rechtbank geheel voorbij ging aan het gestelde in het beroepschrift onder randnummers 12.1 tot 12.3 inzake het Haviltex criterium. Nu 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 %. En waarom ging de Rechtbank daar geheel aan voorbij in de wetenschap dat *“Volgens een vaste rechtspraak¹⁴ kunnen zeer grote marktaandelen — 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) en hun leveringen niet eenvoudig kunnen opvoeren. 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,”*

1.2.4 De jurisprudentie, zie bijv. deze HR uitspraak¹⁵ verlangt bovendien: *“Heeft een onderneming evenwel een economische machtspositie, dan mag van die positie geen misbruik worden gemaakt. Op een dergelijke onderneming komt een bijzondere verantwoordelijkheid te rusten om geen inbreuk te maken op de daadwerkelijke en onvervalste mededinging (zie bijvoorbeeld HvJEU 9 november 1983, 322/81, ECLI:NL:XX:1983:BF5823 (Michelin), punt 57; HvJEU 2 april 2009, C-202/07 P, ECLI:NL:XX:2009:BI0827 (France Télécom), punt 105; HvJEU 6 december 2012, C-457/10 P, ECLI:NL:XX:2012:BY6475 (AstraZeneca), punt 134).”* Van die *“bijzondere verantwoordelijkheid”* bij de BigFour is niet gebleken. De Rechtbank Rotterdam bevestigde bovendien in een iets andere situatie bij alarmcentrales¹⁶ wel dat: *dat het onderzoek van verweerder naar mogelijk misbruik van een economische machtspositie niet op een voldoende zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.”* Maar waarom concludeert de Rechtbank dat bij alarmcentrales geen zorgvuldig onderzoek heeft plaatsgevonden naar mogelijk misbruik van een economische machtspositie maar laat dit verwijt achterwege bij accountants? Hoe is de Rechtbank in navolging van de ACM tot de

¹⁴ Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen” concluderen onder randnummer 17

¹⁵ ECLI:NL:HR:2014:149

¹⁶ ECLI:NL:RBROT:2005:AV2345

conclusie kunnen komen via de ongefundeerde opinie zonder enig bewijs en in strijd met de feiten dat het 'ondenkbaar' is dat 5,2% van de leden de besluitvorming in de ledenvergadering kunnen bepalen? Waarom heeft de Rechtbank de ACM niet op de vingers getikt nu die mogelijk misbruik van een economische machtspositie heeft afgedaan zonder enig onderzoek, zonder enig bewijs en in strijd met de feiten?

1.2.5 Nu het vooral gaat om eigenstandig commercieel gedrag van BigFour kantoren kan om voornoemde redenen de uitspraak van de Rechtbank d.d. 07-07-2022 niet standhouden.

1.3 **Omgekeerde bewijslast.** Dit derde onderdeel handelt niet alleen over de verdraaiing c.q. verlegging van de bewijslast die in onderdeel 1 is afgedaan met sluitend bewijs dat *“andere leden dan de leden die bij de BigFour werkzaam zijn, in de praktijk niet in staat zijn”* voldoende tegenkracht te ontwikkelen tegen de BigFour en dat de BigFour zeer wel in staat zijn de besluitvorming in de ledenvergadering te bepalen. Die weigering van de ACM blijkt onder meer al uit dit ACM citaat in voetnoot¹⁷. Het staat natuurlijk vast dat BigFour kantoren hun eigen belangen mogen behartigen. Maar kartelvorming is nu eenmaal een zeer effectief middel om ook eigen belangen te behartigen.

1.3.1 En het is de taak van de ACM er op te zien dat belangenbehartiging niet omslaat in concurrentievervalsing. ACM's conclusie: *“dat de enkele verhoogde aanwezigheid van BigFour accountants bij voor de BigFour relevante ledenvergaderingen op zichzelf geen bewijs vormt voor een mededingingsinbreuk.”* is op zichzelf niet onjuist. Maar toont ook aan dat de betekenis van de omgekeerde bewijslast aan de ACM volledig is ontgaan. Met name de vergaande betekenis van de term **kunnen** in het voorschrift onder randnummer 24 van de EU Richtsnoeren over horizontale vormen van samenwerking is de ACM kennelijk volledig ontgaan¹⁸.

1.3.2 Datzelfde geldt overigens ook voor de Rechtbank die in randnummer 11.1 weliswaar betoogt dat *“Artikel 6, derde en vierde lid, van de Mw ziet op de situatie dat sprake is van een verboden gedraging als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de Mw maar dat de betrokken onderneming of ondernemersvereniging zich op de uitzondering van artikel 6, derde lid, van de Mw beroept. In dat geval dient, zoals is bepaald in artikel 6, vierde lid, van de Mw die onderneming of die ondernemersvereniging te bewijzen dat aan alle voorwaarden van lid 3 is voldaan.”* Maar vervolgens komt de Rechtbank tot de conclusie in het slot van randnummer 11.1 dat *“Punt 83 uit het door eiseres aangehaalde arrest ziet ook op die situatie en niet op de situatie die hier aan de orde is waarbij er volgens ACM geen aanwijzingen zijn dat artikel 6, eerste lid, van de Mw is geschonden.”* Als gevolg waarvan naar de mening van de Rechtbank die onderneming of die ondernemersvereniging niet meer hoeft *“te bewijzen dat aan alle voorwaarden van lid 3 is voldaan.”* Zoals eerder gezegd schept deze conclusie van de Rechtbank ten onrechte een monopolie en vrijbrief aan toezichthouders

¹⁷ Het slot van randnummer 15 van het verweerschrift ACM d.d. 7-2-2022 luidt: *“Belangrijker nog is echter dat de enkele verhoogde aanwezigheid van BigFour accountants bij voor de BigFour relevante ledenvergaderingen op zichzelf geen bewijs vormt voor een mededingingsinbreuk, nu zij - als gezegd - bij de ledenvergadering hun eigen belangen mogen behartigen.”*

¹⁸ Bron: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX%3A52011XC0114%2804%29&from=NL> over horizontale samenwerkingsovereenkomsten: *“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.”*

om onderzoek na te laten en niet appellabele fouten te maken, strijdig met de Grondwet c.q. mensenrechten, volstrekt ongepast in een rechtstaat! Dat verdient nadere toelichting.

1.3.3 Het door OvRAN en de Rechtbank aangehaalde arrest¹⁹ Aalborg Portland and Others v Commission handelt over een internationaal cement kartel. Ro 83 van dat arrest handelt over deelname via een enkele kartelovereenkomst en is een nadere uitwerking van ro 81 dat stelt: *“Volgens vaste rechtspraak volstaat het dat de Commissie aantoonde dat de betrokken onderneming heeft deelgenomen aan bijeenkomsten tijdens welke mededingingsversturende overeenkomsten zijn gesloten, en zich daar niet duidelijk tegen heeft verzet, om de deelneming van die onderneming aan de mededingingsregeling genoegzaam te bewijzen.”* De stelling van de Rechtbank dat in dit geval, ceteris paribus, de ACM niet heeft aangetoond dat de betrokken ondernemingen deelnamen aan bijeenkomsten tijdens welke mededingingsversturende overeenkomsten zijn gesloten, en zich daar niet duidelijk tegen hebben verzet, is op zich terecht. In tegenstelling immers tot de onderzoeksactiviteiten van de Commissie in dit Aalborg Portland and Others arrest en wat eigenlijk ook van alle toezichthouders concurrentievervalsing verwacht mag worden, weigerde de ACM immers zelfs maar de moeite te nemen enig onderzoek te doen naar de betreffende Nivra vergaderingen. En alleen de onjuiste ongefundeerde opinie zonder enig bewijs en in strijd met de feiten (zie randnummer 15 verweerschrift ACM d.d. 7-2-22) poneerde: *“Dat de BigFour stemmingen naar hun hand zouden kunnen zetten door grote aantallen medewerkers hun opwachting te laten maken bij vergaderingen waarbij voor hen heikle punten op de agenda staan, zoals de OvRAN stelt, is niet gebleken”*. Die ACM conclusie was al opmerkelijk gezien de aangeleverde bewijsvoering. Maar het feit dat ook de Rechtbank de niet weersproken aangeleverde bewijsvoering in voetnoot 10 van het beroepschrift OvRAN d.d. 24-11-21 met aantallen stemmers in de relevante ledenvergaderingen over het hoofd zag, is onbegrijpelijk. Zelfs een marginale toetsing van uiterst relevante en niet weersproken feiten is toch wel het minimum dat je van een onafhankelijke en onbevooroordeelde Rechtbank mag verwachten. Nu zelfs die marginale toetsing ontbrak impliceert het oordeel van de Rechtbank een monopolie en vrijbrief aan toezichthouders om onderzoek na te laten en niet appellabele fouten te maken! Mede daarom kan de uitspraak van de Rechtbank d.d. 07-07-2022 niet standhouden.

1.3.4 Ook kan deze uitspraak van de Rechtbank niet standhouden omdat de hiervoor genoemde feiten onder onderdeel 1 Ledenvergaderingen Nivra/NBA 2006, 2007 en 2017 volstrekt duidelijk maken dat grote aantallen BigFour leden naar de ledenvergaderingen 2006/2007 gingen vanwege het grote belang van de beroepscode voor de BigFour. Samen met de netwerkdefinitie maakte die combinatie met de nieuwe beroepscode (via de begrippen “assurance” en “aan assurance verwant”) het immers mogelijk dat alle BigFour onderdelen die geen wettelijke controle doen zich kunnen onttrekken aan alle accountancy-regelgeving. Die combinatie van netwerkdefinitie met de nieuwe beroepscode, is het die concurrentievervalsing mogelijk **kan** maken. En uit de term **kunnen** in het voorschrift onder randnummer 24 van de EU Richtsnoeren, volgt nu eenmaal dat *het niet nodig is de daadwerkelijke of potentiële mededingings-*

¹⁹ https://curia.europa.eu/juris/liste_print.jsf?cid=2129241

beperkende gevolgen van een overeenkomst op de markt te onderzoeken, zodra eenmaal is gebleken dat deze een mededingingsbeperkende strekking heeft.” Het is onbegrijpelijk hoe de Rechtbank aan deze uiteenzetting in het beroepschrift onder randnummer 9.14 en de pleitnota onder randnummer 10.1 volledig voorbij heeft kunnen gaan met de simpele ongefundeerde conclusie onder ro 11.1 zonder enig bewijs en in strijd met de feiten dat er volgens ACM geen aanwijzingen zijn dat artikel 6, eerste lid, van de Mw is geschonden. Het is immers niet meer nodig nadere aanwijzingen naar *de daadwerkelijke of potentiële mededingingsbeperkende gevolgen* te onderzoeken *zodra eenmaal is gebleken dat deze een mededingingsbeperkende strekking heeft*. En als gevolg van het volledig falen van de ACM om eigenstandig commercieel gedrag van de BigFour te onderzoeken en de omgekeerde bewijslast te erkennen, liet de Rechtbank alle *daadwerkelijke of potentiële mededingingsbeperkende gevolgen* van het BigFour gedrag ten onrechte geheel buiten beschouwing.

1.3.5 Juist dit hoger beroep over concurrentievervalsing verlangt een integrale toetsing of aan alle voorwaarden van lid 3 MW is voldaan, quod non. De ACM staakte zelfs ieder nader onderzoek via de ongefundeerde opinie zonder enig bewijs en in strijd met de feiten dat het 'ondenkbaar' is dat 5,2% van de leden de besluitvorming in de ledenvergadering kunnen bepalen. Het is dan ook niet te bevatten en strijdig met alle logica hoe het heeft kunnen bestaan dat de Rechtbank, in navolging van de ACM, “de omgekeerde bewijslast omkeert”. Dit terwijl randnummer 9.15 van het beroepschrift uitdrukkelijk verwees naar het bekende GlaxoSmithKline arrest van 6-10-2009²⁰. Daarmee ontkent de Rechtbank de standaard opvatting van het HvJ in ro 82: “*Opgemerkt zij dat het Gerecht in de punten 233 tot en met 236 van het bestreden arrest heeft herinnerd aan de rechtspraak, de beginselen en de criteria die gelden voor de bewijslast en de omvang van de vereiste bewijzen inzake een verzoek om ontheffing krachtens artikel 81, lid 3, EG. Het heeft terecht benadrukt dat wie zich op deze bepaling beroept, met overtuigende argumenten en bewijsmateriaal moet aantonen dat is voldaan aan de voorwaarden om voor een ontheffing in aanmerking te komen (zie in die zin arrest van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie, 42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 45).*” en in ro 83: “*De bewijslast rust dus op de onderneming die een ontheffing krachtens artikel 81, lid 3. 279).*” Het volledig falen van de ACM om eigenstandig commercieel gedrag van de BigFour te onderzoeken en de omgekeerde bewijslast te erkennen, heeft de Rechtbank aantoonbaar op dwaalsporen gebracht. Hierdoor kan de uitspraak van de Rechtbank d.d. 07-07-2022 niet standhouden.

1.4 **Miskennis van de macht van het bestuur.** Uit randnummer 1.2 hiervoor blijkt dat de huidige BigFour vertegenwoordiging in het NBA bestuur 1/7=14% bedraagt. Een evenwichtige vertegenwoordiging die wet- en regelgeving vereisen bedraagt echter 0,36% (5,2% van 7). Net als uw college in 2019 over een tuchtklacht tegen de 3 bestuursleden, ging de ACM en de Rechtbank geheel voorbij aan gedragscodes in de VGBA²¹, de beroepseed²² en NOCLAR²³ die ieder NBA-lid voorschrijven toereikende maatregelen te nemen bij wetsovertredingen. Maar geen enkel NBA lid, laat staan de minister, nam toereikende maatregelen en de recente benoeming van een nieuw BigFour bestuurslid in de ledenvergadering 13 juni 2022 verliep rimpelloos. Zo ging ook de ACM en de Rechtbank voorbij aan deze evidente schending

²⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:62006CJ0501&from=EN>

²¹ Verordening Gedrags- en beroepsregels Accountants: <https://www.nba.nl/tools/hra-2021/?folder=119617>

²² Beroepseed voor accountants: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0037990/2022-01-01>

²³ Gedragsregels accountants bij niet-naleving wet- en regelgeving (NOCLAR) : <https://www.nba.nl/wet-en-regelgeving/noclar/>

van duidelijke wettelijke regels in art. 12 lid 6 WAB en art. 1.1 Beginselen van goed NBA-bestuur. Dat NBA-leden alle voorschriften niet kennen laat staan naleven, is niet goed maar nog daar aan toe. Dat de ACM de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten²⁴ aan haar laars lapt, is ook geen nieuws. Dat de Rechtbank ook dit aspect over het hoofd zag is niet goed maar begrijpelijk nu die haar oordeel bijna geheel baseerde op ACM oordelen dat het 'ondenkbaar' is dat 5,2% van de leden de besluitvorming in de ledenvergadering kunnen bepalen. Maar nu het gaat over beperkingen met een mededingingsbeperkende strekking welke naar hun aard de mededinging **kunnen** beperken in de zin van artikel 101, lid 1, lijkt de enig mogelijke conclusie dat ieder BigFour bestuurslid in het NBA-bestuur van 7 het vermoeden bevestigt dat het NBA-bestuur ook fungeert, althans **kan** fungeren, als uitvoeringsorgaan van een BigFour kartel. Het is nu eenmaal risicovol, niet alleen mededingingsrechtelijk, als bepaalde ledengroepen veel sterker vertegenwoordigd zijn in het bestuur als andere. Je moet nu eenmaal de kat niet op het spek binden zegt het spreekwoord. Niet voor niets stelt de EU-Commissie dan ook in voetnoot 6 van de Richtsnoeren dat : *“Artikel 101, lid 1, verbiedt zowel daadwerkelijke als potentiële mededingingsverstoringen effecten.”* En katten op het spek binden is in dit verband nu eenmaal potentieel mededingingsverstoring. Nu hier blijkt dat de Rechtbank, in navolging van ACM, de betekenis van de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten en de term **“kunnen”** voor potentiële mededingingsverstoringen effecten volledig over het hoofd zag, kan haar uitspraak d.d. 07-07-2022 niet standhouden.

1.5 Miskenning van de betekenis van het 'beperkte' verzet. Het is natuurlijk het goed recht van de Rechtbank te menen in randnummer 11.2 dat het “beperkte” verzet binnen de NBA eerder als een aanwijzing te zien dat een groot deel van de accountants hier geen (mededingingsrechtelijk) probleem in ziet, anders zouden zij zich wel bij de ALV melden. De feiten waar de Rechtbank zich op baseert zijn echter onjuist, daarnaast onvolledig, ongefundeerd, zonder enig bewijs en in strijd met de feiten.

1.5.1 In tegenstelling tot de conclusie van de Rechtbank in de slotzinnen van rechtsoverweging 11.3, is voor het stemmen op ledenvergaderingen normaliter fysieke aanwezigheid wel degelijk altijd vereist al waren door Corona tijdelijke uitzonderingen geboden. En dat stemmen betekent voor veel leden een last waar graag aan voorbij wordt gegaan. De combinatie van fysieke reis- en vergadertijden, liefst twee keer per jaar betekent tenminste 8 declarabele uren gemist, zeg 8 x zeg €250=€ 2.000, los van de gebruikelijke druk om meer uren te maken dan menselijkerwijs mogelijk is. En dan speelt het belang om te vergaderen een belangrijke rol. Vandaar dat de opkomst zeer laag is. Bij de fysieke vergaderingen na 2017 slechts 0,74% van het aantal leden met gemiddeld 162 leden per vergadering. Daarbij speelt het feit dat wijzigingen in regelgeving als lid gedaan krijgen een uiterst moeizaam proces is want tegenstand oproept. Vandaar dat de opvatting heerst begin er niet aan want “dit winnen we nooit”. Temeer daar het belang van de BigFour heel groot is om hun gemiddeld partner inkomen rond €0,5 Mio te handhaven. Ten onrechte gaat de Rechtbank voorbij aan al deze feiten die een democratie kwetsbaar maken.

²⁴ “Van mededingingsbeperkende strekking is sprake bij beperkingen welke naar hun aard de mededinging **kunnen** beperken in de zin van artikel 101, lid 1.”

1.5.2 Daarnaast speelt het feit dat de naleving van de zeer complexe en poly-interpretabele NBA-regelgeving niet of nauwelijks wordt gecontroleerd bij de grootste ledengroepen. Waarom zou je dan vergaderen om die regelgeving te wijzigen? De feitelijke keuze is om deze NBA-regelgeving ofwel te negeren om niet op achterstand te staan in de concurrentie en het risico van klachten bij de Accountantskamer aanvaarden ofwel de regelgeving wel toe te passen en op achterstand staan in de concurrentie. Het feit dat deze NBA-regelgeving ieder NBA-lid dwingt die keuze te moeten maken, is op zich al potentieel mededingingsverstrend.

1.5.3 Bij de ledengroep openbare accountants wordt wel gecontroleerd maar vooral op de samenstelpraktijk en nauwelijks op andere dienstverlening. Het verzet uit die MKB groep tegen de regelgeving is echter effectief gesmoord bij de verkiezingen in 2017 over een nieuwe BigFour of MKB voorzitter.

1.5.4 Het stemmen met machtigingen is inderdaad mogelijk en dat helpt uiteraard om de drempel om fysiek te stemmen te verminderen. Maar het is de Rechtbank kennelijk ontgaan dat die machtigingen op een maximum van drie per lid zijn gemaximeerd en volmachten afgeven beperkt is tot vijf dagen voor de vergadering. Die combinatie schept een barrière van praktische problemen. De stelling van de Rechtbank in de slotzinnen van rechtsoverweging 11.3 dat in het verleden machtigingen ongeldig zijn bevonden maar OvRAN verzuimde dit te onderbouwen, is onterecht. Gezien de omgekeerde bewijslast had het op de weg van de ACM gelegen de talloze feiten die OvRAN heeft aangedragen nader te onderzoeken dan wel de NBA opdracht te geven tegenbewijs te leveren. Nu dit kwaad is geschied, zij allereerst verwezen naar de notulen van de ledenvergadering 2006 waar vele discussies zijn gevoerd over die praktische volmacht problemen. Voorts zijn verwezen naar de randnummers 12- 16 en 38 uit de Akte Uitlating Producties²⁵ in kort geding waaruit naast tal van onregelmatigheden geïllustreerd met mails, onder meer blijkt dat 215 stemmen (Blokdijk/Limberg:150) + (SWA: 65) stemmen verloren zijn geraakt door talloze omstandigheden gerelateerd aan die praktische volmacht problemen. Op pagina 4 bovenaan merkt de voorzitter op over die vijf dagen termijn: *“De voorzitter heeft erop gewezen dat die termijn nu niet geldt en ook niet gehanteerd is.”* Uit de in de notulen geciteerde feiten blijkt evenwel dat die termijn wel degelijk is gehanteerd. OvRAN zal dan ook met veel genoegen het betreffende mail-bestand SWA vertrouwelijk ter beschikking stellen om te kunnen verifiëren of deze uitspraak van de voorzitter een leugen (om bestwil?/ingefluisterd?) was. Wanneer deze 215 stemmen niet verloren zouden zijn gegaan, had de ledenvergadering 2006 een heel andere wending kunnen nemen.

1.5.5 Nu de Rechtbank de betekenis van de vele redenen achter het 'beperkte' verzet kennelijk over het hoofd zag, de feiten niet kende en ook nog ten onrechte de bewijslast over deze onregelmatigheden omkeerde, kan haar uitspraak d.d. 07-07-2022 niet standhouden.

1.6 **Drie in detail uitgewerkte voorbeelden van concurrentievervalsing.**

Dit zesde onderdeel licht toe hoe ook de Rechtbank Rotterdam, evenals de ACM, ten onrechte tal van andere feiten niet bij haar beoordeling betrok. Waaronder drie in detail uitgewerkte voorbeelden van concurrentievervalsing op verschillende deelmarkten corporate finance, interim management en

²⁵ http://www.wakkereaccountant.nl/uitlatingproducties_RA.htm

kleine MKB accountantskantoren. Die voorbeelden zijn zelfs inhoudelijk niet weersproken. De ACM deed ze af in randnummer 27 met de tekst niet in te zien: *“ook na heroverweging op welke wijze de grote meerderheid van NBA-leden die niet bij de Big Four werkzaam zijn ervan zou worden weerhouden om regelgeving tegen te houden of in te trekken als zij van mening zouden zijn dat hun concurrentiepositie in het geding is als gevolg van die regelgeving.”* In ro 11.2 nam de Rechtbank deze overweging bijna letterlijk over. Dit ondanks het feit zoals onder 2.1 aangetoond dat de harde feiten uit drie ledenvergaderingen in 2006/2007 en 2017 aantonen dat de grote meerderheid van NBA-leden die niet bij de Big Four werkzaam niet in staat zijn voldoende tegenkracht te ontwikkelen tegenover de organisatiekracht van de BigFour.

1.6.1 Dit alles neemt niet weg dat die drie in detail uitgewerkte voorbeelden van concurrentievervalsing zelfstandig aandacht verdienen als niet weersproken bewijs van concurrentievervalsing. De afdelingen van de BigFour die fungeren als corporate finance, interim management of accountantskantoor worden immers door het publiek wel maar door de wetgever niet als accountants gezien. De NBA-regels zijn op die BigFour kantoren niet van toepassing maar wel op alle NBA-leden en ondernemingen en met toevallig een of meer NBA leden in dienst. Het is onbegrijpelijk dat zowel de ACM als de Rechtbank aan deze evidente bewijzen van concurrentievervalsing voorbij ging.

1.6.2 Dit klemt des te meer omdat op deze soort overeenkomsten de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten van toepassing zijn. Het kan niet weersproken worden dat het geciteerde veertiental NBA-voorschriften potentieel mededingingsverstorend **kunnen** werken. Nu algemeen wordt aangenomen dat: *“Artikel 101, lid 1, zowel daadwerkelijke als potentiële mededingingsverstorende effecten verbiedt”* zou nader bewijs eigenlijk overbodig moeten zijn. Desalniettemin zette de ACM en de Rechtbank alles in het werk om aan dit nadere bewijs te ontkomen. Dit via de ongefundeerde opinie zonder enig bewijs en in strijd met de feiten dat het alleen zou gaan over het 'ondenkbare' feit dat 5,2% van de NBA-leden de besluitvorming in de ledenvergadering zouden kunnen bepalen. Terwijl *“potentiële mededingingsverstorende effecten.”* op zich al afdoend bewijs van concurrentievervalsing opleveren.

1.6.3 Gezien deze evidente bewijzen van concurrentievervalsing in die drie voorbeelden alsmede de samenhangende potentieel mededingingsverstorende effecten kan, gezien art. 101, lid 1 dat zowel daadwerkelijke als potentiële mededingingsverstorende effecten verbiedt, de uitspraak van de Rechtbank d.d. 07-07-2022 niet standhouden.

1.7 **“Potentiële” gevolgen, strekkingsbedingen, standaardiseringsovereenkomsten etc.** Dit zevende onderdeel licht toe hoe ook de Rechtbank Rotterdam, evenals de ACM, ten onrechte duidelijke jurisprudentie ter zijde stelt die aangeeft dat de bewijslast al heel snel verschuift van de steller naar de overtreder wanneer bijv. sprake is van “potentiële” gevolgen, strekkingsbedingen, standaardiseringsovereenkomsten etc. Allereerst zal de jurisprudentie worden onderzocht.

1.7.1 **Strekkingsbedingen.** Uit uw arrest in voetnoot²⁶ blijkt onder ro 9.3.7. dat *“Wat de kwalificatie van een praktijk als een beperking naar strekking betreft, blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat bepaalde soorten coördinatie tussen ondernemingen de goede werking van de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden*

²⁶ ECLI:NL:CBB:2019:150

dat de gevolgen ervan niet meer hoeven te worden onderzocht (zie bijvoorbeeld het arrest van 16 juli 2015, zaak C-172/14, ING Pensij, ECLI:EU:C:2015:484, overweging 31). Die rechtspraak is ingegeven door het feit dat bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen kunnen worden geacht naar hun aard schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging (zie het arrest Cartes Bancaires, overweging 50).” En dat sprake is van coördinatie lijdt geen twijfel als 'heel toevallig' de NBA-regels niet van toepassing zijn op geen enkel BigFour kantoor corporate finance, interim management of accountantskantoor maar 'heel toevallig' wel op alle NBA-leden en ondernemingen met een of meer NBA leden in dienst.

1.7.2 **Standaardiseringsovereenkomsten** Uit dit arrest in voetnoot²⁷ van de Rechtbank blijkt dat in geval van standaardiseringsovereenkomsten bij dierenartspraktijken de ACM normaliter wel degelijk zorgvuldig onderzoek verricht of sprake is van concurrentievervalsing. Waarom bij dierenartspraktijken wel zorgvuldig onderzoek doen maar het geciteerde veertiental NBA-voorschriften over concurrentievervalsing afdoen met de ongefundeerde opinie zonder enig bewijs en in strijd met de feiten dat het alleen zou gaan over het 'ondenkbare' feit dat dat 5,2% van de NBA-leden de besluitvorming in de ledenvergadering kunnen bepalen?

1.7.3 **Verplicht nader onderzoek bij horizontale samenwerkingsovereenkomsten.** Maar zelfs wanneer, hypothetisch gezien, die opinie van ACM en Rechtbank wel juist zou zijn gelden nog steeds de EU Richtsnoeren²⁸ op basis van art. 101, lid 1, VWEU dat voor horizontale samenwerkingsovereenkomsten in ro 26 stelt: *“Wanneer een horizontale samenwerkingsovereenkomst geen mededingingsbeperkende strekking heeft, dienen de daadwerkelijke of potentiële gevolgen echter te worden onderzocht om vast te stellen of er sprake is van mededingingsbeperkende gevolgen.”* Waarom heeft dat nadere onderzoek niet plaatsgevonden? Waarom doet de Rechtbank dat in strijd met ro 26 Richtsnoeren af in ro 12 met: *“De rechtbank komt tot de conclusie dat de ACM heeft kunnen stellen onvoldoende aanknopingspunten te hebben voor nader onderzoek en het handhavingsverzoek heeft kunnen afwijzen.”* Is de ACM dan niet gehouden aan ro 26 Richtsnoeren?

1.7.4 Uit het feit dat ACM en de Rechtbank ten onrechte de aangetoonde vormen van coördinatie tussen de BigFour in de vorm van de geciteerde NBA-regels die naar hun aard schadelijk kunnen worden geacht te zijn voor de goede werking van de normale mededinging buiten beschouwing liet en zelfs het voorgeschreven nadere onderzoek niet uitvoerde, volgt dat de uitspraak van de Rechtbank d.d. 07-07-2022 niet kan standhouden.

1.8 **Kartelverbod.** De Leidraad samenwerking concurrenten²⁹ van de ACM geeft in onderdeel 2.2. de volgende definitie als antwoord op de vraag wanneer het kartelverbod van toepassing is en welke gedragingen onder het kartelverbod vallen? Het antwoord luidt: *“Gedragingen van ondernemingen vallen onder het kartelverbod als zij kunnen worden gekwalificeerd als een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging.”* In dit geval is zowel sprake van een overeenkomst in de vorm van het geciteerde veertiental NBA-voorschriften in combinatie met marktgedrag waardoor de BigFour kantoren zich vrij stellen van alle NBA regelgeving en ook de gebruikelijke controles van de NBA vermijden op typische accountantswerkzaamheden zoals het samenstellen van jaarcijfers.

²⁷ ECLI:NL:RBROT:2016:2494

²⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=celex%3A52011XC0114%2804%29>

²⁹ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-samenwerking-tussen-concurrenten>

- 1.8.1 De “Minimis Notice”³⁰ stelt dat “*The distinction between “restrictions by object” and “restrictions by effect” arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition.*” Deze “Minimis Notice” geeft een kader waarbinnen deze “*forms of collusion between undertakings*” toch vrijgesteld kunnen zijn. Op geen enkele wijze echter komt het beschreven BigFour gedrag als voorbeeld van feitelijke samenwerking voor onder de beschreven vrijstellingen. Daarmee is een vrijstelling niet aan de orde.
- 1.8.2 Het bezwaarschrift d.d. 06-06-21 bij de ACM verwees in randnummer 15 al naar een ander door de overheid gesteund kartel. De geciteerde rechtspraak over The Irish beef case (HvJ Case C-209/07SV) maakte in rechtsoverweging 34 duidelijk dat art. 101 VWEU: “*immers beoogt iedere vorm van coördinatie die welbewust een feitelijke samenwerking tussen ondernemers in de plaats stelt van de risico’s van de concurrentie, te verbieden.*” En dat de feitelijke samenwerking via de NBA tussen de BigFour partners meerdere risico’s van concurrentie buiten de wettelijke controle, uitschakelt of beperkt, leidt geen twijfel. Alle BigFour kantoren stellen zich immers vrij van alle NBA regelgeving en vermijden ook de gebruikelijke controles van de NBA op typische accountantswerkzaamheden zoals het samenstellen van jaarcijfers. Als dat geen *welbewuste feitelijke samenwerking is of onderling afgestemde feitelijke gedraging*, wat is het dan wel?
- 1.8.3 Het beroepschrift deed dat nog eens dunnetjes over met de verwijzing in randnummer 11 naar duidelijke jurisprudentie over facilitatoren of uitvoeringsorganen van concurrentievervalsing zoals in dit geval de NBA. De arresten Treuhand (ECLI:EU:C:2015:717)³¹ en ICAP7 (ECLI:EU:T:2017:795)³², spreken boekdelen daarover. In beide gevallen ontstond de aansprakelijkheid omdat Treuhand en ICAP actief participeerden in de betreffende concurrentievervalsing. En in dit geval zijn vele NBA-leden bereid te getuigen dat in 2006 het bijna voltallige NBA-bestuur de vergadering schorste en moesten toezien hoe dat bijna voltallige NBA-bestuur uren stonden te bellen om hun medewerkers op te roepen per omgaand te komen stemmen (witte busjes). Als dat geen *welbewuste feitelijke samenwerking is of onderling afgestemde feitelijke gedraging*, at is het dan wel?
- 1.8.4 Deze onderling afgestemde feitelijke BigFour gedragingen samen met besluiten van de ondernemersvereniging NBA, bevestigen gezien de hiervoor genoemde kartel definitie door ACM en de geciteerde jurisprudentie dat sprake is van een verboden BigFour kartel. Ook op die grond kan de uitspraak van de Rechtbank d.d. 07-07-2022 niet standhouden.
- 1.9 **Verboden Staatssteun.** Onder ro 14 stelt de Rechtbank dat: “*dat de bevoegdheid om handhavend op te treden tegen mogelijke overtredingen van de EU staatssteunregels exclusief bij de Europese Commissie ligt*”. Deze opvatting vindt geen enkele steun in het recht.
- 1.9.1 De tekst van art. 107.1 luidt: “*Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongun-*

³⁰ https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf

³¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0194>

³² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62015TJ0180>

stig beïnvloedt.” Deze heel algemeen geformuleerde tekst is een verbod vergelijkbaar met het algemeen geformuleerde verbod in art. 6.1 WM dat iedereen interpreteert als een verbod waar iedereen aan gehouden is en iedereen een beroep op kan doen.

- 1.9.2 Ook de jurisprudentie geeft geen enkele aanwijzing dat handhavend optreden bij staatssteun exclusief bij de Europese Commissie ligt. In de zaak *Commerz Nederland*³³ bijv. was de appellant Commerz Nederland BV en gedaagde het Havenbedrijf Rotterdam NV. De HR stelde prejudiciële vragen en het Hof van Justitie EU deed die vragen af. Soortgelijk de casus *Orgacom BVBA versus Vlaamse Landmaatschappij*³⁴, eveneens via prejudiciële vragen van het Hof van Beroep te Brussel afgedaan door het Hof van Justitie EU.
- 1.9.3 Overigens is het stellen van prejudiciële vragen over dit onderwerp en meerdere andere waar de Rechtbank zich op onhoudbare standpunten stelde, het overwegen waard.
- 1.9.4 Gezien het feit dat de overheid op allerlei manieren de BigFour ondersteunt waardoor sprake is van verboden staatssteun, kan de uitspraak van de Rechtbank d.d. 07-07-2022 ook op die grond niet standhouden.

1.10 **Grote accountantskantoren kunnen zich vrijstellen van alle accountancyregelgeving en toezicht.** De randnummers 116-118 van een Memorie van Antwoord in Hoger Beroep³⁵ in het kader van een voorlopige voorziening tegen het Nivra die weigerde een alternatieve beroepscode in behandeling te nemen in haar leden vergadering donderdag 14 december 2006, handelen over de netwerkdefinitie in de beroepscode. Daaruit blijkt het volgende.

- 1.10.1 In randnummer 117 stelt de advocaat van Nivra dat de door Nivra voorgestelde gedragscode aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (voorganger ACM) is voorgelegd en akkoord bevonden. In randnummer 118 stelt Nivra dat *“het iedere organisatie vrijstaat om haar kantoor in aparte juridische entiteiten te splitsen.”* En citeert vervolgens met instemming een uitspraak van een voorganger van OvRAN, de SWA, dat wanneer: *“onder de naam van een groot accountantskantoor soortgelijke werkzaamheden als bij alle accountantskantoren kunnen worden uitgevoerd maar zonder dezelfde operationele kosten [...] daarmee een groot kostenvoordeel [is] te halen.”* Beide voorgaande gecursiveerde citaten lijken onomstreden waarheden als koeien te zijn. Uit het voorgaande volgt de erkenning door Nivra dat de netwerkdefinitie samen met de beroepscode grote kantoren de mogelijkheid geeft via aparte juridische entiteiten grote kostenvoordelen te behalen. En als regelgeving toelaat dat soortgelijke werkzaamheden bij een groot accountantskantoor kunnen worden uitgevoerd zonder dezelfde operationele kosten die kleinere kantoren wel hebben, is sprake van concurrentievervalsing. En dat ontging kennelijk de Nederlandse Mededingingsautoriteit, ontgaat nog steeds haar rechtsopvolger de ACM en kennelijk ook de Rechtbank.
- 1.10.2 Want de feiten dat de BigFour kantoren zich hebben vrijgesteld van alle accountancy regelgeving behalve de wettelijke controle, zijn door

³³ <https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-242/13>

³⁴ <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-254/13>

³⁵ Om het papier te sparen is de tekst niet als productie opgevoerd maar verkrijgbaar via de volgende link: <http://www.wakkereaccountant.nl/Memorie-van-Antwoord-Appel.doc>. De HR heeft deze zaak afgedaan met een art. 81 RO vonnis.

OvRAN uitvoerig naar voren gebracht en niet weersproken. Het beroepschrift bij de Rechtbank onder randnummer 9.10 vatte dat onweersproken samen als: *“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 mededingingsversturende effecten oplevert.”* Hoe is het dan mogelijk dat een professionele toezichthouder als de ACM geheel voorbijgaat aan die potentieel mededingingsversturende effecten en via ongefundeerde hoog-theoretische bespiegelingen zonder enig bewijs en in strijd met de feiten concludeert dat het 'ondenkbaar' is dat 5,4% van de NBA-leden de uitkomsten van ledenvergaderingen zouden kunnen bepalen? En hoe is het mogelijk dat een onafhankelijk rechtsprekend orgaan als de Rechtbank Rotterdam deze ongefundeerde hoog-theoretische ACM bespiegelingen zonder enig bewijs en in strijd met de feiten voetstoots overneemt?

1.10.3 Ook op die grond kan de uitspraak van de Rechtbank d.d. 07-07-2022 niet standhouden.

Conclusie

Op grond van bovenstaande verzoekt appellant uw College om het bestreden besluit van de Rechtbank d.d. 07-07-2022 te vernietigen en zelf in de zaak te voorzien door :

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 Financiën op te dragen de nodige maatregelen te nemen daar een eind aan te maken;
2. ingevolge het voorgaande op grond van 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;

Bestuur OvRAN