

Op grond van de navolgende feiten zijn wij, OvRAN, van mening dat sprake is van concurrentievervalsing door de Nederlandse Orde van Accountants (NBA) in de zin van art. 6 Mededingingswet (WM): *“Verboden zijn 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.”* resp. art. 24 *“misbruik maken van een economische machtspositie.”*

Uit vaste rechtspraak (Wouters, Otoc, etc.¹) van het HvJ EU volgt dat ondernemersverenigingen zoals de NBA economische activiteiten uitoefenen en dus concurrentie kunnen vervalsen.

De NBA heeft van staatswege een monopolie op het gebied van accountancyregels verkregen. Als gevolg kunnen NBA-besluiten de concurrentie beperken of vervalsen. Het slot van art. 2 van EU Verordening 1/2003 inzake de bewijslast voor concurrentievervalsing luidt: *“De onderneming of ondernemersvereniging die zich op artikel 81, lid 3, van het Verdrag beroept, dient daarentegen de bewijslast te dragen dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan.”* Dit art. 81 lid 3 is vernummerd naar art. 101 lid 3 van het Werkingsverdrag EU (VWEU) dat handelt over deze mogelijke rechtvaardigingsgronden.

Over dit onderwerp is eerder geprocedeerd bij het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) na een uitspraak van CBB dat de NBA als publiekrechtelijke vereniging niet onder de verenigingsdwang van art. 11 EVRM valt. EHRM verwees naar de civiele rechter en daardoor diverse recente uitspraken van de Hoge Raad (HR). Inzake art. 11 EVRM² oordeelde de HR dat de NBA als publiekrechtelijke vereniging niet onder art. 11 EVRM valt. Aan een oordeel inzake art. 6 WM kwam de HR niet toe.

Als gevolg is recentelijk een finale klacht bij EHRM ingediend inzake verenigingsdwang (art. 11 EVRM³). Ook verzuimde de HR in beide gevallen de prejudiciële vragen te stellen waartoe art. 267 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) verplicht. In dat kader is ook productie 1 van belang, een bijlage bij de EHRM klacht inzake art. 11 EVRM. Uit deze samenvatting van processueel onweersproken feiten blijkt dat meerdere NBA-besluiten de concurrentie feitelijk beperken en/of vervalsen. Helaas is er een niet verwaarloosbare kans dat EHRM ook deze art. 11 klacht niet ontvankelijk verklaard zoals gebruikelijk bij meer dan 98% van alle EHRM klachten. Gezien die kans en het ontbreken van een HR oordeel inzake art. 6 WM is besloten tot deze klacht.

Productie 1 is als bijlage verzonden naar EHRM en vat de feiten samen uit de processtukken Hof Den Haag over concurrentievervalsing en misbruik van machtspositie. Relevant is dat geen van de stellingen van OvRAN met voorbeelden van NBA-besluiten die concurrentie feitelijk beperken of vervalsen in productie 1 werden betwist. Het hoofd vaktechniek NBA bevestigde bijv. schriftelijk niet in staat te zijn de twee kernbegrippen in de regelgeving, “assurance” en “aan assurance verwant” nader te duiden. Toch zijn aan die kernbegrippen verschillende regels opgehangen en bestrijken met name ook vakgebieden buiten de wettelijke controle. Productie 2 geeft twee makkelijker leesbare praktijkvoorbeelden als beste optie om de complexe NBA-regelgeving inzichtelijk te maken vanuit het aspect concurrentievervalsing en misbruik van machtspositie. Ook de stelling dat de NBA in de praktijk wordt aangestuurd door een "Big Four-kartel" werd niet betwist. Ingevolge art. 101 lid 3 VWEU moet de NBA mogelijke rechtvaardigingsgronden aanleveren om aan te tonen dat deze NBA-besluiten bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang.

Zolang de BigFour via zogenaamd zelfstandige entiteiten zich vrij kan blijven stellen van NBA-regelgeving buiten de wettelijke controle waar ieder NBA-lid wel aan is gebonden, lijkt het onmogelijk afdoende rechtvaardigingsgronden te vinden. Los daarvan is de NBA-regelgeving in veel

1 ECLI:EU:C:2002:98 inzake Wouters *cs.* versus de Nederlandse Orde van Advocaten (NoVA), ECLI:EU:C:2013:127 inzake een Portugese variant van de NBA, zie, CNG, API, CNG, ONP in <https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/The%20Wouters%20case%20law.pdf>

2 ECLI:NL:HR:2019 inzake OvRAN versus de Staat

3 <http://www.wakkereaccountant.nl/Civiel.html>

marktsegmenten buiten de wettelijke controle op zich al disproportioneel. Derhalve is sprake van concurrentievervalsing en zijn passende ACM-maatregelen geboden.

Samenhangend met bovenstaande, is bij de Accountantskamer in Zwolle deze klacht met 5 klacht-onderdelen⁴ ingediend tegen 3 NBA-bestuursleden die de BigFour vertegenwoordigen. In dit kader zijn de klachtonderdelen C en D van belang. Klachtonderdeel C constateert 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.”*. Quod non, Big-Four leden hebben een doorslaggevend stemoverwicht in het NBA-bestuur. Daarnaast hebben de OOB-kantoren door een onevenwichtige samenstelling van de Accountantskamer, de Raad voor Toezicht en de Bezwarencommissie hun feitelijk oligopolie ook weten te handhaven in alle toetsingsorganen binnen en buiten de NBA. Uit productie 1 blijkt dat BigFour kantoren ongeveer 5.2% van het totaal aantal NBA-leden vertegenwoordigen. Ondanks deze zeer onevenwichtige afspiegeling van de accountantsberoepsgroep oordeelde de Accountantskamer dat klager *“onvoldoende specifiek heeft gesteld wat zij betrokkenen verwijt en tevens dat klaagster, op wie in dezen de bewijslast rust (4.3) met hetgeen zij heeft aangevoerd, de klachten niet, althans onvoldoende heeft onderbouwd.”* Met deze volzin legde de Accountantskamer de bewijslast voor het individueel stemmen van bestuursleden NBA bij klager. De processtukken maken duidelijk dat de genoemde feiten op zich niet ter discussie staan. Die komen immers uit publiek beschikbare bronnen. Het appel bij CBB zou kunnen struikelen op een CBB-oordeel dat klager niet heeft kunnen aantonen in hoeverre het individuele stemgedrag van die drie NBA-bestuursleden die de BigFour vertegenwoordigen tot deze feiten heeft geleid. Aangezien dit individuele stemgedrag geheim is, zich uitstrekt over meerdere jaren en met name slaat op het ontbreken van actie om een einde te maken aan de in de klachten genoemde feiten, zal klager dit bewijs niet kunnen leveren.

Los van de vraag tot welk eindoordeel CBB komt en op welke gronden, zijn voor deze klacht bij ACM alleen relevant de vaststaande en niet weersproken feiten: Big-Four kantoren hebben een doorslaggevend stemoverwicht in het NBA-bestuur en alle toetsingsorganen binnen en buiten de NBA, strijdig met de tekst en de geest van de wet. Als gevolg is sprake van misbruik van een economische machtspositie en zijn passende ACM-maatregelen geboden.

Als bewijs van kartelvorming en machtsconcentratie wordt gebruikelijk de ‘Herfindahl-Hirschman Index’ (HHI) berekend als som van de kwadraten van alle individuele marktaandelen. In het kader van de ERHM procedures werd bij civiele dagvaarding al eerder betoogd dat deze index aantoonde dat sprake is van een BigFour machtspositie bij de wettelijke controle. Recentelijk heeft de AFM deze HHI index⁵ herberekend en concludeerde evenzeer dat via de BigFour sprake is van een geconcentreerde markt en de aanwezigheid van marktmacht. Ook uit de "Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies" (publicatie 2004/C 31/03 van de Europese Commissie) volgt dat sprake is voor het bestaan van een machtspositie. Zie bijv. ro 22, 31, 37. Gezien de niet weersproken feiten uit bijlage 1 en de vaststaande en niet weersproken feiten zoals die blijken uit de klachten bij de Accountantskamer, is derhalve sprake van misbruik van machtspositie en zijn passende ACM-maatregelen geboden.

Uit bovenstaande blijkt dat sprake is van concurrentievervalsing en misbruik van machtspositie op relevante markten buiten de wettelijke controle. Desalniettemin hebben diverse civiele rechtbanken in Nederland zich anders uitgesproken, in eerste instantie en appel. Hun vertrekpunt daarbij was echter steeds het publieke belang bij wettelijke controle. Daar gaat het echter helemaal niet om. Daarom is zeker te overwegen prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU. Art. 267 VWEU verplicht u daartoe niet maar zou wel nieuwe, lange en vermoeiende procedures voorkomen.

Graag zien wij uw besluitvorming ter zake met passende handhavings-maatregelen tegemoet.

4 <http://www.wakkereaccountant.nl/Tuchtrecht.html>

5 <https://www.afm.nl/~/profimedia/files/doelgroepen/accountantsorganisaties/2018/rapport-kwaliteit-structuur-accountants.pdf?la=nl-nl>, pag. 37