

## **Pleitaantekening OvRAN zitting 20-4-2022, zaaknummer ROT 21/5955**

1. De kern van het verweer van de ACM is haar stelling in het verweerschrift onder randnummer 4 dat: *“de ACM bij haar verkennend onderzoek geen aanwijzingen heeft gevonden die het verwijt van OvRAN bevestigen”* dat de BigFour binnen de NBA een dusdanige invloed zouden hebben dat zij in staat zouden zijn (overbodige) regels aan hun concurrenten op te leggen buiten de wettelijke controle. Dat werkt de ACM nader uit in Hoofdstuk 2.1 over de reikwijdte van het handhavingsverzoek, in Hoofdstuk 2.2 over de beoordeling van het handhavingsverzoek en in Hoofdstuk 2.3 over de bevoegdheid van ACM op het gebied van staatssteun. Hierna vestigen we uw aandacht, naast enkele andere misvattingen, op diverse aanwijzingen die de ACM kennelijk over het hoofd heeft gezien bij haar verkennend onderzoek. De indeling van het ACM -betoog volgen wij hierna.

### **Hoofdstuk 2.1 over de reikwijdte van het handhavingsverzoek**

2. Onder randnummer 7 stelt de ACM dat de door OvRAN gestelde mededingingsinbreuk niet bestaat uit bepaald marktgedrag van de BigFour maar uit het beïnvloeden van besluitvormingsprocessen binnen de NBA. Om die reden is de ACM beoordeling met name geconcentreerd op de manier waarop beroepsregels binnen de NBA worden vast gesteld en de invloed die de BigFour hierop kunnen uitoefenen. En concludeert daarom onder randnummer 8 dat het instrument daartoe alleen hun invloed binnen de NBA zou zijn. En onder randnummer 9 dat daardoor art. 24 MW over misbruik van economische machtsposities niet van toepassing zou zijn.
3. Dit alles is een ernstige misvatting. Uit alle door OvRAN overlegde stukken blijkt immers dat het juist de combinatie is van marktgedrag van de BigFour en overheersende machtspositie binnen de NBA die concurrentievervalsing en misbruik van economische machtspositie mogelijk maakt en versterkt. Zie bijv. het beroepschrift onder randnummer 5. Deze zonder enige grond aangebrachte beperking in haar verkennend ACM onderzoek, heeft als gevolg dat de ACM vele aanwijzingen van concurrentievervalsing over het hoofd heeft gezien.

### **Hoofdstuk 2.2 De beoordeling van het handhavingsverzoek**

4. In randnummer 11 concludeert de ACM dat het voor het bewijs van het bestaan van een ondernemersvereniging noodzakelijk is te onderzoeken of de NBA overheidsprerogatieven uitoefent. Die stelling is onbegrijpelijk! Art. 1 WM onder lid g definieert overduidelijk een ondernemersvereniging als *“in de zin van artikel 101, eerste lid, van het Verdrag;”* En art. 101 VWEU vermeldt geenszins als voorwaarde overheidsprerogatieven. Integendeel, de Richtsnoeren inzake art. 101, lid 1, VWEU zijn heel breed, algemeen geformuleerd en omvatten een verbod op alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen EU-landen ongunstig beïnvloeden en die de mededinging kunnen verhinderen, beperken of verstoren. Als de ene definitie niet opgaat, gaat de andere wel op. De Memorie van Toelichting 24707 op de MW definieert ondernemersvereniging als: *“iedere organisatie die een aantal ondernemingen verenigt. Zij hoeft niet de juridische vorm van een vereniging te hebben en hoeft zelfs geen rechtspersoonlijkheid te bezitten.”* Dat moet de ACM toch bekend zijn waarom dan wederom verwarring zaaien met de voorwaarde overheidsprerogatieven? Waarom niet simpel reageren op het beroepschrift in randnummers 4 en 5 die suggereert dat sprake is bij de ACM van vooringenomenheid.
5. En daarom in randnummer 12 verwijst naar de uitspraak HR inzake verenigingsdwang van 6-12-2019. En vervolgens stelt de ACM dat daarvoor noodzakelijk was te onderzoeken of de door de NBA uitgevaardigde regels een overheidskarakter hebben. Dat onderzoek is niet uitgevoerd want, naar zeggen van de ACM, niet noodzakelijk om op het handhavingsverzoek te kunnen beslissen. Het klopt inderdaad dat een dergelijk onderzoek niet noodzakelijk om op het handhavingsverzoek te kunnen beslissen. De klacht van OvRAN betreft immers uitsluitend NBA-regels buiten de wettelijke controle die geen overheidskarakter hebben.

6. Maar als het de bedoeling van de ACM was om verwarring te zaaien met de voorwaarde overheidsprerogatieven om via een verwijzing naar het arrest Wouters te kunnen concluderen dat de mededingingsregels niet van toepassing zijn, zij gewezen op:
- 6.1. Het EU Hof van Justitie, (HvJ) heeft in het arrest Wouters uitdrukkelijk vastgesteld: “ *In het licht van de voorgaande overwegingen moet een beroepsorganisatie als de Nederlandse Orde van Advocaten als een ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag worden aangemerkt wanneer zij een verordening als de Samenwerkingsverordening 1993 vaststelt. Hierin ligt namelijk de wil van de vertegenwoordigers van de beoefenaren van een beroep besloten dat de beroepsgeenoten in het kader van hun economische activiteit een bepaald gedrag volgen.*”
  - 6.2. Het HvJ volgde in het arrest Otoc (C-1/12, 28 February 2013) voor een Association of chartered accountants eenzelfde redenering: “*In accordance with the case-law of the Court, the FEU Treaty rules on competition do not apply to an activity which, by its nature, its aim and the rules to which it is subject, does not belong to the sphere of economic activity, or which is connected with the exercise of the powers of a public authority (see, inter alia, Wouters and Others, paragraph 57 and the case-law cited).*”
  - 6.3. En het moge duidelijk zijn dat deze hele discussie uitsluitend gaat over economische activiteiten buiten de wettelijke controle. Kortom, de NBA is een ondernemersvereniging waar de mededingingsregels wel degelijk van toepassing zijn bij economische activiteiten buiten de wettelijke controle. Waarom ontkent de ACM dat?
7. In randnummer 13 zet de ACM haar misvatting voort door haar onderzoek te beperken tot de manier waarop beroepsregels binnen de NBA worden vast gesteld en de invloed die de Big-Four hierop kunnen uitoefenen. En concludeert in de randnummers 14, 15, 16 en 17 dat de BigFour niet in staat kunnen worden geacht de gang van zaken binnen de ledenvergadering te dicteren. Daartoe merkt de ACM onder meer op dat de samenstelling van het bestuur van minder belang is want het is de ledenvergadering die verordeningen vaststelt. Formeel stelt inderdaad de ledenvergadering verordeningen vast maar het is wat wereldvreemd om de invloed van het bestuur te bagatelliseren als grote bestuursbelangen in het spel zijn. De opmerking dat de ACM geen toezicht houdt op de naleving van art. 12.6 inzake een evenwichtige samenstelling van het NBA bestuur, is op zich formeel ook juist maar gaat voorbij aan het feit dat de BigFour een stemoverwicht heeft in het bestuur strijdig met die evenwichtige samenstelling. En gaat tot slot geheel voorbij aan de opmerking in randnummer 9 beroepschrift dat “*democratische besluitvorming een teer kasplantje is waar zorgvuldig mee moet worden omgegaan omdat bij grote belangen manipulatie voor de hand ligt.*” Om vervolgens ook voorbij te gaan aan de in het beroepschrift op pagina 7 in de voetnoot genoemde voorbeelden van manipulatie: **A.** witte busjes in 2006 om de nieuwe gedragscode over assurance en aan assurance verwant door te drukken, in **B.** 2007 over dezelfde nieuwe gedragscode met globaal het tienvoudige van het normale aantal stemmers en tot slot wederom **C.** het globaal tienvoudige aantal stemmers in 2017 om een tegenkandidaat van de kleine kantoren weg te stemmen.
8. In randnummer 15 tracht de ACM zelfs eigenhandig met een rijkelijk theoretisch betoog het bewijs te leveren dat geen sprake was van manipulatie. De ACM opmerking dat de presentie-cijfers bij heikele BigFour punten niet laten zien dat BigFour accountants in grote(re) mate hun opwachting maken is ofwel volledig in strijd met de drie hiervoor genoemde vergaderingen met twee heikele agendapunten of getuigt van volstrekt onbegrip waar het over gaat. Bont maakt de ACM het door te suggereren dat het overzicht in het beroepschrift op pagina 7 in de voetnoot incompleet was en geen bronvermelding, agendapunten en het aantal BigFour leden bevat. In feite ons van leugens beschuldigd. De bronnen zijn uiteraard de notulen van de ledenvergaderingen of andere betrouwbaar te achten publicaties. Kennelijk is het de ACM ontgaan dat het aantal BigFour stemmers nooit in de notulen wordt vermeldt. De agendapunten hadden uiteraard vermeld kunnen worden maar leek overbodig want het ging in feite maar over twee punten: de nieuwe gedragscode en een tegenkandidaat van de kleine kantoren. Het opnemen van de notulen van alle ledenvergaderingen vanaf 2006 leek daarom ook overbodig.

9. Helemaal bont maakt de ACM het om in het slot van randnummer 17 te concluderen dat de regel van omgekeerde bewijslast pas aan de orde kan komen wanneer vaststaat dat het 1e lid van art. 6 MW is overtreden. Dat lid verbiedt alle overeenkomsten en gedragingen die mededinging verhindert, beperkt of vervalst. Het beroepschrift vermeldt op pagina 7 daarover toch echt de standaard opvatting van het HvJ: *“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).”* Hoe kan het bestaan dat de ACM hier de omgekeerde bewijslast omkeert waardoor OvRAN zou moeten bewijzen dat het eerste lid van art. 6 MW is overtreden? En het beroepschrift maakt toch met afdoende feiten duidelijk dat OvRAN *“provided an explanation or justification”*!
10. En die *“explanation or justification”* was niet alleen gebaseerd op hoog-theoretische bespiegelingen hoe het tere kasplantje democratie zou moeten werken bij een overheersende machtspositie van de BigFour binnen de NBA maar vooral ook op marktgedrag van de Big-Four. En het feit dat de ACM op geen enkele wijze aandacht besteedt aan dit BigFour marktgedrag, toont de grote vooringenomenheid van ACM in dit dossier aan. Het lijkt daarom passend dit met enkele voorbeelden te illustreren.
- 10.1. Allereerst de betekenis van de term **kunnen** in het voorschrift onder randnummer 24 van de EU Richtsnoeren. Dat **kunnen** ligt op het snijvlak van de omgekeerde bewijslast bij concurrentievervalsing. Daarmee staat vast dat van mededingingsbeperkende strekking sprake is bij alle beperkingen welke naar hun aard de mededinging **kunnen** beperken in de zin van art. 101, lid 1. En de regelgeving NBA is een grote aaneenschakeling van strekkingsbedingen dat zijn bedingen die los van hun gevolgen de mededinging **kunnen** beperken, 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. Zo is aan die bewijslast al ruimschoots voldaan, ook zonder de omgekeerde bewijslast in te roepen ex WM art. 6.4. Waarom gaat de ACM aan dit feit voorbij door de bewijslast van concurrentievervalsing bij OvRAN te leggen?
- 10.2. Want 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, staat daarmee vast dat dit potentieel mededingingsversturende effecten oplevert. Waarom gaat de ACM aan dit feit voorbij en probeert het zelfs niet te weerspreken?
- 10.3. Ook heeft 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 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. Die voorbeelden en het niet weerspreken daarvan leveren toch afdoend detail bewijs voor het bestaan van potentieel mededingingsversturende effecten!
- 10.4. Hoofdstuk 7 van de EU Richtsnoeren art. 101 VWEU handelt over de zogenaamde “Standaardiseringsovereenkomsten”. Dat zijn ook strekkingsbedingen die verondersteld worden altijd mededingingsbeperkende gevolgen te hebben. Waarom gaat de ACM aan dit feit voorbij en probeert het zelfs niet te weerspreken?
- 10.5. De EU “Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen con-

cluderen 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 hun leveringen niet kunnen opvoeren. Randnummer 18 van het bezwaarschrift stelde al vast dat alle historische berekeningen van de Herfindahl index al wezen op meer dan 50% concentratie. Recente berekeningen echter zullen een veel hogere Herfindahl index laten zien nu veel accountantskantoren zich hebben teruggetrokken uit de markt voor wettelijke OOB controles en er naast de 4 Big Four kantoren er nog maar twee 2 middelgrote accountants (BDO en Mazars) zijn overgebleven in dit segment. Dit heeft de ACM niet weersproken. Waarom gaat de ACM aan dit bestaan van een verboden economische machtspositie voorbij?

10.6. Tot slot nog een voorbeeld waar de ACM blij van zal worden. Onder randnummer 12 haalt de ACM de uitspraak HR d.d. 6-12-2019 aan inzake de naar de mening van OvRAN verboden verenigingsdwang. De HR concludeert daarin onder ro r.1.5 dat : *“dat NBA een publiekrechtelijke vereniging is, bij wet ingesteld, ingebed in de structuren van de Staat, mede een algemeen belang nastreeft en administratieve, regulerende en tuchtrechtelijke taken heeft buiten het gewone recht.”* En 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 (2016/C 262/01) luidt onder randnummer 187. *“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 .”* En dat de Staat financieel voordeel verstrekt door de NBA een wettelijk monopolie te geven op verklaringen en subsidie aanvragen, staat wel vast. En de uitzonderingen op die regel genoemd in randnummer 188 zijn niet van toepassing. Waarom gaat de ACM aan dit feit voorbij?

### **Hoofdstuk 2.3 De bevoegdheid van de ACM op het gebied van Staatssteun.**

11. De ACM merkt hier op dat dit verwijt voor het eerst in beroep en dus tardief is ingebracht. Dat de ACM dit argument hier inzet wekt verbazing. De lijfspreuk van de ACM luidt: *“Markten goed laten werken voor mensen en bedrijven.”* En om dan vervolgens art. 107 VWEU over verboden staatssteun buiten werking willen stellen lijkt evident strijdig met die lijfspreuk.
12. Overigens bevatten de AWB Hoofdstuk 6, 7 en 8 over bezwaar en beroep en wijze van procederen geen melding over tardief rechtsgronden inbrengen. De schaarse jurisprudentie maakt duidelijk dat de enige beperking is strijdigheid met de goede procesorde en dat is hier niet het geval. Bovendien geeft art. 107 VWEU via het hiervoor geciteerde randnummer 187 alleen een nadere definitie van concurrentievervalsing. Waarom dat buiten het geding houden?

### **Conclusie**

Conform beroepschrift: ACM besluit vernietigen, het Ministerie van Financiën op te dragen de nodige maatregelen te nemen daar een eind aan te maken en onder de last van een dwangsom de NBA op te dragen binnen een jaar na dagtekening van uw vonnis de NBA-gedragsregels te vervangen door regels die geen concurrentievervalsing impliceren;