

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummer: 22/1489

uitspraak van de meervoudige kamer van 8 oktober 2024 op het hoger beroep van:

Orde van Registeradviseurs Nederland, te Wassenaar (OvRAN)
(gemachtigde: mr. drs. C.B.A. Spil)

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 7 juli 2022, kenmerk ROT 21/5955, in het geding tussen

OvRAN
en
de **Autoriteit Consument en Markt (ACM)**
(gemachtigde: mr. A.N. Vroege)

Procesverloop in hoger beroep

OvRAN heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 7 juli 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:5482).

De ACM heeft een reactie op het hogerberoepschrift ingediend.

De zitting was op 10 juli 2024. Aan de zitting hebben deelgenomen de gemachtigden van OvRAN en de ACM.

Grondslag van het geschil

1.1 OvRAN heeft de ACM verzocht handhavend op te treden tegen de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) en de vier grootste accountantskantoren in Nederland, Deloitte, PwC, EY en KPMG (Big Four), omdat zij - individueel dan wel gezamenlijk - artikel 6 en/of artikel 24 van de Mededingingswet (Mw) zouden overtreden (handhavingsverzoek).

1.2 Volgens OvRAN handelen de NBA en de Big Four in strijd met de Mw door beroepsregels vast te stellen die hoge uitvoeringskosten met zich brengen voor accountants en de organisaties waarbij zij werkzaam zijn. Het gaat OvRAN om de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (Vgba) en de Handleiding Regelgeving Accountancy (HRA). De Vgba is van toepassing op iedereen die een zogenaamde 'assurance opdracht' of 'aan assurance verwante diensten' uitvoert en daaronder vallen ook door leden van de NBA te verlenen diensten, zoals advisering over corporate finance, interim management en diverse fiscale, juridische en andere adviseringsdiensten voor midden- en kleinbedrijf (MKB). Het ruime toepassingsbereik van de regelgeving heeft volgens OvRAN hogere lasten tot gevolg

voor alle NBA-leden, en ondernemingen met toevallig een NBA-lid in dienst. Door de netwerkdefinitie in de Vgba zouden de Big Four zich volgens OvRAN echter kunnen onttrekken aan NBA-regelgeving, door binnen zelfstandige afdelingen geen NBA-leden op de loonlijst te zetten. Andere aanbieders van onder de NBA-regelgeving vallende diensten, waaronder accountantskantoren, kunnen dat niet of minder makkelijk doen. Dit leidt tot concurrentievervalsing tussen deze andere aanbieders en de Big Four. Deze gedragingen vormen ook misbruik van een economische machtspositie. Zowel de NBA - omdat zij van rechtswege de bevoegdheid heeft om regels op te leggen aan de beroepsgroep - als de Big Four - omdat zij in de ledenvergadering veel stemmen kunnen inbrengen - beschikken over een economische machtspositie.

1.3 Met het besluit van 26 mei 2021 (het primaire besluit) heeft de ACM het handhavingsverzoek afgewezen, omdat het initieel onderzoek van de ACM naar de door OvRAN gestelde overtredingen geen aanwijzingen had opgeleverd voor mededingingsbeperkende gedragingen door de NBA, al dan niet in samenwerking met de Big Four.

1.4 Met het besluit van 15 oktober 2021 (het bestreden besluit), waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht, heeft de ACM het primaire besluit heroverwogen en het handhavingsverzoek opnieuw afgewezen. De ACM heeft de beoordeling van het handhavingsverzoek toegespitst op de vraag of het handelen van de NBA is aan te merken als (verboden) gedraging van een ondernemersvereniging, als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de Mw. Volgens de ACM is duidelijk dat OvRAN niet eigenstandig commercieel gedrag van de Big Four centraal stelt, maar hun betrokkenheid bij het vaststellen van beroepsregels die op dat commerciële gedrag van invloed kan zijn. De kern van het verwijt van OvRAN is namelijk dat de Big Four binnen de NBA een dusdanige invloed hebben dat zij in staat zijn om (overbodige) regels aan hun concurrenten op te leggen waarbij zij zich vervolgens aan die regels kunnen onttrekken om zo de mededinging te verstoren. Bij haar verkennend onderzoek heeft de ACM geen aanwijzingen gevonden die dit verwijt bevestigen. De invloed van accountants van de Big Four binnen de NBA is niet dusdanig dat zij in staat zouden zijn om tegen de wil van de (zeer grote) meerderheid van accountants, anders dan van de Big Four, beroepsregels af te dwingen die de Big Four bevoordelen in hun concurrentiekracht ten opzichte van alle andere organisaties met NBA-leden in dienst. De algemene ledenvergadering (ALV), het belangrijkste orgaan binnen de NBA, stelt de verordeningen met betrekking tot gedrags- en beroepsregels ten behoeve van de goede uitoefening van de werkzaamheden van accountants vast (artikel 19, tweede lid, van de Wet op het accountantsberoep (Wab); zie de bijlage van deze uitspraak met de relevante bepalingen uit de Wab). De ledenvergadering neemt beslissingen bij gewone meerderheid van stemmen (artikel 8, eerste lid, van de Wab) en ieder lid kan één stem uitbrengen (artikel 10, eerste lid, van de Wab). Binnen de ledenvergadering vertegenwoordigen de accountants die werkzaam zijn bij de Big Four volgens OvRAN zelf 5,2% van de stemmen. Dit betekent dat niet-Big-Four-accountants goed in staat kunnen worden geacht om bij de ledenvergadering tegenwicht te bieden aan de invloed van de accountants die wel bij de Big Four behoren. De ACM wijst in dit verband op - door de NBA overgelegde - stukken van een ALV van december 2020. Uit deze stukken blijkt dat accountants die werkzaam zijn bij kleinere kantoren duidelijk oververtegenwoordigd waren bij die ALV, gelet op de verhoudingen tussen de verschillende accountantsgroepen in het register van de NBA. Dat laat zien dat ook andere (groepen van) accountants binnen de NBA in staat zijn om zichzelf te organiseren ter borging van hun belangen. Ook de verhoudingen binnen het bestuur van de NBA wijzen er volgens de ACM niet op dat de Big Four de gang van zaken daarbinnen zouden kunnen dicteren. In

overeenstemming met artikel 12 van de Wab wordt de meerderheid van de NBA-bestuursleden benoemd door de ledenvergadering waarbinnen de Big Four geen doorslaggevende invloed hebben. Dat Big Four-accountants op enig moment een meerderheid vormen binnen het bestuur maakt dit niet anders. In het, op het moment van het bestreden besluit zittende, bestuur van de NBA zijn slechts twee van de zeven bestuursleden van de Big Four afkomstig. Ook de feitelijke bestuursverhoudingen wijzen dan dus niet op een doorslaggevende invloed van de Big Four binnen de NBA. Bovendien is de samenstelling van het bestuur van de NBA hoe dan ook van minder belang, omdat de ledenvergadering de relevante beroepsregels vaststelt. Volgens de ACM bestaat er naar aanleiding van de beoordeling van de totstandkoming van NBA-regelgeving en de invloed die de Big Four daarop zouden hebben geen aanleiding voor verder onderzoek. Omdat het verwijt van de OvRAN betrekking heeft op de positie en activiteiten van (accountants van) de Big Four als leden van de ondernemersvereniging NBA, bestaat er voor de ACM ook geen aanleiding om het (stem)gedrag van de Big Four binnen de NBA nog apart te beoordelen op grond van de artikelen 6 en/of 24 van de Mw.

Uitspraak van de rechtbank

2.1 De rechtbank heeft het beroep van OvRAN ongegrond verklaard. De rechtbank heeft, voor zover voor het hoger beroep van belang, het volgende overwogen.

Reikwijdte handhavingsverzoek

2.2 Naar het oordeel van de rechtbank heeft de ACM terecht gesteld dat de kern van het verwijt van OvRAN betreffende de verstoring van de mededinging door de Big Four, gelegen is in hun feitelijke invloed binnen de NBA en dat de ACM haar onderzoek dan ook heeft kunnen toespitsen op de manier waarop beroepsregels binnen de NBA worden vastgesteld en de invloed die de Big Four hierop kunnen uitoefenen. De door OvRAN opgesomde aanwijzingen zien namelijk ook op, of hangen samen met, het beïnvloeden van besluitvormingsprocessen bij de NBA (onder 6.1 van de aangevallen uitspraak).

2.3 De rechtbank is verder van oordeel dat de ACM in dit verband ook terecht heeft gesteld dat artikel 24 van de Mw buiten beeld blijft, omdat voor een overtreding van artikel 24 van de Mw allereerst is vereist dat de NBA kwalificeert als een onderneming. De handelingen waarover OvRAN klaagt - het vaststellen van de NBA-regels - betreffen of zijn geen economische activiteit, zodat de NBA niet als onderneming kan kwalificeren. Er zijn ook geen aanwijzingen - en OvRAN heeft ook niet aannemelijk kunnen maken - dat de NBA en de Big Four zich bij deze handelingen als één dominant geheel presenteren en een collectieve machtspositie hebben (onder 6.2 van de aangevallen uitspraak).

2.4 Naar het oordeel van de rechtbank heeft de ACM haar onderzoek en haar beoordeling dan ook kunnen toespitsen op de vraag of het handelen van de NBA is aan te merken als (verboden) gedraging van een ondernemersvereniging zoals bedoeld is in artikel 6, eerste lid, van de Mw. De ACM heeft zich daarbij kunnen concentreren op de manier waarop beroepsregels binnen de NBA worden vastgesteld en de invloed die de Big Four hierop kunnen uitoefenen (onder 6.3 van de aangevallen uitspraak).

Artikel 6 van de Mw

2.5 De rechtbank heeft ook geoordeeld dat het betoog van OvRAN over omkering van de bewijslast berust op een onjuiste lezing van artikel 6 van de Mw en de jurisprudentie. Als sprake is van een handhavingsverzoek zal de ACM onderzoeken of er voldoende aanwijzingen zijn voor de door de verzoek(st)er gestelde inbreuk op de mededingingsregels en als de ACM voor die schending een sanctie op wil leggen aan een onderneming of ondernemersvereniging, is het aan de ACM om nauwkeurig bepaalde en onderling overeenstemmende bewijzen aan te voeren die het bestaan van de overtreding aantonen. 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 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 het derde lid is voldaan. Punt 83 uit het door OvRAN aangehaalde arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) van 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline Services (ECLI:EU:2009:610; het arrest van 6 oktober 2009) ziet ook op die situatie en niet op de situatie die hier aan de orde is, waarbij er volgens de ACM geen aanwijzingen zijn dat artikel 6, eerste lid, van de Mw is geschonden (onder 11.1 van de aangevallen uitspraak).

2.6 Gelet op de organisatorische kenmerken van de ledenvergadering en het bestuur van de NBA, en de feitelijke mogelijkheden voor de verschillende accountants en accountantskantoren om binnen die gremia invloed uit te oefenen, ziet de rechtbank niet in op welke wijze de grote meerderheid van NBA-leden die niet bij de Big Four werkzaam zijn (bij de ledenvergadering vertegenwoordigen de accountants die werkzaam zijn bij de Big Four slechts 5,2% van de stemmen) ervan zou kunnen worden weerhouden om regelgeving tegen te houden of in te trekken, als zij van mening zou zijn dat haar concurrentiepositie daardoor wordt aangetast. Naar het oordeel van de rechtbank heeft OvRAN niet aannemelijk weten te maken dat de leden die niet bij de Big Four werkzaam zijn, hier in de praktijk niet toe in staat zouden zijn. Mogelijke invloed van Big Four-leden binnen andere gremia en organisaties zoals de Raad voor Toezicht van de NBA en de Accountantskamer kan hier in ieder geval geen verklaring voor vormen, omdat NBA-regelgeving door de ledenvergadering wordt bepaald. OvRAN heeft gesteld dat “de Big Four altijd de macht en het geld hebben om voldoende medewerkers naar een ledenvergadering te kunnen sturen.” Als voorbeeld heeft zij gewezen op de ALV van 2006. Na een eerste stemming waarin bleek dat de bestuursvoorstellen geen meerderheid zouden krijgen, werd de vergadering volgens OvRAN uren geschorst en werden in die uren grote aantallen medewerkers van Big Four kantoren met witte busjes aangevoerd om de bestuursvoorstellen te ondersteunen, waarop die voorstellen zijn aangenomen. Volgens OvRAN zouden als gevolg daarvan de twintigduizend andere leden hebben gemeend dat het geen zin had om naar een ledenvergadering te gaan, want “dit winnen we nooit.” Naar het oordeel van de rechtbank is deze stelling van OvRAN niet overtuigend vanwege het lage percentage NBA-leden van de Big Four-kantoren. Ook het feit dat het verzet tegen de NBA-regels binnen de sector beperkt is, wijst volgens de rechtbank niet op het bestaan van een situatie waarin een (kleine) groep Big Four-accountants tegen de wil van een (veel grotere) groep andere accountants regels heeft laten vaststellen ter versterking van de relatieve concurrentiepositie van de Big Four. De rechtbank ziet het beperkte verzet eerder als een aanwijzing dat een groot deel van de accountants hier geen (mededingingsrechtelijk) probleem in ziet, omdat zij zich anders wel bij de ALV zouden melden. Verder heeft de rechtbank geoordeeld dat voor het stemmen in de ALV fysieke aanwezigheid niet is vereist en dat ook met machtigingen kan worden gestemd, zodat de

drempel om te stemmen daardoor lager is. OvRAN heeft haar stelling dat in het verleden machtigingen ongeldig zijn bevonden verder niet onderbouwd (onder 11.2 van de aangevallen uitspraak).

2.7 De rechtbank is daarom tot de conclusie gekomen dat de ACM kon stellen onvoldoende aanknopingspunten te hebben voor nader onderzoek en het handhavingsverzoek kon afwijzen. Om die reden hoefde de ACM ook niet in te gaan op de drie door OvRAN aangevoerde voorbeelden van concurrentievervalsing en ontbreekt de relevantie van de arresten van het Hof van Justitie van 22 oktober 2015, Treuhand (ECLI:EU:C:2015:717) en 10 november 2017, Icap e.a. (ECLI:EU:T:2017:795), op basis waarvan OvRAN meent dat aansprakelijkheid voor de NBA kan worden aangenomen, omdat deze actief participeerde in de concurrentievervalsing (onder 12 van de aangevallen uitspraak).

Staatssteun

2.8 Ten aanzien van het beroep van OvRAN dat de Staat der Nederlanden de mededinging vervalst door het geven van (verboden) staatssteun aan de Big Four als bedoeld in artikel 107, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), heeft de rechtbank er tot slot op gewezen dat de bevoegdheid om handhavend op te treden tegen mogelijke overtredingen van de staatssteunregels van de Europese Unie exclusief bij de Europese Commissie ligt, zodat de ACM daarover niet mag oordelen (onder 14 van de aangevallen uitspraak).

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

3.1 OvRAN heeft tien hogerberoepsgronden tegen de aangevallen uitspraak aangevoerd. Deze zullen hierna, waar mogelijk gezamenlijk, worden besproken.

Reikwijdte handhavingsverzoek

3.1 OvRAN voert in haar tweede hogerberoepsgrond allereerst aan dat de ACM het eigenstandig commercieel gedrag van de Big Four niet buiten beschouwing had mogen laten in haar initieel onderzoek.

3.2 Naar het oordeel van het College heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat de ACM haar onderzoek heeft kunnen toespitsen op de manier waarop beroepsregels binnen de NBA worden vastgesteld en de invloed die de Big Four hierop kunnen uitoefenen. Het College volgt de ACM in haar standpunt dat de kern van het verwijt van OvRAN in het handhavingsverzoek is gelegen in de feitelijke invloed van de Big Four binnen de NBA, zodat zij zich daartoe kon beperken bij de beoordeling daarvan. De door OvRAN aangevoerde voorbeelden die zouden bewijzen dat de mededinging door de Big Four wordt belemmerd, waaronder in het bijzonder de drie voorbeelden van ALV's van de NBA van 14 december 2006, 12 december 2007 en 19 december 2017, zien ook op het beïnvloeden van besluitvorming binnen de NBA. Deze hogerberoepsgrond slaagt dus in zoverre niet.

Artikel 24 van de Mw

4.1 OvRAN voert in haar tweede hogerberoepsgrond verder aan dat het verbod van artikel 24 van de Mw wel degelijk van toepassing is op de door haar geschetste situatie waarbij ongelijke voorwaarden worden toegepast bij gelijkwaardige prestaties van NBA-

leden. Volgens OvRAN vervalsen de Big Four de concurrentie door haar organisatiekracht uit te oefenen binnen de NBA om zo bijvoorbeeld een nieuwe beroepscode af te dwingen.

4.2 Het oordeel van de rechtbank dat geen sprake kan zijn van een overtreding van het verbod van artikel 24 van de Mw, omdat de NBA niet kwalificeert als een onderneming, is juist. Het vaststellen van de NBA-regels, waarover OvRAN klaagt, betreft geen economische activiteit, zodat OvRAN niet als onderneming kan worden aangemerkt als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder f, van de Mw. Bovendien zijn er geen aanwijzingen dat de NBA en de Big Four zich als één dominant geheel presenteren en een collectieve machtspositie hebben. Ook dit onderdeel van de tweede hogerberoepsgrond slaagt niet.

Artikel 6 van de Mw

5.1 OvRAN voert in een aantal afzonderlijke hogerberoepsgronden voorts aan dat er, anders dan de ACM heeft geconcludeerd, voldoende aanwijzingen zijn om het handelen van de NBA aan te merken als een (verboden) gedraging van een ondernemersvereniging, zoals bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de Mw. Volgens OvRAN heeft de ACM nagelaten hier nader onderzoek naar te doen.

5.2 Naar het oordeel van het College heeft de ACM mogen concluderen onvoldoende aanknopingspunten te hebben voor een nader onderzoek naar een overtreding van artikel 6 van de Mw en kon zij het handhavingverzoek daarom afwijzen. De organisatorische kenmerken van de ALV en het NBA-bestuur en de feitelijke mogelijkheden voor de verschillende accountants en accountantskantoren om binnen die gremia invloed uit te oefenen, geven onvoldoende aanleiding voor een nader onderzoek naar een overtreding van artikel 6 van de Mw. Het College licht dit oordeel hierna toe per afzonderlijke hogerberoepsgrond, onderverdeeld in een aantal onderwerpen.

Bepalen besluitvorming van de NBA

5.3.1 OvRAN betoogt in haar eerste hogerberoepsgrond dat zij wel degelijk aannemelijk heeft gemaakt dat de Big Four in de praktijk in staat zijn om de besluitvorming van de NBA te beïnvloeden. Bij ALV's waar voor de Big Four relevante onderwerpen op de agenda staan, is er een hogere opkomst. Zij verwijst naar de drie door haar genoemde voorbeelden van ALV's van de NBA van 14 december 2006, 12 december 2007 en 19 december 2017. Volgens de vijfde hogerberoepsgrond van OvRAN miskennen de rechtbank en de ACM dat niet alle NBA-leden dezelfde organisatiemacht hebben. Zo hebben de Big Four, die 5,2% van de NBA-leden vertegenwoordigen, de organisatiemacht om honderden leden op te dragen onmiddellijk naar een ALV te gaan, zoals gebeurde met de witte busjes tijdens de ALV van 14 december 2006.

5.3.2 Het College onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat niet valt in te zien op welke wijze de grote meerderheid van NBA-leden die niet bij de Big Four werkzaam is (94,8%), ervan zou kunnen worden weerhouden om regelgeving tegen te houden of in te trekken als zij van mening zou zijn dat haar concurrentiepositie daardoor wordt aangetast. Zoals de ACM in het bestreden besluit uiteen heeft gezet, worden de gedrag- en beroepsregels van de NBA bij gewone meerderheid van stemmen (artikel 8, eerste lid, van de Wab) vastgesteld door de ALV (artikel 19, tweede lid, van de Wab), waarbij ieder lid steeds één stem kan uitbrengen (artikel 10, eerste lid, van de Wab). Volgens OvRAN vertegenwoordigt de Big Four 5,2% van de NBA-leden. Dat is een laag percentage. De manier waarop de besluitvorming tot stand

komt en de verhoudingen tussen de verschillende accountantsgroepen binnen de ALV wijzen er daarom niet op dat de NBA-leden die niet bij de Big Four werkzaam zijn, geen tegenwicht zouden kunnen bieden aan beïnvloeding van de Big Four. De ACM heeft in dit kader ook nog gewezen op door OvRAN overgelegde stukken van een ALV van 14 december 2020, waaruit blijkt dat accountants die werkzaam zijn bij kleinere kantoren duidelijk oververtegenwoordigd waren bij die ALV, gelet op de verhoudingen tussen de verschillende accountantsgroepen in het register van de NBA. Daaruit blijkt dat de organisatiestructuur het niet alleen mogelijk maakt dat kleinere kantoren tegenwicht bieden aan de invloed van andere accountantsgroepen zoals de Big Four, maar dat zij in de gevallen die zij relevant achten, ook daadwerkelijk aanzienlijke stemmacht organiseren. Ter zitting is bovendien gewezen op het bestaan van de SRA, een vereniging van accountantskantoren in Nederland, met honderden aangesloten midden- en kleine accountantskantoren. Dat de SRA andere belangen zou hebben dan OvRAN, zoals OvRAN ter zitting heeft aangevoerd, doet niet af aan het feit dat een aanzienlijk deel van de accountantskantoren, anders dan de Big Four, zich heeft kunnen organiseren in een vereniging die zijn belangen behartigt. De rechtbank heeft daarom terecht geoordeeld dat de stelling van OvRAN niet overtuigend is dat het, gelet op het grote aantal medewerkers van Big Four kantoren dat tijdens een schorsing van de ALV van 2006 zou zijn opgeroepen, geen zin zou hebben voor de twintigduizend andere leden - die niet werkzaam zijn bij de Big Four - om naar een ALV te gaan. Er kunnen allerlei redenen zijn waarom leden die niet bij de Big Four werkzaam zijn, ervoor kiezen om niet naar een ALV te gaan. Er is geen aanwijzing dat die andere leden niet meer naar een ALV zouden gaan, omdat ze toch "niet zouden winnen."

5.3.3 Volgens de vijfde hogerberoepsgrond van OvRAN is het bovendien zo dat voor het stemmen op ALV's in het algemeen wel fysieke aanwezigheid is vereist en dat die fysieke aanwezigheid voor veel NBA-leden een belemmering vormt om naar de ALV te gaan, omdat zij daardoor te veel (te declareren) werktijd zouden missen. Naar het oordeel van het College is niet gebleken en onvoldoende onderbouwd dat voor het stemmen op ALV's in de regel fysieke aanwezigheid is vereist. Het oordeel van de rechtbank dat stemmen ook per machtiging kan, is juist. Op grond van artikel 10, tweede lid, van de Wab kan een NBA-lid een ander NBA-lid schriftelijk volmacht verlenen tot het uitbrengen van zijn stem. Een NBA-lid kan voor ten hoogste drie andere NBA-leden een stem uitbrengen. OvRAN heeft niet onderbouwd dat de beperking om voor maximaal drie NBA-leden een stem uit te brengen, een belemmering vormt voor het stemmen per machtiging. Bovendien heeft OvRAN niet onderbouwd dat NBA-leden vanwege gemiste werktijd (naar haar schatting acht declarabele uren per jaar) niet fysiek naar een ALV zouden gaan. OvRAN voert ook aan dat er in het verleden praktische problemen zijn geweest met de machtigingen. Zij verwijst daarvoor naar niet overgelegde notulen van de ALV van 2006 en een akte van uitlating producties van de Stichting Wakkere Accountant in een procedure bij het Gerechtshof Amsterdam. Hiermee heeft zij echter onvoldoende onderbouwd dat er daadwerkelijk sprake is geweest van (significante) problemen met de machtigingen die een relevante belemmering zouden hebben gevormd om stemmen uit te brengen.

Miskening van de macht van het NBA-bestuur

5.4.1 Volgens de vierde hogerberoepsgrond van OvRAN zou de ACM de macht van het bestuur binnen de NBA hebben miskend. Een van de zeven leden van het NBA-bestuur (14%) is werkzaam bij de Big Four. Dat is geen evenwichtige afspiegeling van de accountantsberoepsgroep, zoals voorgeschreven in artikel 12, zesde lid, van de Wab. De Big Four zijn veel sterker vertegenwoordigd dan andere accountantsgroepen en dat heeft een

mededingingsbeperkend effect. De ACM stelt zich op het standpunt dat zij geen toezicht houdt op artikel 12, zesde lid, van de Wab en betoogt dat de samenstelling van het bestuur van de NBA ook van minder groot belang is voor de beoordeling van het handhavingsverzoek, omdat de relevante NBA-verordeningen worden vastgesteld in de ALV.

5.4.2 Naar het oordeel van het College wijzen de huidige en feitelijke bestuursverhoudingen niet op een doorslaggevende invloed van de Big Four binnen de NBA. De ACM heeft er ook terecht op gewezen dat de NBA-regels waarover OvRAN klaagt, worden vastgesteld in de ALV, waardoor de samenstelling en de macht van het NBA-bestuur in deze zaak van minder groot belang is. De meerderheid van het NBA-bestuur wordt door de ALV benoemd (artikel 12 van de Wab) en de Big Four vertegenwoordigen slechts 5,2% van de NBA-leden.

Omgekeerde bewijslast

5.5.1 Verder wijst OvRAN in haar derde hogerberoepsgrond op de regel van omgekeerde bewijslast voor ondernemingsverenigingen, zoals bedoeld in artikel 6, derde en vierde lid, van de Mw. Volgens haar heeft de ACM ten onrechte betoogd dat de regel van omgekeerde bewijslast pas aan de orde zou kunnen komen nadat is vastgesteld dat artikel 6, eerste lid, van de Mw, is overtreden.

5.5.2 Het College bevestigt het oordeel van de rechtbank in 11.1 van de aangevallen uitspraak dat het betoog van OvRAN berust op een onjuiste lezing van artikel 6 van de Mw en de rechtspraak daarover. De ACM stelt zich terecht op het standpunt dat artikel 6, derde en vierde lid, van de Mw pas aan de orde kan komen als er sprake is van een verboden gedraging als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de Mw en de betrokken onderneming of ondernemersvereniging zich beroept op de uitzondering van artikel 6, derde lid, van de Mw. In dat geval geldt de omgekeerde bewijslast, zoals bedoeld in artikel 6, vierde lid, van de Mw, die inhoudt dat die onderneming of ondernemersvereniging dient te bewijzen dat aan de voorwaarden van het derde lid is voldaan. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, ziet punt 83 uit het door OvRAN aangehaalde arrest van 6 oktober 2009 op die situatie, en kan deze verwijzing haar in dit geval niet baten. In de voorliggende zaak is namelijk een andere situatie aan de orde, waarin de ACM heeft geconcludeerd dat er geen aanwijzingen zijn dat artikel 6, eerste lid, van de Mw is overtreden.

Niet ingegaan op de drie voorbeelden van concurrentievervalsing

5.6.1 OvRAN voert in haar zesde hogerberoepsgrond aan dat de ACM en de rechtbank ten onrechte niet zijn ingegaan op de drie door haar uitgewerkte voorbeelden van concurrentievervalsing op de verschillende deelmarkten: corporate finance, interim management en kleine MKB-accountantskantoren. Voor deze deelmarkten zijn de NBA-regels niet van toepassing voor de Big Four, terwijl zij dat wel zijn voor andere accountantskantoren.

5.6.2 Het College volgt de ACM in haar standpunt dat er geen aanleiding was om in meer detail in te gaan op de specifieke voorbeelden van NBA-regelgeving waarnaar OvRAN in haar handhavingsverzoek heeft verwezen, omdat er geen aanwijzingen waren dat de (kleine) groep Big Four-accountants de relevante regels tegen de wil van een (veel grotere) groep andere accountants heeft laten vaststellen ter versterking van de relatieve concurrentiepositie van de Big Four.

Onjuiste lezing van artikel 6 van de Mw en aangehaalde jurisprudentie

5.7 Omdat de rechtbank terecht tot de conclusie is gekomen dat de ACM onvoldoende aanknopingspunten had voor nader onderzoek en het handhavingsverzoek terecht is afgewezen, is ook haar oordeel juist dat, gelet daarop, de relevantie ontbreekt van de door OvRAN in haar zevende en achtste hogerberoepsgrond genoemde rechtspraak. Daaronder zijn begrepen de arresten van 22 oktober 2015, Treuhand (ECLI:EU:C:2015:717) en 10 november 2017, Icap e.a. (ECLI:EU:T:2017:795), op basis waarvan volgens OvRAN aansprakelijkheid voor de NBA kan worden aangenomen, omdat deze actief participeerde in de concurrentievervalsing (onder 12 van de aangevallen uitspraak).

Vrijstelling accountancy regelgeving en toezicht

6 Volgens de tiende hogerberoepsgrond zou de ACM ook miskend hebben dat de Big Four zich kunnen vrijstellen van accountancyregelgeving en -toezicht. Voor zover de accountantsberoepsregels ruimte bieden aan de Big Four om bepaalde bedrijfsonderdelen buiten het bereik van die regels te plaatsen, volgt het College de ACM in haar standpunt en oordeelt het dat dit niet het gevolg is van een overtreding van het mededingingsrecht. Al om die reden kan deze hoger beroepsgrond niet slagen.

Staatssteun

7 Met haar negende hoger beroepsgrond betoogt OvRAN dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de ACM niet bevoegd is handhavend op te treden tegen mogelijke overtredingen van het staatssteunverbod, zoals bedoeld in artikel 107, eerste lid, van het VWEU. Ook deze hogerberoepsgrond slaagt niet, omdat in de Mw aan de ACM geen bevoegdheid is toegekend om handhavend op te treden tegen een overtreding van het staatssteunverbod.

Slotsom

- 8 Het hoger beroep is ongegrond. Het College zal de aangevallen uitspraak bevestigen.
- 9 De ACM hoeft geen proceskosten te vergoeden.

Beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

Deze uitspraak is gedaan door mr. J.L.W. Aerts, mr. H.O. Kerkmeester en mr. D. Brugman, in aanwezigheid van mr. L. ten Hove, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 8 oktober 2024.

De voorzitter is verhinderd de uitspraak te ondertekenen w.g. L. ten Hove

**voor afschrift
conform**



BijlageWet op het accountantsberoep (Wab):

Artikel 3

De beroepsorganisatie heeft de volgende taken:

- a. bevorderen van een goede beroepsuitoefening door accountants, onder meer door het vaststellen van beroepsreglementering;
- b. behartigen van de gemeenschappelijke belangen van accountants;
- c. zorg dragen voor de eer van de stand van de accountants; en
- d. zorg dragen voor de praktijkopleiding, bedoeld in artikel 47.

(...)

Artikel 8

1 De ledenvergadering neemt beslissingen bij meerderheid van stemmen. Blanco stemmen worden hierbij geacht niet te zijn uitgebracht.

(...)

Artikel 10

1 Ieder lid kan één stem uitbrengen.

2 Tenzij bij verordening anders is bepaald, kan een lid aan een ander lid schriftelijk volmacht verlenen tot het uitbrengen van zijn stem. Een lid kan voor ten hoogste drie andere leden een stem uitbrengen. Leden van het bestuur kunnen niet als gevolmachtigde optreden.

(...)

Artikel 12

1 Het aantal leden van het bestuur wordt door de ledenvergadering bepaald, doch bedraagt ten minste zeven.

2 Het bestuur bestaat uit personen die door de ledenvergadering worden benoemd en uit afgevaardigden uit de ledengroepbesturen. Het bestuur bestaat voor de meerderheid uit personen die door de ledenvergadering worden benoemd.

3 Jaarlijks treedt een deel van de bestuursleden die zijn benoemd door de ledenvergadering af volgens een door de ledenvergadering vast te stellen rooster. Het rooster wordt zodanig ingericht, dat voor zover mogelijk telkens hetzelfde aantal bestuursleden aftreedt.

4 Bestuursleden worden benoemd voor vier jaren. In afwijking hiervan treedt een bestuurslid dat is benoemd ter vervulling van een tussentijds opgevallen plaats af, op het tijdstip waarop degene in wiens plaats hij is benoemd had moeten aftreden.

5 Een afgetreden bestuurslid is niet terstond herbenoembaar, tenzij hij is benoemd voor een tussentijds opgevallen plaats.

6 Het bestuur bevordert dat het bestuur een evenwichtige afspiegeling van de accountantsberoepsgroep vormt, waarin de verschillende categorieën accountants naar de aard van hun werkzaamheden in het bestuur zijn vertegenwoordigd.

(...)

Artikel 19

1 De ledenvergadering kan verordeningen vaststellen die zij nodig acht ter vervulling van de taken, genoemd in artikel 3.

- 2 De ledenvergadering stelt in ieder geval verordeningen vast met betrekking tot:
- a. gedrags- en beroepsregels ten behoeve van een goede uitoefening van de werkzaamheden van accountants;
 - b. de onafhankelijkheid, het stelsel van kwaliteitsbeheersing en de integere bedrijfsvoering van accountantsorganisaties;
 - c. behandeling van klachten over accountants;
 - d. de werkwijze van de verschillende organen van de beroepsorganisatie;
 - e. het instellen en opheffen van de ledengroepen, alsmede de organisatie en werkwijze van de ledengroep en het ledengroepbestuur;
 - f. het in dienst nemen van het personeel dat werkzaam is bij het bureau;
 - g. de bijdragen van de leden, bedoeld in artikel 30, eerste lid;
 - h. de tarieven die in rekening worden gebracht voor de werkzaamheden als bedoeld in artikel 30, tweede lid;
 - i. de vergoeding van de kosten, bedoeld in artikel 38, eerste lid;
 - j. de praktijkopleiding en het daarbij behorende examen, bedoeld in artikel 47, eerste lid;
 - k. de beroepsprofielen behorend bij de accountantstitels, genoemd in artikel 41, eerste lid;
 - l. de inrichting, de wijze van afname en de hoogte van de examengelden van het examen, bedoeld in artikel 54, eerste lid, onderdeel c, en de voorwaarden voor het verkrijgen van vrijstellingen van onderdelen daarvan;
 - m. de inhoud van het examen ten behoeve van de verklaring van vakbekwaamheid, bedoeld in artikel 54, eerste lid, onderdeel d;
 - n. het instellen, opheffen en beheer van eventuele fondsen in het belang van de beroepsgroep.
- (...)