

## **Inleiding**

De Nederlandse wet, de WAB <sup>1</sup>, vereist dat de publieke kwalificatie 'accountant' en de daaraan verbonden academische titels 'AA' (Accountant-Administratie consulent) en 'RA' (Register Accountant) uitsluitend zijn voorbehouden aan mensen die hun accountantsexamen hebben behaald en ook zijn ingeschreven bij de NBA <sup>2</sup>(Nederlandse Beroepsorganisatie Accountants). Die laatste eis verschilt van soortgelijke Nederlandse wetten over openbare beroepen. Bijvoorbeeld advocaten, medici etc. De persoonlijke academische titels 'Mr' voor advocaten of 'Drs.' voor medici blijven behouden wanneer zij hun beroepsorganisaties verlaten, de NOVA <sup>3</sup> voor advocaten en de KNMG <sup>4</sup> voor medici. Maar de persoonlijke academische titels 'AA' of 'RA' gaan verloren als zij besluiten de NBA te verlaten en daarmee hun NBA-lidmaatschap op te zeggen.

Als gevolg hiervan werken de meeste leden van de NBA niet als accountants, maar in gerelateerde functies, financiën, advies, belasting, juridische zaken, HR, (interim) management etc., alleen al om hun persoonlijke titel 'AA' of 'RA' te behouden. Niettemin <sup>5</sup>blijven alle uitgebreide, complexe en onduidelijke NBA-voorschriften in de HRA op hen van toepassing. Deze NBA-voorschriften komen bovenop bestaande civiele, fiscale, Wwft-, IFAC-, IFRS- en natuurlijk ook de specifieke sectorregels. Deze NBA-voorschriften in deze HRA zijn, naar onze mening, in veel situaties zwaar overdreven.

Daarom kunnen de BigFour, Deloitte, Ernst & Young (EY), PricewaterhouseCoopers (PwC) en KPMG als grootste accountantsorganisaties mazen in de EU-netwerkdefinitie<sup>6</sup> gebruiken om zichzelf te bevrijden van deze NBA-voorschriften in de HRA. Ze kunnen dat eenvoudigweg doen door te voorkomen dat NBA-leden worden ingezet in hun dochtersorganisaties buiten de wettelijke controle voor grote bedrijven. Het publiek merkt deze finesses niet op. En dat geeft de BigFour een groot concurrentievoordeel ten opzichte van NBA-accountants in deze gerelateerde functies, financiën, -advies, belastingen, juridische zaken, HR, (interim) management etc. die zich moeten houden aan al deze aanvullende NBA-regels in de HRA.

Dit concurrentievoordeel begon in december 2006, toen in de jaarlijkse ledenvergadering van de NBA als regelgevende organisatie alleen een nieuwe gedragscode (VGC) werd voorgesteld door het bestuur van de NBA. Die VGC behield de macht om NBA-voorschriften vast te stellen voor aan de jaarlijkse ledenvergaderingen van de NBA. Alternatieve codes die de macht om NBA-voorschriften vast te stellen overdroegen aan gespecialiseerde NBA Kamers werden geweigerd. Er is duidelijk bewijs dat de Big Four al hun mankracht naar deze jaarlijkse ledenvergadering van de NBA in december 2006 in witte busjes stuurde om die VGC geaccepteerd te krijgen. Diezelfde Big Four-mankracht hielp ook in latere jaren om de overwinning te behalen voor de regels ten gunste van de Big Four. De achtergrond van dit probleem is het feit dat het bijwonen van de NBA-ledenvergaderingen een hele werkdag kost. Het is daarom bijna onmogelijk om meer NBA-leden, buiten de Big Four, te laten stemmen op NBA-ledenvergaderingen. De gemiddelde opkomst is minder dan 1% van de > 20.000 NBA-ledenbasis als er geen punten van belang van de Big Four bij betrokken zijn. Een deel van het probleem is ook dat er persoonlijke relaties bestaan tussen de BigFour en het Ministerie van Financiën, dat verantwoordelijk is voor de WAB.

Twee rechtszaken, beide in drie instanties, beoogden dit democratisch tekort te overwinnen dat de Big Four een concurrentievoordeel geeft. Maar beide mislukten. De reden is een impliciete standaardopvatting van Nederlandse rechters om niet op de stoel van de wetgever te willen zitten. Als gevolg hiervan worden vreemde respectievelijk verkeerde argumenten gebruikt en worden goede argumenten willens en wetens over het hoofd gezien om juridische beslissingen te rechtvaardigen. Daarom begint deze klacht met de hierna volgende samenvatting van deze vreemde en over het hoofd geziene argumenten door de hoogste Nederlandse rechtbanken.

<sup>1</sup> <https://wetten.overheid.nl/BWBR0032573/2021-07-01>

<sup>2</sup> <https://www.nba.nl/>

<sup>3</sup> <https://www.advocatenorde.nl/d>

<sup>4</sup> <https://www.knmg.nl/>

<sup>5</sup> <https://www.nba.nl/wet--en-regelgeving/hra/>

<sup>6</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TEXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0043>, art. 2, sub 7

## **Hoe twee rechtszaken mislukten omdat rechtbanken verkeerde argumenten gebruikten en goede over het hoofd zag**

De eerste rechtszaak <sup>7</sup>, civiel, startte op 17-3-2016 en stelde schending van art. 11 EVRM <sup>8</sup>, art. 1 van Protocol 1 EVRM en art. 6 van de Nederlandse Mededingingswet<sup>9</sup> aan de orde. Beide vorderingen waren bedoeld om een einde te maken aan het grote BigFour concurrentievoordeel. Die civiele rechtszaak eindigde op 6-12-2019 met de beslissing van de Nederlandse Hoge Raad in voetnoot<sup>10</sup>.

De Hoge Raad heeft art. 6 van de Nederlandse Mededingingswet volledig genegeerd door aan het slot als standaard antwoord te vermelden dat: “ *Ook de overige klachten in hoger beroep kunnen niet tot cassatie leiden. Gelet op artikel 81 lid 1 RO behoeft dit geen nadere motivering, aangezien deze klachten geen beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of rechtsontwikkeling behoeven.* ” Opmerkelijke conclusie!

Wat betreft art. 11 EVRM en zijn pendant in art. 12 van het Handvest van de Grondrechten EU <sup>11</sup> over de vrijheid van vergadering en vereniging, is het bekend dat deze artikelen zijn geïnspireerd door een gemeenschappelijke afkeer tegen wat er in Duitsland gebeurde met het 'Gesetz über die Hitlerjugend' <sup>12</sup> in de Tweede Wereldoorlog. Niettemin besliste de Hoge Raad dat de NBA " *een publiekrechtelijke vereniging is en niet kan worden beschouwd als een vereniging in de zin van artikel 11 EVRM.* " met het ongelooflijke argument dat de NBA: " *is ingebed in de structuren van de staat, ook een algemeen belang nastreeft en bestuurlijke, regelgevende en disciplinaire taken heeft buiten het gewone recht.* " Deze conclusie ondermijnt de basis zelf van art. 11 EVRM en art. 12 van het Handvest. Kennelijk realiseerde de Hoge Raad zich niet dat het 'Gesetz über die Hitlerjugend' volledig was *ingebed in de structuren van de staat, een algemeen belang nastreefde en bestuurlijke, regelgevende en disciplinaire taken had buiten het gewone recht.* ' Het beroep bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens eindigde in de gebruikelijke niet-ontvankelijk verklaring.

De tweede rechtszaak, bestuursrechtelijk, startte een paar maanden later, op 4-8-2020 met een verzoek <sup>13</sup> aan de ACM, de Nederlandse mededingingsautoriteit. In dit verzoek werd gesteld dat de NBA in feite een Big Four-kartel is en werd dit met overvloedige voorbeelden geïllustreerd. Deze bestuurlijke rechtzaak eindigde op 14-10-2024 met deze uitspraak <sup>14</sup> van het CBB (College van Beroep voor het Bedrijfsleven), de hoogste Nederlandse rechter in deze zaak.

Opvallend zijn de volgende twee argumenten die ACM gebruikt in de pleidooien van OvRAN:

- De ACM heeft bij de start haar slogan geformuleerd: “ *Het is niet aan de ACM om het beleid van het Ministerie van Financiën en van door de overheid gevormde publiekrechtelijke organisaties, zoals de NBA, ter discussie te stellen.* ” Zie processtukken <sup>15</sup> punt 10.

- Het hele verweer van ACM bestond uit een regelmatig refrein dat haar verkennend onderzoek aantoonde dat " *gezien het beperkte gewicht van de Big Four accountants, het niet duidelijk is hoe de Big Four beroepsregels zou kunnen handhaven tegen de wil van de (zeer grote) meerderheid van de niet-Big Four accountants die de Big Four bevoordelen in hun concurrentiepositie ten opzichte van alle andere organisaties met NBA-leden in dienst.* " Zie pleitnota punt 1. Maar ACM zelf bevestigde in haar uitspraak van 15-10-2021 dat dit verkennend onderzoek plaatsvond door middel van louter telefoongesprekken met de AFM, MinFn en NBA. En die laatste twee waren zeker geen vrienden van OvRAN na verschillende procedures tegen MinFin (verenigingsdwang) en NBA (stemmanipulatie). Deze twee feiten roepen twijfels op of de ACM wel daadwerkelijk misbruik van concurrentie gefaciliteerd door de overheid wilde onderzoeken.

Wat de argumenten van CBB betreft, kan het volgende beknopt worden opgemerkt:

1. OvRAN heeft in punt 1.2 pleitnota duidelijk, gedetailleerd en onweersproken bewijs geleverd dat “In de drie vergaderingen waar grote belangen van de Big Four op het spel stonden, het aantal stemgerech-

<sup>7</sup> <http://www.wakkereaccountant.nl/Dagvaarding-verenigingsdwang.pdf>

<sup>8</sup> [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG)

<sup>9</sup> <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/competitionact.htm>

<sup>10</sup> ECLI:NL:HR:2019:1908

<sup>11</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT#d1e167-393-1>

<sup>12</sup> <https://www.verfassungen.de/de33-45/hitlerjugend36.htm>

<sup>13</sup> <http://www.wakkereaccountant.nl/Medinging.html>

<sup>14</sup> <http://www.ovran.nl/Civiel/Uitspraak-CBB.pdf>

<sup>15</sup> <http://www.ovran.nl/Civiel/Pleitaantekeningen-OvRAN-CBB.pdf>

tigde leden dat zich bij de vergaderingen aansloot plotseling met 650% (14-12-2006), 1.600% (12-12-2007) en 640% (19-12-2017) toenam. ” En in punt 1.3 pleitnota de notulen van die 14-12-2006 vergadering citeerde waar 3 ooggetuigen bevestigden dat 484 BigFour werknemers plotseling de zaal verlieten. In punt 3.2 van het arrest concludeerde CBB echter over dit democratisch tekort: “*De door OvRAN aangedragen voorbeelden waaruit zou blijken dat de concurrentie door de Big Four wordt belemmerd, waaronder met name de drie voorbeelden van NBA AGM’s van 14 december 2006, 12 december 2007 en 19 december 2017, hebben ook betrekking op beïnvloeding van de besluitvorming binnen de NBA. Dit middel faalt derhalve in zoverre.*” Vreemd argument, aangezien deze voorbeelden duidelijk, gedetailleerd en onbetwist bewijs leveren van beïnvloede besluitvorming.

2. OvRAN stelde in punt 2 pleitnota dat “*Waarom negeert de ACM de duidelijke rechtsregel in art. 24 MW over misbruik van machtspositie? Juist daar waar evident is dat de Big Four-organisaties een machtspositie hebben!*” In punt 4.2 van het arrest concludeerde CBB echter over misbruik van machtspositie : “*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.*” Deze vreemde redenering maakt duidelijk dat CBB niet wil aanvaarden dat art. 102 VWEU gedetailleerder is dan art. 24 MW en verbiedt onder c: “*het toepassen van ongelijke voorwaarden op gelijkwaardige transacties met andere handelspartijen, waardoor zij een concurrentienadeel ondervinden;*” En de nieuwe concept-EU-richtsnoeren<sup>16</sup> over art. 102 VWEU maken dit duidelijker in punt 2.3. over collectieve dominantie, wat hier het geval is en onderstreept dat die collectieve dominantie vele vormen kan aannemen. Bovendien heeft CBB opzettelijk punt 2 van dat concept over de beoordeling van dominantie genegeerd en de betekenis van het Haviltex-criterium over het hoofd gezien.
3. OvRAN heeft in punt 3 pleitnota over de bewijslast gesteld dat “*De ACM in alinea 7 van haar verweerschrift volstaat met het betoog dat artikel 6 lid 4 MW over de bewijslast alleen aan de orde kan komen indien de ACM een verboden handeling als bedoeld in artikel 6 lid 1 MW heeft vastgesteld.*”. En OvRAN concludeerde daarom dat “*Dit non-argument een toezichthouder onwaardig is en zelfs het fundament onder artikel 6 WM ondermijnt.*” Artikel 6 lid 1 MW over mededingingsbeperkende afspraken luidt: “*Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die tot doel hebben of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt belemmerd, beperkt of vervalst.*” In punt 5.5.2 van het arrest bevestigt de CBB echter dat “*De ACM stelt zich terecht op het standpunt dat artikel 6, derde en vierde lid, van de Mw alleen toepassing kan vinden indien sprake is van een verboden gedraging als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de Mw en de betrokken onderneming of ondernemersvereniging een beroep doet op de uitzondering in artikel 6, derde lid, van de Mw. In dat geval geldt de omgekeerde bewijslast, zoals bedoeld in artikel 6, vierde lid, van de Mw, hetgeen inhoudt dat de onderneming of ondernemersvereniging moet bewijzen dat aan de voorwaarden van het derde lid is voldaan.*” De belachelijkheid van dit CBB-argument dat omkering van de bewijslast alleen aan de orde is indien de ACM eerst een verboden handeling heeft vastgesteld, blijkt het best uit de nieuwe ontwerp-EU-richtsnoeren inzake art. 102 VWEU, waarin in punt 171 staat: “*De bewijslast voor een objectief noodzakelijkheids- of efficiëntieverweer rust op de dominante onderneming. Vage, algemene en theoretische beweringen of beweringen die uitsluitend op de eigen commerciële belangen van de dominante onderneming zijn gebaseerd, zijn niet voldoende om een efficiëntieverweer aan te tonen.* En citeert uitgebreide jurisprudentie op dit punt.
4. OvRAN heeft in punt 6 pleitnota over drie gedetailleerde voorbeelden van concurrentievervalsing gesteld dat de EU-richtsnoeren voor horizontale samenwerkingsovereenkomsten<sup>17</sup> van toepassing zijn op de aangehaalde veertien NBA-voorschriften omdat deze potentieel concurrentievervalsend zijn. In punt 5.6.2 van haar uitspraak volgde CBB echter toch “*de ACM in haar standpunt dat er geen reden was om nader in te gaan op de specifieke voorbeelden van NBA-regelgeving waarnaar OvRAN in haar handhavingsverzoek verwees, 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 had laten opstellen om de relatieve concurrentiepositie van de Big Four te versterken.*” Over de gevolgen van die slogan is geen nader bewijs nodig nu ACM zelf aangaf “*Het is eenvoudigweg niet aan de ACM om het beleid van het Ministerie van Financiën*

<sup>16</sup> [https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/39c8d72e-5756-4feb-9c24-ab0885dec6bf\\_en?filename=guidelines\\_application\\_of\\_article\\_102\\_TFEU.zip](https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/39c8d72e-5756-4feb-9c24-ab0885dec6bf_en?filename=guidelines_application_of_article_102_TFEU.zip), deel 1\_EN\_ACT\_part 1.pdf

<sup>17</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0721\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0721(01))

en door de overheid gevormde publiekrechtelijke organisaties, zoals de NBA, ter discussie te stellen.” En als gevolg daarvan heeft CBB willens en wetens de valide argumenten in die drie voorbeelden over concurrentievervalsing over het hoofd gezien. Om maar een voorbeeld te geven het volgende. Volgens de NBA-voorschriften in de HRA worden alle NBA-voorschriften van kracht op een onderneming en al haar werknemers als die onderneming per ongeluk een RA of AA in dienst neemt.

5. OvRAN heeft in punt 7 pleitnota over horizontale samenwerkingsovereenkomsten met potentieel beperkende effecten, naar doel, standaardisatieovereenkomsten etc. aangevoerd dat in ieder geval de EU-richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten<sup>18</sup> van toepassing blijven. Desalniettemin heeft de CBB in punt 5.7 geconcludeerd dat “Nu de rechtbank terecht tot de conclusie is gekomen dat de ACM onvoldoende gronden had voor nader onderzoek en het handhavingsverzoek terecht is afgewezen, is haar oordeel ook juist dat, gelet hierop, de jurisprudentie waarnaar OvRAN in haar zevende en achtste middel verwijst, niet relevant is.” Opnieuw is geen nader bewijs nodig over de gevolgen van de slogan ACM “Het is eenvoudigweg niet aan de ACM om het beleid van het Ministerie van Financiën en door de overheid gevormde publiekrechtelijke organisaties, zoals de NBA, ter discussie te stellen.” En als gevolg daarvan heeft de CBB dit valide argument over horizontale samenwerkingsovereenkomsten willens en wetens over het hoofd gezien.
6. OvRAN verwees in punt 8 pleitnota naar de omgekeerde bewijslast bij het kartelverbod en de EU “Minimis Notice”<sup>19</sup> over kartels. Desalniettemin concludeerde de CBB in punt 5.7 hetzelfde als in het vorige punt 5 en ging daarmee willens en wetens ook hier voorbij aan dit valide argument.
7. In punt 9 pleitnota stelde OvRAN dat door alleen NBA-leden en bijvoorbeeld niet OvRAN-leden een wettelijk monopolie op alle voorgeschreven officiële verklaringen en/of subsidieaanvragen te geven, verboden staatssteun vertegenwoordigt<sup>20</sup>. Niettemin concludeerde de CBB in punt 7 dat “ook deze beroepsgrond faalt, omdat de Mw de ACM geen bevoegdheid verleent om handhavend op te treden tegen een schending van het staatssteunverbod.” Dit is duidelijk een misverstand van de CBB. De tekst van de pleitnota maakt duidelijk dat art. 108 VWEU niet alleen de EU-Commissie de bevoegdheid geeft om op te treden in geval van verboden staatssteun zoals de ACM stelde. Integendeel, iedereen, inclusief de ACM, heeft die bevoegdheid, aangezien art. 108 VWEU is geschreven om lokale weerstand tegen optreden zoals hier het geval is, te overwinnen.

## **Conclusie**

Deze bondige aantekeningen over twee rechtszaken maken duidelijk dat de hoogste Nederlandse rechters niet op de stoel van de wetgever willen zitten. Ze gebruiken daarom vreemde argumenten en negeren goede argumenten om hun juridische beslissingen te rechtvaardigen. Ook de aangewezen autoriteiten, de ACM en het ministerie van Financiën, weigeren op te treden in deze zaak van duidelijk misbruik van concurrentie.

Uw site<sup>21</sup> moedigt burgers en bedrijven aan om de Commissie te informeren over vermoedelijke inbreuken op de concurrentieregels. Vandaar dit document. Alle andere middelen om dit misbruik te beëindigen zijn uitgeput. Ik hoop snel van u te horen welke acties u van plan bent te ondernemen om dit misbruik van concurrentie te beëindigen.

OvRAN-bestuur 17-11.2024

Voor volledige (adres)gegevens, zie [www.ovran.nl](http://www.ovran.nl)

Alle informatie die in dit formulier en in de bijlagen en verwijzingen daarnaar wordt verstrekt, wordt geheel te goeder trouw verstrekt.

<sup>18</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=PI\\_COM:C\(2023\)4752](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=PI_COM:C(2023)4752)

<sup>19</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830(01))

<sup>20</sup> [https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid_en)

<sup>21</sup> [https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/procedures/complaints\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/procedures/complaints_en)