

## Beschikking inzake meldingsplicht concentratie AFAS Caribbean B.V. bij overname onderdelen van BearingPoint B.V.

Zaaknummer: A.0011.17

Beschikking van de Fair Trade Authority Curaçao op grond van artikel 7.2 jo. artikel 7.13 van de Landsverordening inzake concurrentie (P.B. 2016, No. 16).

De Fair Trade Authority Curaçao heeft het volgende besloten:

### I. INLEIDING

1. In deze beschikking besluit de FTAC of AFAS de meldingsplicht voor concentraties, conform artikel 5.2 van de Landsverordening inzake concurrentie, heeft overtreden bij de overname van onderdelen van BearingPoint door deze overname te melden bij de FTAC nadat de overname reeds tot stand was gekomen.
2. Op 28 september 2018 heeft de FTAC een rapport in de zin van artikel 7.11 Landsverordening inzake concurrentie (het "**Rapport**") uitgebracht waarin de FTAC heeft vastgesteld dat er een redelijk vermoeden was dat AFAS de meldingsplicht had overtreden.
3. AFAS heeft op 12 november 2018 een schriftelijke, en op 30 november 2018 een mondelinge, zienswijze in de zin van artikel 7.11 lid 3 Landsverordening inzake concurrentie (de "**Zienswijze**") gegeven op het Rapport. In deze beschikking beslist de FTAC over het opleggen van een boete op basis van het Rapport en de Zienswijze.

### II. BETROKKEN PARTIJEN

4. AFAS Software Caribbean B.V. is een besloten vennootschap naar het recht van Curaçao en gevestigd in Willemstad. Alle aandelen in AFAS worden gehouden door AFAS International B.V., een besloten vennootschap naar Nederlands recht en gevestigd in Leusden.<sup>1</sup> Alle aandelen in AFAS International B.V. worden gehouden door AFAS Holding B.V., een besloten vennootschap naar Nederlands recht en gevestigd in Leusden. AFAS Software Caribbean B.V., AFAS International B.V. en AFAS Holding B.V. worden in deze beschikking gezamenlijk "AFAS" genoemd.
5. AFAS is in Curaçao actief op het gebied van levering van producten en diensten op het gebied van administratieve bedrijfssoftware zoals HRM, Payroll, CRM en ordermanagement, waaronder pensioen- en salarisverwerking.
6. BearingPoint Management Consulting B.V. en BearingPoint licenties VBA (hierna gezamenlijk: "BearingPoint") zijn besloten vennootschappen naar Curaçaos recht, gevestigd te Willemstad.

---

<sup>1</sup> Dossierstuk 14, ingevulde meldingsformulier door AFAS van 30 november 2017, antwoord op vraag 1.2.



7. BearingPoint ontwikkelde softwarepakketten PayTime, PeopleTime en Payslip Portal. PayTime is software voor het verrichten van salarisadministraties. PeopleTime is software voor het verrichten van personeelsadministraties en Payslip Portal is software voor het online beschikbaar maken van salarisstroken en loonbelastingkaarten in een pdf-format in een intranetomgeving van de klant.
8. AFAS heeft op 30 november 2018 onderdelen van BearinPoint overgenomen (de “Overname”).

### III. FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN

9. De bedrijfsonderdelen die AFAS van BearingPoint over heeft genomen zijn de intellectuele eigendomsrechten van de door BearingPoint ontwikkelde softwarepakketten PayTime, PeopleTime en Payslip Portal en de daaraan gelieerde activiteiten. Met ‘activiteiten’ wordt volgens de overeenkomst van overdracht tussen AFAS en BearingPoint bedoeld alle aan de software gerelateerde activiteiten die worden uitgevoerd in het kader van de bestaande licentieovereenkomsten met 22 klanten en de daaruit voortvloeiende vorderingen.<sup>2</sup>
10. De afspraken tussen partijen zijn vastgelegd in een op 9 oktober 2017 ondertekende “Overeenkomst van overdracht PayTime, PeopleTime en Payslip Portal”. De overeenkomst bepaalt in artikel 2 dat AFAS volledige zeggenschap verkrijgt over de intellectuele eigendomsrechten van de software en de bestaande overeenkomsten met klanten.
11. In een brief van BearingPoint<sup>3</sup> aan haar PayTime- en PeopleTime-klanten wordt AFAS als “overnamepartner” geïntroduceerd die alle per 1 november lopende PayTime en PeopleTime onderhoudsovereenkomsten zal overnemen en de service aan de klanten per die datum zal voortzetten. Deze datum van totstandbrenging van de concentratie wordt bevestigd in een persbericht van AFAS op haar website.<sup>4</sup>

### IV. PROCEDURE

12. Op 1 november 2017 heeft de FTAC contact opgenomen met de directeur van AFAS Software Caribbean B.V. naar aanleiding van een persbericht van AFAS dat zij door overname van bepaalde software van BearingPoint marktleider is geworden in pensioen- en salarisverwerkingen in de regio.
13. Op 16 november 2017 heeft de directeur van AFAS in een gesprek ten kantore van de FTAC een toelichting gegeven op de overname. In dit gesprek heeft de FTAC AFAS geadviseerd om de overname te melden bij de FTAC door het indienen van een meldingsformulier.
14. Op 30 november 2017 heeft AFAS per e-mail een ingevuld meldingsformulier met bijlagen gestuurd aan de FTAC.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Dossierstuk 12, overeenkomst tussen AFAS en BearingPoint van 9 oktober 2017, artikel 1.

<sup>3</sup> Dossierstuk 13, brief van BearingPoint aan haar klanten (ongedateerd).

<sup>4</sup> Dossierstuk 17, persbericht AFAS.

<sup>5</sup> Dossierstuk 4, e-mail AFAS aan FTAC d.d. 30 november 2017.



15. De FTAC heeft op 13 december 2017 per brief een ontvangstbevestiging van de ontvangen informatie gestuurd naar AFAS.<sup>6</sup>
16. Op 18 januari 2018 heeft de FTAC een verzoek om aanvullende informatie naar AFAS gestuurd.<sup>7</sup> De aanvullende informatie heeft AFAS op 7 februari 2018 per email aangeleverd.<sup>8</sup> Deze email bevatte tevens bijlage 1 van de overeenkomst van 9 oktober 2017.
17. Op 9 april 2018 heeft de FTAC per email teruggekoppeld aan de directeur van AFAS dat de FTAC geen aanleiding ziet tot het stellen van nadere vragen en AFAS zal informeren over het vervolg.<sup>9</sup>
18. In een brief van 19 juni 2018 heeft de FTAC aan AFAS laten weten dat de FTAC, op basis van de bij de melding ter beschikking gestelde gegevens en andere bronnen, tot de conclusie komt dat sprake is van een meldingsplichtige concentratie als bedoeld in hoofdstuk 5 van de Landsverordening inzake concurrentie.<sup>10</sup> Tevens heeft de FTAC in de brief aangegeven dat de FTAC een redelijk vermoeden heeft dat AFAS zich niet heeft gehouden aan de meldingsplicht uit artikel 5.2, eerste lid van de Landsverordening inzake concurrentie en hiervan een rapport zal doen opmaken.
19. Op 20 juni 2018 heeft de FTAC de brief van 19 juni 2018 telefonisch toegelicht aan de directeur van AFAS Caribbean B.V.<sup>11</sup>
20. Op 28 september 2018 heeft de FTAC een Rapport van een vermoedelijke overtreding toegezonden aan AFAS. In het Rapport is een redelijk vermoeden van een overtreding van de meldingsplicht voor concentraties vastgesteld.
21. Conform de functiescheiding als bedoeld in artikel 7.12 van de Landsverordening inzake concurrentie is de verdere behandeling van deze zaak toen overgedragen aan andere medewerkers van het FTAC-bureau, die niet betrokken zijn geweest bij het onderzoek.
22. Op 12 november 2018<sup>12</sup> heeft de FTAC een schriftelijke zienswijze op het rapport van AFAS ontvangen, en op 13 november 2018<sup>13</sup> een bijlage behorende bij voornoemde zienswijze, te weten een "Rapport onderzoek marktaandeel" d.d. 8 oktober 2018 (hierna: "**Marktaandeelrapportage AFAS**").
23. Naar aanleiding van voornoemde zienswijze heeft op 30 november 2018 een hoorzitting ten kantore van de FTAC plaatsgevonden. AFAS werd vertegenwoordigd door de heer Steijnmeijer, directeur AFAS Caribbean B.V. en mr. R.F. van den Heuvel en mr. S.S. Jansen, juridisch adviseurs voor AFAS. Bij de hoorzitting is de gelegenheid geboden om een mondelinge toelichting<sup>14</sup> te geven op de zienswijze.

---

<sup>6</sup> Dossierstuk 5, brief van de FTAC aan AFAS van 13 december 2017.

<sup>7</sup> Dossierstuk 6, brief van de FTAC aan AFAS van 18 januari 2018.

<sup>8</sup> Dossierstuk 7, e-mail van AFAS aan FTAC van 7 februari 2018.

<sup>9</sup> Dossierstuk 8, e-mail van de FTAC van 9 april 2018.

<sup>10</sup> Dossierstuk 9, brief van de FTAC aan AFAS van 19 juni 2018. Deze brief is op 20 juni 2018 verzonden.

<sup>11</sup> Dossierstuk 10, interne telefoonnotitie van 20 juni 2018.

<sup>12</sup> Dossierstuk 18, schriftelijke zienswijze AFAS van 12 november 2018.

<sup>13</sup> Dossierstuk 19, rapport onderzoek marktaandeel AFAS van 13 november 2018.

<sup>14</sup> Dossierstuk 20, Verslag hoorzitting AFAS van 30 november 2018.



## V. HET JURIDISCH KADER

24. Sinds 1 september 2017 geldt een meldingsplicht voor bepaalde fusies, overnames of joint ventures (hierna gezamenlijk: transacties) in Curaçao.<sup>15</sup> Een transactie die een concentratie tot gevolg heeft, moet voorafgaand aan de totstandkoming van die concentratie bij de FTAC worden gemeld indien een van de volgende twee situaties zich voordoet:
- (i) de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen minimaal NAf. 125 miljoen bedraagt in het voorgaande kalenderjaar en ten minste twee van de betrokken ondernemingen een jaaromzet hebben van minimaal NAf. 15 miljoen op Curaçao; OF
  - (ii) de betrokken ondernemingen creëren of versterken tezamen een marktaandeel van minimaal 30% op een of meer relevante markten in Curaçao.
25. Het begrip “concentratie” in de Landsverordening inzake concurrentie sluit aan bij het concentratiebegrip volgens Verordening (EG) Nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.<sup>16</sup> Volgens artikel 3 van deze verordening is sprake van een concentratie als een duurzame wijziging van zeggenschap over een onderneming, of een deel daarvan, plaatsvindt. Zeggenschap is de mogelijkheid om een beslissende invloed uit te oefenen op het strategische en commerciële beleid de activiteiten van een onderneming.
26. De verkrijging van zeggenschap over vermogensbestanddelen van een onderneming kan als concentratie worden beschouwd indien die vermogensbestanddelen het geheel of een deel van een onderneming vormen, dat wil zeggen dat aan het bedrijfsonderdeel marktomzet kan worden toegewezen. De overdracht van een klantenbestand van een bedrijf of de overdracht van immateriële vermogensbestanddelen, zoals merken, octrooien of auteursrechten, kan als een concentratie worden beschouwd als omzet aan het bedrijfsonderdeel toegerekend kan worden.
27. Met “omzet” wordt bedoeld de netto-omzet als behaald uit de normale bedrijfsuitoefening van de betrokken ondernemingen.<sup>17</sup> Dit is de omzet die wordt behaald uit de reguliere verkoop van producten of het verrichten van diensten van een onderneming. Netto houdt in dat belastingen over de toegevoegde waarde en andere rechtstreeks met de omzet samenhangende belastingen moeten worden afgetrokken, net zoals kortingen die aan afnemers worden toegekend.
28. Het begrip “relevante markt” in de Landsverordening inzake concurrentie sluit aan bij de bekendmaking 97/C 372/03 van de Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht.<sup>18</sup> Bij de toepassing van dit begrip houdt de FTAC rekening met de juridische, economische en maatschappelijke context op Curaçao. De relevante markt vormt de basis voor het bepalen van de marktaandelen van de betrokken ondernemingen.
29. De regels in de Landsverordening inzake concurrentie gelden voor binnen- en buitenlandse ondernemingen die actief zijn in Curaçao. Het begrip “onderneming” in de Landsverordening inzake concurrentie is overgenomen uit de mededingingspraktijk in Europa en gedefinieerd als “een eenheid voor zover deze een

---

<sup>15</sup> P.B. 2017, no. 58.

<sup>16</sup> Memorie van Toelichting op artikel 5.1 van de Landsverordening inzake concurrentie.

<sup>17</sup> Artikel 1.1 sub n en sub o van de Landsverordening inzake concurrentie.

<sup>18</sup> Memorie van Toelichting op artikel 3.1 van de Landsverordening inzake concurrentie.



economische activiteit verricht.”<sup>19</sup> Een onderneming in de zin van de Landsverordening inzake concurrentie kan uit verschillende natuurlijke en/of rechtspersonen bestaan.<sup>20</sup>

30. Artikel 5.2 van de Landsverordening inzake concurrentie schrijft voor dat een meldingsplichtige concentratie “voorafgaande aan de totstandbrenging ervan” moet worden gemeld bij de FTAC. Een concentratie wordt tot stand gebracht wanneer de wijziging van de zeggenschap daadwerkelijk plaatsvindt. Bijvoorbeeld, in geval van een overname, wanneer de activa worden overgedragen aan de koper of op een contractuele grondslag.

## VI. HET RAPPORT

31. In het Rapport concludeerde het onderzoeksteam van de FTAC dat er een redelijk vermoeden was van een overtreding van de meldingsplicht voor concentraties van artikel 5.2 Landsverordening inzake concurrentie. Deze conclusie is gebaseerd op de volgende vaststellingen.

*(i) De transactie is een concentratie in de zin van de Landsverordening inzake concurrentie*

32. Volgens het Europese mededingingsrecht kan de overname van een deel van een onderneming als een concentratie worden beschouwd.<sup>21</sup> Dit is het geval wanneer het over te nemen deel een bedrijfsactiviteit vormt waaraan marktomzet kan worden toegerekend. Het Rapport concludeert dat aan de overname van intellectuele eigendomsrechten en de bestaande licentieovereenkomsten van de bijbehorende klanten door AFAS marktomzet kan worden toegerekend omdat de software van BearingPoint als individuele producten op de markt werden verkocht en elke klant die de software gebruikte jaarlijks een vergoeding<sup>22</sup> daarvoor betaalde. Ook moeten de overgenomen klanten van BearingPoint vanaf 1 november 2017 de facturen voor “maintenance en support” betalen aan AFAS.<sup>23</sup>

33. Er is volgens het Rapport ook sprake van een wijziging van zeggenschap omdat de eigendomsrechten en de licentieovereenkomsten volledig werden overgedragen van BearingPoint aan AFAS.<sup>24</sup> De overeenkomst tussen BearingPoint en AFAS heeft een duurzaam karakter.

*(ii) De concentratie is niet meldingsplichtig op basis van omzet*

34. Een concentratie moet bij de FTAC op basis van omzet worden gemeld indien de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande kalenderjaar meer bedroeg dan Naf. 125 miljoen waarvan door ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder ten minste Naf. 15 miljoen op Curaçao is behaald.<sup>25</sup> De omzet van AFAS over het jaar 2016 bedraagt Naf. 3.778.000. De omzet die voorkomt uit de klanten in Curaçao die de producten PayTime, Peopletime en Payslip Portal gebruiken is ongeveer Naf.

<sup>19</sup> Artikel 1.1 sub r Landsverordening inzake concurrentie.

<sup>20</sup> Memorie van Toelichting op artikel 1.1 sub r Landsverordening inzake concurrentie.

<sup>21</sup> Zie randnummer 24 van de Geconsolideerde mededeling van de Europese Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (2008/C 95/01).

<sup>22</sup> Dossierstuk 15, bijlage 1 van de overeenkomst van 9 oktober 2017.

<sup>23</sup> Dossierstuk 13, brief van BearingPoint aan haar klanten (ongedateerd).

<sup>24</sup> Dossierstuk 12, overeenkomst tussen AFAS en BearingPoint van 9 oktober 2017, artikel 2.

<sup>25</sup> Artikel 5.2 lid 1 sub a van de Landsverordening inzake concurrentie.



340.000 in 2017.<sup>26</sup> De omzeldrempel in artikel 5.2 van de Landsverordening inzake concurrentie wordt dus niet gehaald.

*(iii) De concentratie is meldingsplichtig op basis van marktaandeel*

35. Een concentratie moet bij de FTAC op basis van marktaandeel worden gemeld indien de betrokken ondernemingen op een of meer relevante markten in Curaçao een marktaandeel van 30% of creëren of versterken.<sup>27</sup>
36. Om de concentratie op basis van marktaandeel vast te kunnen stellen is in het Rapport de productmarkt afgebakend als de markt voor de verkoop van software voor het verrichten van personeelsadministraties (HRM) en salarisadministraties (Payroll) aan private en publieke organisaties en administratiekantoren in Curaçao. Daarbij is ervan uitgegaan dat pensioensoftware niet een afzonderlijk product is, maar een onderdeel van salarisadministratie software. Ook is geen onderscheid gemaakt tussen groot – en kleinbedrijf.
37. Voor het vaststellen van de relevante geografische markt is in het Rapport uitgegaan van geheel Curaçao, in lijn met het standpunt van AFAS in deze.<sup>28</sup>
38. AFAS heeft in het meldingsformulier van 30 november 2017 haar eigen marktaandeel op 26% per eind 2016 ingeschat.<sup>29</sup> Dit geschatte marktaandeel is berekend door het geschatte aantal gebruikers van de HRM en Payroll software van AFAS te delen door de werkzame beroepsbevolking op Curaçao in 2016. Het Rapport gaat uit van dezelfde berekening en komt op een marktaandeel van AFAS van 26,6% (17.293/65.118).
39. AFAS heeft geen inschatting gegeven van het marktaandeel dat de overgenomen software en klanten van BearingPoint vertegenwoordigen. In het Rapport is het marktaandeel van BearingPoint geschat op 8,4% op basis van 5.483 gebruikers bij de bedrijven van het door AFAS overgenomen klantenbestand van BearingPoint (5.483/65.118). Het totale marktaandeel van AFAS na de overname is in het Rapport daarmee geschat op 26,6% + 8,4% = 35%.
40. Op deze basis concludeert het Rapport dat de concentratie gemeld had moeten worden op basis van marktaandeel omdat AFAS op een relevante markt in Curacao een marktaandeel van 30% of meer creëert met de overname.

*(iv) De concentratie is tot stand gebracht voordat deze is gemeld bij de FTAC*

41. Het Rapport constateert dat de concentratie op 1 november 2017 tot stand is gebracht op basis van de brief van BearingPoint aan haar klanten,<sup>30</sup> het persbericht van AFAS<sup>31</sup> en de bevestiging van AFAS<sup>32</sup>. De melding

---

<sup>26</sup> Dossierstuk 15, bijlage 1 van de overeenkomst van 9 oktober 2017. “Albo Aruba” en “APFA” zijn klanten op Aruba.

<sup>27</sup> Artikel 5.2 lid 1 sub b van de Landsverordening inzake concurrentie.

<sup>28</sup> Dossierstuk 14, ingevulde meldingsformulier door AFAS van 30 november 2017, antwoord op vragen 3.1 en 3.2.

<sup>29</sup> Dossierstuk 14, ingevulde meldingsformulier door AFAS van 30 november 2017, antwoord op vraag 3.4.

<sup>30</sup> Dossierstuk 13, brief van BearingPoint aan haar klanten (ongedateerd).

<sup>31</sup> Dossierstuk 17, persbericht AFAS.

<sup>32</sup> Dossierstuk 2, gespreksverslag d.d. 16 november 2017.



van de concentratie bij de FTAC door AFAS vond plaats op 16 november 2017<sup>33</sup>. Op deze basis concludeert het Rapport dat de concentratie tot stand is gebracht voordat deze is gemeld bij de FTAC.

(v) *Conclusie vermoedelijke overtreding*

42. Het Rapport concludeert over de concentratie dat een redelijk vermoeden bestaat dat AFAS Software Caribbean B.V. een overtreding van de Landsverordening inzake concurrentie heeft begaan door een meldingsplichtige concentratie op basis van marktaandeel niet voorafgaand aan de totstandbrenging ervan te melden bij de FTAC.

(vi) *Toerekening*

43. Voor de toerekening van de vermoedelijke overtreding verwijst het Rapport naar het begrip “onderneming” dat is overgenomen uit de mededingingspraktijk in Europa en wordt gedefinieerd als “een eenheid voor zover deze een economische activiteit verricht”.<sup>34</sup> Een onderneming in de zin van de Landsverordening inzake concurrentie kan bestaan uit verschillende natuurlijke en/of rechtspersonen.<sup>35</sup>
44. Het Rapport beschrijft dat volgens artikel 7.11 lid 2 sub a van de Landsverordening inzake concurrentie een rapport onder andere “de naam van de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend” moet vermelden. Op basis van de Europese rechtspraak inzake toerekening concludeert het Rapport dat de overtreding kan worden toegerekend aan AFAS International B.V. en AFAS Holding B.V. aangezien AFAS International B.V. direct 100% eigenaar is van de aandelen in AFAS Software Caribbean B.V. houdt en AFAS Holding B.V. indirect via AFAS International B.V.

(vii) *Conclusie Rapport*

45. Het Rapport concludeert tot een redelijk vermoeden dat AFAS Software Caribbean B.V. een overtreding van de Landsverordening inzake concurrentie heeft begaan door de Overname niet voorafgaand aan de totstandbrenging ervan te melden bij de FTAC. De vermoedelijke overtreding wordt toegerekend aan AFAS Software Caribbean B.V., AFAS International B.V. en AFAS Holding B.V.

## VII. VERWEER VAN AFAS

(i) *Cautie*

46. AFAS vraagt zich allereerst af of in het gesprek van 16 november 2017 van de FTAC met AFAS niet de cautie gegeven had moeten worden.

(ii) *Onbekendheid met meldingsplicht*

---

<sup>33</sup> Dossierstuk 3, e-mail AFAS aan FTAC d.d. 16 november 2017.

<sup>34</sup> Artikel 1.1 sub r Landsverordening inzake concurrentie.

<sup>35</sup> Memorie van Toelichting op artikel 1.1 sub r Landsverordening inzake concurrentie.



47. AFAS brengt naar voren in haar Zienswijze dat de Landsverordening inzake concurrentie relatief nieuw is en dat zij niet bekend was met de meldingsplicht. Had zij dat geweten, dan zou zij een informele zienswijze hebben gevraagd bij de FTAC om vast te laten stellen of een melding wenselijk was.

*(iii) Belang van indiening accurate cijfers en ernst van een mogelijke overtreding*

48. AFAS heeft haar controller de Marktaandeelrapportage AFAS laten opstellen naar aanleiding van het Rapport. In de hoorzitting stelt AFAS zich op het moment van de eerste gesprekken met FTAC onvoldoende bewust te zijn geweest van het belang en de gevolgen die de cijfers die zij aanleverde aan de FTAC voor de berekening van het marktaandeel zouden hebben. Was zij zich beter bewust geweest, dan zou zij haar cijfers voor de verstrekking beter hebben gecontroleerd en accuratere cijfers hebben aangeleverd. AFAS zegt nu in voornoemd onderzoeksrapport correcties op de cijfers te hebben aangebracht en wel de juiste cijfers te hebben aangeleverd. Deze laten volgens AFAS zien dat zij een lager marktaandeel heeft dan 30% en dat de concentratie dus niet meldingsplichtig was.

49. AFAS heeft in de Marktaandeelrapportage AFAS kritiek op de berekening van marktaandelen in het Rapport. In het Rapport is het marktaandeel van AFAS berekend door het geschatte aantal gebruikers van de HRM en Payroll software van AFAS te delen door de werkzame beroepsbevolking in Curaçao in 2016. Voor het aantal gebruikers van HRM en Payroll software is gekeken naar het aantal door AFAS verstrekte licenties. AFAS noemt in de Marktaandeelrapportage AFAS de navolgende punten.

*(iv) Aantal licenties als uitgangspunt voor aandeel AFAS op de relevante markt*

50. AFAS stelt dat het aantal ‘gebruikers’ (in de zin van werknemers of licenties) niet noodzakelijkerwijs een goed beeld geeft van het aandeel van AFAS in de markt. Niet alle aanbieders van HRM- of payroll software bieden hun product namelijk aan op basis van het aantal gebruikers. Het aandeel van AFAS zou ook berekend kunnen worden aan de hand van het aantal bedrijven dat gebruik maakt van payroll software en die bedrijven (in plaats van het daar werkzame personeel) als gebruikers aan te duiden. Dat zou volgens AFAS een voor de hand liggende benadering zijn omdat AFAS nu eenmaal producten verkoopt aan bedrijven, niet aan het daar werkzame personeel. Dit zou leiden tot een aanzienlijk lager marktaandeel voor AFAS, dat zich nu eenmaal richt op het werven van grotere bedrijven en daardoor met de benadering van de FTAC benadeeld wordt, aldus AFAS.

*(v) Aantal gebruikers AFAS en BearingPoint*

51. In het Marktaandeelrapportage AFAS stelt AFAS dat het aantal licenties te hoog is op basis van de volgende vier factoren:

#### **Verkopen aan bedrijven op andere eilanden**

AFAS voert aan dat in het meldingsformulier per abuis verkopen van licenties zijn meegenomen aan bedrijven op andere eilanden. Het aantal door AFAS verkochte licenties aan bedrijven in Curaçao was per 1 januari 2017 15.357 in plaats van het in het Rapport genoemde 17.293.

#### **Licenties voor werknemers in Bonaire en Sint-Maarten**

Volgens de Marktaandeelrapportage AFAS dienen de licenties voor werknemers in Bonaire en Sint-Maarten niet meegenomen te worden aangezien de werknemers niet in Curaçao werkzaam zijn.



**ERP-licenties**

Volgens de Marktaandeelrapportage AFAS dienen niet alle klanten die een ERP-licentie afnemen te worden meegenomen bij de berekening van het aantal HRM en Payroll licenties. HRM en Payroll zijn onderdeel van de ERP-licentie maar niet alle klanten maken gebruik van deze onderdelen van het ERP-pakket.

**Licenties voor klanten reeds voor de overname overgestapt naar AFAS**

Volgens de Marktaandeelrapportage AFAS waren een aantal klanten die in het Rapport meegenomen zijn in het marktaandeel van BearingPoint al voor de overname overgestapt naar AFAS, en aldus al meegenomen in het marktaandeel van AFAS. Het geschatte marktaandeel van BearingPoint zou op deze basis verminderd moeten worden.

**Licenties klanten die niet overstappen naar AFAS**

Volgens de Marktaandeelrapportage AFAS was voor een aantal klanten van BearingPoint al voor de overname bekend dat ze niet zouden overstappen naar AFAS. Het geschatte marktaandeel van BearingPoint zou op deze basis verminderd moeten worden.

(vi) *Beroepsbevolking als uitgangspunt voor totale markt*

52. AFAS heeft in het meldingsformulier zelf de Curaçaose beroepsbevolking aangedragen als proxy voor de totale markt. De marktaandelen van AFAS en BearingPoint zijn vervolgens berekend door het aantal gebruikers of licenties te delen door het werkzame deel van de Curaçaose beroepsbevolking.
53. In het Marktaandeelrapportage AFAS stelt AFAS nu dat de FTAC in het Rapport geen juist uitgangspunt heeft gehanteerd door het aantal gebruikers/licenties van AFAS-software af te zetten tegen slechts het werkzame deel van de beroepsbevolking. AFAS voert aan dat de totale markt voor de verkoop van HRM/payroll-licenties groter is dan de omvang van de werkzame beroepsbevolking in Curacao.
54. AFAS voert hiertoe de volgende redenen aan:

**Parttime medewerkers**

In de werkzame beroepsbevolking zijn volgens AFAS parttime medewerkers met meerdere banen maar een keer meegenomen, terwijl voor deze mensen mogelijk meerdere licenties worden gebruikt bij verschillende bedrijven;

**Baanwisselaars**

In de werkzame beroepsbevolking zijn volgens AFAS wisselaars van banen maar een keer meegenomen, terwijl voor deze mensen mogelijk meerdere licenties worden gebruikt bij verschillende bedrijven;

**Gepensioneerden**

In de werkzame beroepsbevolking zijn volgens AFAS gepensioneerden niet meegenomen, terwijl deze mensen soms wat bijverdienen en bedrijven voor deze medewerkers ook gebruik maken van een licentie;

**Scholieren**

In de werkzame beroepsbevolking zijn volgens AFAS scholieren niet meegenomen, terwijl deze mensen soms wat bijverdienen en bedrijven voor deze medewerkers ook gebruik maken van een licentie;



### **Werklozen**

In de werkzame beroepsbevolking zijn volgens AFAS werklozen niet meegenomen, terwijl de overheid voor uitkeringstrekkers ook gebruik kan maken van een licentie;

### **Medewerkers van Curaçaose bedrijven die in het buitenland werken**

In de werkzame beroepsbevolking zijn volgens AFAS medewerkers van Curaçaose bedrijven die in het buitenland werken niet meegenomen, terwijl de Curaçaose bedrijven voor deze medewerkers ook gebruik maken van een licentie;

### **Niet-gebruikte licenties**

In de werkzame beroepsbevolking wordt geen rekening gehouden met gekochte licenties die niet gebruikt worden, bijvoorbeeld omdat een bedrijf naast een ERP-licentie een afzonderlijke HRM/payroll-licentie heeft, of omdat een licentie gekocht wordt door een bedrijf voor 100 medewerkers terwijl het bedrijf minder dan 100 medewerkers heeft.

55. AFAS stelt dat dat de overtreding niet aan AFAS International B.V. en AFAS Holding B.V. zou moeten worden toegerekend. Deze vennootschappen houden zich volgens AFAS niet bezig met de Curaçaose markt en hebben bij de Overname geen bemoeienis gehad. Het Curaçaose bestuur is zelfstandig bevoegd en handelt daar in de praktijk ook naar.

## **VIII. BEOORDELING FTAC**

### *(i) Cautie*

56. Bij de hoorzitting van 30 november 2018 vraagt AFAS zich af of de FTAC niet de cautie had moeten stellen in het gesprek met de directeur van AFAS Caribbean B.V. van 16 november 2017.
57. De verplichting tot het geven van de cautie is vastgelegd in artikel 6.4 van de Landsverordening inzake concurrentie, waarin staat dat: *“Degene die wordt verzocht om inlichtingen met het oog op het aan hem opleggen van een bestuurlijke boete, is niet verplicht ten behoeve daarvan mondelinge of schriftelijke verklaringen omtrent de onderzochte overtreding af te leggen. Voorafgaand aan het verzoek wordt aan de betrokkene medegedeeld dat hij niet tot antwoorden is verplicht.”*
58. Het geven van de cautie hangt samen met het zwijgrecht van verdachten van een overtreding. Uit de Memorie van Toelichting bij de Landsverordening inzake concurrentie blijkt dat voor het zwijgrecht en de cautie door de wetgever aangeknoopt wordt bij artikel 6 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM). Zoals beschreven in de Memorie van Toelichting heeft volgens de rechtspraak van het EVRM een verdachte in het geval van een ‘criminal charge’ geen verplichting zichzelf te beschuldigen. Er is sprake van een ‘criminal charge’ vanaf het moment dat vanwege de Staat jegens de betrokkene een handeling is verricht waaraan deze de verwachting heeft ontleend – en in redelijkheid de verwachting heeft kunnen ontlene – dat een bestraffende sanctie tegen hem zal worden ingesteld. Onder de onderhavige regelgeving kan een justitiabele de verwachting ontlene dat een bestraffende sanctie tegen hem wordt ingesteld op het moment dat onderzoek wordt gedaan naar een mogelijke overtreding toerekenbaar aan hem waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. Het zwijgrecht is beperkt tot wilsafhankelijke verklaringen en tot inlichtingen die worden gevraagd met het oog op het opleggen van een bestraffende



sanctie, zodat in geval van een verzoek om inlichten zonder dit oogmerk (toezicht handelingen) het zwijgrecht niet geldt.<sup>36</sup>

59. Ook in artikel 6.4 Landsverordening inzake concurrentie staat beschreven dat de FTAC slechts verplicht is de cautie te geven wanneer inlichtingen worden verzocht met het oog op een op te leggen boete.
60. De vraag is daarom of er in het gesprek van 16 november 2017 sprake was van toezicht handelingen (waarvoor het zwijgrecht niet geldt en geen cautie gegeven hoeft te worden) of dat er sprake was van een opsporingsonderzoek met het oog op het opleggen van een boete (waarvoor het zwijgrecht geldt en wel een cautie gegeven dient te worden).
61. Het moment van sfeerovergang van toezicht handelingen naar opsporingshandelingen wordt niet subjectief bepaald door de toezichthouder. De cautieplicht bestaat wanneer naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat de betrokkene wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie. Blijft in een zodanig geval de cautie en onrechte achterwege, dan kan de verklaring van de betrokkene in de regel niet worden gebruikt als bewijs voor de feiten die aan de sanctie ten grondslag zijn gelegd.<sup>37</sup>
62. In het onderhavige geval was de aanleiding voor het gesprek van 16 november 2017 een persbericht van AFAS met de titel "AFAS Software neemt PayTime en PeopleTime over". In het bericht staat dat AFAS per 1 november 2017 de HR, Payroll en Pensioenadministratie software van BearingPoint overneemt en dat AFAS daarmee 'marktleider' wordt in de regio.
63. De FTAC beoordeelt de betreffende informatie als onvoldoende om bij aanvang van het gesprek te spreken van een opsporingsonderzoek, er was hier sprake van toezicht handelingen. Een redelijke waarnemer kan op basis van de beschreven informatie niet naar objectieve maatstaven spreken van een verhoor met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie, daarvoor was nog onvoldoende informatie beschikbaar over, met name, de marktafbakening en de marktaandelen van AFAS en het bedrijfsonderdeel van BearingPoint.
64. Tijdens het gesprek is door AFAS ook onvoldoende specifieke en concrete informatie geleverd over het marktaandeel om te nopen tot het geven van de cautie tijdens het gesprek. De FTAC deelt in het gesprek mede dat niet kan worden uitgesloten dat de marktaandeeldrempel van 30% wordt gehaald op basis van de verstrekte informatie en dat zij AFAS aanraadt een concentratiemelding te doen zodat dit nader beoordeeld kan worden.<sup>38</sup> Dit bevestigt dat er bij het gesprek onvoldoende concrete aanwijzingen waren om te spreken van een onderzoek, er was eerder sprake van toezicht handelingen in combinatie met voorlichting en informatieverstrekking.
65. Volgens het Rapport is het opsporingsonderzoek vanwege een redelijk vermoeden van overtreding van de meldingsplicht uiteindelijk gestart op 19 juni 2018.
66. Hoe dan ook wordt het gespreksverslag in het Rapport niet gebruikt als (dragend) bewijs voor het vermoeden van een overtreding. Dit betekent dat zelfs als de cautie ten onrechte niet gegeven zou zijn de

---

<sup>36</sup> Memorie van Toelichting bij de Landsverordening inzake concurrentie, p. 47.

<sup>37</sup> Vgl. Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 27 juni 2006.

<sup>38</sup> Dossierstuk 2, gespreksverslag d.d. 16 november 2017.



consequentie van het uitsluiten van het gespreksverslag als bewijs geen gevolgen zou hebben voor de conclusies in het Rapport.

*(ii) Onbekendheid met meldingsplicht*

67. AFAS stelt niet op de hoogte te zijn geweest van de meldingsplicht voor concentraties. Uit het beginsel ‘nulla poena sine culpa’ volgt dat een vereiste voor bestraffing voor overtreding is dat de overtreder een verwijt te maken valt. Zelfs indien een onderneming zich puur objectief aan een overtreding schuldig heeft gemaakt, kan deze niet ter verantwoording worden geroepen indien de schending haar in subjectief opzicht niet valt te verwijten. Dit principe van ‘niet-verwijtbare dwaling’ is ook vastgelegd in artikel 7.7 van de Landsverordening inzake concurrentie. De AFAS stelt te hebben gedwaald ten opzichte van het recht.
68. Niet elke rechtsdwaling leidt echter tot niet-verwijtbaarheid van een inbreuk. Alleen als (i) een onderneming of ondernemersvereniging heeft gedwaald ten opzichte van de rechtmatigheid van het gedrag én (ii) deze dwaling onvermijdbaar was, dan is er sprake van niet-verwijtbaarheid in het kader van inbreuken op concurrentieregels. Van een dergelijke onvermijdbare rechtsdwaling zal slechts zeer zelden sprake zijn. Dit kan alleen het geval zijn als een onderneming of ondernemersvereniging al het mogelijke heeft gedaan om een inbreuk te voorkomen. Indien een overtreding voorkomen had kunnen worden door passende voorzorgsmaatregelen is geen sprake van rechtsdwaling.<sup>39</sup>
69. De Landsverordening inzake concurrentie is publiek beschikbaar, onder andere via websites van de overheid en van de FTAC. De FTAC heeft ruim voor de periode van de inwerkingtreding van de verboden in de Landsverordening per 1 september 2017 en in de periode daarna aan ondernemers, ondernemersverenigingen en het brede publiek gecommuniceerd over het bestaan en de werking van de Landsverordening. Dit is gebeurd middels persberichten, interviews aan de media, voorlichtingssessies, brochures, website, sociale media en door middel van het aanschrijven van ondernemingen. De FTAC heeft in juli 2017 aan alle bedrijven met 5 of meer personeelsleden een voorlichtingsbrief<sup>40</sup> gestuurd. De AFAS had zich op de hoogte kunnen, en moeten, stellen van de nieuwe regels. Het argument faalt om deze redenen.

*(iii) Belang van indiening accurate cijfers en ernst van een mogelijke overtreding*

70. AFAS stelt dat zij in eerste instantie de ernst van een mogelijke overtreding van de meldingsplicht niet doorhad, en het belang van het indienen van accurate cijfers.
71. De FTAC wijst op het verslag van het allereerste gesprek met de directeur van AFAS Caribbean B.V. van 16 november 2017. In dit gesprek heeft de FTAC AFAS geattendeerd op de verplichting om mee te werken met de FTAC, om correcte antwoorden te geven en dat de FTAC de bevoegdheid heeft boetes op te leggen tot 1% van de jaaromzet voor niet of te laat gemelde concentraties.
72. Vervolgens heeft de directeur van AFAS Caribbean B.V. op 30 november 2017 een meldingsformulier ingediend bij de FTAC waarin hij heeft getekend voor de volgende “Verklaring van juistheid en volledigheid”:

<sup>39</sup> Vgl. opinie van Advocaat-Generaal Kokott in de zaak Hof van Justitie EU C-681-11 (Schenker & Co. AG e.a.) van 28 februari 2013.

<sup>40</sup> Dossierstuk 11, Voorlichtingsbrief FTAC van 13 juli 2017 aangaande de inwerkingtreding van de Landsverordening inzake concurrentie is verstuurd aan alle ondernemingen op Curaçao met vijf of meer personeelsleden.



*“De aanmeldende partij of partijen verklaart of verklaren dat, naar hun beste weten en geweten, de in deze aanmelding verstrekte inlichtingen met de werkelijkheid overeenstemmen en juist en volledig zijn, dat met de werkelijkheid overeenstemmende en volledige exemplaren van de in het formulier verlangde documenten zijn overgelegd en dat alle ramingen als zodanig zijn aangegeven en hun beste ramingen van de betrokken feiten zijn, alsmede dat alle geuite meningen oprecht zijn. Zij hebben kennisgenomen van artikel 7.2, tweede lid, van de Landsverordening inzake concurrentie.”*

73. De verwijzing naar artikel 7.2 lid 2 van de Landsverordening inzake concurrentie betreft een verwijzing naar het artikel waarin de boetebevoegdheid van de FTAC is opgenomen voor onjuiste of onvolledige gegevens in het kader van een concentratiemelding. In het artikel staat vermeld dat de FTAC een boete kan opleggen van ten hoogste Naf. 1 miljoen of, indien dat meer is, van ten hoogste 1% van de omzet.
74. Op deze basis had het AFAS voldoende duidelijk moeten zijn dat het naleven van de meldingsplicht een serieuze zaak is en eveneens het indienen van juiste en volledige gegevens.
75. De FTAC laat desalniettemin de gecorrigeerde cijfers in het kader van de Zienswijze toe. Het proces van de zienswijze is ervoor bedoeld om partijen de gelegenheid te geven, eventueel nieuwe, feitelijke en juridische argumenten aan te voeren tegen een rapport van de FTAC. De FTAC kan niet lichtvaardig feitelijke of juridische argumenten buiten beschouwing laten omdat deze laat zijn ingediend of tegenstrijdig aan eerdere argumenten. Van belang hierbij is ook dat niet is gebleken van enige intentie aan de zijde van AFAS om onjuiste of onvolledige feiten aan te leveren. De nieuw aangevoerde feiten worden daarmee meegenomen in de beoordeling voor een beslissing in deze zaak.

*(iv) Aantal licenties als uitgangspunt voor aandeel AFAS op de relevante markt*

76. AFAS stelt dat het aantal ‘gebruikers’ (in de zin van werknemers of licenties) niet noodzakelijkerwijs een goed beeld geeft van het aandeel van AFAS in de markt. Niet alle aanbieders van HRM- of payroll software bieden hun product namelijk aan op basis van het aantal gebruikers. Dit zou leiden tot een aanzienlijk lager marktaandeel voor AFAS, dat zich nu eenmaal richt op het werven van grotere bedrijven en daardoor met de benadering van de FTAC benadeeld wordt, aldus AFAS.
77. De FTAC verwerpt dit argument omdat het aantal gebruikers/licenties een accurater beeld geeft van de marktaandelen op de markt voor de verkoop van HRM- of payroll software. Relatieve omzet op een markt is doorgaans een goede indicatie van marktaandeel. In dit geval heeft AFAS geen inschatting kunnen geven van de totaalomzet op de markt voor HRM- of payroll software en was deze informatie ook voor de FTAC niet eenvoudig beschikbaar. Het is dan een logische keus om het marktaandeel te berekenen op basis van het aantal licenties/gebruikers, wat doorgaans een redelijke indicatie zal geven van relatieve omzet. Als de voorgestelde benadering van AFAS gekozen zou worden echter zou de verkoop van de software aan een eenmanszaak even zwaar meetellen in het marktaandeel als de verkoop aan een bedrijf met 1000 medewerkers, terwijl de betrokken omzet bij deze twee transacties zeer verschillend zal zijn. Dit kan voordelig zijn voor AFAS, dat volgens eigen zeggen met name aan grotere bedrijven levert, maar dit zou geen goede weergave geven van de marktverhoudingen.

*(v) Aantal gebruikers AFAS en BearingPoint*



78. AFAS voert een aantal argumenten aan waarom het aantal gebruikers van de software van AFAS en BearingPoint lager zou zijn dan de eerder in het meldingsformulier verstrekte informatie. In het Marktaandeelrapportage AFAS stelt AFAS dat het aantal licenties te hoog is op basis van de volgende vier factoren:

**Verkopen aan bedrijven op andere eilanden**

79. AFAS voert aan dat in het meldingsformulier per abuis verkopen van licenties zijn meegenomen aan bedrijven op andere eilanden. Het aantal door AFAS verkochte licenties aan bedrijven in Curaçao was per 1 januari 2017 15.357 in plaats van het in het Rapport genoemde 17.293.
80. De FTAC acht dit argument gegrond. Verkopen aan bedrijven buiten Curaçao vallen buiten de relevante geografische markt en dienen niet meegenomen te worden in de marktaandeelberekening.

**Licenties voor werknemers in Bonaire en Sint-Maarten**

81. Volgens de Marktaandeelrapportage AFAS dienen de licenties voor werknemers in Bonaire en Sint-Maarten niet meegenomen te worden aangezien de werknemers niet in Curaçao werkzaam zijn.
82. De FTAC verwerpt dit argument. De betreffende licenties zijn verkocht door AFAS aan bedrijven in de relevante geografische markt van Curaçao. Dat bepaalde werknemers van deze bedrijven in het buitenland zitten doet er niet aan af dat de licenties voor deze werknemers in Curaçao verkocht zijn. Wel heeft dit gevolgen voor de inschatting van de totale markt voor de verkoop van HRM en payroll software, waar de FTAC hieronder op terug zal komen.

**ERP-licenties**

83. Volgens de Marktaandeelrapportage AFAS dienen niet alle klanten die een ERP-licentie afnemen te worden meegenomen bij de berekening van het aantal HRM en Payroll licenties. HRM en Payroll zijn onderdeel van de ERP-licentie maar niet alle klanten maken gebruik van deze onderdelen van het ERP-pakket.
84. De FTAC verwerpt dit argument. De FTAC begrijpt dat HRM en payroll software onderdeel zijn van een groter pakket van producten, het zogenaamde ERP-pakket. Feit is dan dat bij de verkoop van ERP-software ook de producten HRM en Payroll software verkocht worden, die onderdeel uitmaken van een afzonderlijke relevante productmarkt. Of de betreffende HRM en Payroll licenties in de praktijk gebruikt worden of niet is irrelevant voor de berekening van het marktaandeel van AFAS. De mogelijkheid dat bedrijven zowel een ERP-licentie hebben als wel HRM/Payroll licenties bij een concurrent van AFAS afnemen kan wel gevolgen hebben voor de inschatting van de totale markt voor de verkoop van HRM en payroll software, waar de FTAC hieronder op terug zal komen.

**Licenties voor klanten reeds voor de overname overgestapt naar AFAS**

85. Volgens de Marktaandeelrapportage AFAS waren een aantal klanten die in het Rapport meegenomen zijn in het marktaandeel van BearingPoint al voor de overname overgestapt naar AFAS, en aldus al meegenomen in het marktaandeel van AFAS. Het geschatte marktaandeel van BearingPoint zou op deze basis verminderd moeten worden.



86. De FTAC verwerpt dit argument. Bij de hoorzitting is gebleken dat de betreffende klanten voor ten minste HRM/payroll nog bij BearingPoint zaten voorafgaande aan de overname<sup>41</sup>. Dat deze klanten bij AFAS klant waren voor een ander product is irrelevant.

**Licenties klanten die niet overstappen naar AFAS**

87. Volgens de Marktaandeelrapportage AFAS was voor een aantal klanten van BearingPoint al voor de overname bekend dat ze niet zouden overstappen naar AFAS. Het geschatte marktaandeel van BearingPoint zou op deze basis verminderd moeten worden.
88. De FTAC verwerpt dit argument. Bij de hoorzitting is gebleken dat de betreffende klanten na de overname hebben laten weten niet over te stappen naar AFAS, en niet ervoor als vermeld in de tabel op pagina 4 van de Marktaandeelrapportage AFAS<sup>42</sup>. Hoe dan ook is dit niet relevant. Voor de beoordeling is van belang welk aantal licenties toegerekend kan worden aan het klantenbestand van BearingPoint behorende bij de overgenomen intellectueel eigendomsrechten.

*(vi) Beroepsbevolking als uitgangspunt voor totale markt*

89. Volgens AFAS is informatie over de omvang van de totale markt, zowel in totale omzet op een relevante markt voor de verkoop van HRM en payroll software als totaal aan licenties/gebruikers van HRM en payroll software niet beschikbaar.
90. Om deze reden dient een proxy te worden gevonden op basis waarvan de totale markt kan worden geschat. AFAS heeft in het meldingsformulier zelf de Curaçaose beroepsbevolking aangedragen als proxy voor de totale markt. De FTAC heeft dit in het Rapport overgenomen en de marktaandelen van AFAS en BearingPoint berekend door het aantal licenties/klanten te delen door het werkzame deel van de Curaçaose beroepsbevolking.
91. In het Marktaandeelrapportage AFAS stelt AFAS nu dat de FTAC in het Rapport geen juist uitgangspunt heeft gehanteerd door het aantal gebruikers van AFAS-software af te zetten tegen slechts het werkzame deel van de beroepsbevolking. AFAS voert aan dat de totale markt voor de verkoop van HRM/payroll-licenties groter is dan de omvang van de werkzame beroepsbevolking in Curacao.
92. AFAS voert hiertoe de volgende redenen aan:

**Parttime medewerkers**

In de werkzame beroepsbevolking zijn volgens AFAS parttime medewerkers met meerdere banen maar een keer meegenomen, terwijl voor deze mensen mogelijk meerdere licenties worden gebruikt bij verschillende bedrijven;

**Baanwisselaars**

In de werkzame beroepsbevolking zijn volgens AFAS wisselaars van banen maar een keer meegenomen, terwijl voor deze mensen mogelijk meerdere licenties worden gebruikt bij verschillende bedrijven;

---

<sup>41</sup> Dossierstuk 20, Verslag hoorzitting AFAS van 30 november 2018.

<sup>42</sup> Dossierstuk 20, Verslag hoorzitting AFAS van 30 november 2018.

**Gepensioneerden**

In de werkzame beroepsbevolking zijn volgens AFAS gepensioneerden niet meegenomen, terwijl deze mensen soms wat bijverdienen en bedrijven voor deze medewerkers ook gebruik maken van een licentie;

**Scholieren**

In de werkzame beroepsbevolking zijn volgens AFAS scholieren niet meegenomen, terwijl deze mensen soms wat bijverdienen en bedrijven voor deze medewerkers ook gebruik maken van een licentie;

**Werklozen**

In de werkzame beroepsbevolking zijn volgens AFAS werklozen niet meegenomen, terwijl de overheid voor uitkeringstrekkers ook gebruik kan maken van een licentie;

**Medewerkers van Curaçaose bedrijven die in het buitenland werken**

In de werkzame beroepsbevolking zijn volgens AFAS medewerkers van Curaçaose bedrijven die in het buitenland werken niet meegenomen, terwijl de Curaçaose bedrijven voor deze medewerkers ook gebruik maken van een licentie;

**Niet-gebruikte licenties**

In de werkzame beroepsbevolking wordt geen rekening gehouden met gekochte licenties die niet gebruikt worden, bijvoorbeeld omdat een bedrijf naast een ERP-licentie een afzonderlijke HRM/payroll-licentie heeft, of omdat een licentie gekocht wordt door een bedrijf voor 100 medewerkers terwijl het bedrijf minder dan 100 medewerkers heeft.

93. FTAC heeft tijdens de hoorzitting AFAS gevraagd wat volgens haar een betere proxy zou zijn voor de totale markt. AFAS heeft hierbij geen opties kunnen aanleveren waarvoor cijfers beschikbaar zijn.
94. De FTAC houdt daarom vast aan de proxy van de Curaçaose beroepsbevolking als inschatting van de totale markt, maar zal op basis van de kritiek van AFAS bekijken of er hierop bijstellingen nodig zijn.
95. Wat betreft gepensioneerden (punt h) en scholieren (punt i) worden in de cijfers van de werkende beroepsbevolking in Curaçao de gepensioneerden en scholieren die meer dan 4 uren per week werken meegenomen door het CBS. Het is dus onjuist dat deze helemaal niet meegenomen worden. Wat betreft de mogelijkheid van scholieren die minder dan 4 uur werken was het aan AFAS om te motiveren of aannemelijk te maken welke aantallen, of ten minste dat er een substantieel aantal, gepensioneerden en scholieren zou zijn dat minder dan 4 uur werkt en waarvoor wel gebruik zou worden gemaakt van HRM- of payroll software. Bij gebreke aan andersluidende cijfers van de zijde van AFAS schat de FTAC dit aantal als verwaarloosbaar in. De FTAC verwerpt de argumenten van AFAS op dit punt aldus.
96. De FTAC acht de argumenten met betrekking tot parttime medewerkers (punt f) en baanwisselaars (punt g) onvoldoende onderbouwd met cijfers. Het was aan AFAS om meer inzichtelijk te maken om welke aantallen het zou gaan, of ten minste aannemelijk te maken dat het om een substantieel aantal zou gaan.
97. Ook het argument dat de HRM- en payroll software gebruikt zou kunnen worden door de Curaçaose overheid voor werklozen acht de FTAC onvoldoende gemotiveerd. Het lag aan de zijde van AFAS om concreter te motiveren dat software te gebruiken door de overheid voor werkloosheidsuitkeringen onderdeel uitmaakt van dezelfde productmarkt als HRM- en payroll software voor werknemers van bedrijven.





98. Voor het aantal medewerkers van Curaçaose bedrijven dat in het buitenland werkt heeft AFAS wel een onderbouwing aangeleverd in de Marktaandeelrapportage AFAS. AFAS noemt voor AFAS de CBCS, het Vidanova pensioenfonds en Kooyman voor een totaal van 449 licenties op een totaal aantal verkochte licenties aan organisaties in Curaçao van 15.357. Dit betekent dat ongeveer 3% van de licenties van AFAS verkocht wordt aan Curaçaose bedrijven voor werknemers die in het buitenland werken. Indien hetzelfde zou gelden voor andere ondernemingen die op dezelfde markt als AFAS actief zijn, dan zou de totale markt voor de verkoop van HRM en payroll software aan bedrijven in Curaçao ongeveer 3% groter zijn dan de beroepsbevolking van Curaçao, resulterend in een totale markt van ongeveer 67000 (65000 + 3%).
99. De totale markt van verkochte licenties zou verder groter zijn omdat licenties niet (ten volle) worden gebruikt. AFAS voert aan dat de licenties niet per werknemer worden verkocht, maar trapsgewijs, bijvoorbeeld een licentie voor maximaal 100 medewerkers. Als werknemer 101 in dienst komt dient de licentie uitgebreid te worden voor minimaal 5 medewerkers. Ook op deze basis zou de omvang van de beroepsbevolking in Curaçao een te lage inschatting zijn van de totale markt voor gebruikers/licenties van HRM en payroll software. Om welke aantallen het zou gaan kan AFAS echter niet toelichten.
100. AFAS noemt verder ERP-klienten van AFAS, die een volledig pakket afnemen van AFAS, waarbij HRM en payroll inbegrepen is. Sommige klienten die een ERP-pakket afnemen maken al naar tevredenheid gebruik van HRM en payroll software bij een andere leveranciers, en stappen hiervoor niet over naar AFAS, terwijl ze als onderdeel van het ERP-pakket wel HRM- en payroll-licenties van AFAS afnemen. Hierdoor zou de totale markt groter zijn. AFAS noemt in het Marktaandeelrapportage AFAS in dit kader 225 ERP-licenties. Bij de hoorzitting wordt ten slotte toegevoegd dat ook Sehos ERP-software van AFAS afneemt, terwijl voor de HRM- en payroll software tot aan de Overname gebruik werd gemaakt van de software van BearingPoint.<sup>43</sup> Bij Sehos gaat het om 1.065 licenties.
101. In totaal zou hiermee 8,4% van de licenties van AFAS niet gebruikt worden vanwege de afname van ERP-pakketten. Hier zou nog bijkomen de niet-gebruikte licenties vanwege de bovengenoemde getrapte verkoop.
102. Indien de cijfers van AFAS indicatief zouden zijn voor het totaal aantal niet gebruikte licenties op de markt zou de totale markt voor de verkoop van HRM en payroll software aan bedrijven in Curaçao ongeveer 8,4% groter zijn dan de beroepsbevolking van Curaçao, resulterend in een totale markt van ongeveer 70.460 (65000 + 8,4%). Met de bovengenoemde werknemers in het buitenland zou het om een totale markt gaan van ongeveer 72000 gebruikers/licenties. Uitgaande van een totale markt van 70.460 zou het gecombineerde marktaandeel van AFAS en het overgenomen onderdeel van BearingPoint 29,6% zijn, indien de bovengenoemde inschatting van werknemers in het buitenland ook meegenomen wordt 28,9%.
103. Hierbij dient echter aangetekend te worden dat de cijfers van AFAS niet indicatief hoeven te zijn voor de totale markt.
- (vii) *Conclusie marktaandeel AFAS*
104. De FTAC acht het argument van AFAS met betrekking tot het aantal door haar verkochte licenties aan bedrijven in Curaçao gegrond op basis van de ingediende gecorrigeerde cijfers. Licenties verkocht aan

---

<sup>43</sup> Dossierstuk 20, Verslag hoorzitting AFAS van 30 november 2018



bedrijven niet gevestigd in Curaçao dienen niet meegenomen te worden in het marktaandeel omdat deze niet behoren tot de relevante geografische markt. De FTAC concludeert tot afwijzing van de overige argumenten van AFAS met betrekking tot de cijfers die betrekking hebben op haar deel van de markt, zoals haar aantal klanten en licenties.

105. Wat betreft de beroepsbevolking van Curacao als proxy voor de totale markt voor de verkoop van HRM- en payroll software aan bedrijven in Curaçao concludeert de FTAC tot afwijzing van de argumenten met betrekking tot scholieren, gepensioneerden, parttime medewerkers, baanwisselaars en werklozen omdat deze personen óf wel degelijk meegenomen zijn in de cijfers voor de beroepsbevolking van het CBS, óf vanwege een gebrek aan onderbouwing door AFAS.
106. De FTAC acht het argument van AFAS dat het totaal aantal verkochte licenties hoger is dan de beroepsbevolking van Curaçao vanwege werknemers voor Curaçaose bedrijven in het buitenland en vanwege niet gebruikte licenties gegrond.
107. Om welke aantallen het gaat is moeilijk vast te stellen, maar als de cijfers van AFAS met betrekking tot werknemers in het buitenland en niet-gebruikte licenties worden geëxtrapoleerd naar de totale markt zou het marktaandeel van AFAS lager zijn dan 30%.
108. Onder deze omstandigheden acht de FTAC het gepast dat het voordeel van de twijfel uitgaat naar de mogelijke overtreder AFAS en niet over te gaan tot het opleggen van een boete.
109. Op basis van het bovenstaande behoeven de overige argumenten van AFAS geen bespreking.

## **IX. CONCLUSIE**

110. De FTAC concludeert dat AFAS geen overtreding van de Landsverordening inzake concurrentie heeft begaan door de Overname niet voorafgaande aan de totstandbrenging daarvan te melden bij de FTAC conform artikel 5.2 Landsverordening inzake concurrentie.
111. De FTAC beslist daarmee conform artikel 7.13 lid 1 Landsverordening inzake concurrentie dat geen boete zal worden opgelegd.
112. FTAC beschouwt hiermee deze zaak als afgehandeld.

Willemstad, 29 april 2019

Fair Trade Authority Curaçao, namens deze:

w.g.

drs. Alberto Romero

Voorzitter van de Fair Trade Authority Curaçao



**RECHTSMIDDELEN:**

Tegen deze beschikking kan binnen zes (6) weken na de dag waarop de beschikking is gegeven een bezwaarschrift worden ingediend. Het bezwaarschrift dient onder vermelding van het zaaknummer gestuurd te worden aan:

De Fair Trade Authority Curaçao  
Pietermaai 6  
Willemstad, Curaçao

In plaats van bezwaar aan te tekenen, kan ook direct beroep worden ingediend bij het Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao. Dit moet binnen zes (6) weken na de dag waarop de beschikking is gegeven worden gedaan. Het beroepsbericht moet in tweevoud worden ingediend bij:

Het Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao  
Wilhelminaplein 4  
Willemstad, Curaçao