

Beschikking inzake concentratie KDC

Zaaknummer: A.0018.20

Beschikking van de Fair Trade Authority Curaçao op grond van artikel 6.1, lid 1 van de Landsverordening inzake concurrentie (P.B. 2016, No. 16).

De Fair Trade Authority Curaçao heeft, gelet op artikel 7.13 eerste lid, het volgende besloten:

I. INLEIDING

1. Nadat een rapport is opgemaakt waarin het vermoeden is uitgesproken van een overtreding van de meldingsplicht voor concentraties door KDC Interim Beheer N.V, KDC Interim Holding C.V., Ernst & Young Caribbean Limited en Ernst & Young Participaties N.V. handelend onder de naam EY Dutch Caribbean en het partnerschap Ernst & Young Accountants, hebben partijen een schriftelijke zienswijze ingediend. KDC heeft de schriftelijke zienswijze mondeling toegelicht tijdens een door de FTAC georganiseerde hoorzitting. In deze beschikking zal verder alleen worden gesproken over KDC en niet over de andere betrokken partij. De FTAC heeft de zienswijze beoordeeld en is tot de volgende beschikking gekomen.

II. BETROKKEN PARTIJEN

2. KDC Interim C.V. en KPMG Beheer N.V. handelend onder de naam KDC Interim Beheer N.V. (in deze zowel afzonderlijk alsook gezamenlijk aangeduid als “KDC Interim” of “KDC”) bestaat uit een holding KDC Interim C.V., een Commanditaire Vennootschap naar het recht van Curaçao en gevestigd in Willemstad en KDC Interim Beheer is de beherende vennoot van de C.V.
3. Per 31 december 2018 eindigde de licentie en het lidmaatschap van het KPMG-netwerk van KPMG Dutch Caribbean. KPMG Holding C.V.¹ en KPMG beheer N.V.² bleven bestaan en zijn hernoemd naar respectievelijk KDC Interim Holding C.V.³ en KDC Interim Beheer N.V..⁴ KPMG Dutch Caribbean is vanaf dat moment onder de naam KDC op Curaçao actief op gebied van accountancy en advisory diensten.
4. Uit informatie verkregen van KDC, tijdens de procedure, blijkt dat KDC in een afwikkelingsfase zit gericht op het ontbinden van KDC. [...].⁵

III. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

¹ Uittreksel KvK KPMG Holding C.V.

² Uittreksel KvK KPMG Beheer N.V

³ Uittreksel KvK KDC Interim Holding C.V.

⁴ Uittreksel KvK KPMG Beheer N.V.

⁵ Gespreksverslag Hoorgesprek KDC d.d. 30 juni 2020

5. Op 3 december 2020 heeft KDC het rapport via de directeur van de FTAC ontvangen. Het rapport beschrijft de gebeurtenissen van eind 2018 en begin 2019 in verband met de beëindiging van de werkzaamheden van KPMG Dutch Caribbean per 31 december 2018, vervolgens de overgang van medewerkers van KDC /KPMG naar EY en de overgang van voormalige KPMG-cliënten naar EY. Het rapport concludeert dat er sprake is van een vermoeden van een overtreding van de meldingsplicht voor concentraties ex artikel 5.2 lid 1 Landsverordening inzake concurrentie.
6. In de aanbiedingsbrief bij het rapport is de procedure uiteengezet, hierbij is aangegeven dat er na ontvangst van het rapport een termijn van zes weken geldt voor het indienen van een schriftelijke zienswijze, maar dat partijen in verband met de feestdagen tot 20 januari 2021 de tijd krijgen.
7. Daarnaast is in de aanbiedingsbrief bij het rapport schriftelijk medegedeeld dat het dossier door het onderzoeksteam overgedragen wordt aan een zogeheten sanctieteam. Deze overdracht is in het kader van de functiescheiding ex. Artikel 7.12 lid 2 Landsverordening inzake concurrentie en om de objectiviteit te waarborgen. Op 17 december 2020 heeft de FTAC een schrijven naar KDC gestuurd, waarin de samenstelling van het sanctieteam aan KDC wordt medegedeeld.
8. Op 28 december 2020 is KDC per brief geïnformeerd dat de hoorzitting op 3 februari 2021 is gepland en dat nadere berichtgeving over de details zoals de locatie in verband met de COVID-19 pandemie nog zullen volgen.
9. Op 18 januari 2021 heeft de FTAC een verzoek van KDC ontvangen om de termijn voor het indienen van een schriftelijke zienswijze te verlengen met twee weken. Op 19 januari 2021 heeft de FTAC een schrijven naar KDC gestuurd met de mededeling dat deze termijn met twee weken wordt verlengd tot en met 3 februari 2021. De datum van de hoorzitting is daarmee ook met twee weken verschoven naar 17 februari 2021.
10. Op 3 februari 2021 heeft de FTAC de schriftelijke zienswijze van KDC ontvangen.
11. De FTAC heeft KDC op 12 februari 2021 per brief uitgenodigd om de schriftelijke zienswijze mondeling toe te lichten op de door de FTAC georganiseerde hoorzitting d.d. 17 februari 2021.
12. De hoorzitting heeft op 17 februari plaatsgevonden in het Avila Beach Hotel, te Curaçao.
13. Op 11 maart 2021 is aan KDC een gespreksverslag van de hoorzitting toegezonden met het verzoek binnen twee weken, dus uiterlijk op 25 maart 2021 een reactie te geven met eventuele aanvullingen/wijzigingen.
14. Op 24 maart 2021 heeft de FTAC de reactie op het gespreksverslag van KDC ontvangen met het verzoek wijzigingen/aanvullingen hierin door te voeren. Daarnaast zijn er door KDC vertrouwelijkheidsclaims ingediend.
15. De FTAC heeft de wijzigingen in het gespreksverslag doorgevoerd en een definitieve versie van het verslag op 1 april 2021 toegestuurd aan KDC.

IV. BEOORDELING

16. Artikel 5.1 van de Landsverordening inzake concurrentie bepaalt dat er sprake is van een concentratie ingeval van “1° een of meer natuurlijke personen of rechtspersonen die reeds zeggenschap over ten minste een onderneming hebben, of 2° een of meer ondernemingen over een of meer andere ondernemingen of delen daarvan door middel van de verwerving van participaties in het kapitaal of van vermogensbestanddelen, uit hoofde van een overeenkomst of op enige andere wijze.” Naar oordeel van de FTAC wordt in het rapport overtuigend aangetoond dat de onderzochte transactie een concentratie bewerkstelligd.
17. De Landsverordening inzake Concurrentie bepaalt in artikel 5.2 dat ‘een concentratie’ moet worden gemeld voorafgaande aan de totstandbrenging ervan. Artikel 5.2 vertelt niet welke partijen die melding moeten verrichten. De Memorie van Toelichting op de Landsverordening inzake Concurrentie geeft geen nadere aanwijzing op welke partijen de verplichting rust om de melding te verrichten. Wel is in de Memorie van Toelichting op de Landsverordening inzake Concurrentie bepaald: “In dit ontwerp wordt voor wat betreft de mededingingsrechtelijke begrippen en normen in grote lijnen aangesloten bij die zoals gehanteerd in de mededingingsregels van de Europese Unie. Deze regels betreffen, kort gezegd, (i) het verbod op afstemming tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen die de concurrentie kunnen belemmeren, (ii) het verbod op misbruik van machtspositie en (iii) concentratietoezicht”.⁶
18. In paragraaf 5 van de Memorie van Toelichting wordt ingegaan op afwijkingen van het Europese mededingingsrecht voor efficiënt en effectief toezicht in Curaçao, in die afwijkingen zijn geen aanknopingspunten te vinden voor een andere uitleg van de verplichting om een concentratie te melden dan die in het Europese mededingingsrecht wordt gehanteerd.
19. Met betrekking tot de vraag op wie de verplichting rust om een concentratie te melden, wordt in artikel 34 van het Nederlandse Mededingingswet, net als het Europese mededingingsrecht volgens Artikel 4 van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (EG-concentratieverordening), niet bepaald welke partij een melding moet verrichten. In artikel 34 staat: “Het is verboden een concentratie tot stand te brengen voordat het voornemen daartoe aan de Autoriteit Consument en Markt is gemeld en vervolgens vier weken zijn verstreken.”
20. Uit Artikel 4 .2 EG-concentratieverordening volgt dat “concentraties door fusie [...] of door totstandkoming van een gezamenlijke zeggenschap [...] moeten gezamenlijk worden aangemeld door de partijen bij de fusie of door de partijen die de gezamenlijke zeggenschap verkrijgen. In alle andere gevallen moet de aanmelding plaatsvinden door de persoon of de onderneming die de zeggenschap over één of meer ondernemingen of een gedeelte daarvan verwerft.”
21. De wetgeschiedenis van artikel 34 van het Nederlandse Mededingingswet bevat geen aanknopingspunt dat de wetgever, in weerwil van de gezochte aansluiting bij het Europese concentratietoezicht, ten aanzien van de vraag wie een voorgenomen concentratie dient aan te melden, heeft willen afwijken van de Europese regelgeving.
22. Dit betekent dat indien een concentratie bestaat uit het verkrijgen van zeggenschap, de onderneming die de zeggenschap verkrijgt de concentratie moet melden.
23. Uit het Rapport blijkt dat EY duurzaam zeggenschap heeft verworven over in ieder geval onderdelen van KDC, te weten klanten en personeel van KDC.

⁶ MvT, p. 7.

24. De concentratie betreft daarmee dus de verwerving van zeggenschap door EY over (ten minste een deel van) de onderneming KDC, bestaande uit een deel van het personeel van KDC en een deel van de klanten van KDC.
25. KDC verwerft geen zeggenschap en was daarom niet verplicht de concentratie te melden. De overtreding kan niet aan KDC worden toegerekend.
26. Aan KDC zal derhalve geen boete worden opgelegd vanwege het niet melden in de zin van artikel 5.2 Landsverordening inzake Concurrentie.
27. Op basis van het bovenstaande behoeft de zienswijze van KDC geen (verdere) bespreking.

V. BESLUIT

28. De FTAC ziet af van het opleggen van een boete aan KDC.
29. De FTAC beslist daarmee conform artikel 7.13 lid 1 Landsverordening inzake concurrentie dat geen boete zal worden opgelegd.
30. De FTAC beschouwt de zaak hiermee afgehandeld en sluit het onderzoek jegens KDC.

Willemstad, 15 juni 2021

Fair Trade Authority Curaçao, namens deze

Miroslava I. Wedervoort MSM
Voorzitter van de Fair Trade Authority Curaçao

RECHTSMIDDELEN:

Tegen deze beschikking kan binnen zes (6) weken na de dag waarop de beschikking is bekendgemaakt in de Landscourant bezwaar worden gemaakt. Het bezwaarschrift dient gestuurd te worden aan:

De Fair Trade Authority Curaçao
Pietermaai 6
Willemstad, Curaçao

In plaats van bezwaar aan te tekenen, kan ook direct in beroep worden gegaan bij het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao. Dit moet binnen zes (6) weken na de dag waarop de beschikking is bekendgemaakt in de Landscourant worden gedaan. Het beroepschrift moet in tweevoud worden ingediend bij:

Het Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao
Wilhelminaplein 4
Willemstad, Curaçao