

Informele zienswijze

Voorgeschiedenis

1. Op zaterdag 30 september 2017 heeft de heer [naam vertegenwoordiger Onderneming A en Onderneming B] per e-mail namens [Onderneming A] en [Onderneming B] een verzoek gestuurd aan de FTAC om gebruik te kunnen maken van de ontheffingsregeling in verband met een samenwerking tussen [Onderneming A] en [Onderneming B] ([Onderneming A] en [Onderneming B] gezamenlijk "**Partijen**").
2. Op maandag 2 oktober 2017 hebben [namen medewerkers FTAC] namens de FTAC de heer [naam vertegenwoordiger Onderneming A en Onderneming B] geïnformeerd dat de e-mail van 30 september 2017 niet als volledige ontheffingsaanvraag kan worden gezien omdat de in het FTAC-ontheffingsformulier gevraagde informatie niet (volledig) was verstrekt.
3. Op 4 oktober 2017 heeft de FTAC met de vertegenwoordiger van Partijen gesproken over de activiteiten van de organisaties en de achtergrond van de samenwerking. Ook heeft de FTAC de volgende informatie ontvangen:
 - Een overeenkomst tussen Partijen met de naam "[naam overeenkomst]";
 - Uittreksel uit het Handelsregister van [Onderneming A];
 - Uittreksel uit het Handelsregister van [groepsonderneming van Onderneming A];
 - Overzicht geplaatste aandelen [Onderneming B], d.d. [datum];
 - Statuten van [Onderneming A] d.d. [datum];
 - Annual report [Onderneming B] 2015;
 - Annual report [Onderneming B] 2016;
 - Financial Statements [Onderneming A] 2016.
4. Op 28 november 2017 heeft de FTAC mondeling in grote lijnen haar zienswijze op de toenmalige voorgenomen samenwerking volgens de [naam samenwerkingsovereenkomst] aan de vertegenwoordiger van Partijen toegelicht. De FTAC heeft toegelicht dat voor de voorgenomen samenwerking in de toenmalige vorm geen ontheffingsverzoek kon worden ingediend en dat deze in strijd was met het kartelverbod van de Landsverordening inzake concurrentie (de "**Landsverordening**" of "**Lv**").
5. De heer [naam vertegenwoordiger Onderneming A en Onderneming B] heeft de FTAC in dit gesprek namens Partijen gevraagd haar zienswijze schriftelijk te bevestigen, hetgeen de FTAC heeft gedaan in een eerste informele zienswijze van 21 december 2017. In de begeleidende brief bij de informele zienswijze van 21 december 2017 heeft de FTAC Partijen ook gevraagd een voorstel in te dienen voor aanpassing van de voorgenomen samenwerking, aangezien de huidige vorm in strijd was met de Landsverordening. Ook is Partijen gevraagd gemotiveerd aan te geven welke informatie in de informele zienswijze zij als vertrouwelijk wensten te claimen.
6. Na verlening van uitstel door de FTAC heeft de raadvrouw van Partijen op 18 januari 2018 gemotiveerd aangegeven welke informatie in de informele zienswijze als vertrouwelijk moest worden aangemerkt, en op 31 januari 2018 een voorstel ingediend voor aanpassing van de samenwerking.
7. Het voorstel van 31 januari 2018 bevatte ook de volgende aanvullende toelichting en stukken:



- een aangepaste samenwerkingsovereenkomst tussen Partijen [naam samenwerkingsovereenkomst] met toelichting;
 - de volgens Partijen meest recente versie van de statuten van [Onderneming A], d.d. [datum];
 - een aanvullende feitelijke toelichting op de relevante markten waarop Partijen actief zijn.
8. Op 8 februari 2018 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen [namen medewerkers FTAC] van de FTAC, de vertegenwoordiger van Partijen [naam vertegenwoordiger Onderneming A en Onderneming B] en de raadsvrouwen van Partijen [namen raadsvrouwen]. Tijdens deze bespreking heeft de FTAC toegelicht op welke punten de overeenkomst nog aanpassing behoefde om in overeenstemming te komen met de Landsverordening.
9. Op 15 februari 2018 heeft de raadsvrouw van Partijen de volgende documenten aan de FTAC opgestuurd:
- een aangepaste samenwerkingsovereenkomst tussen Partijen genaamd “[naam overeenkomst]”;
 - een processchets van de samenwerking tussen Partijen genaamd “[naam processchets]”.
10. Op 23 februari 2018 heeft de FTAC nadere vragen gesteld aan de raadsvrouw van Partijen inzake de aangepaste samenwerkingsovereenkomst. Deze vragen zijn op 2 maart 2018 beantwoord.
11. Op 28 maart 2018 heeft de raadsvrouw van Partijen een nieuwe versie van de samenwerkingsovereenkomst toegestuurd aan de FTAC, genaamd “[naam overeenkomst]”.
12. Deze informele zienswijze is gebaseerd op de deze meest recente versie van de samenwerkingsovereenkomst (de “**Overeenkomst**”) tussen [Onderneming B] (“**Opdrachtgever**”) en [Onderneming A] (“**Opdrachtnemer**”). De eerste zienswijze van 21 december 2017 is in deze zienswijze aangevuld en aangepast op basis van de aangepaste Overeenkomst en de aanvullende door Partijen ingediende informatie.

Partijen en de markt

13. Partijen zijn beiden ondernemingen actief op de markt voor het [beschrijving activiteiten ondernemingen] en verhuren van [beschrijving activiteiten ondernemingen] panden. Verhuur vindt plaats aan ondernemingen en voor woondoeleinden aan particulieren.
14. Opdrachtgever [beschrijving activiteiten ondernemingen]. Opdrachtnemer [beschrijving activiteiten ondernemingen]. Focus van Opdrachtnemer is [beschrijving activiteiten ondernemingen]. Opdrachtgever heeft [beschrijving activiteiten ondernemingen].
15. Opdrachtgever is [beschrijving activiteiten ondernemingen]. Opdrachtnemer is [beschrijving activiteiten ondernemingen].
16. Partijen hebben onderbouwd aangegeven dat ze in de meest nauwe relevante markt van [beschrijving specifieke markt waarop Partijen actief zijn] gezamenlijk minder dan 30% marktaandeel hebben. Op een bredere markt van verhuur van panden in [geografische markt] aan bedrijven en particulieren zijn Partijen volgens Opdrachtnemer en Opdrachtgever relatief kleine aanbieders met een beperkt marktaandeel. De FTAC zal in het kader van deze informele zienswijze uitgaan van de door Partijen aangeleverde marktinformatie. Op deze basis kan, gelet op het bovenstaande, de precieze marktafbakening in het midden worden gelaten aangezien de beoordeling hierdoor niet wordt beïnvloed.



17. Opdrachtnemer [beschrijving structuur organisatie Onderneming B].
18. Opdrachtnemer [beschrijving structuur organisatie Onderneming B].
19. Opdrachtgever [beschrijving structuur organisatie Onderneming A].
20. Opdrachtgever en Opdrachtnemer hebben allebei 50% aandeel in een openbare vennootschap die is opgericht voor [beschrijving project] Volgens Partijen is de achtergrond van de samenwerking in [naam project] onder meer risicospreiding en financiering.

Beschrijving van de samenwerking

21. De Overeenkomst spreekt van een “[naam overeenkomst]” met [Onderneming B] als opdrachtgever en [Onderneming A] als opdrachtnemer.
22. Volgens de Overeenkomst zal Opdrachtnemer de volgende diensten voor Opdrachtgever gaan verrichten:
 - Ondersteunen van het bestuur van Opdrachtgever bij het uitvoeren van managementtaken zoals [beschrijving activiteiten] [verwijzing naar artikelnummer overeenkomst];
 - Ondersteunen van de organisatie van Opdrachtgever met de dagelijkse taken en het uitvoeren van het door [naam orgaan Onderneming B] van Opdrachtgever goed te keuren personeelsbeleid [verwijzing naar artikelnummer overeenkomst];
 - Onderhoudsmanagement voor Opdrachtgever zoals [beschrijving activiteiten] [verwijzing naar artikelnummer overeenkomst];
 - Sales en marketing voor Opdrachtgever wat kan bestaan uit [beschrijving activiteiten] [verwijzing naar artikelnummer overeenkomst].
23. Opdrachtgever kan volgens de Overeenkomst ook gebruik maken van [beschrijving faciliteiten] van Opdrachtnemer [verwijzing naar artikelnummer overeenkomst].
24. Artikel [verwijzing naar artikelnummer] van de Overeenkomst beschrijft dat de organisaties gelijksoortige werkzaamheden verrichten waaronder de verhuur van gebouwen. Om een “conflict of interest” te vermijden willen partijen een “onafhankelijke doch transparante” wijze van werken afspreken.
25. Deze werkwijze houdt volgens artikel [verwijzing naar artikelnummer] van de Overeenkomst in dat Opdrachtnemer potentiële huurders ook op de hoogte kan stellen van objecten van Opdrachtgever. De vraagprijs wordt door Opdrachtgever vastgesteld, op haar website gepubliceerd en doorgegeven aan Opdrachtnemer ter uitvoering van de Overeenkomst. Onderhandelingen met een potentiële huurder over de uiteindelijke huurprijs (en andere financiële aspecten van de huurovereenkomst) voor een huurobject van Opdrachtgever worden niet door Opdrachtnemer uitgevoerd, daarvoor verwijst Opdrachtnemer potentiële huurders naar Opdrachtgever. Opdrachtgever en Opdrachtnemer onderhandelen met potentiële huurders op onafhankelijke wijze.
26. Opdrachtnemer zal de genoemde diensten voor [bedrag] per maand verrichten ([verwijzing naar artikelnummer]). De Overeenkomst zal in eerste instantie worden aangegaan voor de duur van 1 jaar, met de mogelijkheid van verlenging. [verwijzing naar artikelnummer] benadrukt dat Opdrachtnemer haar taken in volledige onafhankelijkheid verricht.



27. De ratio van de Overeenkomst is volgens Partijen kostenbesparing van Opdrachtgever. [Beschrijving kostenbesparingen]. Administratieve taken, promotie en verhuurtaken zullen gedeeltelijk worden uitgevoerd door Opdrachtnemer. Voor potentiële huurders heeft de Overeenkomst volgens partijen het voordeel dat er meer keuzes beschikbaar komen zonder dat afzonderlijk naar het aanbod van zowel Opdrachtgever als Opdrachtnemer gekeken hoeft te worden. De Overeenkomst is in eerste instantie afgesloten voor een jaar om te bekijken hoe de samenwerking in de praktijk functioneert.
28. Opdrachtnemer zal op basis van de Overeenkomst naast haar eigen panden ook de panden van Opdrachtgever promoten. Partijen hebben toegelicht dat zij echter beiden onafhankelijk hun prijzen zullen blijven vaststellen. De vraagprijzen van panden van Opdrachtgever worden vastgesteld door het bestuur van Opdrachtgever, met goedkeuring van haar Raad van Commissarissen. Deze ook publiekelijk beschikbare (website Opdrachtgever) vraagprijzen worden vervolgens gecommuniceerd aan Opdrachtnemer zodat ingevolge de Overeenkomst de panden kan promoten. Opdrachtnemer kan deze vraagprijzen doorgeven aan potentiële huurders die interesse hebben in een pand van Opdrachtgever.
29. Partijen geven aan dat indien een potentiële huurder interesse heeft in een pand van Opdrachtgever, Opdrachtnemer deze potentiële huurder zal doorverwijzen naar Opdrachtgever. Opdrachtnemer is niet betrokken bij een eventuele verdere (prijs-)onderhandeling. De informatie over een dergelijke (prijs-)onderhandeling tussen Opdrachtgever en een potentiële huurder wordt volgens de toelichting van Partijen op de Overeenkomst niet worden gedeeld met Opdrachtnemer.
30. Een potentiële huurder kan in onderhandeling zijn met Opdrachtgever over de huurprijs van een pand en tegelijkertijd in onderhandeling zijn met Opdrachtnemer over de huurprijs, zonder dat Partijen informatie uitwisselen of kennis hebben over de prijzen noch over de onderhandelingen. Opdrachtnemer en Opdrachtgever maken volgens de toelichting van Partijen binnen de onderhandelingen een eigen afweging gebaseerd op eigen kostenberekeningen en overige bedrijfsinformatie. De potentiële huurder heeft de vrije keuze tussen het aanbod van Opdrachtnemer en het aanbod van Opdrachtgever. Er wordt niet overlegd tussen partijen over de potentiële huurder of te voeren onderhandelingen, aldus Partijen.
31. Partijen hebben de FTAC ten slotte geïnformeerd dat Opdrachtgever een nieuwe bestuurder krijgt die onafhankelijk is van Opdrachtnemer.



Beoordeling FTAC

Achtergrond kartelverbod

32. Het uitgangspunt van de concurrentieregelgeving van de Landsverordening inzake concurrentie is dat ondernemingen individueel en onafhankelijk hun marktgedrag bepalen. Achtergrond van deze regels is dat vrije en onvervalste concurrentie leidt tot lagere prijzen, betere kwaliteit, meer keuze en meer innovatie in producten en diensten voor consumenten en bedrijven die deze producten en diensten afnemen.¹
33. Samenwerking tussen concurrenten of potentiële concurrenten (horizontale samenwerking) kan goed zijn voor de concurrentie indien daarbij complementaire activiteiten, vaardigheden of activa worden gebundeld. Ook kunnen dergelijke samenwerkingen een middel zijn om risico's te delen, kosten te besparen, investeringen te vergroten, knowhow samen te benutten, de productkwaliteit en het productaanbod te verbeteren, en sneller te innoveren.²
34. Aan de andere kant kunnen horizontale samenwerkingsovereenkomsten leiden tot concurrentieproblemen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer partijen bij een samenwerking overeenkomen prijzen of productiehoeveelheden vast te stellen of markten te verdelen, of wanneer de samenwerking de partijen in staat stelt marktmacht te behouden, te verwerven of te vergroten en zo naar alle waarschijnlijkheid aanleiding geeft tot negatieve markteffecten met betrekking tot prijzen, producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie.³
35. Bepaalde vormen van horizontale samenwerking of afstemming zijn naar hun aard, en algemene maatschappelijke opvattingen, schadelijk voor de concurrentie. Deze "hardcore" overeenkomsten of afstemmingen zijn onder de Landsverordening per se ("in ieder geval") verboden. Dit betekent dat deze afspraken altijd kwalificeren als een merkbare beperking van de concurrentie en niet nader gekeken hoeft te worden naar de effecten van de beperking.
36. Voor afspraken die niet gelden als 'hardcore' beperkingen van de concurrentie geldt de bagatelvoorziening van artikel 3.2 L.v. Dit betekent dat afspraken tussen ondernemingen met een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 30% zijn uitgezonderd van het kartelverbod. Ondernemingen met een gezamenlijk marktaandeel van 30% of meer kunnen voor niet-hardcore beperkingen een ontheffing aanvragen bij de FTAC op basis van artikel 3.5 Lv. Voor hardcore beperkingen van de concurrentie als bedoeld in artikel 3.1 lid 2 Lv geldt de bagateluitzondering niet, en kan ook geen ontheffing worden aangevraagd bij de FTAC.
37. Het onderlinge afstemming bepalen van prijzen en het verdelen van markten of (potentiele) klanten zijn voorbeelden van hardcore afspraken die in de weg staan van vrije en onvervalste concurrentie en dan ook altijd verboden zijn op basis van artikel 3 lid 1 jo. Artikel 3 lid 2 L.v. elke ondernemer wordt geacht te weten dat het gezamenlijk afspreken van prijzen en het onderling verdelen van markten of klanten schadelijk is voor de concurrentie en daarmee voor de maatschappelijke welvaart.⁴

¹ [MvT, Staten van Curaçao, zitting 2014-2015, Landsverordening houdende vaststelling van de Landsverordening inzake concurrentie](#), nr. 3, p. 2.

² Zie ook [Europese Commissie, richtsnoeren van 14 januari 2011 inzake de toepasselijkheid van art. 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PbEU 2011, C 11](#), paragraaf 2. Bij de beoordeling of overeenkomsten, gedragingen of besluiten van ondernemersverenigingen concurrentiebeperkend zijn dient de FTAC volgens de Memorie van Toelichting bij de Lv (p. 39) zoveel mogelijk aan te sluiten bij het Europese kartelverbod van artikel 101 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.

³ *Ibid*, paragraaf 3.

⁴ [MvT, Staten van Curaçao, zitting 2014-2015, Landsverordening houdende vaststelling van de Landsverordening inzake concurrentie](#), nr. 3, p. 15.



Toepasselijkheid kartelverbod op de samenwerking

38. Partijen kwalificeren als ondernemingen in de zin van de Landsverordening⁵ aangezien zij door middel van de verhuur van panden economische activiteiten verrichten.
39. Partijen zijn ook zelfstandige ondernemingen. De Overeenkomst voorziet in een nauwe samenwerking tussen de organisaties. Echter, alleen al vanwege het gebrek aan duurzaamheid van de samenwerking (de Overeenkomst wordt in eerste instantie aangegaan voor een periode van een jaar) is er geen sprake van een duurzame verkrijging van zeggenschap op contractuele basis op basis van de Overeenkomst.⁶
40. Partijen zijn elkaars concurrenten⁷ op de markt voor de dienst van de verhuur van panden, of deze markt nu de brede markt is voor de verhuur van panden is of [nadere beschrijving markt].
41. Partijen hebben, onderbouwd met marktinformatie, aangegeven gezamenlijk over een marktaandeel te beschikken van minder dan 30%. Voor de beoordeling van de samenwerking tussen partijen gaat de FTAC in deze informele zienswijze uit van deze informatie.
42. Bij een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 30% zijn hardcore beperkingen van de concurrentie, zogenaamde 'per se verboden', in strijd met de Landsverordening inzake concurrentie volgens artikel 3.1 lid 2 Lv. Voorbeelden van *per se* verboden zijn afstemming tussen concurrentie over prijzen, andere verkoopvoorwaarden, marktverdeling en afstemming bij het inschrijven op aanbestedingen ('*bid rigging*').
43. Concurrentiebeperkingen die niet vallen onder deze *per se* verboden zijn volgens artikel 3.2 lid 1 Lv uitgezonderd van het kartelverbod onder de bagateluitzondering.
44. Op basis van het bovenstaande kan de FTAC volstaan met een beoordeling of de voorgenomen samenwerking *per se* of 'hardcore' verboden beperkingen van de concurrentie bevat.

Algemene opmerkingen over concurrentiebevorderende en concurrentiebeperkende effecten

45. De Overeenkomst voorziet er in dat Opdrachtnemer werkzaamheden voor Opdrachtgever uitvoert, waaronder de promotie van panden, onderhoudsmanagement en verhuur van ruimtes.
46. Ratio voor deze samenwerking is volgens Partijen kostenbesparing van Opdrachtgever. Partijen hebben toegelicht dat [beschrijving kostenbesparingen]. Promotie wordt door Opdrachtgever gedeeltelijk uitbesteed aan Opdrachtnemer.

⁵ Een eenheid die economische activiteiten verricht, zie artikel 1.1 sub r Lv.

⁶ Bij een duurzame verkrijging van zeggenschap zou een samenwerking kunnen kwalificeren als een concentratie in de zin van artikel 5.1 Lv. Voor de kwalificatie als concentratie sluit de Lv blijkens de MvT aan op het concentratiebegrip in de regels van de Europese [concentratieverordening nr. 139/2004](#) en daarmee bij de [Geconsolideerde mededeling van de Europese Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen](#). Zie MvT, Staten van Curaçao, zitting 2014-2015, Landsverordening houdende vaststelling van de Landsverordening inzake concurrentie, nr. 3, p. 44 en de [FTAC informele zienswijze d.d. 18 oktober 2017](#). Het kartelverbod is niet van toepassing op fuserende ondernemingen. Wel dienen bepaalde fusies, overnames en joint ventures gemeld te worden bij de FTAC volgens artikel 5.2 Lv.

⁷ Concurrenten als bedoeld in artikel 1.1 sub h Lv.



47. De genoemde kostenbesparing lijkt de FTAC op basis van de onderbouwing van Partijen aannemelijk. Het lijkt de FTAC ook aannemelijk dat een voordeel voor potentiële huurders zal zijn dat zij een one-stop-shop krijgen voor het gecombineerde aanbod van Partijen. Kostenbesparingen en meer keuze voor afnemers zijn goed voor de concurrentie.
48. Aan de andere kant kan een nauwe samenwerking tussen concurrenten leiden tot concurrentieproblemen. Dit is met name het geval als een samenwerking leidt tot afstemming over prijzen of de verdeling van klanten.

Uitbesteding promotie van panden

49. Gezien de nauwe, commerciële, samenwerking tussen Partijen op het gebied van promotie van panden is het van belang dat zij duidelijke afspraken maken om het risico op dergelijke prijsafstemming en marktverdeling te voorkomen. Indien de samenwerking zou leiden tot het onderling afstemmen van verhuurprijzen en het onderling afstemmen van het aanbod aan potentiële huurders zou dit kwalificeren als een hardcore overtreding van de Landsverordening inzake concurrentie (zie artikel 3.1 lid 2 sub a Lv en artikel 3.1 lid 2 sub d Lv). Bij afstemming zou potentiële huurders de keus ontnomen worden om het aanbod van de twee aanbieders te vergelijken.
50. Naar het oordeel van de FTAC zijn partijen erin geslaagd om de Overeenkomst zo vorm te geven dat er geen sprake hoeft te zijn van onderlinge prijsafstemming en marktverdeling in strijd met de *per se* verboden van de Landsverordening inzake concurrentie.
51. De FTAC oordeelt dit op basis van de Overeenkomst en de toelichting op de uitvoering van de Overeenkomst door Partijen:
 - Partijen bepalen hun prijzen volledig onafhankelijk. De vraagprijzen van Opdrachtgever worden bepaald door het bestuur van Opdrachtgever na goedkeuring van de Raad van Commissarissen van Opdrachtgever. Opdrachtnemer is bij dit proces niet betrokken;
 - Opdrachtgever deelt de (ook publiek beschikbare) vraagprijzen met Opdrachtnemer zodat Opdrachtnemer ter uitvoering van de Overeenkomst ook de panden van Opdrachtgever kan promoten. Voor onderhandeling over de prijzen of andere voorwaarden van Opdrachtgever verwijst Opdrachtnemer potentiële huurders naar Opdrachtgever. Opdrachtnemer heeft geen inzicht in de onderhandelingen tussen Opdrachtgever en een potentiële huurder, en Opdrachtgever heeft geen inzicht in onderhandelingen tussen Opdrachtnemer en een potentiële huurder;
 - Opdrachtnemer kan naast een pand van Opdrachtgever ook een eigen pand aanbieden indien dit pand ook aan de wensen van de potentiële huurder voldoet;
 - Opdrachtgever krijgt een bestuurder die onafhankelijk is van Opdrachtnemer

Uitbesteding onderhoudsmanagement

52. Partijen maken in de Overeenkomst afspraken over uitbesteding van onderhoudsmanagement.
53. De uitbesteding van activiteiten aan een concurrent is in beginsel niet concurrentiebeperkend. Dit kan anders zijn indien de samenwerking leidt tot het delen van strategische informatie, of aanzienlijke gemeenschappelijke kosten tot stand brengt. Het hebben van aanzienlijke gemeenschappelijke kosten kan partijen in staat stellen prijzen en aanbod gemakkelijker te coördineren indien partijen marktmacht hebben en de marktkenmerken een dergelijke coördinatie bevorderen, het samenwerkingsgebied een groot



percentage van de variabele kosten van de partijen op de betrokken markt uitmaakt, en partijen hun activiteiten op het samenwerkingsgebied in ruime mate samenvoegen.⁸

54. Het tot stand brengen van aanzienlijke gemeenschappelijke kosten betreft geen hardcore beperking in de zin van artikel 3.1 lid 2 Lv. Dit betekent dat een dergelijke afspraak bij een marktaandeel van 30% of minder onder de bagatelvoorziening van artikel 3.2 is uitgezonderd van het kartelverbod. Bij een marktaandeel van meer dan 30% kan voor een dergelijke afspraak een ontheffingsverzoek worden ingediend. In dit geval hebben Partijen aangegeven een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 30% te hebben. Uitgaande van deze informatie valt de afspraak daarmee onder de bagateluitzondering.

Uitbesteding verhuur van ruimtes en levering van een bezorgdienst

55. De Overeenkomst voorziet in verhuur van [beschrijving faciliteiten] door Opdrachtnemer aan Opdrachtgever. Daarnaast levert Opdrachtnemer een bezorgingsdienst aan Opdrachtgever.
56. Op basis van de Overeenkomst blijkt niet dat deze afspraken enige concurrentiebeperking tot gevolg hebben en deze afspraken zouden dan ook in beginsel niet onder het kartelverbod van artikel 3.1 Lv vallen.

Samenwerking in gemeenschappelijke projecten zoals het project [naam project]

57. De FTAC begrijpt dat Partijen ook samen projecten ontwikkelen, zoals bijvoorbeeld het project “[naam project]”. De samenwerking via dergelijke projecten is strikt genomen geen onderdeel van de samenwerking die voor een zienswijze is voorgelegd aan de FTAC.
58. Ten overvloede wenst de FTAC echter het volgende op te merken over dergelijke samenwerkingen.⁹
59. De FTAC heeft onvoldoende informatie over de aard van de samenwerking in deze projecten om te beoordelen of de projecten concurrentiebeperkend zijn. In algemene zin kan wel opgemerkt worden dat een gezamenlijk ontwikkelingsproject niet concurrentiebeperkend hoeft te zijn, bijvoorbeeld omdat hiermee complementaire activiteiten, vaardigheden of activa worden gebundeld. Ook kunnen dergelijke samenwerkingen een middel zijn om risico's te delen, kosten te besparen, investeringen te vergroten, knowhow samen te benutten, de productkwaliteit en het productaanbod te verbeteren, en sneller te innoveren.¹⁰
60. In het geval van een bredere over het geheel niet-concurrentiebeperkende samenwerking in het kader van een project kunnen bovendien ook bepaalde concurrentiebeperkende elementen uitgezonderd zijn van het kartelverbod indien deze elementen rechtstreeks verband houden met het bredere project, en noodzakelijk en proportioneel zijn voor het bredere niet-concurrentiebeperkende project. Dergelijke “inherente beperkingen” zijn uitgezonderd van het kartelverbod.¹¹

⁹ Hierbij gaat de FTAC ervan uit dat de projecten niet kwalificeren als concentraties in de zin van artikel 5.1 lid 2 Lv. Indien een gemeenschappelijk project van twee ondernemingen duurzaam alle functies van een zelfstandige economische entiteit vervult kan deze kwalificeren als concentratie in de zin van artikel 5.1 lid 2 Lv. waarop het kartelverbod niet van toepassing is (zie nader voetnoot 6).

¹⁰ Zie ook [Europese Commissie, richtsnoeren van 14 januari 2011 inzake de toepasselijkheid van art. 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PbEU 2011, C 11, paragraaf 2.](#)

¹¹ [MvT, Staten van Curaçao, zitting 2014-2015, Landsverordening houdende vaststelling van de Landsverordening inzake concurrentie](#), nr. 3, p. 40. Met de nevenrestrictieeler wordt blijkens de MvT aangesloten bij het Europeesrechtelijke mededingingsrechtelijke raamwerk.



61. Het bovenstaande neemt niet weg dat samenwerking door middel van gedeelde projecten ook in strijd kan zijn met het kartelverbod indien de gehele samenwerking concurrentiebeperkend is. Hierbij geldt dat hardcore beperkingen altijd verboden zijn en voor overige concurrentiebeperkingen, afhankelijk van het gecombineerde marktaandeel de bagatelvoorziening van toepassing is of de ontheffingsmogelijkheid beschikbaar is.
62. Buiten formele afspraken is het van belang dat ondernemingen ook in de praktijk wegblijven van onderlinge afstemming. De FTAC zal voor de volledigheid de beperkingen schetsen voor feitelijke samenwerking.

Het verbod op onderling afgestemde feitelijke gedragingen

63. Onder de Landsverordening zijn behalve formele afspraken zoals in een overeenkomst ook feitelijke afstemmingen van commercieel gevoelige informatie tussen concurrenten als verhuurprijzen en aanbod verboden onder het kartelverbod.
64. Een dergelijke afstemming is een in artikel 3.1 Lv genoemde “onderling afgestemde feitelijke gedraging”. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging betreft een afstemming die de risico’s van concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking, zonder dat het tot een overeenkomst komt.¹² Dit begrip is overgenomen uit het Europese kartelverbod en dient blijkens de Memorie van Toelichting bij de Lv op dezelfde wijze uitgelegd te worden.¹³
65. Onderlinge afstemming kan plaatsvinden door middel van al dan niet rechtstreeks contact tussen ondernemingen waardoor het marktgedrag van een concurrent wordt beïnvloed of deze wordt geïnformeerd over beslissingen of afwegingen wat het eigen marktgedrag betreft, wanneer dit contact tot doel of ten gevolge heeft de concurrentie te beperken.¹⁴ Ook dergelijke afstemming is in beginsel verboden onder de Landsverordening.
66. Van afstemming is een zekere wederkerigheid vereist. Hiervan kan sprake zijn indien over en weer informatie wordt verstrekt, maar ook in het geval van eenzijdige verstrekte informatie indien aangenomen kan worden dat er sprake is van stilzwijgende instemming. Van afstemming kan wederkerigheid worden ontnomen door de ontvanger door bijvoorbeeld expliciete en publieke distantieering of melding bij de FTAC.¹⁵

Conclusie

67. De FTAC komt tot de volgende conclusies over de Overeenkomst:

Uitbesteding promotie van panden

68. Naar het oordeel van de FTAC zijn partijen erin geslaagd om de Overeenkomst zo vorm te geven dat er in het kader van de promotie van panden door Opdrachtnemer voor Opdrachtgever geen sprake hoeft te zijn van onderlinge prijsafstemming en marktverdeling in strijd met de *per se* verboden van de Landsverordening inzake concurrentie.

¹² [Artikel 1.1 sub p Lv](#).

¹³ [MvT, Staten van Curaçao, zitting 2014-2015, Landsverordening houdende vaststelling van de Landsverordening inzake concurrentie](#), nr. 3, p. 31.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld [Hof van Justitie van de Europese Unie 4 juni 2009, zaak C-8/08 \(T-Mobile\)](#), r.o. 32 en 33.

¹⁵ Vgl. [HvJ EU 21 januari 2016, zaak C-74/14 \(Euras\)](#), r.o. 44-46.



69. De FTAC oordeelt dit op basis van de Overeenkomst en de toelichting op de uitvoering van de Overeenkomst door Partijen:

- Partijen bepalen hun prijzen volledig onafhankelijk. De vraagprijzen van Opdrachtgever worden bepaald door het bestuur van Opdrachtgever na goedkeuring van de RvC van Opdrachtgever. Opdrachtnemer is bij dit proces niet betrokken;
- Opdrachtgever deelt de vraagprijzen met Opdrachtnemer zodat Opdrachtnemer ter uitvoering van de Overeenkomst ook de panden van Opdrachtgever kan promoten. Voor onderhandeling over de prijzen of andere voorwaarden van Opdrachtgever verwijst Opdrachtnemer potentiële huurders naar Opdrachtgever. Opdrachtnemer heeft geen inzicht in de onderhandelingen tussen Opdrachtgever en een potentiële huurder, en Opdrachtgever heeft geen inzicht in onderhandelingen tussen Opdrachtnemer en een potentiële huurder;
- Opdrachtnemer kan naast een pand van Opdrachtgever ook een eigen pand aanbieden indien dit pand ook aan de wensen van de potentiële huurder voldoet;
- Opdrachtgever krijgt een bestuurder die onafhankelijk is van Opdrachtnemer.

70. Voor zover de samenwerking in het kader van de promotie van de panden nog concurrentiebeperkende effecten kan hebben gaat de FTAC ervan uit dat deze onder de bagateluitzondering van artikel 3.2 Landsverordening inzake concurrentie vallen, nu Partijen gemotiveerd hebben aangegeven een marktaandeel van minder dan 30% te hebben.

Uitbesteding onderhoudsmanagement door Opdrachtgever aan Opdrachtnemer

71. De uitbesteding van onderhoudsmanagement betreft geen (hardcore) beperking in de zin van artikel 3.1 lid 2 Lv. Dit betekent dat een dergelijke afspraak bij een marktaandeel van 30% of minder onder de bagatelvoorziening van artikel 3.2 Landsverordening inzake concurrentie is uitgezonderd van het kartelverbod. In dit geval hebben Partijen gemotiveerd aangegeven een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 30% te hebben en de FTAC gaat er daarmee vanuit dat deze afspraak onder de bagateluitzondering valt.

Verhuur van ruimtes en levering bezorgdienst

72. Uit de Overeenkomst blijkt niet dat de verhuur van een [beschrijving faciliteiten] en de levering van een bezorgingsdienst enige concurrentiebeperking tot gevolg hebben. Deze afspraken vallen dan ook in beginsel niet onder het kartelverbod van artikel 3.1 Lv.

Samenwerking in gemeenschappelijke projecten zoals het project [naam project]

73. De FTAC heeft onvoldoende informatie over de aard van de samenwerking in gemeenschappelijke projecten om te beoordelen of deze projecten concurrentiebeperkend zijn. In algemene zin kan wel opgemerkt worden dat een gezamenlijk ontwikkelingsproject niet concurrentiebeperkend hoeft te zijn, bijvoorbeeld omdat hiermee complementaire activiteiten of vaardigheden of activa worden gebundeld. Ook kunnen dergelijke samenwerkingen een middel zijn om risico's te delen, kosten te besparen, investeringen te vergroten, knowhow samen te benutten, de productkwaliteit en het productaanbod te verbeteren, en sneller te innoveren.



Datum: 10 april 2018

Fair Trade Authority Curaçao
namens deze:

w.g.

Albert Scholten
Directeur Bureau FTAC