



Fair Trade Authority
Curaçao

Pietermaai 6
Postbus 135, Punda
Willemstad, Curacao
T: +5999 461 00 67
F: +5999 461 00 68
E: info@ftac.cw
www.ftac.cw

Datum: 28 april 2021

Betreft: zienswijze van de FTAC inzake de promotieovereenkomst gesloten tussen [ONDERNEMING B] en [ONDERNEMING A]

Zaaknummer: F.0005.21

Geachte,

Op 9 februari 2021 heeft [ONDERNEMING A] FTAC verzocht om een (informele) zienswijze inzake de promotieovereenkomst gesloten tussen [ONDERNEMING B] en [ONDERNEMING A]. De overeenkomst betreft de promotie van de in opdracht van [ONDERNEMING B] ontwikkelde en door [ONDERNEMING B] beheerde mobiele telefoon applicatie. [ONDERNEMING A] heeft, onder verwijzing naar de beschikking van FTAC over de zaak [BRANCHE VERENIGING], klachten ontvangen van derden, concurrerende ondernemers, over de handelswijze van [ONDERNEMING B]. De handelswijze van [ONDERNEMING B] zou vergelijkbaar zijn met die van [BRANCHE VERENIGING]. [ONDERNEMING A] heeft in deze om duidelijkheid van de FTAC verzocht.

Het afgeven van zogenoemde negatieve verklaringen op verzoek van een partij, dat wil zeggen verklaringen dat een situatie geen inbreuk op het mededingingsrecht vormt, is niet de functie van de FTAC. De FTAC meent echter dat met betrekking tot deze concrete situatie het waardevol kan zijn om haar zienswijze te geven. Het feit dat FTAC in deze sector recentelijk in een beschikking heeft vastgelegd dat de binnen [BRANCHE VERENIGING] gemaakte tariefafspraken kwalificeren als verboden prijsafspraken, speelt een belangrijke rol in deze afweging. De FTAC vindt het in het kader van de interpretatie en toepassing van de Landsverordening inzake concurrentie nu en in de toekomst relevant om uit te leggen waarom de onderhavige casus mededingingsrechtelijk significant verschilt van het besluit ten aanzien van [BRANCHE VERENIGING].

Op welke informatie baseert de FTAC zich?

Normaal gesproken is de werkwijze van de FTAC bij het geven van een informele zienswijze dat de FTAC zich uitsluitend baseert op de informatie zoals door de partij die om een informele zienswijze verzoekt aan de FTAC wordt gepresenteerd en doet de FTAC in het geheel geen eigen onderzoek. De zienswijze bindt de FTAC niet en maakt nadrukkelijk het voorbehoud dat wanneer de FTAC bekend wordt met aanvullende/ nieuwe informatie, de FTAC tot een andere conclusie kan komen.

In dit geval van [ONDERNEMING A] heeft de FTAC, omdat het een zienswijze betreft over de contractuele relatie met een derde partij, te weten [ONDERNEMING B], ook met deze partij gesproken en informatie bij deze partij opgevraagd.

Onderstaande zienswijze is dus gebaseerd op gegevens zoals aan de FTAC zijn gepresenteerd door [ONDERNEMING A] en [ONDERNEMING B].



[ONDERNEMING B]¹ betreft de handelsnaam van de maatschap waarin twee [ondernemingen in het personenvervoer] zich hebben verenigd. [ONDERNEMING B] heeft de mobiele telefoon applicatie [naam applicatie] laten ontwikkelen en beheert deze applicatie. Via de applicatie kunnen klanten een [rit] bestellen. Iedere individuele [onderneming in het personenvervoer] die het wenst, kan zich aansluiten op de applicatie.

Momenteel maken wisselend tussen de 5 tot 10 [ondernemingen in het personenvervoer], inclusief de partners in [ONDERNEMING B], gebruik van de mobiele telefoon applicatie. Alle [ondernemingen in het personenvervoer] die zich hebben aangesloten bij de mobiele telefoon applicatie, dus ook de partners in de maatschap zelf, dragen verplicht een commissie van [x %] van de ritprijs aan [naam applicatie] af.

De basisprijs opgenomen in de mobiele telefoon applicatie betreft de maximprijs voor [personenvervoer] zoals bij landsbesluit vastgesteld door de overheid. De applicatie heeft een korting van [x %] voor ingezetenen van Curaçao ingebouwd. Deze is bij het reserveren van een [rit] door de klant via de mobiele telefoon applicatie te activeren. Aangesloten [ondernemingen in het personenvervoer] kunnen daarnaast op eigen initiatief korting verlenen aan klanten buiten de in de mobiele telefoon applicatie opgenomen kortingscodes. Deze kortingen zijn niet cumulatief en een op eigen initiatief verleende korting gaat ten kostte van de inkomsten van de chauffeur.

De twee partners van [ONDERNEMING B] hebben preferentie op ritten gereserveerd via de mobiele telefoon applicatie [naam applicatie]. Gereserveerde ritten gaan eerst naar een van de twee partners. Als zij niet in staat zijn een rit uit te voeren, dan gaat de rit naar de eerstvolgende chauffeur die het wel kan c.q. wil uitvoeren.

De partners in de maatschap [ONDERNEMING B] zijn ieder houder van een [vergunning] en voeren ieder voor eigen rekening en risico een [onderneming in het personenvervoer]. Daarnaast voeren zij als eigenaar en beheerder van [naam applicatie] wel een gezamenlijke onderneming.

De samenwerking tussen de maatschap en de aangesloten [ondernemingen in het personenvervoer] bij [naam applicatie] is, volgens [ONDERNEMING B], niet vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst waarin de onderlinge rechten en verplichtingen met betrekking tot de aanbodzijde van [naam applicatie] zijn vastgelegd. De FTAC heeft daardoor geen zicht op de precieze afspraken tussen [ONDERNEMING B] en de bij [naam applicatie] aangesloten [ondernemingen in het personenvervoer].

[ONDERNEMING B] heeft aan de FTAC verklaard dat de inkomsten die via de app [naam applicatie] worden gegenereerd, te weten de [x %] af te dragen commissie per ritprijs, worden gestort op een bankrekening van [naam applicatie]. Dit geldt zowel voor inkomsten die door de maten worden gegenereerd als inkomsten die door de aangesloten chauffeurs worden gegenereerd. Voor wat betreft de bedrijfskosten, waaronder de vergoeding aan de chauffeurs (inclusief de maten) en promotiekosten zoals bijvoorbeeld de promotieovereenkomst gesloten met [ONDERNEMING A], worden van deze bankrekening betaald.

Daarnaast zegt [ONDERNEMING B] geen exclusiviteit te bedingen bij de [ondernemingen in het personenvervoer] die zich aansluiten bij de mobiele telefoon applicatie [naam applicatie]. De aangesloten [ondernemingen in het personenvervoer] zijn vrij om ritten die via [naam applicatie] worden aangeboden te weigeren en andere dan de via [naam applicatie] aangeboden ritten aan te nemen.

¹ KvK inschrijfnummer



Beoordeling

Het kartelverbod is geregeld in hoofdstuk 3 van de Landsverordening inzake concurrentie. Onder het kartelverbod zijn concurrentiebeperkende afspraken tussen ondernemingen verboden. De Landsverordening inzake concurrentie maakt een onderscheid tussen hardcore overtredingen en andere overtredingen van het kartelverbod.

Hardcore overtredingen, opgenomen in artikel 3.1, tweede lid van de Landsverordening inzake concurrentie, zijn horizontale afspraken tussen concurrerende, of potentieel concurrerende ondernemingen. Horizontale afspraken kunnen beschreven worden als afspraken tussen ondernemingen die op een markt gelijkwaardige producten of diensten aanbieden en daardoor direct met elkaar concurreren voor de gunst van de consument.

De in artikel 3.1, tweede lid, van de Landsverordening inzake concurrentie opgesomde typen (horizontale) concurrentiebeperkende afspraken worden geacht altijd schadelijk te zijn voor de consument. Deze afspraken zijn daarom per se, oftewel altijd, verboden.

De andere overtredingen van het kartelverbod, zoals opgenomen in artikel 3.1, eerste lid, van de Landsverordening inzake concurrentie, betreffen concurrentiebeperkende afspraken tussen ondernemingen in het algemeen. Hieronder vallen dus ook afspraken tussen ondernemingen die geen directe concurrenten van elkaar zijn. Een voorbeeld van zulks een afspraak zijn zogenaamde verticale afspraken. Een verticale afspraak is een afspraak tussen ondernemingen die actief zijn op verschillende niveaus in de productie- en distributiekolom, zoals een afspraak tussen een leverancier en een afnemer. Deze ondernemers zijn op verschillende markten actief en dus geen concurrenten van elkaar.

Hoe verhoudt het bovenstaande zich tot het concrete geval van **[ONDERNEMING B]**?

De onderneming **[ONDERNEMING B]** biedt met zijn mobiele telefoon applicatie **[naam applicatie]** een platform waarop vraag en aanbod van **[personenvervoer]** bij elkaar worden gebracht. De FTAC ziet **[ONDERNEMING B]** in dit kader als dienstverlener ten behoeve van de **[personenvervoersector]** op Curaçao.

De bij de mobiele telefoon applicatie **[naam applicatie]** aangesloten **[ondernemingen in het personenvervoer]**, inclusief de twee als **[ondernemingen in het personenvervoer]** rijdende eigenaren van de mobiele telefoon applicatie, ziet de FTAC als aanbieders van **[personenvervoer]** op Curaçao. Zij concurreren niet met de dienstverlener **[ONDERNEMING B]**. Er is, wat de FTAC betreft, hier dus sprake van een verticale afspraak, die potentieel onder artikel 3.1, eerste lid, van de Landverordening inzake concurrentie valt.

Om dat te kunnen concluderen moet worden vastgesteld of met deze afspraak de concurrentie op markt voor **[personenvervoer]** merkbaar beperkt. Hieronder wordt eerst ingegaan op de mogelijke beperking en vervolgens op de vraag of dit merkbaar is.

Beargumenterd kan worden dat de mobiele telefoon applicatie door de daarin opgenomen (door de overheid vastgestelde) maximumprijs en met name de uniforme kortingscodes voor lokale klanten, mogelijk een horizontaal effect heeft op de prijsbepaling van de bij de mobiele telefoon applicatie **[naam applicatie]** aangesloten **[ondernemingen in het personenvervoer]**. Met andere woorden de aangesloten **[ondernemingen in het personenvervoer]** kunnen de tarieven opgenomen in de applicatie als geprefereerde - of de facto vaste tarieven gaan hanteren, met als effect dat men minder geneigd zal zijn een eigen prijs c.q. korting toe te passen. Dit horizontale effect van de mobiele telefoon applicatie **[naam applicatie]** heeft in dit geval tot gevolg dat de (prijs-) concurrentie tussen deze aangesloten **[ondernemingen in het personenvervoer]** wordt beperkt. Er is daarmee mogelijk sprake van een overtreding van het kartelverbod van artikel 3.1, eerste lid, van de Landsverordening inzake concurrentie.



Echter, is in artikel 3.2, eerste lid, van de Landverordening inzake concurrentie bepaald dat met uitzondering van de per se verboden gedragingen, zoals bedoeld in artikel 3.1, tweede lid, van de Landsverordening inzake concurrentie, het kartelverbod niet van toepassing is als het gezamenlijk marktaandeel van de bij de afspraak betrokken ondernemingen op de relevante markt, i.c. het aanbieden van **[personenvervoer]** op Curaçao, niet meer bedraagt dan 30%. Bij een marktaandeel van de deelnemers aan de afspraak beneden de 30% wordt het concurrentiebeperkend effect van de afspraak namelijk niet merkbaar geacht. Het maximaantal **[vergunningen]** is bij Landsbesluit vastgesteld op 200. Deze zijn (vrijwel) allemaal uitgegeven. Nu er volgens de overgelegde informatie slechts 5 tot 10 **[ondernemingen in het personenvervoer]** van de 200 aangesloten zijn bij de applicatie, mag aangenomen worden dat het marktaandeel van deze **[ondernemingen in het personenvervoer]** minder dan 30% bedraagt. De afspraak wordt daardoor niet getroffen door het kartelverbod van artikel 3.1, lid 1 van de Landsverordening inzake concurrentie.

Verskil met de beschikking inzake [BRANCHE VERENIGING]

In de zaak van de **[BRANCHE VERENIGING]** voor **[ondernemingen in het personenvervoer]** heeft de FTAC beschikt dat de tussen de leden van **[BRANCHE VERENIGING]** in verenigingsverband gemaakte afspraken met betrekking tot de tariefstelling kwalificeren als hardcore overtreding, als bedoeld in artikel 3.1, lid 2 van de Landsverordening inzake concurrentie. Het betrof hier immers een besluit van een ondernemersvereniging waarvan concurrenten deel uitmaken gericht op het direct of indirect bepalen van de verkoopprijzen of andere verkoopvoorwaarden. Op hardcore overtredingen is geen uitzondering, bijvoorbeeld op basis van een gering marktaandeel, ontheffing mogelijk.²

Met vriendelijke groet,

Fair Trade Authority Curaçao, namens deze:

Mevrouw mr V.H.G.M. Elisabeth
Directeur FTAC

² Zie artikel 3.2, eerste en tweede zinsnede, en artikel 3.5, eerste en tweede zinsnede, van de Landsverordening inzake concurrentie.