

Beschikking inzake collectieve bepaling verkoopprijzen toeristische rondritten Mega Pier door CPA en Post-paid Touroperators

Zaaknummer: A.0003.20

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

De Fair Trade Authority Curaçao heeft, gelet op artikel 3.1, eerste lid en artikel 7.1, eerste lid van de Landsverordening inzake concurrentie het volgende besloten:

I. INLEIDING

1. De FTAC is op 11 mei 2020 telefonisch benaderd door een touroperator die diensten verleent vanaf de Mega Pier met een signaal over mogelijke prijsafspraken tussen de Curaçao Ports Authority (hierna: CPA) en touroperators. Volgens de touroperator zijn zij verplicht voor toeristische rondritten verkocht op de Mega Pier van CPA, de zogenoemde post-paid toeristische rondritten, een tarief van \$20 per persoon per toeristische rondrit te hanteren voor cruise toeristen.
2. De FTAC heeft naar aanleiding van dit signaal, ambtshalve, een onderzoek uitgevoerd naar een mogelijke overtreding van het kartelverbod artikel 3.1 van de Landsverordening inzake concurrentie. Dit document is het besluit van de FTAC naar aanleiding van de bevindingen van dit onderzoek.

II. BETROKKEN PARTIJEN

3. Curaçao Ports Authority (CPA)
CPA is een naamloze vennootschap waarvan het Land Curaçao de belangrijkste aandeelhouder is.¹ CPA beheert alle havens van Curaçao en is de coördinerende kracht achter de havenactiviteiten. CPA is eigenaar van de container- en cruiseterminals. De verantwoordelijkheden van CPA omvatten onder meer het zorgen voor veiligheid en beveiliging, toegangscoördinatie, havenonderhoud en commerciële ontwikkeling van de havens. CPA coördineert ook het loodsen en regelt alle scheepsbewegingen in de havens.
4. De aanbieders van post-paid toeristische rondritten aan Cruise-toeristen, in het bezit van tenminste één toegangspas tot - en opererend vanaf de Mega Pier onder beheer van CPA, ieder afzonderlijk, te weten:
 - All In One, beschikt over een door CPA afgegeven Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;
 - Ben Tours, beschikt over een door CPA afgegeven Vehicle Access Pass én een Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;
 - Blue - Angel Tours, beschikt over een door CPA afgegeven Vehicle Access Pass én een Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;
 - Curacao Tours & Taxi, beschikt over een door CPA afgegeven Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;

¹ <http://curports.com/port-authority/organization/>

- Irie Tours, beschikt over een door CPA op naam van Island Style Events afgegeven Vehicle Access Pass én een Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier; Island Style Events behoort samen met Does Travel & Cadushi Tours N.V tot dezelfde groep als Irie Tours.
- Island Experience, beschikt over een door CPA afgegeven Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;
- Kibra Hacha Tours, beschikt over een door CPA afgegeven Vehicle Access Pass én een Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;
- Los Andes, beschikt over een door CPA afgegeven Vehicle Access Pass én een Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;
- One Nice Choice, beschikt over een door CPA afgegeven Vehicle Access Pass én een Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;
- Peter Trips, beschikt over een door CPA een op naam van Tourism Management Curaçao afgegeven Vehicle Access Pass en Personal Access Pass én een op naam van Peter Trips afgegeven Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier. Uit de gegevens van de Kamer van Koophandel blijkt dat Peter Trips en Tourism Management Curacao op een adres zijn ingeschreven en dezelfde statutair directeur hebben;
- Quality Tours and Travel, beschikt over een door CPA afgegeven Vehicle Access Pass én een Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;
- Rainbow Tours, beschikt over een door CPA afgegeven Vehicle Access Pass én een Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;
- Rud Tours, beschikt over een door CPA afgegeven Vehicle Access Pass én een Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;
- Rumba Tours, beschikt over een door CPA afgegeven Vehicle Access Pass én een Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;
- Sunshine Tours, beschikt over een door CPA afgegeven Vehicle Access Pass én een Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;
- Viajes Turista, beschikt over een door CPA afgegeven Vehicle Access Pass én een Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;
- Wild Curaçao, beschikt over een door CPA afgegeven Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier (voor post-paid tours). Uit de gegevens van de Kamer van Koophandel blijkt dat Serenity Transfer and Tours een handelsnaam is van Wild Curaçao, B.V. Serenity Tours beschikt eveneens over een door CPA afgegeven Vehicle Access Pass en een Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier (voor pre-paid tours).
- Autobusbedrijf Curaçao, beschikt over een door CPA afgegeven Vehicle Access Pass én een Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;
- Curaçao Aquarium, beschikt over een door CPA afgegeven Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;
- Curaçao Tuk Tuk, beschikt over een door CPA afgegeven Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;
- Giolina Scheper (Freelance), beschikt over een door CPA afgegeven Personal Access Pass voor toegang tot de Mega Pier;

Hierna als geheel aangeduid als: de post-paid touroperators

III. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

5. Op 11 mei 2020 heeft de FTAC telefonisch een signaal ontvangen van een touroperator (hierna: indiener), die diensten verleent vanaf de Mega Pier, over mogelijke prijsafspraken tussen CPA en touroperators. Volgens de indiener worden zij verplicht een tarief van \$20 per persoon per toeristische rondrit te hanteren voor cruise toeristen. Indiener heeft verzocht om een afspraak.
6. Tussen 13 mei en 7 Juli 2020² is er op verschillende momenten contact geweest met de indiener van het signaal, waarin indiener de situatie heeft toegelicht. De schriftelijke weergaven van deze contacten zijn in het zaaksdossier opgenomen.
7. Op uitnodiging van de FTAC heeft CPA op 30 juli 2020 ten kantore van de FTAC mondeling haar zienswijze gegeven op het tarief en de achtergrond daarvan. CPA werd in het gesprek vertegenwoordigd door haar Business Development Manager, haar Terminal Manager en haar Legal Advisor. Van dit gesprek is een verslag opgemaakt. Het definitieve verslag is opgenomen in het zaaksdossier³.
8. De FTAC heeft aan het begin van het gesprek de cautie gegeven aan de vertegenwoordigers van CPA.
9. Op 6 augustus 2020 heeft op uitnodiging van de FTAC een gesprek plaatsgevonden met de Curaçao Association of Tour Operators (hierna: CATO). CATO is een te Curaçao gevestigde vereniging van Toerwagenvergunninghouders. De vereniging is statutair opgericht op 28 maart 2014 en gereactiveerd in juni 2020. Gedurende het gesprek werd CATO bevraagd over de achtergrond van de afspraak. Het definitieve verslag van dit gesprek is in het zaaksdossier opgenomen.⁴
10. In de bovengenoemde gesprekken met CPA en CATO is door de FTAC medegedeeld dat de gezamenlijk gemaakte prijsafpraak tussen CPA en de touroperators mogelijk in strijd is met de Landsverordening inzake concurrentie. Tevens is aangekondigd dat de FTAC de mogelijkheid heeft een bindende aanwijzing te geven gericht op het beëindigen van deze afspraak.
11. In het kader van toezicht op de naleving van de Landsverordening inzake concurrentie heeft de FTAC op 12 augustus 2020, conform artikel 6.1 lid 1, 6.2 lid 1 en 6.2 lid 2 sub a en b van de Landsverordening inzake concurrentie, ook een informatieverzoek aan CATO⁵ en Curacao Tour Operators Association (CTOA)⁶ doen toekomen. In dit informatieverzoek heeft de FTAC o.a. de verenigingsdocumenten van CATO respectievelijk CTOA opgevraagd.
12. De FTAC heeft op 27 augustus 2020 een inhoudelijke reactie met bijlagen ontvangen van CATO⁷ en op 25 augustus 2020 van CTOA.⁸

² Dossierstukken 1 t/m 4, gespreksverslagen en e-mail correspondentie tussen FTAC en indiener

³ Dossierstuk 6, gespreksverslag CPA d.d. 30 juli 2020

⁴ De andere vereniging van toerwagenvergunninghouders, Curaçao Tour Operators Association (hierna: CTOA), is niet uitgenodigd voor een vergelijkbaar gesprek, omdat CTOA een slapend bestaan heeft en omdat de leden van CTOA en CATO vrijwel gelijk zijn en de laatst bekende voorzitter van CTOA plaatsvervangend bestuurslid is bij CATO.

⁵ Dossierstuk 10, Informatieverzoek aan CATO d.d. 12 augustus 2020

⁶ Dossierstuk 11, Informatieverzoek aan CTOA d.d. 12 augustus 2020

⁷ Dossierstuk 12, Reactie d.d. 27 augustus 2020 van CATO op informatieverzoek van 12 augustus.

⁸ Dossierstuk 13, Reactie d.d. 25 augustus 2020 van CTOA op informatieverzoek van 12 augustus.

13. De FTAC heeft op 5 oktober 2020 een informatieverzoek gestuurd naar CPA⁹
De FTAC heeft op 2 november 2020 een inhoudelijke reactie met bijlagen van CPA ontvangen.¹⁰
14. De inhoudelijke reactie van CPA riep bij de FTAC nog enkele vragen op. CPA is daarom op 11 november 2020 uitgenodigd voor een vervolggesprek bij de FTAC op 18 november 2020¹¹. Op verzoek van CPA heeft de FTAC, ter voorbereiding, op 13 november 2020 de belangrijkste vragen toegestuurd aan CPA. Van dit gesprek is een verslag opgemaakt. De FTAC heeft op 26 november 2020 samen met het gespreksverslag een aanvullend informatieverzoek aan CPA doen toekomen.¹²
15. Op 15 december 2020 heeft de FTAC van CPA een inhoudelijke reactie ontvangen op het informatieverzoek van 26 november 2020.¹³ De FTAC heeft geen inhoudelijke reactie van CPA ontvangen op het gespreksverslag d.d. 18 november 2020. De FTAC heeft dit gespreksverslag vervolgens op 15 december 2020 definitief gemaakt. Het definitieve verslag is opgenomen in het zaaksdossier.¹⁴
16. Op 29 januari 2021 heeft de FTAC ingestemd met de ontwerp-beschikking houdende een mogelijke overtreding van artikel 3.1, tweede lid van de Landsverordening inzake concurrentie. Op 9 februari 2021 is de ontwerp-beschikking conform 8.2, derde en vierde lid van de Landsverordening inzake concurrentie, toegezonden aan de partijen en op 19 februari 2021 is de kennisgeving van terinzagelegging conform artikel 8.2, eerste en tweede lid van de Landsverordening inzake concurrentie, geplaatst in het Antilliaans Dagblad, Extra en de Landscourant.¹⁵
17. Conform artikel 8.4 van de Landsverordening inzake concurrentie kregen belanghebbenden 6 weken de tijd om hun zienswijze naar voren te brengen. Zienswijzen zijn ontvangen van Curacao Public Aquarium N.V op 10 februari¹⁶, van Pelican Express B.V op 11 februari¹⁷, Yellow Tourism Solutions N.V op 16 februari¹⁸ en CPA op 9 april 2021¹⁹.
18. Na het doorlopen van de openbare voorbereidingsprocedure ontwerp-beschikking, zoals beschreven in artikel 8.1 e.v. van de Landsverordening inzake concurrentie, heeft de FTAC, na een interne heroverweging, besloten de grondslag van de beschikking te wijzigen van artikel 3.1, tweede lid, naar artikel 3.1, eerste lid van de Landsverordening inzake concurrentie. Het feitencomplex en de maatregel, een de bindende aanwijzing, zijn ongewijzigd gebleven.

⁹ Dossierstuk 14, Informatie verzoek aan CPA d.d. 5 oktober 2020

¹⁰ Dossierstuk 15, Reactie d.d. 2 november 2020 van CPA op informatieverzoek van 5 oktober 2020

¹¹ Dossierstuk 16, Uitnodiging Vervolggesprek CPA d.d. 18 november 2020

¹² Dossierstuk 18, Brief d.d. 26 november 2020 aan CPA met aanvullend informatieverzoek

¹³ Dossierstuk 19, Brief d.d. 15 december 2020 van CPA met reactie op aanvullend informatieverzoek van 26 november 2020

¹⁴ Dossierstuk 17, Gespreksverslag Vervolggesprek CPA d.d. 18 november 2020

¹⁵ Dossierstukken 21,22 en 23, Bekendmaking Landscourant, Antilliaans Dagblad en EXTRA

¹⁶ Dossierstuk 24, Zienswijze Curacao Public Aquarium N.V dd. 10 februari 2021

¹⁷ Dossierstuk 25, Zienswijze Pelican Express B.V dd. 11 februari 2021

¹⁸ Dossierstuk 26, Zienswijze Yellow Tourism Solutions N.V dd. 16 februari 2021

¹⁹ Dossierstuk 27, Zienswijze CPA dd. 9 april 2021

IV. FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN

19. Specifiek voor cruisetoeerisme op Curaçao is dat deze toeristen altijd per cruiseschip op het eiland arriveren en aan land gaan vanaf de pier van CPA. Cruisetoeeristen zijn voor een korte tijd (ongeveer 12 uren) op het eiland aanwezig. Willen zij binnen die korte tijdspanne een toeristische rondrit maken dan zijn zij aangewezen op pre-paid rondritten of postpaid-rondritten. Beide soorten rondritten vertrekken vanaf de pier van CPA kort na aankomst van het cruiseschip.
20. Pre-paid toeristische rondritten worden exclusief op het schip, voor aankomst op Curaçao, door de cruiseline verkocht, waarbij de cruiseline een contract met een touroperator sluit. Post-paid toeristische rondritten worden door cruisetoeeristen bij aankomst op de pier van CPA gekocht van touroperators.
21. Uit het gesprek met CATO²⁰ bleek dat ongeveer 50% van alle cruise toeristische rondritten pre-paid wordt verkocht. De resterende cruise populatie koopt post-paid of kiest ervoor om überhaupt geen rondrit op het eiland te doen of laat zich door een taxi vervoeren naar een specifieke locatie.
22. Zowel voor pre-paid als voor post-paid toeristische rondritten vanuit de pier van CPA geldt dat een touroperator ze alleen kan uitvoeren als hij een vergunning heeft om toeristische rondritten op Curaçao te verzorgen en hij van CPA tegen betaling een toegangspas heeft verkregen voor de pier. Nagenoeg alle vergunninghouders voor toeristische rondritten hebben een toegangspas voor de pier van CPA. Nagenoeg alle vergunninghouders bieden onder verschillende handelsnamen pre-paid en/of post paid rondritten aan.
23. Door geografische - en temporele aspecten is bij pre-paid rondritten substitutie van de vraag door post-paid rondritten zeer beperkt. Een cruise toerist kan niet op het moment dat het schip is aangemeerd alsnog besluiten om aan een pre-paid rondrit deel te nemen, omdat deze enkel vooraf aan boord kunnen worden gekocht en de deelnemers direct na aanmeren worden opgehaald door de touroperator.
24. Een ander belangrijk verschil is dat bij pre-paid rondritten de cruiseline voorwaarden stelt aan de kwaliteit - en de aansprakelijkheid van het vervoer door de touroperator, bijvoorbeeld met betrekking tot aansprakelijkheidsverzekeringen. Dit is anders bij post-paid rondritten waar de touroperator direct met de toerist een contract aangaat. Daarnaast verbieden de cruiselines de touroperators om onder dezelfde handelsnaam als waaronder post-paid rondritten worden aangeboden, pre-paid tours aan te bieden.
25. Uit het voorgaande blijkt dat, ondanks enkele overeenkomsten, het aannemelijk is dat post-paid en pre-paid toeristische rondritten niet direct met elkaar concurreren.
26. De indiener heeft in de periode tussen 11 mei en 26 juni 2020 in de telefonische- en e-mailcommunicatie met de FTAC herhaaldelijk gesteld dat de post-paid touroperators, die dus op de Mega Pier van CPA toeristische rondritten verkopen aan cruise toeristen, door CPA verplicht worden een tarief van \$20 per persoon per toeristische rondrit te hanteren.²¹
27. Uit het persoonlijk gesprek met indiener op dd. 7 juli 2020 bleek dat het tarief van \$20 niet eenzijdig door CPA werd opgelegd, maar ongeveer 10 jaar geleden, gezamenlijk is overeengekomen tussen de

²⁰ Dossierstuk 8, Gespreksverslag CATO d.d. 6 augustus 2020

²¹ Dossierstukken 2 en 3, E-mailcorrespondentie tussen indiener en FTAC.

touroperators en CPA. De besprekingen hierover vonden plaats op initiatief van enkele touroperators, waaronder indiener zelf.

28. In het gesprek van 30 juli 2020 heeft CPA de uitspraak van indiener dat de prijsafspraken in gezamenlijkheid met de touroperators die circa 10 jaar geleden (post-paid) toeristische rondritten aanboden vanaf de Mega Pier werden gemaakt, bevestigd.
29. Het doel van deze prijsafspraken was volgens zowel de indiener als CPA om de situatie op de pier te normaliseren. Er werd volgens indiener en CPA veel ruzie gemaakt om toeristen en er werd geschreeuwd door touroperators in het bijzijn van toeristen. De prijsafspraken was volgens CPA tot stand gekomen om te voorkomen dat de situatie volledig uit de hand zou lopen en daarnaast om te borgen dat de tours een minimum aan kwaliteit behielden door ervoor te zorgen dat iedere (post-paid) touroperator voldoende inkomsten had om als bedrijf te overleven²².
30. CPA heeft deze prijsafspraken vervolgens vastgelegd in haar Touroperatorsreglement. FTAC heeft kennis genomen van de versie van het Touroperatorsreglement gedateerd 10 maart 2014.²³ De FTAC heeft vastgesteld dat in dit reglement onder bepalingen met betrekking tot Post-sale tours opgenomen staat dat “men geen lagere prijs mag hanteren dan bij (minimum)tarief is bepaald.”
31. Op 31 oktober 2014 heeft CPA alle touroperators een brief²⁴ gestuurd waarin zij de touroperators informeerde over de implementatie van een toegangsbeleid tot de Mega Pier. Onderdeel van dit toegangsbeleid was de introductie van toegangspassen voor personen en voertuigen die toegang wensten tot de Mega Pier. Het Touroperatorsreglement was als bijlage bij deze brief toegevoegd.
32. De touroperators werden daarmee in ieder geval op 31 oktober 2014, afzonderlijk door CPA geïnformeerd over het bestaan - en de inhoud van het Touroperatorsreglement van 10 maart 2014.²⁵
33. Uit het feit dat de touroperators post-paid toeristische rondritten zijn blijven aanbieden vanaf de Mega Pier, nadat zij geïnformeerd werden over de inhoud van het Touroperatorsreglement, kan worden afgeleid dat de touroperators expliciet dan wel impliciet instemden met de condities waaronder toeristische rondritten vanaf de Mega Pier mogen worden aangeboden.
34. Bovendien werden in de periode tussen 1 oktober 2018 en 8 mei 2019 door de onder randnummer 4 opgesomde aanbieders van post-paid toeristisch rondritten bij CPA aanvraagformulieren ingediend voor een ‘Vehicle Access Pass’ en/of een ‘Personal Access Pass’.²⁶ Met het ondertekenen van de aanvraagformulieren verklaarden zij expliciet op de hoogte te zijn van de vigerende regels met betrekking tot de toegang tot - en de operaties op de Mega Pier, waaronder het Touroperatorsreglement, en zich hieraan te zullen houden.²⁷

²² Dossierstuk 6, gespreksverslag CPA d.d. 30 juli 2020

²³ Dossierstuk 15, bijlage 3, Touroperatorsreglement van CPA gedateerd 10 maart 2014

²⁴ Dossierstuk 19, bijlage 1, Brief van CPA aan de touroperators d.d. 31 oktober 2020.

²⁵ Dossierstuk 15, bijlage 5, Reactie CPA d.d. 2 november 2020 op informatie verzoek FTAC.

²⁶ Dossierstuk 15, bijlage 5, Reactie CPA d.d. 2 november 2020 op informatie verzoek FTAC

²⁷ Dossierstuk 15, begeleidende brief, Reactie CPA d.d. 2 november 2020 op informatie verzoek FTAC,

35. CPA heeft in het gesprek van 30 juli 2020 bevestigd dat er een minimumtarief van \$20 voor toeristische rondritten vanaf de Mega Pier wordt gehanteerd.²⁸ CPA heeft gemeld op enig moment na 10 oktober 2014 op de Mega Pier een bord te hebben opgehangen met de tekst:

“Tour Operators
Minimum price: \$20 per person”²⁹

36. CPA heeft tijdens het gesprek een foto van het bord waarop het minimumtarief staat vermeld en een afschrift van het Touroperatorsreglement aan de FTAC overhandigd. CPA heeft tijdens het gesprek verklaard dit bord te hebben verwijderd na ontvangst van de uitnodiging tot een gesprek van de FTAC.

37. CPA heeft tevens expliciet gesteld dat het Touroperatorsreglement samen met de touroperators was opgesteld om te voorkomen dat de touroperators elkaar zouden tegenwerken. CPA heeft verklaard dat het reglement bedoeld was om de regels in stand te houden, opdat cruise toeristen op een ordentelijke wijze ontvangen konden worden op de Mega Pier.^{30,31}

38. CPA heeft in dit gesprek tevens gemeld dat een ‘dispatcher’ in dienst van CPA actief toezicht hield op onder andere de naleving van de minimumprijs door de touroperators en in geval van niet naleving bevoegd was de touroperators te sanctioneren conform hetgeen bepaald in het Touroperatorsreglement.³²

39. CATO heeft in het gesprek d.d. 6 augustus 2020 bevestigd dat er tussen de touroperators en CPA een afspraak bestaat dat bij verkoop van post-paid toeristische rondritten op de Mega Pier een minimumtarief van \$20 wordt gehanteerd.³³

V. BEOORDELING VAN DE ZAAK DOOR DE FTAC

Juridisch Kader

Beoordeling overtreding kartelverbod

40. Artikel 3.1 van de Landsverordening inzake concurrentie luidt:

- “1. Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de concurrentie op de Curaçaose markt of een deel daarvan merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
2. In strijd met het eerste lid zijn in ieder geval de overeenkomsten tussen concurrenten, besluiten van ondernemersverenigingen waarvan concurrenten deel uitmaken en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van concurrenten die bestaan uit, direct of indirect:
 - a. het bepalen van verkoopprijzen of andere verkoopvoorwaarden;
 - b. het bepalen van inschrijfprijzen of andere biedingsvoorwaarden in geval van aanbestedingen;

²⁸ Dossierstuk 6: Gespreksverslag CPA d.d. 30 juli 2020

²⁹ Dossierstuk 6.1, Afbeelding Bord CPA.

³⁰ Dossierstuk 6, Gespreksverslag CPA d.d. 30 juli 2020

³¹ Dossierstuk 19, bijlage 2 Reactie aanvullend informatie verzoek

³² Dossierstuk 6 Gespreksverslag CPA d.d. 30 juli 2020

³³ Dossierstuk 8, Gespreksverslag CATO d.d. 6 augustus 2020

- c. het beperken of controleren van productie of afzet, waaronder gezamenlijke leveringsweigering;
- d. het verdelen van markten.

3. De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten zijn nietig.”

Toepassing van het juridisch kader artikel 3.1 op de onderhavige zaak

Hieronder zal de FTAC beoordelen of de prijsafsprake tussen CPA en post-paid touroperators in strijd is met het kartelverbod. Eerst zal de FTAC toetsen of CPA en post-paid touroperators kwalificeren als ondernemingen en of de Touroperatorsreglement overeengekomen tussen deze partijen kwalificeert als een overeenkomst tussen ondernemingen. De FTAC zal vervolgens toetsen of deze overeenkomst tussen CPA en post-paid touroperators ertoe strekt of ten gevolge heeft dat concurrentie merkbaar vermindert of beperkt wordt.

(i) Touroperators en CPA zijn ondernemingen

41. Voor de beoordeling of het kartelverbod van toepassing is op de post-paid touroperators en CPA is het begrip “onderneming” van belang. Het kartelverbod is immers uitsluitend van toepassing op “ondernemingen” en “ondernemersverenigingen”. De Memorie van Toelichting bij de Landsverordening inzake concurrentie stelt bij dit begrip: “[Het begrip onderneming] is overgenomen uit het Europese kartelverbod en dient op dezelfde wijze te worden uitgelegd. Het is gangbaar bij de bepaling van de toepasselijkheid van concurrentieregels op entiteiten te abstraheren van de juridische context en primair te kijken naar de economische aard van de eenheid. Daarbij wordt sterk gekeken naar zowel de aard van de activiteiten van de eenheid als de omvang ervan.”³⁴
42. In de Memorie van Toelichting van de Landsverordening inzake concurrentie wordt het begrip economische activiteit beschreven als volgt: “voor wat betreft de aard van de activiteiten wordt een economische activiteit doorgaans benaderd als het aanbieden van goederen en/of diensten op een markt. Voor de economische aard is niet relevant welke rechtsvorm de eenheid heeft, hoe deze wordt gefinancierd en of deze een winsttoegmerk heeft”.³⁵

Touroperators

43. De touroperators bieden, vanaf de Curaçao Mega Pier, toeristische rondritten tegen betaling aan toeristen aan. Dit betreft een economische activiteit. De touroperators kwalificeren daarmee als onderneming in de zin van de Landsverordening inzake concurrentie.

Curaçao Ports Authority (CPA)

44. CPA is een naamloze vennootschap waarvan het Land Curaçao de belangrijkste aandeelhouder is. CPA is eigenaar van de cruise terminal Mega Pier en is verantwoordelijk voor de commerciële exploitatie hiervan.
45. Tegen betaling van een jaarlijkse fee per voertuig en per medewerker mogen touroperators gebruikmaken van de faciliteiten van CPA om hun diensten te bieden aan toeristen. De faciliteiten van CPA behelzen een registratie, registratiepassen voor toerwagens en personeel van de toerwagens, een standplaats voor de toerwagens, toegangscntrole en ordehandhaving. CPA kwalificeert daarmee als onderneming in de zin van de Landsverordening inzake concurrentie.

³⁴ Memorie van Toelichting bij de Landsverordening inzake Concurrentie p. 32

³⁵ Ibid.

Tussenconclusie

Zowel touroperators als CPA kwalificeren als ondernemingen in de zin van de Landsverordening inzake concurrentie.

(ii) Overeenkomst tussen ondernemingen

46. Ook wat betreft de uitleg die aan het begrip overeenkomst dient te worden gegeven, stelt de memorie van toelichting bij de Landsverordening inzake concurrentie dat aansluiting moet worden gezocht bij het Europese kartelverbod en dat het begrip overeenkomst op dezelfde wijze dient te worden uitgelegd. De ruime definitie van het begrip "overeenkomst" in het Europese kartelverbod brengt tot uiting dat het begrip niet slechts juridisch bindende overeenkomsten betreft, maar elke wilsovereenstemming, ongeacht of deze schriftelijk of mondeling, direct of indirect, formeel dan wel informeel is. De beperkte randvoorwaarden aan de inhoud van een overeenkomst, reflecteert de omstandigheid dat alleen een wilsovereenstemming tussen twee of meer ondernemingen reeds de concurrentie kan beperken, ongeacht de precieze vorm van de overeenstemming.
47. Vast is komen te staan dat CPA, als eigenaar van de Mega Pier, diensten/faciliteiten aanbiedt aan touroperators die toeristische rondritten voor cruise toeristen verzorgen. De toegangsvoorwaarden voor afnemers tot deze faciliteiten is in ieder geval sinds maart 2014 vastgelegd in een Touroperatorsreglement. In dit reglement is onder andere opgenomen dat touroperators geen lagere prijs mogen hanteren dan bij (minimum)tarief is bepaald. Dit minimumtarief is \$20 voor toeristische rondritten vanuit de Mega Pier.
48. Vast is ook komen te staan dat het vaststellen van dit minimumtarief in gezamenlijkheid tot stand is gekomen en met instemming van de touroperators is opgenomen in de Touroperatorsreglement.
49. Vast is ook komen te staan dat alle touroperators de voorwaarden in de Touroperatorsreglement in 2018 en 2019 hebben herbevestigd middels het bij de aanvraag van 'Vehicle Access Pass' en/of een 'Personal Access Pass' expliciet akkoord te gaan met de voorwaarden in dit reglement..

Tussenconclusie

Uit het voorgaande blijkt dat er op verschillende momenten, ook na de inwerkingtreding van de verbodsbepalingen uit de Landsverordening inzake concurrentie per 1 september 2017, sprake was van wilsovereenstemming tussen CPA en de touroperators. Daarmee staat vast dat er sprake is van een overeenkomst tussen CPA en de touroperators.

(iii) Merkbare concurrentiebeperking

50. De laatste stap om te toetsen of in strijd met het kartelverbod is gehandeld, is vaststellen of de overeenkomst tussen CPA en de touroperators de strekking of het gevolg heeft dat de concurrentie merkbaar wordt beperkt.
51. CPA is eigenaar van de Mega Pier en biedt post-paid touroperators tegen betaling toegang tot de pier voor het aanbieden van toeristische rondritten aan cruisetoeristen. CPA verzorgt zelf geen (post-paid) toeristische rondritten.
52. Touroperators die tegen betaling toegang tot de pier hebben, verzorgen (post-paid) toeristische rondritten aan cruisetoeristen.

53. CPA en de post-paid touroperators opereren derhalve op verschillende markten en zijn dus geen concurrenten van elkaar.
54. Nu CPA en de post-paid touroperators geen concurrenten van elkaar zijn kan hier geen sprake zijn van een overtreding van het persé kartelverbod van artikel 3.1, tweede lid, van de Landsverordening inzake concurrentie. Dit artikel ziet immers alleen op overeenkomsten tussen concurrenten.
55. Voor een overtreding van artikel 3.1, eerste lid, van de Landsverordening inzake concurrentie is voorwaarde dat de overeenkomst ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de concurrentie op de Curaçaose markt of een deel daarvan merkbaar wordt beperkt.
56. De bepaling in het Touroperatorsreglement met betrekking tot het verplicht hanteren van een minimumtarief heeft een gemeenschappelijk effect op de prijsbepaling door de post-paid touroperators. Deze worden hierdoor immers allemaal belemmerd een lagere prijs te hanteren dan het minimumtarief. Daarmee wordt de concurrentie op prijs bij het aanbieden van post-paid toeristische rondritten aan cruisetoeristen vanaf de pier van CPA, beperkt.
57. Op basis van de feitelijke beschrijving van het aanbieden van toeristische rondritten aan cruisetoeristen is aannemelijk dat er een aparte markt is voor het aanbieden van post-paid toeristische rondritten aan cruisetoeristen vanaf de pier van CPA. Het marktaandeel op deze markt van de touroperators die met CPA de betrokken overeenkomst hebben gesloten, ligt ruim boven de 30%. Immers, alle op deze markt actieve touroperators hebben om op deze markt actief te kunnen zijn zich akkoord verklaard met (o.a.) de bepaling in het Touroperatorsreglement over het verplicht hanteren van een minimumtarief. Dit maakt deze overeenkomst marktdekkend. Daarmee is de hiervoor reeds vastgestelde mededingingsbeperking ook merkbaar en valt zij niet onder de bagateluitzondering van artikel 3.2 lid 1 van de Landsverordening inzake concurrentie.

Tussenconclusie

58. De overeenkomst tussen CPA en de touroperators strekt ertoe of heeft tot gevolg dat de concurrentie op de markt voor post-paid toeristische rondritten vanuit de pier van CPA, merkbaar wordt beperkt.

VI. CONCLUSIE KARTELVERBOD

59. De FTAC concludeert dat CPA en de aanbieders van post-paid toeristische rondritten vanaf de pier van CPA, met de overeenkomst om voor deze toeristische rondritten een minimumtarief te hanteren, het verbod van artikel 3.1, lid 1 van de Landsverordening inzake concurrentie hebben overtreden vanaf de inwerkingtreding van de Landsverordening op 1 September 2017 tot heden. Voor deze afspraak is geen ontheffing verleend op basis van artikel 3.5 Landsverordening inzake concurrentie komen.

VII. TOEREKENING VAN DE OVERTREDING

Juridisch kader toerekening

60. Overtredingen van artikel 3.1, lid 1 van de Landsverordening inzake concurrentie kunnen blijkens artikel 7.1, eerste lid van de Landsverordening inzake concurrentie worden begaan door natuurlijke personen of rechtspersonen. In dit geval wordt de overtreding toegerekend aan CPA en de bij randnummer 4 afzonderlijk vermelde touroperators.

VIII. ZIENSWIJZE PARTIJEN OP DE ONTWERPBESCHIKKING

61. Curacao Public Aquarium N.V, Pelican Express B.V en Yellow Tourism Solutions N.V hebben in hun zienswijzen van respectievelijk 10 februari, 11 februari, 16 februari 2020 aangegeven geen aanbieders van post-paid tours te zijn en daardoor geen partij zijn bij deze zaak. Pelican Express B.V en Yellow Tourism Solutions N.V hebben deze stelling met bewijsstukken onderbouwd. Pelican Express B.V en Yellow Tourism Solutions N.V worden hierdoor door de FTAC niet langer als partij aangemerkt in deze zaak. De bewijsstukken zijn opgenomen in het zaaksdossier bij deze zaak.
62. Curacao Public Aquarium N.V heeft haar stelling niet verder onderbouwd met bewijsmateriaal en wordt daardoor nog steeds als een betrokken partij aangemerkt door de FTAC.
63. CPA heeft in haar zienswijze van 9 april 2021 naar voren gebracht dat CPA reeds in juli 2020 naar aanleiding van de uitnodiging van de FTAC voor een eerste gesprek, zowel mondeling als schriftelijk heeft aangegeven te zullen voldoen aan de wettelijke bepalingen met betrekking tot het kartelverbod. CPA heeft in haar zienswijze gemeld dat zij de gemaakte prijsafspraken reeds in juli 2020 onmiddellijk na de ontvangst van de brief van de FTAC had beëindigd en de relevante borden had verwijderd. CPA is van mening dat de bindende aanwijzing in de ontwerpbesluit tot het onmiddellijk doen beëindigen van deze afspraken en het verwijderen van de borden dan ook overbodig is en in de definitieve beschikking dient te worden aangepast, nu het in de ontwerp-besluit gestelde niet langer van toepassing is. CPA geeft ook aan dat alhoewel inmiddels bekend is onder de touroperators en overige stakeholders, dat de prijsafpraak beëindigd is, dat CPA toch naar aanleiding van de ontwerpbesluit, een formeel bericht zal doen toekomen aan de touroperators en de overige stakeholders conform de aanvullende aanwijzingen van de FTAC.
64. De FTAC erkent dat CPA al in het eerste contact met de FTAC heeft aangegeven een einde te hebben gemaakt aan de prijsafpraak door het bord op de pier te verwijderen (zie randnr. 36). Echter het verwijderen van een bord is geen garantie dat de betrokken partijen daadwerkelijk op de hoogte zijn gebracht dat het verboden prijsafpraak niet langer van toepassing is. De FTAC stelt zich op dit standpunt, mede omdat in die periode door de COVID-19 pandemie geen toeristische activiteiten plaatsvonden op de Mega Pier. Verder heeft CPA een overeenkomst, in de vorm van een Touroperatorsreglement, met partijen, waarin de verplichting tot naleven van de verboden prijsafpraak is opgenomen. De FTAC heeft nog geen kennis genomen van een door CPA aangepaste versie van het Touroperatorsreglement waarin deze bepaling is verwijderd. Tevens heeft de FTAC nog geen kennisgenomen van het schrijven waarmee de CPA de betreffende touroperators schriftelijk heeft geïnformeerd over de beëindigen van de prijsafpraak, zoals geïnstrueerd door de FTAC. Gezien het bovenstaande vindt de FTAC de conclusie van CPA dat zij al heeft voldaan aan de bindende aanwijzing voorbarig.

IX. MAATREGEL

65. De FTAC heeft naar de handelswijze van CPA en de afzonderlijke post-paid touroperators getoetst op overeenstemming met de regels opgenomen in de Landsverordening inzake concurrentie.
66. De gemaakte prijsafpraak tussen CPA en de afzonderlijke post-paid touroperators betreft naar het oordeel van de FTAC een overtreding van artikel 3.1, eerste lid, van de Landsverordening inzake concurrentie waarvoor ingevolge artikel 7.1, eerste lid, van de Landsverordening inzake concurrentie direct een bindende aanwijzing tot naleving van de Landsverordening inzake concurrentie kan worden opgelegd.
67. De FTAC legt aan CPA aanvullend de volgende bindende aanwijzing op:
 - CPA deelt per direct aan alle touroperators en andere stakeholders bij het cruisetoeisme, waaronder doch niet uitsluitend het Ministerie van Economische Ontwikkeling, de Curaçao Tourism Board, mee dat de prijsafpraak onmiddellijk buiten werking wordt gesteld.
 - CPA verwijderd het prijsbord op de pier definitief. Daarnaast worden alle verwijzingen naar een minimumtarief in het Touroperatorsreglement en andere documenten van CPA per direct uit deze documenten verwijderd. CPA zal alle documenten die betrekking hebben op de prijsafpraak aanpassen en concepten ervan aan de FTAC zenden, alvorens deze aan de touroperators te sturen. Na goedkeuring van de FTAC kunnen deze stukken aan de touroperators gestuurd worden.
 - CPA informeert FTAC binnen 3 maanden nadat deze beschikking is gegeven schriftelijk over hoe invulling is gegeven aan de opgelegde aanwijzingen.

X. CONCLUSIE

68. De FTAC concludeert dat de collectieve prijsvaststelling door Curaçao Port Authority en de afzonderlijke post-paid touroperators kwalificeert als een in artikel 3.1 lid 1 van de Landsverordening inzake concurrentie verboden overeenkomst tussen ondernemingen.
69. De FTAC wijst Curaçao Port Authority en de afzonderlijke post-paid touroperators aan als overtreder van artikel 3.1, eerste lid van de Landsverordening inzake concurrentie.
70. De FTAC legt aan de betrokken partijen ingevolge artikel 7.1, lid 1 van de Landsverordening inzake concurrentie de bindende aanwijzing op om de prijsafpraak onmiddellijk te beëindigen.
71. Aan CPA is ook een aanvullende bindende aanwijzing opgelegd.
72. Indien door partijen niet wordt voldaan aan de opgelegde bindende aanwijzing of de betrokken partijen andere vergelijkbare prijsafspraken hanteren, kan de FTAC conform artikel 7.1 van de Landsverordening inzake concurrentie handhavend optreden en een boete of een last onder dwangsom opleggen.

De FTAC beschouwt de zaak hiermee afgehandeld en sluit het onderzoek.

Willemstad, 19 juli 2021

Fair Trade Authority Curaçao, namens deze:

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

RECHTSMIDDELEN:

Tegen deze beschikking kan binnen zes (6) weken na de dag waarop de beschikking is gegeven een bezwaarschrift worden ingediend. 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 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