

Beschikking inzake klacht van Stichting Federatie van Zorginstellingen tegen ENNIA Caribe Leven N.V.

Zaaknummer: A.0004.21

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

De Fair Trade Authority Curaçao heeft het volgende besloten:

Inleiding

1. Op 11 februari 2021 ontving de Fair Trade Authority Curaçao (hierna: “FTAC”) van de Stichting Federatie van Zorginstellingen een aanvraag van om een beschikking te nemen inzake een mogelijke overtreding van de Landsverordening inzake concurrentie. De FTAC heeft deze aanvraag in behandeling genomen en onderzoek verricht. Dit document is het besluit op de aanvraag van de Stichting Federatie van Zorginstellingen.

Betrokken partijen

Klager

2. De aanvraag is ingediend door Stichting Federatie van Zorginstellingen (SFZ). De SFZ is een belangenorganisatie van op Curaçao gevestigde zorginstellingen. Tot haar statutaire doelstellingen behoort het behartigen van de gemeenschappelijke belangen en het, desgewenst, bieden van ondersteuning aan de aangesloten zorginstellingen. Stichting Federatie van Zorginstellingen is in deze zaak gemachtigd door zeven (7) bij haar aangesloten zorginstellingen.¹

Beklaagde

3. Beklaagde in deze zaak is ENNIA Caribe Leven N.V. ENNIA Caribe Leven N.V. is een naamloze vennootschap naar Curaçaos recht gevestigd te Willemstad. ENNIA Caribe Leven N.V. is onderdeel van ENNIA Caribe Holding N.V. ENNIA Caribe Holding N.V. is een volledig onafhankelijk bedrijf onder Curaçaose wetgeving. De verzekeringsactiviteiten worden uitgevoerd door 5 operationele bedrijven waaronder ENNIA Caribe Leven NV (Levensverzekeringen). ENNIA Caribe Leven N.V. is bij de Curaçaose Kamer van Koophandel ingeschreven onder nummer: 36875.

Op 4 juli 2018 heeft het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao (“Gerecht”) de noodregeling, zoals bedoeld in artikel 63, eerste lid, van de Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf over de entiteit ENNIA Caribe Holding en verschillende dochterondernemingen uitgesproken. Ten gevolge van de noodregeling, oefent de CBCS, op basis van, bij uitsluiting alle bevoegdheden van de bestuurders, de commissarissen of de vertegenwoordiger van de verzekeraar uit.

¹ Zie dossierstuk 1, bijlagen B1 t/m B7

Kwalificatie van de aanvraag

4. Artikel 6.1, derde lid, van de Landsverordening inzake concurrentie bepaalt dat een klacht van een *belanghebbende* inzake een mogelijke overtreding door een of meer ondernemingen van het bepaalde bij of krachtens deze landsverordening wordt beschouwd als een aanvraag. Indien een belanghebbende een klacht wil indienen bij de FTAC dient zij de gegevens en bescheiden te verschaffen die nodig zijn voor de beoordeling van de aanvraag en waarover de aanvrager redelijkerwijs de beschikking kan krijgen.² De FTAC heeft hiertoe het formulier “klacht over mogelijke overtreding kartelverbod of misbruik machtspositie” beschikbaar gesteld ten kantore van de FTAC en op de FTAC-website.³
5. Stichting Federatie van Zorginstellingen is een belangenorganisatie van op Curaçao gevestigde zorginstellingen. Tot haar statutaire doelstellingen behoort het behartigen van de gemeenschappelijke belangen van en het desgewenst bieden van ondersteuning aan de zorginstellingen op Curaçao. De stichting tracht haar doel te bereiken door in overleg met en op verzoek van de aangesloten zorginstellingen:⁴
 - a. een centraal secretariaat te organiseren voor de aangesloten zorginstellingen
 - b. het namens de aangesloten zorginstellingen voeren van onderhandelingen over en sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten;
 - c. het organiseren en verrichten van andere activiteiten, toe de aangesloten zorginstellingen de wens tot gezamenlijke organisatie en aanpak hebben uitgesproken;
 - d. alle andere wettige middelen.
6. Gelet op de statutaire doelstellingen beschouwt de FTAC de Stichting Federatie van Zorginstellingen als een belanghebbende in de zin van artikel 1.1, onder b., van de Landsverordening inzake concurrentie.
7. Stichting Federatie van Zorginstellingen heeft op 11 februari 2021 een volledig ingevuld klachtenformulier bij de FTAC ingediend en voldoende relevante gegevens en bescheiden verstrekt. Er is hiermee sprake van een aanvraag in de zin van artikel 6.1, derde lid, van de Landsverordening inzake concurrentie.

Verloop van de procedure

8. Stichting Federatie van Zorginstellingen heeft de FTAC op 11 februari 2021 een ingevuld klacht formulier met bijlagen ontvangen.⁵ De klacht is gericht tegen ENNIA Caribe Leven N.V. en betreft een klacht over mogelijk misbruik machtspositie. Voornoemd klachtformulier ging vergezeld van de navolgende bijlagen:
 - Bijlage A Contactgegevens zorginstellingen collectief pensioen ENNIA
 - Bijlage B1 - Machtiging FTAC klacht Birgen di Rosario
 - Bijlage B2 - Machtiging FTAC-klacht Stichting Kuido Integral Banda Bou
 - Bijlage B3 - Machtiging FTAC klacht Stichting Thuiszorg Banda Bou
 - Bijlage B4 - Machtiging FTAC klacht De SGR Groep
 - Bijlage B5 - Machtiging FTAC klacht Betesda
 - Bijlage B6 - Machtiging FTAC klacht WGK
 - Bijlage B7 - Machtiging FTAC klacht Fundashon Kontakto
 - Bijlage C - Laatste concept vaststellingsovereenkomst Stichting Federatie van Zorginstellingen -ENNIA
 - Bijlage D - Brief van Keesen Actuarissen aan CBCS 7december2020.pdf

² Vgl. artikel 4:2 Nederlands Awb.

³ Vgl. artikel 4:4 Nederlands Awb.

⁴ Dossierstuk 6, bijlage 8, Statuten Stichting Federatie van Zorginstellingen d.d. 26 oktober 2017

⁵ Dossierstuk 1, Klacht formulier d.d. 10 februari 2021, ontvangen 11 februari 2021

9. Op 24 februari 2021 heeft de FTAC een schriftelijke ontvangstbevestiging⁶ van de klacht aan SFZ doen toekomen.
10. Op 4 maart 2021 heeft de FTAC ENNIA Caribe Leven N.V. en de Centrale Bank van Curaçao en Sint-Maarten, als ‘curator’ van ENNIA⁷, geïnformeerd over het feit dat er een klacht tegen ENNIA Caribe Leven N.V. is ingediend bij de FTAC^{8,9}. Door middel van deze brief zijn zowel ENNIA Caribe Leven N.V. als de CBCS door middel van integrale toezending van het klachtformulier in staat gesteld te reageren op de klacht. Door de FTAC zijn tevens punten aangegeven waarop in de reactie ten minste moet worden ingegaan en documenten die moeten worden aangeleverd aan de FTAC.
11. Op 9 maart 2021 heeft te FTAC een informatieverzoek met aanvullende vragen¹⁰ naar Stichting Federatie van Zorginstellingen gestuurd
12. Op 12 maart 2021 heeft de FTAC per e-mail de reactie, inclusief bijlagen, van de Stichting Federatie van Zorginstellingen op het informatieverzoek dd. 9 maart 2021 ontvangen¹¹. De navolgende bijlagen zijn door de FTAC ontvangen:
 1. Diverse E-mails
 2. Offerte APC
 3. Offerte ASKA
 4. Offerte Guardian
 5. Offerte Vidanova
 6. Offerte ENNIA
 7. Pensioenovereenkomst ENNIA 1 jan 2015_31 dec 2019
 8. SFZ-08 Statuten 26 oktober 2017
 9. Vaststellingsovereenkomst_sfz_ennia_(Versie6) dd. 31072020
13. Op 31 maart 2021 heeft de FTAC een schriftelijke reactie van de CBCS op de brief dd. 4 maart 2020 ontvangen.¹² De CBCS geeft aan tevens namens ENNIA Caribe Leven N.V. te reageren.
14. Op 16 april 2021 heeft de FTAC de Stichting Federatie van Zorginstellingen geïnformeerd gebruik te maken van de mogelijkheid tot verlenging van de behandeltermijn met 4 maanden zoals bedoeld in artikel 6.1, lid 5 van de Landsverordening inzake concurrentie.¹³ Vanwege de lock-down als gevolg van de COVID-19 pandemie is deze brief in eerste instantie alleen per e-mail naar de Stichting Federatie van Zorginstellingen gestuurd. Op 15 juli 2021 is de brief inzake de termijnverlenging nogmaals aan Stichting Federatie van Zorginstellingen toegezonden.

⁶ Dossierstuk 2, ontvangstbevestiging FTAC aan Stichting Federatie van Zorginstellingen dd. 24 februari 2021

⁷ Op 4 juli 2018 heeft het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao (“Gerecht”) de noodregeling over de entiteit ENNIA Caribe Holding en verschillende dochterondernemingen uitgesproken. Ten gevolge van de noodregeling, oefent de CBCS, op basis van, bij uitsluiting alle bevoegdheden van de bestuurders, de commissarissen of de vertegenwoordiger van de verzekeraar uit.

⁸ Dossierstuk 3, Brief aan ENNIA Caribe Leven N.V.

⁹ Dossierstuk 4, Brief aan Centrale Bank van Curaçao en Sint-Maarten

¹⁰ Dossierstuk 5, Schriftelijk informatieverzoek Stichting Federatie van Zorginstellingen

¹¹ Dossierstuk 6, Reactie van Stichting Federatie van Zorginstellingen op Schriftelijk informatieverzoek

¹² Dossierstuk 7, Reactie CBCS/ENNIA op klacht

¹³ Dossierstuk 8, Brief aan Stichting Federatie van Zorginstellingen inzake termijnverlenging

De klacht

15. De SFZ beschuldigd ENNIA Caribe Leven N.V. van misbruik machtspositie op de markt voor kapitaal- en/of pensioenverzekeringen. De gedraging van ENNIA waar SFZ bij de FTAC haar beklag over doet, bestaat (beknopt weergegeven) uit 2 componenten, namelijk:
- het niet meewerken aan de waardeoverdracht naar een andere (pensioen-)verzekeraar; en
 - het vergoeden van lagere dan marktconforme rente over het bij ENNIA opgebouwde kapitaal en geen marktconforme pensioen inkoop.

Beoordeling

Juridisch Kader

16. In artikel 1.1, sub r, van de landsverordening inzake concurrentie wordt onderneming als volgt gedefinieerd: “een eenheid voor zover deze een economische activiteit verricht”.
17. Artikel 4.1 van de Landsverordening inzake concurrentie luidt:
- Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een machtspositie.
 - Het in het eerste lid genoemde misbruik kan onder meer bestaan uit:
 - het rechtstreeks of zijdelings hanteren van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
 - het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers;
 - het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkend bij de concurrentie;
 - het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.
 - Een gedraging van een onderneming is geen misbruik in de zin van het eerste lid indien deze objectief kan worden gerechtvaardigd.
18. In de memorie van toelichting bij de Landsverordening inzake concurrentie wordt gesteld dat in de Landsverordening en de uitlegging daarvan wat betreft mededingingsrechtelijke begrippen en normen in grote lijnen wordt aangesloten bij de begrippen en normen zoals die worden gehanteerd in de mededingingsregels van de Europese Unie.¹⁴

Toepassing van het juridisch kader op de onderhavige klacht

19. Hieronder zal de FTAC beoordelen of de handelingen van ENNIA Caribe Leven N.V. -het niet meewerken aan de overdracht van het bij ENNIA Caribe Leven N.V. opgebouwde pensioenkapitaal en het vergoeden van lagere dan marktconforme rente over het bij ENNIA opgebouwde kapitaal en geen marktconforme pensioeninkoop- kwalificeren als misbruik van een positie als bedoeld in artikel 4.1, tweede lid onder a van de Landsverordening inzake concurrentie.

Onderneming

20. Het verbod misbruik te maken van een machtspositie kan gezien de formulering van artikel 4.1, eerste lid, van de Landsverordening inzake concurrentie alleen worden overtreden door een onderneming. Daarom dient in

¹⁴ Memorie van toelichting, pag. 7

eerste instantie beoordeeld te worden of er in dit geval sprake is van een eenheid die een economische activiteit verricht.

21. ENNIA Caribe Leven N.V. biedt onder meer pensioenverzekeringen aan op de Curaçaose markt. ENNIA Caribe Leven N.V. is een commerciële entiteit in geschreven bij de Curaçaose Kamer van Koophandel onder nummer 36875. ENNIA verricht door het aanbieden van o.a. pensioen- en kapitaalverzekeringen een economische activiteit op de Curaçaose markt. De door ENNIA Cariben Leven N.V. aangeboden pensioenverzekering zijn voor wat betreft de uiteindelijke pensioenuitkering gebaseerd op het kapitaaldeckingsstelsel en kent geen onderlinge solidariteit tussen de deelnemers.¹⁵ ENNIA Caribe Leven N.V. kwalificeert daarmee in principe als een onderneming.
22. Het gerecht in eerste aanleg heeft op 4 juli 2018 de noodregeling, zoals bedoeld in artikel 63, eerste lid, van de Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf over ENNIA uitgesproken. Ten gevolge van de noodregeling, oefent de Centrale Bank van Curaçao en Sint-Maarten bij uitsluiting alle bevoegdheden van de bestuurders, de commissarissen of de vertegenwoordiger van de verzekeraar uit, met andere woorden de CBCS heeft zeggenschap over ENNIA.
23. De CBCS is een zelfstandig bestuursorgaan. De CBCS is ingesteld bij artikel 88 van de Staatsregeling Curaçao. De CBCS is ingevolge artikel 2 van de Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf (P.B. 1990, no. 77) onder andere belast met het toezicht op de verzekeraars, zoals dit uit de Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf voortvloeit.
24. In het Europese mededingingsrecht is via verschillende uitspraken vast komen te staan dat enerzijds staatsbedrijven of overheidsinstanties ondernemingen zijn wanneer zij economische activiteiten uitoefenen¹⁶ terwijl anderzijds, eveneens op basis van jurisprudentie van het Europese Hof, de Europese mededingingsregels niet van toepassing zijn op activiteiten die, wegens hun aard en doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen, buiten de sfeer van het economisch verkeer vallen¹⁷, dan wel neerkomt op de uitoefening van een overheidsprerogatief.¹⁸
25. Een entiteit oefent "openbare bevoegdheden" uit wanneer de activiteit in kwestie "een taak van deel uitmaakt van de wezenlijke functies van de staat" en wanneer die activiteit „door haar aard, haar doel en de regels waaraan zij is onderworpen, verband houdt met de uitoefening van bevoegdheden ... die typisch die van een overheidsinstantie zijn”.¹⁹
26. Ten gevolge van de door het Gerecht uitgesproken noodregeling, oefent de CBCS, op basis van artikel 63, eerste lid, van Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf, bij uitsluiting alle bevoegdheden van de bestuurders, de commissarissen of de vertegenwoordiger van de verzekeraar uit. De noodregeling is een zwaar en uiterst middel, verankerd in artikel 60 van de Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf. Voor toepassing hiervan is nodig dat het Gerecht de noodregeling uitspreekt, en dus de noodzaak daarvoor toetst. De noodregeling wordt over het algemeen uitgesproken indien liquiditeit of solvabiliteit van een

¹⁵ Sociale verzekeringen die wordt geboden op basis van solidariteit is een niet-economische activiteit en valt dus niet onder de definitie van onderneming van artikel 1.1, sub r, van de Landsverordening inzake concurrentie. Zie ook Wish & Bailey (2018), Competition Law (ninth edition), p. 87 – 88.

¹⁶ Zaak C-309/99 (Wouters)

¹⁷ Zie arrest o.a. van 17 februari 1993, Poucet en Pistre, Zaken C-159/91 en C-160/91, punten 18 en 19

¹⁸ Zie arrest van 19 januari 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, punt 30, en arrest van 18 maart 1997, Diego Cali & Figli, Zaak C-343/95, punten 22 en 23.

¹⁹ Zaak C-364/92, Jurispr. SAT Fluggesellschaft, punt 30,

verzekeringsbedrijf te wensen overlaat, en andere maatregelen onvoldoende effectief zijn gebleken om de liquiditeit of solvabiliteit te herstellen en een dreigend faillissement af te wenden. De noodregeling wordt dus uitgesproken in een situatie waarin door de toezichthouder orde op zaken moet worden gesteld.

27. Als gevolg van de noodregeling oefent de Centrale Bank van Curaçao en Sint-Maarten bij uitsluiting alle bevoegdheden van de bestuurders, de commissarissen of de vertegenwoordiger van de verzekeraar uit.
28. Bij het uitspreken van de noodregeling machtigt het Gerecht ingevolge artikel 60, tweede lid, van de Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf de CBCS tot:
 - a. vereffening van het geheel of van een gedeelte van de portefeuille van de verzekeraar;
 - b. overdracht van alle of van een deel van zijn rechten en verplichtingen uit of krachtens overeenkomsten van verzekering; of
 - c. herstructurering van het bedrijf van de verzekeraar
29. De maatregelen en beleid zoals door de CBCS onder de noodregeling bij ENNIA geïmplementeerd volgen daarmee uit een wettelijke bevoegdheid en taak die voorafgaand gerechtelijk zijn getoetst. De maatregelen en het beleid van het CBCS zijn gericht op het beschermen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.²⁰
30. De CBCS heeft daarmee *de jure* uitsluitende zeggenschap over ENNIA, d.w.z. de mogelijkheid om op grond van juridische omstandigheden een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming. ENNIA handelt dien ten gevolge in deze onder instructie van de CBCS. De CBCS handelt hierbij vanuit haar wettelijke taak en niet als onderneming waardoor de Landsverordening inzake concurrentie niet van toepassing op de CBCS. In dit geval kan de CBCS/ENNIA het verbod op misbruik van machtspositie dus niet overtreden, omdat zij niet onder de reikwijdte van de Landsverordening inzake concurrentie valt.

Besluit

31. Op basis van de omstandigheden van het geval is komen vast te staan dat de CBCS op basis van de door het gerecht uitgesproken noodregeling op juridische gronden uitsluitende zeggenschap heeft over de entiteit ENNIA Caribe Holding en verschillende dochterondernemingen, waaronder ENNIA Caribe Leven N.V.. ENNIA handelt dien ten gevolge in deze onder instructie van de CBCS. De CBCS handelt daarbij vanuit haar wettelijke taak opgedragen in de Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf en niet als onderneming waardoor de Landsverordening inzake concurrentie niet van toepassing op de handelingen van de CBCS/ENNIA waar de klacht op gericht was.

²⁰ Artikel 63, tweede lid, Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf

32. De klacht van Stichting Federatie van Zorginstellingen met betrekking tot misbruik van machtspositie wordt dan ook afgewezen.
33. De FTAC beschouwt hiermee de aanvraag van de Stichting Federatie van Zorginstellingen als afgehandeld.

Willemstad, 17 november 2021

Fair Trade Authority Curaçao, namens deze:

dr. mr. G.J.C.M. Bakker
Bestuurslid 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