

Aan de Regering van Curaçao d.t.v.,
de Minister van Algemene Zaken
Fort Amsterdam 17
Curaçao

Datum: Curaçao, 25 februari 2013

Ref.nr.: 051/2013-SER

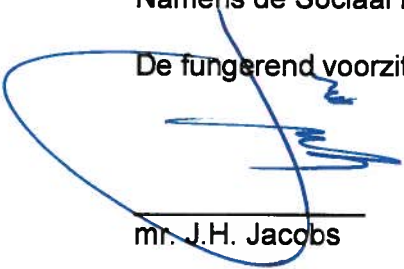
Betreft: ontwerp-landsverordening tot vaststelling van de Landsverordening inzake concurrentie

Naar aanleiding van het Besluit van de Raad van Ministers gedateerd 17 oktober 2012 met betrekking tot zaaknr. 2012/38152, 2012/8764, 2012/061578, 2012/061584 en 2012/8019 is de Sociaal Economische Raad, hierna "de SER", verzocht om advies uit te brengen betreffende ontwerp-landsverordening tot vaststelling van de Landsverordening inzake concurrentie. De Sociaal Economische Raad brengt hierbij advies uit.

Het ontwerp is in behandeling genomen in de voorbereidende vergadering van de SER op 28 november 2012 en 25 januari 2013, 8 februari 2013 en 13 februari 2013. Bijgaand advies is in de plenaire vergadering van 13 februari 2013 vastgesteld. Voor een inhoudelijke uiteenzetting wordt verwezen naar bijgevoegd advies.

Namens de Sociaal Economische Raad,

De fungerend voorzitter,



mr. J.H. Jacobs

de Secretaris,



Mw. drs. J.J. Provence

c.c.: - Minister van Economische Ontwikkeling
- Wetgeving en Juridische Zaken

Advies van de Sociaal Economische Raad zoals vastgesteld in de plenaire vergadering van 13 februari 2013 betreffende de ontwerp-landsverordening tot vaststelling van de Landsverordening inzake concurrentie

1. Inleiding

Naar aanleiding van het Besluit van de Raad van Ministers gedateerd 17 oktober 2012 met betrekking tot zaak nr. 2012/38152; 2012/8764; 2012/061578; 2012/061584 en 2012/8019 is de Sociaal Economische Raad, hierna "de SER", verzocht om advies uit te brengen betreffende de ontwerp-landsverordening tot vaststelling van de Landsverordening inzake concurrentie.

Als onderdeel van het samenwerkingsprogramma genaamd Sociaal Economisch Initiatief (SEI) is een projectvoorstel opgezet en uitgevoerd gericht op de oprichting van een mededingingsautoriteit op Curaçao.

Het project maakt deel uit van een cluster van projecten met als hoofddoelstelling Economische Ontwikkeling en dan met name "Het stimuleren van economische groei door middel van directe impulsen en hervorming waardoor reële economische groei van minimaal 4% per jaar gerealiseerd wordt".¹

In dit kader heeft het Ministerie van Economische Ontwikkeling heeft SEO Economisch Onderzoek opdracht gegeven onderzoek te doen naar mededinging op Curaçao en antwoord te geven op de vraag op welke wijze effectief mededingingstoezicht kan worden vormgegeven.

De uit dit onderzoek tot stand gekomen policy paper "Na kaminda pa kompetensha efektivo na Kòrsou / Op weg naar effectieve mededinging op Curaçao" kent effectieve, moderne mededingingswetgeving vier poten. Drie klassieke en een vierde; te weten:

- kartelverbod;
- verbod op misbruik van economische machtsposities;
- fusietoezicht; en
- competition advocacy waarbij gevraagd en ongevraagd advies uitgebracht kan worden op voorgenomen of geldende wetgeving.

2. Inhoud van het ontwerp

De ontwerp-landsverordening tot vaststelling van de Landsverordening inzake concurrentie strekt tot het doen vaststellen van de regels gericht op het tot stand brengen van een effectief mededingingstoezicht en mededingingsbeleid en op de instelling van een mededingingsautoriteit, de Fair Trade Authority Curaçao. De ontwerp-landsverordening is tevens gericht op het doen vaststellen van de regels inzake mededinging en ontoelaatbare concurrentiebelemmeringen.

In de memorie van toelichting wordt gesteld dat een effectief mededingingstoezicht en mededingingsbeleid het creëren van de juiste condities in de marktstructuur vereist, opdat

¹ Sociaal Economisch Initiatief Curaçao, Bouwen aan een zekere toekomst, pagina 12.

zowel in het productieproces van bedrijven als in de maatschappelijke allocatie van schaarse middelen een optimum wordt bereikt.²

De ontwerp-landsverordening tot vaststelling van de Landsverordening inzake concurrentie sluit volgens de memorie van toelichting in grote lijnen aan bij de begrippen en normen zoals die worden gehanteerd in de mededingingswetgeving van de Europese unie c.q. de Nederlandse Mededingingswet. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat de economische en maatschappelijke situatie in Curaçao evident afwijkt van die in Europa. De ontwerp-landsverordening wijkt daarom op punten af van de Europese normstelling ten einde te komen tot een voor Curaçao effectief en handhaafbaar systeem van regels.³

De ontwerp-landsverordening houdende vaststelling van de Landverordening inzake concurrentie kent 11 hoofdstukken en 75 artikelen.

Hoofdstuk I Definities

Hoofdstuk 1 kent 1 artikel waar de in de landsverordening gehanteerde begrippen worden gedefinieerd.

Hoofdstuk II Fair Trade Authority Curaçao

Hoofdstuk II bevat bepalingen inzake de instelling, samenstelling, taken en bevoegdheden van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao

Artikel 2.1, tweede lid, bepaalt dat de raad van bestuur het bestuur vormt van de Fair Trade Authority Curaçao en het derde lid bepaalt dat de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao een zelfstandig bestuursorgaan is zoals bedoeld in artikel 111, eerste lid, van de Staatsregeling van Curaçao en rechtspersoonlijkheid heeft.

Artikel 2.2 tot en met 2.5 bevatten bepalingen inzake de samenstelling van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao, de eisen die worden gesteld aan de leden van raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao, de procedure met betrekking tot benoeming, schorsing en ontslag en de bezoldiging van de leden van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao

Ingevolge artikel 2.6, is er een bureau ter ondersteuning van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao.

Artikel 2.7, eerste lid, van de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie stelt dat de taak van raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao het uitvoeren is van de Landsverordening inzake concurrentie en andere landsverordeningen, voor zover dat in de desbetreffende landsverordening is bepaald. Artikel 2.7, tweede lid, bepaalt dat de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao zijn eigen werkzaamheden regelt en eigen prioriteiten stelt.

Artikel 2.8, eerste lid, van de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie geeft de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao de bevoegdheid beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de uitoefening van haar taken. Als gevolg van het tweede lid van artikel 2.8 van de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie moeten voorgenomen beleidsregels ten minste vier maanden voor vaststelling daarvan worden voor gelegd aan de Minister van Economische Ontwikkeling dan wel de Minister wie het aangaat. De betreffende Minister heeft als gevolg van het derde en vierde lid van artikel 2.8 de mogelijkheid de vaststelling van de beleidsregel tegenhouden indien naar het oordeel van de Minister van

² Memorie van toelichting, p. 2.

³ Memorie van toelichting, p. 4 en p. 5.

Economische Ontwikkeling dan wel de Minister wie het aangaat de voorgenomen beleidsregel in strijd is met het belang van een goede taak uitoefening door de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao.

Artikel 2.9 draagt aan de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao de taak op om, hetzij op verzoek van de Minister van Economische Ontwikkeling, hetzij uit eigen beweging, te adviseren inzake de effecten voor de concurrentie van voorgenomen of geldende wetgeving.

Artikel 2.10 bevat bepalingen inzake de informatie-uitwisseling tussen de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao en de Minister van Economische Ontwikkeling, waarbij in het eerste lid wordt bepaald dat de Minister inzage kan vorderen van alle zakelijke gegevens en bescheiden, voor zover dat voor de vervulling van zijn taak nodig is.

Artikel 2.11 geeft de Minister van Economische Ontwikkeling de bevoegdheid beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de uitoefening van de aan de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao toegekende bevoegdheden.

Artikel 2.12 bepaalt dat indien de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao naar het oordeel van de Minister van Economische Ontwikkeling bij de uitoefening van zijn taak ernstig in gebreke blijft, de Minister de noodzakelijke voorzieningen kan treffen.

Artikelen 2.13 en 2.14 bevatten bepalingen inzake de begroting van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao. De financiële middelen van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao bestaan uit een bijdrage van de Minister van Economische Ontwikkeling in de begroting. De door de Fair Trade Authority Curaçao geïnde dwangsommen en bestuurlijke boetes vloeien als gevolg van artikel 2.14, tweede lid, terug in de algemene middelen van het Land.

Artikel 2.15 houdt de verplichting voor de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao om jaarlijks voor 1 juli een jaarverslag op te stellen.

Artikel 2.16 voorziet in een vijfjaarlijkse evaluatie van het functioneren van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao.

Hoofdstuk III Concurrentiebeperkende afspraken

Artikel 3.1, eerste lid, bevat het verbod op kartelvorming. In het tweede lid zijn concurrentiebeperkende afspraken tussen concurrenten opgenomen die in ieder geval in strijd zijn met het verbod op kartelvorming, te weten:

- het bepalen van verkoopprijzen of andere verkoopvoorwaarden;
- het bepalen van inschrijfprijzen of andere biedingsvoorwaarden in geval van aanbestedingen;
- het beperken of controleren van productie of afzet, waaronder gezamenlijke leveringsweigering; en
- het verdelen van markten.

Artikel 3.2 bevat een bagateluitzondering op het verbod opgenomen in artikel 3.1, eerste lid. Indien het marktaandeel van de ondernemingen die betrokken zijn bij de overeenkomst op elke markt niet meer dan 30% bedraagt zijn overeenkomsten tussen concurrenten toegestaan. Van de gedragingen opgenomen in artikel 3.1, tweede lid, is geen uitzondering mogelijk.

Artikel 3.3 bepaalt dat de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao, indien op een overeenkomst de bagateluitzondering van toepassing is, kan optreden indien de overeenkomst gezien de marktverhoudingen in aanzienlijke mate afbreuk doet aan de concurrentie.

Artikel 3.4 regelt de beslistermijn, terinzagelegging en mededeling van een beschikking van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao inzake het buiten toepassing verklaren van de bagateluitzondering.

Artikel 3.5 voorziet in de mogelijkheid een ontheffing te krijgen voor afspraken, anders dan de gedragingen opgenomen in artikel 3.1, tweede lid, die niet onder de bagateluitzondering van artikel 3.2 vallen.

Artikel 3.6 tot en met artikel 3.12 bevatten procedurele bepalingen inzake de aanvraag, inhoud, verlening en aanpassing c.q. intrekking van een ontheffing zoals bedoeld in artikel 3.5.

Artikel 3.13 biedt de mogelijkheid om bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, ten behoeve van de efficiëntie bepaalde categorieën van overeenkomsten, besluiten en gedragingen, zo nodig onder voorschriften en beperkingen, vrij te stellen van het kartelverbod.

Hoofdstuk IV Ondernemingen met een machtspositie

Artikel 4.1, eerste lid, verbiedt ondernemingen misbruik te maken van een machtspositie.

Het tweede lid geeft een niet uitputtende opsomming van de gedragingen die kunnen duiden op misbruik van machtspositie, te weten:

- 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 berokkenend bij de concurrentie; en
- 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.

Het derde lid van artikel 4.1 bepaalt dat een gedraging van een onderneming geen misbruik is in de zin van het eerste lid indien deze gedraging objectief kan worden gerechtvaardigd.

Artikel 4.2 biedt de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao de mogelijkheid preventieve maatregelen op te leggen indien de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao van oordeel is dat een onderneming beschikt over een machtspositie of meerdere ondernemingen gezamenlijk beschikken over een machtspositie.

Artikel 4.3 biedt de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao de mogelijkheid om in spoedeisende gevallen, waarin de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao een redelijk vermoeden heeft dat de raad tot een oordeel komt als bedoeld in artikel 4.2, vooruit te lopen op de toepassing van artikel 4.2. en de desbetreffende onderneming of ondernemingen een of meer preventieve maatregelen op te leggen.

Hoofdstuk V Concentraties

Artikel 5.1 geeft een omschrijving van concentratie. Op basis van artikel 5.1, eerste lid, moet onder een concentratie worden verstaan:

- a. het fuseren van twee of meer voorheen van elkaar onafhankelijke ondernemingen
- b. het direct of indirect verkrijgen van zeggenschap door:
 1. een of meer natuurlijke personen of rechtspersonen die reeds zeggenschap over ten minste één onderneming hebben, of;

2. een of meer ondernemingen over een of meer andere ondernemingen of delen daarvan door middel van de verwerving van participaties in het kapitaal of van vermogensbestanddelen, uit hoofde van een overeenkomst of op enige andere wijze.

Het tweede lid van artikel 5.2 bepaalt dat de totstandbrenging van een gezamenlijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, een concentratie is in de zin van artikel 5.1, eerste lid, sub b.

Artikel 5.2 bepaalt dat een concentratie voorafgaande aan de totstandbrenging ervan moet worden gemeld bij de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao indien:

- a. de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande kalenderjaar meer bedroeg dan NAf. 125 miljoen, waarvan door ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder ten minste NAf. 15 miljoen in Curaçao is behaald, of;
- b. de betrokken ondernemingen daardoor op één of meer relevante markten in Curaçao een marktaandeel van 30% of meer creëren of versterken.

In artikel 5.3 wordt bepaald dat bij een melding de bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen aangewezen gegevens dienen te worden verstrekt.

Hoofdstuk VI Handhaving

Artikel 6.1 bepaalt dat de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao zowel toezicht houdt als onderzoek kan doen verrichten naar de naleving van hetgeen bij of krachtens de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie is bepaald.

Artikel 6.2, eerste lid, regelt dat bij beschikking door de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao personeelsleden van het bureau kunnen worden belast met het toezicht op de naleving van hetgeen bij of krachtens de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie is bepaald. Artikel 6.2, derde lid, bepaalt dat de krachtens het eerste lid aangewezen personen tevens zijn belast met het onderzoek naar de naleving van hetgeen bij of krachtens de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie is bepaald. In het derde lid worden tevens de onderzoeksbevoegdheden opgesomd.

Artikel 6.3 bevat regels inzake de uitoefening van toezichts- en onderzoeksbevoegdheden.

Artikel 6.4, eerste lid, bepaalt dat eenieder verplicht is alle medewerking te verlenen die wordt gevorderd op grond van de in artikel 6.2 opgenomen bevoegdheden. Het tweede lid bepaalt dat degene die wordt verzocht om inlichtingen met het oog op het aan hem opleggen van een bestuurlijke boete, niet verplicht is ten behoeve daarvan een mondelinge of schriftelijke verklaring omtrent de onderzochte overtreding af te leggen.

Artikel 6.5, bevat waarborgen inzake het verschoningsrecht van personen die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding.

Hoofdstuk VII Maatregelen ingeval van overtreding

Artikel 7.1 tot en met artikel 7.4 bevatten bepalingen inzake de handhavingsmiddelen die de Fair Trade Authority Curaçao ter beschikking staan indien overtreding van de bepalingen inzake: mededingingsbepalende afspraken en misbruik van machtspositie (artikel 7.1); het concentratietoezicht (artikel 7.2), de medewerkingsplicht (artikel 7.3) en het verbreken, opheffen of beschadigen van een verzegeling (artikel 7.4).

Artikel 7.5 tot en met artikel 7.7 bevat procedurele voorschriften met betrekking tot het opleggen van een bindende aanwijzing tot naleving van de (ontwerp-)landsverordening inzake concurrentie door de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao.

Artikelen 7.8 en 7.9 bevatten algemene bepalingen omtrent bestuurlijke sancties.

Artikel 7.10 tot en met artikel 7.19 bevatten algemene en procedurele bepalingen met betrekking tot het opleggen van een bestuurlijke boete en bepalingen met betrekking tot de invordering hiervan.

Artikel 7.20 tot en met artikel 7.25 bevatten algemene en procedurele bepalingen met betrekking tot het opleggen van een last onder dwangsom en bepalingen met betrekking tot de invordering hiervan.

Hoofdstuk VIII Beroep

Artikel 8.1 bepaalt dat tegen een beschikking genomen op grond van de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie door een belanghebbende beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de regels gesteld bij of krachtens de Landsverordening administratieve rechtspraak (P.B. 2001, no. 79).

Hoofdstuk IX Gebruik en verstrekking van gegevens

Artikel 9.1, eerste lid, bepaalt dat beschikkingen van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao binnen een week na vaststelling worden gepubliceerd in de Curaçaose Courant. Het tweede lid bepaalt dat mededelingen, kennisgevingen, besluiten, adviezen, verslagen en jaarverslagen van de Fair Trade Authority Curaçao tevens op internet bekend worden gemaakt.

Artikel 9.2 tot en met 9.4 bevatten bepalingen inzake het gebruik en verstrekken aan derden van informatie verkregen in verband met werkzaamheden ten behoeve van de uitvoering van de onderhavige landsverordening.

Hoofdstuk X Overige bepalingen

Artikel 10.1 regelt de geheimhoudingsplicht van de gegevens waarover personen betrokken bij de uitvoering van de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie de beschikking krijgen.

Artikel 10.2 bepaalt dat de doeltreffendheid en de effecten van de Landverordening inzake concurrentie vijfjaarlijks worden geëvalueerd.

Hoofdstuk XI Inwerkingtreding en citeertitel

Artikel 11.1 bepaalt dat de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie in werking treedt op een bij landsbesluit te bepalen tijdstip.

In Artikel 11.2 wordt de citeertitel van het ontwerp bepaald te weten: 'Landsverordening inzake concurrentie'.

3. Standpunt van de Sociaal Economische Raad

3.1 Algemeen

Tijdens de behandeling van de aan de SER voorgelegde ontwerp-landsverordening is menigmaal aan de orde geweest dat er mogelijk sprake zou kunnen zijn van twee ontwerpen van een landsverordening inzake concurrentie.

Voor alle duidelijkheid zij vermeldt dat de SER zich tijdens de advisering heeft gebaseerd op de bij dit advies bijgesloten versie van de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie.

De Curaçaose economie is een kleine open economie waarbinnen sommige markten een imperfecte werking vertonen. Deze imperfecties kunnen veroorzaakt worden door structurele kenmerken van een markt of door externe effecten.

Het is namelijk denkbaar dat de kleine schaal het voor bedrijven gemakkelijk maakt om onderling samen te spannen ten koste van de consument. Door de beperkte schaal van de Curaçaose economie komen er relatief veel natuurlijke monopolies voor waarbij er in de markt slechts ruimte is voor één aanbieder.

De vraag is echter in hoeverre hierin moet worden opgetreden.

In de probleemanalyse van het USONA format van het projectvoorstel "Ondersteuning bij beleidsvoorbereiding Mededingingsautoriteit voor Curaçao" is aangekondigd welke problemen met het project aangepakt moesten worden.

Er werd verwezen naar het feit dat Curaçao markten kent met meerdere aanbieders waarop een klein aantal spelers samen een groot marktaandeel hebben, waardoor er sprake is van marktmacht zoals de telecommunicatiesector, het bankwezen, het verzekeringswezen, supermarkten of importeurs.

Daarnaast werd verwezen naar overheidsingrijpen dat markten kan verstoren waar vrije concurrentie in principe mogelijk zou moeten zijn, te weten prijsregulering voor benzine of de prijs voor brood en andere levensmiddelen.

Het is niet de taak van een marktautoriteit om zomaar hierin op te treden. Pas als spelers hun marktmacht misbruiken of samenspannen is er een rol voor een marktautoriteit. Daarnaast kan in een markt met relatief veel natuurlijke monopolies waar slechts ruimte is voor één aanbieder, (elektriciteitsvoorziening, waterzuivering, bepaalde aspecten van het vliegveld en de haven) worden overwogen een marktautoriteit regulerend te laten optreden.

De primaire functie van het marktmechanisme in een markteconomie is dat het ondernemers, werknemers en consumenten niet alleen stuurt, maar ook stimuleert en disciplineert.

Belemmeringen van de mededinging door bijvoorbeeld kartelvorming, onderling afgestemde feitelijke gedragingen of misbruik van een economische machtspositie werken in dit opzicht contraproductief, omdat ondernemers niet langer gestuurd, beloond en geprikkeld worden door concurrentie op binnen- en buitenlandse markten.

Wanneer het marktmechanisme, om welke reden dan ook, zijn functies niet goed kan uitvoeren, dan vermindert dat het kwaliteitsbewustzijn en de prikkel om te zoeken naar efficiëntieverbeteringen, nieuwe en betere producten en diensten.⁴

Een bekend ongewenst effect van monopolistische en kartelmatige restricties op de vrije prijsvorming, de te produceren en af te zetten producten of de toetredingsvoorwaarden van

⁴ Viscusi, Vernon & Harrington, *Economics of Regulation and Antitrust*, Lexinton: D.C. Heathand Company, 1992, p.4-5.

een markt, is dat daardoor een minder efficiënte verdeling van productiemiddelen tot stand komt, waardoor de prijzen en kosten van bestaande goederen en diensten ongunstig beïnvloed worden. Nadelige effecten die op den duur zwaar kunnen gaan wegen in het internationale spel om de gunsten van de consument en de investeerder.

Curaçao is in deze geen uitzondering. De slecht functionerende markten leiden in veel gevallen tot te hoge prijzen, gebrekkige kwaliteit en of te weinig innovatie. De consequenties van de slecht functionerende markten hebben een negatieve invloed op de groei van de maatschappelijke welvaart en de economische ontwikkeling van het eiland.

Degenen die last hebben van deze slecht functionerende markten zijn dan ook de afnemers van de goederen en diensten in markten waar misbruik wordt gemaakt van marktmacht of sprake is van kartelvorming, zoals de consument maar ook bedrijven en overheidsinstellingen die afhankelijk zijn van bepaalde leveranciers.

In de probleemanalyse wordt gesteld dat het terugdringen van deze marktimperfecties dan ook een positieve stimulans zal zijn voor verdere ontwikkeling van het land Curaçao, hetgeen de noodzaak voor een mededingingsautoriteit onderstreept. Het is hierbij van belang dat de mededingingsautoriteit indien overtreding van de bepalingen inzake mededingingsbeperkende afspraken en misbruik van machtspositie worden geconstateerd, krachtig kan optreden door middel van sancties.

3.2 Effectief mededingingstoezicht voor Curaçao

In de memorie van toelichting wordt gemeld dat het onderhavige ontwerp is opgesteld op basis van onderzoek naar een mededingingsbeleid voor Curaçao met als centrale vraag op welke wijze effectief mededingingstoezicht kan worden vormgegeven.

In de policy paper "Na kaminda pa kompetensha efektivo na Kòrsou / Op weg naar effectieve mededinging op Curaçao" onder het hoofdstuk "Curaçaose mededingingswetgeving", wordt gesteld dat Curaçao baat heeft bij mededingingswetgeving maar die echter wel op maat is gesneden.

In dit kader werd gesteld dat de Curaçaose mededingingsregels in ieder geval de volgende aspecten dienen te bevatten:

- materieel mededingingsrecht (verboden en / of verplichtingen voor marktspelers) en
- de formele aspecten zoals structuur van de organisatie, haar taken en bevoegdheden, de wijze van handhaven (toezicht en onderzoek) en rechtsbescherming (hoor en wederhoor, bezwaar, beroep en hoger beroep).

Er werd tevens gesteld dat met name de marktkarakteristieken van Curaçao een belangrijke rol gespeeld hebben in het wetsvoorstel terwijl voor wat betreft de formele procedurele bepalingen, aansluiting is gezocht bij de bestuursrechtelijke traditie op Curaçao.

Voor de inhoud van de primaire verboden (kartelverbod en verbod op misbruik van machtspositie) en het begrippenkader is het raamwerk van de Europese mededingingsregelgeving als uitgangspunt gekozen.

Toch wordt in dezelfde policy paper gesteld dat hoewel het Europese raamwerk als basis heeft gediend, op diverse plekken is afgeweken om een zo effectief en efficiënt mogelijke regeling voor Curaçao te realiseren. Er wordt dan ook gesteld dat de wetgeving op een aantal punten strenger is ten behoeve van rechtszekerheid terwijl het op een ander vlak minder streng is zodat de autoriteit zich vooral bezig zal houden met de voor Curaçao meer prangende concurrentievraagstukken. Daarnaast wordt gesteld dat veel begrippen die in het

Europese raamwerk uitsluitend in de jurisprudentie vorm hebben gekregen in de ontwerp-landsverordening zijn verwerkt.

De Sociaal Economische Raad plaatst een aantal vraagtekens bij deze "wijze van aansluiting".

Met betrekking tot de aansluiting bij het Europese raamwerk wordt in de memorie van toelichting op pagina 4 gesteld dat de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie voor wat betreft de mededingingsrechtelijke begrippen en normen in grote lijnen aansluit bij de mededingingsrechtelijke begrippen en normen gehanteerd in de mededingingsregels van de Europese Unie.

Deze regels betreffen volgens het gestelde in de memorie van toelichting:

- 1) het verbod op afstemming tussen ondernemingen en besluiten van ondernemers verenigingen die de concurrentie kunnen belemmeren;
- 2) het verbod op misbruik van machtspositie; en
- 3) het concentratietoezicht.

De aansluiting bij het Europese mededingingsrecht zorgt er volgens de memorie van toelichting voor dat de normen uit de Curaçaose concurrentieregels overeenstemmen met de Nederlandse, hetgeen specifieke voordelen heeft met betrekking tot de toelichting en inkleuring van de gehanteerde normen en begrippen door langdurige Nederlandse jurisprudentie, de cassatierechtspraak als mede ten behoeve van opleiding en uitwisseling van bij de handhaving betrokken personen.

Naast de eerder aangeduide ratio dat voornamelijk juridisch van aard is, vermoedt de SER dat door middel van aansluiting bij de Nederlandse/Europese Mededingingswet en de gemaakte keuzes getracht is een balans te vinden tussen inzet van middelen en effect op korte termijn.

Voor wat betreft handhaving is gekozen voor een bestuursrechtelijke variant waarbij een geïntegreerde toezichthouder zowel toezicht houdt, onderzoek kan doen en sanctie- en handhavingsmiddelen kan uitoefenen.

De keuze hiervoor is gelegen in zowel de formele bepalingen inzake andere Curaçaose toezichthouders als de bestuursrechtelijke praktijk in Nederland in relatie tot de voordelen van opleiding en uitwisseling van zowel ambtenaren van de autoriteit als de rechterlijke macht.

De SER kan echter vooralsnog niet beoordelen of deze keuzes daadwerkelijk resulteren in een voor Curaçao effectief mededingingstoezicht en vraagt de regering deze nader uiteen te zetten in de memorie van toelichting.

In de memorie van toelichting wordt op pagina 1 gesteld dat in de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie rekening is gehouden met de specifieke economische context van Curaçao, de schaalgrootte van Curaçao en de juridische en maatschappelijke situatie op Curaçao. De mededingingsrechtelijke verboden en verplichtingen gebaseerd op het Europese mededingingsrecht zijn volgens de memorie van toelichting zoveel mogelijk op deze context toegesneden.

Er is echter een aantal uitzonderingen waarvoor de SER enige aandacht vraagt.

Met betrekking tot het kartelverbod zoals opgenomen onder hoofdstuk 3 van het ontwerp, met name de artikelen onder 3.2, vraagt de SER zich af waarom met betrekking tot het

marktaandeel op elke relevante markt deze niet meer bedraagt dan 30% en waarom voor dit percentage is gekozen.

De SER vraagt de regering dit uitgangspunt in de memorie van toelichting nader toe te lichten.

Overigens vraagt de SER zich af waarom niet ook met omzet wordt gewerkt zoals, bijvoorbeeld, in de Nederlandse / Europese wetgeving en verzoekt de regering het antwoord hierop ook in de memorie van toelichting op te nemen.

De SER constateert daarnaast dat in afwijking van het Europese raamwerk bepaalde gedragingen altijd worden aangemerkt als "per se" verboden zonder dat een uitzondering mogelijk is en dat er sprake is van de bevoegdheid preventieve maatregelen op te leggen zodra een redelijk vermoeden bestaat dat de autoriteit tot het oordeel zal komen dat sprake is van een verboden machtspositie. Een voorafgaande bindende aanwijzing wordt dan ook niet nodig geacht.

Naar het oordeel van de SER vormt het bestaan van een redelijk vermoeden van machtspositie onvoldoende grond voor de Fair Trade Authority Curaçao om maatregelen op te leggen. De Fair Trade Authority dient op basis van onderzoek tot het oordeel te zijn gekomen dat er sprake is van een onderneming met een machtspositie alvorens handhavend op te treden.

De SER geeft in overweging om in dezen een nadere toelichting op te nemen in de memorie van toelichting.

Overigens vraagt de SER aan de regering om nader uiteen te zetten wat bedoeld wordt met de transparantie verplichtingen evenals de verplichtingen tot contracteren in het kader van effectieve handhaving en de bevoegdheid preventieve maatregelen op te leggen aan een onderneming met een machtspositie en deze uiteenzetting ook op te nemen in de memorie van toelichting.

3.3 Relevante markt

In de onderhavige ontwerp-landsverordening wordt in enkele artikelen, o.a. artikelen 1.1, sub h en j, 3.1, eerste lid, 3.2, eerste lid, 3.3 eerste lid en 5.2, eerste lid, sub b, gerefereerd aan het begrip "relevante markt".

De SER heeft geconstateerd dat noch in de ontwerp-landsverordening, noch in de memorie van toelichting een omschrijving wordt gegeven van wat onder het begrip 'relevante markt' wordt verstaan.

Marktbepalingen in de Nederlandse en het Europees mededingingswetgeving

In de memorie van toelichting van het onderhavige ontwerp wordt gesteld dat voor wat betreft de mededingingsrechtelijke begrippen en normen wordt aangesloten bij de begrippen en normen zoals die worden gehanteerd in de mededingingswetgeving van de Europese unie c.q. de Nederlandse Mededingingswet.

Het Europese en Nederlandse mededingingsrecht beschrijft relevante markt als "die markt waar een onderneming opereert en die altijd maar één kan zijn". De ratio achter deze definitie is dat een onderneming meerdere markten kan bereiken, maar altijd slechts op één markt opereert.

Echter per geval zal gekeken moeten worden naar de temporele factor, de relevante productmarkt en de relevante geografische markt.

De Europese Commissie heeft in 1997 een bekendmaking (PbEG 1997, C-372/5) gepubliceerd over de bepaling van de relevante markt voor bij de toepassing bij het toezicht op het gemeenschappelijke mededingingsrecht.

De relevante productmarkt wordt deze bekendmaking gedefinieerd als volgt: "een relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd."⁵

De relevante geografische markt wordt gedefinieerd als volgt: "het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen."⁶

Een omschrijving van het begrip relevante markt in de ontwerp-landsverordening is naar het oordeel van de SER van belang aangezien de bepaling van de relevante markt het mogelijk maakt de aanbieders en de afnemers die op deze markt actief zijn te identificeren. Op grond hiervan kan de marktomvang en het marktaandeel van de verschillende aanbieders worden berekend. Het marktaandeel is immers bepalend bij de beoordeling of er sprake is van misbruik van machtspositie in de zin van artikel 4.1 juncto artikel 1.1, sub j, of dat gebruik kan worden gemaakt van de bagateluitzondering opgenomen in artikel 3.2, eerste lid, van de onderhavige ontwerp-landsverordening.

Teneinde ondernemers en ondernemersverenigingen bij het sluiten van bepaalde overeenkomsten, de oprichting van gezamenlijke ondernemingen of een overname op de hoogte zijn van de door de Fair Trade Authority Curaçao gehanteerde grenzen, is het gewenst de procedure ter bepaling van de omvang van de relevante markt openbaar te maken.

De SER geeft de regering in overweging, met het oog op de rechtszekerheid in de ontwerp-landsverordening, een beschrijving van de relevante markt op te nemen en daarbij aan te sluiten bij de uitgangspunten zoals gedefinieerd in de bekendmaking van de Europese Commissie.

3.4 Prioritaire Sectoren

Mededingingsbeleid is er op gericht dat bedrijven de marktstructuur of marktprocessen niet ten eigen bate manipuleren. In het beleidsvoorbereidende traject is in het kader van het rapport "Op weg naar een effectieve mededinging op Curaçao" onderzoek gedaan naar de huidige mededinging op Curaçao. Hiertoe is een analyse gemaakt van de marktstructuur van vijf sectoren te weten:

- (i) groot- en detailhandel van levensmiddelen;
- (ii) bancaire producten;
- (iii) bouw van infrastructurele projecten;
- (iv) import van geneesmiddelen; en
- (v) internet.

⁵ Zie PbEG 1997, C-372/5, no. 7.

⁶ Zie PbEG 1997, C-372/5, no 8.

De keuze voor deze sectoren is volgens het rapport "Op weg naar een effectieve mededinging op Curaçao" gebaseerd op het belang van de sector voor de Curaçaose economie (bijdrage aan BNP, werkgelegenheid, verwevenheid met andere sectoren in de economie), de zichtbaarheid en voelbaarheid voor de consument en vermoedens van bestaande concurrentiebeperkingen in de markt. Het beeld dat uit de analyse van deze sectoren naar voren is gekomen is dat sprake is van, soms ernstige, verstoringen van de concurrentie.

Naar het oordeel van de SER zijn er naast de 5 in het kader van het rapport "Op weg naar een effectieve mededinging op Curaçao" onderzochte sectoren, nog andere sectoren in de Curaçaose economie waar met het bevorderen van de marktwerking of het corrigeren van verstoringen in de structuur van de markt mogelijk aanzienlijke welvaartswinst kan worden behaald. De SER verwijst naar de op- en overslagactiviteiten in de haven, water en elektriciteitsvoorziening en mobiele telefonie.

In dit kader vraagt de SER zich ook af hoe de Fair Trade Authority Curaçao in de toekomst haar prioriteiten gaat stellen met betrekking tot het door haar te verrichten onderzoek.

Naar het oordeel van de SER dient er zo spoedig mogelijk een strategisch beleid met betrekking tot het bevorderen van de marktwerking te worden vastgesteld op basis waarvan de Fair Trade Authority Curaçao op objectieve wijze prioriteiten kan stellen c.q. prioritaire sectoren kan aanwijzen.

Gelet op het feit dat de regering mogelijk partij kan zijn in een door de Fair Trade Authority Curaçao te verrichten onderzoek raadt de SER af om de Minister van Economische Ontwikkeling door middel van preventief toezicht zoals opgenomen in artikel 2.8, tweede lid, invloed te geven op het strategisch beleid van de Fair Trade Authority Curaçao.

3.5 De Curaçaose toezichthouder

In de overweging van het ontwerp wordt gesteld dat met het oog op de bescherming van de welvaart van primair de consument het wenselijk is een onafhankelijke en deskundige instantie te belasten met de handhaving van regels die ontoelaatbare concurrentiebelemmeringen verbieden en bevordering van de concurrentie in het algemeen. Daartoe wordt, in artikel 2.1 van onderhavige ontwerp-landsverordening, de Fair Trade Authority Curaçao in het leven geroepen. De Fair Trade Authority heeft tevens als taak het gevraagd en ongevraagd adviseren inzake de effecten voor de concurrentie van voorgenomen of geldende wetgeving, zoals opgenomen in artikel 2.9, eerste en tweede lid van de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie.

Zelfstandig bestuursorgaan

In de memorie van toelichting wordt op pagina 7 gesteld dat de onafhankelijkheid van een instituut zoals de mededingingsautoriteit van groot belang is, in verband met de geloofwaardigheid en het gezag van de mededingingsautoriteit en draagvlak in de samenleving voor de autoriteit. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat de onafhankelijkheid vorm wordt gegeven door de status van zelfstandig bestuursorgaan met eigen rechtspersoonlijkheid van de Fair Trade Authority Curaçao.

Het derde lid van artikel 2.1 van de ontwerp-landsverordening bepaalt dat de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao een zelfstandig bestuursorgaan is als bedoeld

in artikel 111, eerste lid van de Staatsregeling van Curaçao en kent tevens rechtspersoonlijkheid toe aan de raad van bestuur.

Artikel 111 van de Staatsregeling Curaçao bepaalt verder dat de inrichting, de samenstelling de taken en bevoegdheden van een zelfstandig bestuursorgaan, alsmede de openbaarheid van zijn vergaderingen en het toezicht op het zelfstandig bestuursorgaan bij landsverordening dienen te worden geregeld.

Onderhavige ontwerp-landsverordening bevat bepalingen inzake de inrichting, samenstellingen, taken en bevoegdheden van de Fair Trade Authority Curaçao en het toezicht op de Fair Trade Authority Curaçao.

De SER constateert dat in de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie geen bepaling is opgenomen inzake de openbaarheid van de vergaderingen van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao zoals wordt bepaald in artikel 111, tweede lid, van de Staatregeling Curaçao.

De SER vraagt aandacht voor het mogelijk opnemen van een bepaling inzake de openbaarheid van de vergaderingen van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao in de Landsverordening inzake concurrentie. De SER vraagt tevens aandacht voor het ontbreken van een bepaling inzake een door de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao, ter nadere regeling van de werkwijze en de vervulling van de opgedragen taak, vast te stellen reglement van orde.

Samenstelling van de raad van bestuur

Artikel 2.2 bepaalt dat de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao bestaat uit 3 leden, de Voorzitter en de plaatsvervangend Voorzitter daaronder begrepen. Artikel 2.2 bepaalt tevens dat de leden van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao, gehoord de Raad van Advies, bij landsbesluit worden benoemd, geschorst en ontslagen en dat de Voorzitter en plaatsvervangend Voorzitter, eveneens gehoord de Raad van Advies, bij landsbesluit worden aangewezen.

Naar het oordeel van de SER is een raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao bestaande uit 3 leden, de Voorzitter en de plaatsvervangend Voorzitter daaronder begrepen, vanwege haar beperkte omvang kwetsbaar.

De SER adviseert de regering de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao uit te breiden naar 5 leden met een tripartiete samenstelling. De SER stelt voor dat de regering, de werkgeversorganisaties en de werknemersorganisaties ieder één lid voor benoeming voordragen en dat deze drie leden vervolgens in samenspraak het vierde en het vijfde lid voor benoeming voordragen.

Met het oog op een goede uitoefening van de aan de Fair Trade Authority Curaçao opgedragen taken is naar het oordeel van de SER de kwaliteit en deskundigheid van de leden van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao van groot belang. De SER stelt daarom voor een profielschets op te stellen.

Voor de SER geldt tevens dat kandidaat leden van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao uitsluitend voor benoeming in aanmerking kunnen komen indien Stichting Bureau Toezicht en Normering Overheidsentiteiten (SBTNO) positief over een kandidaat heeft geadviseerd.

Met betrekking tot de samenstelling van de raad van bestuur vraagt de SER zich af wat de ratio is om de Raad van Advies te horen inzake de benoeming, schorsing en het ontslag van de leden en het aanwijzen van de Voorzitter en plaatsvervangend Voorzitter.

Gezien de aard van de sociaal-economische aangelegenheden verbonden aan de werkzaamheden van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao dient naar het oordeel van de SER in artikel 2.2 tweede en derde lid "gehoord de Raad van Advies" te worden vervangen door "gehoord de Sociaal Economische Raad".

De lijst met functies die onverenigbaar zijn met het lidmaatschap van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao, zoals opgenomen in artikel 2.3 van de onderhavige ontwerp-landsverordening dient alsdan tevens te worden uitgebreid met "het lidmaatschap van de SER".

Onafhankelijkheid van de Fair Trade Authority Curaçao v/s bevoegdheden Minister Economische ontwikkeling

Op pagina 7 van de memorie van toelichting wordt gesteld dat onafhankelijkheid zeker bij een geïntegreerde mededingingsautoriteit van belang is, omdat zonder onafhankelijkheid geen sprake kan zijn van onpartijdigheid, geloofwaardigheid, gezag en draagvlak in de samenleving voor de autoriteit.

De Fair Trade Authority Curaçao wordt volgens de memorie van toelichting vormgegeven conform het model van een onafhankelijke geïntegreerde toezichthouder, waarbij de autoriteit niet alleen een zaak kan openen en onderzoeken, maar ook zelf een sanctie kan opleggen. Aangezien een geïntegreerde mededingingsautoriteit zowel onderzoeken kan doen als ook kan sanctioneren, worden bij een geïntegreerde mededingingsautoriteit diverse procedurele waarborgen ingebouwd om onpartijdigheid en geloofwaardigheid te waarborgen. De ingebouwde procedurele waarborgen betreffen, onder andere, gescheiden afdelingen voor onderzoek en sanctionering en de mogelijkheid om een opgelegde boete doormiddel van een beroepsprocedure aan gerechtelijke instanties voor te leggen.⁷

De bepalingen inzake de Fair Trade Authority Curaçao komen op hoofdlijnen overeen met de bepaling opgenomen in Hoofdstuk 2 van de Nederlandse Mededingingswet 'De Nederlandse Mededingingsautoriteit'.

De SER constateert echter in de onderhavige ontwerp-landsverordening afwijkingen ten opzichte van de Mededingingswet met betrekking tot de bepalingen inzake de bevoegdheden van de Minister van Economische Ontwikkeling om de wijze waarop de Fair Trade Authority Curaçao de opgedragen taken vervult aan te sturen, zoals opgenomen in paragraaf 2.3 Informatievoorziening en sturing, artikel 2.10 tot en met artikel 2.12 van de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie.

In de artikelsgewijze toelichting op artikel 2.11⁸ van de onderhavige ontwerp-landsverordening wordt gesteld dat hoewel de Minister op geen enkele wijze inspraak kan en mag hebben in beslissingen van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao, de Minister wel verantwoordelijk is voor de strategische zaken. Volgens de memorie van toelichting moet onder strategische zaken tevens worden begrepen de nadere beleidsmatige invulling van de discretionaire bevoegdheden van de Fair Trade Authority Curaçao door middel van beleidsregels.

⁷ Memorie van toelichting, p. 7

⁸ Memorie van toelichting, p. 15.

De SER vraagt zich af in hoeverre de verantwoordelijkheid van de Minister van Economische ontwikkeling zich verhoudt tot de onafhankelijkheid van de Fair Trade Authority Curaçao, en komt tot het oordeel dat het ongewenst dat de Minister van Economische Ontwikkeling het functioneren en de prioriteitstelling van de Fair Trade Authority Curaçao kan beïnvloeden, via de beleidsmatige invulling van de discretionaire bevoegdheden van de Fair Trade Authority Curaçao of enige vorm van preventief toezicht.

Naar de mening van de SER dient er geen ruimte te bestaan voor de beïnvloeding van de Fair Trade Authority Curaçao door de Minister van Economische Ontwikkeling, nu een dergelijke beïnvloeding de onafhankelijkheid van het instituut ondermijnt.

Dit laat onverlet dat het de Minister informatie kan opvragen omtrent het functioneren van de Fair Trade Authority.

(Tijdelijke) uitvoering door het Ministerie van Economische Ontwikkeling

De SER constateert dat het Ministerie voornemens is om, rekening houdend met het feit dat er momenteel onvoldoende middelen beschikbaar zijn om de instelling van een Fair Trade Authority Curaçao te financieren, in de uitvoerende fase zelf enkele sectoren te analyseren.⁹

De SER raadt dit voornemen ten strengste af.

De SER is van oordeel dat indien het Ministerie van Economische Ontwikkeling in de uitvoerende fase zelf enkele sectoren gaat analyseren, in plaats van het onafhankelijke zelfstandig bestuursorgaan 'Fair Trade Authority Curaçao', de noodzakelijke onafhankelijkheid, in het geding zal komen.

In het licht van het bovenstaande dringt de SER er op aan, mag het zijn op de kortst mogelijke termijn, de Fair Trade Authority Curaçao in te stellen. Het is hierbij voor de SER een 'conditio sine qua non' dat tevens voldoende middelen beschikbaar worden gesteld aan de Fair Trade Authority Curaçao, zodat de Fair Trade Authority Curaçao zich onmiddellijk kan manifesteren als een onafhankelijke autoriteit op het gebied van mededinging.

3.6 Een geïntegreerde mededingingsautoriteit

Mededingingsbeleid is er op gericht dat bedrijven de marktstructuur of marktprocessen niet ten eigen bate manipuleren. Door de beperkte schaal van de Curaçaose economie komen er relatief veel natuurlijke monopolies voor omdat er in de markt, door schaalvoordelen, slechts ruimte is voor één aanbieder. Op dergelijke markten is geen sprake van marktwerking die ondernemers, werknemers en consumenten stuurt, stimuleert en disciplineert. Op dergelijke markten moet regulerend worden opgetreden, bijvoorbeeld door een regulatory board.

Daarnaast is het voor een goede werking van het marktmechanisme van belang dat naast het individuele belang van consumenten ook het algemene belang van consumenten wordt beschermd. Hiertoe dient er toezicht te worden uitgeoefend op de consumentenrechten.

Een geïntegreerde mededingingsautoriteit kenmerkt zich door de drie poten van mededingingstoezicht die worden verenigd, te weten:

- 1) Mededingingstoezicht;
- 2) Marktregulering; en
- 3) Consumentenbescherming

⁹ Zie de brief van de Sectordirecteur Beleidsorganisatie van het Ministerie van Economische Ontwikkeling aan de Minister van Financiën inzake 'Oprichten van een Mededingingsautoriteit' (zaaknummer: 2012/08019, 2012/08764 en 2012/38152) gedateerd 5 oktober 2012

Marktregulering

In de memorie van toelichting wordt op pagina 3 gesteld dat binnen de Curaçaose economie, meer dan in grotere economieën sprake is van een uitruil tussen productieve efficiëntie en marktcondities die bijdragen aan gezonde concurrentie tussen bedrijven en dat productieve efficiëntie een volledige benutting van schaalvoordelen vereist.

Het streven naar productieve efficiëntie heeft in kleinere economieën al snel tot gevolg dat er sprake is van een zeer beperkt aantal aanbieders of van een natuurlijk monopolie, waardoor de producenten in staat zijn de minimum efficiëntie schaal te bereiken en goedkoop kunnen produceren.

Het is dan voor een optimale ontwikkeling en verdeling van de welvaart cruciaal dat de efficiëntie voordelen ten goede komen aan de consument / de burgers. In dat geval dient bij het ontbreken van een goed functionerende markt de welvaartsoverdracht van producent naar consument door middel van economische regulering tot stand te worden gebracht.

De regulerende taken worden op Curaçao momenteel uitgevoerd door Bureau Telecommunicatie, Post en Utilities.

Het Bureau Telecommunicatie en Post betreft een verzelfstandigde voormalige landsdienst die geleidelijk is uitgegroeid en verbreed tot multi-sectorale toezichthouder c.q. regulatory board. Het Bureau Telecommunicatie, Post en Utilities is ingevolge de Landsverordening betreffende de status, de taken en bevoegdheden van het Bureau Telecommunicatie en Post (P.B. 2006, no. 69) tevens belast met beleidsvoorbereiding en advisering van de Minister.

Consumentenbescherming

Om de voordelen van marktwerking optimaal te benutten dient er naast het toezicht op en de regulering van de producenten tevens toezicht te worden uitgeoefend op de consumentenrechten en de naleving hiervan.

De bescherming van consumentenrechten door de Fair Trade Authority Curaçao vertoont grote raakvlakken met de Fundashon pa Konsumido die reeds opkomt voor de belangen van de Curaçaose consument. Bij de uitvoering van de taken gerelateerd aan de consumentenbescherming zal de Fair Trade Authority Curaçao dan ook nauw moeten samenwerken met Fundashon pa Konsumido.

Naar het oordeel van de SER ligt het gelet op de schaal van Curaçao voor de hand om mededingingsautoriteit, de regulatory board en de consumentenbescherming onder te brengen in één bestuursorgaan, maar waarbij elke entiteit de eigen taken uitvoert.

Het geïntegreerde model heeft als groot voordeel dat het efficiënt is voor een klein land als Curaçao, aangezien deze maar sporadisch te maken krijgt met de complexe 'know-how' die nodig is rond mededingingszaken. Bovendien is de kennis die nodig is om het primaire besluit te nemen een bepaalde sector te onderzoeken omdat er vermoedens bestaan dat er sprake is van kartelvorming of misbruik van marktmacht in kleinere landen moeilijk aan te trekken, te onderhouden en te behouden. Eén geïntegreerde mededingingsautoriteit biedt de mogelijkheid tot het op een efficiënte manier realiseren dat op spilfuncties sprake is van de noodzakelijke gespecialiseerde medewerkers voor een gedegen besluitvorming inzake handhaving van de mededingingsregels.

Naar het oordeel van de SER heeft door de inhoudelijke raakvlakken tussen het mededingingstoezicht, de consumentenbescherming en de marktregulering door de regulatory board, integratie van deze taken in een organisatie positieve gevolgen op de wijze waarop de opgedragen taken door de Fair Trade Authority Curaçao kunnen worden

uitgevoerd. Een geïntegreerde mededingingsautoriteit leidt op deze wijze tot zo competitief mogelijk gereguleerde sectoren.

Daarnaast kost één geïntegreerde mededingingsautoriteit minder dan twee of drie afzonderlijke organisaties omdat onder andere op de ondersteunende functies kan worden bespaard.

Door het maken van een aantal doordachte keuzes acht de SER het dan ook niet onmogelijk om rekening houdend met de beperkingen van een klein eiland, (gefaseerd) een effectieve en efficiënte Fare Trade Authority Curaçao in het leven te roepen.

4. Economische implicaties

Het tot stand brengen van een landsverordening inzake concurrentie en het oprichten van een mededingingsautoriteit maakt deel uit van een cluster van projecten in het kader van het Sociaal Economisch Initiatief (SEI) met als hoofddoelstelling economische ontwikkeling en dan met name, "het stimuleren van economische groei door middel van directe impulsen en hervorming waardoor reële economische groei van minimaal 4% per jaar gerealiseerd wordt."¹⁰

In het rapport "Op weg naar een effectieve mededinging op Curaçao" is getracht een inschatting te maken van de mogelijke baten van mededingingsbeleid voor Curaçao als geheel. De onderzoekers geven aan dat internationale studies aantonen dat de baten van mededingingsbeleid de kosten overstijgen. Door een vertaling van deze internationale studies naar de situatie op Curaçao schatten de onderzoekers de toename van de consumentenwelvaart tussen NAf. 2,47 miljoen en NAf. 6,17 miljoen per jaar en de toename van het Bruto Binnenlands Product tussen NAf. 5,14 miljoen en NAf. 102,8 miljoen per jaar.¹¹ De SER constateert met betrekking tot de geambieerde reële economische groei van minimaal 4% per jaar dat economische vooruitzichten nu totaal anders zijn dan bij het opstellen van het Sociaal Economisch Initiatief. Bovendien is naar het oordeel van SER in het geval van de geschatte toename van het Bruto Binnenlands Product sprake van een erg ruime bandbreedte aangezien de toename van het Bruto Binnenlands Product wordt geschat tussen NAf. 5,14 miljoen en NAf. 102,8 miljoen per jaar.

Een goed functionerende mededingingsautoriteit draagt bij aan economische efficiëntie door welvaartsverliezen als gevolg van samenspanning, misbruik van marktmacht of mededingingsbeperkende fusies tussen concurrenten zoveel mogelijk te beperken.

Macro-economisch onderzoek naar de effecten van concurrentie of de afwezigheid daarvan op de nationale economie is niet eenvoudig, zo blijkt uit onder andere de memorie van toelichting bij de Nederlandse Mededingingswet. De beschikbare empirische aanwijzingen van macro-economische schade voor Nederland als gevolg van het jarenlang onderbelichte belang van een goede marktwerking, wijzen in de richting van substantiële verliezen in termen van het creëren van werkgelegenheid, economische groei en exportafzet.¹²

Het corrigeren van de verstoringen gelegen in de structuur van de markt en een gebrekkige mededinging kan leiden tot aanzienlijke prijsdalingen, kostenbesparingen en tot een herverdeling van welvaart (winst) van bedrijven naar consumenten.

¹⁰ Sociaal Economisch Initiatief Curaçao, Bouwen aan een zekere toekomst, pagina 12.

¹¹ SEO Economisch Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Ontwikkeling, *Na kaminda pa kompetensha efectivo na Kòrsou /Op weg naar een effectieve mededinging op Curaçao*, Amsterdam, februari 2012, pag. 4.

¹² Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 5

De SER constateert dat de invoering van mededingingswetgeving een novum is voor Curaçao en dat daardoor de daadwerkelijk economische effecten moeilijk zijn in te schatten.

De SER wijst de regering erop dat behalve door het bevorderen van de mededinging de marktwerking tevens kan worden gestimuleerd door het wegnemen van marktwerkingbeperkende c.q. marktwerkingversturende overheidsregulering. Overheidsingrijpen in de vorm van prijsregulering of een vergunningstelsel, waar in principe vrije concurrentie mogelijk zou moeten zijn, kan markten kan verstoren en leidt daardoor eveneens tot welvaartsverlies.

Op Curaçao wordt door middel van de prijzenlandsverordening 1961 (P.B. 1961, no. 117) de prijzen van een groot aantal goederen, onder andere levensmiddelen, gereguleerd. Deze vorm van regulering geldt ook voor prijs van fossiele brandstoffen die door de regering door middel van een Ministeriële regeling wordt vastgesteld.

De SER dringt er bij de regering op aan om met het oog op het realiseren van een welvaartswinst door het bevorderen van de marktwerking tevens de noodzakelijke aandacht te besteden aan het wegnemen van marktwerkingversturende overheidsregulering (deregulering) en de effecten voor de concurrentie van voorgenomen wetgeving (wetgevingskwaliteit).

5. Financiële implicaties

De doelstellingen van de Fair Trade Authority Curaçao dienen leidend te zijn met betrekking tot de financiering en formatie van de Fair Trade Authority Curaçao en het ondersteunende bureau.

De SER signaleert naar aanleiding van het advies van het Minister van Financiën, gedateerd 17 oktober 2012, met betrekking tot de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie dat door de regering i.c. de Minister van Economische Ontwikkeling nog niet is voorzien in de meerjarenfinanciering van de Fair Trade Authority Curaçao.

Uit de indicatieve begroting voor de oprichting van de mededingingsautoriteit zoals opgenomen in de brief van de sectordirecteur Beleidsorganisatie van het Ministerie van Economische Ontwikkeling aan de Minister van Financiën, d.d. 5 oktober 2012 blijkt dat er vanaf 2015 structureel NAf. 3,55 miljoen dient te worden begroot voor de financiering van Fair Trade Authority Curaçao

Tabel 1: indicatieve begroting voor de oprichting van de mededingingsautoriteit

Jaar	Totaal begroting
2013	NAf. 1.000.000,-
2014	NAf. 2.250.000,-
2015 e.v.	NAf. 3.550.000,-

Naar het oordeel van de SER dient de financieringsmodaliteit van de mededingingsautoriteit met de nodige waarborgen te worden omkleed ter voorkoming ervan dat de beoogde onafhankelijkheid in het geding komt. De SER geeft de regering in overweging om de begrotingsmiddelen van de Fair Trade Authority Curaçao zodanig wettelijk in te bedden dat de Fair Trade Authority Curaçao over voldoende middelen beschikt om zich, met inachtneming van de doelstelling, te manifesteren als een effectieve onafhankelijke mededingingsautoriteit.

Daarnaast adviseert de SER de regering mede in het licht van de taakstelling van de Fair Trade Authority Curaçao en gezien de vereiste specialistische kennis en vaardigheden, een degelijke functieomschrijving op te stellen waarbij een screening van potentiële kandidaten op essentiële functies als eerste vereiste dient te gelden.

6. Conclusie

Aan de orde is de ontwerp-landsverordening tot vaststelling van de Landsverordening inzake concurrentie.

De ontwerp-landsverordening tot vaststelling van de Landsverordening inzake concurrentie strekt tot het doen vaststellen van de regels gericht op het tot stand brengen van een effectief mededingingstoezicht en mededingingsbeleid en op de instelling van een mededingingsautoriteit, de Fair Trade Authority Curaçao. De ontwerp-landsverordening is tevens gericht op het doen vaststellen van de regels inzake mededinging en ontoelaatbare concurrentiebelemmeringen.

De SER juicht de totstandkoming van een Landsverordening inzake concurrentie en het oprichten van een onafhankelijke mededingingsautoriteit toe.

De SER veroorlooft zich in deze desondanks de volgende opmerkingen.

Het ontwerp is een novum op Curaçao. De daadwerkelijk economische- en financiële implicaties van het tot stand brengen van een effectief mededingingstoezicht en mededingingsbeleid en op de instelling van een mededingingsautoriteit zijn dan ook moeilijk in te schatten.

Slecht functionerende markten hebben een negatieve invloed op de groei van de maatschappelijke welvaart en de economische ontwikkeling van het eiland. De realiteit in andere landen heeft aangetoond dat er een aanzienlijke welvaartswinst is te boeken, doordat slecht functionerende markten leiden tot te hoge prijzen, gebrekkige kwaliteit en/of te weinig innovatie. De afnemers van de goederen en diensten in markten waar misbruik wordt gemaakt van marktmacht of waar sprake is van kartelvorming, te weten de consument maar ook bedrijven en overheidsinstellingen die afhankelijk zijn van bepaalde leveranciers, zijn dan ook degenen die last hebben van slecht functionerende markten.

Het terugdringen van deze marktimperfecties zal dan ook een positieve stimulans zijn voor verdere ontwikkeling van het land Curaçao. Naar het oordeel van de SER is het daarvoor cruciaal dat de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie, rekeninghoudende met de specifieke situatie van Curaçao, de randvoorwaarden creëert voor een goede marktwerking.

Effectief mededingingsbeleid

In onderhavige ontwerp-landsverordening is het raamwerk van de Europese mededingingsregelgeving met betrekking tot de inhoud van de primaire verboden (kartelverbod en verbod op misbruik van machtspositie) en het begrippenkader als uitgangspunt gekozen. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat op diverse plekken is afgeweken van het Europese raamwerk, om een zo effectief en efficiënt mogelijke regeling voor Curaçao te realiseren.

De ontwerp-landsverordening is op een aantal punten strenger dan de Europese mededingingsregelgeving ten behoeve van rechtszekerheid, door onder andere de opname van "per se" verboden gedragingen. Op andere punten is de ontwerp-landsverordening minder streng, zoals een ruimere bagateluitzondering. Deze verandering zijn ingegeven door de voor Curaçao specifieke omstandigheden, zoals het insulaire karakter en de beperkte omvang van de economie, zodat de mededingingsautoriteit zich vooral bezig kan houden met de voor Curaçao meer prangende concurrentievraagstukken.

De SER kan vooralsnog niet inschatten of deze aanpassingen ten opzichte van de Europese mededingingsregelgeving daadwerkelijk resulteren in een voor Curaçao meer effectief mededingingstoezicht.

De SER vraagt de regering om met betrekking tot de afwijkingen van het Europese raamwerk een nadere toelichting met betrekking tot de achterliggende motieven in de memorie van toelichting op te nemen.

Mededingingsbeleid is er op gericht dat bedrijven de marktstructuur of marktprocessen niet ten eigen bate manipuleren. In het beleidsvoorbereidende traject is in het kader van het rapport "Op weg naar een effectieve mededinging op Curaçao" onderzoek gedaan naar de huidige mededinging op Curaçao. Hiertoe is een analyse gemaakt van de marktstructuur van vijf sectoren te weten:

- (i) groot- en detailhandel van levensmiddelen;
- (ii) bancaire producten;
- (iii) bouw van infrastructurale projecten;
- (iv) import van geneesmiddelen; en
- (v) internet.

Het is voor de SER niet duidelijk waarom de vijf bovengenoemde sectoren als prioritaire sectoren zijn aangewezen. Naar het oordeel van de SER zijn er nog andere sectoren in de Curaçaose economie waar door het bevorderen van de marktwerking of het corrigeren van verstoringen in de structuur van de markt mogelijk aanzienlijke welvaartswinst kan worden behaald. De SER verwijst naar de op- en overslagactiviteiten in de haven, de water- en elektriciteitsvoorziening en mobiele telefonie.

Naar het oordeel van de SER dient er zo spoedig mogelijk een strategisch beleid met betrekking tot het bevorderen van de marktwerking te worden vastgesteld op basis waarvan de Fair Trade Authority Curaçao op objectieve wijze prioriteiten kan stellen c.q. prioritaire sectoren kan aanwijzen.

De SER raadt af om de Minister van Economische Ontwikkeling door middel van preventief toezicht zoals opgenomen in artikel 2.8, tweede lid, invloed te geven op het strategisch beleid van de Fair Trade Authority Curaçao, in verband met haar vereiste onafhankelijkheid, doch ook reeds vanwege de mogelijkheid dat de regering partij kan zijn in het door de Fair Trade Authority Curaçao te verrichten onderzoek.

De SER wijst de regering erop dat behalve door het bevorderen van de mededinging de marktwerking tevens kan worden gestimuleerd door het wegnemen van marktwerkingbeperkende c.q. marktwerkingversturende overheidsregulering. De SER dringt er bij de regering op aan om met het oog op het realiseren van een welvaartswinst door het bevorderen van de marktwerking tevens de noodzakelijke aandacht te besteden aan het wegnemen van marktwerkingversturende overheidsregulering (deregulering) en de effecten voor de concurrentie van voorgenomen wetgeving (wetgevingskwaliteit).

Onafhankelijke en deskundige mededingingsautoriteit

In de overweging van het ontwerp wordt gesteld dat het met het oog op de bescherming van de welvaart van primair de consument het wenselijk is een onafhankelijke en deskundige instantie te belasten met de handhaving van regels die ontoelaatbare concurrentiebelemmeringen verbieden en met de bevordering van de concurrentie in het algemeen door het geven van gevraagd en ongevraagd advies aan één of meer Ministers. Naar het oordeel van de SER is de onafhankelijkheid van een instituut zoals de mededingingsautoriteit van wezenlijk belang voor de geloofwaardigheid en het gezag van de mededingingsautoriteit evenals het draagvlak in de samenleving.

In de ontwerp-landsverordening wordt de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao gepositioneerd als een zelfstandig bestuursorgaan als bedoeld in artikel 111, eerste lid van de Staatsregeling van Curaçao

In de memorie van toelichting wordt gesteld dat ook bij een zelfstandig bestuursorgaan de Minister van Economische Ontwikkeling verantwoordelijk blijft voor de strategische zaken, waaronder de beleidsmatige invulling van de discretionaire bevoegdheden van de autoriteit. De SER vraagt zich af in hoeverre de voorgestane verantwoordelijkheid van de Minister van Economische ontwikkeling zich verhoudt tot de onafhankelijkheid van de Fair Trade Authority Curaçao.

Naar de mening van de SER dient er geen ruimte te bestaan voor de beïnvloeding van de Fair Trade Authority Curaçao door de Minister van Economische Ontwikkeling, nu een dergelijke beïnvloeding de onafhankelijkheid van het instituut ondermijnt.

Naar de mening van de SER kan de beïnvloeding van de Fair Trade Authority Curaçao door de Minister van Economische Ontwikkeling uitsluitend plaatsvinden via een repressief toezicht op het optreden van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao.

Dit laat onverlet dat het de Minister informatie kan opvragen omtrent het functioneren van de Fair Trade Authority.

Naar het oordeel van de SER is een raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao bestaande uit 3 leden, de Voorzitter en de plaatsvervangend Voorzitter daaronder begrepen, kwetsbaar.

De SER adviseert de regering de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao uit te breiden naar 5 leden met een tripartiete samenstelling. De SER stelt voor dat de regering, de werkgeversorganisaties en de werknemersorganisaties ieder één lid voor benoeming voordragen en dat deze drie leden vervolgens in samenspraak het vierde en het vijfde lid voor benoeming voordragen.

Met het oog op een goede uitoefening van de aan de Fair Trade Authority Curaçao opgedragen taken is naar het oordeel van de SER de kwaliteit en deskundigheid van de leden van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao en de medewerkers van het ondersteunende bureau van belang. De SER stelt daarom voor een profielschets voor de leden van de raad van bestuur op te stellen, en om voor de medewerkers van het bureau een degelijke functieomschrijving te hanteren.

Voor de SER geldt tevens dat uitsluitend kandidaat leden van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao voor benoeming in aanmerking kunnen komen indien Stichting Bureau Toezicht en Normering Overheidsentiteiten (SBTNO) positief over een kandidaat heeft geadviseerd.

De SER geeft de regering tevens in overweging gezien de sociaal-economische aspecten verbonden aan de werkzaamheden van de raad van bestuur van de Fair Trade Authority Curaçao in artikel 2.2 tweede en derde lid "gehoord de Raad van Advies" te vervangen door "gehoord de Sociaal Economische Raad" en de lijst met incompatibele functies uit te breiden met "het lidmaatschap van de Sociaal Economische Raad".

Naar het oordeel van de SER dient de financieringsmodaliteit van de mededingingsautoriteit met de nodige waarborgen te worden omkleed ter voorkoming ervan dat de beoogde onafhankelijkheid in het geding komt. De SER geeft de regering in overweging om de begrotingsmiddelen van de Fair Trade Authority Curaçao zodanig wettelijk in te bedden dat de Fair Trade Authority Curaçao over voldoende middelen beschikt om zich, met

inachtneming van de doelstelling, te manifesteren als een effectieve onafhankelijke mededingingsautoriteit.

Gelet op de schaal van Curaçao ligt het, naar het oordeel van de SER, voor de hand om op korte termijn de mededingingsautoriteit, de regulatory board en de consumentenbescherming onder te brengen in één bestuursorgaan.

De inhoudelijke raakvlakken tussen het mededingingstoezicht, de consumentenbescherming en de marktregulering door de regulatory board, zorgen ervoor dat integratie van deze taken in één organisatie positieve gevolgen heeft op de wijze waarop de Fair Trade Authority Curaçao de haar opgedragen taken kan uitvoeren. Een geïntegreerde mededingingsautoriteit leidt naar het oordeel van de SER tot zo competitief mogelijk gereguleerde sectoren.

Door het maken van een aantal doordachte keuzes acht de SER het dan ook niet onmogelijk om rekening houdend met de beperkingen van een klein eiland, (gefaseerd) een effectieve en efficiënte Fair Trade Authority Curaçao in het leven te roepen.

De SER geeft de regering in overweging om de ontwerp-landsverordening inzake concurrentie nader te doen analyseren en nader te motiveren. De SER vraagt daarbij aandacht voor de in dit advies gegeven standpunten inzake de ontwerp-landsverordening tot vaststelling van de Landsverordening inzake concurrentie.

Namens de Sociaal Economische Raad,

De fungerend Voorzitter,



mr. J.H. Jacobs

De Secretaris,



mw. drs. J.J. Provence