

Landsverordening houdende regels
inzake de mededinging in Aruba en
de instelling in dat kader van een Au-
toriteit Markt en Consument (Mede-
dingingsverordening)

MEMORIE VAN TOELICHTING

no. 3

Algemene toelichting

1. Motivering van de ontwerp-landsverordening

1.a. Algemeen

De economische veranderingen, zowel mondiaal als lokaal, die zich de laatste decennia hebben voorgedaan en de eisen die daaruit voortvloeien voor het economisch beleid, met name ook voor een concurrentiebeleid, zijn de aanleiding geweest om een Arubaanse Mededingingsverordening op te stellen. De globalisering van economische relaties, de snelle technologische ontwikkelingen en de voortgaande mondiale afbouw van nog resterende handelsbelemmeringen hebben tot gevolg dat de internationale concurrentie steeds dieper doordringt tot de nationale economie. Dit geldt ook onverkort voor Aruba. De importconcurrentie neemt toe, ook in bedrijfstakken die zich eerder beschermd konden weten tegen buitenlandse producten en diensten. Een voorbeeld hiervan zijn de ontwikkelingen op het terrein van de telecommunicatie. De geografische mobiliteit van investeringen is voorts sterk toegenomen. Bedrijfsactiviteiten zijn daardoor steeds minder aan de historische vestigingsplaats gebonden. Dat geeft risico's voor bestaande activiteiten maar schept ook nieuwe kansen.

Tegen deze achtergrond van een veranderende en veeleisende externe omgeving zullen nationale ambities ten aanzien van welvaart, werkgelegenheid, duurzaamheid en welzijn moeten worden waargemaakt.

Dit stelt nieuwe eisen aan overheid en bedrijfsleven. Een van die eisen is het zorg dragen voor goed functionerende goederen- en dienstenmarkten. Dynamische en scherp reagerende markten zijn ook belangrijk voor de Arubaanse economie. Sturing en zelfbescherming tegen concurrentie door kartels of door kartelmatig functionerende samenwerkingsverbanden zijn schadelijk voor het prestatievermogen van een land. Hetzelfde geldt voor concentraties van economische macht.

In deze visie staat Aruba niet alleen; het belang van een goede marktwerking wordt tegenwoordig wereldwijd onderschreven.

De laatste jaren is de overtuiging gegroeid dat de werking van de goederen- en dienstenmarkten in Aruba te wensen overlaat en dat een in te voeren mededingingsbeleid de werkgelegenheid en economische groei kan bevorderen.

Ondernemerschap en marktwerking zijn belangrijk maar bieden ook niet altijd een oplossing voor alle maatschappelijke problemen van een moderne samenleving. Er zijn vele terreinen waar de overheid een regulerende of beschermende rol dient te vervullen. Enkele voorbeelden zijn op het gebied van de sociale zekerheid en de openbare veiligheid. Op andere gebieden biedt de overheid zelf publieke goederen en diensten aan of maakt zij door middel van regelgeving marktwerking mogelijk die anderszins beperkt of bedreigd zou zijn. De economische ambities van Aruba zullen voor een belangrijk deel echter gedragen moeten worden door de activiteiten en de vrije individuele beslissingen van ondernemers, ondernemers die gestuurd, beloond en geprikkeld worden door concurrentie op binnen- en zo mogelijk buitenlandse markten. Belemmeringen van de mededinging werken in dit opzicht contraproductief.

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 een markt, is dat daardoor een minder efficiënte verdeling van productiemiddelen tot stand komt, zowel in statistische als in dynamische zin. Dat betekent dat de prijzen en kosten van bestaande goederen en diensten ongunstig beïnvloed worden.

Voorts leert de ervaring dat een ingreep in de marktverhoudingen en marktuitskomsten ook het marktmechanisme zelf niet ongemoeid laat. De primaire functie van het marktmechanisme in een markteconomie is dat het ondernemers, werknemers en consumenten niet alleen stuurt, maar ook stimuleert en disciplineert. Wanneer dat mechanisme, om welke reden dan ook, die functies niet goed meer kan uitvoeren, dan vermindert dat het kwaliteitsbewustzijn en de prikkel om te zoeken naar nieuwe en betere producten en diensten. Ook dat zijn in zekere zin kosten; nadelige effecten die op den duur een rol kunnen spelen in het spel om de gunsten van de consument en de investeerder.

Het motief voor private regulering van het marktmechanisme is niet zelden de verwezenlijking van op zich zelf respectabele doeleinden. Bijvoorbeeld om schaalvoordelen in de productie, distributie of inkoop te realiseren, om beunhazerij te bestrijden, om de uitwassen van ongebreidelde concurrentie tegen te gaan of om de goede naam van een sector te bescher-

men. Vastgesteld moet worden dat de prijs die voor deze vormen van economische en sociale zelfregulering betaald moet worden - in casu de minder goede allocatie van middelen en de verminderde concurrentie op de markten - zelden zal opwegen tegen de baten. Voor kartels geldt bovendien nog dat degenen aan wie de baten van de samenwerking toevallen zelden dezelfde zijn als degenen die de kosten moeten dragen - veelal de minder goed georganiseerde consumenten -, zodat het zelfcorrigerend vermogen gering is. Hetzelfde geldt voor marktdominerende machtsconcentraties.

De eisen die de internationale concurrentie en de mondiale consument aan het begin van de eenentwintigste eeuw stellen, vergen in toenemende mate een alertheid, flexibiliteit en vernieuwingsgezindheid die zich slecht verhoudt met de heersende cultuur van bescherming van posities op de lokale markt en inperking van het primaat van de markt ten gunste van de gevestigde belangen.

Het nieuwe mededingingsbeleid zal een bijdrage kunnen en moeten leveren aan de vereiste cultuuromslag. Beperking van de concurrentie door mededingingsbeperkende afspraken of door misbruik van een machtspositie wordt afgewezen, zij het dat concurrentiebeperkingen bij nuttige vormen van samenwerking aanvaardbaar kunnen zijn. Voor deze mededingingsbeperkende afspraken en voor misbruik van een machtspositie wordt een verbodssysteem ingevoerd. Concurrentiebeperkingen hebben immers in het algemeen, zoals ook hiervoor betoogd, concrete negatieve effecten, zoals verstarring van de aanbodstructuren, vermindering van de vernieuwingsprikkel, vermindering van de prikkel tot efficiënt produceren, een opwaartse druk op de prijzen en een negatief welvaartseffect.

Ook is het noodzakelijk met betrekking tot concentraties voorzieningen te treffen. Dat is een onmisbaar element van het mededingingsbeleid. Naast mededingingsafspraken en misbruik van een machtspositie kunnen immers ook concentraties een bedreiging vormen voor de mededinging. Dat is het geval, als door fusies of overnames machtsposities ontstaan of worden versterkt. Het ontwerp bevat echter geen inhoudelijk concentratietoezicht, maar uitsluitend een meldingsplicht. Door het toezicht te beperken tot een meldingsplicht, wordt de Autoriteit Markt en Consument (Autoriteit) tijdens haar - toch al wat tijd en middelen betreft kostbare - opstartfase enige ruimte geboden in prioriteitsstelling (effectieve aanpak van de eerste kartel- en misbruikzaken). Op basis van de gemelde concentraties zal bij de evaluatie van de landsverordening binnen vijf jaar de wenselijkheid van inhoudelijk concentratietoezicht worden onderzocht.

De achterliggende doelstelling van het mededingingsbeleid en daarmee ook van deze landsverordening is tot goed functionerende markten te

komen, waarvan de vruchten uiteindelijk aan de burger, in de meeste gevallen in zijn hoedanigheid van consument, ten goede komen. In deze zin past het tot stand brengen van deze landsverordening binnen de beleidsdoelstelling de positie van de consument te versterken.

1.b. Onderzoek naar mededingingspraktijken op Aruba

De regering heeft de Nederlandse Stichting Economisch Onderzoek (SEO) verzocht een onderzoek te doen naar mededingingspraktijken op Aruba. Dit onderzoek – Na caminda pa competencia efectivo na Aruba - heeft zich gericht tot drie sectoren, namelijk de groot- en detailhandel van levensmiddelen, de markt voor zeetransport van containers en de markt voor bancaire producten. Uit het onderzoek komt naar voren dat er verstoringen in de concurrentie bestaan die zijn toe te schrijven aan zowel mededingingsbeperkende gedragingen van bedrijven als aan de wijze waarop de Arubaanse overheid met beleid en wet- en regelgeving ingrijpt in marktstructuren en markttuitkomsten. De marktanalyses die in dit onderzoek zijn verricht laten zien dat er sprake is van, soms ernstige, verstoringen van concurrentie op Aruba. In twee van de drie onderzochte bedrijfstakken zijn serieuze mededingingsbeperkende gedragingen van bedrijven aangetroffen waartegen een mededingingsautoriteit zou kunnen optreden. In de markt voor levensmiddelen is in een regionale markt sprake van een kartelafpraak tot aanbod restrictie en streeft de branchevereniging van supermarkten ernaar de concurrentie te kanaliseren en beperken. In de markt voor bancaire producten wordt de Fundacion Cas pa Comunidad Arubano (FCCA) verplicht om voor de financiering van hypothecaire leningen voor de lagere inkomensgroepen uitsluitend zaken te doen met een consortium van banken, verzekeraars en pensioenfondsen, waardoor de concurrentie tussen deze partijen wordt uitgesloten.

Mededingingsbeperkende gedragingen als hierboven omschreven zullen verboden worden bij een mededingingswet, omdat deze de concurrentie beperken en ten koste gaan van de afnemers dan wel consument en van de maatschappelijke welvaart.

Naast de mededingingsbeperkende gedragingen van marktspelers is, zoals reeds vermeld, ook geconstateerd dat het optreden van de overheid zelf soms ongewenste effecten heeft en leiden tot inefficiënties in de markt. Hierbij zou een mededingingsautoriteit een rol kunnen spelen, met name bij het meedenken en adviseren over vormen van overheidsingrijpen die dezelfde doelen dienen, zonder dat deze gepaard gaan met verstoringen van de concurrentie. Effectief mededingingsbeleid versterkt de economie van Aruba en de positie van de consument en burger in Aruba.

2. *Uitgangspunten van de Mededingingsverordening*

Zoals hiervoor aangegeven voorziet het ontwerp in een verbod van mededingingsafspraken en van misbruik van een machtspositie, alsmede in een preliminaire vorm van concurrentietoezicht door het verplicht melden van bepaalde concentraties.

Bij het opstellen van de landsverordening is gekeken naar de wetgeving op dit terrein in een aantal andere landen. Daarbij zijn er landen die gebonden zijn aan het EU-mededingingsrecht zoals Nederland en landen die dat niet zijn. Uit deze landenvergelijking blijkt dat de hiervoor genoemde drie elementen in vrijwel elke wettelijke regeling op het gebied van het mededingingsrecht voorkomen. Zo is overeenkomstig de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) (grensoverschrijdend) anti-concurrentieel gedrag door ondernemingen verboden. Artikel 101 van het VWEU verbiedt mededingingsbeperkende vormen van samenwerking en samenspanning. Daarbij valt te denken aan afspraken over prijzen, productie en afzetmarkten. Artikel 102 van het VWEU richt zich tot ondernemingen met een dominante marktmacht en verbiedt deze zich schuldig te maken aan het uitbuiten van consumenten (bijvoorbeeld door het rekenen van excessieve prijzen) en het uitsluiten van concurrenten (bijvoorbeeld door het wegkopen van consumenten door het tijdelijk rekenen van zgn. “roofprijzen”).

Een van de verdere uitgangspunten van het voorstel is dat concurrentie op zich goed is, maar dat toch ook bepaalde vormen van samenwerking tussen ondernemingen tot maatschappelijke voordelen kunnen leiden. Wel moeten die ondernemingen aannemelijk maken dat die samenwerking dat soort voordelen met zich mee zal brengen. Ook moeten zij aannemelijk maken dat de aan die samenwerking verbonden concurrentiebeperking niet verder gaat dan noodzakelijk is om die voordelen te bewerkstelligen, en dat er voldoende concurrentie op de desbetreffende markt overblijft.

De Mededingingsverordening zal gericht zijn op het tegengaan van de ongewenste economische effecten van concurrentiebeperkingen. In het voorstel is het criterium voor het van toepassing zijn van de verbodsbepalingen dan ook niet de juridische vorm van de concurrentiebeperking, maar de inhoud daarvan.

Het voorstel is van toepassing op ondernemingen. Onder dat begrip onderneming valt iedere entiteit die aan het economisch proces, gericht op het produceren of distribueren van goederen of het verlenen van diensten, deelneemt. Dit geldt ongeacht de rechtsvorm of de wijze van financiering van die entiteit en ongeacht of er sprake is van een winst oogmerk. Ondernemingen kunnen natuurlijke personen of rechtspersonen zijn, private bedrijven of

overheidsbedrijven, producenten, distributeurs, dienstverleners en vrije beroepsbeoefenaren.

Het voorstel is op alle sectoren van toepassing. Wel wordt onderkend dat met name sectoren waarin ondernemingen door de overheid zijn belast met taken van algemeen economisch belang, een bijzonder karakter hebben. Dat betekent echter niet dat die sectoren buiten de toepassing van het mededingingsbeleid blijven, maar wel dat daarvoor bijzondere mededingingspolitieke normen gelden.

Wat de territoriale werkingsfeer betreft is voor het van toepassing zijn van het verbod van mededingingsafspraken niet bepalend de plaats waar een mededingingsafpraak wordt gemaakt of waar de betrokken ondernemingen gevestigd zijn. De beslissende factor voor het van toepassing zijn van dat verbod is de plaats waar een mededingingsafpraak ten uitvoer wordt gelegd.

Voor het van toepassing zijn van het verbod van misbruik van een machtspositie is bepalend of er sprake is van misbruik van een machtspositie op de Arubaanse markt.

Bij de handhaving van de Mededingingsverordening zal de Autoriteit haar bevoegdheden alleen kunnen uitoefenen binnen het Arubaanse grondgebied. Dat betekent dat zij de naleving van de landsverordening door ondernemingen kan afdwingen als die in Aruba gevestigd zijn of in Aruba dochterondernemingen of nevenvestigingen hebben.

3. Mededingingsafspraken

3.a. Vormen van mededingingsafspraken

Het verbod van artikel 2.1 is van toepassing op verschillende vormen van mededingingsafspraken.

In de eerste plaats vallen onder het verbod overeenkomsten tussen ondernemingen. Het gaat daarbij niet alleen om juridisch bindende overeenkomsten naar burgerlijk recht. Van een overeenkomst in de zin van het verbod is al sprake, als tussen ondernemingen consensus bestaat om hun concurrentiegedrag te regelen. Daartoe is voldoende dat ondernemingen de bedoeling hebben om rekening te houden met elkaars belangen en zich te onderwerpen aan economische, sociale of morele druk. Bovendien is van een overeenkomst in de zin van dat artikel ook sprake, als de betrokken ondernemingen consensus bereiken via een derde. Dat kan een gemeenschappelijke leverancier of licentiegever zijn, die het concurrentiegedrag van die ondernemingen bepaalt. Een vergelijkbare constructie is die, waarbij kartelleden ieder afzonderlijk met een gemeenschappelijk kartelbureau concurrentiebeperkende afspraken maken.

In de tweede plaats vallen onder het verbod besluiten van ondernemersverenigingen. Onder ondernemersvereniging wordt iedere organisatie verstaan die een aantal ondernemingen verenigt. Zij hoeft niet de juridische vorm van een vereniging te hebben en hoeft zelfs geen rechtspersoonlijkheid te bezitten.

In de derde plaats vallen onder het verbod onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Dit begrip houdt een vorm van coördinatie in tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking. Parallel gedrag mag op zichzelf niet met onderling afgestemd feitelijk gedrag worden gelijkgesteld, maar kan daar wel een aanwijzing voor zijn. Een eenzijdige "aanbeveling", bijvoorbeeld van een leverancier aan een afnemer betekent op zichzelf geen inbreuk op het verbod. Als die aanbeveling evenwel door de afnemer wordt opgevolgd en dit door de leverancier wordt gecontroleerd, is er sprake van verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging. Ook aanbevelingen die zijn gebaseerd op een horizontale overeenkomst of op een besluit van een ondernemersvereniging kunnen onder het verbod vallen, als het opvolgen daarvan een concurrentiebeperkend effect heeft.

Volgens artikel 2.1 zijn overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen verboden, als zij er toe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Overeenkomsten en besluiten vallen onder dat verbod, als duidelijk is dat zij die strekking hebben, ongeacht of zij ook dat gevolg hebben. Die strekking kan blijken uit de overeenkomst of het besluit zelf of uit de omstandigheden. Onderling afgestemd feitelijk gedrag valt naar zijn aard eerst onder het verbod, als er een begin van uitvoering heeft plaatsgevonden. Van een feitelijk mededingingsbeperkend gevolg hoeft daarvoor geen sprake te zijn.

3.b Inhoud van de mededingingsbeperking

Artikel 2.1 van het voorstel is alleen van toepassing op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarbij twee of meer ondernemingen zijn betrokken die ten opzichte van elkaar een mate van zelfstandigheid hebben, die hen in staat stelt hun marktgedrag onafhankelijk van elkaar te bepalen. Bij concernrelaties zal, al naar gelang de mate van zeggenschap van de moedermaatschappij, van een dergelijke zelfstandigheid geen sprake zijn. Een afspraak tussen het Land en een onderneming valt niet onder het verbod, maar een afspraak tussen een overheidsbedrijf en een andere onderneming wel.

Artikel 2.1 is niet van toepassing op overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers respectievelijk werkgevers- en werknemersorganisaties voor zover het betreft lonen en andere arbeidsvoorwaarden (cao's). Op grond van artikel 2.5 zijn cao's uitgezonderd van de werking van deze landsverordening.

Het verbod geldt niet alleen voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot de aanbodzijde, maar ook met betrekking tot de vraagzijde van de markt. Het verbod is ook bedoeld om vraagmacht tegen te gaan.

Mededingingsafspraken worden veelal gemaakt tussen ondernemingen die met elkaar in concurrentie staan, bijvoorbeeld tussen producenten, tussen groothandelaren of tussen detaillisten. Men spreekt dan van horizontale mededingingsafspraken. Ook is feitelijk sprake van een horizontale mededingingsafpraak, als ondernemingen die met elkaar in concurrentie staan, ieder afzonderlijk met een kartelbureau afspraken maken met als strekking of gevolg dat de onderlinge concurrentie wordt beperkt (pseudo-verticale kartels).

Verticale mededingingsafspraken zijn afspraken tussen ondernemingen die niet met elkaar in concurrentie staan, bijvoorbeeld tussen een leverancier en een afnemer.

Het verbod van artikel 2.1 van het voorstel is, zoals hiervoor reeds aangegeven, niet alleen van toepassing op horizontale, maar ook op verticale mededingingsafspraken. Dit is van belang omdat alle verticale mededingingsafspraken in zoverre een horizontaal effect hebben, dat daardoor een onderneming in haar handelen wordt beperkt ten opzichte van andere ondernemingen die met haar in concurrentie staan. Dat effect wordt versterkt wanneer, zoals bij verticale mededingingsafspraken meestal het geval is, bijvoorbeeld een leverancier met een groot aantal distributeurs dezelfde afspraken maakt (waaierconstructies). Tussen die distributeurs vindt dan een beperking van de concurrentie plaats. Verticale mededingingsafspraken vormen daarom vaak een alternatief voor horizontale mededingingsafspraken.

Dergelijke netwerken van verticale mededingingsafspraken kunnen bovendien tot gevolg hebben, dat niet aangesloten distributeurs uitgesloten zijn van levering door de aangesloten leverancier en dat een niet aangesloten leverancier geen mogelijkheid heeft zijn goederen via de aangesloten distributeurs af te zetten. Een ander gevolg kan zijn dat distributeurs, doordat zij door leveranciers aan verkoopprijzen worden gebonden, hun omzet niet kunnen vergroten door hun verkoopprijzen te verlagen en ook geen kostenvoordelen kunnen doorgeven aan de consument. De bescherming die verti-

cale mededingingsafspraken aan distributeurs bieden door bijvoorbeeld margegarantie, vermindert de stimulans tot doelmatigheid en leidt tot een opwaartse druk op het prijsniveau. Verticale mededingingsafspraken zijn vaak onderdeel van verticale samenwerkingsverbanden. In verband met het mogelijk toenemen van het aantal van dat soort samenwerkingsverbanden is het van belang, dat zowel de concurrentie binnen die samenwerkingsverbanden (intra-brand-concurrentie) als tussen die samenwerkingsverbanden (inter-brand-concurrentie) zoveel mogelijk in stand blijft. Voor zover verticale mededingingsafspraken een flexibelere benadering behoeven, is dat te realiseren met een verbodssysteem met vrijstellings- en ontheffingsmogelijkheden.

Tenslotte kan nog het volgende worden opgemerkt over beperkingen van de prijsconcurrentie. Het verbod is niet alleen van toepassing op rechte bindende prijsafspraken. Ook “aanbevolen prijzen” (adviesprijzen, richtprijzen) van een leverancier aan zijn afnemers kunnen onder het verbod vallen, bijvoorbeeld als de naleving van de geadviseerde prijzen door de leverancier wordt gecontroleerd, of als de niet-naleving daarvan leidt tot bepaalde sancties. Alleen als de aanbevolen prijzen niet leiden tot onderling afgestemd feitelijk gedrag tussen de leverancier en zijn afnemers noch tussen die afnemers onderling, is er geen sprake van een inbreuk op het verbod. Zoals eerder opgemerkt, kunnen ook aanbevelingen gebaseerd op een horizontale overeenkomst of op een besluit van een vereniging van ondernemingen, bijvoorbeeld met betrekking tot prijzen, onder het verbod vallen, als het opvolgen daarvan een concurrentiebeperkend effect heeft. Voorts vallen ook de zogenaamde openprijssystemen onder het verbod. Het gaat daarbij om systemen waarbij de aangesloten ondernemingen hun eigen prijzen en voorwaarden vaststellen, maar verplicht zijn concrete informatie over prijzen, kortingen, prijswijzigingen en dergelijken aan elkaar mee te delen of aan een bureau te melden die die gegevens aan de aangesloten ondernemingen mededeelt. Dergelijke mededelingen hebben tot gevolg dat de betrokken ondernemingen zich minder geneigd voelen hun prijzen te wijzigen, omdat zij weten dat hun voornaamste concurrenten onmiddellijk daarvan op de hoogte worden gesteld en dus zullen kunnen reageren. Dergelijke systemen verlenen de prijzen een zekere onbeweeglijkheid in die zin dat, wanneer een prijswijziging optreedt, zij min of meer collectief is.

4. Bagatelvoorziening

Bij de bagatelvoorziening van artikel 2.2 van het voorstel gaat het er om mededingingsafspraken vrij te stellen die vanuit een oogpunt van het Arubaanse mededingingsbeleid van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn. De

overweging daarbij is dat ter bevordering van de doelmatigheid van de uitvoering van de Mededingingsverordening, die uitvoering gericht moet zijn op zaken, die uit een oogpunt van mededinging van ten minste enig belang zijn.

De bagatelvoorziening kan daardoor er mede toe bijdragen de lasten voor kleinere ondernemingen zoveel mogelijk te beperken.

De bagatelbepaling is niet een uitwerking van het zogenaamde merkbaarheidsvereiste, bedoeld in artikel 2.1, en daarmee van de reikwijdte van het verbod van mededingingsafspraken. De bagatelvoorziening heeft betrekking op mededingingsafspraken die weliswaar onder het verbod vallen, maar die niettemin uit oogpunt van mededinging van ondergeschikte betekenis zijn.

Ten einde de Autoriteit niet te belasten met deze mededingingsafspraken van ondergeschikte betekenis is een drempel gekozen, die vrij hoog ligt, namelijk 25% van het gezamenlijke marktaandeel. Bij de berekening van marktaandelen zullen de internationaal meest toegepaste analysemethoden, modellen en technieken worden gebruikt. Deze bagatelvrijstelling zal niet gelden voor de zogenaamde per se verboden gedragingen.

5. Verbod van misbruik van een machtspositie

5.a Machtspositie

In artikel 1.1, eerste lid, van het voorstel wordt een definitie gegeven van hetgeen in deze landsverordening wordt verstaan onder "machtspositie". In artikel 2.7 van het voorstel wordt misbruik van een machtspositie verboden.

Om te bepalen of sprake is van een machtspositie moet eerst de relevante markt worden afgebakend. Dat kan zowel de markt aan de aanbodzijde zijn als aan de vraagzijde. De relevante markt wordt bepaald door de aard van de desbetreffende producten of diensten, het gebied in geografische zin waarbinnen de betrokken onderneming moet concurreren en de objectieve mededingingsvoorwaarden die voor alle ondernemingen gelijk zijn.

Vervolgens moet worden nagegaan of op de relevante markt sprake is van een machtspositie. Daarvoor is allereerst bepalend de marktstructuur. In dat verband is in de eerste plaats het marktaandeel van de onderneming van belang. Bij de berekening van marktaandelen zullen zoals reeds vermeld de internationaal meest toegepaste analysemethoden, modellen en technieken worden gebruikt. Zeer aanzienlijke marktaandelen, uitzonderingsomstandigheden daargelaten, leveren op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie. Dat is het geval bij een marktaandeel van 60% of meer. Bij kleinere marktaandelen kan er weliswaar een sterke aanwijzing zijn van een machts-

positie, maar moeten ook additionele factoren worden onderzocht. Dat zijn met name het marktaandeel van de onderneming tot de marktaandelen van haar concurrenten, de mate waarin haar leveranciers en afnemers van haar afhankelijk zijn en de mate waarin zij haar prijzen en leveringsvoorwaarden zelf kan bepalen.

Vervolgens is van belang de structuur van de onderneming zelf, waarbij het gaat om de mate waarin zij zelf een concurrentievoorsprong heeft door bijvoorbeeld technologische en financiële reserves, productiecapaciteit, toegang tot bepaalde voorzieningsbronnen en grondstoffen. Ten slotte is van belang het gedrag van de onderneming, in die zin dat bijvoorbeeld het toepassen van extreem hoge prijzen of vormen van verdringingsconcurrentie kunnen wijzen op een machtspositie.

Ten einde evenwel het toezicht op de naleving van deze bepaling, zeker in de eerste jaren van de nieuwe organisatie, te vergemakkelijken is er voor gekozen om in de landsverordening te bepalen dat een onderneming in ieder geval een machtspositie heeft indien hij op de relevante markt een marktaandeel heeft van 60% of meer.

In het Europese mededingingsrecht wordt in beginsel aangenomen dat een onderneming met een marktaandeel van 50% of meer, beschikt over een machtspositie. De grens van een marktaandeel van 60% in plaats van de lagere Europese richtlijn van 50% heeft met het feit dat Aruba, in verband met de kleinschaligheid van de economie, van nature te maken heeft met wat hogere marktconcentratiecijfers dan de Europese economieën.

Met de zinsnede “een of meer ondernemingen” in de definitie van “machtspositie” in artikel 1.1, eerste lid, van het voorstel wordt aangegeven dat ook twee of meer ondernemingen tezamen een machtspositie kunnen innemen in de zin van die bepaling. Ook op misbruik van een dergelijke machtspositie is het verbod van artikel 2.7 van toepassing. Van een collectieve machtspositie kan sprake zijn als twee of meer onafhankelijke economische eenheden op een specifieke markt door zodanige economische banden zijn verenigd, dat zij hierdoor hun optreden op de markt kunnen coördineren. Dit kan het geval zijn, als twee of meer onafhankelijk ondernemingen tezamen door middel van een overeenkomst of een licentie over een technologische voorsprong beschikken die het hun mogelijk maakt zich jegens hun concurrenten, hun afnemers en uiteindelijk de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.

De machtspositie van vragers moet analoog worden vastgesteld aan de wijze waarop de machtspositie van aanbieders moet worden vastgesteld. Van een machtspositie aan de vraagzijde is sprake, als een afnemer een zodanige positie van economische of feitelijke aard heeft dat hij in staat is de

mededinging op de relevante markt te beperken doordat hij zich in merkbare mate onafhankelijk kan gedragen van zijn concurrenten en leveranciers. Of een afnemer een machtspositie heeft, hangt in hoge mate af van de mate waarin de leveranciers in staat zijn van afnemer te veranderen.

5.b Misbruik van een machtspositie

Bij misbruik van een machtspositie kunnen verschillende vormen worden onderscheiden. Een eerste vorm is die waarbij de machtspositie wordt uitgebuit om voordelen te behalen die in een situatie van voldoende concurrentie niet gerealiseerd hadden kunnen worden, bijvoorbeeld extreem hoge prijzen. Een tweede vorm is die waarbij een onderneming die een machtspositie heeft, haar eigen positie versterkt ten opzichte van haar concurrenten, bijvoorbeeld door toepassing van getrouwheidskortingen om bepaalde afnemers aan zich te binden waardoor die niet van andere leveranciers zullen afnemen, door leveringsweigering of door selectieve prijsopbodding. Overigens is in de praktijk veelal sprake van een combinatie van deze vormen van misbruik. Zo kan koppelverkoop afnemers rechtstreeks benadelen, maar ook uitsluiting van concurrenten tot gevolg hebben.

Het in artikel 2.7 geregelde verbod is niet van toepassing als een onderneming die een machtspositie heeft, die positie versterkt door met een andere onderneming te fuseren of die over te nemen. Een dergelijke fusie of overname is een vorm van concentratie in de zin van de bepalingen inzake concentratietoezicht van dit voorstel. Valt een dergelijke concentratie boven de daartoe gestelde grenzen, dan zijn daarop uitsluitend de bepalingen met betrekking tot het concentratietoezicht van toepassing. Ligt een dergelijke concentratie beneden die grenzen, dan zijn die bepalingen daarop niet van toepassing. Die concentratie wordt dan uit een oogpunt van concentratietoezicht niet van belang geacht en behoeft ook niet te worden gemeld.

Het zou niet juist zijn een dergelijke concentratie, als de onderneming die met een andere onderneming fuseert of die andere onderneming overneemt een machtspositie heeft, wel aan te merken als misbruik van die positie. Het is daarom consistent daarop niet het verbod van artikel 2.7 van toepassing te laten zijn.

Voor het van toepassing zijn van het verbod van artikel 2.7 is niet vereist dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de machtspositie en het misbruik. Evenmin is vereist dat de machtspositie het middel is voor het misbruik. Ook gewone commerciële gedragingen, die ook bij ondernemingen zonder machtspositie voorkomen, kunnen strijd met dat verbod opleveren, als zij zich voordoen bij een onderneming met een machtspositie. Zo is prijsopbodding een gewoon middel tot concurreren. Toegepast door een

onderneming met een machtspositie kan zij evenwel een inbreuk op dat verbod opleveren, als het gevolg is dat de mededinging op de desbetreffende markt wordt beperkt of vervalst. Dat kan het geval zijn als die prijzen beneden de gemiddelde variabele kosten liggen en de onderneming daarmee tracht een concurrent uit te schakelen ofwel als die prijzen beneden de gemiddelde totale kosten maar boven de gemiddelde variabele kosten liggen en zij zijn vastgesteld in verband met een plan dat ten doel heeft de concurrent uit te schakelen.

6. Concentratietoezicht

6.a Redenen voor de invoering van concentratioezicht

Ondernemingsconcentraties zijn vormen van samengaan van ondernemingen die leiden tot duurzame veranderingen in de structuur van de betrokken ondernemingen. Hierin onderscheiden zij zich van samenwerkingsafspraken tussen zelfstandig blijvende ondernemingen. Laatstbedoelde afspraken vallen, indien ze gepaard gaan met het beperken van de mededinging, onder de bepalingen van dit voorstel die betrekking hebben op mededingingsafspraken. Een concentratie leidt tot een structurele verbinding tussen ondernemingen waardoor deze ten opzichte van elkaar geen zelfstandige marktpartijen meer zijn. De bepalingen inzake mededingingsafspraken zijn in beginsel op hun onderlinge betrekkingen niet van toepassing. Concentraties kunnen echter evenzeer als mededingingsafspraken nadelige gevolgen hebben voor de mededinging. Dit kan met name het geval zijn wanneer ondernemingen die een sterke positie op de markt innemen, deze positie door middel van een concentratie verder versterken. In dergelijke gevallen kunnen door concentraties machtsposities ontstaan of worden versterkt die de mededinging op een markt in vergaande mate uitschakelen. Concentratietoezicht vormt daarom een logisch onderdeel van een mededingingsverordening. Een nadeel van concentratioezicht is evenwel dat het een groot beslag kan leggen op de middelen van een autoriteit, die in dit geval beperkt zijn.

In het onderhavige ontwerp is gekozen voor een middenweg: het ontwerp bevat geen inhoudelijk concentratioezicht, maar uitsluitend een meldingsplicht. Door het toezicht te beperken tot een meldingsplicht, wordt de Autoriteit tijdens haar - toch al wat tijd en middelen betreft kostbare - opstartfase enige ruimte geboden in prioriteitsstelling (effectieve aanpak van de eerste kartel- en misbruikzaken). Op basis van de gemelde concentraties zal bij de evaluatie van de landsverordening binnen vijf jaar de wenselijkheid van inhoudelijk concentratioezicht worden onderzocht.

Het is, vooral uit lastenoogpunt, niet wenselijk dat alle concentraties worden gemeld. Het moet gaan om gevallen die een aanzienlijk effect kunnen hebben op de mededingingsverhoudingen op de Arubaanse markt. Daarom is voorzien in relatief substantiële drempels. Concentraties die onder de drempels blijven vallen buiten de werkingssfeer van de landsverordening.

6.b Concentraties

Het concentratietoezicht heeft betrekking op fusies en op de verkrijging van zeggenschap in ondernemingen. Onder bepaalde voorwaarden kan de laatste categorie ook de totstandbrenging van gemeenschappelijke ondernemingen (joint ventures) omvatten.

Van een fusie is sprake wanneer twee of meer onafhankelijke ondernemingen opgaan in een nieuwe onderneming. Het kan daarbij gaan om de situatie waarin een of meer ondernemingen juridisch ophouden te bestaan en nieuwe rechtspersonen worden opgericht, zoals bij een juridische fusie het geval kan zijn. Het is ook denkbaar dat de juridische entiteiten blijven bestaan, maar niettemin een nieuwe economische eenheid wordt gecreëerd waarin activiteiten van de bij de fusie betrokken ondernemingen worden ondergebracht. Ook dan is sprake van een fusie.

Een concentratie vindt ook plaats wanneer een onderneming, dan wel een natuurlijke persoon of rechtspersoon die reeds zeggenschap heeft in een of meer ondernemingen, zeggenschap verwerft in een andere onderneming. De aanwezigheid van zeggenschap hangt vooral af van de eigendomsverhoudingen in de onderneming en van de mogelijkheid om, al dan niet in samenhang met de eigendom, stemrecht uit te oefenen.

Daarnaast kunnen zich andere omstandigheden voordoen die bepalend zijn voor het al of niet bestaan van zeggenschap. Onder zeggenschap wordt ingevolge artikel 1.1, eerste lid, de mogelijkheid verstaan om op grond van feitelijke of juridische omstandigheden een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming. Of op een onderneming beslissende invloed kan worden uitgeoefend zodat van zeggenschap over die onderneming gesproken kan worden, hangt met name af van de vraag of belangrijke strategische beslissingen met betrekking tot die onderneming kunnen worden genomen. Dit zijn bijvoorbeeld de goedkeuring van een bedrijfsplan en van belangrijke investeringen, het vaststellen van de begroting en het benoemen van bestuurders.

7. *De Autoriteit Markt en Consument*

Hoofdstuk 4 regelt de instelling van de Autoriteit alsmede haar taak en de daarvoor benodigde bevoegdheden. Mede in navolging van vrijwel alle landen die mededingingswetgeving kennen is er voor gekozen om deze taak in handen te leggen van een autoriteit die “op afstand” van de Minister staat. Het Arubaanse recht kent daarvoor de rechtsfiguur van het zelfstandig bestuursorgaan (ZBO). Dat betekent dat het mededingingsbeleid in handen blijft van de Minister en hij daar ook de volledige verantwoordelijkheid voor draagt, doch de uitvoering van dat beleid en de handhaving van de wettelijke bepalingen van de Mededingingsverordening komt te liggen bij de Autoriteit. In het onderzoek van de SEO is betoogd, dat de overheid niet zelden zelf betrokken is bij mededingingsbeperkingen zonder de expliciete bedoeling om de concurrentie te beschadigen of te beperken. Overheden interveniëren in markten op vele manieren en om velerlei redenen. De overheid kan zelf als producent (energie, telecommunicatie, transport) of koper optreden. De overheid kan ook indirect sturen met gebruik van belastingen, subsidies, vergunningen, regelgeving en regulering. Veelal is de reden voor overheidsingrijpen het veronderstelde falen van de vrije markt, informatieasymmetrie of overwegingen van veiligheid, gezondheid en milieu. De impact van overheidsinterventie is zeer moeilijk vooraf vast te stellen. Effecten van overheidsingrijpen op de concurrentie manifesteren zich vaak pas na verloop van jaren. De ervaringen in westerse economieën laat zien dat overheidsinstanties die verantwoordelijk zijn voor bovenbedoelde interventies, zelf vaak niet goed toegerust zijn om de competitieve effecten van die interventie te analyseren en kwantificeren. Daar is specialistische kennis voor nodig, die aanwezig is in een mededingingsautoriteit. De regering is om bovengenoemde reden van mening dat het niet wenselijk is om door een middellijk of onmiddellijk overheidsoptreden binnen de bestaande wettelijke kaders en overheidsorganisaties, de mededingingsproblematiek te adresseren. Er moet, naast de vanzelfsprekende regels ten aanzien van concurrentiebeperkende gedragingen door het bedrijfsleven, ook sprake zijn van een onafhankelijke pleitbezorger voor eerlijke concurrentie en zuivere concurrentieverhoudingen – ook als de overheid zelf betrokken is. De zelfstandige status van de Autoriteit als een zelfstandig bestuursorgaan, garandeert vervolgens een objectieve advisering. Een dergelijke opzet verdient de voorkeur boven ophanging van een dergelijke functie binnen de overheid zelve. De keuze voor een ZBO is dus gelegen in het feit dat het van groot belang is dat de op te richten organisatie voldoende onafhankelijk kan functioneren van het bedrijfsleven en van de politiek. Zonder onafhankelijkheid bestaat er namelijk geen onpartijdigheid, geloofwaardigheid, gezag en draagvlak in de

samenleving voor het instellen van een mededingingsautoriteit. Dit geldt voor zowel onderzoek naar en besluitvorming over inbreuken op de mededingingsregels, als voor mogelijke besluiten tot sanctieoplegging. Het is voor het vertrouwen van de burger en het bedrijfsleven in de mededingingsautoriteit van essentieel belang dat de besluitvorming onbevooroordeeld en onafhankelijk plaats kan vinden. Gezien de keuze is gemaakt voor het instellen van een ZBO is de Minister niet bevoegd tot het geven van aanwijzingen in individuele zaken, waardoor politieke inmenging uitgesloten wordt. De ZBO-status is binnen Aruba niet onbekend. De Aruba Tourism Authority en Serlimar zijn voorbeelden van organisaties met een ZBO-status.

De Autoriteit zal een raad van bestuur (de Raad) kennen, bestaande uit twee gewone leden, waaronder de voorzitter, en twee buitengewone leden. Zij worden bij landsbesluit benoemd. Deze personen wacht een zware en gecompliceerde taak. Enerzijds zullen zij verstand van zaken in letterlijke zin moeten hebben. Zij dienen op de hoogte te zijn van wat er in de ondernemerswereld speelt en leeft, anderzijds dienen zij voldoende afstand tot deze wereld te hebben om tot een onafhankelijk oordeel te kunnen komen over aan hen voorgelegde zaken. De Raad is het hoogste besluitorgaan binnen de Autoriteit. Ondergetekende is voornemens te onderzoeken op welke wijze er kan worden samengewerkt met de Mededingingsautoriteiten van de andere landen van het Koninkrijk alsmede met andere landen in de Caribische regio, waarvan sommigen al een nauwe vorm van samenwerking kennen op het gebied van de mededinging.

De Autoriteit zal vooral en in de eerste plaats belast zijn met taken ter uitvoering van deze landsverordening. Maar de mogelijkheid wordt opengelaten dat de Autoriteit ook taken uitvoert indien dat in een andere landsverordening is bepaald. Natuurlijk zullen deze taken "verwantschap" moeten hebben met de taak op grond van onderhavige landsverordening. Bijvoorbeeld kan gedacht worden aan een taak op het gebied van de ordening en concurrentie in de telecommunicatiesector, maar ook op het gebied van consumentenbescherming. Zo is in Nederland de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit en de Consumentenautoriteit per 1 april 2013 omgevormd tot een orgaan, de Autoriteit Consument en Markt (ACM).

Doel van de oprichting van deze ACM is vergroting van de effectiviteit en de efficiëntie van het markttoezicht in Nederland. Ook binnen de kleinschalige Arubaanse situatie verdient het nadere overweging, indien te zijner tijd besloten mocht worden tot het houden van toezicht in de telecommunicatiesector en op het gebied van de consumentenbescherming, te komen tot een toezichthoudend orgaan.

De Minister behoudt eindverantwoordelijkheid voor het functioneren van de Autoriteit. Dat houdt in dat de Minister geen betrokkenheid heeft bij de individuele beslissingen die de Autoriteit neemt - juist daar past gepaste afstand - maar de Minister heeft wel een integrale verantwoordelijkheid voor het functioneren van de Autoriteit. Zo zal hij de Autoriteit van voldoende financiële middelen moeten voorzien om haar taak naar behoren uit te oefenen.

Omgekeerd horen daar ook allerlei voorzieningen bij die het de Minister mogelijk maken om zijn taak te kunnen uitvoeren. Daartoe zijn verschillende artikelen opgenomen inzake financiële verslaglegging en verantwoording aan de Minister. Bij onvoldoende functioneren van de Autoriteit is een ultimatum remedium opgenomen in de vorm van een taakverwaarlozingsregeling, waarmee de Minister onder de nodige waarborgen uiteindelijk kan ingrijpen. Vanwege de onafhankelijke positie van de Autoriteit dient de Minister in die situatie onmiddellijk de Staten te informeren.

Naast de hoofdtaak van de Autoriteit, te weten de uitvoering en de handhaving van de wettelijke bepalingen, kan de Minister de Raad ook opdragen een rapportage uit te brengen inzake de effecten voor de mededinging van voorgenomen of geldende regelgeving of van genomen of te nemen besluiten. De Minister doet dan een beroep op de specifieke deskundigheid van de Raad inzake mededingingszaken. Dit kan ook op verzoek van een van de andere ministers of van de Staten.

8. Toezicht en bestuurlijke handhaving

Hoofdstuk 5 regelt het toezicht op de naleving van de bij of krachtens het onderhavige ontwerp gestelde voorschriften en hoofdstuk 6 de bestuurlijke handhaving. Dit toezicht zal worden uitgeoefend door daartoe bij landsbesluit aangewezen personen, werkzaam bij de Autoriteit.

In hoofdstuk 6 wordt de bestuurlijke handhaving geregeld. Zo zijn hier de bestuurlijke sancties opgenomen die ter handhaving van de bij of krachtens dit ontwerp gestelde voorschriften aan overtreders opgelegd kunnen worden. Dit zijn de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete. Deze zijn naar oordeel van de regering noodzakelijk om de naleving van de bij of krachtens het onderhavige ontwerp gestelde voorschriften te verzekeren.

Opgemerkt zij hierbij dat de regering momenteel in voorbereiding heeft een ontwerp voor een Landsverordening houdende algemene regels van bestuursrecht. Met dit ontwerp wordt uitvoering gegeven aan de in artikel V.17 van de Staatsregeling van Aruba neergelegde opdracht om bij landsverordening algemene regels van bestuursrecht vast te stellen. De

regering neemt zich daarbij, vanwege de omvang en de complexiteit van de materie, voor om de verschillende onderdelen ervan in fasen in de vorm van zogenaamde aanbouwwetgeving te realiseren. Daarbij wordt prioriteit gegeven aan algemene voorschriften voor het toezicht op de naleving en de bestuurlijke handhaving van wettelijke voorschriften. Gedacht wordt daarbij aan nieuwe bepalingen inzake de benoeming van toezichthouders, de bevoegdheden en wijze van taakuitoefening van deze toezichthouders, en de mogelijke bestuurlijke sancties die toegepast kunnen worden bij niet-naleving van wettelijke voorschriften. Daarbij worden niet alleen de bestaande bepalingen in de Arubaanse wetgeving inzake toezicht en bestuurlijke handhaving als voorbeeld gebruikt, maar ook de desbetreffende bepalingen van de Nederlandse Algemene wet bestuursrecht (Awb). De bestuurlijke handhabingsbepalingen die nog nu in afzonderlijke landsverordeningen opgenomen zijn c.q. zullen worden, zullen als gevolg hiervan komen te vervallen. Dit geldt dus ook voor de desbetreffende artikelen van het onderhavige ontwerp. Aangezien het echter de verwachting is dat het ontwerp voor de Landsverordening algemene bepalingen bestuursrecht pas na het onderhavige ontwerp in werking zal kunnen treden, acht de regering het wenselijk dat de noodzakelijke bestuurlijke handhabingsinstrumenten tijdelijk in het onderhavige ontwerp worden opgenomen. Hiermee wordt een met de Landsverordening bestuurlijke handhaving arbeidswetgeving (AB 2013 no. 20) ingezette lijn voortgezet. Ten aanzien van de bestuurlijke sancties zelf kan in het algemeen het navolgende worden opgemerkt. Bestuursrechtelijke sancties worden onderscheiden in herstelsancties en bestraffende sancties. Herstelsancties zijn gericht op het beëindigen of ongedaan maken van de overtreding of de gevolgen daarvan, dan wel het voorkomen van herhaling. Tot deze categorie behoren de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom. Bij de last onder dwangsom wordt aan de overtreder van een bepaalde norm een last - versterkt met de verplichting tot de betaling van een geldsom bij het niet-naleven van de last - opgelegd die er toe strekt de overtreding ongedaan te maken of voortzetting van de overtreding te voorkomen. Dit middel heeft een reparatoire strekking en is bij uitstek geschikt voor doorlopende overtredingen die op het moment van constatering nog plaatsvinden en waarvan de gevolgen nog ongedaan kunnen worden gemaakt. De bestuurlijke boete is een bestraffende sanctie die een onvoorwaardelijke verplichting voor de overtreder inhoudt om een geldsom te betalen en die gericht is om de overtreder leed toe te voegen en kan mede gericht worden op het voorkomen van herhaling. De bestuurlijke boete heeft dus een zuiver repressief karakter en is meer geschikt voor niet-corrigeerbare overtredingen.

9. Financiële consequenties

De personeelskosten van de Autoriteit zullen voor het eerste jaar, de implementatiefase, gefinancierd worden uit bestaande begrotingen vallende onder de Minister. Het personeel van de Autoriteit voor het implementatiejaar zal worden aangetrokken vanuit het overheidsapparaat, conform het advies in het implementatieplan van de SEO. In de implementatiefase zullen drie ambtenaren ter beschikking worden gesteld van de Autoriteit: één implementatiemanager, één jurist en één econoom. Ingevolge de aanbevelingen van de SEO in het implementatieplan zijn drie medewerkers gedurende een jaar genoeg om de werkzaamheden uit te voeren. Gezien het feit dat er op Aruba geen expertise op het gebied van mededinging (Autoriteit) bestaat zal het implementatieteam ondersteuning krijgen van een mededingingsexpert gedurende het implementatiejaar. Deze zal door het Fondo Desaroyo Aruba (FDA) gefinancierd worden. Aan het einde van het implementatiejaar zal een selectieprocedure plaatsvinden om de vacatures voor de Autoriteit in te vullen conform de formatieplan en de bijbehorende functies en de salarissen en de secundaire arbeidsvoorwaarden voor Directeur en het personeel.

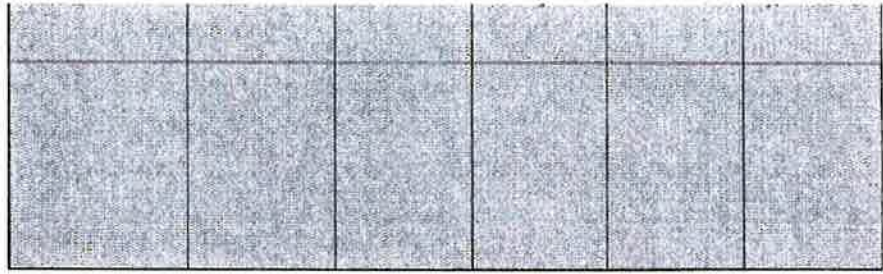
Voor huisvestingskosten en kosten gemoeid met de “operations”, zoals administratie en inrichting, is er van uitgegaan dat voor de implementatiefase gebruik gemaakt zal worden van beschikbare ruimtes en meubilair bij bestaande overheidsdiensten. Voor de opvolgende jaren zal een gebouw of kantoorruimte gehuurd dienen te worden voor de huisvesting van de Autoriteit.

Voor de implementatiefase worden de volgende kosten begroot maar door het FDA gefinancierd:

- Wervingskosten voor het aantrekken van het juiste personeel;
- Kosten die gemoeid zijn met het inhuren van een mededingingsexpert ter begeleiding van de implementatiemanager in de implementatiefase;
- Trainingskosten. De implementatiemanager, jurist en econoom zullen naar het buitenland dienen te gaan om cursussen te volgen en stage te lopen, ten einde kennis over de werkzaamheden te verwerven;
- Publiciteitscampagnes voor het informeren van het publiek over de Mededingingsverordening;
- Kosten die gemoeid zijn met ICT; er zullen drie laptops aangeschaft dienen te worden voor het implementatieteam.

Aangezien de Autoriteit in de implementatiefase niet voor het publiek operationeel zal zijn, zal pas in het opvolgend jaar de Raad benoemd worden.

Iierdoor kan geconcludeerd worden dat de implementatiefase (jaar 1) geen



10. *Ontvangen adviezen*

De concept-beleidsnota is voorgelegd aan de Sociaal Economische Raad (SER). De SER heeft in zijn advies enkele kanttekeningen geplaatst bij de concept-beleidsnota. De SER acht het in zijn advies van belang dat het onderzoek naar de noodzaak voor een mededingingsverordening op Aruba wordt afgerond en dat de resultaten hiervan nauwkeurig worden geanalyseerd. Bij de indiening van het beleidsplan van SEO aan de SER was het onderzoek door SEO naar mededingingsbeperkende gedragingen op Aruba nog niet afgerond. De resultaten van het onderzoek zijn reeds bekend en is hierboven in paragraaf 1.b. de noodzaak voor een mededingingsverordening op Aruba aan de hand van de resultaten van voormeld onderzoek besproken. De SER beveelt aan om in navolging van de “Office of Fair Trading” in Engeland en de “Fair Trade Commission” in de Verenigde Staten de mededingingsautoriteit en de consumentenautoriteit “de Dienst Huur- en Consumentenzaken” vanaf het begin samen te voegen en direct onder een organisatie te brengen. SEO heeft in navolging van Nederland, deze structuur in haar beleidsplan aanbevolen. In Nederland zijn de verschillende organisaties na jaren lang apart functioneren per 1 april 2013 samengevoegd in de ACM. Het oprichten van de Autoriteit, het opleiden van personeel, het verrichten van onderzoek en de complexiteit van de inhoud van de Mededingingsverordening zullen veel tijd en moeite in beslag nemen. Vanwege de geringe ervaring met mededinging op Aruba acht de regering het niet wenselijk om deze twee organisaties van meet af aan samen te voegen. Met het samenvoegen van de mededingingsautoriteit en de consumentenautoriteit kan gestart worden op het moment dat mededinging operationeel is. Tevens bestaat de DHC al langer en functioneert het als individuele eenheid. De SER is het ook niet eens met het voorstel om twee buitengewone leden in de Raad te benoemen die niet woonachtig en werkzaam zijn op Aruba om zodoende de onafhankelijkheid te vergroten en de politieke inmenging te verminderen. De SER is namelijk van mening dat hiermee een verkeerd signaal wordt afgegeven aan de samenleving, met dien verstande dat de indruk gewekt kan worden dat ter wille van de waarborging van de onafhankelijkheid van de Autoriteit en om de schijn van politieke inmenging te voorko-

men, het nodig is mensen uit het buitenland te benoemen in de Raad. Het voorstel om twee buitengewone leden te benoemen heeft niet alleen ten doel politieke inmenging te verminderen, maar vooral om hun kennis en ervaring in het kader van de Mededingingswet, het beleid en toezicht in Nederland te delen met de personen werkzaam bij de Autoriteit. Vooral in de eerste paar jaren van de Autoriteit zullen zich een beperkt aantal casussen voordoen. De buitengewone leden zullen, zoals reeds gezegd, hun kennis en netwerk overdragen aan de executieve leden. Bovendien hebben zij veel ervaring met het behandelen van casussen in Nederland, waardoor de beslissingen door de Autoriteit sneller genomen kunnen worden.

Artikelsgewijze toelichting

Ad artikel 1

De in dit artikel opgenomen begripsbepalingen zijn, voor zover relevant, in belangrijke mate overgenomen uit het Europese mededingingsrecht en met vrijwel gelijke bewoordingen terug te vinden in de mededingingswetgeving van vele landen. Van deze definities behoeven naar de mening van de regering een zevental nadere uitleg.

“onderneming”

Het begrip onderneming is overgenomen uit het Europese recht en dient op dezelfde wijze te worden uitgelegd. Het is gangbaar om bij de bepaling van de toepasselijkheid van de 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.

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 het niet relevant welke rechtsvorm de eenheid heeft, hoe deze wordt gefinancierd en of deze een winstoogmerk heeft.

Deze benadering impliceert dat ook een overheidsinstelling of de overheid zelf economische activiteiten kan verrichten. Bij de beoordeling van een dergelijk geval speelt primair de vraag of met de uitoefening van de activiteiten een overheidsprerogatief wordt verwezenlijkt, waarbij een taak van algemeen (publiek) belang wordt verricht (zoals het handhaven van de openbare orde of het afgeven van identiteitsbewijzen) of dat toch sprake is van verrichting van activiteiten die ook door de markt (kunnen) worden

verricht (bijvoorbeeld het produceren van energie of productie en distributie van (leiding)water).

“Autoriteit”

De Autoriteit is de in artikel 4.1, eerste lid, genoemde Autoriteit Markt en Consument. Deze benaming is gekozen omdat de benaming “Mededingingsautoriteit” te beperkend geacht wordt in verband met de (toekomstige) taak van de Autoriteit.

“machtspositie”

Het begrip 'machtspositie' is grotendeels overgenomen uit artikel 102 van het VWEU en bij de omschrijving wordt dan ook primair aangesloten bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (vgl. *United Brands*, zaaknummer 27/76, Jur. 1978, p. 207). Conform het Europese recht dient het te gaan om een economische machtspositie van een of meerdere ondernemingen. In de onderhavige definitie gaat het om “een positie van economische of feitelijke aard van een of meer ondernemingen”. Dit is een iets ruimere definitie dan de definitie die gehanteerd wordt door het Hof van Justitie in Luxemburg. Hoewel er diverse elementen bepalend zijn voor een machtspositie is een belangrijke indicatie het marktaandeel van de desbetreffende onderneming(en). Over het algemeen wordt ervan uitgegaan dat bij een marktaandeel van meer dan 50% sprake is van een machtspositie, behoudens specifieke omstandigheden (een weerlegbaar vermoeden), terwijl onder de 40% daarvan doorgaans geen sprake is (vgl. *Akzo*, zaaknummer C62/86, Jur. 1991, p. I-3359). Desalniettemin kan bij kleinere marktaandelen daarvan toch sprake zijn, bijvoorbeeld als gevolg van hogere toetredingsbarrières, hoge overstapkosten voor de afnemers. Wanneer het marktaandeel lager is dan 50% wordt gekeken naar ‘bijkomende factoren’ zoals de mate van restconcurrentie (indien de overige marktdeelnemers zeer kleine marktaandelen hebben is er eerder sprake van een machtspositie dan wanneer dit niet zo is), de technologische voorsprong, het bezit van intellectuele eigendomsrechten (octrooien), en de financiële slagkracht.

Ten behoeve van rechtszekerheid is - in afwijking van de Europese rechtspraak - in artikel 2.7, derde lid, *voorts* bepaald dat indien een onderneming een marktaandeel heeft van meer dan 60%, *in ieder geval* sprake is van een machtspositie. Uit het voorgaande vloeit voort dat bij een lager marktaandeel eveneens sprake kan zijn van een machtspositie. In dat geval is evenwel een analyse van de (economische) feiten en omstandigheden vereist.

De grens van een marktaandeel van 60% in plaats van de lagere Europese

richtlijn van 50% heeft zoals reeds vermeld te maken met het feit dat Aruba, in verband met de kleinschaligheid van de economie, van nature te maken heeft met wat hogere marktconcentratiecijfers dan de Europese economieën.

Daarnaast kan sprake zijn van een machtspositie die wordt ingenomen door meerdere ondernemingen gezamenlijk, zonder dat sprake is van een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van deze landsverordening. Voor de vaststelling van een dergelijke 'collectieve machtspositie' is vereist dat aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan:

- (i) elke onderneming kan het gedrag van de andere partij(en) kennen, zodat kan worden nagegaan of zij gezamenlijk één front vormen (transparantie);
- (ii) er moet een stimulans zijn om niet van de gemeenschappelijke gedragslijn op de markt af te wijken, opdat de situatie van stilzwijgende coördinatie duurzaam kan worden gehandhaafd;
- (iii) de waarschijnlijke reactie van werkelijke en potentiële concurrenten en van verbruikers kunnen de gemeenschappelijke gedragslijn niet aan het wankelen brengen (vgl. *Air Tours v. Commissie*, zaaknummer T-342/99, Jur. 2002, p. II-2585).

“dienst van algemeen economisch belang”

Dit onderdeel heeft betrekking op ondernemingsactiviteiten die op uitnodiging van de overheid worden verricht in situaties waar de markt geen voldoende commerciële stimulans opwekt.

“zeggenschap”

De definitie van het begrip 'zeggenschap' betreft een materiële omschrijving van het Europeesrechtelijke zeggenschapsbegrip (vgl. de definitie van het begrip als gehanteerd in artikel 26 van de Nederlandse Mededingingswet). Het begrip dient dan ook op dezelfde wijze als het Europeesrechtelijke begrip te worden uitgelegd. In de EG-Concentratieverordening is ten aanzien van zeggenschap het volgende opgenomen: *“Zeggenschap berust op rechten, overeenkomsten of andere middelen die, afzonderlijk of gezamenlijk, met inachtneming van alle feitelijke en juridische omstandigheden, het mogelijk maken een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming, met name (a) eigendoms- of gebruiksrechten op alle vermogensbestanddelen van een onderneming of delen daarvan; (b) rechten of overeenkomsten die een*

beslissende invloed verschaffen op de samenstelling, het stemgedrag of de besluiten van de ondernemingsorganen."

"bindende aanwijzing"

De bindende aanwijzing betreft feitelijk een last zonder dwangsom. De bindende aanwijzing is geen bestuurlijke sanctie, maar biedt de Autoriteit de mogelijkheid de inhoud van de overtreden norm nader te concretiseren alvorens naleving van die norm daadwerkelijk af te dwingen.

"concentratie"

Bij het concentratiebegrip is ten behoeve van een zo eenduidig mogelijk begrip aangesloten bij de regels uit de EG-Concentratieverordening.

Ad artikel 2.1

Dit artikel bevat het zogenaamde kartelverbod. Dit kartelverbod sluit zoveel mogelijk aan bij het Europese kartelverbod vervat in artikel 101 van het VWEU. De in het eerste lid verboden gedragingen volgen de Europeesrechtelijke terminologie en het (ook elders in de landsverordening gehanteerde) begrip 'markt' moet worden uitgelegd als het Europeesrechtelijke begrip 'relevante markt' (zie ter zake de Bekendmaking van de Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PbEG 97/C 372/03)). Met 'gedragingen' wordt niet alleen bedoeld de onderling afgestemde feitelijke gedragingen, maar ook overeenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemingsverenigingen.

Afwijkingen van het Europese kartelverbod betreffen de explicitering van het merkbaarheidsvereiste en opname van *per se* verboden gedragingen. Waar het Europese verbod (net als dat van bijvoorbeeld Barbados (artikel 13, derde lid, van de Fair Competition Act ("FCAB")) en Jamaica (artikel 17, tweede lid, van de Fair Competition Act ("FCAJ")) tevens een niet-limitatieve opsomming van voorbeelden geeft, wordt in het ontwerp in het tweede lid een opsomming gegeven van *per se* verboden gedragingen. Deze *per se* verboden gedragingen zijn altijd in strijd met het kartelverbod, ongeacht of de concurrentie daadwerkelijk merkbaar wordt beperkt.

Er is gekozen voor *per se* verboden gedragingen ter verhoging van de rechtszekerheid voor justitiabelen en tegemoetkoming aan de met beperkte middelen uitgeruste Autoriteit.

Het derde lid bepaalt dat met het verbod strijdige (rechts)handelingen van rechtswege civielrechtelijk nietig zijn.

Ad artikel 2.2

- Met de relatief ruime uitzondering van het kartelverbod wordt onderkend dat op een eiland met een kleine economie efficiëntie belangrijker kan zijn dan concurrentie. *Per se* verboden gedragingen kunnen echter niet worden uitgezonderd van het verbod, gegeven de doorgaans (voor de afnemer) beperkte voordelen van dergelijke gedragingen. Het tweede lid betreft zogenaamde 'waaierconstructies' waarbij een onderneming met meerdere ondernemingen afzonderlijk overeenkomsten sluit of onderling afgestemde feitelijke gedragingen aangaat met steeds dezelfde strekking. Hoewel afzonderlijk mogelijk steeds onder de marktaandeeldrempel, kan cumulatie van overeenkomsten leiden tot aanmerkelijk grotere effecten.

Ad artikel 2.3

Dit artikel voorziet in de mogelijkheid een ontheffing te krijgen voor andere dan *per se* verboden gedragingen die niet vrijgesteld zijn onder de bagatelbepaling (artikel 2.2). De bepaling volgt de tekst van voorwaarden zoals die gelden voor vrijstelling van het Europese kartelverbod vervat in artikel 101, derde lid, van het VWEU in verband met, kort gezegd, efficiëntievoordelen. Door aansluiting bij deze uitzondering kan de zeer uitgebreide uitleg van de toepassing van deze uitzondering in de Europese regelgeving en jurisprudentie ook analoog worden toegepast in Aruba. Daarbij geldt dat een vrijstellingsbepaling wegens efficiëntievoordelen voor een kleine eilandeconomie zoals die van Aruba van bovengemiddeld belang is.

In afwijking van het - huidige - Europese systeem waarin door ondernemingen zelf moet worden beoordeeld of aan de voorwaarden wordt voldaan, is in het ontwerp gekozen voor een ontheffingssystematiek. Voordelen van ontheffingssystematiek - al dan niet voor de eerste paar jaar - zijn:

- (a) de Autoriteit kan ervaring op doen en een duidelijk track record opbouwen inzake toepassing van (deze belangrijke bepaling van) de landsverordening;
- (b) Arubaanse ondernemingen kunnen op hun beurt op basis van gepubliceerde besluiten leren over de toepassing van de landsverordening.

Ad artikel 2.4

Dit artikel regelt dat bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, vrijstelling kan worden verleend voor bepaalde categorieën overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. De Minister hoort

alvorens hij de voordracht doet, de Autoriteit. De vrijstelling kan een beperkte geldigheidsduur hebben en er kunnen voorschriften aan worden verbonden.

Ad artikel 2.5

Dit artikel regelt dat artikel 2.1 niet van toepassing is op cao's. Met dit artikel wordt aangesloten bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (vgl. Albany, zaaknummer C67/96, Jur. 1999, I-5751, Brentjens, zaaknummer gevoegde zaken C115-117/97, Jur. 1999, I-6025 en Drijvende Bokken, zaaknummer C-219/97, Jur. 1999, I-6121). In deze arresten heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie de vrijheid van sociale partners in vergaande mate gerespecteerd om afspraken te maken gericht op de verbetering van de arbeidsvoorwaarden van werknemers zonder daarbij beperkt te worden door het mededingingsrecht. Het Hof van Justitie heeft in deze arresten uitgemaakt dat een overeenkomst die gesloten is op basis van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties en die als directe doelstelling heeft de verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers, wegens haar aard en doel moet worden geacht niet onder artikel 81, eerste lid, van het EG-verdrag te vallen (huidig artikel 101 van het VWEU).

Ad artikel 2.6

Diensten van algemeen economisch belang, die door de overheid aan ondernemingen zijn opgedragen, vallen niet onder het verbod van artikel 2.1, voor zover dat de uitvoering van de aan die ondernemingen opgedragen taak zou verhinderen. Bij deze diensten valt te denken aan (de levering van) energie en water. Tot deze ondernemingen zullen veelal de naamloze vennootschappen behoren, die geheel of ten dele in handen zijn van de overheid.

Ad artikel 2.7

Het verbod op misbruik van machtspositie is sterk geënt op het Europese misbruikverbod als vervat in artikel 102 van het VWEU. In het artikel wordt een niet-limitatieve opsomming van voorbeelden van gedragingen gegeven, die onder het verbod vallen.

In het derde lid is bepaald dat een onderneming die op de relevante markt een marktaandeel van ten minste 60% heeft, in ieder geval een machtspositie heeft. In dat geval is dus geen nadere analyse door de Autoriteit van de (economische) feiten en omstandigheden vereist.

De grens van een marktaandeel van 60% in plaats van de lagere Europese

richtlijn van 50% heeft zoals reeds hierboven vermeld te maken met het feit dat Aruba, in verband met de kleinschaligheid van de economie, van nature te maken heeft met wat hogere marktconcentratiecijfers dan de Europese economieën.

Ad artikel 2.8

Gegeven de - in vergelijking met Europese economieën - grotere kans op machtsposities op Aruba en, daarmee, kans op misbruik daarvan, is in het ontwerp gekozen voor de mogelijkheid van preventieve maatregelen in geval van een machtspositie. Dergelijke preventieve maatregelen zijn doorgaans beperkt tot regelgeving voor gereguleerde markten (vergelijk bijvoorbeeld de Nederlandse Telecommunicatiewet of Wet marktordening gezondheidszorg). Desalniettemin is deze bevoegdheid aan de Autoriteit toegekend teneinde eenvoudiger en sneller in te kunnen grijpen. Met deze bepaling krijgt de Autoriteit de mogelijkheid in te grijpen voordat daadwerkelijk sprake is van misbruik. Bovenmatig gebruik van deze regeling zou onder omstandigheden kunnen leiden tot afschrikking van investeringen, zodat het vierde lid benadrukt dat proportioneel gebruik dient te worden gemaakt van de regeling. Verder is gegeven het verstrekkende karakter van de regeling bepaald dat een opgelegde verplichting beperkt is tot een duur van drie jaar. De bedoelde periode kan echter worden verlengd. Het niet naleven van opgelegde verplichtingen kan worden gesanctioneerd met de daartoe in de landsverordening opgenomen middelen (zie artikel 6.1).

Ad artikel 2.9

De in artikel 2.8 vormgegeven procedure kan enige tijd in beslag nemen. Het gevaar bestaat dat de desbetreffende onderneming(en) zou(den) kunnen anticiperen op de mogelijke oplegging van de verplichting en daarmee onomkeerbare situaties kunnen creëren. In dat kader krijgt de Autoriteit voor uitzonderlijke en spoedeisende gevallen de mogelijkheid de verplichtingen uit artikel 2.8, eerste lid, op te leggen, mits proportioneel (vgl. artikel 49 van de Nederlandse Wet marktordening gezondheidszorg en artikel 6b.3 van de Nederlandse Telecommunicatiewet). Dit laatste gebiedt in ieder geval dat de verplichting voor een zo beperkt mogelijke periode wordt opgelegd, met een maximum van zes maanden. Deze kan, wederom indien proportioneel, worden verlengd met maximaal zes maanden.

Ad artikel 3.1

Het is van belang dat de uitvoeringslasten van concentratietoezicht voor zowel de overheid als het bedrijfsleven beperkt blijven. In verband daarmee

is het ongewenst dat alle concentraties, ongeacht welk economisch belang ermee gemoeid is, aan de concentratieregels worden onderworpen. Het bereik van het concentratietoezicht is in dit artikel nader uitgewerkt. Bij de uitleg van het precieze bereik kan, gegeven de aansluiting bij de Europese concentratieregels, aangesloten worden bij de Europeesrechtelijke praktijk. Het Arubaanse concentratietoezicht dwingt vooralsnog uitsluitend tot melding van voorgenomen concentraties. De Autoriteit zal de concentraties dus niet inhoudelijk toetsen en evenmin een mogelijkheid hebben concentraties te blokkeren. In de evaluatie van de landsverordening binnen vijf jaar zal op basis van de gemelde concentraties worden bepaald of inhoudelijk concentratietoezicht wenselijk is. Mede met het oog op deze evaluatie is ervoor gekozen naast omzetrempels zoals gehanteerd in onder meer het Europese concentratietoezicht, tevens een marktaandeeldrempel te hanteren. Voor de omzetrempel, zoals die is neergelegd in dit artikel, wordt in de eerste plaats uitgegaan van de totale omzet van de bij een concentratie betrokken ondernemingen. Deze drempel wordt bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen vastgesteld. Naast deze omzetrempel geldt de drempel dat de betrokken ondernemingen op een of meer relevante markten in Aruba een marktaandeel van 30% of meer creëren of versterken. De voorwaarde van "creëren of versterken" in deze marktaandeeldrempel impliceert dat ten minste twee ondernemingen reeds actief moeten zijn op eenzelfde relevante markt in Aruba.

Er is gekozen voor een grens van 30% omdat de economische literatuur laat zien dat ondernemingen die elk voor zich, of gezamenlijk over een marktaandeel beschikken dat lager is dan 30%, niet in staat zijn de mededinging zodanig te frustreren dat daardoor schade kan ontstaan aan afnemers of eindgebruikers. De concurrentie van de overige marktdeelnemers zou die poging tot misbruik van veronderstelde marktmacht afstraffen.

Een en ander laat uiteraard de mogelijkheid onverlet naar aanleiding van een concentratie preventieve maatregel op te leggen in verband met een machtspositie indien daarvan sprake is.

Voor kredietinstellingen, financiële instellingen en verzekeraars is in het zevende en achtste lid, een afzonderlijke bepaling opgenomen omdat 'omzet' voor de tot deze sectoren behorende ondernemingen niet geschikt is. Voor het bankwezen wordt daarom uitgegaan van de waarde van de activa, en voor verzekeringsbedrijven van de waarde van de geboekte premies.

Ad artikel 3.2

In de melding zal informatie moeten worden verstrekt omtrent de aard van de concentratie, de marktomstandigheden en mogelijk de verwachte effecten van de concentratie.

Ad artikel 4.1

Als aangegeven in het algemene deel van de toelichting is de onafhankelijkheid van de Autoriteit van groot belang. In dat verband is in het ontwerp de onafhankelijkheid vormgegeven door de Autoriteit als zelfstandig bestuursorgaan met rechtspersoonlijkheid vorm te geven. Daarbij wordt het beleid (ministerie) gescheiden van de uitvoering en het toezicht. De Autoriteit is belast met de taken zoals omschreven in het ontwerp en neemt op zaakniveau beslissingen onafhankelijk van de politiek. Inmenging in een individuele zaak door de politiek zou immers funest zijn voor de neutraliteit en geloofwaardigheid van de Autoriteit. De Autoriteit wordt in en buiten rechte (zowel in privaatrechtelijke als in publiekrechtelijke zaken) vertegenwoordigd door de Raad.

Ad artikel 4.2

Ingevolge artikel 4.2 zal de Raad twee "gewone, vaste" leden kennen, alsmede twee buitengewone leden. Zoals eerder aangegeven, zal het niet eenvoudig zijn om uit de Arubaanse gemeenschap twee leden te rekruteren die en een grote mate van deskundigheid hebben op de terreinen, die de landsverordening beslaat, en voldoende onafhankelijk zijn van het betrokken bedrijfsleven.

Daarom wordt het mogelijk gemaakt dat op voordracht van de Raad twee buitengewone leden worden benoemd, die specifieke deskundigheid hebben inzake een of meer onderwerpen waar de landsverordening op betrekking heeft. Deze leden behoeven ook niet deel te nemen aan alle vergaderingen van de Raad. Bij deze buitengewone leden kan bijvoorbeeld gedacht worden aan wetenschappers die specifieke kennis hebben, die niet in Aruba aanwezig is, maar wel noodzakelijk geacht wordt in een bepaalde zaak dan wel aan personen die bijvoorbeeld bijzondere ervaring hebben opgedaan in een soortgelijke zaak dat zich in Aruba voordoet.

Daarnaast is bepaald dat de Directeur van het Bureau van de Autoriteit deelneemt aan de vergaderingen van de Raad. Hij is belast met de dagelijkse leiding van het Bureau en zal een belangrijke ondersteunende rol kunnen spelen tijdens de vergaderingen van de Raad.

Ad artikel 4.3

Naar verwachting zullen de leden van de Raad geen dagtaak-hebben aan de vervulling van hun taak.

Dat kan betekenen dat een lid van de Raad nevenfunctie(s) vervuld. Daar hoeft geen bezwaar tegen te bestaan mits de vervulling van die nevenfunctie niet conflicteert met de belangen van het raadslidmaatschap. In ieder geval zullen de nevenfuncties gemeld dienen te worden aan de Minister en zullen deze openbaar worden gemaakt.

Ad artikel 4.5

Zoals hierboven reeds vermeld zal de Raad een even aantal leden kennen. Dit kan resulteren in stagnatie in de besluitvorming van de Raad. Ter voorkoming hiervan is in het eerste lid opgenomen dat de Raad beslist bij meerderheid van stemmen, en ingeval de stemmen staken – het aantal voor- en tegenstemmen precies in evenwicht is – de voorzitter de doorslaggevende stem heeft. Voor het overige stelt de Raad ten behoeve van haar eigen interne functioneren een bestuursreglement vast. Daarin zullen werkwijzen en te volgen procedures worden opgenomen. Het reglement behoeft de goedkeuring van de Minister en wordt in de Landscourant van Aruba bekendgemaakt.

Ad artikel 4.6

Ten behoeve van een onafhankelijk functioneren van de Raad heeft hij een eigen Bureau met Directeur. De Directeur zal in beginsel verantwoordelijk zijn voor het dagelijks bestuur, onder verantwoordelijkheid van de Raad. Opdat de Raad op het personeel kan vertrouwen, geschiedt in dienst name, schorsing en ontslag door de Raad en is het personeel voorts uitsluitend verantwoording verschuldigd aan de Raad.

Ad artikel 4.8

Deze bepaling kent de Raad de taak van 'publieke competition advocacy' toe. Daarbij brengt de Raad gevraagd en ongevraagd advies uit over het effect van bestaande of voorgenomen beleid of regelgeving op de concurrentie. Het gaat bij deze taak om een vooral feitelijke vaststelling van de effecten van de uitvoering van de regels of besluiten en niet om beleidsadvisering. Gezonde concurrentieverhoudingen kunnen namelijk door meer dan alleen de gedragingen van bedrijven worden verstoord: hoewel steeds van een andere aard of orde, zijn het regelmatig factoren of karakteristieken van de marktstructuur die aanbieders (en vragers) onvoldoende prikkelen tot efficiënt handelen, zonder dat die factoren in de

directe invloedssfeer van de betrokken bedrijven liggen. De oorzaak van die verstoringen is vaak gelegen in (verouderde) wet- en regelgeving, de oplossing ligt in handen van de overheid. Deze advocacy taak van de Raad ziet toe op het actief onderzoeken van dergelijke verstoringen en het aandragen van oplossingen en verbeteringen. De coördinerende rol van de Minister bij de opdrachten tot het opstellen van rapportages en bij het uitbrengen van rapportages aan andere ministers hangt samen met de verantwoordelijkheid van de minister op het terrein van de mededinging en voor het functioneren in het algemeen van de Autoriteit. Daarbij is het overigens niet de bedoeling dat de Minister zich bemoeit met de inhoud van de uit te brengen rapportages.

Voor een goede beoordeling van bepaalde ontwikkelingen op het gebied van concurrentieverhoudingen in economische sectoren is het wenselijk dat de Staten desgevraagd kunnen beschikken over advies van de Raad. Een door de Raad uitgebracht advies maakt het de Statenleden tevens mogelijk het door de Minister gevoerde beleid met betrekking tot de mededinging beter te kunnen beoordelen. Deze regeling draagt dus bij aan de versterking van de controlerende taak van de Staten.

Ad artikel 4.9

Hoewel de Minister op geen enkele wijze inspraak kan en mag hebben in beslissingen van de Autoriteit in individuele zaken, is de Minister wel verantwoordelijk voor de strategische zaken, waaronder de nadere beleidsmatige invulling van de discretionaire bevoegdheden van de Autoriteit onder de landsverordening. Deze invulling kan geschieden op basis van beleidsregels, die omwille van transparantie bekend worden gemaakt in de Landscourant van Aruba.

Ad artikel 4.10

Dit artikel regelt informatie-uitwisseling tussen de Autoriteit en de Minister. Aangezien de Minister politiek verantwoordelijk is voor het functioneren van de Autoriteit zal hij over voldoende informatie moeten kunnen beschikken om zijn verantwoordelijkheid waar te kunnen maken.

Ad artikel 4.12

Gegeven de verantwoordelijkheid van de Minister heeft deze tevens de bevoegdheid (al dan niet met spoed) in te grijpen indien de Autoriteit ernstig in gebreke blijft bij de uitoefening van zijn taak. De Minister dient wel de Staten over zijn ingrijpen onverwijld te informeren.

Ad artikel 4.13

De verantwoording jegens de Minister (dan wel de minister wie het aangaat) is nader vormgegeven door de verplichting een jaarverslag op te stellen omtrent onder meer de taakuitoefening, het door de Raad gevoerde beleid en een verantwoording van het financiële beheer (de jaarrekening).

Ad artikel 4.15

Hoewel een zelfstandig bestuursorgaan, is de taak van de Autoriteit onderdeel van het economisch beleid van het Land. Deze bepaling regelt de procedure omtrent (de vaststelling van) de begroting. Conform artikel 38, tweede lid, van de Comptabiliteitsverordening 1989 (AB 1989 no. 72) dient de Raad vóór 1 april van lopende jaar hun ramingen voor het daaropvolgende jaar aan de minister, belast met financiën, toe te zenden.

Ad artikel 4.148

Ten behoeve van transparantie is de Raad bevoegd uitvoeringsregels vast te stellen. Gegeven de bevoegdheid van de Minister (dan wel de minister wie het aangaat) het algemene beleid van de Autoriteit te bepalen (in tegenstelling tot beslissingen in individuele zaken), dient de Raad voorgenomen uitvoeringsregels voor te leggen aan de Minister (dan wel de minister wie het aangaat).

Ad artikel 4.19

Deze bepaling benadrukt dat de Autoriteit bij de uitoefening van haar taak op zaakniveau beslissingen onafhankelijk van de politiek neemt. Dat de Minister hiermee individuele zaken op geen enkele manier mag beïnvloeden, laat onverlet dat de Minister via beleidsregels het algemene beleid van de Autoriteit kan bepalen.

Ad artikel 5.1

Artikel 5.1 regelt de aanwijzing van toezichthouders, de reikwijdte van het toezicht, de bevoegdheden van de toezichthouders en de verplichtingen van de toezichtsubjecten. Het is gebaseerd op de zogenaamde standaardtoezichtbepaling die inmiddels sinds 1997 met succes in de Arubaanse wetgeving wordt gehanteerd en waarvan de achtergrond inmiddels welbekend is. Verwezen kan worden naar de pagina's 1 tot en met 30 van de memorie van toelichting bij de Invoeringsverordening Wetboek van Strafvordering van Aruba (AB 1997 no. 34).

Het eerste lid regelt de aanwijzing van toezichthouders en de reikwijdte van het door hen uit te oefenen toezicht. Het toezicht wordt opgedragen aan daartoe bij landsbesluit aangewezen personen, werkzaam bij de Autoriteit.

Het tweede lid bepaalt ten eerste dat de krachtens het eerste lid aangewezen personen het toezicht op een risico-georiënteerde wijze kunnen uitoefenen. De toepassing van de risico-georiënteerde benadering houdt in dat meer aandacht wordt besteed aan ondernemingen die een hoger risico op niet juist mededingingsrechtelijk handelen met zich meebrengen dan ondernemingen die een lager risico opleveren. Voorts bepaalt het tweede lid dat de krachtens het eerste lid aangewezen personen ter zake van de uitoefening van de bevoegdheden, genoemd in het derde lid, rapporteren aan de voorzitter van de Raad of aan de door deze aangewezen leidinggevendenden binnen de Autoriteit.

In dit artikel is ook de verzegelingsbevoegdheid opgenomen (derde lid, onderdeel d). Gebruik van de bevoegdheid voorkomt dat zakelijke gegevens of bescheiden ten kantore van de onderneming die onderwerp is van onderzoek van de Autoriteit tussentijds worden gewijzigd of vernietigd. De toezichthouder heeft de bevoegdheid om voorwerpen, zoals kasten, of ruimtes te verzegelen wanneer zakelijke gegevens of bescheiden niet meteen kunnen worden onderzocht, gekopieerd of meegenomen. Dat zorgt ervoor dat personen geen toegang hebben tot de bewuste gegevens en bescheiden.

De verzegelingsbevoegdheid kan bovendien, indien het om een grote hoeveelheid te onderzoeken gegevens en bescheiden gaat, minder belastend en dus proportioneler zijn dan de bevoegdheid tot het voor korte tijd meenemen van die gegevens en bescheiden. Aan degene die de verzegeling beschadigt of verbreekt kan een bestuurlijke boete worden opgelegd (zie artikel 6.1, tweede lid).

In dit artikel is ook de bevoegdheid opgenomen tot het binnentreden en doorzoeken van een woning (derde lid, onderdeel e). Het alleen met toestemming van de bewoner binnentreden in zijn woning zal in de praktijk onvoldoende soelaas bieden bij personen die bewust het onderzoek willen frustreren of de woning gebruiken voor (het aansturen van) de verboden gedragingen. Daarom is de bevoegdheid tot het betreden en doorzoeken van een woning zonder de toestemming van de bewoner opgenomen, zo nodig met behulp van de sterke arm (vierde lid). Door deze bevoegdheid wordt veiliggesteld dat (digitale) gegevens en bescheiden kunnen worden verkregen, ook als de bewoner niet bereid blijkt toestemming te verlenen de woning te betreden en te doorzoeken.

In Nederland is gebleken dat deze bevoegdheid de handhaving verbetert zowel wat betreft onderzoeken naar gedragingen van ondernemingen als

onderzoeken naar feitelijk handelen bij deze gedragingen. Daarnaast komt het regelmatig voor dat bedrijven aan huis zijn gevestigd, met name bij ondernemingen die worden gedreven door kleine zelfstandigen, eenmanszaken en personenvennootschappen. Vaak is dan slechts een (afgescheiden) deel van het woonhuis ingericht als kantoor- of bedrijfsruimte, terwijl de (digitale) gegevens en bescheiden waarnaar de toezichthouder op zoek is (zoals een laptop) zich in het woonruimtedeel kunnen bevinden.

Bij de regeling van deze bevoegdheid tot binnentreden en doorzoeken zonder toestemming van de bewoner moet voldaan worden aan de eisen die artikel 8 EVRM en artikel I.17 van de Staatsregeling van Aruba daaraan stellen. De uitoefening van de bevoegdheid is slechts mogelijk voor zover dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitoefening van de andere toezichthoudende bevoegdheden. Verder is een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris vereist, dient die machtiging aan een aantal eisen te voldoen en dient naderhand een verslag te worden gemaakt omtrent het binnentreden en de doorzoeking (zie artikel 5.2).

Ad artikel 5.3 tot en met 5.5

Artikel 5.3 bevat de standaard “geheimhoudings”-bepaling. Geheimhouding van de gegevens en inlichtingen die ingevolge het onderhavige ontwerp zijn verkregen of verstrekt, is van essentieel belang voor de verwezenlijking van de doelstellingen van het ontwerp. Het artikel bevat een geheimhoudingsbepaling voor een ieder die uit hoofde van de toepassing van onderhavig ontwerp of van een ingevolge dit ontwerp genomen besluit enige taak vervuld of heeft vervuld.

De Raad kan de overtreder van dit artikel op grond van artikel 6.1, tweede lid, een bestuurlijke boete opleggen.

De artikelen 5.4 en 5.5 zijn overeenkomstig de artikelen 34a en 35 van de Landsverordening toezicht kredietwezen geformuleerd. Deze artikelen hebben betrekking op de uitwisseling van gegevens en inlichtingen met buitenlandse toezichthouders. Verwezen wordt ook naar de toelichting bij de Landsverordening van 7 december 2012 (AB 2012 no. 55).

Ad 6.1 tot en met 6.14

Deze artikelen omvatten de regeling van de herstelsanctie last onder dwangsom en de bestraffende sanctie bestuurlijke boete. Deze artikelen zijn zoals reeds gezegd gebaseerd op eerdere recente voorbeelden in Arubaanse wetgeving, waaronder de Landsverordening bestuurlijke handhaving

arbeidswetgeving (AB 2013 no. 20). Wat de last onder dwangsom betreft, kan worden opgemerkt dat zij alleen wordt toegepast in situaties waarin de ongewenste toestand door de desbetreffende onderneming kan worden hersteld en een andere maatregel minder opportuun wordt geacht. Op het opleggen van een last onder dwangsom zijn – zoals het opleggen van alle bestuurlijke sancties – de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing. Een dwangsom of boete kan steeds voor een afzonderlijk feit worden opgelegd; ten aanzien van de bestuurlijke boete wordt dit vanwege het punitieve karakter expliciet vastgelegd in artikel 6.1. In dit verband dient voor de beantwoording van de vraag, of van een enkele of meerdere feiten sprake is, steeds de voorvraag te worden gezien, of het feitencomplex op grond waarvan de boete is opgelegd, een overtreding van naar hun strekking geheel verschillende voorschriften oplevert of niet. Aldus wordt aansluiting gezocht bij de leer inzake de toepassing van het ne-bis-in-idem-beginsel. Dit voorkomt dat feiten waarvoor strafrechtelijke vervolging is ingesteld, in de zin van het onderhavige ontwerp nogmaals zouden kunnen worden bestraft.

Ad artikel 6.1

Het eerste lid van het onderhavige artikel verklaart de Autoriteit bevoegd om ter zake van de niet-naleving van de bij of krachtens het onderhavige ontwerp gestelde voorschriften, een bestuurlijke boete, een last onder dwangsom op te leggen of een bindende aanwijzing te geven. Het tweede lid van het onderhavige artikel verklaart de Autoriteit bevoegd om ter zake van de niet-naleving van de bij of krachtens het onderhavige ontwerp gestelde voorschriften een bestuurlijke boete op te leggen. Op grond van het derde lid is de Autoriteit bevoegd om degene die een bindende aanwijzing niet naleeft een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom op te leggen.

Ad artikel 6.2

Met het oog op de rechtszekerheid is de maximale hoogte van de bestuurlijke boete in het eerste lid opgenomen. Hierbij is rekening gehouden met onder andere de aard en de ernst van de overtreding.

Voor de last onder dwangsom wordt geen maximumbedrag genoemd daar het gebruik van dit instrument afhankelijk van de aard van de overtreding ingezet kan worden.

Ad artikel 6.4

Het eerste lid bewerkstelligt dat de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete ook opgelegd kunnen worden aan leidinggevendenden van de

onderneming. Dit geschiedt door artikel 53, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht van Aruba van overeenkomstige toepassing te verklaren. Ingevolge deze bepalingen kunnen bij door rechtspersonen begane strafbare feiten, de strafvervolging worden ingesteld en de in de (straf)wet voorziene straffen en maatregelen worden uitgesproken tegen die rechtspersonen, tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven of feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, alsmede tegen beide categorieën tezamen. Onder rechtspersoon wordt in dit bijzondere geval mede verstaan vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, maatschappen en doelvermogens.

Het tweede lid draagt de Autoriteit op om richtsnoeren vast te stellen voor de toepassing van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete en deze vast te leggen in een beleidsdocument. Dit beleidsdocument dient in ieder geval een beschrijving te bevatten van de te volgen procedures bij de toepassing van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete. Uit oogpunt van behoorlijk bestuur dient het beleidsdocument, evenals alle nadien daarin aan te brengen wijzigingen, vooraf bekend gemaakt te worden door de Autoriteit op een door haar te bepalen wijze.

De grondslagen voor de vaststelling van de hoogte van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete per overtreding of categorieën van overtredingen wordt immers volgens het derde lid van artikel 6.4 geregeld bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen.

Het vierde lid legt vast dat de dwangsom en de bestuurlijke boete in de kas van het Land vloeien.

Ad artikel 6.5

Het eerste lid verdubbelt het bedrag van de bestuurlijke boete in geval van recidive binnen vijf jaar ter zake van eenzelfde overtreding. Het tweede lid verleent de Autoriteit de bevoegdheid om de hoogte van de bestuurlijke boete te verdubbelen, indien het voordeel dat de overtreder heeft verkregen hoger ligt dan Afl. 1.000.000,-. De woorden "In afwijking van artikel" geven aan dat de dientengevolge op te leggen boete in een dergelijk geval hoger kan uitvallen dan Afl. 1.000.000,-.

Ad artikel 6.6

Het onderhavige artikel bevat procedures voor een zorgvuldige besluitvorming voor de oplegging van een bestuurlijke boete. Daarbij wordt rekening gehouden met de belangen van de betrokken onderneming door een hoorplicht voor de Autoriteit vast te leggen.

Ad artikel 6.7

Ten behoeve van de “rechtsbescherming” van de betrokkene tegenover wie de oplegging van een bestuurlijke boete wordt voorbereid, formuleert het voorgestelde artikel 6.7 een zwijgrecht van de persoon in kwestie. Dit impliceert een cautieplicht voor de Autoriteit. Dit is noodzakelijk, aangezien de bestuurlijke boete naar haar aard een straf is, waardoor artikel 14 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de Burgerrechten en Politieke Rechten en artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden op de oplegging daarvan van toepassing zijn. Duidelijkheidshalve zij opgemerkt dat het zwijgrecht niet geldt - evenmin als de verplichting tot het geven van de cautie - bij de uitoefening van reguliere toezichtbevoegdheden, zelfs indien de persoon tegenover wie zij worden uitgeoefend, daarmee de kans loopt om zich bloot te stellen aan ontdekking van een overtreding van de voorschriften van het onderhavige ontwerp. Het zwijgrecht bestaat slechts indien een toezichthouder besluit gebruik te maken van het boete-instrument. Volgens de bovengenoemde verdragen ontstaat dat zwijgrecht namelijk op het ogenblik waarop sprake is van een zogenaamde ‘criminal charge’, waaronder volgens constante jurisprudentie wordt verstaan het moment waarop iemand in redelijkheid uit een handeling heeft kunnen afleiden dat aan hem een boete zal worden opgelegd. Uit de aard der zaak volgt dat dit moment zal afhangen van de omstandigheden van het individuele geval. Duidelijkheidshalve zij tevens opgemerkt dat een bestaand zwijgrecht in een lopende boeteprocedure niet impliceert dat dat zwijgrecht ook kan worden tegengeworpen bij een gelijktijdige, rechtmatige uitoefening van toezichtbevoegdheden.

Ad artikel 6.8

Dit artikel geeft enkele gebruikelijke voorschriften met betrekking tot de verschuldigbaarheid en inning van de boete.

Ad artikel 6.9

Het voorgestelde artikel 6.9 vormt in de eerste plaats een uitwerking van het principe dat dubbele bestraffing uit den boze is. Het ne-bis-in-idem-beginsel sluit immers de mogelijkheid van een cumulatieve bestraffing voor hetzelfde feit uit. Onderdeel a van het eerste lid vormt hiervan een uitwerking Voorts dient, evenals bij strafrechtelijke vervolging, ten behoeve van de rechtszekerheid te zijn voorzien in een bestuurlijk verjaringstermijn. Deze wordt in het eerste lid, onderdeel b, gesteld op drie jaar, te rekenen vanaf het tijdstip van de overtreding.

Ad artikel 6.10

Het eerste en tweede lid zijn opgenomen om de overtreder zekerheid te verschaffen over de duur van een last onder dwangsom, in het bijzonder dat een opgelegde last onder dwangsom ook weer op enig moment zal worden opgeheven.

Ad artikel 6.12

Het onderhavige artikel wordt voorgesteld om na de boeteoplegging steeds te kunnen nagaan, of met alle uitgangspunten die voor de boeteoplegging gelden, rekening is gehouden.

Ad artikel 6.13

Dit artikel geeft voorschriften voor de dwanginvordering van bestuurlijke boeten en dwangsommen voor het geval dat een overtreder volhardt in zijn weigering om de boete dan wel dwangsom te betalen. Aangezien zowel de boete als de last onder dwangsom door de Autoriteit opgelegd worden, is gekozen voor aansluiting bij de executiebepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van Aruba (AB 2005 nr. 34).

Ad artikel 6.14

Het maken van bezwaar of het instellen van beroep tegen een bestuurlijke boete heeft geen schorsende werking. De betrokkene is verplicht de bestuurlijke boete te betalen. Met dit artikel wordt bewerkstelligd dat de consequentie van het ontbreken van schorsende werking wel is dat, indien blijkt dat de bestuurlijke boete ten onrechte is opgelegd, de betrokkene de door hem betaalde geldsom vermeerderd met de wettelijke rente krijgt terugbetaald.

Ad artikel 7.1

Binnen vijf jaar zal de werking van de landsverordening en het functioneren van de Autoriteit worden geëvalueerd. In het algemene deel van de toelichting is aangegeven dat in het bijzonder de concentratiebepalingen hierbij zullen worden gezien om na te gaan of het zogenaamde meldingssysteem van concentraties uitgebreid dient te worden tot een verder gaande wijze van preventief toezicht daarop.

Ad artikel 7.2

Dit artikel biedt de Minister de mogelijkheid om gedurende het eerste jaar, het implementatie jaar, drie ambtenaren ter beschikking van de Autoriteit te stellen om de Autoriteit te kunnen opstarten. Deze drie

ambtenaren zullen het implementatieteam vormen conform het advies in het implementatieplan van de SEO. Gedurende het eerste jaar zullen deze drie ambtenaren zich bezig houden met het opzetten van de organisatiestructuur van de Autoriteit, het uitwerken van een visiedocument en het toezichtkader waarbinnen de Autoriteit haar toezichtswerkzaamheden zal uitvoeren. Dit visiedocument moet ook gebruikt worden om de profielen van de medewerkers van de Autoriteit te bepalen en dient ook als referentiekader te dienen voor de opleiding en training van de medewerkers. Tijdens het implementatiejaar worden alle voorbereidingen getroffen om vanaf het tweede jaar de werkelijke werkzaamheden van de Autoriteit uit te voeren en dus pas in het tweede jaar zullen de rest van de medewerkers aangetrokken worden. Ingevolge de aanbevelingen van de SEO in het implementatieplan zijn drie medewerkers gedurende een jaar genoeg om deze werkzaamheden uit te voeren. Gezien het feit dat er op Aruba geen expertise op het gebied van mededinging (Autoriteit) bestaat zal het implementatieteam ondersteuning krijgen van een mededingingsexpert gedurende het implementatiejaar. Deze zal door het FDA gefinancierd worden.

De minister van Economische Zaken, Sociale Zaken
en Cultuur

De minister van Justitie en Onderwijs,