

## ESSENT ZUID B.V. (VOORHEEN PNEM/MEGA GROEP N.V.) EN EDON GROEP B.V. TEGEN DE D-G NMA

President van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 19 oktober 2001.

Weigering verzoek tot schorsing van voorschrift verbonden aan vergunning concentratie.

(m.nt. mr P. Glazener)

### Inleiding

Bij besluit van 20 oktober 1999 heeft de NMa een vergunning verleend voor de fusie van PNEM/MEGA Groep N.V. en N.V. EDON Groep (na de fusie omgedoopt tot Essent).<sup>1</sup> Aan de vergunning waren enkele voorschriften verbonden gericht op het voorkomen van machtsposities op de markt voor de productie van elektriciteit en de markt voor het composteren van GFT-afval.<sup>2</sup> Ter voorkoming van een machtspositie op de markt voor de productie van elektriciteit diende Essent haar belang in EPON (sindsdien overgenomen door Electrabel) af te stoten. Bij dit voorschrift heeft Essent zich neergelegd. Tegen de voorschriften met betrekking tot de markt voor het composteren van GFT-afval heeft Essent echter beroep ingesteld. Deze voorschriften hielden in dat Essent haar belang in (een) bepaalde composteerinstallatie of -installaties zou moeten afstoten. (Essent had de keuze tussen het afstoten van het belang in composteerinstallatie X2 of het afstoten van de belangen in composteerinstallaties X3 en X4.)<sup>3</sup> Essent heeft voor het afstoten van deze belangen veel tijd gekregen: veertien maanden, met éénmaal een verlenging van tien maanden. Als de belangen niet binnen deze termijn van twee jaar waren afgestoten, moest Essent een onherroepelijke volmacht verlenen aan een investment bank om de belangen op zo kort mogelijke termijn te verkopen. Dit is een royale regeling, vergeleken met wat bij de Europese Commissie gebruikelijk is (maximaal één jaar voor het hele proces, inclusief de tijd die nodig is voor de verkoop door de investment bank als partijen er niet in slagen de bedrijfsonderdelen zelf te verkopen).

Essent heeft beroep ingesteld tegen het besluit van de NMa bij de Rechtbank Rotterdam, voorzover het betref de mededingingsrechtelijke beoordeling van de gevolgen van de concentratie op de markt voor de compostering van GFT-afval. Essent betwistte niet de marktafbakening, maar voerde aan dat op de door de NMa afgebakende markt van mededingingsrechtelijke problemen geen sprake zou zijn, zodat ten onrechte een voorschrift aan de vergunning was verbonden. Het belangrijkste argument van Essent was dat de NMa ten onrechte de in langlopende contracten vastgelegde capaciteit voor de verwerking van GFT-afval in aanmerking had genomen. Circa 90 procent van de op de Nederlandse markt beschikbare capaciteit ligt vast in zulke langlopende contracten, waarvan de meeste pas in 2008 aflopen. Volgens Essent was deze gecontracteerde capaciteit te vergelijken met capaciteit voor captiveproductie, die

ondernemingen voor eigen gebruik aanwenden en in het algemeen niet tot de markt wordt gerekend. Op de markt inclusief de gecontracteerde capaciteit heeft Essent een marktaandeel tussen 45 procent en 50 procent, maar als alleen gekeken wordt naar 'vrije' capaciteit ligt haar marktaandeel aanzienlijk lager (volgens Essent; volgens de NMa hadden partijen ook in het 'vrije' segment een (te) hoog marktaandeel). Voorts verweet Essent de NMa dat zij ook de situatie na afloop van de langlopende contracten in 2008 in haar beoordeling had betrokken. Volgens Essent had de NMa niet verder dan de gebruikelijke drie tot vijf jaar vooruit mogen kijken.

De rechtbank maakte met de argumenten van Essent korte metten. De in langlopende contracten vastgelegde capaciteit maakte volgens de rechtbank wel degelijk deel uit van de markt. De parallel met captiveproductie ging volgens de rechtbank niet op, omdat de gecontracteerde capaciteit, in tegenstelling tot capaciteit voor captiveproductie, geheel ten behoeve van de markt wordt ingezet. Gezien de bijzondere marktstructuur vond de rechtbank het ook gerechtvaardigd dat de NMa langer vooruit keek dan de gebruikelijke drie tot vijf jaar. De rechtbank heeft het beroep van Essent derhalve verworpen.

De uitspraak van de rechtbank dateert van 21 juni 2001. Essent is tegen deze uitspraak in beroep gegaan bij het College en heeft op 8 oktober 2001 de President van het College verzocht een voorlopige voorziening te treffen, houdende schorsing van het voorschrift tot afstoting van de tweede composteerinstallatie over te gaan. (Essent had gekozen voor de tweede optie, waarbij zij twee installaties (X3 en X4) dienden af te stoten. Eén daarvan (X3) had zij reeds afgestoten.) Op 20 oktober 2001 verstreek de termijn van twee jaar die Essent had gekregen om de installaties zelf te verkopen. (Na ommekomst van deze termijn moest zij een investment bank een onherroepelijke volmacht verlenen om de installatie te verkopen.) Essent verzocht deze verplichting op te schorten tot de einduitspraak van het College.

### Uitspraak van de President

De President deed zijn uitspraak op 19 oktober 2001, slechts twee dagen na de mondelinge behandeling die op 17 oktober had plaatsgevonden. De President wees het verzoek af op grond van de volgende overwegingen:

'De President behoeft niet te treden in de belangenafweging zoals die door verzoeksters is voorgesteld, omdat het verzoek om voorlopige voorziening reeds om andere redenen niet voor inwilliging in aanmerking komt.

Vaststaat dat X4 een verliesgevende onderneming is. Gevraagd naar de schadelijke effecten van het afstoten van deze verliesgevende onderneming, hebben verzoeksters ter

1 Zaaknummer 1331/PNEM/MEGA-EDON.

2 Groente-, fruit- en tuinafval.

3 De namen van de composteerinstallaties zijn geheimgehouden.

zitting zelf aangegeven dat het belang in X4 nu vanwege de negatieve cashflow waarschijnlijk geen waarde heeft.

Aan X4 komt niettemin, aldus verzoeksters ter zitting, wel een strategische waarde toe en heeft zij winstpotentie. (sic!)

In dat verband hebben verzoeksters er, bij wijze van voorbeeld, op gewezen dat de composteringsinstallatie van X4 zou kunnen worden ingezet ten behoeve van het produceren van biomassa brandstof in plaats van compost. Aldus zou zij winst kunnen genereren.

Verzoeksters hebben het op dit punt echter bij een blote bewering gelaten. Het teloorgaan van omliggende, in de nabije toekomst te verwachten, winsten is derhalve speculatief gebleven. Van ernstige en onherstelbare schade is derhalve ook in dit opzicht niet kunnen blijken.

In aanmerking genomen dat ook overigens niet van onevenredig nadeel is gebleken, komt het verzoek om voorlopige voorziening reeds hierom niet voor inwilliging in aanmerking.<sup>4</sup>

### Commentaar

Hoewel de President dat niet met zoveel woorden zegt, kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat de argumenten van Essent in de hoofdzaak hem niet hebben kunnen overtuigen en dat hij dat in zijn oordeel heeft laten meewegen. Dit is naar mijn mening een typisch voorbeeld van een uitspraak van een President die van een zaak af wil waar hij inhoudelijk niet in gelooft en naar een eenvoudige uitweg zoekt.

Als de argumenten van Essent in de hoofdzaak een rol hebben gespeeld in het oordeel van de President, verdient het natuurlijk wel de voorkeur dat hij dat ook zegt. Dat past binnen de belangenafweging die hij moet maken, waarbij hij mede moet betrekken de kans dat het bestreden besluit de toetsing op rechtmatigheid in de hoofdzaak zal kunnen doorstaan. De uitspraak die de President nu heeft gedaan is onbevredigend.

Essent had aangevoerd dat zij grote financiële schade zou lijden als zij de composteerinstallatie op korte termijn zou moeten verkopen. De composteerinstallatie was zo onrendabel, dat zij bij verkoop op korte termijn slechts een gering bedrag voor de installatie zou ontvangen. Deze schade zou volgens Essent onherstelbaar zijn als zij in hoger beroep alsnog in het gelijk zou worden gesteld. De President heeft deze argumenten aangegrepen om het verzoek als niet spoedeisend af te doen. De vraag of een bedrijfsonderdeel verlieslatend is, lijkt mij echter niet van belang voor de vraag of sprake is van 'onverwijlde spoed'. Mahler<sup>4</sup> heeft terecht opgemerkt dat op grond van soortgelijke overwegingen een verplichting om een winstgevend bedrijfsonderdeel af te stoten, als niet spoedeisend af zou kunnen worden gedaan; de redenering van de President

volgens zou men daardoor evenmin schade behoeven te lijden omdat de winstgevendheid in een hoge verkoopprijs zou moeten resulteren. Het binnen een bepaalde termijn gedwongen moeten verkopen van een bedrijfsonderdeel zal in het algemeen resulteren in een lagere verkoopprijs dan bij een vrije verkoop op een door de verkoper zelf gekozen moment zou kunnen worden gerealiseerd. Daarvoor maakt het niet uit of het bedrijfsonderdeel verlieslatend is of niet. De daardoor ontstane schade is naar zijn aard tevens onherstelbaar. Alleen al om deze reden zal een verplichting een bedrijfsonderdeel te moeten verkopen normaal gesproken ernstige en onherstelbare schade tot gevolg hebben. Daarnaast kan een bedrijfsonderdeel strategische waarde hebben. Dat laatste heeft de President in beginsel wel onderkend, maar hij vond dat Essent daarvan geen bewijs had geleverd. Het is de vraag hoeveel bewijs daarvan kan worden gevraagd. Het inschatten van toekomstige bedrijfsontwikkelingen zal tot op zekere hoogte altijd speculatief blijven.

De President had er derhalve goed aan gedaan toch de betrokken belangen af te wegen. Essent had aangevoerd dat geen zwaarwegend belang was gemoeid met naleving van de verplichting tot verkoop vooruitlopend op de uitspraak in de bodemprocedure, omdat tot 2008 circa 90 procent van de verwerking van GFT-afval is vastgelegd in contracten, zodat er tot die tijd sowieso weinig ruimte is voor concurrentie. In een belangenafweging had de President dat moeten laten meewegen, net als een inschatting van de kans van slagen van de vordering van Essent in de hoofdzaak. Dat was wellicht een lastiger afweging geweest, maar het zou een bevredigender uitspraak hebben opgeleverd.

<sup>4</sup> Zie de noot van mr R. Mahler bij dezelfde uitspraak in Actualiteiten Mededingingsrecht 2001, p. 243.