

Rechtbank Rotterdam – Nuon en Reliant/ NMa: rechterlijke toetsingsmaatstaven in concentratiezaken herbezien

(m.nt. Y. de Vries)¹

Inleiding

Op 1 juni 2005 heeft de rechtbank Rotterdam uitspraak gedaan in de door Nuon en Essent ingestelde bodemprocedure tegen (onder meer) het besluit dat voor hun concentratie een vergunning is vereist en tegen het besluit waarbij met oplegging van voorschriften een vergunning is verleend.² De uitspraak verschaft nader inzicht in de toetsingsmaatstaven die de rechtbank hanteert bij de beoordeling van eerste en tweede fase besluiten. In deze annotatie worden, na een bespreking van de voorgeschiedenis, enige kanttekeningen geplaatst bij de toetsingsmethoden van de rechtbank.

De bestreden besluiten

In april 2003 werd de voorgenomen overname van Reliant door Nuon gemeld bij de NMa. Na een uitvoerig onderzoek besloot de NMa op 11 september 2003 dat voor de overname een vergunning was vereist omdat de concentratie een economische machtspositie zou doen ontstaan of versterken op de Nederlandse groothandelsmarkt voor elektriciteit (het 'eerste fase besluit'). Uiteindelijk is op 3 december 2003, met oplegging van ingrijpende voorschriften, een vergunning verleend (het 'tweede fase besluit').³ De bezwaren van de NMa hielden, beknopt weergegeven, in dat de concentratie de mogelijkheden voor en prikkels tot strategisch gedrag die op de elektriciteitsmarkt zouden bestaan zou vergroten.

Deze bezwaren moeten worden gezien in het licht van enige bijzondere kenmerken van de elektriciteitsmarkt. Omdat voor elektriciteit nauwelijks substituten bestaan is de prijselasticiteit van de elektriciteitsmarkt gering. Daarnaast moeten vraag en aanbod altijd in evenwicht zijn omdat elektriciteit niet kan worden opgeslagen. De vraag naar elektriciteit fluctueert echter gedurende de dag en ook over verschillende jaargetijden. Er wordt doorgaans een onderverdeling gemaakt tussen de elektriciteit die altijd nodig is (de basislast) en de elektriciteit die nodig is tijdens piek- en superpiek uren (de flexibele last). In de basislast wordt meestal voorzien door kern- en kolencentrales met relatief lage marginale kosten. Slechts een beperkt aantal, met name gasturbine-, centrales kan voldoende snel de productie aanpassen om effectief in te kunnen spelen op een sterke stijging van de vraag. Gedurende de piekuren is het aantal effectieve aanbieders daarom kleiner. In 2003 beschikten in Nederland alleen Essent, Electrabel en Reliant over substantiële flexibele (last) capaciteit. Nuon beschikte alleen over basis- en middenlastcapaciteit. Daar zou pas verandering in komen als in 2005 de Intergenerale centrale in gebruik zou worden genomen. Nuon had zich

namelijk verplicht om gedurende 15 jaar exclusief van deze centrale af te nemen.

Het onderzoek van de NMa spitste zich toe op de Nederlandse groothandelsmarkt voor elektriciteit. Op deze markt had de combinatie Nuon/Reliant, inclusief de toekomstige capaciteit van de Intergenerale, een marktaandeel van circa 20–25%. Bij de beantwoording van de vraag of de concentratie een economische machtspositie zou doen ontstaan of versterken, kende de NMa echter weinig gewicht toe aan marktaandelen en concentratiegraad. Omdat de marktomstandigheden door de fluctuaties in de vraag van uur tot uur en zelfs van kwartier tot kwartier zouden veranderen en verschillende marktpartijen zowel leverancier als afnemer zijn, achtte de NMa het niet goed mogelijk om aan de hand van deze traditionele instrumenten de gevolgen van de concentratie in te schatten.⁴ In plaats daarvan heeft de NMa getracht deze gevolgen direct te meten door aan de hand van simulatie-analyses te onderzoeken welke gevolgen de concentratie zou hebben voor de prijsontwikkeling. Aan deze benadering ligt de gedachte ten grondslag dat een toename van marktmacht tot uiting komt in een hoger ex-post prijsniveau. De essentie van marktmacht is immers *'het vermogen van ondernemingen om de prijzen of andere concurrentieparameters op een markt te beïnvloeden'*.⁵

De NMa heeft in haar onderzoek veel belang gehecht aan de mogelijkheden die de grote aanbieders zouden hebben en de prikkels die zij zouden ervaren om zich strategisch te gedragen. Op piekmomenten, wanneer de kleine aanbieders hun capaciteit reeds volledig hebben ingezet, zouden de grote aanbieders een spilpositie innemen. Deze spilpositie zou hen de mogelijkheid verschaffen om het prijsniveau op te drijven, met name door capaciteit achter te houden. De prikkel voor dergelijk strategisch gedrag zou daarin bestaan dat door de lage elasticiteit van de elektriciteitsmarkt, een hogere prijs nauwelijks leidt tot minder afzet. Aldus kan een prijsopdrijvend effect ontstaan zonder dat daar enige vorm van gedragsafstemming aan ten grondslag hoeft te liggen. In het feit dat de prijzen op de Amsterdam Power Exchange aanzienlijk kunnen fluctueren zag de NMa sterke aanwijzingen voor het bestaan van dergelijk strategisch gedrag. Hier leidde de NMa uit af dat de grote aanbieders van flexibele last op

- 1 Mr Y. de Vries is advocaat te Den Haag (De Brauw Blackstone Westbroek).
- 2 Rechtbank Rotterdam 1 juni 2005, Reg. nrs. 03/3131 MEDED-WILD, 04/135 MEDED-WILD, 04/137 MEDED-WILD, 04/1571 MEDED-BRO1 en 04/2061 MEDED-VERW, LJN AT8794, beschikbaar op www.rechtspraak.nl.
- 3 Zie NMa zaak 3386/*Nuon-Reliant Energy Europe*, besluiten van 11 september en 8 december 2003, eerder besproken door L.E.J. Korsten, M.A. Langeman en M. van Wanroij, 'Kroniek Concentratiecontrole 2003', *Markt & Mededinging* 2004, nr. 3, p. 93. Het besluit van 11 september 2003 is voorts besproken door M. Visser, 'Nuon/Reliant – een spannend besluit', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, nr. 9, p. 193.
- 4 De veranderlijkheid van de markt zou volgens de NMa met zich meebrengen dat elk moment een aparte productmarkt kan vormen en dat de mate waarin ondernemingen over een economische machtspositie beschikken snel kan variëren in de tijd, tweede fase besluit, rnr. 19.
- 5 Tweede fase besluit, rnr. 50.

bepaalde (piek) momenten reeds over marktmacht beschikken.

De NMa kwam tot de slotsom dat de concentratie deze marktmacht zou versterken. Het wegvallen van Nuon als (toekomstige) kleine aanbieder zou leiden tot een toename van het aantal momenten waarop de grote aanbieders over marktmacht zouden beschikken en de prikkel zouden ervaren om die marktmacht te gebruiken met het doel de prijzen op te drijven. Steun voor deze hypothese werd gevonden in twee simulatie-analyses die de NMa had laten uitvoeren door externe bureaus. Uit beide analyses kwam namelijk naar voren dat het gemiddelde prijsniveau na de concentratie hoger zou zijn. Volgens Frontier Economics 13,27% hoger en volgens ECN Beleidsstudies 5,9% hoger. Uit beide simulaties kwam naar voren dat vooral de piekprijzen sterk zouden toenemen. Frontier Economics voorzag een stijging van mogelijk zelfs 55,42%. De omvang van deze verwachte stijging zou voldoende zijn om te kunnen concluderen dat de marktmacht zou toenemen: *'Uit criteria die bij de afbakening van de relevante markt worden gehanteerd, blijkt dat bij een mate van marktmacht welke in staat stelt de prijzen duurzaam met 5 à 10% winstgevend te verhogen, een kritische grens wordt gepasseerd'*.⁶ Daarmee stond voor de NMa vast dat de concentratie een economische machtspositie zou doen ontstaan of versterken op de Nederlandse groothandelsmarkt voor elektriciteit. Deze economische machtspositie zou weliswaar niet constant bestaan, maar wel op momenten van schaarste (de piekmomenten). Daarom zou deze economische machtspositie toch een structureel karakter hebben. Zonder de concentratie zou Nuon zich juist, aldus de NMa, via de Intergencentrale hebben ontwikkeld tot een tegenwicht van de grote aanbieders. Dit concurrentiebevorderende effect zou door de concentratie uitblijven.

De economische machtspositie die de NMa bedoeld is niet (louter) een economische machtspositie van de combinatie van Nuon/Reliant. Ook wordt niet een collectieve machtspositie van de grote aanbieders van flexibele last bedoeld. Hoewel de NMa van mening was dat het bestaan van een collectieve machtspositie – op basis van de Airtours criteria⁷ – aantoonbaar was, ging het besluit daar niet op in. Het was de NMa er juist om te doen dat ieder van deze aanbieders reeds, zonder dat daar coördinatie voor nodig is, marktmacht kon uitoefenen en dat de concentratie tot gevolg zou hebben dat deze marktmacht zou worden versterkt. Dit werd door de NMa onder de noemer unilaterale effecten geplaatst:

*'Marktmacht kan ook bestaan wanneer een of meer ondernemingen ieder voor zich, dus zonder onderlinge coördinatie, invloed op de prijzen of andere wezenlijke concurrentieparameters kunnen uitoefenen. Wanneer een concentratie ertoe leidt dat deze invloed sterker wordt, dan wordt dit ook wel aangeduid met de term 'unilaterale effecten.'*⁸

Deze benadering is opmerkelijk. Het is immers zeer omstreden of een situatie waarin verschillende onderne-

mingen tegelijkertijd en onafhankelijk van elkaar marktmacht kunnen uitoefenen kan worden gevat onder het begrip economische machtspositie.⁹ De NMa ziet die mogelijkheid echter wél. Met name door de volgende uitleg te geven aan dit begrip:

*'Het begrip economische machtspositie verwijst [...] dan ook niet zozeer naar een positie van een hoog marktaandeel van slechts één speler, maar naar een positie waarin één of meer betrokken ondernemingen zich onafhankelijk kunnen gedragen. Een dergelijke onafhankelijkheid en dus de afwezigheid van voldoende concurrentiedruk maakt het voor de betrokken ondernemingen mogelijk om bijvoorbeeld hun prijzen tot een bovencompetitief niveau te doen stijgen.'*¹⁰

Aldus meent de NMa toch een weg te hebben gevonden om concentraties te verbieden die niet een economische machtspositie van één onderneming of een collectieve machtspositie doen ontstaan of versterken, maar ook concentraties die – zoals in dit geval – tot gevolg zouden hebben dat de marktmacht binnen een niet-collusief oligopolie toeneemt.¹¹ Waarom de NMa zich op onbekend gebied begeeft terwijl zij van mening was dat zij via de bekende weg van de collectieve machtspositie tot hetzelfde resultaat had kunnen komen blijft echter onduidelijk.

Uiteindelijk is toch een vergunning verleend omdat Nuon een verbintenis heeft aanvaard inhoudende dat zij 900 MW gegarandeerde (firm) capaciteit zal veilen in capaciteitsblokken van 10 MW met een looptijd van (steeds opnieuw) vijf jaar. Ten minste 88% van deze capaciteit zou, voor zover technisch mogelijk, van de Intergencentrale afkomstig zijn. Deze verbintenis werd door NMa afdoende geacht om de gesignaleerde mededingingsproblemen op de groothandelsmarkt weg te nemen.

De uitspraak van de voorzieningenrechter en aanpassing van de voorschriften

Nuon heeft de voorzieningenrechter verzocht om schorsing van het tweede fase besluit. De beroepsgronden

6 Tweede fase besluit, rnr. 169.

7 GvEA EG, zaak T-342/99, *Airtours t. Commissie*, arrest van 6 juni 2002, *Jurispr.* 2002, blz. II-2585.

8 Tweede fase besluit, rnr. 50.

9 Zie recentelijk S. Baxter en F. Dethmers, *Collective Dominance Under EC Merger Control – After Airtours and the introduction of unilateral effects is there still a future for collective dominance?*, E.C.L.R. 2006, nr. 3, p. 148.

10 Tweede fase besluit, rnr. 191.

11 In de Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies, *PbEU* 2004, C 31/5, rnr. 25 wordt dit type unilaterale effecten als volgt omschreven: '[...] concentraties op oligopolistische markten, die gepaard gaan met de uitschakeling van belangrijke concurrentiedruk die de fuse-rende partijen voorheen op elkaar uitoefenden en met een vermindering van de concurrentiedruk op de overige concurrenten, zelfs zonder dat coördinatie tussen de leden van het oligopolie waarschijnlijk is, [kunnen] eveneens leiden tot een significante belemmering van de mededinging.'

hielden – beknopt weergegeven – in dat de NMa (i) een onjuiste invulling zou hebben gegeven aan het begrip economische machtspositie, (ii) de geografische markt te nauw zou hebben afgebakend, (iii) niet had aangetoond dat de concentratie een economische machtspositie van de combinatie Nuon/Reliant tot gevolg zou hebben en (iv) dat de simulatie-analyses te weinig concrete aanknopingspunten bevatten voor de conclusies van de NMa en daar niet uit zou blijken dat de geprognosticeerde prijsverhoging voort zou komen uit strategisch gedrag van de grote aanbieders.

In zijn uitspraak van 3 juni 2004 plaatst de voorzieningenrechter vraagtekens bij de uitleg die de NMa heeft gegeven aan het begrip economische machtspositie.¹² De voorzieningenrechter zag in de Europese rechtspraak en beschikkingspraktijk geen aanknopingspunten voor de stelling dat een situatie waarin ondernemingen onafhankelijk van elkaar, zonder enige vorm van collusie, marktmacht kunnen uitoefenen onder het begrip economische machtspositie kan vallen. Ook meende de voorzieningenrechter dat de NMa teveel gewicht had toegekend aan de '[A]ls 'voorzichtig' te bestempelen' conclusies van Frontier en ECN. Daarnaast zou de NMa onvoldoende hebben aangetoond dat de concurrentieparameters 'significant' en 'op duurzame wijze' door de concentratie zouden worden beïnvloed. Dit was, tezamen genomen, voldoende om de voorzieningenrechter te doen twijfelen aan de rechtmatigheid van het besluit. Omdat de voorzieningenrechter ook twijfels had over de omkeerbaarheid van de gevolgen van het besluit, met name ten aanzien van de verplichting om te veilen in blokken van vijf jaar, werd het verzoek toegewezen, in die zin dat deze periode voor de eerste capaciteitsverkoop werd beperkt tot één jaar.

De uitspraak van de voorzieningenrechter heeft aanleiding gegeven tot nieuwe gesprekken. Op 17 augustus 2004 is de NMa akkoord gegaan met een aanzienlijke vermindering van de in 2005 te veilen capaciteit in verband met de voorgenomen overdracht van het Intergeren contract aan Eneco.¹³ Uiteindelijk heeft de NMa op 21 januari 2005 besloten dat de veilingsverplichting met ingang van 2006 geheel zou komen te vervallen.¹⁴

Uitspraak in de bodemprocedure

In de bodemprocedure zijn in hoofdlijnen dezelfde gronden aangevoerd als bij de voorzieningenrechter. De bodemprocedure was echter niet alleen gericht tegen het tweede fase besluit, maar ook tegen het eerste fase besluit en tegen twee brieven waarbij de NMa afwijzend had gereageerd op verzoeken om herziening van de voorschriften. De rechtbank oordeelde eerst het eerste fase besluit. Daarbij stelde de rechtbank voorop dat de NMa in de meldingsfase over een ruime beleidsvrijheid beschikt. Dat zou nopen tot een terughoudende toetsing:

'De formulering van [artikel 37 lid 2 Mw] laat er geen twijfel over bestaan dat [de NMa] in dezen ruime beleidsvrijheid heeft, zowel ten aanzien van de beslissing een vergunning te vereisen als ten aanzien

van de inschatting of een economische machtspositie zal ontstaan of worden versterkt die de mededinging op de Nederlandse markt significant zal beperken. Hieruit volgt dat de rechtbank het besluit van 11 september 2003 terughoudend zal moeten toetsen.'

Het besluit doorstaat deze terughoudende toets met succes. De rechtbank achtte 'diverse geluiden uit de elektriciteitsmarkt, waar herhaaldelijk en spontaan wordt gesproken van belemmeringen van de mededinging', tegen de achtergrond van het onderzoek dat de NMa heeft verricht voor de Notitie concentraties in de energiesector, voldoende om tot het oordeel te kunnen komen dat een vergunning was vereist.

Voor de beoordeling van het tweede fase besluit hanteerde de rechtbank een zwaardere maatstaf. De NMa zou alleen een vergunning mogen weigeren indien met een 'hoge mate van waarschijnlijkheid' vast zou komen te staan dat de concentratie een economische machtspositie zou doen ontstaan of versterken:

'ingevolge artikel 41, tweede lid, van de Mw weigert [de NMa] de vergunning indien als gevolg van de voorgenomen concentratie een economische machtspositie zal ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.'

Deze bepaling impliceert dat voor de weigering van een vergunning met een hoge mate van waarschijnlijkheid vast moet komen te staan dat aan de voorwaarden voor weigering van de vergunning is voldaan. Deze hoge eisen die aan het bewijs worden gesteld in geval van volledige weigering gelden ook wanneer [de NMa] aan een eventueel verleende vergunning beperkingen of beperkende voorschriften verbindt, aangezien deze beperkingen kunnen worden aangemerkt als een gedeeltelijke weigering van de vergunning.'

De rechtbank onderzocht vervolgens of het door de NMa aangevoerde bewijs aan deze 'hoge eisen' voldeed. Daarbij nam de rechtbank tot uitgangspunt dat de NMa zich (alleen) op het standpunt had gesteld dat de concentratie een economische machtspositie van de combinatie Nuon/Reliant zou versterken of doen ontstaan. Het bewijs werd op twee gronden ontoereikend geacht.

12 Rechtbank Rotterdam 3 juni 2004, Reg. nr. MEDED 04/1243, LJN AQ4479, beschikbaar op www.rechtspraak.nl, besproken door J.K. de Pree in *Actualiteiten Mededingingsrecht 2004*, nr. 10, p. 224.

13 NMa zaak 3386/Nuon-Reliant Energy Europe, besluit van 17 augustus 2004.

14 NMa zaak 3386/Nuon-Reliant Energy Europe, besluit van 8 december 2003, zoals gewijzigd op 21 januari 2005.

Het werd de NMa met name aangerekend dat zij niet, aan de hand van marktaandeelen en concentratiegraad, had aangetoond op welke momenten sprake zou zijn van een economische machtspositie. Omdat, aldus de NMa, reeds voor de concentratie op bepaalde momenten sprake zou zijn van een economische machtspositie, had de NMa dergelijke momenten in kaart moeten brengen.

'De rechtbank overweegt daartoe dat, mede gelet op de stellige overtuiging van [de NMa] dat reeds ten tijde van de melding en de aanvraag van de vergunning sprake was van een markt, waarin op verschillende momenten verschillende partijen zodanige macht hadden, die door omvang, frequentie en duurzaamheid als economische machtspositie gekwalificeerd kon worden, het op de weg van [de NMa] had gelegen dergelijke momenten in kaart te brengen en te analyseren.'

Het feit dat het door de voortdurend wijzigende marktomstandigheden uiterst moeilijk zou zijn om de concentratiegraad en het marktaandeel vast te stellen, zou de NMa niet van deze verplichting ontslaan. Dit gebrek werd niet ondervangen door de resultaten van de simulatie-analyses. Dat uit deze onderzoeken zou blijken dat de prijzen op de Nederlandse elektriciteitsmarkt na de concentratie waarschijnlijk hoger zouden zijn rechtvaardigt volgens de rechtbank niet de conclusie dat door de concentratie een economische machtspositie ontstaat of wordt versterkt.

'[de onderzoeken van Frontier en ECN] geven geen indicatie over mogelijke economische machtsposities doch slechts over de vraag of de prijzen van elektriciteit naar aanleiding van de voorgenomen concentratie zouden kunnen gaan stijgen. De mogelijkheid dat die prijzen gaan stijgen, rechtvaardigt echter niet de conclusie dat een economische machtspositie ontstaat of wordt versterkt.'

Daarnaast zou de NMa niet voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat het beweerde strategische gedrag mogelijk zou zijn en plaats zou vinden. Uit eerdere onderzoeken, die in de uitspraak niet worden benoemd, zou immers niet zijn gebleken dat dergelijk strategisch gedrag daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

'De rechtbank stelt vervolgens vast dat ook de stelling van [de NMa], dat het strategisch gedrag waarvoor [de NMa] vreest mogelijk is, en dat dit gedrag ook zal plaatsvinden vanwege de voordelen die het de desbetreffende ondernemingen zou brengen, onvoldoende onderbouwd is. De rechtbank merkt daarbij op dat onderzoeken naar zulke gedragingen in het verleden, op een enkele uitzondering na op een andere (geografische) markt, geen uitsluitel hebben gegeven of dit strategisch gedrag werkelijk heeft plaatsgevonden.'

De rechtbank kwam aldus, met betrekkelijk weinig woorden, tot de slotsom dat de NMa niet voldoende aannemelijk had gemaakt dat de concentratie het ontstaan of versterken van een economische machtspositie tot gevolg zal hebben. Het beroep tegen het tweede fase besluit werd gegrond verklaard wegens strijd met artikel 3:2 Awb (zorgvuldige voorbereiding) en artikel 3:46 Awb (deugdelijke motivering) en de NMa werd opgedragen om een nieuw besluit te nemen, met inachtneming van de overwegingen van de rechtbank.

Omdat het beroep tegen het tweede fase besluit gegrond was verklaard, werd een besluit waarbij de NMa had geweigerd om de voorschriften te herzien ook gegrond geacht. Het ging om twee brieven waarin de NMa had gereageerd op een verzoek tot herziening van de voorschriften. Alleen de brief die een uitdrukkelijke afwijzing bevatte werd door de rechtbank als besluit aangemerkt. De andere brief zou slechts een verkennende beoordeling van het verzoek omvatten en daarmee niet het karakter hebben van een besluit.

Commentaar

De rechtbank heeft de meest prangende vraag onbeantwoord gelaten. Kan de NMa wél of niet het ontstaan of versterken van de marktmacht van een non-collusief oligopolie verbieden onder de huidige materiële toets? Zolang de materiële toets van de Mededingingswet niet in overeenstemming is gebracht met die van de EG-concentratieverordening blijft deze vraag van onverminderd belang voor de praktijk. In de uitspraak van de rechtbank wordt wel gelezen dat de rechtbank impliciet zou hebben bevestigd dat de NMa dit wel kan. Waarom zou de rechtbank immers het door de NMa aangedragen bewijsmateriaal toetsen als wat de NMa probeert te bewijzen geen economische machtspositie kan zijn?¹⁵ Ik meen echter dat de rechtbank deze vraag onbeantwoord laat. De rechtbank formuleert het standpunt van de NMa immers aldus dat de NMa slechts zou hebben gesteld dat de concentratie het ontstaan of versterken van een economische machtspositie van de combinatie Nuon/Reliant tot gevolg zou hebben.¹⁶ De vraag of ook een non-collusief oligopoly onder het begrip economische machtspositie kan worden gevat wordt daarmee gepasseerd. Deze uitleg van het standpunt van de NMa valt echter moeilijk te rijmen met de reeds besproken inhoud van de besluiten.

Bij de toetsing van het eerste fase besluit en het tweede fase besluit hanteert de rechtbank duidelijk verschillende maatstaven. Dit verschil kan ten dele worden gerechtvaardigd op grond van de wettekst. Voor een besluit dat een vergunning is vereist is blijkens artikel 37 lid 2 Mw reeds voldoende dat de NMa 'redenen heeft om aan te nemen' dat ten gevolge van de concentratie een economische machtspositie 'kan'

15 M.M. Slotboom, 'Nuon/Reliant: NMa-concentratiebesluit vernietigd door Rechtbank Rotterdam', *Juridisch up to Date* 2005, nr. 14, p. 9.

16 Meer specifiek overweegt de rechtbank dat '[de NMa] zich op het standpunt stelt dat reeds uit [haar] kwalitatieve analyse blijkt dat sprake is van het ontstaan dan wel versterking van een economische machtspositie van eisers 1'(cursivering toegevoegd).

ontstaan of worden versterkt. Voor de weigering van een vergunning moet, op grond van artikel 41 lid 2 Mw, blijken dat een economische machtspositie 'zal' ontstaan of worden versterkt. Toch lijkt het verschil in toetsingsintensiteit groter te zijn dan men op basis van de wettekst zou verwachten.

De vaststelling van de rechtbank dat de tekst van artikel 37 lid 2 Mw er geen twijfel over laat bestaan dat de NMa in de eerste fase over 'ruime beleidsvrijheid'¹⁷ beschikt ten aanzien van de beslissing om een vergunning te vereisen en ten aanzien van de 'inschatting' of een economische machtspositie zal ontstaan of worden versterkt heeft gevolgen voor de intensiteit van de rechterlijke toetsing. Het bestaan van ruime beleidsruimte noopt immers, zoals de rechtbank overweegt, tot terughoudende rechterlijke toetsing.¹⁸ De wijze waarop de rechtbank het besluit vervolgens toetst kan zeer terughoudend, zelfs marginaal, worden genoemd. '[G]eluiden uit de elektriciteitsmarkt, waar herhaaldelijk en spontaan wordt gesproken van belemmeringen van de mededinging' waren volgens de rechtbank al voldoende reden voor de NMa om te kunnen bepalen dat een vergunning was vereist.

Het uitgangspunt dat de NMa bij de toepassing van artikel 37 lid 2 Mw over (ruime) beleidsvrijheid zou beschikken lijkt mij onjuist. Uit de tekst van deze bepaling blijkt dat de NMa 'kan' bepalen dat voor een concentratie een vergunning is vereist, indien zij redenen heeft om aan te nemen dat als gevolg van die concentratie een machtspositie kan ontstaan of worden versterkt. Het gebruik van het woord 'kan' wordt vaak gezien als een aanwijzing dat het bestuursorgaan over beleidsvrijheid beschikt, en dat noopt inderdaad tot een terughoudende (marginale) toetsing. Het ligt echter in de rede dat het woord 'kan' in artikel 37 lid 2 Mw aldus gelezen dient te worden dat de NMa alleen mag bepalen dat een vergunning is vereist als aan de in die bepaling genoemde voorwaarden is voldaan. Dat betekent niet dat het de NMa vrij staat om te bepalen dat geen vergunning is vereist als wel aan deze voorwaarden is voldaan.¹⁹ Alleen deze lezing van artikel 37 lid 2 Mw is redelijkerwijs te verenigen met het uitgangspunt in de parlementaire geschiedenis dat de NMa in de eerste fase (slechts) over beleidsruimte beschikt.²⁰ Daarnaast is het niet goed voorstelbaar op welke gronden de NMa zou kunnen besluiten dat geen vergunning is vereist als zij redenen heeft om aan te nemen dat wél een vergunning is vereist. Een dergelijk geval heeft zich in de beschikkingspraktijk van de NMa ook nog nooit voorgedaan.

Doordat de rechtbank heeft aangenomen dat de NMa in de eerste fase over beleidsvrijheid beschikt lijkt de rechtbank het eerste fase besluit te terughoudend te hebben getoetst. Hoewel in de eerste fase met een mindere graad van zekerheid vast hoeft komen te staan dat een economische machtspositie zal ontstaan of worden versterkt dan in de tweede fase, komt het mij voor dat de rechtbank de lat wel erg laag legt indien geluiden uit de markt, bezien in het licht van het onderzoek dat de NMa heeft gedaan voor het opstellen van de Notitie concentraties in de energiesector, al voldoende zouden zijn om tot het oordeel te kunnen komen dat een vergunning is

vereist. Met name indien deze geluiden niet meer lijken te omvatten dan twee artikelen in het *Financieele Dagblad*.²¹

Het tweede fase besluit toetst de rechtbank aanzienlijk intensiever. Dat is, in het licht van de Essent-uitspraak van het CBB, een juiste benadering. In de Essent-uitspraak heeft het CBB immers overwogen dat de NMa bij het nemen van tweede fase besluiten over een 'zekere beoordelingsvrijheid' beschikt.²² Dat impliceert een hogere toetsingsintensiteit dan in het geval van beleidsvrijheid.²³ De rechterlijke toets omvat daarom, aldus het CBB, niet alleen de vraag of het besluit op een zorgvuldige wijze tot stand is gekomen, op deugdelijke motivering berust en of een juiste invulling is gegeven aan wettelijke begrippen (kortom marginale toetsing) maar ook of de NMa 'aannemelijk heeft gemaakt dat de feiten en omstandigheden aan de wettelijke voorwaarden voldoen'.²⁴ De rechtbank lijkt hiermee de bewijsmaatstaf aan te scherpen. Het moet 'met een hoge mate van waarschijnlijkheid' vast komen te staan dat aan de voorwaarden voor de weigering van een vergunning is voldaan. Daarbij benadrukt de rechtbank dat hiermee 'hoge eisen' aan het bewijs worden gesteld.

Voor zover de rechtbank inderdaad een zwaardere maatstaf heeft willen hanteren dan die van het CBB in de Essent-uitspraak, is deze benadering wellicht verdedigbaar vanwege het hogere prospectieve gehalte van het bestreden besluit. In de rechtspraak van het Gerecht van eerste aanleg en het Hof van Justitie in concentratiezaken kan worden waargenomen dat de eisen die aan het bewijs worden gesteld toenemen naarmate het prospectieve (en daarmee inherent

17 Met beleidsvrijheid wordt doorgaans de vrijheid bedoeld die aan een bestuursorgaan is gelaten wanneer is geregeld dat het al dan niet een besluit 'kan' nemen. Indien het bestuursorgaan alleen de ruimte is gelaten om invulling te geven aan een vage wettelijke norm, wordt doorgaans gesproken van beoordelingsvrijheid, Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, twaalfde dr., Den Haag 2002, p. 491.

18 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, reeds aangehaald, p. 491-492.

19 Zie ook C.T. Dekker, *Nederlands Mededingingsprocesrecht: Besluitvormingsprocedures en rechtsbescherming in het kader van de Mededingingswet*, 2002, p. 200-202 en M.B.W. Biesheuvel, M.R. Mok en H.G. Sevenster, *Van Ordening naar Marktwerking, Kanttekeningen bij het ontwerp-Mededingingswet*, 1996, p. 60. Anders Mok, die aangeeft dat aangenomen dient te worden dat dit alleen in zeer bijzondere gevallen zal gebeuren, M.R. Mok, *Kartelrecht I - Nederland*, vijfde dr., 2004, blz. 401.

20 *Kamerstukken II 1995/96*, nr. 3, p. 39: 'De beslissingen die de directeur neemt ter afsluiting van de eerste onderzoeksfase moeten de voorwaarden scheppen voor een juiste en volledige toepassing van het vergunningscriterium. Dit gegeven bepaalt de *beleidsruimte* in de eerste fase' (cursivering toegevoegd). Het ligt in de rede dat met beleidsruimte niet beleidsvrijheid maar juist beoordelingsvrijheid wordt bedoeld.

21 In het eerste fase besluit wordt in mrs. 63, 64 en 68 verwezen naar uittalingen van de directeuren van Nuon en EON in het *Financieele Dagblad*. De NMa heeft haar bevindingen echter overwegend op markt-onderzoeken gebaseerd.

22 CBB 27 september 2002, AWB 01/633 LJN AE8688, r.o. 6.1, beschikbaar op www.rechtspraak.nl.

23 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, twaalfde dr., Den Haag 2002, p. 491-492.

24 Essent en Edon t. NMa, reeds aangehaald, r.o. 6.1.

speculatieve) gehalte van het bestreden besluit hoger is.²⁵ Bij een prospectieve analyse, die – zoals in het onderhavige geval – ook nog eens is gebaseerd op complexe hypothesen omtrent toekomstig gedrag hoort tenslotte een kritische toets.²⁶ Ook mag worden verwacht dat hoge eisen worden gesteld aan het bewijs.²⁷ De rechtbank lijkt zich te hebben aangesloten bij deze ontwikkeling in de Europese rechtspraak.²⁸

In een voordracht bij het CBB heeft de directeur-generaal (thans voorzitter van de raad van bestuur) van de NMa laten doorklinken dat de rechtbank het tweede fase besluit te intensief zou hebben getoetst.²⁹ De rechtbank werd met name verweten de simulatie-analyses waarop de NMa zich had gebaseerd te gemakkelijk terzijde te hebben geschoven. Door de zeer summiere motivering van de uitspraak is het echter moeilijk om vast te stellen of deze kritiek terecht is. Niet duidelijk is bijvoorbeeld waarom de rechtbank meent dat de mogelijkheid dat de prijzen zullen stijgen niet de conclusie rechtvaardigt dat een economische machtspositie zal ontstaan of worden versterkt. Een stijging van het ex-post prijsniveau wordt doorgaans beschouwd als een indicatie dat marktmacht zal toenemen. Indien de rechtbank de NMa heeft willen verplichten om een bepaalde methode te gebruiken voor het meten van marktmacht – met name marktaandelen en concentratiegraad – kan wellicht worden gezegd dat de rechtbank op de stoel van de NMa is gaan zitten. De keuze voor een bepaalde methode omvat in beginsel een complexe

economische beoordeling die alleen terughoudend getoetst zou mogen worden.³⁰ Of de rechtbank de NMa inderdaad een bepaalde methode heeft willen voorschrijven kan echter niet worden vastgesteld omdat de rechtbank deze overweging niet nader heeft toegelicht.

Ook de overweging dat de NMa niet voldoende zou hebben onderbouwd dat strategisch gedrag mogelijk is en ook zal plaatsvinden, laat zich moeilijk toetsen. De rechtbank overweegt slechts dat eerdere onderzoeken geen uitsluitel hebben gegeven of dergelijk strategisch gedrag daadwerkelijk heeft plaatsgevonden op de Nederlandse elektriciteitsmarkt. De rechtbank geeft echter geen inzicht in de redenen waarom zij de overige theoretische onderbouwing van het besluit kennelijk ontoereikend vindt.

Op het punt van motivering stelt de uitspraak dan ook teleur. Het komt mij voor dat bij een intensieve(re) toets ook een intensieve motivering hoort. De wijze waarop de uitspraak is gemotiveerd staat in schril contrast met de uitspraken van het CBB en het Gerecht van eerste aanleg waarin de intensieve toetsing van concentratiebesluiten doorgaans gepaard gaat met een zeer uitvoerige motivering.

Het door de NMa ingestelde hoger beroep is al enige tijd aanhangig. Het zou een welkome ontwikkeling zijn indien dit hoger beroep, wat de uitkomst daarvan ook moge zijn, resulteert in een uitspraak die meer inzicht verschaft in het toetsingsproces.

25 Zie K. Platteau, 'Nogmaals over conglomerale concentraties, bewijslast en rechterlijke toetsing. Enkele Juridische kanttekeningen bij het arrest General Electric/Commissie', *Markt & Mededinging* 2006, nr. 2, p. 51, 54 en M.F. Bay en J.R. Calzado, 'Tetra Laval II: the Coming of Age of the Judicial Review of Merger Decisions', *World Competition* 2005, nr. 4, p. 433, 446.

26 HvJEG, arrest van 15 februari 2005, zaak C-12/03 P, *Tetra Laval t. Commissie*, n.n.g., r.o. 42.

27 Zie K. Platteau, reeds aangehaald, p. 54, M.F. Bay en J.R. Calzado, reeds aangehaald, p. 446.

28 Zie in vergelijkbare zin het lid van de raad van bestuur van de NMa R.J.P. Jansen, 'Judicial Review in The Netherlands on the substantive issues of merger control', *BIICL congres*, 11 november 2005, p. 7.

29 Toespraak van mr P. Kalbfleisch ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, 'Intensiteit rechterlijke toetsing van besluiten van marktautoriteiten', 1 juli 2005, beschikbaar op www.nmanet.nl.

30 H. Legal, *Standards of Proof and Standards of Judicial Review in EU Competition Law*, Fordham Corporate Law Institute 2005, p. 107, 115.