

Kroniek

Kroniek concentratiecontrole 2023

Paul van den Berg, Felix Roscam Abbing en Rosa Warning*

Inleiding

De Kroniek concentratiecontrole 2023 beschrijft de belangrijkste ontwikkelingen en zaken op het gebied van concentratiecontrole in Nederland in het afgelopen jaar. Het jaar wordt vooral gekenmerkt door een aantal *high profile* zaken die resulteerden in een verbod, waaronder *RTL/Talpa* en *AVR/AEB*, maar ook één zaak die juist resulteerde in voorwaardelijke goedkeuring in de vergunningsfase, *Roompot/Landal*.

De vier vergunningsfasezaken van het afgelopen jaar, waarvan er drie door de Autoriteit Consument & Markt (ACM) werden beslist (de vergunningsfase in *KPN/Youfone* liep nog in 2023) illustreren de lange duur van diepgaande onderzoeken (zie tabel 1).

De duur, maar ook de complexiteit en strengere toetsing van concentraties lijkt goed te passen bij de trend die wij reeds in de afgelopen kronieken hadden gesignaleerd, en lijkt zich in 2023 onverminderd te hebben voortgezet. Dit past bij de geleidelijke verandering in de aanpak van de ACM. Niettemin viel in 2023 ook op dat het aantal gemotiveerde meldingsfasebesluiten zeer beperkt was, tot drie besluiten¹ van de 99 concentratiebesluiten in de meldingsfase.

Tabel 1 Vergunningsfasezaken beslist door ACM

Zaak	Data melding en besluit ACM	Totale duur
<i>Roompot/Landal</i>	– Melding 21 september 2021 – Vergunning (onder voorwaarden) 12 april 2023	568 dagen
<i>RTL/Talpa</i>	– Melding 14 oktober 2021 – Verbod 3 maart 2023	505 dagen
<i>AVR/AEB</i>	– Melding 3 januari 2022 – Verbod 22 mei 2023	504 dagen

Daarnaast valt op dat twee verbodsbeschikkingen uit eind 2022 bij de rechter zijn gesneuveld (*Mediq/Eurocept* en *Bergman Clinics/Mauritskliniek*), terwijl een andere verbodsbeschikking uit 2019 juist werd gehandhaafd (*PostNL*). Volgens de rechtbank heeft de ACM de fusie destijds terecht afgekeurd. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (College of CBb) moet nog uitspraak doen in hoger beroep.

In deze kroniek zetten wij eerst de belangrijkste cijfers van het afgelopen jaar uiteen, waarna wij ontwikkelingen in wetgeving, sancties en rechtspraak op het gebied van het concentratietoezicht bespreken. Vervolgens gaan wij nader in op een aantal belangrijke zaken.

* Mr. P. van den Berg is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer LLP. Mr. F. Roscam Abbing is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer LLP. Mr. R. Warning is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer LLP. De auteurs (en/of hun kantoorgenoten) zijn in een aantal van de besproken zaken betrokken als advocaat.

1 Besluiten ACM van 22 januari 2023, zaak ACM/22/18087 (*DSG Group/Van Der Mey*); 13 juni 2023, zaak ACM/23/181499 (*a.s.r./Aegon*); en 14 september 2023, zaak ACM/23/184523 (*KPN/Youfone*).

De cijfers²

	2023	2022	2021
Meldingen van fusies, overnames en joint ventures (concentraties)	119	144	160
Aantal gemelde fusies die niet meldingsplichtig waren	0	1	0
Ingetrokken meldingen	0	1	4
Verleende ontheffingen	0	0	0
Besluiten ACM op meldingen van concentraties	112	128	168
Wijzigingsbesluiten	0	1	0
Vergunningsaanvragen	1	3	2
Vergunningseisen ACM voor concentraties	1	3	2
Ingetrokken vergunningsaanvragen	0	0	0
Opgeheven vergunningsvoor-schriften	0	0	1
Besluiten ACM op vergunningsaanvraag	3	0	6

Uit de vergelijking van het aantal meldingen en concentratiebesluiten over de jaren heen blijkt dat 2023 een relatief rustig jaar was met ca. 40 minder gemelde concentraties en 50 minder genomen besluiten ten opzichte van 2021. Ook zijn er jaarlijks steeds minder gemotiveerde concentratiebesluiten. De afname in het aantal gemotiveerde besluiten (van ongeveer 10% in 2021, 4,5% in 2022 naar 2,5% in 2023), past in de trend die de ACM al jaren geleden heeft ingezet.³

Wetgeving, regelgeving en relevante ontwikkelingen

In de Kroniek concentratiecontrole 2022 bespraken wij het wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet (Mw) dat op 17 maart 2021 bij het parlement werd ingediend. Dit wetsvoorstel is op 1 januari 2023 in werking getreden. De belangrijkste wijziging betreft de berekening van de omzet voor afhankelijke economische transacties (art. 30 lid 2 Mw). Het tweede lid ziet op concentraties die plaatsvinden via de verwerving van delen van ondernemingen en wordt op twee punten gewijzigd. De

- Het jaarverslag van de ACM voor 2023 is nog niet gepubliceerd. Dit overzicht bevat daarom voorlopige, nog niet door de ACM gepubliceerde cijfers.
- Zie over dit onderwerp P. Kuipers, 'ACM-concentratiebesluiten in de meldingsfase - verkort of tekort?', *M&M* 2023, afl. 2, p. 53-55 die ingaat op de vraag of de ACM de mededingingspraktijk, en wellicht ook haar eigen beslissingspraktijk, een dienst bewijst door concentratieprocedures af te doen met een verkort besluit.

eerste wijziging betreft de periode waarbinnen de transacties plaatsvinden. Voor opeenvolgende transacties tussen dezelfde personen of ondernemingen geldt nu een referentieperiode van twee jaar. Voorheen werd uitgegaan van een door de ACM in aanmerking te nemen periode. Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel hanteerde de ACM in de praktijk reeds een termijn van twee jaar.⁴

De tweede wijziging ziet op de aard van verwervingen die worden beschouwd als één concentratie. Artikel 5 lid 2 EU-Concentratieverordening⁵ gaat uit van verwervingen die plaatsvinden tussen dezelfde personen of ondernemingen. In de Mededingingswet werd uitgegaan van verwervingen die 'afhankelijk van elkaar zijn of op een economische wijze zodanig met elkaar zijn verbonden dat deze verwervingen als één verwerving moeten worden beoordeeld'. Ook op dit punt is de Nederlandse aanpak in overeenstemming gebracht met de EU-praktijk.⁶

Relevante ontwikkelingen

Strikt genomen waren er geen andere relevante wetwijzigingen in 2023. Wel kan 2023 worden gekenmerkt als het jaar waarin de ACM bevestigde geïnteresseerd te zijn geraakt in de problematiek van het 'kralenrijgen'. Of-schoon kralenrijgen – dat wil zeggen, het aangaan van meerdere kleine transacties door dezelfde koper (doorgaans *private equity*) – al langer op de radar staat van de ACM en andere toezichthouders wereldwijd, heeft de ACM bij monde van bestuursvoorzitter Snoep dit jaar een aantal speeches en blogposts aan het onderwerp gewijd.

Begin dit jaar noemde Snoep het gevaar van dit kralenrijgen of *roll-ups* al tijdens een conferentie, en dan met name omdat dit soort transacties vaak onder de meldingsdrempels valt en dus niet voorafgaand kan worden getoetst. Recenter wijdde Snoep een blogpost aan dit onderwerp met de titel 'Kleine overnames, grote problemen'.⁷ Daarin signaleert Snoep opnieuw het probleem dat dit soort zaken onder de radar blijft. De meldingsdrempels worden niet gehaald, zodat detectie lastig is

- Kamerstukken II 2020/21, 35770, nr. 3* (Wijziging van de Mededingingswet in verband met het expliciteren van de uitsluiting van het kartelverbod van gedragingen in het kader van het gemeenschappelijke landbouw- en visserijbeleid en technische wijzigingen van het concentratietoezicht, en wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de nationale toepassing van de mogelijkheid tot privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht).
- Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (*PbEU* 2004, L 24/1-22).
- Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwes-ties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (*PbEU* 2008, C 95/1-48), par. 49-50.
- ACM, 'Kleine overnames, grote problemen', Blogpost Martijn Snoep 6 november 2023.

en er geen beoordeling door mededingingsautoriteiten plaatsvindt. Dit zou volgens Snoep wel wenselijk zijn. Snoep komt dan ook met de oproep om de wet aan te passen door of de meldingsdrempels te veranderen of wel een mogelijkheid in te bouwen om niet-meldingsplichtige concentraties alsnog te kunnen beoordelen; een soort artikel 22 EU-Concentratieverordening maar dan op nationaal niveau.⁸

Ofschoon de oproep van Snoep en de praktijk van het kralenrijgen het afgelopen jaar uitvoerig aandacht hebben gekregen, heeft dit vooralsnog niet geleid tot aangekondigde beleids- of wetwijzigingen. De tijd zal leren of dat alsnog gebeurt.

Waar de ACM ten aanzien van lokale niet-meldingsplichtige concentraties vooralsnog geen mogelijkheid heeft tot nader onderzoek, geldt dat niet voor grensoverschrijdende niet-meldingsplichtige concentraties binnen de Europese Unie (EU). Op grond van artikel 22 EU-Concentratieverordening kan de ACM de Commissie verzoeken dergelijke concentraties alsnog te onderzoeken, ook indien zij noch op Europees niveau noch op nationaal niveau de meldingsdrempels halen. In 2023 heeft de ACM twee verwijzingen ex artikel 22 EU-Concentratieverordening ondersteund of aangevraagd: *Autotalks/Qualcomm*⁹ en *Adobe/Figma*.¹⁰

Naast de bovengenoemde ontwikkelingen op het gebied van het kralenrijgen en niet-meldingsplichtige concentraties, is een interessante casus in het afgelopen jaar de bindendverklaring van toezeggingen gedaan door Albert Heijn en Jan Linders.

Jan Linders is een supermarktketen die met name actief is in het zuidoosten van Nederland. Zij heeft besloten te stoppen als zelfstandige supermarktketen. Als gevolg daarvan is Jan Linders partij bij meerdere transacties, waarbij onder meer winkels worden overgedragen aan andere supermarktketens en waarbij Jan Linders supermarkten van Albert Heijn verwerft die zij vervolgens als Albert Heijn-franchisenemer zal exploiteren. De verschillende transacties resulteren in enkele concentratiebesluiten. Naast de genoemde overname van Albert Heijn-winkels, sluiten Albert Heijn en Jan Linders eveneens een samenwerking waarbij een deel van de bestaande winkels van Jan Linders zal worden omgebouwd en in het vervolg als onderdeel van de Albert Heijn-franchiseformule door Jan Linders zal worden geëxploiteerd.

Deze samenwerking resulteert vermoedelijk niet in een wijziging van zeggenschap en resulteert niet in een concentratiebesluit. Niettemin resulteert de samenwerking volgens de ACM in potentiële mededingingsproblemen met betrekking tot vijf winkels van Jan Linders, namelijk in die lokale markten waar het gezamenlijke marktaandeel van winkels van Albert Heijn en Jan Linders meer dan 50% is op basis van omzet.

Om een nader onderzoek af te wenden doen Jan Linders en Albert Heijn met betrekking tot deze vijf winkels toezeggingen die door de ACM bindend worden verklaard op grond van artikel 12h Instellingswet Autoriteit Consument en Markt. Die toezeggingen houden onder meer in dat de winkels zullen worden overgedragen aan en worden uitgebaat door een andere supermarktketen. Partijen committeren zich bovendien om gedurende een periode van tien jaar geen economisch belang in de af te stoten supermarktwinkels te verwerven en dienaangaande geen Albert Heijn-franchiseformule toe te passen.

Gerechtelijke procedures

In 2023 waren er drie relevante gerechtelijke procedures ten aanzien van concentraties die door de ACM werden beoordeeld. Van deze drie zaken zijn twee beroepen gegrond verklaard, en de daaraan ten grondslag liggende besluiten van de ACM vernietigd. Het gaat om de zaken *Mediq/Eurocept* en *Bergman Clinics/Mauritskliniek* waar de rechtbank Rotterdam binnen twee maanden twee vergelijkbare uitspraken heeft gedaan. De derde zaak die bij de rechtbank Rotterdam voorkwam, betrof *PostNL*, waar de rechtbank het beroep ongegrond heeft verklaard en de verbodsbeschikking in stand heeft gelaten. PostNL heeft aangegeven tegen de uitspraak in hoger beroep te gaan.¹¹

Wij zullen de drie zaken hieronder nader bespreken.

Mediq/Eurocept

Voor een gedetailleerde samenvatting van de verbodsbeschikking van de ACM in deze zaak, verwijzen wij naar de kroniek van 2022. In het kort: eind 2021 heeft de ACM de overname van Eurocept en Excellent Clinics door Mediq verboden omdat Mediq na de overname een te sterke positie zou verkrijgen op het gebied van het leveren van ambulante infuuspompen voor patiënten thuis. Daarnaast oordeelde de ACM dat partijen elkaars meest nabije concurrenten zijn en dat zij geen concurrentie ondervinden van thuiszorgorganisaties, ziekenhuizen en producenten.

Gelet op het standaardbeoordelingskader in dergelijke zaken herhaalt de rechtbank dat de rechter niet alleen de materiële juistheid van de bewijselementen, de betrouwbaarheid en de samenhang ervan moet controleren, maar ook moet beoordelen of die elementen het

8 Voor een verdere bespreking van deze problematiek en onderwerpen verwijzen wij naar het artikel van F. Roscam Abbing, 'De kunst van de onvoorspelbaarheid: hoe concentraties de speelbal van een politiek speelveld werden', *M&M* 2023, afl. 6, p. 177-186. In hetzelfde artikel worden ook andere internationale en Europese ontwikkelingen op het gebied van concentratiecontrole behandeld.

9 In augustus 2023 heeft de ACM (samen met België, Frankrijk, Italië, Polen, Spanje en Zweden) een verwijzingsverzoek ex art. 22 Concentratieverordening ingediend. Later sloten zich daar Tsjechië, Denemarken, Finland, Ierland, Luxemburg, Portugal, Roemenië en Slowakije bij aan.

10 In februari 2023 hebben Oostenrijk, België, Bulgarije, Cyprus, Tsjechië, Denemarken, Finland, Frankrijk, Duitsland, IJsland, Ierland, Italië, Luxemburg, Nederland, Noorwegen en Zweden de Commissie verzocht om de voorgenomen overname van Figma door Adobe te beoordelen. Inmiddels heeft die beoordeling plaatsgevonden en heeft Adobe de concentratie afgebroken nadat de Commissie tot de conclusie was gekomen dat er serieuze mededingingsrechtelijke bezwaren zouden ontstaan.

11 Zie 'PostNL in hoger beroep in Sandd-zaak', *FD* 14 november 2023.

relevante feitenkader vormen voor de beoordeling en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen dragen.¹² Zoals genoemd heeft de ACM de gevraagde vergunning geweigerd omdat Mediq na de concentratie een dominante positie zou verkrijgen op de markt voor ambulante elektronische infuuspompen (met een marktaandeel van ca. 80-90%). De afbakening van de relevante markt speelt hierbij een cruciale rol.

De rechtbank overweegt dat het debat zich toespitst op de vraag of de ACM met de informatie uit haar marktonderzoek aannemelijk heeft gemaakt dat de relevante productmarkt de markt voor het ter beschikking stellen van ambulante infuuspompen voor inzet in de thuisituatie zonder elastomeerpompen, stationaire infuuspompen en infuuspompen die in ziekenhuizen worden ingezet, is.

De rechtbank oordeelt dat het duidelijk is dat elastomeerpompen niet voor alle medicatie/toepassingen kunnen worden gebruikt, maar dat uit het marktonderzoek blijkt dat er verschillende geneesmiddelen zijn die zowel met een ambulante elektronische infuuspomp als met een elastomeerpomp kunnen worden toegediend. Ook overweegt de rechtbank dat de ACM haar stelling dat immunoglobuline niet met een elastomeerpomp kan worden toegediend vooral baseert op de verklaring van Linde Homecare, die echter geen elastomeerpomp in haar assortiment heeft. De rechtbank komt tot de conclusie dat de ACM niet aannemelijk heeft gemaakt dat elastomeerpompen niet (deels) uitwisselbaar zijn met ambulante elektronische infuuspompen.

Aangezien de ACM de relevante markt onjuist heeft afgebakend hoeven de overige beroepsgronden niet te worden besproken. Omdat de marktafbakening wegvalt, vervalt ook de grondslag van de mededingingsrechtelijke analyse van de gevolgen van de concentratie. De rechtbank vernietigt het bestreden besluit.

Bergman Clinics/Mauritskliniek

Voor een gedetailleerde samenvatting van de *Bergman Clinics/Mauritskliniek*-zaak en het verbod van de ACM, verwijzen wij naar de kroniek van 2022. In het kort: eind 2021 heeft de ACM besloten dat Bergman Clinics Mauritskliniek – beide actief als zelfstandige behandelcentra (ZBC) die planbare en minder complexe medische specialistische zorg aanbieden – niet mag overnemen. Volgens de ACM heeft Bergman Clinics voor de concentratie al een sterke positie tegenover zorgverzekeraars (als inkopers van zorg) en zou die positie door de concentratie worden verstevigd. Dit zou leiden tot prijsstijgingen. Net als in de *Mediq/Eurocept*-uitspraak noemt de rechtbank het standaardbeoordelingskader.¹³ Bergman Clinics had betoogd dat in het bestreden besluit een deugdelijke wettelijke maatstaf ontbreekt. De rechtbank overweegt dat de ACM haar onderzoek niet uitdrukkelijk in de sleutel van een economische machtspositie heeft geplaatst en in plaats daarvan het begrip ‘significante marktmacht’ heeft gehanteerd, en dat dit weliswaar ter-

minologisch verwarrend is, maar geen grondslag biedt voor het oordeel dat de ACM de grenzen van artikel 41 Mw te buiten zou zijn gegaan.¹⁴

Voorts overweegt de rechtbank dat de ACM in het bestreden besluit centraal heeft gesteld dat Bergman Clinics onmisbaar is voor zorgverzekeraars. Door die onmisbaarheid kunnen zorgverzekeraars Bergman Clinics niet disciplineren. Volgens de rechtbank zijn de overwegingen van de ACM over de gestelde onmisbaarheid in belangrijke mate gebaseerd op interviews die de ACM heeft afgenomen met de grote zorgverzekeraars. De rechtbank beoordeelt de gestelde onmisbaarheid in twee verbanden: (1) onmisbaarheid in verband met de zorgplicht; en (2) commerciële onmisbaarheid jegens verzekerden.

Ten aanzien van de onmisbaarheid in verband met de zorgplicht overweegt de rechtbank dat de ACM de door haarzelf in het bestreden besluit opgeworpen vraag of bij het niet-contracteren van Bergman Clinics andere aanbieders de benodigde capaciteit hebben om zoveel zorg over te nemen, niet heeft beantwoord. Volgens de rechtbank heeft de ACM in het bestreden besluit vooral belang gehecht aan het feit dat Bergman Clinics één contract aanbiedt en landelijk vertegenwoordigd is. De feiten sluiten echter niet uit dat zorgverzekeraars de mogelijkheid hebben de benodigde zorg bij verschillende zorgaanbieders te contracteren.¹⁵

Ten aanzien van de commerciële onmisbaarheid overweegt de rechtbank dat de ACM in het verleden heeft onderzocht of klanten van zorgverzekeraars andere ZBC's en ziekenhuizen als een acceptabel alternatief zien, wat zo bleek te zijn. In de onderhavige zaak heeft de ACM geen nieuw onderzoek gedaan naar de voorkeuren van derden, maar is zij wel uitgegaan van een verzekerdenvoorkeur die tegengesteld is aan wat uit het eerdere onderzoek is gebleken. Gelet daarop mist het uitgangspunt van de ACM dat zorgverzekeraars wel moeten contracten met Bergman Clinics omdat zij anders klanten zullen verliezen vanwege voorkeuren van verzekerden, een deugdelijke onderbouwing.

Omdat de ACM de gestelde onmisbaarheid niet aannemelijk heeft gemaakt, valt een dragende overweging van het bestreden besluit weg. De rechtbank vernietigt het bestreden besluit.

PostNL

Ook in 2023 speelde de PostNL-saga nog. Nadat de rechtbank de door de minister verleende vergunning ex artikel 47 Mw had vernietigd – en dit in hoger beroep door het College in stand werd gelaten – boog de rechtbank zich in 2023 over de inhoudelijke beoordeling van de fusie door de ACM. De rechtbank komt in september van het afgelopen jaar tot de conclusie dat de vergunning voor de concentratie tussen PostNL en Sandd terecht is geweigerd.¹⁶

12 Rb. Rotterdam 24 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2368, r.o. 1.2.

13 Rb. Rotterdam 12 mei 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:4010, r.o. 3.2.

14 Rb. Rotterdam 12 mei 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:4010, r.o. 4.

15 Rb. Rotterdam 12 mei 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:4010, r.o. 8.2.

16 Rb. Rotterdam 29 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9009.

De ACM had de vergunning voor de concentratie geweigerd omdat PostNL een quasi-monopolist op het gebied van postbezorging zou worden, wat volgens de ACM tot significante mededingingsproblemen zou leiden. Niettemin verleende de toenmalige staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat (EZK) toch toestemming voor de concentratie om redenen van algemeen belang in de zin van artikel 47 Mw.¹⁷ Volgens de staatssecretaris was de vergunning nodig om in Nederland de basispostvoorziening in de krimpende markt vijf dagen per week te kunnen voortzetten. Hier ging het College op 2 juni 2022 niet in mee.¹⁸ Voor een verdere bespreking van die uitspraak verwijzen wij naar de kroniek van vorig jaar.

PostNL had reeds tegen het vergunningsbesluit (pro forma) beroep ingesteld bij de rechtbank Rotterdam. Die zaak werd voorts aangehouden tot het geschil inzake de ministeriële vergunning ex artikel 47 Mw beslecht was. In haar uitspraak is de rechtbank op een aantal thema's nader ingegaan, te weten: (1) marktafbakening losse post en zakelijke partijenpost, (2) de *counterfactual*, (3) horizontale gevolgen, (4) verticale gevolgen van de concentratie voor zakelijke partijenpost, (5) efficiëncyverweer en (6) artikel 41 lid 3 Mw.

Voor een uitvoerige en gedetailleerde samenvatting van deze uitspraak biedt deze kroniek geen ruimte. Hieronder volgt dan ook een beknopte samenvatting.

De ACM is terecht uitgegaan van een nationale markt voor zakelijke partijenpost en een nationale markt voor losse post, waarbij zij zich volgens de rechtbank terecht heeft gebaseerd op interne stukken van PostNL en verder econometrisch en kwalitatief bewijs.

Wat betreft de *counterfactual* overweegt de rechtbank dat de ACM terecht mocht uitgaan van het feit dat er de komende jaren weliswaar een krimp van de postmarkt plaatsvindt, maar dat er altijd een bepaalde hoeveelheid post nodig zal blijven. In dat scenario blijft Sandd naar verwachting actief op de markt en blijft zij concurrentiedruk uitoefenen op PostNL; dat zou door de concentratie wegvallen.

Volgens de rechtbank heeft de ACM ook de horizontale en verticale gevolgen voldoende aannemelijk gemaakt. PostNL meent dat de concentratie zal leiden tot aanzienlijke efficiëntievoordelen in vergelijking met de situatie zonder concentratie. De rechtbank overweegt dat het in het algemeen hoogst onwaarschijnlijk is dat een fusie die leidt tot een (quasi)monopolie kan worden toegestaan op grond van efficiëntievoordelen. Er ontbreekt immers voldoende concurrentiedruk om de gefuseerde onderneming te prikkelen deze voordelen door te geven aan afnemers. Volgens de ACM voldoet het efficiëncyverweer niet aan het criterium dat de kostenvoordelen voldoende ten goede komen aan afnemers, temeer omdat deze kostenvoordelen ook op de middenlange termijn zouden worden gerealiseerd. De rechtbank con-

cludeert dan ook dat de ACM het efficiëncyverweer grondig heeft onderzocht en terecht heeft verworpen. Tot slot overweegt de rechtbank dat het niet overnemen van Sandd niet in de weg staat aan het vervullen van de aan PostNL wettelijk toevertrouwde taak tot uitvoering van de Universele Postdiensten, zodat artikel 41 lid 3 Mw zich niet verzet tegen het weigeren van de vergunning.

PostNL is van deze uitspraak in hoger beroep gegaan bij het College. Ervan uitgaande dat het College tot dezelfde conclusie komt als de rechtbank, blijft de verbodsbeschikking in stand en blijft er een lastige situatie over, namelijk de ontvlechting van een reeds geconsumeerde fusie. Het is afwachten hoe deze situatie zich zal ontwikkelen. Daarbij is het met name de vraag of, en hoe, de toenmalige concurrentiepositie van Sandd kan worden hersteld.

Meldingen en vergunningsaanvragen

Ook in 2023 heeft de ACM verreweg het merendeel van de besluiten goedgekeurd en verkort afgedaan. ACM heeft in totaal slechts zes zaken gemotiveerd afgedaan, waarvan er drie in de vergunningsfase en drie in de meldingsfase. In een van de drie besluiten uit de meldingsfase werd een vergunning vereist (*KPN/Youfone*), terwijl in de overige twee onvoorwaardelijke goedkeuring werd verstrekt.

Hieronder zullen wij alle zes de gemotiveerde besluiten van het afgelopen jaar bespreken.

Meldingsfase

Van de 99 besluiten van de ACM in de meldingsfase zijn er slechts drie gemotiveerd; twee daarvan zijn goedgekeurd zonder voorwaarden (*DSG Group/Van Der Mey*, en *a.s.r./Aegon*) en in het andere besluit werd een vergunning vereist voor de concentratie (*KPN/Youfone*).

Met name de besluiten in de *a.s.r.*- en *KPN*-zaken zijn vanuit meerdere oogpunten interessant. Zo vormt de beoordeling van de interne stukken in de *KPN*-zaak een centraal onderdeel van het besluit. Ofschoon de interne stukken van KPN vertrouwelijk zijn (en dus geredigeerd in de openbare versie van het besluit), volgt uit het besluit dat de ACM in deze interne stukken aanwijzingen ziet dat KPN een mogelijkheid en prikkel heeft de prijzen na de concentratie te verhogen. Uit het *a.s.r.*-besluit volgt dan weer dat de rol van marktpartijen doorslaggevend kan zijn, aangezien zij grotendeels neutraal waren terwijl er gecombineerde marktaandelen van rond de 40% ontstonden met in sommige segmenten een relatief hoge mate van concentratie.

17 Besluit staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, 27 september 2019, kenmerk CE-MC 19080684, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 29502, nr. 174.

18 CbB 2 juni 2022, ECLI:NL:CBB:2022:289.

DSG Group/Van der Mey

Aan het begin van het afgelopen jaar heeft de ACM onvoorwaardelijke goedkeuring verleend aan de concentratie tussen de DSG Group (*Group of Butchers*), actief in de productie en verkoop van verschillende soorten vleeswaren, spreads, salades en dips, en de onderneming Van der Mey, actief in de productie en verkoop van vleeswaren gemaakt van varkensvlees. Ofschoon er overlap ontstaat in een aantal markten en productcategorieën gaat de ACM in het besluit met name in op de overlap die tussen partijen ontstaat ten aanzien van kookham. De overlap in andere markten en segmenten blijft namelijk (zeer) beperkt.

In een eerdere zaak (*Ter Beke/Stegeman*, waarover wij in de kroniek van vorig jaar schreven) heeft de ACM overwogen dat er aparte productmarkten bestaan voor de voornaamste productgroepen voor het retailkanaal waarin IRI, Nielsen en GfK rapporteren, te weten: (1) kookham, (2) gevogelte, (3) droge worst, (4) zoutwaren en rauwe ham en (5) overige, waaronder in ieder geval kookworst valt. De ACM beoordeelt de concentratie voorts op de nauwst mogelijk markt, namelijk de markt voor de productie en verkoop van kookham bestemd voor het retailkanaal in Nederland. Op deze markt hebben partijen een gezamenlijk marktaandeel tussen de 30-40%. Ofschoon concurrenten over de concentratie hebben geklaagd bij de ACM, blijkt uit het marktonderzoek dat er voldoende concurrentie overblijft, hebben afnemers niet geklaagd (en bevestigen zij dat er voldoende restconcurrentie bestaat), en is de toevoeging in het marktaandeel van DSG beperkt met 0-10%.

Zodoende verleent de ACM onvoorwaardelijke goedkeuring voor deze smakelijke overname.

a.s.r./Aegon

De andere concentratie die in 2023 onvoorwaardelijk werd goedgekeurd in de meldingsfase is de overname van Aegon Nederland (Aegon) door a.s.r.¹⁹ Deze concentratie heeft gevolgen voor met name de markten voor schadeverzekeringen, inkomensverzekeringen en pensioenen. De overname volgt op majeure transacties die de afgelopen jaren in deze sectoren hebben plaatsgevonden (met name de overnames van Delta Lloyd en Vivat door NN Group) en past derhalve in een consolidatietrend. In meerdere van de (hypothetische) markten ontstaan gezamenlijke marktaandelen van 30 tot 40%, waarbij het resterende aantal grote concurrenten beperkt is.

Wat betreft de verzekeringsmarkten zijn naast partijen Nationale Nederlanden en Achmea de resterende grote concurrenten. Daarnaast is er nog een aantal – deels uit het buitenland afkomstige – spelers actief, zoals onder meer De Goudse, Athora, Allianz en Axa. Zonder een definitief standpunt in te nemen over de productmarktafbakening beoordeelt de ACM de gevolgen van de con-

centratie op aparte segmenten voor schade- en inkomensverzekeringen, inclusief distributie. Alle markten die centraal staan in deze zaak worden geacht nationaal in omvang te zijn, onder meer vanwege het nationale regulatoire kader. In het besluit wordt de markt voor schadeverzekeringen snel afgedaan. Het marktaandeel van a.s.r. is 20-30% en de toevoeging door Aegon met 0-10% is beperkt. Er blijven meerdere grote en kleinere partijen actief en er vindt toetreding plaats.

Voor inkomensverzekeringen is het gezamenlijke marktaandeel met 30-40% hoger, ofschoon buitenlandse verzekeraars hierin niet zijn meegenomen. A.s.r. is marktleider en slechts twee grote andere verzekeraars blijven actief (Nationale Nederlanden en Achmea) met enkele kleinere partijen (waaronder De Goudse). Niettemin ziet de ACM geen problemen, omdat de toevoeging aan het marktaandeel van a.s.r. door Aegon beperkt is, buitenlandse partijen ook concurrentiedruk uitoefenen en vanwege de belangrijke rol van tussenpersonen. Tussenpersonen hebben een zorgplicht meerdere aanbiedingen voor een klant in kaart te brengen, wat het concurrentieproces bevordert. Bovendien uitten derden in het marktonderzoek over het algemeen geen grote zorgen. In dit segment wordt Aegon niet als een sterke speler gezien en is Aegon kleiner dan De Goudse. Tot slot vormt het UWV voor een deel van de inkomensverzekeringen in sommige omstandigheden een alternatief, waarbij bedrijven ook risico's kunnen onderbrengen.

Met betrekking tot de distributie van schade- en inkomensverzekeringen overweegt de ACM dat het gezamenlijke marktaandeel beperkt is en dat dit een heterogene en gefragmenteerde markt betreft. De ACM identificeert voldoende reële alternatieven voor de aanvullende diensten die partijen – in de vorm van *serviceproviders* – aan andere tussenpersonen leveren. Verticale schadetheorieën worden als niet aannemelijk beschouwd. Gezien de beperkte positie van partijen op de distributiemarkt zijn andere verzekeraars voor de afzet van verzekeringen niet afhankelijk van partijen en kunnen zij klanten altijd rechtstreeks benaderen (*direct writing*). Bovendien beperkt de eerdergenoemde zorgplicht van tussenpersonen het risico op uitsluiting.

Voorts gaat de ACM kort in op gecoördineerde effecten. Deze worden niet aannemelijk geacht, vanwege de beperkte toevoeging aan het marktaandeel van a.s.r., gezien de verscheidenheid aan partijen die actief blijven in de markt, de overweging dat naast prijs de dienstverlening een belangrijke concurrentieparameter is en vanwege wederom de rol van tussenpersonen die gezien hun zorgplicht zullen voorkomen dat aan de voorwaarden voor coördinatie kan worden voldaan.

De andere belangrijke sector waarop de concentratie van invloed is, betreft de pensioensector. Zoals bekend omvat het Nederlandse pensioenstelsel drie pijlers: de eerste pijler betreft de AOW, de tweede pijler collectieve aanvullende pensioenopbouw via de werkgever en de derde pijler pensioenregelingen die een werknemer individueel en aanvullend kan afsluiten.

Verschiedende pensioenuitvoerders kunnen worden onderscheiden: een ondernemingspensioenfonds (OPF),

¹⁹ Aegon verkrijgt een aandeel van 29,99% in de gecombineerde onderneming inclusief enkele beschermingsrechten, maar dit levert volgens de ACM geen gezamenlijke zeggenschap op. Voorts zijn partijen een samenwerking aangegaan op het gebied van vermogensbeheer, maar die samenwerking valt volgens de ACM buiten de beoordeling van de concentratie.

een bedrijfstakpensioenfonds (BPF), een beroepspensioenfonds (BrPF), een algemeen pensioenfonds (APF), een premiepensioeninstelling (PPI) en een verzekeraar. Een belangrijk onderscheid in de tweede pijler betreft pensioenregelingen met een verplichtstelling en regelingen zonder verplichting. Voor veel bedrijfstakken en beroepsgroepen is een wettelijke deelnameverplichting voorgeschreven. Voorts kan een verplichting volgen uit een collectieve arbeidsovereenkomst (cao). Zo'n 80% van de werknemers in Nederland is aangesloten bij een verplicht gestelde pensioenregeling. Aanbieders die hierbij actief zijn, zijn ondernemings-, bedrijfstak- en beroepspensioenfondsen. Wanneer er geen verplichting is, zijn werkgevers en werknemers vrij een pensioenuitvoerder te kiezen. Dit deel wordt met name bediend door verzekeraars en sinds enkele jaren en vooral nog in mindere mate door PPI's en APF's.

Partijen zijn uitsluitend actief in de tweede pijler, door middel van hun verzekeringsactiviteiten en als PPI. A.s.r. heeft daarnaast een APF.

Een ander belangrijk onderscheid betreft het verschil tussen *Defined Benefit* (DB) en *Defined Contribution* (DC).²⁰ Bij DB heeft de werknemer een min of meer gegarandeerd pensioen. Bij DC is het kapitaal dat op de pensioendatum beschikbaar is om een vastgestelde of variabele pensioenuitkering te verkrijgen onzeker. Verzekeraars, waaronder partijen, bieden met name DC-regelingen aan.

Bij de beoordeling van de gevolgen van de concentratie overweegt de ACM een onderscheid tussen het DB en het DC-segment, ofschoon de marktafbakening in het midden wordt gelaten. Dat betekent dat bij het in kaart brengen van de marktposities van partijen met name wordt gekeken naar de situatie beperkt tot verzekeraars, PPI's en APF's, en dan met name gericht op het DC-segment. Voor DB geldt dat partijen weliswaar een vrij hoog gecombineerd marktaandeel hebben, maar dat dit voor zowel a.s.r. als Aegon een *closed-book* activiteit is, waardoor geen nieuwe klanten meer worden gewonnen.

De ACM bespreekt vervolgens een mogelijk onderscheid tussen de accumulatie- en decumulatiefase. In de accumulatiefase wordt pensioenkapitaal opgebouwd. In de decumulatiefase kan met het opgebouwde kapitaal op de pensioendatum een product worden gekocht waarmee het pensioen wordt uitgekeerd. Deelnemers kunnen voor de decumulatiefase kiezen voor een andere aanbieder. In de praktijk gebeurt dat echter nog maar weinig en de ACM overweegt dat het mogelijke onderscheid geen invloed heeft op de beoordeling van de gevolgen van de concentratie, zodat het onderscheid in het midden kan worden gelaten.

Op een hypothetische markt voor DC-accumulatie geldt dat partijen een gezamenlijk marktaandeel hebben van 30-40%, met een toename van 0-10% door Aegon op basis van nieuw geboekte premies. Nationale Nederlanden blijft marktleider. Ondanks deze substantiële positie en de relatief geconcentreerde aard van de markt worden

wederom geen bezwaren geïdentificeerd. Hierbij wordt belang toegekend aan de rol van pensioenadviseurs. Het gebruik van een pensioenadviseur is niet verplicht, maar wel gangbaar. Inzet van een adviseur waarborgt dat een werkgever verschillende opties in detail zal overwegen en bevordert het concurrentieproces. Andere mitigerende factoren zijn de overwegingen dat een niet-verwaarloosbaar deel van de klanten overstapt en dat andere DC-aanbieders (waaronder buitenlandse) relatief eenvoudig hun capaciteit kunnen vergroten en meer klanten kunnen bedienen. Daarbij neemt de rol van APF's toe, wat extra dynamiek in de markt brengt. Toetredingsdrempels voor nieuwe partijen worden overigens als relatief hoog beschouwd vanwege toepasselijke wet- en regelgeving. Wat wel helpt, zijn de effecten van de Wet toekomst pensioenen, aangezien verwacht wordt dat ondernemings-, bedrijfstak- en beroepspensioenfondsen zullen uitbreiden naar het vrije deel van de markt door middel van het aanbieden van DC-producten. Tot slot wordt overwogen dat op basis van nieuw geboekte premies de positie van Aegon beperkt is en andere partijen zoals Athora en Allianz een noemenswaardige positie hebben. De conclusie met betrekking tot DC-decumulatie valt vergelijkbaar uit, waarbij nog wordt overwogen dat op basis van switchgegevens (dat wil zeggen, de overstap van een accumulatieaanbieder naar een decumulatieaanbieder) partijen geen nabije concurrenten zijn.

Voor wat betreft het risico op gecoördineerde effecten wordt overwogen dat door de invoering van de Wet toekomst pensioenen de pensioenmarkt niet het vereiste stabiele karakter biedt dat noodzakelijk is voor marktcoördinatie. Bovendien geldt wederom dat de belangrijke rol van pensioenadviseurs coördinatie niet aannemelijk maakt.

Concluderend wijkt de ACM in het besluit niet noemenswaardig af van de beschikkingspraktijk van onder meer de Commissie in deze sectoren. Ondanks relatief hoge marktaandelen in bepaalde segmenten en een relatief hoge mate van concentratie, volgt onvoorwaardelijke goedkeuring in de meldingsfase. Partijen worden daarbij met name geholpen door de beperkte toename van het marktaandeel door Aegon in bepaalde segmenten, de belangrijke mitigerende rol die tussenpersonen en pensioenadviseurs spelen, en de dynamiek in de markt, waaronder toetreding door buitenlandse partijen en de verwachte gevolgen van de Wet toekomst pensioenen. Bovenal is voor partijen behulpzaam dat weinig derden klagen en opvattingen van andere marktpartijen doorgaans neutraal zijn. Of interne documenten van partijen in de analyse een noemenswaardige rol hebben gespeeld wordt uit het besluit niet duidelijk.

KPN/Youfone

Het derde en laatste besluit dat door de ACM in de meldingsfase gemotiveerd werd afgedaan leverde geen onvoorwaardelijke goedkeuring op, maar het besluit dat voor de concentratie een vergunning nodig is.

Op 11 september 2023 besluit de ACM dat een vergunning is vereist voor de overname van Youfone Nederland

20 Gezien de beperkte ruimte worden alleen de belangrijkste segmenten besproken.

B.V. en Youfone Zakelijk B.V. (Youfone) door KPN. De activiteiten van de partijen overlappen op het gebied van het aanbieden van mobiele en vaste telecommunicatiediensten op de retailmarkt. Alleen KPN is een mobiele netwerk operator (MNO), en Youfone is ‘slechts’ een mobiele virtuele netwerk operator (MVNO). KPN heeft als MNO een eigen mobiel netwerk, terwijl Youfone afhankelijk is van het afnemen van groothandelsdiensten van een MNO om zelf haar eindgebruikers te kunnen bedienen. Youfone maakt als MVNO al gebruik van het mobiele netwerk van KPN.

De ACM gaat uit van een totale markt voor mobiele telecommunicatiediensten, apart van zowel vaste diensten als de groothandelsmarkt. Gezien de beperkte rol van Youfone in vaste telecommunicatiediensten ziet de ACM geen aanleiding dit verder te onderzoeken. Op de groothandelsmarkt voor mobiele telecommunicatiediensten leidt de voorgenomen concentratie eveneens tot ten hoogste zeer beperkte veranderingen in de marktstructuur.

Daarentegen ziet de ACM dat op de retailmarkt voor mobiele telecommunicatiediensten in Nederland de concentratie ertoe kan leiden dat als gevolg van de overname de concurrentiedruk in het zogenoemde *no frills* segment wegvalt, hetgeen prijsverhoging en versobering van het aanbod tot gevolg kan hebben. Interessant is dat uit het marktonderzoek van de ACM volgt dat marktpartijen niet unaniem – en zelfs niet in meerderheid – negatieve gevolgen van de concentratie voorzien. Zo verwachten drie van de vijf marktpartijen die de ACM heeft gesproken dat de concentratie geen gevolgen zal hebben. De twee overige marktpartijen verwachten daarentegen dat de concentratie (mogelijk) tot hogere prijzen zal leiden als gevolg van het verdwijnen van een concurrent in het *no frills* segment.

De ACM constateert dat significante concurrentiedruk uitgaat van Youfone. De ACM wijst hierbij op het bijzondere aanbod van Youfone: met zeer scherpe prijzen richt zij zich op het grote publiek (*mass market*), specifiek op het *no frills* segment. Het *no frills* of budgetsegment kenmerkt zich door goedkopere, *sim only* proposities met kleinere databundels. Ofschoon het huidige marktaandeel van Youfone op de gehele retailmarkt beperkt is, heeft Youfone in de afgelopen jaren in het *no frills* segment een sterke groei doorgemaakt. De concurrentiedruk die zij daardoor uitoefent, is daarmee volgens de ACM sterker dan haar huidige marktaandeel doet vermoeden. Uit het marktonderzoek van de ACM blijkt verder dat kleinere aanbieders die een specifieke doelgroep bedienen, zoals 50+ en Delta, weliswaar bijdragen aan de groei in het *no frills* segment, maar dat deze groei met name wordt gedreven door Youfone. Doordat de groei van Youfone ook in de voorzienbare toekomst verwacht wordt, stelt de ACM vast dat het aannemelijk is dat door de concentratie concurrentiedruk verloren kan gaan. Bovendien wordt deze significante concurrentiedruk bevestigd door interne documenten van KPN, die aantonen dat partijen met de voltrekking van de concentratie de mogelijkheid hebben de prijzen van proposities aan de onderkant van de markt te verhogen en zo de concu-

rentiedruk op grotere databundels te beperken. Ofschoon de specifieke passages uit de interne stukken van KPN zijn geredigeerd, toont dit besluit wederom het belang van interne stukken aan.

Voorts overweegt de ACM dat de kans dat derden zullen toetreden en daarmee voldoende concurrentiedruk uitoefenen nadat Youfone onderdeel uitmaakt van KPN niet aannemelijk is. Zo overweegt de ACM dat KPN de grootste aanbieder op de groothandelsmarkt is en zij als gevolg van de concentratie een minder sterke prikkel zal hebben een MVNO met een vergelijkbaar profiel als Youfone dezelfde gunstige groothandelsvoorwaarden te bieden. Het is onduidelijk of andere MNO's, Odido en VodafoneZiggo, dat wel zouden zijn. Daarnaast overweegt de ACM dat zij niet over concrete aanwijzingen beschikt dat er momenteel plannen zouden zijn voor toetreding door nieuwe MVNO's.

In het besluit in de meldingsfase komt de ACM dan ook tot de conclusie dat de concentratie een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging ten gevolge zou kunnen hebben, en dus een vergunning vereist is. In de vergunningsfase zal de ACM onderzoek doen naar (1) een nadere segmentering van de totale retailmarkt, (2) Youfone als belangrijke concurrentiefactor en haar concurrentiekracht, en (3) de prikkel van KPN om toegang aan nieuwe MVNO's te verlenen.

Op 13 oktober 2023 hebben partijen een vergunning aangevraagd. Op het moment van schrijven van deze kroniek was er nog geen vergunningsbesluit genomen.

Dezelfde markt werd eerder onderzocht door de Commissie in zaak M.8792 - T-Mobile NL/Tele2 NL, die deze ‘vier-naar-drie’ telecomfusie uiteindelijk onvoorwaardelijk goedgekeurde in 2018. Uit het onderzoek van de Commissie kwam naar voren dat de Nederlandse markt voor mobiele telecommunicatiediensten zeer concurrerend is met enkele van de laagste prijzen voor mobiele telefonie in de EU en een hoge netwerkqualiteit. De Commissie concludeerde dat de grootste MNO's, KPN en VodafoneZiggo, sterke concurrentiedruk uitoefenen op T-Mobile en Tele2. Ten aanzien van het concurrentievermogen van de MVNO's oordeelde de Commissie echter, net als in eerdere zaken, dat dit vermogen in verschillende opzichten beperkt is. De ACM komt voorlopig tot een ander oordeel. Zoals hierboven opgemerkt, constateert de ACM dat er significante concurrentiedruk wordt uitgeoefend door Youfone, hetgeen voor de ACM aanleiding is voor nader onderzoek in tweede fase.

Vergunningsfase

Een aantal in eerdere jaren gemelde zaken liep ook in 2023 nog door. Zo kwamen twee in 2021 gemelde zaken en één in 2022 gemelde zaak eindelijk tot een einde na meer dan 500 dagen onderzoek door de ACM. De ACM verbood twee concentraties (*RTL/Talpa* en *AVR/AEB*) en keurde een concentratie goed onder voorwaarden (*Roompot/Landal*).

Hieronder bespreken de drie vergunningsfasebesluiten van 2023.

RTL/Talpa

In de vorige uitgave van deze kroniek bespraken wij de *RTL/Talpa*-deal in eerste fase, waarin de ACM bepaalde dat voor de overname van Talpa door RTL een vergunning vereist was. Op 3 maart 2023 maakt de ACM bekend dat zij deze vergunning niet zal verstrekken.

Volgens de ACM zou de concentratie leiden tot hogere prijzen voor televisieadvertenties en doorgifte van zenders, die via adverteerders en telecomaanbieders worden doorberekend aan de consument. De ACM gaat niet mee in een belangrijk argument van partijen ten aanzien van de context van de concentratie. Volgens partijen is de transactie erop gericht het hoofd te kunnen bieden aan concurrentiedruk van *video on demand*-aanbieders en *big tech*-spelers. Het marktonderzoek van de ACM bevestigt dat de mediasector een verandering doormaakt, meer specifiek doordat het aanbod aan audiovisuele content toeneemt en de kijktijd naar lineaire televisie afneemt. Ofschoon de ACM onderkent dat mediabedrijven intensief concurreren om de aandacht van de consument en op zoek zijn naar alternatieve verdienmodellen, meent zij dat televisie een belangrijk medium blijft voor kijkers, en daarmee voor televisie-exploitanten, telecomaanbieders en adverteerders. Naar het oordeel van de ACM blijft televisie een belangrijk medium voor, in ieder geval, de komende drie tot vijf jaar.

De ACM stelt vast dat televisieadvertenties een afzonderlijke markt blijven vormen. Ofschoon de totale online advertentiebestedingen toenemen, zou dit niet resulteren in een significante afname van televisieadvertentiebestedingen. In zoverre zijn online advertenties complementair aan televisieadvertenties, doordat deze in het huidige tijdperk allebei onmisbaar zouden zijn voor het bereiken van de gewenste doelgroep. Als gevolg van de concentratie zouden er voor adverteerders onvoldoende alternatieve aanbieders van televisieadvertentieruimte overblijven. Ster zou met haar reclame op de publieke NPO-zenders onvoldoende tegenwicht bieden.

Naast de televisieadvertentiemarkt concludeert de ACM dat RTL/Talpa een té machtige aanbieder zou worden op het gebied van de doorgifte van televisiezenders. Uit het marktonderzoek van de ACM blijkt dat er een positieve relatie bestaat tussen het kijkcijfertaandeel en de doorgiftevergoeding. Partijen zouden na de voorgenomen concentratie een gezamenlijk kijkcijfertaandeel van 40,5% tot 47,4% verkrijgen. Hierdoor zou de onderhandelingspositie van de partijen verbeteren en kunnen zij een hogere doorgiftevergoeding bedingen dan wel de kwaliteit van hun diensten verslechteren.

Daarnaast heeft de ACM onderzoek gedaan naar conglomerateffecten in de zin dat partijen hun positie op het gebied van televisieadvertenties kunnen gebruiken om concurrenten op het gebied van radio- of online advertenties uit te sluiten, maar zij concludeert dat dergelijke gevolgen niet aannemelijk zijn.

Partijen hebben voorstellen ingediend om de door de ACM geconstateerde mededingingsproblemen weg te nemen.

Het eerste voorstel ziet op het volledig en exclusief bij Mediahuis onderbrengen van de verkoop van advertentieruimte op de Talpa-zenders voor een duur van tien jaar. Hierdoor zouden er, naast Ster, nog twee ondernemingen blijven bestaan voor de verkoop van advertentieruimte op televisie. Naar het oordeel van de ACM is de voorgestelde remedie onvoldoende, doordat Mediahuis niet in staat zijn zou zijn met RTL en Ster te concurreren. Voor haar concurrentiepositie en de aantrekkelijkheid van de verkochte televisieadvertentieruimte, zou Mediahuis afhankelijk zijn van RTL en de content die wordt uitgezonden op de Talpa-zenders. De ACM geeft in het besluit aan dat zij de voorkeur geeft aan structurele remedies, die – anders dan gedragsremedies – de structuur van de markt op een duurzame manier veranderen en in beginsel geen verder toezicht vergen.

In het tweede voorstel verbinden partijen zich ertoe gedurende een periode van vijf jaar ieder afzonderlijk met distributeurs te blijven onderhandelen over de doorgifte(vergoedingen) van respectievelijk de RTL- en Talpa-zenderpakketten. Naar het oordeel van de ACM zou het remedievoorstel partijen in staat stellen hun onderhandelingspositie te versterken, omdat zij zeggenschap behouden over beide zendergroepen. Daarnaast identificeert de ACM een risico dat partijen inzage in elkaars onderhandelingen krijgen en hun gedrag kunnen afstemmen.

Na meer dan anderhalf jaar onderzoek besluit de ACM de verzochte vergunning niet te verlenen.

AVR/AEB

In januari 2022 heeft AVR Afvalverwerker de voorgenomen overname van AEB aan de ACM gemeld. Op 13 april 2022 heeft de ACM geoordeeld dat hiervoor een vergunning nodig was, die partijen op 27 mei 2022 hebben aangevraagd. Bijna één jaar later, op 22 mei 2023, heeft de ACM de overname verboden.

AVR en AEB zijn allebei actief in de verwerking van afval, waaronder afvalscheiding, de verwerking van huishoudelijk afval, bedrijfsafval, en geïmporteerd afval, de verwerking van gevaarlijk afval, de verwerking van biomassa, en de productie en levering van energie in de vorm van elektriciteit en warmte. AEB is thans nog volledig eigendom van de gemeente Amsterdam.

In het meldingsbesluit kwam de ACM tot de voorlopige conclusie dat de concentratie kan leiden tot een significante belemmering van de mededinging. De concentratie zou kunnen resulteren in prijsstijgingen en/of een verslechtering van andere concurrentieparameters. Het gaat dan met name om drie markten: (1) de markt voor de verwerking van huishoudelijk afval, (2) de markt voor de verwerking van bedrijfsafval, en (3) de markt voor de verwerking van licht verontreinigd gevaarlijk afval. De ACM zou dit in de vergunningsfase nader onderzoeken. Een interessant punt uit deze zaak en de analyse van de huishoudelijke afvalmarkt dat reeds in de kroniek van

2022 werd genoemd, is dat AEB eigendom is van de gemeente Amsterdam en voornamelijk *captive* volumes afhandelt (inbesteding). De ACM overweegt echter dat AEB als gevolg van de privatisering en verkoop, net als AVR, uitsluitend nog actief is op de markt voor de verwerking van huishoudelijk afval van derden. Gelet op het geringe aantal spelers, de hoge toetredingsdrempels en de sterke positie van AVR en AEB is het aannemelijk dat de concentratie tot een significante beperking van de mededinging leidt en dus tot hogere prijzen voor gemeenten (met name in het westen van het land) dan wanneer AEB aan een andere private partij zou worden verkocht. Dit lijkt bij lezing van de verbodsbeschikking een controversieel standpunt, temeer omdat de ACM er zonder meer van uitgaat dat de volumes van AEB als niet-*captive* dienen te worden meegerekend bij de berekening van marktaandelen, en dat AEB aan een andere private partij zou kunnen worden verkocht.

Zo overweegt de ACM dat partijen als gevolg van de aanbestedingssystematiek naaste concurrenten zijn in het westen van Nederland. Beide hebben daar een grote winkans, en het wegvallen van de onderlinge concurrentiedruk zal dan al snel een negatief effect hebben op de uitkomsten van de aanbestedingen. Dit is een opmerkelijke overweging, daar AEB als gemeentebedrijf tot dusver vrijwel uitsluitend de volumes van de gemeente Amsterdam heeft verwerkt, en dus nog niet heeft meegedaan aan enige aanbestedingen dan wel concurrentiedruk heeft uitgeoefend op AVR. De ACM kiest hier voor een enigszins controversiële beoordeling van de *counterfactual*. Teven is interessant dat waar de ACM in het meldingsbesluit nog wel aandacht besteedde aan *captive* vs. *non-captive* volumes, zij dat in het vergunningsbesluit eigenlijk niet doet.

Aangezien de ACM de volumes van AEB zonder meer optelt bij die van AVR, is het gezamenlijke aandeel van partijen relatief hoog met 50-60%. Volgens de ACM is dit zelfs nog een onderschatting van de daadwerkelijke positie van partijen bij aanbestedingen in het westen van het land, omdat de concurrentiedruk volgens de ACM afneemt naarmate een afvalverbrandingsinstallatie (AVI) verder weg gelegen is van de aanbestedende gemeente. Veel marktpartijen hebben het belang van afstand bevestigd en het concurrentienadeel dat verder gelegen AVI's ondervinden. Aangezien de AVI's van AVR en AEB in het westen van het land liggen, levert ze dit een prijsvoordeel op bij aanbestedingen.

De ACM overweegt een aantal andere factoren waaruit zou volgen dat AVR en AEB andere concurrentievoordelen hebben ten opzichte van de rest van de markt, zoals een grote verwerkingscapaciteit en grote nascheidingsinstallaties met veel beschikbare capaciteit. De ACM heeft een *indicative price rise*-test uitgevoerd waaruit blijkt dat AVR en AEB na de concentratie hun *gate fees* met 8-40% zullen verhogen, met als basisscenario een verhoging van 15%.

Als laatste interessante punt met betrekking tot de markt voor de verwerking van huishoudelijk afval, hebben de partijen aangevoerd dat de combinatie van AVR en AEB een belangrijke bijdrage zou leveren aan duur-

zaamheid. Volgens partijen zijn er geen andere kopers die de doelstellingen op het gebied van duurzaamheid op dezelfde wijze kunnen invullen als AVR. De ACM gaat hier niet in mee en overweegt dat verduurzaming ook op andere wijze behaald kan worden.

Ten aanzien van de markt voor licht verontreinigd gevaarlijk afval overweegt de ACM dat dit voor AVR en AEB een nevenactiviteit is, maar dat zij een zeer hoog marktaandeel verkrijgen na de concentratie van 80-90% op de nationale markt. Er bestaat naast AVR en AEB namelijk maar één andere partij – Renewi – die licht verontreinigd gevaarlijk afval verwerkt. Partijen hadden beargumenteerd dat afnemers een hoge mate van compenserende afnemersmacht hebben, maar de ACM verwerpt dit argument. Volgens de ACM is dat reeds vanwege het zeer hoge marktaandeel op voorhand al niet waarschijnlijk. Volgens de ACM vereist compenserende afnemersmacht een sterke onderhandelingspositie, waarbij het essentieel is dat een afnemer onmiddellijk kan overschakelen. Dat zou hier niet het geval zijn. Men kan zich afvragen of er ook niet sprake kan zijn van compenserende afnemersmacht zelfs indien er geen (of weinig) alternatieve aanbieders zijn, maar omdat er bijvoorbeeld alternatieven zijn; dat wil zeggen dat afnemers van de diensten van AVR en AEB hun licht verontreinigd afval überhaupt niet laten verwerken, maar dit op een andere manier gebruiken of in een ander land laten verwerken. In Nederland wordt namelijk relatief weinig gevaarlijk afval verwerkt, en al helemaal geen zwaar verontreinigd afval. Dit wordt allemaal naar het buitenland geëxporteerd. Het licht verontreinigd afval dat in Nederland wordt verwerkt komt daarentegen zowel uit Nederland als het buitenland. Partijen hadden ook aangevoerd dat de term licht verontreinigd afval geen eenduidige term is die door alle marktpartijen op dezelfde manier wordt gehanteerd. Daarmee was de ACM het eens. Partijen verschilden wel van mening met de ACM over welk afval en welke ovens binnen en buiten de markt vallen. Daarnaast hebben partijen en de ACM ook een andere mening over de relevante geografische markt. Waar partijen menen dat de markt ten minste grensoverschrijdend regionaal is, oordeelt de ACM dat het een nationale markt is. Uit het marktonderzoek van de ACM volgt niet dat er daadwerkelijke exportstromen van licht verontreinigd afval zijn (of althans niet van de drie grootste afnemers).

Ten slotte overweegt de ACM dat op de markt voor niet-gevaarlijk bedrijfsafval de combinatie van AVR en AEB weliswaar de grootste wordt, maar dat het gezamenlijke marktaandeel onder de 40% blijft en er voldoende concurrentie bestaat. Hierdoor acht de ACM het niet aannemelijk dat AVR en AEB hun *gate fees* winstgevend kunnen verhogen.

Dit is een interessant besluit. De manier waarop de ACM de *counterfactual* hier in haar analyse heeft verwerkt kan leiden tot enige discussie, met name voor zover de ACM er zonder meer van uitgaat dat AEB na de concentratie in feite actief is op de *non-captive* markt en er vanuit AEB een bijzonder hoge mate van concurrentiedruk op die *non-captive* markt uitgaat. Dit is een juridisch inte-

ressant punt waarbij een eventueel beroep bij de rechtbank gelegenheid had geboden tot een (mogelijk) richtinggevend uitspraak over de vraag hoe de ACM met de *counterfactual* moet omgaan in de beoordeling van concentraties. Wij begrijpen echter dat partijen niet in beroep zijn gegaan, dus een dergelijke uitspraak zal er (in het kader van deze zaak) niet komen.

Landal/Roompot

In de Kroniek concentratiecontrole 2021 bespraken wij de overname van Landal door Roompot – de twee grootste aanbieders van accommodaties op vakantieparken – in de meldingsfase. De concentratie werd aan de ACM voorgelegd na een gedeeltelijke verwijzing van de Commissie voor wat betreft de effecten van de overname op de Nederlandse relevante markten.²¹ De ACM heeft na een langdurig onderzoek in de vergunningsfase en in een omvangrijk besluit op 12 april 2023 een vergunning met voorwaarden verleend voor de overname.

De ACM stelt mededingingsproblemen vast op de markt voor het aanbieden van (1) accommodaties op vakantieparken en (2) verhuurbemiddeling- en marketingdiensten.

De overname leidt tot een hoog gezamenlijk marktaandeel op de markt voor het aanbieden van accommodaties op vakantieparken van circa 40-50%, met een stijging van 10-20%. Ter vergelijking: het marktaandeel van Center Parcs, de eerst opvolgende concurrent, is 10-20%. De onafhankelijke parken en kleine ketens zijn in Nederland goed voor 30-40% van de markt. Deze marktstructuur zou volgens de ACM substantieel wijzigen als gevolg van de voorgenomen concentratie.

Roompot en Landal zijn nabije concurrenten die elkaar sterk disciplineren. Zo liggen veel Landal-parken dicht bij de Roompot-parken, terwijl de geografische afstand tot parken van andere concurrenten doorgaans veel groter is. De ACM verwacht onvoldoende concurrentiedruk van Center Parcs en EuroParcs, de twee overgebleven grotere ketens. Op grond van een ‘fusiesimulatie’ schatte de ACM de marktbrede prijsstijging na de overname op 4-5%; bij vakantieparken aan de kust met relatief veel faciliteiten is de verwachte prijsstijging hoger.

Partijen zijn voorts met afstand de grootste vakantieparkketens die verhuurbemiddeling- en marketingdiensten aan eigenaren van (accommodaties op) vakantieparken aanbieden. Andere aanbieders van soortgelijke diensten zijn kleiner en versnipperd en bieden volgens de ACM geen volwaardige alternatieve dienstverlening aan. De ACM verwacht dat het samengaan van Landal/Roompot zal leiden tot (commissie)prijsverhogingen. De sterke marktpositie van partijen wordt voornamelijk niet gerelativeerd door de disciplinerende werking die uitgaat van (de toetreding van) andere aanbieders. De opmerking van Landal/Roompot dat verschillende partijen momenteel *greenfields* aan de kust ontwikkelen,

brenkt hierin geen verandering. Mede gelet op de duur om een *greenfield*-locatie te ontwikkelen is het volgens de ACM niet aannemelijk dat de toetreding tijdig en in voldoende mate zal plaatsvinden om concurrentiedruk uit te oefenen.

Deze bezwaren worden volgens de ACM evenwel voldoende weggenomen door de afstoting van dertig vakantieparken aan Dormio Group, reeds actief in de vakantieparkensector in Nederland en andere Europese landen. Door de afstoting ontstaat een nieuwe situatie waarin Dormio ook actief wordt als substantiële aanbieder van accommodaties op vakantieparken en verhuurbemiddeling- en marketingdiensten aan vakantieparken van derden.

Ofschoon verschillende marktpartijen het gezamenlijke marktaandeel van Landal/Roompot dat zal dalen naar 30-40% nog te hoog vinden, verwacht de ACM voldoende concurrentiedruk door het actief worden van de nieuwe grote partij. Ook merkt de ACM op dat uit het fusiesimulatiemodel blijkt dat als de ACM rekening houdt met het afstotingspakket, de verwachte prijseffecten substantieel lager zijn. Dit geldt ook voor parken die aan de kust gelegen zijn en veel faciliteiten hebben. De ACM concludeert dat het remedievoorstel daarmee de geconstateerde mededingingsproblemen op de Nederlandse markt voor het aanbieden van vakantieaccommodaties op vakantieparken (B2C-markt) volledig wegneemt.

Ook in het kader van de mededingingsproblemen op de markt voor het verlenen van verhuurbemiddeling- en marketingdiensten twijfelen marktpartijen aan de geschiktheid van Dormio als koper. Er zouden hoge eisen gelden voor een nieuwe concurrent (sterke merknaam, voldoende schaalgrootte, financiële middelen en klantgegevens). De ACM weerlegt dit kritiekpunt en stelt dat Dormio een financieel gezond winstgevend bedrijf is met voldoende liquide middelen en bovendien een prikkel heeft om het afstotingspakket duurzaam voort te zetten als een daadwerkelijke concurrent van partijen. De ACM concludeert dat het voorstel de mededingingsproblemen ook op de markt voor verhuurbemiddeling- en marketingdiensten (B2B-markt) ‘zonder twijfel en volledig’ wegneemt.

Landal/Roompot verbinden zich ertoe de komende tien jaar geen (indirect) economisch belang in, noch enige invloed op, het afstotingspakket te verwerven. De ACM acht de duur van tien jaar voldoende voor Dormio om zich structureel als een concurrent van partijen te vestigen, zodat ook het structurele effect van het afstotingspakket voldoende is gewaarborgd.

Conclusie

Het afgelopen jaar was een uitermate interessant jaar voor concentraties. Dit jaar had vrijwel alles wat een mededingingsjurist zich kan wensen: verbodsbeschikkingen, voorwaardelijke goedkeuringen, onvoorwaardelijke goedkeuringen, een beschikking dat een vergunning vereist is, verbodsbeschikkingen die door de recht-

21 De effecten buiten Nederland waren volgens de Europese Commissie beperkt gezien de aanwezigheid van een groot aantal alternatieve vergelijkbare vakantieparken. De Commissie keurde de transactie goed. https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202250/M_10339_8331695_337_7.pdf.

bank werden vernietigd, een verbodsbeschikking die door de rechtbank in stand werd gehouden, en een toezichthouder die om meer *tools* verzocht om niet-meldingsplichtige concentraties te onderzoeken.

Wat ook dit jaar weer opviel, is dat vergunningsprocedures bij de ACM gemiddeld lang duren. Alle vergunningszaken waarover dit jaar een besluit is genomen, hebben meer dan 500 dagen geduurd.

Daarnaast wordt het scenario dat de PostNL/Sandd-fusie dient te worden ontvlochten aannemelijker, nu de rechtbank heeft geoordeeld dat de ACM de fusie terecht had verboden. Ofschoon PostNL nog in hoger beroep is gegaan, lijkt het vooralsnog waarschijnlijker dan niet dat de verbodsbeschikking in stand zal worden gelaten.

Het zeer beperkte aantal gemotiveerde besluiten blijft ondertussen een punt van aandacht, maar past in een trend die de ACM al jaren geleden heeft ingezet.