ECLI:NL:CBB:2020:799

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	10-11-2020
Datum publicatie	10-11-2020
Zaaknummer	17/1398
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2017:5738, Overig
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Mededingingswet. Concentratietoezicht. Vertrouwelijke stukken. Vergunningverlening voor fusie tussen SENS (Staatsloterij) en SNS (Lotto) die samen zijn gegaan in de Nederlandse Loterij B.V. ACM heeft terecht vastgesteld dat de fusie naar verwachting niet leidt tot significante mededingingsproblemen, zowel in de huidige situatie als in de toekomst, wanneer de mogelijkheid voor het aanbieden van online kansspelen wordt geopend.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJB 2020/2923

Uitspraak

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummer: 17/1398

uitspraak van de meervoudige kamer van 10 november 2020 op het hoger beroep van:

Stichting Speel Verantwoord, te Den Haag, thans vereniging Nederlandse Online Gambling Associatie te Amsterdam, appellante
(gemachtigden: mr. A.A.J. Pliego Selie, mr. O.W. Brouwer en mr. F.A. Roscam Abbing),

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 27 juli 2017, kenmerk ROT 16/392 en ROT 16/429, in het geding tussen

(onder meer) appellante enAutoriteit Consument en Markt (ACM)

(gemachtigde: mr. drs. G.J. la Bastide).

Als derde-partij heeft aan het geding deelgenomen: Nederlandse Loterij B.V., te Rijswijk (Nederlandse Loterij)

(gemachtigde: mr. E.H. Pijnacker Hordijk).

Procesverloop in hoger beroep

Appellante heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (rechtbank) van 27 juli 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:5738).

ACM heeft bij brief van 14 december 2017 verzocht om voorafgaand aan een eventuele inhoudelijke behandeling het oordeel van de rechtbank over de ontvankelijkheid van het beroep van appellante te behandelen.

Nederlandse Loterij heeft bij brief van 15 januari 2018 het ontvankelijkheidsverweer van ACM onderschreven.

Appellante heeft bij brief van 23 januari 2018 het standpunt ingenomen dat, gelet op de uitspraak van de rechtbank, geen aanleiding bestaat om de ontvankelijkheidsargumenten van ACM separaat en prealabel te adresseren.

Het College heeft partijen bij brief van 16 februari 2018 bericht dat het niet reeds voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling van het hoger beroep zal beoordelen of de rechtbank het beroep terecht ontvankelijk heeft geacht.

ACM heeft vervolgens een reactie op het hogerberoepschrift ingediend.

Nederlandse Loterij heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid een schriftelijke uiteenzetting over de zaak te geven.

Ten aanzien van een aantal stukken die ACM verplicht is over te leggen heeft zij medegedeeld dat uitsluitend het College daarvan kennis zal mogen nemen. Bij beslissing van 18 oktober 2018 heeft het College de gevraagde beperking van de kennisneming gerechtvaardigd geacht met uitzondering van de beperking van de kennisneming van stuk 72. ACM heeft bij brief van 18 december 2018 een niet-vertrouwelijke versie van stuk 72 ingediend.

Appellante en Nederlandse Loterij hebben het College toestemming verleend om mede op grondslag van die stukken uitspraak te doen.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 16 juli 2019.

Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Namens appellante zijn tevens verschenen dr. Th.W.P. van Dijk en [naam 1] , namens ACM is tevens verschenen dr. R.G.M. Kemp en namens de Nederlandse Loterij is tevens verschenen [naam 2] .

Bij brief van 10 december 2019 heeft het College partijen bericht dat het onderzoek wordt heropend. Het College heeft partijen verzocht het College op een aantal punten nader voor te lichten.

ACM heeft bij brief van 4 februari 2020 gereageerd. ACM heeft twee versies van de toelichting gestuurd, een niet-vertrouwelijke versie en een vertrouwelijke versie die volgens de brief bestemd is voor het College.

Bij beslissing van 28 februari 2020 heeft het College overwogen dat de brief van 4 februari 2020 moet worden gezien als een mededeling als bedoeld in artikel 8:29, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Het College heeft de gevraagde beperking van de kennisneming gerechtvaardigd geacht met uitzondering van een aantal passages.

Bij brief van 6 maart 2020 heeft ACM een aangepaste niet-vertrouwelijke versie van haar toelichting ingestuurd.

Bij brief van 30 april 2020 heeft appellante gereageerd op de toelichting van ACM.

Bij brief van 1 mei 2020 heeft Nederlandse Loterij gereageerd op de toelichting van ACM.

Appellante en Nederlandse Loterij hebben het College toestemming verleend om mede op grondslag van de vertrouwelijke versie van de toelichting van ACM uitspraak te doen.

Op 7 juli 2020 heeft een nader onderzoek ter zitting plaatsgevonden. Appellante heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden mr. Pliego Selie en mr. Roscam Abbing. Namens appellante zijn tevens verschenen drs. M. Visser en [naam 1] . ACM heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde. Namens ACM zijn tevens verschenen dr. R.G.M. Kemp, mr. A. Prompers en P.T. Dijkstra. Nederlandse Loterij heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde. Namens Nederlandse Loterij zijn tevens verschenen drs. R. Engelen, [naam 3] en [naam 2] .

Grondslag van het geschil

1.1 Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.

1.2 Op 3 juli 2015 heeft ACM een melding als bedoeld in artikel 34 van de Mededingingswet (Mw) ontvangen over een voorgenomen concentratie, waarbij de Staat der Nederlanden, die zeggenschap heeft over de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (SENS), zeggenschap in de zin van artikel 27, eerste lid, onder b, van de Mw zal verkrijgen over de Stichting Nationale Sporttotalisator (SNS). In verband met de fusie zullen SENS en SNS hun rechtsvorm wijzigen in de Nederlandse Staatsloterij B.V. respectievelijk De Lotto B.V. De aandelen van deze vennootschappen zullen worden ingebracht in een nieuw op te richten holding, Nederlandse Loterij B.V.

1.3

Aan SENS is een vergunning op grond van de Wet op de kansspelen (Wok) verleend voor het organiseren van de staatsloterij. Binnen deze vergunning biedt zij de Staatsloterij en het Miljoenenspel aan. Aan SNS zijn twee vergunningen op grond van de Wok verleend, één voor instantloterijen en één voor sportprijsvragen en lottospelen. Op het gebied van instantloterijen biedt zij krasloten aan. Op het gebied van lottospelen biedt SNS de kansspelen Lotto, Lotto 4/5, Lucky Day en Eurojackpot aan. Wat betreft sportprijsvragen biedt SNS de kansspelen Toto, Toto-13 en het Cijferspel aan.

1.4 Bij besluit van 18 augustus 2015 (eerstefasebesluit) heeft ACM bepaald dat voor de concentratie een vergunning is vereist.

1.5 Op 24 augustus 2015 hebben SENS en SNS een aanvraag om vergunning als bedoeld in artikel 42 van de Mw ingediend. Bij besluit van 7 december 2015 (bestreden besluit) heeft ACM deze vergunning verleend. Daaraan heeft zij onder meer het volgende ten grondslag gelegd.

ACM gaat uit van een mogelijke markt voor loterijen en lottospelen die nationaal van omvang is. De exacte productmarktafbakening kan in het midden worden gelaten, aangezien deze de uiteindelijke beoordeling niet beïnvloedt. Het maakt volgens ACM niet uit of wordt uitgegaan van een mogelijke markt voor loterijen en lottospelen of andere, nauwer afgebakende, mogelijke markten. Bij een eventueel nader onderscheid naar afzonderlijke loterijen en lottospelen bestaat er geen overlap tussen de activiteiten van partijen.

Op de mogelijke markt voor loterijen en lottospelen is er nog één andere concurrent actief die van vergelijkbare grootte is als de meldende partijen. Dit betreft de Nationale Goede Doelen Loterij N.V. (GDL). GDL biedt aan de Nationale Postcodeloterij (NPL), de Bankgiroloterij (BGL) en de Vriendenloterij (VDL).

Voor het beantwoorden van de vraag of het wegvallen van de onderlinge concurrentie tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging leidt, is volgens ACM van belang i) wat de mate van de huidige onderlinge concurrentie is (die als gevolg van de concentratie wegvalt) en ii) wat de prikkels en mogelijkheden zijn voor partijen om na de concentratie de voorwaarden van een of meer van hun loterijen of lottospelen te verslechteren, gelet op de kenmerken van de markt, het regelgevend kader waarbinnen de concurrentie zich afspeelt en de resterende concurrentiedruk vanuit GDL. Het onderzoek van ACM bestaat uit een aantal onderdelen. Allereerst is gekeken naar het regelgevend kader van de Wok dat van toepassing is op de betreffende mogelijke markt. Daarnaast zijn de posities van partijen en concurrenten in beeld gebracht. Voorts is met behulp van verschillende bronnen onderzoek gedaan naar de concurrentiedruk tussen aanbieders van loterijen en lottospelen in Nederland.

Het gezamenlijke marktaandeel van SENS en SNS is op de mogelijke markt voor loterijen en lottospelen na de voorgenomen concentratie 52%. Volgens ACM heeft de regulering op grond van de Wok het effect dat de prikkels voor aanbieders om te concurreren worden gedempt. Specifiek leidt het regulerend kader tot een markt met zeer gedifferentieerde producten. In een dergelijke context dienen structuurkenmerken, zoals marktaandelen, met meer omzichtigheid te worden beoordeeld, omdat deze minder zeggen over de concurrentiekracht van een aanbieder. ACM concludeert op basis van verschillende bronnen dat op de mogelijke markt voor loterijen en lottospelen ten hoogste beperkte concurrentiedruk tussen SENS en SNS bestaat. Het regelgevend kader van de Wok draagt hier volgens ACM in belangrijke mate aan bij. Partijen richten zich vooral op het vergroten van hun omzet binnen hun eigen segment. Het kwantitatieve onderzoek (regressieanalyse) en de analyse van interne documenten van de fuserende partijen wijzen in dezelfde richting, namelijk dat de concurrentie tussen de partijen ten hoogste beperkt is. Ook de onderzoeken van SEO en AT Kearney en de opvattingen van NSO (Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie), de brancheverenigingen van tabakshandelaren, wijzen in deze richting. ACM neemt de uitkomsten van het onderzoek van onderzoeksbureau Blauw naar consumentenvoorkeuren niet mee in de beoordeling, omdat ACM niet overtuigd is van de betrouwbaarheid en de bruikbaarheid van de resultaten.

ACM concludeert dat het niet aannemelijk is dat de concentratie zou leiden tot significante negatieve effecten op de mededinging op de mogelijke markt voor loterijen en lottospelen. ACM acht het

aannemelijk dat de concentratie niet zou leiden tot een significante verandering in de prikkels een aantrekkelijk aanbod voor loterijdeelnemers neer te leggen of anderszins de spelvoorwaarden te verslechteren. Dit volgt uit het regelgevend kader en het kwantitatieve onderzoek. Veranderingen van concurrentieparameters als lotprijs, jackpot en uitkeringspercentage van de ene fusiepartner hebben ten hoogste in beperkte mate invloed op het aantal verkochte loten van de andere fusiepartner. Het onderzoek naar de interne documenten, het onderzoek van SEO en de inbreng van NSO wijzen in dezelfde richting. Eventuele gecoördineerde effecten op de mogelijke markt voor loterijen en lottospelen acht ACM niet causaal verbonden met de concentratie.

ACM heeft voorts overwogen dat er beleidsvoornemens bestaan om het wettelijk kader op het gebied van de kansspelen te herijken, waardoor vergunningen kunnen worden verstrekt aan de aanbieders van verschillende categorieën online kansspelen, namelijk casinospelen en sportweddenschappen. ACM acht het, mede gelet op de ervaringen in Denemarken en België, niet aannemelijk dat partijen als gevolg van de concentratie in staat zullen zijn hun positie op de mogelijke markt voor loterijen en lottospelen in te zetten op het gebied van online kansspelen, zodanig dat dit tot een significante belemmering van de mededinging zou leiden.

Uitspraak van de rechtbank

2. De rechtbank heeft het beroep van appellante ontvankelijk geacht en ongegrond verklaard. Voor de overwegingen van de rechtbank verwijst het College naar de aangevallen uitspraak.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

Ontvankelijkheid en relativiteit

3.1 ACM heeft zich primair op het standpunt gesteld dat de rechtbank het beroep van appellante ten onrechte ontvankelijk heeft geacht. Volgens ACM is appellante, gelet op haar statutaire doelstelling en feitelijke werkzaamheden, geen belanghebbende bij het bestreden besluit.

ACM heeft verder betoogd dat de gronden van appellante betreffende de offlinemarkt hooguit van academisch belang zijn. Nu de fusie evident geen mededingingsbeperkende effecten zal hebben op de toekomstige onlinemarkt en de belangen die appellante behartigt gezien haar statuten uitsluitend de onlinemarkt betreffen verzet het relativiteitsbeginsel er zich tegen dat de hogerberoepsgronden van appellante over de offlinemarkt tot vernietiging van de aangevallen uitspraak leiden.

3.2 Ingevolge artikel 1:2, eerste lid, van de Awb wordt onder belanghebbende verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. In artikel 1:2, derde lid, van de Awb is bepaald dat ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede worden beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen. Met artikel 1:2, derde lid, van de Awb heeft de wetgever blijkens de totstandkomingsgeschiedenis (Kamerstukken II 1988/1989, 21 221, nr. 3, p. 32-35) veilig willen stellen dat organisaties als belanghebbende kunnen opkomen, mits een algemeen of collectief belang dat zij zich statutair ten doel stellen te behartigen en waarvoor zij zich daadwerkelijk inzetten, bij het besluit rechtstreeks is betrokken.

3.3 Uit artikel 3 van de statuten van appellante blijkt dat appellante onder meer ten doel heeft de belangen van gereguleerde online kansspelaanbieders in Nederland te vertegenwoordigen en te behartigen. De bij appellante aangesloten ondernemingen zijn onder meer aanbieders van online

kansspelen die tot de Nederlandse markt willen toetreden. De belangen van deze ondernemingen zijn rechtstreeks bij het bestreden besluit betrokken. In het bestreden besluit heeft ACM immers, vanwege het bestaande beleidsvoornemen om vergunningen te verstrekken aan online kansspelaanbieders, onder meer beoordeeld of de voorgenomen concentratie partijen in staat zal stellen om hun positie op de mogelijke markt voor loterijen en lottospelen in te zetten op het gebied van online kansspelen, zodanig dat dit tot een significante belemmering van de mededinging zou leiden.

3.4 In artikel 8:69a van de Awb is bepaald dat de bestuursrechter een besluit niet vernietigt op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Blijkens de wetsgeschiedenis (Kamerstukken II, 2009-2010, 32 450, nr. 3, p. 18-20) heeft de wetgever met artikel 8:69a van de Awb de eis willen stellen dat er een verband moet bestaan tussen een beroepsgrond en het belang waarin een appellant door het bestreden besluit dreigt te worden geschaad. De bestuursrechter mag een besluit niet vernietigen wegens schending van een rechtsregel die kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van een appellant.

3.5 De norm van artikel 41, tweede lid, van de Mw strekt ter bescherming van de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan. Niet in geschil is dat de bij appellante aangesloten ondernemingen potentiële concurrenten zijn van de fusiepartijen bij het (in de toekomst) aanbieden van online kansspelen. Appellante heeft aangevoerd dat de fuserende partijen op de offlinemarkt een machtspositie krijgen die zij kunnen overhevelen naar de onlinemarkt, hetgeen leidt tot een structurele marginalisatie van de concurrentie. Dit brengt mee dat het relativiteitsvereiste niet in de weg staat aan een beoordeling van de hogerberoepsgronden van appellante ook ten aanzien van de offlinemarkt.

Toegang tot de stukken

4.1 Appellante voert in de eerste plaats aan dat de rechter-commissaris van de rechtbank ten onrechte de vertrouwelijkheidsclaims van ACM heeft gesanctioneerd. Met name kan appellante niet inzien waarom de 600 door ACM geanalyseerde interne documenten (die zouden bevestigen dat SENS en SNS niet concurreren) integraal bedrijfsvertrouwelijk zouden zijn. Bovendien is voor appellante niet overtuigend dat input c.q. brondata voor de regressieanalyse eveneens integraal bedrijfsvertrouwelijk zouden zijn. Voor zover de documenten ouder zijn dan vijf jaar heeft ACM niet aangetoond dat deze documenten nog steeds een wezenlijk onderdeel van de commerciële positie van de betreffende ondernemingen vormen.

Appellante ziet niet in waarom door ACM c.q. de rechtbank niet is gefaciliteerd dat appellante een mate van toegang zou hebben gekregen die een volwaardig contradictoir debat mogelijk zou hebben gemaakt. Hierbij kan zowel worden gedacht aan partiële toegang tot de betreffende documenten als aan volledige toegang voor uitsluitend de externe adviseurs van appellante. Van de interne stukken had ACM ten minste niet-vertrouwelijke samenvattingen kunnen maken. Dat is niet voor niets ook de standaardpraktijk van de Europese Commissie.

De handelwijze van de rechtbank klemt temeer, nu de rechtbank in de weigering van volledige inzage geen aanleiding heeft gezien de relevante stukken indringend te toetsen. De rechtbank heeft de bezwaren van appellante tegen de analyse van ACM terzake van de interne documenten en de regressieanalyse niet op een kenbare wijze beoordeeld tegen de inhoud van het zaaksdossier.

Daarnaast heeft appellante in haar brief van 2 maart 2017 gewezen op de kennelijke onvolledigheid van het zaaksdossier dat zij heeft ontvangen. In reactie hierop heeft appellante ten onrechte uitsluitend toegang verkregen tot de concept-regressie-analyse van ACM.

Appellante verzoekt het College de toegang tot de op de zaak betrekking hebbende stukken opnieuw te overwegen in het licht van haar bezwaren.

4.2 ACM stelt zich op het standpunt dat de discussie over de vertrouwelijkheid primair thuis hoort in de 8:29-procedure, maar volgens ACM zijn de vertrouwelijkheidsclaims terecht gehonoreerd. De stukken

bevatten strategische informatie en bedrijfsinformatie die naar hun aard zeer vertrouwelijk zijn. Zij bevatten analyses die blijvend, althans ook nu nog, van belang zijn voor de commerciële positie van partijen. De aangeboden diensten zijn de afgelopen jaren in het offline segment niet significant veranderd. De beslissing of beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is, vergt een afweging van belangen. Het gaat hier niet om een punitieve sanctie en het gaat evenmin om een partij aan welke een vergunning is geweigerd, maar om een derde partij. De afweging van de belangen van appellante tegen het belang van de fusiepartijen dat bedrijfsvertrouwelijke informatie niet openbaar wordt en het toezichtsbelang van ACM zou niet in het voordeel van appellante moeten uitvallen. Voorts heeft de rechtbank, na daarvoor toestemming te hebben gekregen van appellante, op basis van alle stukken de analyse van ACM beoordeeld. Er is geen sprake van een niet-indringende toetsing door de rechtbank.

ACM weerspreekt dat er stukken in het dossier ontbreken.

4.3 Nederlandse Loterij sluit zich aan bij het standpunt van ACM. De strategische oriëntaties en het marketingbeleid van de fusiepartijen in de jaren voor de fusie, zijn onverminderd concurrentiegevoelig van aard. Het productaanbod is als gevolg van de regulering bijzonder stabiel en de bewegingsvrijheid op het gebied van productinnovaties en marketing is navenant beperkt. Een andersluidend oordeel ten gronde over de beperking van de kennisneming zou niet alleen schadelijk zijn voor de marktpositie van Nederlandse Loterij in relatie tot de aanbieders van online kansspelen, maar ook potentieel desastreuze gevolgen hebben voor de bereidheid van ondernemingen om in het kader van de fusiecontrolepraktijk bedrijfsvertrouwelijke documenten en informatie aan ACM te verstrekken. Tot slot heeft Nederlandse Loterij opgemerkt dat in EU-fusiezaken derden geen toegang hebben tot het dossier van de Europese Commissie en a fortiori geen toegang tot dat dossier in het kader van een beroepsprocedure bij de Unierechter.

4.4 Ten aanzien van de door appellante gestelde onvolledigheid van het dossier overweegt het College als volgt. In de brief van 2 maart 2017 aan de rechtbank heeft appellante aangegeven dat ACM ten onrechte de concept-regressieanalyse en de correspondentie met de meldende partijen ten aanzien van het concept niet heeft overgelegd. Het College stelt vast dat de rechtbank ACM heeft verzocht deze stukken als op de zaak betrekking hebbende stukken over te leggen. ACM heeft deze stukken op 24 mei 2017 overgelegd, vergezeld van een toelichting. Gelet hierop, en nu appellante niet heeft geconcretiseerd welke stukken nu nog zouden ontbreken, ziet het College geen grond voor het oordeel dat ACM niet alle op de zaak betrekking hebbende stukken heeft overgelegd.

4.5 Het College merkt voorts het volgende op. De hogerberoepsgrond van appellante is in de eerste plaats gericht tegen de beslissing van de rechtbank als bedoeld in artikel 8:29, derde lid, van de Awb. Deze beslissing heeft geen gelding in de procedure in hoger beroep, maar de beslissing kan in hoger beroep wel worden betwist. In hoger beroep heeft ACM, zoals voorgeschreven, opnieuw mededelingen als bedoeld in artikel 8:29, eerste lid, van de Awb gedaan, ook ten aanzien van de stukken waar het appellante om gaat. Het College heeft hierop beslist en evenals de rechtbank de beperking van de kennisneming ten aanzien van deze stukken gerechtvaardigd geacht. Het College zal deze hogerberoepsgrond dan ook bespreken zonder een onderscheid te maken tussen de beslissingen van de rechtbank en het College.

4.6 Anders dan ACM en Nederlandse Loterij betogen, kan de beslissing van het College als bedoeld in artikel 8:29, derde lid, van de Awb, in de bodemzaak ter discussie worden gesteld (zie de uitspraak van het College van 5 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:43).

4.7 Op grond van artikel 8:29, eerste lid, van de Awb acht de bestuursrechter de gevraagde beperking van de kennisneming van de stukken gerechtvaardigd als daarvoor gewichtige redenen zijn. Deze beslissing vergt een afweging van belangen. Enerzijds speelt hierbij het belang dat partijen gelijkelijk beschikken over de voor het beroep relevante informatie en het belang dat het College beschikt over alle informatie die nodig is om de zaak op een juiste en zorgvuldige wijze af te doen. Daartegenover staat dat openbaarmaking van bepaalde gegevens het belang van een of meer partijen onevenredig

kan schaden, terwijl ACM er belang bij heeft ook in de toekomst de informatie, waaronder concurrentiegevoelige gegevens, aangeleverd te krijgen die zij voor een goede uitoefening van haar taken nodig heeft.

4.8 Het College onderschrijft de overwegingen in de beslissingen op grond van artikel 8:29, derde lid, van de Awb van 18 oktober 2018 en 28 februari 2020 dat de door appellante verlangde stukken bedrijfsvertrouwelijke gegevens betreffen of gegevens waaruit (een deel van) de marktstrategie van betrokkenen zou kunnen worden afgeleid, zo al niet zonder meer sprake is van concurrentiegevoelige gegevens. Het College is van oordeel dat ACM genoegzaam heeft beargumenteerd dat deze informatie, niettegenstaande het tijdsverloop, nog steeds een wezenlijk inzicht geeft in de commerciële positie van de betrokken ondernemingen. De interne documenten van de fusiepartijen betreffen campagnedocumenten en strategische documenten, die betrekking hebben op producten die de fuserende partijen nog steeds aanbieden op deze gereguleerde markt.

4.9 In de beslissing van 18 oktober 2018 heeft het College overwogen dat de vertrouwelijkheid van de door appellante verlangde stukken dient te worden geëerbiedigd, omdat openbaarmaking van deze informatie tot een onevenredig nadeel voor de verstrekker van de gegevens zal kunnen leiden, terwijl kennisneming van deze informatie door appellante niet noodzakelijk is om haar belangen naar behoren te kunnen bepleiten. In de beslissing van 28 februari 2020 heeft het College, voor zover de toelichting van 4 februari 2020 gegevens bevat die overeenkomen met gegevens waarop de beslissing van 18 oktober 2018 ziet, de beperking van de kennisneming op dezelfde gronden gerechtvaardigd geacht. Voor zover de toelichting nieuwe informatie bevat waaronder met name het nader toegelichte standpunt van ACM over de eerder overgelegde informatie heeft het College de beperking van de kennisneming eveneens op dezelfde gronden gerechtvaardigd geacht. Appellante bestrijdt deze oordelen. Zij heeft aangevoerd dat zij een mate van toegang tot de betreffende stukken zou moeten hebben die een volledig contradictoir debat mogelijk maakt.
Het College ziet in dat de grote hoeveelheid vertrouwelijke stukken in deze zaak de procespositie van appellante heeft bemoeilijkt. Ook daarom heeft het College het onderzoek heropend en ACM om nadere toelichtingen gevraagd. Appellante heeft ook terecht betoogd dat ACM inzichtelijke samenvattingen had kunnen maken van vertrouwelijke stukken en passages. Mede gezien het tijdsverloop in deze zaak heeft het College afgezien van een tweede heropening van het onderzoek teneinde ACM in de gelegenheid te stellen dit alsnog te doen. Het College heeft kennis genomen van de vertrouwelijke stukken. Het College zal in het navolgende beoordelen of de door ACM op grond van deze stukken getrokken conclusies juist zijn.
Ten aanzien van de regressieanalyse zal het College bij de bespreking van de gronden ten aanzien van dit onderzoek beoordelen of appellante haar standpunten naar behoren heeft kunnen bepleiten zonder kennis te nemen van de stukken waarvoor de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is geacht.

Toetsingskader

5.1 In artikel 41, eerste lid, van de Mw is bepaald dat het verboden is zonder vergunning een concentratie tot stand te brengen waarvoor ingevolge artikel 37 van de Mw een vergunning is vereist.

In artikel 41, tweede lid, van de Mw is voor zover hier van belang bepaald dat een vergunning wordt geweigerd, indien als gevolg van de voorgenomen concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou worden belemmerd, met name als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie.

5.2 Zoals het College heeft overwogen in zijn uitspraken van 27 september 2002 (ECLI:NL:CBB:2002:AE8688) en 28 november 2006 (ECLI:NL:CBB:2006:AZ3274) volgt uit tekst en strekking van artikel 41, tweede lid, van de Mw dat, indien is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing ervan, de vergunning moet worden geweigerd en omgekeerd dat, indien niet aan die voorwaarden is voldaan, de vergunning niet mag worden geweigerd. In deze uitspraken heeft het College voorts overwogen dat ACM een zekere beoordelingsvrijheid heeft bij zijn waardering van

economische feiten en omstandigheden in het licht van de bepalingen van de Mw. Dit neemt niet weg dat de rechterlijke toetsing de beoordeling omvat of ACM heeft voldaan aan haar verplichting aannemelijk te maken dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 41, tweede lid, van de Mw is voldaan. Hierbij dient derhalve niet alleen te worden beoordeeld of het besluit op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en of het op een deugdelijke motivering berust, maar ook of ACM de wettelijke begrippen op juiste wijze heeft geïnterpreteerd en aannemelijk heeft gemaakt dat de feiten en omstandigheden aan de wettelijke voorwaarden voldoen. Met name dient de rechter niet alleen de materiële juistheid van de bewijselementen, de betrouwbaarheid en de samenhang te controleren maar ook moet hij beoordelen of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen.

5.3 Aan het vereiste dat wordt vastgesteld dat aannemelijk is dat de mededinging op de Nederlandse markt of op een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd, doet niet af dat het betreft een prospectieve analyse van veranderingen in de mededingingssituatie op een bepaalde markt als gevolg van de voorgenomen concentratie, waarbij moet worden onderzocht welke oorzaken welke gevolgen kunnen hebben, om uit te maken wat de meest waarschijnlijke scenarios zullen zijn. Een dergelijke analyse verschaft uit zijn aard, aangezien deze niet betreft een onderzoek van gebeurtenissen uit het verleden waarvoor vaak talrijke gegevens voorhanden zijn die mogelijk maken de oorzaken van dergelijke gebeurtenissen te begrijpen, een andere zekerheid dan de beoordeling in retrospectief en moet daarom zeer zorgvuldig worden uitgevoerd. In zijn algemeenheid hoeft bij een dergelijke analyse niet op voorhand het gebruik van een bepaald model of een bepaalde theorie te worden uitgesloten. Voorwaarde is evenwel dat de analyse voldoet aan de daaraan te stellen eisen, waaronder artikel 41, tweede lid, van de Mw en de artikelen 3:2 en 3:46 van de Awb. Een model waarop een dergelijke analyse van toekomstige ontwikkelingen is gebaseerd, dient een realistische weergave te zijn van het gedrag van de deelnemers op de betreffende relevante markt en moet in hoge mate transparant zijn zowel wat betreft de consistentie van de uitkomst als van de aannames waarop zij is gebaseerd. Ook een in het kader van het concentratietoezicht verrichte prospectieve analyse dient te zijn gebaseerd op zich voor het voltrekken van de concentratie in werkelijkheid voordoende feiten en omstandigheden die aannemelijk moeten zijn. Niet kan worden volstaan met een algemene, abstracte of theoretische beschrijving van de marktsituatie die als basis voor deze analyse wordt gebruikt.

Afbakening van de markt

6.1 Appellante voert aan dat de rechtbank ten onrechte meegaat met ACM waar zij overweegt dat ACM niet gehouden was om een definitieve markafbakening te maken. Appellante sluit zich aan bij het oordeel van de rechtbank dat de marktdefinitie geen doel op zich is. Echter dient het onderzoek wel zorgvuldig te zijn en dient het bestreden besluit wel adequaat gemotiveerd te zijn. Dat is hier niet het geval omdat het bestreden besluit op een fundamenteel punt tegenstrijdigheden bevat. ACM oordeelt dat de relevante markt waarschijnlijk loterijen en lottospelen omvat, maar neemt geen definitieve positie in. Dit betekent dat ACM aannemelijk acht dat loterijen en lottospelen worden gezien als substituten aan de vraagzijde. Dit verdraagt zich niet met de conclusie van ACM dat SENS en SNS niet of slechts in geringe mate met elkaar zouden concurreren, juist vanwege het gestelde gebrek aan vraagsubstitutie tussen lotto- en loterijspelen. Ofwel vormen lotto- en loterijspelen onderdeel van dezelfde relevante markt en dan is er ook betekenisvolle substitutie, ofwel vormen zij aparte markten. Maar dan had ACM duidelijk dat laatste moeten aanmerken als de meest aannemelijke marktafbakening.

6.2 ACM stelt zich op het standpunt dat uit het tweedefaseonderzoek bleek dat er geen betekenisvolle interactie is tussen de twee diensten van de fuserende partijen. Dit betekent dat beide diensten door afnemers niet of nauwelijks tegen elkaar worden afgewogen. Er is daarmee geen vraagsubstitutie van betekenis. Omdat er niet of nauwelijks geconcurreerd wordt tussen beide diensten kan het samenvoegen daarvan niet leiden tot een significante beperking van de effectieve mededinging. Voor de productmarktafbakening kan dat twee dingen betekenen. Mogelijk blijken beide kansspelen zich, als je het precies uitzoekt, in dezelfde productmarkt te bevinden. In dat geval moet op basis van het

onderzoek echter worden geconcludeerd dat die markt dusdanig gedifferentieerd (heterogeen) is en dat beide producten dusdanig ver verwijderd zijn van elkaar dat de mededinging onvoldoende wordt beperkt om een mededingingsprobleem in de zin van artikel 41, tweede lid, van de Mw op te leveren. De andere mogelijkheid is dat de marktafbakening anders is en dat beide diensten zich niet in elkaars markt bevinden. In beide gevallen luidt de conclusie onder artikel 41, tweede lid, van de Mw hetzelfde.

6.3 Nederlandse Loterij stelt zich op het standpunt dat ACM voldoende heeft gemotiveerd dat een precieze(re) marktafbakening geen verschil kan maken voor de beoordeling van de uitkomst van de concentratie.

6.4 Het College onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat het bestreden besluit geen blijk geeft van innerlijke tegenstrijdigheden op het punt van de marktafbakening. Afbakening van de relevante markt is geen doel op zich, maar een instrument voor de analyse die is vereist voor de toepassing van de mededingingsregels. Op grond van artikel 42, tweede lid, van de Mw moet worden onderzocht of als gevolg van de voorgenomen concentratie de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zou worden belemmerd. ACM heeft in dit geval de mogelijke markten geïdentificeerd. Niet in geschil is dat op de mogelijke separate productmarkten de concentratie geen significante gevolgen voor de mededinging zou hebben. ACM heeft ten aanzien van de enig andere mogelijke markt de markt voor loterijen en lottospelen nader onderzocht wat de gevolgen van de concentratie zouden zijn. ACM behoefde de markt niet definitief af te bakenen om de gevolgen van de concentratie op de mogelijke markt te kunnen onderzoeken.

Offline loterijen en lottospelen

Regulering op grond van de Wok en marktaandeel

7.1 Appellante bestrijdt het oordeel van de rechtbank dat ACM terecht als uitgangspunt heeft genomen dat de concurrentie wordt gedempt door de regulering op grond van de Wok. De rechtbank en ACM hadden in het regulerend kader juist een reden moeten zien om de gereduceerde vorm van concurrentie in de markt te beschermen. Juist in een markt met slechts drie spelers, met aanzienlijke toetredingsbarrières en regulering, is het wegvallen van concurrentie tussen twee van de drie spelers a priori in staat de reeds gereduceerde concurrentie significant te belemmeren.

Appellante voert verder aan dat ACM niet aannemelijk heeft kunnen maken dat op de offline markt(en) voor loterij- en lottospelen de concentratie niet tot mededingingsbezwaren leidt. De bevindingen van ACM in het eerstefasebesluit zijn duidelijk en vormen ook een kader voor de beoordeling of ACM in de tweede fase voldoende onderzoek heeft gedaan. Tegen de achtergrond van het marktaandeel van meer dan 50% had ACM moeten onderzoeken of een machtspositie werd gecreëerd of versterkt. Dat is het zwaartepunt van de toets van artikel 41 van de Mw.

7.2 Volgens ACM gaat appellante voorbij aan de essentie van wat ACM gezegd heeft over de beoordeling van deze concentratie in een gereguleerde markt. In het bestreden besluit wordt gesteld dat vanuit onder meer de doelstelling van het tegengaan van kansspelverslaving de concurrentie door de wetgever doelbewust is beperkt. Het regelgevend kader zorgt ervoor dat de aanbieder voornamelijk in zijn eigen segment actief is en dat de markt voor loterijen en lottospelen (zeer) gedifferentieerd is. Als op een markt waar alle aanbieders volledig vrij met elkaar kunnen concurreren en waar de producten homogeen zijn, nog slechts een klein aantal concurrenten over is, dan zou het wenselijk kunnen zijn om de gevolgen van een concentratie strenger te toetsen. Strenger toezicht zou dan als doel hebben om de overgebleven of ontluikende concurrentie maximaal te beschermen en kleine aanbieders een kans geven om te groeien en op die manier de marktwerking te stimuleren of te herstellen. Van een dergelijke situatie in hier geen sprake, gegeven de wettelijk beperkingen die het wettelijk kader nu eenmaal aan de concurrentie oplegt.

7.3 Het College overweegt als volgt. Op grond van artikel 41, tweede lid, van de Mw dient ACM te onderzoeken of als gevolg van de voorgenomen concentratie de daadwerkelijke mededinging op de

Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou worden belemmerd, met name als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie. Dit betekent dat ACM de concurrentiedruk tussen de relevante partijen in de markt in kaart moet brengen en dient te onderzoeken of en in welke mate deze verandert als gevolg van de voorgenomen concentratie. Naar het oordeel van het College heeft ACM terecht de regulering op grond van de Wok tot het relevante feitenkader gerekend waarmee in de beoordeling van de concentratie rekening moet worden gehouden. De regulering grijpt immers in op concurrentieparameters (zoals het aantal loterijen, de verkoopprijs en de hoogte van het percentage dat aan prijzengeld mag worden besteed), die in een niet-gereguleerde markt vrijelijk kunnen worden ingezet om klanten van de concurrent te winnen. De regulering beperkt dus de concurrentiedruk die de op de markt actieve ondernemingen op elkaar kunnen uitoefenen. Dat ACM bij dit onderzoek een zwaardere toets moet aanleggen wanneer sprake is van een verminderde concurrentie in de markt doordat deze wordt gedempt door regulering dan wel de na regulering nog aanwezige concurrentie een groter gewicht moet toekennen zodat het verloren gaan van die concurrentie zwaarder weegt, blijkt niet uit artikel 41, tweede lid, van de Mw. Evenmin volgt uit deze bepaling dat ACM, nadat zij de concurrentiedruk tussen de partijen in de markt in kaart heeft gebracht en heeft geconcludeerd dat de voorgenomen concentratie deze niet op significante wijze zou belemmeren, verplicht is nog in het bijzonder onderzoek te verrichten naar het al dan niet in het leven roepen of versterken van een machtspositie. Hieraan wordt niet afgedaan door de bevindingen die ACM in het eerstefasebesluit heeft neergelegd en ook niet door het gegeven dat het marktaandeel van de partijen bij de voorgenomen concentratie meer dan 50% bedraagt.

De regressieanalyse

Doel en opzet van de regressieanalyse

8.1 In "Bijlage 1 Toelichting kwantitatieve analyse ACM van de loterijmarkt" bij het bestreden besluit heeft ACM een toelichting gegeven op de door haar uitgevoerde regressieanalyse. Het uitvoeren van regressies is een wetenschappelijke methode waarmee onderzocht kan worden in hoeverre er statistisch significante verbanden bestaan tussen bepaalde waarnemingen. ACM heeft deze methode toegepast om te bepalen hoe sterk de verkopen van de diverse loterijen en lottospelen van een aanbieder reageren op de eigen prijs en op de prijs van de alternatieve loterijen en lottospelen. ACM heeft verschillende "theories of harm", oftewel schadehypotheses, geformuleerd. Zo kunnen de fusiepartijen eventueel de nominale prijs van een lot verhogen na de fusie, de jackpothoogte en/of de valkans van de jackpot verlagen of het prijzenschema nadelig aanpassen (bijvoorbeeld minder vaste kleine prijzen en een hogere jackpot of juist omgekeerd). Deze schadehypotheses komen terug in de regressies die zijn uitgevoerd.

Om deze regressies te kunnen uitvoeren, is informatie opgevraagd bij de fusiepartijen en GDL. Hiermee zijn de grootste aanbieders in de markt in de analyse meegenomen. De opgevraagde gegevens betreffen onder andere het aantal verkochte loten, de nominale prijs, de opzet van de prijzenschemas en aanpassingen daarin, de kans dat de diverse prijzen vallen, belangrijke gebeurtenissen (zoals speciale trekkingen, gegarandeerd vallen van een jackpot, negatieve pers). Deze gegevens zijn bewerkt zodat ze geschikt zijn voor de berekeningen. De regressies laten zien dat voornamelijk de eigen spelelementen van belang zijn voor de verkoop van een bepaalde loterij of lottospel. Uit de analyse komt volgens ACM naar voren dat er tussen de meeste loterijen en lottospelen van partijen geen of weinig concurrentiedruk lijkt te bestaan. In een aantal gevallen is mogelijk sprake van enige concurrentiedruk. Zo hebben Eurojackpot en de Lotto enige invloed op de verkoop van Staatsloterij en heeft Staatsloterij een beperkt effect op de verkoop van zowel Lotto als Eurojackpot. Deze effecten zijn over het algemeen klein.

In antwoord op de hierop gerichte vraag van het College bij de heropening van het onderzoek heeft ACM een nadere toelichting gegeven op het door haar gehanteerde regressiemodel. Een regressieanalyse begint normaal gesproken met een veronderstelling over de vraag welke variabelen logischerwijs van invloed zouden kunnen zijn op de te verklaren variabele. In deze zaak wordt een regressie uitgevoerd waarin het aantal verkochte loten van onder andere de Staatsloterij wordt verklaard. De hiervoor genoemde opgevraagde gegevens betreffen belangrijke verklarende variabelen.

In een regressieanalyse is het streven om zoveel mogelijk te verklaren met zo weinig mogelijk variabelen. Als maatstaf voor de verklaringskracht wordt de zogenoemde R2 gehanteerd. Deze kan een waarde aannemen van 0 tot 1, waarbij 1 overeenkomt met een perfecte verklaring. Hiernaast is nog een andere betrouwbaarheid van belang. De sterkte van de relatie tussen de te verklaren variabele en een verklarende variabele wordt uitgedrukt in een bepaalde coëfficiënt. Door middel van betrouwbaarheidsintervallen kan worden bepaald hoe nauwkeurig de schatting van de coëfficiënt is. De mate van precisie in de schatting van coëfficiënten wordt gerapporteerd in de zogenoemde "p-waarde". Hoe kleiner de p-waarde, des te preciezer de schatting van de coëfficiënt is. Als het 95%-betrouwbaarheidsinterval van de coëfficiënt dat wil zeggen de bandbreedte waarbinnen de waarde van de coëfficiënt met 95% zekerheid ligt berekend is, dan wordt gezegd dat de coëfficiënt significant op 5% afwijkt van 0. Er is dan een zekerheid van 95% dat een "significante coëfficiënt" niet 0 is en dus bijdraagt aan het verklaren van de verklaarde variabele. Om de effecten van de fusie te kunnen beoordelen, moet vervolgens nog wel de vraag worden beantwoord hoe groot het effect is van een significante variabele.

Gronden ten aanzien van de regressieanalyse

8.2 Met betrekking tot de regressieanalyse bestrijdt appellante het oordeel van de rechtbank dat ACM de door haar verzamelde gegevens voldoende zorgvuldig en op wetenschappelijk verantwoorde wijze heeft geanalyseerd en dat zij op basis daarvan op goede gronden de conclusie heeft getrokken dat de meldende partijen slechts beperkt met elkaar concurreren. Zoals hiervoor onder 4.9 is overwogen zal het College bij de bespreking van deze gronden beoordelen of appellante niettegenstaande het vertrouwelijk karakter van de stukken haar standpunten ten aanzien van de regressieanalyse naar behoren heeft kunnen bepleiten.

Het College zal het verweer van ACM steeds betrekken bij zijn bespreking van de beroepsgronden ten aanzien van de regressieanalyse. De Nederlandse Loterij heeft het verweer van ACM onderschreven, zodat haar standpunt geen afzonderlijke bespreking behoeft.

Vertrouwelijk karakter

8.3 Appellante stelt voorop dat de door haar ingeschakelde deskundige E.CA Economics de kwaliteit van de regressieanalyse niet naar behoren heeft kunnen controleren, omdat ACM geen toegang gaf tot (geanonimiseerde) gegevens. Voorts heeft E.CA Economics evenmin kunnen nagaan op welke manier de externe deskundige van ACM, prof. dr. D. Fok, een kwaliteitscontrole op het werk van ACM heeft uitgevoerd. Over de analyse wordt niet voldoende gerapporteerd en de analyse is ook niet uitgevoerd volgens de best practices voor het overleggen van economisch bewijs zoals vastgesteld door het Directoraat-Generaal Mededinging van de Europese Commissie.

8.4 Het College overweegt als volgt. ACM heeft zich in haar verweer op het standpunt gesteld dat zij de gegevens van het model niet kan verstrekken aangezien deze zeer bedrijfsvertrouwelijk zijn. Bovendien staat alle relevante informatie om te beoordelen hoe ACM haar analyses heeft uitgevoerd en welke (kwalitatieve) resultaten hieruit volgen uitgebreid in de openbare stukken over de regressieanalyse. De analyse van prof. Fok laat volgens ACM duidelijk zien wat zijn oordeel is over de regressieanalyse.

Overeenkomstig vaste jurisprudentie van het College (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 5 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:43, overweging 4.3) dient te worden beoordeeld of ACM haar onderzoek in het licht van het hiervoor geformuleerde toetsingskader voldoende heeft verantwoord en of appellante niet onevenredig is geschaad in haar rechtsbescherming doordat haar de betreffende bedrijfsvertrouwelijke gegevens geheel zijn onthouden. Op de punten waar appellante algemene twijfels heeft geuit over de verslaglegging heeft het College kennisgenomen van de vertrouwelijke delen van het Memo "Resultaten econometrisch onderzoek loterijen" van 26 november 2015 (memo), waarvan zich ook een niet-vertrouwelijke versie in het dossier bevindt. Het College ziet geen grond voor het oordeel dat appellante ter controle van het onderzoek kennis had moeten kunnen nemen van de vertrouwelijke gegevens. Het College acht de verslaglegging in de niet-vertrouwelijke versie voldoende voor

appellante om naar behoren gronden tegen het onderzoek te kunnen formuleren. Appellante is hiertoe ook in staat gebleken en heeft inhoudelijke beroepsgronden aangevoerd tegen de opzet en de uitkomsten van de regressieanalyse, die het College hierna zal bespreken. Met de beschrijving van de in 8.1 weergegeven schadehypotheses heeft ACM haar onderzoeksvraag geformuleerd. ACM heeft de regressieformule en het model beschreven. Tevens zijn de vergelijkingen en gehanteerde variabelen beschreven.

Het verschil tussen de vertrouwelijk en niet-vertrouwelijke versie van het memo komt er in essentie op neer dat in de laatste de specificatie van de variabelen is weggelaten en de daarin opgenomen tabellen evenmin gegevens bevatten omtrent de berekende R2 en p-waarden. Wel is in de niet-vertrouwelijke versie tabel 29 opgenomen met binnen bandbreedtes aangegeven de resultaten van de door ACM uitgevoerde simulaties.

Op de consequenties van het ontbreken van gegevens in de niet-vertrouwelijke versie van het memo is op de zitting van 7 juli 2020 uitgebreid ingegaan door de door appellante meegebrachte deskundige drs. M. Visser van RBB Economics. Drs. Visser voert aan dat door het weglaten van vertrouwelijke gegevens de resultaten van de regressie niet zijn te controleren, het aantal observaties niet is na te gaan en ook de opmerking van ACM dat in de meeste regressies 90% van de variantie wordt verklaard, niet kan worden gecontroleerd. Ook ontbreekt de bron van de gegevens over consumentenvertrouwen. Drs. Visser stelt echter in het vervolg van zijn betoog dat ook als ervan wordt uitgegaan dat er in technisch opzicht niet veel aan te merken is op de wijze waarop ACM de regressies heeft uitgevoerd, hetgeen ook prof. Fok in zijn notitie zegt, dat nog niet meebrengt dat de modelkeuzes van ACM juist zijn. Het College kan dit standpunt volgen, maar daarmee richten het betoog van drs. Visser alsmede de al eerder door appellante ingenomen standpunten zich niet tegen de technische uitvoering van de regressieanalyse, maar tegen de gemaakte modelkeuzes en de uit de analyse getrokken conclusies. Kennisneming van de vertrouwelijke versie door appellante is daarmee voor het debat tussen partijen niet noodzakelijk. Wat betreft de aantallen observaties en de omvang van de variantie die in de regressies wordt verklaard, heeft het College bij raadpleging van de vertrouwelijke versie kunnen nagaan dat hetgeen hieromtrent door ACM in de procedure naar voren is gebracht juist is. Hetzelfde geldt voor de door ACM ter zitting gemelde toevoeging dat de gegevens over consumentenvertrouwen afkomstig zijn van het CBS.

Opzet van de regressieanalyse

8.5 Appellante heeft voorts kritiek op de wijze waarop ACM de regressieanalyses heeft opgezet, welk standpunt zij ter zitting van 16 juli 2019 en van 7 juli 2020 nader heeft toegelicht. ACM heeft weliswaar onderzoek gedaan naar de effecten van veranderingen van prijzen en uitkeringen, maar heeft nagelaten rekening te houden met andere aspecten van concurrentie, namelijk mediabestedingen en de introductie van nieuwe spelen. De omvang van de mediabestedingen lijkt vrij eenvoudig na te gaan, bijvoorbeeld op basis van de uitgaven aan advertenties van de Staatsloterij in de weken voorafgaand aan de eerstkomende trekking. Dat ACM deze uitgaven niet hoefde mee te nemen omdat dit impliciet al zou zijn gedaan in andere variabelen staat niet vast en had ACM kunnen toetsen, wat zij heeft nagelaten. Evenmin neemt ACM het verschil tussen de koop van losse loten en een abonnement mee. Ook is de focus op uitkeringspercentages onjuist, omdat de consument dit percentage niet kent en zijn keuze daar dus niet op kan baseren.

Volgens appellante blijft onduidelijk hoe ACM precies is gekomen tot het gekozen model, welke alternatieven zijn overwogen en welke robuustheidschecks zijn uitgevoerd. Het valt appellante op dat de uitgevoerde regressies een groot aantal variabelen bevatten. Een potentieel risico, waar niet op gecontroleerd lijkt te zijn, is “overfitting”, waardoor de verklarende kracht van het model groter wordt ingeschat dan deze in werkelijkheid is. “Overfitting” kan er de oorzaak van zijn dat de regressies veel van de varianties (90-95%) verklaren. De hoge R2 is in dat opzicht eerder een aanwijzing dat er mogelijk iets mis is met de modellen van ACM dan dat dat een goed teken is.

Bovendien ondersteunden de fuserende partijen, voordat de vergunning was verleend, de kritiek op de regressieanalyse. Zij kregen destijds de concept-analyse die nog geen conclusies bevatte. Conclusies heeft ACM pas getrokken in het bestreden besluit.

8.6 Volgens ACM is, anders dan appellante stelt, in de regressieanalyse de introductie van nieuwe spelen wel degelijk meegenomen. In Bijlage 1, onder 5, van het bestreden besluit wordt ter toelichting op de voor de regressieanalyses gehanteerde formule vermeld: "De variabele dummy betreft de specifieke dummys zoals een extra trekking, het gegarandeerd vallen van de jackpot of de introductie van een spel." Het College volgt appellante op dit punt dan ook niet. Hetzelfde geldt ten aanzien van de mogelijkheid dat een speler met een abonnement in een goede doelenloterij misschien geen abonnement neemt op de staatsloterij, maar wel een los lot koopt. ACM heeft hier een regressie voor opgenomen. Het standpunt van appellante dat ACM zich niet had mogen richten op uitkeringspercentages omdat deze niet bij de consumenten bekend zouden zijn, kan het College niet volgen. Indien de hoogte van de uitkeringspercentages inderdaad geen effect zouden hebben op de consumentenbestedingen zou dit blijken uit de uitkomsten van de regressieanalyses, hetgeen niet het geval is.

Volgens ACM is het niet mogelijk de effecten van mediabestedingen mee te nemen in het regressiemodel. Mediabestedingen hebben effect op imago en daarmee op meerdere trekkingen, waarbij niet is vast te stellen op welke specifieke trekking(en) de bestedingen invloed hebben gehad. Gegevens per trekking zijn gevraagd, maar waren niet te leveren. De fusiepartijen hadden alleen gegevens per maand en GDL alleen per drie maanden. Het omrekenen van deze gegevens naar bestedingen per trekking geeft een onbetrouwbare input. De zeer hoge R2 geeft aan dat er al een heel goede verklaring is voor het aantal verkochte loten en dat het opnemen van een variabele voor mediabestedingen daar weinig aan had kunnen toevoegen. Het College laat te dien aanzien in het midden of ACM het model inderdaad niet zo had kunnen opzetten dat het effect van mediabestedingen op een betrouwbare wijze was onderzocht. Het College kan appellante ook niet volgen waar zij er over klaagt dat er "overfitting" is in de zin van teveel verklarende variabelen die de oorzaak zouden zijn van een te hoge R2 en juist pleit voor het opnemen van een extra verklarende variabele. Het College kan daarentegen wel het argument van ACM volgen dat, gelet op de grote mate van verklaringskracht van de wél in het model opgenomen variabelen, het niet in de rede ligt dat het expliciet opnemen van een variabele voor de mediabestedingen tot een andere conclusie zou hebben geleid.

Ter zitting heeft ACM toegelicht dat zij de nodige robuustheidschecks heeft uitgevoerd en het mogelijke probleem van "overfitting" heeft erkend. De robuustheidschecks zijn uitgevoerd door middel van alternatieve modellen. Bijvoorbeeld bij de Staatsloterij heeft ACM een model geschat, waarin een uitsplitsing is gemaakt naar het type uitkeringspercentage: een vast uitkeringspercentage, een variabel uitkeringspercentage of een jackpot. Dat is zo gedaan omdat in de literatuur en in eerdere studies werd aangegeven dat de hoogte van de jackpot misschien invloed heeft op de verkopen. De verschillende uitkeringen hebben echter effect op elkaar. Als de jackpot wordt verhoogd, moeten om te voldoen aan de uitkeringspercentages waarschijnlijk de vaste of variabele uitkeringen omlaag. ACM heeft ook gekeken naar de totale uitkeringen, wat een model opleverde met minder variabelen en een groter aantal observaties. "Overfitting" doet zich hier niet voor. Het College onderschrijft, na raadpleging van de vertrouwelijke versie van het memo, dit verweer. Uit deze raadpleging blijkt de aanwezigheid van de robuustheidcheck als door ACM beschreven, inclusief de duiding van de aantallen variabelen en observaties. Het College ziet op grond hiervan geen reden voor de door appellante geopperde conclusie dat de regressieanalyse van ACM tekort zou schieten in het opzicht dat de hoge R2 het gevolg zou zijn van een te groot aantal verklarende variabelen ten opzichte van het aantal observaties.

Interpretatie van de uitkomsten van de regressieanalyse

8.7 Appellante voert voorts aan dat een aantal resultaten van de regressieanalyse juist bevestigt dat er sprake is van competitieve interactie tussen de SNS- en SENS-loterijen en lottospelen. Het door appellante ingebrachte rapport van E.CA Economics "Vergunning fusie SNS/SENS" wijst er op dat de verkoop van Staatsloterij, behalve door de eigen uitkeringspercentages, voornamelijk door de spelopzet van EuroJackpot en de GDL-spelen wordt beïnvloed. Verder zorgt het hogere vaste en jackpotuitkeringspercentage van de Staatsloterij voor minder verkopen van de Lotto en geldt hetzelfde voor de speciale trekkingen en de Oudejaarstrekking van de Staatsloterij. Er gaat dus een duidelijke concurrentiedruk uit van de Staatsloterij. Daarnaast is er meer verkoop bij Lotto als er een hoger vast

uitkeringspercentage is van Staatsloterij of van Dayzers. Er is geen beschouwing of eindconclusie van ACM die deze deelbevindingen relativeert of zelfs weerlegt. De in het bestreden besluit getrokken conclusies, zoals dat er geen betekenisvolle interactie is aangetroffen tussen de betreffende loterijen en lottospelen, worden dan ook niet door de regressieanalyse gedragen. Het rapport gaat voorts in op de simulaties van ACM waaruit zou blijken dat het voor alle spelen nu al winstgevend is om een prijsverhoging of uitkeringsverlaging door te voeren en dat dat na de fusie ook zo zal blijven. ACM duidt deze uitkomst als een aanwijzing dat de fusie geen verandering brengt in de prikkel om het aanbod te verslechteren. Dit resultaat valt echter ook en zelfs beter te duiden als een indicatie dat de gemaakte analyse onvolledig is en de realiteit niet goed heeft weten te benaderen. Appellante heeft tot slot aangevoerd dat ACM in de regressieanalyse ten onrechte geen rekening heeft gehouden met innovatie. Volgens appellante had ACM aandacht moeten besteden aan dynamische vormen van concurrentie die zich kan uiten in het identificeren en als eerste betreden van nieuwe spelvormen.

8.8 Het College overweegt als volgt. ACM ontkent niet dat sprake is van enige competitieve interactie, maar volgens ACM is de interactie zo gering dat dit in geval van fusie niet tot mededingingsproblemen leidt. Het College constateert dat, anders dan appellante stelt, ACM op de paginas 72-73 van de regressieanalyse wel degelijk een relativering geeft van de gevonden verbanden. Dit betoog van ACM is ook in de niet-vertrouwelijke versie van de regressieanalyse waarin kwantitatieve gegevens zijn weggelaten, dan wel in de vorm van bandbreedtes zijn weergegeven goed te volgen. In ieder geval was het voor appellante mogelijk om zich op een voor het College aan de hand van de vertrouwelijke versie toetsbare wijze tegen deze relativeringen te richten. Dit heeft zij niet gedaan. Het College voegt hieraan toe dat de gevonden resultaten komen uit de voor de Staatsloterij uitgevoerde regressie waarbij de in overweging 8.6 genoemde verhouding tussen een relatief groot aantal variabelen en relatief beperkt aantal observaties zich voordeed. In de resultaten waarbij werd gekeken naar de totale uitkering traden deze grote effecten niet meer op.

Om te beoordelen wat de invloed is op de mededinging, heeft ACM met behulp van de gevonden relaties geanalyseerd of de fusie invloed heeft op de mogelijkheid van partijen om winstgevend de voorwaarden van één of meerdere van hun loterijen of lottospelen voor de consument te verslechteren. ACM concludeert dat dit niet het geval is, omdat deze mogelijkheid ook nu (voorafgaand aan de voorgenomen concentratie) al bestaat. Het is het College niet duidelijk waarop het standpunt van appellante dat deze uitkomst duidt op een onvolledig gespecificeerd model is gebaseerd. Het rapport van E.CA Economics geeft op dit punt geen andere toelichting dan een opsomming van passages waarin ACM zich rekenschap geeft van technische kwesties die zich bij haar analyse hebben voorgedaan. Voor zover appellante haar standpunt baseert op de gedachte dat het hier een a priori onwaarschijnlijke uitkomst betreft, volgt het College deze niet. Het moge zo zijn dat in zijn algemeenheid geldt dat een partij die door de marktomstandigheden in staat is om een prijsverhoging of andere voor consumenten nadelige wijzigingen winstgevend door te voeren hiertoe geneigd zal zijn, maar hieruit kunnen niet zonder meer conclusies worden getrokken voor de onderhavige markt. Veeleer ligt het voor de hand dat er mogelijke obstakels zijn van regulatoire of andere aard, die hieraan in de weg staan. ACM heeft dit naar het oordeel van het College aannemelijk gemaakt en hetgeen appellante hier tegen in heeft gebracht kan hier niet aan afdoen Eveneens ontbreekt een toelichting van appellante op haar stelling dat ACM een onderzoek had dienen te verrichten naar het optreden van dynamische concurrentie, zodat het College ook hieraan zal voorbijgaan.

Conclusie ten aanzien van de regressieanalyse

8.9 De slotsom luidt dat hetgeen appellante heeft aangevoerd geen aanleiding geeft tot het oordeel dat ACM de door haar uitgevoerde regressieanalyses niet ten grondslag kon leggen aan het bestreden besluit.

Interne documenten

9.1 Appellante komt ook op tegen het oordeel van de rechtbank dat ACM in de interne documenten terecht een bevestiging heeft gezien voor het beeld dat SENS en SNS niet of nauwelijks met elkaar

concurreerden voor de fusie. Appellante heeft om vertrouwelijkheidsredenen geen toegang gekregen tot de documenten, maar de rechtbank, na toestemming van appellante, wel. De rechtbank had daarom temeer een meer indringende en kenbare beoordeling van de inhoud van de documenten moeten maken tegen de achtergrond van de beroepsgronden van appellante ter zake.

9.2 ACM voert aan dat zij als extra controle op de nog te verkrijgen onderzoeksresultaten partijen heeft gevraagd om strategische en commerciële documenten te verschaffen. ACM heeft bij de bestudering van de documenten geconstateerd dat de strategische aandacht van de fuserende partijen was gericht op de eigen klantenkring. Als SENS en SNS concurrentiedruk van elkaar zouden ervaren dan had ACM verwacht een groot aantal stukken aan te treffen dat ingaat op de concurrentiestrijd met andere aanbieders van kansspelen. Het totaalbeeld uit de documenten is in lijn met de bevindingen van het regressieonderzoek. Bovendien was deze conclusie te verklaren uit het feit dat de diensten van partijen wettelijk verschillende kenmerken dienden te hebben en in ieder geval tot verschillende marktsegmenten behoorden.

ACM tekent hierbij aan dat uit het kwantitatieve onderzoek van ACM niet is gebleken dat er helemaal geen interactie bestond tussen de diensten van partijen. Wel bleek dat de interactie zo gering was dat de concentratie geen mededingingsprobleem met zich zou brengen. Het feit dat een aantal documenten aanwijzingen bevatte dat er enige concurrentie was, is daarmee niet in tegenspraak. Daarnaast merkt ACM op dat de conclusie van ACM ziet op het ontbreken van bepaalde aanwijzingen die je in overvloedige mate zou verwachten bij concurrerende diensten. Het ontbreken van aanwijzingen laat zich niet concreter of uitgebreider motiveren dan ACM heeft gedaan.

9.3 Het College heeft de stukken bestudeerd en is, evenals de rechtbank, van oordeel dat in deze stukken vooral wordt geanalyseerd wat de samenstelling is van de eigen klantenkring en wat de invloed is van uitkeringspercentages, hoogtes van de jackpot en andere parameters op de eigen verkoop, en dat ACM op goede gronden heeft geconcludeerd dat deze stukken bevestigen dat SENS en SNS niet of nauwelijks met elkaar concurreerden voor de fusie.

Andere onderzoeken

10.1 Ten aanzien van de gesprekken met marktpartijen voert appellante aan dat de rechtbank ten onrechte accepteert dat ACM leunt op één anekdotische opmerking van één persoon en alle andere marktpartijen negeert.

Appellante bestrijdt ook het oordeel van de rechtbank dat de bevindingen van AT Kearney het beeld bevestigen dat geen sprake is van (een betekenisvolle) substitutie tussen de producten van fusiepartijen. Appellante acht het AT Kearney-rapport en de daaruit volgende conclusies aantoonbaar niet betrouwbaar.

Ten aanzien van het onderzoek door Blauw merkt appellante op dat de aangevallen uitspraak tekort schiet in analyse en motivering waar het gaat om het buiten beschouwing laten door ACM van dit onderzoek.

10.2 ACM merkt op dat zij meer waarde heeft toegekend aan de zienswijze van NSO omdat diens leden, als verkopers van spelen van verschillende aanbieders, bij uitstek kunnen beoordelen of de verkoop van spel A wordt beïnvloed door acties van spel B. Bovendien heeft NSO geen eigen belangen bij de voorgenomen fusie zodat de zienswijze daardoor niet beïnvloed kan worden.

Met betrekking tot het onderzoek van AT Kearney merkt ACM op dat zij in de eindafweging meer gewicht heeft toegekend aan haar eigen onderzoek. ACM acht haar eigen uitkomsten betrouwbaarder omdat zij een regressieanalyse heeft uitgevoerd en zich niet heeft beperkt tot correlatieanalyses.

Het onderzoek van Blauw heeft ACM buiten beschouwing gelaten, omdat de door Blauw gemeten consumentenvoorkeuren niet leiden tot in de werkelijkheid (bij benadering) waarneembare marktaandelen.

10.3 Nederlandse Loterij onderschrijft het verweer van ACM.

10.4 Het College is van oordeel dat ACM, gelet op het wisselende beeld van de inbreng van bevraagde derden, terecht met name waarde heeft toegekend aan de inbreng van NSO. NSO kan geacht worden een goed beeld te hebben van de invloed van wijzigingen in concurrentieparameters op de verkoop van kansspelen. ACM heeft er in dit verband terecht op gewezen dat NSO geen eigen belang heeft bij het al dan niet doorgaan van de concentratie.

Of de uitkomsten uit het onderzoek van AT Kearney betrouwbaar kunnen worden geacht, kan in het midden worden gelaten. ACM heeft in het bestreden besluit overwogen dat de uitkomsten van haar eigen data-onderzoek in grote lijnen overeenkomen met de uitkomsten van de onderzoeken waarop de fusiepartijen hun standpunten baseren. De conclusies in het bestreden besluit heeft ACM echter gebaseerd op haar eigen data-onderzoek. Ook als de uitkomsten van het onderzoek van AT Kearney niet betrouwbaar zouden worden geacht, doet dat niet af aan die conclusies.

Ten aanzien van het door Blauw uitgevoerde onderzoek heeft appellante ter zitting van 7 juli 2020 opgemerkt de reden van het terzijde schuiven van dit onderzoek op zichzelf te begrijpen. Het had volgens appellante echter voor de hand gelegen dat ACM terug zou zijn gegaan naar de tekentafel om het geconstateerde mankement te verhelpen. Het College ziet geen grond om ACM gehouden te achten om een onderzoek dat zij niet ten grondslag heeft gelegd aan haar besluit opnieuw te doen of aan te passen als zij de uitkomsten van het onderzoek niet betrouwbaar acht en van oordeel is dat de overige onderzoeken haar conclusies reeds voldoende stevig onderbouwen.

Conclusie offline loterijen en lottospelen

11. De conclusie is dat ACM haar besluit kon baseren op het door haar uitgevoerde onderzoek, en dat zij uit dat onderzoek de conclusie kon trekken dat de voorgenomen concentratie tussen SENS en SNS niet zou leiden tot significante negatieve effecten op de mededinging in de offlinemarkt. Het College volgt appellante niet in de stelling die zij in haar zienswijze na de heropening van het onderzoek heeft aangevoerd dat ACM haar besluit uit 2015 niet alsnog voldoende zorgvuldig of gemotiveerd kan maken in de loop van de procedure en dat de heropening door het College bevestigt dat het besluit op zichzelf al gebrekkig was. De nadere toelichtingen van ACM volgen het spoor van het processueel debat en ACM heeft in de procedure in beroep en hoger beroep geen nieuwe elementen aan haar besluit ten grondslag gelegd. Overigens merkt het College op dat ook de feitelijke ontwikkeling van het marktaandeel van Nederlandse Loterij na de fusie er niet op wijst dat de mededinging als gevolg van de concentratie op significante wijze is belemmerd. De door ACM in haar onderzoek reeds gesignaleerde dalende trend van het marktaandeel van de fusiepartijen heeft zich voortgezet naar 46% in 2017, terwijl GDL in dat jaar een marktaandeel had van 54%. In 2018 is het marktaandeel van Nederlandse Loterij nog iets verder, zij het marginaal, teruggelopen.

<u>Toekomstige online kansspelen</u>

12.1 Appellante bestrijdt ten slotte het oordeel van de rechtbank dat ACM terecht onvoldoende waarschijnlijk heeft geacht het scenario dat de gefuseerde onderneming haar marktmacht zou kunnen overhevelen naar het nieuwe online segment. Eén van de belangrijkste redenen van SENS en SNS om de concentratie aan te gaan is er voor te zorgen dat de gefuseerde entiteit een nog sterkere positie zal innemen in het online domein dan in het geval SENS en SNS standalone zouden hebben moeten toetreden. Zij kunnen hun offline kanalen blijvend inzetten om hun klanten ook richting hun online activiteiten te bewegen. Gelet op het APE-rapport is niet goed te begrijpen dat de rechtbank lijkt te willen aannemen dat offline en online klanten zeer verschillend zijn. Daarnaast legt de rechtbank niet uit waarom buitenlandse partijen wel en de meldende partijen niet over in de praktijk beproefde platforms zouden kunnen beschikken. In feite zijn er geen voordelen voor buitenlandse partijen, niet wat betreft platforms en niet wat betreft bestaande klantenbestanden. Ten aanzien van de buitenlandse voorbeelden waaruit zou blijken dat de incumbent na openstelling van de gereguleerde onlinemarkt stevige concurrentie heeft ondervonden, heeft ACM alleen gewezen op België en Denemarken, terwijl deze landen volgens appellante nu juist aantonen dat het risico van de vorming van een dominante positie in het online domein door de offline incumbent zeer reëel is. Ook gaat de rechtbank niet in op het door appellante ingebrachte rapport van Lexonomics waaruit blijkt dat

overheveling van machtspositie naar de onlinemarkt leidt tot structurele marginalisatie van de concurrent.

12.2 ACM stelt zich op het standpunt dat het speelveld op de toekomstige online markt op voorhand lijkt te gaan bestaan uit SENS/SNS, GDL en meerdere grote ondernemingen die nu als aanbieder van online kansspelen actief zijn in het buitenland. Verschillende aanbieders zullen verschillende concurrentievoordelen hebben. SENS en SNS voeren bekende merken in Nederland en dat geldt ook voor GDL. Buitenlandse aanbieders hebben mogelijk weer meer een voordeel van in de praktijk beproefde digitale platforms. Het is zeer onwaarschijnlijk dat SENS/SNS in het nieuwe krachtenveld een economische machtspositie zal gaan innemen. Er kan geen sprake zijn van het overhevelen van marktmacht naar het nieuwe online segment als die marktmacht er niet is. Ook is er geen gevaar voor het overhevelen van marktmacht doordat er een grote groep gezamenlijke afnemers bestaat. Uit het APE-rapport blijkt dat de spelersgroepen offline en online verschillen. Appellante geeft in haar gronden een verkeerde weergave van het rapport van APE. Het overhevelen van een sterke positie naar een ander segment is geen mededingingsprobleem als die overheveling plaatsvindt doordat de fusiecombinatie de afnemers een beter aanbod kan doen dan voorheen. Tot een structurele marginalisatie van toekomstige concurrenten zal dit niet leiden. GDL heeft dezelfde voordelen van een goede naam en een offline klantenbestand en is minimaal net zo groot als de combinatie SENS/SNS. De internationale potentiële toetreders zijn nog vele malen groter. Bovendien hebben deze aanbieders de nodige online aanwezigheid en kennis en ervaring met het aanbieden van online kansspelen. De Nederlandse Loterij heeft geen concurrentievoordeel van haar klantenbestand, omdat de inmiddels aangenomen wet het inzetten van bestaande klantgegevens voor de werving in het online segment verbiedt.

12.3 Nederlandse Loterij onderschrijft het verweer van ACM.

12.4 Het College overweegt als volgt. Bij het openstellen van de mogelijkheid om online casinospelen en sportweddenschappen aan te bieden, zal, zoals ACM heeft opgemerkt, sprake zijn van een nieuw krachtenveld. Uit gegevens van de Kansspelautoriteit blijk dat er zeer veel partijen beogen om het toekomstige domein te betreden, waaronder, naast de fusiepartijen en GDL, grote aanbieders die ruime ervaring hebben met het aanbieden van deze online spelen. Gelet op deze omstandigheden heeft ACM terecht overwogen dat het niet aannemelijk is dat de SENS en SNS als gevolg van de concentratie in staat zullen zijn om hun positie op de mogelijke markt voor loterijen en lottospelen in te zetten op het gebied van de toekomstige online casinospelen en sportweddenschappen, zodanig dat dit tot een significante belemmering van de mededinging zou leiden. De ontwikkelingen in de Deense en Belgische markt voor online kansspelen bevestigen dit beeld. Het College stelt vast dat ACM en appellante de marktpositie van de verschillende partijen in de online markt in deze landen niet geheel vergelijkbaar weergeven, maar dat appellante de door ACM genoemde gegevens op zichzelf niet bestrijdt. Het College is van oordeel dat het beeld dat uit deze gegevens naar voren komt in ieder geval laat zien dat de oorspronkelijke monopolisten in beide landen concurrentiedruk ondervinden van verschillende nieuwe partijen. In Denemarken is het marktaandeel in de online markt van Danske Spil sterk gedaald sinds de openstelling van deze markt voor nieuwe toetreders, terwijl ook de Nationale Loterij in de Belgische markt diverse grote nieuw toegetreden spelers naast zich heeft. De verwijzing door appellante naar de beslissing van 22 september 2015 van de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA) maakt dit niet anders. In die beslissing heeft BMA het gebruik van bestaande klantgegevens voor het werven van nieuwe klanten in de offline markt voor sportweddenschappen door de Nationale Loterij als misbruik van een machtspositie aangemerkt. Overigens bepaalt de nieuwe redactie van artikel 4 a, tweede lid, van de Wok dat een houder van een vergunning bij wervings- en reclameactiviteiten voor kansspelen in ieder geval geen gebruik maakt van persoonsgegevens die hij heeft verwerkt in het kader van deelname van die personen aan een ander kansspel als bedoeld in deze wet. Dat uit diverse berichten over Danske Spil en de Nationale Loterij blijkt dat met name de ontwikkelingen op de online markt leiden tot een grote groei van de omzet zegt niets over de marktpositie die deze partijen innemen ten opzichte van concurrenten of de concurrentiedruk die zij ervaren en doet op zichzelf dan ook niet af aan het beeld dat na de liberalisering van de markt er

ruimte is voor nieuwe toetreders die daadwerkelijk met de voormalig monopolisten om marktaandeel strijden. De verwijzing door appellante naar de situatie in Denemarken en België leidt het College dan ook niet tot het oordeel dat ACM nader, meer diepgravend onderzoek had moeten doen naar de prikkel en de mogelijkheid dat de fusiecombinatie haar marktpositie in de offline markt zou kunnen inzetten op de online markt op een zodanige wijze dat daarmee de mededinging in deze markt op significante wijze zou worden belemmerd.

Slotsom

13. De slotsom is dat het hoger beroep van appellante ongegrond is. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

14. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

Deze uitspraak is gedaan door mr. W.A.J. van Lierop, mr. H.S.J. Albers en mr. L.F. Wiggers-Rust, in aanwezigheid van mr. I.C. Hof, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 10 november 2020.

De voorzitter is verhinderd te ondertekenen. De griffier is verhinderd te ondertekenen.