

Arnold & Porter

Memorandum

To: Autoriteit Consument en Markt

From: Luc Gyselen

Date: 14 juli 2023

Re: Adviesrapport in *Mediq* en *Bergman*

1. In haar offertezoek van 23 mei 2023 vraagt de Autoriteit Consument Markt (ACM) mijn “expertise naar een zelfkritisch adviesrapport” in twee fusiezaken: *Mediq / Eurocept (Mediq)* en *Bergman / Mauritskliniek (Bergman)*.
2. In beide zaken besloot de ACM de aangemelde fusie te verbieden omdat deze de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt op significante wijze zou belemmeren, “met name als het resultaat van het versterken van een economische machtspositie”.¹ Beide besluiten werden genomen op 23 december 2021. De fuserende partijen gingen in beroep bij de Rechtbank Rotterdam (de rechtbank). In beide zaken verklaarde de rechtbank het beroep gegrond en vernietigde zij de besluiten (cf. uitspraken van 24 maart 2023 in *Mediq* en van 12 mei 2023 in *Bergman*).
3. In het offertezoek werd mij gevraagd om vijf deelvragen te behandelen:
 - i. Is het feitelijk juist wat de rechtbank zegt over de omissies in het onderzoek van de ACM?

¹ Cf. Besluit *Mediq*, § 192 en Besluit *Bergman*, § 172.

- ii. Zo nee, is er in de beroepsprocedure door de ACM voldoende weerwoord gevoerd tegen de relevante beroepsgronden van partijen en antwoord gegeven op de vragen hierover van de rechtbank tijdens de zitting?
- iii. Is er in het onderzoek gehandeld conform daarvoor opgestelde interne documenten?
- iv. Zo nee, zijn de omissies in het interne besluitvormingsproces (team, management, review, bestuur) opgemerkt?
- v. Kan de ACM op basis van ervaringen door consultant een advies geven hoe dergelijke omissies in de toekomst zouden kunnen worden voorkomen, althans de kans daarop te verkleinen?

INLEIDENDE OPMERKINGEN

- 4. Ik ben als volgt te werk gegaan.
- 5. Om mij een algemeen beeld te vormen ben ik begonnen met een eerste lezing van de verbodsbesluiten in *Mediq* en *Bergman* en de uitspraken waarbij de rechtbank deze besluiten vernietigde. Daarna heb ik de dossierstukken in beide zaken doorgenomen, met speciale aandacht voor het door de ACM gevoerde marktonderzoek en het verloop van het besluitvormingsproces. Vervolgens heb ik drie ACM beleidsdocumenten betreffende de procedure in fusiecontrole-zaken doorgenomen: “Werkwijze bij concentratiezaken” (september 2021, ter vervanging van de “Spelregels”), “Protocol meldingsfase” (maart 2023) en “Protocol vergunningsfase” (oktober 2015). Daarna heb ik gesprekken gevoerd met mensen die betrokken waren bij het besluitvormingsproces in *Mediq* en *Bergman* of bij het verweer van de ACM in de rechtbank en met een paar mensen die mij nog wat algemene achtergrondinformatie hebben gegeven – alles samen 17 gesprekken, op één uitzondering na *face to face* in Den Haag op 12 en 13 juni 2023. Tenslotte heb ik mij aan het schrijven van dit adviesrapport gezet.

Ik heb het rapport in ontwerpvorm op 29 juni 2023 naar de ACM gestuurd en op 5 juli 2023 heb ik over dit ontwerp een gesprek gehad met het bestuur en de bevoegde

directeurs van de ACM. De eindversie van dit rapport verschilt nauwelijks van het ontwerp. Ik heb alleen een paar feitelijke onnauwkeurigheden of onduidelijkheden weggenomen. Verder heb ik twee inhoudelijke punten (*infra* rnr. 15 en rnr.134) wat scherper gesteld.

6. Dit adviesrapport omvat drie hoofdstukken.
7. Ik begin met een bespreking van de uitspraken van de rechtbank in *Mediq* en *Bergman* (*infra* A, rnr. 12-67). Daarbij komen de eerste twee in het offerteverzoek genoemde deelvragen aan bod. Ik gebruik die bespreking echter ook als opstapje naar de behandeling van de drie andere deelvragen. Ik citeer daarbij een aantal passages uit de verbodsbesluiten, het schriftelijk verweer of de pleitnotities. Dit verklaart waarom dit eerste hoofdstuk nogal lang is uitgevallen.
8. In *Mediq* vond de rechtbank de afbakening van de relevante markt ontoereikend. In *Bergman* oordeelde de rechtbank dat het kwalitatief marktonderzoek van de ACM omtrent de onmisbaarheid van de zorgaanbieder in kwestie t.a.v. de zorgverzekeraars tekort schoot. Naar mijn smaak is de rechtbank in beide zaken kort door de bocht gegaan.
9. Het ‘korte bochten’ werk van de rechtbank neemt echter niet weg dat moet bekeken worden of de ACM het verdict van de rechtbank in deze zaken had kunnen vermijden (of minstens de kans op dat verdict had kunnen verkleinen), en, zo ja, hoe (cf. deelvraag (v)). Daarbij besteed ik vooral aandacht aan de inhoudelijke motivering van de ACM in haar verbodsbesluiten (*infra* B, rnr. 68-143). Kort samengevat, denk ik dat de ACM de rechtbank wat te veel ‘speelruimte’ heeft gegeven door een aantal belangrijke argumenten in haar besluit onvoldoende uit te werken of door bepaalde vragen in het besluit grotendeels onbesproken te laten (*infra* B, rnr. 82-100 voor *Mediq* en rnr. 110-133 voor *Bergman*). Ik besteed ook nog even aandacht aan het feit dat de ACM en partijen noch in *Mediq*, noch in *Bergman* formele gesprekken over toezeggingen hebben gevoerd. In *Mediq* was er in de meldingsfase wel even sprake van maar heeft de ACM die piste naar mijn smaak te vlug verlaten (*infra* B, rnr. 101-109). In *Bergman* zijn toezeggingen - bij mijn weten - nooit aan de orde geweest zijn, en er was waarschijnlijk aan beide kanten ook geen draagvlak voor toezeggingen. Hier sta ik alleen even stil bij de ‘wat nu?’ vraag: heeft het zin om na een fusie met groen licht

(*Bergman I*) en na een fusie met een ongedaan gemaakt rood licht (*Bergman II*) het marktgedrag van de fuserende partijen of zelfs van alle marktpartijen te monitoren en na te gaan of de marktwerking kan verbeterd worden. Ik hou het wel kort want ik kan onmogelijk enige expertise in deze materie claimen en de vraag valt ook niet helemaal binnen de mij toevertrouwde opdracht (*infra B*, rnr. 134-143).

10. Daarna neem ik wat afstand van de inhoudelijke vragen die in *Mediq* en *Bergman* aan de orde waren om commentaar te leveren bij het verloop van het besluitvormingsproces in beide zaken (*infra C*, rnr. 144-171). Omissies met kwalijke gevolgen zijn er volgens mij niet geweest (cf. deelvragen (iii) en (iv)). In *Mediq* is er in de eindfase weliswaar geen ‘echte’ review meer geweest na het uitsturen van de Punten van Overweging (PvO) maar ik heb niet de indruk dat de marktafbakening in het verbodsbesluit inhoudelijk beter onderbouwd zou geweest zijn indien de review ‘volgens het boekje’ zou gelopen zijn. In *Bergman* liep de review wel door tot het eind. De reviewers waren al erg sceptisch bij het uitsturen van de PvO en zij adviseerden daarna ook om de fusie niet te verbieden (eventuele strategische redenen om de fusie toch te verbieden buiten beschouwing gelaten). Daarom zal ik mij bij de bespreking van het besluitvormingsproces vooral buigen over de vraag of de behandelteams - binnen het bestaande wettelijke procedurekader - alle netelige inhoudelijke vragen tijdig hebben gedetecteerd. Ik maak daarbij een onderscheid tussen de periode na de PvO (rnr. 149-159) en de daaraan voorafgaande periode (rnr. 160-171).

11. Ik rond af met een beknopte conclusie (rnr. 172-174).

A. DE UITSPRAKEN VAN DE RECHTBANK

12. Vooraleer de uitspraken van de rechtbank in detail te bespreken, maak ik twee voorafgaande opmerkingen.

13. Rechterlijke toetsing in fusiecontrole-zaken. In beide uitspraken erkent de rechtbank dat de ACM bij de waardering van economische feiten en omstandigheden in het licht van de bepalingen van de Mededingingswet een zekere beoordelingsvrijheid heeft (uitspraak *Mediq*, punt 1.2 en uitspraak *Bergman*, punt 3.2).

14. In *Bergman* preciseert de rechtbank dat het bij de beoordeling van een fusie om een “prospectieve analyse” gaat (uitspraak, punt 3.3). Verwijzend naar de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 12 juli 2022 in *Sanoma/Iddink*, geeft zij aan dat dit voor de rechterlijke toetsing het volgende impliceert:

3.3 “(...) Niet kan worden verlangd dat de ACM bewijst dat de bij die beoordeling gekozen scenario’s en schadetheorieën zich onvermijdelijk zullen voordoen. Die scenario’s en schadetheorieën moeten evenwel voldoende realistisch en waarschijnlijk zijn en dus niet enkel theoretisch denkbaar zijn in het licht van een analyse van alle relevante factoren. Niet kan worden volstaan met een algemene, abstracte of theoretische beschrijving van de marktsituatie die als basis voor deze analyse wordt gebruikt.” (mijn onderstreping)

15. Dit citaat van de CBB komt op zijn beurt - *verbatim* - uit het arrest van het Gerecht in *CK Telecoms UK Investments t. Commissie* (ook bekend als de *Hutchison* zaak).² Ik ben echter van mening dat een andere (niet-geciteerde) passage in dit arrest nog relevanter is.

De recente vernietiging van dit arrest door het Hof van Justitie³ doet m.i. niets af aan de relevantie van deze passage. Het Hof overwoog o.a. dat het Gerecht voor het bewijs van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging een te strikte bewijsnorm had gehanteerd (“ernstige waarschijnlijkheid” in plaats van “waarschijnlijker dan onwaarschijnlijk”). De passage die ik hieronder citeer heeft geen betrekking op de bewijsnorm, maar wel op de bewijslast, in het bijzonder op de kwaliteit van het door de Commissie gebruikte bewijsmateriaal:

111. “Des te prospectiever de analyse is en des te moeilijker waarneembaar, onzekerder en moeilijker aantoonbaar het is welke oorzaken welke gevolgen teweeg zullen brengen, des te belangrijker is evenwel de kwaliteit van de door de Commissie overgelegde elementen ten bewijze van de noodzaak van een besluit dat de concentratie onverenigbaar verklaart met de interne markt (zie in die zin arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, punt 44). Met andere woorden, des te complexer of onzekerder een schadetheorie is die wordt

² Cf. arrest van 28 mei 2020 in de zaak T-399/16, overweging 117. De zaak is nog *sub judice* bij het Hof van Justitie (zaak C-376/20).

³ Arrest van 13 juli 2023 in de zaak 376/20 P, *Europese Commissie t. CK Telecoms UK Investments Ltd.*

aangevoerd ter staving van het feit dat een concentratie de daadwerkelijke mededinging significant belemmert, of des te moeilijker het oorzakelijke verband ervan is vast te stellen, des te veeleisender moet de Unierechter zijn bij het concrete onderzoek van het dienaangaande door de Commissie overgelegde bewijs.” (mijn onderstreping) ⁴

16. Low key conclusie van de rechtbank. Zowel in *Mediq* als in *Bergman* concludeert de rechtbank enkel dat de ACM onvoldoende onderzoek heeft geleverd om aannemelijk te maken dat de aangemelde fusies de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt significant zouden belemmeren. Zij geeft zelfs te kennen dat de ACM de tekortkomingen van haar besluiten, in beginsel, zou kunnen repareren door bijkomend onderzoek te verrichten, ook al voegt ze er aan toe dit niet opportuun te achten omdat “nader onderzoek mogelijk langere tijd in beslag neemt” (uitspraak *Mediq*, punt 13) of omdat er voor dit nader onderzoek “op voorhand geen passende termijn kan worden bepaald” (uitspraak *Bergman*, punt 9).
17. Anders gezegd: de rechtbank heeft niet willen uitsluiten dat de ACM ten gronde wel eens gelijk zou kunnen (gehad) hebben maar vindt dat zij te weinig overtuigend bewijsmateriaal heeft aangebracht om dat gelijk te onderbouwen in haar besluiten. Dan rijst onvermijdelijk de vraag, die ik al in mijn inleidende opmerkingen stelde, of de ACM het de rechtbank te gemakkelijk heeft gemaakt en deze afloop had kunnen vermijden door haar besluiten op een aantal belangrijke punten uitvoeriger te motiveren (*infra* B).

1. Uitspraak van de rechtbank in Mediq

18. Zoals gezegd, komt de rechtbank in *Mediq* niet toe aan de sleutelvraag of de fusie tussen *Mediq* en *Eurocept* een significante belemmering van de daadwerkelijke

⁴ In zijn arrest van 13 juli 2023 beaamt het Hof dit punt zelfs en maakt het duidelijk dat het niets te maken heeft met de bewijsnorm: “78. Furthermore, the Court has also made clear that the inherent complexity of a theory of competitive harm put forward in relation to a notified concentration is a factor which must be taken into account when assessing the plausibility of the various consequences such a concentration may have, in order to identify those which are most likely to arise, but such complexity does not, of itself, have an impact on the standard of proof which is required (judgment of 10 July 2008, *Bertelsmann and Sony Corporation of America v Impala*, C-413/06 P, EU:C:2008:392, paragraph 51).”

concurrentie op de relevante markt voor gevolg zou gehad hebben. De rechtbank blijft ‘hangen’ bij de marktafbakeningsvraag.

a) “uitwisselbaarheid”: voorafgaande opmerking

19. In haar besluit, had de ACM aangevoerd dat elastomeerpompen en stationaire infuuspompen “geen reëel alternatief” zijn voor ambulante elektronische infuuspompen (hierna: AEIPs). Dat bleek volgens haar uit het marktonderzoek dat ze hoofdzakelijk in de vergunningsfase had verricht (besluit, rnr. 107).
20. In haar verweer verwees de ACM in dit verband systematisch naar de specifieke “functionaliteiten en doeleinden” van de AEIPs (schriftelijk verweer, rnr. 25-28 en 46-77 en pleitnotitie, rnr. 9 en 11). Voor elastomeerpompen, citeerde ze uitgebreid de verklaringen van diverse marktpartijen in bijlage 1 van dat schriftelijk verweer.
21. Toch concludeert de rechtbank dat de ACM niet aannemelijk heeft gemaakt dat ambulante elastomeerpompen en stationaire infuuspompen buiten de relevante markt vallen. M.i. gebruikt de rechtbank daarbij een betwistbare maatstaf. Om tot de relevante markt te behoren volstaat het volgens haar blijkbaar dat elastomeerpompen en stationaire infuuspompen minstens *deels* uitwisselbaar zijn met AEIPs (uitspraak, punten 10.3 en 11). Ze plaatst de term “deels” wel tussen haakjes maar lijkt voorbij te gaan aan het feit dat uitwisselbaarheid pas relevant wordt als die aan de vraagzijde voldoende substantieel is. We komen hier in detail op terug (*infra* B).

b) de marktafbakeningsvraag van naderbij bekeken

22. Elastomeerpompen. Volgens de ACM hadden “nagenoeg alle bevroegde ziekenhuizen, producenten, zorgverzekeraars, leveranciers en thuiszorgorganisaties” aangegeven dat deze pompen “niet of slechts voor een zeer beperkt deel voor dezelfde doeleinden als elektronische infuuspompen kunnen worden ingezet” (besluit, rnr. 108).

23. In haar schriftelijk verweer had de ACM uitgebreid toegelicht waarom deze pompen onvoldoende uitwisselbaar zijn met AEIPs om tot dezelfde productmarkt te behoren. Hierbij een kort citaat:

63. “Uit het marktonderzoek volgt het nagenoeg eenduidige beeld dat de ambulante elektronische infuuspompen en elastomeerpompen niet volledig substitueerbaar zijn maar dat dit medicatieafhankelijk is. En dat waar de infuuspompen wel uitwisselbaar zijn, het vooral om vormen van antibiotica gaat. In Bijlage 1 is een overzicht van de verklaringen van de markspelers over de substitueerbaarheid van elastomeerpompen opgenomen (...).” (mijn onderstreping)

24. Met een verwijzing naar de citaten in bijlage 1 van haar schriftelijk verweer vatte de ACM het argument in haar pleitnotities als volgt samen:

11. “Verklaringen over voorkeuren of gebruiksgemak doen niet af aan gezondheidsrisico's bij het gebruik van een ongeschikte infuuspomp. Zo zijn elastomeerpompen ongeschikt voor nauwkeurige dosering, gekoelde medicatie, grote hoeveelheden medicatie en medicatie met een korte houdbaarheid. De elastomeerpomp kan dus niet altijd worden gebruikt als de aeip wel kan worden gebruikt. De functionaliteiten en beperkingen van elastomeerpompen maken haar geen substituut.” (mijn onderstreping)

25. De rechtbank verwijst kort naar het argument van de ACM dat de substitueerbaarheid van AEIPs en elastomeerpompen “medicatie-afhankelijk” is (uitspraak, punt 7.3) en de rechtbank erkent ook dat “elastomeerpompen niet voor alle medicatie / toepassingen kunnen worden gebruikt” (uitspraak, punt 10.1).

26. Op basis van de volgende overwegingen concludeert de rechtbank echter dat de ACM niet aannemelijk heeft gemaakt dat alleen AEIPs tot de relevante markt behoren:

- Mediq stelt “terecht” dat “verschillende geneesmiddelen (...) zowel met AEIPs als met elastomeerpompen kunnen worden toegediend” en dat dit ook uit het marktonderzoek blijkt (uitspraak, punt 10.1; mijn onderstreping). De rechtbank noemt daarbij, naast antibiotica, ook “chemotherapie, pijnbestrijding, medicatie voor hartfalen en antivirale therapie” (id.).

- B. Braun meldt op haar website dat de elastomeerpomp geschikt (mijn onderstreping) is voor de toediening van “meerdere medicatiesoorten”, inclusief immunoglobuline.
- Linde beweert het tegendeel maar dit overtuigt niet want zij levert zelf geen elastomeerpompen.
- APPO verklaart dat elastomeerpompen “veelvuldig worden gebruikt” bij thuiszorg en ziekenhuizen bij verplaatsing van de infuuszorg naar thuis “uitsluitend met elastomeerpompen en bij hoge uitzondering met elektronische infuuspompen” werken (id.). (mijn onderstrepingen)

27. Ik leg straks uit waarom ik de woorden “kunnen”, “geschikt”, “worden gebruikt” en “werken” heb onderstreept (*infra* B). Voor het overige heb ik de indruk dat de rechtbank nogal selectief naar het bewijsmateriaal heeft gekeken. Zo had de ACM in bijlage 1 van haar schriftelijk verweer een citaat opgenomen van een andere verklaring van [EEN LANDELIJKE APOTHEKER]* waarom elastomeerpompen in een aantal omstandigheden helemaal niet geschikt waren en - had [DE LANDELIJKE APOTHEKER] eraan toegevoegd - : “dit is naar onze inschatting 70 à 80% van het extramurale volume”.

28. Stationaire infuuspompen. Het onderscheid tussen geschiktheid en effectief gebruik komt ook hier terug. In haar besluit had de ACM verwezen naar een verklaring van [EEN PRODUCENT] dat de thuisorganisaties “voornamelijk gewend” zijn om met ambulante elektronische infuuspompen te werken” en dat de stationaire infuuspomp daarom “niet of nauwelijks” ingezet wordt in de thuissituatie (besluit, rnr. 113) . Een landelijke thuiszorgorganisatie [VERTROUWELIJK] had gewezen op de beperkingen van stationaire pompen die “vooral geschikt [zijn] wanneer men bij de patiënt aanwezig blijft, bijvoorbeeld met betrekking tot de toediening van zeer specifieke (en vaak dure) medicatie waarvan de toediening niet onderbroken mag

* In de openbare versie van dit rapport zijn delen van de tekst vervangen of weggelaten om reden van vertrouwelijkheid. Vervangen of weggelaten delen zijn met vierkante haken aangegeven. In het geval van getallen of percentages kan de vervanging hebben plaatsgevonden in de vorm van vermelding van bandbreedtes.

worden en binnen een voorgeschreven tijd dient te geschieden” (id.). De ACM verwees tenslotte ook naar het feit dat de fuserende partijen “in de meldingsfase zelf al aangaven” dat deze pompen “slechts in zeer uitzonderlijke gevallen” worden ingezet buiten het ziekenhuis (id.).

29. In haar verweer herhaalde de ACM deze verklaring (schriftelijk verweer, rnr. 69) en verwees zij ook weer naar de verklaringen (i) van [EEN PRODUCENT] dat een stationaire pomp alleen “in beperkte mate” thuis werd ingezet, in het bijzonder bij gebruik voor een korte duur waarin patiënt niet meer mobiel zijn (bv. terminale of palliatieve patiënten (id., rnr. 71) en (ii) van [EEN LANDELIJKE THUISZORGORGANISATIE] dat het gebruik van deze pomp “te maken heeft met dure medicatie” (id., rnr. 72).
30. Voortbordurend op de specifieke “functionaliteiten” van AEIPs, voegde de ACM hier in haar pleitnotities nog aan toe:

12. “Ook de stationaire infuuspomp kent beperkingen (vooral qua mobiliteit). Mediq stelt dat deze bij palliatieve/ terminale zorg kan worden gebruikt. Alleen gebeurt dat in de praktijk niet. Dit verklaart niet alleen [EEN PRODUCENT, EEN CONCURRENT EN EEN LANDELIJKE THUISZORGORGANISATIE]. Het blijkt ook uit startpakketten van Mediq. Thuiszorgorganisaties kiezen de meest cliëntvriendelijke infuuspomp. Bij palliatieve zorg is een stationaire infuuspomp veelal geen cliëntvriendelijker alternatief.” (mijn onderstreping)

31. De rechtbank schuift deze bewijsvoering grotendeels aan de kant. Zij vaart volledig op het kompas van Mediq.
32. Mediq had verklaard dat zowat [60-70]% van de AEIPs “wordt ingezet voor palliatieve zorg” (uitspraak, punt 11 – mijn onderstreping). Ik ga er van uit dat de rechtbank zich voor het “[60-70]” cijfer gebaseerd heeft op power point slides die Mediq bij de ACM voor de eerste keer getoond had tijdens de hoorzitting (*infra* rnr. 88) en - naar ik begrijp - ook heeft gebruikt tijdens de zitting in de rechtbank (als bijlage bij de pleitnotitie). Mediq had ook nog verklaard dat zij stationaire pompen daadwerkelijk

inzet voor pijnbestrijding en toediening van immunoglobulinen bij patiënten - dus ook weer categorieën van niet-mobiele patiënten met noden van korte duur.

Op die basis concludeerde de rechtbank dat “voor het overgrote deel van de ambulante infuuspompen” een stationaire infuuspomp “dus een zeer concreet alternatief” was (uitspraak, punt 11).⁵

33. Deze enigszins lang uitgevallen samenvatting van de standpunten van beide partijen omtrent de graad van uitwisselbaarheid tussen AEIPs en elastomeerpompen of stationaire pompen helpt m.i. om een inhoudelijk discussiepunt scherp te stellen. Ik kom daarop terug (*infra* B).

c) afsluitende algemene bedenkingen

34. Omdat de ACM niet aannemelijk heeft gemaakt dat de relevante markt enkel en alleen de levering van AEIPs omvat, acht de rechtbank het niet nodig om de overige beroepsgronden te bekijken (uitspraak, punt 12).
35. Dat is op zich begrijpelijk, maar ook jammer. Op de zorginkoopmarkt voor AEIPs was dit een “3-to-2” fusie met zeer hoge marktaandelen voor de fuserende partijen op de zorginkoopmarkt. De schadetheorie (kans op verhoogde prijzen met weinig of geen uitwijkmogelijkheden voor de zorgverzekeraars) was daardoor wellicht sterker dan in *Bergman*. In die zin zou men *Mediq* kunnen vergelijken met de ziekenhuisfusie-zaak *A. Schweizer / Rivas* (gezamenlijk marktaandeel 70%-80%) waarin de ACM de fusie op 15 juli 2015 verbood of zelfs met de AMM-zaak *Emergis* waarin de Nederlandse Zorgautoriteit de zorgaanbieder in kwestie (marktaandeel ver boven de 55%) *ex ante* gedragsverplichtingen oplegde op 7 december 2020 en deze zaak vervolgens in hoger beroep won bij de CBB op 15 maart 2022. In beide gevallen was de schadetheorie dezelfde als in *Mediq* en *Bergman* (significante marktmacht aan de kant

⁵ In haar verweer had ACM ook nog betoogd dat de beperkte uitwisselbaarheid van zowel elastomeerpompen als stationaire pompen werd bevestigd door de omzetcijfers van Mediq (schriftelijk verweer, rnr. 66 voor elastomeerpompen en rnr. 75 voor stationaire pompen). De rechtbank deed dit argument van de hand. Dat wees volgens haar hoogstens op een bedrijfskeuze van Mediq (uitspraak, punt 10.3). Het feit dat Mediq er voor “gekozen” had om vooral op de levering van AEIPs te mikken woog niet op tegen de vaststelling dat “er verschillende voorbeelden zijn waaruit blijkt dat de stationaire infuuspomp door marktpartijen wordt ingezet” (uitspraak, punt 11).

van zorgaanbieders en onvoldoende compenserende afnemersmacht aan de kant van de zorgverzekeraars).

36. Het was ook jammer voor de ACM om te struikelen over de marktafbakeningsvraag omdat het m.i. interessant zou geweest zijn te weten te komen hoe - in het licht van een ontluikende trend van ziekenhuis-verplaatste zorg naar thuiszorg - de rechtbank de mogelijke toekomstige concurrentiedruk van hetzij ziekenhuizen, hetzij B. Braun (producent van stationaire pompen) na haar overname van Expertcare (thuiszorgorganisatie), zou ingeschat hebben. [VERTROUWELIJK]⁶ Dat zou m.i. de schadetheorie in *Mediq* nog kunnen versterkt hebben (ook significante marktmacht van Mediq in het segment ziekenhuis-verplaatste thuiszorg na de fusie met Eurocept).

2. Uitspraak van de rechtbank in Bergman

37. Net als in *Mediq*, komt de rechtbank in *Bergman* niet toe aan de sleutelvraag of de fusie een significante belemmering van de daadwerkelijke concurrentie op de relevant markt voor gevolg zou gehad hebben.

a) “significante marktmacht”: voorafgaande opmerking

38. De rechtbank tilt niet aan het feit dat de ACM geen precieze marktafbakening heeft gemaakt. Zij maakt er evenmin een punt van dat de ACM haar onderzoek “niet uitdrukkelijk in de sleutel van een economische machtspositie geplaatst” (door het in haar besluit voortdurend te hebben over de vraag of de fusie de “significante marktmacht” van Bergman verder zal versterken⁷), ook al vindt de Rechtbank dit “terminologisch verwarrend” (uitspraak, punt 4).
39. Dat de Rechtbank daar niet aan tilt, lijkt mij terecht. Art. 41 (2) van de Mededingingswet bevat precies dezelfde wettigheidstoets (in identieke bewoordingen) als Art. 2 (3) van Verordening n° 139/2004 en laat dus de mogelijkheid open om fusies

⁶ Zie bv. slide n° 8 van de power point deck die Mediq’s advocaten op 15 november 2021 hebben gebruikt tijdens het gesprek met DZ over het voorlopig standpunt van de ACM: [VERTROUWELIJK].

⁷ Cf. Besluit , §§ 10, 11, 147, 159, 161 en 169.

te verbieden die de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zouden belemmeren, ook al zouden deze fusies niet leiden tot het bestaan of de versterking van een machtspositie. In die zin is *Bergman* een ‘gap’ zaak waar de marktaandelen van de overnemer (Bergman) geen juiste weergave zijn van diens marktmacht. Maar een echte ‘gap’ zaak is *Bergman* nu ook weer niet omdat de ACM er van uitgaat dat Bergman vóór de overname van Mauritskliniek al significante marktmacht had en dat deze nieuwe overname die marktmacht versterkt. Dat is niet het typische ‘gap’ scenario waar de Commissie het over heeft in haar Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies uit 2004.⁸

40. Hoe dan ook, de vraag die bij de rechtbank op tafel lag, was of Bergman als zelfstandig behandelingscentrum (ZBC) voor orthopedische, oogheeskundige en dermatologische ingrepen, vóór de fusie met Mauritskliniek onmisbaar was voor de zorgverzekeraars en dus al significante marktmacht had en, zo ja, of de ACM terecht had besloten dat die fusie de marktmacht van Bergman nog zou versterken.

b) de onmisbaarheidsvraag van naderbij bekeken

41. Op basis van *kwalitatief* marktonderzoek naar verklaringen en interne stukken van de zorgverzekeraars omtrent de onmisbaarheid van Bergman als contractspartij (besluit, sectie 6.4.2.3) en *kwantitatief* marktonderzoek in de vorm van een *ex post* analyse van Bergman’s prijzen op de zorginkoopmarkt na de in december 2018 vergunde fusie tussen Bergman en NL Healthcare Clinics (besluit, sectie 6.4.4.7) was de ACM tot de bevinding gekomen dat Bergman vóór de fusie met Mauritskliniek wel degelijk significante marktmacht had.
42. De Rechtbank oordeelt echter dat het kwalitatief marktonderzoek van de ACM de onmisbaarheid van Bergman niet aannemelijk heeft gemaakt, dat hiermee een “dragende overweging” wegvalt, dat het kwantitatief marktonderzoek het besluit “niet

⁸ Cf. Publicatieblad van 5 februari 2004, C/31/5, in het bijzonder rnr. 37: “Sommige ondernemingen hebben een grotere invloed op het mededingingsproces dan hun marktaandeel of soortgelijke graadmeters zouden doen vermoeden. Een fusie waarbij een dergelijke onderneming betrokken is, kan de concurrentiedynamiek op significante, concurrentie beperkende wijze veranderen, met name wanneer de markt reeds sterk geconcentreerd is. Een onderneming kan bijvoorbeeld een nieuwkomer zijn, waarvan wordt verwacht dat zij in de toekomst aanzienlijke concurrentiedruk zal gaan uitoefenen op andere ondernemingen in de markt.” (mijn onderstreping)

zelfstandig [kan] dragen” en dat het bijgevolg niet nodig is om de juistheid van dat onderzoek nog eens apart te toetsen (uitspraak, punt 8.4).

- kwantitatief marktonderzoek

43. In haar besluit had de ACM uitgelegd dat Bergman een onmisbare contractpartij is voor de zorgverzekeraars omdat het voor hen niet of nauwelijks mogelijk is om Bergman helemaal niet te contracteren (of slechts selectief te contracteren) en vervolgens over te stappen naar alternatieve zorgaanbieders indien zij Bergman’s prijzen te hoog vinden.

44. In haar besluit formuleerde de ACM dit als volgt:

71. “De ACM stelt vast dat alle zorgverzekeraars aangeven dat Bergman Clinics onmisbaar is in de contractering en dat het niet-contracteren van Bergman Clinics in ieder geval in de afgelopen jaren geen reële optie (meer) is geweest. Het marktonderzoek wijst uit dat dit samenhangt met (i) de omvang van de zorg die Bergman Clinics levert op tientallen locaties verspreid over heel Nederland, (ii) de afhankelijkheid van Bergman Clinics in het kader van de zorgplicht en (iii) de sterke vraag vanuit verzekerden en verwijzers naar Bergman Clinics vanwege haar sterke merknaam. (...) De meeste zorgverzekeraars hebben hun verklaringen naar het oordeel van de ACM overtuigend onderbouwd met ondersteunende interne documenten. Dit betreft veelal interne communicatie naar aanleiding van de onderhandelingen met Bergman Clinics, zoals e-mails tussen zorginkopers en hun directie of bestuur, en interne strategische documenten, zoals presentaties, cijfermatige berekeningen en memo’s.” (mijn onderstreping)

45. De rechtbank gaat vooral in op factor (ii) en houdt daarna factor (iii) ook nog even tegen het licht. Factor (i) komt daarentegen nauwelijks ter sprake. We bekijken even hoe de rechtbank elk van die punten heeft gewogen (en te licht bevonden).

46. Eén landelijk contract met Bergman (factor (i)). De rechtbank noteert dat de ACM “vooral belang gehecht” heeft aan die eerste factor maar zij is van mening dat “die feiten” niet uitsluiten dat zorgverzekeraars “de mogelijkheid hebben om de benodigde zorg bij verschillende zorgaanbieders te contracteren”. Dat dit voor zorgverzekeraars

niet makkelijk (“bewerkelijker”) is, acht de rechtbank weliswaar “voorstelbaar” maar “niet inzichtelijk” gemaakt door de ACM.

47. In haar besluit had de ACM meermaals verwezen naar het jaarlijks onderhandelingskader voor het contracteren van een zorgaanbieder als Bergman. Dit had ze soms in nogal algemeen termen gedaan (bv. besluit, rnr. 43) maar soms ook door concreet te wijzen op (i) het feit dat Bergman elk jaar streeft naar hogere prijzen en grotere volumes, zonder veel ruimte te laten voor staffelkortingen (besluit, rnr. 69), (ii) het feit dat dit in de toekomst niet gaat veranderen omdat interne strategische stukken aantonen dat Bergman wil blijven groeien (besluit, rnr. 82 en 160), (iii) het feit dat Bergman’s commercieel profiel contrasteert met dat van alle andere zorgaanbieders (besluit, rnr. 68) en (iv) het feit dat Bergman [VERTROUWELIJK] en aldus als “prijzsetter” fungeert (besluit, rnr. 80 en 105).
48. In haar schriftelijk verweer bracht de ACM al deze feiten nog eens in herinnering (bv. rnr. 28-36 over het jaarlijks onderhandelingsproces tussen Bergman en zorgverzekeraars; rnr. 38 over Bergman als “prijzsetter” wiens prijzen slechts “iets lager” liggen dan die van de ziekenhuizen; rnr. 39 over interne documenten die Bergman’s “groeistrategie” bevestigen).
49. Het is dus niet goed te begrijpen hoe de rechtbank zo vlug over deze eerste factor is heen gestapt. Ze legt het ook nergens uit.
50. Bergman’s onmisbaarheid in het licht van de zorgplicht (factor ii). De rechtbank vindt dit niet aannemelijk en werpt – althans in mijn lezing van haar uitspraak - drie tekortkomingen op.
51. In de eerste plaats wijst zij op een omissie in het onderzoek. De ACM gaat er van uit dat alternatieve zorgaanbieders - ZBCs of ziekenhuizen - over onvoldoende capaciteit zouden beschikken om het zorgaanbod van Bergman over te nemen indien zorgverzekeraars - in reactie op te hoge prijzen van Bergman - dat zorgaanbod geheel of gedeeltelijk naar hen zouden verplaatsen. Volgens de rechtbank heeft de ACM deze aanname niet onderbouwd met empirisch bewijs over capaciteitstekort van deze alternatieve zorgaanbieders in dit scenario van zorgverplaatsing.

52. Ter zitting heeft de ACM dit toegegeven (uitspraak, punt 8.2). Deze omissie bleek eigenlijk ook al uit een passage in het verbodsbesluit. Na er op gewezen te hebben dat zorgverzekeraars “het wegvallen van het landelijk brede aanbod van Bergman Clinics” alleen zouden kunnen opvangen door “bij een zeer groot aantal afzonderlijke zorgaanbieders” een contract voor extra zorg af te sluiten (besluit rnr. 74), had de ACM zich wel de vraag gesteld of die andere zorgaanbieders de capaciteit hadden om die extra zorg te leveren, maar zonder die vraag te beantwoorden.⁹
53. In de tweede plaats vindt de rechtbank de verklaringen van de zorgverzekeraars omtrent de (on)mogelijkheid van *niet-contracteren* met Bergman “minder eenduidig (...) dan de ACM in het bestreden besluit stelt” en volgens haar geldt dit evenzeer voor verklaringen van zorgverzekeraars omtrent de (on)mogelijkheid van *selectief contracteren* met Bergman (uitspraak, punt 8.2). De rechtbank leidt dit af uit twee verklaringen van zorgverzekeraars [VERTROUWELIJK] over niet-contracteren en twee verklaringen van diezelfde verzekeraars over selectief contracteren. Daaruit blijkt volgens de rechtbank dat niet-contracteren of selectief contracteren “vooral lastig en complex” maar “niet onmogelijk” is.
54. In haar verweer had de ACM nochtans tegenover deze verklaringen andere verklaringen van elk van de vijf grote zorgverzekeraars ([VERTROUWELIJK] inclusief) geplaatst. Uit die verklaringen bleek (i) dat de zorgverzekeraars “problemen met hun zorgplicht voorzien” als zij Bergman niet zouden contracteren (schriftelijk verweer, rnr. 53) en (ii) dat selectief contracteren voor hen per specialisme of locatie “praktisch niet uitvoerbaar” was of dat de mogelijkheid daartoe in elk geval “zeer beperkt” was (id., rnr. 66 en voetnoot 119) om vervolgens te besluiten dat “de mate van selectieve contractering die in de praktijk plaatsvindt duidelijk te beperkt [is] om disciplinerend te werken en wezenlijke invloed te hebben op de uitkomst van de contractonderhandelingen (id., rnr. 68).
55. De rechtbank legt al die verklaringen van zorgverzekeraars naast zich neer. Ik vermoed dat, indien ze dat wel had gedaan, ze toch geopperd zou hebben dat die

⁹ De passage in het besluit leest als volgt: “Daarbij is het nog maar de vraag of deze aanbieders de benodigde capaciteit hebben om zo veel zorg over te nemen” (rnr. 74).

verklaringen er alleen maar op wezen dat uitwijken naar ander zorgaanbieders voor zorgverzekeraars “lastig en complex” maar “niet onmogelijk” is. De rechtbank neemt het begrip “onmisbaarheid” dus erg naar de letter. Een zorgaanbieder is slechts onmisbaar als er voor de zorgverzekeraars helemaal geen uitwijkmogelijkheden zijn. Ik kom hier op terug (*infra* B).

56. Een derde kritiek van de rechtbank is dat de “onderliggende stukken van de zorgverzekeraars” (die de rechtbank overigens niet identificeert) bewijskracht ontberen omdat er nergens uit blijkt dat zorgverzekeraars “daadwerkelijk *geprobeerd* hebben om bepaalde vormen van zorg niet meer bij [Bergman] af te nemen maar dat dit in praktijk niet mogelijk zou zijn gebleken” (uitspraak, punt 8.2, mijn cursivering).
57. Ter zitting had de ACM gezegd dat “dit soort onderhandelingen voornamelijk telefonisch verlopen en dat er daarom geen stukken van zijn” (id.). In haar verweer had de ACM nochtans verwezen naar “interne documenten” van zorgverzekeraars [VERTROUWELIJK] waaruit moest blijken dat zij de zorg die zij bij Bergman inkopen “niet zomaar” bij andere zorgaanbieders konden inkopen (schriftelijk verweer, rnr. 37 en 53). Die interne stukken maken misschien geen gewag van door hen effectief ondernomen (en mislukte) pogingen om zorg bij andere zorgaanbieders in te kopen maar ik stel vast dat de rechtbank het niet eens de moeite heeft gevonden om de bewijswaarde van die stukken in haar uitspraak te toetsen.
58. De rechtbank sluit haar bespreking van het thema “onmisbaarheid van Bergman in het licht van de zorgplicht” af met een aantal meer beleid-getinte overwegingen over de gebrekkige werking van de zorginkoopmarkt. Zij heeft het over “niet-rationeel gedrag” van zorgverzekeraars “dat is ingegeven door de politieke keuzes over de inrichting van marktwerking binnen de zorg” (uitspraak, punt 8.2). Dit roept bij de rechtbank de vraag op “in hoeverre binnen het algemene mededingingsrecht rekening kan worden gehouden” met dat soort gedrag (id.).¹⁰

¹⁰ De rechtbank citeert in dit verband ter illustratie twee verklaringen van zorgverzekeraars. De ene legt uit dat selectief contracteren amper gebeurt “doordat de zorgmarkt nauwelijks functioneert als markt” en de andere verklaart dat “e.e.a. ook een beetje de resultante [is] van hoe we het stelsel hebben ingericht”.

59. Het is mij niet helemaal duidelijk hoe ik het belang van deze overwegingen in dit advies kan meenemen, maar ik kom er nog op terug (*infra* B). Terloops gezegd: ik stel wel vast dat het reviewteam in *Bergman* enigszins gelijkaardige overwegingen heeft geformuleerd in haar advies op de PvO.¹¹ Ik moest verder ook denken aan een passage in het document “werkwijze bij concentratiezaken” van september 2021: “De ACM zal bij de beoordeling van concentraties van zorgaanbieders en van zorgverzekeraars die tot bepaalde marktposities leiden, rekening houden met een aantal zorgspecifieke aspecten en motiveren hoe deze aspecten van invloed zijn geweest op haar besluit” (nr. 142; mijn onderstreping). Ik kom hierop terug (*infra* B).
60. Aanbod zonder Bergman commercieel onaantrekkelijk (factor iii). Wat betreft het argument van de ACM dat zorgverzekeraars zelfs bij een te hoge prijs van Bergman niet gauw gaan uitwijken naar alternatieve aanbieders uit vrees dat een deel van de door hen verzekerde patiënten zou overstappen naar een andere zorgverzekeraar, is de rechtbank kort. Ook hier wrijft zij de ACM een omissie in het onderzoek aan: de ACM heeft zich enkel gebaseerd op de verklaringen van zorgverzekeraars, zonder de verzekerden zelf te bevragen.
61. De rechtbank vindt dit des te kwalijker omdat de ACM tijdens haar onderzoek naar de fusie tussen Bergman en NL Healthcare Clinics in 2018 wèl zo’n verzekerdenonderzoek had gevoerd en vervolgens het *groen* licht had gegeven voor die fusie. Het moest dus wel zijn dat de vrees van zorgverzekeraars voor verloop van verzekerden toen ongegrond was. Volgens de rechtbank kon de ACM in 2021 niet zomaar uitgaan van “een verzekerdenvoorkeur die tegengesteld is aan wat uit het eerdere door de ACM verrichte onderzoek is gebleken ” om een *rood* licht te geven voor die fusie (uitspraak, punt 8.3).
62. De rechtbank gaat niet in op de stelling van de ACM dat “het ontbreken van een contract met Bergman Clinics vanwege haar naamsbekendheid forse reputatieschade

¹¹ Cf. reviewverslag van gesprek met behandelteam van 9 november 2021, blz. 4: “Randnummers 91 en verder over de commerciële instelling van Bergman lijken eerder een alternatieve – en, zoals het de review op dit moment voorkomt, meer aannemelijke – verklaring voor de uitkomsten van het ex post onderzoek, dan een onderbouwing voor de machtspositie van Bergman. Het feit dat deze zich meer gedraagt als een commerciële partij (en dat wellicht in de loop van de periode meer is gaan doen) dan anderen kan op zichzelf geen reden zijn om marktmacht te vermoeden. De vraag is ook of het niet gewoon zo is dat ZV’s daar niet goed mee om kunnen gaan.” (mijn onderstreping)

oplevert, vooral als het bekend wordt direct voorafgaand of tijdens het overstapeseizoen voor verzekerden” (besluit, rnr. 63). Evenmin gaat zij in op het argument in het verweer van de ACM dat de zorgverzekeraars “bij uitstek goed geplaatst [zijn] om de reacties van hun verzekerden in te schatten (schriftelijk verweer, rnr. 60). Ik kom hier nog op terug (*infra* B).

- *kwantitatief marktonderzoek.*

63. De rechtbank stelt dat de *ex post* prijsanalyse van de ACM betreffende de impact van de vergunde fusie tussen Bergman en NL Healthcare Clinics het besluit niet zelfstandig kan dragen. Zelfs indien men van uitgaat van de “juistheid van de uitkomsten” van deze analyse, had de ACM in elk geval het bewijs moeten leveren van Bergman’s onmisbaarheid (Uitspraak, rnr. 8.4) of - anders gezegd - het onvermogen van zorgverzekeraars of diens zorgaanbod geheel of gedeeltelijk te verplaatsen naar andere ZBCs of ziekenhuizen.
64. Naar ik begrijp betwist de ACM niet dat haar *ex post* prijsanalyse aangevuld diende te worden met kwalitatief marktonderzoek. Integendeel, de bewijsvoering in haar besluit is helemaal opgetrokken rond de samenhang van kwalitatief marktonderzoek (besluit, sectie 6.4.2.3) en kwantitatief marktonderzoek (besluit, sectie 6.4.4.7). Ook dit neem ik straks op (*infra* B).

c) afsluitende algemene bedenkingen

65. Wat er ook van zij, we lezen in de uitspraak van de rechtbank niets over de bewijskracht van de *ex post* prijsanalyse voor het bestaan van Bergman’s significante marktmacht. Dat is jammer want de passage over dit kwantitatief marktonderzoek is in het besluit ruim dubbel zo lang als de passage over het kwalitatief onderzoek.
66. Belangrijker nog lijkt mij dat er iets schort aan de logica van de rechtbank. M.i. hebben het kwantitatief onderzoek en het kwalitatief onderzoek betrekking op twee onderscheiden aspecten van dezelfde vraag: wijzen de prijzen van Bergman vóór de fusie met Mauritskliniek in de richting van significante marktmacht (kwantitatief aspect) en, zo ja, beschikken zorgverzekeraars over compenserende afnemersmacht

om Bergman als prijszetter (*price maker*) te disciplineren (kwalitatief aspect)? Het is ook in die logische orde dat deze twee aspecten m.i. moeten bekeken worden. De rechtbank heeft er echter voor gekozen om de volgorde om te draaien. Het was voor haar natuurlijk makkelijker om het kwalitatief marktonderzoek te bekritisieren dan de veel complexere *ex post* prijsanalyse te gaan toetsen.

67. Verder is het natuurlijk jammer dat het een open vraag blijft of de ACM de fusie met Mauritskliniek - hoewel kleinschalig qua omvang en beperkt qua overlapping van zorgverleningsactiviteit (alleen in dermatologie) – had kunnen verbieden als een transactie die de significante marktmacht (of economische machtspositie) van Bergman zou hebben versterkt. Van meet af aan lezen we in het intern dossier van de ACM dat dit de fusiezaak van de laatste kans was om de overnamepolitiek van Bergman een halt toe te roepen. Of dit het geval is, weet ik niet maar door het recent terug verhogen van de destijds verlaagde aanmeldingsdrempels heeft de wetgever het veld van de fusiecontrole in elk geval verkleind en kan het kralen rijgen ‘onder de radar’ verder gaan.

B. DE MOTIVERING IN DE BESLUITEN

68. Zoals we reeds aangaven, neemt het ‘korte bochten’ werk van de rechtbank niet weg dat moet bekeken worden of de ACM de vernietiging van haar besluiten in beide zaken had kunnen vermijden (of minstens de kans op dat verdict had kunnen verkleinen), en, zo ja, hoe (cf. deelvraag (v)).
69. Mijn twee voorafgaande opmerkingen over de reikwijdte van rechterlijke toetsing van besluiten betreffende fusies en de - naar mijn smaak - ‘*low key*’ conclusie van de rechtbank in beide zaken (*supra* nrns. 13-17) dienen hiervoor als uitgangspunt.
70. Bronvermeldingen. Een eerste - voor mij verrassende - vaststelling bij het lezen van beide besluiten was dat ik zelden of nooit bronvermeldingen aantrof. Verder stelde ik vast dat de ACM wel redelijk uitvoerig de verklaringen van marktpartijen samenvatte – en dat volgens mij accuraat deed zonder bij te kleuren - maar dat zij daar ter ondersteuning nooit citaten aan toevoegde. In zaken waarbij de ACM zo sterk

leunt op kwalitatief marktonderzoek gebaseerd op die verklaringen is dat m.i. geen goede zaak.

71. Bij het voorbereiden van de gesprekken in Den Haag heb ik heel wat van die bronnen er op nageslagen maar het was telkens een zoektocht om die te koppelen aan bepaalde passages in de besluiten. Dat maakt uiteraard ook elke rechterlijke toetsing erg lastig. Bovendien creëert dit het risico dat de rechtbank haar toevlucht neemt tot een *'pick and choose'* aanpak waarbij zij selectief gebruik maakt van bronnenmateriaal waarvan men zich dan kan afvragen waarom zij veel waarde hecht aan deze of gene documenten en minder of helemaal niet aan andere documenten. Ik verwijs naar de reeds genoemde voorbeelden (*supra*, rnr. 53-54).
72. Het valt op dat de ACM dit euvel in beide zaken enigszins heeft proberen te verhelpen door in haar schriftelijk verweer systematisch haar bronnen wel te vermelden. In *Mediq* kwam er zelfs een aparte bijlage aan te pas met citaten uit de verklaringen van de marktpartijen. Dat was een uitstekend idee maar het zal voor DJZ (in *Mediq*) en Pels Rijcken (in *Bergman*) heel wat voeten in de aarde hebben gehad om die klus - en daarmee bedoel ik de systematische bronvermelding in het schriftelijk verweer - te klaren. Overigens kan geen enkel verweer het euvel in kwestie helemaal verhelpen. Het verweer moet gedragen worden door het aangevochten besluit, niet andersom. In die zin kwam de poging wellicht te laat om te slagen.
73. Ik weet niet of de besluiten in *Mediq* en *Bergman* door die afwezigheid van bronvermeldingen *'outliers'* zijn. Ik heb er even het verbodsbesluit in de *Schweizer* fusiezaak bijgehaald en ook in dat besluit tref ik geen bronvermeldingen aan.
74. In elk geval meen ik dat de ACM er goed zou aan doen om van systematische bronvermelding in haar besluiten een *'must have'* te maken. Tijdens mijn gesprekken in Den Haag kwam het verbodsbesluit van 22 mei 2023 betreffende de fusie tussen de gemeentelijke afvalverwerkers AEB en AVR even ter sprake omdat de ACM in die zaak ook een kwalitatief marktonderzoek onder marktpartijen heeft gevoerd (sectie 8.4.3.1). Ik heb gemerkt dat de relevante passage in het besluit systematisch verwijst naar antwoorden of gespreksverslagen (cf. rnr. 174-180). Ook elders in dit besluit worden bronnen systematisch vermeld. Dit besluit lijkt me dus een goed voorbeeld.

75. Inhoudelijke motivering. Dit is een moeilijker maar uiteindelijk ook belangrijker thema. Het is natuurlijk makkelijk praten achteraf maar ik denk dat het narratief in beide besluiten in een aantal opzichten overtuigender had kunnen zijn. Ik leg straks uit hoe dit had gekund, al wil ik hiermee niet gezegd hebben dat de besluiten dan zeker overeind zouden gebleven zijn bij de rechtbank Rotterdam. Toch eerst dit hierover.
76. Verwijzend naar het “korte bochten’ werk van de rechtbank in *Mediq* en *Bergman*, vroeg ik mij in mijn inleiding af of de ACM het de rechtbank misschien te gemakkelijk heeft gemaakt om haar besluiten te vernietigen (*supra* rnr. 17). Het is in elk geval mijn stellige overtuiging dat een rechtbank minder geneigd zal zijn om besluiten onderuit te halen als ze in die besluiten tenminste antwoorden aantreft op al haar vragen. Ik ga er van uit dat de rechters zeer goed weten dat het hen niet toekomt om hun oordeel te substitueren aan dat van een concurrentie-autoriteit. Maar dan moet dat oordeel dus wel in het besluit te vinden zijn en voldoende gemotiveerd zijn. Bij afwezigheid van antwoorden op open vragen, kan de rechtbank daarentegen gemakkelijk de agnostische toer opgaan, zeggen dat er twijfels zijn en uiteindelijk concluderen dat de autoriteit het in haar ogen niet (of onvoldoende) aannemelijk heeft gemaakt waarom ze niet anders kon dan de fusie te verbieden. Dat risico bestaat in het bijzonder in fusiezaken waar een complexe schadetheorie aan de orde is. Ik verwijs naar het citaat uit het arrest van het Gerecht in de *Hutchison*-zaak (*supra* rnr. 15).
77. In dit verband zie ik twee aandachtspunten. Een besluit kan aan overtuigingskracht winnen door enerzijds de sterke punten (nog) meer ‘bite’ geven en anderzijds mogelijks zwakke punten niet uit de weg gaan. Dit klinkt een beetje als het intrappen van een open deur, maar de vraag is hoe men sterke punten sterker kan maken en zwakke punten minder zwak.
78. Om sterke punten meer ‘bite’ te geven volstaat het m.i. doorgaans om ze uitvoeriger te beschrijven. Soms is het echter ook nodig om eerst de mededingingsvraag waarop ze betrekking hebben, scherper te stellen. Ik probeer dit straks te illustreren met verwijzing naar *Mediq*.

79. Wat (al dan niet vermeend) zwakke punten betreft, zijn er twee mogelijkheden: ofwel is er een probleem met de bewijskracht van bestaand bewijsmateriaal ofwel ontbreekt het bewijsmateriaal gewoon.
80. In het eerste scenario is het nodig om tijdens het lopende onderzoek tijdig te anticiperen, bv. door vermeend ‘subjectieve’ verklaringen van marktpartijen te testen bij andere marktpartijen (binnen de grenzen van vertrouwelijkheid) of door deze verklaringen aan te vullen met objectief bewijsmateriaal (documenten of cijfers). Soms kan het echter volstaan om in het besluit gewoon beter uit te leggen hoe de diverse bewijselementen zijn gewogen en waarom meer gewicht werd toegekend aan het ene element en minder aan het andere.
81. In het tweede scenario liggen de kaarten niet fundamenteel anders maar zal de ingreep doorgaans drastischer moeten zijn. Er moet dan tijdig worden beslist of bijkomend marktonderzoek zich opdringt. Indien men vindt dat dit niet nodig is, dan is het sterk aan te raden om achteraf in het verbodsbesluit goed uit te leggen waarom die keuze is gemaakt. Ik probeer dit straks te illustreren met verwijzing naar *Bergman*.

1. Mediq

82. In het plan van aanpak voor de meldingsfase van 15 maart 2021 - dus een goede maand na de melding van 10 februari 2021 - meldde het behandelteam intern dat de activiteiten van de fuserende partijen “nog niet eerder door de ACM beoordeeld” werden en dat het team “dus niet [kan] teruggrijpen op eerdere besluitvorming”. De marktafbakeningsvraag was dus nieuw.

a) de marktafbakeningsvraag nader bekeken

83. In hun melding waren fuserende partijen over die vraag nogal vaag gebleven. Ze hadden het over een markt voor “ambulante infuuspompen” zonder te preciseren of die markt zowel AEIPs als elastomeerpompen omvatte. Nergens in de melding worden die elastomeerpompen zelfs nog maar genoemd. De fuserende partijen argumenteren vooral dat ook ziekenhuizen (en dus niet alleen Mediq, Eurocept, Linde,

Apotheekzorg en APPO) spelers zijn op de markt voor de levering van ambulante infuuspompen.

84. Tijdens een webex bespreking met partijen in de meldingsfase (op 19 maart 2021) komen de elastomeerpompen wel ter sprake. Volgens Eurocept wordt er voor een AEIP gekozen “als de toediening heel nauw luistert bij een patiënt” en worden elastomeerpompen ingezet “als de toediening wat gevarieerder mag zijn”. De advocaten van de fuserende partijen poneren aan het einde van het gesprek over de marktafbakening dat “elektronische pompen niet moeten gedefinieerd [worden] als een aparte markt”.
85. In haar beslisnotitie van 30 maart 2021 geeft het behandelteam toe dat het “op basis van het marktonderzoek nog geen duidelijk beeld [heeft] welk deel van de medicatie wel en niet met een elastomeerpomp kan worden toegediend”. Het vermeldt wel uitdrukkelijk dat partijen van mening zijn dat “ook de elastomeerpompen tot de relevante markt gerekend moeten worden”.
86. De reviewers pikken het punt op in hun commentaar op die beslisnotitie.¹² Het lijkt mij voor de reviewers geen breekpunt met het oog op een vergunningseis en ik heb de indruk dat de focus op andere vragen ligt. Bij de bespreking van het aanbiedingsformulier voor die vergunningseis van 19 april 2021 is het onderscheid tussen AEIPs en elastomeerpompen ook geen specifiek aandachtspunt en in hun zienswijze van 4 mei 2021 gaan de fuserende partijen er zelf ook niet op in.
87. In haar beslisnotitie van 25 oktober 2021 in de vergunningsfase (voorafgaand aan de PvO) meldt het behandelteam: “uit marktonderzoek komen geen andere inzichten naar voren dan reeds vastgesteld in de meldingsfase, dat de elastomeerpompen niet één op één uitwisselbaar zijn met ambulante elektronische infuuspompen”. In hun reviewadvies van 9 november 2021 rapporteren de reviewers: “op basis van de notitie

¹² Cf. review 2 (‘ballon’ commentaar 12 op blz. 7 van de beslisnotitie van 30 maart 2021): “De uiteindelijke onderbouwing mis ik op sommige punten dit stuk. Het is beschrijvend, maar legt niet altijd uit waarom iets dan wel/niet bij de productmarkt hoort (koppeling van wat uit het mo komt en ons beoordelingskader). Vooraf bij onderscheid met elastomeerpompen. In hoeverre ik dit een risico vind hangt af van in hoeverre dit uitmaakt voor de beoordeling. Als de beoordeling valt of staat met een bepaald onderscheid, moet er in een eerste fase minstens een redentatie als bij vraag 2 over de verschillende segmenten achter zitten (die vind ik voldoende)”.

alleen konden wij de conclusies met name ten aanzien van de ambulante infuuspompen nog niet altijd volgen (zie ook opmerkingen). Door de uitleg tijdens de reviewbespreking denken we wel dat die conclusies goed onderbouwd kunnen worden”. De reviewers lijken het lastiger te hebben met een andere vraag, namelijk of de levering van de pompen wel helemaal kan losgekoppeld worden van de infuuszorg.¹³

88. In een bespreking met DZ van 15 november 2021 over haar voorlopig standpunt komen de fuserende partijen dan met een paar power point slides waarin zij stellen dat zowel elastomeerpompen als stationaire infuuspompen in de thuiszorg een “alternatief” zijn “voor het overgrote deel van de infuuspompen die Mediq inzet”. Voor antibiotica ([10-20]% van de thuiszorg) zouden elastomeerpompen een alternatief zijn en voor palliatieve zorg ([60-70]% van de thuiszorg) zouden stationaire infuuspompen inzetbaar zijn.¹⁴ Partijen hebben deze power point slides ook als bijlage toegevoegd aan hun schriftelijke reactie van 9 december 2021 op de PvO en bij hun mondelinge uiteenzetting tijdens de hoorzitting van 13 december 2021 hernemen de advocaten van partijen dit thema.¹⁵ Ze maken daarbij gebruik van een nieuwe power point presentatie waarbij de [10-20]% (voor antibiotica) en [60-70]% (palliatief) terug opduiken.¹⁶
89. In haar beslisnotitie van 14 december 2021 blijft DZ echter bij haar standpunt op grond van het feit dat “nagenoeg alle bevraagde ziekenhuizen, producenten, zorgverzekeraars, leveranciers en thuiszorgorganisaties [aangeven] dat

¹³ Op dit laatste punt concluderen zij: “Linde Homecare levert echt alleen de ambulante infuuspompen. Partijen leveren in meer of mindere mate ook de zorg en/of de medicatie. Maar allemaal kunnen ze de ambulante elektronische infuuspomp leveren. Dit maakt dat het meest juist is om apart naar de levering van de infuuspompen te kijken, ondanks dat het in sommige gevallen onderdeel uitmaakt van een bredere dienst te weten infuuszorg. Dit neemt niet weg dat het kunnen leveren van het hele pakket (zoals partijen kunnen) een voordeel oplevert bij in ieder geval een deel van de afnames. De review heeft begrepen dat de verschillende marktpartijen (die betrokken zijn bij het marktonderzoek) dit ook zo zien). Met deze nadere toelichting kunnen wij de productmarktafbakening op dit punt goed volgen. Wij vinden wel dat dit niet voldoende duidelijk uit de notitie blijkt en dat bovenstaande (dragende) elementen duidelijker naar voren moeten komen. Ook omdat het feit dat je alleen naar de levering van infuuspompen kijkt, doorwerkt in andere aangehaalde argumenten.” (mijn onderstreping)

¹⁴ Cf. slide 1 van een power point deck dat Mediq’s advocaten gebruikt hadden bij de bespreking van het voorlopig standpunt van DZ op 15 november 2021.

¹⁵ Cf. stuk 185 - bijlage 173 bij de schriftelijke reactie.

¹⁶ Cf. stuk 199 - nieuwe slides van 13 december 2021 (in het bijzonder slide 4).

elastomeerpompen geen reëel alternatief zijn voor ambulante elektronische pompen” (nr. 14; mijn onderstreping). In haar aanbiedingsformulier waarschuwt DZ het bestuur: “De kans is groot dat Partijen beroep aantekenen tegen een verbodsbesluit. [VERTROUWELIJK] Er bestaat een (onze inschatting: beperkte) kans dat de rechter een andere afweging maakt en de potentiële concurrentiekracht zwaarder weegt”.

90. Uit deze reconstructie leid ik af dat de fuserende partijen al in de meldingsfase de stelling verdedigd hebben (zonder veel onderbouwing) dat elastomeerpompen een alternatief waren voor AEIPs en dat zij er in de vergunningsfase aan toevoegden dat stationaire infuuspompen dat ook waren maar dat zij dit argument pas half november 2021 cijfermatig hebben onderbouwd door te zeggen dat elastomeerpompen konden worden ingezet voor de toediening van antibiotica ([10-20]% van de thuiszorg) en dat stationaire infuuspompen geschikt waren voor palliatieve zorg ([60-70]% van de thuiszorg). M.i. is dit een vaststelling die de ACM best meeneemt naar de toekomst (*infra* C). Eerst wil ik het echter nog even hebben over de inhoudelijke motivering van het besluit, vooral in het licht van het feit dat de fuserende partijen hun slides van 13 december 2021 ook ter zitting in de rechtbank van Rotterdam blijken gebruikt te hebben en daar wellicht mee hebben ‘gescoord’.

- *de maatstaf voor marktafbakening*

91. Zoals ik een paar keer liet weten tijdens mijn gesprekken in Den Haag, moest ik bij mijn eerste lezing van het besluit van de ACM en de uitspraak van de rechtbank onmiddellijk denken aan *United Brands*, een zaak waarin het Hof de stelling van de Commissie onderschreef dat bananen een aparte productmarkt vormden en dat ander vers fruit daar niet toe behoorde. Volgens het Hof hadden bananen “bijzondere kwaliteiten”, konden zij “voorzien in de constante behoeften van een grote bevolkingsgroep bestaande uit kinderen, ouderen en zieken” en was er bijgevolg “een grote groep van consumenten met een blijvende behoefte aan bananen” die “zich door het feit dat andere verse vruchten op de markt verschijnen, niet in belangrijke of zelfs maar merkbare mate ervan laat weerhouden bananen te kopen (...)”.¹⁷

¹⁷ Cf. arrest van het Hof van 14 februari 1978 in de zaak 27/76, *United Brands t. Commissie*, ov. 22, 31 en 34.

92. Of die motivering van het Hof (en van de Commissie) solide was, is een andere vraag. Kinderen, ouderen en zieken hebben misschien wel een grote behoefte aan bananen (en niet, of veel minder, aan ander vers fruit) maar het valt te betwijfelen of zij het overgrote deel van de bananen-etende populatie uitmaakten, wat mij de meer relevante vraag lijkt.
93. Dit lijkt mij in elk geval ook in *Mediq* de relevante vraag geweest te zijn: waren de AEIPs voor het overgrote deel van de medicatie die wordt toegediend in de thuiszorg uitwisselbaar met elastomeerpompen of stationaire infuuspompen? Naar mijn mening had de ACM die vraag in haar besluit scherper kunnen stellen. Op die manier had ze misschien kunnen vermijden dat de rechtbank met een foute maatstaf zou werken (zijn de alternatieve pompen minstens “deels” uitwisselbaar met AEIPs?).
- *de maatstaf voor marktafbakening toegepast in Mediq*
94. Narratief. De ACM had vervolgens in haar besluit de confrontatie met het standpunt van de fuserende partijen ‘frontaler’ moeten aangaan. In hun slides van 13 december 2021 leken de partijen mij vooral te spelen op de *mogelijke geschiktheid* van elastomeerpompen of stationaire infuuspompen voor de toediening van medicatie in de thuiszorg. De ACM had daar uitdrukkelijker moeten tegenover stellen dat voor de *belangrijkste* vormen van thuiszorg (namelijk toediening van immunoglobuline en palliatieve zorg: besluit nr. 91) *hoofdzakelijk* AEIPs worden ingezet. In haar besluit doet de ACM dat wel een paar keer (elastomeerpompen “geen reëel alternatief” en stationaire pompen “niet of nauwelijks” ingezet: besluit, nrns. 108 en 113) maar het had uitvoeriger gekund.
95. In haar verweer heeft de ACM het naar mijn smaak uitvoeriger gedaan. Zij verwijst om te beginnen stevast naar de specifieke “functionaliteiten en doeleinden” van de diverse pompen en ze somt die functionaliteiten ook op (schriftelijk verweer, nrns. 25-26). Verder wijst ze op de “gezondheidsrisico’s” die verbonden zijn aan de onjuiste inzet van infuuspompen (id., nrns. 55, 56 en 58).
96. Wat elastomeerpompen betreft, stelt de ACM in haar verweer verder: “in de meerderheid van de gevallen vereist de medicatie functionaliteiten die elastomeerpompen niet bieden” (id., nr. 57). Ik stel wel vast dat de ACM niet ontkent

dat elastomeerpompen inzetbaar zijn voor “bepaalde vormen van antibiotica” (id., rnr. 63; mijn cursivering) maar ze had deze nuance beter kunnen duiden, vooral omdat de fuserende partijen in hun slides verwezen naar antibiotica zonder die nuance te maken en bovendien te kennen gaven dat de toediening van antibiotica [10-20]% van het gebruik van infuuspompen bij thuiszorg uitmaakte en daarmee - na palliatieve zorg met [60-70% - de tweede belangrijkste vorm van infuuszorg vertegenwoordigde.

97. Wat stationaire pompen betreft, verduidelijkt de ACM in haar verweer dat het [60-70]% aandeel van palliatieve zorg in de infuuszorg thuis, waar de fuserende partijen het in hun slides over hebben, betrekking heeft op het feit dat *Mediq's AEIPs* voor [60-70]% van die thuiszorg worden ingezet en dat de fuserende partijen dan gewoon affirmeren dat een stationaire pomp voor dit type zorg “een alternatief zou zijn” (id., rnr. 74). Nog beter ware geweest te zeggen (in het verweer, maar vroeger al in het besluit) dat het gebruik van stationaire pompen voor palliatieve zorg misschien op papier een alternatief zou kunnen zijn maar dat dit verwijst naar mogelijke geschiktheid, niet naar effectief gebruik.
98. Objectivering. De zojuist gemaakte suggesties hebben enkel betrekking op het narratief. Het zou echter goed geweest om dat narratief ook te onderbouwen via bijkomend marktonderzoek. De ACM zou er goed aan gedaan hebben om bij marktpartijen - in het bijzonder thuiszorgorganisaties, maar misschien ook de voorschrijvende huisdokters of specialisten (ook al focussen zij meer op de medicatie) - cijfermatige gegevens op te vragen over het effectief gebruik van pompen in de thuiszorg. Die vraag had bv. ongeveer als volgt kunnen luiden:

Welke percentage AEIPs, elastomeerpompen of stationaire pompen heeft u in de laatste drie jaar voor infuuszorg bij patiënten thuis effectief ingezet (of voorgeschreven) voor gebruik bij de volgende therapeutische doeleinden: A (antibiotica), B (palliatieve zorg), C (immunoglobuline), D etc.? Gelieve desgevallend binnen deze therapeutische doeleinden verder onderscheid te maken indien de toediening van de medicatie specifieke vereisten stelt die het gebruik van een specifiek type pomp vereist en licht die vereisten toe.

99. Voor beide suggesties – een narratief met focus op effectief gebruik en een objectivering van de verklaringen van marktpartijen over dat gebruik - vindt men steun

in de bekendmaking van de Commissie over marktafbakening¹⁸. Daaruit blijkt dat de overschakeling van het ene product naar een ander product *gemakkelijk* moet kunnen verlopen om relevant te zijn. Als thuisverzorgers de gewoonte hebben om AEIPs ‘van de plank’ te halen, dan is dat op zich al een element om mee te nemen in de marktafbakening.

13. *“Een onderneming of een groep ondernemingen kan niet een aanzienlijke invloed uitoefenen op de geldende verkoopvoorwaarden, zoals de prijzen, wanneer haar afnemers gemakkelijk kunnen overschakelen op beschikbare substitutieproducten of op elders gevestigde leveranciers. In wezen bestaat de marktbeplating in de onderkenning van de daadwerkelijke alternatieve bevoorradingsbronnen voor de afnemers van de betrokken ondernemingen, zowel wat de producten/ diensten als de geografische plaats van de aanbieders betreft.” (mijn onderstreping)*

40. *“(…) De Commissie neemt vaak contact op met de voornaamste afnemers en concurrenten van de ondernemingen die bij haar onderzoeken betrokken zijn, om hun standpunten te vernemen inzake de afbakening van de productmarkt en de meeste feitelijke gegevens welke de Commissie voor een conclusie inzake de reikwijdte van de markt nodig heeft. De beredeneerde antwoorden van afnemers en concurrenten inzake hetgeen zou gebeuren wanneer de betrokken prijzen van de desbetreffende producten in het betrokken geografische gebied licht (bijvoorbeeld met 5 tot 10 %) zouden stijgen, worden in aanmerking genomen, indien zij door voldoende feitelijke gegevens worden gestaafd.” (mijn onderstreping).*

100. In de ontwerp-bekendmaking van de Commissie van 8 november 2022 die de ‘oude’ bekendmaking over marktdefinitie uit 1997 moet vervangen, komen deze twee punten in zeer vergelijkbare termen terug.¹⁹

¹⁸ Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, PB C 372/5 van 9 december 1997.

¹⁹ Cf. ontwerp bekendmaking van 8 november 2022, nr. 12: “(…) Wanneer de Commissie de relevante markt afbakt, houdt zij rekening met de diverse concurrentieparameters die afnemers relevant achten in het gebied en in de periode die worden beoordeeld. Bij die parameters kan het onder meer gaan om (...) de waarde en verschillende toepassingen die het product biedt (...) alsook de beschikbaarheid van het product” (mijn cursivering). Zie ook nr. 27: “Situaties met voldoende sterke vraagsubstitutie doen zich voor wanneer afnemers gemakkelijk kunnen overstappen naar onmiddellijk beschikbare alternatieve producten” (mijn cursivering). Zie verder ook nr. 78: “(…) In voorkomend geval verzamelt de Commissie (...) bewijsmateriaal door schriftelijke informatieverzoeken te richten aan marktdeelnemers en/of door met hen vraggesprekken te voeren. Binnen die context probeert de

Footnote continued on next page

b) ruimte voor een remedie?

101. Uit de stukken blijkt dat partijen in de meldingsfase het thema van remedies even op tafel hebben gelegd toen ze hoorden dat het behandelteam en de directeur DZ met het bestuur zouden gaan praten over een mogelijke vergunningseis.
102. In een email van 21 april 2021 wordt binnen het behandelteam verslag uitgebracht over contacten met de advocaten van partijen de dag voordien waarin deze laatsten hadden laten weten dan hun cliënten [VERTROUWELIJK]. Daarover wordt gezegd dat het idee is [VERTROUWELIJK].
103. Op 2 mei 2021 rapporteert de teammanager aan de voorzitter van het bestuur: “Duidelijk is inmiddels dat ze niet met een structurele remedie zullen komen. [VERTROUWELIJK] over mogelijke gedragsremedies. Ik heb hen laten weten dat we daar – zeker in deze fase – waarschijnlijk niet akkoord mee zullen gaan.”
104. In een email van 7 mei 2021 preciseert de projectleider dat partijen desgevallend zouden [VERTROUWELIJK].
105. In de vergunningsfase lijken remedies geen gesprekstema meer geweest te zijn. Helemaal aan het eind van het proces vind ik er wel nog een spoor van. In het aanbiedingsformulier ‘verbod’ van 14 december 2021 voor de bestuursvergadering van 16 december 2021, staat te lezen: “DZ verwacht niet dat partijen bereid zijn om een remedie aan te bieden tot remediëring van de mededingingsproblemen, en als dit al het geval is, dan geen structurele remedie. DZ heeft in de meldingsfase aan Partijen aangegeven dat een eventuele remedie van structurele aard moet zijn.”
106. Het is genoegzaam geweten dat structurele remedies in fusiezaken doorgaans te verkiezen zijn boven gedragsremedies. In *Mediq* lijkt mij dat minder evident.

Commissie van de belangrijkste concurrenten en afnemers in de bedrijfstak feitelijk bewijsmateriaal voor, en hun standpunten over, de grenzen van de productmarkt en geografische markt te verkrijgen (mijn cursivering)”.

107. Ten eerste zou [VERTROUWELIJK] in mijn ogen rechtstreeks hebben ingespeeld op de schadetheorie (hogere prijzen na de overname). Bovendien zouden de zorgverzekeraars - wier belangen deze schadetheorie beoogt veilig te stellen - als contractpartners van Mediq / Eurocept uitstekend geplaatst zijn geweest om de naleving van die toezegging te monitoren.
108. Ten tweede betwijfel ik of een structurele remedie (de afstoting van Eurocept's pompen) de mogelijke schade van de overname zou weggenomen hebben. Zoals ik al eerder aangaf (*supra* nr. 36), heb ik het gevoel dat [VERTROUWELIJK].
109. Ik wil deze overwegingen hier niet te zwaar aanzetten omdat ik niet kan inschatten of de fuserende partijen ooit met een ernstig voorstel tot toezeggingen zouden zijn afgekomen, maar ik geef ze toch even mee omdat *Mediq* op die manier een nuttig precedent had kunnen creëren, bovendien zonder te moeten procederen over de marktafbakening of de schadetheorie.

2. Bergman

110. Ik begin met een terminologische opmerking over “onmisbaarheid”. Het bestaan van een dominante positie verwijst naar “een situatie waarin één of meer ondernemingen een economische macht bezitten die hen in de gelegenheid stelt de handhaving van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te verhinderen doordat hun de mogelijkheid wordt geboden zich in aanzienlijke mate onafhankelijk te gedragen van hun concurrenten, hun afnemers en, ten slotte, de consument”²⁰. Voor het bewijs van ‘significante marktmacht’ van één contractspartij t.a.v. een andere contractspartij lijkt het mij derhalve te volstaan dat de uitwijkmogelijkheden van deze laatste partij “lastig en complex” zijn – iets wat de rechtbank nu net *niet* voldoende vond omdat onmisbaarheid volgens haar *per se* impliceert dat er *geen* uitwijkmogelijkheden zijn.
111. In haar besluit verwijst de ACM natuurlijk zelf wel een aantal keren naar Bergman's “onmisbaarheid” maar elders heeft ze het over “afhankelijkheid en

²⁰ Cf. arrest van het Gerecht van 25 maart 1999 in zaak T-102/96, *Gencor t. Commissie*, ov. 200 (betreffende een individuele machtspositie) en arrest van het Hof van 31 maart 1998 in gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, ov. 221 (betreffende een collectieve machtspositie).

disciplineringsmogelijkheden” van zorgverzekeraars t.a.v. Bergman (met name ook zelfs in de titel van sectie 6.4.2 van het besluit). De termen “afhankelijkheid en disciplineringsmogelijkheden” impliceren ruimte voor gradatie. Nu is marktmacht altijd een kwestie van gradatie en daarom lijkt het mij onnodig om de bewijslat bij “onmisbaarheid” te leggen (en fout van de rechtbank om die term zo letterlijk te nemen). Wanneer het voor zorgverzekeraars “lastig en complex” is om uit te wijken, dan is de marktmacht van de zorgaanbieder in kwestie significant.

a) De schadetheorie nader bekeken

112. In een voorafgaande opmerking stelt de rechtbank dat de zorgverzekeraars “een eigen belang hadden bij de beantwoording” van de tweede vragenlijst in de vergunningsfase en dat de ACM de zorgverzekeraars “mogelijk heeft beïnvloed” bij de beantwoording van deze vragenlijst door de uitkomst van de *ex post* prijsanalyse met hen te delen en toe te lichten (uitspraak, punt 8.1). Het is mij niet duidelijk hoe de rechtbank deze weging vervolgens heeft uitgevoerd. Ik meen bij de Rechtbank enige vooringenomenheid te bespeuren t.a.v. de bewijskracht van uitspraken van de zorgverzekeraars maar ik geef toe dat dit speculatief is. Ik besteed er daarom verder geen aandacht aan maar bekijk liever of, en zo ja, hoe, de ACM haar besluit inhoudelijk beter had kunnen motiveren om de vernietiging ervan af te wenden. In dit verband maak ik vier kanttekeningen.

- de verklaringen van zorgverzekeraars over niet-contracteren of selectief contracteren

113. De eerste kanttekening sluit eigenlijk nauw aan bij de net gemaakte terminologische opmerking. In haar uitspraak verwijst de rechtbank naar een aantal verklaringen van twee zorgverzekeraars waaruit moet blijken dat de onmogelijkheid van niet-contracteren of selectief contracteren van Bergman “minder eenduidig” is dan de ACM aanneemt (*supra* rnr. 53).

114. Het punt is dat bewijs overtuigend genoeg kan zijn zonder “éénduidig” te zijn, als het maar overwegend in een bepaalde richting wijst.

115. In haar verweer had de ACM verklaringen van [VERTROUWELIJK] zorgverzekeraars geciteerd waaruit bleek dat *niet-contracteren* van Bergman in bepaalde

regio's in Nederland voor zorgplicht “problemen” of “issues” zou zorgen (*supra* rnr. 54). Sommigen waren nog een stapje verder gegaan door er aan toe te voegen dat niet-contracteren “geen optie” was of dat ze “echt niet omheen” Bergman konden (schriftelijk verweer, rnr. 53 met een verwijzing in voetnoot naar het besluit, rnr. 62 en 66). In haar verweer had de ACM ook verwezen naar verklaringen van [VERTROUWELIJK] zorgverzekeraars dat *selectief contracteren* “in de praktijk niet mogelijk” is (schriftelijk verweer, rnr. 66 met verwijzing in voetnoot naar het besluit, rnr. 77 en naar de relevante stukken in het dossier).

116. Achteraf beschouwd had de ACM in haar besluit de term onmisbaarheid wellicht van meet af aan beter kunnen definiëren als synoniem voor een hoge mate van afhankelijkheid. Op een aantal plaatsen in het besluit - zelfs op plaatsen waar de ACM spreekt over onmisbaarheid - ligt het accent ten andere heel nadrukkelijk op die hoge graad van afhankelijkheid. Een paar citaten:

34 (...) Wanneer zorgverzekeraars als gevolg van een voorgenomen concentratie tussen zorgaanbieders in sterkere mate afhankelijk worden van de gefuseerde aanbieder, kan het lastiger worden voor een zorgverzekeraar om die zorgaanbieder niet te contracteren. (...)

36 De ACM heeft in deze zaak specifiek onderzocht in welke mate Bergman Clinics op dit moment al beschikt over marktmacht op de zorginkoopmarkt en of deze marktmacht als gevolg van de voorgenomen concentratie significant wordt versterkt door de toevoeging van het aanbod van Mauritskliniek aan het aanbod van Bergman Clinics. Deze toevoeging kan ertoe leiden dat Bergman Clinics in grotere mate onmisbaar wordt voor zorgverzekeraars waardoor de mogelijkheden om Bergman Clinics te disciplineren afnemen. (...)

62 (...) De sterke positie van Bergman Clinics op een aantal regionale zorgverleningsmarkten versterkt haar macht op landelijk niveau in de onderhandelingen met zorgverzekeraars. De mate waarin verzekeraars afhankelijk zijn van het zorgaanbod van Bergman Clinics om te kunnen voldoen aan hun zorgplicht verschilt weliswaar per regio, maar geen enkele andere aanbieder (of enkele aanbieders gezamenlijk) zou het volume met name op het gebied van oogheelkunde en orthopedie in zijn geheel kunnen overnemen.

70 (...) De huidige positie van onmisbaarheid van Bergman Clinics is volgens de zorgverzekeraars verder vergroot door relatief kleine overnames ('kralen rijgen') door Bergman Clinics in de afgelopen jaren. (...)

169. De voorgenomen concentratie leidt er toe dat de afhankelijkheid van zorgverzekeraars van Bergman Clinics verder toeneemt. Het zal voor een zorgverzekeraar nog moeilijker worden om een offerte van Bergman Clinics niet te accepteren. Hierdoor zal de reeds bestaande significante marktmacht van Bergman Clinics verder versterkt worden en daarmee de onderhandelingspositie van de zorgverzekeraars verder verzwakt worden. (...)

117. Indien de ACM het in haar besluit systematisch zou gehad hebben over een hoge graad van afhankelijkheid, dan had de rechtbank het m.i. nooit kunnen hebben over "afwijkende" of "minder éénduidige" verklaringen van zorgverzekeraars. Hier en daar hebben zorgverzekeraars de graad van hun afhankelijkheid van Bergman wat meer of wat minder genuanceerd maar de rechtbank had dan altijd moeten concluderen dat alle 'shades of grey' in dezelfde richting wezen, namelijk een grote mate van afhankelijkheid met als gevolg dat uitwijkmogelijkheden "lastig en complex" zijn.

- de objectivering van deze verklaringen van zorgverzekeraars

118. De tweede kanttekening is dat de ACM de zorgverzekeraars wellicht met meer aandrang had moeten vragen om hun verklaringen over niet-contracteren of selectief contracteren te documenteren, en op die manier dus te objectiveren. Deze suggestie is vergelijkbaar met mijn eerdere suggestie tot objectivering in *Mediq* (*supra* rnr. 98).

119. In *Bergman* bevat het verzoek om inlichtingen van 30 april 2021 (in de meldingsfase) wel een aantal vragen over het verloop van de onderhandelingen maar het is pas in het verzoek om inlichtingen van 12 augustus 2021 (in de vergunningsfase) dat de ACM specifiek aan de zorgverzekeraars vraagt om hun "positie" tijdens die onderhandelingen en hun "onderhandelingsstrategie" te onderbouwen met stukken (niet alleen met documenten of emails uitgewisseld met zorgaanbieders maar ook met interne documenten of notities).²¹ Ik heb niet de indruk dat dit veel heeft opgeleverd.

²¹ Cf. dossierstuk 79, vragen 18 en 20.

Ik weet ook niet op het behandelteam bij de zorgverzekeraars heeft aangedrongen op betere onderbouwing. De vragen waren overigens ook nogal algemeen.

120. De ACM had haar poging tot objectivering nog gevoelig kunnen opdrijven door bv. aan zorgverzekeraars te vragen om voor de laatste drie jaar (2019-2021) een cijfermatig beeld te geven van (i) het door hen bij Bergman én bij andere zorgaanbieders ingekochte zorgaanbod voor de domeinen oogheelkunde, orthopedie en dermatologie én (ii) eventuele verschuivingen in deze aankoop-pakketten.
121. Een dergelijke objectivering zou ook nuttig geweest zijn om een m.i. intrinsieke zwakte van de verklaringen van zorgverzekeraars op te vangen. Men kan van die zorgverzekeraars namelijk moeilijk verwachten om openlijk te bekennen dat ze met handen en voeten aan een zorgaanbieder zoals Bergman gebonden zijn. Tenslotte moeten ze elk jaar met die zorgaanbieder onderhandelen en dat soort bekentenissen over Bergman's onmisbaarheid kan hun onderhandelingspositie enigszins hypothekeren, zeker wanneer ze die bekentenissen bij de ACM afleveren en vervolgens door de fuserende partijen moeten laten inkijken tijdens het 'overstapeseizoen'. Anders gezegd: men kon m.i. van die zorgverzekeraars niet veel meer verwachten dan wat ze effectief hebben verklaard, namelijk dat uitwijken naar andere zorgaanbieders "lastig en complex" was.
122. In het kader van een poging om hun verklaringen te objectiveren had de ACM de zorgverzekeraars ook specifiek kunnen vragen of ze al daadwerkelijk pogingen ondernomen hadden om zorgaanbod van Bergman minstens gedeeltelijk te verplaatsen naar andere zorgaanbieders en indien niet, waarom niet. De rechtbank had ter zitting blijkbaar gevraagd of er daarover stukken bestonden en ACM had daarop geantwoord dat die stukken er niet waren omdat "dit soort onderhandelingen voornamelijk telefonisch verlopen" (*supra* rnr. 56-57). In haar verzoek om inlichtingen van 12 augustus 2021 had de ACM de zorgverzekeraars wel gevraagd (weliswaar zonder verzoek om stukken over te leggen): "stel dat u er met [Bergman] of [Mauritskliniek] (nog) niet uitkomt in de onderhandelingen (bijvoorbeeld omdat ze een te hoge prijs of te hoog volume vragen, wat doet u dan? Is deze aanpak gelijk aan de aanpak ten opzichte van andere aanbieders?".

123. Ik heb niet meer kunnen checken wat de antwoorden op die vraag waren en of die antwoorden ook werden onderbouwd met stukken.
124. Ik trof echter in het verweer van de ACM een levendige beschrijving van het onderhandelingsproces aan (schriftelijk verweer, sectie 2.1). [VERTROUWELIJK]²² [VERTROUWELIJK].²³
125. Indien de ACM dit verhaal in haar besluit had opgenomen, idealiter met gedocumenteerde tijdslijnen en bijhorende uitleg over het [VERTROUWELIJK] contracteren van Bergman, dan had dit in principe een aanvaardbaar antwoord kunnen zijn op de vraag van de rechtbank waarom de zorgverzekeraars niet daadwerkelijk geprobeerd hebben om uit te wijken naar andere zorgaanbieders. Nu presenteert de rechtbank het gebrek aan antwoord als een ommissie in het onderzoek.

- door de rechtbank gesignaleerde omissies in het onderzoek

126. De derde kanttekening betreft een aantal andere, door de rechtbank gesignaleerde (al dan niet vermeende) omissies in het onderzoek.
127. De eerste ommissie (met betrekking tot de onmisbaarheid van Bergman in het licht van de zorgplicht van zorgverzekeraars) heeft te maken met de vraag of andere zorgaanbieders *überhaupt* de capaciteit zouden hebben om zorgverzekeraars in staat te stellen van Bergman naar hen te switchen voor minstens een deel van hun benodigde zorg (*supra* rnr. 51).
128. De ACM heeft die ommissie ter zitting blijkbaar toegegeven (uitspraak, punt 8.2). Nochtans had de ACM deze vraag aan de zorgverzekeraars voorgelegd in haar verzoek om inlichtingen van 30 april 2021 in de meldingsfase. Ik verwijs naar vraag 13 : “Is er capaciteit bij de omringende ziekenhuizen / ZBCs om productie over te nemen? Waarom is dat wel / geen optie? Onderbouw dit met concrete informatie.” Daar hebben de zorgverzekeraars blijkbaar niet of onvoldoende duidelijk op geantwoord en heeft het behandelteam niet verder aangedrongen. In haar besluit laat de ACM het

²² Cf. schriftelijk verweer, rnr. 31: [VERTROUWELIJK].

²³ Id., rnr. 33.

antwoord op die vraag in elk geval in het midden (*supra* rnr. 52). De capaciteitsvraag komt slechts één keer aan bod in het besluit maar dan alleen in een scenario van niet-contracteren en het is een vraag waarop de ACM geen antwoord geeft: “Daarbij is het nog maar de vraag of deze aanbieders de benodigde capaciteit hebben om zo veel zorg over te nemen (...)” (besluit, rnr. 74). Ik heb in het dossier niet meteen een spoor van een gelijkaardige vraag aan zorgaanbieders aangetroffen. Dat is dan inderdaad een omissie.

129. De tweede omissie (met betrekking tot de commerciële onmisbaarheid van Bergman jegens verzekerden) betreft het ontbreken van informatie omtrent de voorspelbare reacties van verzekerden indien zorgverzekeraars zorg van Bergman naar andere zorgaanbieders zouden verplaatsen: zou dit voor die zorgverzekeraars leiden tot verzekerdenverlies? Zoals reeds vermeld, lijkt de rechtbank bijzonder zwaar aan deze omissie te tillen omdat de ACM die informatie wel bij verzekerden heeft opgevraagd tijdens haar marktonderzoek rond Bergman’s overname van NL Healthcare Clinics in 2018, omdat die informatie toen niet (of onvoldoende duidelijk) wees op een risico van significant verzekerdenverlies en omdat de ACM er in 2021 van uitging dat dit risico er wel was maar zich daarvoor enkel beriep op de verklaringen van de zorgverzekeraars (*supra* rnr. 61).
130. Dit zou m.i. altijd een lastig punt geweest zijn, maar de ACM had hier in haar besluit op kunnen anticiperen door uit te leggen dat dit geen omissie is geweest tijdens het onderzoek, maar een doelbewuste én te rechtvaardigen keuze. Tijdens mijn interviews heb ik een paar keren gehoord dat - bij nader inzien - antwoorden van verzekerden op een hypothetische vraag in een vragenlijst “wat zou u doen indien uw zorgverzekeraar zorg niet langer zou inkopen bij Bergman” niet zo betrouwbaar zijn en grondig kunnen afwijken van hun reacties wanneer zij geconfronteerd worden met een zorgverplaatsing die daadwerkelijk plaats vindt. Ik weet niet hoe sterk deze uitleg onderbouwd had kunnen worden maar ik vind dit punt dat *stated preferences* van verzekerden in een hypothetische context grondig kunnen afwijken van hun *revealed preferences* in een realistische context plausibel. Daarom denk ik dat de ACM er goed zou aan gedaan hebben om die uitleg in haar besluit op te nemen en zo goed mogelijk te onderbouwen. Door er in het besluit het stilzwijgen over te bewaren gaf ze de

rechtbank een voorzet om de bal in open doel te koppen. Een beetje een owngoal..., ook al blijkt het punt ter zitting bij de rechtbank wel aan de orde te zijn geweest.

- andere omissies in het onderzoek?

131. Mijn vierde en laatste kanttekening heeft betrekking op twee argumenten die Bergman aankaartte tijdens de hoorzitting maar waarvan ik nauwelijks een spoor aantref in het verbodsbesluit. Het feit dat de ACM het niet nodig vond om de argumenten in haar besluit grondiger te weerleggen, heeft de rechtbank niet opgepikt en dus ook niet aangegrepen om er haar vernietiging mee te motiveren. Ik vind het echter wel lastige punten waarvan ik had verwacht dat de ACM ze uitvoeriger zou meegenomen hebben in haar besluit in een poging.

132. Zo had [VERTROUWELIJK] (Bergman) uitgelegd dat een “meerjarig contract met [VERTROUWELIJK] wat na de fusie is afgesloten een schoolvoorbeeld [is] van hoe een en ander zich kan realiseren: daling van kosten, onder de gemiddelde indexatie en daarmee een heel goede samenwerking”. En hij had er aan toegevoegd dat [VERTROUWELIJK] dit blijkbaar ook een prima contract vond: “ik weet dat ten tijde van het sluiten van het contract het door het [VERTROUWELIJK]-team als zeer positief bijdragend aan zowel de relatie van [VERTROUWELIJK] als de uitdaging van het zorgveld is uitgelegd en ook die feedback krijgen we nu na 2/3 jaar nog steeds terug. Sterker nog, het [VERTROUWELIJK]-team heeft ons uitgenodigd, we gaan nu het laatste jaar in om meteen aan begin van komend jaar om te kijken hoe we vervolg kunnen geven aan deze samenwerking” (verslag hoorzitting p. 6). [VERTROUWELIJK] ging er van uit dat dit driejarig contract bij de ACM bekend was maar uit het verslag valt niet op te maken of dit het geval was. Het leek eerder van niet (want iemand van het team vroeg om verduidelijking). In het besluit noemt de ACM dit driejarig contract wel even, maar alleen om het standpunt van Bergman samen te vatten over een technisch aspect (prijsindexatie) van de *ex post* prijsanalyse. Het rooskleurig verhaal van [VERTROUWELIJK] over een driejarig contract dat niet alleen bijgedragen zou hebben tot de goede relatie met [VERTROUWELIJK] maar ook tot de uitdaging van het zorgveld in het algemeen vind ik niet makkelijk te

verzoenen met een schadetheorie waarin Bergman als prijszetter ten opzichte van zorgverzekeraars wordt geportretteerd.²⁴

133. Tijdens de hoorzitting had Bergman ook geargumenteed dat niet-contracteren door [VERTROUWELIJK] “catastrofaal” zou zijn omdat die zorgverzekeraar “[VERTROUWELIJK]% van haar omzet” uitmaakte (verslag hoorzitting p. 9). Ik herinner mij dat Bergman dit punt al vroeg in de procedure had opgebracht. In haar besluit verwijst de ACM naar een aanverwant argument van Bergman dat zij “op basis van eigen berekeningen (...) verlies zou gaan draaien als zij geen contract met één van de vier grote verzekeraars zou sluiten” (besluit, rnr. 59). Daarover zegt ze: “De ACM kan de stelling van Bergman Clinics, op basis van de door haar overgelegde berekeningen, volgen dat contracten met de grote zorgverzekeraars voor haar van belang zijn om niet in de rode cijfers te belanden” (besluit, rnr. 72). Volgens de ACM wijst dit er alleen op dat Bergman en zorgverzekeraars “wederzijds afhankelijk” van elkaar zijn in de contractonderhandelingen maar doet het niets af van het feit dat die relatie “niet symmetrisch” is (besluit, rnr. 73). Dit lijkt me ook wel wat kort door de bocht....

b) Ruimte voor een remedie?

134. Ik geloof niet dat toezeggingen ooit ter sprake zijn gekomen tijdens het fusieonderzoek in *Bergman*. Ik zie overigens ook niet welke toezeggingen de schadetheorie hadden kunnen tegemoet komen - uiteraard geen structurele toezegging (want dat zou betekend hebben dat Bergman had moeten afzien van de overname), maar ook geen gedragsremedie in de vorm van [VERTROUWELIJK] (want de *ex post* prijsanalyse na *Bergman I* toont hoe complex het zou geweest zijn om een dergelijke toezegging te finetunen).

Overigens zou in *Bergman II* een prijs-gerelateerde gedragsremedie alleen betrekking kunnen gehad hebben op dermatologie, het domein waar de fusie met Mauritskliniek voor overlap zou gezorgd hebben. Zelfs indien de ACM van mening was dat zij in

²⁴ Cf. besluit, rnr. 101: “Als rekening wordt gehouden met de meerjarige prijsindexatie van een zorgverzekeraar waarmee Bergman Clinics een meerjarige overeenkomst heeft gesloten in 2020, zou het prijseffect voor 2018 volgens Partijen nog kleiner zijn”.

Bergman I een ‘type II error’ begaan had, had zij dit in *Bergman II* dus nooit kunnen rechtekken door aan te sturen op een prijs-gerelateerde remedie die alle zorgactiviteiten van Bergman zou bestrijken.

135. Ik gebruik de term “remedie” hierna nog even in ruimere zin en ik doe het alleen omdat, zoals ik al eerder aangaf (*supra* rnr. 58), de rechtbank een paar ‘straffe’ uitspraken doet over de rol van fusiecontrole (en bij uitbreiding van het mededingingsrecht in het algemeen) in de zorginkoopmarkt.
136. De rechtbank citeert eerst een soort bekentenis van zorgverzekeraar [VERTROUWELIJK] dat het groeiende belang van Bergman “een andere mindset van verzekeraars” vergt. Zij citeert vervolgens een verklaring van de ACM ter zitting dat er “op de onderhandelingsstrategieën [van de zorgverzekeraars] zeker wat valt aan te merken” maar dat haar verwachting is “dat deze opstelling van de zorgverzekeraars ook niet gaat wijzigen, zodat zij in de beoordeling van de concentratie die opstelling van de zorgverzekeraars ook voor de toekomst als gegeven mag aannemen” (uitspraak, punt 8.2).
137. De rechtbank grijpt dit aan om zich af te vragen “of de zorgverzekeraars geen mogelijkheid hebben om zich rationeler richting [Bergman] op te stellen dan zij tot nu toe hebben gedaan” (id.).
138. Bovendien roept het standpunt van de ACM volgens de rechtbank “de vraag op in hoeverre binnen het algemene mededingingsrecht rekening kan worden gehouden met niet-rationeel gedrag van een marktdeelnemer dat is ingegeven door de politieke keuzes die zijn gemaakt over de inrichting van marktwerking binnen de zorg” (uitspraak, punt 8.2). En de rechtbank gaat verder: “Dit wordt geïllustreerd in een van de interviews met de zorgverzekeraars” (id.). Ze citeert vervolgens uit twee verklaringen van [VERTROUWELIJK]. Zo verklaarde [VERTROUWELIJK] i.v.m. selectief contracteren: “Gebeurt amper doordat zorgmarkt nauwelijks functioneert als markt.” En gevraagd naar haar positie t.a.v. Bergman’s overname, verklaart [VERTROUWELIJK] o.a.: “soms is het lastig, omdat zij op sommige gebieden fors zijn” maar het feit dat het lastig onderhandelen kan zijn met Bergman “wil niet zeggen

dat negatief tegen een overname aangekeken moet worden. E.e.a. is ook een klein beetje de resultante van hoe we het stelsel hebben ingericht” (id.).

139. Het is mij niet duidelijk hoe ik deze beleid-getinte uitlatingen van de rechtbank moet inschatten, en vooral of ik daar *überhaupt* een poging moet toe wagen binnen het kader van mijn opdracht. In het beste geval lijkt de rechtbank te suggereren dat fusiecontrole in deze zorginkoopmarkt op de één of andere (niet nader gedefinieerde) manier moet gemoduleerd worden om rekening te houden met de specifieke kenmerken van deze markt. In het slechtste geval lijkt de rechtbank sceptisch over de wenselijkheid van fusiecontrole in de zorginkoopmarkt omdat die niet naar behoren werkt.

140. Toch twee korte bedenkingen.

141. Ten eerste: het debat over de *raison d'être* van fusiecontrole in de zorgsector dateert niet van gisteren. Ik las met belangstelling de brief van de ACM aan de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 19 juli 2018. Daarin kondigde de ACM aan dat zij o.a. in de thuiszorg markt- en effectenstudies zou uitvoeren en dat zij verwachtte dat de inzichten uit deze studies “van toegevoegde waarde zullen zijn voor het versterken van het fusietoezicht” (blz. 3). Verder erkende zij dat “het instrumentarium van de ACM en de NZa niet geschikt [is] om problemen gerelateerd aan schaalgrootte als zodanig aan te pakken” (id.). Daarna volgen drie beleidsopties. De eerste optie lijkt mij perfect uitvoerbaar binnen het bestaand wetgevend kader (fusies verbieden als één van de partijen over een AMM positie beschikt, tenzij er “substantiële voordelen tegenover staan”). De twee andere opties gaan een heel stuk verder en vallen m.i. buiten dit kader.

142. Ten tweede: ik heb begrepen dat de ACM (als alternatief voor fusiecontrole) geen potentieel ziet in het gebruik van het *ex ante* AMM instrument (omdat dit instrument bij de NZa blijft zitten) en evenmin in de toepassing van Art. 24 (1) van de Mededingingswet (omdat de bewijslat hoog ligt: naar vaste rechtspraak moeten de prijzen buitensporig hoog zijn om als misbruik van een economische machtspositie te kunnen worden gekwalificeerd).

143. Ik zie niet meteen een uitweg. Ik vraag me wel af of Art. 24 (2) van de mededingingswet dat bepaalt dat het tot stand brengen van een concentratie niet kan

worden aangemerkt als het misbruik, zou kunnen herzien worden in het licht van het *Towercast* arrest. In dit arrest overwoog het Hof recentelijk dat Artikel 21 (1) van verordening n° 139/2004 “er niet aan in de weg staat dat een concentratie van ondernemingen die geen communautaire dimensie heeft (...), die onder de in het nationale recht vastgestelde drempels voor een verplichte ex-ante controle blijft en die geen aanleiding heeft gegeven tot verwijzing naar de Europese Commissie overeenkomstig artikel 22 van die verordening, na analyse door een nationale mededingingsautoriteit in het licht van de mededingingsstructuur op een markt met een nationale dimensie wordt aangemerkt als een krachtens artikel 102 VWEU verboden misbruik van een machtspositie” (mijn onderstreping).²⁵

C. HET BESLUITVORMINGSPROCES

144. Toen ik de tijdslijnen voor de mijlpaalmomenten in *Mediq* en *Bergman* in kaart bracht, zijn er mij drie gelijkenissen opgevallen:

- (i) geen noemenswaardige inhoudelijke discussie tussen de ACM en de fuserende partijen tijdens de prenotificatie-periode;
- (ii) het soepel mechanisme van formele of aanvullende vragen waarmee de klok kan stilgezet worden eens de melding heeft plaats gevonden, en in het bijzonder het ‘rondjes’ draaien met opeenvolgende conceptantwoorden waardoor de klok lang kan stilstaan, toch minstens tot aan de PvO;
- (iii) de korte tijdsspanne tussen het tijdstip waarop de PvO de deur uitgingen en het tijdstip waarop de ACM haar verbodsbesluit nam (amper een paar weken in beide zaken).

²⁵ Cf. arrest van het Hof van 16 maart 2023 in zaak C-449/21, *Towercast SASU t. Autorité de la Concurrence*.

145. Om met dit laatste punt te beginnen: ik heb de indruk dat de ACM in beide zaken na de PvO in tijdsnood is gekomen omdat er nog vragen open stonden maar er geen tijd meer was om die nader te onderzoeken, tenzij men eigenlijk geen noodzaak tot bijkomende vragen voelde en het de ambitie was om beide zaken af te ronden voor de kerstvakantie van 2021 – dat is mij niet geheel duidelijk. Ik vernam tijdens mijn gesprekken in Den Haag dat [VERTROUWELIJK]. Dat kan wellicht meegespeeld hebben.
146. In elk geval begrijp ik dat in principe niets de ACM belet om, indien nodig, bijkomende vragen aan marktpartijen te stellen na de PvO. Als buitenstaander zou ik daar aan toevoegen: PvO zijn nu eenmaal wat hun titel pretendeert dat ze zijn: punten ter overweging - wat neutraler is dan 'punten van bezwaar' - en dus is er nog ruimte voor verder onderzoek (wat overigens ook nog na punten van bezwaar kan).
147. Anderzijds is de vraag waarom men zou moeten wachten met vragen tot na de PvO. Het diepgaand onderzoek moet grotendeels vóór de PvO gevoerd worden.
148. Ik heb onvoldoende ervaring met fusiecontrole in Nederland om een uitgesproken voorkeur uit te spreken voor het ene scenario (bijkomend onderzoek na de PvO, indien nodig) of het andere scenario (nog meer onderzoek vóór de PvO zodat er daarna hoogstens nog een paar punctuele openstaande vragen zijn). Op basis van mijn ervaring in 'Europa' ben ik wel geneigd om een voorkeur uit te spreken voor dit laatste scenario. Hoe vlugger de trein stevig op de rails staat, des te beter.

1. Nog bijkomend onderzoek na de PvO?

149. In *Mediq* en *Bergman* duurde de vergunningsfase - gerekend vanaf de vergunningsaanvraag - 6 maanden (telkens van 25 juni 2021 tot 23 december 2021) en had het onderzoek 5 maanden geduurd vooraleer de PvO uitging (in *Mediq* 30 november 2021, in *Bergman* 25 november 2021). Het lijkt me evident dat het voor het behandelteam mogelijk moet blijven om nog vragen te stellen na de PvO. Zeker nu de directeur van DZ de formele bevoegdheid heeft om de PvO uit te vaardigen en hij/zij de ACM dus nog niet committeert tot een bepaald eindbesluit, lijkt het mij een kwestie van *due process* om fuserende partijen na kennisname van de PvO nog voldoende tijd te geven voor effectief weerwoord en voor de ACM om dat

weerwoord, indien nodig, nog op te volgen met aanvullende vragen. Aanvullende vragen na het sturen van de PvO kunnen dan altijd leiden tot een soort *letter of facts* ter ondersteuning van de ‘bezwaren’ die in de PvO al zijn uiteengezet vooraleer de ACM een verbodsbesluit zou nemen.

150. Nader onderzoek na de PvO moet m.i. in principe wel beperkt blijven tot echt belangrijke punten die om de één of andere reden nog niet helemaal zijn uitgeklaard. In *Mediq* en *Bergman* waren er wel een paar, maar ik heb niet de indruk dat de behandelteams van mening waren dat verder onderzoek nog nodig was.
151. *Mediq*. Hier kregen de fuserende partijen op 13 december 2021 nog de kans om een “mondelijke toelichting” te geven bij hun schriftelijke reactie op de PvO. Tijdens deze hoorzitting waren er geen derde marktpartijen aanwezig.
152. In een debriefing email over een gesprek met de advocaten van partijen van 29 november 2021 (de dag vóór zij de PvO ontvingen) noteert de projectleider dat de teammanager in het licht van het gevoerde marktonderzoek had aangegeven dat een hoorzitting met derden niet nodig was en dat één van de advocaten uit die boodschap “terecht” had afgeleid dat “we de feitelijkheden waarmee partijen DZ confronteert dus niet breder in de markt gaan toetsen”. Wat die “feitelijkheden” betreft: zoals al meermaals vermeld, hadden partijen in hun slides van 15 november 2021 vlakaf gezegd dat de elastomeerpomp “wel degelijk veelvuldig” ingezet wordt voor de toediening van antibiotica en dat de stationaire pomp eveneens “zeer veelvuldig” ingezet wordt voor palliatieve zorg en hadden ze dit in hun slides bij de mondelinge toelichting van 13 december 2021 gekoppeld aan respectievelijk [10-20]% en [60-70]% van de thuiszorg. Hun boodschap was dus dat voor [70-90]% van de thuiszorg AEIPs uitwisselbaar waren met elastomeerpompen en stationaire pompen.
153. Zoals ik al aangaf (*supra* rnr. 94-97), blijf ik die positie dubbelzinnig vinden en had de ACM helemaal moeten uitklaren of het argument van partijen nu eigenlijk ging over de *mogelijke geschiktheid* van die pompen voor de genoemde therapeutische doeleinden of over het *effectieve gebruik* ervan, en, in dit laatste geval, hoe dat argument dan in hemelsnaam te rijmen viel met de volstrekt tegenstrijdige verklaringen van de marktpartijen daaromtrent. In haar beleidsdocument “Werkwijze bij

concentratiezaken” onderstreept de ACM dat “de meerwaarde van een hoorzitting - boven andere manieren om partijen en derden te horen - kan liggen in de directe confrontatie van de opvattingen van partijen en derden” (nr. 79 en ook nr. 106).²⁶ Om die tegenspraak mogelijk te maken hadden die derden natuurlijk aanwezig moeten zijn. In *Mediq* was dit niet het geval.

154. Ik stel ook vast dat er in *Mediq* na ontvangst van de schriftelijke reactie van partijen op de PvO op 9 december 2021 en hun mondelinge toelichting op 13 december 2021 tussen het behandelteam en het reviewteam nog informeel overleg is geweest maar dat het reviewteam “geen echte review” van het ontwerp-verbodsbesluit heeft kunnen uitvoeren en dat dit pas duidelijk werd tijdens de bespreking met het bestuur op 16 december 2021.²⁷ Ik heb geen aanwijsbare reden om te beweren dat het ontbreken van die “echte review” heeft gewogen op de kwaliteit van de motivering in het eindbesluit. Het wijst er wel op dat er grote tijdsdruk was en dat deze laatste fase van het reviewproces – nochtans volgens het boekje voorgeschreven - daardoor tussen de plooien is gevallen.

155. *Bergman*. In deze zaak was er wel een hoorzitting, maar slechts één derde partij (zorgverzekeraar Zilveren Kruis) kwam opdagen. En veel tegenspraak was er niet.

156. Zoals ik al aangaf (*supra* nr. 132), omschreef [VERTROUWELIJK] (Bergman) tijdens die hoorzitting het driejarig contract dat zijn bedrijf *na* haar overname van NL HealthCare Clinics met [VERTROUWELIJK] had gesloten, als een “schoolvoorbeeld van hoe één en ander zich kan realiseren: daling van kosten, onder de gemiddelde indexatie en daarmee een heel goede samenwerking” en had hij daaraan toegevoegd

²⁶ Zie ook Protocol Vergunningsfase, sectie 8.1.2: “De specifieke meerwaarde van een hoorzitting boven andere beschikbare middelen is gelegen in de directe confrontatie van meerdere betrokken partijen met verschillende belangen. Het houden van een hoorzitting is dus alleen zinvol als de behoefte daartoe door voldoende partijen wordt gevoeld. Dit doel van de hoorzitting moet ook duidelijk worden gemaakt aan partijen. Soms willen partijen een stand van zaken bijeenkomst, maar noemen zij dit een hoorzitting.”

²⁷ Cf. email [VERTROUWELIJK] van 24 maart 2022. In sectie 9 van het Protocol Vergunningsfase staat in dit verband te lezen: “In geval er (na de PvO procedure) sprake is van een rood besluit stemmen de twee reviewers hun advies af met de accounthouder Kwaliteit. Tezamen nemen zij deel aan de bespreking van het review advies met het behandelteam en de teammanager. Is de teammanager niet akkoord met het advies dan volgt een overleg met de teammanager, de accounthouder Kwaliteit en de directeur”. Sectie 11 bepaalt verder: “De reviewers lezen het conceptbesluit en geven commentaar”.

dat [VERTROUWELIJK] team daar zeer positieve feedback over had en dat dit team “ons heeft uitgenodigd (...) om te kijken hoe we vervolg kunnen geven aan deze samenwerking” (verslag hoorzitting p. 6). Dit was blijkbaar een nieuw gegeven want even later kwam er hierover een vraag van de ACM: “[VERTROUWELIJK] heeft kennelijk een driejarig contract afgesloten. Is het op individueel vestigingsniveau of worden er pakketten onderhandeld?” (id.; mijn onderstreping).

157. Afgaand op het verslag van die hoorzitting, vind ik nog belangrijker dat [VERTROUWELIJK].

158. De rechtbank heeft het bestaan van dit contract niet opgepikt maar m.i. had de ACM altijd de feitelijke correctheid van het verhaal van [VERTROUWELIJK] bij [VERTROUWELIJK] moeten aftoetsen en daarna had de ACM - indien mogelijk - in haar besluit moeten uitleggen waarom dit contract het beeld van significante marktmacht van Bergman in de onderhandelingen met de grootste zorgverzekeraar toch niet tegenspreekt.

159. Al bij al, zou het eigenlijk niet mogen zijn dat er pas tijdens een mondelinge toelichting of een hoorzitting na de PvO nog belangrijke nieuwe feiten aan de oppervlakte komen. Naar mijn smaak hadden de genoemde punten in *Mediq* (mogelijke geschiktheid *versus* effectief gebruik van elastomeerpompen en stationaire pompen) en in *Bergman* (het driejarig contract met [VERTROUWELIJK]) boven water moeten komen én doorgesproken worden vóór het sturen van de PvO. In beide zaken waren dit voor de schadetheorie toch redelijk fundamentele punten. Dit brengt mij naadloos bij het tweede scenario.

2. Meer onderzoek vóór de PvO?

160. Ik kom even terug bij de vaststelling die ik aan het begin van dit hoofdstuk maakte. Enerzijds is er tussen de ACM en fusierende partijen meestal geen sprake van een inhoudelijke uitwisseling van gedachten omtrent *key issues* in de prenotificatie-periode. Anderzijds kan de ACM de tijdsdruk na de melding van de transactie milderden door formele vragen om inlichtingen uit te sturen naar partijen want daarmee wordt de klok stil gezet. Hoe lang de klok effectief stil staat, zal afhangen van de tijd die partijen nodig hebben om volledig op de vragen te antwoorden. Zolang zij aan de ACM

conceptversies van hun antwoorden voorleggen, blijft de klok stilstaan. Uiteindelijk kunnen de partijen dus – eens ze hun fusie hebben aangemeld - mee bepalen hoe lang het onderzoek naar hun fusie zal duren. Het werken met concept-antwoorden blijkt vaste praktijk van partijen te zijn en de ACM blijkt het zelfs aan te moedigen.²⁸

161. Prenotificatie-gesprekken. Naar mijn mening zou de ACM – zeker in zaken waarin nieuwe vragen rijzen of waarin complexe schadetheorieën aan de orde zijn - er bij winnen indien zij zou investeren in een open discussie met de fuserende partijen over *key issues* vóór zij hun transactie aanmelden. Op die manier kan de ACM ook beslissen wanneer de klok pas gaat tikken (namelijk pas bij een voldoende gestoffeerde melding) en ligt de tijdsdruk bij fuserende partijen. Die partijen hebben er doorgaans alle belang bij om de nodige informatie zo vlug én volledig mogelijk aan te reiken teneinde de ACM in de mogelijkheid te stellen om meteen na de aanmelding een grondig marktonderzoek te lanceren. Het verhoogt voor hen de kans op een groen licht aan het eind van de meldingsfase, met of zonder toezeggingen.

162. In haar beleidsdocument “Werkwijze bij concentratiezaken” moedigt de ACM fuserende partijen ten andere aan “om bij complexere zaken voorafgaand aan de melding contact op te nemen met de ACM” (nr. 16) en ze legt uit waarom:

17. “Een pre-notificatiefase draagt er aan bij dat de ACM sneller en gericht een concentratie kan onderzoeken. Het doel van een pre-notificatiefase is dan ook het realiseren van een betere melding en een beter begrip van de transactie en de gevolgen voor de mededinging. De doorlooptijd van de beoordeling kan daardoor korter worden”.

(...)

21. Op basis van de toegestuurde informatie beslist de ACM zo spoedig mogelijk of een gesprek zinvol is. Het gesprek kan dan tot doel hebben om vragen te beantwoorden, de kwaliteit

²⁸ Cf. Werkwijze bij concentratiezaken, nr. 63: “In de praktijk komt het voor dat partijen de antwoorden eerst in concept inleveren, om zeker te weten dat de antwoorden volledig zijn, of om daarover met de zaakbehandelaars nog van gedachten te wisselen. Hiermee kunnen partijen proberen te voorkomen dat de ACM de gegeven antwoorden alsnog onvolledig beschouwd en de behandeltermijn opgeschort blijft. De ACM moedigt partijen aan – en verzoekt dit in de praktijk soms ook aan partijen – reeds gedeelten van antwoorden in concept toe te sturen. Partijen stellen zaakbehandelaars daarmee in staat zo veel mogelijk voortgang te maken met de (verdere) beoordeling van de voorgenomen concentratie (...)”.

van de melding te verbeteren, of mogelijke knelpunten bij de materiële beoordeling in kaart te brengen. (...) (mijn onderstreping)

163. Ik kan me hier helemaal in vinden. Pre-notificatiegesprekken lijken me ook bijzonder nuttig om het Plan van Aanpak in de meldingsfase te stofferen. In het Protocol Meldingsfase staat hierover het volgende te lezen:

39. “Het is gezien de korte doorlooptijd in de meldingsfase van belang om snel te identificeren wat de eventuele problemen zijn die kunnen optreden ten gevolge van de voorgenomen concentratie. Centraal in het PvA staan dan ook de theories of harm. Het doel van het plan van aanpak is om alle delen van het verdere onderzoek goed voor te bereiden en te komen tot een samenhangend geheel van onderzoek. Daarnaast worden in het PvA eventuele risico’s in kaart gebracht. Onderwerpen die in het PvA zijn opgenomen, zijn naast de theories of harm en planning onder meer de centrale onderzoeksvragen, het onderzoeksteam en de benodigde inspanning, de taakverdeling, een risicoanalyse en communicatie met derden” (mijn onderstreping).

164. Overigens biedt de pre-notificatiefase voor de ACM ook de gelegenheid om van partijen beter te begrijpen waarom zij de transactie in kwestie aangaan. Het is mij bekend dat partijen doorgaans terughoudend zijn om de efficiëntieverbeteringen van hun transactie in de verf te zetten, omdat dit zou kunnen geïnterpreteerd worden als een erkenning dat hun fusie de mededinging ernstig riskeert te belemmeren en er dus nood aan een *efficiency defense* is. De ACM probeert die terughoudendheid weg te nemen door in haar beleidsdocument “Werkwijze bij concentratiezaken” te zeggen dat zij “het (in een vroeg stadium) aanvoeren van efficiëntieverbeteringen niet als een erkenning door partijen van het ontstaan van mededingingsproblemen als gevolg van de concentratie” ziet (nr. 86).

165. Vragen naar het waarom van een transactie in een vroeg stadium, in het bijzonder tijdens de pre-notificatiefase, heeft m.i. het voordeel dat de ACM op dat ogenblik nog geen diagnose kan gesteld hebben dat de transactie negatieve gevolgen voor de mededinging zal hebben en bijgevolg dat een gesprek over het waarom van de transactie neutraal zal verlopen en allerminst een uitnodiging aan partijen inhoudt om een efficiëntieverweer te voeren tegen een dergelijke diagnose.

166. Bij het lezen van de stukken in *Mediq* heb ik weinig over de ‘waarom’ vraag terug gevonden. Zoals ik al een paar keer aangaf (*supra* rnr. 36 en 108), [VERTROUWELIJK]. Ik besef wel dat partijen het roerend eens waren met de ACM om pompen los te koppelen van de zorg bij de marktafbakening, [VERTROUWELIJK]. Ik kan niet goed beoordelen of dit een onderwerp van gesprek geweest is tussen het behandelteam en het reviewteam in de meldingsfase. Het ging toen alleen over de vraag of “ziekenhuizen een actieve speler zullen worden op de markt voor levering van infuuspompen” (mijn onderstreping) en het reviewteam was het eens met het behandelteam dat dit door partijen in dit stadium niet aannemelijk is gemaakt. Ik kan echter niet inschatten of dit standpunt impliceerde dat het reviewteam het er ook eens mee was om bij de marktafbakening pompen los te koppelen van de zorg. Ik heb de indruk dat het reviewteam veel later daar wel nog haar twijfels over had, maar zeker weet ik het niet (en ik heb de vraag niet gesteld tijdens mijn gesprekken in Den Haag). Het punt kwam in elk geval later nog aan bod in het gesprek tussen het reviewteam en het behandelteam een paar weken voor DZ de PvO uitstuurde (*supra* rnr. 87 en het daarin opgenomen citaat uit het reviewverslag van 9 november 2021).
167. In *Bergman* ligt het enigszins anders. Het ‘waarom’ plaatje achter de transactie was van meet af aan duidelijk. Het dossier is doorspekt met verwijzingen naar het “kralen rijgen” (boven en vooral onder de omzetzempels voor aanmelding) en ik heb de indruk dat de ACM dit onmiddellijk heeft meegenomen in haar beoordeling van de impact van de transactie op de mededinging door te focussen op het conglomerale portfolio-effect van de overname dan op de overlapping op het vlak van dermatologische zorg.
168. In haar advies betreffende de PvO vond het reviewteam (i) dat het *ex post* prijsonderzoek niet voldoende was om aan te tonen dat Bergman door de vorige overname van NL HealthCare Clinics significante marktmacht had verworven en (ii) dat de overname van Mauritskliniek een voldoende “delta” oplevert om te concluderen dat deze de significante marktmacht versterkt.²⁹ In haar advies van 13 december 2021 betreffende de beslisnotitie ‘roodlichtbesluit’ herhaalden de reviewers deze punten en legden zij omstandig uit waarom “de lat voor een verbod volgens ons

²⁹ Cf. reviewverslag van het gesprek met het behandelteam op 9 november 2021, blz. 2.

niet wordt gehaald”.³⁰ Het ACM bestuur wist perfect wat de risico’s waren. Het aanbiedingsformulier, dat op 16 december werd besproken, was op dat vlak zonneklaar. Het bestuur besliste om de fusie toch te verbieden. Dat is haar goed recht: *the enforcer’s duty is to enforce*, en soms verkennt het bestuur daarbij de grenzen van wat verdedigbaar is, zeker als het bestuur van mening is dat de goedkeuring van een fusie drie jaar eerder wellicht een *type II* vergissing was.

169. Vergunningsaanvraag. Het is denkbaar om minder verder te gaan dan mijn voorstel om veel meer te investeren in pre-notificatiegesprekken. De ACM zou kunnen wachten tot zij, op basis van het marktonderzoek in de meldingsfase, tot het besluit komt dat een vergunning vereist is. Zij zou vervolgens van de fuserende partijen kunnen eisen dat ze hun vergunningsaanvraag eerst in conceptversie aan haar voorleggen zodat zij kan verifiëren of die aanvraag voldoende informatie verschaft over de *key issues* die zij in haar besluit ‘vergunning vereist’ heeft uiteengezet. Het beleidsdocument “Werkwijze bij concentratiezaken” voorziet reeds deze mogelijkheid:

47. De ACM raadt partijen aan om voorafgaand aan het doen van een vergunningsaanvraag met de ACM te overleggen over welke informatie noodzakelijk is en welke informatie eventueel achterwege kan blijven.

170. Toch heeft het eerste scenario (actieve pre-notificatiefase) m.i. het voordeel dat de ACM alle prangende vragen in kaart kan brengen op een ogenblik dat er minder tijdsdruk is en er goed kan worden nagedacht over het te voeren marktonderzoek. Ik ga er van uit dat de ACM in staat is om een aanmelding uit te stellen zolang deze aanmelding niet de volledige informatie bevat die zij denkt nodig te hebben om dat marktonderzoek meteen na de aanmelding op te starten.

171. Wat het tweede scenario betreft (screening van de concept-vergunningsaanvraag), is het mij niet helemaal duidelijk wie op dat ogenblik de regie echt in handen heeft. Is de ACM even goed in staat is om de vergunningsaanvraag te doen uitstellen zolang die niet volledig is? In elk geval komt het zwaartepunt van het marktonderzoek dan wel

³⁰ Cf. bijlage 1 bij het aanbiedingsformulier dat vervolgens met het bestuur op 16 december 2021 besproken werd.

helemaal in de vergunningsfase te liggen. Dat levert niet alleen extra tijdsdruk op (ook al kan de ACM via aanvullende vragen de klok stil zetten) maar het onderzoek vindt dan ook plaats op een ogenblik dat partijen al veel meer in het verweer zijn gedrongen.

CONCLUSIE

172. In hoofdstuk 1 heb ik uitvoerig uitgelegd waarom ik van mening ben dat de rechtbank Rotterdam zowel in *Mediq* als in *Bergman* kort door de bocht is gegaan maar ook dat de ACM haar daartoe wat te gemakkelijk de kans heeft gegeven en dat de ACM dat in de toekomst dus moet proberen te vermijden.
173. In hoofdstuk 2, heb ik toegelicht dat dit m.i. in de eerste plaats vereist dat de ACM in een verbodsbesluit alle belangrijke vragen opneemt, helder stelt en vervolgens uitvoerig beantwoordt met zoveel mogelijk gebruik van objectief bewijsmateriaal. Om het *crui* te stellen: verklaringen van betrokken marktpartijen - fuserende partijen of derden - tijdens het marktonderzoek in een lopende fusie-procedure zijn per definitie *ex post* en zijn dus altijd in meer of mindere mate opportunistisch. Het is dus zaak voor een behandelteam om door te vragen naar het 'hoe' en het 'waarom' en om de afgelegde verklaringen zo veel mogelijk te koppelen aan historische documenten of feiten, d.w.z. documenten of feiten die al bestonden voor de fuserende partijen hun transactie aanmeldde. Ik heb daarvan een aantal voorbeelden gegeven. Hoe vollediger een besluit is gemotiveerd, des te groter de kans dat de rechters zullen concluderen dat de ACM naar behoren van haar beoordelingsvrijheid gebruik heeft gemaakt. In zaken waarin nieuwe vragen aan bod komen (marktafbakening in *Mediq*) of waarin de schadetheorie complex is in het licht van een vorige zaak (*Bergman*), ligt de lat extra hoog (cf. de geciteerde passage uit het arrest van het Gerecht in de *Hutchison* zaak, *supra* nr. 15) en als de rechters dan met teveel vragen blijven zitten, wordt het voor hen makkelijk om te concluderen dat de ACM haar standpunt onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt.
174. Om die hoge motiveringsstandaard voor besluiten in moeilijke zaken zo goed mogelijk te halen, denk ik dat de ACM er bij gebaat is om het onderzoek zo vlug mogelijk op te starten, met name al in de prenotificatie-fase zodra de NZa de fusie heeft goedgekeurd. Dit heb ik toegelicht in hoofdstuk 3.
