

Reactie ACM op rapport Gyselen

1. De Rechtbank Rotterdam heeft eerder dit jaar (op 24 maart 2023 en op 12 mei 2023) in twee concentratiezaken in de zorgsector (Eurocept – Mediq en Bergman – Maurits) waarin de ACM geen vergunning had verleend, het beroep van de betrokken partijen gegrond verklaard en de twee besluiten vernietigd. Naar aanleiding van deze twee uitspraken van de rechtbank heeft de ACM aan de heer Luc Gyselen (Arnold&Porter) gevraagd om het proces bij de ACM te evalueren.
2. De ACM dankt de heer Gyselen voor zijn waardevolle en herkenbare evaluatie en de inzichten en aanbevelingen. In dit document geeft de ACM aan welke bredere lessen zij trekt uit deze evaluatie en hoe zij deze wil vormgeven in de praktijk van haar concentratietoezicht. Enerzijds zal de ACM de motivering van haar vergunningsbesluiten aanscherpen. Anderzijds wil de ACM samen met vertegenwoordigers uit de advocatuur kijken hoe de procesmatige aanbevelingen van Gyselen het best kunnen worden geborgd in het proces van concentratietoezicht, en zal zij zo nodig de “Werkwijze bij concentratiezaken” aanpassen. De ACM licht dit hierna nader toe.
3. De centrale vraag in het adviesrapport (zie nr. 9) én voor de lessen die de ACM kan trekken is wat de ACM anders had kunnen doen. Gyselen doet in dit kader een aantal observaties.
4. In nr. 8 van zijn rapport geeft Gyselen aan dat de rechtbank de afbakening van de relevante productmarkt in Mediq ontoereikend vond. In Bergman oordeelde de rechtbank dat het kwalitatief marktonderzoek omtrent de onmisbaarheid van de zorgaanbieder in kwestie ten aanzien van de zorgverzekeraars tekort schoot.
5. Gyselen tekent in zijn rapport aan dat naar zijn smaak de rechtbank in beide zaken kort door de bocht is gegaan. Tegelijkertijd geeft hij aan – kort samengevat – dat de ACM een aantal belangrijke argumenten in haar besluit onvoldoende heeft uitgewerkt en bepaalde vragen in het besluit grotendeels onbesproken heeft gelaten. Ofwel, de motivering van de besluiten had beter en uitvoeriger gekund.
6. Gyselen richt zich vervolgens op de vraag of de ACM alle relevante onderzoeksvragen tijdig heeft gedetecteerd en voldoende geadresseerd. Hij adviseert in dit kader om een aantal wijzigingen in het proces van het concentratietoezicht van de ACM te overwegen. Hij noemt met name versterkte inzet op het prenotificatietraject en extra onderzoeksstappen na de Punten van Overweging. Met betrekking tot het besluitvormingsproces constateert Gyselen dat er geen omissies met kwalijke gevolgen zijn geweest.
7. De ACM ziet de verbetering van de motivering van besluiten als het belangrijkste verbeterpunt. De twee procesmatige aanbevelingen (intensiever prenotificatietraject en nader onderzoek na PvO) beschouwt de ACM als aanvullende middelen om een beter gemotiveerd besluit te kunnen nemen.

Uitvoeriger motivering van besluiten

8. Gyselen geeft aan (nr. 16) dat de rechtbank in beide zaken enkel concludeert dat de ACM onvoldoende onderzoek heeft gedaan om aannemelijk te maken dat de gemelde fusies de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt significant zouden belemmeren. De rechtbank geeft daarbij zelfs te kennen dat de ACM de tekortkomingen van haar besluiten, in beginsel, zou kunnen repareren. Anders gezegd (nr. 17), de rechtbank heeft niet willen uitsluiten dat de ACM ten gronde gelijk had, maar vindt dat zij te weinig overtuigend bewijsmateriaal heeft aangebracht om dat mogelijke gelijk te onderbouwen. Hiermee rijst, aldus Gyselen, onvermijdelijk de vraag of de ACM deze afloop had kunnen vermijden door haar besluiten op een aantal belangrijke punten beter en uitvoeriger te motiveren.
9. Gyselen geeft aan (nr. 70) dat hij verrast is dat hij in beide besluiten zelden of nooit bronvermeldingen aantrof en daarnaast dat de ACM wel redelijk uitvoerig – en accuraat zonder bij te

kleuren – de verklaringen van marktpartijen samenvatte, 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 volgens hem geen goede zaak. Hij meent dat de ACM er goed aan zou doen om van systematische bronvermelding in haar besluiten een ‘*must have*’ te maken (nr. 74). De ACM is het hiermee eens en heeft haar praktijk op dit punt inmiddels aangepast.¹

10. Een belangrijk thema in het adviesrapport betreft de inhoudelijke motivering. Gyselen stelt vast dat de argumentatie in beide besluiten in een aantal opzichten overtuigender had kunnen zijn. Volgens hem is een rechtbank minder geneigd om besluiten te vernietigen als ze in de besluiten ten minste antwoorden aantreft op al haar vragen (nr. 76). In dit verband ziet hij twee aandachtspunten. Een besluit kan aan overtuigingskracht winnen door enerzijds de sterke punten (nog) meer ‘*bite*’ te geven (waarbij het doorgaans volstaat om ze uitvoeriger te beschrijven, maar het soms ook nodig is om eerst de mededingingsvraag scherper te stellen) en anderzijds mogelijke zwakke punten niet onbesproken te laten. Bij zwakke punten kan ofwel sprake zijn van een probleem met de bewijskracht van bestaand bewijsmateriaal (bijvoorbeeld doordat een subjectieve verklaring niet of onvoldoende is onderbouwd), ofwel van ontbrekend bewijsmateriaal (zie nr 79).
11. In het eerste geval is het nodig om tijdens het lopende onderzoek tijdig te anticiperen, bijvoorbeeld door vermeend ‘subjectieve’ verklaringen van marktpartijen te testen bij andere marktpartijen of door deze verklaringen aan te vullen met objectief bewijsmateriaal. In het tweede geval zal de ingreep drastischer moeten zijn. Er moet dan tijdig worden beslist of aanvullend marktonderzoek nodig is.
12. De ACM neemt deze aanbevelingen graag over en zal in toekomstige besluiten explicieter maken hoe zij tot haar conclusies is gekomen. Dit zal zij doen door bijvoorbeeld meer en explicieter aandacht te geven aan tegenargumenten van partijen en afwijkende verklaringen in het dossier. De ACM ziet de manier waarop zij in het besluit AVR-AEB het kwalitatieve onderzoek behandelt als voorbeeld voor toekomstige besluiten.² Daarnaast zal de ACM in de toekomst scherper doorvragen op onvoldoende gemotiveerde uitspraken van (markt)partijen, en voor zover mogelijk subjectieve verklaringen aanvullen met objectief bewijsmateriaal (documenten of cijfers). Als er verschil van inzicht blijft bestaan tussen de verschillende verklaringen en de ACM hier nog vragen over heeft die zich lenen voor een bespreking in aanwezigheid van de diverse partijen, kan de ACM – conform de “Werkwijze bij concentratiezaken” – een hoorzitting organiseren en deze vragen daarin aan de orde stellen. Ten slotte zal de ACM in het geval van ontbrekend bewijsmateriaal explicieter de keuze maken om al dan niet aanvullend onderzoek te doen en deze keuze ook uitleggen in het besluit.

Intensiever prenotificatietraject voor complexe concentratiezaken

13. Gyselen is van mening (nr. 161) dat de ACM – zeker in zaken waarin nieuwe vragen rijzen of complexe schadetheorieën aan de orde zijn – er bij zou winnen indien zij zou investeren in een open discussie met de fuserende partijen over *key issues* vóór zij hun transactie aanmelden.
14. De ACM moedigt (zie ook nr. 162 van het adviesrapport) in haar document “Werkwijze bij concentratiezaken” fuserende partijen aan om “bij complexere zaken voorafgaand aan de melding contact op te nemen met de ACM” (nr. 16 van de werkwijze). Dit draagt eraan bij dat de ACM een concentratie “sneller en gericht” kan onderzoeken.
15. Gyselen geeft in zijn rapport aan dat hij er vanuit gaat dat de ACM in staat is om een melding uit te stellen zolang deze niet “voldoende gestoffeerd” is. We gaan ervan uit dat hij hiermee bedoelt dat een melding niet alle relevante informatie bevat die de ACM voor een eerste beoordeling nodig heeft.

¹ Zie ook nr. 74 van het adviesrapport, waarin Gyselen het recente besluit in de zaak AVR-AEB een goed voorbeeld noemt van een besluit waarin de ACM systematisch verwijst naar antwoorden of gespreksverslagen.

² Zie bijvoorbeeld mrs. 174-180 in het besluit AVR-AEB, waarin de ACM meer dan voorheen expliciet heeft onderbouwd waarom zij aan bepaalde verklaringen minder waarde hecht dan aan andere. Een ander voorbeeld in dit besluit is randnummer 255.

Het is inderdaad mogelijk om een melding niet in behandeling te nemen als deze onvolledig is. Op basis van artikel 38, eerste lid van de Mededingingswet hoeft de ACM een melding pas in behandeling te nemen wanneer “alle bij ministeriële regeling aangewezen gegevens” zijn verstrekt. In de huidige praktijk beslist de ACM alleen in ‘evidente’ situaties om een melding nog niet in behandeling te nemen. In de ACM-praktijk kwam dit tot nu toe slechts zelden voor.

16. Voor de ACM is het duidelijk dat een ‘goed’ prenotificatietraject van belang is bij zaken die ‘complex’ zijn en dat het goed is om hierin te investeren. Dit geldt in het bijzonder voor het vaststellen van de schadehypothese en het opstellen van de juiste onderzoeksvragen. Hoe eerder in het proces de ACM deze scherp heeft, hoe efficiënter het vervolgproces kan verlopen. Het is daarbij overigens de vraag in hoeverre een scherpere toetsing van de volledigheid van de melding hieraan kan bijdragen. De ACM wil samen met vertegenwoordigers uit de advocatuur kijken hoe we dit proces zo goed mogelijk vorm kunnen geven, en wat we mogelijk kunnen aanpassen in de “Werkwijze bij concentratiezaken”. Tegelijkertijd onderkent de ACM dat in de praktijk een concentratieonderzoek veelal iteratief verloopt, waarbij onderzoeksvragen in de loop van de zaak worden bijgesteld naar aanleiding van uitkomsten van het reeds verrichte onderzoek. Bovendien kan de ACM tijdens het prenotificatietraject nog geen externe partijen benaderen met vragen.

Nader onderzoek na Punten van Overweging

17. Het tweede procesmatige punt dat Gyselen benoemt is de vraag in hoeverre de ACM ná het uitbrengen van de Punten van Overweging (PvO) nog nader onderzoek kan doen (nr. 144 en verder). Hij merkt op dat in beide zaken de periode tussen het uitbrengen van de PvO en het besluit erg kort was. Verder vindt hij (nr. 150) dat eventueel nader onderzoek na de PvO in principe beperkt moet blijven tot echt belangrijke punten die om de één of andere reden nog niet helemaal opgehelderd zijn.
18. De ACM onderschrijft dat nader onderzoek na de PvO mogelijk is. Dit is ook in lijn met de huidige praktijk.³ We merken hierbij op dat de ACM voor onderzoek na de PvO in belangrijke mate afhankelijk is van partijen, omdat vanwege fatale termijnen in de regel te weinig tijd over is voor extra onderzoek en partijen dus akkoord zullen moeten gaan met stil zetten van ‘de klok’.
19. De ACM vindt het belangrijk – ook in de geest van de door de wetgever bepaalde behandeltermijn van 13 weken voor de vergunningsfase – om het onderzoek niet onnodig lang te laten duren. De ACM is het dan ook eens met Gyselen dat eventueel nader onderzoek na de PvO beperkt moet blijven tot echt belangrijke punten die nog niet helemaal zijn opgehelderd in het eerdere onderzoek. Ook op dit punt gaat de ACM graag met vertegenwoordigers uit de advocatuur in gesprek over mogelijke verbeteringen in het proces.

³ Bijvoorbeeld in de recente concentratiezaken Roompot-Landal, RTL-Talpa en AVR-AEB heeft de ACM (in samenspraak met partijen) nader onderzoek gedaan, naar aanleiding van de zienswijzen van partijen op de PvO.