



Besluit

beslissing op bezwaar

Ons kenmerk : ACM/UIT/590094
Zaaknummer : ACM/22/181172
Datum : 23 februari 2023

Samenvatting

In dit besluit verklaart de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) het bezwaar van [vertrouwelijk] gericht tegen de afwijzing van het verzoek om openbaarmaking ongegrond. De ACM komt in heroverweging tot de conclusie dat bij de in het primaire besluit genoemde documenten terecht niet zijn verstrekt. De ACM constateert vervolgens dat enkele documenten abusievelijk niet aan de orde kwamen in het primaire besluit en betreft deze documenten alsnog bij haar heroverweging. De ACM laat daarom het bestreden besluit in stand en voegt zij enkele documenten toe aan de bijlage.

1. Verloop van de procedure

1. Bij verzoek van 25 oktober 2022 is door [vertrouwelijk] op grond van de Wet open overheid (Woo) verzocht om openbaarmaking van een aantal documenten inzake de overname van het IJsselland Ziekenhuis door Erasmus MC (hierna: het Woo-verzoek).¹ Zijn verzoek had betrekking op de volgende informatie:
 - Het document of de documenten getiteld of houdende de Punten van Overweging, 'geschoond van vertrouwelijke gegevens' in de zin van paragraaf 78 van de Werkwijze Concentratiezaken;
 - De 'zienswijzen van derden en verslagen van gesprekken met marktpartijen, waarop het besluit mogelijk zal worden gebaseerd, ..., uitgezonderd van eventuele vertrouwelijke gegevens' in de zin van paragraaf 76 van de Werkwijze Concentratiezaken, ook als deze niet daadwerkelijk aan de betrokken partijen zijn verstuurd;
 - Andere documenten waarin de ACM de 'gesignaleerde (mogelijke) mededingingsproblemen' in de zin van paragraaf 76 van de Werkwijze Concentratiezaken heeft vastgelegd;
 - Niet-vertrouwelijke samenvattingen van de opvattingen uit de markt, in de zin van paragraaf 118 van de Werkwijze Concentratiezaken;

Het verzoek strekt zich daarnaast uit tot andere documenten dan bovenstaand genoemd, voor zover deze documenten informatie bevatten over de door de ACM (voorlopig) signaleerde mededingingsproblemen. Louter procesmatige stukken vallen buiten de reikwijdte van het verzoek.

¹ Kenmerk ACM/IN/723776.

2. De ACM heeft het Woo-verzoek bij besluit van 2 december 2022 (hierna: het bestreden besluit) afgewezen.² Die afwijzing heeft de ACM voor de verschillende documenten in het dossier als volgt gemotiveerd.
3. Verstrekking van de documenten die niet door de ACM zelf zijn opgesteld en die informatie van partijen en derden bevatten, is geweigerd op grond van artikel 7, eerste lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (hierna: lw). In dit artikel staat dat de ACM voor dergelijke verkregen gegevens of inlichtingen een geheimhoudingsplicht heeft, behalve als er zich een uitzondering als bedoeld in lid 2 of 3 van artikel 7 lw voordoet. Dit laatste is niet het geval.
4. Voor wat betreft door de ACM zelf vervaardigde documenten is op basis van artikel 12w in combinatie met artikel 12u, lid 4, lw besloten dat deze niet openbaar kunnen worden gemaakt. Deze documenten bevatten een weergave of duiding van gegevens of inlichtingen waarop de hierboven beschreven geheimhoudingsplicht van artikel 7, eerste lid, lw rust. Omdat die stukken voortborduren op gegevens waarop de geheimhoudingsplicht rust, is openbaarmaking daarvan in strijd met het doel van het ACM opgedragen toezicht op de wetsnaleving.
5. Op 8 december 2022 heeft [vertrouwelijk] tegen het bestreden besluit bezwaar ingesteld en de ACM zijn bezwaarschrift toegezonden.³ Bij e-mail van 15 december 2023 heeft [vertrouwelijk] aangegeven geen gebruik te maken van zijn recht te worden gehoord.⁴

2. Bezwaargronden

6. Het bezwaar van [vertrouwelijk] richt zich alleen tegen de beslissing van de ACM om verstrekking van de documenten die de ACM zelf heeft opgesteld te weigeren. De daarvoor gegeven motivering van de ACM, te weten dat verstrekking in strijd zou komen met het doel van het aan de ACM opgedragen toezicht (artikel 12w, in combinatie met artikel 12u, vierde lid, lw) omdat de documenten voortborduren op gegevens die onder de geheimhoudingsplicht (artikel 7, eerste lid, lw) van de ACM vallen, zou onvoldoende zijn.
7. In dit verband brengt [vertrouwelijk] naar voren dat het feit dat de stukken voortborduren op gegevens die de ACM op grond van artikel 7 lw heeft verkregen, niet betekent dat deze daarmee kunnen worden gelijkgesteld. De stukken zijn niet opgesteld op basis van uitsluitend gegevens die onder artikel 7 lw zijn verkregen en bevatten bovendien eigen analyses en overwegingen die als zodanig niet per se herleidbaar zijn tot de verstrekte informatie, aldus [vertrouwelijk].
8. Uit een uitspraak van de rechtbank Rotterdam zou blijken dat dergelijke stukken volledig op grond van de artikelen 12w en 12u lw moeten worden beoordeeld.⁵ Hieruit zou volgen dat ter afwijzing van de verstrekking niet kan worden volstaan met een verwijzing naar artikel 7 lw. De ACM zou expliciet moeten beoordelen of openbaarmaking voor alle gedeelten van de documenten die niet woordelijk overeenkomen met gegevens waarop de geheimhoudingsplicht rust, in strijd zou (kunnen) komen met het belang van het aan de ACM opgedragen toezicht.
9. Tenslotte stelt [vertrouwelijk] dat deze afweging bijvoorbeeld kan plaatsvinden door per geval te beoordelen 'of openbaarmaking nuttig en nodig is uit een oogpunt van voorlichting en transparantie'. In dit kader wijst hij op de relevantie van voorlichting aan het publiek.

² Kenmerk ACM/UIT/586625.

³ Kenmerk ACM/IN/733830.

⁴ Kenmerk ACM/IN/735247.

⁵ Rechtbank Rotterdam, 6 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7319.

3. Beoordeling bezwaar door ACM

3.1. Omvang van het verzoek om openbaarmaking

10. Het bezwaar ziet alleen op de documenten waarvan de ACM openbaarmaking in het bestreden besluit heeft afgewezen op grond van artikel 12w, in combinatie met artikel 12u, vierde lid, lw.
11. Vervolgens constateert de ACM in bezwaar dat een aantal documenten onterecht niet in de inventarislijst van het bestreden besluit zijn opgenomen. Om die reden zal de ACM ook de volgende documenten bij de beoordeling van het bezwaar betrekken:
 - De voor derden opgestelde versie van de PvO;
 - Mindmap zorginkoop marktmacht (versie 1 en 2); en
 - Powerpointpresentatie aan CoCo.

3.2. Toezicht, handhaving en regulering door de ACM

12. De ACM heeft een ruim scala aan taken op het gebied van toezicht, handhaving en regulering opgedragen gekregen. Hieronder valt ook het toezicht op de naleving van de Mededingingswet, en meer specifiek concentratiecontrole. De ACM kan haar toezichtstaken alleen effectief uitvoeren wanneer zij beschikt over vertrouwelijke gegevens en inlichtingen van onder toezicht staande ondernemingen. Effectief ACM-toezicht is dan ook in sterke mate afhankelijk van de bereidwilligheid van partijen en derden in een procedure om aan de ACM informatie te verstrekken. Marktpartijen vertrouwen erop dat de ACM dergelijke informatie geheimhoudt.
13. Het is niet te rechtvaardigen dat de ACM zulke gegevens niettemin openbaar maakt. Niet alleen kunnen de ondernemingen van wie de gegevens afkomstig zijn schade ondervinden door zulke openbaarmaking. Ook het toezicht van de ACM zelf kan daarmee ernstig worden geschaad. Indien de ACM gegevens en inlichtingen openbaar maakt die in vertrouwen aan haar zijn verstrekt, kan de vertrouwensrelatie tussen de ACM en de onder toezicht gestelde ondernemingen onder druk komen te staan. Dit kan ertoe leiden dat deze ondernemingen minder genegen zullen zijn de ACM van hun standpunten en informatie te voorzien of hiervan zelfs zullen afzien. Hierbij dient in het onderhavige geval er ook rekening mee te worden gehouden dat de ACM bij de beoordelingen van meldingen van en bij vergunningsaanvragen voor een fusie regelmatig standpunten en informatie opvraagt bij dezelfde ondernemingen. De uitvoering van de wettelijke taken van de ACM kan daardoor worden bemoeilijkt.
14. In de Instellingswet ACM heeft de wetgever een afzonderlijk stelsel van geheimhouding en openbaarmaking geïntroduceerd voor de informatie die de ACM in het kader van haar toezicht onder zich heeft. De Instellingswet gaat op grond van artikel 8.8 Woo voor op de Woo. Artikel 7, eerste lid, lw bevat voor gegevens en inlichtingen die de ACM in het kader van haar toezichtstaak heeft verkregen een geheimhoudingsplicht. Om die reden wijst de ACM verzoeken om dergelijke gegevens en inlichtingen geheel af.⁶
15. Voor wat betreft door de ACM vervaardigde stukken geldt dat de ACM op basis van artikel 12w lw moet beoordelen of deze openbaar kunnen worden gemaakt.⁷ De ACM kan dit weigeren (artikel 12w, vijfde lid, lw) wanneer openbaarmaking in strijd zou komen met het doel van het aan de ACM

⁶ Zie ook Werkwijze bij concentratiezaken ACM, te raadplegen via <https://www.acm.nl/nl/publicaties/de-acm-publiceert-de-nieuwe-werkwijze-bij-concentratie-zaken>, randnr. 128

⁷ Werkwijze bij concentratiezaken ACM, te raadplegen via <https://www.acm.nl/nl/publicaties/de-acm-publiceert-de-nieuwe-werkwijze-bij-concentratie-zaken>, randnr. 128.

opgedragen toezicht (artikel 12u, vierde lid, lw) of als wordt verzocht om gegevens die ingevolge artikel 5.1, eerste, tweede en vijfde lid, Woo niet voor verstrekking in aanmerking komen (artikel 12w, tweede lid, lw).

3.3. Beoordeling in bezwaar

16. In bezwaar heeft [vertrouwelijk] om een aantal stukken verzocht die de ACM heeft vervaardigd in het kader van een wettelijke taak, te weten het toezicht op de naleving van de Mededingingswet. Na heroverweging in bezwaar komt de ACM nogmaals tot de conclusie dat het openbaar maken van deze stukken op grond van artikel 12w, vierde en vijfde lid, in combinatie met artikel 12u, vierde lid, lw moet worden geweigerd. Verstrekking daarvan zou in strijd (kunnen) komen met het doel van het aan de ACM opgedragen toezicht. De ACM motiveert dit als volgt.
17. Dit is in de eerste plaats het geval vanwege de aard van de documenten in kwestie. Ingevolge artikel 7, eerste lid, lw rust op de ACM een geheimhoudingsplicht voor wat betreft de inlichtingen en gegevens die door de ACM zijn verkregen in het kader van de uitvoering van haar wettelijke taken. Zoals in bovenstaande paragraaf al benadrukt, is het voor de ACM van zeer groot belang om over deze gegevens te kunnen beschikken en dat marktpartijen er niet voor terugschrikken om de ACM van deze gegevens te voorzien. De ACM hecht dan ook veel waarde aan de vertrouwelijke behandeling van gegevens en inlichtingen die zich onder haar bevinden.
18. De door de ACM vervaardigde documenten waar [vertrouwelijk] om verzoekt, zijn nauw verbonden met gegevens en inlichtingen waar op grond van artikel 7 lw de geheimhoudingsplicht op van toepassing is. De gevraagde stukken bouwen daar op voort.
19. De samenhang tussen de gevraagde documenten en gegevens en inlichtingen waarop de geheimhoudingsplicht rust is dusdanig sterk, dat het verstrekken daarvan de geheimhoudingsplicht van de ACM zinledig zou maken. Hiermee zou de bereidwilligheid van marktpartijen om aan de ACM inlichtingen te verstrekken onder druk kunnen komen te staan. Omdat dit tot gevolg kan hebben dat marktpartijen minder bereidheid tonen om de ACM (uit eigen beweging) van informatie te voorzien, zou dit in strijd kunnen komen met het doel van het aan de ACM opgedragen toezicht (artikel 12w in combinatie met artikel 12u, vierde en vijfde lid, lw).
20. In tegenstelling tot het standpunt dat [vertrouwelijk] in zijn bezwaarschrift inneemt, benut de ACM hiermee niet artikel 7, eerste lid, lw om een afwijzing onder artikel 12w lw te motiveren. De ACM constateert immers alleen dat de door haar vervaardigde gegevens een dusdanige samenhang vertonen met gegevens waarop de geheimhoudingsplicht rust, dat de ACM niet tot openbaarmaking daarvan kan overgaan zonder het risico te nemen dat dit (ernstig) afbreuk zal doen aan de vertrouwensrelatie tussen haar en onder toezicht gestelde partijen. Dit laatste betekent dat openbaarmaking tenminste in potentie het aan de ACM opgedragen toezicht kan schaden.
21. Een andere reden om het verzoek te weigeren is dat de gevraagde stukken gebaseerd zijn op beoordelingen en standpunten van een voorlopige aard. Voor de Punten van Overweging, bijvoorbeeld, geldt dat de toezichtsdirectie van de ACM hierin een voorlopig oordeel opneemt en partijen en eventuele derden vervolgens (voor de eerste keer in de vergunningsfase) de gelegenheid geeft hun zienswijze hierop kenbaar te maken. Het document is dus gericht op dialoog met partijen en het verkrijgen van informatie van derden. Hoewel dit door de toezichtsdirectie met grote zorg is opgesteld, is het niet uitgesloten dat de toezichtsdirectie haar conclusies in een later stadium nog zou hebben bijgesteld. Daarbij komt dat het definitieve besluit door het bestuur van de ACM wordt genomen. Dit is in deze procedure niet gebeurd, nu de vergunningsaanvraag door partijen is ingetrokken.

22. De ACM acht het in het licht van bovenstaande onverenigbaar met de doelen van het aan haar opgedragen toezicht om een voorlopig standpunt van een organisatieonderdeel te publiceren. Dit enerzijds vanuit het oogpunt van zorgvuldigheid jegens partijen, en anderzijds om te voorkomen dat informatie die in een volledige procedure nog zou kunnen worden bijgesteld of genuanceerd, publiek wordt gemaakt. In de uitvoering van haar toezichtstaken wordt van de ACM immers verwacht dat zij zorgvuldig omgaat met partijen. Van toezichthouders in het algemeen, en dus ook van de ACM, wordt daarnaast verwacht dat men zich op de documenten die publiek worden gemaakt kan baseren. Deze informatie dient dan ook zo accuraat en volledig mogelijk te zijn. Bij vervaardigde documenten van voorlopige aard, opgesteld om met partijen een dialoog aan te gaan of van derden informatie te verkrijgen, kan de ACM dit niet garanderen.
23. In de bijlage horende bij dit besluit is een uitgebreidere inventarislijst opgenomen.

4. Besluit

De Autoriteit Consument en markt verklaart het bezwaar ongegrond en handhaaft het besluit van 2 december 2022 met dien verstande dat de bijhorende bijlage wordt aangevuld.

Den Haag,

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

mr. M.T.P.J. van Oers
Directeur Directie Juridische Zaken

Als u belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam . Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl.

U kunt ook digitaal beroep instellen, via www.rechtspraak.nl. Daarvoor moet u beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden.