

De Voorzitter van de Belgische Mededingingsautoriteit

Beslissing BMA-2024-CC-05 van 29 januari 2024 in toepassing van artikel IV.10§6 van het Wetboek van economisch recht ingevoegd door de wet van 2 mei 2019

Publieke Versie

AZ Damiaan – AV Serruys / AZ Oostende

I. De voorgeschiedenis

1. Op 22 juni 2023 brachten het Algemeen Ziekenhuis Damiaan Oostende VZW (“AZ Damiaan”) en de Autonome Verzorgingsinstelling Henri Serruysziekenhuis (“AV Serruys”) de Belgische Mededingingsautoriteit (“BMA”) tijdens een prenotificatie-gesprek op de hoogte van de door hen voorgenomen fusie tot één ziekenhuis - AZ Oostende - vanaf begin 2026. Deze fusie zou lopen via een inbreng van een bedrijfstak door elk van hen in AZ Oostende. AZ Damiaan en AV Serruys (“Partijen”) preciseerden dat ze daartoe op 14 oktober 2021 met elkaar een pre-fusieakkoord hadden gesloten en dat de fusie in twee fasen zou verlopen. In de eerste fase zou AZ Oostende uitbater worden van de beide ziekenhuizen, met dien verstande dat AZ Damiaan en AV Serruys gezamenlijke zeggenschap over AZ Oostende zouden verwerven en uitoefenen. In een tweede fase zouden beide ziekenhuizen fusioneren tot één ziekenhuis – AZ Oostende - met één erkenningsnummer. Partijen signaleerden verder dat AV Serruys, dat tot dan toe onder de uitsluitende zeggenschap stond van het ziekenhuis AZ Sint-Jan te Brugge (“AZ Sint-Jan”), met het oog op de fusie eveneens op 14 oktober 2021 beslist had om uit te treden uit AZ Sint-Jan en dat de opzegtermijn voor die uittreding zou aflopen op 31 oktober 2023.

2. Met het oog op de aanmelding van deze fusie richtte de BMA op 11 juli 2023 een verzoek om inlichtingen (“VOI”) aan elk van beide Partijen. AZ Damiaan antwoordde op dit VOI binnen de gegeven termijn. AV Serruys slaagde daar niet in. [VERTROUWELIJK].

3. Op 20 oktober 2023 dienden Partijen een verzoek in tot ontheffing van het verbod tot uitvoering van de door hen voorgenomen fusie op basis van Art. IV.10 §6 van het Belgische Wetboek van Economisch

Recht (“WER”). In dit verzoek tot ontheffing (“Verzoek”) voerden zij aan dat [VERTROUWELIJK] “onmogelijk [is] gebleken om de aanmelding terdege, laat staan tijdig, voor te bereiden” (Verzoek § 11). Als gevolg daarvan zou “een toelating van de BMA [...] via het reguliere pad aldus enkel kunnen worden bekomen wanneer het al te laat zou zijn voor het behoud van de continuïteit binnen AV Serruys” want “het doorgang vinden van de transactie op 1 november 2023 is [...] noodzakelijk voor de continuïteit van het Henri Serruysziekenhuis en aldus om een (tijdelijke) sluiting te voorkomen” (Verzoek § 12).

4. Het Verzoek van Partijen tot opheffing van het verbod tot tenuitvoerlegging van de door hen aan te melden fusie bestond eigenlijk uit twee delen. Enerzijds vroegen Partijen om over te kunnen gaan tot de uitvoering van de eerste fase van deze fusie – dus hun inbreng van een bedrijfstak in de nieuwe onderneming vzw AZ Oostende die vervolgens onder hun gezamenlijke controle zou fungeren als uitbater van beide ziekenhuizen (Verzoek, § 33). Anderzijds vroegen Partijen om reeds te kunnen overgaan tot de samenvoeging van drie diensten teneinde de continuïteit van de zorg in beide ziekenhuizen te kunnen vrijwaren: de gehele *back office* (met een uitzondering), de materniteit en de pediatrie (Verzoek, § 34).

5. Op 27 oktober 2023 verleende de dienstdoende Voorzitter van de BMA deze ontheffing “tot aan de datum van de beslissing waarin de BMA zich uitsprekt over de toelaatbaarheid van de voorgenomen transactie” (Beslissing BMA-2023-CC-34). Gebruik makend van de mogelijkheid die Art. IV.10 § 6 WER hem biedt om de ontheffing te laten vergezellen van “bepaalde voorwaarden en verplichtingen”, voegde de Voorzitter er echter aan toe dat deze ontheffing automatisch een einde zou nemen op 31 januari 2024 indien Partijen tegen die datum geen ontvankelijke aanmelding van hun fusie bij het Auditoraat zouden ingediend hebben, “tenzij [de ontheffing] op verzoek van Partijen wordt verlengd” (Id.).

II. Het Verzoek tot verlenging van ontheffing

6. Op 26 januari 2024 dienden Partijen bij de Voorzitter van de BMA een Verzoek in om de termijn waarbinnen de concentratie krachtens de ontheffingsbeslissing van 27 oktober 2023 moet worden aangemeld, te verlengen van 31 januari 2024 tot en met 31 maart 2024 (“Verzoek tot verlenging”), en dit teneinde te verhinderen dat de verleende ontheffing op 31 januari 2024 automatisch een einde zou nemen.

7. In hun Verzoek tot verlenging delen Partijen mee dat zij er tegen 31 januari 2024 niet zullen in slagen om het aanmeldingsformulier betreffende hun voorgenomen fusie in te dienen. Zij geven daarvoor

twee redenen. Ten eerste heeft het Auditoraat hen slechts op 24 januari 2024 in het bezit kunnen stellen van essentiële marktgegevens die hij “zeer recent” bij de FOD Volksgezondheid en het RIZIV heeft opgehaald. Partijen zouden dus nog slechts één week de tijd hebben om deze gegevens in hun aanmelding te verwerken. Dat “volstaat redelijkerwijze [...] niet” (Verzoek tot verlenging, § 2 (i)). Ten tweede stellen Partijen vast dat “[VERTROUWELIJK]” en het voor hen daarom “een uitdaging” blijft “om bepaalde informatie met betrekking tot de voorgenomen transactie en die betrekking heeft op het Henri Serruysziekenhuis – relevant voor de vervollediging van het aanmeldingsformulier – te bekomen” (Verzoek tot verlenging, § 2 (i)).

8. In het licht van onbeschikbaarheden en rekening houdend met de regeling die voortvloeit uit Art. IV.17§2 en Art. IV.22§2 WER werd de behandeling van dit Verzoek tot verlenging toebedeeld aan de oudste van de assessoren in de hoedanigheid van voorzitter die bevoegd is om de ontheffing te verlenen (“de Voorzitter”).

III. Beoordeling van het Verzoek tot verlenging van de ontheffing

9. Voor de beoordeling van dit Verzoek tot verlenging stellen er zich twee vragen. De eerste vraag heeft betrekking op de twee essentiële voorwaarden waaronder een ontheffing van het uitvoeringsverbod kan worden verleend: de ontheffing moet dringend nodig zijn en ze mag niet van dien aard zijn dat ze de daadwerkelijke mededinging in gevaar brengt door op onomkeerbare wijze een situatie te creëren die een eventueel verbod (of een eventuele toelating onder voorwaarden) van de fusie door de BMA niet meer ongedaan zou maken. Gesteld dat beide voorwaarden zijn vervuld, is de tweede vraag of een verlenging van de ontheffing tot (slechts) 31 maart 2024 aangewezen is.

III.1 Voorwaarden voor de verlenging van de ontheffing

10. De opzeggingstermijn voor de uittreding van AV Serruys uit AZ Sint-Jan verliep op 31 oktober 2023. Sindsdien opereert AV Serruys niet langer onder de vleugels van AZ Sint-Jan (en diens erkenningsnummer) en beschikt het niet over een eigen erkenningsnummer om zelfstandig te opereren, omdat het Departement Zorg het door haar aangevraagde nummer aan AZ Oostende heeft toegekend. De ontheffingsbeslissing van 27 oktober 2023 had reeds op deze situatie geanticipeerd en AV Serruys in staat gesteld om de continuïteit van haar diensten vanaf 1 november 2023 te garanderen. Zoals de Auditeur in zijn Verslag van 26 januari 2024 noteert (§ 6), is de situatie vandaag ongewijzigd en is een

verlenging van de ontheffing derhalve dringend nodig om de continuïteit van de dienstverlening van AV Serruys te vrijwaren.

11. De verlenging van deze ontheffing levert o.i. ook geen gevaar op voor een onomkeerbare beperking van de daadwerkelijke mededinging omdat deze ontheffing beperkt zou blijven tot de eerste fase van de fusie. Partijen hebben immers bevestigd dat zij “in tussentijd geen verdere stappen tot integratie (of uitvoering van de voorgenomen transactie)” hebben genomen en dat de “integratie werd beperkt tot uitsluitend die aspecten waarvoor [de Voorzitter] een ontheffing heeft verleend” op 27 oktober 2023 (Verzoek tot verlenging, § 3, derde alinea).

12. De omstandigheden in het licht waarvan de dienstdoende Voorzitter op 27 oktober 2023 een ontheffing heeft verleend, zijn vandaag ongewijzigd en rechtvaardigen bijgevolg een verlenging van de ontheffing.

III.2 Termijn voor de verlenging tot ontheffing

13. Partijen vragen om een verlenging van de ontheffing tot (slechts) 31 maart 2024. Ze achten zichzelf in staat om tegen die datum het aanmeldingsformulier te kunnen vervolledigen en indienen bij het Auditoraat. In dit verband verwijzen ze naar een informeel overleg met het Auditoraat waarbij zij “hebben vernomen dat er een helder analytisch kader werd gecreëerd waarbinnen het Auditoraat de voorgenomen transactie, en in het bijzonder de punten die daarbij bijzondere aandacht zullen krijgen, zal onderzoeken” (Verzoek tot verlenging, § 2 *in fine*).

14. In een persbericht van 18 oktober 2023 (nr. 44/2003) heeft het Auditoraat het analytisch kader voor de beoordeling van concentraties tussen ziekenhuizen aangepast aan de specifieke kenmerken van de sector. Kennis van dit analytisch kader helpt Partijen ongetwijfeld om beter te begrijpen welke gegevens zij in hun aanmelding dienen op te nemen (en ook hoe zij die het best presenteren om het Auditoraat in staat te stellen hun transactie naar behoren te beoordelen). Het probleem is echter dat die gegevens *hetzij* nog steeds niet - of niet volledig - in het bezit zijn van Partijen (cf. de gegevens die AV Serruys dient aan te leveren maar die nog steeds bij AZ Sint Jan blijken te zitten), *hetzij* pas op 24 januari II. in hun bezit zijn gekomen (cf. de gegevens van de FOD Volksgezondheid en het RIZIV).

15. De gegevens van de FOD Volksgezondheid en het RIZIV zijn inmiddels in het bezit van Partijen. De Voorzitter gaat er daarom van uit dat Partijen in staat moeten zijn om deze gegevens tijdig naar behoren in hun ontwerp-aanmelding te verwerken. De Voorzitter kan begrijpen dat dit op één week niet had gekund maar twee maanden moeten daarvoor in beginsel volstaan.

16. Minder duidelijk is of Partijen de ontbrekende gegevens betreffende AV Serruys tijdig in hun bezit zullen krijgen om vervolgens ook die gegevens tijdig in hun ontwerp-mededeling te verwerken. [VERTROUWELIJK]. Het was echter al een uitdaging in oktober 2023 en Partijen geven niet aan hoe zij denken deze uitdaging het hoofd te kunnen bieden hebben, nu [VERTROUWELIJK].

17. In zijn verslag van 26 januari 2024 geeft de Auditeur echter aan “dat rechtstreekse contacten kunnen plaatsvinden [VERTROUWELIJK]” (Verslag, § 7). [VERTROUWELIJK]. In dit verband wijst de Voorzitter er op dat Art. IV.40, § 1 WER sinds 21 december 2023 aan het Auditoraat uitdrukkelijk de bevoegdheid geeft om in de pre-notificatiefase een VOI [VERTROUWELIJK] te sturen teneinde de ontbrekende gegevens op te vragen.

18. De Auditeur acht het ook “aannemelijk” – op basis van de contacten die sinds de ontheffingsbeslissing van 27 oktober 2023 tussen Partijen en het Auditoraat hebben plaats gevonden – dat Partijen van de bijkomende termijn gebruik zullen maken om hun aanmelding vóór 31 maart 2024 in te dienen.

19. In het licht van deze omstandigheden komt het de Voorzitter voor dat een verlenging van de ontheffing tot en met 31 maart 2024 aangewezen is.

IV. Beslissing

Om de hierboven uiteengezette redenen wordt als volgt beslist:

De Voorzitter verleent een verlenging van de termijn waarbinnen de concentratie moet worden aangemeld krachtens de ontheffingsbeslissing van 27 oktober 2023 BMA-2023-CC-34, van 31 januari 2024 tot en met 31 maart 2024.

Deze ontheffing vervalt automatisch aan het einde van deze bijkomende termijn, tenzij zij nogmaals op verzoek van Partijen wordt verlengd.

Indien Partijen uiterlijk op 31 maart 2024 de door hen voorgenomen fusie hebben aangemeld, dan loopt de ontheffing ononderbroken door tot aan de datum van de beslissing waarin de BMA zich uitspreekt over de toelaatbaarheid van de voorgenomen transactie.

Brussel, 29 januari 2024

Luc Gyselen
Voorzitter