

## Décision ABC-2023-CC-18 du 28 juin 2023 en application de l'article IV.10, §6 CDE

VERSION PUBLIQUE

---

### AFFAIRE CENTRE HOSPITALIER UNIVERSITAIRE ET PSYCHIATRIQUE DE MONS BORINAGE SCRL / ASBL POLE HOSPITALIER JOLIMONT

#### A. La procédure

1. Le 31 mai 2023, l'Auditorat de l'Autorité belge de la concurrence (« ABC ») a reçu une note concernant un projet de concentration (« la Concentration ») entre le Pôle hospitalier Jolimont ASBL (« PHJ ») et l'intercommunale Centre hospitalier universitaire et psychiatrique Mons Borinage (« CHUPMB ») aussi dénommé hôpital Ambroise Paré (« HAP »), ensemble dénommées « les Parties ». PHJ est inscrit à la Banque Carrefour des entreprises sous le numéro 0401.793.596 et son siège social est établi rue Ferrer, 159 à 7100 La Louvière. HPA est inscrit à la BCE sous le numéro 0440.868.364 et son siège social est situé boulevard Kennedy, 2 à 7000 Mons. La Concentration n'a pas encore été notifiée à l'ABC.
2. Le 21 juin 2023, les Parties ont introduit une demande (« la Demande ») auprès du Président du Collège de la Concurrence afin de bénéficier, en vertu de l'article IV.10, §6 du Code de droit économique d'une dérogation partielle à l'obligation prévue à l'article IV.10, §4 du Code de droit économique visant la suspension de la réalisation des opérations de concentration soumise au contrôle de l'ABC jusqu'à leur autorisation par le Collège de la concurrence.
3. Dans la mesure où le Président et l'Assesseur Vice-Président de l'ABC n'ont pas encore été nommés, la tâche qui appartient au Président de l'ABC en sa qualité de Président du Collège de la concurrence d'octroyer sur base de l'article IV.10, §6 CDE une dérogation à l'interdiction de mise en œuvre est exercée par l'Assesseur le plus âgé compte tenu de la langue de procédure (voir les articles IV.17, §2 en IV.21, §2 CDE). Le greffe du Collège de la Concurrence a contacté les Assesseurs francophones par ordre d'âge décroissant. Le 23 juin 2023, Alexis Walckiers, l'assesseur le plus âgé disponible, a été

désigné pour prendre connaissance de la demande de dérogation conformément à l'article IV.10, §6 CDE (« Assesseur désigné »).

4. L'auditeur désigné par l'auditeur général a déposé son rapport le 23 juin 2023 (« le Rapport de l'Auditeur »).
5. La procédure ne prévoit pas qu'une audience soit organisée et la décision de l'Assesseur désigné est basée exclusivement sur les écrits à la disposition de l'Assesseur désigné, à savoir la Demande et le Rapport de l'Auditeur. Une décision concernant la Demande doit intervenir au plus tard le 28 juin, soit trois jours ouvrables après la désignation de l'Assesseur désigné et le dépôt du Rapport de l'Auditeur.

## **B. La Concentration**

6. La Concentration est envisagée dans le cadre de la réforme du paysage hospitalier organisée par la loi du 28 février 2019 instituant le réseau hospitalier clinique locorégional, qui établit l'obligation pour les hôpitaux de se regrouper en réseaux. La Concentration consiste en une opération de fusion entre les activités hospitalières générales de HAP et du PHJ au sein d'une nouvelle structure juridique prenant la forme d'une société coopérative intitulée « NEW HELORA » et constituée par acte du 10 mai 2023.
7. Plus spécifiquement, [CONFIDENTIEL].
8. Selon les Parties, compte tenu du fait que les deux structures hospitalières de HAP et PHJ ont des statuts juridiques différents – HAP est une intercommunale relevant du droit public et soumis au Code de la Démocratie Locale et PHJ est une association sans but lucratif de droit privé - un séquençement précis de l'opération de concentration doit être observé. Il est prévu que ces opérations aient lieu devant un notaire le 29 juin 2023 par les actes authentiques suivants (« les Actes du 29 juin ») (§22 de la Demande):
  - Premièrement, apport des activités hospitalières du CHUPMB (c'est-à-dire le CHU Ambroise Paré) à NEW HELORA (toujours une société coopérative) et, ensuite, de la transformation de NEW HELORA en ASBL
  - Deuxièmement, d'une part, un acte de scission de l'ASBL PHJ, par laquelle le PHJ apporte ses activités hospitalières à NEW HELORA, et, d'autre part, un acte de fusion de l' ASBL NEW HELORA et de l' ASBL HELORA, par laquelle NEW HELORA absorbe HELORA.

## C. La Demande

9. Les Parties demandent de « partiellement lever l'interdiction de mise en œuvre de la fusion envisagée et de les autoriser à passer tous les actes juridiques nécessaires à la clôture de celle-ci le 29 juin 2023. En ce qui concerne les projets d'intégration concrète de leurs opérations [...], les Parties acceptent que ces projets ne seront pas réalisés tant qu'elles n'auront pas obtenu l'approbation, par l'ABC, du projet de fusion, sauf à formuler une nouvelle levée de l'interdiction de mise en œuvre, dont la portée serait alors étendue. »
10. Le Rapport de l'Auditeur résume la motivation de la Demande comme suit « En substance, les Parties invoquent l'argument d'urgence, à savoir la nécessaire passation des actes notariés le 29 juin 2023 par lesquels les actes de fusion (et de scission) seront approuvés par les différentes assemblées générales. Ces actes de fusion du 29 juin sont la résultante d'une série d'opérations techniques et juridique préalables qui, si elles devaient être reportées, auraient pour effet de reporter la fusion administrative du CHUPMB et du PHJ sine die. Les Parties affirment en outre que la Concentration ne soulève pas d'inquiétude s'agissant de son impact sur la concurrence sur les marchés pertinents. »

## D. La législation et la jurisprudence

11. L'article IV.10, §4 CDE dispose que « *Tant que l'Autorité belge de la concurrence n'a pas rendu de décision sur l'admissibilité de la concentration, les entreprises concernées ne peuvent mettre en œuvre la concentration.* » Cette obligation dite de *standstill* (suspension) est une pierre angulaire du contrôle des concentrations, dans la mesure où elle garantit non seulement que les entreprises notifiantes continuent à se faire concurrence pendant la durée des procédures devant les autorités de concurrence, mais également que, si l'autorité compétente ne venait pas à approuver l'opération de concentration, les parties à la concentration n'aient pas encore mis celle-ci en œuvre.
12. Par ailleurs, la mise en œuvre de la concentration par des actes difficilement réversibles engendrerait des coûts économiques et des risques importants si la concentration devait être abandonnée ou si des remèdes structurels étaient imposés à l'issue du processus de contrôle des concentrations. Ainsi, si la période de *standstill* (suspension) peut engendrer des risques pour les entreprises notifiantes, elle permet également à limiter les coûts d'un abandon de la concentration pendant le processus de contrôle des concentrations, ou par l'imposition de remèdes structurels.

13. Le législateur a néanmoins prévu à l'article IV.10, §6 CDE que le Président du Collège peut accorder une dérogation à l'obligation de *standstill* (suspension) : « *Le président peut, à tout moment, à la demande d'une partie, octroyer une dérogation à l'interdiction de mise en œuvre prévue au paragraphe 4. Le président demande que l'auditeur général dépose un rapport mentionnant les éléments d'appréciation nécessaires à la prise de décision visée au présent paragraphe. L'auditeur général ou l'auditeur désigné par lui doit déposer son rapport dans un délai de deux semaines suivant le dépôt de la demande de dérogation. Le président peut raccourcir ce délai.* »
14. Dans la mesure où l'obligation de *standstill* (suspension) est primordiale pour l'effectivité du contrôle des concentrations, les demandes de dérogation à l'article IV.10, §4 doivent être dûment motivées et de telles dérogations restent exceptionnelles. Les fusions sont par essence des opérations qui entraînent une incertitude et des risques pour les entreprises et leurs employés, et les dérogations doivent se limiter aux situations où les conséquences particulièrement néfastes de l'effet suspensif pour les parties ou des tiers dépassent significativement les éventuels effets concurrentiels indésirables de la dérogation. Dans la décision *Johnson/Sara Lee* (COMP/M.5969), la Commission européenne a par exemple rappelé que l'article 7§3 du règlement sur les concentrations (qui prévoit une dérogation à l'obligation de *standstill* (suspension)) s'applique dans des cas exceptionnels et que les parties doivent démontrer que l'application de l'effet suspensif des concentrations entraîne un risque grave et réel pour l'entreprise notificante (puisque cette obligation vise aussi à limiter les coûts engendrés par un abandon de la concentration pendant le processus de contrôle des concentrations, ou par l'imposition de remèdes structurels).
15. Ainsi, de nombreuses dérogations à l'obligation de *standstill* (suspension) par l'Autorité belge de la Concurrence et la Commission européenne concernent des entreprises courant un risque d'insolvabilité, pour lesquelles la survie de la société est engagée. Mais les dérogations ne se limitent pas à ces cas d'insolvabilité (voir par exemple *IPM/ERG Nuove Centrali/ISAB Energy Services* (Comp/M. 4712), qui concernait la couverture d'assurance pour certains salariés et *D'leteren/Groep Heremans* (ABC-2021-C/C-16).

## **E. Evaluation de la demande**

### **E.1. Risque causé par la suspension de la mise en œuvre de la Concentration**

#### *E.1.a. La Demande et le Rapport de l’Auditeur*

16. Le Rapport de l’Auditeur (§27-28) résume la position des Parties de la manière suivante : « Les Parties estiment qu’il n’est pas possible de reporter à une date ultérieure les assemblées générales prévues le 29 juin 2023 qui visent à autoriser la passation des actes authentiques nécessaires pour la fusion. Il est en effet prévu que l’ensemble de l’actif et du passif des entités sera transféré de plein droit à l’entité nouvellement créée suite à la tenue de ces assemblées générales. À défaut de la tenue de ces assemblées générales, les Parties sont d’avis que l’opération de concentration sera inévitablement reportée sine die, voire même impossible à réaliser ultérieurement. »

17. Le Rapport de l’Auditeur (§33) explique que la Concentration constitue une opération particulièrement complexe en raison (i) du statut juridique des Parties et de la législation qui leur est applicable, (ii) des multiples étapes préparatoires requises et (iii) des potentielles conséquences pour la sécurité juridique du personnel, (iv) de l’incertitude des Parties quant à leur obligation de notifier l’opération de concentration.

#### *E.1.b. Evaluation*

18. Tout d’abord, la Demande (§117-125) et le Rapport de l’Auditeur (§42-46) rapportent une incertitude des Parties quant à leur obligation de notifier l’opération de concentration (point (iv) du §33 du Rapport de l’Auditeur). Il en découle que les parties n’ont pris contact qu’en mai 2023 avec l’Auditorat de l’ABC. Dans la mesure où les Parties (comme l’Auditeur) considèrent à présent que la Concentration est sujette au contrôle des concentrations, l’Assesseur désigné ne doit pas s’exprimer sur les différentes interprétations possibles de l’applicabilité du contrôle des concentrations aux regroupements entre hôpitaux au sein d’un réseau.

19. Il semble avoir été considéré de bonne foi que les regroupements ou les fusions entre hôpitaux au sein d’un réseau pourrait être vu comme un regroupement interne à une unité économique existante et ne serait dès lors pas soumis au contrôle des concentrations par l’ABC. Cette conviction était justifiée par le fait que (i) l’article 2 de la loi du 28 février 2021 prévoit que la constitution d’un réseau hospitalier n’est pas soumise au contrôle de concentrations, et (ii) que selon les travaux parlementaires de 2021 le Ministre de l’Economie suggère qu’une fusion entre les membres d’un

même réseau hospitalier constitue une « restructuration interne » (voir §120 de la Demande). Le Rapport de l’Auditeur ne conteste d’ailleurs pas qu’une confusion ait pu exister.

20. Cette incertitude n’a, en soi, pas d’effet sur le risque causé par l’effet suspensif, au moment où la procédure est entamée. Néanmoins, au moment de la préparation de la Concentration et jusqu’à quelques semaines du passage des Actes du 29 juin, les Parties avaient semble-t-il la légitime conviction que le régime du contrôle de concentrations n’était pas applicable à la Concentration. Les Parties auraient donc, de bonne foi, organisé la Concentration et posé une série d’actes sans tenir compte de l’obligation de *standstill* (suspension). A ce sujet, la Demande (§101-106) et le Rapport de l’Auditeur (§34-35) font référence au statut juridique particulier des Parties (point (i) et point (ii) du §33 du Rapport de l’Auditeur) qui mènerait à de « multiples étapes préparatoires ». A ce stade, l’incertitude existe donc dans un sens comme dans l’autre, et le scénario le moins coûteux est probablement de passer les Actes du 29 juin, tout en assurant qu’ils n’entraînent aucun effet irréversible (ce qui est une des conditions proposées par le Rapport de l’Auditeur). Etant donné le contexte exceptionnel de l’incertitude concernant l’application du contrôle des concentrations aux regroupements ou aux fusions entre hôpitaux au sein d’un réseau, il serait disproportionné d’obliger les Parties à abandonner la signature des Actes du 29 juin à ce stade.
21. Par ailleurs, les Parties (suivies par l’Auditeur) estiment qu’il n’est pas possible de reporter à une date ultérieure les assemblées générales prévues le 29 juin 2023 (voir Demande §101-106) et elles sont d’avis que l’opération de concentration sera inévitablement reportée sine die (voir Demande §110 et Rapport de l’Auditeur §38) si les Actes du 19 juin étaient reportés. Le Rapport de l’Auditeur fait référence aux « prochaines élections communales qui sont susceptibles d’affecter les opérations du CHUPMB en sa qualité d’intercommunale » mais ne montrent pas, in concreto, pourquoi les élections communales (qui sont organisées régulièrement sans que les opérations du CHUPMB soient significativement affectées) et l’effet suspensif du contrôle des concentrations entraîneraient un risque grave et réel pour les Parties.
22. En résumé, la demande de dérogation à l’obligation de la suspension de la mise en œuvre du contrôle des concentrations, nait d’une circonstance tout-à-fait exceptionnelle concernant la légitime incertitude concernant l’application du contrôle des concentrations aux regroupements ou aux fusions entre hôpitaux au sein d’un réseau. Au moment de la préparation de la Concentration et jusqu’à quelques semaines du passage des Actes du 29 juin, les Parties avaient la légitime conviction que le régime du contrôle de concentrations n’était pas applicable à la Concentration. A ce stade, le

scénario le privilégié par le Rapport de l’Auditeur est de passer les Actes du 29 juin, tout en assurant qu’ils n’entraînent aucun effet irréversible (ce qui est une des conditions proposées par le Rapport de l’Auditeur).

## **E.2. L’effet concurrentiel**

### **E.2.a. La Demande et le Rapport de l’Auditeur**

23. La Demande souligne que les services offerts par des établissements hospitaliers en Belgique sont largement subventionnés et font l’objet d’une réglementation très dense : chaque service au sein de l’hôpital doit être agréé et répondre à des normes spécifiques en termes de capacité de lits, de taux d’occupation, de niveau d’activité, d’équipement technique et de capacité du personnel médical, paramédical et soignant affecté. La Demande affirme également que « la dynamique concurrentielle classique ne s’applique pas ou uniquement de manière marginale à ce type de services ». Selon, le Rapport de l’Auditeur, les règles de concurrence s’appliquent au secteur hospitalier, puisque les hôpitaux sont des entreprises au sens du droit de la concurrence en ce qu’ils exercent de ce fait une activité économique.

24. La Demande identifie un marché de produit correspondant à l’offre de diagnostic et de soins hospitaliers où plusieurs segmentations sont possibles.<sup>1</sup> Cette définition est reprise par le Rapport de l’Auditeur (§49). Concernant la délimitation du marché géographique, les Parties citent la pratique décisionnelle de la Commission européenne, qui retient un marché infranational, de dimension locale pouvant s’étendre à un rayon de 30 min de trajet en voiture. Elles considèrent que le marché géographique peut être délimité aux provinces du Hainaut et du Brabant wallon. Les Parties se basent pour ce faire sur leur lecture de la décision du 30 juin 2021 de l’ABC dans l’affaire n° CONC-C-C-21/0014 concernant trois hôpitaux bruxellois, qui aurait retenu une approche par province. Le Rapport de l’Auditeur explique qu’une analyse par province ne se substitue pas à une analyse locale et qu’une analyse locale a été effectuée dans le cadre de la procédure simplifiée précitée. Au stade initial de son enquête, l’équipe d’instruction procède à un examen des marchés locaux dont les résultats préliminaires indiquent qu’il y aurait sept marchés locaux autour des sept sites des Parties.

---

<sup>1</sup> Segmentation entre hôpitaux généraux et hôpitaux psychiatriques, segmentation par type d’hospitalisation en lit aigu, hospitalisation en lit chronique et hospitalisation en lit psychiatrique, segmentation entre hospitalisation classique (une hospitalisation d’une durée supérieure à 24h) et hospitalisation de jour (une hospitalisation d’une durée inférieure à 24h); segmentation par groupe d’activités spécialisées/par index de lits agréés ou par service (index C, D, C/D, E, G, L, M, NIC, Sp, S1, S2, S3, S4, S5, S6, A, A1, A2, K, K1, K2, T, T1, T2); segmentation en 28 catégories qui regroupent des Major Diagnostic Categories ainsi qu’un certain nombre de Diagnostic Related Groups.

Selon ces résultats préliminaires, les activités des Parties se chevauchent dans la province du Hainaut dans quatre ou cinq zones de chalandise selon la méthodologie suivie ([CONFIDENTIEL]). [CONFIDENTIEL].

### E.2.b. Evaluation

25. Concernant la question de la concurrence dans le secteur hospitalier, la concurrence prend différentes formes dans différents secteurs de l'économie et la concurrence entre les hôpitaux ne correspond pas à la concurrence dans d'autres secteurs de l'économie (mais, comme le souligne le Rapport de l'Auditeur, il existe une vaste jurisprudence sur l'application du droit de la concurrence dans ce secteur). La Demande ne développe pas ces arguments dans l'analyse concurrentielle et n'explique pas comment la législation sectorielle spécifique affecte les éventuels effets de la concentration. Cette section ne comprend pas d'analyse qualitative (ou quantitative) avec une mise en perspective tenant compte des spécificités du secteur. Le Rapport de l'Auditeur n'explore pas davantage la dimension spécifique de la concurrence dans ce secteur très réglementé. L'évaluation ne peut donc pas tenir compte de ces facteurs spécifiques à ce stade.
26. Pour ce qui concerne le marché géographique, le Rapport de l'Auditeur explique, à juste titre, qu'il convient de procéder à un examen des marchés locaux. Les contraintes concurrentielles dans le secteur hospitalier ne sont pas déterminées par les frontières provinciales, mais par les habitudes des patients, qui peuvent être cartographiées grâce aux données sur l'origine géographique des patients.
27. Les parts de marché reprises dans la section 2 de la Demande ne sont pas basées sur une analyse locale et ne peuvent donc pas être jugées pertinentes à ce stade. L'analyse préliminaire de l'Auditeur indique que les parts de marché cumulées des Parties pourraient être nettement plus élevées sur les marchés locaux.
28. Néanmoins, dans la mesure où les Parties s'engagent à ce qu'aucun acte de coordination ou d'intégration des activités hospitalières ne soit adopté et qu'elles n'entreprennent aucun acte irréversible (ou difficilement réversible), une levée partielle de l'obligation de suspension de la Concentration ne devrait pas avoir d'effet concurrentiel significatif.

**Pour ces motifs,**

L'Assesseur désigné décide de lever partiellement l'obligation de suspension de la Concentration afin que les Parties puissent procéder à la passation de tous les actes authentiques requis le 29 juin 2023. Aucun acte irréversible et aucun acte de coordination ou d'intégration des activités hospitalières ne peuvent être adoptés avant l'approbation de la Concentration par l'ABC.

Ainsi décidé le 28 juin 2023.

L'Assesseur désigné,

Alexis Walckiers