

PUBLIEKE VERSIE

De Voorzitter van de Belgische Mededingingsautoriteit

Beslissing BMA-2023-CC-34 van 27 oktober 2023 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. Inleiding

1. Op 20 oktober 2023 werd door Algemeen Ziekenhuis Damiaan Oostende VZW (hierna “AZ Damiaan”) en Autonome Verzorgingsinstelling Henri Serruysziekenhuis (hierna “AV Serruys”) een verzoek tot ontheffing bij toepassing van artikel IV.10§6 WER ingediend (hierna “het Verzoek”). Naar AZ Damiaan en AV Serruys wordt hierna gezamenlijk verwezen als de “Partijen”.
2. In het licht van onbeschikbaarheden en rekening houdend met de regeling die voortvloeit uit de artikelen IV.17§2 en IV.22§2 WER werd de behandeling van het Verzoek toebedeeld aan de oudste van de beschikbare assessoren in de hoedanigheid van voorzitter die bevoegd is om de ontheffing te verlenen (hierna “de Voorzitter”).
3. De Voorzitter heeft op 23 oktober 2023 overeenkomstig artikel IV.10§6 WER de Auditeur-generaal uitgenodigd om een advies te verstrekken rekening houdend met de hoogdringendheid ingeroepen door AZ Damiaan en AV Serruys (hierna “het Advies”) . De Voorzitter heeft evenwel in het licht van de procedurevoorgaanden geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de wettelijk voorgeschreven termijn voor het indienen van het Advies in te korten.
4. De Auditeur-generaal heeft auditeur Adélaïde Nys (de “Auditeur”) belast met het afleveren van het Advies. Dit Advies is overgemaakt aan de Voorzitter op 24 oktober 2023 en deze is na ontvangst hiervan overgegaan tot het nemen van onderhavige beslissing (hierna “de Beslissing”).

II. Betrokken concentratie

5. Het Verzoek heeft betrekking op een voorgenomen transactie waarbij AZ Damiaan en AV Serruys een inbreng doen van een bedrijfstak in de vzw AZ Oostende (hierna "AZ Oostende"). AZ Oostende werd met het oog op de voorgenomen transactie opgericht op 6 maart 2023.

6. De voorgenomen inbreng omvat voor beide ziekenhuizen de ziekenhuisactiviteiten (waaronder de erkende bedden), de personeelsleden, alle aanhorigheden zoals het medisch en niet-medisch materieel in gebruik in bedoelde ziekenhuizen, alle vorderingen en tegoeden en overige bestanddelen die onderdeel uitmaken van de bedrijfstakken. Uiterlijk op 31 december 2023 zouden zowel AZ Damiaan als OCMW Oostende een inbreng doen van onroerende goederen, waaronder het ziekenhuisgebouw gebruikt door AV Serruys. De voorgenomen transactie zou tot gelijke inbrengen van AZ Damiaan en AV Serruys leiden.

7. De voorgenomen transactie zou in twee fasen verlopen. De eerste fase houdt in dat AZ Oostende uitbater wordt van de beide ziekenhuizen, waarbij het zeggenschap over AZ Oostende paritair zou georganiseerd worden. De tweede fase zou dan leiden tot een fusie van de beide ziekenhuizen die zouden opereren onder één enkel erkenningsnummer. De controle over AZ Oostende zou in deze fase niet worden gewijzigd.

8. In de aanloop naar deze voorgenomen transactie heeft AV Serruys beslist om uit te treden uit AZ Sint-Jan te Brugge. De opzegtermijn voor bedoelde uittreding bedroeg twee (2) jaar en loopt af op 31 oktober 2023. Met ingang van 1 november 2023 zal AV Serruys niet meer kunnen functioneren onder het erkenningsnummer van AZ Sint-Jan. Dit zou met zich brengen dat AV Serruys zowel juridisch als operationeel ontkoppeld wordt van AZ Sint-Jan. In het licht hiervan werd een nieuw erkenningsnummer aangevraagd op 1 oktober 2023. Het Verzoek geeft aan dat dit nieuw nummer zou toegekend worden voor 31 oktober 2023, evenwel niet aan AV Serruys maar direct aan AZ Oostende.

III. Procedureel mededingingsrechtelijk kader

9. Artikel IV.10§4 WER voorziet in een schorsingsplicht hangende de mededingingsrechtelijke toetsing van een aanmeldbare concentratie. Artikel IV.10§6 WER voorziet in de mogelijkheid van een ontheffing van deze schorsingsplicht in de omstandigheden en onder de voorwaarden en verplichtingen die de Voorzitter gepast acht.

10. Voormelde bepalingen zijn evenwel slechts relevant als een aanmeldbare concentratie voorligt. Zowel de Partijen, als de Auditeur geven aan dat dit het geval is. Er is sprake van een duurzame wijziging van de zeggenschap (naar een situatie van gemeenschappelijke controle) en ook de aanmeldingsdrempels zouden

gehaald worden. Het Verzoek (nr 10) stipt wat dit laatste betreft aan dat AZ Damiaan een omzet zou hebben van 187 mln EUR en de omzet van AZ Serruys in ieder geval hoger wordt ingeschat dan 40 mln EUR. Op deze basis lijkt het terecht dat zowel de Partijen als de Auditeur uitgaan van de veronderstelling dat een aanmeldbare concentratie voorligt en artikels IV10§4 en §6 WER bijgevolg toepasselijk zijn.

IV. Aanmeldingsprocedure

11. Op het ogenblik van de Beslissing is de voorgenomen transactie nog niet aangemeld bij de Belgische Mededingingsautoriteit (hierna “BMA”) en bevindt de procedure zich nog in de prenotificatiefase.

12. Het Verzoek (nr 12) geeft aan dat de prenotificatiefase werd opgestart op 22 juni 2023 en verwijst verder naar een verzoek om inlichtingen (hierna “VOI”) dat door het Auditoraat werd gericht aan AZ Damiaan en aan AV Serruys op 11 juli 2023. AZ Damiaan zou op het VOI binnen de gegeven termijn geantwoord hebben. [VERTROUWELIJK].

13. De procedurele situatie op het tijdstip van de Beslissing is eerder onzeker. Noch de Partijen, noch het Auditoraat geven op dit vlak precieze toelichting. In ieder geval wordt nergens melding gemaakt van een voorziene of te voorziene aanmeldingsdatum.

14. Een en ander maakt dat er geen voorspelbaarheid is van de (zelfs maar benaderende) duurtijd waarvoor enige ontheffing verleend zou worden als deze gekoppeld wordt aan de datum van de uitspraak door de BMA.

V. Mededingingsrechtelijk beoordelingskader

15. Alvorens tot de beoordeling van het Verzoek over te gaan is het nuttig om het beoordelingskader te schetsen.

16. Vooreerst moet er sprake zijn van urgentie. Het Verzoek (nr 18) stelt dat er urgentie of hoogdringendheid voorhanden is omdat het uit artikel IV.10§4 WER voortvloeiende uitvoeringsverbod “ernstige en reële risico’s [inhoudt] voor de aanmeldende ondernemingen (en hun afnemers en patiënten) en dit met potentieel onherstelbare schade tot gevolg, niet alleen voor AV Serruys maar ook voor de bevolking binnen de regio Oostende (en zelfs de gehele provincie West-Vlaanderen)”.

17. Rekening houdend met de eigenheid van deze zaak dient verder nagegaan te worden of de urgentie niet bestaat door toedoen van Partijen. Een verzoek tot ontheffing zou immers mogelijk problematisch kunnen zijn als de urgentie door diligent handelen van Partijen had kunnen vermeden worden.

18. Verder moeten de risico's die de urgentie verantwoorden afgewogen worden ten aanzien van het risico op een daadwerkelijke beperking van de mededinging. Partijen betogen in het Verzoek (nr 19 en volgende) dat de eerste fase van de voorgenomen transactie geen bezwaren doet rijzen en de daadwerkelijke mededinging niet op significante wijze zal belemmeren.

19. De Auditeur wijst erop in het Advies (nr 61) dat zij momenteel over onvoldoende informatie beschikt en met name informatie die haar in staat stelt om de verdere segmentering van de productmarkt te analyseren, evenals op geografisch vlak nader onderzoek te verrichten aangaande de lokale markten. Verder stelt de Auditeur dat de voorgenomen transactie een reeks vragen oproept die maar onderzocht kunnen worden in het kader van een volledige concentratiecontroleprocedure (Advies, nr 63). Tot slot is het nuttig aan te stippen dat Partijen aangeven dat zij in elke betrokken markt een gezamenlijk marktaandeel van meer dan 50% zouden hebben en dus niet in aanmerking zouden komen voor de vereenvoudigde procedure (Verzoek, nr 22)

20. In het licht van het voorgaande kan de afweging die de Voorzitter dient te maken onmogelijk bestaan in een zelfs maar prima facie beoordeling van de mogelijke mededingingsbezwaren die de voorgenomen transactie zou kunnen oproepen. Hiervoor beschikt de Voorzitter niet alleen niet over de vereiste informatie (die in casu zo goed als nihil is), maar tevens zou het ongepast zijn dat een procedure op basis van artikel IV.10§6 WER in die omstandigheden zelfs maar enige voorafname doet op de analyse die de Auditeur nog dient te verrichten en de beslissing die de BMA nog dient te nemen.

21. Rekening houdend met de omstandigheden van deze zaak zal de afweging zich toespitsen op de onmiddellijke impact van een mogelijke ontheffing gedurende de interimperiode en de omkeerbaarheid van de toegelaten maatregelen in het licht van de tussen te komen beslissing van de BMA. Het belang van de omkeerbaarheid wordt tevens in het Advies (nr 64) aangestipt.

VI. Urgentie

22. De Partijen gaan in het Verzoek (nr 13 e.v.) uitvoerig in op de urgentie. Zij geven zeer concreet aan waarom AV Serruys zonder ondersteuning van AZ Damiaan de continuïteit van de dienstverlening op korte termijn niet kan garanderen. Hierbij verwijzen ze in zeker mate van detail naar de problemen die zouden ontstaan op het vlak van algemene directie en management, ICT en andere -systemen, technische dienst, logistiek en verzekeringen, apotheek en medicatie, aankoop, personeelstekorten in het bijzonder inzake de materniteit, de pediatrie en hoofdverpleegkundigen, financiën en administratie en personeelsdienst (HR). Verder wijzen Partijen erop dat het aangevraagde erkenningsnummer niet zal toegekend worden aan AV Serruys, maar aan AZ Oostende. Zij stellen dat dit standpunt naar alle waarschijnlijkheid is ingegeven door het feit dat AV Serruys

vanaf 1 november 2023 niet in staat zal zijn om als autonoom ziekenhuis te fungeren in overeenstemming met de erkenningsvoorwaarden. Dit laatste lijkt de argumentatie van Partijen te bevestigen. Tot slot schetsen de Partijen de risico's van een (tijdelijke) sluiting van AV Serruys vanuit het perspectief van de patiënten (Verzoek, nr 15), andere stakeholders (zoals de zorgmedewerkers) (Verzoek, nr 16) en AV Serruys zelf (Verzoek, nr 17).

23. De Auditeur treedt de argumentatie van de Partijen bij. De Auditeur (Advies, nr 22) stelt vast dat er inderdaad sprake is van tijdsdruk door het feit dat i) de uittreding van AZ Sint-Jan definitief en onherroepelijk op 1 november 2023 plaats zal vinden en dat ii) deze uittreding onvermijdelijk de operationele continuïteit van de dienstverlening van AV Serruys in het gedrang brengt.

24. In het licht van de toelichting verstrekt door Partijen en de bevestiging door de Auditeur in het Advies stelt de Voorzitter vast dat aan de voorwaarde van urgentie is voldaan.

VII. Invloed van Partijen op urgentie

25. Rekening houdend met de specificiteit van deze zaak lijkt het noodzakelijk na te gaan of de urgentie door Partijen redelijkerwijze had kunnen vermeden worden. Het kan immers niet de bedoeling zijn van de procedure voorzien in artikel IV.10§6 WER dat een ontheffing wordt gevraagd als gevolg van artificieel gecreëerde urgentie of een aantoonbaar gebrek aan diligentie van Partijen.

26. Op 14 oktober 2021 werd een pre-fusieakkoord gesloten (Verzoek, nr 2) en op diezelfde datum heeft AV Serruys beslist om uit AZ Sint-Jan te treden (Verzoek, nr 3). De opzegtermijn bedroeg 2 jaar zodat AV Serruys ruim van tevoren wist dat de ontkoppeling van AZ Sint-Jan zich zou voordoen per 1 november 2023. Verder neemt de Voorzitter aan dat Partijen zich bewust waren of zich minstens bewust hadden moeten zijn van het feit dat de fusie van de beide ziekenhuizen onderworpen zou zijn aan concentratiecontrole en dat hieraan een schorsingsplicht is gekoppeld.

27. De Partijen (Verzoek, nr 12) geven aan dat de prenotificatiefase is opgestart met een eerste contact op 22 juni 2023 en de Auditeur (Advies, nr 2) bevestigt dat hierop een eerste bijeenkomst is gevolgd op 5 juli 2023. Deze timing komt de Voorzitter niet als onredelijk voor. In het kader van een efficiënt concentratiecontrolebeleid (waarvoor de wetgever vanaf het moment van de aanmelding scherpe termijnen heeft voorzien) is het niet onredelijk dat Partijen aannemen dat een prenotificatiefase van drie maanden in de regel voldoende is. Een en ander maakt dat de contactname met het Auditoraat op 22 juni 2023 en de timing van een eerste bijeenkomst niet als laattijdig of een gebrek aan diligentie kunnen aangemerkt worden.

28. Het Auditoraat heeft snel gereageerd op de eerste bijeenkomst bij middel van een eerste VOI gedateerd op 11 juli 2023 (Advies, nr 6). Dit VOI betrof informatie die de Auditeur in staat diende te stellen om marktaandelen

te berekenen. AZ Damiaan heeft de gevraagde informatie aangeleverd op 24 juli 2023 (Advies, nr 6). [VERTROUWELIJK].

29. De Auditeur wijst niet uitdrukkelijk naar een gebrek aan diligentie van Partijen in dit kader en verwijst in het Advies (nr 6) naar [VERTROUWELIJK].

30. Tegen die achtergrond kan aangenomen worden dat de urgentie niet het gevolg is van een gebrek aan diligentie van Partijen.

VIII. Mogelijke mededingingsbezwaren

31. De Auditeur erkent dat het zekere verlies vanaf 1 november 2023 van haar erkenningsnummer en van haar financiële en operationele autonomie AV Serruys in een precaire situatie zou brengen (Advies, nr 28). Het Advies (ibid.) stelt dat er een werkelijk risico bestaat dat AV Serruys op korte termijn verdwijnt van de markt als ze op de goedkeuring van de BMA moet wachten.

32. Deze bevestiging van de Auditeur is belangrijk omdat, mits de omkeerbaarheid wordt gewaarborgd (zie hieronder), er bezwaarlijk een scenario denkbaar is waarin het (minstens tijdelijk) verdwijnen van de markt van AV Serruys de mededinging ten goede zou komen. Hierbij mag niet uit het oog verloren worden dat de vrijwaring van de mededinging geen doel op zich is, maar een middel om in casu in de eerste plaats de afnemers (zijnde de patiënten) de beste zorgen aan de beste voorwaarden te bezorgen. Dit geldt in het bijzonder voor een markt die vooral gekenmerkt wordt door de restconcurrentie gezien het bijzonder regulatorisch kader dat toepasselijk is. Een (zelfs tijdelijke) sluiting van AV Serruys is vanuit dat perspectief geen te prefereren scenario.

33. Om de omkeerbaarheid te beoordelen dient te worden nagegaan wat nodig is om de urgentie te vermijden, en of redelijkerwijze mag aangenomen worden dat een ontheffing in die zin nog toelaat om een beslissing van het Mededingingscollege concreet en effectief te implementeren. In dit kader stelt de Voorzitter vast dat de Partijen in ieder geval geen ontheffing vragen voor de implementatie van de tweede fase van de voorgenomen transactie die bestaat in de consolidatie van de beide ziekenhuizen tot één ziekenhuis. Dit is significant omdat de Auditeur (Advies, nr 64) het belang onderstreept dat in afwachting van de beslissing AV Serruys als zelfstandig ziekenhuis blijft behouden. Verder wijst de Auditeur erop (Advies, nr 64) dat er geen enkele handeling tot coördinatie of integratie van de ziekenhuisactiviteiten mag gebeuren. Er mag aangenomen worden dat de Auditeur hiermee doelt op handelingen die niet uitdrukkelijk in de ontheffing zouden worden vermeld en die niet noodzakelijk zijn om de operationele continuïteit van AV Serruys in overeenstemming met de erkenningsvoorwaarden te waarborgen.

34. Partijen beschrijven de omkeerbaarheid van de door hen gevraagde ontheffing in het Verzoek (nr 30). De aldaar aangehaalde argumentatie lijkt plausibel en wordt in het Advies niet in vraag gesteld.

35. Tot slot stelt zich de vraag naar de duurtijd van een bij toepassing van artikel IV.10§6 WER te verlenen ontheffing. De Auditeur (Advies, nr 65) merkt terecht op dat er tot nu toe altijd sprake is geweest van een ontheffing tot op het ogenblik van de beslissing van de BMA. Dit is logisch als algemeen principe, maar de vraag stelt zich of hierop geen correctie dient aangebracht te worden in het licht van de specificiteit van deze zaak. Hierbij spelen volgende overwegingen:

- Het Advies (nr 25) stelt dat er sedert juli 2023 totaal geen gegevens voor AV Serruys aan het Auditoraat zijn beschikbaar gesteld. Meer algemeen is er geen indicatie of en in welke mate er in de prenotificatiefase intussen vooruitgang is geboekt.
- Het is verre van duidelijk op welke wijze deze situatie zal gedeblokkeerd worden vanaf 1 november 2023. Het Advies (nr 25) stelt op dit vlak: "Zo blijkt het dat de door AV Serruys benodigde informatie slechts beschikbaar zal zijn eens de uittreding plaats zal hebben gevonden, d.i. vanaf 1 november 2023." Echter, zelfs vanaf die datum lijken de historische gegevens in het bezit te blijven van AZ Sint-Jan (Verzoek, nr 12) en het is dit type van informatie dat de Auditeur in juli 2023 bij de Partijen lijkt opgevraagd te hebben (Advies, nr 45).
- De Partijen geven aan dat zij in de gegeven omstandigheden de aanmelding nog niet terdege hebben kunnen voorbereiden (Verzoek, nr 11).
- Tot slot bevatten noch het Verzoek, noch het Advies enige indicatie over de wijze waarop realistisch en binnen een redelijk voorspelbare termijn kan toegewerkt worden naar een ontvankelijke aanmelding.

36. In het licht van dit alles lijkt het gepast om Partijen een ontheffing te verlenen voor een redelijke termijn die hen in staat dient te stellen om tot een aanmelding te komen en de concentratiecontroleprocedure af te werken. Het dient echter vermeden te worden dat de ontheffing onbeperkt in de tijd kan voortduren omdat de Partijen er niet in slagen een ontvankelijke aanmelding in te dienen. Hierdoor zou de ontheffing ontkoppeld worden van een beslissing van de BMA nu de BMA pas formeel gevat wordt nadat Partijen tot een aanmelding zijn overgegaan. Na verloop van tijd lijkt het verder gepast dat de voorwaarden voor een ontheffing (zoals onder andere de impact op de mededinging tijdens de interimperiode en de omkeerbaarheid) gerevalueerd worden als er op dat ogenblik nog geen aanmelding zou zijn.

OM DEZE REDENEN WORDT ALS VOLGT BESLIST :

De Voorzitter verleent op basis van artikel IV.10§6 WER een ontheffing van het in artikel IV.10 § 4 WER neergelegde uitvoeringsverbod vanaf de datum van indiening van het Verzoek tot aan de datum van de beslissing waarin de BMA zich uitspreekt over de toelaatbaarheid van de voorgenomen transactie. Deze ontheffing betreft en is beperkt tot het navolgende:

- De inbreng van de bedrijfstakken door AZ Damiaan en AV Serruys in AZ Oostende, waarbij AZ Oostende zal fungeren als uitbater van beide ziekenhuizen, doch deze elk onder een eigen erkenningsnummer blijven functioneren;
- De gezamenlijke organisatie van de backoffice (met inbegrip van managementfuncties en ondersteunende functies) in de mate dat die diensten tot 31 oktober 2023 werden verleend aan AV Serruys door AZ Sint-Jan;
- De samenvoeging van de diensten materniteit en pediatrie van beide ziekenhuizen (AZ Damiaan en AV Serruys).

Deze ontheffing neemt automatisch een einde, tenzij zij op verzoek van Partijen wordt verlengd, als er uiterlijk op 31 januari 2024 geen door het Auditoraat ontvankelijk geachte aanmelding is ingediend door Partijen met betrekking tot de voorgenomen transactie. Als zulke aanmelding op of voor bedoelde datum is ingediend loopt de ontheffing ononderbroken door tot aan de datum van de beslissing waarin de BMA zich uitspreekt over de toelaatbaarheid van de voorgenomen transactie.

27 oktober 2023

Assessor,

In de hoedanigheid dd Voorzitter,

Frank Wijckmans