

De Voorzitter van de Belgische Mededingingsautoriteit

Beslissing BMA-2024-CC-14 van 29 maart 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. Retroacta

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 uitspreekt over de toelaatbaarheid van de voorgenomen transactie”* (“Ontheffingsbeslissing”).¹ 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”*.²

6. Op 26 januari 2024 dienden Partijen bij de Voorzitter van de BMA een nieuw verzoek in om de termijn van de Ontheffingsbeslissing te verlengen van 31 januari 2024 tot en met 31 maart 2024, en dit teneinde te verhinderen dat de verleende ontheffing op 31 januari 2024 automatisch een einde zou nemen. Op 29 januari 2024 verleende de dienstdoende Voorzitter van de BMA een verlenging van de termijn van de Ontheffingsbeslissing van 31 januari 2024 tot en met 31 maart 2024. Hierbij werd bepaald dat de ontheffing aan het einde van de bijkomende termijn automatisch vervalt, tenzij dit nogmaals op verzoek van Partijen wordt verlengd.

¹ Beslissing van 27 oktober 2023, BMA-2023-CC-34.

² *Id.*

II. Het Verzoek tot verlenging van ontheffing

7. Op 28 maart 2024 dienden Partijen bij de Voorzitter van de BMA een Verzoek in om de termijn van de Ontheffingsbeslissing nogmaals te verlengen tot en met 31 mei 2024 (“Verzoek tot verlenging”), en dit teneinde te verhinderen dat de verleende ontheffing ditmaal op 31 maart 2024 automatisch een einde zou nemen.

8. In hun Verzoek tot verlenging delen Partijen mee dat zij er tegen 31 maart 2024 niet zullen in slagen om het aanmeldingsformulier betreffende hun voorgenomen fusie in te dienen. De Partijen stellen dat *“de tijd die nog rest tot de (verlengde) periode van ontheffing verstrijkt, niet volstaat om de dialoog met het Auditoraat en het proces van informatieverwerking af te ronden en dus het aanmeldingsformulier op een ontvankelijke wijze te finaliseren en in te dienen”*. Daarop concluderen zij als volgt: *“[d]e aanmeldende partijen dienen dan ook – en tot hun spijt – vast te stellen dat zij meer tijd nodig hebben om het geheel te finaliseren”*.

9. Partijen bevestigen anderzijds dat zij in tussentijd geen verdere stappen hebben genomen tot integratie conform de voorwaarden van de Ontheffingsbeslissing.

III. Het Advies van de Auditeur

10. De Voorzitter heeft op 29 maart 2023 overeenkomstig artikel IV.10§6 WER de Auditeur-generaal uitgenodigd om een advies te verstrekken over het Verzoek tot verlenging. De Auditeur-generaal heeft auditeur Vasiliki Mitrias (de “Auditeur”) belast met het afleveren van het Advies. Dit Advies is overgemaakt aan de Voorzitter op 29 maart 2024.

11. In haar advies onderstreept de Auditeur de laattijdigheid van het verzoek (ingediend op 28 maart 2024 voor een termijn die verstrijkt op 31 maart) waarbij zowel de Auditeur als de Voorzitter worden gevraagd om op zeer korte tijd het verzoek te beoordelen. De Auditeur meent evenwel dat het verzoek tot verlenging niet onredelijk is. Daarenboven verwijst de Auditeur naar een eerdere ontheffingsbeslissing van de BMA die met terugwerkende kracht genomen werd.³

12. De auditeur stelt dat voorwaarden voor een verzoek tot ontheffing nog steeds voldaan zijn. Meer bepaald dat de Partij AV Henri Serruys afhankelijk is van de ontheffing voor haar operationele continuïteit en dat er geen bezorgdheden bestaan omtrent de beperkingen van de daadwerkelijke mededinging gezien de strikte voorwaarden van de oorspronkelijke Ontheffingsbeslissing. De Ontheffingsbeslissing voorziet meer bepaald dat de ontheffing beperkt is tot het volgende⁴:

³ BMA-2015-C/C-79 van 23 december 2015 (punt 22).

⁴ BMA-2023-CC-34 van 27 oktober 2023.

- 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).

13. De Auditeur verwijst voor het overige ook naar de vooruitgang die geboekt werd in de analyse van de concentratie sinds januari 2024 wat het Auditoraat toegestaan heeft om haar onderzoek verder te zetten.

14. Voor deze redenen stelt de auditeur om in te gaan op het verzoek en een nieuwe verlenging van de termijn van de Ontheffingsbeslissing toe te staan tot en met 31 mei 2024.

IV. Beoordeling van het Verzoek tot verlenging van de ontheffing

IV.1 Voorwaarden voor de verlenging van de ontheffing

15. De voorwaarden voor een ontheffing op het verbod tot uitvoering werden reeds eerder uiteengezet in de Beslissingen BMA-2024-CC-05 van 29 januari 2024 en BMA-2023-CC-34 van 27 oktober 2023. Het betreft meer bepaald de urgentie, rekening houdende met de impact van het verbod op uitvoering op Partijen of derden, en het feit dat de ontheffing niet van dien aard moet zijn dat ze de daadwerkelijke mededinging in gevaar brengt.⁵

16. Wat de eerste voorwaarde betreft is de situatie ongewijzigd en is, zoals ook aangegeven door de Auditeur, de verlenging van de ontheffing noodzakelijk om de continuïteit van de dienstverlening van AV Serruys te vrijwaren.

17. Wat de tweede voorwaarde betreft, is deze eveneens vervuld aangezien de oorspronkelijke voorwaarden van de Ontheffingsbeslissing onverminderd van toepassing blijven en er in die omstandigheden reeds vastgesteld werd dat er geen gevaar is voor een onomkeerbare beperking van de daadwerkelijke mededinging.⁶ Meer bepaald blijft de ontheffing beperkt tot de eerste fase van de fusie en heeft deze geen betrekking op de tweede fase van de fusie welke de consolidatie van beide ziekenhuizen tot één ziekenhuis betreft. De Partijen bevestigen ook dat er geen verdere stappen werden

⁵ Naar analogie met de voorwaarden voor een ontheffing zoals bepaald in art. 7(3) van Verordening 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.

⁶ BMA-2023-CC-34 van 27 oktober 2023, §§33-34 en BMA-2024-CC-05 van 29 januari 2024, §11.

genomen tot integratie (of uitvoering van de transactie) met uitzondering van die aspecten waar een ontheffing voor verleend werd.

18. De omstandigheden in het licht waarvan de respectievelijke dienstdoende Voorzitters op 27 oktober 2023 en op 29 januari 2024 een ontheffing hebben verleend, zijn vandaag ongewijzigd en rechtvaardigen bijgevolg een verlenging van de ontheffing.

IV.2 Termijn voor de verlenging tot ontheffing

19. Partijen vragen om een verlenging van de ontheffing tot 31 mei 2024. Ze voeren aan dat de intussen verkregen data (waarvan het eerdere ontbreken, buiten hun wil om, met name aan de basis lag voor de eerdere verzoeken tot ontheffing en verlenging van de ontheffing) hen toelaat een omschrijving te maken van de marktstructuur, de betrokken markten en de marktmacht van de Partijen in de beoogde concentratie. Ze verwijzen naar een constructieve samenwerking met het Auditoraat hierover met het oog op de indiening van een ontvankelijk aanmeldingsformulier. De Auditeur bevestigt deze stand van zaken en verwijst naar een termijn die de Partijen in staat moet stellen om het aanmeldingsformulier optimaal te finaliseren.

20. De Voorzitter neemt akte van deze situatie en acht het dan ook redelijk om de termijn van de Ontheffingsbeslissing te verlengen tot en met 31 mei 2024.

21. De Voorzitter deelt de mening van de Auditeur dat het Verzoek tot verlenging bijzonder laattijdig ingediend werd wat de behandeling van dergelijk verzoek niet ten goede komt. Het besluit van de Voorzitter kan desalniettemin uitzonderlijk één dag na het verzoek genomen worden (en daarmee tijdig vóór het verlopen van de termijn van 31 maart 2024) gezien de beperkte ontwikkelingen sinds de laatste aanvraag voor verlenging.

V. 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 maart tot en met 31 mei 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 mei 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 maart 2024

Axel Desmedt
Voorzitter