

Positie van het auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit betreffende de toepassing van de concentratiecontrole op locoregionale ziekenhuisnetwerken

I. Inleiding

1. Het auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit heeft vragen van de ziekenhuissector ontvangen over de wet van 28 februari 2019 tot wijziging van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen, wat de klinische ziekenhuisnetwerking tussen ziekenhuizen betreft (hierna “de wet van 28 februari 2019”) en zijn concrete implementatie.¹

2. In de loop van het eerste semester van 2020 heeft het auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit een informeel onderzoek gevoerd en heeft zij contact gehad met verscheidene actoren die betrokken zijn bij of geaffecteerd door de hervorming van de ziekenhuisnetwerken.

3. De Belgische Mededingingsautoriteit is bevoegd voor de beoordeling van concentraties (van een bepaalde dimensie) en samenwerkingen tussen ziekenhuizen. Immers, ziekenhuizen zijn ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht: ziekenhuizen die hun diensten aanbieden tegen betaling, hetzij rechtstreeks van de patiënten, hetzij door hun verzekering, worden algemeen geacht een economische activiteit te verrichten.²

4. Zelfs in deze sterk gereguleerde sector kan er nog sprake zijn van een zekere concurrentie tussen ziekenhuizen op het vlak van aanbieden van zorgdiensten, die onder het toezicht van de Belgische Mededingingsautoriteit valt.³

¹ Wet van 28 februari 2019 tot wijziging van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen, wat de klinische ziekenhuisnetwerking tussen ziekenhuizen betreft, *B.S.*, 28 maart 2019.

² Zie arresten HvJ van 23 april 1991, C-41/90, Höfner et Elser, § 21; van 12 juli 2001, B.S.M. Smits, echtgenote van Geraets/Stichting Ziekenfonds VGZ en H.T.M. Peerbooms/Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404, §§ 53-58 (ziekenhuizen); van 12 september 2000, C-180/98 tot C-184/98, Pavlov & andere, §§ 74-75. Zie ook de beslissingen van andere mededingingsautoriteiten betreffende ziekenhuizen, onder andere, ACM, beslissing van 2 mei 2019, Goedkeuring van de concentratie tussen Stichting OLVG en afdelingen MC Slotervaart ; ACM, beslissing van 17 juli 2019, Goedkeuring van de concentratie tussen Stichting Christelijk Algemeen Ziekenhuis Noordwest-Veluwe en locatie Lelystad van MC IJsselmeerziekenhuizen B.V. ; ADLC, beslissing 20-DCC-38 van 28 februari 2020, beslissing Elsan/HSM . Zie ook Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, (2016/C 262/01), §§ 26 en 27.

³ Zie Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, (2016/C262/01) § 26 “*In vele andere lidstaten bieden ziekenhuizen en andere zorgaanbieders hun diensten aan tegen betaling, hetzij rechtstreeks door patiënten, hetzij door hun verzekering. In die stelsels speelt er een zekere mate van concurrentie tussen ziekenhuizen wat betreft het aanbieden van zorgdiensten.*”

5. Deze nota zet de conclusies uiteen waartoe het auditoraat kwam volgend op haar informele analyse, en volgend op haar discussie met, en commentaren van, de sector.

II. De oprichting van een ziekenhuisnetwerk kan een concentratie vormen

6. Het auditoraat heeft onderzocht of de oprichting van een ziekenhuisnetwerk een concentratie kan vormen, en indien dit zo is, in welke gevallen.

II.1 De oprichting van een ziekenhuisnetwerk kan een duurzame wijziging van zeggenschap met zich meebrengen

7. De oprichting van een ziekenhuisnetwerk kan een duurzame wijziging van zeggenschap over de individuele ziekenhuizen die tot het netwerk zullen behoren met zich meebrengen aangezien de wet van 28 februari 2019 erin voorziet dat in het kader van de beslissingsstructuur die door de oprichting van een locoregionaal ziekenhuisnetwerk wordt opgezet, een bepalende invloed op de strategische beslissingen van de individuele ziekenhuizen wordt uitgeoefend.

8. In het nieuwe artikel 14/1 van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen⁴ (hierna “de ziekenhuiswet”) wordt het locoregionaal klinisch ziekenhuisnetwerk (hierna “locoregionaal ziekenhuisnetwerk” of “locoregionale ziekenhuisnetwerken”) gedefinieerd als volgt:

“een door de op grond van de artikelen 128, 130 of 135 van de Grondwet bevoegde overheden voor het gezondheidszorgbeleid erkende duurzame en juridisch geformaliseerde samenwerking met rechtspersoonlijkheid tussen minstens twee op het ogenblik van de oprichting van het locoregionaal klinisch ziekenhuisnetwerk afzonderlijk erkende niet-psychiatrische ziekenhuizen, uitgezonderd ziekenhuizen die enkel beschikken over psychiatrische ziekenhuisdiensten (kenletter A, T of K) samen met gespecialiseerde diensten voor behandeling en revalidatie (kenletter Sp) of een dienst voor geriatrie (kenletter G), die zich binnen een geografisch aansluitend gebied bevinden en die complementair en rationeel locoregionale zorgopdrachten aanbieden”.

9. De locoregionale ziekenhuisnetwerken hebben o.m. als opdracht het bepalen van de strategie inzake het aanbod aan locoregionale zorgopdrachten, de coördinatie van het aanbod aan algemene en gespecialiseerde zorgopdrachten tussen de ziekenhuizen van het locoregionaal ziekenhuisnetwerk, en het vastleggen van schriftelijke afspraken over het ter beschikking stellen van middelen, waaronder financiële middelen, noodzakelijk voor de uitvoering van de opdrachten van het locoregionaal ziekenhuisnetwerk.⁵

10. De zorgopdrachten zijn de activiteiten van ziekenhuizen gerelateerd aan een ziekenhuisdienst, een ziekenhuisfunctie, een ziekenhuisafdeling, een zwaar medische apparaat, een medische dienst, een medisch-technische dienst of een zorgprogramma. Meer in het bijzonder zijn de locoregionale

⁴ Gecoördineerde wet op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen van 10 juli 2008, B.S.7 november 2008.

⁵ Zie artikel 17/2 van de ziekenhuiswet.

zorgopdrachten de zorgopdrachten die in elk locoregionaal klinisch ziekenhuisnetwerk moeten worden aangeboden, terwijl de supraregionale zorgopdrachten de zorgopdrachten zijn die niet in elk locoregionaal klinisch ziekenhuisnetwerk mogen worden aangeboden.⁶

11. De ziekenhuizen blijven verantwoordelijk o.a. voor het vertalen en uitvoeren van de door het locoregionale ziekenhuisnetwerk besliste strategie,⁷ en zijn gebonden door de beslissingen van het ziekenhuisnetwerk.⁸

12. De wet bepaalt verder dat het locoregionale ziekenhuisnetwerk een eigen beheer heeft. Elk ziekenhuis dat deel uitmaakt van het locoregionale ziekenhuisnetwerk beschikt over minstens één vertegenwoordiger in het beheersorgaan. Deze vertegenwoordigers van de ziekenhuizen moeten lid zijn van een beheersorgaan van het ziekenhuis dat ze vertegenwoordigen. Daarnaast moet het beheersorgaan van het locoregionaal klinisch ziekenhuisnetwerk minstens een onafhankelijke bestuurder bevatten en een arts die geen ziekenhuisarts is in één van de ziekenhuizen van het betrokken locoregionaal klinisch ziekenhuisnetwerk.⁹

13. De oprichting en de werking van de locoregionale ziekenhuisnetwerken hebben dus tot gevolg dat een bepalende invloed kan uitgeoefend worden op de strategische beslissingen van de individuele ziekenhuizen die er deel van uitmaken.¹⁰ Het is niet noodzakelijk dat deze invloed effectief wordt uitgeoefend: de loutere mogelijkheid hiertoe volstaat opdat sprake kan zijn van een concentratie.¹¹ Op deze manier heeft het ontbreken van een duidelijk juridisch kader betreffende de definitie van zorgopdrachten door de Koning geen invloed op de notie wijziging van zeggenschap en het al dan niet bestaan van een concentratie.

14. Uit bovenstaande blijkt dat de oprichting van een locoregionaal ziekenhuisnetwerk minstens in sommige gevallen een verandering in zeggenschap voor de individuele ziekenhuizen tot gevolg heeft. Deze verandering in zeggenschap betreft ten minste de locoregionale zorgopdrachten (die het merendeel van de zorgopdrachten van elk ziekenhuis vertegenwoordigen) waarvoor in het kader van de beheerstructuur van het locoregionale ziekenhuisnetwerk de strategische beslissingen worden genomen, maar waarschijnlijk ook de supraregionale zorgopdrachten. De beslissingen over de organisatie en het aanbod van locoregionale zorgopdrachten zullen waarschijnlijk ook een impact hebben op het aanbod van supraregionale zorgopdrachten. Bovendien zullen sommige strategische beslissingen betreffende de afstemming tussen de locoregionale en supraregionale zorgopdrachten genomen worden door het beheersorgaan van het locoregionale ziekenhuisnetwerk.¹² Het auditoraat sluit echter niet uit dat in bepaalde gevallen ziekenhuizen onafhankelijk zullen blijven voor het aanbieden van de supraregionale zorgopdrachten, maar is van mening dat in dit geval sterke bewijzen hiertoe moeten worden voorgelegd.

⁶ Zie artikel 14/1, 2°, 3° en 4° van de ziekenhuiswet.

⁷ Zie artikel 16, lid 2 en 3 van de ziekenhuiswet.

⁸ Zie artikel 17/2 laatste lid van de ziekenhuiswet.

⁹ Zie artikel 17/1 van de ziekenhuiswet.

¹⁰ Zie artikel 17/2 van de ziekenhuiswet. Vergelijk met artikel 6 § 3 WER. Zie ook artikel 3 § 2 van Verordening n° 139/2004

¹¹ Zie paragraaf 16 van de Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.

¹² Zie, onder andere, artikelen 14/6, 17/2 lid 1, 4° en 22/1 lid 4, 1° van de ziekenhuiswet.

15. De analyse van de omvang van de concentratie, en dus van de controle van de Belgische Mededingingsautoriteit, zal geval per geval plaatsvinden, op basis van de feiten en omstandigheden specifiek voor elke situatie. In ieder geval vestigt het auditoraat de aandacht op het feit dat een beperking van de bekwaamheid van de netwerken tot de strikte uitvoering van haar wettelijke verplichtingen, niet van die aard is dat dit de netwerken aan de concentratiecontrole kan onttrekken.

16. De vraag of de bevoegdheid die aan de beheerders van een locoregionaal netwerk wordt gegeven om strategische beslissingen te nemen voor de individuele ziekenhuizen die deel uitmaken van het netwerk, een duurzame verandering van zeggenschap (in de zin van het mededingingsrecht) over deze ziekenhuizen met zich meebrengt, moet geval per geval worden beantwoord, afhankelijk van de kenmerken van elk netwerk. Er moet niet alleen rekening worden gehouden met de manier waarop deze ziekenhuizen werden gecontroleerd vóór de oprichting van het netwerk, maar ook met de samenstelling en de beslissingsregels van het beheersorgaan van het netwerk waartoe ze voortaan behoren.

17. Het lijkt erop dat terwijl in sommige gevallen de oprichting van een locoregionaal ziekenhuisnetwerk geen verandering van zeggenschap met zich meebrengt, dit in andere gevallen wel zo zal zijn en dat de tot stand gebrachte concentratie bij de Belgische Mededingingsautoriteit zal moeten aangemeld worden indien de in artikel IV.7 WER omschreven omzetzempels behaald worden.

18. In dit verband moet een onderscheid gemaakt worden tussen het verkrijgen van uitsluitende zeggenschap enerzijds, en het bestaan van gezamenlijke zeggenschap anderzijds.

II.1.1 Het verkrijgen van uitsluitende zeggenschap¹³

19. Uitsluitende zeggenschap wordt verkregen indien één enkele onderneming een beslissende invloed op een onderneming kan uitoefenen.¹⁴ Dit is normaal gezien het geval wanneer één onderneming de meerderheid van de stemrechten in de (doel)vennootschap verwerft.

20. Artikel 17/2 van de ziekenhuiswet voorziet erin dat de beslissingen die de strategie inzake het aanbod aan locoregionale zorgopdrachten bepalen met meerderheid van twee derden van de stemgerechtigde leden van het beheer van het locoregionaal klinisch ziekenhuisnetwerk moeten genomen worden.¹⁵

21. Deze wettelijke vereiste verandert niets aan het feit dat indien een ziekenhuis (of desgevallend, de economische entiteit die de zeggenschap op één of meerdere ziekenhuizen uitoefent) meer dan de helft van de stemrechten heeft, dit ziekenhuis (of desgevallend, de economische entiteit die de zeggenschap op één of meerdere ziekenhuizen uitoefent) via de beheerstructuur van het locoregionale ziekenhuisnetwerk uitsluitende zeggenschap kan hebben op de andere ziekenhuizen die tot het locoregionale ziekenhuisnetwerk behoren.

¹³ Zie §§ 54-61 van de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.

¹⁴ Zie § 54 en volgende van de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.

¹⁵ Zie artikel 17/2, lid 2 ziekenhuiswet.

22. In ieder geval is een uitsluitende zeggenschap ook mogelijk wanneer er voor strategische beslissingen een supermeerderheid vereist is, die in feite slechts één ziekenhuis (of desgevallend, de economische entiteit die het zeggenschap op één of meerdere ziekenhuizen uitoefent) een vetorecht verschaft, ongeacht of het een meerderheid of een minderheid van de stemrechten heeft.¹⁶

23. Over het al dan niet bestaan van een uitsluitende zeggenschap zal beslist worden op basis van alle relevante feiten en omstandigheden.

II.1.2 Het bestaan van een gezamenlijke zeggenschap

24. Er is sprake van gezamenlijke zeggenschap indien twee of meer ondernemingen de mogelijkheid hebben om beslissende invloed op een andere onderneming uit te oefenen.¹⁷ In dit verband is het al dan niet bestaan van vetorechten of gelijkaardige rechten voor elk van de ziekenhuizen die tot het locoregionale ziekenhuisnetwerk behoren, van belang.

II.1.2.a Het bestaan van een vetorecht brengt een gezamenlijke zeggenschap met zich mee

25. Als de ziekenhuizen (of, desgevallend, de economische entiteiten die de zeggenschap over elk van deze ziekenhuizen uitoefenen) die deel uitmaken van het locoregionale ziekenhuisnetwerk een vetorecht hebben inzake de strategische beslissingen die in het beheersorgaan van dit locoregionale ziekenhuisnetwerk worden genomen, dan ontstaat in de regel een situatie van gezamenlijke zeggenschap die wordt uitgeoefend door de ziekenhuizen (of, desgevallend, de economische entiteiten die de zeggenschap over elk van deze ziekenhuizen uitoefenen) via de beslissingsstructuur van het ziekenhuisnetwerk. In de mate waarin deze strategische beslissingen op het niveau van het locoregionale ziekenhuisnetwerk een strategische impact hebben op de betrokken activiteiten van elk van de ziekenhuizen die ertoe behoren, bestaat er inderdaad een gezamenlijke zeggenschap op elk van de ziekenhuizen die tot het locoregionale ziekenhuisnetwerk behoren, en dus een duurzame wijziging van zeggenschap over deze ziekenhuizen.

26. De omvang en de inhoud van het vetorecht van de ziekenhuizen (of, desgevallend, de economische entiteiten die het zeggenschap op elk van deze ziekenhuizen uitoefenen) moeten in elk geval apart geanalyseerd worden, rekening houdend met de bijzondere omstandigheden van elke situatie, om te kunnen beslissen dat het tot gevolg heeft dat er gezamenlijke zeggenschap ontstaat. Het auditoraat vindt het echter heel waarschijnlijk dat het bestaan van een vetorecht voor de ziekenhuizen in het kader van de oprichting van een locoregionaal ziekenhuisnetwerk een gezamenlijke zeggenschap met zich meebrengt en dat de oprichting van het netwerk derhalve als een concentratie moet beschouwd worden.

27. In de gesprekken met de actoren van de sector heeft het auditoraat vernomen dat er een systeem van consensus werd voorzien in sommige locoregionale ziekenhuisnetwerken. Afhankelijk van de precieze omstandigheden en van de inhoud van de statuten, zou een systeem van consensus als een gezamenlijke zeggenschap beschouwd kunnen worden via de beheersstructuur van het locoregionale ziekenhuisnetwerk, onder andere in het geval waarin een dergelijk systeem in de feiten vetorechten geeft aan elk betrokken ziekenhuis.

¹⁶ Zie § 58, laatste zin van de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.

¹⁷ Zie § 62 van de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.

28. In beide gevallen is ook de vraag van de voorziene geschillenprocedure van belang.

II.1.2.b Zonder vetorecht kan er toch sprake zijn van een gezamenlijke zeggenschap

29. De *Merger Jurisdictional Notice* stelt dat een gezamenlijke uitoefening van stemrechten tot een gezamenlijke zeggenschap kan leiden.¹⁸

30. Dat is onder andere het geval “wanneer de minderheidsaandeelhouders zodanig grote gemeenschappelijke belangen hebben dat zij bij de uitoefening van hun rechten met betrekking tot de gemeenschappelijke onderneming niet in strijd met elkaars belangen zouden handelen.”¹⁹ Men spreekt in dit laatste geval van een feitelijk collectief handelen.²⁰

31. Of de voorwaarden van de *Merger Jurisdictional Notice* vervuld zijn, moet beslist worden op basis van al de relevante feitelijke elementen en omstandigheden. Het auditoraat is van mening dat sommige kenmerken van de locoregionale ziekenhuisnetwerken, met name het feit dat het operationele bestuur bij de ziekenhuizen blijft, het feit dat de aparte ziekenhuizen blijven bestaan en de eigendom blijven genieten van belangrijke activa zoals apparatuur en bedden, indicatoren van gemeenschappelijke belangen tussen de ziekenhuizen van eenzelfde locoregionale netwerk zouden kunnen vormen, waardoor de voorwaarden van de *Merger Jurisdictional Notice* vervuld zouden zijn.

32. Als aan deze voorwaarden niet voldaan is, dan sluit de mogelijkheid van wisselende coalities normaal gesproken het vermoeden van gezamenlijke zeggenschap uit.²¹

II.2 De oprichting van een ziekenhuisnetwerk kan leiden tot een feitelijke fusie²²

33. Het is ook mogelijk dat een locoregionale ziekenhuisnetwerk leidt tot een feitelijke fusie tussen de voorheen onafhankelijke individuele ziekenhuizen.

34. Er is met name sprake van een feitelijke fusie wanneer het locoregionale ziekenhuisnetwerk fungeert als het gemeenschappelijke ondernemingsbestuur waardoor de ziekenhuizen die behoren tot het netwerk feitelijk in hun geheel samengaan in één economische eenheid.

35. De uiteindelijke beslissing zal van alle feitelijke omstandigheden afhangen, en voornamelijk van de concrete organisatie van het locoregionale netwerk.

III. De wet van 28 februari 2019 sluit de bevoegdheid van de BMA niet uit

36. Het boek IV van het Wetboek Economisch Recht voorziet in een concentratiecontrole van de Belgische Mededingingsautoriteit, ongeacht de betrokken sector.

¹⁸ Zie §74 en volgende van de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.

¹⁹ Zie § 76 en volgende van de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.

²⁰ Zie § 77 en volgende van de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.

²¹ Zie § 80 en volgende van de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.

²² Zie geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, § 10.

37. Het auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit ziet geen reden om deze algemene concentratiecontrole niet toe te passen op ziekenhuizen, die, zoals eerder gesteld, ondernemingen zijn.

38. De wet van 28 februari 2019 verandert niets aan deze conclusie: ze sluit de bevoegdheid van de Belgische Mededingingsautoriteit expliciet noch impliciet uit. Het auditoraat verwijst in dit kader ook naar het verslag 277 van de KCE over *“Governance modellen voor samenwerking tussen ziekenhuizen”* dat een element was in de beslissing om de wet van 28 februari 2019 goed te keuren.²³ In dit verslag zegt de KCE²⁴: *“In navolging van voorbeelden uit het buitenland zou er ook in België een toezichthoudende mededingingsautoriteit inzake gezondheidszorg kunnen worden opgericht, bij wie vooraf een aanvraag tot goedkeuring moet worden ingediend”*.²⁵ De aandacht van de Minister en de wetgever werd daarbij gevestigd op het belang van mededinging in de ziekenhuissector, en er werd niet door de wet voorzien dat de Belgische Mededingingsautoriteit niet bevoegd zou zijn of dat er een specifieke toezichthouder zou worden opgericht.

39. Het auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit noteert verder dat het boek IV van het Wetboek Economisch Recht en de wet van 28 februari 2019 verschillende doelstellingen nastreven, met name de bescherming van de mededinging enerzijds en de volksgezondheid anderzijds. Deze wetten dienen samen te worden toegepast, met respect voor hun respectieve doelstellingen.²⁶ Overigens bepaalt artikel IV.12 WER dat ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang onderworpen zijn aan de bepalingen van het boek IV – waaronder de regels inzake concentratiecontrole – voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun door de krachtens de wet toevertrouwde specifiek taak niet verhindert. Volgens het auditoraat verhindert de naleving van de aanmeldingsplicht met het oog op het bekomen van een beslissing van toelaatbaarheid niet de vervulling van de aan ziekenhuizen toevertrouwde taak. Het auditoraat zal bij de mededingingsbeoordeling van een concentratie o.m. de graad van de door de reglementering toegelaten daadwerkelijke concurrentie tussen ziekenhuizen en de aan hun toevertrouwde wettelijke taken in aanmerking nemen. Voorts kan het mededingingsrecht doelstellingen van algemeen belang in aanmerking nemen, zoals de volksgezondheid of de openbare orde, minstens wat de toepassing van artikelen IV.1 en IV.2 WER en 101 en 102 VWEU betreft.²⁷

40. Het argument volgens dewelke ziekenhuizen door de wetgever verplicht zijn om locoregionale ziekenhuisnetwerken op te richten en dus niet aan de concentratiecontrole onderworpen zijn, kan de

²³https://kce.fgov.be/sites/default/files/atoms/files/KCE_277A_Governancemodellen_ziekenhuizen_Synthese_0.pdf

²⁴ Federaal kenniscentrum voor de gezondheidszorg <https://kce.fgov.be/nl>.

²⁵https://kce.fgov.be/sites/default/files/atoms/files/KCE_277A_Governancemodellen_ziekenhuizen_Synthese_0.pdf, p. 39

²⁶ Vergelijk met HvJ, arrest van 27 februari 2014, C-365/12 P, EnBW. Deze Europese rechtspraak betreft de verhouding tussen twee verordeningen, met name verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie en verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 die toegang tot documenten in mededingingszaken voorziet. In paragraaf 84 van haar arrest oordeelt het Hof: *“Aangezien deze verordeningen geen bepaling bevatten waarin uitdrukkelijk staat dat de ene verordening voorrang heeft boven de andere, dient elk van deze verordeningen te worden toegepast op een wijze die verenigbaar is met de andere en aldus een coherente toepassing mogelijk maakt”*.

²⁷ Zie onder andere, HvJ, arrest van 19 februari 2002, C-309/99, Wouters, in bijzonder, §§ 97-110.

hierboven vermelde conclusie niet wijzigen. Ten eerste, zoals eerder vermeld, heeft de wetgever de bevoegdheid van de Belgische Mededingingsautoriteit niet uitgesloten. Ten tweede laat de wetgever de ziekenhuizen een zekere ruimte om te beslissen met wie ze het locoregionale netwerk zullen oprichten. Weliswaar vereist de wetgever dat het geografisch gebied dat door een locoregionaal klinisch ziekenhuisnetwerk wordt bestreken, aaneensluitend van vorm is.²⁸ De ziekenhuizen beschikken echter nog over speelruimte met welke andere ziekenhuizen zij het locoregionale ziekenhuisnetwerk zullen oprichten, evenals inzake de vorm van deze samenwerking, en het niveau van integratie binnen het locoregionale ziekenhuisnetwerk. Het bestaan van autonoom gedrag van de ziekenhuizen, zij het beperkt, maakt dat de bevoegdheid van de Belgische Mededingingsautoriteit niet aangetast wordt.²⁹

41. Het auditoraat zal echter bij de concurrentiële analyse, of bij de geschiktheidsanalyse van de verbintenissen die eventueel door de partijen zouden kunnen voorgesteld worden, rekening houden met de context waarin de concentratie plaatsvindt, en met name met de bestaande regelgeving en de taken die aan de ziekenhuizen door de regelgeving werden toevertrouwd.

IV. Tijdstip van de concentratie

42. Overeenkomstig artikel IV.39, 1° WER, komt het aan de betrokken ondernemingen toe de concentratie bij de Belgische Mededingingsautoriteit aan te melden vóór de tenuitvoerlegging ervan en na de sluiting van de overeenkomst.³⁰ Zolang de Belgische Mededingingsautoriteit geen beslissing neemt betreffende de toelaatbaarheid van de concentratie,³¹ mogen de betrokken ondernemingen de concentratie niet tot uitvoering brengen.³² De partijen moeten dus zelf inschatten wanneer de concentratie zou plaatsvinden.

43. Het is niet aannemelijk dat de concentratie op het moment van de beslissing van de oprichting van het locoregionale ziekenhuisnetwerk plaatsvindt, gezien de modaliteiten met betrekking tot de werking van het locoregionale ziekenhuisnetwerk nog onbepaald zijn, onder andere wat betreft de statuten van het locoregionale ziekenhuisnetwerk, de leden van het beheersorgaan, en de beslissingsregels in het beheersorgaan.

44. Het lijkt echter wel aannemelijk dat de concentratie, met name de wijziging van zeggenschap, ten laatste wordt tenuitvoergelegd op het moment van de inwerkingtreding van de overeenkomst tussen de verschillende ziekenhuizen (of, desgevallend, de economische entiteiten die het zeggenschap op hen uitoefenen) die tot het locoregionale ziekenhuisnetwerk zullen behoren, als deze overeenkomst

²⁸ Artikel 14/3 van de ziekenhuiswet.

²⁹ Zie, onder andere arresten van HvJ van 14 oktober 2010 in zaak C-280/08 P, Deutsche Telekom, punten 80-85 (m.b.t. artikelen 101 en 102 VWEU) en van 11 november 1997 in zaken C-359/95 P en C-379/95 P, Ladbroke Racing Ltd, punten 33-34 (m.b.t. artikelen 101 en 102 VWEU).

³⁰ Zie artikel 10, § 1 WER. De partijen kunnen echter een ontwerpovereenkomst aanmelden, mits alle partijen uitdrukkelijk verklaren dat zij de intentie hebben om een overeenkomst te sluiten die op alle mededingingsrechtelijk relevante punten niet merkbaar verschilt van het aangemelde ontwerp (zie artikel 10, § 1 WER).

³¹ De procedure inzake concentratiecontrole wordt uiteengezet in Boek IV van het Wetboek Economisch Recht. Zij wordt eveneens vermeld op de website van de Belgische Mededingingsautoriteit (<https://www.bma-abc.be/nl/concentraties>).

³² Artikel IV.10 § 4 WER.

duidelijk is betreffende de werking van het locoregionale ziekenhuisnetwerk en, onder andere, de statuten van het locoregionale ziekenhuisnetwerk, de leden van het beheersorgaan en de beslissingsregels in het beheersorgaan. Om als tenuitvoerlegging van een concentratie te kunnen beschouwd worden, zou deze overeenkomst de stemrechten van elk ziekenhuis en van elk lid van het beheersorgaan van het locoregionale ziekenhuisnetwerk moeten bepalen, alsook de geschillenprocedure.

45. Voor de analyse is het dus belangrijk dat het auditoraat inzicht krijgt in de inhoud van de statuten of de mogelijke overeenkomsten tussen ziekenhuizen wat betreft de beheersorganen van het locoregionale ziekenhuisnetwerk.

46. De erkenning van het locoregionale ziekenhuisnetwerk door de bevoegde overheid en het ontbreken van Koninklijke Besluiten betreffende de implementatie van de locoregionale ziekenhuisnetwerken³³ zijn elementen die waarschijnlijk geen impact zullen hebben op het tijdstip van de tenuitvoerlegging van de concentratie.

Brussel, 22 juli 2020

³³ Het auditoraat denkt hierbij onder andere aan de concrete betekenis van de supraregionale zorgopdrachten en van de algemene en gespecialiseerde locoregionale zorgopdrachten.