

227. Concentratiecontrole in de VS: Obama's nalatenschap

MR. D.S. BITTON

De Economist stelde in een recente oplage dat bedrijven in Amerika te hoge winsten boeken en wijdde dat aan consolidatie en een resulterende toename in marktconcentratie en afname in concurrentie.¹ Het was een directe aanval op de mededingingsautoriteiten in de VS. De *Wall Street Journal* maakte vergelijkbare observaties.²

Of de consolidatie goed of slecht is voor consumenten is een grote vraag. Er zijn een hoop zeer legitieme en goede redenen voor consolidatie in een markt die alsnog internationaler en concurrerender wordt. Schaalvergroting ter verlaging van de kosten is voor veel bedrijven een manier om te overleven.

Een andere vraag is of de toegenomen marktconcentratie in verschillende sectoren het gevolg is van een terughoudender mededingingsbeleid onder de Bush administratie en of Obama dat beleid heeft doorgezet of heeft getracht het tij te keren.

Tijdens zijn verkiezingscampagne in 2008 kondigde Obama aan strenger te zullen zijn dan Bush in het mededingingstoezicht: "As president, I will direct my administration to reinvigorate antitrust enforcement."³

De beschikbare statistieken lijken dat nu al te bevestigen, terwijl er tot dusver maar voor een periode van zes jaar data beschikbaar is voor Obama's presidentschap vergeleken met acht jaar aan data voor Bush. En de autoriteiten onder Obama hebben juist in de afgelopen twee jaar (waar nog geen data voor beschikbaar zijn) zeer veel fusiezaken bij de rechtbank aangebracht. Daarbij moet wel gezegd worden dat het altijd lastig blijft om zulke vergelijkingen te maken vanwege de vele variabelen.

Wat overigens ook opmerkelijk is, is dat onder Obama de Amerikaanse mededingingsautoriteiten niet minder lijken te interveniëren in fusies dan de Chinese mededingingsau-

toriteiten. Als de Amerikaanse autoriteiten in een kapitalistische economie even agressief zijn als de autoriteiten in een voormalig communistisch regime dat nog steeds een grotendeels staatsgestuurde economie heeft, dan is het lastig te stellen dat de Amerikaanse autoriteiten een te terughoudend beleid voeren.

I. Amerikaanse concentratiecontrole: een korte achtergrond

Het Amerikaanse fusiecontrole regime is in een aantal opzichten uniek vergeleken met het Europese administratiefrechtelijke model dat de meeste landen in de wereld hebben overgenomen. Ik sta even kort stil bij de volgende idiosyncratische verschillen alvorens recente ontwikkelingen te bespreken.

In de VS is er alleen fusie controle op federaal niveau. Ofschoon de staten ook mededingingsautoriteiten hebben (State Attorneys General) die fusies kunnen onderzoeken, is een voorafgaande fusiemelding in de Staten niet vereist. Fusies boven bepaalde waarden moeten op federaal niveau worden aangemeld op basis van de Hart-Scott-Rodino ('HSR') wet. De HSR fusiemelding start van rechtswege een wachtperiode van 30 dagen. Gedurende die wachtperiode mogen de partijen de fusie niet uitvoeren. De autoriteiten moeten binnen die 30 dagen beslissen of ze de fusie laten doorgaan of verder willen onderzoeken. Als ze de wachtperiode laten verstrijken, mogen de partijen de fusie uitvoeren. Maar de autoriteiten kunnen de wachtperiode verlengen door een zeer omvangrijk informatieverzoek op te leggen (een 'Second Request').

Een Second Request verlengt de wachtperiode tot 30 dagen na de datum waarop de partijen alle verzochte informatie en stukken hebben verstrekt (hetgeen doorgaans een aantal maanden duurt). Nadat de partijen aan het Second Request hebben voldaan en de tweede wachtperiode van 30 dagen is verstreken mogen de partijen fuseren, tenzij de

1 Theo Francis and Ryan Knutson, *Wave of Megadeals Tests Antitrust Limits in U.S.*, *The Wall Street Journal* (Oct. 18, 2015), <http://www.wsj.com/articles/wave-of-megadeals-tests-antitrust-limits-in-u-s-1445213306>.

2 The Economist, *Too Much of a Good Thing*, *The Economist: Business in America* (Mar. 26, 2016), <http://www.economist.com/news/briefing/21695385-profits-are-too-high-america-needs-giant-dose-competition-too-much-good-thing>.

3 Sen. Barack Obama, *Statement of Senator Barack Obama for the American Antitrust Institute*, *The American Antitrust Institute* (Sept. 27, 2007), http://www.antitrustinstitute.org/files/aaai-%20Presidential%20campaign%20-%20Obama%209-07_092720071759.pdf.

autoriteiten een vordering bij de rechtbank indienen om de fusie te blokkeren.

Dit is een groot verschil met de procedure in Europa, waar een fusie goedkeuring van de Commissie of nationale mededingingsautoriteit vergt; in de VS ligt de bewijslast uiteindelijk bij de autoriteiten om een rechter te overtuigen een fusie te blokkeren. Echter, in de praktijk zijn ondernemingen zelden bereid het daarop aan te laten komen, omdat procederen tijd vergt en onzekerheid veroorzaakt wat voor veel fusies funest kan zijn. Ook in Amerika bieden ondernemingen de autoriteiten daarom doorgaans liever een schikking aan op basis van remedies, dan het op een procedure te laten aankomen. Ondernemingen bieden de autoriteiten door middel van overeenkomsten (of door de fusiemelding uit te stellen of opnieuw in te dienen) vaak in de praktijk ook meer tijd om fusies te onderzoeken dan de autoriteiten van rechtswege hebben (teneinde onnodige rechterlijke procedures te voorkomen).

Er zijn in de VS twee federale autoriteiten die het mededingingsrecht handhaven en fusie controle uitoefenen: de Federal Trade Commission (FTC), een onafhankelijk bestuursorgaan gestuurd door vijf commissarissen, en de Antitrust Division van de Department of Justice (DOJ), onderdeel van het ministerie van justitie aangestuurd door de Assistant Attorney General (AAG).⁴ De commissarissen en de AAG zijn allemaal politiek benoemd. De President benoemt de AAG, met advies en goedkeuring van de senaat. De President nomineert de commissarissen en de senaat bevestigt ze. De AAG is in principe altijd van de partij van de President, terwijl slechts drie van de vijf commissarissen van de FTC van dezelfde partij mogen zijn. De FTC wordt daarom altijd aangestuurd door een coalitie van commissarissen van beide partijen, terwijl de DOJ wordt aangestuurd door een persoon van de partij van de President.

Er is een formule voor welke autoriteit een fusie krijgt toegewezen maar in de praktijk is het niet altijd duidelijk wat de uitkomst van die formule zal zijn. Tegelijkertijd is het zo dat de procedures en de rechterlijke toets waar de FTC en DOJ aan onderhevig zijn verschillen. Alhoewel die verschillen in veel fusieonderzoeken theoretisch blijven, kunnen ze in controversiële fusies onder bepaalde omstandigheden aanzienlijke impact op de uitkomst hebben. De FTC heeft een interne appel procedure via een administratieve rechter, en is onderhevig aan een lichtere rechterlijke toets dan de DOJ in fusiezaken.⁵ Dat geeft de FTC procedurele voordelen in het blokkeren van een fusie vergeleken met de DOJ.

Er is tenslotte nog een ander belangrijk verschil met Europa: Het staat de Amerikaanse autoriteiten vrij om

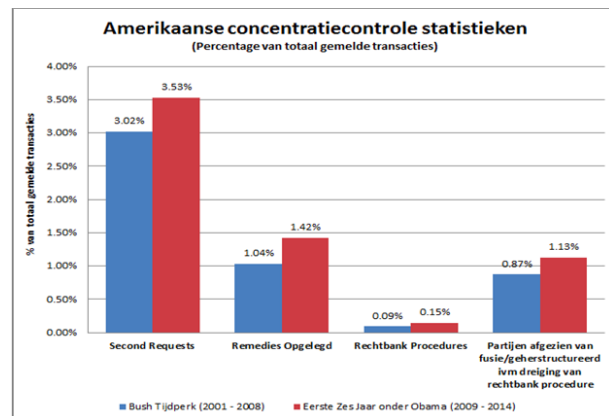
op te treden tegen voltooide fusies (zelfs tegen fusies die beneden de fusiecontrole grens liggen), en dat doen de FTC en DOJ met enige regelmaat. Dat een fusie niet hoeft te worden aangemeld in de VS betekent dus niet dat de fusie niet (alsnog) kan worden geblokkeerd in de VS.

II. Statistieken: Obama actiever dan Bush

Onderstaand grafiek laat zien dat fusiecontrole in alle opzichten is toegenomen sinds Obama het heeft overgenomen van Bush. De percentages geven aan hoeveel van het totaal aantal gemelde fusies (meer dan 12.800 tijdens de Bush administratie; meer dan 7.500 tijdens de eerste zes jaar van de Obama administratie) leidden tot een Second Request, oplegging van remedies, dreiging van een rechtszaak (en resulterende afzegging of herstructurering van de fusie) en daadwerkelijke rechtszaken.

De Amerikaanse mededingingsautoriteiten lijken onder Obama niet minder te interveniëren in fusies dan de Chinese mededingingsautoriteiten.

Ofschoon dit lijkt te gaan om kleine percentages, is de toename in handhaving relatief gesproken aanzienlijk: ~17% toename in Second Requests, ~37% toename in remedies, ~56% toename in rechtszaken, en ~29% toename in dreiging van rechtszaken.⁶



Bovendien hebben de FTC en DOJ in de afgelopen twee jaar flink wat fusies tegengehouden (in rechtszaken en anderszins) en die zaken zijn niet in bovenstaande cijfers meegenomen (omdat de cijfers voor het totaal aantal gemelde fusies nog niet beschikbaar zijn voor de afgelopen 2 jaar).

⁴ De President benoemt zowel de Attorney General van de DOJ alsmede de Assistant Attorney General van de Antitrust Division van de DOJ.

⁵ Er is thans een wetsvoorstel aanhangend om de processen en rechterlijke toets voor de FTC en DOJ uniform te maken. Zie Press Release, U.S. Dep't of Justice, *House Judiciary Committee Approves SMARTER Act to Deliver Predictability to the Merger Review Process* (Sept. 30.2015), <https://judiciary.house.gov/press-release/house-judiciary-committee-approves-smarter-act-to-deliver-predictability-to-the-merger-review-process/>.

⁶ Deze statistieken zijn gebaseerd op de jaarlijkse rapporten van de FTC en DOJ aan het Congres. Zie Annual Reports (28th - 37th) To Congress Pursuant to the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 (Jointly Filed by FTC and DOJ), <https://www.ftc.gov/policy/reports/policy-reports/annual-competition-reports> [hierna: Jaarlijkse Rapporten]. De Jaarlijkse Rapporten bevatten de statistieken voor elk fiscaal jaar (1 oktober tot 30 september) van 2001 tot 2014. De percentages zijn berekend op basis van de totale "adjusted transactions" in de Jaarlijkse Rapporten. Dat betekent dat bepaalde niet-meldplichtige transacties niet zijn meegenomen.

III. Obama's strijdvardiger DOJ

Onder Obama hebben de autoriteiten – in het bijzonder de DOJ – in fusiezaken ook meer succes geboekt voor de rechter dan onder Bush.

Voordat Bush het overnam van Clinton hadden de autoriteiten een goede track record in fusieprocedures.

Fusiecontrole is in alle opzichten toegenomen sinds Obama het heeft overgenomen van Bush.

Maar in 2001 verloor de DOJ voor het eerst in 8 jaar een fusiezaak in hun “home court” in de federale rechtbank voor het district van Columbia in *US v. SunGard* (3-naar-2 combinatie van aanbieders van shared hotsite disaster recovery services)⁷ en in 2004 wederom in *US v. Oracle* (3-naar-2 combinatie van aanbieders van bepaalde enterprise application software voor grote ondernemingen). De DOJ leek daarmee een beetje schichtig geworden in fusiezaken. Na haar verlies in *US v. Oracle* bracht de DOJ tijdens de Bush periode helemaal geen gemelde fusiezaken meer naar de rechtbank.

Dat is inmiddels veranderd. Sinds Obama is de DOJ strijdvardiger en -lustiger geworden; hij zorgde ervoor dat er meer litigators werden aangesteld zodat de DOJ bereid en gereed was om fusies in de rechtbank te procederen. In 2011, diende de DOJ een vordering in bij de rechtbank om een combinatie van twee van de vier nationale mobiele aanbieders te blokkeren (AT&T en T-Mobile). Kort daarna, toen ook de *Federal Communications Commission*, de Amerikaanse federale telecom autoriteit, aangaf de fusie te willen blokkeren, zag AT&T van de overname af. NASDAQ en IntercontinentalExchange zagen eveneens af van een overname van de New York Stock Exchange en Euronext nadat de DOJ dreigde naar de rechtbank te zullen gaan om die combinatie te blokkeren.⁸ Datzelfde jaar won de DOJ een rechtszaak om de concentratie van twee van de drie aanbieders van doe-het-zelf belastingaangifte software te blokkeren (*US v. H&R Block*).

De H&R Block overwinning was een belangrijk keerpunt voor de DOJ's zelfvertrouwen en proces-reputatie na de verliezen in *SunGard* en *Oracle*. Sindsdien heeft de DOJ diverse andere fusiezaken naar de rechtbank gebracht (of daartoe gedreigd), waaronder *American Airlines/US Airways* (geschikt op basis van afstoting van landing slots/gates, met name waar AA en US Airways de enige twee of twee van de drie waren), *Applied Materials/Tokyo Elektron* (gefaalde combinatie van de twee grootste groot-volume non-lithografie semiconductor productie apparatuur fabrikanten),⁹

Comcast/Time Warner Cable (gefaalde combinatie van de twee grootste kabel-exploitanten in de VS), *National Cinemedia/Screenvision* (gefaalde combinatie van de enige twee bioscoopreclameaanbieders),¹⁰ *Electrolux/GE Appliance* (gefaalde combinatie van twee voornaamste aanbieders van fornuizen, kookplaten en ovens, in het bijzonder voor installering in nieuwbouw),¹¹ en meest recentelijk *Halliburton/Baker Hughes* (gefaalde combinatie van twee van de drie grootste olieveld dienstverleners).¹² De DOJ heeft in de afgelopen jaren eveneens geprocedeerd over diverse fusies die onder de meldingsgrens vielen en al waren uitgevoerd, waaronder *Bazaarvoice/PowerReviews* (ontbonden combinatie van de enige twee significante aanbieders van online reviews and rating platforms), die ongedaan gemaakt werd nadat de rechtbank de vordering van de DOJ toewees.¹³

Vanwege haar onafhankelijke status (met een commissie waarin beide politieke partijen zijn vertegenwoordigd) en gunstigere bewijslast en procedures, heeft de FTC tijdens de Bush en Obama perioden in fusiezaken meer vergelijkbare resultaten geboekt in de rechtbank. Maar net als de de DOJ, is ook de FTC recentelijk bijzonder actief, met twee grote overwinningen in de rechtszaken *Sysco/US Foods* (gefaalde combinatie van de enige twee nationale etenswaar distributie bedrijven) en *Staples/Office Depot* (gefaalde combinatie van de enige twee nationale kantoorvoorraad speciaalzaken en distributeurs), doch ook twee verliezen, in de rechtszaak *Steris/Synergy* en een ziekenhuisfusie.

IV. Marktdefinitie op de achtergrond bij autoriteiten maar op voorgrond in de rechtbank

In 2010, publiceerde de DOJ en FTC nieuwe horizontale fusierichtlijnen. Daarin verschoven zij de traditionele nadruk op marktdefinitie, concentratie en marktaandeelen naar een nadruk op analyse van de effecten van de fusie op concurrentie. Ogenschoonlijk was dit ten dele een strategie om de markt definitie een minder centraal onderwerp te

Remedy (Feb. 4, 2016), <https://www.justice.gov/opa/pr/applied-materials-inc-and-tokyo-electron-ltd-abandon-merger-plans-after-justice-department>.

10 Press Release, U.S. Dep't of Justice, *Statement on the Abandonment of the National Cinemedia/Screenvision Merger* (Feb. 4, 2016), <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-issues-statement-abandonment-national-cinemediaseenvision-merger>.

11 GE trok zich terug uit de overname tijdens het proces in de rechtbank. Zie Press Release, U.S. Dep't of Justice, *Electrolux and General Electric Abandon Anticompetitive Appliance Transaction After Four-Week Trial* (Dec. 7, 2015), <https://www.justice.gov/opa/pr/electrolux-and-general-electric-abandon-anticompetitive-appliance-transaction-after-four-week>.

12 Press Release, U.S. Dep't of Justice, *Justice Dep't Sues to Block Halliburton's Acquisition of Baker Hughes* (April 15, 2016), <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-block-halliburton-s-acquisition-baker-hughes>.

13 Press Release, U.S. Dep't of Justice, *Justice Dep't and Bazaarvoice Inc. Agree on Remedy to Address Bazaarvoice's Illegal Acquisition of PowerReviews* (Sept. 15, 2014), <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-and-bazaarvoice-inc-agree-remedy-address-bazaarvoice-s-illegal-acquisition>.

7 Axinn vertegenwoordigde SunGard in die zaak.

8 Press Release, U.S. Dep't of Justice, *NASDAQ OMX Group Inc. and IntercontinentalExchange Inc. Abandon Their Proposed Acquisition of NYSE Euronext After Justice Dep't Threatens Lawsuit* (Sept. 15, 2014), <https://www.justice.gov/opa/pr/nasdaq-omx-group-inc-and-intercontinentalexchange-inc-abandon-their-proposed-acquisition-nyse>

9 Press Release, U.S. Dep't of Justice, *Applied Materials Inc. and Tokyo Electron Ltd. Abandon Merger Plans After Justice Dep't Rejected Their Proposed*

maken in rechtbank procedures. De autoriteiten hadden namelijk in de Bush periode een aantal verliezen geleden in fusiezaken vanwege een te nauwe marktdefinitie (bijv. in *US v. Oracle*). De nieuwe richtlijnen legden echter ook vast wat bij de autoriteiten al lang praktijk was; ofschoon marktaandelen nog steeds als een screening mechanisme werken, richten de Amerikaanse autoriteiten zich reeds lange tijd meer op de effecten van een fusie dan marktdefinitie. Ondanks de pogingen van de autoriteiten om fusie analyse meer op effecten te richten, staat marktdefinitie in rechtszaken over fusies nog steeds centraal; in de meeste geprocedeerde fusiezaken blijft marktdefinitie het grootste punt van discussie.¹⁴

V. Meer ingrijpen in non-horizontale fusies dan onder Bush

Tijdens Obama's presidentschap hebben de autoriteiten aanzienlijk meer ingegrepen in non-horizontale fusies dan zij onder Bush hadden gedaan. In 2011, accepteerde Google bijvoorbeeld op aandringen van de DOJ licentie en non-discriminatie verplichtingen ten opzichte van reis-websites in verband met haar overname van ITA Software (een aanbieder van vluchtinformatie zoek software). Dat was een verticale fusie.¹⁵ Datzelfde jaar accepteerde ook Comcast (de grootste kabelexploitant in de VS) vergelijkbare licentie en non-discriminatie verplichtingen ten opzichte van online video aanbieders in verband met haar joint venture met NBC Universal (een aanbieder van TV programma's); eveneens een verticale fusie.

Andere verticale fusies die onder Obama veel aandacht hebben gekregen waren overnames van octrooi portefeuilles, in het bijzonder portefeuilles van zogenoemde standard essential patents (SEPs). In 2011-12, onderzocht de DOJ bijvoorbeeld Google's overname van Motorola Mobility en haar octrooi portfolio¹⁶ en de overname door het Rockstar consortium (Microsoft, Apple, RIM and others) van Nortel's octrooi portfolio. De DOJ onderzocht of Google en Rockstar meer reden hadden om de overgenomen octrooien, en in het bijzonder de SEPs, in te zetten om de operationele kosten van hun concurrenten op te drijven of concurrenten geheel van bepaalde markten te houden. Uiteindelijk concludeerde de DOJ dat er geen reden was om in te grijpen, maar dat was mede omdat de partijen vrijwillig bepaalde concessies of beloften hadden gedaan

(inclusief beloften aan standaardisatie-organisaties omtrent de licentiering van SEPs).¹⁷ De FTC legde echter wel formele non-discriminatie (F/RAND) licentie verplichtingen op aan Robert Bosch in verband met diens overname van SPX and de SEPs van SPX Service Solutions.¹⁸

De FTC heeft recentelijk ook opgetreden in enkele fusiezaken waarin zij bezorgd was over eliminatie van toekomstige, potentiële concurrentie. In 2013, dwong de FTC Nielsen bijvoorbeeld bepaalde activa en intellectuele eigendom af te stoten en te licentiëren in verband met haar overname van Arbitron, omdat de Commissie vreesde dat de combinatie toekomstige concurrentie zou verhinderen met betrekking tot het ontwikkelen en aanbieden van bepaalde cross-platform diensten aan adverteerders om kijkcijfers te meten. Nielsen noch Arbitron boden deze diensten aan, maar beide hadden dergelijke diensten in ontwikkeling en de FTC meende dat zij het best gepositioneerd waren om ze op de markt te brengen.¹⁹ In 2015, trad de FTC wederom op tegen een fusie die naar haar mening toekomstige concurrentie zou verhinderen, dit keer in sterilisatie diensten gebaseerd op gamma- of röntgenstraling. Er waren twee aanbieders van dat soort diensten – Steris en Sterigenics – en Steris wilde Synergy overnemen, maar Synergy overwoog een derde vergelijkbare dienst op de markt te brengen. De FTC diende bij de rechtbank een vordering in om de transactie te blokkeren omdat het meende dat de overname Synergy ertoe had gebracht af te zien van haar plannen om een derde dienst op de markt te brengen.²⁰ De FTC verloor deze zaak. De rechtbank wees de vordering af omdat het bepaalde dat de plannen van Synergy nog niet voldoende vast stonden; Synergy had nog

Onder Obama hebben de autoriteiten in fusiezaken meer succes geboekt voor de rechter dan onder Bush.

geen toezeggingen van klanten om haar sterilisatie diensten af te nemen en de raad van bestuur van Synergy had het plan om de markt op te gaan nog niet goedgekeurd. De FTC heeft het vonnis van de rechtbank niet aangevochten, maar heeft aangegeven te zullen blijven optreden in fusies die belangrijke of unieke potentiële concurrentie verhinderen.

14 Zie bijv. *US v. H&R Block*, 833 F. Supp. 2d 36 (D.D.C. 2011) (of de relevante markt alleen bestond uit doe-het-zelf belastingaangifte software of ook andere belastingaangifte opties bevatte); *FTC v. Sysco*, 113 F. Supp. 3d 1 (D.D.C. 2015) (of de relevante markt alleen bestond uit broadline distributeurs van etenswaar of ook andere distributeurs van etenswaar); *Complaint, US v. AB Electrolux*, 1:15-cv-01039 (D.D.C. filed July 1, 2015) (of de relevante markt alleen bestond uit verkoop van fornuizen, kookplaten en ovens aan nieuwbouw ontwikkelaars of ook uit retail verkoop van fornuizen, kookplaten en ovens); *FTC v. Staples*, 2016 WL 259642 (D.D.C. 2016) (of de relevante markt beperkt was tot verkoop van bepaalde kantoorvoorraden, exclusief printer toners, voor grote bedrijven).

15 Axinn vertegenwoordigde Google in deze fusie.

16 Axinn vertegenwoordigde Google in deze overname.

17 Press Release, U.S. Dep't of Justice, *Statement of Antitrust Division on its Decision to Close its Investigations of Google Inc.'s Acquisition of Motorola Mobility Holds Inc. and the Acquisitions of Certain Patents by Apple Inc., et al.* (Aug. 14, 2015), <https://www.justice.gov/opa/pr/statement-department-justice-s-antitrust-division-its-decision-close-its-investigations>.

18 In the Matter of Robert Bosch GMBH, FTC No. C-4377 (April 23, 2013).

19 Press Release, Federal Trade Commission, *FTC Puts Conditions on Nielsen's Proposed \$1.26 billion Acquisition of Arbitron* (Sept. 20, 2013), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/09/ftc-puts-conditions-nielsens-proposed-126-billion-acquisition>.

20 Press Release, Federal Trade Commission, *FTC Challenges Merger of Companies that Provide Sterilization Services to Manufacturers* (May 29, 2015), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2015/05/ftc-challenges-merger-companies-provide-sterilization-services>.

VI. Gefaalde remedies en “litigating the fix”

De autoriteiten, en met name de FTC, hebben tijdens de Obama administratie ook enkele opgelegde fusie-remedies zien falen.

In 2012, vergde de FTC bijvoorbeeld afstoting van bepaalde autoverhuur locaties, met name op vliegvelden,

Waar markten en daarmee remedies internationaal zijn, is het van belang internationale samenwerking tussen de autoriteiten te faciliteren en stimuleren.

in verband met Hertz's overname van auto verhuur concurrent Dollar Thrifty. Maar de koper van de afgestote verhuur-locaties (die de FTC vantevoren had goedgekeurd) ging vervolgens failliet. In 2015, kreeg de FTC eenzelfde deksel op de neus nadat zij afstoting van 168 supermarkten had afgedwongen in verband met de fusie van supermarktketens Albertson's en Safeway. De door de FTC vantevoren goedgekeurde koper van 146 van die 168 supermarkten (Haggen Holdings) ging kort daarna failliet en verkocht uiteindelijk 33 van de afgestoten supermarkten terug aan Albertson's. De DOJ had een vergelijkbare ervaring met de afstoting van bepaalde overheids-gesubsidiëerde verzekeringsmaatschappijen in verband met Humana's overname van Arcadian Management Services. De kopers van de afgestoten verzekeringsmaatschappijen trokken zich enkele jaren na de afstoting grotendeels terug uit de desbetreffende verzekeringsmarkten.

De autoriteiten, en de FTC in het bijzonder, zijn door deze gefaalde remedies aanzienlijk voorzichtiger geworden zowel in de goedkeuring van de afstotingspakketten als in de goedkeuring van de kopers van de afgestoten onderdelen. De FTC vergt bijna altijd voorafgaande goedkeuring van de kopers en is zeer nauw betrokken in elk detail van de afstoting (in mijn ervaring veel meer dan, bijvoorbeeld, de Europese Commissie).

Daarnaast hebben de autoriteiten zich bereid getoond om te procederen over de volledigheid van de remedies die de fuserende ondernemingen hebben aangeboden (dat wordt in de VS vaak beschreven als “litigating the fix”). De FTC deed dit bijvoorbeeld onlangs succesvol toen zij in de rechtbank Sysco's overname van US Foods (etenswaar distributie) wist te blokkeren, ondanks Sysco's aanbod om 11 distributiecentra te verkopen aan een concurrent.

VII. Vergelijkbare deals, andere uitkomsten

Onder de Obama administratie hebben zowel de FTC en DOJ ook laten zien dat goedkeuring van eerdere fusies in een markt niet garandeert dat soortgelijke fusies in dezelfde markt eveneens worden goedgekeurd. Drie voorbeelden.

In de jaren negentig hield de FTC met behulp van de rechtbank een drie-naar-twee fusie tussen Staples en Office Depot tegen (kantoor voorraad speciaalzaken). In 2013, stond de FTC de drie-naar-twee fusie tussen Office Depot

en OfficeMax toe, met name vanwege de toegenomen concurrentie van Amazon in de verkoop van kantoorvoorraden aan consumenten.²¹ Maar onlangs hield de FTC de twee-naar-een fusie tussen Staples en Office Depot weer tegen met behulp van de rechtbank, onder meer omdat de FTC vond dat Amazon nog onvoldoende concurrentiedruk aan de partijen oplegde (en zal opleggen in de komende 2-3 jaar) met betrekking tot de verkoop aan grote bedrijven.²² Op vergelijkbare wijze, bracht de FTC in 2010 een zaak aan om Omnicare's vijandige overname van Pharmerica tegen te gaan (een combinatie van de enige twee nationale institutionele apotheek bedrijven),²³ terwijl zij enkele jaren daarvoor de combinaties van vier-naar-drie en drie-naar-twee nationale institutionele apotheek bedrijven had toegestaan.²⁴ Dit gebeurde ook bij DOJ. DOJ blokkeerde onlangs Electrolux's overname van GE's handel in keukenapparatuur (ijskasten, ovens, fornuizen etc.), met name vanwege de nauwe concurrentie in de verkoop aan nieuwbouw ontwikkelaars, terwijl de DOJ een vergelijkbare fusie – maar dan in huishoud apparatuur (wasmachines) – tussen Whirlpool en Maytag in 2006 wel had toegestaan zonder voorwaarden.

De autoriteiten wijken soms ook naar de andere kant af. In papier-productie fusies heeft de DOJ bijvoorbeeld van oudsher altijd afstotingen geëist, omdat het in de regel zeer geconcentreerde markten betreft. Echter, toen Carastar – een van de drie grote producenten van ongestreken gerecycled karton in de VS – haar op-een-na grootste concurrent overnam (een concentratie van drie naar twee grote spelers), zag de DOJ uiteindelijk af van maatregelen toen zij werd gedwongen om te kiezen tussen het starten van een rechtszaak of het toestaan van de fusie.²⁵

VIII. Nauwere samenwerking met buitenlandse autoriteiten

Tenslotte is een andere opmerkelijke trend onder Obama

- 21 Press Release, Federal Trade Commission, *Statement Concerning the Proposed Merger of Office Depot, Inc. and OfficeMax, Inc.* (Nov. 1, 2013), https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/closing_letters/office-depot-inc./officemax-inc./131101officedepotofficemaxstatement.pdf.
- 22 “Press Release, Federal Trade Commission, Statement from FTC's Bureau of Competition Director on the Court Ruling Granting a Preliminary Injunction in the Staples/Office Depot Merger (May 11, 2016), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/05/statement-federal-trade-commissions-bureau-competition-director>.”
- 23 Press Release, Federal Trade Commission, *FTC Sues to Block Omnicare's Bid to Buy Rival Pharmacy Provider Pharmerica*, (Jan. 27, 2012), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2012/01/ftc-sues-block-omnicare-bid-buy-rival-pharmacy-provider>. Axinn vertegenwoordigde Omnicare in die zaak.
- 24 Press Release, Federal Trade Commission, *FTC Closes its Investigation of Omnicare's Tender Offer for Neighborcare*, (June 16, 2005), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2005/06/ftc-closes-its-investigation-omnicare-tender-offer-neighborcare>. Axinn vertegenwoordigde Omnicare ook in die zaak.
- 25 Axinn vertegenwoordigde Carastar in deze zaak. De biografie van een Bates White econoom laat zien dat de DOJ inderdaad al een expert voor haar geplande rechtszaak tegen Carastar had ingeschakeld. Zie <http://www.bateswhite.com/professionals-Keith-Waehrer.html>.

de toegenomen internationale samenwerking door de autoriteiten in fusiezaken. Zowel de FTC als DOJ hebben in recente internationale fusiezaken geadverteerd hoeveel samenwerking plaatsvond met autoriteiten in andere landen. Toen de FTC bijvoorbeeld haar voorwaardelijke toestemming gaf aan Thermo Fisher's overname van Life Technologies, pronkte zij openlijk over haar nauwe samenwerking in dat onderzoek met de autoriteiten in de Europese Unie, Canada, China, Australië, Japan en Korea (en de facilitering daarvan door de ondernemingen) en hoe belangrijk dat is om de remedies in internationale fusies te coördineren.²⁶ De DOJ pronkte op vergelijkbare wijze over haar nauwe samenwerking met MOFCOM in China en andere autoriteiten in haar onderzoek van de gefaalde fusie tussen Applied Materials en Tokyo Electron.²⁷ In die zaak droeg de samenwerking niet toe aan een uniforme oplossing, maar aan een uniforme blokkering van de fusie. Dit maakte het voor de DOJ makkelijk om een rechtszaak te dreigen omdat de partijen onwaarschijnlijk goedkeuring zouden ontvangen in andere landen. De Halliburton/Baker Hughes fusie strandde op vergelijkbare wijze.

IX. Conclusie en praktische tips

Obama kondigde tijdens zijn kandidaatschap in 2008 aan dat hij agressiever zou zijn dan Bush in fusiecontrole. De statistieken lijken dat de bevestigen: tijdens de eerste zes jaar van Obama waren er relatief meer en langduriger Second Request onderzoeken, meer remedies en meer rechtszaken dan tijdens Bush. Obama's DOJ heeft zich ook veel strijdvaardiger getoond, met aanzienlijk meer proceservaring en succes dan tijdens Bush. Tenslotte laat Obama ook een internationaler georiënteerd fusiebeleid achter, met meer internationale samenwerking.

Afhankelijk van wie de presidentiële verkiezingen in 2016 wint zouden deze trends weer kunnen omkeren.

Ongeacht wie de volgende president is, teneinde fusies – met name internationale fusies – voorspoedig door het Amerikaanse fusiecontrole proces te sluizen is het raadzaam om onder meer het volgende te overwegen:

- HSR timing in internationale fusies: Overweeg of een Second Request kan worden vermeden door uitstel van de HSR melding in combinatie met een “pre-notificatie proces” bij de Amerikaanse autoriteiten. En, zo ja, zorg er dan voor dat de fusie-overeenkomst dat toelaat. Een Second Request kan namelijk het verkeerde signaal afgeven aan andere autoriteiten – dat de fusie problematisch is en een tweede fase en langdurig onderzoek gerechtvaardigd. Zeker in technologisch complexe zaken die uiteindelijk niet zo problematisch zijn is dit een belangrijke overweging.²⁸
- Als je weet dat afstotingen noodzakelijk zijn, bereid dat en mogelijke kopers voor de afgestote bedrijfsonderdelen dan bijtijds voor, zodat de client daar een goede prijs voor kan krijgen en de autoriteiten voldoende tijd hebben om de afstotingen en koper goed te keuren. De Amerikaanse autoriteiten willen daar zeer nauw in worden betrokken.
- Waar markten en daarmee remedies internationaal zijn, is het van belang internationale samenwerking tussen de autoriteiten te faciliteren en stimuleren. Nadat de Amerikaanse (en/of Europese) autoriteiten bepaalde remedies hebben geaccepteerd, kunnen zij helpen de andere autoriteiten te overtuigen die remedies ook te accepteren.²⁹
- Overweeg voldoende tijd in te bouwen in de fusieovereenkomst om, zonodig, te kunnen procederen in de VS waar dat een risico is.³⁰ In internationale fusies is het in dat kader soms het beste om eerst in andere landen de (voorwaardelijke) goedkeuring te behalen, zodat de Amerikaanse autoriteiten dan zijn gedwongen zijn om een rechtszaak in de rechtbank aan te spannen als ze de fusie willen blokkeren (en zich niet achter de onderzoeken in andere landen kunnen schuilen).³¹

Over de auteur

Daniel S. Bitton is Partner bij Axinn, Veltrop & Harkrider LLP te New York.

26 Press Release, Federal Trade Commission, *FTC Puts Conditions on Thermo Fisher Scientific Inc's Proposed Acquisition of Life Technologies Corporation* (Jan. 31, 2014), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/01/ftc-puts-conditions-thermo-fisher-scientific-incs-proposed>; zie ook Ron Knox, *International Merger Cooperation Requires Both Agencies and Parties, Enforcers Say*, *Global Competition Review* (April 25, 2014), <http://globalcompetitionreview.com/news/article/35830/international-merger-cooperation-requires-agencies-parties-enforcers-say/>. Axinn vertegenwoordigde Thermo Fisher in die zaak op wereldwijde basis.

27 Ron Knox, *Cooperation between US and China close during Applied Materials/Tokyo Electron*, *Global Competition Review* (June 9, 2015), <http://globalcompetitionreview.com/news/article/38782/cooperation-us-china-close-during-applied-materialstokyo-electron/>.

28 Axinn paste deze benaderingswijze onlangs toe in haar vertegenwoordiging van Dell in de overname van EMC.

29 Axinn paste deze benaderingswijze toe in haar vertegenwoordiging van Thermo Fisher in de overname van Life Technologies.

30 In de gefaalde Electrolux/GE Appliance overname, liet de fusieovereenkomst GE toe om zich vroegtijdig tijdens de rechtszaak terug te trekken (en een reverse termination fee te incasseren), omdat de overeenkomst niet voldoende tijd liet om te procederen.

31 Axinn paste deze benaderingswijze onlangs toe in haar vertegenwoordiging van Ball in de overname van Rexam.