

228. Concentratiecontrole in China: een terugblik op acht jaar onder de antimonopolie wet

MR. D.S. BITTON

Er zijn inmiddels acht jaar verstreken sinds in China de Antimonopolie Wet (AMW) van kracht werd. Sindsdien is Chinese concentratiecontrole heel snel uit de kinderschoenen gegroeid. Het is indrukwekkend wat MOFCOM¹ in korte tijd heeft bereikt en verbeterd ondanks beperkte middelen en een steeds maar toenemende 'rol' in zeer grote internationale fusiezaken. Dit gebeurde tot voor kort onder leiding van directeur generaal Shang Ming, maar hij is onlangs teruggetreden uit zijn positie. Niettemin is er in die acht jaar ook aanzienlijk veel kritiek geweest op hoe MOFCOM haar bevoegdheden bij concentratiecontrole heeft uitgeoefend, met name uit Westerse hoek. Die kritiek is hoofdzakelijk gericht op MOFCOM's ogenschijnlijke injectie van nationaal industrieel beleid in haar fusiebeslissingen, haar soms onconventionele remedies, en de duur van haar fusieonderzoeken. Naar mijn mening is die kritiek soms, maar lang niet altijd, gegrond; in relatieve zin, treedt MOFCOM bijvoorbeeld niet meer op ter blokkering of remediëring van fusies dan de FTC en DOJ in de VS.

Korte achtergrond

Het meest unieke aspect van fusiecontrole in China is dat het antimonopolie bureau van MOFCOM bij wet is vereist om de industriële belangen van China in haar onderzoek en beslissingen mee te nemen.² Teneinde er voor te zorgen dat MOFCOM dat ook daadwerkelijk doet is MOFCOM verplicht om de zienswijzen van industrie-specifieke ministeries in acht te nemen, zoals het Ministerie van Industrie en Informatie Technologie (MIIT) in geval van fusies in de technologie sector. Dat is een ingebakken onderdeel van het fusiecontroleproces van MOFCOM. De stem van die industrie-specifieke ministeries heeft veel invloed op MOFCOM, en de ministeries hebben vaak weer oor voor lokale industrie, inclusief handelsorganisaties, concurrenten, kopers en leveranciers. Maar MOFCOM wint zelf ook vaak nog direct informatie in van dergelijke marktparticipanten en vertegenwoordigende organisaties.

Voor het overige is het fusiecontroleproces in China sinds de AMW vergelijkbaar met het proces in de Europese Unie. Ofschoon er in China formeel gesproken geen prenotificatie procedure bestaat, is het praktisch gezien hetzelfde omdat er normaal gesproken op zijn minst een periode van een maand tussen de notificatie en acceptatie van de notificatie is. De klok begint voor het antimonopolie bureau van MOFCOM pas te lopen als de notificatie is geaccepteerd, en tot op heden kon dat regelmatig 30-60 dagen duren in complexe zaken. Er zijn dan als de notificatie is geaccepteerd formeel gesproken net als in de EU twee fasen: de eerste fase is 30 dagen na acceptatie van de notificatie; de tweede fase is 90 dagen daarna. Maar in complexe of problematische zaken is er vaak tevens nog een verlenging van de tweede fase van 60 dagen, die ook wel de derde fase wordt genoemd. MOFCOM kan de fusiepartijen dwingen om het onderzoek verder te verlengen door tegen het einde van de "derde fase" aan te geven dat ze nog steeds zorgen heeft. Als de partijen dan niettemin willen proberen goedkeuring te verkrijgen (door nog meer remedies aan te bieden), moeten ze hun notificatie intrekken en opnieuw indienen. Dat heeft MOFCOM in het verleden met enige regelmaat gedaan, hetgeen leidde tot onderzoeksperiodes van ruim meer dan zes maanden (soms zelfs meer dan een jaar), en was daarmee in menig internationale fusie

¹ MOFCOM is de Engelstalige afkorting van het *Ministry of Commerce*.

² People's Republic of China, *Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China*, China's Law and Government (Aug. 30, 2007), http://www.china.org.cn/government/laws/2009-02/10/content_17254169.htm (Art. 1 AMW: "This Law is enacted for the purpose of preventing and restraining monopolistic conducts, protecting fair competition in the market, enhancing economic efficiency, safeguarding the interests of consumers and social public interest, promoting the healthy development of the socialist market economy").

(doch zeker niet altijd)³ een van de laatste autoriteiten om goedkeuring te geven.

Daarin lijkt verandering te komen. In verband met kritiek over de duur van MOFCOM's fusieonderzoeken,⁴ heeft MOFCOM in 2014 een versnelde procedure voor 'simpele' fusies geïntroduceerd. Onder die regeling verwacht MOFCOM meldingen die als simpel worden aangemerkt binnen 30 dagen af te handelen. De versnelde procedure is beschikbaar voor horizontale fusies waar de partijen een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 15% hebben en non-horizontale fusies waar beide partijen een marktaandeel van minder dan 25% hebben.

Een andere wijziging die MOFCOM onlangs in haar proces heeft aangebracht om bepaalde inefficiënties te corrigeren is dat sinds september 2015 hetzelfde case team zowel de melding op volledigheid evalueert en na acceptatie van de melding ook het onderzoek verricht. Dat werd voor die tijd altijd door verschillende teams gedaan, hetgeen erg inefficiënt was en tot vertraging leidde.

Niettemin moeten ondernemingen in fusies die niet als 'simpel' zijn aan te merken rekening blijven houden met een lange onderzoeksduur in China omdat MOFCOM over beperkte middelen beschikt (vergeleken met, bijvoorbeeld, de VS en in het kader van de hoeveelheid grote en complexe zaken). De concentratiecontroledienst van MOFCOM bestaat uit ongeveer 30 medewerkers, waarvan er slechts ongeveer 20 daadwerkelijk zaken behandelen.⁵

Statistieken

De interventie statistieken in China zijn relatief gesproken vergelijkbaar met die in de VS. In 2008-2014 intervenueerde MOFCOM in 25 van de 869 gemelde fusies (2.88%), waarvan ze er maar twee blokkeerde.⁶ In diezelfde periode traden de Amerikaanse autoriteiten op in 204 van de ongeveer 7530 gemelde fusies (2.71%). In 2015, intervenueerde MOFCOM slechts in 3 van de 312 gemelde fusies (1%);⁷ in twee vereiste het remedies, in een derde leidde MOFCOM's (en DOJ's) zorgen tot afzegging van de fusie (Applied Materials/Tokyo Electron). Dat zijn bescheiden handhavingcijfers.

3 Een uitzondering was bijv. dat MOFCOM eerder (en in relatief record tempo) goedkeuring verleende voor Thermo Fisher's overname van Life Technologies dan de FTC.

4 Maureen K. Ohlhausen, *Antitrust Enforcement in China-What Next? Remarks at Global Competition Review Conference*, Federal Trade Commission (Sept. 16, 2014), https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/582501/140915gcrlive.pdf.

5 U.S.-China Business Council, *Competition Policy and Enforcement in China* (2014), <https://www.uschina.org/reports/competition-policy-and-enforcement-china>; https://www.uschina.org/sites/default/files/AML%202014%20Report%20FINAL_0.pdf.

6 U.S.-China Business Council, *Competition Policy and Enforcement in China*, p. 6 (Sept., 2014), https://www.uschina.org/sites/default/files/AML%202014%20Report%20FINAL_0.pdf.

7 Nicholas French, Ninette Doodoo, and Donghao Cui, *Merger Control in China*, *Getting the Deal Through* (April, 2016), <https://gettingthedeal-through.com/intelligence/41/article/5050/merger-control-china>.

Focus op 'gun jumping'

Ofschoon MOFCOM in 2015 slechts in 1% van de gemelde fusiezaken optrad, heeft zij zich dat jaar wel actief getoond in handhaving tegen partijen die meldenswaardige fusies niet hadden aangemeld.⁸ Het is duidelijk dat het een

MOFCOM laat steeds regelmatig zien dat zij belang hecht aan economische theorie door externe experts in te schakelen.

van MOFCOM's beleidsdoelen is om partijen te stimuleren hun fusies te melden. Dat is vergelijkbaar met het beleid van de Amerikaanse autoriteiten, die daar eveneens aanzienlijk veel middelen aan wijden. Dat neemt overigens niet weg dat MOFCOM, net als de Amerikaanse autoriteiten, de bevoegdheid heeft om ook op te treden tegen fusies die de meldingsgrens niet overschrijden. Gezien MOFCOM's zeer beperkte middelen lijkt het echter onwaarschijnlijk dat zij die bevoegdheid veel zal gebruiken.

Speciale aandacht voor non-horizontale fusies en intellectuele eigendom

MOFCOM heeft tot dusver relatief veel aandacht gehad voor non-horizontale fusies, met name verticale fusies, maar ook enkele conglomerate fusies. In 2013, na vijf jaar handhaving van de AML, waren 7 van de 21 zaken waarin MOFCOM had opgetreden (remedies oplegde of de fusie blokkeerde) verticale (5) of conglomeraat (2) fusies (30%).⁹ In vergelijking met de VS, waar de nadruk nog altijd met name ligt op horizontale fusies, is dat een relatief groot percentage.¹⁰

MOFCOM heeft daarmee laten zien dat zij zeer gevoelig is voor foreclosure en leverage effecten. In Google/Motorola Mobility, een verticale fusie, was MOFCOM bijvoorbeeld de enige autoriteit die formeel verplichtingen oplegde aan Google ter voorkoming van foreclosure of benadeling van concurrenten op de mobiele markt die van open source Android gebruik maken. Andere voorbeelden waar MOFCOM remedies oplegde ter voorkoming van foreclosure of benadeling van concurrenten zijn haar onderzoeken van GM/Delphi, GE/Shenhua, Henkel/Tiande, ARM/G&D/Gemalto, en Microsoft/Nokia.

8 *Id.*

9 Fei Deng & Cunzhen Huang, *A Five Year Review of Merger Enforcement in China*, ABA ANTITRUST SOURCE, p. 8, (Oct. 2013), http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/oct13_deng_10_29f.authcheckdam.pdf.

10 Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Investigation Data, Fiscal Years 1996-2011*, p. 7 Table 1, January, 2013, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/horizontal-merger-investigation-data-fiscal-years-1996-2011/130104horizontalmergerreport.pdf> (laat zien dat de Amerikaanse autoriteiten tussen 1996 en 2011 slechts in 28 van de 464 zaken waarin zij nader onderzoek deden op basis van een Second Request bezorgd waren over verticale effecten, en in geen enkele zaak over conglomerate effecten).

Evenals de Amerikaanse en Europese autoriteiten heeft MOFCOM in de afgelopen jaren daarnaast veel aandacht gehad voor fusies waarbij grote octrooi portefeuilles een rol speelden – met name in geval van portefeuilles van standard essential patents (SEPs) – waaronder in Google/Motorola Mobility,¹¹ Microsoft/Nokia en Nokia/Alcatel Lucent. MOFCOM ging in deze fusies verder dan de Amerikaanse en Europese autoriteiten. In Google/Motorola Mobility, vereiste MOFCOM in haar goedkeuringsbesluit dat Google zich zou houden aan Motorola Mobility's FRAND verplichtingen met betrekking tot diens SEPs, terwijl de Amerikaanse en Europese autoriteiten Google's informele toezeggingen aan standardisatie organisaties voldoende achtten. In Microsoft/Nokia, legde MOFCOM zowel Microsoft als Nokia diverse verplichtingen op om zich te houden aan FRAND regels en geen verbodsacties in te stellen op basis van SEPs, terwijl de SEPs niet van eigenaar wisselden en Nokia een pure verkoper was.¹² De Amerikaanse en Europese autoriteiten grepen om die reden niet in. Meest recentelijk legde MOFCOM wederom aan Nokia de verplichting op om zich aan haar FRAND toezeggingen te houden, dit keer omdat Nokia met haar overname van Alcatel-Lucent nog meer SEPs verkreeg die mobiele telefonie standaarden dekken.¹³ De Amerikaanse en Europese (en andere) autoriteiten keurden Nokia's overname goed zonder voorwaarden, wat betreft de SEPs met name omdat de partijen al FRAND verplichtingen hadden en hun concurrenten ongeveer vergelijkbare SEP portefeuilles hebben.¹⁴

Toenemend gebruik van externe economen, maar transparantie blijft beperkt

MOFCOM heeft intern slechts enkele economen in dienst en die zijn doorgaans niet intensief betrokken bij specifieke zaken. MOFCOM laat niettemin steeds regelmatig zien dat zij belang hecht aan economische theorie door externe experts in te schakelen om meer geavanceerde en kwantitatieve methoden toe te passen in

fusie onderzoeken.¹⁵ Zo deed MOFCOM dat bijvoorbeeld recentelijk in de Thermo Fisher/Life Technologies fusie, waar zij externe economische experts inschakelde om op basis van marktconcentratie statistieken en prijs/marge informatie prijseffecten te voorspellen.¹⁶ Ofschoon dit een zeer rudimentaire en beperkte analyse was, geeft het aan dat MOFCOM steeds meer aandacht heeft voor economisch-theoretische onderbouwing van haar beslissingen. Er is echter wel nog steeds aanzienlijke ruimte voor verbetering op het vlak van transparantie in het proces van MOFCOM. In de VS is er bijvoorbeeld in de regel veel meer openlijke uitwisseling van standpunten tussen de partijen en de autoriteiten tijdens het fusie onderzoek, inclusief tussen de economen van de partijen en de autoriteiten. Bij MOFCOM gebeurt dat in veel mindere mate. Verder zijn de besluiten van MOFCOM regelmatig wat kaal in de onderbouwing in vergelijking met bijvoorbeeld de besluiten van de Europese Commissie.

Creatieve en onconventionele remedies

In de VS en Europa hebben de autoriteiten in horizontale fusie in principe sterke voorkeur voor structurele oplossingen. De Amerikaanse autoriteiten zijn normaal gesproken bijzonder terughoudend in het accepteren van remedies die een langdurige toezichtsrol van de autoriteiten vereisen.

MOFCOM heeft zich in dat opzicht creatiever en flexibeler getoond. Veel van de gedragsremedies die MOFCOM heeft opgelegd zijn te verklaren door het relatief grote percentage aan verticale fusies waarin MOFCOM heeft opgetreden. Maar MOFCOM heeft zich eveneens bereid getoond gedragsremedies te accepteren in horizontale fusies (om lokale kwesties op te lossen). In Thermo Fisher/Life Technologies, legde MOFCOM bijvoorbeeld China-specifieke prijsverlagingsverplichtingen en leverings- en licentieplichtingen op om een toename in marktconcentratie in bepaalde productsegmenten op te lossen. MOFCOM heeft ook meer dan eens langdurige (vijf jaar lang) 'hold separate'-verplichtingen opgelegd ter goedkeuring van horizontale fusies, bijvoorbeeld in Western Digital/Hitachi en Samsung/Seagate.

Het is overigens wel zo dat MOFCOM dergelijke onconventionele China-specifieke remedies vaak heeft opgelegd bovenop structurele remedies die reeds door mededingingsautoriteiten in andere landen waren opgelegd. Dus het is normaal gesproken niet zo dat partijen in een internationale fusie in China met minder ingrijpende remedies kunnen weggelopen dan in andere landen.

11 Axinn vertegenwoordigde Google in deze fusie.

12 Nokia verkocht haar mobiele telefoon business aan Microsoft maar behield haar SEPs. MOFCOM was bezorgd dat Nokia als pure octrooihouder meer reden zou hebben om haar octrooien aggressiever te gebruiken dan toen ze nog in de mobiele telefoon business zat omdat ze destijds meer risico liep op tegenacties door concurrenten. Overigens legde MOFCOM Microsoft ook nog verplichtingen op ten aanzien van haar non-SEP octrooien, in het bijzonder de octrooien die deel uitmaakten van haar "Android" licensing programma. Zie Press Release, People's Republic of China Ministry of Commerce, *The Ministry of Commerce Holds a Special Press Conference on Anti-monopoly Work* (April 11, 2014), <http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/press/201404/20140400554324.shtml>.

13 Press Release, People's Republic of China Ministry of Commerce, *MOFCOM Approves Nokia's Acquisition of Equity of Alcatel-Lucent Conditionally* (Oct. 21, 2015), <http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/significantnews/201510/20151001151049.shtml>.

14 Nokia/Alcatel-Lucent, European Commission Case No COMP/M.7632, p. 40-41 (paras 217-22) (Jul. 7, 2015), http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7632_788_2.pdf.

15 Fei Deng & Cunzhen Huang, *A Five Year Review of Merger Enforcement in China*, ABA ANTITRUST SOURCE, pp. 10-11 (Oct. 2013), http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/oct13_deng_10_29f.authcheckdam.pdf.

16 Edgeworth Economics, *Review of the Thermo Fisher/Life Technologies Merger* (Mar. 20, 2014), <http://www.edgeworthetheconomics.com/experience-and-news/experience/resource:03-20-2014-assist-china-s-ministry-of-commerce-mofcom-in-its-review-of-the-thermo-fisher-life-technologies-merger/>.

MOFCOM heeft afgelopen jaar haar beleid omtrent remedies op papier vastgelegd. Daarin lijkt de nadruk voor horizontale fusies te liggen op structurele oplossingen.¹⁷ Voorts heeft MOFCOM recentelijk (in de NXP/Freescale fusie) voor het eerst de koper van de af te stoten bedrijfs-onderdelen van te voren goedgekeurd (een zogenoemde ‘upfront buyer’), in plaats van zes maanden na het goedkeuringsbesluit.¹⁸ MOFCOM lijkt zich aldus meer aan de internationale norm aan te passen (de FTC vereist tegenwoordig bijvoorbeeld bijna altijd een upfront buyer). Eveneens heeft MOFCOM onlangs diverse voorheen opgelegde onconventionele remedies opgeheven (soms helemaal, soms ten dele), waaronder: de langdurige ‘hold separates’ in Western Digital/Hitachi en Samsung/Seagate; de non-discriminatie verplichtingen omtrent licentiering van Android in Google/Motorola (nadat Google Motorola had afgestoten); en de restricties in WalMart/Newheight Holdings die WalMart ervan weerhielden om in China bepaalde telecom diensten aan te bieden of gebruik te maken van de populaire online marktplaats van Newheight. Maar de toekomst zal leren of MOFCOM zich inderdaad meer aan de internationale norm zal houden. MOFCOM’s praktijk tot op heden suggereert dat MOFCOM veel meer dan haar Westerse collega’s bereid is om ook in horizontale fusies gedragsremedies te accepteren.

Industrieel beleid leidt soms tot afwijking van internationale norm

MOFCOM’s mandaat om ook China’s industriële belangen mee te wegen in haar fusieonderzoeken, en de institutionele waarborgen die daartoe bijdragen (inspraak van Chinese industrie-specifieke ministeries, leveranciers, branche-organisaties, concurrenten en klanten), hebben in sommige zaken tot resultaten geleid die afweken van de rest van de wereld.

Zo verbood MOFCOM onlangs een joint venture van drie Europese scheepvaart maatschappijen nadat de joint venture was goedgekeurd door de Amerikaanse en Europese autoriteiten. Volgens sommige persberichten gebeurde dit omdat MOFCOM bezorgd was dat de drie Europese maatschappijen als gevolg van de joint venture zo efficiënt zouden worden dat lokale Chinese scheepvaart maatschappijen niet meer zouden kunnen concurreren.¹⁹ Volgens sommigen waren onder meer de volgende MOFCOM interventies eveneens veeleer een kwestie industrieel dan mededingingsbeleid, bijvoorbeeld omdat geen enkele andere autoriteit had ingegrepen, de

marktaandeelen van de partijen heel laag waren, of de non-horizontale theorieën niet klopten en/of niets met de fusie te maken hadden:

- Blokkering van Coca-Cola’s poging om Chinese sap maker China Huiyuan Juice Group Co., op basis van non-horizontale zorgen over koppelverkoop en gebundelde kortingen.²⁰
- De remedies die MOFCOM oplegde zowel aan Microsoft (de koper) als aan Nokia (de verkoper), welke grotendeels van doen hadden met SEPs die niet van eigenaar wisselden maar bij de verkoper bleven.

MOFCOM heeft tot dusver relatief veel aandacht gehad voor non-horizontale fusies, met name verticale fusies, maar ook enkele conglomerate fusies.

- De remedies die MOFCOM oplegde aan GM in verband met haar overname van Delphi, en aan Glencore in verband met haar overname van Xtrata, ondanks het feit dat de marktaandeelen van de partijen betrokken in die fusies kennelijk relatief laag waren.²¹
- De remedies die MOFCOM oplegde aan Google in verband met haar overname van Motorola Mobility, op basis van lage marktaandeelen en een verticale theorie die niet specifiek was gerelateerd aan de effecten van de fusie.²²

In geen van deze zaken hadden de autoriteiten in andere landen remedies opgelegd.

Industrieel beleid lijkt tot dusver met name veel invloed te hebben gehad in MOFCOM’s onderzoek van fusies in high tech, natuurlijke grondstoffen of sectoren waar lokale Chinese concurrenten het zwaar hebben of bijzonder afhankelijk zijn van import.

Conclusie en praktische tips

Concentratiecontrole is in China af en toe wat ondoorzichtig, onvoorspelbaar en langdurig, met name voor Westerse partijen. Het wettelijke mandaat van MOFCOM om nationale industriële belangen mee te wegen en de zienswijzen van industrie-specifieke ministeries in te winnen, maakt China soms tevens een aantrekkelijk forum voor ondernemingen om zand in de wielen van

17 Zie ook Eliot Gao and Lisha Zhou, *MOFCOM Favors Structural Remedies in Horizontal Mergers*, Division Director, Financial Times (Jan. 2, 2013), <http://www.ft.com/intl/cms/s/2/e2761b26-54fa-11e2-a220-00144feab49a.html#axzz48sxpIK1G>

18 Zie AnJie Law Firm, *MOFCOM Conditionally Approves NXP’s Acquisition of Freescale*, Lexology (Feb. 11, 2016), <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=796945e1-3d3d-454b-8e42-fb663ff69926>.

19 Zie Carlos Tejada, *China Shows Regulatory Heft by Sinking Shipping Deal*, Wall Street Journal (June 17, 2014), <http://www.wsj.com/articles/china-shows-regulatory-heft-by-sinking-shipping-deal-1403033524>

20 Zie bijv. Sundeep Tucker, Peter Smith, Jamil Anderlini, ‘China blocks Coca-Cola bid for Huiyuan’, *Financial Times* (Mar. 19, 2009), <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/5c645830-1391-11de-9e32-0000779fd2ac.html#axzz49RYZrQMY>.

21 Fei Deng & Cunzhen Huang, ‘A Five Year Review of Merger Enforcement in China’, *ABA ANTITRUST SOURCE*, p. 7-8 (Oct., 2013), http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/oct13_deng_10_29f.authcheckdam.pdf; Greg Leonard and Yizhe Zhang, ‘Considering the Unique Aspects of the Merger Review Process in China’, *ABA ANTITRUST SOURCE*, p. 2-3 (Dec. 2014).

22 Fei Deng & Cunzhen Huang, ‘A Five Year Review of Merger Enforcement in China’, *ABA ANTITRUST SOURCE*, p. 15-16 (Oct. 2013), http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/oct13_deng_10_29f.authcheckdam.pdf.

fusies van concurrenten te strooien (of daar voordeeltjes uit te halen). Als gevolg heeft MOFCOM in sommige fusies onverwachte of onconventionele remedies opgelegd waar andere autoriteiten geen of meer traditionele remedies oplegden.

Maar het verschilt lang niet zo veel van de procedures in Westerse landen als sommige critici menen. MOFCOM heeft haar proces in de afgelopen acht jaar met rasse schreden verbeterd, onder meer door versnelde procedures voor simpele fusies te introduceren en fusies van begin tot eind door hetzelfde team te laten behandelen. Het is

MOFCOM heeft relatief veel onconventionele China-specifieke gedragsremedies opgelegd.

in wezen onvoorstelbaar dat een tot voor kort volledig staatsgestuurde economie binnen zo korte tijd een relatief vergelijkbaar concentratiecontrole systeem heeft geïmplementeerd.

MOFCOM's interventie statistieken zijn vergelijkbaar met die van de autoriteiten in de VS, en de onderzoeksduur voor complexe fusies is in de VS de afgelopen jaren regelmatig net zo lang als (en soms zelfs langer dan) in China. Bovendien bieden ook mededingingsautoriteiten in Westerse landen (zoals de Europese Commissie) concurrenten met onzuivere belangen regelmatig een luisterend oor in fusieonderzoeken. En in de VS worden nationale (industriële) belangen weliswaar niet door de mededingingsautoriteiten meegewogen, maar overnames door Chinese partijen worden daar de afgelopen tijd niettemin regelmatig geblokkeerd door de Committee on Foreign Investment in de United States (CFIUS) op basis van "nationale veiligheids"-belangen, in een volledig ondoorzichtig proces.

Om concentratiecontrole in China zo goed mogelijk te navigeren in complexe fusies is het raadzaam onder meer het volgende te overwegen:

- Ontwikkel een strategie niet alleen voor benadering van MOFCOM, maar een bredere lokaal-georiënteerde government en industry relations strategie.
- Zorg ervoor dat je zo mogelijk een boodschap hebt waarom de fusie ten goede zal komen aan (en geen negatieve effecten zal hebben voor) Chinese klanten, leveranciers en industrie.

- Zorg ervoor dat de juiste boodschap over de fusie niet alleen aan MOFCOM wordt geleverd, maar ook direct aan de relevante industrie-specifieke ministeries die MOFCOM consulteert, alsmede lokale brancheorganisaties en industrie participanten.
- Schakel niet alleen lokale mededingingsadvocaten in, maar ook lokale advocaten en government relations specialisten met sterke relaties met de industrie-specifieke ministeries en branche-organisaties.
- Schakel in ingewikkelde zaken ook economen in met een goede reputatie bij MOFCOM.
- Hou er rekening mee dat, net als bij de Europese Commissie, concurrenten en andere industrie participanten regelmatig om strategische redenen tot het einde van het onderzoek wachten (in China, meestal het einde van de tweede fase), om hun zorgen uit te drukken, teneinde de partijen te dwingen remedies aan te bieden om goedkeuring te verkrijgen. Dat betekent soms dat je vroegtijdig en proactief bepaalde kwesties aan de kaak moet stellen bij MOFCOM, zelfs als anderen dat nog niet hebben gedaan.
- Om te laten zien dat je cliënt het onderzoek door MOFCOM serieus neemt is het op een gegeven moment – normaal gesproken als er tegen het midden/einde van de tweede fase nog steeds zorgen over de fusie bestaan – raadzaam om een bespreking tussen MOFCOM en een van de top mensen van het bedrijf te organiseren.
- Als je remedies verwacht, denk dan vroegtijdig met je client na over wat voor creatieve China-specifieke remedies acceptabel zijn, zodat je daar in onderhandeling van de 'efforts'-clausules van de fusieovereenkomst al rekening mee kan houden en acceptabele remedies tijdig en met voldoende detail en argumenten kan aanbieden aan MOFCOM. Historisch gesproken, staat MOFCOM meer open voor creatieve oplossingen dan andere autoriteiten.

Over de auteur

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