

ИЗВЕСТИЕ 98/С 66/02 НА КОМИСИЯТА

относно понятието концентрация съгласно Регламент (ЕИО) № 4064/89 на Съвета за контрола на концентрации между предприятия

(Текст от значение за ЕИП)

- I. ВЪВЕДЕНИЕ
- II. СЛИВАНЕ НА НЕЗАВИСИМИ ДО МОМЕНТА ПРЕДПРИЯТИЯ
- III. ПРИДОБИВАНЕ НА КОНТРОЛ
 - 1. Самостоятелен контрол
 - 2. Съвместен контрол
 - 2.1. Равни права на глас или при назначаване на органи, вземащи решения
 - 2.2. Права на вето
 - 2.3. Съвместно упражняване на права на глас
 - 2.4. Други съображения, свързани със съвместния контрол
 - 2.5. Съвместен контрол за ограничен период от време
 - 3. Контрол от единствен акционер въз основа права на вето
 - 4. Промени в структурата на контрол
- IV. ИЗКЛЮЧЕНИЯ
- V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

I. ВЪВЕДЕНИЕ

1. Целта на настоящото известие е да даде насоки за тълкуването на Комисията на понятието "концентрация", съгласно член 3 от Регламент (ЕИО) № 4064/89 на Съвета¹, последно изменен с Регламент на (ЕО) № 1310/97 на Съвета² (наричан по-долу Регламент за сливанията). Настоящото формално ръководство за тълкуването на член 3 следва да улесни фирмите по-бързо да установяват, преди още да са влезли в контакт с Комисията, дали и в каква степен техните операции попадат в обхвата на контрола за сливанията на Общността.

Настоящото известие заменя известието за понятието концентрация³. Настоящото известие съгласно параграф 1, 3, 4 и 5 от член 3. Тълкуването на член 3 във връзка със съвместните предприятия, съгласно член 3, параграф 2, се съдържа в известие на Комисията за понятието "пълноправни съвместни предприятия".

2. Насоките, съдържащи се в настоящото известие отразяват опита на Комисията при прилагането на Регламента за сливанията от момента на влизането му в сила на 21 декември 1990 г. Принципите, съдържащи се в

¹ ОВ L 395, 30.12.1989 г., стр. 1, поправка ОВ L 257, 21.9.1990 г., стр. 13.

² ОВ L 180, 9.7.1997 г., стр. 1.

³ ОВ С 385, 31.12.1994 г., стр. 5.

настоящото известие, ще се прилагат и ще бъдат доразвиване и в бъдеще от Комисията в индивидуални каузи.

3. Съгласно точка 23 от Регламент (ЕИО) № 4064/89 на Съвета, дефиницията на понятието концентрация обхваща само операции, които имат за последица продължителна промяна в структурата на засегнатите предприятия. Съгласно член 3, параграф 1 подобна структурна промяна е резултат или от сливане на две до момента независими предприятия, или от придобиване на контрола върху цялото или част от друго предприятие.

4. Установяването наличието на концентрация съгласно Регламента за сливанията се извършва въз основа по-скоро на качествени отколкото на количествени критерии, като ударението се поставя върху концепцията за контрола. Тези критерии отчитат както закона, така и фактите. Следователно, концентрация може да възникне както на законова, така и на фактическа основа..

5. Чл. 3, параграф 1 от Регламента за сливанията определя две категории концентрации:

- такива, които са резултат от сливане между независими преди това предприятия (буква а);
- такива, които са резултат от придобиване на контрол (буква б).

Те се разглеждат съответно в раздели II и III по-долу.

II. СЛИВАНЕ МЕЖДУ НЕЗАВИСИМИ ДО МОМЕНТА ПРЕДПРИЯТИЯ

6. Сливане по смисъла на член 3, параграф 1, буква а) от Регламента за сливанията е налице, когато две или повече независими предприятия се сливат в ново предприятие и престават да съществуват като независими правни субекти. Сливане може да възникне и когато едно предприятие е погълнато от друго, като последното запазва своята правна идентичност, докато първото престава да съществува като юридическо лице.

7. Сливане по смисъла на член 3, параграф 1, буква а) може да възникне също така и при липсата на правно сливане, когато е налице комбиниране дейностите на независими преди това предприятия, което води до създаването на един стопански субект⁴. Такъв може да е случаят, по-специално, когато две или повече предприятия, запазвайки своята правна идентичност, създават на договорна основа общо икономическо управление⁵. Ако това води до фактическо сливане на засегнатите предприятия в един общ стопански субект, приема се, че операцията е сливане. Предпоставка за определянето на това дали е налице общ стопански субект е наличието на постоянно, обособено стопанско

⁴ При определяне на предишната зависимост на предприятията въпросът за контрола може да бъде от значение. По принцип контрола е обсъден в параграф 12 и следващите по-долу. По този специален въпрос миноритарните акционери се счита, че имат контрол, ако те преди това са придобили мнозинството от гласовете по основни решения на събранията на акционерите. В този контекст обикновено периодът, който се проучва е три години.

⁵ Това напр. може да се отнася до Делото: “Gleichordnungskonzern” в германското право, “Groupements d’Intérêt Economique” във френското право и определени партньорства.

управление. Други фактори могат да включват вътрешни компенсации на печалби и загуби както между различните предприятия от групата, така и към техни външни съвместни партньорства. На практика сливането може да бъде подсилено от кръстосано притежаване на акции между предприятията, оформящи стопанския субект.

III. ПРИДОБИВАНЕ НА КОНТРОЛ

8. Съгласно член 3, параграф 1, буква б) концентрация е налице в случай на придобиване на контрол. Контролът може да бъде придобит от едно предприятие, действащо самостоятелно, или от две или повече предприятия, действащи съвместно.

Контрол може да бъде придобит също и от лице при обстоятелства, при които то вече контролира (или самостоятелно, или съвместно) поне едно друго предприятие или алтернативно, от комбиниране на лица (които контролират друго предприятие) и/или предприятия. Понятието “лице” в този контекст обхваща и държавните органи⁶ и частни субекти, както и физически лица.

Съгласно определението, концентрация по смисъла на Регламента за сливанията е в рамките на промените в контрола. Поради това, вътрешно реструктуриране в рамките на група компании, не може да съставлява концентрация.

Едно изключение е случаят, при който както придобиващото, така и придобитото предприятие са държавни компании, собственост на една и съща държава (или на един и същ държавен орган). В този случай, дали операцията ще се счита за вътрешно реструктуриране зависи, от своя страна, от това дали двете предприятия преди това са били част от един и същ стопански субект, по смисъла на точка 12 от Регламент (ЕИО) № 4064/89 на Съвета. Когато предприятията са били преди това част от различни стопански субекти, независими при вземане на решения, операцията ще се счита, че представлява концентрация, а не вътрешно реструктуриране⁷. Такива независими права при вземане на решения, обаче, по правило не съществуват, когато предприятията са част от едно и също холдингово дружество⁸.

9. Дали една операция води до придобиване на контрол зависи от редица правни и/или фактически елементи. Придобиването на права на собственост и споразуменията между акционерите са важни, но не единствените елементи, чисто търговските отношения могат също така да играят решаваща роля. Поради това при изключителни обстоятелства ситуация, при която е налице икономическа зависимост, фактически може да доведе до контрол, когато, напр. чрез много важни дългосрочни договори за доставка или чрез кредити,

⁶ Включително и самата държава, напр. Дело IV/M.157 – Air France/Sabena, от 5 октомври 1992 г. във връзка с белгийската държава или други държавни органи като Treuhand - IV/M.308 – Kali und Salz/MDK/Treuhand, от 14 декември 1993 г.

⁷ Дело и : IV/M.097 – Pechiney/Usinor, от 24 юни 1991 г.; IV/M.216 – SEA Industrie/France Telecom/SGS-Thomson, от 24 февруари 1993 г.

⁸ Вж. известие известие за понятието “засегнати предприятия”, точка. 55

предоставени от доставчиците или клиентите, съчетани със структурни връзки, се установява решаващо влияние⁹.

Може да е налице и придобиване на контрол, дори ако това не е декларираното намерение на страните¹⁰. Освен това, Регламентът за сливанията ясно определя контрола по-скоро като наличие на “възможност за упражняване на решаващо влияние”, отколкото като действително упражняване на такова влияние.

10. Независимо от това, контролът обикновено е придобит от лица или предприятия, които са носители на права или са им предоставени права, даващи им възможност за упражняване на контрол (чл.3, параграф 4, буква а). Може да има изключителни ситуации, при които формалният носител на контролния дял се различава от лицето или предприятието, което фактически има реални правомощия да упражнява правата, произтичащи от това участие. Такъв може да бъде случаят, напр., когато едно предприятие използва друго лице или предприятие за придобиване на контрол и упражняване правата чрез това лице или предприятие, дори и последното да не е формално носител на правата. В такъв случай, контролът се придобива от предприятието, което в действителност стои зад операцията и фактически упражнява правото на контрол на предприятието-цел (чл. 3, параграф 4, т.б). Доказателствата, необходими за установяване на този вид индиректен контрол, могат да включват фактори като източник на финансиране или фамилни връзки.

11. Обектът на контрол може да бъде едно или няколко предприятия, които са правни субекти, или активите на такива субекти, или само някои от тези активи¹¹. Тези активи, които могат да бъдат търговски марки или лицензии, трябва да представляват стопанска дейност, която по ясен начин да се материализира чрез търговския оборот.

12. Придобиването на контрол може да е под формата на самостоятелен или съвместен контрол. И в двата случая контролът се определя като възможността за упражняване на решаващо влияние на едно предприятие, въз основа на права, договори или по друг начин (чл. 3, параграф 3).

1. Самостоятелен контрол

13. Обикновено самостоятелният контрол се придобива на правно основание, когато едно предприятие придобива по-голяма част от правата на глас в една компания. Сам по себе си, не е от значение фактът дали е придобит 50% от дяловия капитал плюс един дял¹² или 100% от дяловия капитал¹³. При липсата на други елементи, придобиване, което не включва мнозинство от правата на глас, обикновено не предоставя контрол, дори и то да включва придобиване на по-голямата част от дяловия капитал.

⁹Напр., при решението Usinor/Bamesa, постановено от Комисията съгласно Договора за ЕОВС. Вж. също Дело IV/M.258 – CСIE/GTE от 25 септември 1992 г. и IV/M.697 – Lockheed Martin Corporation/Loral Corporation от 27 март 1996 г.

¹⁰ Дело IV/M.157 – Air France/Sabena, от 5 октомври 1992 г.

¹¹ Дело IV/M.286 – Zürich/MMI от 2 април 1993 г.

¹² Дело IV/M.296 – Credit Lyonnais/BFG Bank, от 11 януари 1993 г.

¹³ Дело IV/M.299 – Sara Lee/BP Food Division, от 8 февруари 1993 г.

14. Самостоятелен контрол може да бъде също така придобит и в случаите на “квалифицирано малцинство”. Това може да се осъществи както фактически, така и юридически.

Юридически това може да стане, когато на малцинството акционери са предоставени специфични права. Това може да са преференциални дялове, водещи до мнозинство права на глас или други права, които дават възможност на малцинството акционери да определя стратегическото търговско поведение на дружеството-цел, като напр. властта да назначават повече от половината членове на надзорния или на управителния съвет.

Също така може да се счита, че миноритарният акционер и фактически има самостоятелен контрол. Такъв е случаят, например, когато е много вероятно акционерът да придобие мнозинство на събранието на акционерите, при условие, че останалите акции са притежание на много на брой малки акционери¹⁴. В такъв случай е малко вероятно всички миноритарни акционери да присъстват или да бъдат представени на събранието на акционерите. Установяването на това дали е налице или не самостоятелен контрол във всеки конкретен случай се основава на доказателствата, произтичащи от присъствието на акционери през предишни години. Когато, въз основа броя на акционерите, които присъстват на събранието на акционерите, миноритарен акционер има стабилно мнозинство от гласове на това събрание, тогава се счита, че големият брой миноритарни акционери е придобил самостоятелен контрол¹⁵.

Самостоятелният контрол може да бъде упражняван също и от миноритарен акционер, който има правото да управлява дейностите на компанията и да определя стопанската ѝ политика.

15. Една опция за покупка или замяна на дялове не може, сама по себе си, да предостави самостоятелния контрол, освен ако юридически обвързващи договори не предвиждат опцията да бъде упражнена в близкото бъдеще.¹⁶ Въпреки това, вероятното упражняване на такава опция може да бъде взето предвид като допълнителен елемент, който заедно с други елементи може да доведе до заключението, че е налице самостоятелен контрол.

16. Промяна от съвместен към самостоятелен контрол в предприятие се счита за концентрация, по смисъла на Регламента за сливанията, тъй като решаващо влияние, упражнявано самостоятелно, се различава съществено от решаващо влияние, упражнявано съвместно¹⁷. По същата причина, една операция, включваща придобиването на съвместен контрол върху част от едно предприятие, и самостоятелен контрол върху друга част, по принцип, се считат за две отделни концентрации, съгласно Регламента за сливанията¹⁸.

17. Понятието контрол, съгласно Регламента за сливанията, може да е различно от това, което се прилага в специфични сфери на съответното законодателство, напр. при застрахователните норми, данъчното облагане, въздушния транспорт или медиите. Всяка държава-член може да предвиди в

¹⁴ Дело IV/M.025 – Arjomari/Wiggins Teape, от 10 февруари 1990 г.

¹⁵ Дело IV/M.343 – Societe Generale de Belgique/Generale de Banque, от 3 август 1993 г.

¹⁶ Решение по Дело T 2/93 – Air France v. Commission [1994] Преглед на Съда на Европейските общности II-323.

¹⁷ Този въпрос се разглежда в Известие за понятието “засегнати предприятия”, точки. 30, 31 и 32

¹⁸ Дело IV/M.409 – ABB/Renault Automation, от 9 март 1994 г.

националното си законодателство специфични правила за структурата на органите, представляващи организацията за вземане на решения в рамките на едно предприятие, по-специално във връзка с правата на представителите на наетите на работа. Докато такова законодателство може да предостави известни права на контрол на лица, различни от акционерите, понятието контрол, съгласно Регламента за сливанията, се отнася само до средствата за влияние, които обичайно се използват от собствениците на едно предприятие. Накрая, правата на държавата, действаща по-скоро като държавен орган, а не като акционер, доколкото са ограничени до защита на обществения интерес, не съставляват контрол по смисъла на Регламента за сливанията, ако нямат за цел, нито пък резултат оправомощаване, на държавата да упражнява решаващо влияние върху дейността на предприятието¹⁹.

2. Съвместен контрол

18. Както и в случаите на самостоятелен контрол, придобиването на съвместен контрол (който включва промени от самостоятелен към съвместен контрол) може също така да бъде установен както юридически, така и фактически. Налице е съвместен контрол, ако акционерите (дружествата-майки) трябва да постигнат съгласие по основни решения, отнасящи се до контролираните предприятия (съвместното предприятие).

19. Съвместен контрол съществува, когато две или повече предприятия или лица имат възможността за упражняване на решаващо влияние върху друго предприятие. Решително влияние в този смисъл обикновено означава властта да се блокират действия, които определят стратегическото търговско поведение на едно предприятие. За разлика от самостоятелния контрол, който предоставя власт на точно определен акционер да определя стратегическите решения в едно предприятие, съвместният контрол се характеризира чрез потенциалната възможност за възникване на ситуация на безизходно положение, произтичаща от правомощията на две или повече дружества-майки да отхвърлят предложените стратегически решения. От това следва, че тези акционери трябва да постигнат общо съгласие за определяне на търговската политика на съвместното предприятие.

Равни права на глас или при назначаване на органи, вземащи решения

20. Най-чистата форма на съвместен контрол е налице, когато има само две дружества-майки, които делят поравно правата на глас в съвместното предприятие. В този случай не е необходимо формално да има споразумение между тях. Въпреки това, когато има такова формално споразумение, то трябва да бъде в съответствие с принципа на равнопоставеност между компаниите-майки, установявайки например, че всяка от тях има право на еднакъв брой представители в управителните органи и че нито един от членовете на тези органи няма решаващ глас²⁰. Равнопоставеността може също да се постигне, когато двете дружества-майки имат правото да назначават еднакъв брой членове в органите, които вземат решения в съвместното предприятие.

¹⁹ Дело IV/M.493 – Tractebel/Distrigaz II, от 1 септември 1994 г.

²⁰ Дело IV/M.272 – Matra/CAP Gemini Sogeti, от 17 март 1993 г.

2.2. Права на вето

21. Съвместен контрол може да е налице, дори когато няма равнопоставеност между двете дружества-майки по отношение на гласовете или на представителството в органите, които вземат решения, или в случаите, когато са повече от две дружества-майки. Такъв е случаят, при който малцинство акционери има допълнителни права, които им дават възможност да налагат вето върху решения, които са от съществено значение за стратегическото търговско поведение на съвместното предприятие²¹. Тези права на вето може да се съдържат в устава на съвместното предприятие или да бъдат предоставени на основание споразумение между дружествата-майки. Сами по себе си, правата на вето може да се упражняват чрез специфичен кворум, който се изисква за вземането на решения на събранията на акционерите или на борда на директорите, доколкото дружествата-майки са представени в този борд. Възможно е, също така стратегическите решения да са предмет на одобрение от орган, напр. надзорен съвет, в който миноритарните акционери са представени и формират част от кворума, необходим за вземането на такива решения.

22. Тези права на вето трябва да са свързани с вземането на стратегически решения по отношение търговската политика на съвместното предприятие. Те трябва да надхвърлят правото на вето, обичайно предоставяно на миноритарни акционери за защита на техните финансови участия като инвеститори в съвместното предприятие. Тази обичайна защита на правата на миноритарните акционери е свързана с вземането на съществени за съвместното предприятие решения, като промени в устава, увеличаване или намаляване на капитала или ликвидация. Право на вето, напр., което защитава продажбата или ликвидацията на съвместното предприятие, не предоставя съвместен контрол на засегнатия миноритарен акционер²².

23. Напротив, права на вето, предоставящи съвместен контрол, обикновено включват решения и въпроси като бюджет, стопански план, големи инвестиции или назначаване на висше ръководство. Придобиването на съвместен контрол, обаче, не изисква придобиващият да има права да упражни решаващо влияние по отношение оперативната работа в едно предприятие. От съществено значение е правата на вето да дават възможност на дружествата-майки да упражняват такова влияние във връзка със стратегическото търговско поведение на съвместното предприятие. Нещо повече, не е необходимо да се доказва, че придобилият съвместен контрол в едно съвместно предприятие действително ще упражни решаващото си влияние. Възможността то да бъде упражнявано, както и самото съществуване на права на вето е достатъчно.

24. За да придобие съвместен контрол, миноритарният акционер не е необходимо да притежава всички права на вето, споменати по-горе. Достатъчно е да са налице само някои или дори само едно от правата на вето. Дали случаят е такъв или не, зависи от конкретното съдържание на самото право на вето, както и от значимостта на това право в контекста на специфичната стопанска дейност на съвместното предприятие.

²¹ Дело T 2/93 –Air France v. Comission [1994] Преглед на Съда на Европейските общности II-323. Дело IV/M.010 – Conagra/Idea, от 3 май 1991 г.

²² Дело IV/M.062 – Eridania/ISI, от 30 юли 1991 г.

Назначаване на управителните органи и определяне на бюджета

25. Обичайно най-важните права на вето са онези, които се отнасят до решенията, свързани с назначаването на органите на управление и с бюджета. Властта за съвместно определяне структурата на управление предоставя на притежателя ѝ възможност да упражнява решаващо влияние върху търговската политика на едно предприятие. Същото важи и за решенията, отнасящи се до бюджета, доколкото той определя точната рамка на дейностите на съвместното предприятие и по-специално, инвестициите, които то може да направи.

Бизнес-план

26. Обикновено бизнес-планът представя подробности за целите на една компания заедно с мерките, които трябва да се предприемат, така че да се постигнат тези цели. Право на вето по отношение на този бизнесплан може да е достатъчно за придобиване на съвместен контрол дори и при липсата на всяко друго право на вето. Напротив, когато бизнес-планът съдържа единствено общи декларации относно бизнес-целите на съвместното предприятие, съществуването на право на вето ще бъде само един елемент от общата оценка на съвместния контрол, но, само по себе си, няма да е достатъчно, за да се предостави съвместен контрол.

Инвестиции

27. В случая на право на вето върху инвестициите, значимостта на това право зависи, първо, от обема инвестиции, предмет на одобрение от дружествата-майки, второ, от степента, в която инвестициите представляват съществена характеристика на пазара, където съвместното предприятие е активно. Във връзка с първия критерий, когато обемът инвестиции, за който е необходимо одобрение от дружествата-майки, е изключително голям, това право на вето може да е по-близо до обичайната защита интересите на миноритарния акционер, отколкото до право, даващо възможност за съвместно определяне на търговската политика на съвместното предприятие. Що се отнася до втория критерий, инвестиционната политика на едно предприятие обикновено е важен елемент при оценката дали е налице съвместен контрол. Въпреки това, възможно е да съществуват някои пазари, където инвестициите нямат съществена роля по отношение пазарното поведение на едно предприятие.

Права, свързани с особеностите на пазара

28. Освен типичните видове право на вето, посочени по-горе, съществуват и редица други права на вето, свързани със специфични решения, които са важни в контекста на конкретния пазар на съвместното предприятие. Един такъв пример е решението съвместното предприятие да използва технология, когато тази технология е ключова характеристика на дейностите на съвместното предприятие. Друг пример се отнася до пазари, характеризиращи се с продуктова диференциация и със значителна степен на нововъведения. В такива пазари право на вето върху решения, отнасящи се до нови продуктови линии,

които предстои да се разработят от съвместното предприятие, може също да бъде важен елемент при установяване наличието на съвместен контрол.

Общ контекст

29. При оценка относителната важност на видовете право на вето, когато съществуват няколко, те не бива да се разглеждат отделно едно от друго. Напротив, когато се установява дали съществува или не съвместен контрол, преценката трябва да се базира върху общия контекст, в който тези права съществуват. Въпреки това, право на вето, което не се отнася нито до търговската политика и стратегия, нито до бюджета или бизнесплана, не може да бъде считано за предоставящо съвместен контрол на своя носител²³.

Съвместно упражняване права на глас

30. Дори при липсата на специфични права на вето, две или повече предприятия, придобивайки миноритарни дялове в друго предприятие, могат да придобият съвместен контрол. Такъв би могъл да бъде случаят, когато миноритарните дялове съвместно осигуряват средствата за контрол на предприятието-цел. Това означава, че заедно миноритарните акционери ще имат мнозинство от правата на глас; и те ще действат заедно при упражняване на тези права на глас. Това може да е резултат от правно обвързващо споразумение, водещо до този ефект, или може да бъде установено на база на факти.

31. Правните средства, гарантиращи съвместното упражняване на права на глас, може да са под формата или на холдингово дружество, на което миноритарните акционери прехвърлят своите права, или на споразумение, чрез което те се задължават да действат по същия начин (споразумение-“пул”/обединение).

32. Много рядко съвместна дейност може да е налице и фактически, когато са налице силни общи интереси между миноритарните акционери, и то до степен, че не биха действали едни срещу други при упражняване на правата си във връзка със съвместното предприятие.

33. В случай на придобивания на миноритарни дялове наличието на предишни връзки между миноритарните акционери или придобиването на дялове чрез съгласувани действия ще бъдат фактори, които сочат такъв общ интерес.

34. В случай, че се създава ново съвместно предприятие, което е различно от придобиването на миноритарни дялове в съществуваща компания, има голяма вероятност дружествата-майки съзнателно да провеждат обща политика. Това действително е така, особено когато всяка компания-майка има принос в съвместното предприятие, който е от съществено значение за дейността му (т.нар. специфични технологии, местно ноу-хау или договори за доставка). При

²³ Дело IV/M.295 – SITA-RPC/SCORI, от 19 март 1993 г.

тези обстоятелства дружествата-майки може да са в състояние да влияят върху съвместното предприятие при пълно сътрудничество помежду си само на основата на споразумение по най-важните стратегически решения, дори ако липсва изрична уговорка за което и да е право на вето. Колкото по-голям е броят на дружествата-майки, които участват в едно съвместно предприятие, обаче, толкова по-малка е вероятността от възникването на подобна ситуация.

35. При липсата на сериозни общи интереси, подобни на посочените по-горе, възможността за променящи се коалиции между миноритарните акционери обикновено изключва предположението за съвместен контрол. Когато липсва стабилно мнозинство по отношение процедурата на вземане на решения и мнозинството при всеки отделен случай може да е различно вследствие на възможните комбинации между миноритарните акционери, не може да се предполага, че миноритарните акционери съвместно ще контролират предприятието. В този контекст, не е достатъчно наличието на споразумения между две или повече страни, имащи равни дялове в капитала на едно предприятие, които им дават равни права и компетенции. Например, когато в едно предприятие има трима акционери, като всеки от тях притежава една трета от капитала и всеки избира една трета от членовете на Управителния съвет, акционерите нямат съвместен контрол, тъй като се изисква решенията да се вземат с обикновено мнозинство. Същите съображения се прилагат и по отношение на по-комплексни структури, например когато капиталът на едно предприятие е разделен поравно между трима акционери; когато Управителният съвет се състои от дванадесет члена, всеки от акционерите А, Б и В избира двама, други двама се избират от А, Б и В съвместно, докато оставащите четири се избират от другите осем члена съвместно. В този случай също не е налице съвместен контрол и изобщо контрол по смисъла на Регламента за сливанията.

Други съображения, свързани със съвместния контрол

36. Съвместен контрол не е несъвместим с факта, че едно от дружествата-майки има специфични познания и опит в стопанската дейност на съвместното предприятие. В този случай другото дружество-майка може да има скромна или дори незабележима роля в оперативното управление на съвместното предприятие, като присъствието ѝ е мотивирано както от финансови съображения, така и от съображения, свързани с дългосрочната стратегия, доброто име на търговската марка или общата му политика. Независимо от това, трябва да бъде запазена реалната възможност решенията, взети от другото предприятие-майка, винаги да могат да бъдат оспорвани, тъй като в противен случай би се получил самостоятелен контрол.

37. За да е налице съвместен контрол, не трябва само едно от дружествата-майки да има решаващ глас. Въпреки това, може да е налице съвместен контрол, когато този решаващ глас може да се упражни само след серии от арбитражни процедури и опити за помиряване или в много ограничени случаи²⁴.

2.5. Съвместен контрол за ограничен период от време

²⁴ Дело IV/M.425 – British Telecom/Banco Santander, от 28 март 1994 г.

38. Когато една операция води до съвместен контрол в началния период²⁵, но по силата на юридически обвързващи споразумения, един от акционерите преобразува този съвместен контрол в самостоятелен, цялата операция обикновено ще се счита, че е придобиване на самостоятелен контрол.

3. Контрол от страна на един акционер въз основа права на вето

39. Съществува изключение когато само един акционер може да наложи вето при вземане на стратегически решения в едно предприятие, но този акционер няма правото да налага такива решения. Такава ситуация е налице, когато или един акционер има 50% от дадено предприятие, докато останалите 50% се държат от двама или повече миноритарни акционери, или, когато има кворум, който се изисква за стратегически решения, който фактически предоставя правото на вето само на един миноритарен акционер²⁶. В тези случаи един единствен акционер има същото ниво на влияние като това, което имат няколко съвместно контролиращи акционери, т.е. властта да блокира приемането на стратегически решения. Независимо от това, този акционер няма правата, които обикновено се предоставят в предприятие, имащо самостоятелен контрол, т.е. властта да налага стратегически решения. Тъй като този акционер може да създаде безизходна ситуация, сравнима с тази в обичайните случаи на съвместен контрол, той придобива решаващото влияние и поради това контрола, по смисъла на Регламента за сливанията²⁷.

4. Промени в структурата на контрол

40. Концентрация може също така да възникне, когато една операция води до промяна в структурата на контрол. Това включва промяната от съвместен контрол към самостоятелен контрол, както и увеличаване броя на акционерите, упражняващи съвместен контрол. Принципите за определяне наличието на концентрация при тези обстоятелства са подробно уредени със известието за понятието “засегнати предприятия”²⁸.

IV. ИЗКЛЮЧЕНИЯ

41. Член 3, параграф 5 определя три изключения, когато придобиването на контролния пакет не съставлява концентрация по смисъла на Регламента за сливанията.

42. Първо, придобиването на ценни книжа от компании, чиито предмет на дейност включва сделки с ценни книжа за тяхна собствена сметка или за сметка на други, не се счита за концентрация, ако такова придобиване е извършено в рамките на този предмет на дейност и ако тези ценни книжа се държат временно

²⁵ Този начален период трябва да не превишава три години. Дело IV/M.425 – – British Telecom/Banco Santander, от 28 март 1994 г.

²⁶ Дело IV/M.258 – ССІЕ/ГТЕ, от 25 септември 1992 г., където правото на вето само на един акционер се упражнява чрез член на съвета, назначен от този акционер.

²⁷ След като този акционер е единственото предприятие, което придобива контролния пакет, само този акционер е задължен да предостави уведомление по Регламента за сливанията.

²⁸ Точки. 30 - 48.

(чл. 3, параграф 5, буква а). За да е налице такова изключение, трябва да са изпълнени следните изисквания:

- придобивашото предприятие трябва да бъде кредитна или друг вид финансова институция, или застрахователна компания, чийто обичайни дейности са описани по-горе,
- ценните книжа трябва да са придобити с цел продажбата им,
- придобивашото предприятие не трябва да упражнява права на глас за определяне на стратегическото търговско поведение на компанията-цел или трябва да упражнява тези права само с оглед подготовката на цялостна или частична продажба, или на прехвърляне на предприятието, на негови активи или ценни книжа,
- придобивашото предприятие трябва да се освободи от контролните си права в рамките на една година от датата на придобиването, т.е. то трябва да намали акционерното си участие в рамките на този едногодишен период най-малко до нивото, което вече не предоставя възможност за контрол. Този срок, обаче, може да бъде продължен от Комисията, когато придобивашото предприятие може да докаже, че разпореждането обективно не е било възможно в рамките на едногодишния срок.

43. Второ, не е налице промяна в контрола и съответно не е налице концентрация по смисъла на Регламента за сливанията, когато контролът е придобит от държавен служител, съгласно правото на една държава-членка, регулиращо ликвидацията, несъстоятелността, прекратяването на плащанията, учредяването или аналогични процедури (чл. 3, параграф 5, буква б);

44. Трето, не възниква концентрация, когато финансово холдингово дружество по смисъла на Четвъртата директива 78/660/ЕИО на Съвета²⁹ придобива контрол, при условие че тази компания упражнява правата си на глас само, за да поддържа пълната стойност на своите инвестиции, и не определя нито пряко, нито косвено стратегическото търговско поведение на контролираното предприятие.

45. В контекста на изключенията по член 3, параграф 5 може да се постави въпрос доколко една "оздравителна" операция за съживяване съставлява концентрация по смисъла на Регламента за сливанията. Една операция по възстановяване обикновено включва прехвърляне на съществуващите задължения на нова компания, чрез която обединение на банки може да придобие съвместен контрол по отношение на засегнатата компания. Когато

²⁹ ОВ L 222, 14.8.1978 г., стр. 11, изменен с Акта за присъединяване на Австрия, Финландия и Швеция. Съгласно член 5, параграф 3 от настоящата Директива финансовите холдингови дружества се определят като "такива дружества, основната цел на които е да придобиват холдинги в други предприятия, да управляват тези холдинги и да ги превръщат в печеливши, без самите те да се включват пряко или косвено в управлението на тези предприятия, до степен да не се нахвърняват техните права като акционери".

такава операция отговаря на посочените по-горе критерии за съвместен контрол, тя ще бъде считана за концентрация³⁰. Независимо от това, че основното внимание на банките е съсредоточено върху преструктуриране на финансирането на засегнатото предприятие с оглед неговата последваща продажба, изключението съгласно член 3, параграф 5, буква а) обикновено не се прилага по отношение на такава операция. Това е така, тъй като програмата за преструктуриране обикновено изисква контролиращите банки да определят стратегическото търговско поведение на предприятието, предмет на процедурата. Освен това, обикновено не е реалистично да има предложение за трансформиране на компанията, предмет на съживяване в жизнеспособен пазарен субект, и след това да бъде продадена в разрешения едногодишен срок. Освен това, продължителността на времето за постигане на тази цел може да бъде толкова несигурно, че би било трудно да се предостави удължаване на срока за разпореждане.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

46. Тълкуването на Комисията на член 3, така както е изложено в настоящото известие, не предопределя тълкуването, което би могло да бъде дадено от страна на Съда на Европейските общности или на Първоинстанционния Съд на Европейските общности.

³⁰ Дело IV/M.116 – Kelt/American Express, от 28 август 1991 г.