

II

(Informacje)

INFORMACJE INSTYTUCJI I ORGANÓW UNII EUROPEJSKIEJ

KOMISJA

Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw

(2008/C 95/01)

SPIS TREŚCI

	<i>Strona</i>
A. WPROWADZENIE	4
B. POJĘCIE KONCENTRACJI	4
I. Łączenie się wcześniej samodzielnych przedsiębiorstw	5
II. Przejęcie kontroli	5
1. Pojęcie kontroli	5
1.1. Osoba lub przedsiębiorstwo przejmujące kontrolę	5
1.2. Środki kontroli	7
1.3. Przedmiot kontroli	9
1.4. Trwała zmiana kontroli	10
1.5. Transakcje wzajemnie powiązane	12
1.5.1. Związek między art. 3 i art. 5 ust. 2 akapit drugi	12
1.5.2. Transakcje wzajemnie uwarunkowane na podstawie art. 3	12
1.5.3. Seria transakcji w obrocie papierami wartościowymi	14
1.5.4. Artykuł 5 ust. 2 akapit drugi	15
1.6. Wewnętrzna restrukturyzacja	15
1.7. Koncentracje z udziałem przedsiębiorstw państwowych	15
2. Wyłączna kontrola	16

	<i>Strona</i>
3. Wspólna kontrola	17
3.1. Równość w zakresie praw głosu lub mianowania członków organów decyzyjnych	18
3.2. Prawo weta	18
3.3. Wspólne wykonywanie praw głosu	19
3.4. Inne aspekty związane ze wspólną kontrolą	21
III. Zmiany w jakości kontroli	21
1. Wejście kontrolujących udziałowców lub akcjonariuszy	22
2. Zmniejszenie liczby udziałowców lub akcjonariuszy	23
IV. Wspólne przedsiębiorstwa – pojęcie pełnego zakresu funkcji	23
1. Wystarczające zasoby do samodzielnego działania na rynku	24
2. Działania wykraczające poza jedną konkretną funkcję na rzecz spółek dominujących	24
3. Stosunki kupno/sprzedaż ze spółkami dominującymi	24
4. Działanie w sposób trwały	26
5. Zmiany w działalności wspólnego przedsiębiorstwa	27
V. Wyjątki	27
VI. Odstąpienie od koncentracji	29
VII. Zmiany transakcji po wydaniu przez Komisję decyzji zatwierdzającej	30
C. WYMIAR WSPÓLNOTOWY	30
I. Progi	30
II. Pojęcie przedsiębiorstwa uczestniczącego	31
1. Zasady ogólne	31
2. Połączenia przedsiębiorstw	31
3. Przejęcie kontroli	31
III. Właściwy termin na stwierdzenie właściwości	35
IV. Obrót	35
1. Pojęcie obrotu	35
2. Zwyczajna działalność	36
3. Obrót „netto”	37
3.1. Odliczanie rabatów i podatków	37
3.2. Traktowanie obrotu „wewnętrznego”	37
4. Obliczanie obrotu i sprawozdania finansowe	37
4.1. Zasada ogólna	37
4.2. Korekty po dacie ostatniej weryfikacji sprawozdań	38

	<i>Strona</i>
5. Przepisywanie obrotu na podstawie art. 5 ust. 4	39
5.1. Określanie przedsiębiorstw, których obrót jest uwzględniany	39
5.2. Przepisywanie obrotu określonych przedsiębiorstw	42
5.3. Przepisywanie obrotu w przypadku funduszy inwestycyjnych	42
5.4. Przepisywanie obrotu w przypadku przedsiębiorstw państwowych	43
V. Przepisywanie obrotu według kryterium geograficznego	43
VI. Przeliczanie obrotów na euro	45
VII. Przepisy dotyczące instytucji kredytowych i innych instytucji finansowych oraz zakładów ubezpieczeń	45
1. Zakres zastosowania	45
2. Obliczanie obrotu	46
2.1. Obliczanie obrotów instytucji kredytowych i finansowych (innych niż finansowe spółki holdingowe)	46
2.1.1. Zasady ogólne	46
2.1.2. Obroty przedsiębiorstw leasingowych	46
2.2. Zakłady ubezpieczeń	47
2.3. Finansowe spółki holdingowe	47

A. WPROWADZENIE

- (1) Celem niniejszego obwieszczenia jest dostarczenie wskazówek w kwestiach właściwości na podstawie rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004, Dz.U. L 24 z 29.1.2003 r., str. 1 („rozporządzenia w sprawie połączeń”) ⁽¹⁾. Przedstawione tu oficjalne wskazówki powinny dać firmom możliwość szybszego stwierdzenia – zanim ewentualnie skontaktują się z Komisją – czy i w jakim zakresie ich operacje podlegają wspólnotowej kontroli koncentracji przedsiębiorstw.
- (2) Niniejsze obwieszczenie zastępuje obwieszczenie w sprawie pojęcia koncentracji ⁽²⁾, obwieszczenie w sprawie pojęcia wspólnych przedsiębiorstw o pełnym zakresie funkcji, ⁽³⁾ obwieszczenie w sprawie pojęcia przedsiębiorstw uczestniczących ⁽⁴⁾ oraz obwieszczenie w sprawie obliczania obrotu ⁽⁵⁾.
- (3) Niniejsze obwieszczenie zajmuje się pojęciami koncentracji, wspólnych przedsiębiorstw o pełnym zakresie funkcji, przedsiębiorstw uczestniczących oraz obliczania obrotu, wprowadzone w art. 1, 3 i 5 rozporządzenia w sprawie połączeń. Kwestie odsyłania spraw są poruszone w obwieszczeniu w sprawie odsyłania spraw ⁽⁶⁾. Przyjęta przez Komisję w niniejszym obwieszczeniu wykładnia art. 1, 3 i 5 nie ma wpływu na wykładnię, jaka może być zastosowana przez Trybunał Sprawiedliwości lub Sąd Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich.
- (4) Wskazówki zawarte w niniejszym obwieszczeniu są odzwierciedleniem doświadczenia Komisji w stosowaniu zarówno nowego rozporządzenia w sprawie połączeń, jak i poprzedniego rozporządzenia w sprawie połączeń, nabytego od daty wejścia tego ostatniego w życie dnia 21 września 1990 r. Ogólne zasady regulujące kwestie poruszone w niniejszym obwieszczeniu nie uległy zmianie po wejściu w życie rozporządzenia (WE) nr 139/2004, w treści obwieszczenia wskazuje się jednak bezpośrednio te elementy, w których zaszły zmiany. Zasady zawarte w niniejszym obwieszczeniu będą stosowane i dopracowywane przez Komisję w indywidualnych przypadkach.
- (5) Zgodnie z art. 1 rozporządzenia w sprawie połączeń rozporządzenie to stosuje się wyłącznie do operacji, które spełniają dwa warunki. Po pierwsze, musi występować koncentracja dwóch lub więcej przedsiębiorstw w rozumieniu art. 3 rozporządzenia w sprawie połączeń. Po drugie, obrót uczestniczących przedsiębiorstw obliczany zgodnie z art. 5 musi osiągać progi określone w art. 1 rozporządzenia. Pojęcie koncentracji (w tym wymogi szczególnie mające zastosowanie do wspólnych przedsiębiorstw), jako pierwszy warunek, omówiono w części B; określenie przedsiębiorstw uczestniczących i obliczanie ich obrotu – kwestie istotne dla warunku drugiego – omówiono w części C.
- (6) Komisja odnosi się do kwestii swojej właściwości w sprawie koncentracji w decyzjach podjętych zgodnie z art. 6 rozporządzenia w sprawie połączeń ⁽⁷⁾.

B. POJĘCIE KONCENTRACJI

- (7) Zgodnie z art. 3 ust. 1 rozporządzenia w sprawie połączeń koncentracja obejmuje tylko operacje, w których zmiana w kontroli przedsiębiorstw uczestniczących ma charakter trwały. W motywie 20 preambuły do rozporządzenia w sprawie połączeń wyjaśniono dalej, że pojęcie koncentracji ma dotyczyć operacji, które przynoszą trwałą zmianę w strukturze rynku. Jako że kryterium określone w art. 3 opiera się na pojęciu kontroli, fakt występowania koncentracji zależy w większej mierze od czynników jakościowych niż ilościowych.

⁽¹⁾ Tam, gdzie w treści niniejszego obwieszczenia konieczne jest rozróżnienie pomiędzy rozporządzeniem 139/2004 a rozporządzeniem Rady (EWG) nr 4064/89 (Dz.U. L 395 z 30.12.1989 r., wersja sprostowana w Dz.U. L 257 z 21.9.1990 r. s. 13, rozporządzenie ostatnio zmienione rozporządzeniem (WE) nr 1310/97, Dz.U. L 180, z 9.7.1997 r., s. 1, sprostowanie w Dz.U. L 40 z 13.2.1998 r., s. 17), to pierwsze rozporządzenie zwane będzie „nowym rozporządzeniem w sprawie połączeń,” a to drugie – „poprzednim rozporządzeniem w sprawie połączeń”. Artykuły bez odesłania odnoszą się do przekształconego rozporządzenia w sprawie połączeń.

⁽²⁾ Dz.U. C 66, z 2.3.1998 r., s. 5.

⁽³⁾ Dz.U. C 66, z 2.3.1998 r., s. 1.

⁽⁴⁾ Dz.U. C 66, z 2.3.1998 r., s. 14.

⁽⁵⁾ Dz.U. C 66, z 2.3.1998 r., s. 25.

⁽⁶⁾ Dz.U. C 56, z 5.3.2005 r., s. 2.

⁽⁷⁾ Zob. także opinia adwokata generalnej J. Kokott w sprawie C-202/06 Cementbouw przeciwko Komisji z dnia 26 kwietnia 2007 r., pkt 56 (dotychczas nieopublikowana).

- (8) Artykuł 3 ust. 1 rozporządzenia w sprawie połączeń definiuje dwa rodzaje koncentracji:
- koncentracje wynikające z łączenia się wcześniej samodzielnych przedsiębiorstw (lit. a)),
 - koncentracje wynikające z przejęcia kontroli (lit. b)).

Zostały one omówione odpowiednio w sekcjach I i II poniżej.

I. ŁĄCZENIE SIĘ WCZEŚNIEJ SAMODZIELNYCH PRZEDSIĘBIORSTW

- (9) Połączenie w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie połączeń ma miejsce wtedy, gdy dwa lub większa liczba samodzielnych przedsiębiorstw łączy się, tworząc nowe przedsiębiorstwo i przestaje istnieć jako odrębne podmioty prawne. Połączenie może również mieć miejsce wtedy, gdy jedno przedsiębiorstwo zostaje włączone do drugiego, tak że to ostatnie zachowuje swoją osobowość prawną, natomiast pierwsze ją traci⁽⁸⁾.
- (10) Połączenie w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. a) może także mieć miejsce wtedy, gdy – nawet przy braku połączenia w sensie prawnym – połączenie działalności wcześniej samodzielnych przedsiębiorstw powoduje stworzenie jednej jednostki gospodarczej⁽⁹⁾. Sytuacja taka może wystąpić szczególnie wtedy, gdy dwa lub większa liczba przedsiębiorstw, zachowując swoją indywidualną osobowość prawną, ustanawia na podstawie umowy wspólny zarząd gospodarczy⁽¹⁰⁾ lub strukturę spółki podwójnie notowanej (dual-listed company)⁽¹¹⁾. Jeżeli prowadzi to do faktycznego połączenia przedsiębiorstw w jedną, wspólną jednostkę gospodarczą, operację taką uważa się za połączenie. Zasadniczym warunkiem, jaki musi być spełniony, by móc stwierdzić, że zaszło faktyczne połączenie, jest istnienie stałego, wspólnego zarządu gospodarczego. Spośród innych istotnych czynników wymienić można: wewnętrzną kompensację strat i podział zysków pomiędzy przedsiębiorstwami w obrębie grupy oraz ich wspólną odpowiedzialność wobec podmiotów zewnętrznych. Faktyczne połączenie może wynikać wyłącznie ze stosunków umownych⁽¹²⁾, lecz więzi te mogą także być wzmocnione poprzez krzyżowe przejęcie udziałów lub akcji przez przedsiębiorstwa tworzące jednostkę gospodarczą.

II. PRZEJĘCIE KONTROLI

1. Pojęcie kontroli

1.1 *Osoba lub przedsiębiorstwo przejmujące kontrolę*

- (11) Artykuł 3 ust. 1 lit. b) stanowi, że koncentracja ma miejsce w przypadku przejęcia kontroli. Taką kontrolę przejmując może jedno przedsiębiorstwo działające samodzielnie lub kilka przedsiębiorstw działających wspólnie.

⁽⁸⁾ Zob. np. sprawa COMP/M. 1673 – Veba/VIAG z 13 czerwca 2000 r., sprawa COMP/M.1806 – AstraZeneca/Novartis z 26 lipca 2000 r., sprawa COMP/M.2208 – Chevron/Texaco z 26 stycznia 2001 r. i sprawa IV/M.1383 – Exxon/Mobil z 29 września 1999 r. Połączenie w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. a) nie występuje, jeżeli spółka docelowa łączy się ze spółką zależną względem spółki przejmującej, co skutkuje przejęciem kontroli przez spółkę dominującą nad spółką docelową w znaczeniu art. 3 ust. 1 lit. b), patrz sprawa COMP/M.2510 – Cendant/Galileo z 24 września 2001 r.

⁽⁹⁾ Kwestia kontroli może mieć znaczenie przy określaniu, czy dane przedsiębiorstwo było uprzednio niezależne, inaczej bowiem połączenie może odbywać się jedynie w ramach wewnętrznej restrukturyzacji w grupie. W tym szczególnym kontekście ocena kontroli przebiega według ogólnej koncepcji określonej poniżej i obejmuje zarówno kontrolę na podstawie prawnej, jak i faktycznej.

⁽¹⁰⁾ Przykładowo może to mieć zastosowanie w przypadku „Gleichordnungskonzern” występującego w prawie niemieckim, niektórych „Groupements d'Intérêt Economique” występujących w prawie francuskim oraz łączenia się spółek osobowych, jak w sprawie IV/M.1016 – Price Waterhouse/Coopers&Lybrand z 20 maja 1998 r.

⁽¹¹⁾ Sprawa IV/M.660 – RTZ/CRA z 7 grudnia 1995 r., sprawa COMP/M.3071 – Carnival Corporation/P&O Princess II z 24 lipca 2002 r.

⁽¹²⁾ Zob. sprawa IV/M.1016 – Price Waterhouse/Coopers&Lybrand z 20 maja 1998 r., sprawa COMP/M.2824 – Ernst & Young/Andersen Germany z 27 sierpnia 2002 r.

Osoba kontrolująca inne przedsiębiorstwo

- (12) Kontrolę taką może również przejąć osoba, w sytuacji gdy kontroluje ona już (na zasadzie wyłącznej lub wspólnie) co najmniej jedno inne przedsiębiorstwo, albo grupa osób (która kontroluje inne przedsiębiorstwo) i przedsiębiorstw. Termin „osoba” odnosi się w tym kontekście do instytucji publicznych⁽¹³⁾ i podmiotów prywatnych, jak również osób fizycznych. Przejęcie kontroli przez osoby fizyczne postrzega się jako powodujące trwałą zmianę w strukturze przedsiębiorstw uczestniczących tylko wtedy, gdy te osoby fizyczne prowadzą ponadto działalność gospodarczą na własny rachunek lub kontrolują co najmniej jedno inne przedsiębiorstwo⁽¹⁴⁾.

Przejmujący kontrolę

- (13) Kontrolę przejmują zwykle osoby lub przedsiębiorstwa, które są posiadaczami praw bądź są uprawnieni do posiadania praw przyznających kontrolę na mocy odpowiednich umów (art. 3 ust. 3 lit. a)). Istnieją jednak także sytuacje, w których formalny posiadacz kontrolnego pakietu akcji nie jest osobą czy przedsiębiorstwem, które posiada rzeczywiste uprawnienia do korzystania z praw wynikających z tego pakietu. Tak zdarzyć się może na przykład wtedy, gdy przedsiębiorstwo wykorzystuje inną osobę lub inne przedsiębiorstwo do nabycia pakietu kontrolnego i korzysta z wynikających stąd praw poprzez tę osobę lub to przedsiębiorstwo. Osoba taka czy przedsiębiorstwo jest formalnie posiadaczem praw, lecz występuje jedynie w roli pośrednika działającego na rzecz podmiotu, który faktycznie z nich korzysta. W takiej sytuacji kontrolę przejmuje przedsiębiorstwo, które w rzeczywistości stoi za całą operacją i faktycznie korzysta z uprawnień do sprawowania kontroli nad przedsiębiorstwem przejmowanym (art. 3 ust. 3 lit. b)). Zgodnie z wykładnią tego przepisu przez Sąd Pierwszej Instancji kontrolę, jaką sprawują spółki handlowe można przypisać wyłącznym lub większościowym udziałowcom lub akcjonariuszom, bądź udziałowcom lub akcjonariuszom sprawującym wspólną kontrolę nad spółką, ponieważ spółki handlowe stosują się w każdym przypadku do decyzji tychże udziałowców⁽¹⁵⁾. Posiadanie kontrolnego pakietu akcji lub udziałów należących do różnych podmiotów w jednej grupie zwykle przypisuje się przedsiębiorstwu sprawującemu kontrolę nad pozostałymi formalnymi posiadaczami tych uprawnień. W innych przypadkach dowody wymagane do stwierdzenia tego rodzaju pośredniej kontroli mogą obejmować (oddzielnie albo łącznie i z uwzględnieniem specyfiki każdego przypadku) elementy takie jak udziały lub akcje, stosunki umowne, źródła finansowania lub powiązania wewnątrzgrupowe⁽¹⁶⁾.

Przejęcie kontroli przez fundusze inwestycyjne

- (14) Szczególne kwestie mogą wystąpić w przypadkach przejęcia kontroli przez fundusze inwestycyjne. Komisja będzie na zasadzie indywidualnej analizować przypadki struktur organizacyjnych z udziałem funduszy inwestycyjnych, jednakże pewne ogólne cechy tych struktur da się określić, czerpiąc z dotychczasowego doświadczenia Komisji.
- (15) Fundusze inwestycyjne często tworzone są w formie spółek komandytowych, w których inwestorzy uczestniczą w charakterze komandytariuszy, nie sprawując zazwyczaj kontroli ani indywidualnie, ani wspólnie. Fundusze inwestycyjne zwykle nabywają udziały oraz prawa głosu dające kontrolę nad spółkami portfelowymi. Zależnie od okoliczności kontrola jest zazwyczaj sprawowana przez spółkę inwestycyjną, która utworzyła fundusz, gdyż sam fundusz jest z reguły jedynie narzędziem inwestycyjnym; w bardziej nietypowych okolicznościach kontrolę może jednak sprawować sam fundusz. Spółka inwestycyjna zwykle wykonuje kontrolę, wykorzystując strukturę organizacyjną, np. kontrolując komplementariusza funduszu lub z tytułu stosunków umownych, np. umów o doradztwo, bądź też poprzez połączenie obu tych metod. Może to mieć miejsce nawet w przypadku, gdy spółka inwestycyjna nie jest właścicielem spółki działającej w charakterze komplementariusza, ale udziały tej spółki należą do osób fizycznych (które mogą być powiązane ze spółką inwestycyjną) lub do trustu. Umowy ze spółką

⁽¹³⁾ Włącznie z samym państwem (np. sprawa IV/M.157 – Air France/Sabena z 5 października 1992 r. przeciwko Belgii) czy innymi instytucjami publicznymi, jak np. Treuhand w sprawie IV/M.308 – Kali und Salz/MDK/Treuhand z 14 grudnia 1993 r. Zob. też motyw 22 preambuły rozporządzenia w sprawie połączeń.

⁽¹⁴⁾ Sprawa IV/M.82 – Asko/Jakobs/Adia z 16 maja 1991 r. – osoba fizyczna jako przedsiębiorstwo uczestniczące; sprawa COMP/M3762 – Apax/Travelx z 16 czerwca 2005 r., w której osoba fizyczna przejmująca kontrolę nie jest uważana za przedsiębiorstwo uczestniczące.

⁽¹⁵⁾ Wyrok w sprawie T-282/02 Cementbouw przeciwko Komisji, pkt 72 [2006] Zb.Orz. II-319.

⁽¹⁶⁾ Zob. sprawa M.754 – Anglo American Corporation/Lonrho z 23 kwietnia 1997 r.

inwestycyjną, w szczególności umowy o doradztwo zyskują na znaczeniu, jeżeli komplementariusz nie posiada własnych środków ani personelu do zarządzania spółkami portfelowymi, a jedynie stanowi strukturę spółki, której działania wykonują osoby powiązane ze spółką inwestycyjną. W takich okolicznościach spółka inwestycyjna zwykle przejmuje pośrednią kontrolę w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b) i art. 3 ust. 3 lit. b) rozporządzenia w sprawie połączeń oraz posiada zdolność wykonywania uprawnień przysługujących bezpośrednio funduszowi inwestycyjnemu⁽¹⁷⁾.

1.2. Środki kontroli

- (16) Kontrola jest zdefiniowana w art. 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie połączeń jako możliwość wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorstwo. Nie ma zatem konieczności wykazania, że decydujący wpływ faktycznie jest lub będzie wywierany. Jednakże możliwość wywarcia takiego wpływu musi być rzeczywista⁽¹⁸⁾. Artykuł 3 ust. 2 stanowi dalej, że możliwość wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorstwo dają prawa, umowy lub jakiegokolwiek inne środki, oddzielnie bądź wspólnie, uwzględniając dane okoliczności faktyczne lub prawne. Koncentracja może zatem występować na podstawie prawnej lub faktycznej, może mieć formę samodzielnej lub wspólnej kontroli nad całym przedsiębiorstwem lub częścią jednego lub większej liczby przedsiębiorstw (patrz art. 3 ust. 1 lit. b)).

Kontrola przez przejęcie udziałów lub aktywów

- (17) O tym czy dana operacja stanowi przejęcie kontroli decyduje szereg względów prawnych i/lub faktycznych. Najczęstsze sposoby przejęcia kontroli to przejęcie udziałów, w przypadkach wspólnej kontroli połączone ewentualnie ze zgodą udziałowców, lub przejęciem aktywów.

Kontrola na podstawie umowy

- (18) Przejęcie kontroli może nastąpić na podstawie umowy. Aby doszło do przejęcia kontroli, umowa musi prowadzić do uzyskania podobnej kontroli nad zarządem i majątkiem drugiego przedsiębiorstwa, jak ta uzyskana w przypadku przejęcia udziałów lub aktywów. Oprócz skutku w postaci przeniesienia kontroli nad zarządem i majątkiem umowy takie muszą cechować się długim czasem obowiązywania (najczęściej bez możliwości wcześniejszego rozwiązania przez stronę przyznającą uprawnienia umowne). Jedynie tego rodzaju umowy mogą skutkować trwałą zmianą struktury rynku⁽¹⁹⁾. Przykładowo mogą to być umowy organizacyjne regulowane krajowym prawem spółek⁽²⁰⁾ lub inne rodzaje umów, m.in. umowy o dzierżawę przedsiębiorstwa, przyznające przejmującemu kontrolę nad zarządem i majątkiem, mimo że nie nastąpiło przeniesienie praw własności ani udziałów. W tym względzie art. 3 ust. 2 lit. a) precyzuje, że podstawę kontroli może również stanowić prawo użytkowania aktywów przedsiębiorstwa⁽²¹⁾. Takie umowy mogą także prowadzić do sytuacji wspólnej kontroli, jeżeli zarówno posiadaczowi aktywów, jak i przedsiębiorstwu kontrolującemu zarząd przysługuje prawo weta w stosunku do strategicznych decyzji dotyczących działalności⁽²²⁾.

⁽¹⁷⁾ Taka struktura organizacyjna ma również wpływ na sposób obliczania obrotu w sytuacjach, gdzie występują fundusze inwestycyjne patrz pkt 189 i kolejne.

⁽¹⁸⁾ Wyrok w sprawie T-282/02 Cementbouw przeciwko Komisji, pkt 58 [2006] Zb.Orz. II-319.

⁽¹⁹⁾ W sprawie COMP/M.3858 – Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien z 20 lipca 2005 r. czas trwania umów o zarządzanie wynosi 10–15 lat; w sprawie COMP/M.2632 – Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV z 11 lutego 2002 r. czas trwania umowy wynosił 8 lat.

⁽²⁰⁾ Przykłady takich szczególnych umów występujących w krajowym prawie spółek to „Beherrschungsvertrag” w prawie niemieckim lub „Contrato de subordinação” w prawie portugalskim; umowy takie nie występują w pozostałych państwach członkowskich.

⁽²¹⁾ Zob. sprawa COMP/M.2060 – Bosch/Rexroth z 12 stycznia 2001 r. dotycząca umowy o kontrolę (Beherrschungsvertrag) w połączeniu z dzierżawą przedsiębiorstwa; sprawa COMP/M.3136 – GE/Agfa NDT z 5 grudnia 2003 r. dotycząca szczególnej umowy o przeniesienie kontroli nad zasobami przedsiębiorstwa, zarządzania i ryzyka; sprawa COMP/M.2632 – Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV z 11 lutego 2002 r. dotycząca dzierżawy przedsiębiorstwa.

⁽²²⁾ Sprawa COMP/M.3858 – Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien z 20 lipca 2005 r.; patrz też sprawa IV/M.126 – Accor/Wagon-Lits z 28 kwietnia 1992 r. w kontekście art. 5 ust. 4 lit. b) rozporządzenia w sprawie połączeń.

Kontrola na innej podstawie

- (19) Zgodnie z powyższym umowy o franczyzę same w sobie zwykle nie przyznają franczyzodawcy kontroli nad działalnością franczyzobiorcy. Franczyzobiorca zazwyczaj korzysta z majątku przedsiębiorstwa na własny rachunek nawet kiedy główne składniki aktywów należą do franczyzodawcy⁽²³⁾. Ponadto umowy ściśle finansowe, takie jak transakcje na zasadzie leasingu zwrotnego z opcją odkupu aktywów po zakończeniu umowy zwykle nie stanowią koncentracji, jako że nie powodują zmiany kontroli nad zarządem ani nad majątkiem przedsiębiorstwa.
- (20) Ponadto kontrolę można też ustanowić innymi środkami. O przejęciu kontroli mogą decydować stosunki ściśle ekonomiczne. W wyjątkowych sytuacjach zależność ekonomiczna może prowadzić do przejścia faktycznej kontroli, na przykład wówczas gdy bardzo ważne umowy o dostawy lub kredyty udzielane przez dostawców lub klientów w połączeniu z powiązaniem strukturalnymi⁽²⁴⁾ powodują uzyskanie decydującego wpływu na działalność przedsiębiorstwa. W takiej sytuacji Komisja uważnie przeanalizuje, czy takie więzi gospodarcze w połączeniu z powiązaniem innej natury są wystarczające, by doprowadzić do trwałej zmiany kontroli⁽²⁵⁾.
- (21) Przejęcie kontroli może nastąpić, nawet jeśli strony nie wyrażają takiego zamiaru lub jeżeli podmiot przejmujący pełni jedynie bierną rolę, a przejęcie kontroli spowodowane jest działaniem stron trzecich. Jako przykład można podać sytuację, kiedy zmiana kontroli wynika z dziedziczenia udziałów lub kiedy wystąpienie wspólnika powoduje zmianę kontroli, zwłaszcza przejście z kontroli wspólnej na wyłączną⁽²⁶⁾. Takie scenariusze są objęte art. 3 ust. 1 lit. b), który przewiduje, że przejęcie kontroli może nastąpić „w jakikolwiek inny sposób”.

Kontrola a krajowe prawo spółek

- (22) W prawie krajowym danego państwa członkowskiego mogą być zawarte szczególne zasady regulujące skład organów odpowiedzialnych za proces decyzyjny wewnątrz przedsiębiorstwa. Chociaż regulacje takie mogą przyznawać niektóre uprawnienia kontrolne osobom spoza kręgu udziałowców lub akcjonariuszy, szczególnie przedstawicielom pracowników, pojęcie kontroli w rozumieniu rozporządzenia w sprawie połączeń nie ma związku z takimi sposobami wywierania wpływu, gdyż rozporządzenie w sprawie połączeń zawęża decydujący wpływ do wynikającego z praw, aktywów, umów lub równoważnych okoliczności faktycznych. Zawarte w umowie spółki lub w ogólnych przepisach prawa ograniczenia co do osób mogących zasiadać w zarządzie, jak też przepisy nakładające obowiązek wyznaczenia niezależnych członków lub wykluczające osoby zajmujące stanowiska lub zatrudnione w spółkach dominujących nie wykluczają istnienia kontroli tak długo, jak udziałowcy lub akcjonariusze mogą decydować o składzie organów decyzyjnych, nawet jeżeli wybór taki jest ograniczony⁽²⁷⁾. Podobnie mimo istnienia regulacji krajowych stanowiących, że decyzje w imieniu spółki muszą być podejmowane przez jej organy wewnętrzne, osoby, które posiadają prawa głosu są uprawnione do podejmowania takich decyzji, a przez to mają możliwość wywierania decydującego wpływu na spółkę⁽²⁸⁾.

⁽²³⁾ Sprawa M.940 – UBS/Mister Minit, w kontekście art. 5 ust. 4 lit. b) rozporządzenia w sprawie połączeń. Odnośnie do traktowania stosunków franczyzowych na potrzeby oceny konkurencji, patrz sprawa COMP/M.4220 – Food Service Project/Tele Pizza z 6 czerwca 2006 r. Od umów o franczyzę należy odróżnić sytuację w sprawie IV/M.126 – Accor/Wagon-Lits z 28 kwietnia 1992 r. W sprawie tej, znów w kontekście art. 5 ust. 4 lit. b) rozporządzenia w sprawie połączeń spółka hotelarska dysponowała prawem zarządzania także tymi hotelami, w których posiadała pakiety mniejszościowe, gdyż przystąpiła do umów o długoterminowe zarządzanie hotelami, zyskując decydujący wpływ na ich zwykłą, codzienną działalność oraz na sprawy budżetowe.

⁽²⁴⁾ Patrz sprawa IV/M.794 – Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB z 22 stycznia 1997 r.; sprawa IV/ECSC.1031 – US/Sollac/Bamesa z 28 lipca 1993 r.; sprawa IV/M.625 – Nordic Capital/Transpool z 23 sierpnia 1995 r.; odnośnie do kryteriów, zob. też sprawa IV/M.697 – Lockheed Martin Corporation/Loral Corporation, z 27 marca 1996 r.

⁽²⁵⁾ Patrz sprawa IV/M.258 – CCIE/GTE, z 25 września 1992 r., w której Komisja nie doszukała się przejścia kontroli z uwagi na tymczasowy charakter umów handlowych.

⁽²⁶⁾ Zob. sprawa COMP/M.3330 – RTL/M6 z 12 marca 2004 r.; sprawa COMP/M.452 – Avesta (II) z 9 czerwca 1994 r.

⁽²⁷⁾ Wyrok w sprawie T-282/02 Cementbouw przeciwko Komisji, pkt 70, 73, 74 [2006] Zb.Orz. II-319.

⁽²⁸⁾ Wyrok w sprawie T-282/02 przeciwko Komisji, pkt 79 [2006] Zb.Orz. II-319.

Kontrola w innych dziedzinach prawa

- (23) Pojęcie kontroli w rozumieniu rozporządzenia w sprawie połączeń może różnić się od tego, które stosuje się w określonych dziedzinach prawodawstwa wspólnotowego i ustawodawstwa krajowego dotyczącego, na przykład, zasad ostrożności, opodatkowania, transportu lotniczego czy mediów. Dlatego interpretacja „kontroli” wywiedziona z innych dziedzin niekoniecznie musi być wiążąca dla pojęcia kontroli według rozporządzenia w sprawie połączeń.

1.3. Przedmiot kontroli

- (24) Zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 1 lit. b) i ust. 2 rozporządzenia w sprawie połączeń przedmiotem kontroli może być jedno lub większa liczba przedsiębiorstw albo część jednego lub większej liczby przedsiębiorstw mających osobowość prawną, aktywa lub jedynie części aktywów takich podmiotów. Przejęcie kontroli nad aktywami uznawane jest za koncentrację, jeżeli aktywa te stanowią całość lub część przedsiębiorstwa, tj. podmiot gospodarczy, do którego można wyraźnie przypisać obrót rynkowy⁽²⁹⁾. Przeniesienie bazy klientów przedsiębiorstwa może spełniać te kryteria, o ile można to uznać za zbycie przedsiębiorstwa wywołujące obrót na rynku⁽³⁰⁾. Transakcja na aktywach niematerialnych, takich jak znaki towarowe, patenty lub prawa autorskie może być uznana za koncentrację, jeżeli aktywa te stanowią podmiot gospodarczy charakteryzujący się obrotem rynkowym. W każdym przypadku przeniesienie licencji na znaki towarowe, patenty lub prawa autorskie, bez przeniesienia dodatkowych aktywów może spełniać kryteria koncentracji wyłącznie wtedy, gdy licencje mają charakter wyłączny co najmniej na danym obszarze, a przeniesienie tych licencji powoduje przeniesienie działalności generującej obrót na rynku⁽³¹⁾. W przypadku licencji niewyłącznych można wykluczyć, że stanowią one same w sobie podmiot gospodarczy, któremu da się przypisać obrót rynkowy.
- (25) Specyficzne kwestie mogą pojawić się w przypadku outsourcingu, kiedy przedsiębiorstwo zleca usługodawcy zewnętrznemu wykonanie usług lub wytworzenie towarów. Typowym przykładem jest zlecenie wykonania usług informatycznych wyspecjalizowanym spółkom informatycznym. Umowy o outsourcing mogą mieć różne formy; ich wspólną cechą jest jednak to, że zewnętrzny usługodawca świadczy na rzecz klientów te usługi, które wcześniej były świadczone wewnątrz przedsiębiorstwa. Zwykły outsourcing nie wiąże się z przenoszeniem aktywów lub pracowników do usługodawców zewnętrznych, ale przeważnie jakieś aktywa lub pracownicy przechodzą na rzecz klienta. Taka umowa o outsourcing przypomina zwykłą umowę o świadczenie usług i nawet wówczas, gdy usługodawca zewnętrzny nabywa prawo do skierowania tych aktywów lub pracowników do dyspozycji klienta, to nie zachodzi koncentracja, jeżeli te aktywa lub pracownicy posłużą wyłącznie do obsługi tego klienta.
- (26) Inna sytuacja może mieć miejsce, kiedy usługodawca zewnętrzny, oprócz objęcia pewnej działalności wykonywanej uprzednio wewnątrz przedsiębiorstwa, pozyskuje powiązane aktywa i/lub pracowników. W takich okolicznościach do koncentracji dochodzi jedynie wtedy, gdy aktywa stanowią całość lub zorganizowaną część przedsiębiorstwa np. podmiot gospodarczy z dostępem do rynku. Wymaga to, by aktywa uprzednio przeznaczone na potrzeby wewnętrznej działalności zbywcy umożliwiły dostawcy zewnętrznemu świadczenie usług nie tylko na rzecz swojego klienta, ale także na rzecz osób trzecich od chwili przeniesienia lub w krótkim czasie po jego dokonaniu. Dzieje się tak wówczas, gdy przeniesienie dotyczy wewnętrznej jednostki gospodarczej głównego przedsiębiorstwa lub jego jednostek zależnych już świadczących usługi na rzecz osób trzecich. Jeżeli jednak nie realizowano dotychczas dostaw na rzecz osób trzecich, aktywa przenoszone – w przypadku działalności wytwórczej – powinny zawierać środki produkcyjne, know-how związany z produktem (jeżeli wystarcza on do powstania zdolności produkcyjnych w niedalekiej przyszłości) oraz, jeżeli brak jest dostępu do rynku, środki pozwalające

⁽²⁹⁾ Zob. np. sprawa COMP/M. 3867 – Vattenfall/Elsam and E2 Assets z 22 grudnia 2005 r.

⁽³⁰⁾ Sprawa COMP/M.2857 – ECS/IEH z 23 grudnia 2002 r.

⁽³¹⁾ Ponadto udzielanie licencji i przenoszenie praw patentowych stanowi koncentrację tylko wtedy, gdy następuje w sposób trwały. W związku z tym mają zastosowanie podobne względy, jak określone powyżej w pkt 18 odnośnie do przejścia kontroli na podstawie umów (długoterminowych).

nabywcy na stworzenie dostępu do rynku w krótkim czasie (np. aktywa składające się z zawartych umów lub znaków towarowych) ⁽³²⁾. Jeżeli chodzi o świadczenie usług, przenoszone aktywa powinny zawierać wymagany know-how (np. odpowiednich pracowników i własność intelektualną) oraz środki umożliwiające dostęp do rynku (np. narzędzia marketingowe) ⁽³³⁾. Przenoszone aktywa muszą zatem zawierać takie kluczowe składniki, które pozwolą nabywcy zaistnieć na rynku w czasie zbliżonym do okresu rozruchowego wspólnych przedsiębiorstw, jak opisano poniżej w pkt 97 i 100. Co do oceny przypadków wspólnych przedsiębiorstw, Komisja uwzględni odpowiednio udokumentowane plany działalności oraz ogólne właściwości rynkowe.

- (27) Jeżeli przenoszone aktywa są niewystarczające do tego by zapewnić nabywcy obecność na rynku, uznaje się, że prawdopodobnie będą one służyć wyłącznie do świadczenia usług na rzecz klienta. W takiej sytuacji transakcja nie skutkuje trwałą zmianą w strukturze rynku, a umowa o outsourcing znów przypomina umowę o świadczenie usług. Taka transakcja nie stanowi koncentracji. Szczególne przesłanki uznania wspólnego przedsiębiorstwa tworzonego do celów świadczenia usług outsourcingowych za koncentrację omówiono w niniejszym opracowaniu w sekcji poświęconej wspólnym przedsiębiorstwom o pełnym zakresie funkcji.

1.4. Trwała zmiana kontroli

- (28) Definicja pojęcia koncentracji zawarta w art. 3 ust. 1 rozporządzenia w sprawie połączeń jest tak zbudowana, by obejmowała tylko takie operacje, które powodują trwałą zmianę kontroli uczestniczących przedsiębiorstw oraz – w myśl motywu 20 preambuły – trwałą zmianę w strukturze rynku. Rozporządzenie w sprawie połączeń nie dotyczy zatem transakcji skutkujących przejściową zmianą kontroli. Jeśli jednak zmiana kontroli następuje na podstawie umowy na czas określony, nie wyklucza to, że zmiana taka będzie miała charakter trwały, o ile taka umowa jest odnawialna. Koncentracja może zachodzić nawet wówczas, gdy w umowie określono termin jej wygaśnięcia, jeżeli przewidywany czas trwania umowy jest wystarczająco długi, by nastąpiła trwała zmiana kontroli uczestniczącego przedsiębiorstwa ⁽³⁴⁾.
- (29) To, czy operacja skutkuje trwałą zmianą w strukturze rynku jest również ważna przy ocenie kilku operacji dokonywanych kolejno, kiedy to pierwsza transakcja ma wyłącznie charakter przejściowy. W tym aspekcie da się wyodrębnić kilka scenariuszy.
- (30) Jeden ze scenariuszy zakłada, że kilka przedsiębiorstw działa wspólnie tylko i wyłącznie w celu przejścia innego przedsiębiorstwa na mocy umowy i niezwłocznie po zakończeniu transakcji dzieli przejęte aktywa między siebie według uprzednio ustalonego planu. W takiej sytuacji na pierwszym etapie jedno z tych kilku przedsiębiorstw dokonuje przejścia całego przedsiębiorstwa będącego przedmiotem operacji. Na drugim etapie przejęte aktywa dzielone są na kilka przedsiębiorstw. Problemem jest więc, czy pierwszą transakcję należy uznać za osobną koncentrację powiązaną z przejściem wyłącznej kontroli (w przypadku jednego nabywcy) lub wspólnej kontroli (w przypadku wspólnego nabycia) nad całym przedsiębiorstwem przejmowanym, czy też koncentrację stanowią tylko przejścia, które następują na drugim etapie, kiedy to każde z przedsiębiorstw przejmujących nabywa odpowiednią część przedsiębiorstwa przejmowanego.

⁽³²⁾ Zob. sprawa COMP/M.1841 – Celestica/IBM z 25 lutego 2000 r.; sprawa COMP/M.1849 – Solectron/Ericsson of 29 lutego 2000 r.; sprawa COMP/M.2479 – Flextronics/Alcatel z 29 czerwca 2001 r.; sprawa COMP/M.2629 – Flextronics/Xerox z 12 listopada 2001 r.

⁽³³⁾ W kontekście wspólnych przedsiębiorstw, patrz sprawa IV/M.560 – EDS/Lufthansa z 11 maja 1995 r.; sprawa COMP/M.2478 – IBM Italia/Business Solutions/JV z 29 czerwca 2001 r.

⁽³⁴⁾ W przypadkach wspólnych przedsiębiorstw, patrz sprawa COMP/M.2903 – DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV z 30 kwietnia 2003 r., w której okres 12-letni uznano za wystarczający; sprawa COMP/M.2632 – Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV z 11 lutego 2002 r. z czasem trwania umowy wynoszącym 8 lat. W sprawie COMP/M.3858 Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien z 20 lipca 2005 r., Komisja uznała za wystarczający okres 10–15 lat, ale nie okres trzyletni. Przejście kontroli w drodze przejścia udziałów, akcji lub aktywów nie jest zazwyczaj ograniczone w czasie, a zatem zakłada się, że jako takie prowadzi do trwałej zmiany kontroli. Jedynie w scenariuszach, o których mowa w pkt 29 i kolejnych, przejście kontroli za pomocą udziałów, akcji lub aktywów wyjątkowo uznaje się za przejściowe, a przez to nieprowadzące do trwałej zmiany kontroli w rozpatrywanych przedsiębiorstwach.

- (31) Komisja uważa, że pierwsza transakcja nie stanowi koncentracji i bada przypadki przejęcia kontroli przez nabywców docelowych, jeżeli spełnione są następujące warunki: po pierwsze, nabywcy muszą zawrzeć prawnie wiążące uzgodnienia co do późniejszego podziału aktywów. Po drugie, musi istnieć pewność, że w krótkim czasie po pierwszej transakcji dojdzie do drugiego etapu – podziału przejętych aktywów. Komisja uznaje, że w normalnych okolicznościach termin na przeprowadzenie podziału aktywów powinien wynosić jeden rok ⁽³⁵⁾.
- (32) Jeżeli spełnione są oba warunki, to pierwsze przejęcie nie skutkuje trwałą zmianą w strukturze. Nie ma mowy o skutecznej koncentracji potencjału ekonomicznego nabywcy i przedsiębiorstwa przejmowanego jako całości, skoro przejęte aktywa nie pozostają w stanie niepodzielonym na trwałe, a jedynie na czas wymagany do przeprowadzenia natychmiastowego podziału tych aktywów. W rezultacie koncentracje stanowią tylko następujące na drugim etapie przejęcia różnych części przedsiębiorstwa – każde przejęcie przez innego nabywcę uważa się za odrębną koncentrację. Jest tak niezależnie od tego, czy pierwszego przejęcia dokonało tylko jedno przedsiębiorstwo ⁽³⁶⁾, czy też wspólnie kilka przedsiębiorstw uczestniczących także w drugim etapie ⁽³⁷⁾. W każdym przypadku należy mieć na względzie, że zgoda na koncentrację dopuszcza przejęcie całości przejmowanych aktywów jedynie wówczas, gdy podział może nastąpić w krótkim czasie po przejęciu, a różne części przedsiębiorstwa przejmowanego zostaną sprzedane bezpośrednio właściwym nabywcom docelowym.
- (33) Jeżeli jednak powyższe warunki nie są spełnione, zwłaszcza jeżeli nie ma pewności czy w krótkim czasie po przejęciu dojdzie do drugiego etapu, Komisja uzna pierwszą transakcję za odrębną koncentrację z udziałem całego przedsiębiorstwa przejmowanego. Ma to miejsce m.in. w przypadku, gdy pierwszą transakcją da się przeprowadzić niezależnie od drugiej ⁽³⁸⁾ lub kiedy wymagany jest dłuższy okres przejściowy na podział przedsiębiorstwa przejmowanego ⁽³⁹⁾.
- (34) Drugi scenariusz to operacja prowadząca do przejęcia wspólnej kontroli w okresie rozruchowym, ale na mocy prawnie wiążących postanowień, taka wspólna kontrola będzie zastąpiona wyłączną kontrolą sprawowaną przez jednego z udziałowców lub akcjonariuszy. Mimo że takiej wspólnej kontroli nie można uznać za trwałą zmianę kontroli, to całą operację da się określić jako przejęcie wyłącznej kontroli. W przeszłości Komisja przyjęła, że taki okres rozruchowy może trwać nawet do trzech lat ⁽⁴⁰⁾. Okres taki wydaje się zbyt długi na to, by móc wykluczyć wpływ scenariusza wspólnej kontroli na strukturę rynku. Dlatego też okres taki nie powinien co do zasady przekraczać jednego roku, a wspólna kontrola ma mieć charakter jedynie przejściowy ⁽⁴¹⁾. W tak względnie krótkim okresie wspólna kontrola prawdopodobnie nie wpłynie znacząco na strukturę rynku i stąd można uznać, że nie prowadzi ona do trwałej zmiany kontroli.
- (35) W trzecim scenariuszu, przedsiębiorstwo przechodzi w ręce nabywcy tymczasowego, często banku, na mocy umowy przewidującej jego przyszłą odsprzedaż nabywcy docelowemu. Nabywca tymczasowy na ogół przejmuje udziały lub akcje „w imieniu” nabywcy docelowego, który często ponosi główną część ryzyka ekonomicznego i może uzyskać określone prawa. W takich przypadkach pierwszą transakcję realizuje się wyłącznie po to, by ułatwić przeprowadzenie drugiej, a pierwszy nabywca jest bezpośrednio powiązany z nabywcą docelowym. W odróżnieniu od sytuacji opisanej w pierwszym scenariuszu w
-
- ⁽³⁵⁾ Zob. np. sprawy COMP/M. Nr COMP/M.3779 – Pernod Ricard/Allied Domecq z 24 czerwca 2005 r. i COMP/M.3813 – Fortune Brands/Allied Domecq z 10 czerwca 2005 r., gdzie zaplanowano, że podział aktywów nastąpi w terminie 6 miesięcy od przejęcia.
- ⁽³⁶⁾ Odnosnie do pierwszego przejęcia przez tylko jedno przedsiębiorstwo, zob. sprawa COMP/M.3779 – Pernod Ricard/Allied Domecq z 24 czerwca 2005 r. i sprawa COMP/M.3813 – Fortune Brands/Allied Domecq/Pernod Ricard z 10 czerwca 2005 r.; sprawa COMP/M.2060 – Bosch/Rexroth z 12 stycznia 2001 r.
- ⁽³⁷⁾ Odnosnie do wspólnego przejęcia zob. sprawa COMP/M.1630 – Air Liquide/BOC z 18 stycznia 2000 r.; sprawa COMP/M.1922 – Siemens/Bosch/Atecs z 11 sierpnia 2000 r.; sprawa COMP/M.2059 – Siemens/Dematic/VDO Sachs z 29 sierpnia 2000 r.
- ⁽³⁸⁾ Zob. sprawa COMP/M.2498 – UPM-Kymmene/Haindl z 21 listopada 2001 r. oraz Sprawa COMP/M.2499 – Norske Skog/Parenco/Walsum z 21 listopada 2001 r.
- ⁽³⁹⁾ Sprawa COMP/M.3372 – Carlsberg/Holsten z 16 marca 2004 r.
- ⁽⁴⁰⁾ Sprawa IV/M.425 – British Telecom/Santander z 28 marca 1994 r.
- ⁽⁴¹⁾ Patrz sprawa M.2389 – Shell/DEA of 20 grudnia 2001 r., gdzie końcowy podmiot przejmujący wspólną kontrolę wywierał silny wpływ na kierowanie działalnością w okresie wspólnej kontroli; sprawa M.2854 – RAG/Degussa z 18 listopada 2002 r., gdzie wyznaczono okres przejściowy w celu usprawnienia wewnętrznej restrukturyzacji po połączeniu.

pkt 30–33 nie ma w takim przypadku żadnego innego nabywcy docelowego, docelowe przedsiębiorstwo pozostaje niezmienione, a kolejność transakcji inicjuje jedyny nabywca docelowy. Począwszy od daty przyjęcia niniejszego obwieszczenia, Komisja będzie badać przejęcie kontroli przez nabywcę docelowego, przewidziane w umowach zawartych przez strony. Komisja rozpatrzy transakcję, w wyniku której nabywca tymczasowy przejmuje kontrolę w okolicznościach opisanych powyżej, Komisja będzie uznawać za pierwszy etap pojedynczej koncentracji polegającej na trwałym przejęciu kontroli przez nabywcę docelowego.

1.5. *Transakcje wzajemnie powiązane*

1.5.1. Związek między art. 3 i art. 5 ust. 2 akapit drugi

- (36) Szereg transakcji można traktować jako jedną koncentrację zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie połączeń, na podstawie ogólnej zasady zawartej w art. 3 – jako transakcje niezależne – albo w myśl przepisu szczególnego art. 5 ust. 2 akapit drugi.
- (37) Artykuł 5 ust. 2 akapit drugi reguluje inną kwestię, niż art. 3 rozporządzenia w sprawie połączeń. Artykuł 3 określa ogólne i materialne warunki istnienia „koncentracji”, ale nie rozstrzyga bezpośrednio o właściwości Komisji w sprawach koncentracji. Celem art. 5 jest określenie zakresu stosowania rozporządzenia w sprawie połączeń, w szczególności poprzez zdefiniowanie obrotu branego pod uwagę na potrzeby stwierdzenia, czy koncentracja ma wymiar wspólnotowy, a art. 5 ust. 2 akapit drugi dopuszcza w tym względzie uznanie przez Komisję dwóch lub więcej transakcji za jedną koncentrację na potrzeby obliczenia obrotu uczestniczącego przedsiębiorstwa. Zatem ocena, czy w myśl art. 3 dany szereg transakcji jest źródłem pojedynczej koncentracji lub czy transakcje te należy postrzegać jako źródło większej liczby koncentracji poprzedza logicznie kwestie regulowane w art. 5 ust. 2 akapit drugi ⁽⁴²⁾.

1.5.2. Transakcje wzajemnie uwarunkowane na podstawie art. 3

- (38) Ogólna i teleologiczna definicja koncentracji zawarta w art. 3 ust. 1 – wskazująca jako następstwo przejęcie kontroli nad jednym lub więcej niż jednym przedsiębiorstwem – stanowi, że nie ma różnicy, czy przejęcie kontroli nastąpiło w wyniku jednej lub kilku transakcji, jeżeli końcowym rezultatem jest wystąpienie pojedynczej koncentracji. W rozumieniu art. 3 dwie lub większa liczba transakcji stanowi jedną koncentrację, jeżeli mają one jednolity charakter. Należy zatem stwierdzić, czy w rezultacie doprowadzi to do przyznania jednemu lub większej liczbie przedsiębiorstw bezpośredniej lub pośredniej ekonomicznej kontroli nad działalnością jednego lub większej liczby innych przedsiębiorstw. Na potrzeby oceny należy określić rzeczywistość ekonomiczną leżącą u podstaw transakcji oraz cel gospodarczy, do którego dążą strony. Innymi słowy w celu stwierdzenia jednolitego charakteru przedmiotowych transakcji wymagane jest ustalenie, osobno dla każdego przypadku, czy te transakcje są wzajemnie uwarunkowane w takim sensie, że nie da się przeprowadzić jednej transakcji bez przeprowadzenia drugiej ⁽⁴³⁾.
- (39) Motyw 20 preambuły rozporządzenia w sprawie połączeń wyjaśnia w tym względzie, że właściwe jest traktowanie jako pojedynczej koncentracji takich transakcji, które są ściśle powiązane ze względu na zaistniałe warunki. Stąd też wymóg, by transakcje były wzajemnie uwarunkowane, jak określono w orzeczeniu Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *Cementbouw* ⁽⁴⁴⁾, odpowiada treści do wyjaśnienia zawartego w motywie 20, według którego transakcje są powiązane ze względu na zaistniałe warunki.
- (40) Owo ogólne podejście odzwierciedla pogląd, że z jednej strony według rozporządzenia w sprawie połączeń transakcje, które należą do jednej kategorii zgodnie z celami gospodarczymi, do których dążą strony, należy również badać w ramach jednego postępowania. W takiej sytuacji zmiana w strukturze rynku jest wywołana tymi transakcjami łącznie. Z drugiej zaś strony skoro różne transakcje nie są wzajemnie uwarunkowane, a strony mogą przeprowadzić jedną z transakcji, nawet jeżeli druga z nich się nie powiedzie, właściwa wydaje się odrębna ocena każdej z tych transakcji według rozporządzenia w sprawie połączeń.

⁽⁴²⁾ Wyrok w sprawie T-282/02 *Cementbouw* przeciwko Komisji, pkt 113–119 [2006] Zb.Orz. II-319.

⁽⁴³⁾ Wyrok w sprawie T-282/02 *Cementbouw* przeciwko Komisji, pkt 104–109 [2006] Zb.Orz. II-319.

⁽⁴⁴⁾ Wyrok w sprawie T-282/02 *Cementbouw* przeciwko Komisji, pkt 106–109 [2006] Zb.Orz. II-319.

- (41) Jednakże kilka transakcji, nawet powiązanych ze sobą ze względu na zaistniałe warunki, można potraktować jako jedną koncentrację, jeśli kontrolę ostatecznie przejmie to samo przedsiębiorstwo (te same przedsiębiorstwa). Tylko w takich okolicznościach dwie lub większą liczbę transakcji można uznać za mające jednolity charakter i dlatego stanowiące jedną koncentrację w rozumieniu art. 3⁽⁴⁵⁾. Wyklucza to podział wspólnych przedsiębiorstw poprzez rozdzielenie różnych części tych przedsiębiorstw między byłe spółki dominujące. Komisja uzna takie transakcje za odrębne koncentracje⁽⁴⁶⁾. To samo dotyczy transakcji, w których dwie (lub więcej) spółki wymieniają aktywa w ramach transakcji związanych z podziałem wspólnych przedsiębiorstw lub zamianą aktywów. Mimo że strony postrzegają zazwyczaj te transakcje jako wzajemnie uwarunkowane, to z celem rozporządzenia w sprawie połączeń wiąże się wymóg osobnej oceny skutków tych transakcji: kilka przedsiębiorstw przejmuje kontrolę nad różnymi aktywami; w przypadku każdego przedsiębiorstwa przejmującego następuje osobne połączenie zasobów majątkowych; wpływ na rynek każdego z tych przejęć kontroli należy osobno przeanalizować na podstawie rozporządzenia w sprawie połączeń.
- (42) Przejęcie kontroli w różnych stopniach (np. wspólnej kontroli nad jednym podmiotem gospodarczym i wyłącznej kontroli nad innym) wiąże się ze szczególnymi kwestiami. Operacja pociągająca za sobą przejęcie wspólnej kontroli nad jedną częścią przedsiębiorstwa i wyłącznej kontroli nad inną częścią jest co do zasady postrzegana jako dwie odrębne koncentracje w rozumieniu rozporządzenia w sprawie połączeń⁽⁴⁷⁾. Takie transakcje stanowią tylko jedną koncentrację, jeśli są wzajemnie uwarunkowane, a przedsiębiorstwo przejmujące wyłączną kontrolę przejmuje także wspólną kontrolę. W każdym przypadku taki scenariusz uznaje się za jedną koncentrację, w wyniku której następuje przejęcie podmiotu z osobowością prawną, do której należy zarówno przedsiębiorstwo objęte wyłączną kontrolą, jak i to objęte wspólną kontrolą. Zgodnie z wykładnią motywu 20 preambuły, nie inaczej należy traktować sytuację, w której to samo przedsiębiorstwo nabywa wyłączną oraz wspólną kontrolę nad innymi przedsiębiorstwami na podstawie uwarunkowanych wzajemnie umów. Te transakcje, jeżeli pozostają wzajemnie uwarunkowane, stanowią jedną koncentrację.

Wymóg warunkowości transakcji

- (43) Wymagana warunkowość wiąże się z tym, że żadna transakcja nie może się odbyć bez innych transakcji i dlatego wszystkie transakcje łącznie stanowią jedną operację⁽⁴⁸⁾. Taką warunkowość da się zwykle wykazać, jeżeli transakcje są ze sobą powiązane prawnie, np. umowy są zgodne ze swym brzmieniem powiązane wzajemną warunkowością. Jeżeli faktycznie da się dostatecznie wykazać istnienie warunkowości, może to również wystarczyć do uznania transakcji za jedną koncentrację. Wymaga to oceny ekonomicznej, czy każda z tych transakcji jest koniecznie uwarunkowana zawarciem innych transakcji⁽⁴⁹⁾. Na wzajemne zależności między kilkoma transakcjami mogą również wskazywać oświadczenia samych stron lub równoczesne zawieranie odpowiednich umów. Zawiązanie stosunku faktycznej wzajemnej warunkowości kilku transakcji będzie trudne do osiągnięcia przy braku ich jednoczesności. Wyraźny brak jednoczesności prawnie uwarunkowanych wzajemnie transakcji również może wywoływać wątpliwości co do ich prawdziwej wzajemnej zależności.
- (44) Zasada, w myśl której kilka transakcji można traktować jako pojedynczą koncentrację na wspomnianych warunkach, ma zastosowanie jedynie gdy skutkuje przejęciem kontroli nad jednym przedsiębiorstwem lub większą liczbą przedsiębiorstw przez tę samą osobę (te same osoby) lub przedsiębiorstwo(-a). Po pierwsze, może to mieć miejsce w sytuacji, gdy pojedynczy podmiot gospodarczy lub przedsiębiorstwo przejmowane jest w drodze kilku transakcji prawnych. Po drugie, również przejęcie kontroli nad kilkoma przedsiębiorstwami – mogące samo w sobie stanowić koncentrację – może być powiązane w taki sposób, że stanowi pojedynczą koncentrację. Nie jest jednakże możliwe według rozporządzenia w sprawie połączeń powiązanie różnych transakcji prawnych, które tylko częściowo dotyczą przejęcia

⁽⁴⁵⁾ Dotyczy to również sytuacji, w których przedsiębiorstwo zbywa wyodrębnioną część działalności danemu nabywcy, a następnie przejmuje nabywcę wraz z uprzednio zbytą częścią, zob. Sprawa COMP/M.4521 – LGI/Telenet z 26 lutego 2007 r.

⁽⁴⁶⁾ Zob. równoległe sprawy COMP/M.3293 – Shell/BEB i COMP/M.3294 – ExxonMobil/BEB z 20 listopada 2003 r.; sprawa IV/M.197 – Solvay/Laporte z 30 kwietnia 1992 r.

⁽⁴⁷⁾ Zob. Sprawa IV/M.409 ABB/Renault Automation z 9 marca 1994 r.

⁽⁴⁸⁾ Wyrok w sprawie T-282/02 Cementbouw przeciwko Komisji, pkt 127 i nast. [2006] Zb.Orz. II-319.

⁽⁴⁹⁾ Wyrok w sprawie T-282/02 Cementbouw przeciwko Komisji, pkt 131 i nast. [2006] Zb.Orz. II-319. Zob. sprawa COMP/M.4521 – LGI/Telenet z 26 lutego 2007 r., gdzie wzajemna warunkowość wywodzi się z faktu, że równocześnie podjęto decyzje o dwóch transakcjach i zrealizowano je jednocześnie, oraz że zgodnie z celami gospodarczymi stron, żadnej z tych transakcji nie można było przeprowadzić bez drugiej.

kontroli nad przedsiębiorstwami, a częściowo przejęcia innych aktywów, np. mniejszościowych pakietów akcji innych spółek. Niezgodne z ogólnymi ramami prawnymi oraz z przepisami rozporządzenia w sprawie połączeń byłoby dokonanie na podstawie rozporządzeń w sprawie połączeń całościowej oceny różnych transakcji powiązanych aspektem warunkowości, jeżeli tylko niektóre z tych transakcji prowadziłyby do zmiany kontroli nad danym przedsiębiorstwem.

Przejęcie pojedynczego podmiotu gospodarczego

- (45) Pojedyncza koncentracja może wystąpić, jeżeli ten sam nabywca (ci sami nabywcy) przejmuje (przejmują) kontrolę nad pojedynczym podmiotem gospodarczym poprzez kilka transakcji prawnych, o ile te są wzajemnie uwarunkowane. Ma to miejsce niezależnie od tego, czy podmiot taki został przejęty w ramach struktury korporacyjnej, na którą składa się jedno lub więcej przedsiębiorstw, czy też przejęto różne aktywa stanowiące pojedynczy podmiot gospodarczy zarządzany we wspólnym celu handlowym podobnie jak wszystkie pozostałe aktywa. Taki podmiot gospodarczy może obejmować pakiety większościowe lub mniejszościowe spółek oraz aktywa materialne i niematerialne. Jeżeli przeniesienie takiego podmiotu gospodarczego ma nastąpić poprzez kilka wzajemnie uwarunkowanych transakcji prawnych, to transakcje te stanowią jedną koncentrację⁽⁵⁰⁾.

Równoległe i szeregowe przejęcia kontroli

- (46) Jeżeli chodzi o traktowanie kilku przejęć kontroli jako pojedynczą koncentrację, Komisja w swej praktyce decyzyjnej miała do czynienia z kilkoma scenariuszami. Jeden z takich scenariuszy zakłada równoległe przejęcie kontroli tj. przedsiębiorstwo A przejmuje kontrolę nad przedsiębiorstwem B i C równoległe od osobnych zbywców, z zastrzeżeniem, że A nie jest zobligowane do nabycia żadnego z nich, a żaden ze zbywców nie jest zobligowany do zbycia, chyba że dojdzie do obu transakcji⁽⁵¹⁾. Inny scenariusz wiąże się z szeregowym przejęciem kontroli tj. przedsiębiorstwo A przejmuje kontrolę nad przedsiębiorstwem B, co jest uwarunkowane uprzednim lub równoległym przejęciem przedsiębiorstwa C, jak zilustrowano w sprawie Kingfishera⁽⁵²⁾.

Szeregowe przejęcie wyłącznej/wspólnej kontroli

- (47) W taki sam sposób, jak w scenariuszu Kingfishera Komisja podchodzi do przypadków, w wyniku szeregu transakcji jedno przedsiębiorstwo najpierw godzi się na przejęcie wyłącznej kontroli nad innym przedsiębiorstwem, z zamiarem bezpośredniej sprzedaży części przejętego pakietu następnemu przedsiębiorstwu, co ostatecznie skutkować będzie wspólną kontrolą obu nabywców nad przedsiębiorstwem przejmowanym. Jeżeli oba przejęcia są wzajemnie uwarunkowane, dwie transakcje stanowią pojedynczą koncentrację, a Komisja zbada tylko przejęcie wspólnej kontroli, czyli końcowy rezultat transakcji⁽⁵³⁾.

1.5.3. Seria transakcji w obrocie papierami wartościowymi

- (48) W treści motywu 20 rozporządzenia w sprawie połączeń wyjaśniono dalej, że pojedyncza koncentracja występuje także w przypadkach, gdy kontrola nad przedsiębiorstwem przejmowana jest w wyniku serii transakcji w obrocie papierami wartościowymi, od jednego lub kilku zbywców, następujących w stosownie krótkim okresie. Koncentracja w takich scenariuszach nie jest ograniczona do przejęcia „jednej, decydującej akcji”, lecz obejmuje wszystkie przejęcia papierów wartościowych przeprowadzone w stosownie krótkim okresie.

⁽⁵⁰⁾ Zob. sprawa IV/M.470 – Gencor/Shell z 29 sierpnia 1994 r.; COMP/M.3410 – Total/Gaz de France z 8 października 2004 r.; sprawa IV/M.957 – L’Oreal/Procosa/Cosmetique Iberica/Albesa z 19 września 1997 r.; sprawa IV/M.861 – Textron/Kautex z 18 grudnia 1996 r., gdzie wszystkie aktywa wykorzystano również na tym samym rynku produktów. Te same względy mają zastosowanie, gdy wspólne przedsiębiorstwo zawiązuje kilka spółek, tworząc jedno przedsiębiorstwo, zob. sprawa M.4048 – Sonae Industria/Tarkett z 12 czerwca 2006 r., i w drodze transakcji wzajemnie uwarunkowanych powstaje wspólne przedsiębiorstwo produkcyjno-dystrybucyjne, a wzajemna warunkowość jest konieczna w celu wykazania, że miała miejsce pojedyncza koncentracja, w wyniku której powstało wspólne przedsiębiorstwo o pełnym zakresie funkcji.

⁽⁵¹⁾ Sprawa COMP/M.2926 – EQT/H&R/Dragoco – z 16 września 2002 r.; te same względy mają zastosowanie przy rozpatrywaniu kwestii, kiedy kilka połączeń stanowi jedną koncentrację w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. a), sprawa COMP/M. 2824 – Ernst & Young/Andersen Germany z 27 sierpnia 2002 r.

⁽⁵²⁾ Sprawa IV/M.1188 – Kingfisher/Wegert/ProMarkt z 18 czerwca 1998 r.; sprawa COMP/M.2650 – Haniel/Cementbouw/JV (CVK) z 26 czerwca 2002 r.

⁽⁵³⁾ Sprawa COMP/M.2420 – Mitsui/CVRD/Caemi z 30 października 2001 r.

1.5.4. Artykuł 5 ust. 2 akapit drugi

- (49) Artykuł 5 ust. 2 akapit drugi wprowadza szczególną regułę dopuszczającą uznanie przez Komisję kilku następujących po sobie transakcji w określonym czasie za pojedynczą koncentrację do celów obliczania obrotu przedsiębiorstw uczestniczących. Celem tego przepisu jest zapobieżenie sytuacji, w której te same osoby będą dzielić transakcje na szereg operacji sprzedaży aktywów rozłożonych w czasie, tak by wyjść poza zakres właściwości Komisji w kwestiach objętych rozporządzeniem w sprawie połączeń⁽⁵⁴⁾.
- (50) Jeżeli dwie lub większa liczba transakcji (z których każda prowadzi do przejęcia kontroli) mające miejsce na przestrzeni dwóch lat między tymi samymi osobami lub przedsiębiorstwami, traktowane są jako jedna koncentracja⁽⁵⁵⁾, bez względu na to, czy transakcje te dotyczą części tej samej dziedziny działalności gospodarczej lub tego samego sektora. Nie ma to zastosowania, jeżeli w niektórych z przedmiotowych transakcji do tych samych osób lub przedsiębiorstw dołączyły inne osoby lub przedsiębiorstwa. Wystarczy, jeśli transakcje, mimo iż nie przeprowadzane między tymi samymi przedsiębiorstwami, odbywają się między przedsiębiorstwami należącymi do tych samych odpowiednich grup. Przepis ma zastosowanie do dwóch lub więcej transakcji, jeżeli odbywają się równocześnie. Jeżeli takie transakcje prowadzą do przejęcia kontroli przez to samo przedsiębiorstwo, takie równoczesne transakcje pomiędzy tymi samymi stronami stanowią jedną koncentrację, nawet gdy nie są wzajemnie uwarunkowane⁽⁵⁶⁾. Tym niemniej nie wydaje się, żeby art. 5 ust. 2 akapit drugi miał zastosowanie do różnych transakcji, z których przynajmniej jedna odbywa się z udziałem przedsiębiorstwa uczestniczącego, odrębnego od wspólnego nabywcy(-ów) czy też zbywcy(-ów). W sytuacji gdy mamy dwie transakcje, z czego jedna skutkuje wyłączną kontrolą, a druga wspólną kontrolą, art. 5 ust 2 akapit drugi nie ma zastosowania, chyba że pozostałe spółki dominujące sprawujące wspólną kontrolę występują w tej ostatniej transakcji jako zbywcy pakietu dającego wyłączną kontrolę w poprzedniej transakcji.

1.6. **Wewnętrzna restrukturyzacja**

- (51) Koncentracja w rozumieniu rozporządzenia w sprawie połączeń ogranicza się do zmian w kontroli. Wewnętrzna restrukturyzacja w obrębie grupy firm nie stanowi koncentracji. Jest tak np. przy podwyższaniu kapitału zakładowego niezwiązanym ze zmianą kontroli lub operacjach restrukturyzacyjnych, takich jak połączenie spółki podwójnie notowanej w jedną osobę prawną lub łączenie się jednostek zależnych. Koncentracja występuje tylko wtedy, gdy operacja prowadzi do zmiany jakości kontroli nad jednym przedsiębiorstwem, co powoduje, że kontrola taka przestaje być wewnętrzna.

1.7. **Koncentracje z udziałem przedsiębiorstw państwowych**

- (52) Wyjątkowy charakter ma sytuacja, gdy zarówno nabywające, jak i nabywane przedsiębiorstwa stanowią własność tego samego państwa (lub tej samej instytucji publicznej lub gminy). W takim przypadku to, czy operację taką należy uważać za wewnętrzną restrukturyzację, zależy z kolei od tego, czy obydwa przedsiębiorstwa były wcześniej częścią tej samej jednostki gospodarczej. Jeżeli przedsiębiorstwa były wcześniej częścią różnych jednostek gospodarczych mających samodzielność w podejmowaniu decyzji, operację taką uważać się będzie za koncentrację, a nie za wewnętrzną restrukturyzację⁽⁵⁷⁾. Jednakże w przypadku gdy po przeprowadzeniu operacji te różne jednostki gospodarcze utrzymują samodzielność w podejmowaniu decyzji, operację taką należy uznać za wewnętrzną restrukturyzację, nawet jeśli udziały w przedsiębiorstwach stanowiących różne jednostki gospodarcze będą w posiadaniu jednego podmiotu, takiego jak spółka czysto holdingowa⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁴⁾ Wyrok w sprawie T-282/02 Cementbouw przeciwko Komisji, pkt 118 [2006] Zb.Orz. II-319.

⁽⁵⁵⁾ Zob. sprawa COMP/M.3173 – E.ON/Fortum Burghausen/Smaland/Endenderry z 13 czerwca 2003 r. Ma to także zastosowanie do sytuacji, gdy przejmowana jest wyłączna kontrola, przez co tylko części przedsiębiorstw podlegały dotychczas wspólnej kontroli przez przedsiębiorstwo przejmujące, sprawa COMP/M. 2679 – EdF/TXU/Europe/24 Seven z 20 grudnia 2001 r.

⁽⁵⁶⁾ Sprawa IV/M.1283 – Volkswagen/RollsRoyce/Cosworth z 24 sierpnia 1998 r.

⁽⁵⁷⁾ Sprawa IV/M.097 – Péchiney/Usinor, z 24 czerwca 1991 r.; sprawa IV/M.216 – CEA Industrie/France Telecom/SGS-Thomson, z 22 lutego 1993 r.; sprawa IV/M.931 – Nestlé/IVO z 2 czerwca 1998. Patrz też akapit 22 preambuły rozporządzenia w sprawie połączeń.

⁽⁵⁸⁾ Specyficzne kwestie dotyczące obliczania obrotu przedsiębiorstw państwowych omówiono poniżej w pkt 192–194.

- (53) Jednakże prerogatywy, z jakich korzysta państwo działając jako władza publiczna, a nie jako udziałowiec lub akcjonariusz – o ile ograniczają się one do ochrony interesu publicznego – nie stanowią kontroli w rozumieniu rozporządzenia w sprawie połączeń o tyle, o ile ich celem ani skutkiem nie jest uniemożliwienie państwu wywierania decydującego wpływu na działalność przedsiębiorstwa ⁽⁵⁹⁾.

2. Wyłączna kontrola

- (54) Do przejęcia wyłącznej kontroli dochodzi wtedy, gdy jedno przedsiębiorstwo może samodzielnie wywierać decydujący wpływ na inne przedsiębiorstwo. Generalnie da się wyróżnić dwie takie sytuacje. Po pierwsze przedsiębiorstwu sprawującemu wyłączną kontrolę przysługuje prawo do podejmowania strategicznych decyzji handlowych dotyczących drugiego przedsiębiorstwa. Zwykle takie prawo nabywa się poprzez przejęcie większości praw głosu w spółce. Po drugie, sytuacja, w której dochodzi do przejęcia wyłącznej kontroli ma miejsce, kiedy jeden udziałowiec lub akcjonariusz jest w stanie zawetować decyzje strategiczne w przedsiębiorstwie, nie posiada on jednak prawa do samodzielnego podejmowania takich decyzji (tzw. wyłączna kontrola negatywna). W takich okolicznościach pojedynczy udziałowiec lub akcjonariusz dysponuje takim samym wpływem, jaki ma zwykle kilku wspólnie kontrolujących udziałowców lub akcjonariuszy, tj. uprawnieniami pozwalającymi mu blokować podejmowanie decyzji strategicznych. W przeciwieństwie do sytuacji panującej we wspólnie kontrolowanych przedsiębiorstwach, nie ma innych udziałowców lub akcjonariuszy dysponujących takim samym wpływem, a udziałowiec lub akcjonariusz posiadający negatywną wyłączną kontrolę niekoniecznie musi współpracować z innymi udziałowcami lub akcjonariuszami w toku podejmowania działań strategicznych w kontrolowanym przedsiębiorstwie. Skoro taki udziałowiec lub akcjonariusz może spowodować impas, to przejmuje on decydujący wpływ w rozumieniu art. 3 ust. 2 oraz przejmuje kontrolę w rozumieniu rozporządzenia w sprawie połączeń ⁽⁶⁰⁾.
- (55) Wyłączną kontrolę można przejąć na podstawie prawnej lub faktycznej.

Wyłączna kontrola na podstawie prawnej

- (56) Wyłączną kontrolę przejmuje się zwykle na podstawie prawnej wtedy, gdy przedsiębiorstwo nabywa większość praw głosu w spółce. Jeżeli nie występują inne elementy, nabycie, które nie obejmuje większości praw głosu, nie daje zwykle kontroli, nawet jeżeli pociąga za sobą nabycie większości kapitału akcyjnego. W sytuacji gdy status spółki wymaga większości kwalifikowanej do podejmowania decyzji strategicznych, przejęcie zwykłej większości praw głosu nie daje prawa do samodzielnego podejmowania decyzji strategicznych, ale może okazać się wystarczające do uzyskania przez przejmującego prawa do blokowania, a w efekcie do przejęcia kontroli negatywnej.
- (57) Nawet w przypadku posiadania udziałów lub akcji mniejszościowych może wystąpić kontrola na zasadzie prawnej, jeżeli z posiadaniem tych akcji wiążą się szczególne uprawnienia. Mogą to być udziały lub akcje uprzywilejowane prowadzące do uzyskania większości praw głosu lub inne prawa umożliwiające mniejszościowemu udziałowcowi lub akcjonariuszowi wyznaczanie strategicznych zachowań handlowych przejmowanego przedsiębiorstwa, np. kompetencje upoważniające do mianowania ponad połowy składu rady nadzorczej lub zarządu. Wyłączną kontrolę może sprawować udziałowiec lub akcjonariusz mniejszościowy posiadający prawo do kierowania działalnością spółki oraz wyznaczania polityki handlowej wywiedzione ze struktury organizacyjnej. (np. działając jako komplementariusz w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, często nieposiadający nawet udziałów w spółce)
- (58) Typowy przypadek negatywnej wyłącznej kontroli występuje, gdy jeden udziałowiec lub akcjonariusz posiada 50 % udziałów lub akcji przedsiębiorstwa, a pozostałe 50 % należy do kilku innych udziałowców lub akcjonariuszy (zakładając, że nie prowadzi to do pozytywnej wyłącznej kontroli na podstawie faktycznej), lub kiedy do podejmowania decyzji strategicznych wymagana jest kwalifikowana większość, co *de facto* daje prawo weta tylko jednemu udziałowcowi lub akcjonariuszowi, bez względu na to czy jest on udziałowcem lub akcjonariuszem mniejszościowym, czy też większościowym ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Sprawa IV/M.493 – Tractebel/Distrigaz II z 1 września 1994 r.

⁽⁶⁰⁾ W związku z tym, że ten wspólnik jest jedynym przedsiębiorstwem uzyskującym wpływ dający kontrolę, wyłącznie na nim ciąży obowiązek zgłoszenia zgodnie z rozporządzeniem w sprawie połączeń.

⁽⁶¹⁾ Zob. kolejne sprawy COMP/M.3537 – BBVA/BNL z 20 sierpnia 2004 r. i M.3768 – BBVA/BNL z 27 kwietnia 2005 r.; sprawa M.3198 – VW-Audi/VW-Audi Vertriebszentren z 29 lipca 2003 r.; sprawa COMP/M.2777 – Cinven Limited/Angel Street Holdings z 8 maja 2002 r.; sprawa IV/M.258 – CCIE/GTE, z 25 września 1992 r. W sprawie COMP/M.3876 – Diester Industrie/Bunge/JV z 30 września 2005 r., pojawiła się nietypowa sytuacja, w której wspólne przedsiębiorstwo dysponuje pakietem akcji w spółce, dzięki czemu sprawowało wyłączną negatywną kontrolę nad tą spółką.

Wyłączna kontrola na podstawie faktycznej

- (59) Mniejszościowy udziałowiec lub akcjonariusz może również posiadać wyłączną kontrolę na podstawie faktycznej. Dzieje się tak w szczególności, gdy istnieje duże prawdopodobieństwo, że udziałowiec lub akcjonariusz uzyska większość na zgromadzeniach udziałowców lub akcjonariuszy albo na walnych zgromadzeniach, biorąc pod uwagę liczbę jego udziałów lub akcji oraz frekwencję innych udziałowców lub akcjonariuszy szacowaną na podstawie danych z minionych lat⁽⁶²⁾. Na podstawie przebiegu głosowań w przeszłości Komisja przeprowadzi analizę prognostyczną, uwzględniając przewidywalne zmiany frekwencji udziałowców lub akcjonariuszy, które mogą zajść w przyszłości po dokonaniu operacji⁽⁶³⁾. Następnie Komisja przeanalizuje stanowiska innych udziałowców lub akcjonariuszy oraz oceni ich rolę. Kryteria takiej oceny obejmują w szczególności stopień rozproszenia pozostałych akcji lub udziałów, ewentualne więzi strukturalne, ekonomiczne lub rodzinne łączące innych ważnych udziałowców lub akcjonariuszy z dużym udziałowcem lub akcjonariuszem mniejszościowym a także posiadanie przez innych udziałowców lub akcjonariuszy interesu czysto strategicznego lub finansowego związanego z przedsiębiorstwem przejmowanym; kryteria te należy rozpatrzyć odrębnie dla każdego przypadku⁽⁶⁴⁾. Jeżeli na podstawie historycznego przebiegu głosowań na zgromadzeniu udziałowców lub akcjonariuszy lub walnym zgromadzeniu oraz stanowiska innych udziałowców lub akcjonariuszy jest prawdopodobne, że udziałowiec lub akcjonariusz mniejszościowy uzyska stabilną większość głosów na zgromadzeniu wspólników lub walnym zgromadzeniu, to w takiej sytuacji uznaje się, że dużemu udziałowcowi lub akcjonariuszowi mniejszościowemu przysługuje wyłączna kontrola⁽⁶⁵⁾.
- (60) Opcja zakupu lub konwersji akcji nie daje sama w sobie wyłącznej kontroli, o ile w niedalekiej przyszłości nie będzie można z niej korzystać na mocy prawnie wiążących umów⁽⁶⁶⁾. Jednakże w wyjątkowych okolicznościach taka opcja wraz z innymi czynnikami może skłaniać do wniosku, że zachodzi wyłączna kontrola na podstawie faktycznej⁽⁶⁷⁾.

Wyłączna kontrola przejmowana w inny sposób, niż za pomocą praw głosu

- (61) Oprócz przejścia wyłącznej kontroli za pomocą praw głosu, wszystkie względy omówione w sekcji 1.2 dotyczącej przejścia wyłącznej kontroli poprzez zakup udziałów lub akcji, w drodze umowy lub jakichkolwiek innych środków mają także zastosowanie.

3. Wspólna kontrola

- (62) Wspólna kontrola istnieje wtedy, gdy dwa lub większa liczba przedsiębiorstw lub dwie lub większa liczba osób mają możliwość wywierania decydującego wpływu na inne przedsiębiorstwo. W tym sensie decydujący wpływ oznacza zwykle uprawnienia umożliwiające zablokowanie działań, które wyznaczają strategiczne zachowania handlowe przedsiębiorstwa. W odróżnieniu od wyłącznej kontroli, która daje możliwość wytyczania strategicznych decyzji w przedsiębiorstwie konkretnemu udziałowcowi lub akcjonariuszowi, wspólna kontrola charakteryzuje się możliwością wystąpienia sytuacji impasu wskutek tego, że dwie lub większa liczba spółek dominujących posiada uprawnienia umożliwiające odrzucenie proponowanych decyzji strategicznych. Wynika więc z tego, że ci udziałowcy lub akcjonariusze muszą wspólnie dojść do porozumienia przy określaniu strategii handlowej wspólnego przedsiębiorstwa, co oznacza, że muszą ze sobą współpracować⁽⁶⁸⁾.
- (63) Tak jak w przypadku wyłącznej kontroli, przejście wspólnej kontroli może nastąpić na podstawie faktycznej. Wspólna kontrola występuje w sytuacji, gdy udziałowcy lub akcjonariusze (spółki dominujące) muszą osiągnąć porozumienie w sprawie istotnych decyzji dotyczących kontrolowanego przedsiębiorstwa (wspólnego przedsiębiorstwa).

⁽⁶²⁾ Sprawa IV/M.343 – Société Générale de Belgique/Générale de Banque z 3 sierpnia 1993 r.; sprawa COMP/M.3330 – RTL/M6 z 12 marca 2004 r.; sprawa IV/M.159 – Mediobanca/Generali z 19 grudnia 1991 r.

⁽⁶³⁾ Zob. sprawa COMP/M.4336 – MAN/Scania z 20 grudnia 2006 r., w kwestii tego, czy Volkswagen przejął kontrolę nad MAN.

⁽⁶⁴⁾ Sprawa IV/M.754 – Anglo American/Lonrho z 23 kwietnia 1997 r.; sprawa IV/M.025 – Arjomari/Wiggins Teape, z 10 lutego 1990 r.

⁽⁶⁵⁾ Zob. też sprawa COMP/M.2574 – Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia z 20 września 2001 r.; Sprawa IV/M.1519 – Renault/Nissan z 12 maja 1999 r.

⁽⁶⁶⁾ Wyrok w sprawie T 2/93, Air France przeciwko Komisji [1994] Rec. II-323. Mimo że opcja zakupu sama w sobie zwykle nie prowadzi do koncentracji, może być brana pod uwagę przy ocenie materialnej powiązanej koncentracji, zob. sprawa COMP/M.3696 – E.ON/MOL z 21 grudnia 2005 r., pkt 12–14, 480, 762 i nast.

⁽⁶⁷⁾ Sprawa IV/M.397 – Ford/Hertz z 7 marca 1994 r.

⁽⁶⁸⁾ Zob. też wyrok w sprawie T-282/02 Cementbouw przeciwko Komisji, pkt 42, 52, 67 [2006] Zb.Orz. II-319.

3.1. *Równość w zakresie praw głosu lub mianowania członków organów decyzyjnych*

- (64) Najbardziej klarowna forma wspólnej kontroli występuje wtedy, gdy istnieją tylko dwie spółki dominujące, które mają równą liczbę głosów we wspólnym przedsiębiorstwie. W takiej sytuacji formalne porozumienie między nimi nie jest konieczne. Jeśli jednak istnieje formalne porozumienie, musi ono być zgodne z zasadą równości spółek dominujących, a zatem na przykład przewidywać, że każda z nich jest uprawniona do posiadania tej samej liczby przedstawicieli w organach zarządzających oraz że żaden z członków tych organów nie ma głosu decydującego⁽⁶⁹⁾. Równość zapewnić można także wtedy, gdy obydwie spółki dominujące mają prawo mianować taką samą liczbę członków do organów podejmujących decyzje we wspólnym przedsiębiorstwie.

3.2. *Prawo weta*

- (65) Wspólna kontrola może występować nawet wtedy, gdy pomiędzy dwiema spółkami dominującymi nie ma równości, jeśli chodzi o głosy czy reprezentację w ciałach podejmujących decyzje bądź wtedy gdy występują więcej niż dwie spółki dominujące. Taka sytuacja ma miejsce, kiedy udziałowcy lub akcjonariusze mniejszościowi mają dodatkowe prawa, które pozwalają im zawetować decyzje mające zasadnicze znaczenie dla strategicznych zachowań handlowych wspólnego przedsiębiorstwa⁽⁷⁰⁾. Takie prawa weta mogą być określone w statucie wspólnego przedsiębiorstwa lub zostać nadane na mocy porozumień pomiędzy spółkami dominującymi. Same prawa weta mogą działać na takiej zasadzie, że do podjęcia decyzji na zgromadzeniu udziałowców lub akcjonariuszy lub walnym zgromadzeniu wymagane jest określone kworum lub poprzez zarząd w takim zakresie, w jakim są w nim reprezentowane spółki dominujące. Decyzje strategiczne mogą również podlegać zatwierdzeniu przez inny organ, np. radę nadzorczą, w którym mniejszościowi udziałowcy lub akcjonariusze mają swoją reprezentację i stanowią część kworum wymaganego do podjęcia takich decyzji.
- (66) Prawo weta musi odnosić się do strategicznych decyzji dotyczących działalności wspólnego przedsiębiorstwa. Musi mieć szerszy zakres niż prawo weta, które jest zwykle przyznawane mniejszościowym udziałowcom lub akcjonariuszom, by ochronić ich interesy finansowe jako inwestorów we wspólnym przedsiębiorstwie. Ta normalna ochrona praw mniejszościowych udziałowców lub akcjonariuszy odnosi się do decyzji dotyczących istoty wspólnego przedsiębiorstwa, np. zmian w statucie, zwiększenia lub zmniejszenia kapitału czy likwidacji. Prawo weta, które pozwala na przykład zablokować sprzedaż lub zamknięcie wspólnego przedsiębiorstwa, nie przyznaje jeszcze wspólnej kontroli danemu mniejszościowemu udziałowcowi lub akcjonariuszowi⁽⁷¹⁾.
- (67) W odróżnieniu od zwykłego prawa weta, prawo weta, które przyznaje wspólną kontrolę, wiąże się z takimi decyzjami i zagadnieniami, jak: budżet, plan działalności gospodarczej, poważne inwestycje czy mianowanie kierownictwa wyższego szczebla. Przejęcie wspólnej kontroli nie wymaga jednak, by ten, kto taką kontrolę przejął, mógł wywierać decydujący wpływ na zwykłą działalność przedsiębiorstwa. Zasadniczą sprawą jest to, by prawo weta umożliwiało spółkom dominującym wywieranie takiego wpływu w odniesieniu do strategicznych zachowań gospodarczych wspólnego przedsiębiorstwa. Ponadto nie jest konieczne stwierdzenie, że ten, kto przejął wspólną kontrolę, będzie faktycznie wykorzystywał swój decydujący wpływ. Wystarczy samo stwierdzenie, że występuje możliwość wywierania takiego wpływu, a zatem – że istnieją takie prawo weta.
- (68) W celu przejścia wspólnej kontroli mniejszościowy udziałowiec lub akcjonariusz nie musi posiadać wszystkich rodzajów prawa weta wspomnianych wyżej. Wystarczy, że istnieje jedynie kilka lub jedno z nich. O przejściu takiej kontroli decyduje to, do czego dokładnie odnosi się takie prawo weta, a także znaczenie tego prawa w kontekście konkretnej działalności gospodarczej prowadzonej przez wspólne przedsiębiorstwo.

⁽⁶⁹⁾ Sprawa COMP/M.3097 – Maersk Data/Eurogate IT; Global Transport Solutions JV z 12 marca 2003 r.; Sprawa IV/M.272 – Matra/CAP Gemini Sogeti z 17 marca 1993 r.

⁽⁷⁰⁾ Sprawa T 2/93, Air France przeciwko Komisji [1994] Rec. II-323; sprawa IV/M.010 – Conagra/Idea z 3 maja 1991 r.

⁽⁷¹⁾ Sprawa IV/M.062 – Eridania/ISI z 30 lipca 1991 r.

Mianowanie kierownictwa wyższego szczebla i uchwalanie budżetu

- (69) Wielką wagę mają prawa weta w decyzjach dotyczących mianowania lub zwolnienia kierownictwa wyższego szczebla oraz uchwalania budżetu. Uprawnienia do współdecydowania o strukturze kierownictwa wyższego szczebla, np. członków zarządu, dają zazwyczaj ich posiadaczowi możliwość wywierania decydującego wpływu na politykę handlową przedsiębiorstwa. To samo dotyczy decyzji w sprawie budżetu, ponieważ budżet wyznacza dokładne ramy dla działalności wspólnego przedsiębiorstwa, a w szczególności dla inwestycji, jakie może ono realizować.

Plan działalności gospodarczej

- (70) Plan działalności gospodarczej określa na ogół szczegółowe cele spółki wraz ze środkami, jakie należy przyjąć dla ich realizacji. Prawo weta wobec tego rodzaju planu działalności gospodarczej może przyznawać wspólną kontrolę nawet w sytuacji braku innych praw weta. Jeżeli natomiast plan działalności gospodarczej zawiera jedynie ogólne deklaracje dotyczące gospodarczych celów wspólnego przedsiębiorstwa, posiadanie prawa weta będzie tylko jednym z elementów uwzględnianych w całościowej ocenie wspólnej kontroli i samo w sobie nie wystarczy do przejęcia wspólnej kontroli.

Inwestycje

- (71) W przypadku inwestycji znaczenie prawa weta zależy po pierwsze, od poziomu inwestycji wymagających zatwierdzenia przez firmy dominujące a po drugie, od stopnia, w jakim inwestycje stanowią zasadniczą cechę rynku, na którym działa wspólne przedsiębiorstwo. Jeśli chodzi o pierwsze kryterium, w przypadku gdy poziom inwestycji wymagających zatwierdzenia przez spółki dominujące jest wyjątkowo wysoki, takie prawo weta może być bliższe normalnej ochronie interesów mniejszościowego udziałowca lub akcjonariusza niż prawu przyznającemu uprawnienia do współdecydowania o strategii handlowej wspólnego przedsiębiorstwa. Jeśli natomiast chodzi o drugie kryterium, istotnym elementem przy ustalaniu, czy występuje wspólna kontrola, jest strategia inwestycyjna przedsiębiorstwa. Mogą jednak istnieć rynki, gdzie inwestycje nie odgrywają istotnej roli w rynkowych zachowaniach przedsiębiorstwa.

Prawa związane ze specyfiką rynku

- (72) Oprócz typowych rodzajów prawa weta wspomnianych wyżej, istnieje szereg innych rodzajów takiego prawa związanych z konkretnymi decyzjami, które są istotne w kontekście określonego rynku, na którym działa wspólne przedsiębiorstwo. Jeden z przykładów dotyczy technologii, jaka ma być stosowana przez wspólne przedsiębiorstwo, jeżeli technologia ma podstawowe znaczenie dla działalności wspólnego przedsiębiorstwa. Inny przykład odnosi się do rynków charakteryzujących się zróżnicowaniem produktów i znaczną innowacyjnością. Na takich rynkach istotnym elementem przy ustalaniu, czy istnieje wspólna kontrola może również być prawo weta wobec decyzji dotyczących nowego asortymentu produktów, jaki ma być opracowany przez wspólne przedsiębiorstwo.

Kontekst ogólny

- (73) W przypadku posiadania szeregu praw weta przy ustalaniu relatywnego znaczenia tych praw nie należy rozpatrywać ich w oderwaniu od siebie. Wprost przeciwnie – stwierdzenie, czy istnieje wspólna kontrola, opiera się na ocenie tych praw jako całości. Jednakże prawa weta, które nie odnosi się do strategicznej polityki handlowej, mianowania kierownictwa wyższego szczebla, budżetu czy planu działalności gospodarczej nie można uznać za prawo dające jego posiadaczowi wspólną kontrolę ⁽⁷²⁾.

3.3. **Wspólne wykonywanie praw głosu**

- (74) Nawet przy braku określonych praw weta dwa lub większa liczba przedsiębiorstw nabywających udziały lub akcje mniejszościowe w innym przedsiębiorstwie może przejąć wspólną kontrolę. Taka sytuacja może mieć miejsce wtedy, gdy mniejszościowi udziałowcy lub akcjonariusze razem zapewniają środki do kontrolowania przejmowanego przedsiębiorstwa. Oznacza to, że mniejszościowi udziałowcy lub akcjonariusze, występując razem, będą dysponowali większością praw głosu, a także że będą

⁽⁷²⁾ Sprawa IV/M.295 – SITA-RPC/SCORI z 19 marca 1993 r.

współdziałali przy wykonywaniu tych praw. Może to wynikać z prawnie wiążącego porozumienia, które służy temu celowi, bądź też mieć podstawę faktyczną.

- (75) Podstawą prawną zapewniającą wspólne wykonywanie praw głosu może być przeniesienie przez mniejszościowych udziałowców lub akcjonariuszy swoich praw na spółkę holdingową bądź też porozumienie, w ramach którego zobowiązują się oni do postępowania w ten sam sposób (porozumienie o wspólnych zasadach działania).
- (76) Kolektywne działanie może mieć miejsce (co zdarza się jedynie w bardzo wyjątkowych sytuacjach) na podstawie faktycznej, gdy mniejszościowych udziałowców lub akcjonariuszy łączą tak silne wspólne interesy, że nie działaliby oni przeciw sobie przy korzystaniu ze swych praw w odniesieniu do wspólnego przedsiębiorstwa. Jednak im więcej spółek dominujących uczestniczy w takim wspólnym przedsiębiorstwie, tym mniejsze jest prawdopodobieństwo wystąpienia takiej sytuacji.
- (77) Charakterystyczny dla takiej wspólnoty interesów jest wysoki stopień wzajemnej zależności między spółkami dominującymi powodowany koniecznością osiągania celów strategicznych wspólnego przedsiębiorstwa. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy każda ze spółek dominujących wnosi wkład do wspólnego przedsiębiorstwa, który ma zasadnicze znaczenie dla jego działalności (np. określone technologie, lokalne know-how czy umowy o dostawy) ⁽⁷³⁾. W takich okolicznościach spółki dominujące mogą mieć zdolność blokowania decyzji strategicznych wspólnego przedsiębiorstwa, co powoduje, że mogą one skutecznie prowadzić wspólne przedsiębiorstwo tylko przy wzajemnym porozumieniu co do decyzji strategicznych, nawet jeżeli prawo weta nie jest uregulowane wprost. W związku z tym spółki dominujące są zmuszone do współdziałania ⁽⁷⁴⁾. Dalsze czynniki to procedury podejmowania decyzji zorganizowane tak, aby umożliwić spółkom dominującym sprawowanie wspólnej kontroli nawet przy braku bezpośrednich ustaleń przyznających prawo weta lub innych powiązań między udziałowcami lub akcjonariuszami mniejszościowymi na gruncie wspólnego przedsiębiorstwa ⁽⁷⁵⁾.
- (78) Taki scenariusz może wystąpić nie tylko w sytuacji, gdy dwóch lub więcej mniejszościowych udziałowców lub akcjonariuszy sprawuje wspólną kontrolę nad przedsiębiorstwem na podstawie faktycznej, lecz także wtedy, gdy udziałowiec lub akcjonariusz większościowy jest w wysokim stopniu zależny od udziałowca lub akcjonariusza mniejszościowego. Może to mieć miejsce w przypadku, gdy wspólne przedsiębiorstwo jest zależne ekonomicznie lub finansowo od udziałowca lub akcjonariusza mniejszościowego lub gdy jedynie udziałowiec lub akcjonariusz mniejszościowy dysponuje odpowiednim know-how do prowadzenia działalności wspólnego przedsiębiorstwa i będzie odgrywał główną rolę w prowadzeniu tej działalności, a udziałowiec lub akcjonariusz większościowy jest tylko inwestorem finansowym ⁽⁷⁶⁾. W takiej sytuacji udziałowiec lub akcjonariusz większościowy nie będzie zdolny przeforsować swojego stanowiska, a jego partner we wspólnym przedsiębiorstwie będzie w stanie blokować decyzje strategiczne, zatem obie spółki dominujące stoją przed koniecznością stałego współdziałania. Prowadzi to do sytuacji, w której zachodzi wspólna kontrola na podstawie faktycznej, co przeważa nad oceną z czysto prawnego punktu widzenia, któremu udziałowcowi lub akcjonariuszowi przysługuje wyłączna kontrola.
- (79) Kryteria te mają zastosowanie do zawiązania nowego wspólnego przedsiębiorstwa, a także do przejęcia udziałów mniejszościowych, ich łączne spełnienie oznacza wspólną kontrolę. W przypadku przejęcia udziałów jest bardziej prawdopodobne, że wystąpi wspólnota interesów, jeśli przejęcie następuje wskutek wspólnych działań. Jednakże przejęcie poprzez wspólne działanie samo przez się nie wystarczy do ustanowienia wspólnej kontroli na podstawie faktycznej. Co do zasady wspólne interesy inwestorów finansowych (lub wierzycieli) spółki we zwrocie inwestycji nie stanowią wspólnoty interesów wiodącej do sprawowania wspólnej kontroli na podstawie faktycznej.

⁽⁷³⁾ Sprawa COMP/JV.55 Hutchinson/RCPM/ECT z 3 lipca 2001 r.; zob. też sprawa IV/M.553 – RTL/Veronica/Endemol z 20 września 1995 r.

⁽⁷⁴⁾ Wyrok w sprawie T-282/02 Cementbouw przeciwko Komisji, pkt 42, 52, 67 [2006] Zb.Orz. II-319.

⁽⁷⁵⁾ Sprawa COMP/JV.55 Hutchinson/RCPM/ECT z 3 lipca 2001 r.. Patrz też sprawa IV/M.553 – RTL/Veronica/Endemol z 20 września 1995 r.

⁽⁷⁶⁾ Sprawa IV/M. 967 – KLM/Air UK z 22 września 1997 r.; sprawa COMP/M.4085 – Arcelor/Oyak/Erdemir z 13 lutego 2006 r.

- (80) Jeżeli brak jest tak silnych wspólnych interesów, jak wspomniane wyżej, możliwość zmiany koalicji w gronie mniejszościowych udziałowców lub akcjonariuszy będzie zwykle wykluczać domniemanie istnienia wspólnej kontroli. Jeżeli nie ma stabilnej większości w procedurze podejmowania decyzji, a doraźną większość stanowią mniejszościowi akcjonariusze łączący się każdorazowo w różne układy, nie ma podstaw do założenia, że mniejszościowi akcjonariusze będą wspólnie kontrolować przedsiębiorstwo⁽⁷⁷⁾. W tym kontekście nie wystarcza, że istnieją porozumienia między dwiema lub większą liczbą stron mających równe udziały w kapitale przedsiębiorstwa, które dają im identyczne prawa i uprawnienia, jeżeli wiąże się to z brakiem prawa weta w decyzjach strategicznych. Na przykład w przypadku przedsiębiorstwa, gdzie każdy z trzech udziałowców lub akcjonariuszy posiada jedną trzecią kapitału zakładowego i ma prawo wybierania jednej trzeciej składu zarządu, udziałowcy lub akcjonariusze nie mają wspólnej kontroli, ponieważ decyzje podejmowane są na podstawie zwykłej większości.

3.4. *Inne aspekty związane ze wspólną kontrolą*

Nierówna pozycja spółek dominujących

- (81) Wspólnej kontroli nie wyklucza fakt, że jedna ze spółek dominujących posiada określoną wiedzę i doświadczenie w zakresie działalności prowadzonej przez wspólne przedsiębiorstwo. W takim przypadku ta druga spółka dominująca może odgrywać skromną rolę lub nie odgrywać żadnej roli w codziennym kierowaniu wspólnym przedsiębiorstwem, jeżeli o jej udziale we wspólnym przedsiębiorstwie decydują czynniki natury finansowej, długoterminowa strategia, wizerunek firmy czy też czynniki związane z ogólną polityką. Nie mniej jednak musi zawsze istnieć możliwość podważenia decyzji podejmowanych przez drugą spółkę dominującą, wywiedziona z równości praw głosu, praw mianowania członków organów decyzyjnych lub praw weta w decyzjach strategicznych. Jeżeli brak jest takiej możliwości, to występuje wtedy wyłączna kontrola.

Decydujący głos

- (82) Aby istniała wspólna kontrola, nie może być sytuacji, kiedy jednej ze spółek dominujących przysługuje decydujący głos w takim zakresie, że mogłoby to doprowadzić do objęcia wyłącznej kontroli przez spółkę go posiadającą. Jednakże istnienia wspólnej kontroli nie wyklucza decydujący głos o praktycznie ograniczonym znaczeniu i skuteczności. Dzieje się tak, w przypadku gdy z decydującego głosu można skorzystać dopiero po serii mediacji i prób osiągnięcia wspólnego stanowiska lub na bardzo ograniczonym polu, bądź też gdy skorzystanie z tego decydującego głosu uruchamia opcję sprzedaży nakładającą poważne obciążenia finansowe lub gdy skorzystanie z decydującego głosu wydaje się mało prawdopodobne z uwagi na wzajemną zależność spółek dominujących⁽⁷⁸⁾.

III. ZMIANY W JAKOŚCI KONTROLI

- (83) Rozporządzenie w sprawie połączeń obejmuje swym zakresem operacje skutkujące przejściem wyłącznej lub wspólnej kontroli, w tym operacje prowadzące do zmiany w jakości kontroli. Po pierwsze, taka zmiana w jakości kontroli powodująca koncentrację dokonuje się przy przejściu z kontroli z wyłącznej na wspólną lub odwrotnie. Po drugie, zmiana w jakości kontroli dokonuje się między scenariuszami wspólnej kontroli sprzed i po dokonaniu transakcji, jeżeli następuje wzrost liczby lub zmiana kontrolujących udziałowców lub akcjonariuszy. Nie dochodzi jednakże do zmiany w jakości kontroli w przypadku zmiany wyłącznej kontroli negatywnej na pozytywną. Taka zmiana ani nie wpływa na motywację udziałowca lub akcjonariusza sprawującego dotychczas wyłączną kontrolę negatywną, ani nie zmienia charakteru struktury kontroli, jako że udziałowiec lub akcjonariusz sprawujący kontrolę niekoniecznie musiał współdziałać z innymi określonymi udziałowcami lub akcjonariuszami, w czasie gdy sprawował kontrolę negatywną. W każdym przypadku zmiany jedynie liczby posiadanych udziałów lub akcji u udziałowców lub akcjonariuszy sprawujących kontrolę, nie połączone ze zmianami ich praw w przedsiębiorstwie ani ze zmianą struktury kontroli w spółce, nie stanowią zmian w jakości kontroli, a to oznacza, że nie występuje koncentracja podlegająca zgłoszeniu.

⁽⁷⁷⁾ Sprawa IV/JV.12 – Ericsson/Nokia/Psion/Motorola z 22 grudnia 1998 r.

⁽⁷⁸⁾ Sprawa COMP/M.2574 – Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia z 20 września 2001 r.; sprawa IV/M.553 – RTL/Veronica/Endemol z 20 września 1995 r.; sprawa IV/M.425 – British Telecom/Banco Santander z 28 marca 1994 r.

- (84) Takie zmiany w jakości kontroli będą omówione w dwóch kategoriach: po pierwsze, wejścia jednego lub większej liczby nowych kontrolujących udziałowców lub akcjonariuszy i po drugie, zmniejszenia liczby kontrolujących udziałowców lub akcjonariuszy.

1. Wejście kontrolujących udziałowców lub akcjonariuszy

- (85) Wejście jednego lub więcej nowych udziałowców lub akcjonariuszy prowadzące do scenariusza wspólnej kontroli może wynikać ze zmiany kontroli wyłącznej na wspólną albo z wejścia dodatkowego bądź zastąpienia dotychczasowego udziałowca lub akcjonariusza w już wspólnie kontrolowanym przedsiębiorstwie.
- (86) Zamiana kontroli wyłącznej na wspólną uznawana jest za operację polegającą zgłoszeniu w zakresie, w jakim dokonuje się zmiana w jakości kontroli nad wspólnym przedsiębiorstwem. Po pierwsze, następuje nowe przejście kontroli przez udziałowca lub akcjonariusza wchodzącego do kontrolowanego przedsiębiorstwa. Po drugie, jedynie nowe przejście kontroli czyni przedsiębiorstwo wspólnym przedsiębiorstwem, co również zdecydowanie zmienia położenie pozostałego kontrolującego przedsiębiorstwa według rozporządzenia w sprawie połączeń: w przyszłości będzie ono musiało liczyć się z interesami jednego lub większej liczby kontrolujących udziałowców lub akcjonariuszy i wymagane jest stałe współdziałanie z nowymi udziałowcami lub akcjonariuszami. Dotychczas mogło ono samodzielnie decydować o strategicznych zachowaniach kontrolowanego przedsiębiorstwa (w przypadku wyłącznej kontroli) lub nie było zmuszane do uwzględniania interesów innych konkretnych udziałowców lub akcjonariuszy ani do stałego współdziałania z nimi.
- (87) Wejście nowego udziałowca lub akcjonariusza do wspólnie kontrolowanego przedsiębiorstwa – czy to przez dołączenie do dotychczasowych kontrolujących udziałowców lub akcjonariuszy, czy też przez zastąpienie jednego z nich – również stanowi koncentrację podlegającą zgłoszeniu, mimo że przedsiębiorstwo pozostaje pod wspólną kontrolą zarówno przed, jak i po operacji⁽⁷⁹⁾. Po pierwsze, także w tym scenariuszu pojawia się udziałowiec lub akcjonariusz nowo przejmujący kontrolę nad wspólnym przedsiębiorstwem. Po drugie, jakość kontroli nad wspólnym przedsiębiorstwem jest zdeterminowana przez tożsamość wszystkich kontrolujących udziałowców lub akcjonariuszy. Skoro każdy ze wspólników lub udziałowców posiada prawo do samodzielnego blokowania decyzji strategicznych, to wspólna kontrola ma to do siebie, że udziałowcy lub akcjonariusze sprawujący wspólną kontrolę muszą nawzajem brać pod uwagę swoje interesy oraz muszą współdziałać na potrzeby decydowania o strategicznym zachowaniu wspólnego przedsiębiorstwa⁽⁸⁰⁾. Charakteru wspólnej kontroli nie wyczerpuje czysto matematyczne sumowanie praw do blokowania wykonywanych przez kilku udziałowców lub akcjonariuszy, ale decyduje o nim skład udziałowców lub akcjonariuszy sprawujących wspólną kontrolę. Jeden z najbardziej oczywistych scenariuszy prowadzących do stanowczej zmiany charakteru struktury kontroli we wspólnie kontrolowanym przedsiębiorstwie jest sytuacja, w której we wspólnym przedsiębiorstwie wspólnie kontrolowanym przez podmiot konkurencyjny dla tego wspólnego przedsiębiorstwa oraz inwestora finansowego dochodzi do zastąpienia inwestora finansowego innym podmiotem konkurencyjnym. W takich okolicznościach struktura kontroli oraz motywacja wspólnego przedsiębiorstwa mogą ulec całkowitej zmianie, nie tylko z powodu wejścia nowego kontrolującego udziałowca lub akcjonariusza, lecz także z uwagi na zmianę zachowania pozostałego udziałowca lub akcjonariusza. Z powyższych względów zastąpienie kontrolującego wspólnika lub wejście nowego wspólnika we wspólnie kontrolowanym przedsiębiorstwie stanowi zmianę w jakości kontroli⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ Zob. np., sprawa COMP/M.3440 – ENI/EDP/GdP z 9 grudnia 2004 r.

⁽⁸⁰⁾ Wyrok w sprawie T-282/02 Cementbouw przeciwko Komisji, pkt 67 [2006] Zb.Orz. II-319.

⁽⁸¹⁾ Generalnie należy zauważyć, że Komisja nie uzna za odrębną koncentrację pośredniego zastąpienia udziałowca lub akcjonariusza w scenariuszu wspólnej kontroli, co następuje poprzez przejście kontroli nad jednym z przedsiębiorstw dominujących. Wszelkie zmiany okolicznościach konkurencyjnych wspólnego przedsiębiorstwa Komisja oceni w perspektywie całkowitego przejścia kontroli nad przedsiębiorstwem dominującym. W takiej sytuacji inni wspólnicy lub akcjonariusze kontrolujący wspólne przedsiębiorstwo nie są uznawani za przedsiębiorstwa uczestniczące w koncentracji, która dotyczy ich przedsiębiorstwa dominującego.

- (88) Jednakże wejście nowych udziałowców lub akcjonariuszy skutkuje koncentracją podlegającą zgłoszeniu tylko wtedy, gdy jeden lub kilku udziałowców lub akcjonariuszy przejmuje wyłączną lub wspólną kontrolę na mocy operacji. Wejście nowych udziałowców lub akcjonariuszy może prowadzić do sytuacji, w której nie da się ustanowić wspólnej kontroli ani na podstawie prawnej ani faktycznej, gdyż wejście nowego wspólnika może w konsekwencji doprowadzić do zmian w sojuszach między udziałowcami lub akcjonariuszami mniejszościowymi⁽⁸²⁾.

2. Zmniejszenie liczby udziałowców lub akcjonariuszy

- (89) Zmniejszenie liczby kontrolujących udziałowców lub akcjonariuszy stanowi zmianę w jakości kontroli i stąd winno być uznane za koncentrację, jeżeli wystąpienie jednego lub więcej udziałowców lub akcjonariuszy skutkuje przejściem ze wspólnej kontroli na wyłączną. Decydujący wpływ wywierany samodzielnie bardzo różni się od wpływu wywieranego wspólnie, jako że w tym drugim przypadku udziałowcy lub akcjonariusze sprawujący wspólną kontrolę muszą przeważnie uwzględnić różne interesy drugiej zaangażowanej strony lub stron⁽⁸³⁾.
- (90) W przypadku gdy operacja wiąże się ze zmniejszeniem liczby wspólników lub udziałowców sprawujących wspólną kontrolę, ale nie prowadzi do zmiany kontroli ze wspólnej na wyłączną, takiej transakcji zwykle nie prowadzi do koncentracji podlegającej zgłoszeniu.

IV. WSPÓLNE PRZEDSIĘBIORSTWA – POJĘCIE PEŁNEGO ZAKRESU FUNKCJI

- (91) Zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 lit. b) uznaje się, że koncentracja występuje w przypadku przejścia przez jedno przedsiębiorstwo lub większej liczby przedsiębiorstw kontroli nad całym lub częścią jednego lub większej liczby innych przedsiębiorstw. W związku z tym nowe przejście innego przedsiębiorstwa przez kilka przedsiębiorstw wspólnie kontrolujących stanowi koncentrację w rozumieniu rozporządzenia w sprawie połączeń. Tak, jak w przypadku przejścia wyłącznej kontroli na przedsiębiorstwem, takie przejście prowadzi do zmiany w strukturze rynku nawet jeśli, zgodnie z planami przedsiębiorstw przejmujących, przejęte przedsiębiorstwo po dokonaniu transakcji nie będzie dłużej uznawane za przedsiębiorstwo o pełnym zakresie funkcji (np. dlatego, że w przyszłości zostanie sprzedane wyłącznie spółkom dominującym). W ten sposób transakcja z udziałem kilku przedsiębiorstw przejmujących od osób trzecich wspólną kontrolę nad innym przedsiębiorstwem lub jego częściami, przy spełnieniu kryteriów określonych w pkt 24 będzie uznawana za koncentrację w rozumieniu art. 3 ust. 1 – i to bez konieczności uwzględnienia kryterium pełnego zakresu funkcji⁽⁸⁴⁾.
- (92) Ponadto art. 3 ust. 4 stanowi, że utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa pełniącego w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego (tzw. wspólnego przedsiębiorstwa o pełnym zakresie funkcji) stanowi koncentrację w rozumieniu rozporządzenia w sprawie połączeń. Stąd kryterium pełnego zakresu funkcji wyznacza obszar dla stosowania rozporządzenia w sprawie połączeń w przedmiocie tworzenia wspólnych przedsiębiorstw przez strony, bez względu na to, czy takie wspólne przedsiębiorstwo powstaje od podstaw, czy też strony przeznaczają na wspólne przedsiębiorstwo aktywa będące uprzednio ich wyłączną własnością. W takiej sytuacji, aby wystąpiła koncentracja, to wspólne przedsiębiorstwo musi spełniać kryterium pełnego zakresu funkcji.
- (93) Fakt, że wspólne przedsiębiorstwo może mieć pełny zakres funkcji i tym samym figurować jako podmiot gospodarczy samodzielny z operacyjnego punktu widzenia nie oznacza jeszcze, że takie wspólne przedsiębiorstwo jest samodzielne, jeżeli chodzi o podejmowanie decyzji strategicznych. W przeciwnym razie wspólnie kontrolowane przedsiębiorstwo nigdy nie mogłoby zostać uznane za wspólne przedsiębiorstwo o pełnym zakresie funkcji, a w związku z tym warunek określony w art. 3 ust. 3 nigdy by się nie ziszczył⁽⁸⁵⁾. Dlatego też dla spełnienia kryterium pełnego zakresu funkcji wystarczy, jeżeli wspólne przedsiębiorstwo jest samodzielne na płaszczyźnie operacyjnej.

⁽⁸²⁾ Sprawa IV/JV.12 – Ericsson/Nokia/Psion/Motorola z 22 grudnia 1998 r.

⁽⁸³⁾ Zob. sprawa IV/M023 – ICI/Tioxide, z 28 listopada 1990 r.; zob. też pkt 5 lit. d) obwieszczenia Komisji w sprawie uproszczonej procedury traktowania pewnych koncentracji na mocy rozporządzenia Rady (EWG) nr 139/2004.

⁽⁸⁴⁾ Tak samo względny te nie mają zastosowania do art. 2 ust. 4). Podczas gdy wykładnia art. 3 ust. 1 i 4 odnosi się do zakresu zastosowania rozporządzenia w sprawie połączeń, art. 2 ust. 4 dotyczy materialnej analizy wspólnych przedsiębiorstw. „Utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa stanowi koncentrację w rozumieniu art. 3”, jak stanowi art. 2 ust. 4, obejmuje to przejście wspólnej kontroli w myśl art. 3 ust. 1 i 4.

⁽⁸⁵⁾ Wyrok w sprawie T-282/02 Cementbouw przeciwko Komisji, pkt 62 [2006] Zb.Orz. II-319.

1. Wystarczające zasoby do samodzielnego działania na rynku

- (94) Pełen zakres funkcji oznacza zasadniczo, że wspólne przedsiębiorstwo musi działać na rynku, pełniąc funkcje zwykle realizowane przez przedsiębiorstwa działające na tym samym rynku. W tym celu wspólne przedsiębiorstwo musi mieć kierownictwo zajmujące się jego codziennymi operacjami oraz dostęp do wystarczających zasobów, w tym środków finansowych, kadr i aktywów (materialnych i niematerialnych), które pozwolą mu prowadzić w sposób trwały swoją działalność gospodarczą na obszarze określonym w umowie o utworzeniu wspólnego przedsiębiorstwa⁽⁸⁶⁾. Wspólne przedsiębiorstwo niekoniecznie musi zatrudniać własnych pracowników. Jeżeli taka jest powszechna praktyka w branży, w której wspólne przedsiębiorstwo prowadzi działalność, to może wystarczyć, jeśli personel dostarczą strony trzecie na mocy umów o prowadzenie działalności lub jeśli personel zapewni agencja pracy tymczasowej. Oddelegowanie personelu przez spółkę dominującą również może okazać się wystarczające, jeżeli następuje tylko na okres rozruchowy albo wspólne przedsiębiorstwo traktuje spółki dominujące tak samo, jak strony trzecie. Ten ostatni przypadek wymaga stosowania przez wspólne przedsiębiorstwo zasady pełnej konkurencji na zwykłych warunkach handlowych, a także zachowania przez wspólne przedsiębiorstwo możliwości swobodnego prowadzenia naboru własnych pracowników lub pozyskiwania ich z udziałem stron trzecich.

2. Działania wykraczające poza jedną konkretną funkcję na rzecz spółek dominujących

- (95) Wspólne przedsiębiorstwo nie ma pełnego zakresu funkcji, jeżeli przejmuje tylko jedną konkretną funkcję w ramach działalności gospodarczej spółek dominujących, bez dostępu do rynku ani obecności na rynku. Taka sytuacja ma miejsce na przykład w przypadku wspólnych przedsiębiorstw ograniczonych do działalności badawczo-rozwojowej lub produkcji. Takie wspólne przedsiębiorstwa mają charakter pomocniczy wobec działalności gospodarczej ich spółek dominujących. Taka sytuacja ma również miejsce w przypadku, gdy wspólne przedsiębiorstwo jest zasadniczo ograniczone do dystrybucji lub sprzedaży produktów jego spółek dominujących, a zatem działa przede wszystkim jako pośrednik w sprzedaży. Jednak korzystanie przez wspólne przedsiębiorstwo z sieci dystrybucji czy punktu sprzedaży jednej lub większej liczby swoich spółek dominujących zwykle nie dyskwalifikuje go jako przedsiębiorstwa „o pełnym zakresie funkcji”, pod warunkiem że spółki dominujące działają jedynie jako przedstawiciele wspólnego przedsiębiorstwa⁽⁸⁷⁾.
- (96) Częstym przykładem, w którym pojawia się ta kwestia są wspólne przedsiębiorstwa występujące w roli właścicieli nieruchomości na rynku nieruchomości, gdzie tworzenie takich struktur jest typowe z przyczyn podatkowych i innych względów natury finansowej. Tak długo, jak cel wspólnego przedsiębiorstwa jest ograniczony do nabycia i/lub posiadania określonej nieruchomości na rzecz spółek dominujących, a jego realizacja opiera się na zasobach finansowych dostarczonych przez spółki dominujące, nie będzie ono uznawane za przedsiębiorstwo o pełnym zakresie funkcji, jako że nie spełnia cech samodzielnej, trwałej działalności gospodarczej istniejącej na rynku, a zwykle brak mu również zasobów wymaganych do prowadzenia samodzielnej działalności. Należy je odróżnić od wspólnych przedsiębiorstw czynnie zarządzających portfelem nieruchomości, działających na rynku na własny rachunek, co zazwyczaj wskazuje na posiadanie pełnego zakresu funkcji⁽⁸⁸⁾.

3. Stosunki kupno/sprzedaż ze spółkami dominującymi

- (97) Czynnikiem, który należy uwzględnić przy ustalaniu, czy wspólne przedsiębiorstwo ma pełny zakres funkcji, jest wyraźna obecność spółek dominujących w poprzednim lub następnym ogniwie łańcucha produkcyjnego danego rynku, jeżeli ta obecność pociąga za sobą znaczące transakcje sprzedaży lub kupna pomiędzy spółkami dominującymi a wspólnym przedsiębiorstwem. Fakt, iż w okresie

⁽⁸⁶⁾ Sprawa IV/M.527 – Thomson CSF/Deutsche Aerospace z 2 grudnia 1994 r. – prawa własności intelektualnej; sprawa IV/M.560 EDS/Lufthansa z 11 maja 1995 r. – outsourcing; sprawa IV/M.585 – Voest Alpine Industrieanlagenbau GmbH/Davy International Ltd. z 7 września 1995 r. – prawo wspólnych przedsiębiorstw do domagania się od swoich spółek dominujących dodatkowego wsparcia fachowego i kadr; sprawa IV/M.686 – Nokia/Autoliv z 5 lutego 1996 r. – możliwość rozwiązywania przez wspólne przedsiębiorstwa „umów serwisowych” ze spółką dominującą i przenoszenia się z miejsca utrzymanego przez spółkę dominującą, sprawa IV/M.791 – British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd z 7 października 1996 r., aktywa przeznaczone dla wspólnego przedsiębiorstwa zostaną przeniesione do spółki leasingowej i będą dzierżawione przez wspólne przedsiębiorstwo.

⁽⁸⁷⁾ Sprawa IV/M.102 – TNT/Canada Post etc. z 2 grudnia 1991 r.

⁽⁸⁸⁾ Zob. sprawa IV/M.929 – DIA/Veba Immobilien/Deutschbau z 23 czerwca 1997 r.; sprawa COMP/M. 3325 – Morgan Stanley/Glick/Canary Wharf z 23 stycznia 2004 r.

rozruchowym wspólne przedsiębiorstwo polega niemal wyłącznie na transakcjach sprzedaży lub kupna zawieranych ze spółkami dominującymi nie ma przeważnie wpływu na jego pełen zakres funkcji. Taki okres rozruchu może być niezbędny w celu wyrobienia sobie pozycji na rynku. Okres taki zwykle nie przekracza trzech lat, zależnie od specyfiki danego rynku ⁽⁸⁹⁾.

Sprzedaż na rzecz spółek dominujących

- (98) Jeżeli sprzedaż realizowana przez wspólne przedsiębiorstwa na rzecz spółek dominujących ma mieć charakter trwały, zasadnicze pytanie dotyczy tego, czy – niezależnie od tej sprzedaży – wspólne przedsiębiorstwo nastawione jest na odgrywanie czynnej roli na rynku. W tym aspekcie ważnym czynnikiem jest udział tej sprzedaży w całkowitej produkcji wspólnego przedsiębiorstwa. Ze względu na specyfikę każdego przypadku nie jest możliwe określenie dokładnego stosunku obrotów wyróżniającego wspólne przedsiębiorstwo o pełnym zakresie funkcji spośród innych wspólnych przedsiębiorstw. Jeżeli wspólne przedsiębiorstwo uzyskuje ponad 50 % swojego obrotu z transakcji ze stronami trzecimi, to najczęściej jest to wyznacznikiem pełnego zakresu funkcji. Poniżej tego orientacyjnego poziomu wymagana jest analiza każdego przypadku osobno – i odpowiednio dla stwierdzenia autonomii operacyjnej wymaga się, aby stosunki między wspólnym przedsiębiorstwem a jego spółkami dominującymi miały handlowy charakter. W tym celu należy wykazać, że wspólne przedsiębiorstwo oferuje nabywcy usługi lub dostawy po najwyższej wartości i otrzymuje za nie najwyższą cenę, oraz że traktuje spółki dominujące według zasady pełnej konkurencji na zwykłych warunkach handlowych ⁽⁹⁰⁾. W takiej sytuacji, tj., kiedy wspólne przedsiębiorstwo stosuje takie samo handlowe podejście w relacjach ze spółką dominującą, jak ze stronami trzecimi, wystarczy jeśli co najmniej 20 % prognozowanej sprzedaży wspólnego przedsiębiorstwa trafia do stron trzecich. Jednakże im wyższy jest udział sprzedaży do spółek dominujących, tym bardziej jednoznacznie należy wykazać handlowy charakter tych stosunków.
- (99) Aby ustalić udział sprzedaży na rzecz spółek dominujących i stron trzecich, Komisja posłuży się dotychczasowymi sprawozdaniami oraz uwzględni potwierdzone plany działalności gospodarczej. Jednak zwłaszcza w przypadku gdy nie da się jasno określić zasadnych prognoz sprzedaży w obrocie ze stronami trzecimi Komisja oprze swoje ustalenia również na ogólnej strukturze rynku. Może to okazać się adekwatnym czynnikiem również i przy ocenie, czy wspólne przedsiębiorstwo traktuje spółkę dominującą zgodnie z zasadą pełnej konkurencji.
- (100) Kwestie te często pojawiają się w kontekście umów o outsourcing, kiedy to dane przedsiębiorstwo tworzy wspólne przedsiębiorstwo z usługodawcą ⁽⁹¹⁾, który ma prowadzić działania dotychczas wykonywane w sferze wewnętrznej tego pierwszego przedsiębiorstwa. Zwykle w takich sytuacjach nie można uznać, że wspólne przedsiębiorstwo ma pełen zakres funkcji: świadczy ono bowiem usługi wyłącznie na rzecz przedsiębiorstwa klienta pozostając w tym zależne od nakładów wnoszonych przez usługodawcę. To, że plan działalności wspólnego przedsiębiorstwa co najmniej nie wyklucza możliwości świadczenia przez nie usług na rzecz stron trzecich nie zmienia owej oceny, skoro w typowej konstrukcji outsourcingu przychody pozyskiwane od stron trzecich raczej są tylko uzupełnieniem głównej działalności wspólnego przedsiębiorstwa prowadzonej na rzecz przedsiębiorstwa klienta. Jednakże ta ogólna zasada nie wyklucza takiej sytuacji w stosunkach outsourcingowych, w której wspólnicy we wspólnym przedsiębiorstwie, np. licząc na korzyści skali zawiązują je z myślą pozyskania sporego dostępu do rynku. Mogłoby to przesądzać o pełnym zakresie funkcji wspólnego przedsiębiorstwa, jeżeli przewidywana jest znaczna sprzedaż na rzecz stron trzecich oraz stosunki między wspólnym przedsiębiorstwem i spółką dominującą mają całkowicie handlowy charakter, a wspólne przedsiębiorstwo prowadzi interesy ze swymi spółkami dominującymi na zwykłych warunkach handlowych.

⁽⁸⁹⁾ Sprawa IV/M.560 – EDS/Lufthansa z 11 maja 1995 r.; sprawa IV/M.686 Nokia/Autoliv z 5 lutego 1996 r.; to w odróżnieniu od sprawy IV/M.904 – RSB/Tenex/Fuel Logistics z 2 kwietnia 1997 r. i sprawy IV/M.979 – Preussag/Voest-Alpine z 1 października 1997 r. Specjalny przypadek ma miejsce, gdy sprzedaż prowadzona przez wspólne przedsiębiorstwo na rzecz swojej spółki dominującej spowodowana jest prawnym monopolem w następnym ogniwie łańcucha produkcyjnego w stosunku do wspólnego przedsiębiorstwa, patrz sprawa IV/M.468 – Siemens/Italtel z 17 lutego 1995 r., lub gdy sprzedaż na rzecz spółki dominującej obejmuje produkty uboczne mające mniejsze znaczenie dla wspólnego przedsiębiorstwa, patrz sprawa IV/M.550 – Union Carbide/Enichem z 13 marca 1995 r.

⁽⁹⁰⁾ Sprawa IV/M.556 – Zeneca/Vanderhave z 9 kwietnia 1996 r.; sprawa IV/M.751 – Bayer/Hüls z 3 lipca 1996 r.

⁽⁹¹⁾ Kwestia, w jakich okolicznościach umowa outsourcingowa traktowana jest jako koncentracja, została omówiona w pkt 25 i kolejnych niniejszego obwieszczenia.

Zakupy ze spółek dominujących

- (101) Jeśli chodzi o zakupy ze spółek dominujących dokonywane przez wspólne przedsiębiorstwo, istnienie pełnego zakresu funkcji można poddawać w wątpliwość szczególnie wtedy, gdy na poziomie samego wspólnego przedsiębiorstwa w niewielkim stopniu powiększa się wartość nabywanych produktów czy usług. W takim przypadku wspólne przedsiębiorstwo może być bliższe wspólnej agencji sprzedaży.

Rynki handlowe

- (102) Jednak sytuacja wygląda inaczej, gdy wspólne przedsiębiorstwo jest aktywne na rynku handlowym i wykonuje na takim rynku normalne funkcje spółki handlowej, nie jest ono bowiem wtedy pomocniczą agencją sprzedaży, ale wspólnym przedsiębiorstwem o pełnym zakresie funkcji. Rynek handlowy charakteryzuje się tym, że istnieją na nim – oprócz spółek zintegrowanych w układzie pionowym – spółki, które specjalizują się w sprzedaży i dystrybucji produktów i nie są pionowo zintegrowane, a także tym, że dla danego rodzaju wyrobów istnieją różne źródła podaży. Poza tym wiele rynków handlowych może wymagać od spółek na nich działających, by inwestowały w określoną bazę, np. w punkty sprzedaży, magazyny, składy, tabor transportowy i personel prowadzący sprzedaż lub świadczący usługi. Aby stanowić wspólne przedsiębiorstwo o pełnym zakresie funkcji na rynku handlowym, dane przedsiębiorstwo musi dysponować niezbędną bazą i być w stanie uzyskać znaczną część swoich dostaw nie tylko od swoich spółek dominujących, ale także ze źródeł konkurencyjnych⁽⁹²⁾.

4. Działanie w sposób trwały

- (103) Ponadto wspólne przedsiębiorstwo musi być przewidziane do działania w sposób trwały. O takiej intencji świadczy zwykle przeznaczanie dla wspólnego przedsiębiorstwa przez spółki dominujące zasobów opisanych wyżej. Ponadto umowy ustanawiające wspólne przedsiębiorstwo często uwzględniają nieprzewidziane okoliczności, np. niepowodzenie wspólnego przedsiębiorstwa czy spory między spółkami dominującymi w sprawach zasadniczych⁽⁹³⁾. W takim przypadku do umowy można włączyć postanowienia dotyczące ostatecznego rozwiązania wspólnego przedsiębiorstwa lub możliwości wycofania się ze wspólnego przedsiębiorstwa jednej spółki lub większej liczby spółek dominujących. Tego typu postanowienia nie wykluczają możliwości uznawania wspólnego przedsiębiorstwa za działające w sposób trwały. To samo dotyczy zwykle umów określających czas trwania wspólnego przedsiębiorstwa, jeżeli okres taki jest dostatecznie długi, by spowodować trwałą zmianę w strukturze uczestniczących przedsiębiorstw⁽⁹⁴⁾, lub jeżeli umowa dopuszcza ewentualny dalszy byt wspólnego przedsiębiorstwa po upływie tego okresu.
- (104) I odwrotnie – wspólne przedsiębiorstwo nie będzie uznawane za działające na zasadzie długotrwałej, jeżeli jest powoływane na określony krótki czas. Taka sytuacja będzie miała miejsce na przykład wtedy, gdy wspólne przedsiębiorstwo powołuje się w celu zbudowania takiego konkretnego obiektu jak elektrownia i nie będzie ono uczestniczyć w prowadzeniu działalności tego zakładu po zakończeniu jego budowy.
- (105) Wspólnemu przedsiębiorstwu brak jest wystarczających operacji realizowanych w sposób trwały również na etapie, kiedy to decyzje stron trzecich mają kluczowe, najważniejsze znaczenie dla rozpoczęcia działalności gospodarczej tego przedsiębiorstwa. Chodzi jedynie o decyzje wykraczające poza sprawy czysto formalne, których uzyskanie stanowi zwykle niewiadomą w takich scenariuszach. Przykładowo mogą to być decyzje o udzieleniu zamówienia (m.in. w procedurach zamówień publicznych), przyznające odpowiednie pozwolenia lub licencje (np. w sektorze telekomunikacji) lub prawa do dysponowania nieruchomościami (np. pozwolenia na wydobywanie ropy i gazu). Przed uzyskaniem decyzji w takich aspektach pozostaje niejasne, czy wspólne przedsiębiorstwo będzie w stanie w ogóle prowadzić działalność. Stąd też na takim etapie nie można uznać, że wspólne

⁽⁹²⁾ Sprawa IV/M.788 – AgrEVO/Marubeni z 3 września 1996 r.

⁽⁹³⁾ Sprawa IV/M.891 – Deutsche Bank/Commerzbank/J.M. Voith z 23 kwietnia 1997 r.

⁽⁹⁴⁾ Zob. sprawa COMP/M.2903 – DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV z 30 kwietnia 2003 r., gdzie okres 12 lat uznano za wystarczający; sprawa COMP/M.2632 – Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV z 11 lutego 2002 r. – czas trwania umowy wynosił 8 lat. W sprawie COMP/M.3858 Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien z 20 lipca 2005 r. Komisja uznała za wystarczający okres 10–15 lat, ale nie okres trzyletni.

przedsiębiorstwo wykonuje działalność gospodarczą w sposób trwały, wskutek czego nie zalicza się do przedsiębiorstw o pełnym zakresie funkcji. Jednak po wydaniu decyzji na korzyść wspólnego przedsiębiorstwa spełnia się powyższe kryterium i zachodzi koncentracja⁽⁹⁵⁾.

5. Zmiany w działalności wspólnego przedsiębiorstwa

- (106) Spółki dominujące mogą zdecydować o rozszerzeniu zakresu działalności wspólnego przedsiębiorstwa w czasie jego istnienia. Uznaje się to za nową koncentrację przypuszczalnie objętą wymogiem zgłoszenia, jeżeli takie rozszerzenie wiąże się z przejściem całego lub części innego przedsiębiorstwa od spółek dominujących, co jako osobny przypadek stanowiłoby koncentrację opisaną w pkt 24 niniejszego obwieszczenia⁽⁹⁶⁾.
- (107) Koncentracja może wystąpić również wtedy, gdy spółki dominujące przenoszą znaczące dodatkowe aktywa, prawa z umów, know-how lub inne prawa na wspólne przedsiębiorstwo, a te aktywa lub prawa stanowią podstawę lub zasadniczy element rozszerzenia działalności przez wspólne przedsiębiorstwo na inne rynki produktów lub rynki o innym położeniu geograficznym, nie będące pierwotnie celem wspólnego przedsiębiorstwa, oraz gdy wspólne przedsiębiorstwo ma pełen zakres funkcji przy wykonywaniu takiej działalności. Skoro przeniesienie aktywów lub praw wskazuje na to, spółki dominujące faktycznie stoją za rozszerzeniem zakresu działalności wspólnego przedsiębiorstwa, powiększenie tej działalności można potraktować tak samo, jak utworzenie nowego przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 3 ust. 4⁽⁹⁷⁾.
- (108) Jeżeli rozszerzenie zakresu wspólnego przedsiębiorstwa odbywa się bez przeniesienia dodatkowych aktywów, praw z umów, know-how lub innych praw, to nie występuje koncentracja.
- (109) Koncentracja występuje, jeśli zmiana działalności istniejącego wspólnego przedsiębiorstwa pozbawionego pełnego zakresu funkcji skutkuje utworzeniem wspólnego przedsiębiorstwa o pełnym zakresie funkcji w rozumieniu art. 3 ust. 4. Można podać następujące przykłady: przekształcenie struktury organizacyjnej wspólnego przedsiębiorstwa na tyle, że spełni ono kryterium pełnego zakresu funkcji⁽⁹⁸⁾, wspólne przedsiębiorstwa służące jedynie do zaopatrzenia spółek dominujących, które następnie rozpoczynają znaczącą działalność na rynku, bądź też scenariusze, jak wyżej opisano w pkt 105 powyżej, w których wspólne przedsiębiorstwo może rozpocząć działalność na rynku wyłącznie wtedy, gdy uzyska konieczny wkład (taki jak pozwolenie lub licencję na działalność wspólnego przedsiębiorstwa w sektorze telekomunikacyjnym). Taka zmiana w działalności wspólnego przedsiębiorstwa często wymaga decyzji wspólników/akcjonariuszy lub zarządu. Lecz kiedy już zapadnie taka decyzja prowadząca do nabycia pełnego zakresu funkcji przez wspólne przedsiębiorstwo, to następuje koncentracja.

V. WYJĄTKI

- (110) Artykuł 3 ust. 5 przewiduje trzy wyjątkowe sytuacje, gdy uzyskanie pakietu kontrolnego nie stanowi koncentracji w rozumieniu rozporządzenia w sprawie połączeń.
- (111) Po pierwsze, nabycia papierów wartościowych przez spółki, których normalna działalność nie obejmuje transakcji i obrotu papierami wartościowymi na własny rachunek lub na rachunek innych, nie uważa się za koncentrację, jeżeli takie nabycie odbywa się w ramach tej działalności i jeżeli posiadanie papierów wartościowych jest jedynie czasowe (art. 3 ust. 5 lit. a)). Aby ten wyjątek miał zastosowanie, muszą zaistnieć następujące warunki:

- przedsiębiorstwo nabywające musi być instytucją kredytową lub inną instytucją finansową bądź zakładem ubezpieczeń, którego normalna działalność została określona wyżej,

⁽⁹⁵⁾ Z zastrzeżeniem spełniania innych kryteriów wspomnianych w niniejszym rozdziale obwieszczenia.

⁽⁹⁶⁾ Zob. sprawa COMP/M.3039 – Soprol/Céréol/Lesieur z 30 stycznia 2003 r.

⁽⁹⁷⁾ Wydarzeniem rodzącym obowiązek zgłoszenia jest w tym przypadku umowa lub inny akt wiążący prawnie, służący za podstawę przeniesienia aktywów, praw z umów, know-how lub innych praw.

⁽⁹⁸⁾ Sprawa COMP/M.2276 – The Coca-Cola Company/Nestlé/JV z 27 września 2001 r.

- papiery wartościowe muszą być nabyte w celu odsprzedaży,
 - przedsiębiorstwo nabywające nie może korzystać z praw głosu w celu zadecydowania o strategicznych zachowaniach handlowych przejmowanego przedsiębiorstwa lub ma korzystać z tych praw wyłącznie w celu przygotowania całościowego lub częściowego zbycia przedsiębiorstwa, jego aktywów lub papierów wartościowych,
 - przedsiębiorstwo nabywające musi zbyć swój pakiet kontrolny w ciągu jednego roku od daty jego nabycia, tzn. musi zmniejszyć w ciągu tego jednego roku swój portfel akcji co najmniej do poziomu, który nie daje już kontroli. Okres ten może jednak zostać przedłużony przez Komisję, jeżeli przedsiębiorstwo nabywające jest w stanie udowodnić, że zbycie nie było właściwie możliwe w ciągu jednego roku.
- (112) Po drugie, nie zachodzi zmiana kontroli, a zatem nie ma koncentracji w rozumieniu rozporządzenia w sprawie połączeń w przypadku, gdy kontrolę przejmuje urzędnik na podstawie obowiązujących w danym państwie członkowskim przepisów regulujących likwidację, upadłość, niewypłacalność, zaprzestanie płatności, postępowanie układowe lub analogiczne czynności (art. 3 ust. 5 lit. b));
- (113) Po trzecie, koncentracja nie występuje w przypadku, gdy kontrolę przejmuje finansowa spółka holdingowa w rozumieniu art. 5 ust. 3 dyrektywy Rady 78/660/EWG⁽⁹⁹⁾. Pojęcie „finansowej spółki holdingowej” jest zatem zawężone jedynie do spółek, których wyłącznym przedmiotem działalności jest nabywanie pakietów akcji/udziałów w innych przedsiębiorstwach bez bezpośredniego bądź pośredniego angażowania się w zarządzanie tymi przedsiębiorstwami; powyższe nie narusza ich praw jako udziałowców lub akcjonariuszy. Takie spółki inwestycyjne muszą być tak zorganizowane, aby umożliwiać organom administracyjnym lub sądowiczym nadzór w zakresie przestrzegania nałożonych ograniczeń. Rozporządzenie w sprawie połączeń nakłada dodatkowy warunek, który musi się ziścić aby ten wyjątek miał zastosowanie: takie spółki mogą wykonywać swoje prawa głosu w innych przedsiębiorstwach wyłącznie w celu zachowania pełnej wartości tych inwestycji oraz nie ustalania bezpośrednio lub pośrednio strategicznego zachowania handlowego kontrolowanego przedsiębiorstwa.
- (114) Odstępstwa na mocy art. 3 ust. 5 rozporządzenia w sprawie połączeń mają zastosowanie w bardzo niewielkim zakresie. Po pierwsze wówczas, gdy dana operacja sama w sobie stanowiłaby koncentrację, ale nie wtedy, gdy transakcja taka jest częścią szerszej, pojedynczej koncentracji w sytuacji, gdy podmiot przejmujący ostateczną kontrolę nie spełniałby warunków określonych w art. 3 ust. 5 (por. pkt 35 powyżej). Po drugie, odstępstwa na mocy art. 3 ust. 5 lit. a) i c) mają zastosowanie jedynie do przypadków przejścia kontroli w drodze zakupu papierów wartościowych, a nie przejścia aktywów.
- (115) Wyjątki te nie mają zastosowania do typowych struktur funduszy inwestycyjnych. Zgodnie z celami swojego istnienia fundusze takie nie nakładają na siebie ograniczeń w wykonywaniu praw głosu, ale podejmują decyzje dotyczące mianowania członków organów zarządzających i nadzorczych przedsiębiorstw, a nawet decyzje dotyczące restrukturyzacji tych przedsiębiorstw. Nie jest zgodne z warunkiem zawartym w art. 3 ust. 5 lit. a) i c), który stanowi, że spółki przejmujące nie wykonują praw głosu w stosunku do wyznaczania zachowań konkurencyjnych innego przedsiębiorstwa⁽¹⁰⁰⁾.
- (116) Może powstać wątpliwość, czy operacja ratująca przedsiębiorstwo przed niewypłacalnością lub postępowaniem w jej następstwie stanowi koncentrację w rozumieniu rozporządzenia w sprawie połączeń. Operacja ratunkowa polega zwykle na przekształceniu istniejącej zadłużonej spółki w nową spółkę, w wyniku czego syndykat banków przejmuje wspólną kontrolę nad taką spółką. Jeżeli taka

⁽⁹⁹⁾ Czwarta dyrektywa Rady 78/660/EWG z dnia 25 lipca 1978 r., wydana w oparciu o art. 54 ust. 3 lit. g) Traktatu i dotycząca rocznych sprawozdań finansowych niektórych rodzajów spółek, Dz.U. L 222 z 14.8.1978 r., s. 11, ostatnio zmieniona dyrektywą 2003/51/WE z dnia 18 czerwca 2003 r., Dz.U. L 178 z 17.7.2003 r., s. 16. Artykuł 5 ust. 3 tej dyrektywy definiuje finansowe spółki holdingowe jako „jedynie te spółki, których wyłącznym przedmiotem działalności jest nabywanie pakietów akcji/udziałów w innych przedsiębiorstwach oraz zarządzanie tymi pakietami i obracanie nimi w celu wypracowania zysku, bez bezpośredniego bądź pośredniego angażowania się w zarządzanie tymi przedsiębiorstwami; powyższe nie narusza ich praw jako wspólników lub akcjonariuszy. Właściwy organ sądowiczy lub administracyjny musi mieć możliwość nadzorowania przestrzegania ograniczeń nałożonych na działalność tych spółek”.

⁽¹⁰⁰⁾ Sprawa IV/M.669 – Charterhouse/Porterbrook z 11 grudnia 1995 r.

operacja spełnia kryteria określone wyżej dla wspólnej kontroli, będzie na ogół uznawana za koncentrację⁽¹⁰¹⁾. Wprawdzie podstawową intencją banków jest restrukturyzacja finansów danego przedsiębiorstwa w celu jego dalszej odsprzedaży, wyjątek przewidziany w art. 3 ust. 5 lit. a) nie odnosi się zwykle do takiej operacji. Podobnie jak w przypadku funduszy inwestycyjnych program restrukturyzacji wymaga na ogół, by kontrolujące banki wyznaczały strategiczne zachowania handlowe ratowanego przedsiębiorstwa. Ponadto nie można zwykle uznać za realistyczną propozycji przekształcenia ratowanej spółki w mogący utrzymać się na rynku podmiot handlowy i odsprzedania jej w ciągu dopuszczalnego okresu jednego roku. Poza tym czas potrzebny na realizację tego celu może być nieznyany na tyle, że trudno byłoby wydać zgodę na przedłużenie terminu zbycia.

VI. ODSTĄPIENIE OD KONCENTRACJI

- (117) Koncentracja ustaje a rozporządzenie w sprawie połączeń przestaje mieć zastosowanie, jeżeli uczestniczące przedsiębiorstwa odstąpią od koncentracji.
- (118) W związku z powyższym zmienione rozporządzenie w sprawie połączeń nr 139/2004 wprowadza nowy przepis dopuszczający zakończenie postępowania w sprawie kontroli koncentracji bez wydania ostatecznej decyzji, po jego wszczęciu przez Komisję w trybie art. 6. ust. 1 lit. c) zdanie pierwsze. Przepis, o którym mowa brzmi: „Bez uszczerbku dla przepisów art. 9 takie postępowanie zostaje zakończone na mocy decyzji, o której mowa w art. 8 ust. 1–4, chyba że zainteresowane przedsiębiorstwa udowodniły Komisji, iż odstąpiły od koncentracji”. Wymogi te nie mają zastosowania przed wszczęciem postępowania.
- (119) Ogólna zasada brzmi, że wymogi dotyczące dowody takiego odstąpienia muszą odpowiadać pod względem formy prawnej, natężenia itp. pierwotnej czynności uznawanej za wystarczającą dla wystąpienia koncentracji podlegającej zgłoszeniu. W przypadku gdy strony w toku postępowania wzmacniają łączące ich więzi kontraktowe związane wskutek pierwotnej czynności, przykładowo poprzez zawarcie wiążących uzgodnień po zgłoszeniu transakcji dokonanych w dobrej wierze, wymagania co do wykazania odstąpienia muszą być zgodne z charakterem tej ostatniej czynności.
- (120) Zgodnie z tą zasadą, jeżeli koncentracja doszła do skutku przed wydaniem decyzji przez Komisję, należy wykazać, że nastąpiło przywrócenie do poprzedniego stanu rzeczy. Samo wycofanie zgłoszenia nie jest uznawane za wystarczający dowód, że odstąpiono od koncentracji w znaczeniu art. 6 ust. 1 lit. c). Podobnie niewielkie modyfikacje koncentracji, niewpływające na zmianę kontroli lub jakość tej zmiany, nie będą uznane za odstąpienie od pierwotnej koncentracji⁽¹⁰²⁾.
- Wiążące uzgodnienie: wymagany jest dowód skutecznego prawnie rozwiązania umowy w formie przewidzianej w pierwotnej umowie (najczęściej w formie pisemnego dokumentu podpisanego przez wszystkie strony). Samo wyrażenie zamiaru rozwiązania umowy lub nieprzeprowadzenia zgłoszonej koncentracji, a także jednostronne oświadczenia (jednej ze) stron nie są uznawane za wystarczające⁽¹⁰³⁾.
 - Zamiar zawarcia umowy w dobrej wierze: w przypadku istnienia listu intencyjnego lub protokołu ustaleń wyrażającego taki zamiar w dobrej wierze wymagany jest dokument potwierdzający unieważnienie zamiaru w dobrej wierze. Jeżeli chodzi o inne formy w których wskazano zamiar w dobrej wierze, to akt odstąpienia od koncentracji musi stanowić odwrócenie zamiaru w dobrej wierze oraz odpowiadać formą i intensywnością pierwotnej deklaracji zamiaru.
 - Ogłoszenie oferty publicznej lub zamiaru jego ogłoszenia: w takim przypadku wymagane jest ogłoszenie o unieważnieniu oferty lub o odstąpieniu od zamiaru jej ogłoszenia. Takie ogłoszenie o unieważnieniu lub odstąpieniu od zamiaru musi mieć taką samą formę i zasięg, jak pierwotne ogłoszenie.

⁽¹⁰¹⁾ Sprawa IV/M.116 – Kelt/American Express z 28 sierpnia 1991 r.

⁽¹⁰²⁾ Ten punkt nie przesądza o ocenie, czy taka zmiana wymaga dostarczenia Komisji dodatkowych informacji na podstawie art. 5 ust. 3 rozp. 802/2004.

⁽¹⁰³⁾ Zob. sprawa COMP/M.4381 – JCI/VB/FIAMM z 10 maja 2007 r., pkt 15, w której tylko jedna strona nie chciała dalej wdrażać umowy, podczas gdy druga strona nadal uważała, że umowa jest wiążąca i podlega wykonaniu

- Koncentracje, które doszły do skutku: jeżeli koncentracja doszła do skutku przed wydaniem decyzji przez Komisję, to od stron będzie wymagać się wykazania, że nastąpiło przywrócenie do sytuacji sprzed koncentracji.

(121) Strony muszą zadbać o przedłożenie w stosownym terminie dokumentacji potrzebnej do spełnienia tych wymogów.

VII. ZMIANY TRANSAKCI PO WYDANIU PRZEZ KOMISJĘ DECYZJI ZATWIERDZAJĄCEJ

(122) W niektórych przypadkach strony mogą nie chcieć przeprowadzić koncentracji w formie przewidywanej po jej zatwierdzeniu przez Komisję. Powstaje zatem pytanie, czy decyzja Komisji o zatwierdzeniu koncentracji pozostaje ważna względem transakcji o zmienionej strukturze.

(123) W szerokim ujęciu, jeśli przed przeprowadzeniem zatwierdzonej koncentracji nastąpiła zmiana struktury transakcji z przejęcia kontroli podlegającego art. 3 ust. 1 lit. b) na połączenie objęte art. 3 ust. 1 lit. a) lub odwrotnie, to zmiana struktury transakcji stanowi inną koncentrację w rozumieniu rozporządzenia w sprawie połączeń i wymagane jest nowe zgłoszenie⁽¹⁰⁴⁾. Tymczasem mniej istotne modyfikacje transakcji, np. niewielkie zmiany w proporcji udziałów nie skutkujące zmianą kontroli ani zmianą jej jakości zmiany ceny oferty w przypadku zamówień publicznych bądź zmiany w strukturze korporacyjnej, przez co transakcja jest realizowana bez wpływu na status kontroli w rozumieniu rozporządzenia w sprawie połączeń, postrzegane są jako objęte zakresem decyzji Komisji o zatwierdzeniu transakcji.

C. WYMIAR WSPÓLNOTOWY

I. PROGI

(124) Operacje, do których ma zastosowanie rozporządzenie w sprawie połączeń da się określić za pomocą dwustopniowego testu. Pierwszy etap polega na ustaleniu, czy operacja stanowi koncentrację w rozumieniu art. 3. Drugi etap to sprawdzenie, czy operacja osiąga progi ustalone w art. 1 służące określeniu operacji wywołujących skutki dla Wspólnoty, czyli uznawanych za mające „wymiar wspólnotowy”. Obrót służy jako wskaźnik zasobów ekonomicznych skupianych w ramach koncentracji i dzieli się go według kryterium geograficznego w celu odzwierciedlenia rozkładu geograficznego tych zasobów.

(125) W art. 1 znajdują się dwie grupy progów na potrzeby ustalenia, czy dana operacja ma wymiar wspólnotowy. W art. 1 ust. 2 zawarto trzy różne kryteria: światowy obrót jako miernik łącznego wymiaru uczestniczących przedsiębiorstw; obrót przypadający na Wspólnotę służy ustaleniu, czy dana koncentracja obejmuje minimalny poziom działalności we Wspólnocie; oraz reguła dwóch trzecich mająca wykluczyć spod właściwości wspólnotowej transakcje o charakterze wyłącznie krajowym.

(126) Druga grupa progów określona w art. 1 ust. 3 odnosi się do koncentracji, które nie osiągają progów wymiaru wspólnotowego ustanowionych w art. 1 ust. 2, ale miałyby znaczący wpływ w co najmniej trzech państwach członkowskich, prowadząc do wielokrotnych zgłoszeń na podstawie prawa konkurencji tych państw członkowskich. W tym celu art. 1 ust. 3 przewiduje niższe progi, zarówno w odniesieniu do obrotów światowych, jak i wspólnotowych oraz minimalny poziom działalności uczestniczących przedsiębiorstw, łącznie i osobno dla każdego z nich, w co najmniej trzech państwach członkowskich. Podobnie jak w art. 1 ust. 2, również i w art. 1 ust. 3 zawarto regułę dwóch trzecich wykluczającą koncentracje w przeważającej mierze krajowe⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Zob. sprawy COMP/M.2706 – Carnival Corporation/P&O Princess z 11 kwietnia 2002 r. i COMP/M.3071 – Carnival Corporation/P&O Princess z 10 lutego 2003 r. W takich okolicznościach tożsamość stron dokonujących zgłoszenia ulega zmianie, jako że obowiązek zgłoszenia ciąży na obu stronach, podczas gdy tylko strona przejmująca kontrolę musi go spełnić. Jednakże, jeżeli strony dokonują przejęcia kontroli nad spółką docelową i dopiero w następstwie tego decydują się na połączenie z nowo przejętą spółką zależną, będzie to traktowane jako wewnętrzna restrukturyzacja nie skutkująca zmianą kontroli, nie objęta warunkami art. 3 rozporządzenia w sprawie połączeń.

⁽¹⁰⁵⁾ Ponadto uważa się, że koncentracja ma wymiar wspólnotowy, jeżeli odesłano ją do zbadania przez Komisję na podstawie art. 4 ust. 5 rozporządzenia w sprawie połączeń. Takie przypadki omówiono w obwieszczeniu Komisji w sprawie odsyłania spraw dotyczących koncentracji, Dz.U. C 56 z 5.3.2005 r., s. 2.

- (127) Progi te służą wyznaczaniu właściwości wspólnotowej, a nie ocenie pozycji rynkowej stron w koncentracji bądź skutków operacji. W związku z tym obejmują one obroty uzyskiwane ze wszystkich obszarów działalności, a zatem i zasoby przeznaczone na całą działalność, a nie tylko te obroty i zasoby, które są bezpośrednio związane z koncentracją. Wartości progowe mają charakter czysto ilościowy, jako że oparte są wyłącznie na obliczeniu obrotu, a nie na udziale w rynku ani innych kryteriach. Mają zapewnić bezstronny i prosty mechanizm, którym przedsiębiorstwa uczestniczące w łączeniu będą mogły łatwo się posłużyć w celu ustalenia, czy ich transakcja ma wymiar wspólnotowy i podlega zgłoszeniu.
- (128) Podczas gdy art. 1 określa progi liczbowe w celu określenia właściwości, celem art. 5 jest wyjaśnienie, w jaki sposób należy obliczać obrót, by wyniki odzwierciedlały rzeczywistość ekonomiczną.

II. POJĘCIE PRZEDSIĘBIORSTWA UCZESTNICZĄCEGO

1. Zasady ogólne

- (129) Dla potrzeb określenia właściwości przedsiębiorstwa uczestniczące to takie, które biorą udział w koncentracji, tj. w łączeniu się lub przejęciu kontroli, jak przewiduje art. 3 ust. 1. O ustaleniu, czy osiągnięto progi zadecyduje indywidualny i łączny obrót tych przedsiębiorstw.
- (130) W celu ustalenia właściwości, po zidentyfikowaniu przedsiębiorstw uczestniczących w danej transakcji należy obliczyć ich obroty według zasad zawartych w art. 5. Artykuł 5 ust. 4 zawiera szczegółowe kryteria określania przedsiębiorstw, których obroty można przypisać przedsiębiorstwu uczestniczącemu ze względu na pewne bezpośrednie lub pośrednie powiązania z nim. Intencją ustawodawcy było ustanowienie konkretnych zasad, które łącznie posłużą do stworzenia pojęcia „grupy” dla celów progów obrotów określonych w rozporządzeniu w sprawie połączeń. Termin „grupa” będzie dalej używany wyłącznie w odniesieniu do zbiorowości przedsiębiorstw, których stosunki z przedsiębiorstwem uczestniczącym ujęto w poszczególnych podpunktach art. 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie połączeń.
- (131) Ważne jest, by w odniesieniu do różnych przedsiębiorstw, które mogą brać udział w danej procedurze, pojęcia „przedsiębiorstw uczestniczących” zawartego w art. 1 i 5 nie mylić z terminologią używaną w rozporządzeniu w sprawie połączeń oraz rozporządzeniu Komisji (WE) nr 802/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (zwanym dalej „rozporządzeniem wykonawczym”) ⁽¹⁰⁶⁾, która dotyczy różnych przedsiębiorstw mogących brać udział w danej procedurze. Ta terminologia odnosi się do stron notyfikujących, innych stron zaangażowanych, stron trzecich oraz stron, które mogą podlegać karom pieniężnym lub okresowym opłatom karnym – zostały one zdefiniowane w rozdziale IV rozporządzenia wykonawczego wraz z ich prawami i obowiązkami.

2. Połączenia przedsiębiorstw

- (132) W operacji łączenia się przedsiębiorstwem uczestniczącym jest każdy z łączących się podmiotów.

3. Przejęcie kontroli

- (133) W pozostałych przypadkach przy ustalaniu przedsiębiorstw uczestniczących decydować będzie pojęcie „przejęcia kontroli”. Po stronie przejmującej może występować jedno lub więcej przedsiębiorstw przejmujących wyłączną lub wspólną kontrolę. Po stronie przejmowanej może występować jedno lub więcej przedsiębiorstw w całości lub części. Ogólna zasada brzmi, że w rozumieniu rozporządzenia w sprawie połączeń uczestniczącym przedsiębiorstwem będzie każde z tych przedsiębiorstw.

Przejęcie wyłącznej kontroli

- (134) Najprostszym przypadkiem przejęcia kontroli jest przejęcie wyłącznej kontroli nad całym przedsiębiorstwem. Przedsiębiorstwa uczestniczące to przedsiębiorstwo przejmujące i przedsiębiorstwo przejmowane.

⁽¹⁰⁶⁾ Dz.U. L 133 z 30.4.2004 r., s. 1.

- (135) W przypadku gdy dane przedsiębiorstwo jest przejmowane przez grupę za pomocą jednostki zależnej, przedsiębiorstwa uczestniczące to przedsiębiorstwo przejmowane i przejmująca jednostka zależna, o ile ta ostatnia nie jest jedynie podmiotem pośredniczącym w przejęciu. Mimo że jednostką zależną jest zwykle przedsiębiorstwo uczestniczące na potrzeby obliczania obrotu, to przy obliczaniu, czy osiągnięto próg obrotu należy uwzględnić wszystkie przedsiębiorstwa powiązane z przedsiębiorstwem uczestniczącym w sposób określony w art. 5 ust. 4. W związku z tym za grupę uważa się samodzielną jednostkę gospodarczą, a różnych spółek należących do tej samej grupy nie można uznać za różne przedsiębiorstwa uczestniczące na potrzeby ustalania właściwości na postawie rozporządzenia w sprawie połączeń. Rzeczywistego zgłoszenia może dokonać uczestnicząca jednostka zależna lub jej spółka dominująca.

Przejęcie części przedsiębiorstwa i operacje rozłożone w czasie – art. 5 ust. 2

- (136) Artykuł 5 ust. 2 akapit pierwszy rozporządzenia w sprawie połączeń stanowi, że jeżeli dana operacja dotyczy przejęcia części jednego lub większej liczby przedsiębiorstw, w odniesieniu do zbywcy uwzględniać się będzie tylko te części, które stanowią przedmiot transakcji. Ewentualny wpływ transakcji na rynek zależeć będzie wyłącznie od połączenia ekonomicznych i finansowych zasobów stanowiących przedmiot transakcji z zasobami nabywcy, a nie od pozostałej części przedsiębiorstwa zbywcy. W tym przypadku przedsiębiorstwa uczestniczące to przejmujący i odpowiednie części przedsiębiorstwa przejmowanego, z pominięciem pozostałej części przedsiębiorstwa zbywcy.
- (137) Artykuł 5 ust. 2 akapit drugi zawiera szczególny przepis dotyczący operacji rozłożonych w czasie lub transakcji uzupełniających. Poprzednie koncentracje (mające miejsce na przestrzeni dwóch lat) między tymi samymi stronami podlegają (ponownie) zgłoszeniu w dniu zawarcia ostatniej transakcji, pod warunkiem że stanowi to koncentrację, a progi zostały osiągnięte w jednej czy też więcej niż jednej transakcji, licząc łącznie lub osobno dla każdej z nich. W takim przypadku przedsiębiorstwami uczestniczącymi są przejmujący oraz różne przejęte części spółki przejmowanej uznawane za całość.

Przejście ze wspólnej kontroli do kontrolę wyłączną

- (138) W przypadku przejścia ze wspólnej kontroli do kontroli wyłącznej jeden udziałowiec lub akcjonariusz przejmuje akcje/udziały wcześniej należące do innych udziałowców lub akcjonariuszy. W takiej sytuacji przedsiębiorstwami uczestniczącymi są przejmujący udziałowiec lub akcjonariusz oraz wspólne przedsiębiorstwo. Tak jak w przypadku każdego innego zbywcy, „wychodzący” udziałowiec nie jest przedsiębiorstwem uczestniczącym⁽¹⁰⁷⁾.

Przejęcie wspólnej kontroli

- (139) W przypadku przejścia wspólnej kontroli nad nowo utworzonym podmiotem przedsiębiorstwem uczestniczącym jest każda ze spółek przejmujących kontrolę nad nowo założonym wspólnym przedsiębiorstwem (którego nie można uznać za przedsiębiorstwo uczestniczące, ponieważ jeszcze nie istnieje, a ponadto nie uzyskuje jeszcze własnego obrotu). Ta sama reguła ma zastosowanie w sytuacji, gdy jedno przedsiębiorstwo przeznacza wcześniej istniejącą jednostkę zależną lub wyodrębnioną część działalności (nad którą dotychczas sprawowało wyłączną kontrolę) jako wkład w nowo tworzone wspólne przedsiębiorstwo. W takich okolicznościach każde z przedsiębiorstw sprawujących wspólną kontrolę uznaje się za przedsiębiorstwo uczestniczące, podczas gdy każda spółka lub podmiot gospodarczy będący wkładem we wspólne przedsiębiorstwo nie jest przedsiębiorstwem uczestniczącym, a jego obrót stanowi część obrotu spółki dominującej.
- (140) Inna sytuacja ma miejsce, gdy przedsiębiorstwa na nowo przejęły wspólną kontrolę nad wcześniej istniejącym przedsiębiorstwem lub podmiotem gospodarczym. Wtedy przedsiębiorstwa uczestniczące to z jednej strony każde z przedsiębiorstw przejmujących wspólną kontrolę oraz wcześniej istniejące przejmowane przedsiębiorstwo lub podmiot gospodarczy z drugiej strony.
- (141) Przejęcie przedsiębiorstwa w celu natychmiastowego podziału jego aktywów – jak wyjaśniono w pkt 32 powyżej – przeważnie nie stanowi przejęcia wspólnej kontroli nad całym przedsiębiorstwem, lecz przejęcie wyłącznej kontroli nad jego odpowiednimi częściami przez każdego z końcowych nabywców. Zgodnie z uwarunkowaniami określającymi przejęcie wyłącznej kontroli przedsiębiorstwami uczestniczącymi są przedsiębiorstwa przejmujące i przejęte części w ramach każdej transakcji.

⁽¹⁰⁷⁾ Sprawa IV/M.023 – ICI/Tioxide z 28 listopada 1990 r.

Zmiany kontrolujących udziałowców lub akcjonariuszy w przypadkach wspólnej kontroli nad istniejącym wspólnym przedsiębiorstwem

- (142) Koncentracja podlegająca zgłoszeniu może pojawić się, jak wyjaśniono powyżej, kiedy zmiana w jakości kontroli następuje w strukturze wspólnej kontroli wskutek wejścia nowych kontrolujących udziałowców lub akcjonariuszy bez względu na to, czy zastępują oni dotychczasowych, czy nie.
- (143) W sytuacji gdy jeden lub większa liczba udziałowców lub akcjonariuszy przejmuje kontrolę poprzez wejście albo zastąpienie jednego lub więcej dotychczasowych udziałowców lub akcjonariuszy, to w układzie wspólnej kontroli zarówno sprzed, jak i po operacji, przedsiębiorstwami uczestniczącymi są udziałowcy lub akcjonariusze (tak dotychczasowi, jak i nowi) sprawujący wspólną kontrolę oraz samo wspólne przedsiębiorstwo⁽¹⁰⁸⁾. Z jednej strony, podobnie jak przy przejęciu wspólnej kontroli nad dotychczas istniejącym przedsiębiorstwem, samo wspólne przedsiębiorstwo można uznać za przedsiębiorstwo uczestniczące, jeżeli istniało ono dotychczas. Z drugiej zaś strony, jak określono powyżej, wejście nowego udziałowca lub akcjonariusza jest nie tylko nowym przejęciem kontroli, lecz wprowadza również zmianę w jakości kontroli pozostałych udziałowców lub akcjonariuszy, jako że jakość kontroli wspólnego przedsiębiorstwa warunkowana jest tym, kim są i w jakim składzie występują udziałowcy lub akcjonariusze, a stąd również stosunkami pomiędzy nimi. Ponadto dla potrzeb rozporządzenia w sprawie połączeń przez wspólne przedsiębiorstwo, także wspólne przedsiębiorstwo uzyskujące samodzielnie obrót na rynku, rozumie się połączone zasoby ekonomicznych spółek dominujących. Z tych względów nowo wchodzący udziałowcy lub akcjonariusze to przedsiębiorstwa uczestniczące, tak samo jak pozostali kontrolujący udziałowcy lub akcjonariusze. Wskutek zmiany w jakości kontroli wszystkie z nich uważa się za przejmujące kontrolę.
- (144) Skoro art. 4 ust 2 zdanie pierwsze rozporządzenia w sprawie połączeń przewiduje, że wszystkie przejęcia wspólnej kontroli podlegają wspólnemu zgłoszeniu przez przedsiębiorstwa przejmujące wspólną kontrolę, to zasadniczo na dotychczasowych oraz nowych przedsiębiorstwach ciąży wspólny obowiązek zgłaszania koncentracji występujących wskutek takich zmian w scenariuszu wspólnej kontroli.

Przejęcie kontroli przez wspólne przedsiębiorstwo

- (145) W przypadku transakcji, w wyniku których wspólne przedsiębiorstwo przejmuje kontrolę nad inną spółką, powstaje pytanie, czy wspólne przedsiębiorstwo należy uważać za przedsiębiorstwo uczestniczące (którego obrót obejmowałby obroty jego spółek dominujących), czy też każdą z jego spółek dominujących należy osobno uznać za przedsiębiorstwo uczestniczące. Odpowiedź na to pytanie może rozstrzygnąć kwestię właściwości⁽¹⁰⁹⁾. Podczas gdy przedsiębiorstwem uczestniczącym jest co do zasady wspólne przedsiębiorstwo jako bezpośredni uczestnik operacji przejęcia kontroli, mogą zaistnieć okoliczności, w których spółki tworzą spółki „fasadowe” a spółki dominujące będą indywidualnie uważane za przedsiębiorstwa uczestniczące. W tego rodzaju sytuacjach Komisja podda badaniu ekonomiczne okoliczności operacji na potrzeby określenia przedsiębiorstw uczestniczących.
- (146) Jeżeli przejęcia dokona wspólne przedsiębiorstwo o pełnym zakresie funkcji, mające cechy określone powyżej, które już prowadzi działalność na tym samym rynku, to za przedsiębiorstwa uczestniczące Komisja zwykle uznaje to wspólne przedsiębiorstwo oraz przedsiębiorstwo przejmowane (a nie spółki dominujące wspólnego przedsiębiorstwa).

⁽¹⁰⁸⁾ Zob. sprawa IV/M.376 – Synthomer/Yule Catto z 22 października 1993 r.

⁽¹⁰⁹⁾ Przyjmuje się następujący scenariusz: łączne obroty firmy docelowej we Wspólnocie są niższe niż 250 milionów EUR, a stronami nabywającymi są dwa przedsiębiorstwa (lub większa liczba przedsiębiorstw), z których każda ma we Wspólnocie obroty przekraczające 250 milionów EUR. Jeżeli spółkę docelową nabywa spółka fasadowa założona przez przejmujące przedsiębiorstwa, tylko jedna spółka (spółka fasadowa) miałaby obroty przekraczające we Wspólnocie 250 milionów EUR, a więc nie byłby spełniony jeden z warunków dotyczących progu kumulatywnego, które pociągają za sobą właściwość Wspólnoty (a konkretnie warunek istnienia co najmniej dwóch przedsiębiorstw, których obroty we Wspólnocie przekraczają 250 milionów EUR). I odwrotnie – jeżeli, zamiast działać za pośrednictwem spółki fasadowej, nabywające przedsiębiorstwa same nabywają docelową spółkę, warunek dotyczący progu obrotów byłby spełniony i do takiej transakcji stosowałoby się rozporządzenie w sprawie połączeń. To samo odnosi się do progów obrotu krajowego, o których mowa w art. 1 ust. 3.

- (147) I odwrotnie – jeżeli wspólne przedsiębiorstwo można uznać jedynie za podmiot pośredniczący w operacji przejęcia realizowanej przez spółki dominujące, Komisja uzna za uczestniczące przedsiębiorstwa każdą ze spółek dominujących (a nie wspólne przedsiębiorstwo) wraz z przedsiębiorstwem przejmowanym. Dotyczy to szczególnie przypadków, gdy wspólne przedsiębiorstwo zawiązuje się specjalnie w celu przejęcia innego przedsiębiorstwa, gdy wspólne przedsiębiorstwo nie zaczęło jeszcze działać, gdy istniejące wspólne przedsiębiorstwo nie ma osobowości prawnej lub pełnego zakresu funkcji, jak określono powyżej, lub gdy wspólne przedsiębiorstwo jest zrzeszeniem przedsiębiorstw. To samo odnosi się do sytuacji, gdy istnieją elementy wskazujące na to, że za daną operacją stoją faktycznie spółki dominujące. Takim elementem może być istotny udział samych spółek dominujących w zainicjowaniu, organizowaniu i finansowaniu operacji. W takich przypadkach za przedsiębiorstwa uczestniczące uważa się spółki dominujące.

Rozpad wspólnych przedsiębiorstw i wymiana aktywów

- (148) Jeżeli dwa lub większa liczba przedsiębiorstw rozwiązuje wspólne przedsiębiorstwo i dzieli aktywa (stanowiące podmioty gospodarcze) między sobą, to przeważnie uznaje się, że w takiej sytuacji następuje więcej niż jedno przejęcie kontroli, jak wyjaśniono w pkt 41 powyżej. Przykładowo przedsiębiorstwa A i B tworzą wspólne przedsiębiorstwo a następnie je rozwiązują, w szczególności wraz z nową konfiguracją aktywów. Rozpad wspólnego przedsiębiorstwa wiąże się z przejściem ze wspólnej kontroli nad całością aktywów wspólnego przedsiębiorstwa do wyłącznej kontroli nad podzielonymi aktywami sprawowaną przez każde z przejmujących przedsiębiorstw ⁽¹¹⁰⁾.

- (149) W odniesieniu do każdej operacji rozwiązania, bacząc na względy związane z przejęciem wyłącznej kontroli, za przedsiębiorstwa uczestniczące uznaje się z jednej strony podmioty przejmujące, a z drugiej strony przejmowane aktywa.

- (150) Podobna do scenariusza rozpadu wspólnego przedsiębiorstwa jest sytuacja, w której dwie lub większa liczba przedsiębiorstw wymienia aktywa stanowiące podmioty gospodarcze po każdej ze stron. W takim przypadku każdorazowe przejęcie kontroli uważa się za niezależne przejęcie wyłącznej kontroli. W każdej transakcji przedsiębiorstwami uczestniczącymi będą przejmujący oraz przejmowane przedsiębiorstwo lub aktywa.

Przejęcie kontroli przez osoby fizyczne

- (151) Przejęcia kontroli mogą również dokonać osoby fizyczne w rozumieniu art. 3 rozporządzenia w sprawie połączeń, jeżeli osoby te prowadzą dalszą działalność gospodarczą (i dlatego stanowią przedsiębiorstwa gospodarcze we własnym imieniu) lub kontrolują jedno lub kilka przedsiębiorstw gospodarczych. W takiej sytuacji przedsiębiorstwa uczestniczące to przedsiębiorstwo przejmowane i indywidualny przejmujący (z obrotem przedsiębiorstwa kontrolowanego przez osobę fizyczną wliczanym do obrotów tej osoby fizycznej w zakresie, w jakim spełniono warunki określone art. 5 ust. 4) ⁽¹¹¹⁾.

- (152) Przejęcie kontroli nad przedsiębiorstwem przez członków kadry zarządzającej również stanowi przejęcie przez osoby fizyczne i w takiej sytuacji pkt 151 powyżej ma również istotne znaczenie. Jednakże członkowie kadry zarządzającej mogą połączyć swe udziały za pomocą spółki pośredniczącej, co pozwala działać jednogłośnie i ułatwia podejmowanie decyzji. Taka spółka pośrednicząca może, ale nie musi, być przedsiębiorstwem uczestniczącym. Podana wyżej w pkt 145–147 ogólna wytyczna dotycząca przejęcia kontroli przez wspólne przedsiębiorstwo znajduje zastosowanie również i tutaj.

⁽¹¹⁰⁾ Zob. równoległe sprawy COMP/M.3293 – Shell/BEB i COMP/M.3294 – ExxonMobil/BEB z 20 listopada 2003 r.; sprawa IV/M.197 – Solvay/Laporte z 30 kwietnia 1992 r.

⁽¹¹¹⁾ Zob. sprawa IV/M.082 – Asko/Jacobs/Adia z 16 maja 1991 r., gdzie osoba fizyczna prowadząca inną działalność gospodarczą przejęła kontrolę nad przedsiębiorstwem i została uznana za przedsiębiorstwo uczestniczące.

Przejęcie kontroli przez przedsiębiorstwo państwowe

- (153) Jak opisano powyżej, łączenie się lub przejęcie kontroli między dwoma przedsiębiorstwami będącymi własnością tego samego państwa (lub organu publicznego) może stanowić koncentrację, jeśli przedsiębiorstwa wcześniej były częściami innych jednostek gospodarczych posiadających niezależne kompetencje decyzyjne. Jeżeli ma miejsce taka sytuacja, oba takie przedsiębiorstwa uważa się za przedsiębiorstwa uczestniczące, mimo że stanowią własność tego samego państwa ⁽¹¹²⁾.

III. WŁAŚCIWY TERMIN NA STWIERDZENIE WŁAŚCIWOŚCI

- (154) Okoliczności prawne ustanowienia własności Komisji uległy zmianie w nowym rozporządzeniu w sprawie połączeń. W poprzednim rozporządzeniu w sprawie połączeń właściwym terminem była data zdarzenia wywołującego obowiązek zgłoszenia zgodnie z art. 4 ust. 1 tego rozporządzenia – czyli zawarcia ostatecznej umowy, ogłoszenia publicznej oferty lub nabycia pakietu kontrolnego – bądź też, najpóźniej, czas w którym na stronach ciążył obowiązek zgłoszenia (jeden tydzień od zdarzenia wywołującego obowiązek zgłoszenia) ⁽¹¹³⁾.
- (155) Nowe rozporządzenie w sprawie połączeń nie nakłada na strony obowiązku zgłoszenia w określonym terminie (z zastrzeżeniem, że koncentracja nie dochodzi do skutku przed jej zgłoszeniem przez strony). Ponadto zgodnie z art. 4 ust 1 akapit drugi przedsiębiorstwa uczestniczące mogą teraz zgłosić transakcję na podstawie zamiaru zawarcia umowy w dobrej wierze lub, w przypadku publicznej oferty, jeżeli publicznie ogłosili zamiar złożenia takiej oferty. Najpóźniej w terminie zgłoszenia Komisja – jak również właściwe organy krajowe – muszą być zdolne określić swoją własność. Artykuł 4 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia w sprawie połączeń ogólnie stanowi, że koncentracje zgłasza się po zawarciu umowy, ogłoszeniu publicznej oferty lub nabyciu kontrolnego pakietu. Na mocy nowego rozporządzenia w sprawie połączeń terminy tych zdarzeń wciąż determinują terminy ustalenia własności, jeśli zgłoszenie nie następuje przed takim zdarzeniem na podstawie zamiaru w dobrej wierze lub ogłoszonego zamiaru ⁽¹¹⁴⁾.
- (156) Dłatego właściwym terminem na ustalenie własności Wspólnoty w sprawie koncentracji jest data zawarcia wiążącej prawnie umowy, ogłoszenia publicznej oferty lub nabycia pakietu kontrolnego bądź też data pierwszego zgłoszenia, zależnie od tego, która przypada pierwsza ⁽¹¹⁵⁾. Jeżeli chodzi o datę zgłoszenia, to ważne jest zgłoszenie Komisji albo organowi krajowemu. Właściwy termin należy rozpatrzyć zwłaszcza pod kątem, czy nabycia lub zbycia następujące po okresie objętym odpowiednim wyluczeniem, ale przed właściwą datą, wymagają dostosowań do wyluczeń przeprowadzanych według reguł określonych w pkt 172 i 173.

IV. OBRÓT

1. Pojęcie obrotu

- (157) Pojęcie obrotu zawarte w art. 5 rozporządzenia w sprawie połączeń obejmuje „kwoty uzyskane (...) ze sprzedaży produktów lub świadczenia usług”. Kwoty te wykazywane są zwykle w sprawozdaniach przedsiębiorstwa w rubryce „przychody ze sprzedaży”. W przypadku produktów obrót ustalić można bez trudu, identyfikując każdą czynność handlową polegającą na przeniesieniu własności.

⁽¹¹²⁾ Zob. motyw 22 preambuły rozporządzenia w sprawie połączeń, bezpośrednio dotyczący obliczania obrotów państwowych przedsiębiorstw uczestniczących w kontekście art. 5 ust. 4.

⁽¹¹³⁾ Zob. sprawa COMP/M.1741 – MCI Worldcom/Sprint z 28 czerwca 2000 r.

⁽¹¹⁴⁾ Alternatywna możliwość ustalania obrotu wraz z nadejściem terminu końcowego dokonania zgłoszenia przez odpowiednie strony (7 dni po wydarzeniu wywołującym powstanie obowiązku – zgodnie z uchylonym rozporządzeniem w sprawie połączeń) nie mogła być podtrzymana w nowym rozporządzeniu, gdyż nie przewidziano w nim terminu końcowego dokonania zgłoszenia.

⁽¹¹⁵⁾ Zob. także opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie C-202/06 Cementbouw przeciwko Komisji z 26 kwietnia 2007 r., pkt 46 (dotychczas nieopublikowana). Dopiero przekształcone rozporządzenie w sprawie połączeń przewiduje możliwość uwzględnienia pierwszego zgłoszenia, jeżeli jego data poprzedza datę zawarcia wiążącej umowy prawnej, ogłoszenia publicznej oferty przejęcia lub nabycia kontrolnego pakietu akcji lub udziałów, zob. przypis 35 opinii.

- (158) Generalnie metoda obliczania obrotu w przypadku usług nie różni się od metody stosowanej w przypadku produktów: Komisja bierze pod uwagę łączną kwotę sprzedaży. Obliczenie kwoty uzyskanej ze świadczenia usług może jednak okazać się bardziej złożone, jako że zależy od dokładnej wielkości świadczonych usług z uwzględnieniem regulacji prawnych i ekonomicznych w danym sektorze. Jeżeli przedsiębiorstwo świadczy całość usług bezpośrednio na rzecz klienta, obrót przedsiębiorstwa uczestniczącego stanowi łączna kwota uzyskana ze świadczenia usług w ostatnim roku obrotowym.
- (159) W innych obszarach ta ogólna zasada może wymagać dostosowania do panujących szczególnych warunków świadczonych usług. Tak więc w niektórych sektorach działalności (np. turystyce i reklamie) usługa może być sprzedawana przez pośredników⁽¹¹⁶⁾. Nawet jeśli na fakturze wystawionej klientowi przez pośrednika figuruje pełna wartość danej usługi, obrót przedsiębiorstwa działającego jako pośrednik stanowi tylko pobierana prowizja za pośrednictwo. W przypadku usług turystycznych cała kwota płacona przez klienta przypisywana jest jako obrót operatora usług turystycznych, który wykorzystuje biuro podróży jako sieć dystrybucji. W przypadku usług reklamowych jedynie kwoty bezpośrednio uzyskane (bez prowizji pośredników) stanowią obrót stacji telewizyjnej lub czasopisma, gdyż agencje medialne działające w charakterze pośredników nie są kanałami dystrybucji sprzedawców powierzchni reklamowych, ale zostały wybrane przez klientów tj. przedsiębiorstwa chcące zamieścić reklamę.
- (160) Wyżej podane przykłady pokazują, że z uwagi na różnorodność usług mogą zaistnieć różne sytuacje, a każda z nich wymaga uważnej analizy stosunków prawnych i gospodarczych. Podobnie szczególne sytuacje mogą wystąpić przy obliczaniu obrotu w obszarze usług kredytowych, finansowych i ubezpieczeniowych. Te kwestie będą poruszone w części VI.

2. Zwykła działalność

- (161) Artykuł 5 ust. 1 stanowi, że kwoty, jakie należy włączyć do obrotu, muszą odpowiadać „zwykłej działalności” uczestniczących przedsiębiorstw. Jest to obrót uzyskiwany ze sprzedaży produktów lub świadczenia usług w ramach zwykłej działalności przedsiębiorstwa. Generalnie nie wlicza się kwot zarejestrowanych w pozycjach „przychody finansowe” lub „przychody nadzwyczajne” w sprawozdaniach przedsiębiorstw. Takie nadzwyczajne przychody mogą pochodzić ze sprzedaży podmiotów gospodarczych lub środków trwałych. Jednakże w sprawozdaniach przedsiębiorstw nie zawsze wykazane są przychody uzyskane ze zwykłej działalności przedsiębiorstwa w sposób wymagany do obliczenia obrotu na potrzeby rozporządzenia w sprawie połączeń. W niektórych przypadkach kwalifikacja poszczególnych wpisów w sprawozdaniach może wymagać dostosowania do wymogów rozporządzenia w sprawie połączeń⁽¹¹⁷⁾.
- (162) Przychody niekoniecznie muszą pochodzić od klientów produktów lub usług. Mając na względzie pomoc przyznawaną przedsiębiorstwom przez organy publiczne, przy obliczaniu obrotu należy uwzględnić wszelkie kwoty uzyskane w ramach pomocy, jeżeli przedsiębiorstwo jest adresatem tej pomocy, a sama pomoc jest bezpośrednio związana ze sprzedażą produktów i świadczeniem usług przez przedsiębiorstwo. W związku z tym pomoc stanowi dodatkowy przychód przedsiębiorstwa ze sprzedaży produktów lub świadczenia usług, obok ceny płaconej przez klienta⁽¹¹⁸⁾.
- (163) Specyficzne kwestie należy rozważyć przy obliczaniu obrotu przedsiębiorstwa, które do tej pory uzyskiwało przychody tylko z operacji wewnętrznych. Dotyczy to szczególnie transakcji wiążących się z outsourcingiem usług poprzez przeniesienie jednostki gospodarczej. Jeżeli taka transakcja stanowi koncentrację ze względów omówionych w pkt 25 i kolejnych niniejszego obwieszczenia, zwykłą praktyką Komisji jest obliczanie obrotu na podstawie dotychczasowego obrotu generowanego

⁽¹¹⁶⁾ Zazwyczaj przedsiębiorstwo nie będzie działać jako pośrednik, jeżeli sprzedaje produkty za pośrednictwem czynności handlowej obejmującej przeniesienie własności, wyrok w sprawie T-417/05, Endesa przeciwko Komisji, pkt 213 [2006] Zb.Orz. II-2533.

⁽¹¹⁷⁾ W sprawie IV/M.126 – Accor/Wagons-Lits z 28 kwietnia 1992 r. Komisja zdecydowała o uznaniu niektórych dochodów z działalności polegającej na wynajmie samochodów za przychody ze zwykłej działalności, zakwalifikowano je jednak pod pozycją „inna działalność” w rachunku zysków i strat Wagons-Lits.

⁽¹¹⁸⁾ Zob. sprawa IV/M.156 – Cereol/Continentale Italiana z 27 listopada 1991 r. W tym przypadku Komisja wykluczyła pomoc Wspólnoty z kalkulacji obrotów, gdyż pomoc ta nie miała na celu wsparcia sprzedaży produktów wytwarzanych przez jedno z przedsiębiorstw uczestniczących w połączeniu, a wsparcie producentów surowca (ziarna) wykorzystywanego przez to przedsiębiorstwo, które specjalizowało się w rozdrabnianiu ziarna.

wewnętrznie lub cen notowanych w obrocie publicznym, jeżeli takie istnieją (np. w branży petrochemicznej). W przypadku gdy wartość wewnętrznego obrotu nie pokrywa się z wartością rynkową danej działalności (a stąd ze spodziewaną wartością przyszłego obrotu na rynku) miarodajne mogą okazać się przewidywane przychody do uzyskania na podstawie umów z byłą spółką dominującą.

3. Obrót „netto”

- (164) Obrotem, jaki należy uwzględnić, jest obrót „netto”, po odliczeniu szeregu składników wymienionych w rozporządzeniu. Chodzi o takie skorygowanie obrotu, by dało się ocenić realną siłę ekonomiczną przedsiębiorstwa.

3.1. Odliczanie rabatów i podatków

- (165) Artykuł 5 ust. 1 przewiduje „odliczenie rabatów związanych ze sprzedażą, podatku od wartości dodanej i innych podatków bezpośrednio związanych z obrotem”. „Rabaty związane ze sprzedażą” oznaczają wszystkie rabaty i zniżki udzielane przez przedsiębiorstwo swoim klientom, mające bezpośredni wpływ na wielkość sprzedaży.
- (166) Jeżeli chodzi o odliczanie podatków, rozporządzenie w sprawie połączeń odnosi się do podatku VAT oraz „innych podatków bezpośrednio związanych z obrotem”. Pojęcie „innych podatków bezpośrednio związanych z obrotem” odnosi się do podatków pośrednich, ponieważ są one bezpośrednio związane z obrotem – m.in. do podatków nakładanych na napoje alkoholowe lub papierosy.

3.2. Traktowanie obrotu „wewnętrznego”

- (167) Artykuł 5 ust. 1 akapit pierwszy stanowi, że „całkowity obrót uczestniczącego przedsiębiorstwa nie obejmuje sprzedaży produktów i świadczenia usług pomiędzy jakimkolwiek przedsiębiorstwami określonymi w ust. 4”, tj. w grupach, do których należy przedsiębiorstwo uczestniczące. Chodzi tu o wyłączenie przychodów z transakcji w obrębie grupy, by uwzględnić jedynie realną siłę ekonomiczną każdego podmiotu w postaci obrotów rynkowych. Tak więc „kwoty” uwzględniane zgodnie z rozporządzeniem w sprawie połączeń odzwierciedlają jedynie transakcje, które mają miejsce pomiędzy grupą przedsiębiorstw a stronami trzecimi.
- (168) Artykuł 5 ust. 5 lit. a) rozporządzenia w sprawie połączeń stosuje zasadę, w myśl której należy unikać podwójnego naliczania, zwłaszcza w sytuacji gdy dwa lub większa liczba przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji wspólnie dysponuje prawami lub uprawnieniami wymienionymi w art. 5 ust. 4 lit. b) w stosunku do innego przedsiębiorstwa. Zgodnie z tym przepisem należy wyłączyć obrót uzyskiwany ze sprzedaży produktów lub świadczenia usług pomiędzy wspólnym przedsiębiorstwem a każdym z przedsiębiorstw uczestniczących (lub jakimkolwiek innym przedsiębiorstwem powiązaniem z którymkolwiek z nich w rozumieniu art. 5 ust. 4). Jeżeli chodzi o wspólne przedsiębiorstwa założone przez przedsiębiorstwa uczestniczące i strony trzecie, to w zakresie, w jakim ich obrót jest uwzględniany zgodnie z art. 5 ust. 4 lit. b) – jak określono w pkt 181 poniżej – obrót uzyskiwany ze sprzedaży pomiędzy wspólnym przedsiębiorstwem a przedsiębiorstwem uczestniczącym (jak również przedsiębiorstwami powiązanimi z przedsiębiorstwem uczestniczącym według kryteriów określonych w art. 5 ust. 4) nie jest uwzględniany zgodnie z art. 5 ust. 1.

4. Obliczanie obrotu i sprawozdania finansowe

4.1. Zasada ogólna

- (169) Komisja stara się opierać na najdokładniejszych i najbardziej wiarygodnych dostępnych danych liczbowych. Generalnie Komisja odniesie się do sprawozdań finansowych za rok obrotowy najbliższy dacie transakcji, zweryfikowanych przez biegłych rewidentów zgodnie ze standardem stosowanym dla przedsiębiorstwa uczestniczącego oraz obowiązującym w danym roku obrotowym⁽¹¹⁹⁾. Korekty zweryfikowanych wartości liczbowych można dokonać jedynie wtedy, gdy taka korekta jest wymagana na podstawie przepisów rozporządzenia w sprawie połączeń, w tym w przypadkach omówionych szczegółowo w pkt 172.

⁽¹¹⁹⁾ Zob. sprawa COMP/M.3986 – Gas Natural/Endesa z 15 listopada 2005 r.; potwierdzona wyrokiem w sprawie T-417/05, Endesa przeciwko Komisji, pkt 128, 131 [2006] Zb.Orz. II-2533.

- (170) Komisja, poza sytuacjami wyjątkowymi, nie jest skłonna opierać się na tymczasowych sprawozdaniach finansowych⁽¹²⁰⁾. Jeżeli koncentracja ma miejsce w pierwszych miesiącach roku i nie są jeszcze dostępne zweryfikowane sprawozdania finansowe za ostatni rok obrotowy, należy wtedy brać pod uwagę wartości liczbowe z poprzedniego roku. W przypadku wystąpienia znacznych rozbieżności pomiędzy dwoma zestawieniami rachunków, spowodowanych ważnymi i trwałymi zmianami w przedsiębiorstwach uczestniczących, jeśli końcowe robocze wartości liczbowe zatwierdził zarząd przedsiębiorstwa, to Komisja może zdecydować o uwzględnieniu tych wartości.
- (171) Bez względu na zasadę ogólną, w przypadku gdy między wspólnotowymi i stosowanymi przez państwo trzecie standardami rachunkowości występują znaczne różnice, Komisja może uznać za konieczne przeformułowanie tych sprawozdań finansowych zgodnie ze standardami wspólnotowymi odnoszącymi się do obrotów.

4.2. *Korekty po dacie ostatniej weryfikacji sprawozdań*

- (172) Bez uszczerbku dla poprzednich punktów, należy zawsze dokonywać korekt w sprawozdaniach ze względu na trwałe zmiany warunków ekonomicznych, w których funkcjonuje przedsiębiorstwo, takie jak nabycia lub zbycia nie wykazane lub nie w pełni wykazane w zweryfikowanych sprawozdaniach. Takie zmiany należy uwzględniać w celu określenia rzeczywistych zasobów podlegających koncentracji oraz lepszemu odzwierciedleniu sytuacji ekonomicznej przedsiębiorstw uczestniczących. Takie korekty mają charakter selektywny i nie naruszają zasady, w myśl której powinien istnieć prosty i obiektywny mechanizm wyznaczania właściwości Komisji, jako że nie wymagają one całkowitej rewizji zweryfikowanych sprawozdań finansowych⁽¹²¹⁾. Po pierwsze, mają one zastosowanie do nabycia, zbycia i zaprzestania części działalności po dacie weryfikacji sprawozdań. Dzieje się tak w sytuacji, gdy spółka zamyka transakcję, wskutek której następuje zbycie i zaprzestanie części działalności, w każdym czasie przed właściwym terminem ustalenia właściwości (patrz pkt 154) lub jeśli takie zbycie lub zaprzestanie działalności jest warunkiem wstępnym operacji⁽¹²²⁾. W takim przypadku obrót, który należy przypisać tej części działalności należy odliczyć od obrotu strony zgłaszającej, jako już wykazany w jej ostatnich zweryfikowanych sprawozdaniach. Jeżeli podpisano umowę sprzedaży części przedsiębiorstwa, ale jeszcze nie nastąpiło zamknięcie sprzedaży (tj. wywołanie skutków prawnych i przeniesienie tytułu prawnego do nabywanych akcji, udziałów lub aktywów), to takiej zmiany nie uwzględnia się⁽¹²³⁾, chyba że sprzedaż jest warunkiem wstępnym zgłaszanej transakcji. I odwrotnie – obrót z tytułu tych części działalności gospodarczej, których przejęcie zamknięto po przygotowaniu aktualnych zweryfikowanych sprawozdań, ale przed właściwym terminem ustalenia właściwości, należy doliczyć do obrotu przedsiębiorstwa dla celów zgłoszenia.
- (173) Po drugie, korekta może być konieczna w odniesieniu do nabycia, zbycia lub zaprzestania części działalności gospodarczej, które nastąpiły w roku obrotowym, za który sporządzono zweryfikowane sprawozdania. Jeżeli nabycie, zbycie lub zaprzestanie części działalności gospodarczej nastąpiło w tym okresie, to zmiany stanu zasobów mogą być jedynie częściowo odzwierciedlone w sprawozdaniach przedsiębiorstwa uczestniczącego. Skoro obrót nabytej części przedsiębiorstwa można ująć w sprawozdaniach tylko od chwili nabycia, może to nie odzwierciedlać całkowitego rocznego obrotu uzyskanego przez nabytą część przedsiębiorstwa. I odwrotnie, obrót zbytej części przedsiębiorstwa lub obrót z tytułu tej części działalności, której wykonywania zaprzestano, może być ujęty w zweryfikowanych sprawozdaniach do chwili rzeczywistego zbycia lub zaprzestania działalności. W takich przypadkach należy dokonać korekt, aby odjąć ze zweryfikowanych sprawozdań obrót uzyskany przez zbytą część przedsiębiorstwa lub uwzględnić spadek obrotu z tytułu zaprzestania części działalności, do czasu jej oddzielenia, a także dodać obrót, który nabyta część przedsiębiorstwa uzyskała w danym roku przed czasem skonsolidowania w sprawozdaniach. W rezultacie należy odliczyć całkowity obrót zbytej części przedsiębiorstwa lub uwzględnić spadek obrotu z tytułu zaprzestania części działalności, a doliczyć całkowity roczny obrót nabytej części.

⁽¹²⁰⁾ Zob. sprawa COMP/M.3986 – Gas Natural/Endesa z 15 listopada 2005 r.; potwierdzona wyrokiem w sprawie T-417/05, Endesa przeciwko Komisji, pkt 176, 179 [2006] Zb.Orz. II-2533.

⁽¹²¹⁾ Wyrok w sprawie T-417/05, Endesa przeciwko Komisji, pkt 209 [2006] Zb.Orz. II-2533.

⁽¹²²⁾ Zob. wyrok CFI w sprawie T-3/93, Air France przeciwko Komisji, [1994] Rec. II-121 pkt 100 i nast. w związku ze sprawą IV/M.278 – British Airways/Dan Air; sprawa IV/M.588 – Ingersoll-Rand/Clark Equipment.

⁽¹²³⁾ Sprawa IV/M.632 – Rhône Poulenc Rorer/Fisons z 21 września 1995 r.; sprawa COMP/M.1741 – MCI Worldcom/Sprint z 28 czerwca 2000 r.

- (174) Przy obliczaniu obrotów pomija się inne czynniki, które mogą czasowo wpływać na wielkość obrotów, jak np. zmniejszenie się liczby zamówień na dany produkt czy zwolnienie tempa procesu produkcyjnego w okresie poprzedzającym transakcję. W ostatecznych sprawozdaniach finansowych nie będą dokonywane żadne korekty w celu ich uwzględnienia.

5. Przypisywanie obrotu na podstawie art. 5 ust. 4

5.1. Określanie przedsiębiorstw, których obrót jest uwzględniany

- (175) W przypadku gdy przedsiębiorstwo uczestniczące w koncentracji należy do grupy, uwzględnia się nie tylko obrót przedsiębiorstwa uczestniczącego, lecz rozporządzenie w sprawie połączeń nakazuje także uwzględnić obrót przedsiębiorstw powiązanych z przedsiębiorstwem uczestniczącym ze względu na prawa lub uprawnienia wymienione w art. 5 ust. 4 celem ustalenia, czy osiągnięto progi określone w art. 1 rozporządzenia w sprawie połączeń. Również i w tym przypadku chodzi o uchwycenie całkowitej wielkości zasobów ekonomicznych połączonych w wyniku operacji, bez względu na to, czy działalność gospodarczą prowadziło bezpośrednio przedsiębiorstwo uczestniczące, czy też pośrednio poprzez przedsiębiorstwa, z którymi powiązane jest w sposób opisany w art. 5 ust. 4.

- (176) W rozporządzeniu w sprawie połączeń brak jest jednolitej zwięzłej definicji pojęcia grupy, lecz w art. 5 ust. 4 lit. b) wymieniono pewne prawa lub uprawnienia. Jeżeli przedsiębiorstwo uczestniczące posiada takie bezpośrednie lub pośrednie więzi z innymi przedsiębiorstwami, należy je uznać za część grupy na potrzeby obliczania obrotu według rozporządzenia w sprawie połączeń.

- (177) Artykuł 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie połączeń brzmi:

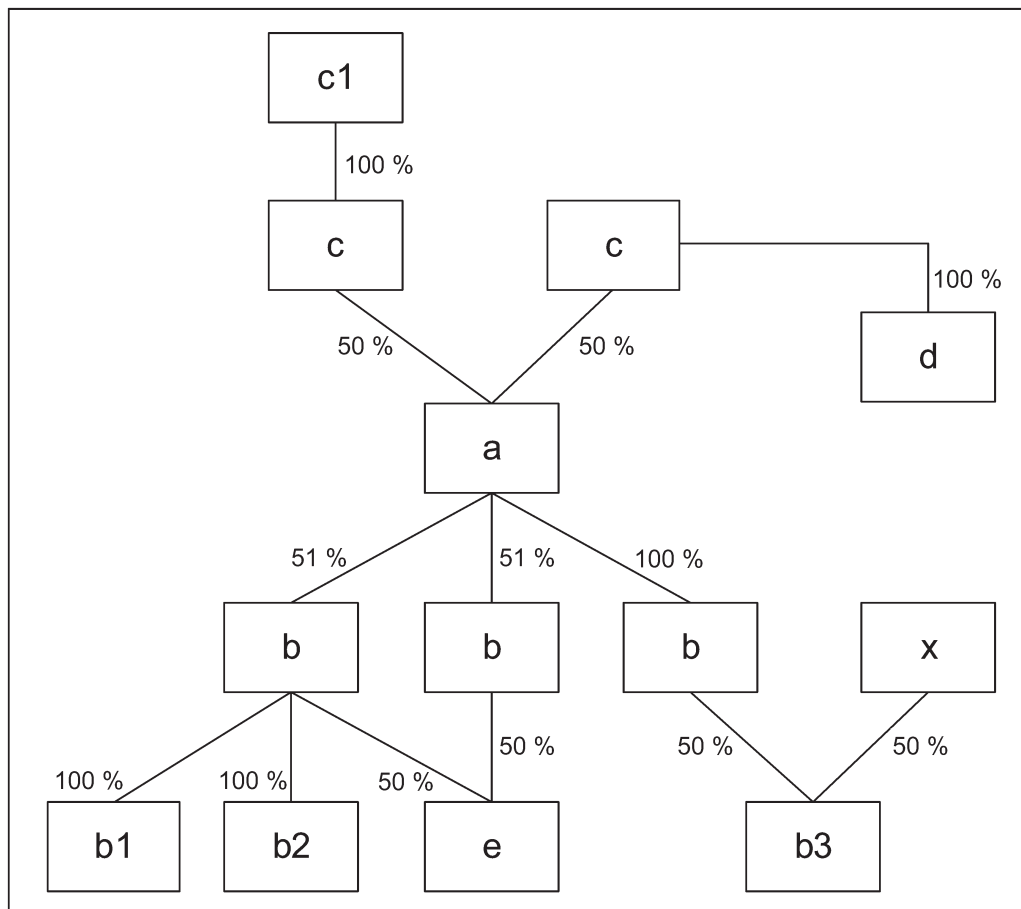
„Bez uszczerbku dla ust. 2 łączny obrót uczestniczących przedsiębiorstw w rozumieniu art. 1 ust. 2 i 3 obliczany jest poprzez dodanie odpowiednio następujących obrotów:

- (a) przedsiębiorstwa uczestniczącego;
- (b) tych przedsiębiorstw, w stosunku do których zainteresowane przedsiębiorstwo, pośrednio lub bezpośrednio:
 - i) posiada więcej niż połowę kapitału lub aktywów; lub
 - ii) dysponuje więcej niż połową głosów; lub
 - iii) ma uprawnienia do mianowania więcej niż połowy członków rady nadzorczej, organu zarządzającego lub organów upoważnionych do reprezentacji prawnej przedsiębiorstw; lub
 - iv) ma prawo do zarządzania sprawami przedsiębiorstwa;
- (c) tych przedsiębiorstw, które posiadają w przedsiębiorstwie uczestniczącym prawa i uprawnienia wymienione w lit. b);
- (d) tych przedsiębiorstw, w których przedsiębiorstwo określone w lit. c) posiada prawa i uprawnienia wymienione w lit. b);
- (e) tych przedsiębiorstw, w których dwa przedsiębiorstwa lub więcej określone w lit. a)–d) mają wspólnie prawa i uprawnienia wymienione w lit. b)”.

Przedsiębiorstwo, które w stosunku do innego przedsiębiorstwa dysponuje prawami lub uprawnieniami wymienionymi w art. 5 ust. 4 lit. b) będzie uważane za „dominujące” względem tego innego przedsiębiorstwa, podczas gdy to ostatnie będzie „zależne” względem pierwszego przedsiębiorstwa. W skrócie art. 5 ust. 4 przewiduje zatem, że obrót przedsiębiorstwa uczestniczącego w koncentracji (lit. a)) powinien obejmować obrót: przedsiębiorstw zależnych (lit. b)), przedsiębiorstw dominujących (lit. c)), innych przedsiębiorstw zależnych względem jego przedsiębiorstw dominujących (lit. d)) oraz innych przedsiębiorstw kontrolowanych wspólnie przez dwa lub większą liczbą przedsiębiorstw określonych w lit. a)–d) (lit. e)).

(178) W formie graficznej można to przedstawić następująco:

Przedsiębiorstwo uczestniczące i jego grupa:



- a: przedsiębiorstwo uczestniczące ⁽¹²⁴⁾
- b: jego przedsiębiorstwa zależne, wspólnie kontrolowane przedsiębiorstwa i strony trzecie (b3) wraz z ich przedsiębiorstwami zależnymi (b1 i b2)
- c: jego przedsiębiorstwa dominujące oraz własne przedsiębiorstwa dominujące tych przedsiębiorstw dominujących (c1)
- d: inne przedsiębiorstwa zależne przedsiębiorstw dominujących przedsiębiorstwa uczestniczącego
- e: przedsiębiorstwa kontrolowane wspólnie przez dwa lub większą liczbę przedsiębiorstw należących do grupy
- x: strony trzecie

Uwaga: litery a–e odpowiadają odpowiednim literom w art. 5 ust. 4. Wartości procentowe podane w wykresie wyrażają odsetek praw głosu, którymi dysponuje odpowiednie przedsiębiorstwo dominujące.

(179) Prawa lub uprawnienia wymienione w art. 5 ust. 4 lit b) i)–iii) da się określić wprost, jako że odpowiadają one progom ilościowym. Progi te są osiągnięte, jeżeli przedsiębiorstwo uczestniczące posiada więcej niż połowę kapitału lub aktywów obrotowych innych przedsiębiorstw, dysponuje ponad połową praw głosu lub jest uprawnione do mianowania ponad połowy członków zarządu innych przedsiębiorstw. Oprócz tego progi te są także osiągnięte, jeśli przedsiębiorstwo uczestniczące ma faktyczną możliwość wykonywania praw głosu na zgromadzeniu wspólników lub walnym zgromadzeniu lub uprawnienie do mianowania ponad połowy członków zarządu w innych przedsiębiorstwach ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁴⁾ Na potrzeby wykresu przyjęto, że wspólne przedsiębiorstwo stanowi przedsiębiorstwo uczestniczące zgodnie z kryteriami określonymi w pkt 146 (przejęcie przez wspólne przedsiębiorstwo o pełnym zakresie funkcji prowadzące działalność na tym samym rynku).

⁽¹²⁵⁾ Sprawa IV/M.187 – Ifint/Exor z 2 marca 1992 r.; sprawa IV/M.062 – Eridania/ISI z 30 lipca 1991 r.

- (180) Przepisy zawarte w art. 5 ust. 4 lit b) iv) odnoszą się do prawa do zarządzania sprawami przedsiębiorstwa. Takie prawo do zarządzania występuje w prawie spółek, powstaje ono zwłaszcza na podstawie umów o organizację takich jak „Beherrungsvertrag” w prawie niemieckim, umów o dzierżawę przedsiębiorstw lub wywodzone jest ze struktury organizacyjnej – przysługuje głównemu wspólnikowi w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością⁽¹²⁶⁾. „Prawo do zarządzania” może też wynikać z dysponowania prawami głosu (jedynie lub w powiązaniu ze stosunkami umownymi, m.in. porozumieniami między udziałowcami lub akcjonariuszami), umożliwiając wyznaczanie strategicznych zachowań przedsiębiorstwa w sposób trwały i na podstawie prawnej.
- (181) Prawo do zarządzania obejmuje także sytuacje, w których przedsiębiorstwo uczestniczące wspólnie ze stronami trzecimi dysponuje prawem do zarządzania sprawami przedsiębiorstwa⁽¹²⁷⁾. Zasadniczym aspektem jest to, że przedsiębiorstwom sprawującym wspólną kontrolę przysługuje wspólne prawo zarządzania sprawami kontrolowanego przedsiębiorstwa nawet, jeśli każde z nich osobno posiada takie prawa tylko w znaczeniu negatywnym tj. w formie prawa weta. W zilustrowanym przykładzie obrót przedsiębiorstwa (b3) wspólnie kontrolowanego przez przedsiębiorstwo uczestniczące (a) oraz stronę trzecią (x) jest uwzględniany, jako że zarówno a jak i x dysponują prawami weta w b3 wywodzonymi z udziałów lub akcji b3 w równej wielkości⁽¹²⁸⁾. Na podstawie art. 5 ust. 4 lit. b) iv) Komisja uwzględnia obroty tylko tych wspólnych przedsiębiorstw, w których przedsiębiorstwo uczestniczące i strony trzecie mają wywiedzione z prawa uprawnienia dające jednoznaczne prawo zarządzania. Stąd też włączanie obrotu wspólnych przedsiębiorstw ogranicza się do przypadków, w których przedsiębiorstwo uczestniczące i strony trzecie dysponują wspólnym *prawem* zarządzania na podstawie umowy, np. porozumienia udziałowców lub akcjonariuszy, lub w których przedsiębiorstwo uczestniczące i strona trzecia mają równe prawa głosu skutkujące uprawnieniami do powoływania równej liczby członków organów podejmujących decyzje we wspólnym przedsiębiorstwie.
- (182) W ten sam sposób, jeżeli dwa lub większa liczba przedsiębiorstw wspólnie kontroluje przedsiębiorstwo uczestniczące w tym sensie, że dla zarządzania sprawami przedsiębiorstwa wymagana jest zgoda każdej z nich i wszystkich razem, należy uwzględnić obroty wszystkich tych przedsiębiorstw. W podanym przykładzie uwzględnione zostałyby dwa przedsiębiorstwa dominujące (c) względem przedsiębiorstwa uczestniczącego (a) oraz ich własne przedsiębiorstwa dominujące (c1 na rysunku). Taka wykładnia wynika z zawartego w art. 5 ust. 4 lit. c) odesłania do art. 5 ust. 4 lit. b), mającego zastosowanie do wspólnie kontrolowanych przedsiębiorstw, jak określono powyżej.
- (183) W przypadku gdy którakolwiek ze spółek określonych na podstawie art. 5 ust. 4 ma także powiązania – jak określone w art. 5 ust. 4 – z innymi przedsiębiorstwami, to ich obroty również się wlicza. W omawianym przykładzie jedno z przedsiębiorstw zależnych względem przedsiębiorstwa uczestniczącego a (zwane „b”) z kolei posiada własne przedsiębiorstwa zależne b1 i b2 oraz jedna ze spółek dominujących (zwana c) posiada własne przedsiębiorstwo zależne (d).
- (184) Artykuł 5 ust. 4 zawiera szczegółowe kryteria służące do określenia przedsiębiorstw, których obrót można przypisać przedsiębiorstwu uczestniczącemu. Kryteria te, w tym „prawo do zarządzania sprawami przedsiębiorstwa”, nie pokrywają się z pojęciem „kontroli” na podstawie art. 3 ust. 2. Między art. 3 i art. 5 istnieją znaczące różnice, ponieważ przepisy te pełnią różne funkcje. Różnice są najbardziej widoczne w sferze kontroli faktycznej. Podczas gdy według art. 3 ust. 2 nawet sytuacja zależności ekonomicznej może prowadzić do kontroli na podstawie faktycznej (co zostało szczegółowo omówione powyżej), to obrót przedsiębiorstwa zależnego znajdującego się pod wyłączną kontrolą jest uwzględniany na podstawie faktycznej według art. 5 ust. 4 lit. b) tylko wtedy, gdy jasno wykazano, że przedsiębiorstwo uczestniczące dysponuje uprawnieniami do wykonywania ponad połowy praw głosu lub może mianować ponad połowę członków zarządu. Jeżeli chodzi o scenariusze wspólnej kontroli, to art. 5 ust. 4 lit. b) iv) obejmuje te z nich, w których kontrolujące przedsiębiorstwa wspólnie dysponują prawem zarządzania wywodzonym z przysługujących im indywidualnie praw weta. Jednakże art. 5 ust. 4 nie stosuje się do sytuacji, w których wspólna kontrola sprawowana jest na podstawie faktycznej, ze względu na silne wspólne interesy różnych udziałowców lub akcjonariuszy mniejszościowych we wspólnym przedsiębiorstwie, uwzględniając frekwencję na zgromadzeniach wspólników lub walnych zgromadzeniach. Różnicę odzwierciedla fakt, że art. 5 ust. 4 lit. b) iv) odnosi się do *praw* zarządzania a nie do *uprawnień* (jak lit. b) ii) oraz iii)), a jest ona uzasadniona potrzebą precyzji i pewności kryteriów stosowanych przy obliczaniu obrotu, tak by można było łatwo

⁽¹²⁶⁾ Sprawa IV/M.126 – Accor/WagonLits z 28 kwietnia 1992 r.

⁽¹²⁷⁾ Sprawa COMP/M.1741 – MCI Worldcom/Sprint; sprawa IV/M. 187 – Ifint/Exor; sprawa IV/M.1046 – Ameritech/Tele Danmark.

⁽¹²⁸⁾ Jednakże tylko połowa obrotu uzyskiwanego przez b3 jest brana pod uwagę, zob. pkt 187.

potwierdzić właściwość. Na podstawie art. 3 ust. 3 można jednakże szerzej zbadać, czy występuje koncentracja. Ponadto sytuacje negatywnej wyłącznej kontroli są objęte wyłącznie w drodze wyjątku (jeżeli w danym przypadku spełnione są warunki określone w art. 5 ust. 4 lit. b) i)–iii)); „prawo zarządzania” w rozumieniu art. 5 ust. 4 lit. b) iv) nie obejmuje scenariuszy negatywnej wyłącznej kontroli. Natomiast art. 5 ust. 4 lit. b) i) obejmuje na przykład sytuacje, w których „kontrola” w rozumieniu art. 3 ust. 2 może nie występować.

5.2. *Przypisywanie obrotu określonych przedsiębiorstw*

- (185) Generalnie, jeśli spełnione są kryteria art. 5 ust. 4 lit. b), uwzględniany będzie cały obrót danego przedsiębiorstwa zależnego, niezależnie od wielkości udziałów lub pakietu akcji w przedsiębiorstwie zależnym faktycznie posiadanych przez przedsiębiorstwo uczestniczące. W powyższym zakresie uwzględniony byłby cały obrót trzech przedsiębiorstw zależnych oznaczonych „b” względem przedsiębiorstwa uczestniczącego.
- (186) Rozporządzenie w sprawie połączeń przewiduje zasady szczególne dla wspólnych przedsiębiorstw. Artykuł 5 ust. 5 lit. b) stanowi, że dla wspólnych przedsiębiorstw zawiązanych między dwoma lub więcej przedsiębiorstwami uczestniczącymi obrót wspólnego przedsiębiorstwa (w zakresie, w jakim jest on uzyskiwany z działalności ze stronami trzecimi, jak określono powyżej w pkt 168) rozdziela się po równo między przedsiębiorstwa uczestniczące, bez względu na wielkość ich udziału w kapitale lub liczbę praw głosu.
- (187) Zasadę zawartą w art. 5 ust. 5 lit. b) stosuje się odpowiednio do podziału obrotów wspólnych przedsiębiorstw między przedsiębiorstwa uczestniczące i strony trzecie, jeżeli ich obrót jest uwzględniany na podstawie art. 5 ust. 4 lit. b), jak określono powyżej w pkt 181. Praktyką Komisji jest przypisywanie uczestniczącemu przedsiębiorstwu obrotu wspólnego przedsiębiorstwa na zasadzie *per capita*, stosownie do liczby przedsiębiorstw sprawujących wspólną kontrolę. W omawianym przykładzie uwzględniana jest połowa obrotu b3.
- (188) Zasady zawarte w art. 5 ust. 4 również wymagają dostosowania w sytuacjach zmiany kontroli ze wspólnej na wyłączną, żeby uniknąć podwójnego zaksięgowania obrotu wspólnego przedsiębiorstwa. Nawet jeśli przejmujące przedsiębiorstwo posiada we wspólnym przedsiębiorstwie prawa lub uprawnienia spełniające kryteria art. 5 ust. 4, to obrót przejmującego udziałowca lub akcjonariusza należy obliczać z pominięciem obrotu wspólnego przedsiębiorstwa, a obrót wspólnego przedsiębiorstwa należy uwzględniać bez obrotu przejmującego udziałowca lub akcjonariusza.

5.3. *Przypisywanie obrotu w przypadku funduszy inwestycyjnych*

- (189) Spółka inwestycyjna, jak określono w pkt 15 powyżej, zwykle przejmuje pośrednią kontrolę nad spółkami portfelowymi funduszu inwestycyjnego. Tak samo można uznać, że spółka inwestycyjna pośrednio dysponuje uprawnieniami i prawami określonymi w art. 5 ust. 4 lit. b), a zwłaszcza jest pośrednio uprawniona do wykonywania praw głosu przysługujących funduszowi inwestycyjnemu w spółkach portfelowych.
- (190) Te same względy, jak określone w ramach art. 3 (pkt 15) mogą mieć zastosowanie w przypadku gdy spółka inwestycyjna tworzy kilka funduszy inwestycyjnych z potencjalnie różnymi inwestorami. Zazwyczaj na podstawie struktury organizacyjnej, a szczególnie powiązań między spółką inwestycyjną a głównymi uczestnikami różnych funduszy zawiązanych w formie spółek z ograniczoną odpowiedzialnością lub na podstawie stosunków umownych, zwłaszcza umów o doradztwo pomiędzy głównym uczestnikiem lub funduszem inwestycyjnym a spółką inwestycyjną, spółka inwestycyjna będzie pośrednio uprawniona do wykonywania praw głosu przysługujących funduszowi inwestycyjnemu w spółkach portfelowych lub będzie pośrednio dysponować jednym z praw lub uprawnień określonych w art. 5 ust. 4 lit. b). W takich okolicznościach spółka inwestycyjna może strukturalnie sprawować łączną kontrolę nad różnymi funduszami, które utworzyła, a na łączne prowadzenie działalności różnych funduszy przez spółkę inwestycyjną często wskazuje wspólna nazwa tych funduszy.

- (191) W związku z powyższym tak zorganizowana struktura różnych funduszy przez spółkę inwestycyjną może w rezultacie doprowadzić do tego, że obrót wszystkich spółek portfelowych różnych funduszy jest uwzględniany w ocenie, czy osiągnięto progi wymienione w art. 1, jeżeli spółka inwestycyjna przejmie pośrednią kontrolę nad spółką portfelową poprzez jeden z funduszy.

5.4. Przepisywanie obrotu w przypadku przedsiębiorstw państwowych

- (192) Jeżeli chodzi o obliczanie obrotu przedsiębiorstw państwowych, art. 5 ust. 4 należy stosować w związku z motywem 22 preambuły rozporządzenia w sprawie połączeń. Motyw ten stanowi, że w celu uniknięcia dyskryminacji między sektorami publicznym i prywatnym, „w sektorze publicznym obliczanie obrotu przedsiębiorstwa uczestniczącego w koncentracji wymaga zatem uwzględniania przedsiębiorstw stanowiących jednostkę gospodarczą posiadającą niezależne kompetencje decyzyjne, niezależnie od stosunków własnościowych lub zasad sprawowanego nad nimi nadzoru administracyjnego”⁽¹²⁹⁾.
- (193) Motyw ten wyjaśnia, że państwa członkowskie (lub inne podmioty publiczne) nie są uważane za „przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 5 ust. 4., gdyż po prostu mają one udziały lub pakiety akcji w innych przedsiębiorstwach spełniających warunki określone w art. 5 ust. 4. Dlatego do celów obliczania obrotu przedsiębiorstw państwowych należy uwzględniać tylko te przedsiębiorstwa, które należą do tej samej jednostki gospodarczej posiadającej te same kompetencje decyzyjne.
- (194) Tak więc w przypadku gdy przedsiębiorstwo państwowe nie jest poddawane żadnym czynnościom koordynującym je z innymi holdingami kontrolowanymi przez państwo, to do celów art. 5 należy je traktować jako samodzielne, a obrót innych spółek będących własnością tego państwa nie powinien być uwzględniany. Jeżeli zaś kilka spółek państwowych kierowanych jest z tego samego ośrodka podejmowania decyzji handlowych, to do celów art. 5 obrót tych przedsiębiorstw należy uznać za część obrotu grupy, do której należy przedsiębiorstwo uczestniczące.

V. PRZYPISYWANIE OBROTU WEDŁUG KRYTERIUM GEOGRAFICZNEGO

- (195) Progi wielkości obrotów przypadających na Wspólnotę i państwo członkowskie, określone w art. 1 ust. 2 i 3, służą wyodrębnieniu przypadków, gdy wielkość obrotu przypadającego na Wspólnotę kwalifikuje je do tego, by stały się przedmiotem zainteresowania Wspólnoty, oraz gdy mają przede wszystkim charakter transgraniczny. Wymaga się geograficznego przypisania obrotów do obszaru Wspólnoty i poszczególnych państw członkowskich. Jako że zweryfikowane sprawozdania często nie zawierają podziału geograficznego, jaki wymagany jest w rozporządzeniu w sprawie połączeń, Komisja wykorzysta najlepsze dane liczbowe udostępniane przez przedsiębiorstwa. Artykuł 5 ust. 1 akapit drugi stanowi, że lokalizacja obrotu zależy od lokalizacji klienta w chwili transakcji:

„Obrót uzyskany we Wspólnocie lub w państwie członkowskim obejmuje produkty sprzedawane i usługi świadczone przedsiębiorstwom lub konsumentom, w zależności od przypadku, we Wspólnocie lub w tym państwie członkowskim”

Zasada ogólna

- (196) Rozporządzenie w sprawie połączeń nie wprowadza rozróżnienia pomiędzy „produktami sprzedawanymi” a „usługami świadczonymi” dla potrzeb przypisania obrotu wg kryterium geograficznego. W obu przypadkach ogólna zasada brzmi, że obrót przypisywany jest do miejsca, w którym znajduje się klient. Nadrzędną regułą jest, że obrót przypisywany jest do miejsca, w którym ma miejsce konkurencja z innymi dostawcami. Takim miejscem jest też zazwyczaj miejsce wyznaczone do wykonania czynności właściwej dla danej umowy, np. w którym usługa jest faktycznie świadczona a produkt faktycznie dostarczany. W przypadku transakcji internetowych miejsce, w którym znajduje się klient w chwili zawarcia umowy przez Internet może być dla przedsiębiorstw trudne do ustalenia. Jeżeli świadczenie usług lub dostawa produktu nie odbywa się przez Internet, skupienie się na miejscu wykonania czynności właściwej dla danej umowy pozwoli na uniknięcie tych trudności. Poniżej sprzedaż towarów i świadczenie usług omówiono oddzielnie, gdyż wykazują pewne odmienne cechy związane z przypisywaniem obrotu.

⁽¹²⁹⁾ Zob. też sprawa IV/M.216 – CEA Industrie/France Telecom/Finmeccanica/SGS-Thomson z 22 lutego 1993 r.

Sprzedaż towarów

- (197) Przy sprzedaży towarów mogą wystąpić różne sytuacje, w których miejsce, gdzie znajdował się klient w chwili zawarcia umowy kupna różni się od adresu, na który wystawiany jest rachunek i/lub adresu dostawy. W takich sytuacjach miejsce, w którym znajdował się klient w chwili zawarcia umowy oraz miejsce dostawy są ważniejsze niż adres, na który wystawiany jest rachunek. Jako że ogólnie dostawa jest czynnością właściwą dla danej umowy, miejsce dostawy może nawet przeważać nad miejscem zawarcia umowy. Zależy to od tego, czy miejsce dostawy jest miejscem, w którym występuje konkurencja w sprzedaży towarów lub czy też konkurencja występuje w miejscu siedziby/zamieszkania klienta. W przypadku sprzedaży do końcowego klienta rzeczy ruchomych, takich jak samochody, decyduje miejsce dostawy, nawet jeśli umowę zawarto wcześniej telefonicznie bądź przez Internet.
- (198) Szczególna sytuacja ma miejsce, gdy korporacja międzynarodowa realizuje strategię zakupów we Wspólnocie i zaopatruje się we wszystko, co niezbędne do produkcji wyrobu czy świadczenia usługi w jednym miejscu. Skoro centrum zakupów może przybierać różne formy, to konieczne jest uwzględnienie jej stałej formy, jeśli może to posłużyć do ustalenia sposobu przypisania obrotu. W przypadku gdy towary są nabywane przez centrum zakupów i tam dostarczane, a potem następuje ich redystrybucja wewnątrz organizacji do różnych placówek na obszarach różnych państw członkowskich, obrót przypisywany jest tylko do obszaru tego państwa członkowskiego, w którym mieści się centrum zakupów. W takim przypadku konkurencja ma miejsce tam, gdzie zlokalizowane jest centrum zakup, gdzie również wykonywana jest czynność właściwa dla umowy. Inaczej jest w przypadku gdy istnieją bezpośrednie powiązania pomiędzy sprzedawcą a różnymi jednostkami zależnymi, w tym gdy centrum zakupów zawiera tylko umowę ramową a pojedyncze zamówienia składają jednostki zależne położone na obszarach różnych państw członkowskich i do nich bezpośrednio kierowane są dostawy lub gdy pojedyncze zamówienia składane są za pośrednictwem centrum zakupów, ale produkty są dostarczane bezpośrednio do jednostek zależnych. W obu przypadkach obrót należy przypisać do obszarów różnych państw członkowskich, w których są położone jednostki zależne, bez względu na to, czy to centrum zakupów, czy też jednostka nabywca otrzymuje rachunek i uiszcza zapłatę. Dzieje się tak z przyczyny, iż w obu przypadkach konkurencja z innymi dostawcami ma miejsce tam, gdzie dostarcza się produkty do różnych jednostek zależnych, mimo że umowę zawarto na szczeblu centralnym. Ponadto w pierwszym przypadku jednostki zależne faktycznie decydują same o dostarczanych ilościach oraz o istotnych elementach dla konkurencji.

Świadczenie usług

- (199) Jeżeli chodzi o usługi, to rozporządzenie w sprawie połączeń przewiduje, że właściwe jest miejsce ich świadczenia na rzecz klienta. Uznaje się, że usługi zawierające elementy transgraniczne mogą być przyporządkowane do trzech ogólnych kategorii. Pierwsza kategoria obejmuje przypadki, w których przemieszcza się usługodawca, a druga przypadki, w których to klient się przemieszcza. Trzecia kategoria obejmuje te przypadki, w których świadczenie usług odbywa się bez konieczności odbycia podróży przez usługodawcę lub klienta. W pierwszych dwóch kategoriach uzyskiwany obrót należy przypisać do miejsca przeznaczenia podróży, tj. miejsca, w którym usługa jest faktycznie świadczona klientowi. W trzeciej kategorii obrót generalnie przypisuje się do lokalizacji klienta. Co do usług świadczonych centralnie, wyżej określone zasady centralnego zakupu towarów stosuje się odpowiednio.
- (200) Jako przykład na pierwszą kategorię posłuży sytuacja, w której spółka spoza Unii Europejskiej świadczy specjalistyczne usługi konserwacji statków powietrznych przewoźnikowi mającemu siedzibę w państwie członkowskim. W tym przypadku usługodawca przemieszcza się na obszar Wspólnoty, do miejsca gdzie usługi będą faktycznie świadczone oraz wystąpi konkurencja w tych usługach. Jeżeli turysta europejski wypożyczy samochód lub wynajmie pokój hotelowy na obszarze Stanów Zjednoczonych Ameryki, to podlega to drugiej kategorii – jako usługi świadczone poza obszarem Wspólnoty i w wybranej lokalizacji następuje konkurencja między hotelami i wypożyczalnią aut. Jednakże inaczej jest w przypadku wakacyjnych ofert pakietowych. Przy takim rodzaju wakacji świadczenie usług rozpoczyna się sprzedażą pakietu przez biuro turystyczne w lokalizacji klienta, a konkurencja w sprzedaży usług wakacyjnych przez biura podróży ma miejsce na rynku lokalnym, tak samo jak w handlu detalicznym, mimo że części usług mogą być świadczone w różnych dalekich miejscach. Taki przypadek mieści się zatem w trzeciej kategorii, a uzyskiwany obrót należy przypisywać do lokalizacji klienta. Kategoria trzecia obejmuje również takie przypadki jak dostawa oprogramowania lub dystrybucja filmów wyprodukowanych poza obszarem Wspólnoty, ale dostarczanych klientom w państwach członkowskich, stąd usługa jest w rzeczywistości świadczona klientom na obszarze Wspólnoty.

- (201) Transport towarów różni się o tyle, że usługobiorcy nie podróżują sami, lecz usługi są świadczone klientowi w miejscu, w którym się znajduje. Usługi te mieszczą się w trzeciej kategorii a lokalizacja klienta stanowi właściwe kryterium przypisania obrotu.
- (202) W branży telefonicznej problematyczna może okazać się kwalifikacja usług zakończenia połączenia. Choć wydaje się, że usługi zakończenia połączenia objęte są trzecią kategorią, to istnieją powody, dla których należy je traktować odmiennie. Usługi zakończenia połączenia świadczone są m.in. w sytuacjach gdy połączenie wychodzące od operatora europejskiego zostaje zakończone na obszarze Stanów Zjednoczonych. Mimo że żaden z operatorów nie przemieszcza się, to przemieszcza się sygnał a usługa jest świadczona przez sieć amerykańską na terenie USA, na rzecz operatora europejskiego. Na tym obszarze ma miejsce konkurencja (jeżeli taka występuje). W związku z tym uzyskany obrót jest uznawany za obrót pozawspólnotowy ⁽¹³⁰⁾.

Specyficzne sektory

- (203) W niektórych sektorach powstają jednak szczególne problemy przy przypisywaniu obrotów według kryterium geograficznego. Będą one omówione w części VI poniżej.

VI. PRZELICZANIE OBROTÓW NA EURO

- (204) Przy przeliczaniu wartości obrotów na euro należy zwrócić szczególną uwagę na stosowany kurs wymiany. Roczne obroty przedsiębiorstwa trzeba przeliczać po średnim kursie dla danych dwunastu miesięcy. Taki średni kurs można znaleźć na stronach Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji ⁽¹³¹⁾. Zweryfikowane wartości rocznych obrotów należy przeliczyć jako takie, bez rozbijania ich na wartości kwartalne lub miesięczne, które można przeliczyć oddzielnie.
- (205) Tę samą procedurę stosuje się w przypadku, gdy przedsiębiorstwo prowadzi sprzedaż w różnych walutach. Łączny obrót wykazany w skonsolidowanych, zweryfikowanych sprawozdaniach finansowych i w walutach, w jakich dane przedsiębiorstwo prowadzi sprawozdawczość, przelicza się na euro po średnim kursie rocznym. Sprzedaży realizowanej w lokalnej walucie nie należy bezpośrednio przeliczać na euro, ponieważ wartości te nie pochodzą ze skonsolidowanych, zweryfikowanych sprawozdań finansowych przedsiębiorstwa.

VII. PRZEPISY DOTYCZĄCE INSTYTUCJI KREDYTOWYCH I INNYCH INSTYTUCJI FINANSOWYCH ORAZ ZAKŁADÓW UBEZPIECZEŃ

1. Zakres zastosowania

- (206) Z uwagi na specyfikę sektora, art. 5 ust. 3 przewiduje szczególne zasady obliczania obrotu instytucji kredytowych i innych instytucji finansowych oraz zakładów ubezpieczeń.
- (207) Na potrzeby zdefiniowania pojęć „instytucji kredytowych i innych instytucji finansowych” do celów rozporządzenia w sprawie połączeń w swej praktyce Komisja spójnie przyjmowała definicje zawarte w obowiązujących aktach prawa europejskiego regulujących działalność w sektorze bankowym. Takie definicje przewiduje dyrektywa w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe ⁽¹³²⁾:
- „instytucja kredytowa oznacza przedsiębiorstwo, którego działalność polega na przyjmowaniu lokat lub innych funduszy podlegających zwrotowi od ludności i udzielaniu kredytów na własny rachunek”
 - „instytucja finansowa oznacza przedsiębiorstwo niebędące instytucją kredytową, którego podstawowa działalność polega na nabywaniu pakietów akcji lub na prowadzeniu jednego lub większej liczby działań wymienionych w pkt 2–12 załącznika I”.

⁽¹³⁰⁾ Nie ma to wpływu na obrót europejskiego operatora telefonicznego uzyskiwanego z tego połączenia wprost od swojego klienta.

⁽¹³¹⁾ Patrz http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/exchange_rates.html#footnote_1. Na stronie znajduje się odsyłacz do miesięcznego biuletynu publikowanego przez Europejski Bank Centralny.

⁽¹³²⁾ Definicje znajdują się w art. 1 ust. 1 i 5 dyrektywy 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 marca 2000 r. odnoszącej się do podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (Dz.U. L 126 z 26.5.2000 r., s. 1).

- (208) Instytucje finansowe w rozumieniu art. 5 ust. 3 rozporządzenia w sprawie połączeń to odpowiednio z jednej strony spółki holdingowe, a z drugiej strony, przedsiębiorstwa, których podstawowa działalność polega na nabywaniu pakietów akcji lub na prowadzeniu jednego lub większej liczby działań wymienionych w pkt 2–12 załącznika do dyrektywy bankowej. Działalność ta obejmuje:
- udzielanie pożyczek (w tym działalność polegająca na udzielaniu kredytów konsumenckim, kredytów hipotecznych oraz faktoring),
 - leasing finansowy,
 - usługi transferu środków pieniężnych,
 - emisja i administrowanie środkami płatności (np. kartami kredytowymi, czekami podróżnymi, czekami bankierskimi),
 - gwarancje i zobowiązania,
 - prowadzenie transakcji na własny rachunek lub na rachunek klientów w zakresie instrumentów rynku pieniężnego (czeków, weksli, świadectw depozytowych itp.), dewiz, kontraktów terminowych i opcji finansowych, instrumentów związanych z kursami walut i stopami procentowymi oraz zbywalnych papierów wartościowych,
 - uczestniczenie w emisji papierów wartościowych i świadczenie usług związanych z taką emisją,
 - pośrednictwo na rynku pieniężnym,
 - zarządzanie portfelem i doradztwo inwestycyjne, oraz
 - przechowywanie i administrowanie papierami wartościowymi.

2. Obliczanie obrotu

- (209) Artykuł 5 ust. 3 rozporządzenia w sprawie połączeń określa metody obliczania obrotu instytucji kredytowych i innych instytucji finansowych oraz zakładów ubezpieczeń. W poniższej sekcji zostaną omówione dodatkowe kwestie związane z obliczaniem obrotu wyżej wymienionych rodzajów przedsiębiorstw.

2.1. Obliczanie obrotów instytucji kredytowych i finansowych (innych niż finansowe spółki holdingowe)

2.1.1. Zasady ogólne

- (210) W odniesieniu do instytucji kredytowych i innego rodzaju instytucji finansowych daje się zwykle bez problemu zastosować bankowe kryterium przychodów służące ustaleniu ogólnoświatowych obrotów.

Jeżeli chodzi o przypisanie obrotów według kryterium geograficznego do obszaru Wspólnoty i poszczególnych państw członkowskich, stosuje się przepis szczególny art. 5 ust. 3 lit a) akapit drugi. Stanowi on, że obrót należy przypisać uzyskującej wpływy jednostce zależnej z siedzibą na obszarze Wspólnoty lub państwa członkowskiego.

2.1.2. obroty przedsiębiorstw leasingowych

- (211) Należy wprowadzić zasadnicze rozróżnienie między leasingiem finansowym i operacyjnym. Zasadniczo leasing finansowy dokonywany jest na dłuższy okres niż leasing operacyjny, a tytuł własności przechodzi generalnie na leasingobiorcę na zakończenie okresu leasingu poprzez opcję zakupu zawartą w umowie. W ramach leasingu operacyjnego sytuacja wygląda odwrotnie – tytuł własności nie przechodzi na leasingobiorcę na zakończenie okresu leasingu, a koszty konserwacji, naprawy i ubezpieczenia oddanego w leasing sprzętu są uwzględnione w płatnościach z tytułu leasingu. Tak więc leasing finansowy funkcjonuje jak pożyczka udzielona przez leasingodawcę, by umożliwić leasingobiorcy nabycie danych aktywów.

- (212) Jak wspomniano wyżej przedsiębiorstwo, którego podstawowa działalność polega na leasingu finansowym jest instytucją finansową w rozumieniu art. 5 ust. 3 lit a), a jego obrót należy obliczać zgodnie ze szczegółowymi zasadami zawartymi w tym artykule. Należy brać pod uwagę wszelkie płatności realizowane w ramach leasingu finansowego, za wyjątkiem umorzonych części; nie wlicza się sprzedaży przyszłych wierzytelności leasingowych dokonanej na początku umowy w celu refinansowania.
- (213) Działalności polegającej na leasingu operacyjnym nie zalicza się do działalności instytucji finansowych, dlatego mają zastosowanie ogólne zasady obliczania obrotu zawarte w art. 5 ust. 1 ⁽¹³³⁾.

2.2. Zakłady ubezpieczeń

- (214) Na potrzeby obliczania obrotu zakładów ubezpieczeń art. 5 ust. 3 lit. b) przewiduje uwzględnienie wartości brutto przypisanych składek. Wartość brutto przypisanych składek to suma pobranych składek, w tym wszelkie pobrane składki z tytułu reasekuracji, jeżeli zakład prowadzi działalność w zakresie reasekuracji. Wydatki na składki reasekuracyjne, tj. wszelkie kwoty zapłacone przez przedsiębiorstwo uczestniczące lub od niego należne związane z objęciem reasekuracją to jedyne koszty związane z objęciem zakresem ubezpieczenia i nie podlegają one odliczeniu od wartości brutto przypisanych składek.
- (215) Uwzględniane składki to nie tylko składki związane z nowymi umowami ubezpieczeniowymi zawartymi w danym roku obrachunkowym, lecz także wszelkie składki związane z umowami zawartymi w latach poprzednich, które pozostają w mocy w rozpatrywanym okresie.
- (216) W celu utworzenia odpowiednich rezerw na pokrycie roszczeń zakłady ubezpieczeń zazwyczaj dysponują portfelem inwestycji w akcje, oprocentowane papiery wartościowe, nieruchomości oraz inne aktywa przynoszące roczne przychody. Roczne przychody z tych źródeł nie są traktowane jako obroty zakładów ubezpieczeń w rozumieniu art. 5 ust. 3 lit. b). Należy jednak dokonać rozróżnienia pomiędzy inwestycjami czysto finansowymi, z którymi nie wiąże się nabycie przez zakład ubezpieczeń praw i uprawnień określonych w art. 5 ust. 4 w stosunku do przedsiębiorstw objętych inwestycją, oraz inwestycjami, które prowadzą do nabycia udziałów lub akcji spełniających kryteria określone w art. 5 ust. 4 lit. b). W ostatnim przypadku stosuje się art. 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie połączeń, a obrót tego przedsiębiorstwa należy doliczyć do obrotu zakładu ubezpieczeń obliczanego według przepisów art. 5 ust. 3 lit. b) na potrzeby ustalenia, czy osiągnięto progi ustanowione w rozporządzeniu w sprawie połączeń ⁽¹³⁴⁾.

2.3. Finansowe spółki holdingowe

- (217) Obrót finansowej spółki holdingowej będącej „inną instytucją finansową” w rozumieniu art. 5 ust. 3 lit. a) rozporządzenia w sprawie połączeń należy obliczać zgodnie ze szczegółowymi zasadami zawartymi w tym artykule. Tak samo jak określono wyżej w odniesieniu zakładów ubezpieczeń, art. 5 ust. 4 stosuje się do tych uczestników, którzy spełniają kryteria wymienione w art. 5 ust. 4 lit. b). W ten sposób obrót finansowej spółki holdingowej zasadniczo należy obliczać zgodnie z art. 5 ust. 3, ale konieczne może być doliczenie obrotu przedsiębiorstw należących do kategorii określonych w art. 5 ust. 4 („przedsiębiorstw określonych w art. 5 ust. 4”) ⁽¹³⁵⁾.

⁽¹³³⁾ Zob. sprawa IV/M.234 – GECC/Avis Lease z 15 lipca 1992 r.

⁽¹³⁴⁾ Zob. sprawa IV/M.018 – AG/AMEV z 21 listopada 1990 r.

⁽¹³⁵⁾ Zasady mające zastosowanie do finansowych spółek holdingowych można w pewnym zakresie stosować do spółek zarządzających funduszami.

- (218) W praktyce najpierw należy uwzględnić nieskonsolidowany obrót finansowej spółki holdingowej. Następnie należy doliczyć obroty przedsiębiorstw określonych w art. 5 ust. 4, pamiętając o odliczeniu dywidend i innych przychodów rozdzielonych przez te przedsiębiorstwa między finansowe spółki holdingowe. Poniżej przedstawiono przykład tego rodzaju kalkulacji:

<i>W milionach euro</i>	
1. Obrót związany z działalnością finansową (na podstawie nieskonsolidowanych zysków i strat)	3 000
2. Obrót związany z zakładami ubezpieczeń określonymi w art. 5 ust. 4 (wartość brutto przypisanych składek)	300
3. Obrót przedsiębiorstw przemysłowych określonych w art. 5 ust. 4	2 000
4. Odliczone dywidendy i inne przychody pochodzące z przedsiębiorstw 2 i 3 określonych w art. 5 ust. 4	<200>
Łączny obrót finansowej spółki holdingowej i jej grupy	5 100

- (219) Przy takich obliczeniach konieczne może okazać się zastosowanie różnych zasad rachunkowych. Chociaż względy te dotyczą wszelkich rodzajów przedsiębiorstw uczestniczących w rozumieniu rozporządzenia w sprawie połączeń, są one szczególnie istotne w przypadkach finansowych spółek holdingowych⁽¹³⁶⁾, gdzie liczba i różnorodność kontrolowanych przedsiębiorstw oraz stopień kontroli nad przedsiębiorstwami zależnymi, powiązanimi oraz pozostałymi wymagają uważnej analizy.

- (220) Obliczanie obrotów finansowych spółek holdingowych w sposób opisany powyżej może w praktyce okazać się uciążliwe. Dlatego też ścisłe i szczegółowe stosowanie powyższej metody konieczne jest jedynie w przypadkach, gdy obrót finansowej spółki holdingowej wydaje się być zbliżony do wartości progowych określonych w rozporządzeniu w sprawie połączeń; w innych przypadkach może za to być oczywiste, że wielkość obrotu finansowej spółki holdingowej jest oddalona od wartości progowych określonych w rozporządzeniu w sprawie połączeń – wtedy do ustalenia właściwości wystarczą ogłoszone sprawozdania finansowe.

⁽¹³⁶⁾ Zob. np. sprawa IV/M.166 – Torras/Sarrió z 24 lutego 1992 r.