

II

(Teatised)

EUROOPA LIIDU INSTITUTSIOONIDE JA ORGANITE TEATISED

KOMISJON

Euroopa Komisjoni konsolideeritud pädevuseteatis, mis käsitleb nõukogu määrust (EÜ) nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle

(2008/C 95/01)

SISUKORD

	<i>Lehekülg</i>
A. SISSEJUHATUS	4
B. KOONDUMISE MÕISTE	4
I. Varem sõltumatute ettevõtjate ühinemine	5
II. Kontrolli omandamine	5
1. Kontrolli mõiste	5
1.1. Kontrolli omandav isik või ettevõtja	5
1.2. Kontrolli vahendid	7
1.3. Kontrolli objekt	9
1.4. Püsiv kontrolli üleminek	10
1.5. Omavahel seotud tehingud	12
1.5.1. Artikli 3 ja artikli 5 lõike 2 teise lõigu vaheline seos	12
1.5.2. Artiklis 3 nimetatud omavahel seotud tehingud	12
1.5.3. Järjestikused tehingud väärtpaberitega	14
1.5.4. Artikli 5 lõike 2 teine lõik	15
1.6. Sisemine ümberkorraldamine	15
1.7. Riigiosalusega ettevõtjaid hõlmavad koondumised	15
2. Ainukontroll	16

	<i>Lehekülg</i>
3. Ühiskontroll	17
3.1. Hääleõiguste võrdsus või võrdõiguslikkus otsuseid tegevate organite liikmete nimetamisel	18
3.2. Vetoõigused	18
3.3. Hääleõiguste ühine kasutamine	19
3.4. Muud ühiskontrolliga seotud kaalutlused	21
III. Muutused kontrolli olemuses	21
1. Kontrolli omavate aktsionäride lisandumine	22
2. Aktsionäride arvu vähenemine	23
IV. Ühissettevõtteid – täieliku toimivuse mõiste	23
1. Turul sõltumatult toimimiseks piisavad ressursid	24
2. Emaettevõtja ühest konkreetsest funktsioonist erinevad tegevused	24
3. Ostu- ja müügisuhted emaettevõtjatega	24
4. Püsiv tegutsemine	26
5. Muutused ühissettevõtte tegevuses	27
V. Erandid	27
VI. Koondumisest loobumine	29
VII. Tehingute muutmine pärast komisjoni lubavat otsust	30
C. ÜHENDUSE SEISUKOHALT OLULISED KOONDUMISED	30
I. Piirmäärad	30
II. Asjaomaste ettevõtjate mõiste	31
1. Üldist	31
2. Ühinemised	31
3. Kontrolli omandamine	31
III. Oluline kuupäev pädevuse kindlaksmääramiseks	35
IV. Käive	35
1. Käibe mõiste	35
2. Tavapärane tegevus	36
3. Netokäive	37
3.1. Mahahindluste ja maksude mahaarvamine	37
3.2. Kontsernisisese käibe mahaarvamine	37
4. Käibe arvutamine ja finantsarvestus	37
4.1. Üldeeskirjad	37
4.2. Kohandamine pärast viimase auditeeritud aruande kuupäeva	38

	<i>Lehekülg</i>
5. Käibe omistamine vastavalt artikli 5 lõikele 4	39
5.1. Nende ettevõtjate kindlaksmääramine, kelle käivet tuleb arvesse võtta	39
5.2. Kindlaksmääratud ettevõtjate käibe jaotus	42
5.3. Investeeringufondide käibe jaotus	42
5.4. Riigi osalusega ettevõtjate käibe jaotus	43
V. Käibe geograafiline jaotus	43
VI. Käibe ümberarvestamine eurodesse	45
VII. Krediidi- ja muid finantsasutusi ning kindlustusettevõtjad käsitlevad sätted	45
1. Kohaldamisala	45
2. Käibe arvutamine	46
2.1. Krediidi- ja finantsasutuste (v.a finantsvaldusettevõtjad) käibe arvutamine	46
2.1.1. Üldist	46
2.1.2. Liisinguettevõtete käive	46
2.2. Kindlustusseltsid	47
2.3. Finantsvaldusettevõtjad	47

A. SISSEJUHATUS

- (1) Käesoleva teatise eesmärk on anda suuniseid nõukogu määrusega (EÜ) nr 139/2004 (EÜT L 24, 29.1.2003, lk 1; edaspidi „ühinemismäärus“) seotud pädevusküsimuste kohta ⁽¹⁾. Ametlikud suunised peaksid võimaldama ettevõtetel kiiremini ja juba enne komisjoniga kontakteerumist kindlaks teha, kas ja millises ulatuses võib ühenduse kontroll koondumiste üle hõlmata nende tehinguid.
- (2) Käesolev teatis asendab teatist koondumise mõiste kohta, ⁽²⁾ täielikult toimivate ühissettevõtete mõiste kohta, ⁽³⁾ asjaomaste ettevõtjate mõiste kohta ⁽⁴⁾ ja käibe arvutamise kohta ⁽⁵⁾.
- (3) Käesolevas teatises käsitletakse ühinemismääruse artiklites 1, 3 ja 5 sätestatud koondumiste, täielikult toimivate ühissettevõtete, asjaomaste ettevõtjate mõisteid ja käibe arvutamist. Koondumisasjade üleandmisega seotud küsimusi käsitletakse teatises üleandmise kohta ⁽⁶⁾. Artiklite 1, 3 ja 5 komisjonipoolne tõlgendus ei piira Euroopa Ühenduste Kohtu või Euroopa Ühenduste Esimese Astme Kohtu võimalikke tõlgendusi.
- (4) Käesolevas teatises esitatud suunised kajastavad komisjoni kogemusi ühinemismääruse uue redaktsiooni ja eelmise ühinemismääruse kohaldamisel pärast viimase jõustumist 21. septembril 1990. Määruse (EÜ) nr 139/2004 jõustumine ei muutnud käesoleva teatise hõlmata vaid küsimusi reguleerivaid üldpõhimõtteid, kuid tehtud muudatusi käsitletakse teatises üksikasjalikult. Komisjon kohaldab ja täiustab käesolevas teatises esitatud põhimõtteid üksikjuhtumeid käsitledes.
- (5) Artikli 1 kohaselt kohaldatakse ühinemismäärust üksnes nende tehingute suhtes, mille puhul on täidetud kaks tingimust. Esiteks peavad koonduma kaks või enam ettevõtjat ühinemismääruse artikli 3 tähenduses. Teiseks peab asjaomaste ettevõtjate käibe, mis on arvutatud kooskõlas artikliga 5, ületama määruse artiklis 1 sätestatud piirmäära. Esimest tingimust, st koondumist (sh ühissetevõtetele esitatavaid erinõudeid) käsitletakse käesoleva teatise B osas; asjaomaste ettevõtjate kindlakstegemist ja nende käibe arvutamist, mis on asjakohane teise tingimuse puhul, käsitletakse C osas.
- (6) Komisjon käsitleb küsimust oma pädevuse kohta koondumises ühinemismääruse artikli 6 kohastes otsustes ⁽⁷⁾.

B. KOONDUMISE MÕISTE

- (7) Ühinemismääruse artikli 3 lõike 1 kohaselt hõlmab koondumine üksnes neid tehinguid, mille tulemusena toimub püsiv kontrolli üleminek asjaomaste ettevõtete üle. Ühinemismääruse preambuli põhjenduses 20 selgitatakse, et koondumise mõiste on seotud tehingutega, mis toovad kaasa püsiva muutuse turu struktuuris. Kuna artiklis 3 ettenähtud kontroll keskendub koondumise mõistele, määratakse koondumise olemasolu suurel määral kindlaks pigem kvalitatiivsete kui kvantitatiivsete kriteeriumide alusel.

⁽¹⁾ Kui käesolevas teatises on vaja eristada määrust (EÜ) nr 139/2004 ja nõukogu määrust (EMÜ) nr 4064/89 (EÜT L 395, 30.12.1989, parandatud versioon EÜT L 257, 21.9.1990, lk 13, määrust on viimati muudetud määrusega (EÜ) nr 1310/97, EÜT L 180, 9.7.1997, lk 1, parandus EÜT L 40, 13.2.1998, lk 17), kasutatakse esimesele viidates nimetust „ühinemismääruse uus redaktsioon“ ja teisele viidates nimetust „eelmine ühinemismäärus“. Päriloluviiteta artiklid viitavad ühinemismääruse uuele redaktsioonile.

⁽²⁾ EÜT C 66, 2.3.1998, lk 5.

⁽³⁾ EÜT C 66, 2.3.1998, lk 1.

⁽⁴⁾ EÜT C 66, 2.3.1998, lk 14.

⁽⁵⁾ EÜT C 66, 2.3.1998, lk 25.

⁽⁶⁾ ELT C 56, 5.3.2005, lk 2.

⁽⁷⁾ Vt ka AG Kokott'i arvamust juhtumist C-202/06 Cementbouw vs. komisjon, 26. aprill 2007, punkt 56 (avaldamata).

(8) Ühinemismääruse artikli 3 lõikes 1 on määratletud kaks koondumise kategooriat:

- kahe või enama varem sõltumatu ettevõtja või nende osade ühinemisest tulenevad koondumised (punkt a);
- kontrolli omandamisest tulenevad koondumised (punkt b).

Neid käsitletakse vastavalt I ja II jaotises.

I. VAREM SÕLTUMATUTE ETTEVÕTJATE ÜHINEMINE

- (9) Ühinemine ühinemismääruse artikli 3 lõike 1 punktis a määratletud tähenduses toimub siis, kui kaks või enam sõltumatut ettevõtjat ühinevad uueks ettevõtjaks ning lõpetavad tegutsemise eraldiseisvate juriidiliste isikutena. Ühinemine või toimuda ka ettevõtja ülevõtmisel teise ettevõtja poolt, kui viimane säilitab oma õigusliku identiteedi, esimene aga lakkab juriidilise isikuna eksisteerimast ⁽⁸⁾.
- (10) Ühinemine ühinemismääruse artikli 3 lõike 1 punktis a määratletud tähenduses võib aset leida ka siis, kui õiguslikku ühinemist ei toimu, kuid varem sõltumatute ettevõtjate tegevuse ühendamise tulemusena tekib üks majandusüksus ⁽⁹⁾. Eelkõige võib see toimuda siis, kui kaks või enam ettevõtjat, säilitades oma juriidilise isiku staatuse, seavad lepinguga sisse majandustegevuse ühise juhtimise ⁽¹⁰⁾ või loovad börsil noteeritud kaksikettevõtte ⁽¹¹⁾. Kui see toob kaasa asjaomaste ettevõtjate faktilise liitumise üheks tegelikuks majandusüksuseks, peetakse tehingut ühinemiseks. Ühe majandusüksusena käsitamise eelduseks on majandustegevuse alalise ühise juhtimise olemasolu. Muudeks asjakohasteks teguriteks võivad olla ettevõttesisene kasumi ja kahjumi tasakaalustamine või kasumi jaotamine kontserni kuuluvate eri ettevõtjate vahel ja nende kaasvastutus või ühine välisriskide jagamine. Faktiline ühinemine võib põhineda ainult lepingulisel korral, ⁽¹²⁾ kuid seda võivad tugevdada ka majandusüksuse moodustavate ettevõtjate vahelised vastastikused osalused.

II. KONTROLI OMANDAMINE

1. Kontrolli mõiste

1.1. Kontrolli omandav isik või ettevõtja

- (11) Artikli 3 lõike 1 punktis b on sätestatud, et koondumisega on tegemist juhul, kui toimub kontrolli omandamine. Kõnealuse kontrolli võib omandada üks ettevõtja üksi tegutsedes või kaks või enam ettevõtjat ühiselt tegutsedes.

⁽⁸⁾ Vt näiteks juhtum COMP/M. 1673 – Veba/VIAG, 13. juuni 2000; juhtum COMP/M.1806 – AstraZeneca/Novartis, 26. juuli 2000; juhtum COMP/M.2208 – Chevron/Texaco, 26. jaanuar 2001 ja juhtum IV/M.1383 – Exxon/Mobil, 29. september 1999. Kui sihtettevõtte liidetakse omandava ettevõtte tütarettevõtjaga, nii et emaettevõtja omandab sihtettevõtja üle kontrolli vastavalt artikli 3 lõike 1 punktile b, ei ole tegemist ühinemisega artikli 3 lõike 1 punkti a tähenduses. Vt juhtum COMP/M.2510 – Cendant/Galileo, 24. september 2001.

⁽⁹⁾ Kontrolli küsimus võib olla asjakohane ettevõtja varasema iseseisvuse kindlakstegemisel, sest vastasel juhul võib ühinemine olla vaid kontsernisisene ümberkorraldus. Selles konkreetses kontekstis järgitakse kontrolli hindamisel allpool kirjeldatud üldmõistet ning see hõlmab nii õiguslikku kui ka faktilist kontrolli.

⁽¹⁰⁾ Seda võiks kohaldada näiteks Saksa õiguse Gleichordnungskonzerni juhtumi puhul, teatavate Prantsuse õiguse Groupements d'Intérêt Economique juhtumite puhul ja partnerluste ühinemise puhul, näiteks juhtum IV/M.1016 – Price Waterhouse/Coopers&Lybrand, 20. mai 1998.

⁽¹¹⁾ Juhtum IV/M.660 – RTZ/CRA, 7. detsember 1995; juhtum COMP/M.3071 – Carnival Corporation/P&O Princess II, 24. juuli 2002.

⁽¹²⁾ Vt juhtum IV/M.1016 – Price Waterhouse/Coopers&Lybrand, 20. mai 1998; juhtum COMP/M.2824 – Ernst & Young/Andersen Germany, 27. august 2002.

Teise ettevõtja üle kontrolli omav isik

- (12) Kontrolli võib omandada isik, kes juba (üksi või koos teistega) kontrollib vähemalt ühte teist ettevõtjat, või ka mitut isikut (kes kontrollivad teist ettevõtjat) ja ettevõtjat. Käesolevas tähenduses hõlmab mõiste „isik” avalik-õiguslikke asutusi, ⁽¹³⁾ eraettevõtjaid ning ka füüsilisi isikuid. Kui kontrolli omandab füüsiline isik, peetakse seda asjaomaste ettevõtjate struktuuri jäädavalt muutvaks üksnes siis, kui nimetatud füüsiline isik jätkab iseseisvat majandustegevust või kui ta kontrollib veel vähemalt ühte teist ettevõtjat ⁽¹⁴⁾.

Kontrolli omandaja

- (13) Kontrolli omandavad tavaliselt isikud või ettevõtjad, kellele kuuluvad või kellel on võimalus omandada asjaomaste lepingute alusel õigused, mis annavad kontrolli (artikli 3 lõike 3 punkt a). Siiski võib esineda ka olukordi, kus kontrolliva osaluse formaalne omanik ei ole see isik või ettevõtja, kellel tegelikult on reaalne võim osalusest tulenevate õiguste kasutamise üle. Näiteks võib selline olukord tekkida, kui ettevõtja kasutab kontrolliva osaluse omandamiseks teist isikut või ettevõtjat ning kasutab õigusi selle isiku või ettevõtja kaudu, st viimane on formaalselt õiguste omanikuks, kuid toimib vaid vahendina. Sellises olukorras omandab kontrolli ettevõtja, kes on tegelikult tehingu taga ja kellel on sihtettevõtja üle tegelik kontroll (artikli 3 lõike 3 punkt b). Esimese Astme Kohus on kõnealusest sättest järeldanud, et ettevõtte valduses olevad kontrolliõigused võib omistada tema ainu-, enamus- või ühiskontrolli teostavatele aktsionäridele, sest nimetatud ettevõtted peavad igal juhul järgima kõnealuste aktsionäride otsuseid ⁽¹⁵⁾. Kontrolliv osalus, mille omanikuks on kontserni eri ettevõtted, omistatakse tavaliselt ettevõtjale, kes kontrollib erinevaid õiguste formaalseid valdajaid. Teistel juhtudel võivad sellise kaudse kontrolli tõendamiseks vajalike tõendite hulka kuuluda kas üksikult või koos niisugused asjaolud nagu osalused, lepingulised suhted, rahastamisallikas või perekondlikud sidemed ning neid tuleb hinnata iga juhtumi puhul eraldi ⁽¹⁶⁾.

Kontrolli omandamine investeerimisfondide poolt

- (14) Kui kontrolli omandab investeerimisfond, võivad tekkida eriprobleemid. Komisjon analüüsib investeerimisfonde hõlmavaid struktuure iga juhtumi puhul eraldi, kuid komisjoni varasemate kogemuste põhjal saab kirjeldada selliste struktuuride mõningaid üldisi jooni.
- (15) Investeerimisfondi õiguslikuks vormiks on sageli usaldusühing, milles investorid osalevad usaldusosanikena, kellel tavaliselt ei ole ainu- ega ka ühiskontrolli fondi üle. Investeerimisfondid omandavad tavaliselt aktsiaid ja hääleõigusi, mis annavad neile kontrolliõiguse investeerimisühingute üle. Olenevalt asjaoludest kasutab kontrolli harilikult fondi loonud investeerimisühing, sest fond on tavaliselt lihtsalt investeerimisvahend; eriolukorras võib kontrolli teostada fond ise. Investeerimisühing teostab kontrolli tavaliselt organisatsioonilise struktuuri vahenditega, st kontrollides fondiühingu täisosanikku, või lepinguliste kokkulepete, näiteks nõustamislepingute kaudu või kombineerides mõlemaid. See võib olla nii isegi juhul, kui investeerimisühing ise ei ole täisosanikuna tegutseva ettevõtja omanik, kuid selle aktsionärid on füüsilised isikud (kes võivad olla seotud investeerimisühinguga) või usaldusfond.

⁽¹³⁾ Sealhulgas riik ise, nt Belgia riigiga seotud juhtum IV/M.157 – Air France/Sabena, 5. oktoober 1992, või muud avalik-õiguslikud asutused, nagu Treuhandanstalt juhtum IV/M.308 – Kali und Salz/MDK/Treuhand, 14. detsember 1993. Vt siiski ühinemismääruse põhjendus 22.

⁽¹⁴⁾ Juhtum IV/M.82 – Asko/Jakobs/Adia, 16. mai 1991, milles oli asjaomaseks ettevõtjaks eraisik; juhtum COMP/M3762 – Apax/Travelex, 16. juuni 2005 milles ei peetud ühiskontrolli omandanud eraisikut asjaomaseks ettevõtjaks.

⁽¹⁵⁾ Otsus kohtuasjas T-282/02 Cementbouw vs. komisjon, punkt 72 [2006] EKL II-319.

⁽¹⁶⁾ Vt juhtum M.754 – Anglo American Corporation/Lonrho, 23. aprill 1997.

Lepingulised kokkulepped investeerimisühinguga, eelkõige nõustamislepingud, muutuvad veelgi olulisemaks, kui täisosanikul puuduvad investeerimisühingu juhtimiseks vajalikud vahendid ja personal, olles vaid ettevõtte, mille toiminguid teostavad investeerimisühinguga seotud isikud. Sellises olukorras omandab investeerimisühing tavaliselt kaudse kontrolli ühinemismääruse artikli 3 lõike 1 punkti b ja artikli 3 lõike 3 punkti b tähenduses ja ta võib teostada õigusi, mille otsene valdaja on investeerimisfond ⁽¹⁷⁾.

1.2. **Kontrolli vahendid**

- (16) Ühinemismääruse artikli 3 lõikes 2 määratletakse kontrolli kui ettevõtjale otsustava mõju avaldamise võimalust. Seetõttu ei ole vaja tõestada, kas otsustavat mõju tegelikult kasutatakse või hakatakse kasutama. Mõjutamise võimalus peab olema siiski tõeline ⁽¹⁸⁾. Lisaks on artikli 3 lõikes 2 sätestatud, et ettevõtja otsustav mõjutamine võib toimuda õiguste, lepingute või muude vahendite kaudu, mis annavad selleks võimaluse kas eraldi või ühiselt, ning vastavaid asjaolusid või õigusnorme arvestades. Koondumine võib toimuda õiguslikul või faktilisel alusel, ainu- või ühiskontrollina ning see võib hõlmata ühte või mitut ettevõtjat või nende osi (vt artikli 3 lõike 1 punkt b).

Aktsiate või vara omandamisest tulenev kontroll

- (17) Kas tehing toob kaasa kontrolli omandamise, oleneb mitmest õiguslikust ja/või faktilisest asjaolust. Kõige tavalisem kontrolli omandamise viis on aktsiate omandamine, millega võib kaasnedda ka aktsionäride lepingu sõlmimine (ühiskontrolli puhul) või varade omandamine.

Kontrolli omandamine lepingu alusel

- (18) Kontrolli saab omandada ka lepingu alusel. Kontrolli andmiseks tuleb lepingus teise ettevõtja juhtimise ja vahendite üle sätestada samasugune kontroll, nagu aktsiate või varade omandamise puhul. Lisaks juhtimise ja varade kontrolli üleandmisele peab selline leping olema pikaajaline (tavaliselt lepingu alusel õigused üle andnud poole õigusega lõpetada leping ennetähtaegselt). Ainult selline leping saab muuta turu struktuuri ⁽¹⁹⁾. Selline leping on näiteks riigi õiguse kohaselt sõlmitud organisatsioonileping või muud liiki leping, ⁽²⁰⁾ näiteks ettevõtte rendileping, millega antakse omandajale kontroll juhtimise ja varade üle, hoolimata sellest, et omandiõiguste või aktsiate üleandmist ei toimu. Seoses sellega on artikli 3 lõike 2 punktis a täpsustatud, et kontroll võib tuleneda ka omandiõigusest või õigusest osaliselt või täielikult kasutada ettevõtja vara. ⁽²¹⁾ Selline leping võib kaasa tuua ühiskontrolli, kui nii varade omanikul kui ka juhtimist kontrollival ettevõtjal on strateegiliste ärialaoste otsuste vastuvõtmisel vetoõigus ⁽²²⁾.

⁽¹⁷⁾ Kirjeldatud struktuur mõjutab ka käibe arvutamist investeerimisfondidega seotud olukorras; vt punkti 189 ja järgnevad.

⁽¹⁸⁾ Otsus kohtuasjas T-282/02 Cementbouw vs. komisjon, punkt 58 [2006] EKL II-319.

⁽¹⁹⁾ Juhtum COMP/M.3858 – Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien, 20. juuli 2005, oli juhtimislepingu kehtivusaeg 10–15 aastat; juhtum COMP/M.2632 – Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, 11. veebruar 2002, kestis leping 8 aastat.

⁽²⁰⁾ Sellised riigi õiguse alusel sõlmitud erilepingud on näiteks Saksa õiguse alusel sõlmitud „Beherrschungsvertrag” ja Portugali õiguse alusel sõlmitud „Contrato de subordinação”; kõikides liikmesriikides ei ole selliseid lepinguid sõlmitud.

⁽²¹⁾ Juhtum COMP/M.2060 – Bosch/Rexroth, 12. jaanuar 2001, mis käsitleb kontrolli lepingut (Beherrschungsvertrag) koos ettevõtte rendilepinguga; juhtum COMP/M.3136 – GE/Agfa NDT, 15. detsember 2003, mis käsitleb erilepingut, millega anti üle ettevõtluse vahendite, juhtimise ja riskide kontroll; juhtum COMP/M.2632 – Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, 11. veebruar 2002, mis käsitleb ettevõtte rentimist.

⁽²²⁾ Juhtum COMP/M.3858 – Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien, 20. juuli 2005; vt samuti juhtum IV/M.126 – Accor/Wagon-Lits, 28. aprill 1992, mis on seotud ühinemismääruse artikli 5 lõike 4 punktiga b.

Kontrolli omandamine muul viisil

- (19) Nimetatud kaalutlusi silmas pidades ei anna frantsiisileping tavaliselt frantsiisandjale frantsiisivõtja üle kontrolli. Tavaliselt kasutab frantsiisivõtja ettevõtluse vahendeid omal äranägemisel, kuigi oluline osa vahenditest võib kuuluda frantsiisandjale ⁽²³⁾. Lisaks ei ole koondumised pelgalt rahalised kokkulepped, näiteks müügi- ja renditehingud, mille puhul lepingu lõppedes on võimalik varad tagasi osta, sest nendega ei muutu kontroll juhtimise ja varade üle.
- (20) Lisaks saab kontrolli omandada ka muul viisil. Kontrolli omandamisel võivad otsustavaks saada puhtalt majanduslikud suhted. Erandjuhtudel võib faktilise kontrollini viia majanduslik sõltuvus, näiteks kui väga olulised pikaajalised tarnelepingud või tarnijate või tarbijate antav krediit võimaldavad koostöimes struktuuriliste sidemetega otsustavat mõjutamist ⁽²⁴⁾. Sellises olukorras analüüsib komisjon hoolikalt, kas kõnealused majandussuhted koos muude sidemetega on piisavad, et ettevõtja üle saavutaks alalise kontrolli mõni teine ettevõtja ⁽²⁵⁾.
- (21) Kontrolli omandamine võib toimuda ka juhul, kui pooled seda oma kavatsusena ei deklareeri või kui omandaja kavatsused on üksnes passiivsed ja kontroll omandatakse kolmandate poolte algatusel. See võib toimuda näiteks olukorras, kus kontrolli muutumine, eriti ühiskontrollist ainukontrolliks, tuleneb aktsiate pärimisest või aktsionäri lahkumisest ⁽²⁶⁾. Selliseid olukordi hõlmab artikli 3 lõike 1 punkt b, kus on sätestatud, et kontrolli omandamine võib toimuda „mis tahes muul viisil”.

Kontroll ja riigi äriõigus

- (22) Liikmesriikide õigusaktides võib sätestada ettevõtjasisese otsustamisega seotud organite struktuuri erieeskirjad. Kuigi kõnealuste õigusaktidega võib osa kontrolli anda isikutele, kes ei ole aktsionärid, s.t eelkõige töötajate esindajatele, ei hõlma ühinemismääruses sätestatud kontrolli mõiste selliseid mõjutamisvahendeid, kuna ühinemismäärus keskendub otsustavale mõjule, mis tuleneb õigustest, varadest, lepingutest või samaväärsetest faktilistest vahenditest. Põhikirjas või üldkohaldatavates õigusaktides sätestatud piirangud, mis käsitlevad juhatusse kuuluda võivaid isikuid, näiteks sätted, millega nähakse ette, et juhatusse ei tohi kuuluda emaettevõtete esindajad, ei välista kontrolli olemasolu, kui aktsionärid otsustavad otsuseid tegevate organite koosseisu ⁽²⁷⁾. Hoolimata riigi õiguse sätetest, mis näevad ette, et ettevõtte juhtorgan peab ettevõtet käsitlevad otsused vastu võtma ettevõtte huvisid silmas pidades, on hääleõiguslikel isikutel kõnealuste otsuste vastuvõtmise õigus ja seega ka võimalus ettevõtet otsustavalt mõjutada ⁽²⁸⁾.

⁽²³⁾ Juhtum M.940 – UBS/Mister Minit, mis on seotud ühinemismääruse artikli 5 lõike 4 punktiga b. Frantsiisühete käsitlemise kohta konkurentsi hindamisel vt juhtum COMP/M.4220 – Food Service Project/Tele Pizza, 6. juuni 2006; juhtum IV/M.126 – Accor/Wagon-Lits, 28. aprill 1992, on erinev. Kõnealuses juhtumises oli hotelliettevõtjal õigus juhtida ka hotelle, milles tal oli üksnes vähemusosalus, sest ta oli sõlminud pikaajalised hotelli juhtimislepingud, mis andsid talle õiguse mõjutada kõnealuste hotellide igapäevast tegevust, sh eelarveküsimusi käsitlevaid otsuseid.

⁽²⁴⁾ Juhtum IV/M.794 – Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB, 22. jaanuar 1997; juhtum IV/ECSC.1031 – US/Sollac/Bamesa, 28. juuli 1993; juhtum IV/M.625 – Nordic Capital/Transpool, 23. august 1995; kriteeriumide kohta vt ka juhtum IV/M.697 – Lockheed Martin Corporation/Loral Corporation, 27. märts 1996.

⁽²⁵⁾ Vt juhtum IV/M.258 – CCIE/GTE, 25. september 1992, milles komisjon ei tuvastanud kontrolli olemasolu, sest asjaomased ärilepingud olid ajutised.

⁽²⁶⁾ Juhtum COMP/M.3330 – RTL/M6, 12. märts 2004; juhtum COMP/M.452 – Avesta (II), 9. juuni 1994.

⁽²⁷⁾ Otsus kohtuasjas T-282/02 Cementbouw vs. komisjon, punktid 70, 73 ja 74, [2006] EKL II-319.

⁽²⁸⁾ Otsus kohtuasjas T-282/02 Cementbouw vs. komisjon, punkt 79 [2006] EKL II-319.

Kontroll muudes õigusvaldkondades

- (23) Ühinemismääruse kohane kontrolli mõiste võib erineda mõistest, mida kohaldatakse konkreetsetes, näiteks usaldatavusnormatiivide, maksustamise, lennustranspordi või meediaga seotud ühenduse ja riiklikes õigusvaldkondades. Seega ei ole teistes valdkondades kasutatavad kontrolli mõiste määratlused ühinemismääruses sätestatud kontrolli mõiste suhtes tingimata otsustavad.

1.3. Kontrolli objekt

- (24) Ühinemismääruse artikli 3 lõike 1 punktis b ja lõikes 2 on sätestatud, et kontrolli objektiks võivad olla üks või mitu juriidilisest isikust ettevõtjat või nende osad või nende varad või üksnes osa kõnealustest varadest. Kontrolli omandamist varade üle peetakse koondumiseks üksnes juhul, kui kõnealused varad moodustavad terve ettevõtja või selle osa, st turul tegutseva majandusüksuse, millel on selgelt olemas turukäive⁽²⁹⁾. Kõnealustele kriteeriumidele võib vastata ettevõtte kliendibaasi üleandmine, kui sellest piisab turukäibega majandusüksuse üleandmiseks⁽³⁰⁾. Koondumiseks võib pidada ka tehinguid, mis piirduvad immateriaalsete varadega, nagu kaubamärgid, patendid või autoriõigused, kui nimetatud varad moodustavad turukäibega majandusüksuse. Igal juhul vastab kaubamärkide, patentide või autoriõigustega seotud litsentside üleandmine ilma täiendavate varade üleandmiseta nimetatud kriteeriumidele vaid siis, kui litsentsid on vähemalt teataval territooriumil ainulitsentsid ja kõnealuste litsentside üleandmisega antakse üle käivet tekitav tegevus⁽³¹⁾. Lihtlitsentside puhul on välistatud, et nad moodustavad eraldi majandusüksuse, millele on omistatav turukäive.
- (25) Probleemid tekivad siis, kui ettevõtja tellib ettevõtjasisesed teenused või toodete tootmise ettevõtjaväliselt teenuseosutajalt. Tavaliselt ostetakse IT-teenuseid spetsialiseerunud IT-ettevõtelt. Allhankelepinguid võib olla mitmesuguseid; nende ühiseks jooneks on see, et allhankija osutab kliendile teenust, mida viimane varem osutas ettevõtte sees ise. Lihtsa allhankega ei kaasne varade või töötajate üleandmist allhankijast teenuseosutajale, vaid tavaliselt jäävad varad või töötajad kliendile. Selline allhankeleping on sarnane tavalisele teenuste lepingule ja isegi kui allhankijast teenuseosutaja omandab teenuseostja varade või töötajate juhtimise õiguse, ei ole tegemist koondumisega, kui varasid ja töötajaid kasutatakse üksnes kliendi teenindamiseks.
- (26) Olukord võib olla teistsugune siis, kui lisaks sellele, et allhankija võtab üle varem ettevõttesiseselt osutatud teenuste osutamise, antakse talle üle ka sellega seotud varad ja/või töötajad. Sellisel juhul on koondumisega tegemist üksnes siis, kui varad moodustavad terve ettevõtja või selle osa, st turul tegutseva ettevõtte. See tähendab, et müüja varad, mida varem kasutati ettevõttesiseses tegevuses, võimaldavad allhankijast teenuseosutajal kas siis kohe või veidi aega pärast üleandmist osutada teenust mitte ainult allhanke tellinud kliendile, vaid ka kolmandatele isikutele. Nii juhtub, kui üleandmine on seotud ettevõttesisese äriüksusega või tütar-ettevõtjaga, kes juba osutab kolmandatele isikutele teenuseid. Kui kolmandatele isikutele teenuseid veel ei osutata, peaksid tootmise puhul üleantavate varade hulka kuuluma tootmishooned, tootega seotud oskusteave (piisab, kui üleantud varad võimaldavad lähitulevikus sellise suutlikkuse välja arendada) ja kui puudub juurdepääs turule, vahendid, mille abil

⁽²⁹⁾ Vt näiteks juhtum COMP/M. 3867 – Vattenfall/Elsam and E2 Assets, 22. detsember 2005.

⁽³⁰⁾ Juhtum COMP/M.2857 – ECS/IEH, 23. detsember 2002.

⁽³¹⁾ Lisaks on litsentsi andmise või patendilitsentsi üleandmise puhul tegu koondumisega üksnes juhul, kui seda tehakse jäädavalt. Sellisel juhul rakendatakse samu põhimõtteid mis eespool 18. punktis kirjeldatud (pikaajalise) lepinguga kontrolli omandamise puhul.

ostja saab lühikese aja jooksul turule minna (sh nt olemasolevad lepingud või kaubamärgid) ⁽³²⁾. Teenuste osutamise puhul peaksid üleantavate varade hulka kuuluma vajalik oskusteave (nt vastavad töötajad ja intellektuaalomand) ning turulepääsu võimaldavad vahendid (nt turustusvahendid) ⁽³³⁾. Seega peavad üleantavate vahendite hulka kuuluma vähemalt need põhielemendid, mis võimaldavad omandajal saavutada teatav turuosa sama aja jooksul, mis kulub ühissettevõtte loomisele, nagu on kirjeldatud allpool punktides 97 ja 100. Nagu ka ühissettevõtete puhul, võtab komisjon selle hindamisel arvesse põhjendatud äriplaani ja turu üldist iseloomu.

- (27) Kui üleantud varad ei võimalda ostjal isegi turul osaleda, kasutatakse neid tõenäoliselt üksnes teenuse osutamiseks allhanke tellinud kliendile. Sellisel juhul ei muuda tehing turu struktuuri jäädavalt ja allhankaleping sarnaneb taas teenuste lepingule. Selline tehing ei kujuta endast koondumist. Eritingimusi, mille puhul allhanketeenuste osutamise eesmärgil ühissettevõtte asutamist peetakse koondumiseks, kirjeldatakse käesoleva teatise jaotises, mis käsitleb täielikult toimivaid ühissettevõtteid.

1.4. Püsiv kontrolli üleminek

- (28) Ühinemismääruse artikli 3 lõikes 1 on koondumise mõiste määratletud nii, et see hõlmab üksnes neid tehinguid, mille tulemusel toimub püsiv kontrolli üleminek ja mis toovad kaasa muutuse turu struktuuris, nagu on lisatud põhjenduses 20. Seega ei käsitle ühinemismäärus tehinguid, mille tulemusel antakse kontroll üle üksnes ajutiselt. Kontrolli jäädavat üleminekut ei välista siiski asjaolu, et selle aluseks olevad lepingud sõlmitakse kindla tähtajaga, eeldusel et kõnealuseid lepinguid saab pikendada. Koondumine võib toimuda isegi siis, kui lepingul on kindel lõpptähtaeg, kuid lepingu kehtivusaeg on piisavalt pikk, et toimuks asjaomaste ettevõtjate kontrolli jääv üleminek ⁽³⁴⁾.
- (29) Asjaolu, kas tehing muudab turu struktuuri jäädavalt, on oluline, kui hinnatakse mitut järjestikust tehingut, millest ainult esimene on seotud üleminekuga. Seoses sellega saab eristada mitut võimalust.
- (30) Ühe võimalusena ühineb mitu ettevõtjat üksnes teise ettevõtja omandamise eesmärgil ning kokkuleppe alusel, mille järgi jagatakse omandatud varad kohe pärast tehingu tegemist vastavalt eelnevalt koostatud kavale. Sellisel juhul omandavad üks või mitu ettevõtjat esimese sammuna kogu sihtettevõtja. Teise sammuna jagatakse omandatud varad mitme ettevõtja vahel. Seetõttu tekib küsimus, kas esimest tehingut tuleb pidada eraldi koondumiseks, millega omandati ainukontroll kogu sihtettevõtja üle (ühe ostja puhul) või ühiskontroll (mitme ostja puhul), või saab koondumiseks pidada üksnes teise etapi omandamisi, millega iga omandav ettevõtja omandab vastava osa sihtettevõtjast.

⁽³²⁾ Vt juhtum COMP/M.1841 – Celestica/IBM, 25. veebruar 2000; juhtum COMP/M.1849 – Sollectron/Ericsson, 29. veebruar 2000; kohtuasja COMP/M.2479 – Flextronics/Alcatel, 29. juuni 2001; juhtum COMP/M.2629 – Flextronics/Xerox, 25. november 2001.

⁽³³⁾ Ühissetevõtetega seoses vt juhtum IV/M.560 – EDS/Lufthansa, 11. mai 1995; juhtum COMP/M.2478 – IBM Italia/Business Solutions/JV, 9. juuni 2001.

⁽³⁴⁾ Ühissetevõtetega seoses vt juhtum COMP/M.2903 – DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, 30. aprill 2003, kus piisavaks peeti 12-aastast perioodi; juhtum COMP/M.2632 – Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, 11. veebruar 2002, kus lepingu kestuseks oli 8 aastat. Juhtum COMP/M.3858 Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien, 20. juuli 2005, leidis komisjon, et 10–15aastane miinimumperiood on piisav, kuid kolmeaastane mitte. Kontrolli omandamine aktsiate või varade ostu teel ei ole tavaliselt piiratud konkreetse ajavahemikuga ja seda loetakse seetõttu juba iseenesest kontrolli püsiva muutuse esilekutsujaks. Vaid punktis 29 ja järgnevatel punktides esitatud asjaolude korral peetakse kontrolli omandamist aktsiate või varade müügi teel erandkorras ajutiseks ja seetõttu ei kaasne kontrolli püsivat üleminekut asjaomaste ettevõtjate puhul.

- (31) Komisjon leiab, et esimene tehing ei kujuta endast koondumist, ja uurib kontrolli omandamist lõpliku omandaja poolt, kui on täidetud teatavad tingimused: esiteks peavad ostjad järgnevas jagamises kokku leppima õiguslikult siduval viisil. Teiseks ei tohi olla mingit kahtlust, et teine etapp, st omandatud varade jagamine, toimub peagi pärast esimest omandamist. Komisjon leiab, et tavaliselt tuleks varad jaotada kõige rohkem ühe aasta jooksul ⁽³⁵⁾.
- (32) Kui mõlemad tingimused on täidetud, ei kaasne esimese omandamisega jäädavaid struktuurilisi muutusi. Omandaja(te) ja sihtettevõtte kui terviku majandusjõudude tegelikku koondumist ei toimu, sest omandatud varasid ei hoita jagamatuna püsivalt, vaid ainult ajal, mis kulub omandatud varade koheheks jagamiseks. Sellisel juhul on koondumisega tegemist ainult teises etapis toimuva ettevõtja eri osade omandamise puhul, kusjuures iga omandamine eri ostja poolt on eraldi koondumine. Seejuures ei ole oluline, kas esimeses omandamises osales ainult üks ettevõtja ⁽³⁶⁾ või olid omandajateks teises etapis osalevad ettevõtjad ühiselt ⁽³⁷⁾. Igal juhul tuleb märkida, et heakskiitmise otsusega antakse terve sihtettevõtja ülevõtmiseks luba ainult siis, kui sellele järgneb veidi aja pärast varade jagamine ja sihtettevõtja osad müüakse otse edasi vastavatele lõppostjatele.
- (33) Kui kõnealused tingimused ei ole täidetud, s.t eelkõige kui ei ole kindel, kas teine etapp toimub veidi aega pärast esimest omandamist, peab komisjon esimest tehingut siiski eraldi koondumiseks, mis hõlmab sihtettevõtjat tervikuna. See on nii näiteks juhul, kui esimene tehing võib toimuda teisest tehingust sõltumata, ⁽³⁸⁾ või kui sihtettevõtja jagamiseks on vaja pikemat üleminekuaega ⁽³⁹⁾.
- (34) Teise võimalusena teostatakse tehing, mille tulemusel omandatakse algperioodiks ühiskontroll, kuid õiguslikult siduva kokkuleppega muudetakse ühiskontroll ühe aktsionäri ainukontrolliks. Kuna ühiskontrolli puhul ei tohi toimuda kontrolli püsivat üleminekut, võib tervet tehingut pidada ainukontrolli omandamiseks. Varem nõustus komisjon kuni kolme aasta pikkuse algperioodiga ⁽⁴⁰⁾. See näib olevat liiga pikk aeg, et välistada ühiskontrolli mõju turu struktuurile. Seega ei tohiks kõnealune aeg olla pikem kui üks aasta ja ühiskontroll peaks olema loomult ajutine ⁽⁴¹⁾. Üksnes sellise suhteliselt lühikese aja jooksul on ebatõenäoline, et ühiskontroll mõjutab märgatavalt turu struktuuri, mille tulemusel toimub kontrolli püsiv üleminek.
- (35) Kolmanda võimalusena „hoiustatakse” ettevõtja vaheostja juures (milleks on sageli pank) vastavalt lepingule, millega nähakse ette majandusüksuse edaspidine müük lõplikule omandajale. Vaheostja omandab tavaliselt aktsiad lõpliku omandaja nimel, viimane võtab tihti enda kanda ka peamise osa majandusriskidest ja talle võidakse omistada teatavaid õigusi. Sellistel asjaoludel teostatakse esimene tehing ainult teise tehingu soodustamiseks ja esimene ostja on seotud otse lõpliku omandajaga.

⁽³⁵⁾ Vt nt COMP/M. juhtumid COMP/M.3779 – Pernod Ricard/Allied Domecq, 24. juuni 2005 ja COMP/M.3813 – Fortune Brands/Allied Domecq, 10. juuni 2005, milles tuli varad jagada kuue kuu jooksul pärast omandamist.

⁽³⁶⁾ Olukorra kohta, kus esimeseks omandajaks on ainult üks ettevõtja, vt juhtum COMP/M.3779 – Pernod Ricard/Allied Domecq, 24. juuni 2005 ja juhtum COMP/M.3813 – Fortune Brands/Allied Domecq/Pernod Ricard, 10. juuni 2005; juhtum COMP/M.2060 – Bosch/Rexroth, 12. jaanuar 2001.

⁽³⁷⁾ Ühisomandamise kohta vt juhtum COMP/M.1630 – Air Liquide/BOC, 18. jaanuar 2000; juhtum COMP/M.1922 – Siemens/Bosch/Atecs, 11. august 2000; juhtum COMP/M.2059 – Siemens/Dematic/VDO, 29. august 2000.

⁽³⁸⁾ Vt juhtum COMP/M.2498 – UPM-Kymmene/Haindl, 21. november 2001 ja juhtum COMP/M.2499 – Norske Skog/Parenco/Walsum, 21. november 2001.

⁽³⁹⁾ Juhtum COMP/M.3372 – Carlsberg/Holsten, 16. märts 2004.

⁽⁴⁰⁾ Juhtum IV/M.425 – British Telecom/Santander, 28. märts 1994.

⁽⁴¹⁾ Vt juhtum M.2389 – Shell/DEA, 20. detsember 2001, milles ainukontrolli lõplikul omandajal oli ühiskontrolli ajal ettevõtte juhtimise üle suur mõju; juhtum M.2854 – RAG/Degussa, 18. november 2002, milles üleminekuaeg oli ette nähtud selleks, et aidata kaasa ühinemisyärgsetele ettevõttesisestele ümberkorraldustele.

Vastupidiselt punktides 30–33 kirjeldatud esimese stsenaariumi olukorrale, ei ole asjaga seotud ükski muu lõplik omandaja, sihtettevõtja ei muutu ja tehingutesarja algatab ainus lõplik omandaja ainuisikuliselt. Alates käesoleva teatise vastuvõtmise kuupäevast vaatleb komisjon kontrolli omandamist lõpliku omandaja poolt nii nagu näevad ette osapoolte kokkulepped. Komisjon käsitleb tehingut, mille tulemusel vaheostja omandab kõnealustel asjaoludel esimese etapina kontrolli, ühe koondumisena, mis tähendab püsivat kontrolli omandamist lõpliku ostja poolt.

1.5. Omavahel seotud tehingud

1.5.1. Artikli 3 ja artikli 5 lõike 2 teise lõigu vaheline seos

- (36) Mitut tehingut saab käsitleda ühe ja sama koondumisena ühinemismääruses määratletud tähenduses kas vastavalt artiklis 3 sätestatud üldeeskirjale (kui tehingud on üksteisest sõltumatud) või artikli 5 lõike 2 teises lõigus sätestatud eritingimusele.
- (37) Ühinemismääruse artikli 5 lõike 2 teise lõigu reguleeritakse artiklis 3 kirjeldatust erinevat olukorda. Artiklis 3 on esitatud üldist ja sisulist laadi koondumise mõiste määratlus, kuid ei anta otseselt vastust küsimusele komisjoni pädevuse kohta koondumise asjades. Artikli 5 eesmärk on täpsustada ühinemismääruse kohaldamisala, määrares kindlaks käibe, mida tuleb arvesse võtta, kui otsustatakse selle üle, kas koondumine on ühenduse seisukohast oluline, ning artikli 5 lõike 2 teine lõik annab komisjonile võimaluse käsitada asjaomaste ettevõtjate käibe arvutamisel kahte või enam tehingut ühe koondumisena. Seega peab artikli 5 lõike 2 teises lõigus käsitletud küsimusele loogiliselt eelnema hindamine artikli 3 alusel, kas mitme tehingu tulemuseks üks koondumine või kas kõnealuste tehingute tulemuseks on mitu koondumist ⁽⁴²⁾.

1.5.2. Artiklis 3 nimetatud omavahel seotud tehingud

- (38) Artikli 3 lõikes 1 sätestatud üldine ja lõpptulemusele keskendunud koondumise mõiste – mille tulemusel omandatakse kontroll ühe või mitme ettevõtja üle – viitab sellele, et kui lõpptulemuseks on üks koondumine, ei ole oluline, kas kontroll omandatakse ühe või mitme õigusliku tehinguga. Kaks või mitu tehingut moodustavad ühe koondumise artikli 3 tähenduses, kui neil on üks ja sama eesmärk. Seega tuleks kindlaks teha, kas tehingutega antakse ühele või mitmele ettevõtjale otsene või kaudne majanduslik kontroll ühe või mitme teise ettevõtja tegevuse üle. Selleks tuleb kindlaks teha, milline on tehingute aluseks olev tegelik majanduslik olukord ja millist majanduslikku eesmärki pooled soovivad saavutada. Teisisõnu, selleks et teha kindlaks, kas asjaomastel tehingutel on üks ja sama eesmärk, tuleb igal üksikul juhul kindlaks teha, kas tehingud on omavahel seotud selliselt, et ühte tehingut ei oleks tehtud teiseta ⁽⁴³⁾.
- (39) Ühinemismääruse põhjenduses 20 selgitatakse, et ühe koondumisena on kohane käsitada omavahel tihedalt seotud tehinguid, st tehinguid, millel on ühine tingimus. Seega vastab Esimese Astme Kohtu poolt Cementbouw kohtuasjas sätestatud tingimus, ⁽⁴⁴⁾ et tehingud peavad üksteisest sõltuma, põhjenduses 20 esitatud selgitusele, et tehinguid seob ühine tingimus.
- (40) Selline üldine käsitlusviis tähendab teisest küljest aga seda, et ühinemismääruse kohaselt tuleks tehinguid, millel on ühed ja samad poolte saavutatavad majanduslikud eesmärgid, analüüsida ühe menetluse raames. Sellisel juhul muudavad kõnealused tehingud kõik koos turu struktuuri. Kuna aga erinevad tehingud ei ole omavahel seotud ja pooled jätkaksid ühe tehingu tegemist ka siis, kui teised ebaõnnestuksid, tuleks kõnealuste tehingute kokkusobivust ühinemismäärusega hinnata eraldi.

⁽⁴²⁾ Otsus kohtuasjas T-282/02 Cementbouw vs. komisjon, punktid 113-119 [2006] EKL II-319.

⁽⁴³⁾ Otsus kohtuasjas T-282/02 Cementbouw vs. komisjon, punktid 104-109 [2006] EKL II-319.

⁽⁴⁴⁾ Otsus kohtuasjas T-282/02 Cementbouw vs. komisjon, punktid 106-109 [2006] EKL II-319.

- (41) Mitut tehingut, isegi kui neid seob ühine tingimus, saab ühe koondumisena käsitada üksnes siis, kui lõpuks omandab kontrolli üks ja sama ettevõtja (ühed ja samad ettevõtjad). Ainult sellisel juhul on kahel või enamal tehingul üks eesmärk ja need moodustavad seega ühe koondumise artikli 3 tähenduses ⁽⁴⁵⁾. Siia ei kuulu ühissettevõtete jagunemised, millega ettevõtja eri osad jagatakse selle endiste emaettevõtjate vahel. Komisjon käsib selliseid tehinguid eraldiseisvate koondumistena ⁽⁴⁶⁾. Sama kehtib ka tehingute kohta, millega kaks (või enam) ettevõtet vahetavad varasid tehingute teel, millega ühissettevõtte jagatakse osadeks või vahetatakse omavahel varasid. Kuigi pooled peavad kõnealuseid tehinguid tavaliselt üksteisest sõltuvaks, tuleb ühinemismääruse kohaselt iga tehingu tulemust hinnata eraldi: mitu ettevõtjat omandavad kontrolli eri varade üle, iga omandava ettevõtja puhul on vahendite koosseis erinev ja iga kontrolli omandamise mõju turule tuleb vastavalt ühinemismäärusele hinnata eraldi.
- (42) Eri astme kontrolli omandamine (näiteks ühiskontroll ühe ettevõtte üle ja ainukontroll teise ettevõtte üle) tõstatab teatavaid küsimusi. Ühinemismääruse kohaselt peetakse tehingut, millega ettevõtja ühe osa üle omandatakse ühiskontroll ja teise osa üle ainukontroll, kaheks eraldi koondumiseks ⁽⁴⁷⁾. Kõnealused tehingud kujutavad endast ainult ühte koondumist siis, kui neil on üks eesmärk ja ainukontrolli omandav ettevõtja omandab ka ühiskontrolli. Igal juhul peetakse sellist tehingut üheks koondumiseks, kui selle tulemusena omandatakse rühm ettevõtjaid, kuhu kuuluvad nii ainukontrolli kui ka ühiskontrolli all olevad ettevõtjad. Põhjenduses 20 esitatud määratluse kohaselt tuleb samamoodi käsitada olukorda, kus sama ettevõtja omandab teiste ettevõtjate üle ainu- ja ühiskontrolli üksteisest sõltuvate kokkulepete alusel. Kui kõnealused tehingud on üksteisest sõltuvad, moodustavad need ühe koondumise.

Tehingute tingimuslikkuse nõue

- (43) Tingimuslikkuse nõue seisneb selles, et ühtegi tehingut ei saa teha teiseta ja seega kujutavad nad endast ühte tehingut ⁽⁴⁸⁾. Selline tingimuslikkus ilmneb tavaliselt siis, kui tehingud on omavahel õiguslikult seotud, st kokkulepped tingivad vastastikku üksteist. Kui tegelikku tingimuslikkust on võimalik küllaldaselt tõendada, piisab ka sellest, kui käsitada tehinguid ühe koondumisena. Selleks tuleb iga tehingu puhul majanduse seisukohast hinnata, kas see sõltub tingimata teiste tehingute tegemisest ⁽⁴⁹⁾. Lisaks võivad mitme tehingu omavahelist seotust tõendada poolte endi kinnitused või asjaomaste kokkulepete samaaegne sõlmimine. On raske tõendada mitme tehingu tegelikku tingimuslikkust, kui neid ei tehta ühel ajal. Kui õiguslikult tingimuslikke tehinguid ilmselt ei tehta ühel ajal, võib see seada kahtluse alla nende tegeliku omavahelise seotuse.
- (44) Põhimõte, et mitut tehingut saab eelnimetatud tingimustel käsitada ühe koondumisena, kehtib üksnes siis, kui kõnealuste tehingute tulemusel omandab (omandavad) ühe või enama ettevõtja üle kontrolli üks ja sama(d) isik(ud) või ettevõtja(d). Esiteks võib sellega olla tegemist juhul, kui üks ettevõtte või ettevõtja omandatakse mitme õigusliku tehinguga. Teiseks võib kontrolli omandamine mitme ettevõtja üle (mis võivad olla eraldi koondumised) olla seotud nii, et tehingud moodustavad ühe koondumise. Ühinemismääruse kohaselt ei ole siiski võimalik seostada erinevaid õiguslikke tehinguid, mis on vaid osaliselt seotud kontrolli omandamisega ettevõtjate üle ja osaliselt muude varade omandamisega, nagu

⁽⁴⁵⁾ Siia kuuluvad ka olukorrad, kus ettevõtja müüb ettevõtte ostjale ja seejärel omandab müüja, sh müüdud ettevõtte; vt juhtum COMP/M.4521 – LGI/Telenet, 26. veebruar 2007.

⁽⁴⁶⁾ COMP/M.3293 – Shell/BEB ja COMP/M.3294 – ExxonMobil/BEB, mõlemad 20. november 2003; vt ka juhtum IV/M.197 – Solvay/Laporte, 30. aprill 1992.

⁽⁴⁷⁾ Vt juhtum IV/M.409 ABB/Renault Automation, 9. märts 1994.

⁽⁴⁸⁾ Otsus kohtuasjas T-282/02 Cementbouw vs. komisjon, punkt 127 ja järgnevad [2006] EKL II-319.

⁽⁴⁹⁾ Otsus kohtuasjas T-282/02 Cementbouw vs. komisjon, punkt 131 ja järgnevad [2006] EKL II-319. Vt juhtum COMP/M.4521 – LGI/Telenet, 26. veebruar 2007, milles vastastikune seotus põhines asjaolul, et kaks tehingut kavandati ja tehti ühel ajal ja poolte majanduslikke eesmärke arvestades ei oleks kumbagi tehingut saanud teostada teiseta.

vähemusosalused teistes ettevõtetes, mis ei ole kontrollosalused. Erinevate omavahel tingimuslikult seotud tehingute hindamine ühinemismääruse kohaselt ühe tervikuna oleks vastuolus ühinemismääruse üldise raamistiku ja eesmärkidega, kui kõnealustest tehingutest üksnes mõnega kaasneks asjaomase sihtettevõtja üle omatava kontrolli üleminek.

Ühe ettevõtte omandamine

- (45) Seega võib ühe koondumisega olla tegemist siis, kui sama(d) ostja(d) omandab (omandavad) kontrolli ühe ettevõtte üle, st ühe majandusüksuse üle, mitme õigusliku tehinguga, kui kõnealused tehingud on omavahel tingimuslikult seotud. See on nii olenemata sellest, kas ettevõtte omandatakse kontsernina, kuhu kuulub üks või mitu ettevõtet, või kas omandatakse mitmesugused varad, mis moodustavad ühe ettevõtte, st ühtse majandusüksuse, millel on üks äriplane eesmärk, mille saavutamiseks kasutatakse kõiki varasid. Sellisele ettevõttele võivad kuuluda enamuse- või vähemusosalused teistes ettevõtetes ning ka nende materiaalsed ja immateriaalsed varad. Kui sellise ettevõtte üleandmiseks tuleb teha mitu üksteisega seotud õiguslikku tehingut, kujutavad kõnealused tehingud endast ühte koondumist ⁽⁵⁰⁾.

Kontrolli samaaegne ja järjestikune omandamine

- (46) Seoses mitme kontrolli omandamise tehingu käsitlemisega ühe koondumisena on komisjoni senises otsuste tegemise praktikas ette tulnud mitmesuguseid olukordi. Üheks selliseks olukorraks on kontrolli samaaegne omandamine, st ettevõtja A omandab ühel ajal kontrolli ettevõtja B ja ettevõtja C üle, mille müüjad on erinevad, ning A ei ole kohustatud kumbagi ettevõtjat ostma ning kumbki müüja ei ole kohustatud müüma, kui mõlemat tehingut ei sõlmita ⁽⁵¹⁾. Teiseks võimaluseks on kontrolli järjestikune omandamine, st ettevõtja A omandab kontrolli ettevõtja B üle tingimusel, et B on varem omandanud või omandab samal ajal ettevõtja C, mille näitena võib tuua Kingfisheri juhtumit ⁽⁵²⁾.

Ainu- või ühiskontrolli järjestikune omandamine

- (47) Samamoodi Kingfisheri juhtumiga käsitleb komisjon ka juhtumeid, kus ettevõtja nõustub esmalt omandama sihtettevõtja üle ainukontrolli, et hiljem müüa osa sihtettevõttes omandatud osalusest otse teisele ettevõtjale, mille tulemusel mõlemad omandajad omandavad sihtettevõtte üle ühiskontrolli. Kui mõlemad omandamistehingud on teineteisega tingimuslikult seotud, moodustavad kaks kõnealust tehingut ühe koondumise ning komisjon uurib üksnes tehingute lõpptulemust, st ühiskontrolli omandamist ⁽⁵³⁾.

1.5.3. Järjestikused tehingud väärtpaberitega

- (48) Lisaks on ühinemismääruse põhjenduses 20 selgitatud, et ühe koondumisena on tegemist ka juhul, kui ühelt või mitmelt müüjalt omandatakse ettevõtja üle kontroll mitme järjestikuse väärtpaberitehingu, mis tehakse suhteliselt lühikese ajavahemiku jooksul. Sellisel juhul ei piirdu koondumine „ühe ja otsustava” aktsia omandamisega, vaid hõlmab kõiki väärtpaberitehinguid, mida tehakse suhteliselt lühikese aja jooksul.

⁽⁵⁰⁾ Vt juhtum IV/M.470 – Gencor/Shell, 29. august 1994; juhtum COMP/M.3410 – Total/Gaz de France, 8. oktoober 2004; juhtum IV/M.957 – L’Oreal/Procter & Gamble/Cosmetique Iberica/Albesa, 19. september 1997; juhtum IV/M.861 – Textron/Kautex, 18. detsember 1996, milles kõiki varasid kasutati ka samal tooteturul. Sama kehtib ka juhul, kui mitu ühe ettevõtte moodustavat äriühingut moodustavad ühisettevõtte; vt juhtum M.4048 – Sonae Industria/Tarkett, 12. juuni 2006, milles tehingud, millega asutati vastavalt tootmise ja turustamisega tegelevad ühisettevõtted, pidid olema üksteisega seotud, et tõendada, et tegemist oli ühe koondumisega, millega loodi üks täielikult toimiv ühisettevõtte.

⁽⁵¹⁾ Juhtum COMP/M.2926 – EQT/H&R/Dracoco, 16. september 2002; sama kehtib ka juhul, kui mitu ühinemist kujutavad endast ühte koondumist artikli 3 lõike 1 punkti a tähenduses; juhtum COMP/M. 2824 – Ernst & Young/Andersen Germany, 27. august 2002.

⁽⁵²⁾ Juhtum IV/M.1188 – Kingfisher/Wegert/ProMarkt, 18. juuni 1998; juhtum COMP/M.2650 – Haniel/Cementbouw/JV (CVK), 26. juuni 2002.

⁽⁵³⁾ Juhtum COMP/M.2420 – Mitsui/CVRD/Caemi, 30. oktoober 2001.

1.5.4. Artikli 5 lõike 2 teine lõik

- (49) Artikli 5 lõike 2 teises lõigus on sätestatud erieeskirjad, mis võimaldavad komisjonil käsitada kindlaksmääratud aja jooksul tehtavaid järjestikuseid tehinguid ühe koondumisena, et arvutada asjaomaste ettevõtjate käivet. Kõnealuse sätte eesmärk on tagada, et samad isikud ei jaga tehingut mitmeks teatava aja jooksul toimuvaks varade müügi tehinguks, et vältida olukorda, kus komisjonil on õigus kasutada talle ühinemismäärusega antud pädevust⁽⁵⁴⁾.
- (50) Kui kaks või enam tehingut (millest igauhega omandatakse kontroll) sõlmitakse kaheaastase ajavahemiku jooksul samade isikute või ettevõtjate vahel, käsitatakse neid ühe koondumisena,⁽⁵⁵⁾ olenemata sellest, kas kõnealused tehingud on seotud sama ettevõtte osadega või sama majandusharuga. Seda ei kohaldata, kui mõned teised isikud või ettevõtjad ühendavad ühed ja samad isikud või ettevõtjad üksnes mõne asjakohase tehingu tegemise eesmärgil. Piisab sellest, kui tehinguid sõlmitakse samadesse kontsernidesse kuuluvate ettevõtete vahel, isegi kui need ei ole samad ettevõtted. Kõnealust sätet kohaldatakse ka samade isikute või ettevõtjate vahel sõlmitava kahe või enama tehingu suhtes, kui need toimuvad ühel ajal. Alati kui sellised samade osapoolte vahelised samaaegsed tehingud lõpevad kontrolli omandamisega sama ettevõtja üle, moodustavad need üheainsa koondumise, isegi kui need ei ole üksteisest tingimuslikus sõltuvuses⁽⁵⁶⁾. Siiski ei tundu artikli 5 lõike 2 teine lõik kehtivat erinevate tehingute suhtes, millest vähemalt ühes osalev asjaomane ettevõtja eristub sama(de)st müüja(te)st ja ostja(te)st. Seega ei kohaldata artikli 5 lõike 2 teist lõiku olukorras, kus kahest tehingust ühega omandatakse ainukontroll ja teisega ühiskontroll, v.a juhul, kui teine (teised) ühiskontrolli omav(ad) emaettevõtja(d) osaleb (osalevad) viimasest tehingust kui ainukontrollosaluse müüja(d).

1.6. Sisemine ümberkorraldamine

- (51) Koondumine ühinemismääruse tähenduses piirdub kontrolli üleminekuga. Kontsernisisised ümberkorraldused ei kujuta endast koondumist. See kehtib näiteks osaluse suurendamise kohta, millega ei kaasne kontrolli üleminekut, või tegevuse ümberkorraldamise kohta, nagu börsil noteeritud kaksikettevõtte ühinemine üheks juriidiliseks isikuks või tütarettevõtjate ühinemine. Koondumisega on tegemist üksnes siis, kui tehinguga kaasneb ühe ettevõtja kontrolli üleminek ja seega ei ole enam tegemist täielikult kontsernisisese tehinguga.

1.7. Riigisaluselise ettevõtjaid hõlmavad koondumised

- (52) Erandliku olukorraga on tegemist siis, kui nii omandavad kui ka omandatavad ettevõtjad on ühele ja samale riigile (või ühele ja samale avalik-õiguslikule asutusele või omavalitsusele) kuuluvad äriühingud. Sellisel juhul oleneb tehingu käsitlemine ettevõttesisese ümberkorraldamisena sellest, kas mõlemad ettevõtjad olid varem sama majandusüksuse osad. Kui ettevõtjad olid varem erinevate iseseisva otsustamisõigusega majandusüksuste osad, käsitatakse tehingut koondumisena, mitte sisemise ümberkorraldusena⁽⁵⁷⁾. Kui erinevad majandusüksused säilitavad iseseisva otsustamisõiguse ka pärast tehingut, tuleks tehingut siiski käsitada üksnes sisemise ümberkorraldusena, isegi kui erinevaid majandusüksusi moodustavate ettevõtjate aktsiad kuuluvad ühele ja samale majandusüksusele, näiteks valdusettevõtjale⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁴⁾ Otsus kohtuasjas T-282/02 Cementbouw vs. komisjon, punkt 118 [2006] EKL II-319.

⁽⁵⁵⁾ Vt juhtum COMP/M.3173 – E.ON/Fortum Burghausen/Smaland/Endenderry, 13. juuni 2003. See kehtib ka juhtude, kui ainukontrolli omandav ettevõtja kontrollis varem ühiselt üksnes osa sihtettevõtjast; juhtum COMP/M. 2679 – EdF/TXU/ Europe/24 Seven, 20. detsember 2001.

⁽⁵⁶⁾ Juhtum IV/M.1283 – Volkswagen/RollsRoyce/Cosworth, 24. august 1998.

⁽⁵⁷⁾ Juhtum IV/M.097 – Péchiney/Usinor, 24. juuni 1991; juhtum IV/M.216 – CEA Industrie/France Telecom/SGS-Thomson, 22. veebruar 1993; juhtum IV/M.931 – Neste/IVO, 2. juuni 1998. Vt samuti ühinemismääruse põhjendus 22.

⁽⁵⁸⁾ Riigi osalusega äriühingu käibe arvutamiseiga seotud eriküsimusi käsitletakse punktides 192–194.

- (53) Riigi eelisõigus tegutseda pigem avaliku võimu kandja kui aktsionärina, kui see piirdub avaliku huvi kaitsmisega, ei kujuta endast kontrolli ühinemismääruse tähenduses, kuivõrd selle eesmärgiks või tagajärjeks ei ole olukord, kus riik saab ettevõtja tegevust otsustavalt mõjutada ⁽⁵⁹⁾.

2. Ainukontroll

- (54) Ainukontrolliga on tegemist siis, kui ainult ühel ettevõtjal on teise ettevõtja üle otsustav mõju. Eristada saab kahte üldist olukorda, kus ettevõtjal on ainukontroll. Esiteks on ainukontrolli omaval ettevõtjal õigus võtta vastu teist ettevõtjat käsitlevaid strateegilisi ärialaseid otsuseid. Selline õigus saadakse tavaliselt siis, kui ettevõtja omandab äriühingus häälteenamuse. Teiseks on ainukontrolliga tegemist ka siis, kui ainult ühel aktsionäril on ettevõtja strateegiliste otsuste suhtes vetoõigus, kuid tal ei ole õigust kõnealuseid otsuseid ise vastu võtta (nn negatiivne ainukontroll). Sellisel juhul on ühel aktsionäril sama mõjujõud, mis on tavaliselt ettevõtet ühiselt kontrollival üksikudel aktsionäridel, st õigus takistada strateegiliste otsuste vastuvõtmist. Vastupidi ühiskontrolli all olevatele ettevõtetele ei ole teistel aktsionäridel sama mõjujõudu ja negatiivset ainukontrolli omav aktsionär ei pea kontrollitava ettevõtja strateegilise käitumise suunamisel tegema tingimata koostööd teiste aktsionäridega. Kuna kõnealune aktsionär saab tekitada ummikseisu, on tal otsustav mõju artikli 3 lõike 2 tähenduses ja seega kontroll ühinemismääruse tähenduses ⁽⁶⁰⁾.

- (55) Ainukontrolli saab omandada õiguslikul ja/või faktilisel alusel.

Õiguslik ainukontroll

- (56) Ainukontroll omandatakse tavaliselt õiguslikul alusel, kui ettevõtja omandab mõnes äriühingus häälteenamuse. Muude asjaolude puudumisel ei anna omandamine, mis ei hõlma häälteenamust, üldjuhul kontrolli isegi juhul, kui ettevõtja omandab enamiku aktsiakapitalist. Kui äriühingu põhikirja kohaselt on strateegiliste otsuste vastuvõtmiseks vajalik kvalifitseeritud häälteenamus, ei tarvitse lihthäälteenamuse omandamine anda nende omandajale strateegiliste otsuste vastuvõtmise õigust, kuid sellest võib piisata takistamise õiguse ja seega negatiivse kontrolli omandamiseks.
- (57) Isegi vähemusosaluse puhul võib olla tegemist õiguslikul alusel omandatud ainukontrolliga, kui kõnealuse osalusega kaasnevad eriõigused. Nendeks võivad olla eelisaktsiad, millega kaasnevad eriõigused, mis võimaldavad vähemusaktsionäril määrata sihtettevõtja kaubandusstrateegiat, näiteks õigus määrata ametisse rohkem kui pooled järelevalve- või haldusnõukogu liikmed. Ainukontrolli võib teostada ka vähemusaktsionär, kellel on organisatsioonilise ülesehituse tõttu õigus juhtida äriühingu tegevust ja määrata selle äripoliitikat (nt usaldusühingu täisosanikuna, kellel sageli isegi puudub osalus).
- (58) Tavalise negatiivse ainukontrolli olukorraga on tegemist siis, kui ühele aktsionärile kuulub 50 % ettevõtja aktsiatest, samal ajal kui ülejäänud 50 % on mitme teise aktsionäri omanduses (eeldades, et sellega ei kaasne faktiline ainukontroll) või kui strateegiliste otsuste vastuvõtmiseks on nõutav kvalifitseeritud häälteenamus, mis tegelikult annab vetoõiguse ainult ühele aktsionärile, olenemata sellest, kas ta on enamus- või vähemusaktsionär ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Juhtum IV/M.493 – Tractebel/Distrigaz II, 1. september 1994.

⁽⁶⁰⁾ Kuna kõnealune aktsionär on ainus ettevõtja, kes omandab kontrolliva mõju, on ainult see aktsionär kohustatud esitama ühinemismääruses ette nähtud [koondumise] teate.

⁽⁶¹⁾ Vt järjestikused juhtumid COMP/M.3537 – BBVA/BNL, 20. august 2004 ja M.3768 – BBVA/BNL, 27. aprill 2005; juhtum M.3198 – VW-Audi/VW-Audi Vertriebszentren, 29. juuli 2003; juhtum COMP/M.2777 – Cinven Limited/Angel Street Holdings, 8. mai 2002; juhtum IV/M.258 – CCIE/GTE, 25. september 1992. Juhtum COMP/M.3876 – Diester Industrie/Bunge/JV, 30. september 2005, oli tegemist konkreetse olukorraga, kus ühisettevõttel oli äriühingus osalus, mis andis sellele ainukontrolli kõnealuse äriühingu üle.

Faktiline ainukontroll

- (59) Vähemusosalust võib pidada ainukontrolliks ka faktilisel alusel. Nii on esmajoones siis, kui aktsionär saab aktsionäride koosolekul tõenäoliselt hääletenamuse oma osaluse suuruse tõttu ja seda tõendab tema esindatus eelmistel aastatel peetud aktsionäride koosolekutel⁽⁶²⁾. Komisjon teeb prognoose varasema hääletuskäitumise põhjal ja võtab arvesse arvatavaid muutusi aktsionäride esindatuses, mis võivad toimuda pärast tehingut⁽⁶³⁾. Komisjon analüüsib muude osanike seisukohti ja hindab nende rolli. Hindamise aluseks olevateks kriteeriumideks on eelkõige asjaolud, kas ülejäänud aktsiad on hajutatud, kas teised olulised aktsionärid on peamise vähemusaktsionäri struktuuriliselt, majanduslikult või perekondlikult seotud ja kas teistel aktsionäridel on sihtettevõttes strateegilised või puhtalt majanduslikud huvid; kõnealuseid kriteeriume hinnatakse iga juhtumi puhul eraldi⁽⁶⁴⁾. Kui vähemusaktsionär saab tõenäoliselt oma osaluse, varasema hääletuskäitumise ja teiste aktsionäride seisundi tõttu aktsionäride koosolekul püsiva hääletenamuse, siis peetakse kõnealust peamist vähemusaktsionäri ainukontrolli omavaks⁽⁶⁵⁾.
- (60) Võimalus osta või vahetada aktsiaid ei anna iseenesest ainukontrolli, välja arvatud juhul, kui seda võimalust kasutatakse lähitulevikus õiguslikult siduva kokkuleppe kohaselt⁽⁶⁶⁾. Sellisel erandjuhul võidakse optsiooni koos muude teguritega arvesse võttes leida, et tegemist on faktilise ainukontrolliga⁽⁶⁷⁾.

Ainukontroll, mis omandatakse muude vahenditega kui hääleõigus

- (61) Hääleõiguse alusel ainukontrolli omandamise kõrval kohaldatakse kaalutlusi, mis on esitatud üldjaotises 1.2 ainukontrolli omandamise suhtes varade ostu, lepingute või muude vahendite kaudu.

3. Ühiskontroll

- (62) Ühiskontrolliga on tegemist siis, kui kahel või enamal ettevõtjal või isikul on võimalik teist ettevõtjat otsustavalt mõjutada. Otsustav mõju tähendab seejuures tavaliselt võimalust takistada tegevusi, mis määravad ettevõtja kaubandusstrateegia. Vastupidi ainukontrollile, mille puhul konkreetne aktsionär saab õiguse suunata ettevõtja strateegilisi otsuseid, iseloomustab ühiskontrolli ümmikseisu tekkimise võimalus, mis tuleneb kahe või enama emaettevõtja õigusest kavandatud strateegilised otsused tagasi lükata. Järelikult peavad kõnealused aktsionärid jõudma ühisettevõtte kaubanduspoliitika kindlaksmääramisel kokkuleppele ning tegema koostööd⁽⁶⁸⁾.
- (63) Samamoodi kui ainukontrolli puhul saab ühiskontrolli omandada õiguslikul või faktilisel alusel. Kui aktsionärid (emaettevõtjad) peavad kontrollitavat ettevõtjat (ühisettevõtet) käsitlevate tähtsate otsuste tegemisel jõudma kokkuleppele, on tegemist ühiskontrolliga.

⁽⁶²⁾ Juhtum IV/M.343 – Société Générale de Belgique/Générale de Banque, 3. august 1993; juhtum COMP/M.3330 – RTL/M6, 12. märts 2004; juhtum IV/M.159 – Mediobanca/Generali, 19. detsember 1991.

⁽⁶³⁾ Vt juhtum COMP/M.4336 – MAN/Scania, 20. detsember 2006, mis käsitleb küsimust, kas Volkswagen omandas kontrolli MANi üle.

⁽⁶⁴⁾ Juhtum IV/M.754 – Anglo American/Lonrho, 23. aprill 1997; juhtum IV/M.025 – Arjomari/Wiggins Teape, 10. veebruar 1990.

⁽⁶⁵⁾ Vt ka juhtum COMP/M.2574 – Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, 20. september 2001; juhtum IV/M.1519 – Renault/Nissan, 12. mai 1999.

⁽⁶⁶⁾ Otsus kohtuasjas T-2/93: Air France v. komisjon [1994], EKL II-323. Ehkki optsioon iseenesest ei vii tavaliselt koondumisele, võib seda arvesse võtta asjaomase koondumise sisulisel hindamisel, vt juhtum COMP/M.3696 – E.ON/MOL, 21. detsember 2005, punktid 12–14, 480, 762 ja järgnevad.

⁽⁶⁷⁾ Juhtum IV/M.397 – Ford/Hertz, 7. märts 1994.

⁽⁶⁸⁾ Vt ka otsus kohtuasjas T-282/02 Cementbouw vs. komisjon, punktid 42, 52 ja 67 [2006] EKL II-319.

3.1. *Hääleõiguste võrdsus või võrdõiguslikkus otsuseid tegevate organite liikmete nimetamisel*

- (64) Kõige selgem ühiskontrolli vorm esineb juhul, kui on üksnes kaks emaettevõtjat, millele kuulub ühisettevõttes võrdne hääleõigus. Sellisel juhul ei pea nad sõlmima ametlikku kokkulepet. Kui ametlik kokkulepe on siiski olemas, peab see olema kooskõlas emaettevõtjate võrdsuse põhimõttega, sätestades näiteks, et mõlemal on õigus nimetada juhtorganitesse võrdne arv esindajaid ja et ühegi liikme hääle ei ole otsustav. ⁽⁶⁹⁾ Võrdsuse võib saavutada ka nii, et mõlemal emaettevõtjal on õigus nimetada võrdne arv liikmeid ühisettevõtte otsuseid tegevatesse organitesse.

3.2. *Vetoõigused*

- (65) Ühiskontroll võib eksisteerida isegi juhul, kui kahel emaettevõtjal ei ole otsuseid tegevates organites võrdset hääleõigust või esindatust või kui emaettevõtjaid on rohkem kui kaks. Selline olukord tekib, kui vähemusaktsionäridel on täiendavad õigused, mis võimaldavad neil panna veto ühisettevõtte strateegilise kaubandusliku käitumise osas hädavajalikele otsustele ⁽⁷⁰⁾. Vetoõigused võivad olla ette nähtud ühisettevõtte põhikirjaga või emaettevõtjate vahelise lepinguga. Vetoõigused iseenesest võivad realiseeruda erilise kvoorumi kaudu, mis on vajalik aktsionäride üldkoosolekul või nõukogus tehtavateks otsusteks, kui võrd emaettevõtjad on nimetatud nõukogus esindatud. Võimalik on ka, et strateegilised otsused peab heaks kiitma organ, näiteks järelevalvenõukogu, kus vähemusaktsionärid on esindatud ning moodustavad osa kvoorumist, mis on sellisteks otsusteks vajalik.
- (66) Kõnealused vetoõigused peavad olema seotud ühisettevõtte äripoliitikat käsitlevate strateegiliste otsustega. Need peavad olema ulatuslikumad kui vetoõigused, mis antakse vähemusaktsionäridele tavajuhul, et kaitsta nende finantshuve ühisettevõtte investoritena. See tavapärane vähemusaktsionäride kaitse on seotud ühisettevõtte põhiotsustega, nagu põhikirja muutmine, kapitali suurendamine või vähendamine või likvideerimine. Näiteks vetoõigus, mis tõkestab ühisettevõtte müügi või likvideerimise, ei anna asjaomasele vähemusaktsionäri ühiskontrolli ⁽⁷¹⁾.
- (67) Seevastu annavad üldjuhul ühiskontrolli vetoõigused selliste otsuste ja küsimuste puhul nagu eelarve, äriplaan, olulised investeeringud või tippjuhtkonna ametisse määramine. Ühiskontrolli omandamiseks ei ole siiski tarvis, et omandajal oleks võimalik otsustavalt mõjutada ettevõtja igapäevast juhtimist. Oluline on, et vetoõigusest piisab, et emaettevõtja saaks selliselt mõjutada ettevõtja strateegilist kaubanduslikku käitumist. Ka ei ole vaja tõendada, et ühisettevõttes ühiskontrolli omandaja ka tegelikult oma otsustavat mõju rakendab. Piisav on sellise mõju avaldamise võimalus, st pelgalt vetoõiguste olemasolu.
- (68) Ühiskontrolli omandamiseks ei ole vähemusaktsionäril vaja kõiki eelnimetatud vetoõigusi. Piisav võib olla üksnes mõne või ka ainult ühe sellise õiguse olemasolu. Kas tegemist on kõnealuse juhuga või mitte, oleneb vetoõiguse täpsest sisust ning selle õiguse tähtsusest seoses ühisettevõtte konkreetse äritegevusega.

⁽⁶⁹⁾ Juhtum COMP/M.3097 – Maersk Data/Eurogate IT, 12. märts 2003; Global Transport Solutions JV; juhtum IV/M.272 – Matra/CAP Gemini Sogeti, 17. märts 1993.

⁽⁷⁰⁾ Juhtum T-2/93: Air France vs. komisjon [1994] EKL II-323; juhtum IV/M.010 – Conagra/Idea, 3. mai 1991.

⁽⁷¹⁾ Juhtum IV/M.062 – Eridania/ISI, 30. juuli 1991.

Juhtkonna ametisse nimetamine ja eelarve kinnitamine

- (69) Kõige olulisemad on need vetoõigused, mis on seotud juhtkonna ametisse nimetamist ja tagasikutsumist ning eelarve heakskiitmist käsitlevate otsustega. Õigus osaleda tippjuhtkonna struktuuri, näiteks nõukogu liikmete määramisel annab omanikule tavaliselt võimaluse otsustavalt mõjutada ettevõtja äripoliitikat. Sama kehtib ka eelarvega seotud otsuste suhtes, kuna eelarvega määratakse kindlaks ühissetevõtte tegevuse täpne raamistik ning eelkõige investeeringud, mida ta võib teha.

Äriplaan

- (70) Äriplaanis sätestatakse üldjuhul üksikasjalikud andmed äriühingu eesmärkide kohta ning meetmed, mida tuleb nende eesmärkide saavutamiseks võtta. Vetoõigus seda liiki äriplaani osas võib olla piisav, et eksisteeriks ühiskontroll isegi muude vetoõiguste puudumise korral. Kui aga äriplaan sisaldab üksnes üldisi avaldusi ühissetevõtte äriliste eesmärkide kohta, võib vetoõigus olla üksnes üheks teguriks ühiskontrolli üldisel hindamisel, kuid ei too iseenesest kaasa ühiskontrolli.

Investeeringud

- (71) Investeeringutega seotud vetoõiguse puhul oleneb õiguse tähtsus esiteks nende investeeringute ulatusest, mis emaettevõtjad peavad heaks kiitma, ning teiseks sellest, kui oluliseks teguriks on investeeringud turul, kus ühissetevõtte tegutseb. Esimese kriteeriumiga seoses võib vetoõigus juhul, kui emaettevõtjate heakskiitu eeldavate investeeringute ulatus on eriti suur, kujutada endast pigem vähemusaktsionäri huvide tavapärast kaitset kui õigust, mis annab võimaluse osaleda ühissetevõtte äripoliitika määramisel. Teise puhul on ühiskontrolli olemasolu või puudumise hindamisel üldjuhul oluliseks teguriks ettevõtja investeerimispoliitika. Siiski võib olla turge, kus investeerimine ei oma ettevõtja turukäitumises märkimisväärset rolli.

Turuomased õigused

- (72) Lisaks eespool nimetatud tüüpilistele vetoõigustele eksisteerib hulk teisi vetoõigusi, mis on seotud ühissetevõtte asjaomase turu puhul oluliste konkreetsete otsustega. Üheks näiteks on otsus ühissetevõttes kasutatava tehnoloogia kohta, kui tehnoloogia on ühissetevõtte tegevuse peamine tegur. Teine näide on seotud turgudega, mida iseloomustab toodete eristamine ning märkimisväärne innovatsioonitase. Sellistel turgudel võib vetoõigus seoses ühissetevõtte poolt arendatavate uute tooteliikidega olla ka oluline tegur ühiskontrolli tuvastamisel.

Üldine kontekst

- (73) Vetoõiguste suhtelise tähtsuse hindamisel ei tohiks neid õigusi hinnata eraldiseisvatena, kui neid on palju. Vastupidi, ühiskontrolli olemasolu või puudumise kindlakstegemine põhineb nende õiguste hindamisel kogumina. Vetoõigus, mis ei seonu kaubanduspoliitika ega -strateegiaga või eelarve või äriplaaniga, ei anna omanikule ühiskontrolli ⁽⁷²⁾.

3.3. Hääleõiguste ühine kasutamine

- (74) Ka vetoõiguste puudumisel võivad kaks või enam ettevõtjat, kes omandavad vähemusosalused teises ettevõtjas, omandada ühiskontrolli. Tegemist võib olla juhtumiga, kus vähemusosalused kokku annavad võimaluse sihtettevõtjat kontrollida. See tähendab, et vähemusaktsionäridel on üheskoos häälteenamus

⁽⁷²⁾ Juhtum IV/M.295 – SITA-RPC/SCORI, 19. märts 1993.

ning nad tegutsevad ühiselt, et seda hääleteenamust kasutada. Selle aluseks võib olla vastavasisuline õiguslikult siduv leping või tuvastatakse see faktide põhjal.

- (75) Õiguslik vahend, millega tagatakse hääleõiguse ühine kasutamine, võib olla (ühiselt kontrollitav) valdusettevõtja, millele vähemusaktsionärid loovutavad oma õigused, või leping, millega nad kohustuvad tegutsema ühtmoodi (puulileping).
- (76) Eriti erandlikel juhtudel võib kollektiivne tegutsemine toimuda faktide alusel, kui vähemusaktsionäridel on tugevad ühishuvid, mille tulemusena nad ei tegutse ühisettevõttes oma õigusi kasutades teineteise vastu. Sellise olukorra teke on siiski seda ebatõenäolisem, mida suurem arv emaettevõtjaid kõnealuses ühisettevõttes osaleb.
- (77) Nimetatud ühishuvile osutavaks teguriks on suur emaettevõtjatevaheline vastastikune sõltuvus ühisettevõtte strateegiliste eesmärkide saavutamisel. See on nii eelkõige juhul, kui iga emaettevõtja teeb ühisettevõttesse selle tegutsemiseks hädavajaliku panuse (nt eritehnoloogia, kohalik oskusteave või tarnelepingud) ⁽⁷³⁾. Sellisel juhul võib emaettevõtjatel olla võimalik tõkestada ühisettevõtte strateegilisi otsuseid ja seega saavad nad ühisettevõtet edukalt juhtida üksnes strateegilistes otsustes saavutatud vastastikusel kokkuleppel, isegi kui sõnaselgelt ei ole vetoõigusi ette nähtud. Seetõttu peavad emaettevõtjad tegema koostööd ⁽⁷⁴⁾. Lisateguriks on otsuste tegemise kord, mis võib olla ette nähtud sellisena, et emaettevõtjatel on ühiskontroll isegi vetoõigusi andva sõnaselgete kokkulepete või muude ühisettevõtte vähemusaktsionäride vaheliste sidemete puudumisel ⁽⁷⁵⁾.
- (78) Selline olukord ei pruugi tekkida mitte ainult siis, kui kaks või enam vähemusaktsionäri kontrollivad ettevõtjat ühiselt faktilisel alusel, vaid ka siis, kui enamusaktsionär on vähemusaktsionärist suurel määral sõltuv. See võib olla nii, kui ühisettevõtte sõltub vähemusaktsionärist majanduslikult ja rahaliselt või kui vaid vähemusaktsionäril on vajalik oskusteave ja ta mängib ühisettevõtte tegevuses otsustavat rolli, samal ajal kui enamusaktsionär on lihtsalt finantsinvestor ⁽⁷⁶⁾. Sellisel juhul ei saa enamusaktsionär oma seisukohti peale suruda, kuid ühisettevõtte osanik saab tõkestada strateegiliste otsuste tegemist, nii et mõlemad emaettevõtjad peavad tegema pidevat koostööd. Sellest tuleneb faktiline ühiskontroll, mis on ülimuslik õigusliku hinnangu suhtes, mille kohaselt oleks enamusaktsionäri peetud ainukontrolli valdajaks.
- (79) Kõnealuseid kriteeriume kohaldatakse nii uute ühisettevõtete asutamise kui ka vähemusaluse omandamise suhtes, mis mõlemad annavad ühiskontrolli. Osaluse omandamise puhul on ühishuvide olemasolu tõenäolisem siis, kui aktsiad omandatakse kooskõlastatult. Aktsiate kooskõlastatud omandamisest ainuüksi siiski ei piisa, et tuvastada faktilise ühiskontrolli olemasolu. Üldiselt ei kujuta äriühingu finantsinvestorite (või võlausaldajate) ühishuvi saada investeeringutelt kasumit endast ühishuvi, mis tooks kaasa faktilise ühiskontrolli.

⁽⁷³⁾ Juhtum COMP/JV.55 Hutchison/RCPM/ECT, 3. juuli 2001; vt ka juhtum IV/M.553 – RTL/Veronica/Endemol, 20. september 1995.

⁽⁷⁴⁾ Otsus kohtuasjas T-282/02 Cementbouw vs. komisjon, punktid 42, 52 ja 67, [2006] EKL II-319.

⁽⁷⁵⁾ Juhtum COMP/JV.55 Hutchison/RCPM/ECT, 3. juuli 2001; vt ka juhtum IV/M.553 – RTL/Veronica/Endemol, 20. september 1995.

⁽⁷⁶⁾ Juhtum IV/M. 967 – KLM/Air UK, 22. september 1997; juhtum COMP/M.4085 – Arcelor/Oyak/Erdemir, 13. veebruar 2006.

- (80) Eespool kirjeldatutega sarnase suure ühishuvi puudumisel välistab vähemusaktsionäride muutuvate koalitsioonide võimalikkus üldjuhul ühiskontrolli võimaluse. Kui otsustusmenetluses puudub stabiilne enamus ning enamuse võivad igal konkreetsel juhul saavutada mitmesugused vähemusaktsionäride kombinatsioonid, ei saa eeldada, et vähemusaktsionäridel (või nende teatavatel rühmadel) oleks ettevõtja üle ühiskontroll (⁷⁷). Sellisel juhul ei piisa kahe või enama ettevõtja kapitalis võrdset osalust omava poole kokkulepetest, millega kehtestatakse pooltele samaväärsed õigused ja volitused, kui nende hulka ei kuulu strateegilised vetoõigused. Näiteks ettevõtja puhul, kus kolmel aktsionäril on igaühel kolmandik aktsiakapitalist ning igaüks valib kolmandiku direktorite nõukogu liikmetest, ei ole aktsionäridel ühiskontrolli, kuna otsused tuleb teha lihthälteenamusega.

3.4. Muud ühiskontrolliga seotud kaalutlused

Emaettevõtjate ebavõrdsed rollid

- (81) Ühiskontrolli ei välista asjaolu, et ühel emaettevõtjal on konkreetsed teadmised ja kogemused ühisettevõtte tegevusvaldkonnas. Sellisel juhul võib teine emaettevõtja mängida ühisettevõtte igapäevases juhtimises tagasihoidlikku või olematut rolli, kui tema kohaloleku põhjuseks on finantsalased, pikaajalise strateegia, kaubamärgi maine või üldise poliitikaga seotud kaalutlused. Siiski peab tal alati säilima tegelik võimalus vaidlustada teise emaettevõtja hääleõiguse või otsuseid tegevate organite liikmete valimise õigusega seotud võrdsuse alusel või strateegiliste küsimustega seotud vetoõiguse alusel tehtavaid otsuseid. Ilma selleta eksisteeriks ainukontroll.

Otsustav hää

- (82) Ühiskontrolli eksisteerimiseks ei tohiks otsustavat häält olla ainult ühel emaettevõtjal, sest sellega omandaks otsustavat häält omav ettevõtte ainukontrolli. Ühiskontroll võib siiski eksisteerida juhul, kui otsustav hää on tegelikult piiratud tähtsuse ja mõjuga. See võib olla nii juhul, kui otsustavat häält on võimalik kasutada alles pärast mitmeid vahekohtuastmeid ja lepituskatseid või väga piiratud valdkonnas või kui otsustava hääle kasutamisega kaasneb müügiotsioon, mis tähendab tõsist rahalist koormust, või kui emaettevõtjate vastastikune sõltuvus muudab otsustava hääle kasutamise ebatõenäoliseks (⁷⁸).

III. MUUTUSED KONTROLI OLEMUSES

- (83) Ühinemismäärus hõlmab tehinguid, mille tulemusel omandatakse ainu- või ühiskontroll, sealhulgas tehinguid, mis muudavad kontrolli olemust. Esiteks muutub kontrolli olemus koondumise tulemusel siis, kui toimub üleminek ühiskontrollilt ainukontrollile ja vastupidi. Teiseks muutub kontrolli olemus siis, kui pärast tehingut muutub ühiskontrolli olemus, st kontrolli omavate aktsionäride arv suureneb või vahetuvad nende isikud. Kontrolli olemus ei muutu siiski juhul, kui toimub üleminek negatiivselt ainukontrollilt positiivsele. Selline muutus ei mõjuta negatiivset kontrolli omava aktsionäri stiimuleid ega kontrolli struktuuri olemust, sest kontrolli omav aktsionär ei pidanud ajal, mil ta omas negatiivset kontrolli, tegema tingimata koostööd konkreetsete aktsionäridega. Igal juhul ei muutu kontrolli olemus juhul, kui muutub samade kontrolli omavate aktsionäride osaluse määr, ilma et muutuksid nende õigused ettevõttes või ettevõtte kontrollistruktuuri koosseis ja seega ei ole tegemist koondumisega, millest tuleb teatada.

(⁷⁷) Juhtum IV/JV.12 – Ericsson/Nokia/Psion/Motorola, 22. detsember 1998.

(⁷⁸) Juhtum COMP/M.2574 – Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, 20. september 2001; juhtum IV/M.553 – RTL/Veronica/Endemol, 20. september 1995; juhtum IV/M.425 – British Telecom/Banco Santander, 28. märts 1994.

- (84) Kõnealuseid muutusi kontrolli olemuses vaadeldakse kahest aspektist: esiteks ühe või mitme uue kontrolli omava aktsionäri lisandumine, olenemata sellest, kas nad asendavad olemasolevaid aktsionäre või mitte, ja teiseks kontrolli omavate aktsionäride arvu vähenemine.

1. Kontrolli omavate aktsionäride lisandumine

- (85) Uute kontrolli omavate aktsionäride lisandumine, mis toob kaasa ülemineku ainukontrollilt ühiskontrollile, võib toimuda, kui ainukontrollilt minnakse üle ühiskontrollile või kui lisandub uus aktsionär või juba ühiskontrolli all olevas ettevõtjas asendub olemasolev aktsionär uue aktsionäriga.
- (86) Üleminekut ainukontrollilt ühiskontrollile peetakse tehinguks, millest tuleb teatada, sest see toob kaasa muutuse ühissettevõtte kontrolli olemuses. Esiteks omandab kontrollitavasse ettevõtjasse lisanduv uus aktsionär kontrolli. Teiseks muudab kontrollitava ettevõtja ühissettevõtteks üksnes uue aktsionäri lisandumine ja vastavalt ühinemismäärusele muudab see otsustavalt teise kontrolli omava ettevõtja olukorda: ta peab tulevikus arvesse võtma teis(t)e kontrolli omava(te) aktsionäri(de) huvisid ja tegema uu(t)e aktsionäri(de)ga pidevat koostööd. Enne sai ta kontrollitava ettevõtja strateegilise käitumise üle otsustada üksinda (ainukontrolli puhul) või ei pidanud arvesse võtma teiste aktsionäride huvisid ning ei pidanud kõnealuste aktsionäridega pidevalt koostööd tegema.
- (87) Uue aktsionäri lisandumine ühiskontrolli all olevasse ettevõtjasse (kas juba kontrolli omavatele aktsionäridele lisandub uus aktsionär või üks neist asendub uuega) kujutab endast samuti teavitamisele kuuluvat koondumist, kuigi ettevõtja oli nii enne kui ka pärast tehingut ühiskontrolli all ⁽⁷⁹⁾. Esiteks omandab uus aktsionär ka sellisel juhul kontrolli ühissetevõttes. Teiseks määravad ühissetevõtte kontrolli olemuse kontrolli omavad aktsionärid. Ühiskontrolli iseloomustab asjaolu, et kuna igal aktsionäril on õigus tõkestada strateegiliste otsuste tegemist, peavad ühiskontrolli omavad aktsionärid arvestama üksteise huvidega ning tegema koostööd ühissetevõtte strateegilise käitumise määramisel ⁽⁸⁰⁾. Seega ei muuda ühiskontrolli olemust mitte mitme aktsionäri vetoõiguste lihtmatemaatiline lisandumine, vaid selle määrab ühiskontrolli omavate aktsionäride koosseis. Üks ilmsemaid ühiskontrolli all oleva ettevõtja kontrolli olemuse otsustava muutumiseni viivaid olukordi on selline, kus ühissetevõttes, mida ühiselt kontrollivad ühissetevõtte konkurent ja finantsinvestor, asendub finantsinvestor teise konkurendiga. Sellisel juhul ei või ühissetevõtte kontrollistruktuur ja selle eesmärgid täielikult muutuda mitte ainult uue aktsionäri lisandumise tõttu, vaid ka allesjäänud aktsionäri käitumise muutumise tõttu. Seega muudab kontrolli omava aktsionäri asendumine uuega või uue aktsionäri lisandumine kontrolli olemust ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ Vt nt juhtum COMP/M.3440 – ENI/EDP/GdP, 9. detsember 2004.

⁽⁸⁰⁾ Otsus kohtuasjas T-282/02 Cementbouw vs. komisjon, punkt 67, [2006] EKL II-319.

⁽⁸¹⁾ Cementbouw vs. komisjon (kohtulahendite kogumikus veel avaldamata), punkt 67. Üldiselt tuleks märkida, et komisjon ei käsitä eraldi koondumisena ühiskontrolli puhul kontrolli omava aktsionäri kaudset asendamist, mis toimub, kui kontrolli omandab üks emaettevõtjatest. Komisjon analüüsib kõiki ühissetevõtte konkurentsiolekordas toimuvaid muutusi emaettevõtja üldise kontrolli omandamise kontekstis. Sellisel juhul ei peeta teisi ühissetevõttes kontrolli omavaid aktsionäre asjaomasteks ettevõtjateks, keda mõjutab emaettevõtjaga seotud koondumine.

- (88) Uute aktsionäride lisandumine kujutab endast teavitamisele kuuluvat koondumist üksnes juhul, kui üks või mitu aktsionäri omandavad tehinguga ainu- või ühiskontrolli. Uue aktsionäri lisandumine võib kaasa tuua olukorra, kus ei ole võimalik tuvastada õiguslikku ega faktilist ühiskontrolli, sest uue aktsionäri lisandumise tagajärjel saavad võimalikuks vähemusaktsionäride muutuvad koalitsioonid ⁽⁸²⁾.

2. Aktsionäride arvu vähenemine

- (89) Kontrolli omavate aktsionäride arvu vähenemine muudab kontrolli olemust ja tuleb seega pidada koondumiseks, kui ühe või mitme kontrolli omava aktsionäri lahkumisega toimub üleminek ühiskontrollilt ainukontrollile. Otsustav mõju, mida kasutatakse üksi, erineb oluliselt otsustavast mõjust, mida kasutatakse ühiselt, sest viimasel juhul peavad ühiskontrolli omavad aktsionärid arvestama sellega, et teise poole või teiste poolte huvid võivad olla erinevad ⁽⁸³⁾.
- (90) Kui tehingu tulemusel väheneb ühiskontrolli omavate aktsionäride arv, kuid ei toimu üleminekut ühiskontrollilt ainukontrollile, ei tulene tehingust tavaliselt koondumist, millest tuleb teatada.

IV. ÜHISETTEVÕTTED – TÄIELIKU TOIMIVUSE MÕISTE

- (91) Artikli 3 lõike 1 punktis b on sätestatud, et koondumiseks peetakse tehingut, mille tulemusel üks või mitu ettevõtjat omandavad kontrolli teise ettevõtja või tema osade üle. Uue ettevõtja omandamine mitme ühiskontrolli omava ettevõtja poolt on seega koondumine ühinemismääruse tähenduses. Nii nagu ettevõtja üle ainukontrolli omandamine muudab ka ühiskontrolli omandamine turu struktuuri, isegi kui omandavate ettevõtjate plaanide kohaselt ei peeta omandavat ettevõtjat pärast tehingut enam täielikult toimivaks (nt seetõttu, et ta hakkab tulevikus müüma eranditult emaettevõtjatele). Seega kujutab tehing, millega mitu ettevõtjat omandavad vastavalt lõikes 24 esitatud kriteeriumidele kolmandatelt pooltelt kontrolli teise ettevõtja või selle osade üle, endast artikli 3 lõikes 1 sätestatud koondumist, ilma et oleks tarvis arvesse võtta täieliku toimivuse kriteeriumi ⁽⁸⁴⁾.
- (92) Lisaks on artikli 3 lõikes 4 sätestatud, et sellise ühisettevõtte loomist, mis täidab püsivalt kõiki autonoomse majandusüksuse funktsioone (nn täielikult toimiv ühisettevõtte), käsitatakse koondumisena ühinemismääruse tähenduses. Täieliku toimivuse kriteerium tähendab seega seda, et ühisettevõtte loomise suhtes kohaldatakse ühinemismäärust, olenemata sellest, kas kõnealune ühisettevõtte luuakse n-ö puhta lehena või paigutavad pooled ühisettevõttesse varem isiklikult neile kuulunud varad. Sellisel juhul peab ühisettevõtte vastama täieliku toimivuse kriteeriumile, et selle loomist saaks käsitada koondumisena.
- (93) Asjaolu, et ühisettevõtte võib olla täielikult toimiv ettevõtte ning seetõttu oma tegevuses majanduslikus mõttes sõltumatu, ei tähenda, et ta on sõltumatu oma strateegiliste otsuste vastuvõtmisel. Muidu ei saaks ühiskontrolli all olevat ettevõtjat kunagi pidada täielikult toimivaks ühisettevõtteks ja seega ei oleks kunagi täidetud artikli 3 lõikes 4 sätestatud tingimus ⁽⁸⁵⁾. Seetõttu piisab täieliku toimivuse kriteeriumile vastamiseks sellest, et ühisettevõtte on oma tegevuses sõltumatu.

⁽⁸²⁾ Juhtum IV/JV.12 – Ericsson/Nokia/Psion/Motorola, 22. detsember 1998.

⁽⁸³⁾ Vt juhtum IV/M023 – ICI/Tioxide, 28. november 1990; vt samuti komisjoni teatise lihtsustatud korra kohta teatavate koondumiste menetlemiseks vastavalt nõukogu määrusele (EÜ) nr 139/2004 punkti 5 alapunkt d.

⁽⁸⁴⁾ Kõnealused kaalutlused ei kehti sama moodi artikli 2 lõike 4 suhtes. Kui artikli 3 lõigete 1 ja 4 tõlgendus on seotud ühinemismääruse kohaldatavusega ühisettevõtete suhtes, siis artikli 2 lõige 4 käsitleb ühisettevõtete sisulist hindamist. „... ühisettevõtte loomine, mis kujutab endast koondumist vastavalt artiklile 3”, nagu on sätestatud artikli 2 lõikes 4, hõlmab ühiskontrolli omandamist vastavalt artikli 3 lõigetele 1 ja 4.

⁽⁸⁵⁾ Otsus kohtuasjas T-282/02 Cementbouw vs. komisjon, punkt 62, [2006] EKL II-319.

1. Turul sõltumatult toimimiseks piisavad ressursid

- (94) Täielik toimivus tähendab, et ühissettevõtte peab turul tegutsedes täitma funktsioone, mida samal turul tegutsevad ettevõtjad tavapäraselt täidavad. Selleks peab ettevõttel olema juhtkond, mille ülesandeks on selle igapäevase tegevuse juhtimine, ning juurdepääs piisavatele vahenditele, sealhulgas raha, personal ja vara (materiaalne ja immateriaalne), mis võimaldavad arendada püsivat majandustegevust ühissettevõtte lepinguga ettenähtud valdkonnas⁽⁸⁶⁾. Kui see on tavaks majandusharus, kus ühissettevõtte tegutseb, võib olla piisav, kui kolmas isik varustab seda personaliga tegevuslepingu alusel või kui töötajad määrab ajutise tööhõive asutus. Samuti võib piisata sellest, kui töötajaid saadavad ja rahastavad emaettevõtjad, kui seda tehakse ainult käivitusperioodil, või kui ühissettevõtte kohtleb emaettevõtjaid samamoodi nagu kolmandaid pooli. Viimatimainitud juhul peab ühissettevõtte emaettevõtjaid kohtlema tavapäraste kaubandustingimuste kohaselt ja sel on õigus värvata töötajaid ise või kolmandate isikute kaudu.

2. Emaettevõtja ühest konkreetsest funktsioonist erinevad tegevused

- (95) Ühissettevõtte ei ole täielikult toimiv, kui see võtab üle üksnes emaettevõtjate äritegevuse ühe konkreetse funktsiooni, omamata juurdepääsu turule või seal tegutsemata. Sellised on näiteks ühissettevõtted, mille tegevus on piiratud uurimis- ja arendustegevuse või tootmisega. Kõnealused ühissettevõtted abistavad emaettevõtjaid majandustegevuses. Sellised on ka ühissettevõtted, mille tegevus on piiratud emaettevõtjate toodete turustamise või müügiga ning mis seega tegutsevad peamiselt müügiagentuurina. Asjaolu, et ühissettevõtte kasutab ühe või enama emaettevõtja jaotusvõrku või turustusvõimalust, ei mõjuta siiski üldjuhul selle liigitamist täielikult toimivaks, kui emaettevõtjad tegutsevad üksnes ühissettevõtte agentidena⁽⁸⁷⁾.
- (96) Sageli kerkib nimetatud küsimus esile seoses kinnisvara valdamisega tegelevate ühissettevõtetega, mis tavaliselt luuakse maksudega seotud ja rahalistel põhjustel. Kuni ühissettevõtte eesmärk piirdub teatava kinnisvara omandamise ja/või valdamisega emaettevõtjate nimel ja rahalised vahendid selleks annavad emaettevõtjad, ei peeta ühissettevõtet üldjuhul täielikult toimivaks, sest sellel puudub iseseisev ja pikaajaline äritegevus turul ning tavaliselt ka iseseisvaks tegutsemiseks vajalikud ressursid. Sellist ühissettevõtet tuleks käsitleda eraldi ühissetevõtetest, mis tegelevad kinnisvaraportfelli aktiivse juhtimisega ja tegutsevad turul enda nimel, mis tavaliselt viitab täielikule toimivusele⁽⁸⁸⁾.

3. Ostu- ja müügisuhted emaettevõtjatega

- (97) Ühissettevõtte täieliku toimivuse hindamisel võetakse arvesse emaettevõtjate tugevat seisundit eelnevatel või järgnevatel turgudel, kui kõnealune seisund toob kaasa märkimisväärsed ostu- või müügitehinguid emaettevõtjate ja ühissettevõtte vahel. Asjaolu, et ühissettevõtte sõltub peaaegu täielikult müügist

⁽⁸⁶⁾ Juhtum IV/M.527 – Thomson CSF/Deutsche Aerospace, 2. detsember 1994 – intellektuaalomandi õigused; juhtum IV/M.560 EDS/Lufthansa, 11. mai 1995 – allhanked; juhtum IV/M.585 – Voest Alpine Industrieranlagenbau GmbH/Davy International Ltd, 7. mai 1995 – ühissettevõtte õigus nõuda emaettevõtjalt täiendavat oskusteavet ja töötajaid; juhtum IV/M.686 – Nokia/Autoliv, 5. veebruar 1996 – ühissettevõtte, mis on võimeline lõpetama emaettevõtjaga sõlmitud „teenuste lepingud“ ja lahkuma emaettevõtja tegevuskohast; juhtum IV/M.791 – British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd, 7. oktoober 1996 – ühissettevõtte jaoks ette nähtud varad võõrandatakse liisinguettevõttele ja ühissettevõtte liisib need.

⁽⁸⁷⁾ Juhtum IV/M.102 – TNT/Canada Post jt, 2. detsember 1991.

⁽⁸⁸⁾ Vt juhtum IV/M.929 – DIA/Veba Immobilien/Deutschbau, 23. juuni 1997; Juhtum COMP/M. 3325 – Morgan Stanley/Glick/Canary Wharf, 23. jaanuar 2004.

emaettevõtjatele või neilt ostmisest üksnes käivitusperioodil, ei mõjuta üldjuhul ühisettevõtte liigitamist täielikult toimivaks. Kõnealust käivitusperioodi võib olla tarvis ühisettevõtte turupositsiooni saavutamiseks. Üldjuhul ei ületa see kolme aastat olenevalt asjaomase turu eritingimustest ⁽⁸⁹⁾.

Müük emaettevõtjatele

(98) Kui ühisettevõtte müük emaettevõtjatele on kavandatud püsiva tegevusena, on nimetatud müügist olenemata siiski põhiküsimuseks, kas ühisettevõtte on suuteline turul aktiivset osa etendama ja kas tema tegevust saab pidada majanduslikus mõttes sõltumatuks. Sellega seoses on oluline tegur kõnealuse müügi osa ühisettevõtte kogutoodangust. Iga üksiku juhtumi eripära tõttu on võimatu määrata kindlat käibeosa, mis eristab täielikult toimivat ühisettevõtet teistest ühisettevõtetest. Kui rohkem kui 50 % ühisettevõtte käibest tuleneb tehingutest kolmandate pooltega, viitab see tavaliselt täielikule toimivusele. Kui käibeosa on nimetatud piirmäärast madalam, tuleb igat üksikut juhtumit eraldi analüüsida, sest iseseisev tegutsemine nõuab, et ühisettevõtte ja tema emaettevõtjate vahelised suhted peavad olema täiel määral kaubanduslikud. Selleks tuleb tõendada, et ühisettevõtte tarnib kaupu või osutab teenuseid ostjale, kes neid kõige enam väärtustab ja nende eest kõige rohkem maksab ja et ühisettevõtte kohtleb ka emaettevõtjaid eritingimusteta tavaliste kaubandustingimuste kohaselt ⁽⁹⁰⁾. Sellises olukorras, st kui ühisettevõtte kohtleb emaettevõtjaid samadel kaubanduslikel tingimustel nagu kolmandaid pooli, piisab, kui vähemalt 20 % ühisettevõtte eeldatavatest müügiimahutudest müüakse kolmandatele pooltele. Mida suurem on emaettevõtjatele tõenäoliselt müüdiv osa, seda rohkem on siiski vaja selgeid tõendeid, et nende vahelised suhted on kaubanduslikud.

(99) Emaettevõtjatele ja kolmandatele pooltele müüdivate osade kindlaks määramisel võtab komisjon arvesse varasemaid raamatupidamisaruandeid ja põhjendatud äriplaane. Kui olulist müüki kolmandatele pooltele ei ole nii kerge prognoosida, võtab komisjon arvesse ka turu üldist ülesehitust. See võib olla asjakohane tegur ka siis, kui hinnatakse, kas ühisettevõtte kohtleb emaettevõtjat eritingimusteta.

(100) Kõnealused küsimused tekivad sageli seoses allhankelepingutega, kui ettevõtja loob koos teenuse osutajaga ühisettevõtte, ⁽⁹¹⁾ mis hakkab täitma ülesandeid, mida varem täideti ettevõttesiseselt. Tavaliselt ei saa ühisettevõtet pidada täielikult toimivaks järgmistel juhtudel: ta osutab teenuseid eranditult ettevõtjast kliendile ja tema teenused sõltuvad teenuse osutaja panusest. Asjaolu, et ühisettevõtte äriplaan sageli vähemalt ei välista, et ühisettevõtte võib osutada oma teenuseid kolmandatele pooltele, ei muuda kõnealust hinnangut, sest tavalise allhanke puhul jääb kolmandatelt poolt saadav tulu ühisettevõtte põhitegevusest, st kliendile osutatavatest teenustest saadud tuluga võrreldes tõenäoliselt kõrvaliseks. Kõnealune üldreegel ei välista siiski sellist allhankeolukorda, kus ühisettevõtte osalised loovad näiteks mastaabisäästu pärast ühisettevõtte eesmärgiga saavutada oluline turuosa. Täielikult toimiva ühisettevõttega võib olla tegemist juhul, kui prognoositakse olulist müüki kolmandatele pooltele ning kui ühisettevõtte ja tema emaettevõtja vahelised suhted on täiel määral kaubanduslikud ning kui ühisettevõtte müüb emaettevõtjatele oma tooteid tavalistel kaubanduslikel tingimustel.

⁽⁸⁹⁾ Juhtum IV/M.560 – EDS/Lufthansa, 11. mai 1995; juhtum IV/M.686 Nokia/Autoliv, 5. veebruar 1996; eelmisele vastupidised juhtumid IV/M.904 – RSB/Tenex/Fuel Logistics, 2. aprill 1997 ja IV/M.979 – Preussag/Voest-Alpine, 1. oktoober 1997. Erijuhtumiga on tegemist siis, kui ühisettevõttepoolne müük emaettevõtjale on tingitud õiguspärasest monopolist ühisettevõttele järgneval turul, vt juhtum IV/M.468 – Siemens/Italtel, 17. veebruar 1995, või kui emaettevõtjale müüakse kõrvalsaadusi, mis ei ole ühisettevõtte jaoks eriti olulised, vt juhtum IV/M.550 – Union Carbide/Enichem, 13. märts 1995.

⁽⁹⁰⁾ Juhtum IV/M.556 – Zeneca/Vanderhave, 9. aprill 1996; juhtum IV/M.751 – Bayer/Hüls, 3. juuli 1996.

⁽⁹¹⁾ Küsimust, millistel asjaoludel on allhanke korraldamine koondumine, on käsitletud käesoleva teatise punktis 25 ja sellele järgnevatel punktides.

Ost emaettevõtjatelt

- (101) Pidades silmas ühissettevõtte oste emaettevõtjatelt, on ühissettevõtte täielik toimivus küsitav eelkõige juhul, kui asjaomastele toodetele või teenustele antakse ühissettevõtte tasandil vähe lisandväärtust. Sellisel juhul võib ühissettevõtte olla pigem ühine müügiagentuur.

Kaubaturud

- (102) Vastupidisel juhul aga, kus ühissettevõtte on kaubaturul aktiivne ning täidab sellel turul tavapäraseid kaubandusettevõtja funktsioone, ei ole üldjuhul tegemist abistava müügiagentuuri, vaid täielikult toimiva ühissettevõttega. Kaubaturu tunnusteks on lisaks integreerituile ka vertikaalselt integreerimata äriühingute olemasolu, mille peamiseks tegevusalaks on toodete müük ja turustamine, ning erinevate tarneallikate olemasolu asjaomaste toodete jaoks. Lisaks võib paljudel kaubaturgudel olla nõutav, et ettevõtjad investeeriksid spetsiaalsetesse ressurssidesse, nagu turustuspunktid, julgeolekuvarud, laod, hoidlad, veovahendid ja müügipersonal. Et tegemist oleks kaubaturul tegutseva täielikult toimiva ühissettevõttega, peavad ettevõtjal olema vajalikud vahendid ning oluline osa selle tarnetest ei peaks eeldatavasti olema pärit mitte üksnes emaettevõtjatelt, vaid ka teistest konkureerivatest allikatest ⁽⁹²⁾.

4. Püsiv tegutsemine

- (103) Lisaks peab ühissettevõtte olema kavandatud püsivalt tegutsema. Seda näitab üldjuhul asjaolu, et emaettevõtjad annavad ühissetevõttele eespool nimetatud ressursid. Lisaks sätestatakse ühissettevõtte asutamise lepingutes sageli teatavad erakorralised juhtumid, näiteks ühissettevõtte ebaõnnestumine või põhimõttelised erimeelsused emaettevõtjate vahel ⁽⁹³⁾. Selleks võib lepingusse lisada ühissettevõtte enese lõpliku likvideerimise sätte või ühe või mitme emaettevõtja võimaluse ühissettevõttest välja astuda. Nimetatud sätte ei takista siiski käsitlemast ühissettevõtet püsivalt tegutsevana. Sama kehtib enamasti ka juhul, kui lepinguga nähakse ette ühissettevõtte tegevusaeg, kui kõnealune ajavahemik on piisavalt pikk, et tuua kaasa püsiv muutus asjaomaste ettevõtjate struktuuris, ⁽⁹⁴⁾ või kui lepinguga nähakse ette võimalus ühissettevõtte tegevuse jätkamiseks pärast selle tähtaja lõppu.

- (104) Seevastu juhul, kui ühissettevõtte on loodud lühikeseks ja mittepikendatavaks tähtjaks, ei käsitata seda püsivalt tegutsevana. Selliseks juhtumiks võib olla näiteks ühissettevõtte, mis luuakse konkreetse projekti elluviimiseks, näiteks elektrijaama ehitamiseks, kuid mis pärast ehituse lõppu ei osale jaama käitamises.

- (105) Ühissettevõtte tegevus ei ole piisavalt püsiv ka siis, kui kolmandad pooled ei ole veel teinud otsuseid, mis on ühissettevõtte äritegevuse alustamiseks olulise tähtsusega. Siia kuuluvad üksnes otsused, mis ei ole pelgalt formaalsed ja mille vastuvõtmine ei ole tavaliselt kindel. Näitena võib tuua riigihankelepingu sõlmimise (nt avaliku pakkumisega), litsentsid (nt sidesektoris) või varale juurdepääsu õigused (nt nafta- ja gaasimaardlate uurimise õigused). Kuni kõnealuseid asjaolusid käsitlevate otsuste vastuvõtmiseni ei ole selge, kas ühissettevõtte üldse hakkab tegutsema. Seega ei saa selles etapis ühissettevõtet pidada püsivalt

⁽⁹²⁾ Juhtum IV/M.788 – AgrEVO/Marubeni, 3. september 1996.

⁽⁹³⁾ Juhtum IV/M.891 – Deutsche Bank/Commerzbank/J.M. Voith, 23. aprill 1997.

⁽⁹⁴⁾ Vt juhtum COMP/M.2903 – DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, 30. aprill 2003, milles piisavaks peeti 12-aastast perioodi; juhtum COMP/M.2632 – Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, 11. veebruar 2002, kus lepingu kestuseks oli 8 aastat. Juhtumis COMP/M.3858 Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien, 20. juuli 2005, leidis komisjon, et 10–15aastane miinimumperiood on piisav, kuid kolmeaastane mitte.

majanduslikke funktsioone täitvaks ja järelikult ka täielikult toimivaks. Kui otsus on tehtud asjaomase ühissettevõtte kasuks, on kõnealune kriteerium täidetud ja tegemist on koondumisega ⁽⁹⁵⁾.

5. Muutused ühissettevõtte tegevuses

- (106) Ühissettevõtte tegutsemise ajal võivad emaettevõtjad otsustada selle tegevust laiendada. Seda peetakse uueks koondumiseks, mille puhul kehtib teatamise nõue, kui laiendamine nõuab emaettevõtjalt teise ettevõtja omandamist tervikuna või osaliselt, mis eraldi vaadelduna oleks koondumine, nagu on selgitatud käesoleva teatise punktis 24 ⁽⁹⁶⁾.
- (107) Koondumisega võib tegemist olla ka siis, kui emaettevõtjad annavad ühissettevõttele üle märkimisväärsed täiendavaid varasid, lepinguid, oskusteavet või muid õigusi ning nimetatud varad ja õigused on ühissettevõtte tegevuse teisele tootele või geograafilistele turgudele laiendamise aluseks või tuumaks, mis ei olnud esialgse ühissettevõtte eesmärk, ja kui ühissettevõtte tegeleb kirjeldatud tegevustega täieliku toimivuse alusel. Kuna varade või õiguste üleandmine näitab, et ühissettevõtte tegevusala laiendamise taga seisavad tegelikult emaettevõtjad, võib ühissettevõtte tegevuse laiendamist käsitada nii nagu uue ühissettevõtte loomist artikli 3 lõike 4 tähenduses ⁽⁹⁷⁾.
- (108) Kui ühissettevõtte tegevusala laiendatakse täiendavate varade, lepingute, oskusteabe või õiguste üleandmiseta, ei ole tegemist koondumisega.
- (109) Koondumisega on tegemist siis, kui olemasoleva täielikult mittetoimiva ühissettevõtte tegevust muudetakse, nii et luuakse täielikult toimiv ühissettevõtte artikli 3 lõike 4 tähenduses. Näitena võib tuua ühissettevõtteid, mille organisatsioonilist struktuuri muudetakse nii, et on täidetud täieliku toimivuse kriteerium, ⁽⁹⁸⁾ ühissettevõtteid, mis varem tarnisid ainult emaettevõtjatele, kuid alustavad nüüd aktiivset tegevust turul, või punktis 105 kirjeldatud olukord, kus ühissettevõtte saab turul tegutsema hakata alles pärast olulise otsuse vastuvõtmist, näiteks ühissettevõttele sisesektoris tegutsemise litsentsi andmist. Selline muudatus ühissettevõtte tegevuses nõuab sageli aktsionäride või juhatuse otsust. Kui on vastu võetud otsus, mille tagajärjel täidab ühissettevõtte täieliku toimivuse kriteeriumi, on tegemist koondumisega.

V. ERANDID

- (110) Artikli 3 lõikes 5 on sätestatud kolm erandit, kus kontrollpaki omandamine ei kujuta endast koondumist ühinemismääruse tähenduses.
- (111) Esiteks ei käsitata koondumisena väärtpaberite omandamist ettevõtjate poolt, mille tavapärane tegevus hõlmab väärtpaberitehinguid ja nendega kauplemist nii enda kui ka teiste isikute nimel, kui need ettevõtjad omandavad need väärtpaberid oma tegevuse raames ja kui kõnealuseid väärtpabereid hoitakse ainult ajutiselt (artikli 3 lõike 5 punkt a). Kõnealuse erandi alla kuulumiseks peavad olema täidetud järgmised tingimused:

— omandav ettevõtja on krediitiasutus või muu finantsasutus või kindlustusselts, kelle tavapärase tegevust on kirjeldatud eespool;

⁽⁹⁵⁾ Olenevalt teistest selles peatükis nimetatud kriteeriumidest.

⁽⁹⁶⁾ Vt juhtum COMP/M.3039 – Soprol/Céréol/Lesieur, 30. jaanuar 2003.

⁽⁹⁷⁾ Sellisel juhul on teatamist käivitavaks sündmuseks varade, lepingute, oskusteabe või muude õiguste võõrandamise aluseks olev leping või muu õigustoiming.

⁽⁹⁸⁾ Juhtum COMP/M.2276 – The Coca-Cola Company/Nestlé/JV, 27. september 2001.

- kõnealused väärtpaberid omandatakse edasimüügi eesmärgil;
 - omandav ettevõtja ei kasuta [nende väärtpaberitega seotud] hääleõigust, et määrata sihtetevõtja strateegiline kaubanduslik käitumine, või kasutab kõnealust hääleõigust ainult selleks, et valmistada kõnealuse ettevõtja, selle varade või väärtpaberite täielikuks või osaliseks võõrandamiseks;
 - omandav ettevõtja võõrandab oma kontrollipaki ühe aasta jooksul pärast omandamist, st ta peab vähendama oma osalust selle ühe aasta jooksul vähemalt tasemeni, millega ei kaasne kontrolli. Komisjon võib kõnealust aega siiski pikendada, kui omandav ettevõtja tõendab, et võõrandamine ei olnud üheaastase tähtaja jooksul mõistlikult võimalik.
- (112) Teiseks ei toimu kontrolli muutumist ega ka koondumist ühinemismääruse tähenduses juhul, kui kontrolli omandab vastavate volitustega isik kooskõlas liikmesriigi seadustega, milles käsitletakse likvideerimist, lõpetamist, maksejõuetust, maksete peatamist ja samalaadseid menetlusi (artikli 3 lõike 5 punkt b).
- (113) Kolmandaks ei ole tegemist koondumisega, kui kontrolli omandab nõukogu neljanda direktiivi 78/660/EMÜ⁽⁹⁹⁾ artikli 5 lõikes 3 osutatud finantsvaldusettevõtja. Seega hõlmab finantsvaldusettevõtja mõiste üksnes äriühinguid, mille ainus eesmärk on soetada osalusi teistes ettevõtetes, sekkumata ise otseselt või kaudselt nende ettevõtete juhtimisse, ilma et see piiraks nende õigusi aktsionäridena. Sellised investeerimisühingud peavad olema üles ehitatud nii, et haldus- või õigusasutus saaks kontrollida nende suhtes kehtestatud piirangutest kinnipidamist. Kõnealuse erandi kohaldamiseks on ühinemismääruses sätestatud lisatingimus: sellised äriühingud võivad kasutada oma hääleõigust teistes ettevõtjates üksnes investeerimise täieliku väärtuse säilitamiseks, mitte kontrollitava ettevõtja strateegilise kaubandusliku käitumise otseseks või kaudseks kindlaksmääramiseks.
- (114) Ühinemismääruse artikli 3 lõikest 5 tulenevaid erandeid kohaldatakse väga piiratud valdkonnas. Esiteks kohaldatakse neid erandeid vaid siis, kui tehing oleks muul juhul omaette koondumine, kuid mitte siis, kui tehing moodustab osa suuremast, üksikust koondumisest, olukorras, kus lõplik kontrolli omandaja ei vasta artikli 3 lõike 5 tingimustele (vt näiteks lõige 5). Teiseks kohaldatakse artikli 3 lõike 5 punktidest a ja c tulenevaid erandeid vaid väärtpaberite ostmise ja mitte varade ostmise teel omandatava kontrolli suhtes.
- (115) Kõnealused erandid ei kehti tavaliste investeerimisfondide suhtes. Vastavalt nende eesmärkidele ei piirdu kõnealused fondid tavaliselt ainult hääleõiguse kasutamisega, vaid võtavad vastu ettevõtja juhatuse või järelevalveorgani liikmete ametisse nimetamise või isegi kõnealuse ettevõtja ümberkorraldamise otsuseid. See ei ole kooskõlas artikli 3 lõike 5 punktides a ja c sätestatud tingimusega, et omandav ettevõtte ei tohi kasutada hääleõigust teise ettevõtja konkurentsikäitumise kindlaks määramiseks⁽¹⁰⁰⁾.
- (116) Võib tekkida küsimus, kas tehing, mille eesmärk on päästa ettevõtja enne maksejõuetusmenetluse algatamist või selle ajal, kujutab endast koondumist ühinemismääruse tähenduses. Selline päästmistehing hõlmab tavaliselt olemasoleva võla ülekandmist uude ettevõttesse, mille kaudu pankade sündikaat võib omandada ühiskontrolli asjaomase ettevõtte üle. Kui kõnealune tehing vastab eespool kirjeldatud

⁽⁹⁹⁾ Nõukogu 25. juuli 1978. aasta neljas direktiiv 78/660/EMÜ, mis põhineb asutamislepingu artikli 54 lõike 3 punktil g ja käsitleb teatavat liiki äriühingute raamatupidamise aastaaruandeid (EÜT L 222, 14.8.1978, lk 11), mida on viimati muudetud 18. juuni 2003. aasta direktiiviga 2003/51/EÜ ELT L 178, 17.7.2003, lk 16). Kõnealuse direktiivi artikli 5 lõikes 3 on finantsvaldusettevõtjat määratletud kui „äriühingut, mille ainus eesmärk on soetada osalusi teistes äriühingutes, neid osalusi majandada ning nende abil kasumit saada, sekkumata ise otseselt ega kaudselt nende äriühingute juhtimisse; ilma et see piiraks nende õigusi osanikena või aktsionäridena. Sellise äriühingu tegevuse suhtes kehtestatud piirangud peavad olema sellised, et haldus- või kohtuasutusel oleks võimalik kontrollida nendest kinnipidamist”.

⁽¹⁰⁰⁾ Juhtum IV/M.669 – Charterhouse/Porterbrook, 11. detsember 1995.

ühiskontrolli kriteeriumile, peetakse seda üldjuhul koondumiseks⁽¹⁰¹⁾. Kuigi pankade esmane soov on asjaomase ettevõtja rahastamine hilisema müügi eesmärgil ümber korraldada, ei kohaldata sellise tehingu suhtes üldjuhul artikli 3 lõike 5 punkti a sätestatud erandit. Nii nagu ka investeerimisfondide puhul, peavad kontrollivad pangad ümberkorraldusprogrammi puhul tavaliselt kindlaks määrama päästetava ettevõtja strateegilise kaubandusliku käitumise. Lisaks ei ole üldjuhul tõsiselt võetav ettepanek korraldada päästetav ettevõtte ümber majanduslikult elujõuliseks üksuseks ja müüa see ettenähtud üheaastase perioodi jooksul edasi. Pealegi võib selle eesmärgi saavutamiseks vajaminev aeg olla nii ebaselge, et raske oleks anda võõrandamiseks lisaaega.

VI. KOONDUMISEST LOOBUMINE

- (117) Koondumist ei toimu ja ühinemismäärust ei kohaldata, kui asjaomased ettevõtjad loobuvad koondumisest.
- (118) Seoses sellega on ühinemismääruse nr 139/2004 uude redaktsiooni lisatud uus säte, mis käsitleb ettevõtjate koondumise kontrolli menetluste lõpetamist lõppotsusega pärast seda, kui komisjon on algatanud menetluse vastavalt artikli 6 lõike 1 punkti c esimeses lauses sätestatud. Kõnealune lause on järgmine: „Ilma et see piiraks artikli 9 kohaldamist, lõpetatakse menetlus artikli 8 lõigetes 1–4 sätestatud otsusega, kui asjaomased ettevõtjad ei ole komisjonile piisavalt tõendanud, et nad on koondumisest loobunud”. Enne menetluse algatamist see nõue ei kehti.
- (119) Üldise põhimõtena peab loobumise tõendamise õiguslik vorm, intensiivsus jne olema kooskõlas esialgse toiminguga, mille alusel peeti tehingut koondumiseks, millest tuleb teatada. Kui pooled tugevdasid pärast esialgset toimingut menetluse ajal omavahelisi lepingulisi suhteid, näiteks siduva kokkuleppe sõlmimisega hea tahte avaldusena pärast tehingut teatamist, peab loobumise tõendamine olema kooskõlas ka kõige viimase toiminguga.
- (120) Kui koondumine toimub enne komisjoni otsust, tuleb kooskõlas kõnealuse põhimõttega tõendada, et taastatud on endine olukord. Teate pelka tagasivõtmist ei peeta piisavaks tõendiks selle kohta, et koondumisest on loobutud artikli 6 lõike 1 punkti c tähenduses. Samamoodi ei peeta esialgsest koondumisest loobumiseks väikeseid muutusi koondumises, mis ei mõjuta kontrolli üleminekut või selle olemust⁽¹⁰²⁾.
- Siduv kokkulepe: nõutav on tõend kokkuleppe õiguslikult siduva tühistamise kohta esialgses kokkuleppes ettenähtud vormis (st üldjuhul dokument, millele on alla kirjutanud kõik pooled). Kokkuleppe lõpetamise või teatatud koondumisest loobumise kavatsusest ega (ühe) poole ühepoolsetest avaldustest ei piisa⁽¹⁰³⁾.
- Heauskne kokkuleppe sõlmimise kavatsus: heauskset kavatsust demonstreeriva eellepingu või vastastikuse mõistmise memorandumi puhul on nõutavad dokumendid, millega tõendatakse, et kõnealuse heauskse kavatsuse alus on tühistatud. Võimalike muude heauskse kavatsuse näitamise vormide puhul peab loobumine tühistama heauskse kavatsuse ning selle vorm ja intensiivsus peavad olema kooskõlas esialgse heauskse kavatsusega.
- Avaliku pakkumise väljakuulutamise või avaliku pakkumise korraldamise kavatsus: nõutav on avalik teavitamine pakkumismenetluse lõpetamisest või avaliku pakkumise korraldamisest loobumisest. Teate vorm ja sihtgrupp peavad olema võrreldavad esialgse teate vormi ja sihtgrupiga.

⁽¹⁰¹⁾ Juhtum IV/M.116 – Kelt/American Express, 28. august 1991.

⁽¹⁰²⁾ Käesolev punkt ei mõjuta selle hindamist, kas muudatuse tõttu on vaja komisjonile esitada täiendavat teavet vastavalt määruse 802/2004 artikli 5 lõikele 3.

⁽¹⁰³⁾ Vt juhtum COMP/M. – JCI/VB/FIAMM, 10. mai 2007, punkt 15, kus ainult üks osapool ei soovinud enam lepingut täita, samal ajal kui teine pool pidas lepingut jätkuvalt siduvaks ja täitmisele kuuluvaks.

- Toimunud koondumised: kui koondumine toimus enne komisjoni otsust, peavad pooled tõestama, et on taastatud koondumise toimumise eelne olukord.

(121) Pooltel on kohustus esitada kõnealuste nõuete täitmiseks vajalikud dokumendid õigel ajal.

VII. TEHINGUTE MUUTMINE PÄRAST KOMISJONI LUBAVAT OTSUST

- (122) Mõnikord võivad pooled pärast seda, kui komisjon on koondumiseks loa andnud, mitte soovida koondumist ettenähtud kujul ellu viia. Tekib küsimus, kas komisjoni lubav otsus hõlmab ka tehingu muutunud ülesehitust.
- (123) Üldiselt on nii, et kui tehingu ülesehitus muutub artikli 3 lõike 1 punkti b kohaldamisalasse kuuluvast kontrolli omandamisest artikli 3 lõike 1 punkti a kohaldamisalasse kuuluvaks ühinemiseks või vastupidi, siis peetakse tehingu ülesehituse muutust eraldi koondumiseks ühinemismääruse tähenduses ja sellest tuleb uuesti teatada ⁽¹⁰⁴⁾. Komisjoni lubav otsus hõlmab tehingu vähemolulisi muutusi, näiteks väikeseid muudatusi osalusprotsentides, mis ei muuda kontrolli üleminekut või selle olemust, pakkumishinna muutmist avaliku pakkumise puhul või äriühingu struktuuri muutusi, mis on seotud tehingu toimumisega ja mis ei mõjuta ühinemismääruses sätestatud kontrolli olemust.

C. ÜHENDUSE SEISUKOHALT OLULISED KOONDUMISED

I. PIIRMÄÄRAD

- (124) Tehingud, mille suhtes kohaldatakse ühinemismäärust, määratakse kindlaks kahe tingimuse alusel. Üks tingimus on, et tehing peab olema koondumine artiklis 3 määratletud tähenduses. Teine tingimus hõlmab artiklis 1 sisalduvaid käibe piirmäärasid ning selle eesmärk on eristada neid tehinguid, mis mõjutavad ühendust ning mida võib käsitada ühenduse seisukohalt olulistena. Käivet kasutatakse koondumise käigus ühendatavate majandusressursside hindamiseks ning see jaotatakse geograafiliselt, kajastamaks kõnealuste ressursside geograafilist jaotust.
- (125) Artiklis 1 on sätestatud kaht liiki piirmäärad, mille abil tehakse kindlaks, kas tehing on ühenduse seisukohalt oluline. Artikli 1 lõikes 2 on sätestatud kolm kriteeriumi: kogu maailma hõlmava käibe piirmäära eesmärk on mõõta asjaomase ettevõtja üldist mõju; ühendusesisese käibe piirmäära eesmärk on teha kindlaks, kas koondumine hõlmab minimaalset nõutavat majandustegevust ühenduses; kahe kolmandiku reegli eesmärk on jätta ühenduse pädevusest välja puhtalt riigisisised tehingud.
- (126) Artikli 1 lõikes 3 nimetatud teist liiki piirmäärade eesmärk on reguleerida tehinguid, mis ei ole ühenduse seisukohalt olulised vastavalt artikli 1 lõikele 2, kuid millest vähemalt kolme liikmesriigi konkurentsivõime kohaselt tuleks teavitada. Selleks on artikli 1 lõikes 3 sätestatud nii kogu maailma kui ka ühenduse kohta madalamad käibe piirmäärad ja minimaalne majandustegevus, millega asjaomased ettevõtjad peavad koos ja eraldi tegelema vähemalt kolmes liikmesriigis. Nii nagu artikli 1 lõige 2 sisaldab ka artikli 1 lõige 3 kahe kolmandiku reegli, millega välistatakse valdavalt riigisisest koondumist ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Vt juhtum COMP/M.2706 – Carnival Corporation/P&O Princess, 11. aprill 2002 ja juhtum COMP/M.3071 – Carnival Corporation/P&O Princess, 10. veebruar 2003. Sellisel juhul muutuvad koondumisest teatavate poolte isikud, kuna teatama peavad mõlemad ühinevad pooled, samal ajal kui seda peab tegema ainult kontrolli omandav pool. Kui pooled omandavad sihtettevõtja üle kontrolli ja alles pärast seda otsustavad ühineda omandatud tütarettevõtjaga, käsitatakse seda sisemise ümberkorraldusena, mille tulemusel ei toimu kontrolli üleminekut ja mis seega ei kuulu ühinemismääruse artikli 3 kohaldamisalasse.

⁽¹⁰⁵⁾ Koondumist peetakse ühenduse seisukohalt oluliseks ka siis, kui see antakse komisjonile üle vastavalt ühinemismääruse artikli 4 lõikele 5. Kõnealuseid juhtumeid käsitletakse komisjoni teatistes koondumisasjade üleandmise kohta (ELT C 56, 5.3.2005, lk 2).

- (127) Piirmäärad kui sellised on ette nähtud pädevuse kindlaks määramiseks, mitte aga koondumise osaliste turuseisundi ega tehingu mõju hindamiseks. Sellest tulenevalt hõlmavad need käivet ning seega ka ressursse, mis on seotud osaliste majandustegevuse kõikide valdkondadega, mitte üksnes nendega, mis on koondumisega otseselt seotud. Piirmäärad on pelgalt kvantitatiivsed, kuna need põhinevad vaid käibearvutustel, mitte turuosal ega muudel näitajatel. Nende eesmärk on luua lihtne ja objektiivne mehhanism, mida ühinemisega seotud äriühingud saavad hõlpsasti kasutada, et teha kindlaks, kas need tehingud on ühenduse seisukohalt olulised ja kas neist tuleb seetõttu teatada.
- (128) Kui artiklis 1 on sätestatud arvulised piirmäärad, mille abil määratakse pädevus, siis artikli 5 eesmärk on selgitada, kuidas tuleks käivet arvutada, tagamaks, et saadud arvud kajastavad tõepäraselt majanduslikku tegelikkust.

II. ASJAOMASTE ETTEVÕTJATE MÕISTE

1. Üldist

- (129) Pädevuse kindlaks määramise seisukohalt on asjaomased ettevõtjad need, kes osalevad koondumises, st artikli 3 lõikes 1 ettenähtud ühinemises või kontrolli omandamises. Kõnealuste ettevõtjate individuaalne ja liidetud käive on otsustav piirmääradele vastavuse kindlakstegemisel.
- (130) Kui asjaomase tehinguga seotud ettevõtjad on kindlaks tehtud, tuleb pädevuse määramiseks arvutada nende käive vastavalt artiklis 5 sätestatud eeskirjadele. Artikli 5 lõikes 4 on sätestatud üksikasjalikud kriteeriumid, mille alusel tehakse kindlaks ettevõtjad, kelle käibe võib teatavate otseste või kaudsete sidemete tõttu omistada asjaomasele ettevõtjale. Seadusandja eesmärk oli sätestada konkreetse eeskirjad, mida koos võetuna saab kasutada, et määratleda kontserni mõiste, mille suhtes kehtivad ühinemismääruses sätestatud piirmäärad. Järgmistes jaotistes kasutatakse kontserni mõistet erandkorras, viidates ettevõtjate rühmadele, kelle suhted asjaomase ettevõtjaga vastavad ühinemismääruse artikli 5 lõike 4 ühes või mitmes alapunktis sätestatud tingimustele.
- (131) Viidates erinevatele ettevõtjatele, kes võivad olla seotud menetlusega, on oluline mitte segi ajada artiklites 1 ja 5 kasutatud asjaomase ettevõtja mõistet ühinemismääruses ja komisjoni 7. aprilli 2004. aasta määruses (EÜ) nr 802/2004⁽¹⁰⁶⁾ (millega rakendatakse nõukogu määrust (EÜ) nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (edaspidi „rakendusmäärus”)) kasutatud mõistetega. Nende mõistetega viidatakse koondumisest teavitavatele isikutele, teistele asjaga seotud isikutele, kolmandatele isikutele ja isikutele, kellele võidakse määrata trahv või perioodilised trahvimaksed, ning need on määratletud rakendusmääruse IV peatükis koos vastavate õiguste ja kohustustega.

2. Ühinemised

- (132) Ühinemise puhul on asjaomasteks ettevõtjateks kõik ühinevad üksused.

3. Kontrolli omandamine

- (133) Muudel juhtudel määratakse asjaomased ettevõtjad kindlaks kontrolli omandamise mõiste alusel. Omandaval poolel võib olla üks või mitu ettevõtjat, kes omandavad ainu- või ühiskontrolli. Omandataval poolel võib olla üks või mitu ettevõtjat tervikuna või nende osad. Üldjuhul on kõik nimetatud ettevõtjad asjaomased ettevõtjad ühinemismääruse tähenduses.

Ainukontrolli omandamine

- (134) Ainukontrolli omandamine kogu ettevõtja üle on kõige otsesem kontrolli omandamise juhtum. Asjaomased ettevõtjad on omandav ettevõtja ning sihtettevõtja.

⁽¹⁰⁶⁾ ELT L 133, 30.4.2004, lk 1.

- (135) Kui kontsern omandab sihtettevõtja oma tütarettevõtja kaudu, on asjaomasteks ettevõtjateks sihtettevõtja ja omandav tütarettevõtja, kui viimane ei ole pelgalt omandamise vahend. Kuigi üldjuhul on tütarettevõtja asjaomane ettevõtja, kelle käive tuleb välja arvutada, tuleb piirmäärade arvutamisel arvesse võtta kõikide ettevõtjate käivet, kellega see on seotud artikli 5 lõikes 4 nimetatud viisil. Selles suhtes käsitatakse kontserni ühe ja sama majandusüksusena ning samasse kontserni kuuluvaid äriühinguid ei saa ühinemismääruses ette nähtud pädevuse määramisel käsitada erinevate asjaomaste ettevõtjatena. Tegelikult võib esitada asjaomane tütarettevõtja või selle emaettevõtja.

Ettevõtja osaline omandamine ja hajutatud tehingud – artikli 5 lõige 2

- (136) Ühinemismääruse artikli 5 lõike 2 esimeses lõigus on sätestatud, et kui koondumine kujutab endast ühe või mitme ettevõtja omandamist, võetakse müüja puhul arvesse ainult käivet, mis on seotud tehinguga hõlmatud osadega. Tehingu võimalik turule avalduv mõju sõltub üksnes tehinguga seotud majanduslikest ja rahalistest vahenditest koos omandaja vahenditega, mitte müüja ülejäänud osadest. Sellisel juhul on asjaomased ettevõtjad omandaja(d) ja sihtettevõtja omandatud osa(d), kuid müüja ülejäänud osad arvesse ei võeta.
- (137) Artikli 5 lõike 2 teine lõik käsitleb hajutatud tehinguid ehk järgnevaid tehinguid. Eelmisest samade isikute vahel sõlmitud tehingust (mis toimus kahe aasta jooksul) tuleb (uuesti) teatada koos kõige viimase tehinguga eeldusel, et see kujutab endast koondumist, kui üks või enam tehingut üksikult või koos võetuna vastavad kehtestatud piirmääradele. Sellisel juhul on asjaomased ettevõtjad omandaja(d) ja sihtettevõtja erinevad omandatud osa(d) tervikuna.

Üleminek ühiskontrollilt ainukontrollile

- (138) Kui kontrolli omandamine toimub ühiskontrollilt ainukontrollile ülemineku teel, omandab üks aktsionär üldjuhul varem teis(t)ele aktsionäri(de)le kuulunud osad. Sellisel juhul on asjaomased ettevõtjad omandav aktsionär ja ühisettevõtte. Nagu ka kõik muud müüjad, ei ole n-ö lahkuv aktsionär asjaomane ettevõtja ⁽¹⁰⁷⁾.

Ühiskontrolli omandamine

- (139) Uue ettevõtja üle ühiskontrolli omandamisel on asjaomasteks ettevõtjateks kõik äriühingud, kes omandavad kontrolli asutatavas ühisettevõttes (mida ei saa käsitada asjaomase ettevõtjana, kuna seda ei ole veel olemas ja kuna sellel ei ole veel enda käivet). Sama reegel kehtib siis, kui üks ettevõtja paigutab uude ühisettevõttesse olemasoleva tütarettevõtja või ettevõtte (mille üle tal oli varem kontroll). Sellisel juhul käsitatakse kõiki ühiskontrolli omavaid ettevõtjaid asjaomaste ettevõtjatena, samal ajal kui äriühing või ettevõtte, mis on paigutatud ühisettevõttesse, ei ole asjaomane ettevõtja ja tema käive moodustab osa esialgse emaettevõtja käibest.
- (140) Olukord on erinev, kui ettevõtjad omandavad ühiskontrolli olemasoleva ettevõtja või ettevõtte üle. Asjaomasteks ettevõtjateks on ühelt poolt kõik ühiskontrolli omandavad ettevõtjad ja teiselt poolt olemasolev omandatav ettevõtja või ettevõtte.
- (141) Äriühingu omandamist eesmärgiga vara kohe ära jagada, nagu on selgitatud eespool punktis 32, ei peeta enamasti kogu sihtettevõtja üle ühiskontrolli omandamiseks, vaid ainukontrolli omandamiseks iga sihtettevõtja vastava osa lõpliku omandaja poolt. Kooskõlas ainukontrolli omandamist käsitlevate kaalutlustega on asjaomasteks ettevõtjateks omandavad ettevõtjad ja iga tehinguga omandatud osad.

⁽¹⁰⁷⁾ Juhtum IV/M.023 – ICI/Tioxide, 28. november 1990.

Kontrolli omavate aktsionäride muutumine olemasoleva ühisettevõtte ühiskontrolli korral

- (142) Nagu eespool selgitatud, võib tegemist olla teavitamisele kuuluva koondumisega, kui ühiskontrolli puhul muutub kontrolli olemus uute kontrolli omavate aktsionäride liitumise tõttu, olenemata sellest, kas nad asendavad olemasolevaid kontrolli omavaid aktsionäre või mitte.
- (143) Olukorras, kus nii enne kui ka pärast tehingut on tegemist ühiskontrolliga ja kontrolli omandavad üks või enam aktsionäre, kas liitumise või ühe või enama aktsionäri asendamise teel, on asjaomasteks ettevõtjateks ühiskontrolli omavad aktsionärid (nii olemasolevad kui uued) ja ühisettevõtte ise⁽¹⁰⁸⁾. Ühelt poolt võib nii nagu olemasoleva äriühingu üle ühiskontrolli omandamise korral käsitada ühisettevõtet ennast asjaomase ettevõtjana, sest ta on juba olemasolev ettevõtja. Teiselt poolt aga, nagu on selgitatud eespool, ei ole uue aktsionäri liitumine iseenesest üksnes kontrolli omandamine, vaid sellega muutub ka allesjäävate kontrolli omavate aktsionäride kontrolli olemus, sest ühisettevõtte kontrolli olemuse määravad kontrolli omavate aktsionäride isikud ja koosseis ning seetõttu ka nendevahelised suhted. Lisaks käsitatakse ühinemismääruses ühisettevõtet emaettevõtjate majanduslike vahendite kombinatsioonina, millele lisanduvad ühisettevõtte vahendid, kui tal on juba tekkinud turukäive. Seetõttu on asjaomasteks ettevõtjateks uued liituvad kontrolli omavad aktsionärid koos allesjäävate kontrolli omavate aktsionäridega. Kontrolli olemuse muutumise tõttu käsitatakse neid kõiki kontrolli omandajatena.
- (144) Kuna ühinemismääruse artikli 4 lõike 2 esimeses lauses on ette nähtud, et kõikidest ühiskontrolli omandamiste juhtumitest peavad ühiskontrolli omandavad ettevõtjad ühiselt teatama, peavad olemasolevad ja uued aktsionärid põhimõtteliselt ühiselt teatama koondumisest, mis tuleneb ühiskontrolli olemuse muutumisest.

Kontrolli omandamine ühisettevõtte poolt

- (145) Tehingute puhul, kus ühisettevõtte omandab ainukontrolli teise äriühingu üle, tekib küsimus, kas omandava poole seisukohast tuleks ühisettevõtet käsitada ühe asjaomase ettevõtjana (mille käive hõlmaks emaettevõtjate käivet) või kas selle iga emaettevõtjat tuleks käsitada eraldi asjaomase ettevõtjana. Kõnealune küsimus võib olla otsustavaks pädevuse määramisel⁽¹⁰⁹⁾. Kuigi põhimõtteliselt on asjaomaseks ettevõtjaks ühisettevõtte kui kontrolli omandamises vahetult osaleja, võib esineda olukordi, kus äriühingud asutavad riilifirmasid ja emaettevõtjaid käsitatakse eraldi asjaomaste ettevõtjatena. Seda tüüpi olukorras arvestab komisjon asjaomaste ettevõtjate kindlakstegemisel tehingu majanduslikku tegelikkust.
- (146) Kui omandaja on eespool kirjeldatud täielikult toimiv ühisettevõtte, kes juba tegutseb samal turul, käsitab komisjon üldjuhul asjaomaste ettevõtjatena kõnealust ühisettevõtet ennast ja sihtettevõtjat (mitte ühisettevõtte emaettevõtjaid).

⁽¹⁰⁸⁾ Vt juhtum IV/M.376 – Synthomer/Yule Catto, 22. oktoober 1993.

⁽¹⁰⁹⁾ Kujutage ette järgmist olukorda: sihtettevõtja ühendusesisene kogukäive on alla 250 miljoni euro ja omandajateks on kaks (või enam) ettevõtjat, millest igaühe ühendusesisene käive on üle 250 miljoni euro. Kui sihtettevõtja omandab omandatavate ettevõtjate poolt asutatud riilifirma, oleks tegemist ühe ettevõtjaga (riilifirmaga), mille ühendusesisene käive on üle 250 miljoni euro ja seega ei oleks täidetud ühenduse pädevuseks vajalik kumulatiivse piirmäära nõue, nimelt vähemalt kahe ettevõtja olemasolu, mille ühendusesisene käive on üle 250 miljoni euro. Vastupidi sellele oleks juhul, kui riilifirma kasutamise asemel omandaksid omandavad ettevõtjad sihtettevõtja ise, käibe piirmäär ületatud ja tehingu suhtes kohaldataks ühinemismäärust. Samu kaalutlusi kohaldatakse ka artikli 1 lõikes 3 nimetatud riigisisesse käibe piirmäärade suhtes.

- (147) Vastupidisel juhul, kus ühissettevõtet võib pidada emaettevõtjatepoolse omandamise vahendiks, käsitab komisjon asjaomaste ettevõtjatena kõiki emaettevõtjaid, mitte aga ühissettevõtet, ning sihtäriühingut. Eelkõige kehtib see juhul, kui ühissettevõtte on loodud spetsiaalselt sihtäriühingu omandamise eesmärgil või kui ühissettevõtte ei ole veel tegevust alustanud, kui loodud ühissettevõtte ei ole veel täielikult toimiv, nagu eespool viidatud, või kui ühissettevõtte on ettevõtjate ühendus. Sama kehtib juhul, kui on asjaolusid, mis näitavad, et faktiliselt on emaettevõtjad toimingut tegelikult läbiviijad. Need asjaolud võivad hõlmata emaettevõtjate eneste olulist osalust toimingut algatamises, korraldamises ja rahastamises. Neil juhtudel käsitatakse emaettevõtjaid asjaomaste ettevõtjatena.

Ühissettevõtete jagunemine ja varade vahetus

- (148) Kui kaks (või enam) ettevõtjat jagavad omavahel ühissettevõtte ja varad (mis moodustavad majandusüksuse), käsitatakse seda tavaliselt enam kui ühe kontrolli omandamisena, nagu on selgitatud eespool punktis 41. Näiteks ettevõtjad A ja B moodustavad ühissettevõtte ning seejärel eralduvad uue varade jaotusega. Ühissettevõtte jagunemisega kaasneb üleminek ühissettevõtte kõikide varade ühiskontrollilt jagatud varade ainukontrollile omandavate ettevõtjate poolt ⁽¹¹⁰⁾.

- (149) Iga jagunemistehingu korral on kooskõlas ainukontrolli omandamise eeskirjadega asjaomasteks ettevõtjateks ühelt poolt omandav pool ja teiselt poolt varad, mis kõnealune ettevõtja omandab.

- (150) Jagunemisega on sarnane olukord, kus kaks (või enam) äriühingut vahetavad varasid, mis kummagi puhul moodustavad majandusüksuse. Sellisel juhul käsitatakse igat kontrolli omandamist eraldi ainukontrolli omandamisena. Iga tehingu puhul on asjaomasteks ettevõtjateks omandavad äriühingud ja omandatud ettevõtja või varad.

Kontrolli omandamine füüsiliste isikute poolt

- (151) Kontrolli võivad omandada ka füüsilised isikud ühinemismääruse artikli 3 tähenduses, kui need isikud jätkavad ise majandustegevust (ja seetõttu liigitatakse nad iseseisvateks ettevõtjateks) või kui nad kontrollivad ühte või mitut teist ettevõtjat. Sellisel juhul on asjaomasteks ettevõtjateks sihtettevõtja ja üksikisikust omandaja (kõnealuse füüsilise isiku kontrolli all olevate ettevõtjate käibed liidetakse füüsilise isiku käibele selles ulatuses, milles on täidetud artikli 5 lõike 4 tingimused) ⁽¹¹¹⁾.

- (152) Kontrolli omandamine äriühingu üle omaenda juhtide poolt on samuti füüsiliste isikute poolne omandamine ning seepärast on eespool punktis 151 öeldu samuti asjakohane. Juhtkond võib siiski koondada oma huvid ühte vahendusäriühingusse, et tegutseda ühe väljundiga ning hõlbustada otsuste tegemist. Selline vahendusäriühing võib, kuid ei pruugi olla asjaomane ettevõtja. Eespool punktides 145–147 ühissettevõtte poolt kontrolli omandamise üldreeglit kohaldatakse ka sel juhul.

⁽¹¹⁰⁾ COMP/M.3293 – Shell/BEB ja COMP/M.3294 – ExxonMobil/BEB, mõlemad 20. november 2003; juhtum IV/M.197 – Solvay/Laporte, 30. aprill 1992.

⁽¹¹¹⁾ Vt juhtum IV/M.082 – Asko/Jacobs/Adia, 16. mai 1991, milles muu majandustegevusega tegelev eraisik omandas ettevõtjas ühiskontrolli ning keda peeti asjaomaseks ettevõtjaks.

Kontrolli omandamine riigi osalusega äriühingu poolt

- (153) Nagu eespool kirjeldatud, võib juhul, kui riigi äriühing ühineb teise äriühinguga või omandab kontrolli teises äriühingus, mida kontrollib üks ja sama riik (või üks ja sama avalik-õiguslik asutus), tegemist olla koondumisega, kui ettevõtjad olid varem erinevate sõltumatu otsustusõigusega majandusüksuste osad. Kui see on nii, on mõlemad asjaomased ettevõtjad, kuigi mõlema omanikuks on üks ja sama riik ⁽¹¹²⁾.

III. OLULINE KUUPÄEV PÄDEVUSE KINDLAKSMÄÄRAMISEKS

- (154) Ühinemismääruse uues redaktsioonis on muudetud ühenduse pädevuse kindlaksmääramise õiguslikku olukorda. Eelmise ühinemismääruse kohaselt oli asjaomaseks kuupäevaks määruse artikli 4 lõikes 1 sätestatud teatamise aluseks olev sündmus – lõpliku kokkuleppe sõlmimine või avaliku pakkumise väljakuulutamine või kontrollpaki omandamine – või hiljemalt aeg, mil pooled on kohustatud [koondumisest] teatama (st üks nädal pärast teatamise aluseks oleva sündmuse toimumist) ⁽¹¹³⁾.
- (155) Ühinemismääruse uue redaktsiooni kohaselt ei ole pooled enam kohustatud [koondumisest] kindla aja jooksul teatama (tingimusel, et pooled ei vii kavandatud koondumist ellu enne sellest teatamist). Lisaks võivad asjaomased ettevõtjad artikli 4 lõike 1 teise lõigu kohaselt teatada tehingust juba siis, kui neil on heauskne kavatsus sõlmida kokkuleppe või avaliku pakkumise korral siis, kui nad on avalikult teatanud kavatsusest korraldada pakkumine. Komisjon ja riikide konkurentsiasutused peavad suutma kindlaks teha oma pädevuse hiljemalt teatamise ajal. Ühinemismääruse artikli 4 lõike 1 esimeses lõigus on sätestatud, et koondumistest teatatakse üldiselt pärast kokkuleppe sõlmimist, avaliku pakkumise väljakuulutamist või aktsiate kontrollpaki omandamist. Seega on ühinemismääruse uue redaktsiooni kohaselt kõnealuste sündmuste toimumise kuupäev pädevuse kindlaksmääramise seisukohast olulise kuupäeva kindlaks määramisel ikkagi otsustav, juhul kui [koondumisest] ei teatata enne nimetatud sündmuse heauskse või väljakuulutatud kavatsuse alusel ⁽¹¹⁴⁾.
- (156) Oluline kuupäev ühenduse pädevuse kindlaksmääramiseks seoses koondumisega on seega siduva õigusliku kokkuleppe sõlmimise, avaliku pakkumise väljakuulutamise või aktsiate kontrollpaki omandamise kuupäev või esimese teatamise kuupäev, olenevalt sellest, milline neist on varasem ⁽¹¹⁵⁾. Seoses teatamise kuupäevaga peetakse silmas kas komisjonile või liikmesriigi asutusele teatamist. Asjakohane kuupäev on eriti oluline küsimuse puhul, kas omandamine või loovutamine, mis toimub pärast asjaomast arvestusperioodi, kuid enne asjakohast kuupäeva, vajab kohandamist kõnealuste arvestusperioodidega vastavalt punktides 172 ja 173 sätestatud põhimõtetele.

IV. KÄIVE

1. Käibe mõiste

- (157) Ühinemismääruse artiklis 5 kasutatud käibe mõiste hõlmab „summasid [...] toodete müügist ja teenuste osutamisest“. Kõnealused summad kirjendatakse äriühingu raamatupidamises üldjuhul jaotises „müük“. Toodete puhul ei ole müügi kindlaksmääramine keeruline, tuleb lihtsalt kindlaks teha kõik kaubanduslikud tehingud, millega seondub omandiõiguse üleminek.

⁽¹¹²⁾ Vt ühinemismääruse põhjendus 22, mis on otseselt seotud asjaomaste riigi osalusega ettevõtjate käibe arvutamisega vastavalt artikli 5 lõikele 4.

⁽¹¹³⁾ Vt juhtum COMP/M.1741 – MCI Worldcom/Sprint, 28. juuni 2000.

⁽¹¹⁴⁾ Ühinemismääruse uue redaktsiooni kohaselt ei saa kasutada alternatiivset võimalust, et käive tehakse kindlaks hiljemalt kuupäeval, mil asjaomased pooled on kohustatud [koondumisest] teatama (eelmise ühinemismääruse kohaselt seitse päeva pärast käivitavat sündmust), sest teatamise tähtaega ei ole sätestatud.

⁽¹¹⁵⁾ Vt ka AG Kokott'i arvamust juhtum C-202/06 Cementbouw vs. komisjon, 26. aprill 2007, punkt 46 (avaldamata). Ainult ühinemismääruse uues redaktsioonis nähakse ette võimalus võtta arvesse esimest teatist, kui see pärineb varasemast kuupäevast kui siduva õigusliku kokkuleppe sõlmimine, avaliku pakkumise väljakuulutamine või kontrollpaki omandamine, vt arvamuse joonealune märkus 35.

- (158) Üldjuhul ei erine teenuste puhul kasutatav käibe arvutamise viis toodete puhul kasutatavast: komisjon võtab arvesse müügi kogumahtu. Teenuste osutamisest saadud summade arvutamine võib siiski olla keerulisem, sest see sõltub sellest, millist teenust täpselt osutati ja milline on kõnealuse sektori õiguslik ja majanduslik korraldus. Kui teenuse osutaja müüb teenuse otse kliendile, hõlmab asjaomase ettevõtja käive eelmise majandusaasta teenuste müügi kogumahtu.
- (159) Muudes valdkondades võib olla tarvis kohandada kõnealust üldpõhimõtet osutatava teenuse eritingimustega. Teatavates tegevusvaldkondades (näiteks valmisreiside müük ja reklaam) võib teenust müüa teiste teenusteosutajate vahendusel ⁽¹¹⁶⁾. Isegi juhul kui vahendaja esitab lõpptarbijale arve kogu summa peale, koosneb vahendajana tegutseva ettevõtja käive ainult talle makstavatest vahendustasudest. Valmisreiside puhul läheb kogu lõpptarbija makstud summa reisikorraldajale, kes kasutab reisibürood turustusvõrguna. Reklaamimise puhul arvatakse telekanali või ajakirja käibe hulka üksnes laekunud summad (vahendustasuta), sest vahendajatena tegutsevad meediabürood ei ole reklaamipinna müüjatele turustuskanaliteks, vaid neid valivad kliendid, st oma reklaami avaldada soovivad ettevõtjad.
- (160) Nimetatud näidetest selgub, et teenuste mitmekesisuse tõttu võib esineda mitmesuguseid olukordi ning nende aluseks olevaid õiguslikke ja majanduslikke suhteid tuleb hoolikalt analüüsida. Samuti võib mitmetes valdkondades, nagu krediidi, finantsteenuste ja kindlustuse vallas, käibe arvutamisel tekkida tehnilisi probleeme, mida käsitletakse VI jaos.

2. Tavapärane tegevus

- (161) Artikli 5 lõikes 1 on sätestatud, et käibe arvutamisel tuleb arvesse võtta summasid, mis seonduvad asjaomaste ettevõtete „tavapärase tegevusega”. Kõnealune käive tuleneb toodete müügist või teenuste osutamisest tavapärase äritegevuse käigus. Tavaliselt ei kuulu sinna hulka äriühingu raamatupidamises jaotistes „finantssissetulek” või „erakorraline sissetulek” loetletud nimetused. Kõnealune erakorraline sissetulek võib pärineda majandusüksuste või põhivara müügist. Äriühingu raamatupidamises ei ole tavapärasest tegevusest tulenevaid tulusid siiski tingimata kirjeldatud nii, nagu see on vajalik käibe arvutamiseks vastavalt ühinemismäärusele. Mõnikord tuleb raamatupidamise nimetuste määratlusi kohandada ühinemismääruse tingimustele ⁽¹¹⁷⁾.
- (162) Tulu ei pea tingimata tulema toodete või teenuste tarbijalt. Seoses ettevõtjatele avalik-õiguslike asutuste poolt antavate toetustega tuleb käibe arvutamisel arvesse võtta mis tahes toetust, kui ettevõtja ise on toetusesaaja ning toetus on otseselt seotud ettevõtjapoolse toodete müügi või teenuste osutamisega. Seega on toetus lisaks tarbija makstud hinnale ettevõtja tulu toodete müügist või teenuste osutamisest ⁽¹¹⁸⁾.
- (163) Varem ainult kontsernisest tulu saanud majandusüksuste käibe arvutamisel on tekkinud teatavaid probleeme. See võib juhtuda eelkõige tehingute puhul, mis hõlmavad teenuste sisseostmist majandusüksuse üleandmise teel. Kui kõnealune tehing on käesoleva teatise punktis 25 ja järgnevates punktides esitatud kaalutluste alusel koondumine, on komisjon seisukohal, et käive tuleks tavaliselt

⁽¹¹⁶⁾ Ettevõtja ei tegutse tavaliselt vahendajana, kui ta müüb tooteid kaubandusliku tehinguga, millega kaasneb omandi üleminek, otsus kohtuasjas T-417/05, Endesa vs. komisjon, punkt 213 [2006] EKL II-2533.

⁽¹¹⁷⁾ Juhtum IV/M.126 – Accor/Wagons-Lits, 28. aprill 1992, otsustas komisjon arvata autorendist saadud teatavad sissetulekud tuluks tavapärasest tegevusest, kuigi Wagons-Litsi kasumiaruandes oli neid kirjeldatud „muude tegevustuludena”.

⁽¹¹⁸⁾ Vt juhtum IV/M.156 – Cereol/Continente Italiana, 27. november 1991. Kõnealuses juhtumis jättis komisjon ühenduse abi käibearvutustest välja, sest selle eesmärk ei olnud toetada mitte ühe ühinemisega seotud ettevõtja toodetud toodete müüki, vaid ettevõtja poolt kasutatava tooraine (teravilja) tootjaid, kes olid spetsialiseerunud teravilja purustamisele.

arvutada eelneva kontsernisese käibe või avalikult esitatud hindade alusel, kui sellised hinnad on olemas (näiteks naftatööstuses). Kui varasem kontsernisese käibe ei ole kooskõlas kõnealuste tegevuste turuväärtusega (ja seega eeldatava tulevase käibega turul), võib selle asemel kasutada endise emattevõtjaga sõlmitud kokkuleppe alusel prognoositavat tulu.

3. Netokäive

- (164) Arvesse võetakse netokäivet, mis saadakse pärast mitmete määruses sätestatud summade mahaarvamist. Eesmärk on käivet kohandada selliselt, et oleks võimalik teha kindlaks ettevõtja tegelik majanduslik jõud.

3.1. Mahahindluste ja maksude mahaarvamine

- (165) Artikli 5 lõikes 1 on ette nähtud, et „[summadest on] lahutatud mahahindlused ja käibemaks ning muud otseselt käibega seotud maksud”. „Mahahindlused” tähistavad kõiki mahahindlusi või allahindlusi, mida ettevõtjad teevad klientidega peetavate ärialaste läbirääkimiste käigus ning millel on otsene mõju müügiimahtudele.

- (166) Seoses maksude mahaarvamisega viidatakse ühinemismääruses käibemaksule ja „muudele otseselt käibega seotud maksudele”. „Otseselt käibega seotud maksude” mõiste viitab käibega seotud kaudsele maksustamisele, nagu alkohoolsetele jookidele või sigarettidele kehtestatud maksud.

3.2. Kontsernisese käibe mahaarvamine

- (167) Artikli 5 lõike 1 esimeses lõigus märgitakse, et „asjaomase ettevõtja aastakäive ei hõlma toodete müüki ja teenuste pakkumist lõikes 4 osutatud ettevõtjate vahel”, st kontserni sees, kuhu asjaomane ettevõtja kuulub. Eesmärk on jätta välja kontserniseste tehingute tulud, et võtta arvesse iga üksuse tegelikku majanduslikku kaalu turukäibe tekkimisel. Seega sisalduvad ühinemismääruses arvesse võetavad summad üksnes tehinguid, mis toimuvad ühelt poolt ettevõtjate kontserni ning teiselt poolt kolmandate isikute vahel.

- (168) Ühinemismääruse artikli 5 lõike 5 punktis a on sätestatud põhimõte, et topeltarvestust tuleb eriti vältida olukorras, kus koondumisega seotud ettevõtjatel on teise äriühingu suhtes lõike 4 punktis b loetletud ühised õigused või volitused. Kõnealuse sätte kohaselt ei võeta arvesse käivet, mis tuleneb toodete müügist või teenuste osutamisest ühisettevõtte ja iga asjaomase ettevõtja vahel (või nendega artikli 5 lõike 4 määratletud tähenduses seotud muu äriühingu vahel). Asjaomaste ettevõtjate ja kolmandate isikute vaheliste ühisettevõtete käibe arvessevõtmisel vastavalt artikli 5 lõike 4 punktile b, nagu on sätestatud punktis 181, ei võeta vastavalt artikli 5 lõikele 1 arvesse käivet, mis tuleneb ühisettevõtte ja iga asjaomase ettevõtja (ja asjaomase ettevõtjaga vastavalt artikli 5 lõikes 4 sätestatud tingimustele seotud ettevõtjate) vahelisest müügist.

4. Käibe arvutamine ja finantsarvestus

4.1. Üldeeskirjad

- (169) Komisjon püüab tugineda kättesaadavaist kõige täpsematele ja usaldusväärsematele andmetele. Üldjuhul lähtub komisjon majandusaasta aruannetest, mis on seotud tehingu kuupäevale lähima eelarveaastaga ja mida on auditeeritud vastavalt kõnealuste ettevõtjate suhtes kehtivatele ja asjaomase eelarveaasta suhtes kohustuslikele nõuetele ⁽¹¹⁹⁾. Auditeeritud andmeid võib kohandada üksnes juhul, kui see on ette nähtud ühinemismääruse sätetes, sh üksikasjalikumalt punktis 172 selgitatud juhtudel.

⁽¹¹⁹⁾ Vt juhtum COMP/M.3986 – Gas Natural/Endesa, 15. november 2005, kinnitatud otsusega kohtuasjas T-417/05 Endesa vs. komisjon, punktid 128 ja 131, [2006] EKL II-2533.

- (170) Komisjon püüab mitte tugineda juhtkonna koostatud või muul viisil ajutisele aruandlusele, välja arvatud erandjuhtudel.⁽¹²⁰⁾ Kui koondumine toimub aasta esimestel kuudel ja auditeeritud majandusaasta aruannet kõige viimase aasta kohta veel ei ole, võetakse arvesse sellele eelnenud aasta andmeid. Kui asjaomases ettevõtjas toimunud oluliste ja püsivate muutuste tõttu esineb kahe aruande vahel lahknevus ja eriti kui juhatuse on kõige viimase aasta lõplikud arvestuslikud andmed kinnitanud, võib komisjon otsustada, et arvesse tuleb võtta viimaseid andmeid.
- (171) Hoolimata üldreeglist võib komisjon juhul, kui ühenduse ja kolmanda riigi raamatupidamisstandardite vahel leitakse olevat olulisi erinevusi, pidada vajalikuks nimetatud aruanded üle vaadata vastavalt käibe suhtes kehtestatud ühenduse standarditele.

4.2. Kohandamine pärast viimase auditeeritud aruande kuupäeva

- (172) Eelnevatest punktidest olenemata tuleb alati teha kohandusi, et võtta arvesse püsivaid muutusi asjaomaste ettevõtjate majanduslikus seisundis, näiteks omandamisi või loovutamisi, mida ei ole auditeeritud aruandes üldse kajastatud või mida ei ole kajastatud täielikult. Muudatusi tuleb arvesse võtta tegelike koondatavate ressursside kindlakstegemiseks ja asjaomaste ettevõtjate majandusliku olukorra paremaks kajastamiseks. Kõnealused kohandused on laadilt valikulised ja ei ohusta põhimõtet, et komisjoni pädevus tuleb kindlaks määrata lihtsa ja objektiivse mehhanismi abil, sest nad ei nõua auditeeritud aruannete täielikku ümbertegemist⁽¹²¹⁾. Esiteks kehtib see pärast auditeeritud aruande kuupäeva toimunud omandamiste, loovutamiste ja majandusüksuse osade likvideerimise suhtes. See on asjakohane juhul, kui äriühing lõpetab oma majandusüksuse osa loovutamise ja likvideerimisega seotud tehingu enne pädevuse kindlaksmääramise asjaomast kuupäeva (vt punkt 154) või kui kõnealune loovutamine või likvideerimine on tehingu eelduseks⁽¹²²⁾. Sellisel juhul tuleb sellele majandusüksuse osale omistatav käive koondumisest teatanud poole viimases auditeeritud majandusaasta aruandes näidatud käibest maha arvestada. Kui majandusüksuse osa müügileping on sõlmitud, kuid müük (teisistõnu selle õiguslik rakendamine ja omandatavate aktsiate või varade omandiõiguse üleandmine) ei ole veel toimunud, siis muudatust arvesse ei võeta,⁽¹²³⁾ v.a juhul kui müük on teatatud toiminguga eeltingimus. Vastupidi sellele tuleb äriühingu teatamise eesmärgil arvatavasse käibesse lisada nende majandusüksuste käive, mille omandamine lõppes pärast viimase auditeeritud aruande koostamist, kuid enne pädevuse kindlaksmääramise seisukohast olulist kuupäeva.
- (173) Teiseks võib kohandamine osutada vajalikuks omandamiste, loovutamiste ja majandusüksuse osa sulgemise puhul, mis on toimunud majandusaasta aruandes kajastatud eelarveaasta jooksul. Kui selle aja jooksul toimub omandamisi, loovutamisi või majandusüksuse osa sulgemisi, võib juhtuda, et asjaomase ettevõtja majandusaasta aruanne kajastab majandusressursside muudatusi vaid osaliselt. Kuna omandatud majandusüksuste käibe saab lisada aruandesse üksnes alates nende omandamisest, ei tarvitse see kajastada nende täielikku aastakäivet. Vastupidi sellele võib majandusaasta aruanne sisaldada loovutatud või suletud majandusüksuste käivet kuni nende tegeliku loovutamise või sulgemiseni. Sellistel juhtudel tuleb teha kohandusi, et arvata auditeeritud aruandest maha loovutatud või suletud majandusüksuste käive kuni jagamiseni ja lisada käive, mille omandatud majandusüksused on tekitanud aasta jooksul kuni nende lisamiseni aruandes. Seega tuleb loovutatud või suletud majandusüksuste käive täielikult maha arvata ja omandatud majandusüksuste käive täielikult juurde arvata.

⁽¹²⁰⁾ Vt juhtum COMP/M.3986 – Gas Natural/Endesa, 15. november 2005, kinnitatud otsusega kohtuasjas T-417/05 Endesa vs. komisjon, punktid 176 ja 179, [2006] EKL II-2533.

⁽¹²¹⁾ Otsus kohtuasjas T-417/05 Endesa vs. komisjon, punkt 209, [2006] EKL II-2533.

⁽¹²²⁾ Vt otsus kohtuasjas T-3/93: Air France vs. komisjon, [1994] EKL II-121, punktid 100 ja sellele järgnevad seoses juhtumiga IV/M.278 – British Airways/Dan Air; juhtum IV/M.588 – Ingersoll-Rand/Clark Equipment.

⁽¹²³⁾ Juhtum IV/M.632 – Rhône Poulenc Rorer/Fisons, 21. september 1995; juhtum COMP/M.1741 – MCI Worldcom/Sprint, 28. juuni 2000.

- (174) Käivet ajutiselt mõjutada võivad muid tegureid, näiteks toote tellimuste vähenemist või tootmisprotsessi aeglustumist tehingule eelnenud ajavahemikul, ei võeta käibe arvutamisel arvesse. Lõplikesse aruannetesse ei tehta neid kajastavaid muudatusi.

5. Käibe omistamine vastavalt artikli 5 lõikele 4

5.1. *Nende ettevõtjate kindlaksmääramine, kelle käivet tuleb arvesse võtta*

- (175) Kui koondumisega seotud ettevõtja kuulub kontserni, ei võeta arvesse mitte ainult tema käivet, vaid ühinemismääruse kohaselt tuleb arvesse võtta ka nende ettevõtjate käivet, kellega asjaomane ettevõtja on seotud artikli 5 lõikes 4 loetletud õigustega, et teha kindlaks, kas ta vastab ühinemismääruse artiklis 1 kirjeldatud piirmääradele. Taas on eesmärk arvestada tehinguga ühendatavate majanduslike ressursside kogumahtu, olenemata sellest, kas majandustegevusega tegeleb vahetult asjaomane ettevõtja või tegeletakse sellega kaudselt ettevõtjate kaudu, kellega asjaomane ettevõtja on seotud vastavalt artikli 5 lõikes 4 kirjeldatule.
- (176) Ühinemismääruses ei ole esitatud kontserni mõiste ühtainsat abstraktset määratlust, vaid artikli 5 lõike 4 punktis b on sätestatud teatavad õigused ja volitused. Kui asjaomasel ettevõtjal on selliseid otseseid või kaudseid sidemeid teiste äriühingutega, tuleb neid käibe arvutamisel ühinemismääruse kohaselt käsitada sama kontserni osana.

- (177) Ühinemismääruse artikli 5 lõikes 4 on sätestatud:

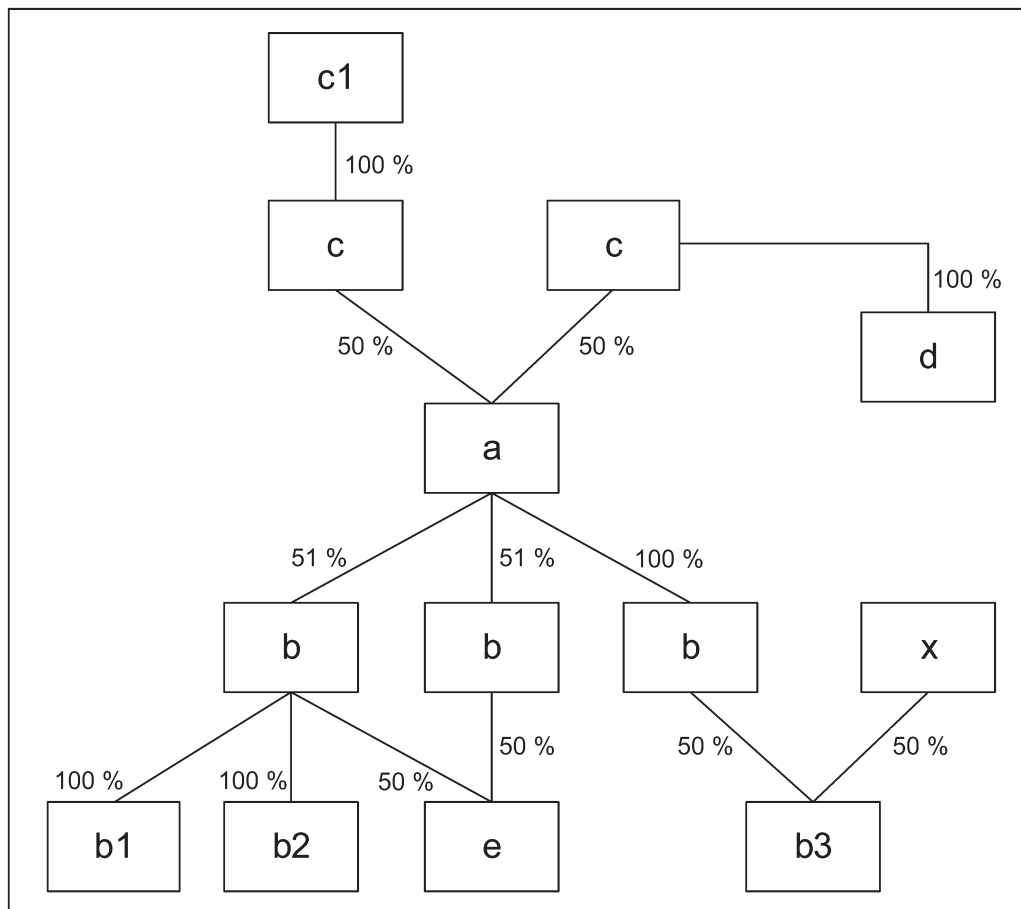
„Ilma et see piiraks lõike 2 [osade omandamine] kohaldamist, arvutatakse asjaomase ettevõtja käive [artikli 1 lõigete 2 ja 3] tähenduses järgmiste ettevõtjate käivete liitmise teel:

- a) asjaomane ettevõtja;
- b) ettevõtjad, milles asjaomasel ettevõtjal on otseselt või kaudselt:
 - i) üle poole kapitalist või põhivahenditest, või
 - ii) õigus kasutada üle poole häälest, või
 - iii) volitus nimetada ametisse üle poole järelevalvenõukogu, haldusnõukogu või ettevõtjat seaduslikult esindava organi liikmetest, või
 - iv) õigus juhtida ettevõtja äritegevust;
- c) ettevõtjad, kellel on asjaomase ettevõtja suhtes punktis b loetletud õigused või volitused;
- d) ettevõtjad, kelle suhtes punktis c osutatud ettevõtjal on punktis b loetletud õigused või volitused;
- e) ettevõtjad, kelle suhtes kahel või enamal punktides a–d osutatud ettevõtjal on ühiselt punktis b loetletud õigused või volitused”.

Ettevõtjat, kellel on teise ettevõtja suhtes artikli 5 lõike 4 punktis b nimetatud õigused ja volitused, nimetatakse käesoleva teatise käibe arvutamist käsitlevas jaotises kõnealuse teise ettevõtja „emaettevõtjaks”, samal ajal kui teist ettevõtjat nimetatakse esimese „tütarettevõtjaks”. Lühidalt öeldes on artikli 5 lõikes 4 sätestatud, et koondumisega seotud ettevõtja (punkt a) käibe hulka tuleb arvata tema tütarettevõtjate (punkt b), emaettevõtjate (punkt c), tema emaettevõtjate teiste tütarettevõtjate (punkt d) ja punktides a–d nimetatud kahe või enama ettevõtja kõikide muude ühiste tütarettevõtjate (punkt e) käibed.

(178) Graafiliselt näeb see välja järgmiselt:

Asjaomane ettevõtja ja selle kontsern:



- a: asjaomane ettevõtja ⁽¹²⁴⁾
- b: selle tütarettevõtjad, kes on asjaomase ettevõtja ja kolmandate isikute (b3) ühisomanduses, ja nende tütarettevõtjad (b1 ja b2)
- c: selle emaettevõtjad ja nende emaettevõtjad (c1)
- d: asjaomase ettevõtja emaettevõtja teised tütarettevõtjad
- e: äriühingud, mis on kontserni kuuluva kahe või enama äriühingu ühisomanduses
- x: kolmas isik

Märkus: tähed a–e vastavad artikli 5 lõike 4 vastavatele punktidele. Joonisel märgitud protsendimäärad näitavad vastava emaettevõtja häälte protsendimäära.

(179) Artikli 5 lõike 4 punkti b alapunktides i–iii loetletud õigused ja volitused on üsna lihtsalt kindlaksmääratavad, sest nad viitavad kvantitatiivsetele piirmääradele. Kõnealused piirmäärad on saavutatud, kui asjaomasele ettevõtjale kuulub üle poole teise ettevõtja kapitalist või põhivahenditest, üle poole häälest või on tal seaduslik õigus nimetada ametisse üle poole teise ettevõtja juhatuse liikmetest. Piirmäärad on siiski saavutatud ka siis, kui asjaomane ettevõtjal on faktiliselt õigus kasutada aktsionäride koosolekul üle poole häälest või nimetada ametisse üle poole ettevõtja juhatuse liikmetest ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁴⁾ Joonise puhul on eeldatud, et ühissettevõtte on ise asjaomane ettevõtja vastavalt punktis 146 esitatud kriteeriumidele (omandamine samal turul tegutseva täielikult toimiva ühissettevõtte poolt).

⁽¹²⁵⁾ Juhtum IV/M.187 – Ifint/Exor, 2. märts 1992; juhtum IV/M.062 – Eridania/ISI, 30. juuli 1991.

- (180) Artikli 5 lõike 4 punkti b alapunktis iv nimetatud tingimus viitab õigusele juhtida ettevõtja äritegevust. Äriühinguõiguse kohaselt toimib kõnealune juhtimisõigus konkreetselt organisatsioonilepingute, nagu Saksa õiguses ette nähtud „Beherrschungsvertrag”, ettevõtte rendilepingute või usaldusühingu täisosaniku organisatsioonilise struktuuri alusel⁽¹²⁶⁾. Juhtimisõigus võib siiski tuleneda ka hääleõigustest (eraldi või koos lepingulise korraldusega, näiteks aktsionäride lepinguga), mis võimaldavad pideval õiguslikul alusel kindlaks määrata ettevõtja strateegilist käitumist.
- (181) Juhtimisõigus hõlmab ka olukordi, kus asjaomasel ettevõtjal on kolmandate isikutega ühine õigus juhtida ettevõtja äritegevust⁽¹²⁷⁾. See põhineb kaalutlusel, et ühiskontrolli omavatel ettevõtjatel on õigus kontrollitavat ettevõtjat ühiselt juhtida isegi juhul, kui igalühel eraldi on selline õigus ainult negatiivses mõttes, st vetoõigusena. Esitatud näites võetakse arvesse ettevõtjat (b3), mida ühiselt kontrollivad asjaomane ettevõtja (a) ja kolmas isik (x), sest nii a-l kui x-il on b3 suhtes vetoõigus, kuna neil on b3-s võrdne osalus⁽¹²⁸⁾. Komisjon võtab artikli 5 lõike 4 punkti b alapunkti iv kohaselt arvesse ainult neid ühisettevõtteid, mille üle asjaomasel ettevõtjal ja kolmandatel isikutel on õiguslik kontroll, millest tuleneb selge juhtimisõigus. Seetõttu võetakse ühisettevõtteid arvesse üksnes olukorras, kus asjaomasel ettevõtjal ja kolmandal isikul on kokkuleppest, näiteks aktsionäride kokkuleppest, tulenev ühine juhtimisõigus või kui asjaomasel ettevõtjal ja kolmandal isikul on võrdsel arvul hääli, nii et neil on õigus nimetada ametisse võrdne arv ühisettevõtte otsuseid tegevate organite liikmeid.
- (182) Kui kaks või enam äriühingut kontrollivad ühiselt asjaomast ettevõtjat, st et ettevõtja äritegevuse juhtimiseks on tarvis nende kõikide nõusolekut, võetakse arvesse nende kõikide käivet. Esitatud näites võetakse arvesse asjaomase ettevõtja (a) kahte emasettevõtjat (c) ning ka nende emasettevõtjaid (näites c1). Kõnealune tõlgendus tuleneb kõnealust juhtumit käsitleva artikli 5 lõike 4 punktis c sisalduvast viitest artikli 5 lõike 4 punktile b, mida kohaldatakse ühiskontrolli all olevate äriühingute suhtes, nagu on selgitatud eelmises punktis.
- (183) Kui artikli 5 lõike 4 alusel kindlaksmääratud äriühing on seotud teiste ettevõtjatega vastavalt artikli 5 lõikele 4, tuleb ka neid arvutamisel arvesse võtta. Esitatud näites on ühel asjaomase ettevõtja (a) tütar-ettevõtjal (b) omakorda tütar-ettevõtjad (b1) ja (b2) ja ühel emasettevõtjal (c) on oma tütar-ettevõtja (d).
- (184) Artikli 5 lõikes 4 on sätestatud konkreetsed kriteeriumid, mille alusel määratakse kindlaks ettevõtjad, kelle käive omistatakse asjaomasele ettevõtjale. Need kriteeriumid, sealhulgas „õigus juhtida ettevõtja äritegevust”, ei oma sama ulatust mõistega „kontroll” artikli 3 lõike 2 tähenduses. Artiklite 3 ja 5 vahel on oluline erinevus, sest need sätted täidavad erinevaid rolle. Erinevused on kõige ilmsemad faktilise kontrolli puhul. Kuigi artikli 3 lõike 2 kohaselt võib faktiline kontroll tuleneda isegi majanduslikust sõltuvusest (vt täpsemalt eespool), võetakse ainukontrolli all olevat tütar-ettevõtjat artikli 5 lõike 4 punkti b kohaselt faktilise kontrolli alusel arvesse ainult siis, kui on selgelt tõendatud, et asjaomasel ettevõtjal on õigus kasutada üle poole häälest või nimetada ametisse üle poole juhatuse liikmetest. Seoses ühiskontrolliga hõlmab artikli 5 lõike 4 punkti b alapunkt iv olukordi, kus kontrolli omavatel ettevõtjatel on individuaalsetest vetoõigustest tulenev ühine juhtimisõigus. Artikli 5 lõige 4 ei hõlma siiski olukordi, kus faktiline ühiskontroll tuleneb ühisettevõtte vähemusaktsionäride suurtest ühishuvidest aktsionäride osaluse alusel. Erinevust kajastab asjaolu, et artikli 5 lõike 4 punkti b alapunktis iv viidatakse õigusele juhtida, mitte volitusele (nagu on öeldud punkti b alapunktides ii ja iii) ning seda võib selgitada asjaoluga, et pädevuse hõlpsaks kindlaksmääramiseks on vajalik kergesti määratavate ja kontrollitavate kriteeriumide täpsust ja kindlust. Vastavalt artikli 3 lõikele 3 võib küsimust, kas

⁽¹²⁶⁾ Juhtum IV/M.126 – Accor/WagonLits, 28. aprill 1992.

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

⁽¹²⁸⁾ B3 käibest võetakse arvesse siiski ainult pool, vt punkt 187.

tegemist on koondumisega, uurida palju põhjalikumalt. Lisaks on negatiivse ainukontrolli olukorrad hõlmatud üksnes erandjuhul, kui artikli 5 lõike 4 punkti b alapunktide i–iii tingimused on konkreetsel juhul täidetud; artikli 5 lõike 4 punkti b alapunktis iv sätestatud „õigus juhtida” ei hõlma negatiivse kontrolli juhtumeid. Lõpuks hõlmab artikli 5 lõike 4 punkti b alapunkt i näiteks olukordi, mille puhul puudub „juhtimine” artikli 3 lõike 2 tähenduses.

5.2. Kindlaksmääratud ettevõtjate käibe jaotus

- (185) Kui artikli 5 lõike 4 punktis b sätestatud tingimused on täidetud, võetakse üldjuhul arvesse kõnealuse tütaretevõtja kogukäivet, olenemata asjaomase ettevõtja tegelikust osalusest tütaretevõtjas. Joonisel võetakse arvesse asjaomase ettevõtja tütaretevõtjate (b) kogukäivet.
- (186) Ühinemismääruses on ühisettevõtetele siiski ette nähtud erieeskirjad. Artikli 5 lõike 5 punktis b on sätestatud, et kahe või enama asjaomase ettevõtja ühisettevõtte puhul tuleks ühisettevõtte käive (niivõrd kui võrd see tuleneb kolmandate isikutega seotud tegevustest, nagu on sätestatud eespool punktis 168) jagada asjaomaste ettevõtjate vahel võrdselt, olenemata nende osa suurusest kapitalis või häälte arvust.
- (187) Artikli 5 lõike 5 punkti b põhimõttest lähtutakse ka ühisettevõtte käibe jagamisel asjaomaste ettevõtjate ja kolmandate isikute vahel, kui ühisettevõtte käivet tuleb artikli 5 lõike 4 punkti b kohaselt arvesse võtta, nagu on sätestatud eespool punktis 181. Komisjon on jaganud ühisettevõtete käibe asjaomaste ettevõtjate vahel vastavalt ühiskontrolli omavate ettevõtjate arvule. Esitatud näites tuleb arvesse võtta pool b3 käibest.
- (188) Artikli 5 lõikes 4 sätestatud eeskirju tuleb kohandada ka olukorras, kus ühiskontrollilt minnakse üle ainukontrollile, et vältida ühisettevõtte käibe topelt arvessevõtmist. Isegi kui omandaval ettevõtjal on ühisettevõttes artikli 5 lõikes 4 sätestatud õigused või volitused, tuleb omandava ettevõtja käive arvutada ühisettevõtte käivet arvesse võtmata ja ühisettevõtte käive tuleb arvutada ilma omandava aktsionäri käibeta.

5.3. Investeeringufondide käibe jaotus

- (189) Eespool punktis 14 kirjeldatud investeeringusühing omandab tavaliselt kaudse kontrolli investeeringufondile kuuluvate investeeringusühingute üle. Investeeringusühingul on kaudselt samad õigused ja volitused, nagu on sätestatud artikli 5 lõike 4 punktis b, eelkõige kaudne õigus kasutada investeeringusühingus investeeringufondi hääleõigusi.
- (190) Eespool seoses artikliga 3 (punkt 15) kirjeldatud kaalutlused võivad kehtida ka juhul, kui investeeringusühing asutab mitu investeeringufondi, mille investorid võivad olla erinevad. Tavaliselt on investeeringusühingul organisatsioonilise struktuuri põhjal, eelkõige investeeringusühingu ja usaldusühinguna asutatud fondide täisosaniku (täisosanike) vaheliste sidemete tõttu või kokkulepetest, eelkõige täisosanikuga või investeeringufondi ja investeeringusühingu vahel sõlmitud kokkulepetest tulenevalt kaudne õigus kasutada investeeringufondi hääleõigusi investeeringusühingutes või kasutada kaudselt muid artikli 5 lõike 4 punktis b sätestatud õigusi või volitusi. Sellisel juhul võib investeeringusühing kasutada ühist kontrollistruktuuri eri fondide üle, mille see on asutanud, ja asjaolu, et investeeringusühing haldab ühiselt eri fonde, tähistab sageli fondide ühine tootemark.

- (191) Järelikult võib sellist laadi investeerimisühingu poolne eri fondide haldamine kaasa tuua selle, et artiklis 1 nimetatud käibepiirmäärade saavutatuse hindamisel võetakse arvesse kõikide eri fondidele kuuluvate investeerimisühingute käibeid, kui investeerimisühing omandab ühe oma fondi kaudu investeerimisühingu üle kaudse kontrolli.

5.4. Riigi osalusega ettevõtjate käibe jaotus

- (192) Seoses riigi osalusega ettevõtjate käibe arvutamisega tuleks artikli 5 lõiget 4 lugeda koos ühinemismääruse põhjendusega 22. Kõnealuses põhjenduses märgitakse, et avaliku ja erasektori vahelise diskrimineerimise vältimiseks tuleks „avalikus sektoris võtta koondumises osaleva asjaomase ettevõtja käibe arvutamisel arvesse ettevõtjaid, kes moodustavad sõltumatu otsustusõigusega majandusüksuse, olenemata sellest, kellele kuulub nende kapital või milliseid haldusjärelevalve eeskirju nende suhtes kohaldatakse” (¹²⁹).
- (193) Kõnealuses põhjenduses selgitatakse, et liikmesriike (või muid avalik-õiguslikke organeid) ei saa käsitada artikli 5 lõike 4 kohaselt „ettevõtjatena” põhjusel, et neil on osalused teistes ettevõtjates, mis vastavad artikli 5 lõikes 4 sätestatud tingimustele. Seetõttu võetakse riigi osalusega ettevõtjate käibe arvutamisel arvesse üksnes neid ettevõtjaid, kes kuuluvad samasse majandusüksusse ja kellel on samasugune sõltumatu otsustusõigus.
- (194) Seega tuleks riigi äriühingut, kui seda ei juhita teiste riigi kontrollitavate ettevõtete kaudu, käsitada artikli 5 kohaldamisel iseseisvana ning samale riigile kuuluvate teiste äriühingute käivet ei tuleks arvesse võtta. Kui aga mitu riigi osalusega äriühingut kuuluvad ühe ja sama ärialaseid otsuseid tegeva sõltumatu keskuse alla, tuleks artikli 5 kohaldamisel käsitada nende ettevõtete käivet osana asjaomase ettevõtja kontserni käibest.

V. KÄIBE GEOGRAAFILINE JAOTUS

- (195) Artikli 1 lõigetes 2 ja 3 sätestatud ühendusesisese ja liikmesriigisisese käibe piirmäärad on ette nähtud juhtudeks, kus eksisteerib piisav ühendusesisene käive, et tegemist oleks ühendusele huvi pakkuva juhtumiga, ning mis on eelkõige piiriülese iseloomuga. Nende puhul tuleb käive jaotada geograafiliselt ühendusesiseseks ja üksikute liikmesriikide siseseks. Kuna sageli ei sisalda majandusaasta auditeeritud aruanded ühinemismääruses nõutavat geograafilist jaotust, tugineb komisjon parimatele kättesaadavatele andmetele, mida ettevõtjad on esitanud. Artikli 5 lõike 1 teises lõigus on sätestatud, et käibe tekkimise koht määratakse kindlaks kliendi asukoha järgi tehingu ajal:

„Käive ühenduses või liikmesriigis hõlmab ühenduse või kõnealuse liikmesriigi ettevõtjatele või tarbijatele müüdud tooteid ja osutatud teenuseid.”

Üldreegel

- (196) Ühinemismääruses ei eristata käibe geograafilisel jaotamisel „müüdud tooteid” ja „osutatud teenuseid”. Mõlemal juhul kehtib üldreegel, et käive seostatakse tarbija asukohaga. Aluspõhimõtteks on, et käive tuleks seostada kohaga, kus konkureeritakse alternatiivsete tarnijatega. See on tavaliselt ka koht, kus toimub kõnealuse lepingu täitmiseks vajalik tegevus, st koht, kus teenust tegelikult osutatakse või kuhu toode tegelikult tarnitakse. Interneti-tehingute puhul võib ettevõtjatel olla raske kindlaks teha, kus tarbija asus ajal, mil leping Internetis sõlmiti. Kui toodet ei tarnita või teenust ei osutata Interneti kaudu, saab selliseid raskusi vältida keskendudes kohale, kus toimub lepingus ettenähtud tegevus. Alljärgnevalt käsitletakse kaupade müüki ja teenuste osutamist eraldi, sest käibe jaotamise seisukohast on nende puhul teatavaid erinevusi.

(¹²⁹) Vt ka juhtum IV/M.216 – CEA Industrie/France Telecom/Finmeccanica/SGS-Thomson, 22. veebruar 1993.

Kaupade müük

(197) Kaupade müügi puhul võib tekkida olukord, kus kliendi asukoht ostulepingu sõlmimise ajal erineb arve aadressist ja/või tarnekohast. Sellisel juhul on ostulepingu sõlmimise ja tarnekohad arve aadressist olulisemad. Kuna kättetoimetamine on üldiselt kaupade müügile omane tegevus, võib tarnekoht olla isegi olulisem kohast, kus klient asus ostulepingu sõlmimise ajal. See oleneb asjaolust, kas tarnekohta käsitatakse kohana, kus toimub konkurents kaupade müügil, või kas konkurents toimub pigem kliendi asukohas. Liikuvate kaupade, näiteks autode müügi puhul lõpptarbijale on otsustavaks koht, kus auto kliendile üle antakse, isegi kui leping sõlmiti telefoni või Interneti teel.

(198) Omaette olukorraga on tegemist siis, kui rahvusvahelisel korporatsioonil on ühendusesisene ostustrateegia ja kõik tellimused esitatakse ühest kohast. Kuna keskne ostuorganisatsioon võib esineda mitmes vormis, tuleb arvesse võtta selle konkreetset vormi, sest see võib määrata käibe jaotamise viisi. Kui kaupu ostab keskne ostuorganisatsioon ja need toimetatakse kesksesse ostuorganisatsiooni ning saadetakse sealt eri liikmesriikides asuvatesse eri tehastesse, seostatakse käive ainult selle liikmesriigiga, kus asub keskne ostuorganisatsioon. Sellisel juhul toimub konkurents keskse ostuorganisatsiooni asukohas ja see on ka koht, kus toimub ostulepingus ettenähtud tegevus. Olukord on erinev, kui müüja ja tütarettevõtjate vahel on otsesidemed. Siia kuuluvad juhtumid, kus keskne ostuorganisatsioon sõlmib lihtsalt raamlepingu, kuid üksiktellimuste esitajateks on eri liikmesriikides asuvad tütarettevõtjad ja tooted tarnitakse otse neile, ning ka juhtumid, kus üksiktellimused esitatakse keskse ostuorganisatsiooni kaudu, kuid tooted tarnitakse otse tütarettevõtjatele. Mõlemal juhul tuleb käive seostada liikmesriigiga, kus tütarettevõtjad asuvad, olenemata sellest, kas arve saadetakse keskselle ostuorganisatsioonile või tütarettevõtjatele, ja sellest, kes arve maksab. Seda seetõttu, et mõlemal juhul konkureeritakse alternatiivsete tarnijatega toodete tütarettevõtjatele tarnimise kohtades, kuigi leping on sõlmitud keskusega. Lisaks otsustavad esimesel juhul tegelikult tütarettevõtjad, millised on tarnitavad kogused ja mis on nende enda konkureerimise seisukohast oluline.

Teenuste osutamine

(199) Teenuste puhul näeb ühinemismäärus ette, et oluline on koht, kus teenust kliendile osutatakse. Piiriüleseid elemente sisaldavad teenused võib jagada kolme kategooriasse. Esimesse kategooriasse kuuluvad juhtumid, kus liigub teenuse osutaja; teise kategooriasse kuuluvad juhtumid, kus liigub klient. Kolmandasse kategooriasse kuuluvad juhtumid, kus teenuse osutamisel ei pea liikuma teenuse osutaja ega klient. Esimese kahe kategooria puhul tuleb tekkinud käive seostada liikuja sihtkohaga, st kohaga, kus teenust kliendile tegelikult osutatakse. Kolmanda kategooria puhul tuleb käive üldjuhul seostada kliendi asukohaga. Keskuse kaudu teenuste ostmisel lähtutakse samadest põhimõtetest nagu eespool kirjeldatud keskuse kaudu kaupade ostmisel.

(200) Esimese kategooria näiteks on olukord, kus väljaspool Euroopat asuv äriühing osutab liikmesriigi lennuettevõtjale lennukite erihoolduse teenust. Sellisel juhul liigub teenuse osutaja ühendusse, kus teenust tegelikult osutatakse ja kus teenuse osutamisel ka konkureeritakse. Kui Euroopa turist rendib auto või broneerib hotellitoa otse Ameerika Ühendriikides, kuulub see teise kategooriasse, sest teenust osutatakse väljaspool ühendust ning hotellid ja autorendiettevõtted konkureerivad valitud asukohas. Olukord on siiski erinev valmisreiside puhul. Selliste puhkuste puhul algab teenuse osutamine reisi müümisega reisibüroo kaudu kliendi asukohas ja konkurents reisibüroode kaudu reiside müügil toimub kohalikul tasandil, nagu ka jaemüügi puhul, kuigi osa teenusest võidakse osutada kaugemates asukohtades. Seetõttu kuulub kõnealune juhtum kolmandasse kategooriasse ja tekkinud käive tuleb siduda kliendi asukohaga. Kolmandasse kategooriasse kuulub ka väljaspool ühendust toodetud, kuid liikmesriigi kliendile tarnitava tarkvara või filmide turustamine, sest teenust osutatakse kliendile tegelikult ühenduses.

- (201) Kaupade veoga seotud juhtumid on erinevad, sest klient, kellele teenust osutatakse, ei liigu, kuid veoteenust osutatakse kliendile tema asukohas. Kõnealused juhtumid kuuluvad kolmandasse kategooriasse ja käibe tekkimise koha määramisel on asjakohaseks kriteeriumiks kliendi asukoht.
- (202) Sideteenuste puhul võib probleeme tekitada kõnede ühendamise teenuse liigitamine. Kuigi kõnede ühendamise teenus peaks kuuluma kolmandasse kategooriasse, tuleb seda teatavatel põhjustel käsitleda eraldi. Kõnede ühendamise teenust osutatakse näiteks olukorras, kus Euroopa sideoperaatori kaudu tulev kõne ühendatakse Ameerika Ühendriikides. Kuigi ei Euroopa ega Ühendriikide operaator ei liigu, liigub signaal ja teenust osutatakse Ühendriikides Ühendriikide võrgu kaudu Euroopa operaatorile. See on ka koht, kus toimub konkurents (kui üldse). Seega tuleb käivet käsitada ühendusevälise käibena ⁽¹³⁰⁾.

Erivaldkonnad

- (203) Teatavates valdkondades esineb käibe geograafilise jaotamise puhul siiski väga spetsiifilisi probleeme. Neid käsitletakse VI jaotises.

VI. KÄIBE ÜMBERARVESTAMINE EURODESSE

- (204) Käibe ümberarvestamisel eurodesse tuleb hoolikalt jälgida kasutatavat vahetuskursi. Äriühingu aastakäive tuleks ümber arvestada kaheteistkümne asjaomase kuu keskmise kursi alusel. Kõnealuse keskmise kohta saab andmeid konkurentsi peadirektoraadi koduleheküljelt ⁽¹³¹⁾. Majandusaasta auditeeritud aruandes esitatud andmed tuleks ümber arvestada sellisena, nagu need on esitatud, mitte jagada need kvartali või kuu müüginäitajateks ja arvestada eraldi ümber.
- (205) Kui äriühing müüb mitmesuguste vääringute eest, on menetlus sama. Auditeeritud kontserniaruandes esitatud kogukäive kõnealuse äriühingu aruandlusvääringus arvestatakse ümber eurodesse aasta keskmise kursi alusel. Kohalikus vääringus toimunud müüki ei tohiks otse eurodesse ümber arvestada, sest need andmed ei pärine äriühingu auditeeritud kontserniaruandest.

VII. KREDIIDI- JA MUUD FINANTSASUTUSI NING KINDLUSTUSETTEVÕTJAD KÄSITLEVAD SÄTTED

1. Kohaldamisala

- (206) Arvestades sektori erilist iseloomu, on artikli 5 lõikes 3 sätestatud krediidi- ja muude finantsasutuste ning kindlustusettevõtjate käibe arvutamise erieeskirjad.
- (207) Krediidi- ja muude finantsasutuste mõiste määratlemiseks vastavalt ühinemismäärusele on komisjon järjepidevalt kasutanud kehtivates pangandussektorit käsitlevates Euroopa õigusaktides sätestatud määratlusi. Krediidiasutuste asutamist ja tegevust käsitlevas direktiivis on ette nähtud, et: ⁽¹³²⁾

— „krediidiasutus [on] ettevõtja, kelle tegevuseks on hoiuste või muude tagasimakstavate vahendite vastuvõtmine avalikkuselt ning oma arvel ja nimel laenu andmine.”

— „finantseerimisasutus [on] ettevõtja, mis ei ole krediidiasutus ning mille põhitegevuseks on osaluse omandamine või tegelemine I lisa punktides 2–12 loetletud tegevusaladega.”

⁽¹³⁰⁾ See ei mõjuta käivet, mis tekib Euroopa telefonivõrgu operaatoril oma kliendilt saadava kõnega seoses.

⁽¹³¹⁾ Vt http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/exchange_rates.html#footnote_1. Kodulehel viidatakse Euroopa Keskpanga kuubülletäänile.

⁽¹³²⁾ Määratlused on esitatud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 20. märtsi 2000. aasta direktiivi 2000/12/EÜ (krediidiasutuste asutamise ja tegevuse kohta) artikli 1 lõigetes 1 ja 5 (EÜT L 126, 26.5.2000, lk 1).

(208) Finantsasutused ühinemismääruse artikli 5 lõike 3 tähenduses on ühelt poolt valdusettevõtjad ja teiselt poolt ettevõtjad, kelle regulaarseks põhitegevuseks on üks või enam pangandusdirektiivi lisa punktides 2–12 sõnaselgelt nimetatud tegevust. Kõnealuste tegevuste hulka kuuluvad:

- laenutehingud (mis hõlmavad tarbijakrediiti, hüpoteeklaenu, faktooringut);
- kapitalirent;
- arveldustehingud;
- maksevahendite (nt krediitkaardid, reisirahakid ja pangavekslid) väljaandmine ja haldamine;
- tagatis- ja garantiitehingud;
- oma ja klientide arvel rahaturuinstrumentidega (tšekid, vekslid, hoiusesertifikaadid jne), välisvaluutaga, finantsfutuuri- ja -optsoonidega, vahetuskursi- ja intressiinstrumentidega, vabalt võõrandatavate väärtpaberitega kauplemine;
- osalemine väärtpaberite emiteerimisel ja sellega seotud teenuste pakkumine;
- rahamaakleri tegevus;
- portfellihooldus ja nõustamine; ning
- väärtpaberite hoidmine.

2. Käibe arvutamine

(209) Ühinemismääruse artikli 5 lõikes 3 on sätestatud krediidi- ja muude finantsasutuste ning kindlustusettevõtjate käibe arvutamise meetodid. Järgmises jaotises käsitletakse eespool nimetatud liiki ettevõtjate käibe arvutamise seotud täiendavaid küsimusi.

2.1. Krediidi- ja finantsasutuste (v.a finantsvaldusettevõtjad) käibe arvutamine

2.1.1. Üldist

(210) Üldjuhul ei ole erilisi probleeme pangandustulu kriteeriumi kohaldamisega krediitiasutuste ja teiste finantsasutuste ülemaailmse käibe kindlaksmääramiseks.

Käibe geograafilisel jaotamisel ühenduse ja üksikute liikmesriikide käibeks kohaldatakse artikli 5 lõike 3 punkti a teises lõigu erisätet. Selles on sätestatud, et käive tuleb seostada ühenduses või vastavas liikmesriigis asuva filiaali või allasutusega, kellele tulu laekub.

2.1.2. Liisinguettevõtete käive

(211) Põhimõtteliselt tuleb eristada kapitaliliisingut ja kasutusliisingut. Üldjuhul võetakse kapitaliliising pikema ajaks kui kasutusliising ning omand läheb pärast liisinguperioodi lõppu enamasti üle liisijale liisingulepingus sisalduva ostuoptiooni kaudu. Kasutusliisingu puhul seevastu ei lähe omand liisinguperioodi lõppedes üle liisijale ning liisingumaksed sisaldavad liisitud vara hooldus-, remondi- ja kindlustuskulusid. Kapitaliliising toimib seega liisinguandja antava laenuna, mis võimaldab liisinguvõtjal osta asjaomase vara.

- (212) Nagu juba eespool mainitud, on äriühing, kelle põhitegevuseks on kapitaliliising, finantsasutus artikli 5 lõike 3 punkti a tähenduses ja tema käive arvutatakse vastavalt kõnealuses sättes ette nähtud erieeskirjadele. Arvesse võetakse kõiki kapitaliliisingu lepingulisi makseid, v.a väljaostuhind; tulevaste liisingumaksete müümist lepinguperioodi alguses refinantseerimise eesmärgil ei võeta arvesse.
- (213) Kasutusliisingut ei käsitata siiski finantsasutuste tegevusena ja seetõttu kohaldatakse artikli 5 lõikes 1 sätestatud üldisi käibe arvutamise eeskirju ⁽¹³³⁾.

2.2. Kindlustusseltsid

- (214) Kindlustusseltside käibe mõõtmiseks on ühinemismääruse artikli 5 lõike 3 punktis b sätestatud, et arvesse võetakse ettenähtud kindlustusmaksete kogusummat. Ettenähtud kindlustusmaksete kogusumma on kõikide saadud kindlustusmaksete summa, sh ka kõik saadud edasikindlustuse preemiad, kui asjaomane ettevõtja tegutseb edasikindlustuse valdkonnas. Väljaminevad ehk tasumisele kuuluvad edasikindlustuse preemiad, st kõik summad, mida asjaomane ettevõtja on maksnud või peab maksma edasikindlustuse saamiseks, on üksnes kindlustuse andmise kulud ning neid ei arvata maha ettenähtud kindlustusmaksete kogusummast.
- (215) Arvesse ei võeta mitte ainult asjaomase aruandeaasta jooksul sõlmitud uute kindlustuslepingutega seotud kindlustusmakseid, vaid ka kindlustusmakseid, mis on seotud asjaomase perioodi jooksul edasi kehtivate eelmistel aastatel sõlmitud lepingutega.
- (216) Selleks et luua nõuetekohased reservid, mis võimaldavad nõudeid välja maksta, on kindlustusseltsidel üldjuhul aktsiainvesteeringute portfellid, intressi kandvad väärtpaberid, maad ja kinnisvara ning muid varasid, millest saadakse iga-aastast tulu. Neist allikatest saadavat iga-aastast tulu ei käsitata kindlustusseltside käibena vastavalt artikli 5 lõike 3 punktile b. Eristada tuleb siiski puhtaid finantsinvesteeringuid, mis ei anna kindlustusseltsile artikli 5 lõikes 4 ette nähtud õigusi ja volitusi ettevõtjate suhtes, kuhu investeering on tehtud, ning investeeringuid, mis vastavad artikli 5 lõike 4 punktis b sätestatud kriteeriumidele. Viimasel juhul kohaldatakse ühinemismääruse artikli 5 lõiget 4 ja kõnealuse ettevõtja käive tuleb liita kindlustusseltsi käibe, mis on arvutatud vastavalt artikli 5 lõike 3 punktile b, et määrata kindlaks ühinemismääruses sätestatud piirmäärad ⁽¹³⁴⁾.

2.3. Finantsvaldusettevõtjad

- (217) Kuna finantsvaldusettevõtja on „muu finantsasutus” ühinemismääruse artikli 5 lõike 3 punkti a tähenduses, tuleb tema käive arvutada vastavalt kõnealuses sättes ette nähtud erieeskirjadele. Nii nagu kindlustusseltside puhul, kohaldatakse artikli 5 lõiget 4 ka nende osaluste suhtes, mis vastavad artikli 5 lõike 4 punktis b sätestatud kriteeriumidele. Seega tuleb finantsvaldusettevõtja käive üldjuhul arvutada vastavalt artikli 5 lõikele 3, kuid tarvis võib olla lisada artikli 5 lõikes 4 sätestatud kategooriatesse kuuluvate ettevõtjate („artikli 5 lõike 4 ettevõtjad”) käive ⁽¹³⁵⁾.

⁽¹³³⁾ Vt juhtum IV/M.234 – GECC/Avis Lease, 15. juuli 1992.

⁽¹³⁴⁾ Vt juhtum IV/M.018 – AG/AMEV, 21. november 1990.

⁽¹³⁵⁾ Finantsvaldusettevõtjaid käsitlevaid põhimõtteid võib teataval määral kohaldada ka fondivalitsejate suhtes.

- (218) Praktikas tuleb esmalt arvesse võtta finantsvaldusettevõtja (konsolideerimata) käivet. Seejärel tuleb lisada artikli 5 lõike 4 ettevõtjate käive, arvates seejuures maha dividendid ja muud tulud, mida need äriühingud toovad finantsvaldusettevõtjatele. Sellise arvutuse näide on järgmine:

<i>Miljonites eurodes</i>	
1. Finantstegevusega seotud käive (konsolideerimata tulud ja kulud)	3 000
2. Artikli 5 lõike 4 kindlustusseltside käive (lepingutega ettenähtud maksed)	300
3. Artikli 5 lõike 4 tööstusettevõtete käive	2 000
4. Lahutage artikli 5 lõike 4 ettevõtjatest 2 ja 3 saadud dividendid ja muu tulu	<200>
Finantsvaldusettevõtja ja tema kontserni kogukäive	5 100

- (219) Sellistes arvutustes võib olla vaja arvesse võtta erinevaid raamatupidamiseeskirju. Kuigi see kaalutlus kehtib ühinemismääruse kohaldamisalasse kuuluvate igat liiki ettevõtjate suhtes, on see eriti oluline finantsvaldusettevõtjate puhul, ⁽¹³⁶⁾ kui on tarvis hoolikalt üle vaadata valdusettevõtja tütar-ettevõtjate, sidusettevõtjate ja muude selle osalusega äriühingute arv ja mitmekesisus ning selle kontrolli ulatus nende üle.

- (220) Finantsvaldusettevõtja käibe arvutamine eespool nimetatud viisil võib osutuda kulukaks. Seepärast on range ja üksikasjalik kohaldamine vajalik üksnes juhtudel, kus näib, et finantsvaldusettevõtja käive on ilmselt lähedal ühinemismääruse piirmääradele; muudel juhtudel võib olla ilmne, et käive ei ulatu ühinemismääruse piirmääradeni ning seepärast piisab pädevuse määramiseks ametlikest majandusaasta aruannetest.

⁽¹³⁶⁾ Vt näiteks juhtum IV/M.166 – Torras/Sarrió, 24. veebruar 1992.