

01_Joint Ventures_june, july,august, september_2010_KG_bg

Съвместните предприятия или т.нар. Joint Ventures са такива правни образувания, които все по-често навлизат в стопанския оборот не само на територията на Република България, но и в целия Европейски съюз. Създаването им в повечето случаи е продиктувано от необходимостта от съвместно извършване на дадена стопанска дейност или поради спецификата ѝ, изискваща участието на стратегически партньор, или поради нуждата от по-големи финансови ресурси за реализирането на даден проект. Предприятията най-често обединяват усилията си по повод участието си в дадена процедура за възлагане на обществена поръчка, когато участващите предприятия само заедно могат да покрият изискванията на възложителите. В своето Съобщение относно оценката на кооперативните съвместни предприятия по чл. 85 (понастоящем чл.81) от Договора[1], Европейската комисия е идентифицирала и множество икономически причини за създаването на съвместни предприятия, сред които са например развиването на научноизследователска дейност, производство, продажби и дистрибуция.

Различните причини за създаване на съвместни предприятия предпоставят и разликите в начина на функционирането им. От една страна, те могат да бъдат създадени като ограничени със срок правни субекти за осъществяването на даден проект или за извършването на дадена научноизследователска дейност, а в други – да бъдат учредени като самостоятелни, неограничени със срок правни фигури, които самостоятелно да извършват дейността, за която са създадени. Именно тези специфики обуславят и различното третиране на съвместните предприятия от Общностното право на конкуренция.

Под термина „съвместно предприятие“ са обхванати случаите, както на създаване на съвместно притежавано търговско дружество, така и образуването на непорсонифицирани обединения, като гражданското дружество и консорциума. И въпреки, че създаването на тези правни субекти попада изцяло в сферата на гражданското и търговското право, в някои случаи правото на конкуренция регулира този процес поради възможността за координация на дейността на конкурентни предприятия, прикрита зад създаването на съвместното предприятие.

На първо място, за разлика от обичайните форми на концентрация на стопанска дейност, създаването на съвместно предприятие позволява на участващите предприятия да продължат да функционират като независими икономически субекти, чиито общи интереси по отношение на съвместното предприятие могат да доведат до координиране на поведението им и по въпроси, извън обхвата на общата им дейност.

На следващо място, съществува възможност за ограничаване на конкуренцията между предприятията-майки и между тях и съвместното предприятие в хода на осъществяване на дейността на съвместното предприятие, която по някой път не може да бъде оправдана с преимуществата, които дава присъствието на новия икономически субект на пазара. Съществува и опасност от напълно премахване на конкуренцията на съответния пазар в случай, че се касае до олигополен тип пазар или до такъв, при който участващите предприятия имат значителна пазарна сила.

С оглед нуждата от запазване на пълноценната конкуренция, Договорът за създаване на Европейската общност предвижда използването на два правни режима, които да регулират създаването на подобни правни фигури, а именно този на антитръстовите правила и този за контрол върху концентрациите на стопанска дейност, като прилагането им е поставено в зависимост от видът на съответното съвместно предприятие.

От една страна, създаването на съвместни предприятия, които изпълняват трайно всички функции на икономически независим субект, или т.нар. „пълноценни съвместни предприятия [2]“, са предмет на анализ от гледна точка на контрола върху концентрациите на стопанска дейност.

От друга страна, съвместните предприятия, които не попадат под определението „пълноценни“, са предмет на анализ като споразумения на предприятия от гледна точка на правоприлагането по чл.81 от Договора, в който случай преценката се свежда до установяване дали съответното споразумение има за цел или резултат предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията на съответния пазар, както и дали са налице основанията за освобождаване от забраната по чл.81, ал. 3 от Договора или по някои от Регламентите за групово освобождаване.

Възможността създаването на съвместно предприятие да попадне под регулацията на два различни правни режима изисква както разграничаването им, така и идентифициране на евентуалните им преимущества и недостатъци.

При регулацията на създаването на даденото съвместно предприятие от гледна точка на антитръстовите правила, липсва правна сигурност по отношение на това дали новосъздадения правен субект не попада под забраната на чл.81 от Договора. След приемането на Регламент 1/2003г[3]., за предприятията отпадна възможността да нотифицират споразумения с цел получаване на индивидуално освобождаване от забраната, съгласно критериите по чл.81, ал.3 от Договора, поради което понастоящем, единствената база за преценка относно това дали създаването на дадено съвместно предприятие попада под тази забрана е съдебната практика и Съобщенията и Насоките на Комисията по прилагането на чл.81 от Договора.

Същевременно, ако създаването на съвместното предприятие попада в обхвата на Регламента за сливанията, решението на Комисията за допускането на така извършената концентрация премахва всякаква правна несигурност по отношение на съвместимостта му с Европейското право на конкуренция, а също така предоставя и имунитет срещу пререшаването на въпроса по различен начин от някое от националните ведомства по конкуренция в дадена държава-членка. Също така, от значение са и кратките времеви срокове, в които Комисията разглежда и оценява уведомленията за концентрации на стопанска дейност, подадени на основание Регламента за сливанията.

С оглед това, много от участниците на пазара се стремят така да организират съвместните си предприятия така, че да попадат под контрола на концентрациите, поради което от съществено значение е въпросът дали дадено съвместно предприятие попада под този контрол или евентуално би представлявало споразумение между независими предприятия, което следва да бъде анализирано съгласно чл.81 от Договора.

За да може да се нотифицира като концентрация на стопанска дейност, дадено съвместно предприятие трябва да притежава следните характеристики: да е

„пълноценно“, да има значение за Общността, т.нар. „Community Dimension“ и да бъде съвместно контролирано от поне две лица или предприятия.

Съгласно чл.3, параграф 4 от Регламента за сливанията, концентрация на стопанска дейност има и в случаите на създаване на съвместно предприятие, което изпълнява дългосрочно функциите на самостоятелен икономически субект. Именно това е критерият за пълноценност на съвместното предприятие, който е от значение за прилагането на Регламент № 139/2004г. За да се извърши преценка относно това дали дадено съвместно предприятие е пълноценно или не, следва да се установи наличието на няколко условия, които са предписани от Комисията в нейното Известие относно понятието пълноправни съвместни предприятия[4], а именно - да оперира на пазара, осъществявайки дейностите, които обичайно се извършват от предприятия на дадения пазар, да има оперативна управление и достъп до достатъчно средства, включително финансови, човешки ресурси, както и материални и нематериални активи, за да може да изпълнява за продължителен период от време стопанската дейност, за извършването на която е създадено. Също така, на преценка подлежи и факта доколко това съвместно предприятие е зависимо от лицата, които притежават контрол върху него, например бидейки обвързано от значителни продажби или покупки между предприятията - майки и съвместното предприятие, продиктувано от силното присъствие на предприятията-майки на пазари „нагоре“ и „надолу“ по веригата.

Следва да се отбележи, че за да е налице качеството „пълноценност“, не е задължително съответното съвместно предприятие да е напълно независимо още при самото си създаване. В практиката си Комисията е приела, че подкрепата от предприятията - майки за период не по-дълъг от 3 години от създаването на съвместното предприятие, не предпоставя липсата на критерия за пълноценност. Въпреки това обаче, индикации за това, че даденото съвместно предприятие ще стане пълноценно в хода на извършване на дейността си, следва да са налице още към момента на самото му създаване[5]. Що се касае до критерия за дългосрочност на съвместното предприятие, Комисията изисква или същото да е създадено за неопределен период от време или за определен първоначален срок с възможност за продължаването му.

На следващо място, за да попадне в приложното поле на Регламента за сливанията, концентрацията на стопанска дейност под формата на създаване на пълноценно съвместно предприятие трябва да има т.нар. значение за Общността. Този критерий се оценява, като се вземат предвид оборотите на предприятията, участници в концентрацията и се прецени дали те достигат праговете, определени в чл.1, параграф 2 или тези, определени в чл.1, параграф 3 от Регламента за сливанията.

Също така, за да може дадено съвместно предприятие да бъде разглеждано като концентрация на стопанска дейност, следва да се установи и наличието на съвместен контрол. Съвместният контрол може да се прояви или като придобиване на участие под формата на дялове/акции от съществуващо дружество, което е притежавано от друго такова или като учредяване на изцяло ново предприятие. Съгласно Извещието на Комисията относно понятието пълноправни съвместни предприятия, дадено съвместно предприятие може да се квалифицира като концентрация по смисъла на Регламента за сливанията, когато е налице придобиване на съвместен контрол от две или повече предприятия, които са негови предприятия – майки.

Понятието за съвместен контрол се съдържа в чл.3, параграф 3 от Регламента за сливанията, като се основава на възможността за упражняване на решаващо влияние върху дадено предприятие, както чрез юридически, така и чрез чисто фактически действия. За установяването на съвместен контрол не е задължително две или повече лица или дружества да притежават общо 50% или повече от гласовете в общото събрание на дадено съвместно предприятие. Достатъчно е две или повече лица или дружества да могат да достигнат до определени ключови за дейността на съвместното предприятие решения само въз основа на постигнато по между им съгласие, поради притежаването например на право на вето върху приемането на годишния бизнес план или бюджет на съвместното предприятие, или върху назначаването на менаджерския му състав.

В случай, че дадено съвместно предприятие не удовлетворява някой от горните критерии, то същото може да попадне в приложното поле на чл.81, параграф 1 от Договора и да бъде оценявано от гледна точка на това дали представлява споразумение между предприятия, което може да има значим ефект върху търговията

между държавите-членки, както и дали има за цел или резултат ограничаването или предотвратяването на конкуренцията на Общностния пазар. В случай, че се установи приложението на чл.81, параграф 1 от Договора, следва да се направи преценка относно наличието на предпоставките за освобождаване в параграф 3 на същия член, а именно – дали въпросното споразумение допринася за увеличаване и подобряване производството на стоки и извършването на услуги или за техническото и икономическото развитие, осигурявайки на потребителите справедлив дял от получените ползи, и дали не налага ограничения, които не са необходими за постигане на посочените цели и не създава възможност за премахване на конкуренцията по отношение на съществена част от съответния пазар.

Както бе споменато по-горе, преди влизането в сила на Регламент 1/2003, съществуваше възможност дадено съвместно предприятие, което не попада под контрола на Регламента по сливанията, да бъде нотифицирано пред Европейската комисия с цел получаване на индивидуално освобождаване от забраната по чл.81, параграф 1 от Договора. Понастоящем тази възможност е премахната[6], като за някои типове съвместни предприятия, сигурност може да се търси освен в практиката на Съда на Европейските общности, и в Регламентите за групово освобождаване, приемани от Съвета и от Европейската комисия, като например Регламента за групово освобождаване на категории споразумения за изследвания и разработки[7] и в този относно споразуменията за специализация[8]. По този начин споразумения под формата на съвместни предприятия, които попадат в обхвата на един от двата регламента, се освобождават автоматично от прилагането на чл.81, параграф 1 от Договора.

Преценката обаче дали дадено съвместно предприятие попада под понятието „пълноценно“ или попада под приложното поле на чл.81, параграф 1 от Договора е трудна поради хамелеоново-подобната структура на тези правни фигури. Именно поради факта, че в много случаи съвместните предприятия комбинират както елементи на концентрация на стопанска дейност, така и на координация между независими конкурентни предприятия, същите продължават да бъдат разглеждани като „проблемните деца“ на Общностното право на конкуренция.

На Общностно ниво това е довело до изкуствено създадени критерии за разграничаване на съвместните предприятия, в опит същите да се поставят в рамките на съществуващата правна уредба на Общностното право на конкуренция. Този процес обаче не е приключил, доколкото ежедневната практика на Европейската комисия и на Съда на Европейските Общности продължава да развива понятието за „пълноценно“ съвместно предприятие и изискванията за освобождаването от забраната на чл. 81, параграф 1 от Договора към тези, които не попадат в обхвата на това понятие.

[1] Публикуван в Официалния вестник на Европейски съюз 1993, ОJ, (С 43) 2;

[2] Full-functioning Joint Ventures;

[3] Регламент 1/2003г. на Съвета от 16 Декември 2002г. относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в чл.81 и 82 от Договора, публикуван в Официалния вестник на Европейски съюз OBL1, 4.1.2003, р.1;

[4] Известие 98/С 66/01 на Комисията относно понятието пълноправни съвместни предприятия съгласно Регламент (ЕИО) № 4064/89г. на Съвета за контрола на концентрациите между предприятия (отменен от Регламент 139/2004г. на Съвета относно контрола върху концентрациите между предприятия;

[5] В този смисъл вж. Решение Case№ COMP/M.4139 – Sony/NECот 31 Март 2006г., параграф 10;

[6] С изключение на случаите, при които е налице действителна несигурност, поради това че с тях се поставят нови или нерешени въпроси по прилагането на чл.81 от Договора, при които съответните предприятия могат да се обърнат към Европейската комисия за неофициални насоки;

[7] Регламент (ЕО) № 2659/2000 на Комисията от 29 ноември 2000 година относно прилагането на член 81, параграф 3 от Договора за категориите споразумения за изследвания и разработки, (ОВ L 304, 5.12.2000 г., стр. 7);

[8] Регламент (ЕО) № 2658/2000 на Комисията, от 29 ноември 2000 година относно прилагането на член 81, параграф 3 от Договора за категориите споразумения за

специализация (L 304/3, 5.12.2000, стр. 78);