

## II

(Meddelanden)

MEDDELANDEN FRÅN EUROPEISKA UNIONENS INSTITUTIONER, BYRÅER  
OCH ORGAN

## EUROPEISKA KOMMISSIONEN

## KOMMISSIONENS TILLKÄNNAGIVANDE

Tolkningsriktlinjer till Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1008/2008 – Regler om  
ägande och kontroll av EU-lufttrafikföretag

(2017/C 191/01)

## Innehållsförteckning

|  | Sida |
|--|------|
| 1. Inledning .....   | 1    |
| 2. Förfarandemässiga aspekter .....  | 3    |
| 3. Bevisbördor .....   | 4    |
| 4. Nationalitet .....  | 4    |
| 5. Ägande .....  | 4    |
| 5.1 Allmän riktlinje .....   | 4    |
| 5.2 Ägandet i börsnoterade företag och institutionella investeringar .....     | 6    |
| 6. Effektiv kontroll .....   | 6    |
| 6.1 Allmän riktlinje .....   | 6    |
| 6.2 Bedömningskriterier .....  | 7    |
| 6.2.1 Företagsstyrning .....   | 7    |
| 6.2.2 Aktieägarrättigheter .....   | 8    |
| 6.2.3 Finansiella kopplingar mellan företaget och tredjelandsaktieägaren ..... | 10   |
| 6.2.4 Handelssamarbete .....   | 10   |
| 7. Övervakning och möjliga åtgärder .....                                      | 11   |

## 1. INLEDNING

- Den grundläggande rättsakten för den inre marknaden för luftfart<sup>(1)</sup> är Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1008/2008 av den 24 september 2008 om gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i gemenskapen<sup>(2)</sup> (nedan kallad *förordningen*). Genom denna förordning regleras utfärdandet av tillstånd för EG-lufttrafikföretag, deras rätt att utöva lufttrafik inom gemenskapen samt prissättningen av lufttrafik inom gemenskapen.
- I förordningen definieras begreppet "EG-lufttrafikföretag" (nedan kallat *EU-trafikföretag*) som "ett lufttrafikföretag med giltig operativ licens som utfärdats av en behörig tillståndsmyndighet i enlighet med kapitel II" (artikel 2.11 i förordningen). EU-trafikföretag har rätt att bedriva lufttrafik inom EU (artikel 15.1 i förordningen), främst för befordran av passagerare, gods och post, utan att behöva ha något ytterligare tillstånd.

<sup>(1)</sup> Förordningen är tillämplig på tredjeländer där den har införlivats i avtal med EU. För närvarande är detta fallet med EES-avtalet (när det gäller Norge, Island och Liechtenstein) samt avtalet mellan Europeiska gemenskapen och Schweiziska edsförbundet om luftfart (EGT L 114, 30.4.2002, s. 73). Liknande avtal kan förhandlas fram eller vara tillämpliga i framtiden. Vid tolkningen av artikel 4 f i dessa riktlinjer ska Schweiz, Norge, Island och Liechtenstein betraktas som EU-medlemsstater och deras medborgare som medborgare i EU:s medlemsstater.

<sup>(2)</sup> EUT L 293, 31.10.2008, s. 3.

3. Villkoren för att erhålla en operativ licens som EU-trafikföretag fastställs i förordningen tillsammans med ett nationalitetskrav. Enligt artikel 4 i förordningen ska "den behöriga tillståndsmyndigheten i en medlemsstat [...] bevilja operativ licens för ett företag om följande villkor är uppfyllda: [...] f) Medlemsstater och/eller medborgare i medlemsstater äger mer än 50 % av företaget och utövar den faktiska kontrollen över detta, antingen direkt eller indirekt via ett eller flera andra företag, om inte annat föreskrivs i ett avtal med ett tredjeland i vilket gemenskapen är part."
4. Dessa båda krav, det vill säga att medlemsstaterna eller deras medborgare ska äga mer än 50 % och ha effektiv kontroll, är fristående och kumulativa, vilket innebär att båda kraven alltid måste vara uppfyllda.
5. Tredjeländer och deras medborgare kan inte vara majoritetsägare till eller ha effektiv kontroll över EU-trafikföretag om inte EU genom (ett i regel ömsesidigt) avtal med tredjelandet i fråga har gjort avkall på kraven om ägande och kontroll. Om ett trafikföretag inte längre ägs (till mer än 50 %) eller effektivt kontrolleras av en medlemsstat och/eller medborgare i medlemsstater har det inte längre rätt att inneha licens och kan därmed inte längre dra nytta av avregleringen av EU:s luftfartsmarknad.
6. Bedömningen av huruvida kraven om ägande och kontroll är uppfyllda ska i första hand göras av den behöriga tillståndsmyndigheten, som är den myndighet i en medlemsstat som har rätt att bevilja eller avslå en ansökan om operativ licens, eller att permanent eller tillfälligt återkalla en operativ licens, i enlighet med kapitel II i förordningen (artikel 2.2 i förordningen). Kommissionen har emellertid också möjlighet att göra en egen bedömning på grundval av information som har erhållits, och kan besluta att begära att den behöriga tillståndsmyndigheten vidtar lämpliga korrigeringsåtgärder eller permanent eller tillfälligt återkallar den operativa licensen (artikel 15.3 i förordningen).
7. Att det ställs krav på ägande och kontroll för erhållande av en operativ licens som utfärdas på basis av nationalitet är vanligt inom den internationella luftfartssektorn, och liknande bestämmelser finns i lagstiftningen också i länder utanför EU. Bilateral luftfartsavtal innehåller dessutom normalt villkor av detta slag för beviljande av tillstånd att utöva trafikrättigheter. I dag är dessa villkor främst avsedda att säkerställa att trafikrättigheterna enligt sådana avtal utnyttjas effektivt till förmån för de medverkande parterna, och inte direkt eller genom dotterföretag utövas av företag (\*) från länder som inte är avtalsparter. Dessutom förhindrar de att sådana företag tillhandahåller tjänster helt inom en stat eller grupp av stater genom dotterföretag som är etablerade i denna stat eller grupp av stater.
8. Den 7 december 2015 antog kommissionen en luftfartsstrategi för Europa i syfte att säkerställa att EU:s luftfartssektor förblir konkurrenskraftig och skördar fördelarna av en snabbt föränderlig global ekonomi och luftfartsmarknad under utveckling (\*\*).
9. I luftfartsstrategin fastslås vikten av att skapa större rättslig säkerhet för investerare och lufttrafikföretag i fråga om tillämpningen av förordningen med avseende på bestämmelserna om ägande och kontroll. I linje med vid flera tillfällen framförda önskemål från medlemsstaterna och andra intressenter beslutade kommissionen att anta tolkningsriktlinjer för tillämpningen av denna bestämmelse.
10. Under de senaste åren har kommissionen, i syfte att fastställa om kraven i artikel 4 f i förordningen är uppfyllda, genomfört åtskilliga undersökningar av fall där en investerare från ett tredjeland (det vill säga ett land utanför EU) har förvärvat en betydande andel i ett EU-trafikföretag.
11. Kommissionen har bara fattat ett formellt beslut om efterlevnaden av bestämmelserna om ägande och kontroll, efter Swissairs förvärv av en andel i Sabena (nedan kallat *Swissair/Sabena-beslutet* (³)). Detta beslut fattades på basis av rådets förordning (EEG) nr 2407/92 av den 23 juli 1992 om utfärdande av tillstånd för lufttrafikföretag (nedan kallad *förordning 2407/92* (⁴)), föregångaren till förordning (EG) nr 1008/2008. Kommissionen fann att Sabena uppfyllde kraven på ägande och kontroll i förordning 2407/92 enligt villkoren i avtalet mellan den belgiska staten och Swissair. Kommissionen ansåg att kriterierna om ägande och effektiv kontroll måste tolkas och tillämpas enligt förordning 2407/92 i ett övergripande sammanhang. Särskilt måste varje enskilt fall bedömas med hänsyn till syftet att bevaka gemenskapens luftfartsindustris intressen, vilket särskilt innebär att bolag från tredje land inte tillåts att fullt ut ensidigt dra fördel av gemenskapens liberaliserade inre luftfartsmarknad. Med andra ord får ett sådant bolag i tredje land dra fördel av den inre marknaden endast genom deltagande inom de gränser för ägande och kontroll som anges i förordningen.

(\*) I dessa riktlinjer använder kommissionen begreppet "företag" som det definieras i artikel 2.3 i förordningen.

(\*\*) Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén, COM(2015) 598 final, 7.12.2015.

(³) Kommissionens beslut 95/404/EG av den 19 juli 1995 med anledning av ett förfarande för tillämpning av rådets förordning (EEG) nr 2407/92 (Swissair/Sabena) (EGT L 239, 7.10.1995, s. 19).

(⁴) EGT L 240, 24.8.1992, s. 1.

12. Kommissionen uttalade också "vid varje utvärdering av en betydande investering av ett lufttrafikföretag från tredje land i ett gemenskapstrafikföretag att hänsyn dessutom bör tas till det vidare politiska sammanhang i vilket denna investering äger rum och särskilt gemenskapens flygförbindelser med det berörda tredje landet" <sup>(1)</sup>. I detta speciella fall kännetecknades det vidare sammanhanget av de pågående förhandlingarna mellan gemenskapen och Schweiz om att avskaffa de befintliga begränsningarna av ägande och kontroll på ömsesidig basis. Med hänsyn till detta vidare sammanhang ansåg kommissionen att överenskommelserna mellan belgiska staten och Swissair "väsentligen [tycks] vara av övergående natur" <sup>(2)</sup>.
13. Syftet med dessa riktlinjer är att utifrån de erfarenheter som kommissionen har skaffat sig om bedömningen av olika fall under de senaste åren ge vägledning för bedömningen av om företag som ansöker om eller innehar operativa licenser uppfyller kraven om ägande och kontroll i förordningen. Riktlinjerna bygger också på analysen i Swissair/Sabena-beslutet, liksom på bästa metoder utvecklade av de behöriga tillståndsmyndigheterna på nationell nivå. Riktlinjerna utvisar kommissionens tolkning av förordningen på denna punkt och hur den anser att förordningen ska tillämpas. Avsikten är inte att de ska skapa nya lagkrav eller inkräkta på EU-domstolens befogenheter att göra bindande tolkningar.

## 2. FÖRFARANDEMÄSSIGA ASPEKTER

14. Kapitel II i förordningen innehåller bestämmelser om den operativa licensen. Enligt artikel 3.2 i förordningen får "den behöriga tillståndsmyndigheten [...] inte utfärda operativa licenser eller upprätthålla deras giltighet om inte kraven i detta kapitel uppfylls". Till de krav som måste uppfyllas för att en licens ska beviljas hör att medlemsstater eller medborgare i medlemsstater äger mer än 50 % av företaget och utövar den faktiska kontrollen. Ansvaret för att bedöma om detta krav är uppfyllt (båda delarna i det) ligger i första hand hos den behöriga tillståndsmyndighet som utfärdar operativa licenser.
15. Enligt artikel 8.2 i förordningen ska "den behöriga tillståndsmyndigheten [...] noggrant övervaka efterlevnaden av kraven i detta kapitel". I artikel 8.7 i förordningen står det "När det gäller EG-lufttrafikföretag som den behöriga tillståndsmyndigheten utfärdat licens för, ska den senare besluta om den operativa licensen ska omprövas för godkännande om förändringar har inträffat i en eller flera förutsättningar som berör ett EG-lufttrafikföretags rättsliga ställning, i synnerhet en fusion eller ett övertagande". Enligt artikel 8.5 ska EU-lufttrafikföretag i förväg anmäla sådana förändringar till den behöriga tillståndsmyndigheten.
16. Det kan inträffa att en behörig tillståndsmyndighet får en ansökan om licens (eller granskning av en befintlig licens) i en situation där ett företag som tillhör samma grupp som det företag som berörs av ärendet redan innehar en operativ licens utfärdad av en annan behörig tillståndsmyndighet. Den myndighet som har att hantera ett sådant ärende bör ta vederbörlig hänsyn till den bedömning som den andra myndigheten har gjort, i synnerhet om den relevanta ägandestrukturen är densamma. Den är emellertid ändå skyldig att göra en egen bedömning av ärendet i enlighet med bestämmelserna i kapitel II i förordningen. Enligt god praxis bör en myndighet i tveksamma fall kontakta den myndighet som har gjort den tidigare bedömningen för att få mer information och diskutera frågan.
17. När det gäller en eventuell granskning från kommissionens sida hänvisas till artiklarna 15.3 och 26.2 i förordningen.
18. I artikel 15.3 fastställs det att "Om kommissionen [...] finner att en operativ licens som beviljats ett EG-lufttrafikföretag inte uppfyller kraven i denna förordning, ska den överlämna sina slutsatser till den behöriga tillståndsmyndigheten som inom 15 arbetsdagar ska lämna sina synpunkter till kommissionen.

Om kommissionen efter att ha granskat den behöriga tillståndsmyndighetens synpunkter vidhåller att den operativa licensen inte uppfyller kraven, eller om den inte har tagit emot några synpunkter från den behöriga tillståndsmyndigheten, ska den i enlighet med det förfarande som avses i artikel 25.2 besluta att begära att den behöriga tillståndsmyndigheten vidtar lämpliga korrigeringsåtgärder eller permanent eller tillfälligt återkallar den operativa licensen. I beslutet ska ett datum fastställas då den behöriga tillståndsmyndigheten senast ska vidta korrigeringsåtgärderna. Om korrigeringsåtgärderna inte har vidtagits senast detta datum ska EG-lufttrafikföretaget inte ha rätt att [bedriva lufttrafik inom gemenskapen]."

19. Enligt artikel 26.2 i förordningen "får kommissionen inhämta all nödvändig information från medlemsstaterna, som också ska underlätta tillhandahållandet av information från de lufttrafikföretag som deras behöriga tillståndsmyndigheter har utfärdat tillstånd för".

<sup>(1)</sup> Se punkt XI, s. 27 i Swissair/Sabena-beslutet.

<sup>(2)</sup> Punkt XI i Swissair/Sabena-beslutet.

### 3. BEVISBÖRDA

20. Såsom framgår av andra stycket i artikel 8.1 är företag som ansöker om licens skyldiga att visa att kraven i artikel 4 f och andra krav i förordningen är uppfyllda. Detsamma gäller när den behöriga tillståndsmyndigheten har skäl att kontrollera att dessa krav är uppfyllda också efter det att licensen har utfärdats.
21. Det är det berörda företaget som ska styrka detta gentemot den behöriga tillståndsmyndigheten. I det sammanhanget måste man hålla i minnet att myndigheten enligt artikel 10.1 ska "fatta beslut i fråga om en ansökan så snart som möjligt och senast tre månader efter det att all nödvändig information har lämnats in, och därvid ta hänsyn till alla tillgängliga fakta". Detta betyder att det, även om myndigheten är skyldig att genomföra förfarandet i god tro, ligger i företagets intresse att så snart som möjligt överlämna den bevisning det har tillgång till. Annars kan dess ansökan om licens avslås.

### 4. NATIONALITET

22. Det är bara fysiska personer som kan vara medborgare i en medlemsstat. Om ett företag som helt eller delvis ägs och/eller effektivt kontrolleras av en eller flera mellanvarande enheter som inte är fysiska personer anser kommissionen att medborgarskapskravet i artikel 4 f i förordningen ska tolkas som att det avser de fysiska personer som ytterst äger och/eller effektivt kontrollerar dessa enheter.
23. Enligt artikel 4 f i förordningen ska medborgare i medlemsstater äga mer än 50 % av företaget och utöva den faktiska kontrollen över det.
24. Vissa svårigheter kan uppstå om de berörda personerna har fler än ett medborgarskap och inte har varit medborgare i medlemsstaten sedan födseln. I princip kan varje medlemsstat fastställa villkoren för förvärv och förlust av medborgarskap. Fast rättspraxis från EU-domstolen<sup>(1)</sup> bekräftar emellertid att medlemsstaterna måste utöva sin behörighet i fråga om medborgarskap med iakttagande av unionsrätten. Med andra ord regleras villkoren och förfarandena för att förvärva eller förlora medborgarskap i ett EU-land av den nationella lagstiftningen i varje EU-land med hänsyn tagen till unionslagstiftningen.
25. Medlemsstaterna ska använda sina befogenheter att ge medborgarskap i en anda av lojalt samarbete med andra medlemsstater och EU (artikel 4.3 i fördraget om Europeiska unionen). De bör ta hänsyn till de normer och skyldigheter som de är bundna av enligt internationell rätt och de kriterier som traditionellt ligger till grund för medlemsländernas nationella lagar. Dessa principer förutsätter särskilt att det finns ett genuint samband mellan den sökande och landet eller dess medborgare.

### 5. ÄGANDE

#### 5.1 Allmän riktlinje

26. När det gäller ägandet ska ett företag enligt artikel 4 f i förordningen beviljas operativ licens av den behöriga tillståndsmyndigheten om "Medlemsstater och/eller medborgare i medlemsstater äger mer än 50 % av företaget".
27. Kommissionen anser att detta ägandekrav är uppfyllt om medlemsstater och/eller medborgare i medlemsstater äger en andel om minst 50 % plus en aktie i det berörda företagens kapital.
28. I det här sammanhanget avser kommissionen med "kapital" företagens egna kapital. För bedömningen av om ägandekravet är uppfyllt är det således avgörande att fastställa vilket kapital i företaget som räknas som eget kapital.
29. I Sabena/Swissair-beslutet ansåg kommissionen att frågan om en viss typ av kapital uppfyller kraven för eget kapital bara kan besvaras på grundval av en bedömning från fall till fall med hänsyn till alla berörda omständigheter. Om emellertid kapitalet inte ger dess innehavare någon av de två följande rättigheterna i någon väsentlig grad ska det emellertid i allmänhet inte beaktas vid fastställandet av ägarsituationen för ett företag enligt artikel 4 f:
  - a) Rätt att delta i beslut som påverkar förvaltningen av företaget.
  - b) Rätt att få del av resterande vinster, eller i händelse av likvidation, i de resterande företagstillgångarna efter det att alla skyldigheter har uppfyllts (andelarna återspeglar med andra ord den normala verksamhetens risker och belöningar).

<sup>(1)</sup> Mål C-135/08, 2.3.2010, Rottmann, styckena 39, 45 och 48.

30. Den behöriga tillståndsmyndigheten ska visserligen alltid analysera komplicerade strukturer i detalj, men kommissionen anser att detaljerade analyser särskilt krävs i följande situationer:
- När det finns olika aktieklasser med olika värden och egenskaper.
  - När det finns warranter eller optioner som riskerar att påverka klassificeringen av en aktieklass som eget kapital<sup>(1)</sup>.
  - Förekomsten av institutionella investerare där den slutliga faktiska ägaren, i linje med stycke 44, inte enkelt kan identifieras.
31. Såsom framgår av stycke 22 ovan anser kommissionen att ägandet i ett företag vars aktier ägs av ett annat företag (som inte är en fysisk person, nedan kallad *mellanvarande enhet*) måste bedömas mot bakgrund av nationaliteten hos de personer (eller identiteten hos de stater) som innehar aktierna i detta andra företag.
32. I det sammanhanget är övervägandena i styckena 22–24 ovan tillämpliga på samma sätt på aktier som innehas i den mellanvarande enheten.
33. Särskilda problem kan uppstå om såväl den andel i den mellanvarande enheten som innehas av aktieägare i EU som den andel som denna enhet innehar i lufttrafikföretaget motsvarar mindre än 100 % av aktierna.
34. Följande fall kan fungera som exempel: Aktieägare i EU äger 55 % av företag A (resten ägs av tredjeländer eller tredjelandsmedborgare nedan kallade *tredjelandsaktieägare*). Företag A äger i sin tur 60 % av lufttrafikföretag B, medan återstoden av aktierna ägs av tredjelandsaktieägare.
35. Frågan uppkommer då om EU-aktieägarna "äger mer än 50 % av företaget".
36. Såsom förklarades i stycke 28 ovan ska "ägande" tolkas som rätt att delta i beslut som påverkar förvaltningen av företaget samt den ekonomiska rättigheten att få del av resterande vinster, eller i händelse av likvidation, i de resterande företagstillgångarna efter det att alla skyldigheter har uppfyllts.
37. När det gäller rätten att delta i beslut som påverkar förvaltningen av företaget skulle en sådan situation som den som beskrivs ovan normalt anses vara förenlig med artikel 4 f i förordningen, om man antar att alla aktierna i fråga medför samma rösträtter och att det inte finns några särskilda arrangemang som hindrar att EU-aktieägarna kontrollerar de röster som företag A har i B genom sitt majoritetsägande.
38. När det gäller de ekonomiska rättigheterna bör hänsyn tas till att sådana rättigheter kan omfattas av särskilda interna arrangemang också när den relevanta andelen i lufttrafikföretaget innehas direkt av EU-aktieägare och inte via en mellanvarande enhet. Dessa kan inbegripa privilegier för tredjelandsaktieägare i förhållande till EU-aktieägare. Såsom förklaras i *Swissair/Sabena* strider inte sådana situationer nödvändigtvis mot artikel 4 f i förordningen förutsatt att de (ekonomiska) rättigheterna i fråga tillkommer EU-aktieägaren i "väsentlig grad".
39. Samma princip bör tillämpas när ekonomiska rättigheter påverkas av att EU-aktieägarens andel i lufttrafikföretaget ägs via en mellanvarande enhet samt att andelarna i varje steg motsvarar mindre än 100 % av aktiekapitalet.
40. Om i exemplet ovan vinstutdelning från lufttrafikföretag B och intäkter från de resterande företagstillgångarna i händelse av B:s likvidation tillfaller EU-aktieägare i proportion till de utspädda aktierna (om alla aktier i företag A och lufttrafikföretag B tillhör samma klass) kan de ekonomiska rättigheterna ändå anses tillräckliga för att uppfylla kraven i artikel 4 f i förordningen.
41. Liknande fall bör emellertid beaktas individuellt, med hänsyn tagen till alla omständigheter, och i synnerhet alla arrangemang som påverkar rättigheterna och skyldigheterna i fråga.
42. För att denna bedömning ska kunna göras bör de som innehar eller ansöker om licenser styrka för tillståndsmyndigheterna vilka rättigheter som sammanhänger med olika aktieklasser samt vilka de slutliga faktiska ägarna till aktierna är.

<sup>(1)</sup> Förekomsten av warranter eller optioner som vid någon framtida tidpunkt kan förändra balansen mellan aktieinnehaven är inte relevanta för bedömningen av ägandefrågan i nutid. Det kan emellertid finnas vissa komplicerade strukturer där förekomsten av optioner riskerar att påverka huruvida en aktieklass ska räknas som eget kapital. Dessa måste granskas noga. Optioner kan hur som helst medföra omedelbara problem i fråga om kontrollen, om de ger en minoritetsägare möjlighet att ställa krav på företaget.

## 5.2 Ägandet i börsnoterade företag och institutionella investeringar

43. Bedömningen av om ägandekravet är uppfyllt kan vara förknippad med särskilda utmaningar när det gäller företag som är börsnoterade eller ägs av investeringsinstitut, eftersom aktieägandet kan variera från dag till dag och det kan finnas flera ägandenivåer. Företaget bör i alla skeden kunna visa att merparten av aktierna ägs av EU-aktieägare.
44. När aktier innehåses av en förvaltare, en stiftelse, en fond eller andra institutionella investerare kan ägandekravet vara uppfyllt om förvaltaren eller annan registrerad ägare är en medlemsstat eller medborgare i en medlemsstat. Alla faktorer som kan tyda på att en annan person är ägaren från ekonomisk synpunkt, det vill säga den som i slutändan åtnjuter de ovan nämnda rättigheterna, bör emellertid beaktas. Detta beror i synnerhet på avtal eller andra överenskommelser som rör sådana institutionella investerare.

## 6. EFFEKTIV KONTROLL

### 6.1 Allmän riktlinje

45. Enligt artikel 4 f i förordningen ska ett företag beviljas operativ licens av den behöriga tillståndsmyndigheten om "Medlemsstater och/eller medborgare i medlemsstater [...] utövar den faktiska kontrollen" över företaget.
46. Begreppet *effektiv kontroll* definieras i artikel 2.9 i förordningen på följande sätt:

"ett förhållande som bygger på rättigheter, avtal eller annat, som var för sig eller tillsammans och med hänsyn till faktiska och rättsliga förhållanden, ger möjligheter att direkt eller indirekt utöva ett avgörande inflytande på ett företag, särskilt genom

  - a) rätten att använda alla eller delar av ett företags tillgångar,
  - b) rättigheter eller avtal som ger ett avgörande inflytande på sammansättningen av företagets olika organ, omröstningar eller beslut, eller som på annat sätt ger ett avgörande inflytande på företagets verksamhet."
47. Såsom förklaras i Swissair/Sabena-beslutet innebär denna bestämmelse att en bedömning måste göras av huruvida medlemsstaterna och/eller deras medborgare på det hela taget har ett större bestämmande inflytande över ledningen av det berörda företaget än tredjelandsaktieägarna. Grunden för denna analys är de möjligheter som EU-aktieägarna har att påverka företagets strategiska affärsbeslut.
48. Strategiska affärsbeslut rör främst tillsättningen av högre befattningshavare, antagandet av budgetar och/eller affärsplaner samt större investeringar och marknadsspecifika rättigheter.
49. I det sammanhanget måste man först fastställa var sådana beslut fattas och på vilka villkor. Detta innebär att företagets styrning måste analyseras inom ramen för en övergripande granskning av företagets funktionsätt.
50. I nästa steg bör andra faktorer som kan påverka beslutsfattandet om viktiga strategiska frågor beaktas. Dessa inkluderar aktieägarrättigheter, finansiella kopplingar och handelssamarbeten mellan företaget och tredjelandsaktieägare. Mer detaljerad vägledning om dessa bedömningar lämnas nedan. Det är emellertid omöjligt att sammanställa en uttömmande förteckning över faktorer som kan vara relevanta för analysen i ett givet fall. Andra faktorer än de som nämns här kan alltså också vara relevanta beroende på de aktuella omständigheterna.
51. Såsom förklaras i Swissair/Sabena-beslutet måste medlemsstaterna eller deras medborgare utöva hela den effektiva kontrollen. Detta är givetvis inte fallet om medlemsstaterna eller deras medborgare bara har vetorätt och inga rättigheter som innebär att de kan påverka ledningen av företaget i fråga.
52. Det finns ett antal faktorer som kan bidra till att ge EU-aktieägare inflytande, till exempel initiativrätt eller mekanismer som ger tidig eller förmånlig tillgång till information inom företaget.
53. De allmänna principer som beskrivs ovan måste tillämpas med beaktande av alla faktiska och rättsliga förhållanden. Varje enskilt fall måste bedömas för sig.

54. I de fall då en analys av artikel 4 f i förordningen behöver göras tillämpas ofta också rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer <sup>(1)</sup> ("EG:s koncentrationsförordning") enligt villkoren i denna sistnämnda förordning. Eftersom definitionerna av kontroll i de båda förordningarna uppvisar vissa likheter kan det vara lämpligt att göra följande klargöranden.
55. För det första är det viktigt att notera att "gemensam kontroll" i koncentrationsförordningen och "effektiv kontroll" i förordningen inte är ömsesidigt uteslutande begrepp när det gäller EU-aktieägaren, vilket framgår av *Swissair/Sabena*-beslutet.
56. För det andra är inte kontrollkravet i artikel 4 f i förordningen uppfyllt om tredjelandsaktieägaren ensam utövar kontrollen över företaget <sup>(2)</sup>. I detta fall kan företaget definitionsmässigt inte stå under effektiv kontroll av EU-aktieägare i den mening som avses i förordningen.
57. Eftersom de frågor som uppkommer genom koncentrationsförordningen å ena sidan och kravet på ägande och kontroll i förordningen å andra sidan har ett antal likheter, trots skillnaderna mellan de båda systemen, bedömer kommissionen dessa fall parallellt inom ramen för båda systemen. Kommissionens ansvariga tjänstemän har givetvis ett nära samarbete i detta syfte.

## 6.2 Bedömningskriterier

58. Inga riktlinjer kan förutse alla möjliga konstellationer av kontroll över företag, vilka också sammanhänger med skillnaderna mellan de nationella reglerna om företagsstyrning. Bedömningarna måste göras från fall till fall med hänsyn tagen till den rättsliga och faktiska situationen i varje enskilt fall.
59. Mot den bakgrunden innehåller dessa riktlinjer en del allmänna principer för bedömningen. Dessutom behandlas vissa frågor som kan ge upphov till problem och som kräver en mer detaljerad analys utifrån kriteriet om effektiv kontroll <sup>(3)</sup>.

### 6.2.1 Företagsstyrning

60. Det första steget vid bedömningen av effektiv kontroll är att analysera hur företaget styrs. I det här sammanhanget betyder företagsstyrning de processer och förfaranden som företaget använder för att fatta beslut som rör bedrivandet av verksamheten.
61. Vid analysen av företagsstyrningen bör både de rättsliga och faktiska inslagen beaktas.
62. Analysen bör identifiera företagets beslutsfattande organ, deras befogenheter och sammansättning, relevanta regler om nomineringar, val, ersättningar och avskedanden, typen av beslut som fattas, rutinerna för beslutsfattandet inklusive krav för beslutsmässighet och röstningsregler (majoriteter, konsensus) och eventuella rättigheter som tillkommer andra organ (avseende till exempel förslagsställande, nomineringar, konsultation, bindande och inte bindande yttranden, rekommendationer, samtycke).
63. Denna kartläggning bör omfatta alla beslutsfattande organ, i synnerhet bolagsstämman, det verkställande organet (styrelsen och ledningsgruppen), de övervakande organen, nyckelpersoner (ledande befattningshavare som har rätt att fatta beslut som rör bedrivandet av verksamheten) samt interna kommittéer (rådgivande och andra).
64. Analysen bör visa hur medlemsstater och/eller deras medborgare är representerade i de beslutsfattande organen och hur deras rättigheter i detta sammanhang gör det möjligt för dem att påverka de strategiska besluten, med hänsyn tagen till de förfaranden genom vilka de ska fattas. I detta sammanhang bör analysen också avse kraven för beslutsmässighet.
65. När det gäller beslutsfattandet är analysen av eventuella tredjelandsaktieägares vetorättigheter särskilt viktig. Om dessa aktieägare har en omfattande vetorätt i frågor som är viktiga för driften av företaget kan detta påverka EU-aktieägarnas förmåga att utöva en effektiv kontroll över företaget. Således måste en mer ingående sammantagen bedömning göras i varje enskilt fall av EU-aktieägarnas och tredjelandsaktieägarnas respektive rättigheter.

<sup>(1)</sup> EUT L 24, 29.1.2004, s. 1.

<sup>(2)</sup> Denna situation uppstår när endast "en" person förvärvar kontroll över ett företag i den mening som avses i artikel 3.1 b i koncentrationsförordningen.

<sup>(3)</sup> Bestämmelserna i kommissionens konsoliderade tillkännagivande om behörighet (EUT C 95, 16.4.2008, s. 1) är relevanta för bedömningen av gemensam kontroll i enlighet med koncentrationsförordningen.

66. Att en viss aktieägare har vetorätt mot vissa beslut betyder inte nödvändigtvis att denna aktieägare har den effektiva kontrollen. Det bör kontrolleras om denna vetorätt bara gäller vissa beslut av begränsad vikt eller de stora strategiska besluten. Frågan är om en samlad bedömning av olika aktieägares rättigheter resulterar i att medlemsstaterna eller deras medborgare har ett bestämmande inflytande över strategiska affärsbeslut, såsom förklaras i punkt 47 ovan. En sådan samlad bedömning på basis av flera faktorer bör göras från fall till fall.
67. En tredjelsaktieägare kan ha vetorätt utan att detta nödvändigtvis innebär att EU-aktieägaren förlorar den effektiva kontrollen.
68. Ett tänkbart scenario är när tredjelsaktieägares vetorätt är nödvändig och proportionell i förhållande till målet att skydda minoritetsaktieägares intressen. En sådan vetorätt gäller vanligen ändringar av stadgar eller motsvarande grundläggande dokument, ökning eller minskning av kapitalet, utfärdandet av obligationer som kan konverteras till aktier, ändringar av rättigheter förknippade med aktier, börsnotering och teckningserbjudanden till allmänheten, utdelningar, nedläggning eller väsentliga förändringar av verksamhet eller beslut om sammanslagningar, företagsuppdelningar eller likvidation. Den betyder inte i sig att EU-aktieägarna inte utövar effektiv kontroll.
69. När tredjelsaktieägarnas vetorätt rör andra frågor, i synnerhet beslut som sannolikt väsentligt kommer att påverka eller förhindra företagets verksamhet, såsom förvärv av tillgångar, investeringar, utökning eller godkännande av finansiella instrument som garantier eller lån, kontrakt, affärstransaktioner med närstående personer till företaget eller aktieägare, kan man behöva göra en mer djuplodande bedömning.
70. Element som kan ge upphov till en sådan djuplodande bedömning är till exempel, beroende på vilket beslut som ska fattas: utslagsröster, beslut som ska fattas med konsensus, rätt för tredjelsaktieägarna att nominera personer till vissa (viktiga) befattningar, krav på att (viktiga) beslut fattas på förslag eller rekommendationer från dessa aktieägare, bestämmelser om att ingen omröstning ska genomföras om dessa aktieägare så begär, blockomröstningar etc.
71. När det gäller beslut som fattas av företagets bolagsstämma måste ägarstrukturen, närvaron vid bolagsstämmorna och röstmönstren vid dessa möten beaktas. I de fall där ägandet i företaget är mycket spritt och en ensam tredjelsaktieägare är en av de största aktieägarna kan denna aktieägare ha en sådan ställning att dess förslag röstas igenom trots att ägarandelen är långt under 50 %. Därför kan man behöva bedöma i vilken utsträckning medlemsstaternas aktieägare närvarar vid bolagsstämmorna och hur deras röstmönster ser ut för att kunna avgöra om de faktiskt utövar den effektiva kontrollen över företaget.
72. När ett tredjelandsmedborgare innehar en större andel av ett företag än 30 % krävs det som generell regel att den behöriga tillståndsmyndigheten gör en djuplodande bedömning. I de fall där ägandet i företaget är mycket spritt och en ensam tredjelsaktieägare är en av de största aktieägarna kan en bedömning behöva göras också om ägarandelen är lägre.
73. Huruvida personer på nyckelbefattningar i företaget har kopplingar till tredjelsaktieägaren kan också vara relevant i detta sammanhang. Detsamma gäller emellertid inte dessa personers nationalitet. Deras nationalitet är inte i sig vägledande vid bedömningen av om företaget står under effektiv kontroll av medlemsstaterna och/eller deras medborgare, särskilt med tanke på att luftfartssektorn är en global industri. Det enda relevanta är huruvida medlemsstaterna och/eller deras medborgare har kontroll över de processer som utmynnar i att viktiga beslut fattas, till exempel om att anställa eller avskeda nyckelpersoner.

#### 6.2.2 Aktieägarrättigheter

74. I samband med bedömningen av effektiv kontroll måste aktieägarrättigheterna bedömas. Omfattande aktieägarrättigheter som innehas av tredjelsaktieägare kan nämligen leda till en situation där dessa, och inte EU-aktieägarna, utövar effektiv kontroll över företaget, eventuellt på grund av det inflytande de har på EU-aktieägarna. Detta kan till exempel gälla förmågan att erhålla eftergifter på områden som ytligt sett och med beaktande av fastställda regler för företagsstyrningen tycks kontrolleras av EU-aktieägarna.
75. Nedan ges några exempel på aktieägarrättigheter som i allmänhet behöver granskas närmare.



#### 6.2.2.1 Vetorätt mot överlåtelse av aktier

76. En tredjelandssaktieägares vetorätt mot överlåtelser av aktier i företaget som innehas av aktieägare i en medlemsstat bör granskas ingående. Det är vanligt att det efter en tredjelandssaktieägares förvärv följer en period då ingen av parterna får överlåta aktier eller då detta måste godkännas av den andra parten. Så länge denna period inte överstiger vad som är normalt i branschen kan den vanligen betraktas som ett skydd för investeringen och påverkar därmed inte den effektiva kontrollen. Men också i sådana fall kan det finnas särskilda omständigheter som måste undersökas närmare. Om begränsningen endast gäller till förmån för tredjelandssaktieägaren kan detta tyda på en obalans, i den meningen att EU-aktieägarna i betydande utsträckning kan vara beroende av denna medan det motsatta förhållandet inte gäller.

#### 6.2.2.2 Hembuds rätt

77. En hembuds rätt är en rättighet som innebär att en befintlig aktieägare tillfrågas först när andra aktieägare vill sälja sina aktier. Hembuds rätt är vanligt förekommande och om den inte är mer omfattande än vad som krävs för att skydda aktieägarnas investeringar ger den inte upphov till några särskilda problem när det gäller den effektiva kontrollen. Vissa former av hembuds rätt kan emellertid ha liknande effekt som en vetorätt på överföringar av aktier. Detta är sannolikt fallet när tredjelandssaktieägaren har rätt att fastställa försäljningspriset på aktierna i fråga.

#### 6.2.2.3 Tredjelandssaktieägarens rätt att sälja sina aktier

78. Minoritetsaktieägare förhandlar ofta till sig någon form av säljoption för att värdesäkra sina investeringar och motverka att deras inflytande i företaget späds ut. En sådan säljoption ger minoritetsaktieägaren i fråga rätt att sälja tillbaka sina aktier till företaget (lufttrafikföretaget) eller sälja dem till de andra aktieägarna till ett specificerat pris om en viss angiven händelse inträffar. Om detta är fallet måste denna hembuds rätt tas med i den övergripande bedömningen av effektiv kontroll.
79. Om en tredjelandssaktieägare har en sådan säljoption kan detta påverka EU-aktieägarnas effektiva kontroll, eftersom företaget kan destabiliseras ekonomiskt och kommersiellt om denna säljer sin andel. En situation kan uppstå där tredjelandssaktieägaren har ett sådant inflytande över EU-aktieägarna att de senare inte kan utöva effektiv kontroll.
80. Säljoptionens effekter beror på de tillämpliga villkoren, vilka därför bör granskas noggrant. Om säljoptionen är så vittgående att tredjelandssaktieägaren kan utnyttja den i samband med ett stort antal händelser kan denna ha möjlighet att utverka eftergifter från företaget eller de övriga aktieägarna i frågor som tredjelandssaktieägaren normalt inte kan besluta eller utnyttja sin vetorätt om. När säljoptionen begränsar sig till vad som är nödvändigt och proportionerligt för att skydda tredjelandssaktieägaren mot utspädning av aktierna uppstår inga särskilda problem, medan en närmare granskning kan behövas i andra fall.

#### 6.2.2.4 Rätt att köpa ytterligare aktier

81. Sälj- eller konverteringsoptioner ger tredjelandssaktieägaren rätt att antingen köpa fler aktier i företaget eller konvertera skuldebrev eller sekundärt egenkapital till aktier. Nya rösträtter eller andra rättigheter som en sådan aktieägare får genom att utnyttja en sälj- eller konverteringsoption bör granskas med avseende på den potentiella effekten på den effektiva kontrollen över företaget.

#### 6.2.2.5 Investeringsvillkor

82. Om en tredjelandssaktieägare gör sin investering på vissa villkor kan dessas effekter på den effektiva kontrollen behöva granskas i detalj. Så länge villkoren är nödvändiga och proportionerliga för att värdesäkra investeringen uppstår inga särskilda problem, medan en närmare granskning kan behövas i andra fall.
83. Villkor som sammanhänger med lagstadgade godkännanden och andra frågor som kan anses falla inom det offentliga verksamhetsområde påverkar normalt inte den effektiva kontrollen.
84. Villkor som tredjelandssaktieägare ställer beträffande företagens ekonomi, såsom revision av årsbokslutet, solvens, skuldsanering eller samråd om viktiga frågor innan en investering genomförs bör normalt inte påverka den effektiva kontrollen, eftersom de rör företagens ekonomiska situation innan investeringen görs och därmed värdet av investeringen för tredjelandssaktieägaren.

85. Investeringsvillkor som särskilt sammanhänger med företagets affärsplan, tillsättningen av nyckelpersoner eller ingåendet av samarbetsavtal kan helt eller delvis rättsligt eller faktiskt inskränka befogenheterna hos företagets beslutsfattande organ. Villkoren bör beaktas i den samlade bedömningen av effektiv kontroll. Det kan finnas fall där en tredjelandssaktieägare kräver att viktiga strategiska beslut fattas som villkor för en investering, så att det inflytande som EU-aktieägarna har i företagets beslutsfattande organ enligt ingångna avtal förlorar sin praktiska verkan. Denna fråga måste övervägas i det övergripande sammanhanget, i synnerhet mot bakgrund av de medel och förfaranden som EU-aktieägarna kan använda för att utöva inflytande inom företaget.

#### 6.2.3 Finansiella kopplingar mellan företaget och tredjelandssaktieägaren

86. Frågan om tredjelandssaktieägarens finansiella tillskott resulterar i att medlemsstaternas aktieägare förlorar den effektiva kontrollen måste bedömas utifrån vilket finansiellt beroendeförhållande detta tillskott ger upphov till i det konkreta fallet. Ett sådant beroende kan innebära att medlemsstaternas aktieägare de facto helt eller delvis berövas förmågan att påverka företagets verksamhet via dess beslutsfattande organ. Ett typiskt exempel på en sådan situation är när tredjelandssaktieägaren till följd av att företaget är beroende av den finansiering som denna tillhandahåller har möjligheter att erhålla eftergifter på strategiska områden, trots att medlemsstaternas aktieägare lagligt sett skulle kunna förvägra den dessa.
87. För att bedöma graden av finansiellt beroende bör man först fastställa om tredjelandssaktieägaren har bidragit till finansieringen av företaget i proportion till sitt aktieinnehav<sup>(1)</sup>. Om detta är fallet och om det inte finns några särskilda omständigheter kan man anse att tredjelandssaktieägaren inte har skaffat sig större inflytande över företagets verksamhet än vad som följer av de rättigheter det innehar avseende verksamheten genom de förvärvade aktierna och ingångna avtalen.
88. Vid denna bedömning bör tredjelandssaktieägarens tillskott jämföras med andra aktieägares och med externa finansieringskällor. Alla finansieringssätt i vidaste mening bör tas med i beräkningen, såsom kapitaltillskott, lån, garantier, obligationer, efterskänkning av fordringar, borgensåtaganden<sup>(2)</sup> och bidrag. Man bör inte bara beakta tillskott efter det att tredjelandssaktieägaren har förvärvat sin andel, utan också tillskott från befintliga aktieägare och externa källor inför försäljningen av aktier i företaget (den försäljning som resulterade i att tredjelandssaktieägaren inträdde).
89. Om tredjelandssaktieägaren har bidragit mer till finansieringen av företaget än vad som motsvaras av dess aktieinnehav kan detta behöva beaktas i den samlade bedömningen.

#### 6.2.4 Handelssamarbete

90. Ett handelssamarbete kan bestå av ett operativt samarbete mellan två företag (lufttrafikföretag), såsom användning av gemensamma linjebeteckningar, eller ha formen av ett joint venture eller inköp och försäljning av varor och tjänster mellan tredjelandssaktieägaren och företaget.
91. I den mån företaget är beroende av ett sådant samarbete med tredjelandssaktieägaren kommer det sistnämnda att få ett motsvarande inflytande över det. Där sådana samarbeten förekommer måste man därför bedöma om det resulterande beroendet är sådant att EU-aktieägarna kan tvingas stödja strategiska beslut som fattas av tredjelandspartnern.
92. Vissa samarbetsavtal innehåller bestämmelser om särskilda beslutsprocesser som de båda företagen ska tillämpa när de fattar beslut som rör samarbetet. Detta gäller i synnerhet joint venture.
93. Om handelssamarbetet är ett villkor för tredjelandssaktieägarens investering bör detta bedömas mot bakgrund av övervägandena ovan.
94. Om uppsägning av eller brott mot avtalet om handelssamarbete kan utlösa tredjelandssaktieägarens sorti bör en sådan aktieägarrättighet också bedömas på det sätt som beskrivs ovan.

<sup>(1)</sup> Exempel: Ett företag har ett totalt aktiekapital på 100 miljoner euro, där EU-aktieägarnas andel är 60 miljoner euro och tredjelandssaktieägarnas 40 miljoner euro. EU-aktieägarna har gett företaget ett långfristigt lån till marknadsmässiga villkor på 6 miljoner euro, vilket motsvarar 10 % av deras andel av det egna kapitalet. För att bibehålla balansen mellan finansierarna kan tredjelandssaktieägarna således bara tillföra ytterligare finansiering (utöver sin andel av kapitalet/det egna kapitalet) motsvarande högst 10 % (det vill säga 4 miljoner euro).

<sup>(2)</sup> Till exempel när en investerare lämnar en garanti till en bank och banken därför är beredd att bevilja ett lån.

## 7. ÖVERVAKNING OCH MÖJLIGA ÅTGÄRDER

95. De lagstadgade minimikraven på de behöriga tillståndsmyndigheterna när det gäller övervakningen av företagens efterlevnad fastställs i artikel 8.2 i förordningen. Utöver dessa skyldigheter kan myndigheterna anse det lämpligt att kontrollera ägarförhållandena oftare, till exempel varje månad eller kvartal eller till och med med kortare intervall, beroende på andelen tredjelandsaktieägare.
  96. I det sammanhanget måste särskilt börsnoterade företag och företag som ägs av investeringsinstitut säkerställa att den behöriga tillståndsmyndigheten har tillgång till tillräcklig information för att kunna förvissa sig om att företaget uppfyller kravet i artikel 4 f i förordningen. I detta syfte kan det vara lämpligt att företagen så långt som möjligt följer köp och försäljningar av aktierna. Man kan lägga in bestämmelser i bolagsordningen eller stadgarna enligt vilka ledningen har rätt att kontrollera aktieägarnas nationalitet och kräva att större aktieägare gör nationalitetsdeklarationer.
  97. Tredjelandsaktieägare är skyldiga att överlämna all information som den behöriga tillståndsmyndigheten begär i samband med bedömningen av ansökan om en licens i syfte att visa att kraven i artikel 4 f i förordning är uppfyllda (jämför med avsnitt 3 ovan).
  98. Den behöriga tillståndsmyndigheten ska garantera att alla affärshemligheter som den får kännedom om under bedömningen hålls konfidentiella.
  99. I fråga om den ”effektiva kontrollen” ska också följande ytterligare överväganden göras.
  100. Den behöriga tillståndsmyndigheten kan i samband med att den bedriver sin verksamhet komma fram till slutsatsen att vissa av dess upptäckter inte medför att medlemsstater eller deras medborgare förlorar den effektiva kontrollen, men att möjliga framtida händelser som sammanhänger med dessa upptäckter kan få denna effekt. I dessa fall kan den behöriga tillståndsmyndigheten inom ramen för sin regelbundna granskning av företagets efterlevnad av kraven i förordningen särskilt behöva övervaka utvecklingen på dessa områden. Målet är att myndigheten så snart som möjligt ska få kännedom om situationer där EU-aktieägare inte längre utövar effektiv kontroll och kraven i förordningen därmed inte längre uppfylls.
  101. Om den behöriga tillståndsmyndigheten har misstankar av detta slag måste de följas upp. Om de inte kan avfärdas på annat sätt måste myndigheten uppmärksamma det berörda företaget på dem.
  102. Om följden blir att det berörda företaget beslutar att göra vissa förändringar av sina styrelseformer eller på andra relevanta områden kan en anmälan i enlighet med bestämmelserna i koncentrationsförordningen behöva göras.
-