

II

(Mededelingen)

MEDEDELINGEN VAN DE INSTELLINGEN, ORGANEN EN INSTANTIES VAN
DE EUROPESE UNIE

EUROPESE COMMISSIE

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

Interpretatieve richtsnoeren bij Verordening (EG) nr. 1008/2008 van het Europees Parlement en de Raad — Regels inzake eigendom van en zeggenschap over EU-luchtvaartmaatschappijen

(2017/C 191/01)

Inhoudsopgave

	<i>Bladzijde</i>
1. Inleiding	1
2. Procedurele aspecten	3
3. Bewijslast	4
4. Nationaliteit	4
5. Eigendom	4
5.1. Algemene benadering	4
5.2. Eigendomsvraagstukken bij beursgenoteerde ondernemingen en institutionele beleggingen	6
6. Feitelijke zeggenschap	6
6.1. Algemene benadering	6
6.2. Beoordelingscriteria	7
6.2.1. Corporate governance	7
6.2.2. Rechten van aandeelhouders	8
6.2.3. Financiële banden tussen de onderneming en de aandeelhouder van een derde land	10
6.2.4. Commerciële samenwerking	10
7. Toezicht en mogelijke maatregelen	11

1. INLEIDING

- Verordening (EG) nr. 1008/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 2008 inzake gemeenschappelijke regels voor de exploitatie van luchtdiensten in de Gemeenschap ⁽¹⁾ (hierna „de verordening” genoemd) is de basisrechtshandeling voor de organisatie van de interne luchtvaartmarkt ⁽²⁾. Zij regelt de afgifte van vergunningen aan communautaire luchtvaartmaatschappijen, het recht van die luchtvaartmaatschappijen om intracommunautaire luchtdiensten te exploiteren en de prijszetting van intracommunautaire luchtdiensten.
- In de verordening is het begrip „communautaire luchtvaartmaatschappij” (hierna „EU-luchtvaartmaatschappij” genoemd) gedefinieerd als „een luchtvaartmaatschappij met een geldige, door een bevoegde vergunningverlenende autoriteit overeenkomstig hoofdstuk II afgegeven exploitatievergunning” (artikel 2, punt 11, van de verordening). Een EU-luchtvaartmaatschappij mag zonder verdere vergunning of toelating intracommunautaire luchtdiensten voor het vervoer van passagiers, vracht en post exploiteren (artikel 15, lid 1, van de verordening).

⁽¹⁾ PB L 293 van 31.10.2008, blz. 3.

⁽²⁾ De verordening is van toepassing op derde landen voor zover ze is opgenomen in overeenkomsten met de EU. Op dit moment is dat het geval voor de EER-overeenkomst (Noorwegen, IJsland en Liechtenstein) en de luchtvervoerovereenkomst tussen de EU en Zwitserland (PB L 114 van 30.4.2002). De kans bestaat dat er in de toekomst nog andere vergelijkbare overeenkomsten worden gesloten. Voor de interpretatie van artikel 4, onder f), in het kader van deze richtsnoeren worden Zwitserland, Noorwegen, IJsland en Liechtenstein beschouwd als EU-lidstaten en hun ingezetenen als ingezetenen van EU-lidstaten.

3. In de verordening is bepaald onder welke voorwaarden, onder meer inzake nationaliteit, aan een EU-luchtvaartmaatschappij een exploitatievergunning wordt verleend. Artikel 4 van de verordening luidt als volgt: „De bevoegde vergunningverlenende autoriteit van een lidstaat verleent een onderneming slechts een exploitatievergunning indien: [...] f) lidstaten en/of ingezetenen van lidstaten voor meer dan 50 % eigenaar zijn van de onderneming en er daadwerkelijk controle over uitoefenen, hetzij direct, hetzij via een of meer tussenbedrijven, tenzij anders is bepaald in een overeenkomst met een derde land waarbij de Gemeenschap partij is.”
4. De twee vereisten, namelijk de eigendom van meer dan 50 % en daadwerkelijke zeggenschap door lidstaten of hun ingezetenen (hierna „feitelijke zeggenschap” genoemd), gelden zowel afzonderlijk als cumulatief, d.w.z. dat ze allebei te allen tijde moeten zijn vervuld.
5. Derde landen en hun ingezetenen mogen geen meerderheidsaandeel bezitten van of feitelijke zeggenschap uitoefenen over EU-luchtvaartmaatschappijen, tenzij de EU en het betrokken derde land een (doorgaans wederkerige) overeenkomst hebben gesloten over de versoepeling van de eigendoms- en zeggenschapsvereisten. Een luchtvaartmaatschappij die niet langer (voor meer dan 50 %) in handen is van of onder feitelijke zeggenschap staat van een lidstaat en/of ingezetenen van lidstaten, verliest haar recht op een vergunning en kan niet langer aanspraak maken op de voordelen van de geliberaliseerde luchtvaartmarkt van de Unie.
6. De verantwoordelijkheid voor de beoordeling van de vraag of een maatschappij voldoet aan de vereisten inzake eigendom en zeggenschap, berust in de eerste plaats bij de bevoegde vergunningverlenende autoriteit, de autoriteit van een lidstaat die bevoegd is om een exploitatievergunning overeenkomstig hoofdstuk II van de verordening te verlenen, te weigeren, in te trekken of op te schorten (artikel 2, lid 2, van de verordening). Op basis van de informatie die zij heeft verkregen, kan de Commissie echter ook een eigen beoordeling maken en een besluit vaststellen waarbij de bevoegde vergunningverlenende autoriteit wordt verzocht passende corrigerende maatregelen te nemen, dan wel de exploitatievergunning op te schorten of in te trekken (artikel 15, lid 3, van de verordening).
7. In de internationale luchtvaart is het gebruikelijk dat voor de toekenning van exploitatievergunningen op nationaliteitscriteria gebaseerde eigendoms- en zeggenschapsvereisten worden gehanteerd, en ook in rechtssystemen buiten de EU worden dergelijke vereisten gehanteerd. Voorts worden in bilaterale overeenkomsten voor luchtdiensten doorgaans vergelijkbare voorwaarden gekoppeld aan de toekenning van verkeersrechten. Deze vereisten worden tegenwoordig in de eerste plaats gehanteerd om ervoor te zorgen dat de in het kader van dergelijke overeenkomsten uitgewisselde verkeersrechten daadwerkelijk door de deelnemende partijen worden benut en niet, rechtstreeks of via een dochteronderneming, door ondernemingen⁽¹⁾ uit landen die geen partij zijn bij de overeenkomst. Bovendien zorgen deze eisen ervoor dat dergelijke ondernemingen niet de kans krijgen om via een in een land of groep van landen gevestigde dochteronderneming diensten aan te bieden die zich volledig binnen dat land of die groep van landen situeren.
8. Op 7 december 2015 heeft de Commissie haar luchtvaartstrategie voor Europa aangenomen⁽²⁾. Die moet ervoor zorgen dat de Europese luchtvaartsector concurrerend blijft en mee de vruchten kan plukken van de snel veranderende wereldeconomie en luchtvaartmarkt.
9. In de luchtvaartstrategie wordt erop gewezen dat zowel investeerders als luchtvaartmaatschappijen behoefte hebben aan meer duidelijkheid over de toepassing van de bepaling van de verordening inzake eigendom en zeggenschap. Om tegemoet te komen aan de wens die meermaals door de lidstaten en andere belanghebbenden is uitgedrukt, heeft de Commissie interpretatierichtsnoeren opgesteld voor de toepassing van deze bepaling.
10. In verschillende gevallen waarin een investeerder van een derde land (d.w.z. van buiten de EU) een aanzienlijk belang in een EU-luchtvaartmaatschappij had verworven, heeft de Commissie de voorbije jaren een onderzoek geopend om te bepalen of aan de eisen van artikel 4, onder f), van de verordening was voldaan.
11. De Commissie heeft slechts één formeel besluit genomen over de naleving van de bepalingen inzake eigendom en zeggenschap, namelijk na de investering van Swiss Air in Sabena (hierna „de Beschikking Swissair/Sabena”⁽³⁾ genoemd). Dit is gebeurd op grond van Verordening (EEG) nr. 2407/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de verlening van exploitatievergunningen aan luchtvaartmaatschappijen⁽⁴⁾ (hierna „Verordening (EEG) nr. 2407/92” genoemd), de voorloper van Verordening (EG) nr. 1008/2008. De Commissie concludeerde dat Sabena op grond van de overeenkomst tussen de Belgische Staat en Swissair voldeed aan de in Verordening (EEG) nr. 2407/92 vastgestelde eisen inzake eigendom en zeggenschap. De Commissie was van oordeel dat de criteria inzake eigendom en feitelijke zeggenschap moeten worden geïnterpreteerd en toegepast in de algemene context van Verordening (EEG) nr. 2407/92. Elk individueel geval moet in het bijzonder worden beoordeeld in het licht van de doelstelling om de belangen van de EU-luchtvervoersector te vrijwaren. Dit houdt met name in dat het ondernemingen van derde landen niet mag worden toegestaan, op unilaterale basis, ten volle te profiteren van de geliberaliseerde interne markt voor luchtvervoer in de Unie. Met andere woorden, dergelijke bedrijven mogen middels een participatie in een EU-luchtvaartmaatschappij profiteren van de interne markt, maar alleen indien ze de in de verordening vastgestelde grenzen inzake eigendom en zeggenschap in acht nemen.

⁽¹⁾ In deze richtsnoeren gebruikt de Commissie de term „ondernemingen” in de zin van artikel 2, punt 3, van de verordening.

⁽²⁾ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's (COM(2015) 598 final van 7.12.2015).

⁽³⁾ Beschikking 95/404/EG van de Commissie van 19 juli 1995 inzake een procedure op grond van Verordening (EEG) nr. 2407/92 van de Raad (Swissair/Sabena) (PB L 239 van 7.10.1995, blz. 19).

⁽⁴⁾ PB L 240 van 24.8.1992, blz. 1.

12. Voorts heeft de Commissie verklaard dat „bij de evaluatie van de gevolgen van een aanzienlijke investering door een luchtvaartmaatschappij uit een derde land in een luchtvaartmaatschappij van de Gemeenschap, voorts rekening moet worden gehouden met de bredere context waarin die investering geschiedt en met name met de luchtvaartbetrekkingen tussen de Gemeenschap en het betrokken derde land ⁽¹⁾”. In dit geval was er de bredere context van de lopende onderhandelingen tussen de Gemeenschap en Zwitserland met het oog op de opheffing van de bestaande beperkingen op eigendom en zeggenschap op basis van wederkerigheid. In het licht van die bredere context heeft de Commissie geoordeeld dat de overeenkomsten tussen de Belgische staat en Swissair „in wezen een overgangskarakter leken te hebben” ⁽²⁾.
13. Deze richtsnoeren zijn opgesteld op basis van de ervaring die de Commissie de jongste jaren bij haar beoordelingen heeft opgedaan, en zijn bedoeld als leidraad om te beoordelen of een onderneming die een exploitatievergunning bezit of aanvraagt, voldoet aan de criteria van de verordening inzake eigendom en zeggenschap. Daarbij is ook rekening gehouden met de analyse in de beschikking Swissair/Sabena, evenals met de door de bevoegde vergunningverlenende autoriteiten van de lidstaten ontwikkelde beste praktijken. In deze richtsnoeren wordt uitgelegd hoe de Commissie de verordening op dit punt interpreteert en hoe ze volgens haar moet worden toegepast. Het is niet de bedoeling nieuwe wettelijke verplichtingen op te leggen en deze richtsnoeren doen geen afbreuk aan de bevoegdheid van het Hof van Justitie van de EU inzake de bindende uitlegging van het EU-recht.

2. PROCEDURELE ASPECTEN

14. Hoofdstuk II van de verordening heeft betrekking op de exploitatievergunning. Artikel 3, lid 2, van de verordening luidt als volgt: „De bevoegde licentieverlenende autoriteit verleent of handhaaft geen exploitatievergunningen wanneer niet aan de in dit hoofdstuk gestelde eisen is voldaan.” Om een exploitatievergunning te kunnen krijgen of behouden, moet onder meer voldaan zijn aan het vereiste inzake eigendom en feitelijke zeggenschap door lidstaten of hun ingezetenen. De verantwoordelijkheid voor de beoordeling van (de beide aspecten van) dit criterium berust in de eerste plaats bij de bevoegde vergunningverlenende autoriteit die de exploitatievergunning aan de luchtvaartmaatschappij verleent.
15. Op grond van artikel 8, lid 2, van de verordening houdt „de bevoegde vergunningverlenende autoriteit [...] zorgvuldig toezicht op de naleving van de voorschriften van dit hoofdstuk”. In artikel 8, lid 7, van de verordening is bepaald dat de bevoegde vergunningverlenende autoriteit „ten aanzien van de communautaire luchtvaartmaatschappijen waaraan zij een vergunning heeft verleend, beslist [...] of de exploitatievergunning opnieuw ter goedkeuring moet worden voorgelegd bij een wijziging van een of meer elementen die een invloed hebben op de rechtssituatie van een communautaire luchtvaartmaatschappij en meer bepaald in geval van fusie of bedrijfsovername”. Op grond van artikel 8, lid 5, moeten EU-luchtvaartmaatschappijen de bevoegde vergunningverlenende autoriteit vooraf in kennis stellen van die wijzigingen.
16. De mogelijkheid bestaat dat een bevoegde vergunningverlenende autoriteit een vergunningaanvraag ontvangt (of een bestaande vergunning toetst) van een onderneming terwijl een bevoegde vergunningverlenende autoriteit van een andere lidstaat reeds een exploitatievergunning heeft afgegeven aan een andere onderneming die tot hetzelfde concern behoort. In dat geval moet de autoriteit die dit geval behandelt, rekening houden met de door de andere autoriteit uitgevoerde beoordeling, met name wanneer de relevante eigendomsstructuur identiek is. Dit ontslaat haar evenwel niet van haar verplichting om de feiten zelf te beoordelen overeenkomstig hoofdstuk II van de verordening. In geval van twijfels of vragen met betrekking tot de voorafgaande beoordeling, verdient het aanbeveling dat de bevoegde autoriteit contact opneemt met de andere betrokken autoriteit om nadere informatie in te winnen of overleg te plegen.
17. Met betrekking tot de eventuele toetsing door de Commissie zij verwezen naar artikel 15, lid 3, en artikel 26, lid 2, van de verordening.
18. Artikel 15, lid 3, luidt als volgt: „Indien de Commissie op basis van de op grond van artikel 26, lid 2, verkregen informatie tot het oordeel komt dat de exploitatievergunning die aan een communautaire luchtvaartmaatschappij is verleend, niet voldoet aan de eisen van deze verordening, stuurt zij haar bevindingen naar de bevoegde vergunningverlenende autoriteit, die haar opmerkingen binnen de 15 werkdagen aan de Commissie toezendt.
Indien de Commissie na analyse van de eventuele opmerkingen van de bevoegde vergunningverlenende autoriteit van oordeel blijft dat de exploitatievergunning niet aan de eisen voldoet of geen opmerkingen heeft ontvangen van de bevoegde vergunningverlenende autoriteit, besluit zij volgens de procedure van artikel 25, lid 2, om de bevoegde vergunningverlenende autoriteit te verzoeken passende corrigerende maatregelen te nemen, dan wel om de exploitatievergunning te schorsen of in te trekken. Het besluit vermeldt een termijn voor het implementeren van de corrigerende maatregelen of acties door de bevoegde vergunningverlenende autoriteit. Indien de corrigerende maatregelen of acties aan het einde van die termijn niet zijn geïmplementeerd, is het de communautaire luchtvaartmaatschappij niet toegestaan [...] [luchtdiensten binnen de EU te exploiteren].”
19. In artikel 26, lid 2, is het volgende bepaald: „Teneinde haar uit deze verordening voortvloeiende taken uit te voeren, kan de Commissie alle nodige inlichtingen inwinnen bij de lidstaten, die ook het verstrekken van inlichtingen door de luchtvaartmaatschappijen waaraan hun bevoegde vergunningverlenende autoriteiten een vergunning hebben verleend, vergemakkelijken.”

⁽¹⁾ Zie punt XI, blz. 27, van de beschikking Swissair/Sabena.

⁽²⁾ Beschikking Swissair/Sabena, punt XI.

3. BEWIJSLAST

20. Zoals verduidelijkt in artikel 8, lid 1, tweede alinea, moeten ondernemingen die een vergunning aanvragen, kunnen aantonen dat zij voldoen aan artikel 4, onder f), en alle andere eisen van de verordening. Dat blijft het geval nadat de vergunning is afgegeven en wanneer de bevoegde vergunningverlenende autoriteit van oordeel is dat er redenen zijn om te controleren of alle vereisten nog steeds zijn vervuld.
21. De belanghebbende onderneming dient ervoor te zorgen dat de bevoegde vergunningverlenende autoriteit over toereikende bewijsstukken beschikt. Op grond van artikel 10, lid 1, dient „de bevoegde vergunningverlenende autoriteit [...] zo spoedig mogelijk [te besluiten], en uiterlijk drie maanden nadat alle vereiste inlichtingen zijn verstrekt, over een aanvraag, waarbij met alle beschikbare gegevens rekening wordt gehouden”. Dit betekent dat een onderneming, onverminderd de verplichting van de autoriteit om de procedure te goeder trouw te volgen, er alle belang bij heeft de bewijzen waarover zij beschikt zo spoedig mogelijk in te dienen. Indien zij dat niet doet, kan haar vergunningaanvraag worden afgewezen.

4. NATIONALITEIT

22. Alleen natuurlijke personen kunnen de nationaliteit van een lidstaat bezitten. Wanneer een onderneming eigendom is van en/of geheel of gedeeltelijk onder feitelijke zeggenschap staat van een of meer intermediaire entiteiten die geen natuurlijk persoon zijn, is de Commissie van oordeel dat het nationaliteitsvereiste van artikel 4, onder f), moet worden toegepast op de natuurlijke personen die aan het einde van de eigendoms- en zeggenschapsketen eigenaar zijn van die entiteiten of er feitelijke zeggenschap over uitoefenen.
23. Op grond van artikel 4, onder f), van de verordening moeten „[...] ingezetenen van lidstaten voor meer dan 50 % eigenaar zijn van de onderneming en er daadwerkelijk controle over uitoefenen [...]”.
24. Er kunnen bepaalde problemen rijzen wanneer de betrokkenen meer dan één nationaliteit bezitten en de nationaliteit van een lidstaat niet hun oorspronkelijke nationaliteit is. In beginsel bepaalt elke lidstaat de voorwaarden voor de verwerving of het verlies van zijn nationaliteit. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU ⁽¹⁾ dienen de lidstaten bij de uitoefening van hun bevoegdheid inzake nationaliteit echter het recht van de Unie in acht te nemen. Met andere woorden, de voorwaarden en de procedure voor het verkrijgen en verliezen van het burgerschap van de lidstaten vallen onder het nationaal recht van de afzonderlijke lidstaten, mits het recht van de Unie in acht wordt genomen.
25. De lidstaten dienen hun prerogatief om de nationaliteit te verlenen, te gebruiken in een geest van loyale samenwerking met andere lidstaten en de EU (artikel 4, lid 3, VEU). Er moet rekening worden gehouden met de normen en verplichtingen waaraan zij zijn onderworpen op grond van het internationaal recht en met de criteria waarop de lidstaten vanouds hun nationaliteitsrecht stelen. Op grond van die beginselen moet een werkelijke band bestaan tussen de aanvrager en het land of de ingezetenen ervan.

5. EIGENDOM

5.1. Algemene benadering

26. In verband met de eigendom is in artikel 4, onder f), van de verordening bepaald dat de bevoegde vergunningverlenende autoriteit een exploitatievergunning verleent op voorwaarde dat „lidstaten en/of ingezetenen van lidstaten voor meer dan 50 % eigenaar zijn van de onderneming”.
27. De Commissie is van oordeel dat aan deze eis is voldaan wanneer ten minste 50 % plus een aandeel van het kapitaal van de onderneming in handen is van lidstaten en/of ingezetenen van lidstaten.
28. Onder kapitaal verstaat de Commissie in dit verband het eigen vermogen van de onderneming. Om te kunnen beoordelen of aan het eigendoms criterium is voldaan, is het essentieel om te weten welk deel van het kapitaal van de onderneming als eigen vermogen moet worden aangemerkt.
29. In de beschikking *Swissair/Sabena* heeft de Commissie gesteld dat de vraag of een bijzonder type kapitaal als eigen vermogen moet worden beschouwd, geval per geval moet worden beoordeeld in het licht van alle relevante omstandigheden. Indien dit kapitaal aan de houder ervan niet in aanzienlijke mate een van de twee volgende rechten verleent, moet het bij de beoordeling van de eigendomssituatie van een onderneming op grond van artikel 4, onder f), in het algemeen buiten beschouwing worden gelaten:
 - a) het recht om deel te nemen aan de besluitvorming die een invloed heeft op de activiteiten van de onderneming, en
 - b) het recht op een deel in de overblijvende winsten van de onderneming of, bij een eventuele liquidatie, op een deel van haar resterende middelen, nadat alle andere verbintenissen zijn nagekomen (m.a.w. de aandelen weerspiegelen de risico's en beloningen verbonden aan de gewone bedrijfsvoering).

⁽¹⁾ Zaak C-135/08 van 2 maart 2010, Rottmann, punten 39, 45 en 48.

30. Hoewel de bevoegde vergunningverlenende autoriteit complexe structuren steeds aan een grondige analyse dient te onderwerpen, wijst de Commissie erop dat dit in het bijzonder van belang is wanneer:
 - a) er verschillende categorieën van aandelen met verschillende waarden en kenmerken bestaan;
 - b) er warrants of opties bestaan die tot gevolg kunnen hebben dat een aandelencategorie haar status van „eigen vermogen” ⁽¹⁾ verliest;
 - c) institutionele beleggers waarbij overeenkomstig punt 44 niet onmiddellijk kan worden bepaald wie de uiteindelijke begunstigde eigenaar is.
31. Zoals blijkt uit punt 22, is de Commissie van oordeel dat de eigendom van een onderneming waarvan de aandelen in handen zijn van een andere entiteit (dan een natuurlijke persoon, hierna de „intermediaire entiteit” genoemd), moet worden beoordeeld op basis van de nationaliteit van de personen (of van de staten) die de aandelen van die andere entiteit bezitten.
32. In dit verband zijn de overwegingen in de punten 22 tot en met 24 hierboven op dezelfde manier van toepassing op aandelen die in handen zijn van een intermediaire entiteit.
33. Er kunnen bijzondere problemen ontstaan wanneer zowel het belang van de EU-aandeelhouders in de intermediaire entiteit als het belang van die entiteit in de luchtvaartmaatschappij minder dan 100 % van de respectieve aandelen vertegenwoordigt.
34. We illustreren dit aan de hand van een voorbeeld: de EU-aandeelhouders bezitten 55 % van onderneming A (de rest is in handen van derde landen of ingezetenen van derde landen (hierna „aandeelhouders van derde landen” genoemd). Onderneming A bezit op haar beurt 60 % van luchtvaartmaatschappij B, terwijl de resterende 40 % van maatschappij B in handen is van aandeelhouders van derde landen.
35. Zijn de EU-aandeelhouders in dit geval „voor meer dan 50 % eigenaar van de onderneming”?
36. Zoals toegelicht in punt 28 hierboven, komt „eigendom” neer op het recht om deel te nemen aan de besluitvorming die een invloed heeft op de activiteiten van de onderneming, alsmede geldelijke rechten, namelijk het recht op een aandeel in de overblijvende winsten of, bij een eventuele liquidatie, op een deel van de resterende middelen van de onderneming nadat zij al haar andere verbintenissen is nagekomen.
37. Wat betreft het recht om deel te nemen aan de besluitvorming die van invloed is op de activiteiten van de onderneming, is de hierboven geschetste situatie, dankzij het meerderheidsbelang van onderneming A, normaal gezien in overeenstemming met artikel 4, onder f), van de verordening, in de veronderstelling dat aan alle aandelen dezelfde stemrechten zijn verbonden en dat er geen specifieke regelingen gelden die beletten dat de EU-aandeelhouders zeggenschap uitoefenen over de stemmen van onderneming A in onderneming B.
38. Zelfs wanneer het betrokken belang in de maatschappij niet via een intermediaire entiteit maar rechtstreeks in handen van EU-aandeelhouders is, moet er rekening mee worden gehouden dat op de geldelijke rechten soms specifieke interne regelingen van toepassing zijn. Aandeelhouders van derde landen kunnen bijvoorbeeld voorrechten genieten ten opzichte van EU-aandeelhouders. Zoals uiteengezet in de beschikking *Swissair/Sabena*, zijn dergelijke situaties niet per definitie in strijd met artikel 4, onder f), van de verordening, op voorwaarde dat de (geldelijke) rechten in kwestie „in aanzienlijke mate” bij de EU-aandeelhouder berusten.
39. Hetzelfde beginsel moet worden gehanteerd wanneer de geldelijke rechten worden beïnvloed door het feit dat de EU-aandeelhouders in de luchtvaartmaatschappij participeren via een intermediaire entiteit en die participatie in elk stadium minder dan 100 % van het aandelenkapitaal vertegenwoordigt.
40. In het bovenstaande voorbeeld hebben de EU-aandeelhouders recht op hun proportioneel aandeel van de winst die wordt uitgekeerd door maatschappij B, en de opbrengsten van de resterende activa in geval van liquidatie van B (voor zover alle aandelen in onderneming A en maatschappij B tot dezelfde categorie behoren), en kunnen de geldelijke rechten nog steeds toereikend worden geacht voor de toepassing van artikel 4, onder f), van de verordening.
41. Dergelijke situaties moeten echter afzonderlijk worden beoordeeld, rekening houdend met alle omstandigheden, en met name met alle regelingen die van toepassing zijn op de desbetreffende rechten en verplichtingen.
42. Met het oog op de uitvoering van de bovenstaande beoordeling moeten houders of aanvragers van een vergunning de vergunningverlenende autoriteit bewijs leveren van de aan de verschillende aandelencategorieën verbonden rechten en aantonen wie de uiteindelijke begunstigde eigenaar van de aandelen is.

⁽¹⁾ Opties of warrants die in de toekomst tot een verschuiving van de aandeelhoudersstructuur zouden kunnen leiden, worden buiten beschouwing gelaten bij de beoordeling van de bestaande eigendomssituatie. In complexe structuren kan er echter sprake zijn van opties die ervoor kunnen zorgen dat een aandelencategorie haar status als „eigen vermogen” verliest. In die gevallen is een grondig onderzoek vereist. Opties kunnen wel onmiddellijk aanleiding geven tot een zeggenschapsprobleem indien zij een minderheidsaandeelhouder in staat stellen zijn wil aan de onderneming op te leggen.

5.2. Eigendomsvraagstukken bij beursgenoteerde ondernemingen en institutionele beleggingen

43. Aangezien het aandeelhouderschap van dag tot dag kan wijzigen en er verschillende eigendomsfasen bestaan, is het bij beursgenoteerde ondernemingen of ondernemingen die in handen zijn van beleggingsinstellingen, soms bijzonder moeilijk om het eigendoms criterium te beoordelen. Een onderneming moet te allen tijde kunnen aantonen dat de meerderheid van haar aandelen in handen is van EU-aandeelhouders.
44. Wanneer de aandelen in handen zijn van een gevolmachtigde, trust, fonds of een andere institutionele belegger, is aan het eigendoms criterium voldaan wanneer de gevolmachtigde, trustee of andere geregistreerde eigenaar een lidstaat of een ingezetene van een lidstaat is. Er moet evenwel rekening worden gehouden met alle elementen die erop kunnen wijzen dat een andere persoon vanuit economisch oogpunt eigenaar is, d.w.z. de uiteindelijke begunstigde van de hierboven genoemde rechten. Dit zal met name afhangen van de overeenkomsten of andere regelingen die dergelijke institutionele beleggers in acht moeten nemen.

6. FEITELIJKE ZEGGENSCHAP

6.1. Algemene benadering

45. In artikel 4, onder f), van de verordening is bepaald dat de bevoegde vergunningverlenende autoriteit van een lidstaat een onderneming een exploitatievergunning verleent indien „lidstaten en/of ingezetenen van lidstaten er daadwerkelijk controle over uitoefenen”.
46. Het begrip „daadwerkelijke (of feitelijke) zeggenschap” is in artikel 2, lid 9, van de verordening als volgt gedefinieerd:

„een relatie gebaseerd op rechten, overeenkomsten of andere middelen die, afzonderlijk of tezamen en gelet op de desbetreffende feitelijke of juridische omstandigheden, de mogelijkheid bieden om rechtstreeks of onrechtstreeks een beslissende invloed uit te oefenen op een onderneming, meer bepaald via:

 - a) het recht om alle of een gedeelte van de activa van een onderneming te gebruiken;
 - b) rechten of overeenkomsten waardoor een beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de samenstelling, het stembedrag of de besluiten van de organen van een onderneming, of waardoor anderszins een beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de bedrijfsvoering van de onderneming”.
47. Zoals uitgelegd in de beschikking *Swissair/Sabena*, vergt deze bepaling een beoordeling van de positie van de lidstaten en/of hun ingezetenen om na te gaan of zij per saldo een beslissende invloed hebben op het bestuur van de onderneming en of hun zeggenschap verder reikt dan de invloed van aandeelhouders van derde landen. Bij die analyse wordt gekeken naar de mogelijkheden waarover de EU-aandeelhouders beschikken om de strategische bedrijfsbeslissingen van de onderneming te beïnvloeden.
48. Tot de strategische bedrijfsbeslissingen behoren met name de aanstelling van de directie, de goedkeuring van de begroting en/of het ondernemingsplan en beslissingen over grote investeringen of marktspecifieke rechten.
49. In dit verband moet men eerst nagaan waar dergelijke beslissingen worden genomen en onder welke voorwaarden. Dit vergt een analyse van de corporate governance van de onderneming, als onderdeel van een algemeen beeld van het functioneren van de onderneming.
50. In een tweede fase moet worden nagegaan welke andere elementen de besluitvorming over belangrijke strategische beslissingen kunnen beïnvloeden. Het gaat onder meer om de rechten van de aandeelhouders, financiële banden en commerciële samenwerking tussen de onderneming en aandeelhouders van derde landen. Hieronder worden nadere richtsnoeren gegeven betreffende die beoordelingscriteria. Het is evenwel onmogelijk om een exhaustieve lijst op te stellen van alle elementen die in een specifiek geval relevant kunnen zijn. Afhankelijk van de omstandigheden in een specifiek geval kunnen ook andere dan de hier genoemde elementen relevant zijn.
51. Zoals uitgelegd in de beschikking *Swissair/Sabena* moet de feitelijke zeggenschap exclusief worden uitgeoefend door lidstaten of hun ingezetenen. Dit is duidelijk niet het geval indien de lidstaten of hun ingezetenen slechts een vetorecht bezitten in plaats van rechten waarmee ze het bestuur van de betrokken onderneming positief kunnen beïnvloeden.
52. Een aantal factoren kunnen de invloed van de EU-aandeelhouders versterken, zoals initiatiefrecht of een mechanisme voor een vervroegde of bevoorrechte toegang tot informatie binnen de onderneming.
53. Bij de toepassing van de hierboven uiteengezette algemene beginselen moet rekening worden gehouden met alle feitelijke of juridische omstandigheden. Elk individueel geval moet op zijn eigen merites worden beoordeeld.

54. Wanneer een analyse op grond van artikel 4, onder f), vereist is, moet de zaak doorgaans ook worden getoetst aan Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen ⁽¹⁾ (hierna „de concentratieverordening” genoemd). Aangezien de definities van het begrip „zeggenschap” in de beide verordeningen bepaalde gelijkenissen vertonen, is het raadzaam hierna een en ander te verduidelijken.
55. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat, zoals blijkt uit de beschikking *Swissair/Sabena*, „gezamenlijke zeggenschap” van EU-aandeelhouders in het kader van de concentratieverordening en „feitelijke zeggenschap” in de zin van de verordening elkaar niet uitsluiten.
56. Ten tweede is aan de voorwaarde inzake zeggenschap van artikel 4, onder f), niet voldaan wanneer een aandeelhouder van een derde land uitsluitende zeggenschap over de onderneming uitoefent ⁽²⁾. In dat geval kunnen EU-aandeelhouders per definitie geen feitelijke zeggenschap in de zin van de verordening uitoefenen over de onderneming.
57. Aangezien er, hoewel beide regelingen verschillen, sprake is van een aantal parallellen tussen de elementen waarin de concentratieverordening voorziet, enerzijds, en de eigendoms- en zeggenschapsvereisten van de verordening, anderzijds, toetst de Commissie elk geval tegelijk aan beide regelingen. De bevoegde diensten van de Commissie werken daarbij uiteraard nauw samen.

6.2. Beoordelingscriteria

58. Mede gelet op de verschillen tussen de nationale regels inzake corporate governance is het niet mogelijk richtsnoeren op te stellen die anticiperen op alle mogelijke constellaties van zeggenschap over een onderneming. Elk geval moet individueel worden beoordeeld op basis van zijn specifieke juridische en feitelijke omstandigheden.
59. Tegen deze achtergrond worden in deze richtsnoeren een aantal algemene beginselen voor de beoordeling geschetst en wordt gewezen op een aantal mogelijke problemen, die een nauwkeuriger toetsing aan het criterium inzake feitelijke zeggenschap ⁽³⁾ vergen.

6.2.1. Corporate governance

60. De eerste stap voor de beoordeling van de feitelijke zeggenschap is een analyse van de corporate governance van de onderneming. Corporate governance betekent in deze context de besluitvormingsprocessen en -procedures die de onderneming volgt voor beslissingen die relevant zijn voor haar bedrijfsvoering.
61. Bij de analyse van corporate governance moet rekening worden gehouden met zowel de beschikbare juridische als feitelijke gegevens.
62. De analyse moet inzicht verschaffen in de besluitvormingsorganen van de onderneming, hun bevoegdheden en samenstelling, de regels inzake aanstelling, verkiezing, bezoldiging en ontslag, de aard van de besluiten die deze organen nemen, en de procedures die ze daarbij volgen, m.i.v. de regels inzake quorum en stemmen (meerderheid, consensus) en alle voorrechten verleend aan andere organen (bv. initiatiefrecht, voordrachten, raadpleging, bindende of niet-bindende adviezen, aanbevelingen, goedkeuring).
63. Die analyse moet alle besluitvormingsorganen bestrijken en met name de aandeelhoudersvergadering, het uitvoerend orgaan (b.v. directiecomité, raad van bestuur), de controleorganen (zoals de raad van toezicht), personeelsleden met een belangrijke functie (leidinggevend personeel dat bevoegd is om besluiten te nemen die een impact hebben op de bedrijfsvoering) en interne comités (al dan niet raadgevend).
64. Er moet worden beoordeeld hoe de lidstaten en/of hun ingezetenen in de besluitvormingsorganen zijn vertegenwoordigd en in hoeverre zij dankzij hun rechten de strategische beslissingen van de onderneming kunnen beïnvloeden, rekening houdend met de daarvoor geldende besluitvormingsprocedures. In dit verband moet bij de analyse ook aandacht worden geschonken aan het voor beslissingen vereiste quorum.
65. Wat betreft de besluitvorming, is het belangrijk de eventuele vetorechten van aandeelhouders van derde landen te onderzoeken. Uitgebreide vetorechten voor dergelijke aandeelhouders over kwesties die van belang zijn voor de bedrijfsvoering, kunnen gevolgen hebben voor de feitelijke zeggenschap van de EU-aandeelhouders over de onderneming. Geval per geval moet er een omvattende beoordeling van de respectieve rechten van de aandeelhouders uit de EU en derde landen plaatsvinden.

⁽¹⁾ PB L 24 van 29.1.2004, blz. 1.

⁽²⁾ Een dergelijke situatie ontstaat wanneer slechts „één” persoon zeggenschap over de onderneming verwerft in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening.

⁽³⁾ Voor de beoordeling van de gezamenlijke zeggenschap op grond van de concentratieverordening is ook de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties (PB C 95 van 16.4.2008, blz. 1) relevant.

66. Het feit dat een bepaalde aandeelhouder over de mogelijkheid beschikt om zijn veto te stellen tegen bepaalde besluiten, betekent niet noodzakelijk dat hij ook feitelijke zeggenschap heeft. Er moet worden nagegaan of zijn vetorecht alleen betrekking heeft op minder belangrijke beslissingen of ook geldt voor de belangrijkste strategische beslissingen. Zoals uitgelegd in punt 47, is het bij een algemene beoordeling van de verschillende rechten van aandeelhouders de vraag of de lidstaten of hun ingezetenen al dan niet een beslissende invloed uitoefenen op strategische bedrijfsbeslissingen. Een dergelijke algemene beoordeling moet geval per geval gebeuren op basis van verschillende factoren.
67. Een aandeelhouder van een derde land kan vetorechten bezitten zonder dat dit er noodzakelijkerwijze toe leidt dat de EU-aandeelhouder geen feitelijke zeggenschap heeft.
68. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de vetorechten van aandeelhouders van derde landen noodzakelijk en evenredig zijn om de waarde van hun minderheidsbelang te beschermen. Doorgaans hebben dergelijke vetorechten betrekking op wijzigingen van de statuten of een vergelijkbaar oprichtingsdocument, een kapitaalverhoging of -vermindering, de uitgifte van converteerbare obligaties, een wijziging van de aan aandelen verbonden rechten, een beursgang of openbare aanbieding van aandelen, de uitkering van dividenden, de stopzetting of een belangrijke wijziging van de bedrijfsactiviteiten, een fusie, splitsing of liquidatie. Dit betekent niet per definitie dat de EU-aandeelhouders geen feitelijke zeggenschap behouden.
69. Een grondigere analyse kan noodzakelijk zijn wanneer de vetorechten van de aandeelhouders van derde landen betrekking hebben op andere aangelegenheden, met name op besluiten die de activiteiten van de onderneming aanzienlijk kunnen beïnvloeden of blokkeren, zoals acquisities, investeringen, een verlenging of aanvaarding van financiële instrumenten zoals garanties of leningen, contracten of zakelijke transacties met personen die gelieerd zijn met de onderneming of een van haar aandeelhouders.
70. Naargelang van het voorwerp van de te nemen besluiten kunnen bijvoorbeeld de volgende elementen aanleiding geven tot een dergelijke grondige analyse: het uitbrengen van stemmen, besluiten bij consensus, het recht van aandeelhouders van derde landen om personen aan te stellen voor bepaalde (belangrijke) functies, het vereiste dat (belangrijke) beslissingen niet kunnen worden genomen zonder voorafgaande voorstellen of aanbevelingen van deze aandeelhouders, bepalingen op grond waarvan zij kunnen eisen dat er niet of „en bloc” wordt gestemd enz.
71. Wat de besluiten van de aandeelhoudersvergadering betreft, kan het noodzakelijk zijn rekening te houden met de aandeelhoudersstructuur en met de opkomst bij en het stemgedrag tijdens de aandeelhoudersvergadering. Wanneer de eigendom van de onderneming over een groot aantal aandeelhouders is verdeeld en een van de grootste aandeelhouders een aandeelhouder van een derde land is, kan die aandeelhouder, zelfs met een belang van veel minder dan 50 %, zijn voorstellen ter stemming brengen. Om na te gaan of zij in de praktijk feitelijke zeggenschap over de onderneming uitoefenen, kan het daarom noodzakelijk zijn de opkomst van de aandeelhouders van de lidstaten en hun stemgedrag tijdens de aandeelhoudersvergaderingen te analyseren.
72. Als algemene regel is een grondige analyse door de bevoegde vergunningverlenende autoriteit noodzakelijk zodra een derde land of een ingezetene van een derde land een belang van meer dan 30 % in een onderneming bezit. Wanneer de eigendom van de onderneming over talrijke aandeelhouders is verspreid en een van de grootste aandeelhouders een aandeelhouder van een derde land is, kan dat ook bij een kleiner belang noodzakelijk zijn.
73. In deze context kan het ook relevant zijn om te weten of er banden zijn tussen personen met belangrijke functies binnen de onderneming en de aandeelhouder van een derde land. Dat geldt echter niet voor de nationaliteit van die personen. Met name in een mondiale sector als de luchtvaart heeft die geen enkele indicatieve waarde om te bepalen of een onderneming onder feitelijke zeggenschap van lidstaten en/of hun ingezetenen staat. Het kan alleen nuttig zijn om te weten of de lidstaten en/of hun ingezetenen zeggenschap uitoefenen over de processen die aan belangrijke besluiten voorafgaan, waaronder de aanstelling of het ontslag van belangrijke personeelsleden.

6.2.2. Rechten van aandeelhouders

74. In het kader van de beoordeling van de feitelijke zeggenschap moeten ook de rechten van de aandeelhouders worden onderzocht. Door uitgebreide rechten van aandeelhouders van derde landen kan de facto immers een situatie ontstaan waarin zij feitelijke zeggenschap over de onderneming uitoefenen in plaats van de EU-aandeelhouder(s), bijvoorbeeld door de invloed die zij op die laatste uitoefenen. Het kan bijvoorbeeld gaan om concessies te verkrijgen over aangelegenheden die, op het eerste gezicht en gelet op de overeengekomen corporate governance, onder zeggenschap van de EU-aandeelhouder(s) staan.
75. Hierna worden enkele voorbeelden gegeven van rechten van aandeelhouders die over het algemeen nader onderzoek verdienen.

6.2.2.1. Vetorecht tegen een aandelenoverdracht

76. Een recht van een aandeelhouder van een derde land om een veto uit te spreken tegen de overdracht van aandelen door een aandeelhouder van een lidstaat, moet nader worden onderzocht. Het is gebruikelijk dat, na de investering door een aandeelhouder van een derde land, een overdracht van aandelen door een van beide partijen gedurende een bepaalde periode niet is toegestaan of slechts wordt toegestaan na instemming van de andere partij. Zolang die termijn niet langer is dan de gebruikelijke termijn in de sector, kan een dergelijke clausule worden beschouwd als een waarborg voor de stabiliteit van de investering die geen afbreuk doet aan de feitelijke zeggenschap over de onderneming. Zelfs in dergelijke gevallen kunnen specifieke omstandigheden echter aanleiding geven tot nader onderzoek. Met name wanneer die beperking alleen ten gunste van de aandeelhouder van een derde land geldt, kan dit wijzen op een onevenwichtigheid. De EU-aandeelhouders worden dan immers in belangrijke mate afhankelijk van hem, terwijl het omgekeerde niet het geval kan zijn.

6.2.2.2. Voorkeursrechten

77. Een voorkeursrecht biedt een bestaande aandeelhouder een recht van voorkoop wanneer een andere aandeelhouder zijn aandelen wenst te verkopen. Voorkeursrechten zijn gangbare zakelijke praktijken en vormen, voor zover zij niet verder gaan dan wat nodig is om de investering van de aandeelhouders te beschermen, geen specifiek probleem voor de feitelijke zeggenschap. Sommige vormen van voorkeursrechten kunnen echter een effect hebben dat vergelijkbaar is met een vetorecht tegen een aandelenoverdracht. Dat zal meestal het geval zijn wanneer de aandeelhouder van een derde land het recht heeft om de verkoopprijs van de betrokken aandelen te bepalen.

6.2.2.3. Het recht van de aandeelhouder van een derde land om zijn aandelen te verkopen

78. Om de waarde van hun investering te beschermen en hun invloed in de onderneming te beschermen tegen verwatering, bedingen minderheidsaandeelhouders bij onderhandelingen vaak een soort putoptie. Een dergelijke putoptie verleent de betrokken minderheidsaandeelhouder het recht zijn aandelen terug te verkopen aan de onderneming (de luchtvaartmaatschappij), dan wel deze tegen een vaste prijs aan de andere aandeelhouders te verkopen wanneer er zich een specifieke gebeurtenis voordoet. In dat geval moet met die voorkeursrechten rekening worden gehouden bij de algemene beoordeling van de feitelijke zeggenschap.
79. Een putoptie die aan een aandeelhouder van een derde land wordt toegekend, kan van invloed zijn op de feitelijke zeggenschap van de EU-aandeelhouder(s), aangezien het vertrek van de aandeelhouders van een derde land de onderneming financieel en commercieel kan destabiliseren. Hierdoor kan een situatie ontstaan waarin de aandeelhouder van een derde land een zodanige invloed op de EU-aandeelhouder(s) heeft dat die laatste hun feitelijke zeggenschap verliezen.
80. Het effect van de putoptie is afhankelijk van de toepasselijke voorwaarden die bijgevolg zorgvuldig moeten worden bestudeerd. Een verregaande putoptie die een aandeelhouder van een derde land bij een groot aantal gebeurtenissen kan invoeren, kan die aandeelhouder in staat stellen van de onderneming of de overige aandeelhouders concessies af te dwingen over aangelegenheden waarover hij normaal gezien niet kan beslissen of waartegen hij gewoonlijk geen veto kan uitspreken. Er is geen probleem zolang de putoptie beperkt blijft tot hetgeen noodzakelijk en evenredig is om de aandeelhouder van een derde land te beschermen tegen de verwatering van zijn aandelen. Zo niet, moet een grondig onderzoek worden verricht.

6.2.2.4. Recht om extra aandelen te kopen

81. Call- of conversieopties bieden aandeelhouders van derde landen de mogelijkheid extra aandelen in de onderneming te kopen of schulden of quasi-eigen vermogen om te zetten in aandelen. Er moet worden nagegaan of de eventuele extra stemrechten of andere rechten die een dergelijke aandeelhouder door de uitoefening van een call- of conversieoptie zou verwerven, een impact zouden hebben op de feitelijke zeggenschap over de onderneming.

6.2.2.5. Investeringsvoorwaarden

82. Indien een aandeelhouder van een derde land voorwaarden verbindt aan zijn investering, kan het nodig zijn nauwkeurig te onderzoeken welke impact die voorwaarden hebben op de feitelijke zeggenschap. Er is geen probleem zolang die voorwaarden noodzakelijk en evenredig zijn voor de bescherming van de waarde van de investering. Zo niet, kan een grondige analyse noodzakelijk zijn.
83. De voorwaarden die verband houden met de goedkeuring door de vergunningverlenende autoriteiten of met andere aspecten die als een onderdeel van de overheidstaken worden beschouwd, hebben normaal gezien geen impact op de feitelijke zeggenschap.
84. De door de aandeelhouder van een derde land voor de afronding van de investering gestelde voorwaarden in verband met de financiële aangelegenheden van de onderneming, zoals controle van de jaarrekening, solvabiliteit, schuldhierstructurering of overleg over belangrijke aangelegenheden, hebben normaal gezien geen impact op de feitelijke zeggenschap aangezien ze betrekking hebben op de financiële toestand van de onderneming vóór de investering en dus op de waarde van de investering voor de aandeelhouder van een derde land.

85. Investeringsvoorwaarden die met name betrekking hebben op het ondernemingsplan, op de aanstelling van belangrijke personeelsleden of op de sluiting van een samenwerkingsovereenkomst, kunnen de bevoegdheden van de besluitvormingsorganen van de onderneming, de jure of de facto, volledig of gedeeltelijk uithollen. Bij de algemene beoordeling van de feitelijke zeggenschap moet rekening worden gehouden met de opgelegde voorwaarden. Er kunnen zich gevallen voordoen waarbij de aandeelhouder van een derde land als voorwaarde om te investeren belangrijke strategische beslissingen oplegt waardoor de bestaande invloed van de EU-aandeelhouders in de besluitvormingsorganen van de onderneming op grond van de gesloten overeenkomsten in de praktijk geneutraliseerd wordt. Dit aspect moet worden bekeken als een onderdeel van de algemene context en met name in het licht van de exacte middelen en procedures waarover de EU-aandeelhouder beschikt om zijn invloed binnen de onderneming uit te oefenen.

6.2.3. Financiële banden tussen de onderneming en de aandeelhouder van een derde land

86. De vraag of de financiële inbreng van de aandeelhouder van het derde land tot gevolg heeft dat de aandeelhouders van lidstaten de feitelijke zeggenschap verliezen, moet worden beoordeeld in het licht van de financiële afhankelijkheid die de inbreng in het concrete geval teweegbrengt. Een dergelijke afhankelijkheid kan betekenen dat de aandeelhouder van de lidstaten, de facto, volledig of gedeeltelijk de mogelijkheid wordt ontzegd om via de besluitvormingsorganen van de onderneming invloed uit te oefenen op haar activiteiten. Een typisch voorbeeld van een dergelijke situatie ontstaat wanneer een aandeelhouder van een derde land, vanwege de afhankelijkheid van de onderneming van de door die aandeelhouder verstrekte of gehandhaafde financiering, concessies op strategische gebieden kan afdwingen, hoewel de aandeelhouder(s) van de lidstaten over de juridische middelen beschikken om dergelijke concessies te weigeren.
87. Om de financiële afhankelijkheid te beoordelen, moet eerst worden bepaald of de financiële inbreng van de aandeelhouder van een derde land in de onderneming in verhouding staat tot zijn belang⁽¹⁾. In dat geval, en tenzij er sprake is van speciale omstandigheden, kan worden geoordeeld dat de invloed die de aandeelhouder van het derde land op de activiteiten van de onderneming heeft verworven, niet verder reikt dan de invloed die inherent is aan de rechten die hij ten aanzien van de activiteiten van de onderneming bezit ten gevolge van de verworven aandelen en de gesloten overeenkomsten.
88. Bij die beoordeling moet de inbreng van de aandeelhouder van het derde land worden vergeleken met de inbreng van andere aandeelhouders en externe financieringsbronnen. Er moet rekening worden gehouden met alle financieringsvormen, in de ruimste zin van het woord: kapitaalverhogingen, leningen, garanties, obligaties, kwijtschelding van schulden, borgsommen⁽²⁾ en subsidies. Er moet niet alleen rekening worden gehouden met de inbreng na de investering door de aandeelhouder van een derde land, maar ook met de inbreng van bestaande aandeelhouders en externe bronnen bij de voorbereiding voor de verkoop van de aandelen in de onderneming (de verkoop die tot de intrede van de aandeelhouder van het derde land heeft geleid).
89. Indien de financiële inbreng van een aandeelhouder van een derde land in een onderneming in verhouding groter is dan het belang van die aandeelhouder, moet daar bij de algemene beoordeling rekening mee worden gehouden.

6.2.4. Commerciële samenwerking

90. Commerciële samenwerking kan de vorm aannemen van een operationele samenwerking tussen twee ondernemingen (luchtvaartmaatschappijen), zoals code-sharing of een joint venture, of gebeuren in de vorm van de aan- en verkoop van goederen en diensten tussen de aandeelhouder van het derde land en de onderneming.
91. Hoe sterker de onderneming afhankelijk is van die samenwerking met de aandeelhouder van het derde land, hoe meer invloed die laatste zal hebben op de onderneming. Wanneer er een dergelijke samenwerking bestaat, moet bijgevolg worden beoordeeld of de daaruit voortvloeiende afhankelijkheid zodanig groot is dat de EU-aandeelhouder ertoe kan worden gedwongen in te stemmen met strategische beslissingen van de aandeelhouder van een derde land.
92. Soms worden in samenwerkingsovereenkomsten specifieke besluitvormingsprocedures vastgesteld waarmee de beide ondernemingen besluiten nemen in verband met hun samenwerking, met name in het geval van joint ventures.
93. Ingeval de commerciële samenwerking een voorwaarde vormt voor de investering door de aandeelhouder van een derde land, moet die conditionaliteit worden beoordeeld in het licht van de overwegingen hierboven.
94. Indien de beëindiging of het verbreken van de commerciële samenwerkingsovereenkomst een aandeelhouder van een derde land het recht geeft zich uit de onderneming terug te trekken, moet dat recht eveneens op de hierboven beschreven manier worden beoordeeld.

⁽¹⁾ Als voorbeeld nemen we een onderneming met een totaal aandelenkapitaal van 100 miljoen EUR, waarin de EU-aandeelhouders een belang van 60 miljoen EUR bezitten en aandeelhouders van derde landen een belang van 40 miljoen EUR. De EU-aandeelhouders hebben de onderneming tegen marktvoorwaarden een langlopende lening van 6 miljoen EUR verstrekt, hetgeen overeenkomt met 10 % van hun deelneming in het vermogen. Om het financiële evenwicht te bewaren, mag de door de aandeelhouders van derde landen ingebrachte aanvullende financiering (boven op hun deelneming in het kapitaal/vermogen) niet meer dan 10 % van hun belang in het vermogen bedragen, namelijk 4 miljoen EUR.

⁽²⁾ Bv. een investeerder die een garantie verstrekt aan een bank, waardoor die bank bereid is een lening te verstrekken.

7. TOEZICHT EN MOGELIJKE MAATREGELEN

95. Met betrekking tot het toezicht op de naleving van de verordening door de ondernemingen, is in artikel 8, lid 2, van de verordening vastgesteld welke minimale wettelijke taken de vergunningverlenende autoriteiten moeten vervullen. Boven op deze taken staat het de autoriteiten vrij de deelnemingen vaker aan een controle te onderwerpen, bijvoorbeeld elke maand, elk kwartaal of nog vaker, naargelang van het proportioneel belang van de aandeelhouders van derde landen.
 96. In dit verband dienen met name beursgenoteerde ondernemingen of ondernemingen die eigendom zijn van beleggingsinstellingen, ervoor te zorgen dat de bevoegde vergunningverlenende autoriteit over voldoende informatie beschikt om zich ervan te kunnen vergewissen dat zij voldoen aan de vereisten van artikel 4, onder f), van de verordening. Te dien einde kan het raadzaam zijn dat ondernemingen, voor zover mogelijk, bijhouden hoeveel aandelen er worden gekocht en verkocht. In de statuten van ondernemingen kan een clause worden opgenomen die de bestuurders het recht geeft om de nationaliteit van de aandeelhouders te verifiëren en te eisen dat grote aandeelhouders een nationaliteitsverklaring overleggen.
 97. De aandeelhouder van een derde land dient ervoor te zorgen dat de bevoegde vergunningverlenende autoriteit kan beschikken over alle bij de beoordeling van de vergunning gevraagde informatie om te bewijzen dat aan de vereisten van artikel 4, onder f), van de verordening is voldaan (zie punt 3 hierboven).
 98. De bevoegde vergunningverlenende autoriteit waarborgt de vertrouwelijkheid van alle bedrijfsgeheimen waarvan zij tijdens de beoordeling kennisneemt.
 99. Wat de „feitelijke zeggenschap” betreft, zijn ook de volgende aanvullende overwegingen van toepassing.
 100. De kans bestaat dat de bevoegde vergunningverlenende autoriteit in de loop van haar werkzaamheden tot de conclusie komt dat bepaalde geconstateerde elementen niet tot gevolg hebben dat de lidstaten of hun ingezetenen de feitelijke zeggenschap verliezen, maar dat dit wel het gevolg zou kunnen zijn van mogelijke toekomstige ontwikkelingen in verband met die elementen. In dergelijke gevallen kan het noodzakelijk zijn dat de bevoegde vergunningverlenende autoriteit de ontwikkeling van die elementen nauwlettend in het oog houdt in het kader van haar regelmatig toezicht op de naleving van de verordening door de betrokken onderneming. Het doel is ervoor te zorgen dat de autoriteit zo spoedig mogelijk op de hoogte is van gevallen waarin de EU-aandeelhouder(s) niet langer feitelijke zeggenschap uitoefenen en waarin de vereisten van de verordening derhalve niet meer vervuld zijn.
 101. Indien de bevoegde vergunningverlenende autoriteit bepaalde twijfels heeft, moet zij deze verder onderzoeken. Wanneer de twijfels niet op een andere manier kunnen worden weggenomen, stelt de autoriteit de betrokken onderneming daarvan in kennis.
 102. Indien de betrokken onderneming als gevolg hiervan overgaat tot bepaalde wijzigingen met betrekking tot haar corporate governance of andere relevante aspecten, kan een kennisgeving of nieuwe kennisgeving op grond van en overeenkomstig de concentratieverordening noodzakelijk zijn.
-