

II

(Komunikaty)

KOMUNIKATY INSTYTUCJI, ORGANÓW I JEDNOSTEK ORGANIZACYJNYCH
UNII EUROPEJSKIEJ

KOMISJA EUROPEJSKA

OBWIESZCZENIE KOMISJI

Wytyczne dotyczące interpretacji rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE)
nr 1008/2008 – Przepisy w sprawie własności i kontroli przewoźników lotniczych w UE

(2017/C 191/01)

Spis treści

	<i>Strona</i>
1. Wprowadzenie	1
2. Aspekty proceduralne	3
3. Ciężar dowodu	4
4. Obywatelstwo	4
5. Własność	4
5.1. Podejście ogólne	4
5.2. Kwestie własnościowe w przedsiębiorstwach notowanych na giełdzie i należących do instytucji inwestycyjnych	6
6. Skuteczna kontrola	6
6.1. Podejście ogólne	6
6.2. Kryteria oceny	7
6.2.1. Ład korporacyjny	7
6.2.2. Prawa udziałowców	8
6.2.3. Powiązania finansowe między przedsiębiorstwem a udziałowcem z kraju trzeciego	10
6.2.4. Współpraca handlowa	10
7. Monitorowanie i możliwe środki	11

1. WPROWADZENIE

- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1008/2008 z dnia 24 września 2008 r. w sprawie wspólnych zasad wykonywania przewozów lotniczych na terenie Wspólnoty ⁽¹⁾ (zwane dalej „rozporządzeniem”) jest podstawowym aktem prawnym określającym sposób, w jaki zorganizowany jest wewnętrzny rynek lotniczy ⁽²⁾. Rozporządzenie to reguluje kwestie wydawania koncesji wspólnotowym przewoźnikom lotniczym, prawo wspólnotowych przewoźników lotniczych do wykonywania wewnątrzspółnotowych przewozów lotniczych oraz ustalanie taryf wewnątrzspółnotowych przewozów lotniczych.
- W rozporządzeniu ustanowiono pojęcie „wspólnotowego przewoźnika lotniczego” (zwanego dalej „przewoźnikiem unijnym”), które oznacza „przewoźnika lotniczego z ważną koncesją przyznaną przez właściwy organ wydający koncesje, zgodnie z rozdziałem II” (art. 2 ust. 11 rozporządzenia). Przewoźnik unijny jest uprawniony do obsługi wewnątrzunijnych przewozów lotniczych (art. 15 ust. 1 rozporządzenia), w szczególności przewozów pasażerskich, towarowych i pocztowych, bez konieczności uzyskania dalszego zezwolenia.

⁽¹⁾ Dz.U. L 293 z 31.10.2008, s. 3.

⁽²⁾ Rozporządzenie ma zastosowanie do państw trzecich, o ile zostało włączone do umów zawartych z UE. Aktualnie dotyczy to Porozumienia EOG (zawartego z Norwegią, Islandią i Liechtensteinem) oraz umowy o transporcie lotniczym między UE a Szwajcarią (Dz.U. L 114 z 30.4.2002). W przyszłości mogą zostać wynegocjowane lub wejść w życie podobne umowy. Do celów interpretacji art. 4 lit. f) zawartej w tych wytycznych Szwajcaria, Norwegia, Islandia i Liechtenstein są uznawane za państwa członkowskie UE, a ich obywatele za obywateli UE.

3. W rozporządzeniu określono warunki uzyskania koncesji przewoźnika unijnego, w tym wymogi dotyczące przynależności państwowej. Art. 4 rozporządzenia stanowi, że „Właściwy organ państwa członkowskiego wydający koncesje przyznaje koncesję przedsiębiorstwu, pod warunkiem że: [...] f) państwa członkowskie lub obywatele państw członkowskich posiadają ponad 50 procent udziałów w przedsiębiorstwie oraz skutecznie je kontrolują, bezpośrednio lub pośrednio poprzez jedno lub więcej przedsiębiorstw pośredniczących, z wyjątkiem przypadków zgodnych z postanowieniami umowy z państwem trzecim, której Wspólnota jest stroną;”.
4. Te dwa elementy, czyli posiadanie przez państwa członkowskie lub ich obywateli ponad 50 % udziałów w przedsiębiorstwie oraz sprawowanie przez nie rzeczywistej kontroli nad przedsiębiorstwem, są odrębne i muszą być kumulatywne, czyli muszą przez cały czas mieć zastosowanie równocześnie.
5. Kraje trzecie i ich obywatele nie są uprawnieni do posiadania udziału większościowego lub sprawowania skutecznej kontroli nad przedsiębiorstwami będącymi przewoźnikami unijnymi, o ile UE nie wprowadziła innych ustaleń z odnośnymi państwami trzecimi, np. poprzez odpowiednie (z reguły na zasadzie wzajemności) złagodzenie wymogów dotyczących własności oraz sprawowania kontroli. Jeżeli dany przewoźnik nie jest już własnością (ponad 50 %) ani pod kontrolą państwa członkowskiego lub jego obywateli, traci on uprawnienia do posiadania koncesji i nie może już korzystać z liberalizacji rynku lotniczego w UE.
6. Odpowiedzialność za stwierdzenie, czy przewoźnik spełnia wymogi pod względem własności i sprawowania kontroli, spoczywa przede wszystkim na właściwym organie wydającym koncesje. Jest to organ państwa członkowskiego uprawniony do przyznania, odmowy przyznania, cofnięcia lub zawieszenia koncesji, zgodnie z rozdziałem II rozporządzenia (art. 2 ust. 2 rozporządzenia). Komisja ma jednak również możliwość samodzielnego przeprowadzenia oceny, czy przewoźnik spełnia wymogi pod względem własności i sprawowania kontroli, na podstawie uzyskanych informacji i może zwrócić się do właściwego organu wydającego koncesje o zastosowanie odpowiednich środków naprawczych lub o zawieszenie albo cofnięcie koncesji (art. 15 ust. 3 rozporządzenia).
7. Wymogi pod względem własności i kontroli niezbędne do uzyskania koncesji i oparte na kryterium przynależności państwowej są popularnym rozwiązaniem na międzynarodowym rynku lotniczym i są elementem przepisów prawnych w krajach nienależących do UE. Poza tym tego rodzaju wymogi zazwyczaj są również częścią dwustronnych umów o usługach lotniczych i stanowią warunek uzyskania praw przewozowych. Aktualnie te wymogi mają przede wszystkim zagwarantować, że prawa przewozowe przyznane na mocy tych umów będą skutecznie realizowane z korzyścią dla stron umowy i że nie będą realizowane – bezpośrednio lub za pośrednictwem jednostek zależnych – przez przedsiębiorstwa⁽¹⁾ z państw niebędących stronami umowy. Ponadto wymogi te uniemożliwiają takim przedsiębiorstwom świadczenie usług w całości w obrębie danego państwa lub grupy państw za pośrednictwem jednostek zależnych mających siedzibę w tym państwie lub tej grupie państw.
8. 7 grudnia 2015 r. Komisja przyjęła europejską strategię w dziedzinie lotnictwa, która ma na celu zagwarantowanie dalszej konkurencyjności unijnego sektora lotnictwa oraz zapewnienie mu korzyści z szybkiego rozwoju gospodarki światowej i światowego rynku lotnictwa⁽²⁾.
9. Ze strategii w dziedzinie lotnictwa wynika, że w odniesieniu do przepisów dotyczących własności i kontroli zawartych w rozporządzeniu zarówno inwestorzy, jak i przewoźnicy lotniczy potrzebują bardziej precyzyjnych informacji. W odpowiedzi na zapotrzebowanie zgłoszone przez państwa członkowskie i inne zainteresowane podmioty, Komisja postanowiła przyjąć wytyczne interpretacyjne dotyczące tego przepisu.
10. W ostatnich latach Komisja przeprowadziła kilka postępowań dotyczących sytuacji, gdy inwestor z państwa trzeciego (czyli kraju spoza UE) nabył większość udziałów w przedsiębiorstwie będącym przewoźnikiem unijnym, aby zagwarantować sobie zgodność z wymogami art. 4 lit. f) rozporządzenia.
11. Komisja przyjęła tylko jedną oficjalną decyzję w sprawie zgodności z zasadami własności i kontroli, w związku z inwestycją firmy Swissair w firmę Sabena (dalej zwaną „decyzją Swissair/Sabena”⁽³⁾). Decyzja ta została przyjęta w oparciu o rozporządzenie Rady (EWG) nr 2407/92 z 23 lipca 1992 r. w sprawie przyznawania licencji przewoźnikom lotniczym⁽⁴⁾ (zwane dalej „rozporządzeniem nr 2407/92”), które obowiązywało zanim weszło w życie aktualne rozporządzenie. Komisja stwierdziła, że na mocy warunków umowy między Królestwem Belgii a firmą Swissair Sabena spełnia wymogi dotyczące własności i kontroli ustanowione w rozporządzeniu nr 2407/92. Komisja uznała, że kryteria własności i skutecznej kontroli należy interpretować i stosować w ogólnym kontekście rozporządzenia nr 2407/92. Chodzi przede wszystkim o to, aby każdy indywidualny przypadek oceniać z uwzględnieniem celu, jakim jest ochrona interesów unijnego sektora transportu lotniczego. Oznacza to, że firmy z krajów trzecich nie mogą być uprawnione do korzystania, na zasadzie jednostronności, z liberalizacji unijnego rynku wewnętrznego transportu lotniczego. Innymi słowy, firmy z krajów trzecich mogą korzystać z rynku wewnętrznego – poprzez udział w działalności prowadzonej przez unijnego przewoźnika – wyłącznie jeśli nie zostały przekroczone limity w zakresie własności i kontroli określone w rozporządzeniu.

⁽¹⁾ W całym tekście niniejszych wytycznych Komisja stosuje termin „przedsiębiorstwo” w rozumieniu definicji zawartej w art. 2 ust. 3 rozporządzenia.

⁽²⁾ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, COM(2015) 598 final z 7.12.2015 r.

⁽³⁾ Decyzja Komisji 95/404/WE z dnia 19 lipca 1995 r. w sprawie stosowania rozporządzenia Rady (EWG) nr 2407/92 („Swissair/Sabena”) (Dz.U. L 239 z 7.10.1995, s. 19).

⁽⁴⁾ Dz.U. L 240 z 24.8.1992, s. 1.

12. Komisja stwierdziła również, że „jakakolwiek ocena skutków znaczących inwestycji przewoźnika lotniczego z państwa trzeciego w przedsiębiorstwo będące przewoźnikiem unijnym powinna również uwzględniać szerszy kontekst, w którym dochodzi do tej inwestycji, a zwłaszcza relacje Wspólnoty z danym państwem trzecim w dziedzinie lotnictwa”⁽¹⁾. W tym konkretnym przypadku szerszy kontekst oznaczał uwzględnienie negocjacji prowadzonych wówczas przez Wspólnotę i Szwajcarię, mających na celu zniesienie, na zasadzie wzajemności, istniejących ograniczeń w zakresie własności i kontroli. W tym szerszym kontekście Komisja uznała, że porozumienie między Belgią a Swissairem „wydaje się zasadniczo mieć charakter przejściowy”⁽²⁾.
13. Niniejsze wytyczne mają pomóc w ocenie zgodności z przepisami dotyczącymi własności i kontroli zawartymi w rozporządzeniu w przypadku przedsiębiorstwa ubiegającego się o koncesję. Podstawą wytycznych są doświadczenia Komisji w zakresie oceny różnych przypadków w poprzednich latach. W wytycznych uwzględniono też analizę decyzji Swissair/Sabena, jak również sprawdzone rozwiązania opracowane przez właściwe organy odpowiedzialne za wydawanie koncesji na poziomie krajowym. W wytycznych przedstawiono to, jak Komisja rozumie rozporządzenie w tej kwestii i jak według niej powinno ono być stosowane. Ich celem nie jest tworzenie nowych zobowiązań prawnych i pozostają one bez uszczerbku dla kompetencji Trybunału Sprawiedliwości UE co do wiążącej interpretacji.

2. ASPEKTY PROCEDURALNE

14. Rozdział II rozporządzenia zawiera przepisy dotyczące koncesji. Artykuł 3 ust. 2 rozporządzenia stanowi, że „Właściwy organ wydający koncesje nie przyznaje koncesji ani nie utrzymuje ich ważności, w przypadku gdy jakiegokolwiek z wymagań niniejszego rozdziału nie jest spełnione”. Zasada, zgodnie z którą przewoźnik jest własnością i znajduje się pod skuteczną kontrolą państw członkowskich lub ich obywateli, jest jednym z wymogów niezbędnych do uzyskania i zachowania koncesji. Odpowiedzialność za stwierdzenie, czy ten wymóg został spełniony (pod względem obydwu warunków), spoczywa przede wszystkim na właściwym organie wydającym koncesje przewoźnikom lotniczym.
15. Zgodnie z art. 8 ust. 2 rozporządzenia „Właściwy organ wydający koncesje dokładnie monitoruje spełnianie wymagań niniejszego rozdziału”. Zgodnie z art. 8 ust. 7 rozporządzenia „Właściwy organ wydający koncesje podejmuje w stosunku do wspólnotowych przewoźników lotniczych, którym przyznał koncesję, decyzję o tym, czy koncesję należy ponownie przedstawić do zatwierdzenia w przypadku zmiany jednego lub większej liczby elementów wpływających na sytuację prawną wspólnotowego przewoźnika lotniczego oraz, w szczególności, w przypadku łączenia lub przejęcia”. Zgodnie z art. 8 ust. 5 rozporządzenia unijny przewoźnik lotniczy z wyprzedzeniem powiadamia o tego rodzaju zmianach właściwy organ wydający koncesje.
16. Właściwy organ wydający koncesje może otrzymać wniosek o koncesję (lub o kontrolę wydanej koncesji) w sytuacji gdy inne przedsiębiorstwo, należące do tej samej grupy co przedsiębiorstwo, którego dotyczy sprawa, posiada już koncesję wydaną przez inny właściwy organ wydający koncesje. Organ rozpatrujący tego rodzaju sprawę powinien wziąć pod uwagę ocenę przeprowadzoną przez inny organ, zwłaszcza jeśli sprawa dotyczy tej samej struktury własności. Zgodnie z rozdziałem II rozporządzenia pozostaje jednak nadal zobowiązany do dokonania niezależnej oceny co do istoty sprawy. Do dobrych praktyk należy, aby przedstawiciele organu, którzy mają jakiegokolwiek wątpliwości lub pytania w odniesieniu do poprzedniej oceny, skontaktowali się z przedstawicielami organu, który dokonał poprzedniej oceny, aby uzyskać więcej informacji lub omówić sprawę.
17. Kwestia ewentualnej kontroli ze strony Komisji została poruszona w art. 15 ust. 3 i art. 26 ust. 2 rozporządzenia.
18. Zgodnie z art. 15 ust. 3 „Jeśli Komisja, na podstawie informacji uzyskanych na mocy art. 26 ust. 2, uzna, że koncesja wydana wspólnotowemu przewoźnikowi lotniczemu jest niezgodna z wymogami niniejszego rozporządzenia, przekazuje swoje wnioski właściwemu organowi wydającemu koncesje, który przesyła Komisji swoje uwagi w terminie piętnastu dni roboczych.

Jeśli Komisja, po przeanalizowaniu uwag właściwego organu wydającego koncesje, nadal utrzymuje, że koncesja nie spełnia wymogów, lub jeśli Komisja nie otrzymała od właściwego organu wydającego koncesje żadnych uwag, podejmuje – zgodnie z procedurą, o której mowa w art. 25 ust. 2 – decyzję o wystąpieniu do właściwego organu wydającego koncesje o zastosowanie odpowiednich środków naprawczych lub o zawieszenie lub cofnięcie koncesji. W decyzji ustala się ostateczny termin wykonania środków lub działań naprawczych przez właściwy organ wydający koncesje. Jeśli środki lub działania naprawcze nie zostały wykonane w tym terminie, wspólnotowy przewoźnik lotniczy nie jest uprawniony do [...] [obsługiwania wewnątrzunijnych przewozów lotniczych]”.

19. Art. 26 ust. 2 rozporządzenia stanowi, że „Komisja może uzyskiwać wszystkie niezbędne informacje od państw członkowskich, które ułatwiają takie przekazywanie informacji przez przewoźników lotniczych, którym koncesje wydały ich właściwe organy wydające koncesje”.

⁽¹⁾ Zob. pkt XI, s. 27 decyzji Swiss/Sabena.

⁽²⁾ Decyzja Swissair/Sabena, pkt XI.

3. CIĘŻAR DOWODU

20. Art. 8 ust. 1 akapit drugi zawiera szczegółowy zapis, zgodnie z którym przedsiębiorstwa ubiegające się o koncesję muszą wykazać, że spełniają wszystkie wymagania art. 4 lit. f) i inne wymogi zawarte w rozporządzeniu. Ta sama zasada ma zastosowanie już po wydaniu koncesji, jeżeli właściwy organ wydający koncesje ma powody, by sprawdzić, czy przewoźnik nadal spełnia wymogi.
21. To na zainteresowanym przedsiębiorstwie spoczywa obowiązek zapewnienia właściwemu organowi wydającemu koncesje wystarczających dowodów potwierdzających zgodność z wymogami. W tym kontekście należy pamiętać o tym, że art. 10 ust. 1. zobowiązuje ten organ do „podjęcia decyzji w sprawie złożonego wniosku jak najszybciej, jednak nie później niż w terminie trzech miesięcy po przekazaniu wszelkich niezbędnych informacji, biorąc pod uwagę wszystkie dostępne dowody”. Oznacza to, że bez uszczerbku dla spoczywającego na tym organie obowiązku przeprowadzenia procedury w dobrej wierze, zdecydowanie korzystne dla przedsiębiorstwa jest jak najszystsze przedstawienie dowodów, którymi dysponuje. W przeciwnym wypadku jego wniosek o koncesję może zostać odrzucony.

4. OBYWATELSTWO

22. Obywatelstwo państwa członkowskiego mogą posiadać tylko osoby fizyczne. Jeżeli przedsiębiorstwo jest częściowo lub w pełni własnością lub pod faktyczną kontrolą jednego lub większej liczby podmiotów pośredniczących niebędących osobami fizycznymi, Komisja uznaje, że wymóg dotyczący obywatelstwa określony w art. 4 lit. f) należy rozumieć jako wymóg odnoszący się do osób fizycznych, które posiadają lub faktycznie kontrolują te podmioty na ostatecznym poziomie własności i kontroli.
23. Art. 4 lit. f) rozporządzenia stanowi, że „[...] obywatele państw członkowskich posiadają ponad 50 procent udziałów w przedsiębiorstwie oraz skutecznie je kontrolują [...]”.
24. Mogą wystąpić pewne trudności, jeżeli osoby, o które chodzi, posiadają więcej niż jedno obywatelstwo, a obywatelstwo państwa członkowskiego nie jest ich pierwotnym obywatelstwem. Co do zasady każde państwo członkowskie ustanawia warunki potrzebne do uzyskania swojego obywatelstwa oraz warunki, w jakich można to obywatelstwo stracić. Jednak, jak potwierdzono w utrwalonym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE ⁽¹⁾, wykonując swoje kompetencje w dziedzinie obywatelstwa, państwa członkowskie muszą postępować z poszanowaniem prawa Unii. Inaczej mówiąc, warunki i procedury z zakresu uzyskiwania i utraty obywatelstwa danego państwa członkowskiego są regulowane przepisami krajowymi poszczególnych państw członkowskich UE, z tym, że niezbędnym warunkiem jest poszanowanie prawa Unii.
25. Państwa członkowskie mają korzystać ze swoich prerogatyw do przyznawania obywatelstwa w duchu lojalnej współpracy z innymi państwami członkowskimi oraz z UE (art. 4 ust. 3 TUE). Należy wziąć pod uwagę normy i obowiązki, jakim podlegają one na mocy prawa międzynarodowego, oraz kryteria, zgodnie z którymi państwa członkowskie tradycyjnie konstruują swoje przepisy prawa krajowego. Zasady te wymagają przede wszystkim tego, aby istniała rzeczywista więź między wnioskodawcą oraz danym krajem lub jego obywatelami.

5. WŁASNOŚĆ

5.1. Podejście ogólne

26. W kwestii własności art. 4 lit. f) rozporządzenia stanowi, że właściwy organ wydający koncesje przyznaje koncesję przedsiębiorstwu, pod warunkiem że „państwa członkowskie lub obywatele państw członkowskich posiadają ponad 50 procent udziałów w przedsiębiorstwie”.
27. Według Komisji wymóg własności jest spełniony, jeżeli państwa członkowskie lub obywatele państw członkowskich posiadają co najmniej 50 % plus jeden udział w kapitale przedsiębiorstwa.
28. W tym kontekście Komisja rozumie kapitał jako kapitał własny przedsiębiorstwa. Dlatego z punktu widzenia oceny zgodności z wymogiem dotyczącym własności pierwszorzędne znaczenie ma ustalenie, jaki rodzaj kapitału przedsiębiorstwa kwalifikuje się jako kapitał własny.
29. W decyzji Sabena/Swissair Komisja uznała, że na pytanie, czy konkretny rodzaj kapitału kwalifikuje się jako kapitał własny, można odpowiedzieć tylko na zasadzie oceny indywidualnych przypadków, biorąc pod uwagę wszystkie istotne okoliczności. Jeśli jednak kapitał nie zapewnia posiadaczom kapitału w znacznej mierze żadnego z następujących dwóch praw, z reguły nie należy go uwzględniać do celów określania sytuacji własnościowej przedsiębiorstwa zgodnie z art. 4 lit. f):
 - a) prawo do udziału w podejmowaniu decyzji mających wpływ na działalność przedsiębiorstwa; oraz
 - b) prawo do otrzymania udziału w pozostałych zyskach lub, w razie likwidacji, w pozostałych aktywach przedsiębiorstwa, po tym jak zostały spłacone wszystkie inne zobowiązania (inaczej mówiąc, udziały odzwierciedlają ryzyko oraz korzyści wynikające ze zwykłej działalności gospodarczej).

⁽¹⁾ Sprawa C-135/08 z 2.3.2010, Rottmann, pkt 39, 45, 48.

30. Właściwy organ wydający koncesje powinien zawsze szczegółowo przeanalizować złożone struktury, jednak Komisja jest zdania, że pogłębiona analiza jest szczególnie potrzebna, jeśli występują następujące zjawiska:
- istnieją różne kategorie udziałów o różnej wartości i o różnych cechach;
 - istnieją prawa poboru lub opcje, które mogłyby pozbawić pewną kategorię udziałów cechy „kapitału własnego”⁽¹⁾;
 - istnieją inwestorzy instytucjonalni, ale nie da się w łatwy sposób zidentyfikować, zgodnie z pkt 44, beneficjenta rzeczywistego będącego właścicielem przedsiębiorstwa.
31. Jak wynika z pkt 22 powyżej, Komisja uważa, że struktura własności w przedsiębiorstwie, w którym udziały posiada inny podmiot (niebędący osobą fizyczną; zwany dalej „podmiotem pośredniczącym”), musi być oceniana w świetle obywatelstwa (lub przynależności państwowej) osób posiadających udziały w tym innym podmiocie.
32. W związku z tym w odniesieniu do udziałów należących do podmiotu pośredniczącego zastosowanie mają uwagi zawarte w pkt 22–24 powyżej.
33. Konkretnie problemy mogą pojawić się, jeżeli zarówno liczba udziałów podmiotu pośredniczącego znajdujących się w posiadaniu udziałowców z UE, jak i liczba udziałów w przedsiębiorstwie będącym przewoźnikiem lotniczym znajdujących się w posiadaniu podmiotu pośredniczącego stanowi mniej niż 100 % odpowiednich udziałów.
34. Na przykład: Udziałowcy z UE są właścicielami 55 % firmy A (resztę posiadają kraje trzecie lub obywatele krajów trzecich; dalej zwani „udziałowcami z krajów trzecich”), a z kolei firma A posiada 60 % udziałów w firmie przewoźnika B (a pozostałe 40 % udziałów w firmie przewoźnika B posiadają udziałowcy z krajów trzecich).
35. Tutaj pojawia się pytanie, czy udziałowcy z UE posiadają ponad 50 % udziałów w przedsiębiorstwie.
36. Jak wyjaśniono w pkt 28 powyżej, „własność” oznacza, że posiadacz udziałów ma prawo uczestniczyć w podejmowaniu decyzji mających wpływ na działalność przedsiębiorstwa, jak również posiada prawa do świadczeń pieniężnych, a mianowicie do udziału w pozostałych zyskach lub, w razie likwidacji, w pozostałych aktywach przedsiębiorstwa, po tym jak spełnione zostały wszystkie inne zobowiązania.
37. Jeśli chodzi o prawo do uczestniczenia w podejmowaniu decyzji mających wpływ na działalność przedsiębiorstwa, sytuacja taka jak ta opisana powyżej powinna zazwyczaj zostać uznana za zgodną z art. 4 lit. f) rozporządzenia, przy założeniu, że wszystkie udziały, z jakimi mamy do czynienia, dają takie same prawa głosu oraz że żadne szczegółowe uregulowania nie uniemożliwiają udziałowcom z UE sprawowania kontroli nad głosami, jakimi firma A dysponuje w firmie B, dzięki swojemu większościowemu udziałowi.
38. Jeśli chodzi o świadczenia pieniężne, należy wziąć pod uwagę to, że nawet jeśli udziałowcy z UE są bezpośrednimi, a nie pośrednimi – poprzez podmiot pośredniczący – posiadaczami odpowiedniej liczby udziałów w firmie przewoźnika, tego rodzaju prawa mogą podlegać uregulowaniom wewnętrznym. Prawa te mogą stawiać udziałowców z krajów trzecich w uprzywilejowanej pozycji w porównaniu z udziałowcami z UE. Jak wyjaśniono w decyzji Swissair/Sabena, tego rodzaju sytuacje niekoniecznie są dyskwalifikujące z punktu widzenia art. 4 lit. f) rozporządzenia, pod warunkiem że prawa (pieniężne), o których mowa, „w znacznej mierze” przysługują udziałowcom z UE.
39. Te same zasady powinny mieć zastosowanie, kiedy na prawa pieniężne wpływa fakt, że udział udziałowców z UE w firmie przewoźnika przechodzi przez podmiot pośredniczący, a udział na każdym etapie stanowi mniej niż 100 % kapitału.
40. Gdyby w powyższym przykładzie zyski rozdzielane przez przewoźnika B i wpływy z tytułu pozostałych aktywów w przypadku likwidacji spółki B trafiły do udziałowców z UE proporcjonalnie do rozwodnionych udziałów (przy czym udziały w firmie A i w przedsiębiorstwie będącym przewoźnikiem B są tej samej kategorii), prawa pieniężne wciąż mogłyby zostać uznane za wystarczające do celów art. 4 lit. f) rozporządzenia.
41. Tego rodzaju przypadki należy jednak rozpatrywać indywidualnie, uwzględniając wszystkie okoliczności, a w szczególności wszystkie uzgodnienia mające wpływ na odnośne prawa i obowiązki.
42. W celu przeprowadzenia powyższej oceny posiadacze koncesji lub wnioskujący o jej przyznanie powinni przedstawić organowi wydającemu koncesje dowody potwierdzające prawa związane z różnymi kategoriami udziałów oraz identyfikujące ostatecznego beneficjenta będącego rzeczywistym właścicielem udziałów.

⁽¹⁾ Fakt, że istnieją opcje lub prawa poboru, które w przyszłości mogłyby zmienić równowagę udziałów, nie ma znaczenia dla kwestii własności w bieżącym momencie. Mogą jednak istnieć określone struktury złożone, w ramach których opcje mogłyby zagrozić pozbawieniem pewnej kategorii udziałów cechy „kapitału własnego”. Te struktury wymagają bardziej szczegółowej analizy. Opcje mogą w każdym razie stanowić bezpośredni problem w związku z kontrolą nad przedsiębiorstwem, jeżeli za ich sprawą udziałowiec mniejszościowy mógłby uzyskać zdolność do wywierania wpływu na to przedsiębiorstwo.

5.2. Kwestie własnościowe w przedsiębiorstwach notowanych na giełdzie i należących do instytucji inwestycyjnych

43. Szczególne trudności przy ocenie zgodności z wymogiem własności mogłyby się pojawić się w odniesieniu do przedsiębiorstw, które są notowane na giełdzie, lub będących w posiadaniu instytucji inwestycyjnych, ponieważ struktura udziałów może się zmieniać z dnia na dzień i mogą istnieć różne etapy własności. Przedsiębiorstwo powinno być w stanie wykazać na każdym z etapów, że większość udziałów znajduje się w posiadaniu udziałowców z UE.
44. W przypadku gdy udziały należą do osoby wykonującej prawa z akcji lub udziałów na rzecz innej osoby, powiernika, funduszu lub wszelkich innych inwestorów instytucjonalnych, wymóg własności może zostać spełniony, jeżeli osobą wykonującą prawa z akcji lub udziałów na rzecz innej osoby, powiernikiem lub innym zarejestrowanym właścicielem jest państwo członkowskie lub jego obywatel. Należy jednak wziąć pod uwagę wszystkie elementy, które mogłyby wskazywać na to, że z ekonomicznego punktu widzenia właścicielem jest inna osoba, czyli beneficjent końcowy wspomnianych powyżej praw. Będzie to w szczególności zależało od porozumień i innych ustaleń dotyczących zobowiązań tego rodzaju inwestorów instytucjonalnych.

6. SKUTECZNA KONTROLA

6.1. Podejście ogólne

45. Art. 4 lit. f) rozporządzenia stanowi, że właściwy organ wydający koncesje przyznaje koncesję przedsiębiorstwu, pod warunkiem że „państwa członkowskie lub obywatele państw członkowskich skutecznie [...] kontrolują” to przedsiębiorstwo.
46. Pojęcie „skutecznej kontroli” zostało zdefiniowane w art. 2 ust. 9 rozporządzenia i oznacza:

„związek ustanowiony na mocy praw, umów lub wszelkich innych środków, które oddzielnie albo wspólnie i z uwzględnieniem poszanowania danego stanu faktycznego lub prawnego, przyznają możliwość wywierania bezpośrednio lub pośrednio decydującego wpływu na przedsiębiorstwo, w szczególności przez:

 - a) prawo użytkowania wszystkich lub niektórych aktywów przedsiębiorstwa;
 - b) prawa lub umowy, które mają decydujący wpływ na skład, głosowanie lub decyzje organów przedsiębiorstwa lub które w inny sposób mają decydujący wpływ na prowadzenie działalności przedsiębiorstwa”.
47. Jak wyjaśniono w decyzji *Swissair/Sabena*, przepis ten wymaga oceny stanowiska państw członkowskich lub ich obywateli co do tego, czy – ogólnie rzecz biorąc – mają oni decydujący wpływ na zarządzanie danym przedsiębiorstwem w większym stopniu niż udziałowcy z krajów trzecich. Analiza ta uwzględnia możliwości rzeczywistego wpływania na strategiczne decyzje biznesowe przedsiębiorstwa przez udziałowców z UE.
48. Strategiczne decyzje biznesowe to w szczególności decyzje dotyczące powoływania kadry kierowniczej wyższego szczebla, zatwierdzania budżetu lub biznesplanu, realizowania większych inwestycji czy szczególnych praw na danym rynku.
49. W tym kontekście należałoby najpierw stwierdzić, kiedy i na jakich warunkach podejmowane są tego rodzaju decyzje. Oznacza to, że potrzebna jest analiza ładu korporacyjnego przedsiębiorstwa, którą należy przeprowadzić w kontekście ogólnego funkcjonowania tego przedsiębiorstwa.
50. Na kolejnym, drugim etapie należy uwzględnić inne kwestie, które mogłyby mieć wpływ na proces podejmowania ważnych decyzji strategicznych. Te kwestie to między innymi prawa udziałowców, powiązania finansowe i współpraca handlowa między przedsiębiorstwem a jakimkolwiek udziałowcem z państwa trzeciego. Poniżej przedstawiono bardziej szczegółowe wytyczne dotyczące kryteriów oceny. Nie jest jednak możliwe sporządzenie wyczerpującej listy elementów, jakie mogłyby ewentualnie mieć znaczenie w analizie konkretnego przypadku. Dlatego w zależności od konkretnego przypadku ważne mogą być również inne elementy, nieuwzględnione na tej liście.
51. Jak wyjaśniono w decyzji *Swissair/Sabena*, skuteczną kontrolę mogą sprawować wyłącznie państwa członkowskie lub ich obywatele. Oczywiście nie ma to miejsca wówczas, gdy państwa członkowskie lub ich obywatele mają tylko prawo weta i nie mają uprawnień do wywierania rzeczywistego wpływu na zarządzanie danym przedsiębiorstwem.
52. Do uzyskania przez udziałowców z UE takiego wpływu przyczynić się może szereg czynników, takich jak uprawnienia w zakresie inicjatywy lub mechanizmy wczesnego lub uprzywilejowanego dostępu do informacji w przedsiębiorstwie.
53. Przedstawiona powyżej zasada ogólna musi być stosowana z uwzględnieniem wszystkich okoliczności faktycznych lub prawnych. Każdy przypadek musi podlegać indywidualnej merytorycznej ocenie.

54. Przypadki, w odniesieniu do których potrzebna jest analiza zgodności z art. 4 lit. f), często wymagają również zastosowania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie koncentracji przedsiębiorstw⁽¹⁾ („rozporządzenie w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw”), z uwzględnieniem warunków tego ostatniego rozporządzenia. Ponieważ definicje kontroli zawarte w tych rozporządzeniach wykazują pewne podobieństwa, użyteczne mogą być poniższe wyjaśnienia.
55. Po pierwsze warto zauważyć, że jak wynika z decyzji *Swissair/Sabena*, w odniesieniu do udziałowca z UE „wspólna kontrola” do celów rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw oraz „skuteczna kontrola” w rozumieniu rozporządzenia wzajemnie się nie wykluczają.
56. Po drugie wymóg kontroli zawarty w art. 4 lit. f) rozporządzenia nie jest spełniony, jeżeli udziałowiec z kraju trzeciego sprawuje wyłączną kontrolę nad przedsiębiorstwem⁽²⁾. W takim przypadku przedsiębiorstwo nie może z definicji być skutecznie kontrolowane przez udziałowców z UE w rozumieniu rozporządzenia.
57. Ponieważ kwestie poruszone w rozporządzeniu w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw oraz kwestie własności i kontroli poruszone w rozporządzeniu łączy szereg podobieństw, niezależnie od różnic między obydwojma systemami Komisja, w stosownych przypadkach, ocenia sprawy równoległe w ramach obu systemów. W tym celu odpowiedzialne służby Komisji oczywiście ściśle ze sobą współpracują.

6.2. Kryteria oceny

58. Ponieważ nie da się przewidzieć wszystkich możliwych konstelacji kontroli przedsiębiorstwa, uwzględniając również różnice między przepisami krajowymi w zakresie ładu korporacyjnego, żadne wytyczne nie mogą objąć wszystkich możliwych sytuacji. Wszelkie oceny należy przeprowadzać na zasadzie analizy indywidualnych przypadków, z uwzględnieniem sytuacji prawnej i faktycznej w każdej sprawie.
59. Wobec powyższego w niniejszych wytycznych zawarto pewne ogólne zasady dotyczące oceny i zwrócono uwagę na niektóre kwestie, które mogą budzić wątpliwości i wymagać bardziej szczegółowej analizy w oparciu o kryterium skutecznej kontroli⁽³⁾.

6.2.1. Ład korporacyjny

60. Pierwszym etapem oceny skutecznej kontroli jest przeprowadzeniu analizy ładu korporacyjnego w przedsiębiorstwie. W tym kontekście ład korporacyjny oznacza procesy i procedury służące do podejmowania decyzji istotnych dla prowadzenia działalności przez przedsiębiorstwo.
61. Analiza ładu korporacyjnego powinna obejmować zarówno elementy prawne, jak i faktyczne.
62. Analiza powinna uwzględniać informacje na temat organów decyzyjnych przedsiębiorstwa oraz ich kompetencji i składu, właściwych przepisów dotyczących ich powoływania, wyboru, wynagradzania i odwoływania, charakteru podejmowanych przez nie decyzji, procedur decyzyjnych, w tym informacje dotyczące quorum i zasad głosowania (wymagana większość, konsensus), wszelkich prerogatyw przyznanych innym organom (na przykład w zakresie propozycji, nominacji, konsultacji, opinii wiążących i niewiążących, zaleceń lub zgody).
63. Informacje te powinny dotyczyć wszystkich organów decyzyjnych, w szczególności zgromadzenia akcjonariuszy, organu wykonawczego (np. zarządu, rady dyrektorów), organów kontrolnych (np. rady nadzorczej), kluczowych pracowników (przedstawiciele kadry kierowniczej uprawnionych do podejmowania decyzji mających znaczenie dla prowadzenia działalności) oraz komitetów wewnętrznych (doradczych lub o innym charakterze).
64. Należy dokonać analizy tego, w jaki sposób państwa członkowskie lub ich obywatele są reprezentowani w organach decyzyjnych i jak prawa przysługujące im w tym kontekście umożliwiają im wpływanie na decyzje strategiczne, z uwzględnieniem procedury przyjmowania takich decyzji. W związku z tym analiza powinna również uwzględnić quorum niezbędne do podejmowania decyzji.
65. W kontekście procesu decyzyjnego szczególne znaczenie ma analiza prawa weta przysługującego udziałowcom z krajów trzecich. Daleko idące prawo weta przysługujące tym udziałowcom w kwestiach o dużym znaczeniu dla prowadzenia działalności gospodarczej może mieć wpływ na zdolność udziałowców z UE do sprawowania skutecznej kontroli nad przedsiębiorstwem. Dlatego należy przeprowadzić ogólną ocenę praw przysługujących odpowiednio udziałowcom z UE i z krajów trzecich na zasadzie analizy indywidualnych przypadków.

⁽¹⁾ Dz.U. L 24 z 29.1.2004, s. 1.

⁽²⁾ Do takiej sytuacji dochodzi, gdy w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw tylko „jedna” osoba przejmuje kontrolę nad przedsiębiorstwem.

⁽³⁾ Do oceny wspólnej kontroli na podstawie rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw zastosowanie ma skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych (Dz.U. C 95 z 16.4.2008, s. 1).

66. To, że dany udziałowiec ma prawo zawetować określone decyzje, niekoniecznie oznacza, że to właśnie ten udziałowiec sprawuje skuteczną kontrolę nad przedsiębiorstwem. Należy sprawdzić, czy tego rodzaju prawo weta odnosi się tylko do niektórych decyzji o niewielkim znaczeniu, czy też raczej do ważnych decyzji strategicznych. Chodzi o to, by w ramach całościowej oceny praw wszystkich udziałowców stwierdzić, czy państwa członkowskie lub ich obywatele posiadają decydujący wpływ na strategiczne decyzje biznesowe, jak wyjaśniono w pkt 47 powyżej. Tego rodzaju ocenę ogólną należy przeprowadzić z osobna dla każdego przypadku, z uwzględnieniem różnych czynników.
67. Udziałowcowi z kraju trzeciego może przysługiwać prawo weta, co jednak nie musi prowadzić do utraty skutecznej kontroli nad przedsiębiorstwem przez udziałowca z UE.
68. Jedną z możliwych sytuacji to taka, w której prawo weta przysługujące udziałowcowi z kraju trzeciego jest konieczne i współmierne do celu, jakim jest ochrona wartości inwestycji mniejszościowych. Zazwyczaj takie prawo weta odnosi się do zmiany w statucie spółki lub podobnym dokumencie założycielskim, podwyższenia lub obniżenia kapitału, wydania obligacji zamiennych na akcje, zmian praw związanych z akcjami, notowania akcji lub ofert publicznych, podziału dywidend, zaprzestania działalności gospodarczej lub istotnej zmiany w działalności gospodarczej, decyzji w sprawie połączenia przedsiębiorstw bądź podziału lub likwidacji przedsiębiorstwa. Samo w sobie nie oznacza to, że udziałowcy z UE nie sprawują skutecznej kontroli.
69. Potrzebna jest bardziej pogłębiona ocena, w przypadku gdy prawo weta przysługujące udziałowcom z krajów trzecich dotyczy innych spraw, w szczególności decyzji, które mogłyby w znaczący sposób wpływać na działalność przedsiębiorstwa lub ją blokować. Chodzi tu między innymi o decyzje dotyczące nabywania aktywów, inwestycji, rozszerzania lub przyjmowania instrumentów finansowych takich jak gwarancje lub pożyczki, umów, transakcji handlowych zawieranych z osobami powiązanych z przedsiębiorstwem lub z jednym z udziałowców.
70. W zależności od przedmiotu decyzji tego rodzaju pogłębiona analiza może być potrzebna, jeśli w sprawie pojawiają się na przykład następujące elementy: oddawanie głosów, decyzje wymagające konsensu, prawo udziałowców z krajów trzecich do mianowania osób na niektóre (ważne) stanowiska, wymóg, zgodnie z którym (ważne) decyzje powinny być poprzedzone wnioskiem lub zaleceniem przedstawionym przez tych udziałowców, wymóg, zgodnie z którym na wniosek tych udziałowców nie dochodzi do głosowania, głosowanie „en bloc”, czyli łącznie nad całością tekstu itp.
71. Jeśli chodzi o decyzje podjęte na posiedzeniach udziałowców przedsiębiorstwa, należy wziąć pod uwagę strukturę własności udziałów, uczestnictwo w spotkaniach udziałowców oraz schematy głosowania podczas tych spotkań. Tam, gdzie struktura własności przedsiębiorstwa jest bardziej rozproszona, a pojedynczy udziałowiec z kraju trzeciego jest jednym z największych udziałowców, udziałowiec ten może być w stanie wyegzekwować przegłosowanie swoich wniosków, nawet przy wartości udziałów znacznie poniżej 50 proc. Aby stwierdzić, czy udziałowcy z UE faktycznie sprawują skuteczną kontrolę nad przedsiębiorstwem, należy zatem ocenić ich frekwencję na posiedzeniach udziałowców oraz schematy głosowania.
72. Pogłębionej oceny, którą powinien przeprowadzić właściwy organ wydający koncesje, mogą w szczególności wymagać sytuacje, gdy udziały w przedsiębiorstwie znajdujące się w posiadaniu obywatela kraju trzeciego przekraczają 30 proc. Tam, gdzie struktura własności przedsiębiorstwa jest bardziej rozproszona, a pojedynczy udziałowiec z kraju trzeciego jest jednym z największych udziałowców, niższy udział może również wymagać analizy.
73. W tym kontekście istotne może być również to, czy osoby zajmujące kluczowe stanowiska w przedsiębiorstwie mają powiązania z udziałowcem z kraju trzeciego. Nie dotyczy to jednak obywatelstwa tych osób. Ich obywatelstwa nie należy postrzegać jako wskazówki do celów określenia, czy przedsiębiorstwo znajduje się pod skuteczną kontrolą państwa członkowskiego lub jego obywateli, tym bardziej w tak globalnym sektorze, jakim jest lotnictwo. Ważne jest tylko to, czy państwa członkowskie lub ich obywatele sprawują kontrolę nad procesami prowadzącymi do podjęcia ważnych decyzji, w tym decyzji dotyczących powoływania i zwalniania kluczowych pracowników.

6.2.2. Prawa udziałowców

74. Ocena praw udziałowców jest konieczna w kontekście oceny skutecznej kontroli, ponieważ posiadanie przez udziałowców z państw trzecich daleko idących uprawnień mogłoby *de facto* doprowadzić do sytuacji, w której to udziałowcy z krajów trzecich, a nie udziałowcy z UE, sprawują rzeczywistą kontrolę nad przedsiębiorstwem, możliwe, że poprzez wywieranie wpływu na udziałowców z UE. Może to na przykład dotyczyć możliwości uzyskania ustępstwa w kwestiach, które uwzględniając strukturę ładu korporacyjnego wydają się pozostawać pod kontrolą udziałowców z UE.
75. Przykłady praw udziałowców, które wymagają ściślejszej kontroli, opisano poniżej.

6.2.2.1. Prawo weta w stosunku do przeniesienia udziałów

76. Należy poddać szczegółowemu badaniu prawo udziałowca z kraju trzeciego do zawetowania przeniesienia udziałów w przedsiębiorstwie należących do udziałowca z państwa członkowskiego. Często dochodzi do sytuacji, gdy po dokonaniu inwestycji przez udziałowca z kraju trzeciego następuje okres, podczas którego przenoszenie udziałów przez którąkolwiek ze stron nie jest dozwolone lub jest uzależnione od zgody drugiej strony. Okres ten, pod warunkiem że nie przekracza on długości odpowiadającej zwyczajowym praktykom w sektorze, ma stanowić gwarancję stabilności inwestycji i jako taki nie wpływa na sytuację pod względem skutecznej kontroli. Jednak nawet w takich przypadkach szczególne okoliczności mogą wymagać ściślejszej kontroli. Zwłaszcza tam, gdzie ograniczenia stosowane są tylko na korzyść udziałowca z kraju trzeciego, mogą one wskazywać na brak równowagi, czyli udziałowcy z UE mogą w dużym stopniu być od niego uzależnieni, co niekoniecznie odnosi się do sytuacji odwrotnej.

6.2.2.2. Prawo pierwszeństwa

77. Zgodnie z prawem pierwszeństwa aktualny udziałowiec może w pierwszej kolejności skorzystać z opcji zakupu udziałów, które chce odsprzedać inny udziałowiec. Prawa pierwszeństwa są popularną praktyką biznesową – o ile nie wykraczają poza to, co niezbędne do ochrony interesów udziałowców – nie powodują żadnych szczególnych komplikacji w odniesieniu do skutecznej kontroli. Jednak niektóre formy praw poboru mogą mieć podobne skutki jak prawo weta w odniesieniu do przenoszenia udziałów. Może to mieć miejsce w przypadku, gdy udziałowiec z kraju trzeciego ma prawo ustalać ceny sprzedaży stosowanych udziałów.

6.2.2.3. Prawo udziałowca z kraju trzeciego do sprzedaży udziałów

78. Aby chronić wartość swoich inwestycji i swoje wpływy w przedsiębiorstwie, udziałowcy mniejszościowi często negocjują określoną formę opcji sprzedaży. Taka opcja daje zainteresowanemu udziałowcowi mniejszościowemu prawo do odsprzedaży swoich udziałów przedsiębiorstwu (przewoźnikowi lotniczemu) lub sprzedania ich innym udziałowcom w przypadku wystąpienia określonego zdarzenia i po określonej cenie. Jeżeli taka sytuacja ma miejsce, prawa poboru powinny zostać uwzględnione w ogólnej ocenie skutecznej kontroli.
79. Przeniesienie tego rodzaju opcji sprzedaży na udziałowca z kraju trzeciego ma wpływ na skuteczność kontroli sprawowanej przez udziałowców z UE, bowiem opuszczenie przedsiębiorstwa przez udziałowca z kraju trzeciego mogłoby zdestabilizować to przedsiębiorstwo pod względem finansowym i handlowym. Mogłoby to doprowadzić do sytuacji, w której udziałowiec z kraju trzeciego posiada zdolność wywierania wpływu na udziałowca z UE w takim stopniu, że ten nie jest w stanie sprawować skutecznej kontroli.
80. Skutki opcji sprzedaży zależą będą od mających zastosowanie warunków. Dlatego należy dokładnie zbadać te warunki. Dająca szerokie uprawnienia opcja sprzedaży umożliwiającą udziałowcowi z kraju trzeciego korzystanie z niej w przypadku dużej liczby wydarzeń może pozwolić mu na uzyskanie ze strony przedsiębiorstwa lub pozostałych udziałowców ustępstw w kwestiach, w odniesieniu do których udziałowiec z kraju trzeciego zwykle nie ma prawa do podejmowania decyzji ani prawa weta. Jeśli opcja sprzedaży jest ograniczona do tego, co niezbędne i współmierne do celów ochrony udziałowca z kraju trzeciego przed obniżeniem wartości jego udziałów, nie występują szczególne trudności. Inne przypadki wymagają jednak ściślejszej kontroli.

6.2.2.4. Prawo do nabycia dodatkowych udziałów

81. Opcje zakupu i opcje zamiany umożliwiają udziałowcowi z kraju trzeciego zakupienie większej liczby udziałów w przedsiębiorstwie lub przekształcenie długu albo quasi-kapitału własnego na udziały. Wszelkie dodatkowe prawa głosu lub inne prawa, jakie ten udziałowiec mógłby nabyć w wyniku skorzystania z opcji kupna lub opcji zamiany, powinny zostać sprawdzone pod kątem ich potencjalnego wpływu na sprawowanie skutecznej kontroli nad przedsiębiorstwem.

6.2.2.5. Warunki inwestycji

82. Jeżeli udziałowiec z kraju trzeciego dokonuje inwestycji na określonych warunkach, możliwe, że będzie należało szczegółowo zbadać wpływ tych warunków na skuteczną kontrolę. Dopóki warunki są niezbędne i proporcjonalne w celu ochrony wartości inwestycji, nie pojawiają się szczególne trudności. W innych przypadkach warunki te mogą wymagać bardziej szczegółowej analizy.
83. Jeśli chodzi o warunki związane z postępowaniem regulacyjnym lub innymi kwestiami, które można uznać za wchodzące w zakres polityki publicznej, to zazwyczaj nie mają one wpływu na skuteczność kontroli.
84. Warunki nałożone przez udziałowca z kraju trzeciego, związane z kwestiami finansowymi w przedsiębiorstwie, takimi jak audyt rocznych sprawozdań finansowych, wypłacalność, restrukturyzacja zadłużenia lub konsultacje w kluczowych sprawach przed zakończeniem inwestycji, nie powinny zazwyczaj mieć wpływu na skuteczność kontroli, ponieważ dotyczą one sytuacji finansowej przedsiębiorstwa przed zrealizowaniem inwestycji, a co za tym idzie, wartości inwestycji dla udziałowca z kraju trzeciego.

85. Warunki inwestycji związane w szczególności z biznesplanem przedsiębiorstwa, powoływaniem najważniejszych pracowników lub zawieraniem umowy o współpracy mogą w całości lub częściowo, czy to z mocy prawa, czy też w praktyce, ograniczać uprawnienia organów decyzyjnych przedsiębiorstwa. Nałożone warunki powinny zostać uwzględnione w ogólnej ocenie skutecznej kontroli. Mogą wystąpić przypadki, gdy udziałowiec z kraju trzeciego narzuca ważne decyzje strategiczne jako warunki inwestycji w taki sposób, że bieżący wpływ w ramach organów decyzyjnych przedsiębiorstwa przysługujący udziałowcom z UE zgodnie z zawartymi umowami, jest praktycznie pozbawiony skuteczności. Kwestię tę należy rozpatrywać w ogólnym kontekście, zwłaszcza w świetle konkretnych środków i procedur, za pośrednictwem których udziałowiec z UE ma prawo wywierać wpływ na przedsiębiorstwo.

6.2.3. Powiązania finansowe między przedsiębiorstwem a udziałowcem z kraju trzeciego

86. To, czy wkład finansowy udziałowca z kraju trzeciego prowadzi do braku skutecznej kontroli przez udziałowców z UE, należy ocenić w kontekście zależności finansowej, jaką taki wkład oznacza w konkretnym przypadku. Tego rodzaju zależność może oznaczać, że udziałowcy z UE są *de facto* pozbawieni, w całości lub częściowo, zdolności do wpływania na działanie przedsiębiorstwa za pośrednictwem organów podejmujących decyzje. W takich sytuacjach typowe są przypadki, kiedy z powodu zależności przedsiębiorstwa od finansowania udzielanego lub utrzymywanego przez udziałowca z kraju trzeciego udziałowiec ten jest w stanie uzyskiwać ustępstwa w obszarach strategicznych, choć z prawnego punktu widzenia udziałowiec z UE dysponuje środkami do odmowy zaakceptowania takich ustępstw.
87. W celu ustalenia stopnia zależności finansowej należy najpierw stwierdzić, czy wkład finansowy udziałowca z kraju trzeciego w finansowanie przedsiębiorstwa jest proporcjonalny do posiadanych przez niego udziałów⁽¹⁾. Jeśli tak, o ile nie wystąpią szczególne okoliczności, można by uznać, że udziałowiec z kraju trzeciego nie uzyskał na działalność przedsiębiorstwa wpływu wykraczającego poza ten, który jest nieodłącznym elementem jego praw w odniesieniu do funkcjonowania przedsiębiorstwa, w wyniku nabycia udziałów i dokonanych ustaleń.
88. W tej ocenie poziom wkładu udziałowca z kraju trzeciego powinien zostać porównany z wkładem pozostałych udziałowców oraz innych źródeł zewnętrznych w stosunku do przedsiębiorstwa. Należy uwzględnić wszystkie formy finansowania, w jak najszerszym znaczeniu, takie jak podwyższenie kapitału, kredyty, zabezpieczenia, obligacje, umorzenie zadłużenia, gwarancje⁽²⁾ i dotacje. Należy wziąć pod uwagę nie tylko wkłady wnoszone po inwestycji dokonanej przez udziałowca z kraju trzeciego, lecz również wkłady aktualnych udziałowców i wkłady pochodzące ze źródeł zewnętrznych wniesione podczas przygotowań do sprzedaży udziałów w przedsiębiorstwie (sprzedaży, w wyniku której do grona udziałowców dołączył udziałowiec z kraju trzeciego).
89. Jeśli udziałowiec z kraju trzeciego przyczynił się do finansowania przedsiębiorstwa w stopniu przekraczającym jego proporcjonalny wkład, odpowiadający jego udziałowi w kapitale, należy to uwzględnić w ogólnej ocenie.

6.2.4. Współpraca handlowa

90. Współpraca handlowa może polegać na współpracy operacyjnej między dwoma przedsiębiorstwami (przewoźnikami lotniczymi), takiej jak umowa o wspólnej obsłudze połączeń (ang. *code-sharing*). Może też przybrać formę spółki joint venture lub polegać na wymianie handlowej (kupna i sprzedaży) między udziałowcem z kraju trzeciego a przedsiębiorstwem.
91. Jeżeli przedsiębiorstwo jest w dużym stopniu uzależnione od współpracy z inwestorem z kraju trzeciego, zyskuje on duży wpływ na firmę. Dlatego tam, gdzie ma miejsce tego rodzaju współpraca, należy ocenić, czy wynikająca z niej zależność jest tak duża, że partner z kraju trzeciego może zmusić udziałowca z UE do poparcia swoich strategicznych decyzji.
92. Niektóre umowy o współpracy mogą przewidywać konkretne procesy podejmowania decyzji, za pomocą których dwa przedsiębiorstwa podejmują decyzje dotyczące tej współpracy, zwłaszcza w przypadku spółek joint venture.
93. Jeżeli współpraca handlowa jest warunkiem dokonania inwestycji przez udziałowca z kraju trzeciego, warunek ten powinien zostać oceniony w kontekście informacji podanych powyżej.
94. Jeżeli zakończenie lub zerwanie współpracy handlowej może spowodować odejście z przedsiębiorstwa udziałowca z kraju trzeciego, należy ocenić to prawo udziałowca zgodnie z powyższymi wytycznymi.

(1) Przykład: przedsiębiorstwo z łącznym kapitałem podstawowym w wysokości 100 mln EUR, w którym udziałowcy z UE posiadają udział w wysokości 60 mln EUR, a udziałowcy z państw trzecich – 40 mln EUR. Udziałowcy z UE udzielili przedsiębiorstwu długoterminowego kredytu, na warunkach rynkowych, w wysokości 6 mln EUR, co odpowiada 10 % ich udziałów w kapitale własnym. Aby utrzymać równowagę powiązań finansowych, udziałowcy z krajów trzecich mogą zatem wnieść dodatkowy wkład finansowy w maksymalnej wysokości (oprócz swojego udziałów w kapitale/kapitale własnym) 10 % swoich udziałów w kapitale własnym (czyli 4 mln EUR).

(2) Np. inwestor wystawia gwarancję bankowi, dzięki czemu bank jest gotów udzielić kredytu.

7. MONITOROWANIE I MOŻLIWE ŚRODKI

95. W odniesieniu do monitorowania, czy przedsiębiorstwa przestrzegają przepisów, minimalne obowiązki prawne właściwego organu wydającego koncesje przedstawiono w art. 8 ust. 2 rozporządzenia. Oprócz tych obowiązków organy mogą uznać za właściwe częstsze sprawdzanie sytuacji pod względem udziałów w przedsiębiorstwie, na przykład co miesiąc, co trzy miesiące lub nawet w krótszych odstępach czasu, w zależności od proporcji udziałów posiadanych w danym przedsiębiorstwie przez państwa trzecie.
 96. W tym kontekście przede wszystkim przedsiębiorstwa notowane na giełdzie lub będące własnością instytucji inwestycyjnych muszą zagwarantować udostępnienie właściwemu organowi wydającemu koncesje informacji wystarczających do wykazania temu organowi, że spełniają wymóg zawarty w art. 4 lit. f) rozporządzenia. W tym celu przedsiębiorstwom zaleca się kontrolowanie, na tyle, na ile to możliwe, zakupu i sprzedaży udziałów. Do statutu spółki mogłyby zostać włączone zapisy, które pozwalają dyrektorom sprawdzać obywatelstwo udziałowców oraz wymagać deklaracji obywatelstwa od znaczących udziałowców.
 97. Udziałowiec z kraju trzeciego jest odpowiedzialny za udostępnianie właściwemu organowi wydającemu koncesje wszelkich informacji, o jakie organ ten zwróci się podczas oceny koncesji, w celu udowodnienia, że spełniony został wymóg zawarty w art. 4 lit f) rozporządzenia (zob. pkt 3 powyżej).
 98. Właściwy organ wydający koncesje musi zachować poufność wszelkich tajemnic handlowych, o jakich dowie się podczas realizacji oceny.
 99. W odniesieniu do „skutecznej kontroli” zastosowanie mają następujące dodatkowe wytyczne.
 100. Przy realizacji swoich zadań właściwy organ wydający koncesje może dojść do wniosku, że niektóre wykryte elementy nie pociągają za sobą utraty skutecznej kontroli przez państwa członkowskie lub ich obywateli, jednak związane z tymi elementami wydarzenia w przyszłości mogłyby wywołać skutek w postaci utraty skutecznej kontroli. W takich przypadkach konieczne może być monitorowanie przez właściwy organ rozwoju tych elementów – w ramach regularnych kontroli – pod kątem ciągłości przestrzegania przez przedsiębiorstwo wymogów rozporządzenia. Ma to na celu zapewnienie, by organ wydający koncesje jak najszybciej dowiedział się o jakiegokolwiek sytuacji, w której udziałowiec z UE nie sprawuje już skutecznej kontroli nad przedsiębiorstwem, a tym samym nie są już spełnione wymogi rozporządzenia.
 101. Jeżeli właściwy organ wydający koncesje ma tego rodzaju wątpliwości, musi podjąć działania. W przypadku gdy nie ma innej metody, by rozwiązać te wątpliwości, właściwy organ musi podać je do wiadomości zainteresowanego przedsiębiorstwa.
 102. Jeżeli w związku z tą informacją zainteresowane przedsiębiorstwo zdecyduje się wprowadzić określone zmiany w odniesieniu do swojego ładu korporacyjnego lub innych istotnych aspektów swojej działalności, konieczne może być zgłoszenie lub ponowne zgłoszenie na mocy rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw zgodnie z jego przepisami.
-