II

(Rättsakter vilkas publicering inte är obligatorisk)

KOMMISSIONEN

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 19 juli 1995

med anledning av ett förfarande för tillämpning av rådets förordning (EEG) nr 2407/92 (Swissair/Sabena)

(Endast texterna på franska och nederländska är giltiga)

(Text av betydelse för EES)

(95/404/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR FATTAT FÖLJANDE BESLUT

med beaktande av Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen,

med beaktande av rådets förordning (EEG) nr 2407/92 av den 23 juli 1992 om utfärdande av tillstånd för lufttrafikföretag [1], särskilt artikel 4.5 i denna,

med beaktande av belgiska regeringens begäran, och

med beaktande av följande:

BAKGRUND

I

Den 4 maj 1995 slöt den belgiska staten och det schweiziska flygbolaget Swissair ett avtal enligt vilket Swissair skall förvärva 49,5 % av aktiekapitalet i det belgiska flygbolaget Sabena SA. I avtalet anges de närmare villkoren och förutsättningarna för detta förvärv samt de framtida rättigheterna och skyldigheterna för parterna vid ledningen av Sabena.

I brev av den 12 maj 1995, registrerat hos kommissionen den 18 maj, begärde den belgiska regeringen att kommissionen enligt artikel 4.5 i förordning (EEG) nr 2407/92 skulle undersöka om Sabena uppfyller kraven enligt samma artikel, särskilt vad gäller ägande och kontroll av lufttrafikföretaget, enligt avtalet ovan och att fatta ett beslut i denna fråga. Brevet åtföljdes av ett tekniskt meddelande och kopior på avtalet med Swissair och dess bilagor, inbegripet förslag till Sabenas nya bolagsordning och ett samarbetsavtal som skall slutas mellan de två lufttrafikföretagen.

Genom ett kompletterande brev av den 15 juni 1995, registrerat hos kommissionen den 16 juni, underrättade den belgiska regeringen kommissionen om att parterna hade kommit överens om ett tillägg daterat den 12 juni 1995 genom vilket avtalet av den 4 maj 1995 och förslaget till samarbetsavtal ändras på ett antal punkter.

Följande översikt över hela transaktionen mellan belgiska staten, Swissair och Sabena grundas på den information som finns i de två breven av den 12 maj och den 15 juni 1995 samt bilagorna till dessa.

II

Sabena är ett publikt aktiebolag (société anonyme) enligt belgisk lagstiftning och har sitt säte i Bryssel. Det omfattas helt av de allmänna bolagsrättsregler som gäller enligt belgisk lagstiftning. I dess nya bolagsordning anges bolagets mål vara att tillhandahålla inhemska och internationella flygförbindelser samt andra verksamheter knutna till lufttransport.

[1] EGT nr L 240, 24.8.1992, s. 1.

Sabenas aktier fördelas för närvarande enligt följande: belgiska staten innehar 61,6 %, antingen direkt eller indirekt genom Société fédérale d'Investissement (SFI), som är ett publikt holdingbolag. 37,49 % av aktierna innehas av Air France via dess dotterbolag Finacta. Återstående 0,9 % innehas av belgiska institutionella investerare och, i mindre utsträckning, tidigare anställda eller nuvarande anställda i bolaget.

Avtalet mellan Swissair och den belgiska staten av den 4 maj 1995 innehåller tre större kapitaltransaktioner.

För det första skall SFI köpa alla Sabena-aktier som för närvarande innehas av Finacta. Köpet skall finansieras med ett lån på 4 miljarder BEF som beviljats SFI av Swissair. Knutna till detta lån skall vara 691 666 127 optionsbevis som under vissa omständigheter skall tillåta Swissair att köpa ytterligare aktier i Sabena.

För det andra skall Sabenas aktiekapital höjas med totalt 9,5 miljarder BEF av vilka 2 miljarder på belgiska statens initiativ skall tecknas av belgiska institutionella investerare (fördelat på 895 323 084 aktier), 1,5 miljarder av SFI (fördelat på 671 492 313 aktier) och återstående 6 miljarder av Swissair (fördelat på 2 685 969 251 aktier). Kapitalökningen skall få till följd att 49,5 % av Sabenas röstberättigade aktier ägs av Swissair och de återstående 50,5 % av alla andra parter (motsvarande 2 740 283 257 aktier av vilka minst 1 834 459 013 skall ägas av den belgiska staten och SFI). Avtalet föreskriver dessutom att de institutionella investerarna skall agera genom ett enda särskilt organ för ändamålet som etablerats i Belgien under majoritetsägande och effektiv kontroll av belgiska medborgare. Den belgiska staten och SFI skall ingå ett aktieägaravtal med detta särskilda organ som innehåller röstningsbestämmelser och ömsesidig förköpsrätt till aktier i Sabena. Dessa bestämmelser skall bl.a. säkerställa att den belgiska statens och SFI:s gemensamma ståndpunkt alltid skall ta överhand över de institutionella investerarnas.

För det tredje skall Swissair betala ytterligare 0,5 miljarder BEF för 223 830 770 särskilda vinstandelsbevis som utfärdats av Sabena. Dessa bevis skall ha följande egenskaper:

— De får inte vara en del av Sabenas aktiekapital.

— De skall vara registrerade.

— De är inte förenade med rösträtt.

— De skall berättiga innehavaren till samma utdelning som vanliga kapitalaktier men med minst 5 % av deras teckningskurs.

— Vid likvidation skall de berättiga innehavaren till återbetalning till ursprunglig emissionskurs före någon återbetalning av aktiekapital men med uteslutning av någon del i likvidationsöverskottet.

Båda parter i avtalet är, under vissa förhållanden och om inte annat följer av den andra partens förköpsrätt, berättigade att sälja eller bjuda ut alla eller delar av sina aktier i Sabena. Varje sådan försäljning eller sådant utbud av aktier skall ske på ett sådant sätt att det säkerställs att Sabena uppfyller kraven i förordning (EEG) nr 2407/92. Dessutom föreskrivs i Sabenas bolagsordning att varje överlåtelse av aktier skall anmälas till lufttrafikföretagets styrelse som i sin tur inte skall godkänna en sådan överlåtelse om den strider mot kraven.

III

Parallellt med genomförandet av de transaktioner som beskrivs i det föregående avsnittet skall Sabena avsluta sin strukturella anknytning till Air France som en följd av "protocole d'accord" av den 10 april 1992 och skall därefter styras och administreras av parterna i avtalet av den 4 maj 1995 enligt de regler som anges nedan.

Vid Sabenas bolagsstämma skall röstvärdena motsvara det procenttal av aktiekapitalet som innehas av varje individuell part. Bolagsstämman skall med en majoritet av 75 % av avlagda röster besluta om ändringar i företagets bolagsordning (inbegripet ändringar i fråga om rättslig form och bolagsändamål), ökning eller minskning av dess aktiekapital samt likvidation, fusion eller uppdelning av bolaget. Dessutom har bolagsstämman befogenhet att med enkel majoritet besluta i följande frågor:

— Fördelning av aktieutdelning.

— Godkännande av bolagets årsredovisning.

— Utnämning och entledigande av styrelseledamöter och lagstadgade revisorer.

— Beviljande av ansvarsfrihet för styrelseledamöter och lagstadgade revisorer.

— Andra frågor som hänskjutits till stämman av styrelsen på grund av att tre eller fler styrelseledamöter har motstridiga intressen.

Både i avtalet av den 4 maj 1995 och i Sabenas nya bolagsordning föreskrivs att vid varje bolagsstämma skall röstetalet av icke gemenskapsmedborgare (eller assimilerade) eller personer som kontrolleras av sådana medborgare alltid räknas som mindre än 50 % av det totala röstetalet.

Om inte annat följer av de befogenheter som förbehålls bolagsstämman skall styrelsen leda bolaget och fatta beslut i alla frågor av strategisk betydelse som t.ex. antagandet av en ny verksamhetsplan och årsbudget, betydande investeringar i flygplansflottan och väsentliga ändringar i linjenätskonfigurationen. Styrelsen skall delegera den dagliga ledningen av bolaget till en verkställande direktör, men en sådan delegering får inte minska styrelsens fullständiga ledningsbefogenheter, vilken därför alltid bär det slutliga ansvaret för fattade beslut. Parterna följer därvid allmänna regler enligt belgisk bolagsrätt.

Styrelsen skall bestå av tolv ledamöter, inbegripet ordföranden, som skall fatta alla beslut med enkel majoritet (förutsatt att minst sex ledamöter är närvarande eller företrädda). Ingen styrelseledamot skall ha utslagsröst. Bolagsstämmans utnämning eller entledigande av ledamöter sker i enlighet med följande regler enligt avtalet av den 4 maj 1995:

— Fem styrelseledamöter skall utses på förslag av Swissair.

— Sex styrelseledamöter skall utses på förslag av de belgiska aktieägarna.

— Ordföranden skall utses på gemensamt förslag av båda aktieägargrupperna. Om parterna inte är överens om ett gemensamt förslag inom en i förväg bestämd tidsfrist skall Swissairs förslag råda. I motsats till de två föregående grupperna av styrelseledamöter, skall emellertid bolagsstämman kunna godkänna eller förkasta ett sådant förslag.

— Varje annan styrelseledamot än ordföranden skall entledigas på begäran av de aktieägare på vars förslag han utsågs, om inte en majoritet av 75 % av röstetalet vid bolagsstämman motsätter sig detta.

— Ordföranden kan när som helst tvingas avgå av en röstmajoritet vid bolagsstämman.

I avtalet föreskrivs dessutom att åtminstone ordföranden och de sex ledamöter som utsetts på förslag av de belgiska aktieägarna skall vara medborgare i en medlemsstat i gemenskapen eller assimilerade medborgare, för att göra det möjligt för Sabena att bevara sin status som ett belgiskt lufttrafikföretag inom ramen för tillämplig gemenskapslagstiftning och Belgiens bilaterala lufttrafikavtal.

Om någon styrelseledamot entledigas eller avslutar sitt uppdrag av någon annan anledning skall hans eller hennes ersättare preliminärt väljas in i styrelsen på förslag av den relevanta aktieägargruppen tills det definitiva valet görs av bolagsstämman. Vid val av en ny ordförande krävs emellertid ett gemensamt förslag från båda aktieägargrupperna. Den belgiska regeringen anger i sitt brev av den 12 maj 1995 att om enighet inte kan nås om ett sådant gemensamt förslag kan posten som ordförande inte fyllas genom självsupplering och kommer sålunda temporärt att förbli vakant.

Som redan angetts ovan skall den dagliga ledningen av bolaget anförtros en verkställande direktör som, under giltighetstiden för tilläggsavtalet den 12 juni 1995, skall utses och entledigas av styrelsen med enkel majoritet på gemensamt förslag av, för det första, majoriteten av ordföranden och sex styrelseledamöter som utsetts på förslag av de belgiska aktieägarna och, för det andra, majoriteten av fem styrelseledamöter som utsetts på förslag av Swissair. Enligt avtalet av den 4 maj 1995 kan tjänsten som verkställande direktör kombineras med den som styrelseordförande om parterna är överens om detta. Den belgiska regeringen anger i sitt brev av den 12 maj 1995 att den inte avser att tillåta en sådan kombination under omständigheter där detta skulle koncentrera ledningsinflytandet i händerna på en av Swissair utsedd person.

Styrelsen skall också ha ansvaret för att utse och entlediga finansdirektören och andra medlemmar av företagets ledningsgrupp. Sådana utnämningar skall ske på förslag av den verkställande direktören eller, i fråga om finansdirektören, av Swissair.

IV

I avtalet av den 4 maj 1995 anges även några grundläggande principer för förvaltningen av Sabena. Dessa principer inbegriper att bolaget skall drivas "som ett vinstorienterat och konkurrenskraftigt flygbolag med högkvalitetsimage" och att det skall nära samarbeta med Swissair. För detta senare syfte skall de två lufttrafikföretagen ingå ett samarbetsavtal som redan föreligger i utkastform och som i huvudsak föreskriver:

— skapandet av gemensamma planerings- och kontrollprocesser på grundval av modèller som utvecklats av Swissair, samt gemensamma planeringsfunktioner inom sådana områden som investering i flygplansflottan och utveckling av linjenätet,

— inrättandet av funktioner för gemensam systemförvaltning med ansvar för utformning, urval och marknadsföring av produkter från båda lufttrafikföretagen och övergripande lönsamhet på linjenätet,

— tilldelning inom denna ram av planerings- och linjeförvaltningsansvar för två linjeområden (Afrika och Europa till och från Belgien) till Sabena och för de återstående linjeområdena till Swissair, varvid samförstånd råder om att detta ansvar skall utövas i enlighet med de normer och förfaranden som fastställts av Swissair,

— sammanföring av delar av båda parters verksamhet på sådana områden som marknadsföring, bokningssystem och försäljningsorganisation.

Samtidigt föreskrivs uttryckligen i förslaget till samarbetsavtal att varje lufttrafikföretag skall behålla sitt eget driftsansvar inom ramen för gemensamma planerings- och styrningsprocesser och att de gemensamma funktionerna skall framlägga resultaten av sitt arbete för godkännande i förväg av styrelsen för respektive lufttrafikföretag. Särskilt föreskrivs att de gemensamma enheterna för systemförvaltning varken innebär en begränsning av ansvaret för de enskilda lufttrafikföretagen för sitt eget finansiella resultat, en delegering av beslutsfattandet eller en fördelning av driften av linjerna mellan lufttrafikföretagen. Den belgiska regeringen hävdar i sitt brev av den 12 maj 1995 att avtalsförslaget huvudsakligen gäller samarbete i fråga om planering och ledning och överlåter det slutliga avgörandet i väsentliga frågor till respektive lufttrafikföretags styrelse.

Samarbetsavtalet avses slutas för en inledande tioårsperiod och skall automatiskt förlängas för femårsperioder om det inte avslutas av endera parten. De avtalsklausuler som gäller tillämpningen av gemensamma planerings- och styrningsprocesser liksom de normer och förfaranden som skall användas vid planering och drift av linjeområdena skall ses över av parterna minst vart tredje år för att maximera de två lufttrafikföretagens effektivitet och konkurrenskraft.

V

Dessutom anges i avtalet av den 4 maj 1995 två olika scenarier för framtida förändringar i aktieägarstrukturen i Sabena som går utöver de försäljningsrättigheter som anges i avsnitt II ovan.

För det första har belgiska staten option på förvärv av alla de aktier som innehas av Swissair om dess allmänna intressen löper risk för allvarlig skada och denna situation inte har avhjälpts inom en sexmånadersperiod. Före utgången av 1998 skall det pris som betalas för aktier vara detsamma som ursprungligen betalades av Swissair plus ränta till en viss procentsats. Efter denna dag skall priset fastställas av en internationell investeringsbank som båda parter skall vara överens om.

För det andra har Swissair option på förvärv av rösträttsmajoriteten i Sabena genom att utnyttja alla de optionsbevis som är knutna till det lån som beviljats SFI och vid behov kräva att den belgiska staten och SFI säljer delar av sitt aktieinnehav och/eller avstår från att delta i någon ytterligare höjning av Sabenas aktiekapital. Användandet av denna majoritetsoption är emellertid beroende av ikraftträdandet av ett avtal mellan gemenskapen och Schweiz eller en unilateral ändring av gemenskapens tillämpliga förordningar som skul le göra det möjligt att genomföra en sådan transaktion utan att Sabena förlorar sin status som ett gemenskapens lufttrafikföretag enligt förordning (EEG) nr 2407/92. Dessutom kan optionen inte utnyttjas före år 2000 och skulle om den belgiska staten begär detta kunna innebära en sådan uppdelning av Sabena som är nödvändig för att bevara lufttrafikföretagets fortsatta beteckning enligt tillämpliga luftfartsavtal med tredje land. Med hänsyn till dessa förhållanden och den osäkerhet som blir följden därav anser den belgiska regeringen att Swissairs majoritetsoption för närvarande bör vara utan verkan på Sabenas bolagsledning och sålunda inte omfattas av regeringens nuvarande begäran.

Slutligen bör noteras att tillägget av den 12 juni 1995 till avtalet av den 4 maj 1995 automatiskt skall upphöra att gälla om dess bestämmelser på grund av en ändring av det relevanta regelverket inte längre är nödvändiga för att bevara Sabenas status som ett gemenskapens lufttrafikföretag enligt förordning (EEG) nr 2407/92.

JURIDISK BEDÖMNING

VI

Förordning (EEG) nr 2407/92 utgör, tillsammans med rådets förordningar (EEG) nr 2408/92 (1) och nr 2409/92 (2) en integrerad del av det tredje "flygpaketet" av den 23 juli 1992 genom vilket den inre marknaden för luftfart infördes. Å ena sidan föreskrivs i artikel 3.3 i förordningen att inget företag som är etablerat i gemenskapen får utföra lufttransporter inom gemenskapens territorium om det inte har beviljas den nödvändiga operativa licensen. Beviljandet och behållandet av en sådan licens är i sin tur beroende av att företaget följer de regler som fastställs i förordningen. Å andra sidan åtnjuter ett lufttrafikföretag som har licens i enlighet med dessa regler fritt tillträde till alla linjer inom gemenskapen enligt förordning (EEG) nr 2408/92 — se kommissionens beslut 93/347/EEG (Viva Air) (3).

Det måste också noteras att med stöd av beslut nr 7/94 av Gemensamma EES-kommittén (4), förordning (EEG) nr 2407/92 ingår i tillämpningsområdet för EES-avtalet från och med den 1 juli 1994. För att tillämpa denna förordning måste de EFTA-medlemsstater som deltar i EES-avtalet (och dess medborgare) därför assimileras med gemenskapen medlemsstater (och deras medborgare).

Det är mot denna bakgrund som det nuvarande fallet måste bedömas.

VII

I artikel 4 i förordning (EEG) nr 2407/92 ingår fyra väsentliga krav som innehavaren av en operativ licens måste uppfylla

— dess huvudkontor och, i förekommande fall, dess säte skall vara beläget i den medlemsstat som utfärdar licensen,

— dess huvudsakliga verksamhet skall vara lufttransport enbart eller i kombination med annat affärsmässigt utnyttjande av luftfartyg eller reparation och underhåll av dem,

— företaget skall ägas och fortsatt komma att ägas av medlemsstater eller medborgare i medlemsstater, antingen direkt eller genom majoritetsägande,

— det skall fortlöpande effektivt kontrolleras av sådana stater eller personer.

Det är i första hand de nationella licensgivande myndigheterna som skall kontrollera om ett enskilt företag uppfyller de ovan angivna kraven enligt artikel 4. I punkt 5 i denna artikel föreskrivs emellertid att kommissionen på begäran av en medlemsstat skall granska efterlevnaden av kraven i denna artikel och, om nödvändigt, fatta ett beslut.

Kommissionen utgår från att varje medlemsstat, inbegripet den som är ansvarig för licensgivningen till det berörda företaget, kan framställa en begäran enligt artikel 4.5. Enligt denna bestämmelse måste därför den belgiska regeringens brev av den 12 maj 1995 anses som en begäran av en medlemsstat som förpliktar kommissionen att granska om Sabena uppfyller kraven enligt artikel 4 sedan avtalet ingåtts mellan belgiska staten och Swissair den 4 maj 1995. Denna granskning kan inte omfatta en analys av Swissairs majoritetsoption eftersom utnyttjandet av denna option uttryckligen är underkastad villkoret om en ändring i det relevanta regelverket som skulle låta Swissair förvärva majoritetsägande och effektiv kontroll av Sabena. Av samma skäl kommer granskningen att grundas på avtalstexten av den 4 maj 1995, i dess lydelse enligt tillägg av den 12 juni 1995 och kommer inte att ta hänsyn till ett eventuellt upphörande av detta tillägg.

Det måste dessutom noteras att den transaktion som omfattas av avtalet av den 4 maj 1995 är av betydande storlek och sålunda kommer att ha en påtaglig inverkan på luftfartsmarknaden. Dessutom har kraven enligt artikel 4 ännu inte uttolkats vare sig av kommissionen eller av EG-domstolen. Med hänsyn till dessa omständigheter och med beaktande av den särskilda betydelsen av en enhetlig tillämpning av artikel 4 för en väl fungerande inre luftfartsmarknad anser kommissionen att det är nödvändigt att fatta ett beslut i detta fall.

VIII

Först och främst måste Sabena följa kraven i fråga om dess huvudkontor och huvudsakliga verksamhet enligt artikel 4.1 i förordning (EEG) nr 2407/92. I detta avseende kan noteras att enligt avtalet av den 4 maj 1995 skall Sabena förbli en separat juridisk enhet med säte och huvudkontor i Belgien. Dessutom anges i Sabenas nya bolagsordning bolagets syfte vara att tillhandahålla inhemsk och internationell lufttrafik samt andra verksamheter knutna till luftfartstrafik. Kommissionen anser därför att avtalet av den 4 maj 1995 inte påverkar Sabenas efterlevnad av de två ovan angivna kraven.

IX

För det andra måste kommissionen kontrollera om Sabena uppfyller kraven på att vara majoritetsägt och effektivt kontrollerat av medlemsstaterna eller medborgare i medlemsstaterna enligt artikel 4.2 i förordning (EEG) nr 2407/92.

(1) EGT nr L 240, 24.8.1992, s. 8.
(2) EGT nr L 240, 24.8.1992, s. 15.
(3) EGT nr L 140, 11.6.1993, s. 51.
(4) EGT nr L 160, 28.6.1994, s. 1.

Kraven på majoritetsägande och effektiv kontroll återspeglar på gemenskapsnivå begränsningar som internationella luftfartsavtal traditionellt ålägger lufttrafikföretag. Dessa begränsningar som ursprungligen motiverades av nationell säkerhet är idag främst utformade för att säkerställa att trafikrättigheterna som utbyts enligt sådana avtal effektivt kommer att utnyttjas till de deltagande parternas fördel och inte kommer att utövas, vare sig direkt eller genom dotterbolag, av bolag från tredje land. De hindrar dessutom bolag från tredje land att driva luftfart helt inom en stat eller grupp av stater genom dotterbolag som är etablerade i den staten eller gruppen av stater. Kommissionen bedömer därför att bestämmelserna i artikel 4.2 måste tillämpas utifrån samma perspektiv. En sådan tillämpning måste särskilt ta hänsyn till det övergripande målet att skydda intressena hos gemenskapens luftfartsindustri. Detta innebär särskilt att bolag från tredje land inte får tillåtas att fullt ut på unilateral basis dra fördel av gemenskapens liberaliserade inre luftfartsmarknad. Med andra ord kan sådana bolag dra fördel av den inre marknaden endast genom deltagande inom de gränser för ägande och kontroll som anges i artikel 4.2.

Vart och ett av de två kraven på majoritetsägande och effektiv kontroll kommer nedan att granskas separat med hänsyn till de föregående överväganden.

X

Kommissionen anser att kravet på majoritetsägande är uppfyllt om minst 50 % plus en aktie av det berörda lufttrafikföretagets kapital ägs av medlemsstater eller medborgare i medlemsstater. De återstående aktierna kan mycket väl innehas av en eller flera investerare från tredje land utan att ett sådant aktieinnehav i sig behöver anses oförenligt med artikel 4.2. Det bör emellertid understrykas att både storleken på investering av tredje land och fördelningen av aktier inom varje aktieägargrupp måste tas hänsyn till vid en bedömning om kravet på effektiv kontroll i samma artikel är uppfyllt.

Kommissionen anser dessutom att artikel 4.2 avser begreppet ägande av ett företag som huvudsakligen är grundat på eget kapital. Innehavare av sådant kapital har normalt rätt att delta i beslut som påverkar förvaltningen av företaget samt få del av resterande vinster, eller i händelse av likvidation, i de resterande företagstillgångarna efter det att alla skyldigheter har uppfyllts (se kommissionens beslut 94/653/EG av den 27 juli 1994 angående den anmälda kapitalökningen för Air France) [1]. Villkoren för dessa rättigheter kan naturligtvis variera enligt de deltagande parternas avtal. Därför kan frågan om en viss typ av kapital uppfyller kraven för eget kapital som måste tas hänsyn till enligt ägarbegreppet i artikel 4.2 bara besvaras på grundval av en bedömning från fall till fall med hänsyn till alla berörda omständigheter, inbegripet möjliga följder för efterlevnad av kravet på effektiv kontroll. Om emellertid kapitalet inte ger dess innehavare någon av de två ovan nämnda rättigheterna i någon väsentlig grad skall det i allmänhet inte beaktas vid fastställandet av ägarsituationen för ett företag.

I föreliggande fall skall de finansiella transaktioner som krävs enligt avtalet av den 4 maj 1995 resultera i att 2 685 969 251 eller 49,5 % röstberättigade aktier i Sabena tilldelas Swissair som vid tillämpning av förordning (EEG) nr 2407/92 måste anses som ett tredje-land-bolag (Swissair omfattas av begränsningar i fråga om ägande och kontroll enligt tillämplig schweizisk lagstiftning). De återstående 2 740 283 257 eller 50,5 % av de röstberättigade aktierna i Sabena skall ägas av den belgiska staten, SFI, belgiska institutionella investerare och av tidigare samt nuvarande anställda i bolaget. Minst 2 729 782 097 av dessa senare aktier och sålunda mer än 50 % av det totala antalet röstberättigade aktier skall ägas av den belgiska staten, SFI och de institutionella investerare som deltar i höjningen av kapitalet.

I avtalet av den 4 maj 1995 föreskrivs också att Swissair skall få 223 830 770 särskilda andelsbevis i utbyte mot ytterligare 0,5 miljarder BEF i bidrag till en icke fördelningsbar överskottsreserv för Sabena. Dessa bevis skall emellertid inte ge rösträtt eller berättiga innehavaren till någon andel i bolagets återstående tillgångar i händelse av dess likvidation. Tvärtom skall de i så fall återbetalas till sitt ursprungliga emissionspris före någon återbetalning av aktiekapitalet. Dessutom ger de rätt till en minimiåterbäring av 5 % av emissionsvärdet så att innehavaren inte löper någon större finansiell risk. Kommissionen anser därför att dessa särskilda andelsbevis väsentligen utgör en form av lånekapital och för det nuvarande ändamålet inte utgör eget kapital. Följaktligen skall de inte läggas till de röstberättigade Sabena-aktierna när man bedömer bolagets ägandesituation enligt artikel 4.2.

[1] EGT nr L 254, 30.9.1994, s. 73 (s. 84).

Slutligen måste det i detta sammanhang noteras att Swissair skall motta 691 666 127 optionsbevis i utbyte mot det lån som skall beviljas SFI. Dessa optionsbevis skall berättiga innehavaren att köpa ytterligare aktier i Sabena. Emellertid föreskrivs uttryckligen i avtalet av den 4 maj 1995 att om inte det relevanta regelverket har ändrats så att det tillåter att Swissair förvärvar majoritetsägande och effektiv kontroll över Sabena, kan inte Swissair utnyttja optionsbevisen för att öka sitt aktieinnehav i Sabena över den ursprungligen förutsedda nivån på 49,5 %. Ett utnyttjande av optionsbevisen omfattas sålunda av samma villkor och begränsningar som utnyttjandet av majoritetsoptionen som Swissair åtnjuter. Följaktligen kan optionsbevisen inte påverka ägandesituationen i Sabena i en omfattning som kan konstateras inom ramen för nuvarande förfarande.

Med hänsyn till föregående överväganden drar kommissionen slutsatsen att Sabena enligt avtalet av den 4 maj 1995 uppfyller kravet på majoritetsägande enligt första meningen i artikel 4.2. e

XI

"Effektiv kontroll" definieras i artikel 2 g i förordning (EEG) nr 2407/92 som

> "ett förhållande som bygger på rättigheter, avtal eller annat, som var för sig eller tillsammans och med hänsyn tagen till faktiska och rättsliga förhållanden ger möjligheter att direkt eller indirekt utöva ett avgörande inflytande på ett företag, särskilt då det gäller
>
> a) rätten att använda alla eller delar av ett företags tillgångar,
>
> b) rättigheter eller avtal som ger ett avgörande inflytande på sammansättningen av företagets olika organ, omröstningar eller beslut, eller som på annat sätt ger ett avgörande inflytande på företagets verksamhet."

Kommissionen anser att denna definition av effektiv kontroll måste tolkas och tillämpas enligt artikel 4.2 i ett övergripande sammanhang, enligt resonemanget i avsnitt IX ovan. Särskilt måste varje enskilt fall bedömas med hänsyn till syftet att bevaka gemenskapens luftfartsindustris intressen, vilket särskilt innebär att bolag från tredje land inte tillåts att fullt ut ensidigt dra fördel av gemenskapens liberaliserade inre luftfartsmarknad. Med andra ord får ett sådant bolag i tredje land dra fördel av den inre marknaden endast genom deltagande inom de gränser för ägande och kontroll som anges i artikel 4.2.

I samma syfte krävs enligt artikel 4.2 att den faktiska kontrollen skall utövas av medlemsstater eller medborgare i medlemsstater. De kan göra detta antingen individuellt eller tillsammans med andra medlemsstater eller medborgare i medlemsstater. Däremot utesluts både genom ordalydelsen och de ovan angivna målen för artikel 4.2 att effektiv kontroll utövas tillsammans med individer eller bolag från tredje land. Sådana individer eller bolag får därför inte ha ett avgörande inflytande i den mening som anges i artikel 2 g i det berörda lufttrafikföretaget.

Med beaktande av föregående överväganden anser kommissionen att artikel 4.2 i grunden ställer kravet att medlemsstater och medborgare i medlemsstater antingen individuellt eller tillsammans med andra medlemsstater eller medborgare i medlemsstater har den slutliga beslutmakten vid ledningen av det berörda lufttrafikföretaget. De måste kunna fatta alla avgörande beslut, antingen direkt eller indirekt genom utnämningar till företagets beslutsfattande organ, i sådana nyckelfrågor som t.ex. företagets verksamhetsplan, dess årsbudget och större investerings- eller samarbetsprojekt. Denna befogenhet får inte vara till väsentlig del beroende av stöd från individer eller bolag från tredje land. Det måste emellertid understrykas att det enligt artikel 2 g krävs att dessa allmänna principer tillämpas med beaktande av alla relevanta faktiska eller rättsliga omständigheter. Detta innebär att varje enskilt fall måste bedömas för sig och att kravet på effektiv kontroll generellt sett endast kan tillämpas från fall till fall.

Det är på denna grundval Sabenas efterlevnad av kravet på effektiv kontroll enligt avtalet av den 4 maj 1995 måste granskas.

Röstningsordning för belgiska aktieägare

Först och främst noterar kommissionen att belgiska staten, SFI och de belgiska institutionella aktieägare som deltar i kapitaltillskottet, som tillsammans skall inneha majoriteten av de röstningsberättigade aktierna i Sabena, skall vara bundna av ett aktieägaravtal som innehåller röstningsordningar som skall säkerställa att belgiska statens och SFI:s förenade ståndpunkter alltid segrar. I praktiken kommer Sabenas majoritetsaktieägare därför att agera som en enhet och sålunda kunna hindra Swissair från att dra nytta av att den belgiska sidan består av flera aktieägare.

Sabenas bolagsledning

Vad beträffar Sabenas bolagsledning måste först av allt noteras att det primära ansvaret för bolagets ledning skall anförtros dess styrelse. I avtalet av den 4 maj 1995 föreskrivs att styrelsen "skall ha alla befogenheter för att leda Sabena och besluta i alla nyckelfrågor som rör policy och strategi, inbegripet (utan begränsning) antagandet av Sabenas verksamhetsplan och dess årsbudget, betydande investeringar i flygplansflottan och väsentliga ändringar i nät-

konfigurationen". Dessutom får den planerade delegeringen av den dagliga ledningen till den verkställande direktören "inte försvaga de fullständiga ledningsbefogenheter för styrelsen som fastställs i belgisk bolagsrätt." Kommissionen anser därför att sammansättningen av och röstreglerna för styrelsen är av nyckelbetydelse i det nuvarande sammanhanget.

Sabenas styrelse skall bestå av tolv ledamöter som skall besluta i alla frågor med enkel majoritet. De belgiska aktieägarna skall vara berättigade att utse och, om det är nödvändigt, entlediga sex ledamöter, varav alla skall vara medborgare i medlemsstater, medan Swissair skall ha samma rättigheter beträffande fem ledamöter. Sålunda kommer endast styrelseledamöter som företräder de belgiska aktieägarna att gemensamt kunna inlägga veto mot beslut av styrelsen utan stöd av ytterligare styrelseledamöter.

Särskilda regler styr utnämningen och det möjliga entledigandet av den tolfte ledamoten och styrelsens ordförande som också skall vara medborgare i en medlemsstat. Denna tolfte ledamot skall utses på gemensamt förslag av båda aktieägargrupperna eller, om de inte kan enas om ett sådant gemensamt förslag, på förslag av Swissair. I avtalet av den 4 maj 1995 föreskrivs dock uttryckligen att det står bolagsstämman fritt att godta eller förkasta varje sådant förslag och att stämman när som helst kan entlediga den utsedda ordföranden genom majoritetsbeslut. Eftersom de belgiska aktieägarna kommer att ha absolut röstmajoritet vid bolagsstämman kommer det att vara de som träffar det slutliga avgörandet om ordförande. Ännu viktigare är att de när som helst kan kräva ordförandens avgång.

Kommissionen anser därför att, medan det är sant att varje förslag om ordförande måste stödjas av Swissair, kommer ordföranden huvudsakligen att vara beroende av de belgiska aktieägarnas fortlöpande stöd när han utför sina åligganden. De belgiska aktieägarnas ställning förstärks ytterligare av det faktum att deras representanter i händelse av ett dödläge mellan parterna kommer att ha absolut majoritet i styrelsen och sålunda enhälligt kunna fatta beslut utan att behöva något ytterligare stöd. Följaktligen säkerställer mekanismen för beslutsfattande enligt avtalet av den 4 maj 1995 att de belgiska aktieägarnas intressen slutligen kan ta överhand vid beslut som fattas av styrelsen.

För det andra måste hänsyn tas till att den verkställande direktören skall inneha ansvaret för den dagliga ledningen av bolaget endast inom de gränser som anges av styrelsen och att den senare kan förbehålla sig rätten till enskilda beslut. Sålunda kan delegeringen av ledningsbefogenheterna till den verkställande direktören anses vara av andrahandsbetydelse jämfört med styrelsens roll vid den pågående bedömningen enligt kraven på effektiv kontroll i artikel 4.2. En möjlig förstärkning av den verkställande direktörens ställning som ett resultat av en kombination av denna tjänst med den som ordförande i styrelsen kräver samtycke av den belgiska staten. I detta sammanhang noterar kommissionen belgiska regeringens avsikt att inte tillåta en sådan kombination under omständigheter när detta skulle koncentrera ledningsinflytandet i händerna på en av Swissair utsedd person. I varje fall säkerställs genom reglerna som styr utnämningen av den verkställande direktören att de belgiska aktieägarna har vetobefogenheter under alla faser av urvalsprocessen för denna tjänst.

För det tredje ger avtalet av den 4 maj 1995 endast begränsade befogenheter till Sabenas bolagsstämma. Med undantag av de befogenheter som gäller utnämning och möjligt entledigande av styrelsens ordförande, som diskuteras ovan, begränsas bolagsstämmans roll till att skydda väsentliga investeringsintressen och blandar sig inte i ledningen av bolaget. Dessutom kan de flesta av de frågor som förbehålls bolagsstämman beslutas med enkel röstmajoritet och sålunda genom gemensamt agerande av de belgiska aktieägarna. Swissair behåller endast vetorätten vad beträffar ändringar i Sabenas bolagsordning, ökning eller minskning av dess aktiekapital samt likvidation, fusion eller uppdelning av bolaget. En sådan vetorätt återspeglar dock endast en normal grad av skydd för minoritetsaktieägare som föreskrivs enligt de flesta medlemsstaters bolagsrätt inbegripet Belgien. Kommissionen anser därför att den vetorätt som Swissair har vid Sabenas bolagsstämma inte har någon betydelse i detta sammanhang.

Med beaktande av dessa överväganden drar kommissionen slutsatsen att villkoren för Sabenas bolagsledning enligt avtalet av den 4 maj 1995 inte fråntar de belgiska aktieägarna deras slutliga beslutsmakt och därför inte ger Swissair några befogenheter som i sig själva skulle vara oförenliga med kravet på effektiv kontroll enligt artikel 4.2.

Förslag till samarbetsavtal

Vad beträffar samarbetet mellan Swissair och Sabena måste först noteras att de två lufttrafikföretagen skall sluta ett omfattade samarbetsavtal med en inledande löptid på tio år som automatiskt skall förlängas för ytterligare femårsperioder. Det planerade samarbetet måste därför anses vara av långsiktig strategisk karaktär och medföra strukturella förändringar för båda parter.

Kommissionen anser allmänt att artikel 4.2., utan att det påverkar tillämpningen av andra regler i gemenskapsrätten, inte är utformad för att hindra gemenskapens lufttrafikföretag från att samarbeta med trafikföretag från tredje land på långsiktig strategisk basis. Bestämmelsen får inte tolkas som ett förbud mot att gemenskapens trafikföretag begränsar sin affärsmässiga frihet genom att ingå ett sådant samarbete. Trafikföretagets efterlevnad av kravet på effektiv kontroll kommer endast att vara i fara om ett trafikföretag från tredje land får befogenhet enligt samarbetsvillkoren att i väsentlig utsträckning ersätta beslut av sin gemenskapspartners behöriga bolagsorgan med egna beslut. Det måste därför bedömas om klausulerna i samarbetsavtalet som skall slutas mellan Swissair och Sabena omfattar en sådan överlåtelse av beslutsbefogenheter.

Enligt förslaget till samarbetsavtal som är bifogat avtalet av den 4 maj 1995 krävs att Sabena följer vissa planerings- och styrningsprocesser som utvecklats av Swissair och att normer och förfaranden som definierats av Swissair för viss planerings- och linjeledningsverksamhet iakttas. Swissair skall dessutom ta på sig ansvaret för en sådan planerings- och linjeledning för vissa linjeområden som för närvarande drivs av Sabena, t.ex. flyglinjer till Nordamerika. I de relevanta klausulerna i förslaget till samarbetsavtal föreskrivs dock uttryckligen att alla väsentliga förslag som framkommer som ett resultat av de gemensamma planeringsaktiviteterna skall underställas styrelsen för respektive trafikföretag för godkännande i förväg. Likaledes får fördelning av ansvaret för planering och linjeledning inte anses innebära en delegering av den beslutande makten eller en fördelning av driften av flyglinjer mellan trafikföretagen. På grundval av de handlingar och den information som lämnats av den belgiska regeringen anser kommissionen därför att Sabenas ovan angivna skyldigheter enligt förslaget till samarbetsavtal väsentligen tycks vara av procedurkaraktär och inbegriper inte överföring av beslutsbefogenheter i väsentliga frågor till Swissair.

Det bör ytterligare noteras att de viktigaste klausulerna i förslaget till samarbetsavtal skall underkastas en översyn av båda parter minst vart tredje år. Sabena har sålunda möjlighet att påverka villkoren för de processer, normer och förfaranden som skall följas vid samarbetet med Swissair.

Kommissionen drar därför slutsatsen att förslaget till samarbetsavtal i dess nuvarande utformning inte innehåller några villkor som är oförenliga med kravet på effektiv kontroll enligt artikel 4.2.

Allmänna överväganden

Slutligen är det nödvändigt att placera de enskilda frågor som diskuterats i de föregående styckena och transaktionen som helhet i sitt respektive sammanhang.

För det första har belgiska staten möjlighet att återföra hela transaktionen genom att utnyttja sin köpoption för att förvärva alla aktier som innehas av Swissair. Denna möjlighet kommer troligen endast att allvarligt övervägas vid oöverbryggliga meningsskiljaktigheter mellan parterna, men utgör icke desto mindre ett hot som kan få den verkan att Swissair ständigt försöker undvika att vidta några åtgärder som strider mot den belgiska statens väsentliga intressen. I samma perspektiv krävs enligt avtalet av den 4 maj 1995 uttryckligen att Swissair anstränger sig till det yttersta för att undvika varje åtgärd som skulle kunna äventyra Sabenas status som ett gemenskapens lufttrafikföretag enligt förordning (EEG) nr 2407/92. Dessutom föreskrivs i åtskilliga av avtalsklausulerna, särskilt de om möjlig överlåtelse av aktier, att ingendera parten får utöva sina rättigheter enligt dessa om detta äventyrar Sabenas status. Kommissionen anser att alla dessa faktorer ytterligare skyddar mot en möjlig försvagning av den slutliga beslutsmakten hos belgiska aktieägare i ledningen av Sabena.

För det andra anser kommissionen att vid varje utvärdering av en betydande investering av ett lufttrafikföretag från tredje land i ett gemenskapstrafikföretag att hänsyn dessutom bör tas till det vidare politiska sammanhang i vilket denna investering äger rum och särskilt gemenskapens flygförbindelser med det berörda tredje landet. Såsom diskuteras i avsnitt IX ovan, krävs sådan ytterligare överväganden med hänsyn till målen med kraven på ägande och kontroll, att tillvarata gemenskapsindustrins intressen på luftfartsområdet. Detta innebär särskilt att trafikföretag från tredje land inte fullt ut får tillåtas dra fördel på unilateral basis av gemenskapens liberaliserade inre luftfartsmarknad.

Enligt de schweiziska reglerna om ägande och kontroll av lufttrafikföretag krävs att minst 60 % av ett trafikföretags aktiekapital och minst två tredjedelar av platserna i dess ledningsorgan skall innehas av schweiziska medborgare, eller andra personer som är assimilerade med schweiziska medborgare med stöd av internationella avtal. Dessa krav är i stort sett desamma som de i artikel 4.2 i förordning (EEG) nr 2407/92. Vidare föreskrivs i både schweizisk och gemenskapslagstiftning möjligheten att mer liberala överenskommelser kan ingås med tredje land på ömsesidig basis. I denna senare fråga bör noteras att ministerrådet

den 14 mars 1995 antog ett beslut som bemyndigar kommissionen att förhandla om ett omfattande luftfartsavtal mellan gemenskapen och Schweiz. I detta beslut räknas med att med vissa undantag skall de regler som styr gemenskapens interna luftfartsmarknad utsträckas till Schweiz.

Med hänsyn till detta vidare sammanhang tycks de överenskommelser mellan belgiska staten och Swissair som granskas enligt nuvarande beslut väsentligen vara av övergående natur. De erbjuder en interimslösning tills de befintliga begränsningarna av ägande och kontroll avskaffas mellan Schweiz och gemenskapen på ömsesidig basis. Ett eventuellt avskaffande av dessa begränsningar föregrips redan i avtalen mellan parterna av den 4 maj 1995 i så måtto att det i avtalet uttryckligen föreskrivs en majoritetsoption för Swissair.

Sammantaget innehåller de ytterligare frågor som diskuterats i detta avsnitt ytterligare argument som stöder slutsatsen att Sabena kontrolleras effektivt av dess belgiska aktieägare enligt avtalet av den 4 maj 1995.

XII

Med beaktande av de föregående övervägandena och på grundval av de handlingar och den information som den belgiska regeringen har tillhandahållit i breven av den 12 maj och 15 juni 1995 drar kommissionen den slutsatsen att Sabena uppfyller kraven i artikel 4 i förordning (EEG) nr 2407/92 enligt villkoren i det anmälda avtalet mellan belgiska staten och Swissair av den 4 maj 1995, ändrat genom tillägg av den 12 juni 1995 och att ett beslut bör fattas med detta innehåll.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Sabena uppfyller kraven enligt artikel 4 i förordning (EEG) nr 2407/92 enligt villkoren i det anmälda avtalet mellan den belgiska staten och Swissair av den 4 maj 1995, ändrat genom tillägg av den 12 juni 1995.

Artikel 2

Detta beslut riktar sig till Konungariket Belgien.

Utfärdat i Bryssel den 19 juli 1995.

På kommissionens vägnar

Neil KINNOCK

Ledamot av kommissionen