

II

(Actos cuya publicación no es una condición para su aplicabilidad)

COMISIÓN

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 19 de julio de 1995

relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) nº 2407/92 del Consejo (Swissair/Sabena)

(Los textos en lenguas francesa y neerlandesa son los únicos auténticos)

(Texto pertinente a los fines del EEE)

(95/404/CE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Reglamento (CEE) nº 2407/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre la concesión de licencias a las compañías aéreas⁽¹⁾ y, en particular, el apartado 5 de su artículo 4,

Vista la solicitud presentada por el Gobierno belga,

Considerando lo que sigue :

HECHOS

I

El 4 de mayo de 1995, el Gobierno belga y Swissair Swiss Air Transport Company Limited (en lo sucesivo, Swissair) llegaron a un acuerdo con arreglo al cual esta última adquiere una participación del 49,5 % en el capital de la compañía aérea belga Sabena SA (en lo sucesivo, Sabena). El acuerdo establece de forma pormenorizada las condiciones de la adquisición así como los derechos y obligaciones de las partes en la gestión de Sabena.

Por carta de 12 de mayo de 1995, registrada en la Comisión el 18 de mayo, el Gobierno belga solicitó a la Comisión, en virtud del apartado 5 del artículo 4 del Reglamento (CEE) nº 2407/92, que examinara si, en el marco del acuerdo mencionado, Sabena cumple los requisitos de

dicho artículo, concretamente en materia de propiedad y control de la compañía aérea y que tomara una decisión al respecto. La carta iba acompañada de una nota técnica y de copias del acuerdo con Swissair con su documentación correspondiente, entre la que se incluía un borrador de los nuevos estatutos sociales de la compañía y el proyecto de acuerdo de cooperación que ambas partes tienen previsto celebrar.

Por carta adicional de 15 de junio de 1995, registrada en la Comisión el 16 de junio, el Gobierno belga informó a la Comisión de que con fecha de 12 de junio de 1995 las partes habían adoptado unas disposiciones adicionales por las que se modificaba el acuerdo de 4 de mayo y el proyecto de acuerdo de cooperación en una serie de aspectos.

La breve descripción que sigue sobre la operación que ha tenido lugar entre el Estado belga, Swissair y Sabena se basa en la información facilitada en las cartas de 12 de mayo y 15 de junio de 1995, así como en los documentos anejos a ellas.

II

Sabena es una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación belga y con domicilio social en Bruselas. Se halla plenamente sometida a las normas generales de derecho de sociedades vigentes. Los nuevos estatutos sociales definen como objeto social de la empresa la prestación de servicios de transporte aéreo nacional e internacional así como cualquier otra actividad relacionada con dicho transporte.

⁽¹⁾ DO nº L 240 de 24. 8. 1992, p. 1.

En la actualidad, las acciones de Sabena se hallan repartidas de la siguiente forma: el Estado belga controla un 61,6 % directamente o de forma indirecta a través del *holding* estatal Société Fédérale d'Investissement (SFI). Air France cuenta con una participación del 37,49 % a través de su filial Finacta. El 0,9 % restante se halla en manos de inversores institucionales belgas y, de forma muy marginal, de los antiguos y actuales empleados de la empresa.

El acuerdo entre Swissair y el Estado belga de 4 de mayo de 1995 prevé tres grandes operaciones de capital.

En primer lugar, la SFI adquirirá todas las participaciones de Sabena actualmente en poder de Finacta. Dicha adquisición se financiará mediante un préstamo de 4 000 millones de francos belgas por parte de Swissair a la SFI. El préstamo irá acompañado de *warrants* por valor de 691 666 127 francos belgas que, en determinadas circunstancias, permitirán a Swissair adquirir participaciones adicionales de Sabena.

En segundo lugar, el capital en acciones de Sabena se incrementará en 9 500 millones de francos belgas de los cuales, 2 000 serán suscritos, a iniciativa del Gobierno belga, por inversores institucionales de este país (representados por 895 323 084 acciones), 1 500 millones por la SFI (representados por 671 492 313 acciones) y los 6 000 millones restantes por Swissair (representados por 2 685 969 251 acciones). Con esta aportación de capital, el 49,5 % de las acciones con derecho de voto de Sabena estará en manos de Swissair y el 50,5 % restante será controlado por las demás partes (equivalente a 2 740 283 257 acciones, de las cuales como mínimo 1 834 459 013 pertenecerán al Estado belga y a la SFI). El acuerdo establece además que los inversores institucionales operarán a través de un único organismo especial con sede en Bélgica y de propiedad mayoritaria y control efectivo de ciudadanos belgas. El Estado belga y el SFI participarán en un acuerdo de accionistas con el citado organismo especial en el que se regulan los procedimientos de votación y los derechos recíprocos de prioridad sobre las acciones de Sabena. Estas disposiciones garantizarán, entre otras cosas, que el enfoque conjunto del Estado belga y la SFI siempre prevalecerá sobre el de los inversores institucionales.

En tercer lugar, Swissair pagará 500 millones de francos belgas adicionales por los 223 830 770 certificados especiales de participación emitidos por Sabena. Dichos certificados tendrán las siguientes características:

- no formarán parte del capital en acciones de Sabena,
- serán nominativos,
- no darán derecho a voto,
- darán derecho al titular al mismo dividendo que las acciones ordinarias pero, como mínimo, al 5 % de su precio de emisión,

- en caso de liquidación, darán derecho al titular al reembolso del precio original de emisión antes de cualquier reembolso de acciones pero excluida toda participación en el excedente de liquidación.

Ambas partes del acuerdo podrán, en determinadas condiciones y supeditadas siempre al derecho de prioridad de la otra parte, vender o colocar en el mercado total o parcialmente sus acciones en Sabena. Sin embargo, tal venta o colocación deberá llevarse a cabo de forma que garantice el cumplimiento por parte de Sabena de los requisitos fijados por el Reglamento (CEE) nº 2407/92. Por otro lado, los estatutos sociales de Sabena establecen que cualquier cesión de acciones deberá notificarse al consejo de administración de la compañía aérea que, por su parte, podrá oponerse a dicha cesión si afectara al cumplimiento de dichos requisitos.

III

Paralelamente a las realizaciones de las operaciones descritas, Sabena perderá su vinculación estructural a Air France derivada del « protocolo de acuerdo » de 10 de abril de 1992 y, en adelante, se hallará bajo la gestión y el control de las partes en el acuerdo de 4 de mayo de 1995, en virtud de las normas que se describen a continuación.

En la junta general de accionistas de Sabena, los derechos de voto son proporcionales al capital en acciones de cada una de las partes. La junta de accionistas decidirá por una mayoría reforzada del 75 %, cualquier modificación de los estatutos sociales de la empresa (incluidos los cambios de forma jurídica u objeto social), cualquier aumento o reducción del capital en acciones, así como cualquier liquidación, fusión o escisión de la empresa. Además, la junta de accionistas estará facultada para decidir por mayoría simple sobre las siguientes cuestiones:

- distribución de dividendos
- aprobación de las cuentas anuales de la empresa
- nombramiento y destitución de los miembros del consejo de administración y de los auditores de cuentas de la empresa
- descargo de los miembros del consejo de administración y de los auditores de cuentas de la empresa
- cualquier otra cuestión elevada por el consejo de administración a la junta general debido a un conflicto de intereses entre tres o más de sus miembros.

Tanto el acuerdo de 4 de mayo de 1995 como los nuevos estatutos sociales de Sabena establecen que, en cualquier junta de accionistas, los votos acumulados de los ciudadanos no comunitarios (o asimilados) o de las personas controladas por dichos ciudadanos siempre representarán menos del 50 % del total de votos.

Sin perjuicio de las atribuciones reservadas a la junta general de accionistas, el consejo de administración será el encargado de la gestión de la empresa y de decidir todas las cuestiones de política y estrategia empresarial fundamentales, tales como la aprobación del plan de actividades y del presupuesto anual, las inversiones en flota y los cambios sustanciales en la configuración de la red. El consejo delegará la gestión cotidiana en un director general, aunque dicha delegación no menoscabará los plenos poderes de gestión del consejo de administración que, por lo tanto, seguirá teniendo la responsabilidad última. Las partes deberán atenerse a las normas generales establecidas en el derecho de sociedades belga.

El consejo de administración estará formado por doce miembros, incluido el presidente, y adoptará todas las decisiones por mayoría simple (siempre que se hallen presentes o representados seis de sus miembros). Ninguno de los miembros del consejo tendrá derecho a voto de calidad. Su nombramiento o destitución por parte de la junta general de accionistas estará sujeto a las condiciones establecidas en el acuerdo de 4 de mayo de 1995, que se reproducen a continuación :

- cinco de los miembros serán nombrados a propuesta de Swissair,
- seis de los miembros serán nombrados a propuesta de los accionistas belgas,
- el nombramiento del presidente se efectuará mediante una propuesta conjunta realizada por ambos grupos de accionistas. En caso de que las partes no lleguen a ponerse de acuerdo sobre dicha propuesta conjunta en un plazo determinado, prevalecerá la propuesta de Swissair. En contraste con los dos grupos de miembros del consejo de administración, la junta de accionistas tendrá libertad para aceptar o rechazar la propuesta,
- cualquier miembro del consejo a excepción del presidente podrá ser destituido a petición de los accionistas que propusieron su nombramiento, salvo en el caso de que, en la junta general de accionistas, una mayoría del 75 % se oponga a su destitución,
- el presidente podrá ser revocado en cualquier momento por voto mayoritario de la junta de accionistas.

El acuerdo prevé además que, como mínimo, el presidente y seis de los miembros nombrados a propuesta de los accionistas belgas deberán ser ciudadanos de los Estados miembros o asimilados, tal como exige el mantenimiento por parte de Sabena de su condición de compañía aérea belga con arreglo a la legislación comunitaria aplicable y los acuerdos bilaterales belgas sobre servicios aéreos.

En caso de que un miembro del consejo de administración sea destituido o cese en sus funciones por cualquier otro motivo, el consejo cooptará su sustitución provisional con arreglo a una propuesta del grupo de accionistas al que pertenezca hasta la elección de un miembro definitivo por parte de la junta general de accionistas. No obstante, la cooptación de un nuevo presidente exigirá una propuesta conjunta de ambos grupos de accionistas. En su carta de 12 de mayo de 1995 el Gobierno belga indicaba que, de no alcanzarse un acuerdo para presentar una propuesta conjunta, el cargo de presidente no podrá cubrirse por cooptación y, por lo tanto, quedará vacante provisionalmente.

Como ya se ha indicado, la gestión cotidiana de la empresa se encomendará a un consejero delegado que, en virtud de las disposiciones adicionales de 12 de junio de 1995, será nombrado y destituido por el consejo de administración, actuando por mayoría simple, a partir de una propuesta conjunta, en primer lugar, de una mayoría formada por el presidente y los seis miembros del consejo elegidos a propuesta de los accionistas belgas y, en segundo lugar, de la mayoría de los cinco miembros nombrados a propuesta de Swissair. Según el acuerdo de 4 de mayo de 1995, el cargo de consejero delegado podrá combinarse con el de presidente del consejo de administración siempre que las partes estén de acuerdo. En su carta de 12 de mayo de 1995, el Gobierno belga afirma que « no tiene intención de permitir tal combinación cuando ello pueda suponer la concentración del poder de gestión en manos de un delegado de Swissair ».

El consejo de administración será asimismo responsable del nombramiento y destitución del director financiero y de los demás miembros de la dirección ejecutiva. Todos los nombramientos se realizarán a propuesta del consejero delegado y, cuando se trate del director financiero, a propuesta de Swissair.

IV

El acuerdo de 4 de mayo de 1995 que establece asimismo algunos principios básicos para la gestión de Sabena. Entre ellos, el de que la empresa deberá gestionarse como « una compañía aérea competitiva y orientada a la obtención de beneficios, con una imagen de calidad » y que deberá colaborar estrechamente con Swissair. Para lograr dicha colaboración las dos compañías suscribirán un proyecto de acuerdo de cooperación por el que se establece :

- la creación de sistemas de planificación y control comunes basándose en modelos desarrollados por Swissair, así como de acciones de planificación conjuntas en aspectos determinados tales como la inversión en flota y el desarrollo de la red de rutas,
- el establecimiento de un sistema de gestión conjunto responsable del diseño, la selección y comercialización de los productos de ambas compañías y de la rentabilidad global de la red,
- la asignación a Sabena, dentro de este marco, de la responsabilidad de planificación y de gestión de línea de dos rutas aéreas (África y Europa partiendo de Bélgica o con destino a este país) y a Swissair del resto de las rutas, por lo que el ejercicio de dichas responsabilidades se desarrollará de acuerdo con las normas y procedimientos definidos por Swissair,
- la combinación de las operaciones de ambas partes en el ámbito de los programas de comercialización, sistema de reservas y organización de ventas.

Sin embargo, al mismo tiempo, las cláusulas del proyecto de acuerdo de cooperación establecen de forma explícita que cada una de las compañías sus propias responsabilidades operativas aún en el marco de los procesos de planificación y control comunes y que los organismos comunes presentarán los resultados de trabajo para su aprobación por parte del consejo de administración de sus respectivas compañías. En particular, se establece que el sistema conjunto de gestión no implicará una limitación de la responsabilidad de cada compañía por sus propios resultados financieros, ni tampoco una delegación de la capacidad de toma de decisiones o una distribución de la explotación de las rutas entre compañías. En su carta de 12 de mayo de 1995, el Gobierno belga aduce que el proyecto de acuerdo se limita a procedimientos de cooperación en materia de planificación y gestión y deja la determinación definitiva de los aspectos más importantes en manos del consejo de administración de cada compañía.

En principio, el acuerdo tendrá un período de duración inicial de diez años y, salvo rescisión de alguna de las partes, se prorrogará automáticamente por otros cinco. Las cláusulas del acuerdo relacionadas con la aplicación de procedimientos comunes en materia de planificación y gestión de las zonas de rutas serán revisadas por las partes al menos cada tres años, con objeto de incrementar al máximo la rentabilidad y competitividad de ambas compañías.

V

Además, el acuerdo de 4 de mayo de 1995 baraja dos hipótesis diferentes por lo que respecta a los futuros cambios de la estructura de la participación de capital en Sabena que van más allá de los derechos de venta mencionados en el apartado II.

Una primera hipótesis es que el Estado belga tenga la posibilidad de adquirir todas las acciones destinadas en principio a Swissair en caso de que sus intereses generales se vean dañados de forma significativa y de que no se pueda hallar una solución en el plazo de seis meses. Hasta finales de 1998, el precio de las acciones equivaldrá al pagado inicialmente por Swissair más los intereses a un tipo determinado. Después de esa fecha, será fijado por un banco internacional de inversiones y sometido al acuerdo de las partes.

La segunda hipótesis es que Swissair tenga la posibilidad de adquirir una parte mayoritaria de los derechos de voto de Sabena haciendo efectivos los *warrants* vinculados al préstamo concedido a SFI y, en caso necesario, exigiendo al Estado belga y a SFI que vendan parte de sus acciones y que se abstengan de participar en cualquier ampliación adicional del capital de Sabena. Ahora bien, el ejercicio de esta opción mayoritaria está supeditado a la entrada en vigor de un acuerdo entre la Unión Europea y Suiza o una modificación unilateral de las normas aplicables por la Comunidad que permita la ejecución de tal operación sin que Sabena pierda su condición de compañía aérea comunitaria con arreglo al Reglamento (CEE) nº 2407/92. Además, la opción no podrá ponerse en práctica antes del año 2000 y, si así lo exige el Gobierno belga, podrá llevar consigo la escisión de Sabena en la forma necesaria para salvaguardar la designación de la compañía en los acuerdos sobre servicios aéreos aplicables a terceros países. Habida cuenta de dichas condiciones y de la incertidumbre resultante, el Gobierno belga considera que la opción mayoritaria de Swissair no tendría ninguna incidencia sobre la gestión de Sabena y esa es la razón de que no se aluda a ella en la solicitud del Gobierno.

Por último, cabe señalar que las disposiciones adicionales de 12 de junio de 1995 al acuerdo de 4 de mayo quedarán anuladas automáticamente en caso de que, como consecuencia de un cambio del entorno reglamentario, las disposiciones ya no sean necesarias para salvaguardar la condición de compañía aérea comunitaria de Sabena en virtud de lo dispuesto en el Reglamento (CEE) nº 2407/92.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

VI

El Reglamento (CEE) n° 2407/92 forma parte, con los Reglamentos (CEE) n°s 2408/92⁽¹⁾ y 2409/92⁽²⁾ del Consejo, del tercer paquete en materia de aviación de 23 de julio de 1992 por el que se establece el mercado único en el sector del transporte aéreo. Por un lado, el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento establece que no se autorizará a ninguna empresa establecida en la Comunidad a prestar servicios de transporte aéreo en dicho territorio a menos que cuente con la licencia de explotación adecuada. La concesión y mantenimiento de la licencia se supedita, a su vez, al cumplimiento por parte de la compañía de las normas establecidas en el Reglamento. Por otro lado, cualquier compañía aérea en posesión de una licencia en virtud de dichas normas tendrá libre acceso a todas las rutas comunitarias en virtud del Reglamento (CEE) n° 2408/92 [véase la Decisión 93/347/CEE de la Comisión (Viva Air)]⁽³⁾.

Cabe señalar asimismo que, en virtud de la Decisión n° 7/94 del Comité mixto del EEE⁽⁴⁾, el Reglamento (CEE) n° 2407/92 ha sido incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo EEE con vigencia a partir del 1 de julio de 1994. A efectos de aplicación del Reglamento, los países de la AELC miembros del Acuerdo (y sus ciudadanos) deberá asimilarse a los Estados miembros de la Comunidad (y sus ciudadanos).

El presente caso ha de evaluarse teniendo en cuenta dichas premisas.

VII

El artículo 4 del Reglamento (CEE) n° 2407/92 establece cuatro requisitos fundamentales que deberán ser respetados por la compañía en posesión de una licencia de explotación :

- el principal centro de actividad y, en su caso, el domicilio social deberá estar situado en el Estado miembro de concesión de la licencia ;
- su principal actividad deberá ser el transporte aéreo, bien de forma exclusiva o combinado con cualquier otra explotación comercial de aeronaves o de reparación y mantenimiento de aeronaves ;
- deberá ser propiedad de Estados miembros o de nacionales de los Estados miembros y continuar siéndolo directamente o mediante la propiedad mayoritaria del capital ;
- en todo momento deberá estar efectivamente controlada por dichos Estados o sus nacionales.

Corresponderá en primer lugar a las autoridades nacionales otorgantes de la licencia comprobar si una

compañía determinada cumple los requisitos del artículo 4 mencionados. No obstante, el apartado 5 del mismo artículo establece que la Comisión, actuando a petición de un Estado miembro, examinará el cumplimiento de dichos requisitos y tomará una decisión en caso necesario.

La Comisión considera que cualquier Estado miembro, incluido el responsable de la concesión de la licencia a la compañía, podrá efectuar una solicitud con arreglo al apartado 5 del artículo 4. A efectos de dicha disposición, la carta del Gobierno belga de 12 de mayo de 1995 debe considerarse, por lo tanto, como una solicitud de un Estado miembro que obliga a la Comisión a examinar si Sabena cumple los requisitos del artículo 4 en relación con el acuerdo entre el Estado belga y Swissair de 4 de mayo de 1995. El examen no puede incluir un análisis de la opción mayoritaria de Swissair, ya que el ejercicio de esta opción está sujeto explícitamente a un cambio en el entorno reglamentario que permita a Swissair adquirir la propiedad mayoritaria y el control efectivo de Sabena. Por las mismas razones, ha de basarse en el texto del acuerdo de 4 de mayo de 1995 tal como queda modificado por las disposiciones adicionales de 12 de junio de 1995 y no contemplará una posible resolución de éstas.

Además, cabe señalar que la operación por el acuerdo de 4 de mayo de 1995 es de gran envergadura y, por lo tanto, tendrá una repercusión considerable en el mercado de transporte aéreo. Por otro lado, aún no existe una práctica significativa sobre la interpretación de los requisitos del artículo 4 por parte de la Comisión o del Tribunal de Justicia. Teniendo en cuenta estas circunstancias y, concretamente, la especial importancia que reviste la aplicación uniforme del artículo 4 para el correcto funcionamiento del mercado interior de transporte aéreo, en el presente caso la Comisión considera necesario adoptar una decisión.

VIII

En primer lugar, Sabena deberá cumplir los requisitos relacionados con su principal centro de actividad y naturaleza de su tarea previstos en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento (CEE) n° 2407/92. Cabe señalar al respecto que, en virtud de lo dispuesto en el acuerdo de 4 de mayo de 1995, Sabena seguirá siendo una entidad jurídica independiente con domicilio social y sede principal en Bélgica. Además, según los nuevos estatutos sociales de Sabena, el objeto de la compañía es la prestación de servicios aéreos nacionales e internacionales así como otros servicios complementarios. Por lo tanto, la Comisión concluye que el acuerdo de 4 de mayo de 1995 no afecta al cumplimiento por parte de Sabena de los requisitos mencionados.

IX

En segundo lugar, la Comisión debe comprobar asimismo si Sabena cumple los requisitos relacionados con la propiedad mayoritaria y el control efectivo por parte de Estados miembros o de ciudadanos de los Estados miembros tal como establece el apartado 2 del artículo 4 del Reglamento (CEE) n° 2407/92.

⁽¹⁾ DO n° L 240 de 24. 8. 1992, p. 8.

⁽²⁾ DO n° L 240 de 24. 8. 1992, p. 15.

⁽³⁾ DO n° L 140 de 11. 6. 1993, p. 51.

⁽⁴⁾ DO n° L 160 de 28. 6. 1994, p. 1.

A escala comunitaria, los requisitos de propiedad mayoritaria y control efectivo son un reflejo de las restricciones que tradicionalmente se han venido imponiendo a las compañías aéreas en virtud de los acuerdos internacionales sobre servicios aéreos. Dichas restricciones, que en un principio se justificaban por motivos de seguridad nacional, tienen hoy en día por finalidad garantizar que los derechos de tráfico intercambiados en virtud de dichos acuerdos serán explotados en beneficio de las partes y no serán ejercidos de forma directa o a través de filiales por compañías de terceros países. Además, las restricciones evitan que las compañías de terceros países presten plenamente servicios dentro de un Estado o grupo de Estados miembros a través de filiales establecidas en ellos. Así pues, la Comisión opina que la aplicación de las disposiciones del apartado 2 del artículo 4 debe efectuarse de acuerdo con los mismos criterios. Deberá tenerse en cuenta, en particular, el objetivo global de salvaguardia de los intereses del sector de transporte aéreo en la Comunidad. Ello significa, concretamente, que no se deberá permitir a las compañías de terceros países beneficiarse plenamente, de forma unilateral, de la liberalización del transporte aéreo dentro de mercado interior. En otras palabras, dichas compañías sólo podrán beneficiarse del mercado interior mediante participaciones dentro de los límites de propiedad y control fijados en el apartado 2 del artículo 4.

A continuación, se examinan por separado los requisitos de propiedad mayoritaria y control efectivo a la luz de las consideraciones anteriores.

X

La Comisión considera que se cumple el requisito de propiedad mayoritaria cuando, como mínimo, la mitad más una de las acciones de capital de la compañía aérea examinada están en manos de Estados miembros o de sus ciudadanos. Las acciones restantes pueden ser propiedad de uno o más inversores de terceros países y esta participación en sí misma no tiene por qué considerarse incompatible con el apartado 2 del artículo 4. Ahora bien, es importante señalar que, en caso de que se quiera comprobar el cumplimiento del requisito de control efectivo establecido en el mismo artículo, habrá que tener en cuenta la magnitud de la inversión del tercer país así como el reparto de las acciones dentro de cada grupo de accionistas.

La Comisión considera asimismo que el concepto de propiedad de una empresa al que se alude en el apartado 2 del artículo 4 es esencialmente el de la propiedad del capital social. Normalmente, los poseedores de dicho capital tienen derecho a participar en las decisiones relacionadas con la gestión de la empresa así como derecho a la participación en los beneficios marginales o, en caso de liquidación, a los activos residuales de la empresa una vez atendidos todos los acreedores (Decisión 94/653/CE de la

Comisión de 27 de julio de 1994, relativa a la ampliación de capital notificada de Air France)⁽¹⁾. Evidentemente, las condiciones de estos derechos pueden variar en función del acuerdo celebrado por las partes contratantes. Por lo tanto, la cuestión de si un determinado tipo de capital puede representar una parte del patrimonio de la empresa y debe tenerse en cuenta en virtud del concepto de propiedad del apartado 2 del artículo 4, sólo puede resolverse caso por caso y tomando en consideración todas las circunstancias que puedan tener interés, incluida cualquier posible repercusión en el cumplimiento del requisito de control efectivo. Sin embargo, si el capital no confiere en manera apreciable al accionista ninguno de los dos derechos mencionados no deberá tenerse en cuenta a la hora de determinar la situación de propiedad de la empresa.

En el presente caso, las operaciones financieras necesarias en virtud del acuerdo de 4 de mayo de 1995 tendrán como consecuencia que 2 685 969 251 francos belgas o el 49,5 % de las acciones con derecho a voto de Sabena estará bajo el control de Swissair que, a efectos del Reglamento (CEE) nº 2407/92, debe considerarse una compañía de un tercer país (Swissair se halla sujeta por su parte a las limitaciones de propiedad y control fijadas por la propia legislación suiza). Los 2 740 283 257 francos belgas restantes o el 50,5 % de los derechos de voto de Sabena estarán en manos del Estado belga, de la SFI, de inversores institucionales belgas, así como de antiguos y actuales empleados de la compañía. Al menos 2 729 782 097 francos belgas de estas acciones y, por lo tanto, el 50 % de las acciones con derecho a voto estarán en posesión del Estado belga, la SFI y los inversores institucionales que han participado en la ampliación de capital.

El acuerdo de 4 de mayo de 1995 establece asimismo que Swissair recibirá 223 830 770 francos belgas en certificados de participación especiales por una aportación de 500 millones de francos belgas a una reserva de excedentes no distribuible de Sabena. Sin embargo, estos certificados no llevarán asociados derechos de voto ni darán derecho a sus titulares a participación alguna en los activos residuales de la compañía en caso de liquidación de esta última. Por el contrario, en este último caso serán reembolsados a su precio de emisión inicial antes de cualquier reembolso de capital en acciones. Por otra parte, generalmente darán derecho, como mínimo, a un reembolso del 5 % del precio de emisión y, así, evitarán a su titular gran parte de los riesgos financieros. Así pues, la Comisión opina que los certificados de participación especiales son esencialmente un tipo de capital de préstamo y que a efectos de la presente Decisión no constituyen capital social. Por consiguiente, no deberán sumarse a las acciones con derecho a voto de Sabena al evaluar la situación de propiedad de la empresa con arreglo al apartado 2 del artículo 4.

⁽¹⁾ DO nº L 254 de 30. 9. 1994, p. 73 (p. 84).

Por último, cabe señalar en este contexto que Swissair recibirá 691 666 127 francos belgas en forma de *warrants* por el préstamo concedido a la SFI. Dichos *warrants* autorizarán a su titular a adquirir acciones adicionales de Sabena. No obstante, el acuerdo de 4 de mayo de 1995 estipula explícitamente que, salvo que se produzca un cambio en el entorno reglamentario que permita a Swissair adquirir la propiedad mayoritaria y el control efectivo de Sabena, la primera empresa no podrá utilizar los *warrants* para incrementar su participación en Sabena por encima del nivel inicialmente previsto del 49,5 %. Así, cualquier utilización de los *warrants* está sujeta a las mismas condiciones y restricciones que el ejercicio de la opción mayoritaria de que goza Swissair. Por consiguiente, los *warrants* no pueden incidir en la situación de propiedad de Sabena en la medida de lo que ha podido comprobarse con arreglo al presente procedimiento.

Habida cuenta de todo lo anterior, la Comisión ha llegado a la conclusión de que Sabena cumple el requisito de propiedad mayoritaria contemplado en la primera frase del apartado 2 del artículo 4, en virtud del acuerdo de 4 de mayo de 1995.

XI

La letra g) del artículo 2 del Reglamento (CEE) nº 2407/92 define el «control efectivo» de la siguiente forma:

«Una relación constituida por derechos, contratos o cualesquiera otros medios que, separados o conjuntamente y tomando en consideración elementos de hecho o de derecho, concedan la posibilidad de ejercer, directa o indirectamente, una influencia decisiva sobre una empresa, en particular mediante:

- a) el derecho de utilizar total o parcialmente los activos de una empresa;
- b) derechos o contratos que confieran una influencia decisiva sobre la composición, las votaciones o las decisiones de los órganos de una empresa o que por otros medios confieran una influencia decisiva en la gestión de las actividades de la empresa.»

La Comisión considera que esta definición de control efectivo debe ser interpretada y aplicada en el contexto general del apartado 2 del artículo 4, como se expuso en el apartado IX. Concretamente, todos y cada uno de los casos individuales deberán evaluarse a la luz del objetivo de salvaguardia de los intereses de sector del transporte aéreo comunitario orientado principalmente a evitar que las compañías de terceros países puedan aprovechar plenamente y de forma unilateral la liberalización del mercado de transporte aéreo comunitario. En otras palabras, las compañías de terceros países podrán beneficiarse del mercado interior mediante participaciones pero únicamente dentro de los límites de propiedad y control fijados en el apartado 2 del artículo 4.

Siguiendo la misma línea, el apartado 2 del artículo 4 exige que el control efectivo esté en manos de Estados miembros o de sus ciudadanos. Dicho control podrá llevarse a cabo de forma individual o conjuntamente con otros Estados miembros o nacionales de otros Estados miembros. Por el contrario, tanto el enunciado como los

objetivos del apartado 2 del artículo 4 mencionados excluyen el ejercicio del control efectivo en colaboración con personas o empresas de terceros países. Por lo tanto, las personas y empresas mencionadas no deberán tener ninguna influencia decisiva en la compañía aérea en cuestión, tal como establece la letra g) del artículo 2.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Comisión opina que el apartado 2 del artículo 4 exige básicamente que los Estados miembros y/o sus ciudadanos cuenten, de forma individual o en colaboración con otros Estados miembros o ciudadanos de otros Estados miembros, con el poder de decisión último en la gestión de la compañía aérea en cuestión. Los Estados miembros deberán tener la última palabra, ya sea directamente o indirectamente a través del nombramiento de órganos de decisión de la compañía aérea, en cuestiones tales como la elaboración del plan de actividad de la empresa, el presupuesto anual o cualquier proyecto importante de cooperación o inversión. Dicha capacidad no deberá estar supeditada al apoyo de empresas o personas de terceros países. No obstante, cabe señalar que la letra g) del artículo 2 exige que estos principios generales se apliquen tomando en consideración elementos de hecho y de derecho. Ello significa que todos y cada uno de los casos individuales deberán evaluarse por separado y que desde una perspectiva más general, el requisito de control efectivo sólo podrá aplicarse caso por caso.

El cumplimiento por parte de Sabena del requisito de control efectivo bajo el acuerdo de 4 de mayo de 1995 debe examinarse a la luz de estas consideraciones.

Acuerdo sobre voto entre accionistas belgas

En primer lugar, la Comisión observa que el Estado belga, la SFI y los inversores institucionales belgas que participan en la ampliación de capital y que conjuntamente tendrán la mayoría de los derechos de voto de Sabena, estarán vinculados por un acuerdo entre accionistas que incluirá disposiciones sobre voto que aseguren que siempre prevalecerá el enfoque del Estado belga y de la SFI. Por lo tanto, en la práctica, los accionistas mayoritarios de Sabena actuarán como una única entidad y así podrán impedir que Swissair saque partido de la existencia de varios accionistas en el lado belga.

Administración conjunta de Sabena

Por lo que respecta a la administración conjunta de Sabena, cabe señalar en primer lugar que, de ahora en adelante, la responsabilidad básica de gestión de la empresa se confiará al consejo de administración. El acuerdo de 4 de mayo de 1995 establece que el consejo de administración contará con plenas atribuciones para la gestión de Sabena y será quien decida todas las políticas clave y las cuestiones estratégicas, incluida (sin restricciones) la aprobación del plan de actividad y del presupuesto anual de la empresa, las inversiones en flota y los cambios sustanciales en la configuración de la red. Por otro lado, la proyectada delegación de la gestión cotidiana en un consejero delegado no menoscabará los plenos poderes de gestión del consejo de administración, en virtud del derecho de sociedades belga. Así pues, en el presente contexto, la Comisión considera de importancia

fundamental la composición y normas de votación del consejo de administración.

El consejo de administración de Sabena estará compuesto por doce miembros que decidirán en todas las cuestiones por mayoría simple. Los accionistas belgas tendrán derecho a nombrar y, en caso necesario, destituir a seis de sus miembros, que deberán ser ciudadanos comunitarios en su totalidad, mientras que Swissair contará con los mismos derechos con relación a cinco miembros. Así, únicamente los miembros designados por los accionistas belgas actuando de forma conjunta podrán vetar las decisiones del consejo de administración sin necesidad del apoyo de otros miembros de este órgano.

El nombramiento y eventual destitución del duodécimo miembro y a la vez presidente del consejo de administración, que deberá ser asimismo ciudadano comunitario, está sujeto a normas especiales. Este duodécimo miembro será nombrado con arreglo a una propuesta conjunta de ambos grupos de accionistas o, en caso de que no se llegue a un acuerdo, con arreglo a una propuesta de Swissair. Sin embargo, el acuerdo de 4 de mayo de 1995 establece explícitamente que la junta de accionistas deberá tener libertad para aceptar o rechazar cualquier propuesta y que la junta podrá destituir en todo momento al presidente designado por votación mayoritaria. Como los accionistas contarán en la junta con la mayoría absoluta de los votos, serán ellos quienes en última instancia decidirán sobre la elección del presidente y, lo que es más importante, quienes podrán exigir en cualquier momento su destitución.

Por lo tanto, la Comisión considera que aunque cualquier propuesta para la designación del presidente requiera el apoyo de Swissair, éste dependerá del apoyo constante de los accionistas belgas a la hora de desempeñar sus tareas. El papel de dichos accionistas se verá reforzado por el hecho de que en caso de que excepcionalmente las partes no lleguen a un acuerdo, sus representantes contarán con la mayoría absoluta en el consejo de administración y, así, podrán tomar decisiones de forma autónoma sin necesidad de ningún apoyo adicional. Por consiguiente, el mecanismo de toma de decisiones establecidos por el acuerdo de 4 de mayo de 1995 garantiza que, en última instancia, en las decisiones adoptadas por el consejo de administración prevalecerá siempre el interés de los accionistas belgas.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el consejero delegado sólo será responsable de la gestión cotidiana de la compañía dentro de los límites fijados por el consejo de administración y que este último podrá reservarse la adopción de cualquier decisión individual. Por lo tanto, a los efectos de la presente evaluación en virtud del requisito de control efectivo establecido en el apartado 2 del

artículo 4, la delegación de los poderes de gestión en el consejero delegado puede considerarse secundaria en comparación con el papel del consejo de administración. Se supeditará al acuerdo del Gobierno belga el posible refuerzo del cargo de consejero delegado mediante su combinación con el de presidente del consejo de administración. A este respecto, la Comisión toma nota de la decisión del Gobierno belga de desautorizar la mencionada combinación en los casos en que está pueda conducir a la concentración de la tarea de gestión en manos de un representante de Swissair. En cualquier caso, las normas que rigen el nombramiento del consejero delegado garantizan el derecho de veto de los accionistas belgas en todas las fases del proceso de selección para el cargo.

En tercer lugar, el acuerdo de 4 de mayo de 1995 solo otorga a la junta de accionistas de Sabena poderes limitados. Si se exceptúan las atribuciones relacionadas con el nombramiento y posible destitución del presidente del consejo de administración, mencionadas anteriormente, el papel de la junta queda limitado a la protección de los intereses básicos de inversión y no interfiere en la gestión de la compañía. Además, la mayoría de las cuestiones reservadas a la junta de accionistas pueden ser decididas por mayoría simple y, por lo tanto, mediante la acción conjunta de los accionistas belgas. Swissair sólo tiene derecho de veto en lo que respecta a la modificación de los estatutos sociales de Sabena, al aumento o reducción de su capital en acciones así como a la liquidación, fusión o escisión de la compañía. Sin embargo, estos derechos de veto no hacen sino reflejar un grado normal de protección de los accionistas minoritarios con arreglo a lo establecido por el derecho de sociedades de los distintos Estados miembros, incluido Bélgica. Por lo tanto, en el presente contexto la Comisión considera poco relevantes los derechos de veto de Swissair en la junta de accionistas de Sabena.

Habida cuenta de todo lo anterior, la Comisión concluye que las condiciones en que se desarrolla la gestión conjunta de Sabena en virtud del acuerdo de 4 de mayo de 1995, no menoscaban el poder de decisión último de los accionistas belgas y, por lo tanto, no confiere a Swissair ninguna atribución que en sí misma sea incompatible con el requisito de control efectivo del apartado 2 del artículo 4.

Proyecto de acuerdo de cooperación

Por lo que respecta a la cooperación entre Swissair y Sabena, cabe señalar en primer lugar que ambas compañías aéreas celebrarán un acuerdo global de cooperación por un período inicial de diez años que se prorrogará automáticamente por otros cinco. La cooperación prevista deberá proyectarse a largo plazo y entrañar cambios estructurales para ambas partes.

En general, la Comisión considera que, sin perjuicio de lo dispuesto por otras normas comunitarias, el apartado 2 del artículo 4 no tiene por objeto evitar la cooperación a largo plazo de las compañías aéreas comunitarias con las de terceros países. La disposición no debe entenderse como una prohibición mediante la que se limita la libertad comercial de una compañía comunitaria en el marco de esta cooperación a largo plazo. La compañía aérea sólo verá amenazado su control efectivo en el caso de que, en virtud de las cláusulas del acuerdo de cooperación, se confiera a la compañía aérea del tercer país atribuciones para substituir, de modo sustancial, las decisiones de los órganos competentes de su socio comunitario por las suyas propias. Por lo tanto, habrá que comprobar si las cláusulas del acuerdo de cooperación que Swissair y Sabena tienen previsto celebrar estipulan esta transferencia del poder de decisión.

El proyecto de acuerdo de cooperación anexo al acuerdo de 4 de mayo de 1995 exige que Sabena aplique determinados procedimientos de planificación y control desarrollados por Swissair y que respete las normas y procedimientos definidos por Swissair para determinadas actividades de planificación y gestión de línea. Además, Swissair asumirá la responsabilidad de esta planificación y gestión de línea en algunas rutas aéreas, como la de Norteamérica, en las que en la actualidad opera Sabena. Sin embargo, las cláusulas fundamentales del proyecto de acuerdo de cooperación estipulan explícitamente que cualquier propuesta importante que surja de las actividades de planificación conjuntas deberá presentarse previamente para su aprobación a los consejos de administración de las respectivas compañías. Igualmente, no deberá entenderse que la asignación de responsabilidades de planificación y gestión de línea implican una delegación de la capacidad decisoria o una distribución de la actual explotación de rutas entre compañías. A la luz de los documentos y la información facilitada por el Gobierno belga, la Comisión considera que las obligaciones de Sabena con arreglo al proyecto de acuerdo de cooperación son esencialmente de procedimiento y no incluyen ninguna transferencia a Swissair de la capacidad decisoria en cuestiones fundamentales.

Además, cabe señalar que las cláusulas más importantes del proyecto de acuerdo de cooperación serán susceptibles de revisión por ambas partes, como mínimo, cada tres años. Así, Sabena tendrá la posibilidad de influir en las condiciones de los procesos, normas y procedimientos que se lleven a cabo en cooperación con Swissair.

Por lo tanto, la Comisión ha llegado a la conclusión de que el proyecto de acuerdo de cooperación en su versión actual no incluye ninguna cláusula que sea incompatible con el requisito de control efectivo del apartado 2 del artículo 4.

Consideraciones generales

Por último, sería conveniente situar en sus respectivos contextos tanto las distintas cuestiones tratadas en los anteriores apartados como la operación en su conjunto.

En primer lugar, el Estado belga tiene la posibilidad de impedir la operación ejerciendo su opción de compra para adquirir todas las acciones destinadas en un principio a Swissair. Aunque esta posibilidad sólo se contemplará seriamente en caso de que existan diferencias irreconciliables entre las partes, constituye a pesar de todo una amenaza que puede disuadir a Swissair de emprender acciones que puedan dañar los intereses fundamentales del Gobierno belga. En la misma perspectiva, el acuerdo de 4 de mayo de 1995 insta a Swissair a hacer lo posible por evitar cualquier acción que pueda poner en peligro la condición de compañía aérea comunitaria de Sabena con arreglo al Reglamento (CEE) n° 2407/92. Además, varias cláusulas del acuerdo, en particular, las relacionadas con una posible cesión de acciones, establecen que ninguna de las partes podrá ejercer sus derechos si éstos constituyen una amenaza a la citada condición de Sabena. La Comisión considera todos estos elementos medidas de salvaguardia adicionales contra un posible debilitamiento del poder de decisión último de los accionistas belgas en la gestión de la compañía.

En segundo lugar, la Comisión opina que cualquier evaluación que se haga de una gran inversión de una compañía aérea de un país tercero en otra comunitaria deberá tener en cuenta el contexto global en el que se inscribe dicha inversión y, en particular, las relaciones que mantiene la Comunidad en materia de aviación con el país en cuestión. Todas estas consideraciones generales se imponen en el contexto del cumplimiento de los requisitos de propiedad y control efectivos previstos en el apartado 2 del artículo 4 ya tratados en el apartado IX para salvaguardar los intereses del sector de transporte aéreo comunitario. Ello implica que no habrá que permitir que las empresas de terceros países se beneficien, de forma unilateral, de la liberación del mercado interior de transporte aéreo.

Las normas suizas sobre propiedad y control de las compañías aéreas exigen que, como mínimo, el 60 % del capital en acciones de la compañía y dos tercios de los puestos en los órganos de gestión estén en manos de ciudadanos suizos o de cualquier persona asimilada en virtud de acuerdos internacionales. Dichos requisitos son comparables en gran medida a los establecidos en el apartado 2 del artículo 4 del Reglamento (CEE) n° 2407/92. Concretamente, tanto la legislación suiza como la comunitaria contemplan la posibilidad de celebrar acuerdos más liberales con terceros países aplicando el principio de reciprocidad. Con respecto a este último aspecto, cabe señalar que el 14 de marzo de 1995, el Consejo de Ministros adoptó una decisión por la que se autorizaba a la Comisión a negociar acuerdos globales de transporte aéreo

entre Suiza y la Comunidad. La decisión prevé que, salvo ciertas excepciones, las normas que rigen el mercado comunitario de transporte aéreo se harán extensivas a Suiza.

Teniendo en cuenta este contexto más amplio, los acuerdos entre el Estado belga y Swissair analizados en la presente Decisión parecen revestir carácter transitorio. Aportan una solución provisional hasta que se levanten de forma recíproca las restricciones existentes en materia de propiedad y control entre Suiza y la Comunidad. En el acuerdo entre las partes de 4 de mayo de 1995 ya se prevé la posible eliminación de dichas restricciones en la medida en que contempla explícitamente una opción mayoritaria en favor de Swissair.

En resumen, los elementos adicionales tratados en este apartado vienen a apoyar la conclusión de que Sabena está efectivamente controlada por sus accionistas belgas en virtud del acuerdo de 4 de mayo de 1995.

XII

Habida cuenta de todo lo anterior y tomando como base los documentos y otros tipos de información facilitados por el Gobierno belga por cartas de 12 de mayo y 15 de junio de 1995, la Comisión concluye que Sabena cumple los requisitos establecidos en el apartado 2 del artículo 4 del Reglamento (CEE) nº 2407/92 en relación con las

cláusulas del acuerdo notificado entre el Estado belga y Swissair de 4 de mayo de 1995, tal como queda modificado por las disposiciones adicionales de 12 de junio de 1995, y que procede tomar una decisión en tal sentido,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN :

Artículo 1

A la vista de las cláusulas del acuerdo notificado de 4 de mayo de 1995, celebrado entre el Estado belga y Swissair, tal como queda modificado por las disposiciones adicionales de 12 de junio de 1995, Sabena cumple los requisitos establecidos en el artículo 4 del Reglamento (CEE) nº 2407/92.

Artículo 2

El destinatario de la presente Decisión será el Reino de Bélgica.

Hecho en Bruselas, el 19 de julio de 1995.

Por la Comisión

Neil KINNOCK

Miembro de la Comisión