

## II

*(Actos cuja publicação não é uma condição da sua aplicabilidade)*

## COMISSÃO

### DECISÃO DA COMISSÃO

de 19 de Julho de 1995

relativa a um processo de aplicação do Regulamento (CEE) nº 2407/92 do Conselho (Swissair/Sabena)

(Apenas fazem fé os textos em língua francesa e neerlandesa)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(95/404/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

Tendo em conta o Regulamento (CEE) nº 2407/92 do Conselho, de 23 de Julho de 1992, relativo à concessão de licenças às transportadoras aéreas<sup>(1)</sup>, e, nomeadamente, o nº 5 do seu artigo 4º,

Tendo em conta o pedido apresentado pelo Estado belga,

Considerando o seguinte :

#### OS FACTOS

##### I

Em 4 de Maio de 1995, o Estado belga e a Swissair, uma sociedade anónima suíça de transportes aéreos (Swissair), concluíram um acordo nos termos do qual esta última adquirirá 49,5 % do capital social da transportadora aérea belga Sabena SA (Sabena). O acordo estabelece em pormenor as modalidades e condições dessa aquisição, bem como os direitos e obrigações das partes no que se refere à gestão da Sabena.

Por carta de 12 de Maio de 1995, registada pela Comissão em 18 de Maio, o Governo belga solicitou à Comissão,

nos termos do nº 5 do artigo 4º do Regulamento (CEE) nº 2407/92, que analisasse se, face ao acordo acima referido, a Sabena preenchia as condições estabelecidas nesse artigo, em especial no que se refere à propriedade e controlo da transportadora aérea, e que tomasse uma decisão sobre a questão. A carta era acompanhada por uma nota técnica e por cópias do acordo com a Swissair e respectivos anexos, incluindo um projecto dos novos estatutos da Sabena e um projecto de acordo de cooperação a celebrar pelas duas transportadoras aéreas.

Através de uma outra carta de 15 de Junho de 1995, registada pela Comissão em 16 de Junho, o Governo belga informou a Comissão de que as partes haviam concluído um acordo adicional com data de 12 de Junho de 1995, que alterava o acordo de 4 de Maio e o projecto de acordo de cooperação num certo número de pontos.

A descrição que a seguir se apresenta do conjunto da operação entre o Estado belga, a Swissair e a Sabena baseia-se nas informações contidas nas duas cartas de 12 de Maio e 15 de Junho de 1995, bem como nos seus anexos.

##### II

A Sabena é uma sociedade anónima de direito belga com sede em Bruxelas. É-lhe plenamente aplicável o regime geral do direito das sociedades belga. Os novos estatutos definem o objecto da sociedade como a prestação de serviços aéreos domésticos e internacionais, bem como outras actividades relacionadas com o transporte aéreo.

<sup>(1)</sup> JO nº L 240 de 24. 8. 1992, p. 1.

As acções da Sabena estão actualmente repartidas da seguinte forma: o Estado belga tem cerca de 61,6 %, directa ou indirectamente através da Société Fédérale d'Investissement (SFI), uma sociedade pública gestora de participações sociais. 37,49 % das acções pertencem à Air France através da sua filial Finacta. Os restantes 0,9 % pertencem a investidores institucionais belgas e, a título marginal, a antigos ou actuais trabalhadores da empresa.

O acordo entre a Swissair e o Estado belga de 4 de Maio de 1995 prevê três operações financeiras importantes.

A primeira consiste na aquisição pela SFI de todas as acções da Sabena actualmente propriedade da Finacta. Esta aquisição será financiada através de um empréstimo de 4 mil milhões de francos belgas concedido pela Swissair à SFI. A este empréstimo serão associados 691 666 127 *warrants* que permitirão à Swissair adquirir, em certas circunstâncias, uma participação suplementar no capital da Sabena.

A segunda consiste num aumento de capital da Sabena num montante total de 9,5 mil milhões de francos belgas, dos quais 2 mil milhões serão subscritos, por iniciativa do Estado belga, por investidores institucionais belgas (correspondentes a 895 323 084 acções), 1,5 mil milhões pela SFI (correspondentes a 671 492 313 acções) e os restantes 6 mil milhões pela Swissair (correspondentes a 2 685 969 251 acções). Com este aumento de capital, a Swissair passará a ter 49,5 % das acções com voto da Sabena, partilhando as outras partes entre si os restantes 50,5 % (o que corresponde a 2 740 283 257 acções, das quais pelo menos 1 834 459 013 serão propriedade do Estado belga e da SFI). O acordo prevê ainda que os investidores institucionais agirão através de uma entidade única especificamente criada para ao efeito, com sede na Bélgica, detida maioritariamente e controlada efectivamente por nacionais belgas. O Estado belga e a SFI concluirão um acordo de accionistas com a entidade específica acima referida que incluirá disposições em matéria de direito de voto e direitos mútuos de preferência relativamente às acções da Sabena. Estas disposições assegurarão, nomeadamente, que as posições conjuntas do Estado belga e da SFI prevalecerão sempre sobre as dos investidores institucionais.

A terceira operação consiste no pagamento pela Swissair de um montante suplementar de 0,5 mil milhões de francos belgas em contrapartida de 223 830 770 certificados de participação especiais emitidos pela Sabena. Estes certificados terão as seguintes características:

- não constituem capital social da Sabena,
- serão registados,
- não serão acompanhados de direitos de voto,
- conferirão aos titulares o direito aos mesmos dividendos que as acções ordinárias, mas com um mínimo de 5 % do seu valor de emissão,
- aquando da liquidação, conferirão aos titulares o direito ao reembolso do seu valor de emissão antes de qualquer pagamento através do activo social, mas com exclusão de qualquer participação no activo restante.

Ambas as partes no acordo têm o direito, em certas condições e sob reserva do direito de preferência da outra parte, de venderem ou de introduzirem na bolsa as suas acções da Sabena, no todo ou em parte. No entanto, uma eventual venda ou introdução na bolsa será efectuada de modo a que a Sabena continue a respeitar as condições previstas no Regulamento (CEE) nº 2407/92. Para além disso, os estatutos da Sabena prevêem que qualquer eventual cessão de acções deverá ser notificada ao conselho de administração da empresa que não aprovará a operação se a observância dessas condições ficar comprometida.

### III

Paralelamente às operações que acabam de ser descritas, a Sabena porá termo à sua ligação estrutural com a Air France, que resulta de um protocolo de acordo de 10 de Abril de 1992, e passará a ser dirigida e gerida pelas partes no acordo de 4 de Maio de 1995, de acordo com as regras seguidamente indicadas.

Na assembleia geral de accionistas da Sabena, os direitos de voto correspondem à percentagem de capital social individual de cada parte. A assembleia de accionistas decidirá, por maioria de 75 % dos votos expressos, da alteração dos estatutos da empresa (incluindo a alteração da sua forma jurídica e do seu objecto social), de qualquer aumento ou diminuição do capital social, bem como da liquidação, fusão ou cisão da empresa. A assembleia geral pode, para além disso, tomar decisões por maioria simples relativamente aos seguintes aspectos:

- distribuição de dividendos,
- aprovação das contas anuais da empresa,
- designação e destituição dos membros do conselho de administração e dos revisores oficiais de contas,
- exoneração dos membros do conselho de administração e dos revisores oficiais de contas,
- qualquer outra questão que lhe seja apresentada pelo conselho de administração pelo facto de existir uma oposição de interesses entre três ou mais dos seus membros.

Tanto o acordo de 4 de Maio de 1995 como os novos estatutos da Sabena prevêem que, na assembleia geral, os votos expressos agregados de nacionais não comunitários (ou equiparados) ou de pessoas controladas por tais nacionais deverão sempre representar menos de 50 % do total dos votos.

Sob reserva dos poderes reservados à assembleia geral, cabe ao conselho de administração gerir a sociedade e decidir sobre todos os questões chave da política ou estratégia a seguir, tais como, por exemplo, a adopção do plano de actividades e do orçamento anual, os investimentos na frota e as alterações de configuração da rede. O conselho de administração delegará a gestão quotidiana da sociedade num director executivo, mas esta delegação não afecta os poderes gerais de gestão do conselho de administração, que continua assim a ser o responsável em última instância. As partes respeitam, assim, as regras gerais previstas pelo direito das sociedades belgas.

O conselho de administração é composto por doze membros, incluindo o presidente, e delibera por maioria simples (desde que, pelo menos, seis membros estejam presentes ou representados). Nenhum administrador tem voto de qualidade. A sua designação e destituição pela assembleia geral de accionistas estão sujeitas às seguintes condições previstas no acordo de 4 de Maio de 1995:

- cinco membros do conselho de administração serão nomeados sob proposta da Swissair,
- seis membros do conselho de administração serão nomeados sob proposta dos accionistas belgas,
- o presidente será nomeado mediante uma proposta conjunta dos dois grupos de accionistas. No caso de as partes não chegarem a acordo sobre uma proposta comum num determinado prazo, a proposta da Swissair prevalecerá. Em contrapartida, ao contrário do que acontece com estes dois grupos de administradores, a assembleia geral pode aceitar ou rejeitar esta proposta,
- qualquer membro do conselho de administração, à excepção do presidente, pode ser destituído a pedido dos accionistas que o propuseram, salvo se se registar oposição de uma maioria de 75 % na assembleia geral,
- o presidente pode ser destituído a qualquer momento pela assembleia geral, deliberando por maioria.

O acordo prevê ainda que, pelo menos, o presidente e os seis membros nomeados por proposta dos accionistas belgas devem ter a nacionalidade de um Estado-membro da Comunidade ou nacionalidade equiparada, o que permitirá salvaguardar o estatuto da Sabena de transportadora aérea belga para efeitos da legislação comunitária

relevante e das convenções bilaterais de serviços aéreos da Bélgica.

Em caso de destituição de um membro do conselho de administração ou de cessação de funções por qualquer outro motivo, a sua substituição será assegurada provisoriamente por cooptação do conselho de administração mediante proposta do grupo de accionistas relevante, até à eleição definitiva do novo membro pela assembleia geral. No entanto, a cooptação de um novo presidente exige a apresentação de uma proposta conjunta pelos dois grupos de accionistas. O Governo belga referiu, na sua carta de 12 de Maio de 1995, que, na ausência de acordo relativamente a esta proposta comum, o cargo de presidente não poderá ser ocupado por cooptação, devendo permanecer temporariamente vago.

Como já referido, a gestão quotidiana da sociedade será delegada num director executivo que, segundo o acordo adicional de 12 de Junho de 1995, será designado e destituído pelo conselho de administração, deliberando por maioria simples, sob proposta conjunta, por um lado da maioria constituída pelo presidente e pelos seis membros do conselho de administração nomeados sob proposta dos accionistas belgas e, por outro, pela maioria dos cinco membros do conselho de administração nomeados mediante proposta da Swissair. Segundo o acordo de 4 de Maio de 1995, o cargo de director executivo pode ser acumulado com o de presidente do conselho de administração se as partes assim acordarem. O Governo belga declara, na sua carta de 12 de Maio de 1995, que « não tenciona permitir tal acumulação se tal tiver por efeito concentrar uma grande influência de gestão nas mãos de uma pessoa designada pela Swissair ».

O conselho de administração será igualmente responsável pela designação e destituição do director financeiro, bem como dos outros membros do comité de direcção. Tais designações serão efectuadas sob proposta do director executivo ou, no caso do director financeiro, sob proposta da Swissair.

#### IV

O acordo de 4 de Maio de 1995 estabelece igualmente certos princípios básicos de gestão da Sabena, nomeadamente o de que a empresa será gerida como uma companhia aérea orientada para o lucro e para a competitividade, com uma imagem de elevada qualidade, e que deverá cooperar estreitamente, com a Swissair. Para este efeito, as duas transportadoras assinarão um projecto de acordo de cooperação que estipula essencialmente o seguinte:

- criação de processos comuns de planeamento e de controlo na base de modelos elaborados pela Swissair, bem como a criação de unidades comuns de planeamento em domínios como os investimentos na frota e o desenvolvimento da configuração da rede,
- criação de funções comuns de gestão de sistemas relativamente à concepção, escolha e comercialização dos produtos das duas transportadoras e à rentabilidade global da rede,
- a atribuição, no quadro desta operação, da responsabilidade pelo planeamento e gestão operacional em relação a duas zonas de serviço (África e Europa de origem e com destino à Bélgica) à Sabena e das outras zonas à Swissair, entendendo-se que estas responsabilidades serão assumidas segundo os critérios e métodos definidos pela Swissair,
- o agrupamento de certos sectores de actividade das duas partes nos domínios do *marketing*, dos sistemas de reserva e da organização de vendas.

Simultaneamente, todavia, certas cláusulas do projecto de cooperação prevêem expressamente que cada transportadora conservará as suas próprias responsabilidades funcionais no âmbito dos processos comuns de planeamento e de controlo e que as unidades comuns apresentarão os resultados dos seus trabalhos ao conselho de administração da sua própria empresa para aprovação prévia. Estabelece-se, em especial, que as funções comuns do sistema de gestão não implicam uma limitação da responsabilidade de cada transportadora pelos seus resultados financeiros próprios, nem uma delegação do poder de tomada de decisões ou uma repartição das diferentes rotas entre transportadoras. O Governo belga argumenta, na sua carta de 12 de Maio de 1995, que o projecto de acordo se refere essencialmente aos processos de cooperação em matéria de planeamento e gestão, deixando ao conselho de administração de cada transportadora a decisão sobre as questões importantes.

O acordo de cooperação deverá ser concluído, em princípio, por um período inicial de dez anos e, salvo denúncia por uma das partes, reconduzido automaticamente por períodos de cinco anos. As cláusulas do acordo relativas à aplicação dos processos comuns de planeamento e de controlo, bem como aos critérios e métodos a utilizar para o planeamento e gestão operacional das zonas de serviço serão revistas pelas partes, pelo menos, de três em três anos, com vista a maximizar a eficácia e a competitividade das duas transportadoras.

V

Para além disso, o acordo de 4 de Maio de 1995 prevê dois cenários diferentes para as futuras alterações da estrutura de participações da Sabena, que ultrapassam os direitos de venda referidos na secção II, supra.

Em primeiro lugar, o Estado belga tem a possibilidade de adquirir o conjunto das acções a deter pela Swissair no caso de os seus interesses fundamentais serem ameaçados de forma grave e não puder ser encontrada uma solução no prazo de seis meses. Antes do final de 1988, o preço a pagar pelas acções corresponderá ao preço inicialmente pago pela Swissair acrescido dos respectivos juros. Após esta data, o preço será determinado por um banco internacional de investimento a determinar de comum acordo pelas partes.

Em segundo lugar, a Swissair tem a possibilidade de adquirir a maioria dos direitos de voto da Sabena, com base nos *warrants* associados ao empréstimo concedido à SFI e, se necessário, solicitando ao Estado belga e à SFI que vendam parte das suas acções e/ou se abstenham de participar em qualquer novo aumento de capital da Sabena. O exercício desta opção está, contudo, subordinado à entrada em vigor de um acordo entre a Comunidade Europeia e a Suíça ou a uma alteração unilateral da regulamentação comunitária aplicável que passaria a permitir a realização de uma operação deste tipo, sem que a Sabena perca o seu estatuto de transportadora aérea comunitária para efeitos do Regulamento (CEE) nº 2407/92. Para além disso, esta opção não poderá ser exercida antes de 2000 e poderá, a pedido do Estado belga, implicar o desmembramento da Sabena necessário para salvaguardar a posição da Sabena como transportadora designada no âmbito das convenções de serviço aéreo com países terceiros. Devido a estas condições e à incerteza que delas resulta, o Governo belga considera que a opção dada à Swissair de adquirir a maioria dos direitos de voto da Sabena não deveria ter actualmente qualquer incidência na gestão da empresa, não sendo portanto abrangida pelo actual pedido deste governo.

Por último, deve salientar-se que o acordo adicional de 12 de Junho de 1995 ao acordo de 4 de Maio terminará automaticamente no caso de, na sequência de uma alteração do enquadramento regulamentar, as suas disposições deixarem de ser necessárias para assegurar o estatuto da Sabena de transportadora aérea comunitária para efeitos do Regulamento (CEE) nº 2407/92.

## APRECIACÃO JURÍDICA

## VI

O Regulamento (CEE) nº 2407/92 constitui parte integrante, com os Regulamentos (CEE) nº 2408/92<sup>(1)</sup> e (CEE) nº 2409/92<sup>(2)</sup> do Conselho, do terceiro pacote «aviação» adoptado em 23 de Julho de 1992 que estabelece o mercado interno no sector dos transportes aéreos. Por outro lado, o nº 3 do artigo 3º do referido regulamento prevê que nenhuma empresa estabelecida na Comunidade poderá prestar serviços de transporte aéreo no território da Comunidade se não dispuser de uma licença de exploração adequada. A concessão e manutenção dessa licença está condicionada à observância pela empresa das regras estabelecidas no referido regulamento.

Por outro lado, uma transportadora aérea titular de uma licença em conformidade com estas regras beneficia de livre acesso a todas as rotas intracomunitárias nos termos do Regulamento (CEE) nº 2408/92 — ver Decisão 93/347/CEE da Comissão, de 28 de Maio de 1993 (Viva Air)<sup>(3)</sup>.

Deve igualmente salientar-se que, por força da Decisão nº 7/94 do Comité Misto EEE<sup>(4)</sup>, o Regulamento (CEE) nº 2407/92 foi incluído no âmbito de aplicação do Acordo EEE a partir de 1 de Julho de 1994. Para efeitos da aplicação desse regulamento, os Estados membros da AECL parte no Acordo EEE (e respectivos nacionais) devem assim ser equiparados a Estados-membros da Comunidade (e respectivos nacionais).

É neste contexto que o caso em presença deverá ser apreciado.

## VII

O artigo 4º do Regulamento (CEE) nº 2407/92 inclui quatro condições de base que o titular de uma licença de exploração deve respeitar:

- o seu estabelecimento principal e a sua sede, caso esta exista, devem situar-se no Estado-membro que concede a licença,
- a sua actividade principal deve ser o transporte aéreo, em exclusivo ou combinado com quaisquer outras actividades comerciais de exploração de aeronaves ou de reparação e manutenção de aeronaves,
- a empresa deverá ser e continuar a ser propriedade, directamente ou através de uma participação maioritária, dos Estados-membros e/ou de nacionais dos Estados-membros,
- a empresa terá de ser sempre efectivamente controlada por esses Estados-membros ou nacionais.

Cabe em primeiro lugar às autoridades nacionais que concedem as licenças verificar se uma determinada

empresa individual satisfaz as condições do artigo 4º acima referidas. No entanto, o nº 5 desse artigo estabelece que a Comissão, a pedido de um Estado-membro, pode analisar a observância de tais condições e, se necessário, tomar uma decisão.

A Comissão considera que qualquer Estado-membro, nomeadamente o Estado responsável pela concessão da licença à empresa em questão, pode apresentar um pedido nos termos do nº 5 do artigo 4º. Para efeitos desta disposição, a carta do Governo belga de 12 de Maio de 1995 deve, assim, ser considerada um pedido de um Estado-membro que obriga a Comissão a analisar se, face ao acordo entre o Estado belga e a Swissair de 4 de Maio de 1995, a Sabena preenche as condições previstas no artigo 4º. Esta análise não deve incluir a opção dada à Swissair de adquirir a maioria dos direitos de voto da Sabena, uma vez que o exercício desta opção foi expressamente condicionado a uma alteração do enquadramento regulamentar que permitiria à Swissair adquirir uma participação maioritária e o controlo efectivo da Sabena. Pelas mesmas razões, esta análise referir-se-á ao texto do acordo de 4 de Maio de 1995, tal como alterado pelo acordo adicional de 12 de Junho de 1995, e não terá em consideração a eventual caducidade deste último.

Deve ainda salientar-se que a operação prevista no acordo de 4 de Maio de 1995 é de grande amplitude e terá um impacto significativo no mercado dos transportes aéreos. Para além disso, as condições estabelecidas pelo artigo 4º não foram ainda objecto de interpretação, quer por parte da Comissão, quer pelo Tribunal de Justiça. Nestas circunstâncias e tendo em conta a importância de uma aplicação uniforme do artigo 4º para o bom funcionamento do mercado interno dos transportes aéreos, a Comissão considera necessário tomar uma decisão no caso em presença.

## VIII

Em primeiro lugar, a Sabena deve preencher as condições relativas ao estabelecimento principal e à actividade principal enunciadas no nº 1 do artigo 4º do Regulamento (CEE) nº 2407/92. Pode referir-se, a este propósito, que, nos termos do acordo de 4 de Maio de 1995, a Sabena continuará a ser uma entidade jurídica distinta, com a sua sede social e administrativa na Bélgica. Para além disso, os novos estatutos da Sabena definem o seu objecto social como a prestação de serviços aéreos domésticos e internacionais, bem como outras actividades relacionadas com o transporte aéreo. A Comissão conclui, assim, que o acordo de 4 de Maio de 1995 não afecta a observância pela Sabena das duas condições acima referidas.

## IX

Em segundo lugar, a Comissão deve verificar se a Sabena preenche igualmente as condições em matéria de participação maioritária e de controlo efectivo pelos Estados-membros e/ou nacionais dos Estados-membros enunciadas no nº 2 do artigo 4º do Regulamento (CEE) nº 2407/92.

<sup>(1)</sup> JO nº L 240 de 24. 8. 1992, p. 8.

<sup>(2)</sup> JO nº L 240 de 24. 8. 1992, p. 15.

<sup>(3)</sup> JO nº L 140 de 11. 6. 1993, p. 51.

<sup>(4)</sup> JO nº L 160 de 28. 6. 1994, p. 1.

As condições de participação maioritária e de controlo efectivo reflectem, a nível comunitário, as restrições tradicionalmente impostas às transportadoras aéreas pelas convenções internacionais de serviços aéreos. Estas restrições, que inicialmente se justificavam por razões de segurança nacional, destinam-se actualmente sobretudo a assegurar que os direitos de tráfego trocados no âmbito de tais acordos são efectivamente explorados pelas partes e não, quer directamente quer através de filiais, por empresas de países terceiros. Para além disso, impedem que empresas de países terceiros explorem serviços num Estado ou num conjunto de Estados através de filiais estabelecidas nesse Estado ou grupo de Estados. A comissão considera, assim, que o n.º 2 do artigo 4.º deve ser aplicado nesta perspectiva. Deve ser tomado sobretudo em consideração o objectivo geral de salvaguardar os interesses do sector comunitário dos transportes aéreos. Isto implica, nomeadamente, que as transportadoras de países terceiros não devem ser autorizadas a beneficiar plenamente, numa base unilateral, da liberalização do mercado interno dos transportes aéreos. Por outras palavras, tais transportadoras podem beneficiar do mercado interno através de participações, mas apenas nos limites estabelecidos no n.º 2 do artigo 4.º em matéria de propriedade e controlo.

Estas duas condições relativas à participação maioritária e ao controlo efectivo serão seguidamente examinadas separadamente em função das considerações já avançadas.

## X

A Comissão considera estar preenchida a condição relativa à participação maioritária quando pelo menos 50 % das acções (mais uma) do capital da transportadora aérea em causa são propriedade dos Estados-membros e/ou de nacionais dos Estados-membros. As acções restantes podem ser propriedade de um ou mais investidores de países terceiros, mas esta participação não pode, em si, ser considerada incompatível com o n.º 2 do artigo 4.º Deve salientar-se, no entanto, que a dimensão do investimento do país terceiro, bem como a repartição das acções dentro de cada grupo de accionistas, devem ser tomadas em consideração no âmbito da análise do preenchimento da condição relativa ao controlo efectivo prevista no mesmo artigo.

A Comissão considera ainda que o n.º 2 do artigo 4.º se refere a um conceito de propriedade de uma empresa essencialmente baseado na noção de capital social. São os proprietários desse capital que têm normalmente o direito de participar nas decisões de gestão da empresa, bem como de participar nos lucros ou, em caso de liquidação, no activo residual da empresa depois de cumpridas todas as suas obrigações — ver Decisão 94/633/CE da Comis-

são, de 27 de Julho de 1994, relativa à notificação de um aumento de capital da Air France<sup>(1)</sup>. As condições de exercício de tais direitos podem, evidentemente, variar em função do acordado pelas partes. A questão de um determinado tipo de capital ser considerado capital social e, como tal, incluído no conceito de propriedade do n.º 2 do artigo 4.º só pode ser resolvida numa base casuística à luz de todas as circunstâncias do caso em espécie, nomeadamente tendo em conta eventuais consequências a nível do preenchimento da condição relativa ao controlo efectivo. Se, todavia, o capital não conferir aos seus proprietários o exercício significativo de qualquer um dos dois direitos acima diferenciados, não deverá em princípio ser considerado para efeitos da determinação da propriedade da empresa.

No caso em presença, na sequência das operações financeiras previstas no acordo de 4 de Maio de 1995, a Swissair, que na aceção do Regulamento (CEE) n.º 2407/92 deve ser considerada uma transportadora de um país terceiro (a Swissair encontra-se, por sua vez, sujeita a restrições em matéria de propriedade e controlo impostas pela legislação suíça aplicável), passará a deter 2 685 969 251 acções, ou seja, 49,5 % das acções com voto da Sabena. As restantes 2 740 283 257 acções que correspondem a 50,5 % das acções com voto da Sabena serão propriedade do Estado belga, da SFI, de investidores institucionais belgas e de antigos e actuais trabalhadores da empresa. Pelo menos 2 729 782 097 destas últimas acções e, portanto, mais de 50 % das acções com voto serão propriedade do Estado belga, da SFI e dos investidores institucionais que participam no aumento de capital.

O acordo de 4 de Maio prevê igualmente que a Swissair receberá 223 830 770 certificados de participação especiais em contrapartida de uma contribuição suplementar de 0,5 mil milhões de francos belgas para uma reserva não distribuível da Sabena. Estes certificados não são, todavia, acompanhados de direitos de voto, nem conferem ao seu titular qualquer direito a participar no activo residual da empresa em caso de liquidação. Pelo contrário, nessa eventualidade, deverão ser reembolsados ao seu preço de emissão inicial antes de qualquer pagamento a partir do capital social. Para além disso, estes certificados asseguram em princípio um rendimento mínimo de 5 % do seu preço de emissão, o que exclui grande parte do risco financeiro assumido pelo seu titular. A Comissão considera, assim, que estes certificados de participação especiais constituem essencialmente capitais de empréstimo que não integram, neste caso, o capital social. Consequentemente, não devem ser acrescentados às acções com voto da Sabena para efeitos da apreciação da estrutura de propriedade da empresa à luz do n.º 2 do artigo 4.º

<sup>(1)</sup> JO n.º L 254 de 30. 9. 1994, p. 73 (p. 84).

Por último, deve salientar-se neste contexto que a Swissair receberá 691 666 127 *warrants* em contrapartida de um empréstimo a conceder à SFI. Estes *warrants* conferirão ao seu titular o direito de adquirir acções suplementares da Sabena. No entanto, o acordo de 4 de Maio de 1995 estabelece expressamente que a Swissair não pode exercer os direitos decorrentes desses *warrants* para aumentar a sua participação na Sabena acima do nível inicialmente previsto de 49,5 %, sem que o enquadramento regulamentar tenha sido alterado no sentido de permitir à Swissair adquirir uma participação maioritária e o controlo efectivo da Sabena. O exercício dos direitos conferidos pelos *warrants* está, assim, sujeito às mesmas condições e restrições que o exercício da opção conferida à Swissair de adquirir uma participação maioritária. Consequentemente, os *warrants* não afectam a estrutura de propriedade da Sabena para efeitos da análise realizada no presente processo.

Face às considerações precedentes, a Comissão conclui que, na sequência do acordo de 4 de Maio de 1995, a Sabena preenche a condição da participação maioritária enunciada no nº 2 do artigo 4º.

## XI

A noção de « controlo efectivo » é definida na alínea g) do artigo 2º do Regulamento (CEE) nº 2407/92 como :

« uma relação constituída por direitos, contratos ou quaisquer outros meios, que individual ou conjuntamente, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito envolvidas, conferem a possibilidade de exercer, directa ou indirectamente, uma influência determinante sobre uma empresa, em especial mediante :

- a) O direito de usufruto sobre a totalidade ou parte dos activos da empresa ;
- b) Direitos ou contratos que confirmam uma influência determinante sobre a composição, votação ou decisões dos órgãos da empresa, ou que de outra forma confirmam uma influência determinante sobre a gestão da empresa. ».

A Comissão considera que esta definição de controlo efectivo deve ser interpretada e aplicada no contexto geral do nº 2 do artigo 4º, tal como se referiu na secção IX, supra. Em especial, cada caso individual deve ser apreciado à luz do objectivo de salvaguardar os interesses do sector comunitário dos transportes aéreos, o que implica essencialmente que as empresas de países terceiros não devem ser autorizadas a beneficiar plenamente, numa base unilateral, da liberalização do mercado interno dos transportes aéreos. Por outras palavras, tais transportadoras podem beneficiar do mercado interno através de participações, mas apenas nos limites estabelecidos no nº 2 do artigo 4º em matéria de propriedade e controlo.

Na mesma óptica, o nº 2 do artigo 4º exige que o controlo efectivo seja exercido pelos Estados-membros

e/ou nacionais dos Estados-membros. Podem fazê-lo quer individualmente quer em conjunto com outros Estados-membros ou nacionais de Estados-membros. Em contrapartida, quer a redacção quer os objectivos já referidos do nº 2 do artigo 4º excluem que o controlo efectivo seja exercido em conjunto com nacionais ou empresas de países terceiros.

Estas pessoas e empresas não devem, assim, ter uma influência determinante, na acepção da alínea g) do artigo 2º, na transportadora em questão.

Tendo em conta as considerações precedentes, a Comissão considera que o nº 2 do artigo 4º obriga a que o poder de tomada de decisão em matéria de gestão da transportadora em causa pertença em última instância aos Estados-membros e/ou nacionais de Estados-membros, individualmente ou em conjunto com outros Estados-membros ou nacionais de Estados-membros. Estes devem poder, directa ou indirectamente através da nomeação dos órgãos sociais fundamentais da transportadora, ter a última palavra relativamente a questões chave como, por exemplo, o plano de actividades da empresa, o seu orçamento anual ou os mais importantes projectos de investimento ou de cooperação. Esta possibilidade não pode depender em grande medida do apoio de nacionais ou empresas de países terceiros. Deve salientar-se, no entanto, que a alínea g) do artigo 2º refere que tais princípios devem ser aplicados tendo em conta todas as circunstâncias de facto ou de direito envolvidas, o que implica que cada caso deve ser apreciado individualmente em função dos seus méritos próprios e que, numa perspectiva mais geral, o critério do controlo efectivo só pode ser aplicado numa base casuística.

É nesta base que se deverá examinar se a Sabena preenche, na sequência do acordo de 4 de Maio de 1995, a condição do controlo efectivo.

### *Disposições em matéria de voto acordadas entre os accionistas belgas*

A Comissão observa que o Estado belga, a SFI e os investidores institucionais belgas que participam no aumento de capital, que em conjunto possuem a maioria das acções com voto da Sabena, estarão vinculados por um acordo de accionistas que inclui disposições em matéria de voto, com o objectivo de assegurar que as posições comuns do Estado belga e da SFI prevalecerão em todos os casos. Na prática, os accionistas maioritários da Sabena agirão assim como uma entidade única e poderão sempre evitar que a Swissair beneficie do facto de existir do lado belga uma pluralidade de accionistas.

### *Direcção geral da Sabena*

No que se refere à direcção geral da Sabena, deve salientar-se, antes de mais, que a responsabilidade pela gestão da empresa caberá, em primeiro lugar, ao seu conselho de administração. O acordo de 4 de Maio de 1995 prevê que o conselho « terá todos os poderes de gestão da Sabena e decidirá de todas as questões chave em matéria de política e estratégia a seguir, incluindo (de forma não exaustiva) a

adopção do plano de actividades da Sabena e do seu orçamento anual, os investimentos na frota e alterações importantes de configuração da rede ». Para além disso, a delegação prevista da gestão quotidiana num director executivo não prejudica os poderes gerais de gestão, tal como previsto pelo direito das sociedades belga. A Comissão considera, assim, que a composição e as regras em matéria de votação do conselho de administração assumem especial importância no contexto em presença.

O conselho de administração da Sabena será composto por doze membros que decidirão sobre todas as questões, por maioria simples. Os accionistas belgas podem designar e, se necessário, destituir seis membros, que terão todos a nacionalidade de um Estado-membro, enquanto a Swissair terá os mesmos direitos relativamente a cinco membros. Assim, só os administradores representantes dos accionistas belgas terão direito de veto sobre as decisões do referido conselho, sem qualquer necessidade de apoio por parte dos outros membros desse conselho.

Existem regras especiais no que se refere à designação e eventual destituição do décimo segundo membro e presidente do conselho de administração que deverá também ter a nacionalidade de um Estado-membro. Este décimo segundo membro será designado mediante proposta conjunta dos dois grupos de accionistas ou, em caso de desacordo, mediante proposta da Swissair. No entanto, o acordo de 4 de Maio de 1995 estipula expressamente que a assembleia geral de accionistas tem o poder de aceitar ou rejeitar tal proposta, bem como de destituir a qualquer momento o presidente nomeado, deliberando por maioria. Uma vez que os accionistas belgas terão a maioria absoluta dos votos na assembleia geral, cabe-lhes em última instância decidir do presidente e, sobretudo, solicitar a sua eventual demissão.

A Comissão considera, assim, que, apesar de qualquer proposta de designação do presidente ter de ser subscrita pela Swissair, o presidente, para poder exercer as suas funções, deverá contar com o apoio constante dos accionistas belgas. A posição dos accionistas belgas é ainda reforçada pelo facto de, em caso de desacordo persistente entre as partes, os seus representantes deterem a maioria absoluta no conselho de administração que poderá assim tomar decisões de forma autónoma sem necessidade de qualquer apoio por parte de outros membros. O mecanismo de tomada de decisões previsto no acordo de 4 de Maio de 1995 assegura, assim, que os interesses dos accionistas belgas prevalecerão em última instância a nível da tomada de decisões no conselho de administração.

Em segundo lugar, deve ter-se em consideração o facto de o director executivo (DE) ser responsável pela gestão quotidiana da empresa apenas nos limites estabelecidos pelo conselho de administração que poderá reservar para

si qualquer decisão individual. A delegação de poderes de gestão no DE pode, assim, para efeitos da presente avaliação do preenchimento da condição do controlo efectivo prevista no nº 2 do artigo 4º, ser considerada de importância menor face aos poderes do conselho de administração. Um eventual reforço da posição do DE através de uma acumulação das suas funções com as de presidente do conselho de administração está sujeito à aprovação do Estado belga. Neste contexto, a Comissão regista a intenção expressa pelo Governo belga de não permitir tal acumulação de funções no caso de tal implicar a concentração nas mãos de uma pessoa nomeada pela Swissair de uma influência sobre a gestão. De qualquer modo, as regras aplicáveis à nomeação do DE asseguram que os accionistas belgas dispõem de direitos de veto em todas as fases do processo de selecção para este posto.

Em terceiro lugar, o acordo de 4 de Maio de 1995 confere poderes bastante limitados à assembleia geral de accionistas da Sabena. À excepção dos poderes em matéria de designação e eventual destituição do presidente do conselho de administração, acima abordados, o papel da assembleia geral limita-se à protecção dos interesses essenciais de investimento e não interfere com a gestão da empresa. Para além disso, a maior parte das questões reservadas à assembleia geral podem ser decididas por maioria simples e, portanto, pelos accionistas belgas agindo conjuntamente. A Swissair apenas tem direito de veto em relação a eventuais alterações aos estatutos da Sabena, a aumentos ou reduções da sua participação, bem como em caso de liquidação, fusão ou cisão da empresa. Estes direitos de veto limitam-se, no entanto, a assegurar o grau normal de protecção dos accionistas minoritários, tal como exigido pelo direito das sociedades da maioria dos Estados-membros, nomeadamente da Bélgica. A Comissão considera, assim, que os direitos de veto de que a Swissair dispõe na assembleia geral de accionistas da Sabena não têm qualquer relevância no contexto em presença.

Tendo em conta o que precede, a Comissão conclui que as modalidades de direcção da Sabena na sequência do acordo de 4 de Maio de 1995 não prejudicam o poder de tomada de decisão em última instância dos accionistas belgas e não conferem à Swissair quaisquer poderes que, em si mesmos, sejam incompatíveis com a condição em matéria de controlo efectivo prevista no nº 2 do artigo 4º

#### *Projecto de acordo de cooperação*

No que se refere à cooperação entre a Swissair e a Sabena, deve observar-se primeiramente que as duas transportadoras celebrarão um acordo global de cooperação por um período inicial de dez anos, renovado automaticamente por períodos suplementares de cinco anos. A cooperação prevista deve assim ser considerada uma cooperação a longo prazo de natureza estratégica que implicará alterações estruturais para ambas as partes.

A Comissão considera, em geral, que, sem prejuízo da restante legislação comunitária, o nº 2 do artigo 4º não se destina a impedir a cooperação entre transportadoras aéreas comunitárias e transportadoras de países terceiros numa base estratégica de longo prazo. Esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir uma transportadora comunitária de limitar a sua liberdade comercial no contexto de tal cooperação estratégica de longo prazo. O preenchimento pela transportadora da condição do controlo efectivo só poderá ser comprometido no caso de a transportadora do país terceiro poder, nos termos do acordo de cooperação, impor em grande medida as suas decisões aos órgãos sociais do seu parceiro comunitário. Deve assim avaliar-se se as cláusulas do acordo de cooperação a concluir entre a Swissair e a Sabena possibilitam uma transferência deste tipo dos poderes de tomada de decisão.

O projecto de acordo de cooperação anexo ao acordo de 4 de Maio de 1995 obriga a Sabena a seguir certos processos de planeamento e controlo desenvolvidos pela Swissair e a respeitar as normas e métodos definidos pela Swissair relativamente a certas actividades de planeamento e gestão operacional. A Swissair assumirá ainda a responsabilidade de tal planeamento e gestão operacional relativamente a certas linhas actualmente exploradas pela Sabena, como por exemplo as ligações com a América do Norte. No entanto, as cláusulas relevantes do projecto de acordo de cooperação estipulam expressamente que qualquer proposta importante que decorra desta actividade de planeamento conjunto deve ser apresentada ao conselho de administração da transportadora respectiva para aprovação prévia. Do mesmo modo, a atribuição de responsabilidades em matéria de planeamento e gestão operacional não deve ser entendida como implicando uma delegação do poder de tomada de decisão ou uma repartição das ligações actualmente exploradas pelas duas transportadoras. Com base nos documentos e informações facultadas pelo Governo belga, a Comissão considera, assim, que as obrigações acima referidas que decorrem para a Sabena do projecto de acordo de cooperação parecem assumir essencialmente um carácter metodológico e não implicam qualquer transferência para a Swissair do poder de tomada de decisão sobre questões importantes.

Deve ainda salientar-se que as cláusulas mais importantes do projecto de acordo de cooperação serão sujeitas a uma revisão por ambas as partes, pelo menos, de três em três anos, o que dá à Sabena a possibilidade de influenciar os processos, as normas e os métodos a seguir na cooperação com a Swissair.

A Comissão conclui, deste modo, que o projecto de acordo de cooperação, na sua versão actual, não inclui modalidades incompatíveis com a condição do controlo efectivo prevista no nº 2 do artigo 4º

### *Considerações de carácter geral*

Por último, é necessário situar todos os elementos individuais acima discutidos, bem como a operação no seu conjunto, no seu contexto respectivo.

Em primeiro lugar, o Estado belga tem a possibilidade de neutralizar a operação no seu conjunto através do exercício da sua opção de compra da totalidade das acções que passarão para a Swissair. Apesar de esta possibilidade só dever ser considerada no caso de ocorrerem diferendos irreconciliáveis entre as partes, constitui uma ameaça que levará a Swissair a evitar empreender qualquer acção que prejudique os interesses essenciais do Estado belga. Na mesma perspectiva, o acordo de 4 de Maio de 1995 exige expressamente que a Swissair evite o mais possível qualquer acção susceptível de comprometer o estatuto da Sabena de transportadora aérea comunitária nos termos do Regulamento (CEE) nº 2407/92. Para além disso, diversas cláusulas do acordo, em especial as relativas à cessão de acções, estipulam que nenhuma das partes poderá exercer os seus direitos se tal exercício comprometer o estatuto da Sabena. A Comissão considera que todos estes elementos constituem garantias suplementares contra uma eventual erosão do poder de decisão de última instância dos accionistas belgas a nível da gestão da Sabena.

Em segundo lugar, a Comissão considera que em qualquer avaliação de um investimento importante efectuado por uma transportadora aérea de um país terceiro numa transportadora aérea comunitária deverá ainda ter-se em consideração o contexto mais geral em que esse investimento é realizado, em especial as relações que a Comunidade tem com o país terceiro em causa no domínio da aviação. Estas considerações adicionais justificam-se face ao objectivo das condições relativas à propriedade e controlo efectivo, tal como referidas na secção IX, que consiste em salvaguardar os interesses do sector comunitário dos transportes aéreos. Isto implica, essencialmente, que as empresas de países terceiros não devem ser autorizadas a beneficiar plenamente, numa base unilateral, da liberalização do mercado interno dos transportes aéreos.

A regulamentação suíça em matéria de propriedade e controlo das transportadoras aéreas exige que, pelo menos, 60 % do capital de uma transportadora e pelo menos dois terços dos lugares dos órgãos de direcção pertençam a nacionais suíços ou equiparados a nacionais suíços por força de acordos internacionais. Estas condições são largamente comparáveis às previstas no nº 2 do artigo 4º do Regulamento (CEE) nº 2407/92. Por outro lado, tanto a legislação suíça como a legislação comunitária prevêem a possibilidade de adopção de regimes mais liberais com países terceiros numa base de reciprocidade. Relativamente a este último aspecto, deve salientar-se que, em 14 de Março de 1995, o Conselho da União Europeia

adoptou uma decisão que autoriza a Comissão a negociar um acordo global em matéria de transportes aéreos entre a comunidade e a Suíça. A decisão prevê, com certas excepções, que as regras relativas ao mercado interno dos transportes aéreos comunitários sejam alargadas à Suíça.

Neste contexto mais geral, o acordo entre o Estado belga e a Swissair, que constitui o objecto da presente decisão, parece assumir um carácter meramente transitório, proporcionando uma solução provisória até que as restrições em matéria de propriedade e controlo efectivo sejam abolidas entre a Suíça e a Comunidade numa base de reciprocidade. A eventual supressão destas restrições é, de certa forma, já antecipada no acordo de 4 de Maio de 1995, na medida em que o acordo prevê expressamente a possibilidade de aquisição pela Swissair de uma participação maioritária.

Globalmente, os elementos complementares examinados na presente secção vêm reforçar a conclusão de que, no âmbito do acordo de 4 de Maio de 1995, a Sabena é efectivamente controlada pelos accionistas belgas.

## XII

Tendo em conta o que precede e com base nos documentos e informações facultados pelo Governo belga nas suas cartas de 12 de Maio e 15 de Junho de 1995, a Comissão conclui que a Sabena preenche as condições prevista no artigo 4º do Regulamento (CEE) nº 2407/92

na sequência do acordo celebrado entre o Estado belga e a Swissair em 4 de Maio de 1995, tal como alterado pelo acordo adicional de 12 de Junho de 1995, e que uma decisão deve ser tomada para o efeito,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO :

### *Artigo 1º*

A Sabena preenche as condições previstas no artigo 4º do Regulamento (CEE) nº 2407/92 na sequência do acordo celebrado entre o Estado belga e a Swissair de 4 de maio de 1995, tal como alterado pelo acordo adicional de 12 de Junho de 1995.

### *Artigo 2º*

O Reino da Bélgica é o destinatário da presente decisão.

Feito em Bruxelas, em 19 de Julho de 1995.

*Pela Comissão*

Neil KINNOCK

*Membro da Comissão*