Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. WATHELET
fremsat den 12. november 2014[1]

Sag C-343/13

Modelo Continente Hipermercados SA
mod
Autoridade Para As Condições de Trabalho – Centro Local do Lis (ACT)

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunal do Trabalho de Leiria (Portugal))

»Ordningen for fusioner af aktieselskaber — direktiv 2011/35/EU — fusion ved overtagelse — overførsel af det overtagne selskabs aktiver og passiver som helhed til det overtagende selskab — ansvaret for administrative overtrædelser — national ret, hvorefter dette ansvar ved en fusion ved overtagelse overføres fra det overtagne selskab«

I – **Indledning**

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse er blevet fremsat under en tvist mellem Modelo Continente Hipermercardos SA (herefter »MCH«) og Autoridade para as Condições de Trabalho – Centro Local do Lis (ACT) (arbejdstilsynsmyndighed) vedrørende sidstnævntes afgørelse om at dømme MCH for overtrædelser af den portugisiske lov om arbejdsforhold, der blev begået af Good and Cheap – Comércio Retalhista SA (herefter »Good and Cheap«), før den fusion, hvorved MCH overtog dette selskab.

2. I denne forbindelse rejser den foreliggende sag det spørgsmål, om fusionen ved MCH's overtagelse af Good and Cheap medfører, at Good and Cheaps gæld overgår til MCH, når kreditor ikke har fremsat sit krav over for Good and Cheap før fusionen, og selv om de begivenheder, som stiftede den omhandlede gæld, fandt sted før fusionen.

3. Den foreliggende sag giver Domstolen anledning til for første gang at fortolke en bestemmelse i Rådets tredje direktiv 78/855/EØF af 9. oktober 1978 med hjemmel i [EØF-]traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om fusioner af aktieselskaber[2], som senest ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/109/EF af 16. september 2009[3] (herefter »tredje direktiv«) og ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/35/EU af 5. april 2011 om fusioner af aktieselskaber[4].

1 — Originalsprog: fransk.
2 — EFT L 295, s. 36.
3 — EUT L 259, s. 14.
4 — EUT L 110, s. 1.

II – **Retsforskrifter**

A – *EU-retten*

4. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 19, stk. 1, i tredje direktiv, der stadig var i kraft på datoen for den fusion, som er omhandlet i hovedsagen.

5. Tredje direktiv er efterfølgende blevet kodificeret ved direktiv 2011/35. De betragtninger og bestemmelser i direktiv 2011/35, der er relevante for den foreliggende sag, er i det væsentlige identiske med de tilsvarende betragtninger og bestemmelser i tredje direktiv. Selv om den i hovedsagen omhandlede fusion fandt sted under ordningen i tredje direktiv, vil jeg derfor, ligesom den forelæggende ret og parterne, henvise til direktiv 2011/35.

6. Fjerde og syvende betragtning til direktiv 2011/35 lyder:

»(4) Beskyttelse af selskabsdeltagernes og tredjemands interesser kræver, at medlemsstaternes lovgivning om fusion af aktieselskaber samordnes, og alle medlemsstater bør indføre fusionsregler i deres retsorden.

[…]

(7) Kreditorerne, herunder indehavere af obligationer samt indehavere af andre værdipapirer i de selskaber, der fusionerer, bør beskyttes mod at lide tab ved fusionen.«

7. Artikel 3, stk. 1, i kapitel II med overskriften »Bestemmelser om fusion ved et selskabs overtagelse af et eller flere andre selskaber og om fusion ved stiftelse af et nyt selskab« i direktiv 2011/35 bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved »fusion ved overtagelse« den fremgangsmåde, hvorved et eller flere selskaber ved opløsning uden likvidation overdrager deres aktiver og passiver som helhed til et andet selskab mod vederlag i form af aktier i det overtagende selskab til aktionærerne i det eller de overtagne selskaber og eventuelt et kontant udligningsbeløb, der ikke kan overstige 10% af de pågældende aktiers pålydende værdi eller, ved aktier uden pålydende værdi, af den bogførte pariværdi.«

8. Direktivets kapitel III med overskriften »Fusion ved overtagelse« indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»Artikel 6

Fusionsplanen skal offentliggøres for hvert af de fusionerende selskaber efter den fremgangsmåde, der er fastsat i hver medlemsstats lovgivning, i overensstemmelse med artikel 3 i direktiv 2009/101/EF mindst en måned forud for dagen for den generalforsamling, der skal træffe bestemmelse om fusionsplanen.

[…]

Artikel 11

1. Mindst en måned forud for dagen for den generalforsamling, der skal træffe beslutning om fusionsplanen, har hver aktionær ret til på selskabets hjemsted at gøre sig bekendt med i det mindste følgende dokumenter:

a) fusionsplanen

b) de fusionerende selskabers årsregnskaber og årsberetninger for de sidste tre regnskabsår

c) i givet fald en mellembalance, der er afsluttet på et tidspunkt, som ikke ligger før den første dag i den tredje måned forud for fusionsplanens udarbejdelse, såfremt de sidste årsregnskaber vedrører et regnskabsår, der er udløbet mere end seks måneder forud for dette tidspunkt

[...]

Artikel 12

Beskyttelsen af arbejdstagernes rettigheder i hvert af de fusionerende selskaber sker i henhold til direktiv 2001/23/EF.

Artikel 13

1. Medlemsstaternes lovgivninger fastsætter en passende ordning til sikring af de rettigheder, som tilkommer de fusionerende selskabers kreditorer, hvis fordringer er stiftet forud for fusionsplanens offentliggørelse og ikke er forfaldne på tidspunktet for denne offentliggørelse.

2. Med henblik herpå skal medlemsstaternes lovgivninger i det mindste bestemme, at kreditorerne har krav på passende sikkerhed, såfremt de fusionerende selskabers finansielle situation gør denne beskyttelse nødvendig, og såfremt kreditorerne ikke allerede har en sådan sikkerhed.

Medlemsstaterne fastsætter betingelserne for den beskyttelse, der er omhandlet i stk. 1 og i nærværende stykkes første afsnit. Medlemsstaterne sikrer under alle omstændigheder, at kreditorerne kan anmode den relevante administrative eller retlige myndighed om hensigtsmæssige sikkerhedsforanstaltninger, såfremt de kan godtgøre, at deres krav på grund af fusionen er i fare, og at selskabet ikke har iværksat hensigtsmæssige sikkerhedsforanstaltninger.

3. Beskyttelsen af det overtagende og det overtagne selskabs kreditorer kan være forskellig.

[…]

Artikel 18

1. Fusionen skal for hvert af de fusionerende selskaber offentliggøres efter den fremgangsmåde, der er fastsat i hver enkelt medlemsstats lovgivning, i overensstemmelse med artikel 3 i direktiv 2009/101/EF.

2. Det overtagende selskab kan selv iværksætte de formaliteter vedrørende offentliggørelse, der skal opfyldes med hensyn til det eller de overtagne selskaber.

Artikel 19

1. Fusionen har ipso jure følgende retsvirkninger, som indtræder samtidigt:

a) [B]åde i forholdet mellem det overtagne og det overtagende selskab og i forhold til tredjemand overgår det overtagne selskabs aktiver og passiver som helhed til det overtagende selskab.

b) [A]ktionærerne i det overtagne selskab bliver aktionærer i det overtagende selskab.

c) [D]et overtagne selskab ophører.

[…]«

B – *Portugisisk ret*

9. Código das Sociedades Comerciais (lov om erhvervsselskaber) gennemfører bestemmelserne i direktiv 2011/35 i portugisisk ret.

10. Lovens artikel 98 med overskriften »Fusionsplan« bestemmer:

»1 – De administrationsorganer, som fusionerer, udarbejder sammen en fusionsplan, der indeholder de oplysninger, som er nødvendige og hensigtsmæssige for at opnå et fuldt kendskab såvel retligt som økonomisk til den påtænkte transaktion, og:

[…]

d) en balance fra hvert af de fusionerende selskaber, der navnlig angiver værdien af de aktiver og passiver, som overføres til det overtagende selskab eller til det nye selskab

[…]

h) oplysninger om, hvorledes kreditorers rettigheder beskyttes

[…]

2 – Balancen omhandlet i det foregående stykke, litra d), er:

a) balancen fra det sidste regnskabsår, såfremt dette er blevet afsluttet inden for seks måneder forud for fusionsplanen, eller

b) en balance udskudt til et tidspunkt, som ikke ligger før den første dag i den tredje måned forud for datoen for fusionsplanen.«

11. Lovens artikel 100 med overskriften »Fusionsplanens registrering og indkaldelse til generalforsamling« bestemmer følgende:

»1 – Fusionsplanen registreres.

2 – Selskabsdeltagerne i hvert af de deltagende selskaber udtaler sig om fusionsplanen på en generalforsamling, uanset hvilken selskabstype, idet der indkaldes til generalforsamlingerne efter registreringen med henblik på at forsamles mindst en måned efter datoen for indkaldelsens offentliggørelse.

3 – Indkaldelsen angiver, at selskabernes forskellige selskabsdeltagere og kreditorer kan konsultere fusionsplanen og den vedlagte dokumentation på selskabets hovedsæde, og angiver datoen for generalforsamlingen.

[…]

5 – Registreringsmyndigheden sørger automatisk og ex officio for offentliggørelse af fusionsplanens registrering, og i offentliggørelsen præciseres det, at kreditorer kan gøre indsigelse mod fusionen i henhold til artikel 101-A.

[…]«

12. Lovens artikel 101-A med overskriften »Indsigelse fra kreditorer« har følgende ordlyd:

»Inden for en frist på en måned efter offentliggørelsen af fusionsplanens registrering kan de deltagende selskabers kreditorer, hvis fordringer er stiftet forud for denne offentliggørelse, retsligt gøre indsigelse mod fusionen under henvisning til den skadevirkning, som fusionen vil medføre for fyldestgørelsen af deres rettigheder, såfremt de har anmodet selskabet om at afregne fordringen eller tilvejebringe behørig sikkerhedsstillelse, og der er forløbet mindst 15 dage, uden at deres anmodning er blevet besvaret.«

13. Nævnte lovs artikel 101-B med overskriften »Indsigelsens retsvirkninger« fastsætter:

»1 – En retslig indsigelse fremsat af en hvilket som helst kreditor er til hinder for en endelig registrering af fusionen i handelsregisteret, indtil en af følgende omstændigheder er indtrådt:

a) Indsigelsen er blevet forkastet ved en retskraftig afgørelse, eller den indsigende part, i tilfælde af afvisning fra realitetsbehandling, ikke har anlagt et nyt søgsmål inden 30 dage.

b) Den indsigende part har hævet sagen.

c) Selskabet har fyldestgjort den indsigende part eller har stillet sikkerhed som fastsat ved aftale eller ved en retsafgørelse.

d) Den indsigende part har accepteret registreringen.

e) Det beløb, som selskabet skylder den indsigende part, er blevet deponeret.

[…]«

14. Artikel 111 i lov om erhvervsselskaber, der har overskriften »Registrering af en fusion«, bestemmer:

»Når fusionen er godkendt af alle de deltagende selskaber, uden at der er fremsat indsigelse inden for den i artikel 101-A fastsatte frist, eller, hvis der er fremsat indsigelse, når en af de i artikel 101-B, stk. 1, omhandlede omstændigheder er indtrådt, anmoder ledelsen af de i fusionen deltagende selskaber eller af det nye selskab om registrering af fusionen i handelsregisteret.«

15. Lovens artikel 112 bestemmer:

»Ved registreringen af fusionen i handelsregisteret:

a) slettes de overtagne selskaber eller, i tilfælde af oprettelse af et nyt selskab, alle de selskaber, der har deltaget i fusionen, idet deres rettigheder og pligter overføres til det overtagende eller det nye selskab

b) bliver selskabsdeltagerne i de slettede selskaber selskabsdeltagere i det overtagende selskab eller det nye selskab.«

III – **Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål**

16. Good and Cheap var et portugisisk selskab, som beskæftigede sig med detailhandel i små og store supermarkeder.

17. MCH er et portugisisk erhvervsselskab, der blandt andre aktiviteter beskæftiger sig med detailhandel i fødevaresektoren. Selskabet ejer og driver ca. 180 butikker i Portugal.

18. Den 15. februar 2011 foretog ACT i Good and Cheaps lokaler beliggende i Pompal (Portugal) en inspektion af arbejdstidsregistreringerne i december 2010 og januar 2011 for arbejdstagerne i Good and Cheap.

19. Den 22. februar 2011 registrerede Good and Cheap og MCH ved den for handelsregistreret ansvarlige myndighed en fusionsplan, der tidligere var blevet godkendt af deres bestyrelser. Fusionsplanen blev offentliggjort på netstedet for justitsministeriets offentliggørelser (https://publicacoes.mj.pt/Index.aspx).

20. Den 7. marts 2011 udfærdigede en arbejdsinspektør (»inspectora do trabalho«) fra ACT to rapporter (»auto de notícia«) mod Good and Cheap, hvori selskabet blev kritiseret for at have overtrådt de portugisiske arbejdsretlige bestemmelser om, at arbejdstagere ikke må arbejde mere end fem timer uden afbrydelse og har ret til en sammenhængende hvileperiode på mindst elleve timer mellem to på hinanden følgende arbejdsperioder.

21. Fusionen ved MCH's overtagelse af Good and Cheaps formue blev registreret i handelsregisteret den 31. marts 2011. Med virkning fra denne dato blev Good and Cheap opløst.

22. Den 4. april 2011 underrettede ACT Good and Cheap om rapporterne af 7. marts 2011 og pålagde selskabet to bøder (»coima«): en på 459 EUR (der skulle betales senest den 12.4.2011) for overtrædelse af forbuddet mod at lade arbejdstagere arbejde mere end fem timer uden afbrydelse (rapport nr. 161100188) og en anden (hvis beløb og seneste betalingsdato ikke fremgår af sagsakterne for Domstolen) for overtrædelse af arbejdstageres ret til en sammenhængende hvileperiode på mindst elleve timer mellem to på hinanden følgende arbejdsperioder (rapport nr. 161100190).

23. I sin skriftlige besvarelse (»resposta escrita«) anfægtede MCH denne afgørelses lovlighed, idet selskabet, blandt andre argumenter, påberåbte sig fusionen ved MCH's overtagelse af Good and Cheaps formue, der havde fundet sted den 31. marts 2011.

24. Ved udkast til afgørelse (»proposta de decisão«) af 18. henholdsvis 20. september 2012 foreslog den ansvarlige for udarbejdelsen af sagsfremstillingen (»instrutora«) direktøren for ACT at opretholde de to rapporter af 7. marts 2011 og at pålægge MCH en bøde på 714 EUR for hver af de to omhandlede overtrædelser.

25. Ved en afgørelse om retlig kumulation (»decisão de cúmulo jurídico«) af 24. september 2012 vedtog direktøren for ACT de nævnte udkast til afgørelse og pålagde MCH en kumuleret bøde for de to overtrædelser på 1 250 EUR. Denne afgørelse blev meddelt MCH den 26. september 2012.

26. MCH har anlagt sag (»recurso de impugnação judicial«) ved Tribunal do Trabalho de Leiria (arbejdsretten i Leira, Portugal) til prøvelse af sidstnævnte afgørelses lovlighed. Blandt andre argumenter har MCH gjort gældende, at en fortolkning af artikel 112 i lov om erhvervsselskaber, hvorefter det er tilladt at pålægge MCH bøder for de overtrædelser af arbejdsretten, som Good and Cheap har begået, er i strid med artikel 19, stk. 1, litra a), i direktiv 2011/35.

27. På den baggrund har Tribunal do Trabalho de Leiria besluttet at udsætte sagen og stille Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Medfører en fusion af selskaber – i lyset af [EU-]retten og især af [artikel 19, stk. 1, litra a), i direktiv 2011/35/EF] – en ordning med overtagelse af ansvaret for administrative overtrædelser, der indebærer, at det overtagende selskab er ansvarligt for gerninger, der er begået af det overtagne selskab før registreringen af fusionen i handelsregisteret?

2) Kan en straf på området for administrative overtrædelser med henblik på anvendelse af [direktiv 2011/35] anses for at være tredjemands fordring (i dette tilfælde statens fordring i henhold til reglerne vedrørende administrative overtrædelser) med den konsekvens, at den dertil svarende gæld (bøden), der skyldes [som] sanktion for en administrativ overtrædelse, og for hvilken staten er fordringshaver, overføres til det overtagende selskab?

3) Vil en fortolkning af artikel 112 i Código das Sociedades Comerciais således, at denne ikke indebærer slettelse af proceduren for en administrativ overtrædelse, der er begået før fusionen, eller af den bøde, der er eller vil blive pålagt, være uforenelig med [direktiv 2011/35], der fastsætter virkningerne af en selskabsfusion, hvorved der foretages en udvidende fortolkning af bestemmelsen, hvilket ville være i strid med [EU-]rettens principper, herunder især direktivets artikel 19?

4) Udgør den førnævnte fortolkning en tilsidesættelse af princippet om, at der ikke kan foreligge administrative overtrædelser, uden at det overtagende selskab har påtaget sig et (svækket) objektivt ansvar eller et culpaansvar?«

IV – **Retsforhandlingerne for Domstolen**

28. Anmodningen om præjudiciel afgørelse blev indgivet til Domstolen den 24. juni 2013. MCH, den portugisiske, den tyske, den ungarske og den østrigske regering samt Europa-Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg.

29. Den 20. juni 2014 fremsendte Domstolen til MCH og den portugisiske regering en liste med spørgsmål, der skulle besvares skriftligt inden retsmødet. Domstolen modtog svarene fra den portugisiske regering og MCH den 15., henholdsvis den 28. juli 2014.

30. Der blev afholdt retsmøde den 3. september 2014, hvorunder MCH, den portugisiske og den tyske regering samt Kommissionen afgav mundtlige indlæg.

V – **Analyse**

A – *Om formaliteten*

31. Den tyske og den østrigske regering har rejst tvivl om, hvorvidt visse af de spørgsmål, der er blevet stillet af den forelæggende ret, kan realitetsbehandles. Den tyske regering mener, at det tredje og det fjerde spørgsmål vedrører fortolkningen af national ret. Den østrigske regering har anført, at det andet spørgsmål vedrører en situation, hvor bøden, til forskel fra omstændighederne i hovedsagen, allerede er blevet pålagt før fusionen, og at spørgsmålet derfor er af hypotetisk karakter. Desuden er det spørgsmål om strafansvar, der er omhandlet i det fjerde spørgsmål, ikke reguleret i direktiv 2011/35 og har derfor ingen tilknytning til EU-retten, således som det kræves i artikel 51 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

32. Jeg deler ikke den østrigske regerings opfattelse med hensyn til det andet spørgsmål, hvori den forelæggende ret spørger Domstolen, om en sanktion for en administrativ overtrædelse, såsom den i hovedsagen omhandlede bøde, kan kvalificeres som en fordring og den portugisiske stat som en kreditor i den forstand, hvori disse udtryk er anvendt i direktiv 2011/35[5]. Hvis det forstås således, vedrører det andet spørgsmål ikke alene kvalificeringen af en bøde, der er pålagt før fusionen, men også en bøde pålagt efter fusionen. Har det denne betydning, er det andet spørgsmål ikke hypotetisk.

5 — Begreberne »fordring« og »kreditor« nævnes i direktivets artikel 13, men defineres ikke.

33. For så vidt angår det tredje spørgsmål finder jeg ikke, at det vedrører fortolkningen af national ret. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret Domstolens fortolkning af tredje direktivs artikel 19 for at kunne udtale sig om, hvorvidt artikel 112 i lov om erhvervsselskaber, således som den fortolkes i Portugal – dvs. at en fusion ikke indebærer, at proceduren vedrørende en administrativ overtrædelse, der er begået før fusionen, eller den bøde, der er eller vil blive pålagt, slettes – er forenelig med denne bestemmelse. Det tredje spørgsmål kan derfor antages til realitetsbehandling.

34. Derimod deler jeg den tyske og den østrigske regerings opfattelse af, at det fjerde spørgsmål ikke kan realitetsbehandles. Dette spørgsmål vedrører nemlig fortolkningen af et princip i portugisisk ret, hvilket ifølge fast retspraksis ikke henhører under Domstolens kompetence [6].

B – *Om realiteten*

35. Jeg mener, ligesom den ungarske regering, at den forelæggende ret med spørgsmålene, samlet set, ønsker oplyst, om artikel 19, stk. 1, i direktiv 2011/35 skal fortolkes således, at den er til hinder for nationale bestemmelser, der, som artikel 112 i den portugisiske lov om erhvervsselskaber, således som den anvendes i Portugal, fastsætter, at en fusion af selskaber ved overtagelse medfører, at forpligtelsen til at betale en bøde for overtrædelser af arbejdsretten, der er begået af det overtagne selskab, overgår til det overtagende selskab, når de pågældende overtrædelser blev begået før fusionen, og selv om bøden først blev pålagt ved en endelig afgørelse efter fusionen. Jeg vil derfor behandle den forelæggende rets spørgsmål samlet.

1. Argumenterne for Domstolen

36. MCH og den tyske regering har gjort gældende, at, når det overtagne selskabs aktiver og passiver som helhed overgår til det overtagende selskab under en fusion ved overtagelse som omhandlet i artikel 19, stk. 1, litra a), i direktiv 2011/35, omfatter dette en overførsel af det overtagne selskabs gæld. Imidlertid kan en bøde for en administrativ overtrædelse, der pålægges sidstnævnte, først anses for en fordring for staten – og følgelig for gæld i det overtagne selskab – på det tidspunkt, hvor staten har en administrativ eller retslig afgørelse, der er endelig i den forstand, at den kan fuldbyrdes. I det foreliggende tilfælde skete fusionen imidlertid, før denne afgørelse blev truffet, og derfor har MCH ikke overtaget Good and Cheaps ansvar for de omhandlede administrative overtrædelser af arbejdsretten.

37. Såfremt det blev anerkendt, at ansvaret for administrative overtrædelser skulle overtages under disse omstændigheder, ville aktionærer og kreditorer i de i fusionen deltagende selskaber, ifølge MCH, desuden ikke være i stand til at vurdere de økonomiske konsekvenser af fusionen. Af samme grund finder den tyske regering, at referencedatoen for fastlæggelsen af størrelsen af aktiver og passiver, som overtages, er den dato, hvor fusionen får virkning.

38. Den østrigske regering er af den opfattelse, at direktiv 2011/35 kun fastsætter et civilt ansvar for det overtagende selskab over for kreditorer og indehavere af andre værdipapirer. Direktivet indeholder ikke bestemmelser om ansvar for administrative overtrædelser for de selskaber, der deltager i fusionen, hvilket, ifølge denne regering, svarer til et ansvar for administrativt pålagt straf. Det følger heraf, at de omstændigheder, der ligger til grund for anmodningen om en præjudiciel afgørelse, ikke henhører under direktivets anvendelsesområde.

6 — Jf. domme Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2007:31, præmis 25), dos Santos Palhota m.fl. (C-515/08, EU:C:2010:589, præmis 18), Idryma Typou (C-81/09, EU:C:2010:622, præmis 35) og Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588, præmis 28).

39. Den østrigske regering finder dog, at direktiv 2011/35 heller ikke udelukker, at det overtagende selskab påtager sig et ansvar for administrative overtrædelser med hensyn til forhold, der kan tilregnes det overtagne selskab. Derfor er nationale bestemmelser, i henhold til hvilke det overtagende selskab kan pålægges administrativ straf, ikke i strid med dette direktivs artikel 19, stk. 1, litra a).

40. Den portugisiske og den ungarske regering samt Kommissionen finder i det væsentlige, at artikel 19, stk. 1, litra a), i direktiv 2011/35 indeholder et krav om, at ansvaret for administrative overtrædelser overgår fra det overtagne selskab til det overtagende selskab under en fusion. De fremhæver, at de i denne bestemmelse omhandlede aktiver og passiver overgår som en helhed. En bøde bør anses for en fordring for staten, som dette direktiv har til formål at beskytte i dennes egenskab af kreditor. Bøden er således en del af passiverne hos et selskab, der overtages ved fusion, og skal som sådan overgå til det overtagende selskab.

2. Bedømmelse

a) Gældende ret

41. Først må det fastlægges, hvilken ret der finder anvendelse med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt et overtagende selskab overtager forpligtelsen til at betale en bøde, der er blevet pålagt efter fusionens registrering for overtrædelser, som er begået af det overtagne selskab, som på grund af fusionen er ophørt med at eksistere. Er der tale om et spørgsmål, som er reguleret i direktiv 2011/35 eller alene i national ret?

42. Artikel 19, stk. 1, litra a), i direktiv 2011/35 bestemmer, at »[f]usionen […] ipso jure [har] følgende retsvirkninger, som indtræder samtidigt: […] både i forholdet mellem det overtagne og det overtagende selskab og i forhold til tredjemand overgår det overtagne selskabs aktiver og passiver som helhed til det overtagende selskab«.

43. Anvendelsen af udtrykket »ipso jure« viser, at fusionen i retlig henseende og uden andre betingelser med hensyn til form eller indhold medfører, at aktiverne og passiverne overgår som helhed. Overførslen i tilfælde af fusion er således reguleret i EU-retten[7]. Anvendelsesområdet for artikel 19, stk. 1, litra a), i direktiv 2011/35 skal imidlertid fastlægges.

b) Det materielle anvendelsesområde for artikel 19, stk. 1, litra a), i direktiv 2011/35: »aktiver og passiver som helhed«

44. Finder artikel 19, stk. 1, litra a), i direktiv 2011/35 anvendelse, når det drejer sig om en forpligtelse på retsområdet for administrative overtrædelser – i det foreliggende tilfælde en bøde, der er pålagt for en overtrædelse af den portugisiske arbejdsret – hvis udløsende begivenheder ligger forud for datoen for fusionsplanens offentliggørelse, men som første gang er meddelt skyldneren efter registreringen af denne fusion?

7 — Jeg bemærker, at artikel 14, stk. 1, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/56/EF af 26.10.2005 om grænseoverskridende fusioner af selskaber med begrænset ansvar (EUT L 310, s. 1), som ændret, fastsætter, at »[den grænseoverskridende] fusion […] har […] følgende virkninger: a) alle det overtagne selskabs aktiver og passiver overgår til det overtagende selskab […]«. Efter min mening skal udeladelsen af udtrykket »ipso jure« ikke føre til, at der anlægges en anden fortolkning end den, der anlægges af direktiv 2011/35. Også når der er tale om selskaber med begrænset ansvar, medfører fusionen i retlig henseende, at aktiver og passiver overgår som helhed uden opfyldelse af andre betingelser end dem, der er fastsat ved direktiv 2005/56.

45. Det må således afgøres, om udtrykket »aktiver og passiver som helhed«, og navnlig udtrykket »passiver«, er tilstrækkeligt bredt til, at det omfatter en situation som den, der er omhandlet i tvisten i hovedsagen. Som den tyske regering har anført, drejer det sig om en fortolkning af udtryk, der, på trods af at de anvendes flere gange i direktivet, ikke er defineret deri. Disse udtryk skal således undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Den Europæiske Union [8] under hensyn til den generelle sammenhæng, hvori de anvendes, og de mål, der forfølges med direktiv 2011/35 [9].

i) Er forpligtelser på retsområdet for administrative overtrædelser en del af det overtagne selskabs passiver?

46. For så vidt angår karakteren af retsområdet for administrative overtrædelser mener den østrigske regering uden nærmere begrundelse, at artikel 19, stk. 1, litra a), i direktiv 2011/35 kun finder anvendelse på det civilretlige ansvar. Den omhandlede bøde har som en forpligtelse på retsområdet for administrative overtrædelser en strafbetonet karakter, der bevirker, at den falder uden for denne artikels anvendelsesområde. Ifølge denne regering kan en bestemmelse i national ret, der muliggør en overførsel af ansvaret for administrative overtrædelser, derfor ikke være i strid med det nævnte direktiv.

47. Kommissionen har også viet en stor del af sit skriftlige indlæg til retsområdet for administrative overtrædelser (»Ordnungsstrafrecht«) i Tyskland, herunder dettes opståen, historie, quasi-strafferetslignende karakter og forskellene sammenlignet med den klassiske eller sekundære strafferet.

48. Efter min opfattelse har disse betragtninger, selv om de teoretisk set er interessante, ikke nogen som helst relevans for anvendelsesområdet for direktiv 2011/35. Direktivets artikel 19, stk. 1, litra a), henviser til »passiver«, dvs. til al den gæld [10], som knytter sig til alle goder og forpligtelser hos én og samme person, betragtet som en samlet retlig helhed [11].

49. Det er klart, at den nævnte artikel ved at anvende disse brede udtryk skal omfatte enhver mulig gæld, uanset dens oprindelse og ansvarets art, det være sig civilretligt, strafferetligt eller quasi-strafferetligt, såfremt der er tale om et ansvar for selve det overtagne selskab [12], og det kan omsættes til et pengebeløb.

50. Dette fremgår endnu tydeligere af den engelske sprogversion af direktiv 2011/35, der, skønt den ikke betegner overførslen som »universel«, omhandler »all the assets and *liabilities*« [13]. En gæld af quasi-strafferetlig karakter som den i hovedsagen omhandlede udgør utvivlsomt en »liability« for det overtagne selskab.

51. Jeg deler opfattelsen hos MCH samt den portugisiske og den tyske regering, hvorefter en bøde som den omhandlede kan kvalificeres som en »fordring« for staten, og sidstnævnte kan kvalificeres som »kreditor« i den forstand, hvori disse udtryk er anvendt i artikel 13 i direktiv 2011/35.

8 — Jf. i denne henseende domme Linster (C-287/98, EU:C:2000:468, præmis 43), Brüstle (C-34/10, EU:C:2011:669, præmis 25) og Ziolkowski og Szeja (C-424/10 og C-425/10, EU:C:2011:866, præmis 32).

9 — Jf. i denne retning domme easyCar (C-336/03, EU:C:2005:150, præmis 21), Wallentin-Hermann (C-549/07, EU:C:2008:771, præmis 17) og Ziolkowski og Szeja (EU:C:2011:866, præmis 34).

10 — Ved udtrykket »gæld« forstår jeg den forpligtelse, som en person, benævnt debitor, har over for en anden person, benævnt kreditor, til at levere en ydelse (give, gøre eller undlade noget), jf. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9. udg., PUF, Paris, 2011, s. 340.

11 — Jf. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9. udg., PUF, Paris, 2011, s. 737 og 738.

12 — Naturligvis er strafansvar for ledelsen eller andre organer i det overtagne selskab ikke omfattet af artikel 19, stk. 1, litra a), i direktiv 2011/35. Derimod kan en strafbøde, der pålægges det overtagne selskab for kriminalitet begået af dette, overføres til det overtagende selskab.

13 — Min fremhævelse. Begrebet »liability« defineres som »noget, som nogen er ansvarlig for, særligt et pengebeløb« (»a thing for which some one is responsible, especially an amount of money«), jf. *Oxford Dictionnary of English*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 2. reviderede udg., s. 1008.

52. Følgelig er al gæld, der påhviler et selskab, som deltager i en fusion, herunder gæld til staten, en del af dettes passiver og skal derfor automatisk og uden andre betingelser overgå til det selskab, der er resultatet af fusionen.

ii) Er gæld, som er in statu nascendi (på fødselsstadiet) på fusionstidspunktet, en del af det overtagne selskabs passiver?

53. Det skal endvidere afgøres, om begrebet passiver også omfatter en gæld, der er in statu nascendi på det tidspunkt, hvor fusionen registreres, dvs. en gæld som den i hovedsagen omhandlede, hvis stiftende begivenheder fandt sted før fusionens registrering, men som først er blevet eksigibel og meddelt debitor for første gang efter fusionens registrering.

54. Af de nedenfor anførte grunde mener jeg, at gæld in statu nascendi som den i hovedsagen omhandlede er en del af det overtagne selskabs passiver og derfor overgår til det overtagende selskab.

55. For det første er det intet i ordlyden af direktiv 2011/35, som er til hinder for denne fortolkning af begrebet passiver i det overtagne selskab. Dette er i øvrigt heller ikke tilfældet for det passiv-begreb, der blev anvendt, henset til tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, i Rådets fjerde direktiv 78/660/EØF af 25. juli 1978 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om årsregnskaberne for visse selskabsformer [14], som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/49/EF af 18. juni 2009 (EUT L 164, s. 42, herefter »direktiv 78/660«), og navnlig i artikel 9 under overskriften »Passiver«, punkt B, nr. 3), og punkt C, nr. 8), som parterne har henvist til under retsmødet [15].

56. I sit skriftlige indlæg forfægtede Kommissionen den opfattelse, at den i hovedsagen omhandlede gæld var en del af passiverne i det overtagende selskab som omhandlet i direktiv 78/660, men at en tilsvarende post burde opføres i selskabets årsregnskaber. Kommissionen baserede sin holdning på den omstændighed, at rapporterne var blevet meddelt det overtagne selskab for første gang før fusionens registrering, hvilket ikke fremgår af sagsakterne indgivet til Domstolen.

57. Under retsmødet har Kommissionen imidlertid anført, at reglerne om udfærdigelse af årsregnskaber ikke var relevante i det foreliggende tilfælde. Jeg deler denne sidste holdning, fordi en gæld, som kreditor for første gang konstaterer efter udfærdigelsen af de årsregnskaber, der anvendes til fusionen, i det modsatte tilfælde ikke længere ville kunne overgå til det overtagende selskab, eftersom årsregnskaberne kun kan afspejle forudsigelig og kvantificerbar gæld.

58. I denne forstand er den omstændighed, at en gæld in statu nascendi ikke er omfattet af passiv-begrebet i henhold til direktiv 78/660 og af denne grund derfor ikke fremgår af balancen, som er vedlagt fusionsplanen, ikke tilstrækkelig til at udelukke den fra passiverne i henhold til direktiv 2011/35.

59. Såfremt dette var tilfældet, ville fusionen fungere som en ophørsgrund for forpligtelser og ville endog kunne iværksættes alene med dette formål for øje.

14 — EFT L 222, s. 11.

15 — Denne artikel bestemmer, at passiver, som opføres i selskabers årsregnskaber, bl.a. skal omfatte »[a]ndre hensættelser« [punkt B, nr. 3)], dvs. andre hensættelser end hensættelser til pensioner og lignende forpligtelser og hensættelser til skatter, og »[a]nden gæld herunder skyldige skatter og skyldige bidrag til social sikring«. Det er efter min opfattelse normalt, at denne artikel ikke medtager gæld in statu nascendi i definitionen af passiver, eftersom årsregnskaber alene kan angive sikker og forfalden gæld eller i hvert gæld, som det er sandsynligt eller forudsigeligt vil opstå, i det omgang den kan kvantificeres.

60. Følgende eksempler kan illustrere dette punkt:

— Dagen før to olieselskabers fusion forårsager et af dem en miljøkatastrofe på grund af oliespild i havet. Hvis man anlagde den fortolkning, at en gæld i skyldnerselskabet skal være stiftet, sikker og forfalden før fusionen, før den kan overgå til det overtagende selskab, ville forvaltningen ikke have nogen mulighed for at pålægge bøder i henhold til miljøretten, og de skadelidte parter ville ikke kunne få erstatning.

— Efter en fusion som den, der er omhandlet i hovedsagen, opdager skattemyndighederne, at det overtagne selskab i flere år fulgte en plan til ulovlig skatteoptimering. Hvis den samme fortolkning fandt anvendelse, ville skattemyndighederne ikke have nogen mulighed for at tilbagesøge den ubetalte skat.

61. En fusion ved overtagelse indebærer således, at det overtagende selskab erhverver det overtagne selskab som helhed, herunder dettes fortid. Som det i øvrigt fremgår af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2011/35, foregår en fusion ved overtagelse ved en »opløsning *uden likvidation*« [16] af de fusionerende selskaber, hvilket indebærer en overførsel af hele det overtagne selskab uden det ophør af forpligtelser, som en likvidation ville have afstedkommet. Dette, dvs. risikoen for at en del af passiverne i det overtagne selskab er ukendt for det overtagende selskab på fusionstidspunktet, er årsagen til, at en fusionsaftale i praksis normalt indeholder en klausul med erklæringer og garantier (»disclosure and warranties«) til fordel for det overtagende selskab.

62. Der er i øvrigt intet nyt i den tankegang, at det overtagende selskab indtræder i det overtagne selskabs ansvar efter en fusion. Jeg sigter til de mange tvister i Europa og De Forenede Stater, hvor overtagende selskaber er blevet stævnet i erstatningssager, undertiden i form af kollektive søgsmål, for det forhold, at det overtagne selskab før fusionen havde udsat sine ansatte for asbest, hvilket havde givet dem asbestose og mesoteliom. I alle disse tilfælde kunne den omstændighed, at det overtagne selskab ikke havde kendskab til dette erstatningsansvar på fusionstidspunktet, på ingen måde udelukke, at dette overgik fra det overtagne selskab til det overtagende selskab [17].

63. Det er endog hændt, at erstatningsbeløbet langt har oversteget salgsprisen for det overtagne selskab, i et sådant omfang at visse lovgivere har grebet ind for at begrænse erstatningsansvaret, som f.eks. i Texas »til den rimelige markedsværdi af alle bruttoaktiver i det overdragende selskab beregnet på fusions- eller konsolideringstidspunktet« [18].

64. I mangel af en sådan udtrykkelig bestemmelse finder jeg, at artikel 19, stk. 1, litra a), i direktiv 2011/35 foreskriver, at gæld in statu nascendi overgår fra det overtagne selskab til det overtagende selskab.

16 — Min fremhævelse.

17 — Jf. i denne retning V. Havard-Williams, »Asbestos liability: Managing the risks« (tilgængelig på netstedet Practical Law på adressen http://uk.practicallaw.com/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1247476867411&ssbinary=true). Jf. også dommen fra Supreme Court i Texas i sagen *Barbara Robinson mod Crown Cork & Seal Co* (335 S.W.3d 126, 129-130 (2010)).

18 — Artikel 149 003, litra a), i Texas Civil Practice and Remedies Code: »[…] the cumulative successor asbestos-related liabilities of a corporation are limited to the fair market value of the total gross assets of the transferor determined as of the time of the merger or consolidation«, som Supreme Court i Texas har fastslået er uforenelig med forbuddet mod love med tilbagevirkende kraft i artikel I, stk. 16, i Texas' forfatning: jf. *Barbara Robinson mod Crown Cork & Seal Co* (335 S.W.3d 126 (2010)).

65. Det skal endvidere understreges, at denne regel ikke altid er til ulempe for det overtagende selskab, idet dette tillige erhverver alle aktiverne, dvs. ikke kun rettigheder, der er eksigible på fusionstidspunktet, men også forventninger om fremtidige fordringer (spes debiturum iri) [19] såvel som rettigheder, der vil opstå efter fusionens registrering.

66. Således vil et overtagende selskab som MCH have ret til tilbagebetaling af skat, der er betalt i urigtig formening om skyld af det overtagne selskab før fusionen, samt af skat, som er blevet opkrævet hos det overtagne selskab før fusionen, men som er blevet erklæret i strid med EU-retten efter fusionen.

67. Der kan endvidere rejses det spørgsmål, om direktiv 2011/35, i stedet for at kræve, at gæld in statu nascendi overgår til det overtagende selskab, blot tillader medlemsstaterne at fastsætte en sådan overførsel af gæld i deres nationale ret. Det mener jeg ikke.

68. Artikel 19, stk. 1, litra a), i direktiv 2011/35, ligesom i øvrigt artikel 14, stk. 1, litra a), i direktiv 2005/56 [20], der indeholder en tilsvarende bestemmelse, foreskriver klart en fælles definition af passiv-begrebet, uden at medlemsstaterne har nogen mulighed for at indskrænke eller udvide dette begreb. I det tænkte tilfælde, som blev drøftet under retsmødet, og hvor den ret, som fandt anvendelse på det overtagne selskab, krævede overførsel af den omhandlede gæld, mens den ret, der gjaldt for det overtagende selskab, udelukkede dette, ville der have været en regelkonflikt, som direktiv 2005/56 ikke kunne løse, hvilket ville have været i strid med dettes formål om at lette grænseoverskridende fusioner.

69. Tilbage er stadig at afgøre, om den fortolkning af artikel 19, stk. 1, litra a), i direktiv 2011/35, som jeg foreslår, også bør finde anvendelse på en gæld in statu nascendi, når kreditor, som har kendskab til den nært forestående fusion, intet foretager sig for at gøre opmærksom på sin fordring eller mulige fordring før fusionens registrering.

70. MCH har såvel i sit skriftlige indlæg som under retsmødet insisteret på, at ACT havde foretaget den inspektion, der gav anledning til de i hovedsagen omhandlede bøder, før fusionsplanens offentliggørelse. I sin skriftlige besvarelse af Domstolens spørgsmål har den portugisiske regering medgivet, at den officielle offentliggørelse af fusionsplanen på justitsministeriets netsted den 22. februar 2011 gjaldt som underretning af potentielle kreditorer, herunder ACT, der således havde kunnet give varsel til de selskaber, som var ved at forhandle deres fusionering.

71. Selv om jeg anerkender, at en kreditor i god tro i en sådan faktuel kontekst ikke bør undlade at give varsel om sin fordring til sin debitor før fusionen [21], er det min opfattelse, at fusionen ikke medfører, at denne fordring ophører. Det er intet i direktiv 2001/35, der giver mulighed for at forsvare det modsatte.

19 — Forventede kommende fordringer har meget længe været anerkendt som en del af en persons formue. Jeg citerer i denne retning *Kejser Justinians Instituciones*, bog III.15.4 (»en betinget aftale giver anledning til en forventning om fremtidig skyld, og man overfører denne samme forventning til sin arving, hvis man dør, før den begivenhed, som opfylder betingelsen, indtræder«: H. Hulot, *Les Institutes de l'Empereur Justinien*, Behmer et Lamort éditeurs, Metz, 1806), samt passagen i bog L.16.54 i *Digester* af samme Kejser, der tilskrives den romerske jurist Ulpien (»man forstår ved betingede kreditorer de personer, som endnu ikke tillægges søgsmålsret, men som bør få det, eller som har forventningen om at få det, når den begivenhed, som opfylder betingelsen for deres fordring, indtræder«): H. Hulot og J.-F. Berthelot, *Les Cinquantes Livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, Behmer et Lamort éditeurs, Metz, 1803).

20 — Jf. fodnote 7 ovenfor.

21 — Jeg henleder opmærksomheden på, at direktiv 2011/35 indfører en gennemsigtighedsordning, der skal sikre og beskytte de i fusionen deltagende selskabers interesser samt deres aktionærers, ansattes og kreditorers interesser. Ifølge denne ordning udarbejder de fusionerende selskabers administrationsorganer en skriftlig fusionsplan (artikel 5), der skal offentliggøres efter den fremgangsmåde, der er fastsat i hver medlemsstats lovgivning (artikel 6). Fusionen kræver i det mindste samtykke fra generalforsamlingen i hvert af de fusionerende selskaber (artikel 7). For at aktionærerne kan godkende fusionen, har de ret til mindst en måned forud for dagen for den generalforsamling, der skal træffe beslutning om fusionsplanen, at gøre sig bekendt med bl.a. fusionsplanen, årsregnskaber og årsberetninger (artikel 11). Direktiv 2011/35 pålægger medlemsstaterne at fastsætte en passende ordning til sikring af de rettigheder, som tilkommer de fusionerende selskabers kreditorer, hvis fordringer er stiftet forud for fusionsplanens offentliggørelse og ikke er forfaldne på tidspunktet for denne offentliggørelse (artikel 13). Artikel 101-A i lov om erhvervsselskaber, der gennemfører artikel 13 i portugisisk ret, gør det muligt for denne kategori af kreditorer at fremsætte indsigelse mod fusionen på visse betingelser senest en måned efter fusionsplanens offentliggørelse.

72. På grundlag af alle disse forhold finder jeg, at artikel 19, stk. 1, i direktiv 2011/35 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for nationale bestemmelser som artikel 112 i den portugisiske lov om erhvervsselskaber, således som den anvendes i Portugal, i henhold til hvilken en fusion af selskaber ved overtagelse medfører, at forpligtelsen til at betale en bøde for overtrædelser af arbejdsretten, der er begået af det overtagne selskab, overgår til det overtagende selskab, når de pågældende overtrædelser er blevet begået før fusionen, men bøden først er blevet pålagt ved en endelig afgørelse efter fusionen.

VI – **Forslag til afgørelse**

73. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer de af Tribunal do Trabalho de Leiria forelagte spørgsmål således:

»Artikel 19, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/35/EU af 5. april 2011 om fusioner af aktieselskaber skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for nationale bestemmelser som artikel 112 i Código das Sociedades Comerciais (lov om erhvervsselskaber), således som den anvendes i Portugal, i henhold til hvilken en fusion af selskaber ved overtagelse medfører, at forpligtelsen til at betale en bøde for overtrædelser af arbejdsretten, der er begået af det overtagne selskab, overgår til det overtagende selskab, når de pågældende overtrædelser blev begået før fusionen, men bøden først blev pålagt ved en endelig afgørelse efter fusionen.«