Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MELCHIORA WATHELETA
izneseno 12. studenoga 2014.[1]

Predmet C-343/13

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

(Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Tribunal do Trabalho de Leiria (Portugal))

„Pravila o spajanju dioničkih društava – Direktiva 2011/35/EU – Spajanje preuzimanjem – Prijenos cjelokupne aktive i pasive društva koje je predmet preuzimanja na društvo preuzimatelja – Prekršajna odgovornost – Nacionalno pravo koje predviđa prijenos takve odgovornosti društva koje je predmet preuzimanja prilikom spajanja preuzimanjem“

I – **Uvod**

1. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku podnesen je u okviru spora između društva Modelo Continente Hipermercardos SA (u daljnjem tekstu: MCH) i Autoridade para as Condições de Trabalho – Centro Local do Lis (ACT) (tijelo za nadzor radnih uvjeta), povodom odluke tog tijela da osudi navedeno društvo zbog povreda zakonika o radu koje je počinio Good and Cheap – Comércio Retalhista SA (u daljnjem tekstu: Good and Cheap) prije svojeg spajanja preuzimanjem s MCH-om.

2. U tom kontekstu ovaj predmet postavlja pitanje dovodi li spajanje preuzimanjem Good and Cheapa s MCH-om do prenošenja dugova Good and Cheapa na MCH kada vjerovnik nije podnio svoj zahtjev Good and Cheapu prije spajanja, iako su činjenice koje su uzrokovale predmetni dug nastale prije spajanja.

3. Ovaj predmet pruža Sudu priliku da prvi put tumači odredbu Treće direktive Vijeća 78/855/EEZ od 9. listopada 1978. koja se temelji na članku 54. stavku 3. točki (g) Ugovora o spajanjima dioničkih društava[2], kako je posljednje izmijenjena Direktivom 2009/109/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. rujna 2009.[3] (u daljnjem tekstu: Treća direktiva) i Direktivom 2011/35/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 5. travnja 2011. o spajanjima dioničkih društava[4].

1 — Izvorni jezik: francuski

2 — SL L 295, str. 36.

3 — SL L 259, str. 14.

4 — SL L 110, str. 1. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 1., str. 292.)

II – **Pravni okvir**

A – *Pravo Unije*

4. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje članka 19. stavka 1. Treće direktive, koja je još bila na snazi na dan spajanja o kojem je riječ u glavnom postupku.

5. Treća direktiva bila je kodificirana Direktivom 2011/35. Uvodne izjave i odredbe Direktive 2011/35, koje su mjerodavne u ovom predmetu, u bitnome su identične odgovarajućim uvodnim izjavama i odredbama Treće direktive. Zbog toga ću se, iako je do spajanja iz glavnog postupka došlo dok je na snazi bila Treća direktiva, poput suda koji je uputio zahtjev i stranaka, pozvati na Direktivu 2011/35.

6. Uvodne izjave 4. i 7. Direktive 2011/35 glase:

„(4) Zaštita interesa članova i trećih stranaka zahtijeva usklađivanje zakonodavstva država članica koje se odnosi na spajanja dioničkih društava te da se odredbe o spajanjima predvide u zakonodavstvima svih država članica.

[…]

(7) Vjerovnike, uključujući i imatelje zadužnica i osobe s drugim pravima s obzirom na društva u postupku spajanja, trebalo bi zaštititi tako da spajanje ne utječe nepovoljno na njihove interese.“

7. Sukladno članku 3. stavku 1. Poglavlja II. Direktive 2011/35, pod naslovom „Odredbe o spajanju preuzimanjem jednog ili više društava [koje] izvršava drugo društvo i o spajanju osnivanjem novog društva“:

„Za potrebe ove Direktive, ‚spajanje preuzimanjem’ je postupak u kojem jedno ili više društava prestaje postojati bez likvidacije i prenosi na drugo društvo svu svoju aktivu i pasivu, u zamjenu za izdavanje dionica društva preuzimatelja dioničarima društva ili društava koja su predmet preuzimanja i, ovisno o slučaju, novčanu naknadu koja ne prelazi 10% nominalne vrijednosti tako izdanih dionica, ili kada te dionice nemaju nominalnu vrijednost, njihove knjigovodstvene vrijednosti.“

8. Poglavlje III. te direktive, pod naslovom „Spajanje preuzimanjem“, sadrži, uz ostalo, sljedeće odredbe:

„Članak 6.

Nacrt uvjeta spajanja mora se objaviti kako je propisano pravom svake države članice u skladu s člankom 3. Direktive 2009/101/EZ, za svako od društava koje se spaja, barem mjesec dana prije datuma utvrđenog za glavnu skupštinu na kojoj se odlučuje o tim uvjetima.

[…]

Članak 11.

1. Svi dioničari imaju pravo pregledati barem sljedeće dokumente u sjedištu barem mjesec dana prije utvrđenog datuma glavne skupštine koja odlučuje o uvjetima spajanja:

(a) nacrt uvjeta spajanja;

(b) godišnje financijske izvještaje i godišnja izvješća društava koja se spajaju za prethodne tri financijske godine;

(c) prema potrebi, računovodstveno izvješće sastavljeno na datum koji ne smije biti raniji od prvog dana trećeg mjeseca koji prethodi datumu nacrta uvjeta spajanja ako se zadnji godišnji financijski izvještaj odnosi na financijsku godinu koja je završila više od šest mjeseci prije tog datuma;

[...]

Članak 12.

Zaštita prava zaposlenika svih društava uključenih u postupak spajanja uređuje se u skladu s Direktivom 2001/23/EZ.

Članak 13.

1. Prava država članica moraju osigurati odgovarajući sustav zaštite interesa vjerovnika društava uključenih u postupak spajanja čije tražbine prethode objavi nacrta uvjeta spajanja i nisu dospjele u vrijeme takve objave.

2. U tu svrhu, prava država članica osiguravaju barem da takvi vjerovnici imaju pravo na odgovarajuće zaštitne mjere ako financijsko stanje društava uključenih u postupak spajanja zahtijeva takvu zaštitu i ako ti vjerovnici već nemaju takve zaštitne mjere.

Države članice utvrđuju uvjete zaštite navedene u stavku 1. i u prvom podstavku ovog stavka. U svakom slučaju, države članice osiguravaju da su vjerovnici ovlašteni za prijavljivanje odgovarajućim upravnim ili pravosudnim tijelima za dobivanje odgovarajućih zaštitnih mjera pod uvjetom da mogu uvjerljivo dokazati da je zbog spajanja poštovanje njihovih prava ugroženo i da društvo nije osiguralo odgovarajuću zaštitu.

3. Takva zaštita može se razlikovati za vjerovnike društva preuzimatelja i društava koja su predmet preuzimanja.

[…]

Članak 18.

1. Spajanje se mora objaviti kako je propisano pravom svake države članice, u skladu s člankom 3. Direktive 2009/101/EZ, s obzirom na svako od društava uključenih u spajanje.

2. Društvo preuzimatelj može samostalno provesti formalnosti objave vezane uz društvo ili društva koja su predmet preuzimanja.

Članak 19.

1. Spajanje ima sljedeće posljedice, *ipso jure* i istovremeno:

(a) prijenos cjelokupne aktive i pasive društva koje je predmet preuzimanja na društvo preuzimatelja, s učinkom između društva koje je predmet preuzimanja i društva preuzimatelja i prema trećima;

(b) dioničari društva koje je predmet preuzimanja postaju dioničari društva preuzimatelja;

(c) društvo koje je predmet preuzimanja prestaje postojati.

[…]“

B – *Portugalsko pravo*

9. Zakonik o trgovačkim društvima (Código das Sociedades Comerciais) prenosi odredbe Direktive 2011/35 u portugalsko pravo.

10. Njegovim člankom 98., pod naslovom „Nacrt uvjeta spajanja“, propisano je:

„1 – Upravljačka tijela društava koja se spajaju zajedno sastavljaju nacrt uvjeta spajanja u kojem se, uz elemente potrebne ili korisne za potpunu pravnu i ekonomsku transparentnost namjeravane transakcije, navode i:

[…]

d) bilanca svakog društva koje sudjeluje, gdje se osobito nalazi vrijednost elemenata aktive i pasive koji se prenose na društvo preuzimatelja ili na novo društvo;

[…]

h) načini zaštite prava vjerovnika;

[…]

2 – Bilanca iz prethodnog stavka pod točkom (d) je:

a) bilanca posljednje financijske godine, ako je bila zaključena unutar šest mjeseci koji prethode nacrtu uvjeta spajanja; ili

b) bilanca odgođena do datuma koji nije raniji od prvog dana trećeg mjeseca koji prethodi datumu nacrta uvjeta spajanja.“

11. Člankom 100. tog zakonika, pod naslovom „Upis nacrta i sazivanje skupštine“, propisano je kako slijedi:

„1 – Nacrt uvjeta spajanja se upisuje.

2 – Članovi svih društava koji sudjeluju na glavnoj skupštini izjašnjavaju se o nacrtu uvjeta spajanja neovisno o vrsti društva, pri čemu se skupštine sazivaju nakon upisa kako bi se okupili barem jedan mjesec nakon datuma objave saziva.

3 – U sazivu se navodi da članovi i vjerovnici društva mogu izvršiti uvid u priloženu dokumentaciju u sjedištu društva i datum predviđen za skupštinu.

[…]

5 – Objavu upisa nacrta uvjeta spajanja obavlja služba za upis po službenoj dužnosti i automatski te precizira da se vjerovnici mogu protiviti spajanju sukladno članku 101-A.

[…]“

12. Članak 101-A istog zakonika, pod naslovom „Prigovor vjerovnika“, sastavljen je kako slijedi:

„U roku od mjesec dana od objave upisa nacrta, vjerovnici društava sudionika čije su tražbine nastale prije te objave mogu izjaviti prigovor spajanju na sudu, na temelju štete koja bi proizišla za ostvarenje njihovih prava, s obzirom na to da su od društva zatražili podmirenje tražbine ili pružanje prikladnog jamstva prije najmanje 15 dana a da njihov zahtjev nije bio ispunjen.“

13. Sukladno članku 101-B navedenog zakonika, pod naslovom „Učinci prigovora“:

„1 – Prigovor koji je na sudu izjavio bilo koji vjerovnik sprječava konačan upis spajanja u sudski registar dok se ne dogodi jedno od sljedećeg:

a) prigovor je odbijen odlukom koja je postala pravomoćna ili, u slučaju utvrđenja nedopuštenosti, podnositelj prigovora nije podnio novi prigovor unutar 30 dana;

b) podnositelj prigovora je odustao;

c) društvo je podmirilo podnositelja prigovora ili je dalo sporazumno dogovorenu kauciju ili kauciju određenu sudskom odlukom;

d) podnositelj prigovora prihvatio je upis;

e) iznos dugovan podnositelju prigovora dan je u polog.

[…]“

14. Člankom 111. Zakonika o trgovačkim društvima, pod naslovom „Upis spajanja“, propisano je:

„Kada su spajanje odobrila sva društva sudionici, ako nije bilo prigovora u roku predviđenom u članku 101-A ili ako je bilo prigovora kada se ostvari jedan od događaja iz članka 101-B stavka 1., upis spajanja u sudski registar zahtijeva jedan od članova uprave društava koja sudjeluju u spajanju ili novog društva.“

15. Člankom 112. tog zakonika propisano je:

„Upis spajanja u sudski registar:

a) uzrokuje prestanak društava koja se spajaju ili, u slučaju osnivanja novog društva, svih spojenih društava, pri čemu se njihova prava i obveze prenose na društvo preuzimatelja ili na novo društvo;

b) dioničari društava koja su prestala postaju dioničari društva koje je predmet preuzimanja ili novog društva.“

III – **Glavni postupak i prethodna pitanja**

16. Good and Cheap bilo je društvo sukladno portugalskom pravu koje se bavilo maloprodajom u supermarketima i hipermarketima.

17. MCH je trgovačko društvo sukladno portugalskom pravu koje se, među ostalim djelatnostima, bavi maloprodajom u prehrambenom sektoru. Drži oko 180 prodavaonica u Portugalu kojima i upravlja.

18. ACT je 15. veljače 2011. u prostorima Good and Cheapa u Pombalu (Portugal) obavio provjeru evidencije radnih sati koje su odradili radnici Good and Cheapa u prosincu 2010. i siječnju 2011.

19. Good and Cheap i MCH 22. veljače 2011. pri službi nadležnoj za upis u trgovački registar upisali su nacrt spajanja koji su prethodno odobrili njihovi upravni odbori. Taj nacrt spajanja bio je objavljen na internetskoj stranici za objave Ministarstva pravosuđa (https://publicacoes.mj.pt/Index.aspx).

20. Inspektorica rada (*inspectora do trabalho*) uputila je ACT-a 7. ožujka 2011. dva zapisnika (*auto de notícia*) protiv Good and Cheapa predbacujući mu da je prekršio odredbe portugalskog radnog prava prema kojima radnici ne smiju raditi više od pet sati uzastopno i imaju pravo na odmor od barem 11 sati neprekidno između dvaju uzastopnih razdoblja rada.

21. Spajanje preuzimanjem imovine Good and Cheapa od MCH-a bilo je upisano u trgovački registar 31. ožujka 2011. Od tog datuma Good and Cheap je prestao postojati.

22. ACT je 4. travnja 2011. dostavio Good and Cheapu zapisnike od 7. ožujka 2011., uz nametanje dviju novčanih kazni (*coima*): jedne od 459 eura (plative najkasnije 12. travnja 2011.) zbog povrede zabrane da radnici rade više od pet sati uzastopno (zapisnik 161100188) i druge (čiji iznos i rok plaćanja nisu vidljivi iz spisa podnesenog Sudu) zbog povrede prava radnika na odmor od barem 11 sati neprekidno između dvaju razdoblja rada (zapisnik 161100190).

23. MCH je osporio zakonitost te odluke pisanim odgovorom navodeći, među ostalim, upis spajanja preuzimanjem Good and Cheapa u MCH koje se odvilo 31. ožujka 2011.

24. Prijedlozima odluka (*proposta de decisão*) od 18. i 21. rujna 2012. službenica zadužena za istragu (*instrutora*) predložila je direktorici ACT-a da potvrdi dva zapisnika od 7. ožujka 2011. i nametne MCH-u novčanu kaznu od 714 eura za svaki od prekršaja u pitanju.

25. Svojom odlukom o stjecaju prekršaja (*decisão de cúmulo jurídico*) od 24. rujna 2012. direktorica ACT-a usvojila je navedene prijedloge odluka i nametnula MCH-u kumuliranu novčanu kaznu za dva postupka u iznosu od 1250 eura. Ta je odluka dostavljena MCH-u 26. rujna 2012.

26. MCH je podnio žalbu (*recurso de impugnação judicial*) pred Tribunal do Trabalho de Leiria (sud za radne sporove u Leiriji, Portugal) osporavajući zakonitost te odluke. Među ostalim argumentima, MCH navodi da je tumačenje članka 112. Zakonika o trgovačkim društvima koje dopušta nametanje novčane kazne MCH-u za kršenje radnog prava koje je počinio Good and Cheap protivno članku 19. stavku 1. točki (a) Direktive 2011/35.

27. U tim je okolnostima Tribunal do Trabalho de Leiria odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1) U svjetlu prava [Unije], osobito [članka 19. stavka 1. točke (a)] Direktive 2011/35/EU, podrazumijeva li spajanje društava režim prenošenja prekršajne odgovornosti na društvo preuzimatelja za djela koja je počinilo društvo koje je predmet preuzimanja prije upisa spajanja?

2) Može li se prekršajna kazna, u svrhu primjene Direktive 2011/35, smatrati kao tražbina trećeg (u ovom slučaju države, zbog povrede normi radnog zakonodavstva), s obzirom na to da je navedena tražbina (novčana kazna nametnuta kako bi sankcionirala prekršaj) države prenesena na društvo preuzimatelja?

3) Nije li teorija prema kojoj članak 112. Zakonika o trgovačkim društvima ne podrazumijeva ni obustavu postupka koji se tiče prekršaja počinjenog prije spajanja ni novčane kazne koja je izrečena ili je treba izreći suprotna Direktivi 2011/35, koja utvrđuje učinke spajanja društava, dajući široko tumačenje te odredbe protivno načelima prava Zajednice, osobito članku 19. Direktive?

4) Ne predstavlja li ta teorija kršenje načela prema kojem nema prekršaja bez (ublažene) objektivne odgovornosti ili odgovornosti za pogrešku društva preuzimatelja?“

IV – **Postupak pred Sudom**

28. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku podnesen je Sudu 24. lipnja 2013. MCH, portugalska, njemačka, mađarska i austrijska vlada te Europska komisija podnijeli su pisana očitovanja.

29. Sud je 20. lipnja 2014. MCH-u i portugalskoj vladi uputio popis pitanja radi pisanog odgovora prije rasprave. Odgovori portugalske vlade i MCH-a stigli su Sudu 15. i 28. srpnja 2014.

30. Na raspravi održanoj 3. rujna 2014. MCH, portugalska i njemačka vlada te Komisija podnijeli su svoja usmena očitovanja.

V – **Analiza**

A – *O dopuštenosti*

31. Njemačka i austrijska vlada izražavaju sumnje u dopuštenost određenih pitanja koja je postavio sud koji je uputio zahtjev. Njemačka vlada smatra da se treće i četvrto pitanje odnose na tumačenje nacionalnog prava. Austrijska vlada smatra da se drugo pitanje odnosi na situaciju u kojoj je, suprotno činjenicama iz glavnog postupka, novčana kazna već nametnuta prije spajanja te da je ona stoga hipotetskog karaktera. Osim toga, pitanje kaznene odgovornosti izneseno u četvrtom pitanju nije uređeno Direktivom 2011/35 i stoga ne predstavlja vezu s pravom Europske unije koju zahtijeva članak 51. Povelje Europske unije o temeljnim pravima.

32. Ja ne dijelim mišljenje austrijske vlade o drugom pitanju, kojim sud koji je uputio zahtjev pita Sud o tome može li se neka sankcija koja je prekršajne prirode, kao što je to novčana kazna u glavnom postupku, kvalificirati kao tražbina i portugalska država kao vjerovnik u smislu Direktive 2011/35[5]. Shvaćeno na taj način, drugo pitanje ne odnosi se samo na kvalifikaciju novčane kazne nametnute prije spajanja već i na novčanu kaznu nametnutu poslije spajanja. U tom smislu, drugo pitanje nije hipotetsko.

33. Što se tiče trećeg pitanja, ne mislim da se odnosi na tumačenje nacionalnog prava. Sud koji je uputio zahtjev svojim pitanjem pita Sud kako tumačiti članak 19. Treće direktive kako bi se mogao izjasniti je li toj odredbi sukladan članak 112. Zakonika o trgovačkim društvima, onako kako je tumačen u Portugalu, ili nije, odnosno da spajanje ne podrazumijeva ni obustavu postupka koji se tiče prekršaja počinjenog prije spajanja ni kazne koja je izrečena ili je treba izreći. Treće pitanje stoga je dopušteno.

5 — Pojmovi „tražbina“ i „vjerovnik“ pojavljuju se u članku 13. navedene direktive, ali nisu njime definirani.

34. Naprotiv, dijelim mišljenje njemačke i austrijske vlade prema kojem četvrto pitanje nije dopušteno. Naime, to se pitanje odnosi na tumačenje načela portugalskog prava, što prema ustaljenoj sudskoj praksi ne ulazi u nadležnost Suda[6].

B – *O meritumu*

35. Poput mađarske vlade, mislim da sud koji je uputio zahtjev svojim pitanjima želi doznati treba li članak 19. stavak 1. Direktive 2011/35 tumačiti u smislu da se protivi nacionalnim propisima koji, poput članka 112. Zakonika o trgovačkim društvima koji se primjenjuje u Portugalu, predviđaju da spajanje društava preuzimanjem uzrokuje prijenos obveze plaćanja novčane kazne za prekršaje radnog prava koje je počinilo društvo koje je predmet preuzimanja na društvo preuzimatelja kada su ti prekršaji počinjeni prije tog spajanja, iako je novčana kazna nametnuta konačnom odlukom tek nakon navedenog spajanja. Stoga ću pitanja koja je uputio nacionalni sud ispitati zajedno.

1. Argumenti podneseni Sudu

36. MCH i njemačka vlada ističu da cjelokupan prijenos aktive i pasive društva koje je predmet preuzimanja na društvo preuzimatelja prilikom spajanja preuzimanjem, kako je predviđeno člankom 19. stavkom 1. točkom (a) Direktive 2011/35, podrazumijeva prijenos dugova društva koje je predmet preuzimanja. Međutim, prekršajna novčana kazna nametnuta potonjem može se smatrati tražbinom države – i stoga dugom društva koje je predmet preuzimanja – samo od trenutka kada država raspolaže upravnom ili sudskom konačnom odlukom, odnosno kada ona bude ovršna. No, u ovom slučaju spajanje se odvilo prije te odluke i stoga prekršajna odgovornost Good and Cheapa za kršenje radnog prava u pitanju nije bila prenesena na MCH.

37. Osim toga, prema MCH-u, ako je prijenos prekršajne odgovornosti u takvim okolnostima bio dopušten, dioničari i vjerovnici društava koja sudjeluju u spajanju ne mogu procijeniti ekonomske posljedice spajanja. Iz istog razloga, njemačka vlada smatra da datum koji se koristi za određivanje iznosa aktive i pasive koju treba prenijeti jest onaj na koji se spajanje zaista dogodilo.

38. Austrijska vlada smatra da Direktiva 2011/35 predviđa samo građanskopravnu odgovornost društva preuzimatelja u odnosu na vjerovnike ili druge nositelje zahtjeva. Ona ne sadržava odredbe koje se tiču prekršajne odgovornosti društava koja sudjeluju u spajanju, što prema austrijskoj vladi predstavlja kaznenu odgovornost. Slijedi da činjenice iz kojih proizlazi ovaj zahtjev za prethodnu odluku ne ulaze u područje primjene navedene direktive.

39. Međutim, austrijska vlada smatra da Direktiva 2011/35 ne isključuje mogućnost da društvo preuzimatelj preuzima prekršajnu odgovornost za djela koja se pripisuju društvu koje je predmet preuzimanja. Stoga nacionalni propis na temelju kojeg bi kaznene sankcije mogle biti nametnute društvu preuzimatelju nije protivan članku 19. stavku 1. točki (a) te direktive.

40. Portugalska i mađarska vlada kao i Komisija u bitnome smatraju da je prijenos prekršajne odgovornosti društva koje je predmet preuzimanja na društvo preuzimatelja prilikom spajanja nametnut člankom 19. stavkom 1. točkom (a) Direktive 2011/35. Naglašavaju univerzalni karakter prijenosa cjelokupne aktive i pasive iz te odredbe. Novčanu kaznu trebalo bi smatrati tražbinom države koju ta direktiva želi zaštititi kao vjerovnika. Ona bi stoga bila dio pasive društva koje je preuzeto spajanjem i u tom smislu bila bi prenesena na društvo preuzimatelja.

6 — Vidjeti presude Auroux i dr. (C-220/05, EU:C:2007:31, t. 25.); dos Santos Palhota i dr. (C-515/08, EU:C:2010:589, t. 18.); Idryma Typou (C-81/09, EU:C:2010:622, t. 35.) te Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588, t. 28.).

2. Ocjena

a) Primjenjivo pravo

41. Kao prvo valja utvrditi koje je pravo primjenjivo na pitanje prijenosa obveze plaćanja novčane kazne koja je nametnuta nakon upisa spajanja za prekršaje koje je počinilo društvo koje je predmet preuzimanja, a koje je nakon provedenog spajanja prestalo postojati. Je li riječ o pitanju koje je riješeno Direktivom 2011/35 ili samo nacionalnim pravom?

42. Člankom 19. stavkom 1. točkom (a) Direktive 2011/35 predviđeno je da „[s]pajanje ima sljedeće posljedice, *ipso jure* i istovremeno […] prijenos cjelokupne aktive i pasive društva koje je predmet preuzimanja na društvo preuzimatelja, s učinkom između društva koje je predmet preuzimanja i društva preuzimatelja i prema trećima“.

43. Uporaba izraza *ipso jure* pokazuje da spajanje automatski, bez drugog formalnog ili materijalnog uvjeta, dovodi do prijenosa cjelokupne aktive i pasive. Prijenos u slučaju spajanja uređen je, dakle, pravom Unije[7]. Međutim, valja utvrditi područje primjene članka 19. stavka 1. točke (a) Direktive 2011/35.

b) Područje primjene *ratione materiae* članka 19. stavka 1. točke (a) Direktive 2011/35: „cjelokupna aktiva i pasiva“

44. Je li članak 19. stavak 1. točka (a) Direktive 2011/35 primjenjiv kada se radi o obvezi prekršajnog prava, u ovom slučaju kazni nametnutoj za prekršaj u portugalskom radnom pravu, čije su uzročne činjenice nastale prije datuma objave nacrta spajanja, ali čija je dostava dužniku prvi put provedena tek nakon upisa tog spajanja?

45. Treba odrediti jesu li pojmovi „cjelokupna aktiva i pasiva“ i osobito „pasiva“ dovoljno široki kako bi obuhvatili situaciju kao što je ona u glavnom postupku. Kako iznosi njemačka vlada, radi se o tumačenju pojmova koji, unatoč činjenici da su više puta upotrijebljeni u Direktivi, njome nisu definirani. Stoga te pojmove valja tumačiti autonomno i ujednačeno u cijeloj Europskoj uniji[8], imajući na umu kontekst u kojem su upotrijebljeni i ciljeve Direktive 2011/35[9].

i) Čine li obveze prekršajnog prava dio pasive društva koje je predmet preuzimanja?

46. Što se tiče prirode prekršajnog prava, austrijska vlada bez posebnog obrazloženja smatra da se članak 19. stavak 1. točka (a) Direktive primjenjuje samo na građanskopravnu odgovornost. Novčana kazna u pitanju, kao obveza prekršajnog prava, ima kazneni karakter zbog kojeg ne ulazi u područje primjene tog članka. Prema toj vladi, odredba nacionalnog prava koja dopušta prijenos prekršajne odgovornosti ne može stoga biti protivna navedenoj direktivi.

47. Komisija je također posvetila velik dio svojih pisanih očitovanja nastanku prekršajnog prava (*Ordnungsstrafrecht*) u Njemačkoj, njegovoj povijesti, kvazikaznenoj prirodi i razlici između prekršajnog i klasičnog ili sekundarnog kaznenog prava.

7 — Napominjem da članak 14. stavak 1. točka (a) Direktive 2005/56/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 26. listopada 2005. o prekograničnim spajanjima društava kapitala (SL L 310, str. 1.), kako je izmijenjena, predviđa da „Prekogranično spajanje […] ima […] sljedeće posljedice: sva aktiva i pasiva društva koje se preuzima prenosi se na društvo koje izvršava preuzimanje; […]“. Prema mojem mišljenju, izostavljanje izraza *ipso jure* ne mora dovesti do različitog tumačenja od onog Direktive 2011/35. U društvima kapitala spajanje također automatski dovodi do prijenosa sve aktive i pasive, bez dodatnih uvjeta od onih koji su predviđeni Direktivom 2005/56.

8 — Vidjeti u tom smislu presude Linster (C-287/98, EU:C:2000:468, t. 43.); Brüstle (C-34/10, EU:C:2011:669, t. 25.) i Ziolkowski i Szeja (C-424/10 i C-425/10, EU:C:2011:866, t. 32.).

9 — Vidjeti u tom smislu presude easyCar (C-336/03, EU:C:2005:150, t. 21.); Wallentin-Hermann (C-549/07, EU:C:2008:771, t. 17.) i Ziolkowski i Szeja (EU:C:2011:866, t. 34.).

48. Prema mojem mišljenju, ta razmatranja, unatoč tome što su zanimljiva s teorijskog stajališta, nemaju nikakav utjecaj na područje primjene Direktive 2011/35. Članak 19. stavak 1. točka (a) te direktive odnosi se na ukupnost „pasive“, tj. ukupnost dugova [10] koji terete ukupnost prava i obveza jedne osobe, zamišljenu kao cjelokupnu imovinu [11].

49. Uporabom tih širokih pojmova, navedenim člankom želi se obuhvatiti svaki mogući dug, neovisno o njegovu podrijetlu i građanskopravnoj, kaznenoj ili kvazikaznenoj odgovornosti, u mjeri u kojoj se radi o odgovornosti samog društva koje je predmet preuzimanja [12] i u kojoj se može izraziti u novčanoj vrijednosti.

50. To još jasnije proizlazi iz engleske verzije Direktive 2011/35, koja prijenos ne kvalificira kao „universelle“ [sveobuhvatnim], poput francuske, već kao „all the assets and *liabilities*“ [sva imovina i obveze] [13]. Bez sumnje, dug koji je kvazikaznene prirode, kao što je ovaj u glavnom postupku, predstavlja „liability“ društva koje je predmet preuzimanja.

51. Istog sam mišljenja kao MCH te portugalska i njemačka vlada, prema kojem se novčana kazna poput ove u pitanju može kvalificirati „tražbinom“ u korist države, a država „vjerovnikom“ u smislu članka 13. Direktive 2011/35.

52. Posljedično, svi dugovi koji terete društvo koje je sudionik spajanja, uključujući dugove u korist države, dio su pasive i stoga automatski i bez dodatnih uvjeta preneseni na društvo koje je rezultat spajanja.

ii) Čine li dugovi koji su *in statu nascendi* u trenutku spajanja dio pasive društva koje je predmet preuzimanja?

53. Još valja utvrditi pokriva li pojam pasive također dug koji je *in statu nascendi* u trenutku upisa spajanja, to jest dug poput onoga koji je predmet glavnog postupka, čije uzročne činjenice postoje prije upisa spajanja, ali koji je postao potraživ i o kojem je dužnik prvi put obaviješten tek nakon upisa spajanja.

54. Smatram da iz sljedećih razloga dugovi *in statu nascendi* poput onih koji su u pitanju u glavnom postupku čine dio pasive društva koje je predmet preuzimanja i stoga se prenose na društvo preuzimatelja.

10 — Pojmom „dug“ smatram obvezu na temelju koje je jedna osoba – dužnik – dužna drugoj osobi – vjerovniku – izvršiti činidbu (davanjem, činjenjem ili propustom): vidjeti Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, 9. izdanje, PUF, Pariz, 2011., str. 340.

11 — Vidjeti Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, 9. izdanje, PUF, Pariz, 2011., str. 737. i 738.

12 — Naravno, kaznena odgovornost upravitelja ili drugih tijela društva koje je predmet preuzimanja nije obuhvaćena člankom 19. stavkom 1. točkom (a) Direktive 2011/35. Naprotiv, novčana kazna kaznene prirode nametnuta društvu koje je predmet preuzimanja za kazneno djelo koje je ono počinilo prenosiva je na društvo preuzimatelja.

13 — Moje isticanje. Izraz „liability“ definira se kao „nešto za što je netko odgovoran, osobito za iznos novca“ (*„a thing for which some one is responsible, especially an amount of money*“), vidjeti Oxford Dictionnary of English, Oxford University Press, Oxford, 2005, 2. revidirano izdanje, str. 1008.

55. Kao prvo, ništa iz teksta Direktive 2011/35 ne sprječava takvo tumačenje pasive društva koje je predmet preuzimanja. Isto ga tako ne sprječava ni pojam pasive upotrijebljen, s obzirom na razdoblje činjenica iz glavnog postupka, u Četvrtoj direktivi Vijeća 78/660/EEZ od 25. srpnja 1978. na temelju članka 54. stavka 3. točke (g) Ugovora o godišnjim financijskim izvještajima za određene vrste trgovačkih društava [14], kako je izmijenjena Direktivom 2009/49/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 18. lipnja 2009. (SL L 164, str. 42., u daljnjem tekstu: Direktiva 78/660) i osobito u članku 9., pod naslovom „Pasiva“, točkama B3 i C8, na koji su se pozivale stranke tijekom rasprave [15].

56. U tim pisanim očitovanjima Komisija je iznijela teoriju prema kojoj je obveza u pitanju u glavnom postupku dio pasive društva preuzimatelja u smislu Direktive 78/660, ali da je u njezine godišnje izvještaje trebalo dodati odgovarajući unos. Komisija je to mišljenje temeljila na činjenici da je društvo koje je predmet preuzimanja prvi put primilo dostavu zapisnika prije upisa spajanja, što ne proizlazi iz spisa koji je podnesen Sudu.

57. Međutim, Komisija je tijekom rasprave iznijela da pravila primjenjiva na sastavljanje godišnjih izvještaja u ovom predmetu nisu mjerodavna. Dijelim to mišljenje jer, u obratnom slučaju, obveza čije je postojanje vjerovnik prvi put utvrdio nakon sastavljanja izvještaja korištenih za spajanje ne bi više mogla biti dostavljena društvu koje je predmet preuzimanja, s obzirom na to da godišnji izvještaji mogu odražavati samo predvidive i odredive obveze.

58. U tom smislu, činjenica da dug *in statu nascendi* nije obuhvaćen pojmom pasive u smislu Direktive 78/660 i stoga se ne nalazi u bilanci priloženoj nacrtu spajanja nije dovoljna da ga se isključi iz pasive u smislu Direktive 2011/35.

59. Ako bi to bio slučaj, spajanje bi djelovalo kao razlog za gašenje obveza i do njega bi moglo doći samo u tu svrhu.

60. Sljedeći primjeri to mogu objasniti:

— večer prije spajanja dviju naftnih kompanija, jedna od njih izazove ekološku katastrofu zbog izlijevanja nafte u more. Ako bi se zadržalo tumačenje prema kojem dug mora biti stvaran, izvjestan i potraživ od društva dužnika prije spajanja kako bi ga se moglo prenijeti na društvo preuzimatelja, uprava ne bi imala drugi način da nametne novčane kazne predviđene njezinim pravom okoliša i oštećene stranke ne bi mogle ostvariti naknadu štete,

— nakon spajanja poput onoga u glavnom postupku, porezna uprava otkrije da je društvo koje je predmet spajanja više godina provodilo program porezne optimizacije radi izbjegavanja plaćanja poreza. Ako se primijeni isto tumačenje, porezna uprava ne bi imala nikakav način da naplati neplaćeni porez.

61. Spajanje preuzimanjem podrazumijeva, dakle, da društvo preuzimatelj stekne društvo koje je predmet preuzimanja u cijelosti, uključujući njegovu prošlost. Kako to, uostalom, navodi članak 3. stavak 1. Direktive 2011/35, spajanje preuzimanjem provodi se putem „prestanka postojanja bez likvidacije“ [16] društava koja se spajaju, što podrazumijeva prijenos cjelokupnog društva koje je predmet

14 — SL L 222, str. 11.

15 — Tim je člankom predviđeno da pasiva koja se nalazi u godišnjim financijskim izvještajima mora sadržavati, među ostalim, „[o]stala rezerviranja“ (točka B3), odnosno rezerviranja različita od onih za mirovine i slične obveze i rezerviranja za porezne obveze, kao i „[o]stale obveze uključujući porez i socijalnu sigurnost“. Prema mojem mišljenju, normalno je da taj članak u definiciju pasive ne uključuje dugove *in statu nascendi*, s obzirom na to da godišnji izvještaji mogu prikazati samo izvjesne i potražive dugove ili u svakom slučaju dugove čiji je nastanak vjerojatan ili predviđen dok su god odredivi.

16 — Moje isticanje

preuzimanja, bez gašenja obveza koje bi uzrokovala likvidacija. Iz tog razloga, zbog rizika da elementi pasive društva koje je predmet preuzimanja ne budu poznati društvu preuzimatelju u trenutku spajanja, dogovor o spajanju u praksi obično sadržava klauzulu izjava i jamstava (*disclosure and warranties*) u korist društva preuzimatelja.

62. Osim toga, nema ništa novoga u ideji da društvo preuzimatelj preuzme odgovornost društva koje je predmet preuzimanja nakon spajanja. Pozivam se na brojne sporove u Europi i Sjedinjenim Američkim Državama u kojima su društva preuzimatelji bila tužena, katkad u obliku kolektivne tužbe, zato što je prije spajanja društvo koje je bilo predmet preuzimanja izložilo svoje zaposlenike azbestu te su oni zbog toga oboljeli od azbestoze i mezotelioma. Ni u jednom od tih slučajeva činjenica da društvo preuzimatelj nije bilo upoznato s tom odgovornošću u trenutku spajanja nije isključila prijenos te odgovornosti s društva koje je predmet preuzimanja na društvo preuzimatelja [17].

63. Dogodilo se čak i to da iznos naknade štete uvelike premaši cijenu akvizicije društva koje je predmet preuzimanja, do te mjere da su određeni zakonodavci intervenirali kako bi ograničili tu odgovornost, primjerice u Teksasu „na poštenu tržišnu vrijednost bruto aktive društva prenositelja, izračunatu u trenutku spajanja ili konsolidacije“ [18].

64. U nedostatku takve izričite odredbe, smatram da članak 19. stavak 1. točka (a) Direktive 2011/35 predviđa prijenos dugova *in statu nascendi* društva koje je predmet preuzimanja na društvo preuzimatelja.

65. Također treba naglasiti da to pravilo ne djeluje uvijek na štetu društva preuzimatelja jer ono također stječe cijelu aktivu, to jest ne samo prava koja su potraživa u trenutku spajanja već i očekivanje budućih tražbina (*spes debiturum iri*) [19] kao i prava koja će nastati nakon upisa spajanja.

66. U tom smislu, društvo preuzimatelj poput MCH-a imalo bi pravo na povrat poreza koji je preplatilo društvo koje je predmet preuzimanja prije spajanja kao i poreza naplaćenog društvu koje je predmet preuzimanja prije spajanja, ali koji je nakon spajanja proglašen protivnim pravu Unije.

67. Moglo bi se još postaviti pitanje ne ograničava li se Direktiva 2011/35, umjesto da se nametne prijenos dugova *in statu nascendi* na društvo preuzimatelja, na to da dopusti državama članicama da predvide taj prijenos u svojem nacionalnom pravu. Ne mislim da je to tako.

17 — Vidjeti u tom smislu Havard-Williams, V., „Asbestos liability: Managing the risks“ (dostupno na internetskoj stranici Practical Law od rujna 2004. na sljedećoj adresi http://uk.practicallaw.com/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1247476867411&ssbinary=true). Vidjeti također presudu Vrhovnog suda Teksasa u predmetu Barbara Robinson c. Crown Cork & Seal Co (335 S. W.3d 126, 129-130 (2010)).

18 — Članak 149.003 točka a) 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“, koji je Vrhovni sud Teksasa procijenio nespojivim sa zabranom retroaktivnih zakona iz članka I. stavka 16. ustava Teksasa: vidjeti Barbara Robinson c. Crown Cork & Seal Co (335 S. W.3d 126 (2010)).

19 — Očekivanje buduće tražbine odavno je priznato kao dio imovine neke osobe. Navodim u tom smislu Knjigu III.15.4. Institutiones cara Justinijana I („Uvjetna stipulacija dovodi do očekivanja da će stvar biti dugovana i to se očekivanje prenosi na nasljednika ako vjerovnik umre prije ostvarenja uvjeta“ : Hulot, H., *Les Institutes de l'Empereur Justinien*, izdavač Behmer et Lamort, Metz, 1806.) kao i odjeljak Knjige L.16.54. Digesta istog cara koja se pripisuje rimskom pravniku Ulpijanu („Uvjetnim vjerovnicima smatramo one koji se još nemaju pravo na zahtjev, ali će imati u budućnosti ili koji ga očekuju dobiti po ispunjenju uvjeta njihove tražbine“: Hulot, H. i Berthelot, J.-F., *Les Cinquantes Livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, izdavač Behmer et Lamort, Metz, 1803.).

68. Članak 19. stavak 1. točka (a) Direktive 2011/35 kao i članak 14. stavak 1. točka (a) Direktive 2005/56[20], koji sadrži istovjetnu odredbu, jasno nameću definiciju zajedničku pojmovima pasive, bez mogućnosti da države ograniče ili prošire te pojmove. U slučaju o kojem se raspravljalo na raspravi, da je pravo primjenjivo na društvo koje je predmet preuzimanja zahtijevalo prijenos predmetnog duga, a da ga je pravo primjenjivo na društvo preuzimatelja isključivalo, postojao bi sukob između dvaju prava koji Direktiva 2005/56 ne bi mogla razriješiti, što bi bilo protivno njezinu cilju da olakša prekogranična spajanja.

69. Preostaje još odrediti treba li tumačenje članka 19. stavka 1. točke (a) Direktive 2011/35 koje predlažem također primijeniti na dug *in statu nascendi* kada vjerovnik koji je upoznat s predstojećim spajanjem prije upisa spajanja ni na koji način ne upozorava na postojanje svoje tražbine ili mogućnosti njezina postojanja.

70. U svojim pisanim očitovanjima kao i na raspravi MCH je inzistirao na činjenici da je ACT obavio provjeru koja je dovela do predmetnih novčanih kazni u glavnom postupku prije objave nacrta spajanja. U svojem pisanom odgovoru na pitanja Suda portugalska je vlada priznala da je službena objava nacrta spajanja na internetskoj stranici za objave Ministarstva pravosuđa, provedena 22. veljače 2011., predstavljala obavijest potencijalnim vjerovnicima, među kojima i ACT-u, koji je stoga trebao upozoriti društva koja su upravo dogovarala svoje spajanje.

71. Iako priznajem da u takvom činjeničnom okviru vjerovnik u dobroj vjeri ne bi trebao propustiti upozoriti svojeg dužnika o svojoj tražbini prije spajanja[21], držim da spajanje ne dovodi do gašenja te tražbine. Ništa iz Direktive 2011/35 ne omogućava tvrditi drukčije.

72. S obzirom na sve to, smatram da članak 19. stavak 1. Direktive 2011/35 treba tumačiti u smislu da se ne protivi nacionalnom propisu kao što je to članak 112. Zakonika o trgovačkim društvima koji se primjenjuje u Portugalu, na temelju kojeg spajanje društava uzrokuje prijenos obveze plaćanja novčane kazne za povrede radnog prava koje je počinilo društvo koje je predmet preuzimanja na društvo preuzimatelja kada su navedene povrede počinjene prije tog spajanja, ali je novčana kazna nametnuta konačnom odlukom tek nakon navedenog spajanja.

VI – **Zaključak**

73. Stoga predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputio Tribunal do Trabalho de Leiria odgovori na sljedeći način:

Članak 19. stavak 1. Direktive 2011/35 Europskog parlamenta i Vijeća od 5. travnja 2011. o spajanjima dioničkih društava treba tumačiti u smislu da se ne protivi nacionalnom propisu kao što je to članak 112. Zakonika o trgovačkim društvima (Código das Sociedades Comerciais) koji se primjenjuje u Portugalu, na temelju kojeg spajanje društava uzrokuje prijenos obveze plaćanja novčane kazne za povrede radnog prava koje je počinilo društvo koje je predmet preuzimanja na društvo preuzimatelja kada su navedene povrede počinjene prije tog spajanja, ali je novčana kazna nametnuta konačnom odlukom tek nakon navedenog spajanja.

20 — Vidjeti bilješku 7. ovog mišljenja.

21 — Podsjećam da Direktiva 2011/35 uvodi transparentan sustav kojim se želi jamčiti i zaštititi interese društava koja sudjeluju u spajanju kao i njihove dioničare, zaposlenike i vjerovnike. Prema tom sustavu, upravna tijela društava koja se spajaju sastavljaju nacrt uvjeta spajanja u pisanom obliku (članak 5.) koji se mora objaviti kako je propisano pravom svake države članice (članak 6.). Spajanje zahtijeva barem odobrenje glavne skupštine svakog društva koje se spaja (članak 7.). Kako bi dioničari dali svoje odobrenje za spajanje, imaju pravo barem mjesec dana prije utvrđenog datuma glavne skupštine koja odlučuje o uvjetima spajanja pregledati, među ostalim, nacrt uvjeta spajanja, godišnje financijske izvještaje i godišnja izvješća (članak 11.). Direktiva 2011/35 obvezuje države članice da osiguraju odgovarajući sustav zaštite interesa vjerovnika društava uključenih u postupak spajanja čije tražbine prethode objavi nacrta uvjeta spajanja i nisu dospjele u vrijeme takve objave (članak 13.). Prenoseći potonji članak u portugalsko pravo, članak 101-A Zakonika o trgovačkim društvima dopušta toj kategoriji vjerovnika da se pod određenim uvjetima suprotstave spajanju u mjesecu koji slijedi nakon objave nacrta uvjeta spajanja.