Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MELCHIOR WATHELET
föredraget den 12 november 2014[1]

Mål C-343/13

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

(begäran om förhandsavgörande från Tribunal do Trabalho de Leiria (Portugal))

”Regelverket för fusioner av aktiebolag — Direktiv 2011/35/EU — Fusion genom förvärv — Övergång av det överlåtande bolagets samtliga tillgångar och skulder till det övertagande bolaget — Ansvar för administrativa överträdelser — Nationell lagstiftning i vilken föreskrivs att det överlåtande bolagets ansvar för administrativa överträdelser ska överföras vid fusion genom förvärv”

I – **Inledning**

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande har ingetts i en tvist mellan bolaget Modelo Continente Hipermercados SA (nedan kallat MCH) och arbetsmiljömyndigheten Autoridade para as Condições de Trabalho – Centro Local do Lis (ACT) (nedan kallad ACT) med anledning av myndighetens beslut att påföra bolaget sanktionsavgifter för överträdelser av arbetslagen som bolaget Good and Cheap – Comércio Retalhista SA (nedan kallat Good and Cheap) gjorde sig skyldigt till innan det överläts till MCH.

2. Frågan i målet är i det sammanhanget huruvida fusionen genom MCH:s förvärv av Good and Cheap innebär att Good and Cheaps skulder ska överföras till MCH när borgenären inte inkom med någon ansökan till Good and Cheap före fusionen men de omständigheter som utgör grund för skulden ägde rum före fusionen.

3. Målet ger domstolen tillfälle att för första gången tolka en bestämmelse i rådets tredje direktiv 78/855/EEG av den 9 oktober 1978 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om fusioner av aktiebolag[2], i dess senaste lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/109/EG av den 16 september 2009[3] (nedan kallat det tredje direktivet) och enligt Europarlamentets och rådets direktiv 2011/35/EU av den 5 april 2011 om fusion av aktiebolag.[4]

1 — Originalspråk: franska.
2 — EGT L 295, s. 36; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 34.
3 — EGT L 259, s. 14.
4 — EGT L 110, s. 1.

II – **Tillämpliga bestämmelser**

A – *Unionsrätt*

4. Förevarande begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 19.1 i det tredje direktivet, vilket fortfarande var tillämpligt vid tidpunkten för den fusion som avses i målet vid den nationella domstolen.

5. Det tredje direktivet har kodifierats till direktiv 2011/35/EG. Materiellt är de skäl och de bestämmelser i direktiv 2011/35 som är relevanta i detta mål identiska med motsvarande skäl och bestämmelser i det tredje direktivet. Även om den aktuella fusionen i målet i den nationella domstolen ägde rum när det tredje direktivet var tillämpligt, kommer jag av det skälet att i likhet med den hänskjutande domstolen och parterna att hänföra mig till direktiv 2011/35.

6. I skälen 4 och 7 i direktiv 2011/35 anges följande:

”(4) Skyddet för bolagsmännens och tredje mans intressen kräver att medlemsstaternas lagstiftning om fusion av aktiebolag (public limited liability companies) samordnas och att bestämmelser om fusion införs i alla medlemsstaters lagstiftning.

…

(7) Borgenärerna, inklusive obligationshavare, och innehavarna av andra rättigheter i de fusionerande bolagen bör skyddas så att fusionen inte inverkar negativt på deras intressen.”

7. I artikel 3.1 i kapitel II, med rubriken ”Regler om fusion genom att ett bolag förvärvar ett eller flera andra bolag och om fusion genom bildande av ett nytt bolag” i direktiv 2011/35 föreskrivs följande:

”I detta direktiv avses med ’fusion genom förvärv’ ett sådant förfarande varigenom ett eller flera bolag (överlåtande bolag) upplöses utan likvidation och i samband därmed överför samtliga sina tillgångar och skulder till ett annat bolag (övertagande bolag), mot vederlag till aktieägarna i det eller de överlåtande bolagen i form av aktier i det övertagande bolaget och i förekommande fall kontant ersättning som inte får överstiga 10 % av dessa aktiers nominella värde eller, i avsaknad av sådant värde, det bokförda parivärdet.”

8. Kapitel III i direktivet, med rubriken ”Fusion genom förvärv” innehåller bland annat följande bestämmelser:

”*Artikel 6*

Fusionsplanen ska offentliggöras för vart och ett av de fusionerande bolagen enligt varje medlemsstats lagstiftning i överensstämmelse med artikel 3 i direktiv 2009/101/EG, minst en månad före dagen för den bolagsstämma som ska besluta om fusionsplanen.

…

Artikel 11

1. Minst en månad före dagen för den bolagsstämma som ska besluta om fusionsplanen ska alla aktieägare ha rätt att hos bolaget där detta har sitt säte ta del av minst följande handlingar:

a) Fusionsplanen.

b) De fusionerande bolagens årsbokslut och förvaltningsberättelser för de senaste tre räkenskapsåren.

c) I förekommande fall, en särskild redovisning som ska upprättas tidigast den första dagen i den tredje månaden före den tidpunkt då fusionsplanen upprättades, om det senaste årsbokslutet avser ett räkenskapsår som avslutades mer än sex månader före denna tidpunkt.

...

Artikel 12

Skyddet för de anställdas rättigheter i varje fusionerande bolag ska regleras enligt direktiv 2001/23/EG.

Artikel 13

1. Lagstiftningen i medlemsstaterna ska på ett betryggande sätt skydda rättigheterna för de borgenärer i de fusionerande bolagen vilka har fordringar som uppkommit före offentliggörandet av fusionsplanen och som inte var förfallna till betalning vid offentliggörandet.

2. För det ändamålet ska det i medlemsstaternas lagstiftning minst föreskrivas att dessa borgenärer har rätt till betryggande säkerhet, om ett sådant skydd behövs med hänsyn till de fusionerande bolagens ekonomiska förhållanden och borgenärerna inte redan har sådan säkerhet.

Medlemsstaterna ska fastställa villkor för det skydd som avses i punkt 1 och i första stycket i den här punkten. Medlemsstaterna ska under alla omständigheter se till att borgenärerna har rätt att ansöka hos lämpliga administrativa och rättsliga myndigheter om betryggande säkerhet, under förutsättning att de på ett trovärdigt sätt kan visa att fusionen medför att deras fordringar riskerar att inte gottgöras och att ingen betryggande säkerhet har ställts av företaget.

3. Skyddet får vara olika för borgenärerna i det övertagande och det överlåtande bolaget.

…

Artikel 18

1. En fusion ska för vart och ett av de fusionerande bolagen offentliggöras enligt varje medlemsstats lagstiftning i överensstämmelse med artikel 3 i direktiv 2009/101/EG.

2. Det övertagande bolaget kan självt vidta de formaliteter för offentliggörandet som hänför sig till det eller de överlåtande bolagen.

Artikel 19

1. En fusion ska i kraft av själva lagstiftningen ha följande rättsverkningar, vilka ska inträda samtidigt:

a) Både i förhållandet mellan det överlåtande och det övertagande bolaget och i förhållandet till tredje man övergår det överlåtande bolagets samtliga tillgångar och skulder till det övertagande bolaget.

b) Aktieägarna i det överlåtande bolaget blir aktieägare i det övertagande bolaget.

c) Det överlåtande bolaget upphör.

…”

B – *Portugisisk rätt*

9. Bestämmelserna i direktiv 2011/35 har införlivats med portugisisk rätt genom bolagslagen (Código das Sociedades Comerciais).

10. I artikel 98 i den lagen, med rubriken ”Fusionsplan”, föreskrivs följande:

”1 – Förvaltningsorganen i de fusionerande bolagen ska tillsammans upprätta en fusionsplan som, utöver de uppgifter som är nödvändiga eller relevanta ur såväl rättslig som ekonomisk synvinkel för att ge en fullständig bild av den planerade transaktionen, ska innehålla åtminstone följande uppgifter:

…

d) De fusionerande bolagens bokslut, av vilka ska framgå i synnerhet värdet på de tillgångar och skulder som överförs till det övertagande eller det nya bolaget.

…

h) De närmare villkoren för att skydda borgenärernas rättigheter.

…

2 – Ett bokslut enligt punkt d ovan ska vara

a) bokslutet från det senaste räkenskapsåret, om det avslutades högst sex månader före fusionsplanen, eller

b) ett bokslut som skjutits upp till ett datum som inte får vara tidigare än den första dagen i den tredje månaden före dagen för fusionsplanen.”

11. I artikel 100 i samma lag, med rubriken ”Registrering av planen och sammankallande av bolagsstämma”, föreskrivs följande:

”1 – Fusionsplanen ska registreras.

2 – Delägarna i vart och ett av de medverkande bolagen ska, oavsett vilken typ av bolag det rör sig om, uttala sig om fusionsplanen vid en bolagsstämma. Kallelse till bolagstämmorna ska ske efter registreringen, med sikte på att bolagsstämmorna ska äga rum minst en månad efter kallelsens offentliggörande.

3 – Av kallelsen ska framgå att bolagens olika delägare och borgenärer kan ta del av fusionsplanen med bilagor på bolagets huvudkontor samt datum för bolagsstämman.

…

5 – Registermyndigheten ska opåkallat offentliggöra fusionsplanens registrering. Vid offentliggörandet ska det anges att borgenärer i enlighet med artikel 101-A får framställa invändning mot fusionen.

…”

12. Artikel 101-A i samma lag, med rubriken ”Borgenärers invändningar”, har följande lydelse:

”Inom en månad efter offentliggörandet av fusionsplanens registrering får borgenärer i de medverkande bolagen vilkas fordringar har uppkommit före detta offentliggörande framställa invändning i domstol mot fusionen och som grund anföra att deras fordringar riskerar att inte gottgöras, om de senast 15 dagar tidigare begärt att bolaget ska reglera deras fordringar eller tillhandahålla lämpliga garantier, utan att deras begäran har hörsammats.”

13. Enligt artikel 101-B i samma lag, med rubriken ”Effekter av en invändning”:

”1 – Om en borgenär framställer invändning i domstol kan fusionen inte slutgiltigt skrivas in i handelsregistret förrän något av följande inträffar:

a) Invändningen har ogillats genom lagakraftvunnet domstolsavgörande eller, om invändningen avvisades, invändande part har inte väckt ny talan inom 30 dagar.

b) Invändande part har återkallat sin talan.

c) Bolaget har täckt invändande parts fordran eller tillhandahållit den garanti som fastställts i samråd eller genom domstolsavgörande.

d) Invändande part har godtagit inskrivningen.

e) Ett belopp motsvarande invändande parts fordran har deponerats.

…”

14. I artikel 111 i bolagslagen, med rubriken ”Registrering av en fusion”, anges följande:

”När fusionen har godkänts av alla medverkande bolag utan att någon invändning har framställts inom den frist som föreskrivs i artikel 101-A eller, om invändning har framställts, någon av omständigheterna i artikel 101-B.1 har inträffat, ska registrering av fusionen i handelsregistret begäras av någon av styrelseledamöterna i de fusionerande bolagen eller i det nya bolaget.”

15. I artikel 112 i samma lag föreskrivs följande:

”Inskrivningen av fusionen i handelsregistret innebär följande:

a) Det överlåtande bolaget eller, om ett nytt bolag bildas, samtliga fusionerande bolag upplöses och deras rättigheter och skyldigheter övergår till det övertagande eller det nya bolaget.

b) Aktieägarna i de upplösta bolagen blir aktieägare i det övertagande eller det nya bolaget.”

III – **Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna**

16. Good and Cheap var ett bolag bildat enligt portugisisk rätt som bedrev detaljhandel i stormarknader.

17. MCH är ett bolag bildat enligt portugisisk rätt som bland annat bedriver detaljhandel inom livsmedelssektorn. Bolaget äger och driver ungefär 180 butiker i Portugal.

18. Den 15 februari 2011 utförde ACT en inspektion vid Good and Cheap i Pombal (Portugal). Myndigheten granskade registret över arbetstagarnas arbetade timmar under december 2010 och januari 2011.

19. Den 22 februari 2011 registrerade Good and Cheap och MCH vid behörig avdelning vid handelsregistret en fusionsplan som bolagens styrelser hade godkänt. Fusionsplanen offentliggjordes på justitieministeriets webbplats för publikationer (https://publicacoes.mj.pt/Index.aspx).

20. Den 7 mars 2011 upprättade en arbetsmiljöinspektör (*inspectora do trabalho*) vid ACT två inspektionsprotokoll (*auto de notícia*) avseende Good and Cheap. I protokollen fastställdes att bolaget hade åsidosatt bestämmelser i portugisisk arbetsrätt enligt vilka arbetstagare får arbeta högst fem timmar i sträck och har rätt till minst elva timmars sammanhängande vila mellan två på varandra följande arbetsperioder.

21. Fusionen genom MCH:s förvärv av Good and Cheaps tillgångar registrerades i handelsregistret den 31 mars 2011. Samma dag upplöstes Good and Cheap.

22. Den 4 april 2011 delgavs Good and Cheap ACT:s inspektionsprotokoll av den 7 mars 2011 och påfördes två sanktionsavgifter (*coima*), en på 459 euro (med förfallodag den 12 april 2011) för att arbetstagare hade fått arbeta mer än fem timmar i sträck (protokoll 161100188) och den andra (vars belopp och förfallodag inte framgår av domstolens handlingar) för att arbetstagarnas rätt till minst elva timmars sammanhängande vila mellan två arbetsperioder hade åsidosatts (protokoll 161100190).

23. MCH bestred beslutets lagenlighet i ett skriftligt svar (*resposta escrita*) och anförde bland annat att fusionen genom MCH:s förvärv av Good and Cheap hade registrerats den 31 mars 2011.

24. I två förslag till beslut (*proposta de decisão*) av den 18 respektive den 21 september 2012 föreslog utredande tjänsteman (*instrutora*) att ACT:s direktör skulle fastställa de två protokollen av den 7 mars 2011 och att förplikta MCH att betala en sanktionsavgift på 714 euro för vardera överträdelsen.

25. Genom beslut om rättslig kumulering (*decisão de cúmulo jurídico*) av den 24 september 2012 antog ACT:s direktör förslagen till beslut och förpliktade MCH att betala en kumulerad straffavgift på 1 250 euro för de båda ärendena. Beslutet delgavs MCH den 26 september 2012.

26. MCH ingav ett överklagande (*recurso de impugnação judicial*) vid Tribunal do Trabalho de Leiria (arbetsrättslig domstol i Leira, Portugal) och bestred det sistnämnda beslutets lagenlighet. Bland annat anförde MCH att det stred mot artikel 19.1 a i direktiv 2011/35 att tolka artikel 112 i bolagslagen på ett sådant sätt att MCH kunde påföras en straffavgift för överträdelser av arbetsrätten som begåtts av Good and Cheap.

27. Mot denna bakgrund beslutade Tribunal do Trabalho de Leiria att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1) Ska en bolagsfusion, mot bakgrund av [unions]rätten, framför allt [artikel 19.1 a i] direktiv 2011/35/EU, anses medföra en övergång av ansvar för administrativa överträdelser, som innebär att det övertagande bolaget bär ansvar för de överträdelser som det överlåtande bolaget gjort sig skyldigt till innan fusionen antecknades i handelsregistret?

2) Kan, vid tillämpningen av direktiv 2011/35, en administrativ sanktionsavgift vara att betrakta som en fordran från tredje man (i det förevarande fallet från staten, till följd av överträdelser av arbetsrättsliga bestämmelser), med följden att den åberopade fordringen (sanktionsbeloppet), för vilken staten är borgenär, övergår på det övertagande bolaget?

3) Strider det mot det ovannämnda gemenskapsdirektivet, i vilket rättsverkningarna av bolagsfusioner fastställs, att tolka artikel 112 i bolagslagen på så sätt att denna artikel varken utgör hinder för beivrande av en överträdelse som ägt rum före fusionen eller för påförande av sanktionsavgift för överträdelsen, då det är fråga om en extensiv tolkning av bestämmelsen som strider mot principerna i gemenskapsrätten och, framför allt, mot artikel 19 i direktiv 2011/35?

4) Strider den ovan angivna tolkningen mot principen att det inte kan anses ha skett någon överträdelse när det övertagande bolaget inte har något (begränsat) strikt ansvar eller culpaansvar?”

IV – **Förfarandet vid domstolen**

28. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolen den 24 juni 2013. MCH, den portugisiska, den tyska, den ungerska och den österrikiska regeringen samt Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

29. Den 20 juni 2014 ställde domstolen en rad frågor till MCH och till den portugisiska regeringen vilka skulle besvaras skriftligen före förhandlingen. Svaren från den portugisiska regeringen och MCH inkom till domstolen den 15 respektive den 28 juli 2014.

30. Vid förhandlingen den 3 september 2014 yttrade sig MCH, den portugisiska och den tyska regeringen samt kommissionen.

V – **Bedömning**

A – *Huruvida frågorna kan tas upp till sakprövning*

31. Den tyska och den österrikiska regeringen har uttryckt tvivel när det gäller huruvida vissa av frågorna kan tas upp till sakprövning. Den tyska regeringen anser att den tredje och den fjärde frågan avser tolkning av nationell rätt. Den österrikiska regeringen har gjort gällande att den andra frågan avser en situation där sanktionsavgiften i motsats till omständigheterna i målet vid den nationella domstolen redan hade påförts före fusionen och att frågan följaktligen är hypotetisk. Det straffrättsliga ansvaret, vilket berörs i den fjärde frågan, regleras dessutom inte genom direktiv 2011/35 och har därmed inte den anknytning till unionsrätten som föreskrivs i artikel 51 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

32. Jag delar inte den österrikiska regeringens ståndpunkt angående den andra frågan, genom vilken den hänskjutande domstolen önskar klarhet i huruvida en sådan sanktionsåtgärd till följd av en administrativ överträdelse som sanktionsavgiften i det nationella målet, kan betraktas som en fordran och den portugisiska staten som en borgenär i den mening som avses i direktiv 2011/35.[5] I den bemärkelsen avser den andra frågan inte enbart hur en sanktionsavgift som påförts före fusionen ska betecknas, utan frågan har ställts även med avseende på en sanktionsavgift som påförts efter fusionen. I den meningen är den andra frågan inte hypotetisk.

5 — Begreppen ”fordran” och ”borgenär” används i artikel 13 i direktivet men definieras inte där.

33. När det gäller den tredje frågan anser jag inte att den avser tolkning av nationell rätt. Den hänskjutande domstolen har ställt den frågan för att få klarhet i hur artikel 19 i det tredje direktivet ska tolkas för att det ska kunna avgöras huruvida artikel 112 i bolagslagen, såsom den tolkas i Portugal – det vill säga att en fusion inte innebär vare sig att ett förfarande avseende en överträdelse som begicks före fusionen eller att den sanktionsavgift som påförts eller ska påföras förlorar sin giltighet – är förenlig med nämnda artikel 19. Den tredje frågan kan följaktligen tas upp till sakprövning.

34. Däremot delar jag den tyska och den österrikiska regeringens ståndpunkt att den fjärde frågan inte kan tas upp till sakprövning. Frågan avser nämligen tolkningen av en portugisisk rättsprincip, vilket enligt fast rättspraxis inte omfattas av domstolens behörighet.[6]

B – *Prövning i sak*

35. I likhet med den ungerska regeringen anser jag att den hänskjutande domstolen med samtliga sina frågor önskar klarhet i huruvida artikel 19.1 i direktiv 2011/35 ska tolkas så, att den utgör hinder för nationella bestämmelser som i likhet med artikel 112 i den portugisiska bolagslagen, såsom den tillämpas i Portugal, innebär att en fusion av bolag genom förvärv medför att det överlåtande bolagets skyldighet att betala en sanktionsavgift för överträdelser av arbetsrätten som det bolaget har gjort sig skyldigt till övergår till det övertagande bolaget om överträdelserna begicks före fusionen, även om sanktionsavgiften inte påfördes genom slutgiltigt beslut förrän efter fusionen. Således kommer jag att pröva den hänskjutande domstolens frågor tillsammans.

1. Argument som anförts vid domstolen

36. MCH och den tyska regeringen har gjort gällande att en övergång av samtliga tillgångar och skulder i det överlåtande bolaget till det övertagande bolaget vid en fusion genom förvärv, enligt artikel 19.1 a i direktiv 2011/35, omfattar en övergång av det överlåtande bolagets skulder. En sanktionsavgift som påförts det överlåtande bolaget kan emellertid endast anses utgöra en fordran från staten – och, därmed en skuld för det överlåtande bolaget – om staten förfogar över ett förvaltnings- eller domstolsbeslut som är slutgiltigt i den meningen att det är verkställbart. I det förevarande fallet ägde fusionen emellertid rum innan ett sådant beslut fattades. Följaktligen övergick inte Good and Cheaps ansvar för de aktuella administrativa överträdelserna av arbetsrätten till MCH.

37. Om en övergång av ansvaret för administrativa överträdelser medgavs under sådana omständigheter skulle aktieägare och borgenärer i de fusionerande bolagen enligt MCH inte kunna värdera de ekonomiska konsekvenserna av fusionen. Av samma skäl anser den tyska regeringen att dagen då fusionen får sin verkan måste utgöra referensdatum för fastställandet av storleken på de tillgångar och skulder som ska överföras.

38. Den österrikiska regeringen menar att direktiv 2011/35 endast ger det övertagande bolaget ett civilrättsligt ansvar för borgenärer eller andra rättighetsinnehavare. Det innehåller inte några bestämmelser om de fusionerande bolagens ansvar för administrativa överträdelser, vilket, enligt den regeringen, utgör ett förvaltningsstraffrättsligt ansvar. De omständigheter som ligger till grund för begäran om förhandsavgörandet omfattas således inte av tillämpningsområdet för nämnda direktiv.

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

39. Den österrikiska regeringen anser emellertid att direktiv 2011/35 inte heller utesluter att det övertagande bolaget är ansvarigt för administrativa överträdelser som begåtts av det överlåtande bolaget. Följaktligen strider inte en nationell bestämmelse enligt vilken förvaltningsstraffrättsliga sanktioner kan påföras det övertagande bolaget mot artikel 19.1 a i direktivet.

40. Den portugisiska och den ungerska regeringen samt kommissionen anser att det i artikel 19.1 a i direktiv 2011/35 föreskrivs att det överlåtande bolagets ansvar för administrativa överträdelser ska övergå till det övertagande bolaget vid en fusion. De har framhållit att övergången av samtliga tillgångar och skulder enligt den bestämmelsen är av universell art. En sanktionsavgift ska betraktas som en fordran som innehas av staten, vilken i egenskap av borgenär ska skyddas genom direktivet. Sanktionsavgiften ingår i det överlåtande bolagets skulder och ska i den meningen övergå till det övertagande bolaget.

2. Bedömning

a) Tillämplig rätt

41. Det finns anledning att först pröva vilken rätt som är tillämplig när det gäller en övergång till ett övertagande bolag av skyldigheten att betala en sanktionsavgift som påförts efter fusionens registrering för överträdelser som begåtts av det överlåtande bolaget som, i och med fusionen, har upphört att existera. Regleras detta genom direktiv 2011/35 eller endast genom nationell rätt?

42. I artikel 19.1 a i direktiv 2011/35 föreskrivs att en fusion ”i kraft av själva lagstiftningen [och] samtidigt” ska medföra, ”[b]åde i förhållandet mellan det överlåtande och det övertagande bolaget och i förhållandet till tredje man [att] det överlåtande bolagets samtliga tillgångar och skulder [övergår] till det övertagande bolaget”.

43. Formuleringen ”i kraft av själva lagstiftningen” visar att fusionen utan några andra formella eller materiella villkor medför en övergång av samtliga tillgångar och skulder. Övergången vid fusioner regleras således genom unionsrätten.[7] Det återstår emellertid att fastställa tillämpningsområdet för artikel 19.1 a i direktiv 2011/35.

b) Materiellt tillämpningsområde (*ratione materiae*) för artikel 19.1 a i direktiv 2011/35: ”samtliga tillgångar och skulder”

44. Är artikel 19.1 a i direktiv 2011/35 tillämplig när det gäller en skyldighet som följer av bestämmelser om administrativa överträdelser, i det aktuella fallet en skyldighet att betala en sanktionsavgift för överträdelser av portugisisk arbetsrätt, när de faktiska omständigheter som medförde sanktionsåtgärden inträffade innan fusionsplanen offentliggjordes men den betalningsskyldige delgavs beslutet om sanktionsavgiften för första gången efter fusionens registrering?

7 — Jag vill påpeka att det i artikel 14.1 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/56/EG av den 26 oktober 2005 om gränsöverskridande fusioner av bolag med begränsat ansvar (EGT L 310, s. 1), i dess ändrade lydelse, föreskrivs följande: ”Den gränsöverskridande fusionens rättsverkningar a) Det överlåtande bolagets samtliga tillgångar och skulder skall överföras till det övertagande bolaget. …” Utelämnandet av formuleringen ”i kraft av själva lagstiftningen” kan enligt min mening inte föranleda någon annan tolkning än tolkningen av direktiv 2011/35. Även när det gäller bolag med begränsat ansvar medför fusionen att samtliga tillgångar och skulder överförs, utan andra villkor än vad som föreskrivs i direktiv 2005/56.

45. Det ska således fastställas huruvida ”samtliga tillgångar och skulder”, och inte minst ”skulder”, är tillräckligt vida begrepp för att inbegripa en sådan situation som den aktuella i målet vid den nationella domstolen. Såsom den tyska regeringen har framhållit är det fråga om att tolka begrepp som, trots att de förekommer på flera ställen i direktivet, inte definieras där. Således ska begreppen ges en självständig och enhetlig tolkning i hela Europeiska unionen, [8] med beaktande av sammanhanget och de mål som eftersträvas genom direktiv 2011/35. [9]

i) Ingår skyldigheter som följer av bestämmelser om administrativa överträdelser i det överlåtande bolagets skulder?

46. När det gäller bestämmelser om administrativa överträdelser anser den österrikiska regeringen, utan särskild motivering, att artikel 19.1 a i direktiv 2011/35 endast gäller civilrättsligt ansvar. Den aktuella sanktionsavgiften har, i egenskap av en skyldighet som följer av bestämmelser om administrativa överträdelser, en straffrättslig karaktär som gör att den hamnar utanför artikelns tillämpningsområde. En bestämmelse i nationell rätt som möjliggör övergång av ansvaret för administrativa överträdelser kan därmed enligt den österrikiska regeringen inte strida mot nämnda direktiv.

47. Även kommissionen har ägnat en stor del av sitt yttrande åt uppkomsten av rättsområdet *ordnungsstrafrecht* i Tyskland, dess ursprung, dess straffrättsliknande art och skillnaderna mellan detta område och den klassiska eller sekundära straffrätten.

48. Trots att de synpunkterna kan ha ett teoretiskt värde har de enligt min mening inte den minsta betydelse för tillämpningsområdet för direktiv 2011/35. Artikel 19.1 a i direktiv 2011/35 berör ”skulder”, det vill säga samtliga skulder [10] som påverkar en persons samtliga tillgångar och skyldigheter och som anses utgöra en rättslig helhet. [11]

49. Denna breda formulering visar tydligt att artikelns syfte är att inbegripa alla tänkbara skulder, oavsett ursprung och oavsett om det rör sig om ett civilrättsligt, straffrättsligt eller straffrättsliknande ansvar, förutsatt att det rör sig om ett ansvar som innehas av det överlåtande bolaget i sig [12] och att det kan översättas till ett monetärt värde.

50. Detta framgår ännu tydligare i den engelska versionen av direktiv 2011/35 där övergången visserligen inte beskrivs som ”universell”, men där det anges att den rör ”all the assets and *liabilities*”. [13] Utan tvivel ska en sådan straffrättsliknande skuld som den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen betraktas som en ”liability” som innehas av det överlåtande bolaget.

51. Jag anser i likhet med MCH och den portugisiska och den tyska regeringen att en sådan sanktionsavgift som den aktuella kan anses utgöra en ”fordran” som staten har och staten en ”borgenär” i den mening som avses i artikel 13 i direktiv 2011/35.

8 — Se, i det avseendet, dom Linster (C-287/98, EU:C:2000:468, punkt 43), dom Brüstle (C-34/10, EU:C:2011:669, punkt 25) och dom Ziolkowski och Szeja (C-424/10 och C-425/10, EU:C:2011:866, punkt 32).

9 — Se dom easyCar (C-336/03, EU:C:2005:150, punkt 21), dom Wallentin-Hermann (C-549/07, EU:C:2008:771, punkt 17) och dom Ziolkowski och Szeja (EU:C:2011:866, punkt 34).

10 — Med skuld avser jag en skyldighet att utföra något (ge, göra eller inte göra något) som en person, kallad gäldenär, har gentemot en annan person, kallad borgenär. Se Cornu, G., Vocabulaire juridique, nionde upplagan, PUF, Paris, 2011, s. 340.

11 — Se Cornu, G., Vocabulaire juridique, nionde upplagan, PUF, Paris, 2011, s. 737 och 738.

12 — Naturligtvis berörs inte det straffrättsliga ansvaret för chefer eller andra organ i det överlåtande bolaget av artikel 19.1 a i direktiv 2011/35. Däremot kan straffrättsliga böter som påförts det överlåtande bolaget för ett brott som begåtts av bolaget överföras till det övertagande bolaget.

13 — Min kursivering. Termen ”liability” definieras som ”a thing for which someone is responsible, especially an amount of money”, se *Oxford Dictionnary of English*, Oxford University Press, Oxford, 2005, andra omarbetade upplagan, s. 1008.

52. Följaktligen ingår ett fusionerande bolags samtliga skulder, inbegripet skulder till staten, i bolagets skulder och ska således automatiskt och utan andra villkor övergå till det bolag som blir resultatet av fusionen.

ii) Ska skulder som är på väg att uppstå vid tidpunkten för fusionen ingå i det överlåtande bolagets skulder?

53. Det ska ännu avgöras huruvida skuldbegreppet även omfattar en skuld som är på väg att uppstå då fusionen registreras, det vill säga en skuld som den aktuella i målet vid den nationella domstolen, som orsakats av omständigheter som inträffade före fusionens registrering men som inte förföll och inte delgavs gäldenären för första gången förrän efter fusionens registrering.

54. Jag anser, av nedanstående skäl, att skulder som är på väg att uppstå såsom den aktuella i målet vid den nationella domstolen ingår i det överlåtande bolagets skulder och således ska övergå till det övertagande bolaget.

55. Först och främst finns det ingenting i direktiv 2011/35 som förhindrar en sådan tolkning av begreppet ”skulder” hos det överlåtande bolaget. Detsamma gäller för övrigt begreppet skulder i, med hänsyn till tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet, rådets fjärde direktiv 78/660/EEG av den 25 juli 1978 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om årsbokslut i vissa typer av bolag[14], i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/49/EG av den 18 juni 2009 (EUT L 164, s. 42) (nedan kallat direktiv 78/660), och särskilt i artikel 9, i punkterna B.3 och C.8 under rubriken ”Skulder, i det direktivet, till vilka parterna hänvisade vid förhandlingen.[15]

56. Kommissionen har i sitt skriftliga yttrande gjort gällande att skulden i det nationella målet ingick i det övertagande bolagets skulder enligt direktiv 78/660 men att en motsvarande avsättning skulle göras i det bolagets årsbokslut. Som grund för detta har kommissionen anfört att det överlåtande bolaget hade delgetts inspektionsprotokollen för första gången innan fusionen registrerades, vilket inte framgår av de handlingar som lämnats in till domstolen.

57. Vid förhandlingen anförde kommissionen emellertid att bestämmelserna om upprättande av årsbokslut inte var relevanta i det aktuella fallet. Jag delar den ståndpunkten, eftersom en skuld vars existens har fastställts av borgenären för första gången efter upprättandet av bokslutet inför fusionen i annat fall inte längre skulle kunna överföras till det övertagande bolaget, eftersom årsbokslutet endast kan återge förutsägbara och kvantifierbara skulder.

58. Den omständigheten att en skuld som är på väg att uppstå inte omfattas av begreppet skulder i den mening som avses i direktiv 78/660 och således inte ingår i det bokslut som bifogas fusionsplanen, är därmed inte tillräcklig grund för att utesluta den från begreppet skulder i den mening som avses i direktiv 2011/35.

59. Om så vore fallet, skulle fusionen bli en grund för att utsläcka skyldigheter och till och med kunna genomföras i det syftet.

14 — EGT L 222, s. 11; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 17.

15 — I artikeln föreskrivs att skulder såsom de redovisas i bolagens årsbokslut bland annat ska inkludera ”[ö]vriga avsättningar” (punkt B.3), det vill säga andra avsättningar än avsättningar för pensioner och liknande förpliktelser och avsättningar för skatter, samt ”[ö]vriga avsättningar inklusive skatt och sociala avgifter”. Enligt min mening är det normalt att artikelns definition av skulder inte inbegriper skulder som är på väg att uppstå, eftersom årsboksluten endast får innehålla säkra och förfallna skulder eller åtminstone skulder som sannolikt kommer att uppstå eller kan förutses, förutsatt att de är kvantifierbara.

60. Detta kan illustreras med följande exempel:

— Dagen före en fusion mellan två oljebolag orsakar ett av bolagen en miljökatastrof genom ett oljeutsläpp till havs. Om den tolkningen görs att en skuld måste ha uppstått, vara säker och förfallen till betalning hos gäldenärsbolaget före fusionen för att den ska kunna överföras till det övertagande bolaget, skulle myndigheterna inte ha någon möjlighet att påföra sanktionsavgifter i enlighet med sin miljölagstiftning och de skadelidande parterna skulle inte kunna erhålla någon ersättning.

— Efter en sådan fusion som den i målet vid den nationella domstolen upptäcker skattemyndigheterna att det överlåtande bolaget under flera år ägnade sig åt olaglig skatteplanering. Om samma tolkning gjordes skulle skattemyndigheterna inte ha någon möjlighet att kräva in den obetalda skatten.

61. En fusion genom förvärv förutsätter således att det övertagande bolaget förvärvar hela det överlåtande bolaget, inbegripet dess förflutna. Såsom för övrigt anges i artikel 3.1 i direktiv 2011/35 genomförs en fusion genom förvärv genom att de fusionerande bolagen ”upplöses utan *likvidation*”, [16] vilket innebär en övergång av hela det överlåtande bolaget utan den utsläckning av skyldigheter som en likvidation skulle ha inneburit. Det är av det skälet, det vill säga risken att delar av det överlåtande bolagets skulder kan vara okända för det övertagande bolaget då fusionen genomförs, som ett fusionsavtal i praktiken brukar innehålla ett villkor om utfästelser och garantier (”disclosure and warranties”) till förmån för det övertagande bolaget.

62. Det är för övrigt inte något nytt att det övertagande bolaget tar över det överlåtande bolagets ansvar efter en fusion. Jag hänför mig här till ett flertal tvister både i Europa och i Förenta staterna i vilka de övertagande bolagen har hållits ansvariga, ibland genom kollektiv talan, för den omständigheten att ett överlåtande bolag före fusionen hade utsatt sina medarbetare för asbest, vilka av det skälet drabbades av asbestos och mesoteliom. Den omständigheten att det övertagande bolaget inte hade kännedom om detta ansvar vid fusionen utgjorde inte i något av dessa fall hinder för att ansvaret överfördes från det överlåtande till det övertagande bolaget. [17]

63. Det har till och med inträffat att skadeståndsbeloppet varit betydligt högre än förvärvspriset för det överlåtande bolaget. Detta har föranlett vissa lagstiftare att begränsa skadeståndsansvaret, till exempel i Texas, där ansvaret begränsats ”till ett rättvisande marknadsvärde på det överlåtande bolagets samtliga bruttotillgångar, beräknad vid tidpunkten för fusionen eller konsolideringen”. [18]

64. Då direktiv 2011/35 inte innehåller någon sådan explicit bestämmelse anser jag att det i artikel 19.1 a i direktivet föreskrivs att skulder som är på väg att uppstå ska överföras från det överlåtande till det övertagande bolaget.

16 — Min kursivering.

17 — Se, Havard-Williams, V., ”Asbestos liability: Managing the risks” (tillgänglig på webbsidan Practical Law på följande adress: http://uk.practicallaw.com/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1247476867411&ssbinary=true). Se även Texas högsta domstols dom i mål *Barbara Robinson c. Crown Cork & Seal Co* (335 S.W.3d 126, 129-130 (2010)).

18 — I artikel 149.003 a i Texas Civil Practice and Remedies Code föreskrivs att ”… 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”, vilket Texas högsta domstol fann oförenligt med förbudet mot retroaktiva lagar i artikel I.16 i Texas konstitution. Se *Barbara Robinson c. Crown Cork & Seal Co* (335 S.W.3d 126 (2010)).

65. Vidare ska det understrykas att bestämmelsen inte alltid är till nackdel för det övertagande bolaget, eftersom det även förvärvar samtliga tillgångar, det vill säga inte enbart de rättigheter som är exigibla vid tidpunkten för fusionen utan även förväntade framtida fordringar (*spes debiturum iri*) [19] liksom rättigheter som kommer att uppstå efter registreringen av fusionen.

66. I den meningen har ett övertagande bolag såsom MCH rätt till ersättning för skatt som felaktigt inbetalats av det överlåtande bolaget före fusionen liksom till skatt som tagits ut på det överlåtande bolaget före fusionen men förklarats strida mot unionsrätten efter fusionen.

67. Frågan kan även uppstå huruvida direktiv 2011/35 inte, i stället för att tvinga fram en övergång av skulder som är på väg att uppstå till det övertagande bolaget, inskränker sig till att göra det möjligt för medlemsstaterna att föreskriva en sådan övergång i sin nationella lagstiftning. Jag anser inte att så är fallet.

68. Artikel 19.1 a i direktiv 2011/35, för övrigt i likhet med artikel 14.1 a i direktiv 2005/56 [20] vilken innehåller en liknande bestämmelse, innebär uppenbarligen en gemensam definition av begreppet skulder, och därmed ges medlemsstaterna inte någon möjlighet att inskränka eller utvidga begreppen. För det fall som togs upp vid förhandlingen, om skulden ska övergå enligt den lagstiftning som är tillämplig på det överlåtande bolaget och en sådan övergång är utesluten enligt den lagstiftning som är tillämplig på det övertagande bolaget, uppstår en konflikt mellan två lagstiftningar som inte kan avgöras enligt direktiv 2005/56, vilket skulle strida mot dess syfte att underlätta gränsöverskridande fusioner.

69. Det återstår att avgöra huruvida den tolkning jag föreslår av artikel 19.1 a i direktiv 2011/35 även ska tillämpas på en skuld som är på väg att uppstå om borgenären, som har kännedom om den förestående fusionen, inte vidtar åtgärder för att informera om sin fordran eller om möjligheten att fordran kan föreligga före registreringen av fusionen.

70. MCH insisterade både i sitt skriftliga yttrande och vid förhandlingen på att ACT hade utfört den inspektion som hade föranlett de aktuella sanktionsavgifterna i målet vid den nationella domstolen innan fusionsplanen offentliggjordes. I det skriftliga svaret på domstolens frågor medgav den portugisiska regeringen att det officiella offentliggörandet på justitieministeriets publikationssida den 22 februari 2011 gällde som information till potentiella borgenärer, däribland ACT, vilket således hade kunna underrätta de bolag som förhandlade om fusionen.

71. Visserligen borde en borgenär i god tro under sådana faktiska omständigheter inte underlåta att underrätta sin gäldenär om sin fordran före fusionen, [21] men jag anser ändå att fusionen inte medför att fordran utsläcks. Ingenting i direktiv 2011/35 ger grund för att hävda motsatsen.

19 — En förväntan om en framtida fordran har länge betraktats som en del av en persons till gångar. Jag citerar härvid *Les Institutes de l'Empereur Justinien*, bok III.15.4 ("Villkoret ger upphov till en förväntan att saken ska tillkomma vederbörande, och samma förväntan överförs till arvingen för det fallet att vederbörande avlider innan villkoret inträffar": Hulot, H., *Les Institutes de l'Empereur Justinien*, Behmer et Lamort éditeurs, Metz, 1806) samt ett stycke i bok L.16.54 i samme kejsares *Digesta* som tillskrivits den romerske juristen Ulpien ("Med villkorliga borgenärer avses sådana vilka ännu inte medges en handling, men till vilka den ska medges, eller vilka förväntar sig att erhålla den då villkoret för deras fordran uppfylls": Hulot, H., och Berthelot, J.-F., *Les Cinquantes Livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, Behmer et Lamort éditeurs, Metz, 1803).

20 — Se fotnot 7 ovan.

21 — Jag erinrar om att direktiv 2011/35 innebär att det inrättas ett system för öppenhet som syftar till att garantera och tillvarata såväl de fusionerande bolagens som aktieägarnas, de anställdas och borgenärernas intressen. Systemet innebär att de fusionerande bolagens förvaltningsorgan ska upprätta en skriftlig fusionsplan (artikel 5) som ska offentliggöras enligt varje medlemsstats lagstiftning (artikel 6). Fusionen fordrar godkännande av minst bolagsstämman i varje fusionerande bolag (artikel 7). För att aktieägarna ska kunna ge sitt samtycke till fusionsplanen har de rätt att, minst en månad före dagen för den bolagsstämma som ska besluta om fusionsplanen, ta del av bland annat fusionsplanen, årsboksluten och förvaltningsberättelserna (artikel 11). Medlemsstaterna ska enligt direktiv 2011/35 på ett betryggande sätt skydda rättigheterna för de borgenärer i de fusionerande bolagen vilka har fordringar som uppkommit före offentliggörandet av fusionsplanen och som inte var förfallna till betalning vid offentliggörandet (artikel 13). Den sistnämnda artikeln har införlivats med portugisisk rätt genom artikel 101-A i bolagslagen vilken ger denna kategori av borgenärer möjlighet att under vissa förutsättningar motsätta sig fusionen inom en månad efter fusionsplanens offentliggörande.

72. Mot bakgrund av vad som anförts ovan anser jag att artikel 19.1 i direktiv 2011/35 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell bestämmelse som artikel 112 i den portugisiska bolagslagen, såsom den tillämpas i Portugal, enligt vilken en fusion av bolag genom förvärv medför att betalningsskyldigheten för en sanktionsavgift för överträdelser av arbetsrätten som det överlåtande bolaget gjort sig skyldigt till övergår till det övertagande bolaget om nämnda överträdelser ägde rum före fusionen men sanktionsavgiften påfördes genom slutgiltigt beslut först efter fusionen.

VI – **Förslag till avgörande**

73. Jag föreslår följaktligen att domstolen ska besvara de frågor som Tribunal do Trabalho de Leiria har ställt på följande sätt:

Artikel 19.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/35/EU av den 5 april 2011 om fusioner av aktiebolag ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell bestämmelse som artikel 112 i bolagslagen (Código das Sociedades Comerciais), såsom den tillämpas i Portugal, enligt vilken en fusion av bolag genom förvärv medför att betalningsskyldigheten för en sanktionsavgift för överträdelser av arbetsrätten som det överlåtande bolaget gjort sig skyldigt till övergår till det övertagande bolaget om nämnda överträdelser ägde rum före fusionen men sanktionsavgiften påfördes genom slutgiltigt beslut först efter fusionen.