



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 7 april 2016*

”Begäran om förhandsavgörande — Romkonventionen — Tillämplig lag —
Gränsöverskridande fusion — Direktiv 78/855/EEG — Direktiv 2005/56/EG — Fusion genom
absorption — Borgenärsskydd — Övergång av det överlåtande bolagets samtliga tillgångar och skulder
till det övertagande bolaget”

I mål C-483/14,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Oberster
Gerichtshof (Högsta domstolen, Österrike) genom beslut av den 28 augusti 2014, som inkom till
domstolen den 31 oktober 2014, i målet

KA Finanz AG

mot

Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden på andra avdelningen M. Ilešič, tillika tillförordnad ordförande på tredje
avdelningen, samt domarna C. Toader, M. Berger, E. Jarašiūnas och C.G. Fernlund (referent),

generaladvokat: Y. Bot,

justitiesekreterare: handläggaren V. Tourrès,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 23 september 2015,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- KA Finanz AG, genom S. Albiez och C. Klausegger, Rechtsanwälte,
- Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group, genom P. Konwitschka, Rechtsanwalt,
- Spaniens regering, genom A. Rubio González, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom G. Braun, H. Støvlbæk och M. Wilderspin, samtliga i egenskap
av ombud,

* Rättegångsspråk: tyska.

och efter att den 12 november 2015 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,
följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av Romkonvention om tillämplig lag på avtalsförpliktelser, öppnad för undertecknande i Rom den 19 juni 1980 (EGT L 266, s. 1, nedan kallad Romkonventionen), av rådets tredje direktiv 78/855/EEG av den 9 oktober 1978, grundat på artikel 54.3 g i fördraget, om fusioner av aktiebolag (EGT L 295, s. 36, svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 34), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/109/EG av den 16 september 2009 (EUT L 259, s. 14, nedan kallat direktiv 78/855), och av Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/56/EG av den 26 oktober 2005 om gränsöverskridande fusioner av bolag med begränsat ansvar (EUT L 310, s. 1).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan KA Finanz AG (nedan kallat KA Finanz), med säte i Österrike, som har trätt i stället för Kommunalkredit International Bank LTD (nedan kallad Kommunalkredit), med säte på Cypern, och Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group (nedan kallat Sparkassen Versicherung), med säte i Österrike. I målet har Sparkassen Versicherung yrkat att KA Finanz ska betala ränta till Sparkassen Versicherung på grund av de avtal om efterställda lån som Sparkassen Versicherung och Kommunalkredit ingått innan Kommunalkredit fusionerades med KA Finanz genom att Kommunalkredit absorberades av KA Finanz.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Romkonventionen

- 3 I artikel 1 i Romkonventionen definieras konventionens tillämpningsområde. Nämnda artikel har följande lydelse:

”1. Bestämmelserna i denna konvention skall tillämpas på avtalsförpliktelser i de fall då ett val skall göras mellan lagarna i olika länder.

2. De tillämpas inte på

...

e) frågor som omfattas av reglerna om bolag, föreningar och andra juridiska personer, såsom frågor om deras upprättande genom registrering eller på annat sätt, deras rättskapacitet, interna organisation eller upplösning samt om personligt ansvar för delägare eller medlemmar och organ i denna egenskap för bolagets, föreningens eller den juridiska personens förpliktelser,

...”
- 4 I artikel 3.1 i konventionen föreskrivs följande:

”På ett avtal tillämpas den lag som parterna har valt. Lagvalet måste vara uttryckligt eller med rimlig säkerhet framgå av avtalsvillkoren eller av övriga omständigheter. ...”

5 I artikel 10 i konventionen föreskrivs följande:

”1. Den lag som är tillämplig på avtalet enligt artiklarna 3–6 och 12 i denna konvention skall reglera särskilt

a) avtalets tolkning

b) dess fullgörelse,

c) följderna vid avtalsbrott, däribland uppskattning av skada i den mån sådan uppskattning regleras av rättsregler, dock endast inom ramen för de befogenheter som tillkommer domstolen enligt dess processuella regler,

d) olika sätt att få förpliktelserna att upphöra, samt preskription och andra rättighetsförluster som följer av utgången av en frist,

...

2. När det gäller sättet för fullgörelse och åtgärder med anledning av bristande fullgörelse skall hänsyn tas till lagen i det land där fullgörelsen äger rum.”

6 Romkonventionen har ersatts av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (EUT L 177, s. 6, nedan kallad Rom I-förordningen). Enligt artikel 28 i den förordningen ska den tillämpas på avtal som ingås den 17 december 2009 eller senare.

Direktiv 78/855

7 Tredje och sjätte skälen i direktiv 78/855 har följande lydelse:

”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 medlemsstaternas lagstiftning.

...

Borgenärerna, inräknat obligationshavare, och innehavarna av andra rättigheter i de fusionerande bolagen måste skyddas så att fusionen inte inverkar negativt på deras intressen.”

8 Artikel 13 i detta direktiv har följande lydelse:

”1. Lagstiftningen i medlemsstaterna skall 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 denna punkt. 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.”

9 Artikel 14 i samma direktiv har följande lydelse:

”Med förbehåll för bestämmelser om ett gemensamt utövande av obligationshavarnas rättigheter i de fusionerande bolagen skall artikel 13 tillämpas på obligationshavarna, om inte dessa vid ett sammanträde – förutsatt att sådana sammanträden regleras i den nationella lagstiftningen – eller individuellt har godkänt fusionen.”

10 Artikel 15 i direktivet stadgar följande:

”Innehavare av sådana andra värdepapper än aktier till vilka särskilda rättigheter är knutna skall i det övertagande bolaget ha minst samma rättigheter som i det överlåtande bolaget, om inte innehavarna av värdepapperen vid ett sammanträde – förutsatt att sådana sammanträden regleras i den nationella lagstiftningen – eller individuellt har godkänt en ändring av rättigheterna eller om inte innehavarna av värdepapperen har rätt att få dessa återköpta av det övertagande bolaget.”

11 Direktiv 78/855 har ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/35/EU av den 5 april 2011 om fusioner av aktiebolag (EUT L 110, s. 1). I enlighet med artikel 33 i direktiv 2011/35 trädde det i kraft den 1 juli 2011.

Direktiv 2005/56

12 Av skäl 1 i direktiv 2005/56 framgår att direktivet syftar till att underlätta genomförandet av gränsöverskridande fusioner av olika slags bolag med begränsat ansvar som omfattas av lagstiftningen i de olika medlemsstaterna.

13 I skäl 3 i detta direktiv anges följande. ”För att underlätta förfarandet vid gränsöverskridande fusioner bör det slås fast att, om inget annat föreskrivs i detta direktiv, varje bolag som deltar i en gränsöverskridande fusion, samt varje berörd tredje man, fortsätter att omfattas av bestämmelserna och formaliteterna i den nationella lagstiftning som skulle vara tillämplig vid en nationell fusion ...”

14 I artikel 2 i direktivet föreskrivs följande:

”I detta direktiv avses med

...

2. *fusion*: en transaktion varigenom

- a) ett eller flera bolag upplöses utan likvidation och överför alla sina tillgångar och skulder till ett annat befintligt bolag – det övertagande bolaget – i utbyte mot att deras bolagsmän får ersättning i form av värdepapper eller andelar som representerar kapitalet i det andra bolaget samt, när så är tillämpligt, en kontant betalning som inte överstiger 10 % av det nominella värdet eller, om det inte finns något nominellt värde, av det bokföringsmässiga parivärdet av dessa värdepapper eller andelar, eller

...”

15 Av artikel 4 i direktiv 2005/56, med rubriken "Villkor för gränsöverskridande fusioner", framgår följande:

"1. Om inte annat anges i detta direktiv,

...

b) skall ett bolag som deltar i en gränsöverskridande fusion uppfylla villkoren i de bestämmelser och formaliteter i den nationella lagstiftning som bolaget omfattas av. ...

2. De bestämmelser och formaliteter som avses i punkt 1 b skall särskilt omfatta bestämmelser om beslutsfattandet i samband med fusionen och, med beaktande av fusionens gränsöverskridande art, skyddet av de fusionerande bolagens borgenärer, obligationsinnehavare och innehavare av värdepapper eller andelar, samt arbetstagarna avseende andra rättigheter än de som regleras i artikel 16. ..."

16 I artikel 14 i direktivet, med rubriken "Den gränsöverskridande fusionens rättsverkningar", föreskrivs följande i första punkten:

"När en gränsöverskridande fusion genomförs enligt artikel 2.2 a och 2.2 c skall följande rättsverkningar inträda vid den tidpunkt som avses i artikel 12:

a) Det överlåtande bolagets samtliga tillgångar och skulder skall överföras till det övertagande bolaget.

...

c) Det överlåtande bolaget skall upphöra att existera."

Österrikisk rätt

17 I 226 § aktiebolagslagen (Aktiengesetz) av den 31 mars 1965 (BGBl. 98/1965), i den version som är tillämplig på omständigheterna i det nationella målet (nedan kallad AktG), med rubriken "Borgenärsskydd", regleras borgenärernas skydd vid fusion. Denna paragraf har följande lydelse:

"1. Berörda bolags borgenärer har rätt till säkerhet om de inte kan kräva att få sina fordringar reglerade, förutsatt att de bevakar sina fordringar inom sex månader från det att registreringen av fusionen offentliggörs. Denna rättighet tillkommer emellertid borgenärerna endast under förutsättning att de kan göra troligt att fusionen innebär en risk för att deras fordran inte kommer att betalas. Borgenärerna ska underrättas om denna rättighet i samband med att registreringen offentliggörs.

2. Rätten att kräva säkerhet gäller inte borgenärer som inom ramen för ett insolvensförfarande har företrädesrätt till att få sina fordringar betalda med medel från en tillgångsmassa som har upprättats i enlighet med lagbestämmelser avsedda att skydda dessa borgenärer och som står under tillsyn av behörig myndighet.

3. Innehavare av obligationer och vinstandelsbevis ska ges motsvarande rättigheter eller erhålla adekvat kompensation för ändringen i rättigheterna eller för själva rättigheterna."

18 Enligt den hänskjutande domstolen antogs 226 § tredje punkten AktG för att införliva artikel 15 i direktiv 78/855.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 19 Under år 2005 tecknade Sparkassen Versicherung två efterställda lån emitterade av Kommunalkredit. I emissionsvillkoren, som är samma för båda lånen, (nedan kallade emissionsvillkoren), regleras lånens status, villkoren för deras efterställning och hur ränta ska betalas. I villkoren bestäms även vilken lag som är tillämplig.
- 20 Artikel 2 i emissionsvillkoren har följande lydelse:
- ”Status. De till värdepapperna knutna fordringarna är osäkra och efterställda fordringar på emittenten som är likvärdiga inbördes och med alla andra efterställda fordringar på emittenten. Om emittenten upplöses, träder i likvidation eller försätts i konkurs, kan de fordringar som härrör från värdepapperna betalas först efter det att de icke-efterställda fordringarna har betalats. Således kan inget belopp betalas med stöd av värdepapperna förrän samtliga emittentens borgenärer vars fordringar inte är efterställda har erhållit full betalning eller tillräckliga avsättningar har gjorts för de berörda beloppen. En innehavare kan inte kvitta sina fordringar enligt värdepapperna mot emittentens fordringar. Varken emittenten eller tredje part får eller kommer att ställa säkerhet för avtalet vid någon framtida tidpunkt i syfte att säkerställa de rättigheter som värdepapperna ger innehavarna. Det är inte möjligt att genom framtida avtal vare sig begränsa värdepappernas efterställda karaktär, såsom den beskrivits i denna artikel, tidigarelägga deras förfallodatum eller förkorta den tillämpliga uppsägningstiden.”
- 21 Artikel 4.1 b i emissionsvillkoren har följande lydelse:
- ”Betalning av ränta. Återbetalning av det nominella beloppet och utbetalning av ränta kan ske endast om en sådan betalning inte skulle leda till att emittentens relevanta egna kapital understiger de tröskelvärden som anges i den cypriotiska centralbankens riktlinjer för beräkning av bankers egna kapital.”
- 22 I artikel 9 i emissionsvillkoren anges följande:
- ”Bristande fullgörelse. Om emittenten träder i likvidation eller upplöses (utom inför eller till följd av en fusion, en omstrukturering eller en sanering som äger rum när emittenten är solvent och som innebär att det bolag som fortsätter att existera i huvudsak övertar emittentens samtliga tillgångar och skulder), har innehavare av värdepapperna rätt att förklara dessa förfallna till betalning och att kräva omedelbar återbetalning av det belopp som gäller vid förtidsinlösen ... jämte eventuell upplupen ränta fram till dagen för återbetalning.”
- 23 Slutligen anges följande i artikel 12.1 i emissionsvillkoren:
- ”Tillämplig lag. Värdepappernas form och innehåll samt samtliga rättigheter och skyldigheter för innehavarna och emittenten omfattas av tysk lagstiftning.”
- 24 Eftersom Kommunalkredit i slutet av år 2008 inte längre uppfyllde de minimikrav i fråga om eget kapital som angavs i den cypriotiska centralbankens riktlinjer, upphörde Kommunalkredit att betala ut ränta i enlighet med emissionsvillkoren till Sparkassen Versicherung.
- 25 Kommunalkredit fusionerades med KA Finanz genom att Kommunalkredit absorberades av KA Finanz. Denna fusion skrevs in i det österrikiska handels- och bolagsregistret den 18 september 2010 och har således rättslig verkan från om med detta datum.

- 26 Sparkassen Versicherung väckte talan vid österrikisk domstol och yrkade att KA Finanz skulle betala överenskommen ränta för åren 2009 och 2010 på de två efterställda lån som är aktuella i det nationella målet. I andra hand yrkade Sparkassen Versicherung att KA Finanz skulle ge Sparkassen Versicherung motsvarande rättigheter, i den mening som avses i 226 § tredje punkten AktG, och bära ansvaret för hela den skada som hade uppstått till följd av att KA Finanz underlåtit att göra detta.
- 27 KA Finanz gjorde i första hand gällande att fusionen medfört att de efterställda lån som är aktuella i det nationella målet upphört att gälla. I andra hand gjorde KA Finanz gällande att de förpliktelser som följde med dessa lån inte övergått till KA Finanz, utan att dessa lån i stället förlorat allt värde på grund av att Kommunalkredits egna kapital till fullo förbrukats.
- 28 KA Finanz menade att eftersom betalningen av ränta och kapital var avhängig av nivån på Kommunalkredits egna kapital, så hade dessa lån karaktären av eget kapital och utgjorde sådana vinstandelsbevis som avses i 226 § tredje punkten AktG. Med beaktande av Kommunalkredits förluster, som innebar att Kommunalkredits existens var hotad och att dess negativa egna kapital den 31 december 2008 uppgick till cirka en miljard euro, ansåg KA Finanz att de värdepapper som är aktuella i det nationella målet, vid tiden för fusionen, hade förlorat hela sitt värde. KA Finanz drog slutsatsen att bolaget, med hänsyn till en sådan förlust, inte var skyldigt att vare sig bevilja innehavarna av dessa värdepapper några motsvarande rättigheter eller betala dem någon ersättning.
- 29 I första instans ogillade Handelsgericht Wien (Handelsdomstolen i Wien) KA Finanz yrkande i första hand att det skulle fastställas att de värdepapper som är aktuella i det nationella målet hade upphört att gälla till följd av fusionen och att Kommunalkredits förpliktelser på grund av de efterställda lånen inte hade övergått till KA Finanz.
- 30 Denna domstol fann att de värdepapper som är aktuella i det nationella målet inte utgjorde vare sig vinstandelsbevis eller andra värdepapper som kunde jämföras med aktier, eftersom de varken hade karaktär av eget kapital eller var avhängiga av Kommunalkredits vinst. Därför saknade KA Finanz, enligt Handelsgericht Wien (Handelsdomstolen i Wien), rätt att i samband med fusionen förklara att dessa värdepapper hade upphört att gälla. Nämnda domstol ansåg dessutom att de efterställda lånen hade övergått till KA Finanz i samband med övergången av Kommunalkredits samlade förmögenhetsmassa.
- 31 Den hänskjutande domstolen preciserar att Handelsgericht Wien (Handelsdomstolen i Wien) avgjort målet utan att uttala sig i frågan om vilken lag som var tillämplig i målet.
- 32 Oberlandesgericht Wien (regional domstol i andra instans i Wien) fastställde efter överklagande Handelsgericht Wiens (Handelsdomstolen i Wien) avgörande, efter att ha påpekat att rättsverkningarna av en fusion är av bolagsrättslig art och att borgenärsskyddet bör bedömas enligt den lag som reglerar bolagets rättsliga status, i detta fall den österrikiska bolagsrätten.
- 33 Oberlandesgericht Wien (regional domstol i andra instans i Wien) fann att 226 § tredje punkten AktG, på vilken KA Finanz grundar sitt påstående att fusionen medförde att de värdepapper som är aktuella i det nationella målet upphörde att gälla, inte var tillämplig på dessa värdepapper. Denna bestämmelse avsåg endast obligationer vars särdrag medför att dess innehavare kan jämföras med en delägare, eller obligationer som kan jämföras med eget kapital samt de som ger dess innehavare rättigheter som typiskt sett utgör en del av aktieägarnas ekonomiska rättigheter, såsom rätten att få del av vinsten och/eller ersättningen vid likvidation.
- 34 Nämnda domstol fann dock att det av emissionsvillkoren framgick att så inte var fallet i förevarande fall. Denna domstol tillade att emissionsvillkoren inte föreskriver att de aktuella lånen helt bortfaller om det egna kapitalet sjunker under den föreskrivna miniminivån, utan endast att de inte kan fullgöras så länge dessa minimikrav inte är uppfyllda.

- 35 KA Finanz överklagade till Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen). Denna domstol har förtydligat att överklagandet avser huruvida 226 § tredje punkten AktG är tillämplig på de efterställda lån som är aktuella i det nationella målet.
- 36 För att kunna avgöra det nationella målet ställer sig Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen) frågan om vilken lag som är tillämplig på denna tvist. Denna domstol påpekar att det, när de lån som är aktuella i det nationella målet tecknades, bestämdes att tysk lag är tillämplig. Vidare har Oberster Gerichtshof påpekat att det bolag som emitterade dessa lån, nämligen Kommunalkredit, hade sitt säte på Cypern, att det bolag som övertagit Kommunalkredit, nämligen KA Finanz, och det bolag som tecknat nämnda lån, nämligen Sparkassen Versicherung, har sitt respektive säte i Österrike.
- 37 Nämnda domstol framhåller att Rom I-förordningen inte är tillämplig på de lån som är aktuella i det nationella målet, eftersom dessa togs före den 17 december 2009.
- 38 Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen) ställer sig frågan dels om de värdepapper som är aktuella i det nationella målet utgör värdepapper i den mening som avses i artikel 15 i direktiv 78/855, dels om de bestämmelser om borgenärsskydd som föreskrivs i den artikeln utgör hinder för en nationell bestämmelse, som 226 § tredje punkten AktG, enligt vilken ett bolag som emitterar andra värdepapper än aktier till vilka särskilda rättigheter är knutna, ensidigt kan avsluta det rättsliga förhållande som förenar detta bolag med innehavarna av dessa värdepapper och frånta dessa innehavare deras rättigheter.
- 39 Under dessa omständigheter beslutade Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen) att förklara målet vilande och att ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:
- ”1. Ska artikel 1.2 e i Romkonventionen tolkas så, att bestämmelsen om att ’reglerna om bolag’ är undantagna från konventionens tillämpningsområde omfattar
- a) sådana omstruktureringsåtgärder som fusioner och delningar, och
 - b) regeln enligt artikel 15 i direktiv 78/855 om skydd för borgenärer inom ramen för sådana omstruktureringsåtgärder?
2. Blir svaret detsamma om artikel 15 i direktiv 2011/35 tillämpas?
3. För den händelse att den första och den andra frågan ska besvaras jakande, leder det undantag från tillämpningsområdet för Rom I-förordningen som anges i artikel 1.2 d i den förordningen – vilken har ersatt artikel 1.2 e i Romkonventionen – till samma resultat, eller ska det undantaget tolkas annorlunda? Om så är fallet, på vilket sätt?
4. Ger unionens primärrätt, i synnerhet etableringsfriheten enligt artikel 49 FEUF, friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 56 FEUF eller den fria rörligheten för kapital och betalningar enligt artikel 63 FEUF, någon vägledning om vilka lagvalsregler som ska tillämpas på fusioner, särskilt när det gäller huruvida tillämplig lag är den nationella lagstiftningen i det överlåtande bolagets stat eller i det övertagande bolagets stat?
5. För den händelse att den fjärde frågan ska besvaras nekande: Framgår det av unionens sekundärrätt, i synnerhet direktiv 2005/56, direktiv 2011/35 eller rådets sjätte direktiv 82/891/EEG av den 17 december 1982, grundat på artikel 54.3 g i fördraget, om delning av aktiebolag (EGT L 378, s. 47, svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 41), några principer för vilka lagvalsregler som ska tillämpas, särskilt när det gäller huruvida tillämplig lag är den nationella lagstiftningen i det överlåtande bolagets stat eller i det övertagande bolagets stat, eller huruvida nationella lagvalsregler ska användas för att avgöra vilken stats materiella rättsregler som ska tillämpas på den ifrågakvarande situationen?

6. Ska artikel 15 i direktiv 78/855 tolkas så, att en emittent i samband med en gränsöverskridande fusion har rätt att avsluta det rättsliga förhållandet till innehavare av andra värdepapper än aktier till vilka särskilda rättigheter är knutna, i synnerhet efterställda obligationer, och frånta dessa innehavare deras rättigheter?
7. Blir svaret detsamma om artikel 15 i direktiv 2011/35 tillämpas?"

Prövning av tolkningsfrågorna

- 40 Det kan inledningsvis påpekas att EU-domstolen, enligt artikel 2 a i första protokollet av den 19 december 1988 om Europeiska gemenskapernas domstols tolkning av konventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, öppnad för undertecknande i Rom den 19 juni 1980 (EGT L 48, 1989, s. 1), är behörig att besvara frågor angående tolkningen av denna konvention som ställs av Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen) i en begäran om förhandsavgörande.
- 41 Det ska även påpekas att enligt EU-domstolens fasta praxis presumeras nationella domstolars frågor om tolkningen av unionsrätten vara relevanta. Dessa frågor ställs mot bakgrund av den beskrivning av omständigheterna i målet och tillämplig lagstiftning som den nationella domstolen på eget ansvar har lämnat och vars riktighet det inte ankommer på EU-domstolen att pröva. En begäran från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (dom *Verder LabTec*, C-657/13, EU:C:2015:331, punkt 29 och där angiven rättspraxis).
- 42 Det kan för det första konstateras att eftersom direktiv 2011/35 trädde i kraft först den 1 juli 2011 och således efter det datum som är aktuellt för omständigheterna i det nationella målet, så kan den andra, den femte, i den mån den rör tolkningen av detta direktiv, och den sjunde frågan inte tas upp till sakprövning.
- 43 För det andra hade Rom I-förordningen, i vars artikel 28 det anges att denna förordning är tillämplig på avtal som ingås den 17 december 2009 eller senare, såsom den hänskjutande domstolen gjort gällande ännu inte trätt i kraft när de avtal som är aktuella i det nationella målet ingicks, det vill säga under år 2005. Den tredje frågan kan således inte prövas i sak.
- 44 För det tredje rör det nationella målet rättsverkningarna för efterställda lån av en fusion genom absorption mellan två bolag. Följaktligen kan den första frågan, i den del den rör tolkningen av artikel 1.2 e i Romkonventionen med avseende på delning av bolag, inte tas upp till sakprövning. Eftersom direktiv 82/891 rör delning av aktiebolag kan för övrigt inte heller den femte frågan tas upp till sakprövning, i den del denna fråga rör tolkningen av detta direktiv.
- 45 Således kan endast den första frågan, i den del den inte rör tolkningen av artikel 1.2 e i Romkonventionen med avseende på delning av bolag, den fjärde frågan, den femte frågan, i den del denna fråga rör tolkningen av direktiv 2005/56, och den sjätte frågan tas upp till sakprövning.
- 46 När det gäller den första, den fjärde och den femte frågan framgår det av begäran om förhandsavgörande att den hänskjutande domstolen har ställt dessa frågor för att kunna avgöra hur den ska behandla de avtal som är aktuella i det nationella målet till följd av KA Finanz fusion genom absorption av Kommunalkredit. Enligt den hänskjutande domstolen är det nödvändigt att inledningsvis besvara frågan om vilken lag som är tillämplig på dessa avtal efter denna fusion.

- 47 EU-domstolen konstaterar att den första, den fjärde och den femte frågan, i den mån de kan tas upp till sakprövning, i huvudsak avser frågan om vilken lag som enligt unionsrätten är tillämplig, till följd av en gränsöverskridande fusion genom absorption, för det första, på tolkningen av ett låneavtal, på fullgörelsen av förpliktelser på grund av ett låneavtal samt på sätten att avsluta ett låneavtal, såsom de avtal som är aktuella i det nationella målet, vilket ingåtts av det överlåtande bolaget och, för det andra, på en borgenärs begäran att, såsom Sparkassen Versicherung formulerat sitt andrahandsyrkande, åberopa det borgenärsskydd som föreskrivs i artikel 15 i direktiv 78/855.
- 48 Den hänskjutande domstolen har ställt den sjätte frågan för att få klarhet i huruvida artikel 15 i direktiv 78/855 ska tolkas så, att denna bestämmelse medför rättigheter för den som emitterar andra värdepapper än aktier till vilka särskilda rättigheter är knutna.
- 49 För att kunna besvara frågan om vilken lag som är tillämplig, till följd av en gränsöverskridande fusion genom absorption, på tolkningen av ett låneavtal, på fullgörelsen av förpliktelser på grund av ett låneavtal samt på sätten att avsluta ett låneavtal, som de avtal som är aktuella i det nationella målet, vilket ingåtts av det överlåtande bolaget, är det nödvändigt att i första hand undersöka om och i vilken omfattning Romkonventionen är tillämplig på detta avtal.
- 50 Av artikel 1.1 i Romkonventionen framgår att bestämmelserna i konventionen ska tillämpas på avtalsförpliktelser i de fall då ett val ska göras mellan lagarna i olika länder.
- 51 Artikel 1.2 e i nämnda konvention innehåller emellertid ett undantag från denna materiella behörighetsregel. Genom denna bestämmelse undantas från konventionens tillämpningsområde frågor som omfattas av reglerna om bolag, föreningar och andra juridiska personer, såsom frågor om deras upprättande genom registrering eller på annat sätt, deras rättskapacitet, interna organisation eller upplösning samt om personligt ansvar för delägare eller medlemmar och organ i denna egenskap för bolagets, föreningens eller den juridiska personens förpliktelser.
- 52 Det framgår av rapporten om konventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, som upprättats av Mario Giuliano, professor vid Milanos universitet, och Paul Lagarde, professor vid universitetet Paris I (EGT C 282, 1980, s. 1), att frågorna om bolag, föreningar och andra juridiska personer inte inkluderades i Romkonventionens tillämpningsområde på grund av de arbeten som då pågick inom bolagsrätten inom Europeiska gemenskaperna. Det framgår även av denna rapport att undantaget i artikel 1.2 i denna konvention även omfattar handlingar som reglerar upplösning av bolag, såsom bestämmelser om fusion eller koncernbildningar. Konventionen är således inte tillämplig på bolagsfusioner.
- 53 Emellertid, i den mån det framgår av de handlingar som ingetts till EU-domstolen att de avtal som är aktuella i det nationella målet, innan den fusion som innebär att Kommunalkredit övertogs av KA Finanz, omfattades av tillämpningsområdet för Romkonventionen och att avtalsparterna med stöd av artikel 3.1 i denna konvention hade valt tysk lagstiftning som tillämplig lag för dessa avtal, bör det fastställas om denna lagstiftning fortsätter att reglera dessa avtal även efter fusionen och därmed, enligt artikel 10.1 i konventionen, frågor om avtalens tolkning och fullgörelse samt sätten att avsluta avtalen.
- 54 EU-domstolen ska därför, i andra hand, granska de texter som Europeiska unionens lagstiftare har antagit om bolagsfusioner. Det har inom detta område antagits två regelverk som är avsedda att dels organisera fusionsförfarandet, dels reglera fusionens rättsverkningar. Det första, direktiv 78/855, antogs, såsom följer av dess tredje skäl, i syfte att samordna medlemsstaternas lagstiftning om fusion av aktiebolag och att införa bestämmelser om fusion i alla medlemsstaternas lagstiftning. Det andra, direktiv 2005/56, antogs, såsom följer av skäl 1 i direktivet, för att underlätta genomförandet av gränsöverskridande fusioner av de olika slags bolag med begränsat ansvar som omfattas av lagstiftningen i de olika medlemsstaterna.

- 55 Eftersom det nationella målet rör vad som händer med efterställda lån efter en gränsöverskridande fusion, så bör EU-domstolen, med utgångspunkt från direktiv 2005/56, fastställa vad en sådan fusion får för inverkan på sådana lån.
- 56 Det följer av artikel 2 led 2 a i direktiv 2005/56 att en fusion genom absorption är en transaktion varigenom ett eller flera bolag upplöses utan likvidation och överför alla sina tillgångar och skulder till ett annat befintligt bolag, nämligen det övertagande bolaget.
- 57 När det gäller rättsverkningarna av en sådan transaktion, framgår det av artikel 14.2 a i detta direktiv att en gränsöverskridande fusion medför att det överlåtande bolagets samtliga tillgångar och skulder överförs till det övertagande bolaget, från den tidpunkt då den gränsöverskridande fusionen får verkan.
- 58 En fusion genom absorption innebär således att det övertagande bolaget förvärvar det överlåtande bolaget i dess helhet – utan att skyldigheter upphör att gälla såsom skulle kunna ske vid en likvidation – och medför att det övertagande bolaget utan novation ersätter det överlåtande bolaget som part i samtliga avtal som ingåtts av sistnämnda bolag. Av detta följer att den lagstiftning som var tillämplig på dessa avtal före fusionen fortsätter att vara tillämplig lag efter denna fusion.
- 59 Unionsrätten ska således tolkas så, att tillämplig lag, till följd av en gränsöverskridande fusion genom absorption, på tolkningen av ett låneavtal, på fullgörelsen av förpliktelser på grund av ett låneavtal samt på sätten för att avsluta ett låneavtal, såsom de låneavtal som är aktuella i det nationella målet, vilket ingåtts av det överlåtande bolaget, är den lag som var tillämplig på detta avtal före denna fusion.
- 60 När det gäller skyddet för borgenärernas intressen i samband med en gränsöverskridande fusion, som Sparkassen Versicherung åberopat i sitt andrahandsyrkande, så framgår det av skäl 3 och artikel 4 i direktiv 2005/56 att varje bolag som deltar i en gränsöverskridande fusion, bland annat när det gäller borgenärsskyddet, fortsätter att omfattas av bestämmelserna och formaliteterna i den nationella lagstiftning som skulle vara tillämplig vid en nationell fusion.
- 61 Av detta följer att de bestämmelser som reglerar skyddet av det överlåtande bolagets borgenärer, i ett sådant fall som i det nationella målet, är bestämmelserna i den nationella lagstiftning som detta bolag omfattades av.
- 62 I den mån medlemsstaterna är skyldiga att följa bestämmelserna om borgenärsskydd i artiklarna 13–15 i direktiv 78/855 i samband med en nationell fusion, så är de även skyldiga att följa dessa bestämmelser vid en gränsöverskridande fusion.
- 63 Medan artiklarna 13 och 14 i detta direktiv avser skyddet av borgenärer, såväl de som inte innehar obligationer som de som är obligationsinnehavare, så rör artikel 15 i direktivet emellertid skyddet av innehavare av andra värdepapper än aktier till vilka särskilda rättigheter är knutna.
- 64 Därmed uppkommer frågan hur man kan särskilja de värdepapper som avses i artikel 15 i direktiv 78/855 från andra fordringsbevis.
- 65 Det framgår av förarbetena till detta direktiv – nämligen förslaget till rådets tredje direktiv om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen, i bolagsmännens och tredje mans intressen, i samband med fusioner av aktiebolag (EGT C 89, 1970, s. 20) och det ändrade förslaget till rådets tredje direktiv om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen, i bolagsmännens och tredje mans intressen, i samband med fusioner av aktiebolag (KOM(72)1668 slutlig) – att andra värdepapper än aktier till vilka särskilda rättigheter är knutna, i

den mening som avses i artikel 15 i nämnda direktiv, bland annat avser obligationer som kan bytas ut mot aktier, obligationer med företrädesrätt att teckna aktiekapitalet, obligationer med rätt att få del av vinsten och teckningsrätter.

- 66 De värdepapper som avses är således sådana som ger dess innehavare mer vidsträckta rättigheter än endast återbetalning av fordran och överenskommen ränta. Detta gäller särskilt värdepapper som ger innehavaren rätt att byta ut värdepapperna mot aktier eller rätt att få del av det emitterande bolagets vinst.
- 67 I förevarande fall framgår det av emissionsvillkoren, såsom den hänskjutande domstolen har redogjort för dem, att de värdepapper som är aktuella i det nationella målet inte tycks ge deras innehavare mer vidsträckta rättigheter än endast återbetalning av fordran och överenskommen ränta. Dessa värdepapper torde således inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 15 i direktiv 78/855, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma.
- 68 För det fall den hänskjutande domstolen skulle dra en motsatt slutsats, kan det konstateras att det i artikel 15 i direktiv 78/855 föreskrivs att innehavare av sådana andra värdepapper än aktier till vilka särskilda rättigheter är knutna, i den mening som avses i denna bestämmelse, ska ha minst samma rättigheter i det övertagande bolaget som de hade i det överlåtande bolaget, om inte innehavarna av värdepapperen vid ett sammanträde – förutsatt att sådana sammanträden regleras i den nationella lagstiftningen – eller individuellt har godkänt en ändring av rättigheterna eller om inte innehavarna av värdepapperen har rätt att få dessa återköpta av det övertagande bolaget.
- 69 Det följer således av ordalydelsen av artikel 15 i direktiv 78/855 att denna bestämmelse har till syfte att skydda intressena för innehavare av sådana andra värdepapper än aktier till vilka särskilda rättigheter är knutna.
- 70 I den mån det framgår av begäran om förhandsavgörande att 226 § tredje punkten AktG infördes i syfte att införliva artikel 15 i direktiv 78/855, och i den mån 226 § tredje punkten AktG tycks ge den som emitterar sådana värdepapper rätt att ensidigt avbryta den rättsliga relation som förenar emittenten med innehavare av dessa värdepapper och frånta dessa innehavare deras rättigheter, kan det påpekas att en sådan rätt inte omfattas av ordalydelsen av eller syftet med artikel 15 i direktiv 78/855. Denna sistnämnda bestämmelse medför nämligen rättigheter för innehavarna av dessa värdepapper, men inte för emittenten. En sådan bestämmelse som 226 § tredje punkten AktG kan således inte innebära ett införlivande av artikel 15 i direktiv 78/855.
- 71 Av detta följer att artikel 15 i direktiv 78/855 ska tolkas så, att denna bestämmelse medför rättigheter för innehavare av sådana andra värdepapper än aktier till vilka särskilda rättigheter är knutna, men inte för den som emitterar sådana värdepapper.

Rättegångskostnader

- 72 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

1) Unionsrätten ska tolkas så,

- att tillämplig lag, till följd av en gränsöverskridande fusion genom absorption, på tolkningen av ett låneavtal, på fullgörelsen av förpliktelser på grund av ett låneavtal samt på sätten att avsluta ett låneavtal, såsom de låneavtal som är aktuella i det nationella målet, vilket ingåtts av det överlåtande bolaget, är den lag som var tillämplig på detta avtal före denna fusion,
 - att de bestämmelser som reglerar skyddet av det överlåtande bolagets borgenärer, i ett sådant fall som i det nationella målet, är bestämmelserna i den nationella lagstiftning som detta bolag omfattades av.
- 2) Artikel 15 i rådets tredje direktiv 78/855/EEG av den 9 oktober 1978, grundat på artikel 54.3 g i fördraget, om fusioner av aktiebolag, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/109/EG av den 16 september 2009, ska tolkas så, att denna bestämmelse medför rättigheter för innehavare av sådana andra värdepapper än aktier till vilka särskilda rättigheter är knutna, men inte för den som emitterar sådana värdepapper.

Underskrifter