



Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
YVESE BOTA
přednesené dne 12. listopadu 2015¹

Věc C-483/14

**KA Finanz AG
proti
Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group**

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Oberster Gerichtshof (Nejvyšší soud, Rakousko)]

„Řízení o předběžné otázce — Právo podniků — Pojem „právo obchodních společností“ —
Přeshraniční fúze společností — Ochrana věřitelů — Rozhodné právo a kolizní normy v případě
přeshraniční fúze společností — Práva vlastníků jiných cenných papírů než akcií, s nimiž jsou spojena
zvláštní práva“

1. V projednávané věci se Oberster Gerichtshof (Nejvyšší soud) táže, jaké právo je rozhodné pro spor mezi nástupnickou společností a věřitelem zanikající společnosti a zda je nástupnická společnost v případě přeshraniční fúze oprávněna jednostranně ukončit právní vztah, který ji váže k upisovateli podřízených dluhopisů, a jeho pohledávky zcela uspokojit.

2. V tomto stanovisku uvedu důvody, na základě kterých se domnívám, že pokud se zanikající společnost během fúze rozhodla pro emisi podřízených dluhopisů takové povahy, o jakou se jedná ve sporu v původním řízení, přechází tyto dluhopisy na nástupnickou společnost pouze, pokud v den fúze takto vytvořený dodatkový kapitál stále existoval, což přísluší ověřit vnitrostátnímu soudu. Pokud tomu tak je, vysvětlím, proč mám za to, že čl. 14 odst. 1 směrnice 2005/56/ES² musí být vykládán v tom smyslu, že v rámci přeshraniční fúze přecházejí takové smlouvy, o jaké se jedná ve věci v původním řízení, jež byly uzavřeny zanikající společností, na nástupnickou společnost, a vyžadují tak uplatnění práva zvoleného stranami v okamžiku prvotního uzavření těchto smluv. Poté zmíním důvody, proč podle mého názoru musí být čl. 4 odst. 1 a 2 této směrnice, ve spojení s čl. 13 odst. 1 třetí směrnice 78/855/EHS³, vykládán v tom smyslu, že pohledávky vyplývající z takových finančních nástrojů, jako jsou podřízené dluhopisy dotčené ve věci v původním řízení, nemohou s ohledem na svou povahu požívat stejnou ochranu, jakou požívaly před přeshraniční fúzí.

¹ — Původní jazyk: francouzština.

² — Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/56/ES ze dne 26. října 2005 o přeshraničních fúzích kapitálových společností (Úř. věst. L 310, s. 1).

³ — Směrnice Rady ze dne 9. října 1978, založená na čl. 54 odst. 3 písm. g) Smlouvy, o fúzích akciových společností (Úř. věst. L 295, s. 36; Zvl. vyd. 17/001, s. 42).

I – Právní rámec

A – Římská úmluva

3. Článek 1 Úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy, otevřené k podpisu v Římě dne 19. června 1980⁴, uvádí:

„1. Tato úmluva se použije na závazky ze smluv, které mají vztah k právu různých zemí.

2. Nevztahuje se na

[...]

e) otázky upravené právem obchodních společností, sdružení a právnických osob týkající se například založení, způsobilosti k právům a právním úkonům, vnitřní organizace nebo rušení obchodních společností, sdružení a právnických osob a osobní zákonné odpovědnosti jejich společníků a orgánů za závazky obchodní společnosti, sdružení nebo právnické osoby;

[...]“

4. Římská úmluva byla nahrazena nařízením Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I)⁵.

B – Unijní právo

1. Třetí směrnice 78/855

5. Cílem třetí směrnice 78/855 bylo ve všech členských státech zajistit minimální ochranu zájmů společníků a třetích osob v případě fúzí akciových společností⁶. Tato směrnice zejména usilovala o to, aby byli věřitelé, včetně vlastníků dluhopisů, a držitelé jiných cenných papírů fúzujících společností chráněni před škodou způsobenou fúzí⁷.

6. Třetí směrnice 78/855 tak stanovila následující:

„[...]“

Článek 13

1. Právní předpisy členských států musí stanovit přiměřený systém ochrany zájmů věřitelů fúzujících společností, jejichž pohledávky vznikly před zveřejněním projektu fúze a které se v okamžiku tohoto zveřejnění ještě nestaly splatnými.

2. Za tímto účelem právní předpisy členských států alespoň stanoví, že tito věřitelé mají nárok na přiměřené záruky, jestliže finanční situace fúzujících společností tuto ochranu vyžaduje a jestliže tito věřitelé takové záruky již nemají.

3. Ochrana může být odlišná pro věřitele nástupnické společnosti a pro věřitele zanikající společnosti.

4 — Úř. věst. 2005, C 169, s. 10, dále jen „Římská úmluva“.

5 — Úř. věst. L 177, s. 6, a oprava Úř. věst. 2009, L 309, s. 87, dále jen „nařízení Řím I“.

6 — Viz třetí a čtvrtý bod odůvodnění této směrnice.

7 — Viz šestý bod odůvodnění uvedené směrnice.

Článek 14

Aniž jsou dotčena pravidla pro společný výkon práv majitelů [vlastníků] dluhopisů fúzujících společností, použije se na ně článek 13, ledaže fúze byla schválena schůzí majitelů [vlastníků] dluhopisů, jestliže vnitrostátní právní předpisy takovou schůzi stanoví, nebo každým jednotlivým majitelem [vlastníkem] dluhopisů.

Článek 15

Majitelé [Vlastníci] jiných cenných papírů než akcií, s nimiž jsou spojena zvláštní práva, musí získat v nástupnické společnosti práva, která jsou alespoň rovnocenná právům, jež měli v zanikající společnosti, ledaže byla změna těchto práv schválena schůzí majitelů [vlastníků] těchto cenných papírů, jestliže vnitrostátní právní předpisy takovou schůzi připouštějí, nebo každým jednotlivým majitelem [vlastníkem] těchto cenných papírů, nebo jestliže mají tyto majitelé [vlastníci] právo na odkoupení svých cenných papírů nástupnickou společností.

[...]

Článek 19

1. Fúze má *ipso iure* následující účinky, které působí současně:

- a) veškeré obchodní jmění zanikající společnosti přechází na nástupnickou společnost, jak mezi zanikající a nástupnickou společností, tak vůči třetím osobám;
- b) akcionáři zanikající společnosti se stávají akcionáři nástupnické společnosti;
- c) zanikající společnost zaniká.

2. Nástupnická společnost nevymění akcie zanikající společnosti za své akcie, které jsou drženy

- a) buď nástupnickou společností, nebo osobou jednající vlastním jménem, ale na účet této společnosti;
- b) nebo samotnou zanikající společností nebo osobou jednající vlastním jménem, ale na účet této společnosti.

3. Právní předpisy členských států, které požadují zvláštní náležitosti pro účinnost převodu určitého majetku, práv a závazků zanikající společnosti vůči třetím osobám, nejsou dotčeny. Nástupnická společnost může zajistit tyto náležitosti sama; právní předpisy členských států však mohou zanikající společnosti dovolit pokračovat v plnění těchto náležitostí během omezeného období, které nesmí být, kromě výjimečných případů, stanoveno na dobu delší než šest měsíců ode dne účinnosti fúze.

[...]“

7. Třetí směrnice 78/855 byla nahrazena směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2011/35/EU ze dne 5. dubna 2011 o fúzích akciových společností⁸.

⁸ — Úř. věst. L 110, s. 1.

2. Směrnice 2005/56

8. Cílem směrnice 2005/56 je usnadnit provádění přeshraničních fúzí různých forem kapitálových společností, které se řídí právními řády různých členských států⁹.

9. Bod 3 odůvodnění uvedené směrnice uvádí:

„Pro usnadnění přeshraničních fúzí by mělo být stanoveno, že pro každou společnost, která se na přeshraniční fúzi podílí, a každou zúčastněnou třetí osobu nadále platí předpisy a formální požadavky vnitrostátního práva použitelného v případě vnitrostátní fúze, pokud tato směrnice nestanoví jinak. Předpisy a formální požadavky vnitrostátního práva, na které odkazuje tato směrnice, by neměly zavádět žádná omezení svobody usazování nebo volného pohybu kapitálu, pokud by je nebylo možné zdůvodnit v souladu s judikaturou Soudního dvora [Evropské unie], a především požadavky veřejného zájmu, a pokud by nebyla nezbytná a přiměřená pro splnění takových zásadních požadavků.“

10. Článek 4 směrnice 2005/56 zní takto:

„1. Nestanoví-li tato směrnice jinak,

- a) jsou přeshraniční fúze možné pouze mezi společnostmi takových právních forem, které se smějí spojit podle vnitrostátního práva daných členských států,
- b) musí společnost, která se účastní přeshraniční fúze, dodržovat předpisy a formální požadavky vnitrostátního práva, kterým se řídí. [...]

2. Mezi předpisy a formální požadavky uvedené v odst. 1 písm. b) patří zejména předpisy o postupu přijímání rozhodnutí o fúzi a, s přihlédnutím k přeshraniční povaze fúze, o ochraně věřitelů fúzujících společností, majitelů [vlastníků] dluhopisů a držitelů cenných papírů nebo podílů, jakož i o ochraně zaměstnanců, pokud jde o jiná práva než práva uvedená v článku 16. Členský stát může s ohledem na společnosti, které se účastní přeshraniční fúze a řídí se jeho právem, přijímat předpisy za účelem zajištění náležité ochrany menšinových společníků nebo členů, kteří s přeshraniční fúzí vyjádřili nesouhlas.“

11. Článek 14 uvedené směrnice stanoví:

„1. Přeshraniční fúze provedená podle čl. 2 bodu 2 písm. a) a c) má ode dne uvedeného v článku 12 tyto účinky:

- a) celé obchodní jmění zanikající společnosti přechází na nástupnickou společnost;
- b) společníci nebo členové zanikající společnosti se stávají společníky nebo členy nástupnické společnosti;
- c) zanikající společnost zaniká.

[...]“

⁹ — Viz bod 1 odůvodnění této směrnice.

C – Rakouské právo

12. Ustanovení § 226 odst. 1 zákona o akciových společnostech (Aktiengesetz) ze dne 31. března 1965¹⁰, ve znění, jež se použije na skutkové okolnosti věci v původním řízení (dále jen „AktG“), stanoví, že pokud ve lhůtě šesti měsíců ode dne zveřejnění zápisu fúze uplatní věřitelé dotčených společností své pohledávky, musí v případě, že nemohou požadovat jejich uspokojení, získat záruky. Toto právo se však věřitelům přiznává pouze, pokud věrohodně prokáží, že fúze představuje riziko pro úhradu jejich pohledávek. O tomto právu je nutné věřitele informovat v rámci zveřejnění zápisu.

13. Ustanovení § 226 odst. 2 AktG stanoví, že právo požadovat záruky nemají věřitelé, kterým v rámci insolvenčního řízení přísluší právo na přednostní uspokojení z majetkové podstaty vytvořené v souladu s právními předpisy na jejich ochranu a pod dohledem příslušného orgánu.

14. Podle § 226 odst. 3 AktG je nutné vlastníkům dluhopisů a podílových listů přiznat rovnocenná práva nebo jim vyplatit odpovídající náhradu za změnu práv nebo za právo samotné.

15. Předkládající soud uvádí, že toto ustanovení má za cíl provedení článku 15 třetí směrnice 78/855.

II – Spor v původním řízení

16. V průběhu roku 2005 společnost Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group (dále jen „Sparkassen Versicherung“), se sídlem v Rakousku, upsala dluhopisy v rámci dvou podřízených dluhopisů emitovaných Kommunalkredit International Bank Ltd (dále jen „emitující společnost“), se sídlem na Kypru.

17. Podle článků 3 odstavců 1 emisních podmínek těchto dvou úpisů jsou tyto cenné papíry úročeny sazbami ve výši 4,01 % a 3,84 %. V souladu s články 2 těchto podmínek představují pohledávky z těchto cenných papírů pohledávky nezajištěné a podřízené emitující společnosti, které jsou rovnocenné navzájem a se všemi dalšími podřízenými pohledávkami této společnosti. V případě zrušení, likvidace či úpadku uvedené společnosti mohou být pohledávky z cenných papírů uspokojeny až poté, co jsou uspokojeny pohledávky nepodřízené. Z titulu cenných papírů proto nelze vyplatit žádnou částku, dokud nejsou zcela uspokojeny nepodřízené pohledávky všech věřitelů emitující společnosti nebo dokud nejsou za tyto částky vytvořeny dostatečné rezervy. Kromě toho není žádný vlastník cenných papírů oprávněn k započtení svých pohledávek z těchto cenných papírů vůči pohledávkám emitující společnosti. Články 2 těchto emisních podmínek rovněž stanoví, že emitující společnost ani třetí osoba nebude moci v budoucnu přijmout ani nepřijme smluvní jistotu k zajištění práv vlastníků cenných papírů, jež plynou z těchto cenných papírů. Žádným pozdějším ujednáním nelze omezit podřízenou povahu, jak je popsána v těchto člancích 2, ani prodloužit splatnost těchto cenných papírů nebo zkrátit stanovenou výpovědní lhůtu.

18. Články 4 odstavce 1 písmena b) emisních podmínek těchto dvou úpisů, jež se týkají výplaty úroků, stanoví, že výplatu jmenovité hodnoty a úroků lze provést pouze, pokud zohlednitelná výše vlastního kapitálu emitující společnosti neklesne z důvodu této výplaty pod minimální výši, která je stanovena v příslušných pokynech k výpočtu kapitálové vybavenosti bank vlastními zdroji vydaných kyperskou centrální bankou.

10 — BGBl. I, 98/1965, s. 1089.

19. Články 9 odstavce 1 těchto podmínek uvádí, že v případě likvidace nebo zrušení emitující společnosti (s výjimkou případů, kdy se tak děje pro účely nebo v důsledku fúze, restrukturalizace nebo konsolidace, je-li emitující společnost solventní, v rámci kterých pokračující společnost v podstatě přebírá všechna aktiva a pasiva emitující společnosti), je každý vlastník cenného papíru oprávněn prohlásit svůj cenný papír za splatný a z tohoto důvodu požadovat jeho okamžité splacení ve výši odpovídající částce, jež se vyplácí v případě předčasného splacení, jakož i případných úroků k datu tohoto splacení.

20. V souladu s články 12 odstavci 1 uvedených podmínek se forma a obsah cenných papírů, jakož i všechna práva a povinnosti vlastníků cenných papírů a emitující společnosti řídí německým právem.

21. Na konci roku 2008 emitující společnost již nesplňovala minimální požadavky na kapitálovou vybavenost vlastními zdroji stanovené v pokynech kyperské centrální banky. V důsledku toho již nevyplácela úroky stanovené v emisních podmínkách.

22. Dne 18. září 2010 byla fúze emitující společnosti (zanikající společnost) se společností KA Finanz AG (dále jen „KA Finanz“) (nástupnická společnost), se sídlem v Rakousku, zapsána do obchodního rejstříku. Předkládající soud a společnost Sparkassen Versicherung upřesňují, že společnost KA Finanz jednostranně ukončila oba podřízené dluhopisy upsané společností Sparkassen Versicherung. Posledně jmenovaná společnost zejména uvádí, že ve společném projektu fúze ze dne 27. dubna 2010 je uvedeno, že jsou tyto dluhopisy považovány za zvláštní práva, že nepřechází na společnost KA Finanz, že byly ohodnoceny a že na základě tohoto hodnocení byla hodnota těchto práv vyčíslena na nulovou částku. V tomto projektu je tak uvedeno, že uvedená práva zanikají dnem nabytí účinnosti přeshraniční fúze a že za ně nebude vyplacena žádná náhrada.

23. Vzhledem k tomu, že emitující společnost již nevyplácela úroky, podala společnost Sparkassen Versicherung žalobu k rakouským soudům, kterou se domáhala toho, aby bylo společnosti KA Finanz nařízeno zaplatit částku ve výši 1,57 milionu eur z titulu úroků splatných v letech 2009 a 2010 ze dvou podřízených dluhopisů. Společnost Sparkassen Versicherung má totiž za to, že společnost KA Finanz je jakožto nástupnická společnost emitující společnosti její univerzální právní nástupkyní. Podpůrně se společnost Sparkassen Versicherung domáhala toho, aby byla konstatována povinnost společnosti KA Finanz přiznat jí rovnocenná práva ve smyslu § 226 odst. 3 AktG a nahradit jí celkovou škodu vyplývající z nesplnění této povinnosti. Společnost KA Finanz je toho názoru, že nepřevzala závazky emitující společnosti, a že naopak v důsledku fúze tyto závazky zanikly. Vzhledem k tomu, že platba úroků a splacení kapitálu závisely na příspěvcích emitující společnosti do vlastních zdrojů, mají podle této společnosti dotčené závazky povahu vlastních zdrojů, což bylo spojeno s rizikem celkové ztráty. Jedná se tedy o podílové listy ve smyslu tohoto ustanovení. Společnost KA Finanz se tedy domáhala toho, aby bylo v souvislosti se zánikem emitující společnosti určeno, že dva podřízené dluhopisy byly vypořádány a, podpůrně, že závazky emitující společnosti na ni nepřešly.

24. V prvním stupni Handelsgericht Wien (obchodní soud ve Vídni), mezitímním rozsudkem ze dne 26. června 2012 zamítl návrh na předběžné určení předložený společností KA Finanz, jakož i její podpůrný návrh. Rozhodl, že dotčené závazky nejsou podílovými listy ani jinými cennými papíry srovnatelnými s akciemi, jelikož nemají povahu vlastního kapitálu, ani nezávisí na zisku společnosti. Z tohoto důvodu nebyla podle Handelsgericht Wien (obchodní soud ve Vídni) společnost KA Finanz oprávněna dotčené závazky v rámci fúze ukončit. Uvedený soud měl naopak za to, že dluhopisy přešly na společnost KA Finanz v souvislosti s universálním přechodem majetku. Předkládající soud upřesňuje, že Handelsgericht Wien (obchodní soud ve Vídni) ještě nerozhodl o otázce, jaké je rozhodné právo pro spor, který mu byl předložen.

25. Rozsudkem ze dne 26. dubna 2013 Oberlandesgericht Wien (vrchní zemský soud ve Vídni) potvrdil na základě odvolání rozhodnutí Handelsgericht Wien (obchodní soud ve Vídni). Uvedený soud měl zejména za to, že právní účinky fúze jsou součástí právního postavení právnických osob a že přechod majetku v rámci fúze by měl být z tohoto důvodu posuzován podle práva, kterým se řídí právní postavení společnosti KA Finanz, jež je nástupnickou společností, tj. rakouským právem.

26. Společnost KA Finanz podala k předkládajícímu soudu opravný prostředek „Revision“. Posledně uvedený soud uvádí, že se tento opravný prostředek týká otázky, zda se § 226 odst. 3 AktG vztahuje na podřízené dluhopisy upsané společností Sparkassen Versicherung.

III – Předběžné otázky

27. Oberster Gerichtshof (Nejvyšší soud), který vyjádřil pochybnosti, pokud jde o výklad unijního práva, se rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Musí být čl. 1 odst. 2 písm. e) Římské úmluvy vykládán v tom smyslu, že se výjimka z rozsahu působnosti této úmluvy, platná pro oblast „práva obchodních společností“, vztahuje na:

a) restrukturalizace, jako je fúze a dělení, a

b) pravidlo o ochraně věřitelů v rámci takových restrukturalizací, jež stanoví článek 15 třetí směrnice 78/855?

2) Bude závěr stejný i v případě použití článku 15 směrnice 2011/35?

3) V případě kladné odpovědi na první a druhou otázku: Vede výjimka z rozsahu působnosti nařízení Řím I, uvedená v čl. 1 odst. 2 písm. d) tohoto nařízení – jakožto právní úprava nahrazující ustanovení čl. 1 odst. 2 písm. e) Římské úmluvy – ke stejnému závěru, nebo musí být tato výjimka vykládána jinak? A pokud ano, jak?

4) Lze z unijního primárního práva, a zejména ze svobody usazování podle článku 49 SFEU, volného pohybu služeb podle článku 56 SFEU nebo volného pohybu kapitálu a plateb podle článku 63 SFEU, dovodit kolizní normy vztahující se na fúze, zejména zda je rozhodným právem vnitrostátní právo státu zanikající společnosti nebo vnitrostátní právo státu nástupnické společnosti?

5) V případě záporné odpovědi na čtvrtou otázku: Lze z unijního sekundárního práva, a zejména ze směrnice 2005/56, směrnice 2011/35 nebo šesté směrnice Rady 82/891/EHS ze dne 17. prosince 1982, založené na čl. 54 odst. 3 písm. g) Smlouvy, o rozdělení akciových společností ^[11], dovodit zásady kolizních norem, zejména zda je rozhodným právem vnitrostátní právo státu zanikající společnosti nebo vnitrostátní právo státu nástupnické společnosti, nebo je věcí vnitrostátního mezinárodního práva soukromého, aby upravilo, které vnitrostátní hmotné právo bude v dané situaci uplatněno?

6) Musí být článek 15 třetí směrnice 78/855 vykládán v tom smyslu, že emitent vůči vlastníkům jiných cenných papírů než akcií, s nimiž jsou spojena zvláštní práva, je zejména v případě podřízených dluhopisů oprávněn při přeshraniční fúzi ukončit právní vztah a uspokojit jejich pohledávky?

7) Bude závěr stejný i v případě použití článku 15 směrnice 2011/35?“

11 — Úř. věst. L 378, s. 47; Zvl. vyd. 17/001, s. 50.

IV – Analýza

28. Podle článku 28 a čl. 29 druhého pododstavce nařízení Řím I se toto nařízení použije na smlouvy uzavřené po 17. prosinci 2009 a od tohoto data.

29. Směrnice 2011/35 vstoupila podle svého článku 33 v platnost dne 1. července 2011.

30. Tyto dva právní předpisy se tedy na situaci dotčenou v původním řízení nepoužijí.

31. Šestá směrnice 82/891 upravuje problematiku rozdělení akciových společností. Vzhledem k tomu, že se spor v původním řízení týká fúze takových společností, není tato směrnice pro řešení tohoto sporu relevantní.

32. V důsledku toho mám za to, že není třeba odpovídat na druhou, třetí a sedmou otázku, jakož i na pátou otázku v rozsahu, v němž se týká šesté směrnice 82/891 a směrnice 2011/35.

33. Pokud jde o podstatu práva, o jehož výklad je Soudní dvůr žádán, řešení podle všeho závisí na skutečné povaze, kterou má tato zvláštní forma financování podniků, kterou představují podřízené dluhopisy.

34. Princip dotčeného podřízeného cenného papíru spočívá pro toho, kdo investuje, v tom, že poskytne emitentovi finanční zdroje na obzvláště dlouhou dobu, v projednávaném případě na 25 let¹². Odměna, jejíž výše přesahuje výši odměny z běžného úvěru, má kompenzovat jak rozsah vázání investovaného kapitálu, tak z toho vyplývající riziko, pokud jde o jeho splacení. Ke splacení kapitálu může totiž dojít až poté, co jsou uspokojeni všichni ostatní věřitelé, včetně věřitelů nezajištěných.

35. Dohodnutá doba vázání samozřejmě vytváří riziko spojené s budoucí situací společnosti po tak dlouhou, někdy i neurčitou dobu.

36. Z toho podle mého názoru plynou dva různé, nicméně doplňující se důsledky, a to jeden vůči investorovi a druhý ve vztahu k emitentovi. Co se týče investora, jedná se o nepochybně riskantní smlouvu. Kdo může vědět, zda za 25 let bude daná společnost pořád ještě existovat a zda bude stále bonitní? Co se týče emitenta, budou takto získané prostředky trvale vázány a jako takové chápány. Na rozdíl od krátkodobých dluhů umožní emitentovi zlepšit jeho bilanční strukturu, jako vlastní zdroje, i když neodpovídají právní definici takových zdrojů.

37. Při celkovém pohledu lze mít za to, že různé teoretické úvahy vedou ke zjištění o neexistenci koncepční jednoty v oblasti, která není zdaleka harmonizována.

38. Z tohoto důvodu je třeba podle mého názoru vycházet z fakticky *sui generis* povahy této konkrétní smlouvy a konstatovat, že doba trvání na jedné straně a riskantní povaha investice na straně druhé dávají posuzovaným finančním prostředkům povahu vlastních zdrojů, i když z důvodu přesnosti je lepší je nazývat „dodatkovým kapitálem“, aby byla použita kvalifikace přijatá Basilejským výborem¹³.

¹² — Viz přílohy písemného vyjádření společnosti Sparkassen Versicherung.

¹³ — Basilejský výbor byl založen v roce 1974. Jeho povinností je posilovat stabilitu globálního finančního systému, jakož i účinnost bankovního dohledu a spolupráce mezi bankovními regulátory (<https://acpr.banque-france.fr/international/la-cooperation-au-niveau-international/les-instances-internationales/secteur-banque/le-comite-de-bale.html>).

39. Společnost Sparkassen Versicherung ve svém písemném vyjádření, jež nebylo v tomto ohledu popřeno, totiž uvádí, že „z [klauzule týkající se platby], jakož i jiných ustanovení emisních podmínek vyplývá, že dotčené cenné papíry jsou vlastními zdroji Lower Tier 2 ve smyslu praxe bankovního dohledu a emisí v rámci Basilejských dohod I a II“¹⁴. Cenné papíry Lower Tier 2 jsou Basilejským výborem pro bankovní dohled považovány za dodatkový kapitál¹⁵.

40. Povaha vlastních zdrojů je posílena rizikovou povahou smlouvy o úpisu dluhopisů, jelikož v případě pozastavení plateb a likvidace nemohou být tyto prostředky vyplaceny, dokud nedojde k uspokojení všech ostatních věřitelů, čímž se v tomto rozsahu snižuje výše dluhů.

41. Pokud je společnost v takové situaci, že je splacení těchto finančních prostředků nemyslitelné, jejich ztráta bude pro investora představovat realizaci rizika daného povahou samotné smlouvy a z povahy věci se nebude moci ničeho domáhat. Zánik finančních prostředků, jež je případně výsledkem uzavřené riskantní smlouvy, má totiž za následek zánik pohledávky a stejně tak otázky rozhodného práva.

42. Otázkou tedy je, zda v den fúze ještě existovala pohledávka ve prospěch společnosti Sparkassen Versicherung vyplývající z úpisu podřízených dluhopisů, a za tímto účelem je třeba určit, zda v den této fúze vykazovala situace emitující společnosti existenci dotčených finančních prostředků. I když fúze samozřejmě nemá za následek likvidaci zanikající společnosti, k jejímuž zániku nicméně dochází, přesto je nutné, aby v době fúze sloučením byla výše aktiv a pasiv takto přecházejících na nástupnickou společnost stanovena, což by obvykle mělo být předmětem pečlivé analýzy auditorů. Provedení účetní uzávěrky při této příležitosti považuji za obezřetnost, i kdyby jen proto, aby se zabránilo zohlednění bezcenných prvků, které by ve skutečnosti tvořily fiktivní aktiva.

43. Takový zánik, jenž je v životě společnosti naprosto nepředvídatelný, a jenž by tak vedl k nepříznivému výsledku, a to i k dřívějšímu dni ve srovnání s původně dohodnutým dnem, se zdá být součástí rizika, jež je vlastní tomuto typu smlouvy.

44. Jak již bylo uvedeno v bodě 22 tohoto stanoviska, k tomuto ohodnocení podle všeho došlo a vedlo k závěru, že se hodnota cenných papírů dokládajících dotčenou investici, rovná nule.

45. Co se týče skutkové otázky, je však na vnitrostátním soudu, aby určil, zda takto vytvořený dodatkový kapitál v zanikající společnosti existoval v den fúze.

46. Měl by se však vzít v úvahu předpoklad, že zanikající společnost byla bonitní.

47. Pokud tomu tak bylo, pak skutečně vyvstává otázka rozhodného práva v původním řízení. Vzhledem k tomu, že podle čl. 14 odst. 1 směrnice 2005/56 má přeshraniční fúze ode dne své účinnosti za následek, že celé obchodní jmění zanikající společnosti přechází na nástupnickou společnost¹⁶, posledně uvedená společnost se stává univerzální právní nástupkyní prvně uvedené společnosti, a přebírá tak všechny její smlouvy uzavřené před fúzí, bez potřeby novace. Z tohoto důvodu zůstává právem rozhodným pro spor právo zvolené stranami při uzavírání těchto smluv, v tomto případě německé právo.

14 — Viz bod 5 tohoto vyjádření.

15 — Viz s. 15 dokumentu Basilejského výboru pro bankovní dohled, nadepsaného „Mezinárodní konvergence měření kapitálu a kapitálových standardů“, k dispozici na internetové adrese <http://www.bis.org/publ/bcbs128fre.pdf>.

16 — Viz rovněž čl. 2 odst. 2 písm. a) uvedené směrnice, který mimo jiné uvádí, že „fúzí“ se rozumí proces, při kterém jedna nebo více společností převádějí v důsledku zrušení bez likvidace celé své obchodní jmění na jinou již existující společnost.

48. Toto ustanovení proto musí být vykládáno v tom smyslu, že v rámci přeshraniční fúze přecházejí takové smlouvy, o jaké se jedná ve věci v původním řízení, jež byly uzavřeny zanikající společností, na nástupnickou společnost, a vyžadují tak uplatnění práva zvoleného stranami v okamžiku prvotního uzavření těchto smluv.

49. Mimoto, pokud existují dlužné částky za splatné úroky, jež nebyly uhrazeny před zánikem vlastních zdrojů a dodatkového kapitálu emitující společnosti, měla by pohledávka, která z nich vyplývá, požívat stejnou ochranu jako je ochrana vyplývající z původní smlouvy a podléhat stejným rizikům. Podle čl. 4 odst. 1 a 2 směrnice 2005/56 musí společnost, která se účastní přeshraniční fúze, dodržovat předpisy a formální požadavky vnitrostátního práva, kterým se řídí, přičemž mezi tyto předpisy a formální požadavky patří zejména předpisy o ochraně věřitelů fúzujících společností¹⁷. Vzhledem k tomu, že členské státy musí dodržovat články 13 až 15 třetí směrnice 78/855 týkající se ochrany věřitelů v rámci vnitrostátní fúze, vyvozují z toho, že směrnice 2005/56 odkazuje na tato ustanovení a že věřitelé by měli v rámci přeshraniční fúze požívat stejné ochrany jako věřitelé dotčení vnitrostátní fúzí. Konkrétně mezi uvedenými ustanoveními se pouze článek 13 třetí směrnice 78/855 jeví jako použitelný na druh dotčeného závazku z důvodu jeho původní povahy. Článek 14 této směrnice totiž rozšiřuje působnost tohoto článku 13 na vlastníky jednoduchých dluhopisů, které nelze stavět na roveň držitelům podřízených dluhopisů.

50. Článek 15 uvedené směrnice se pak týká jiných cenných papírů než akcií, s nimiž jsou spojena zvláštní práva. Držitelům těchto cenných papírů musí být uznáno právo na ochranu, které je alespoň rovnocenné právu, jež měli před fúzí, a tudíž potenciálně širší. V důsledku samotné povahy dotčených cenných papírů se toto ustanovení na ně nebude vztahovat. Typ dotčeného závazku nelze podle mého názoru kvalifikovat jako „cenné papíry, s nimiž jsou spojena zvláštní práva“, jelikož jejich specifický ráz přiznává zvláště příznivá práva emitentovi, a nikoli upisovateli. Obrácení této nerovnováhy, i kdyby jen ohledně platby úroků, jejichž způsob výplaty závisí na samotné struktuře smlouvy, by i zde vedlo k přeměně této smlouvy.

51. Je přitom důležité, aby povaha původní smlouvy typu smluv nyní zkoumaných byla přesně zachována, jinak by to mělo za následek novaci, jež je z povahy věci fúzí cizí, neboť je neslučitelná s postavením univerzálního právního nástupce zanikající společnosti.

52. Vzhledem k tomu, že smlouva má riskantní povahu a riziko nese investor, jakékoliv zajištění, které by posílilo pohledávku, by snížilo, nebo dokonce vyloučilo riziko, a tudíž změnilo povahu původní smlouvy a případně povahu takto vytvořených prostředků, jakož i práv s ní spojených.

53. Takže například, ať již se jedná o jakoukoli kolizní normu rozhodného práva, nemůže tato norma vést k takovému výsledku, ke kterému by vedl § 226 odst. 1 AktG, jenž stanoví, že věřitel, jehož pohledávka nemohla být uhrazena, může v některých případech požádat o záruky, pokud se prokáže, že fúze představuje riziko pro úhradu této pohledávky.

54. Stejně tak, co se týče sloučení s bonitní společností, možnost jedné nebo druhé ze stran smlouvy o úpisu ukončit tuto smlouvu v případě následné fúze by mohla vyplývat pouze z výslovného ujednání uvedené smlouvy při jejím prvotním uzavření, což je ujednání, které v žádném případě nemůže hrát roli, pokud byla ztráta kapitálu prokázána před dotčenou fúzí.

55. S ohledem na výše uvedené mám tudíž za to, že čl. 4 odst. 1 a 2 směrnice 2005/56, ve spojení s čl. 13 odst. 1 třetí směrnice 78/855, musí být vykládán v tom smyslu, že pohledávky vyplývající z takových finančních nástrojů, jako jsou podřízené dluhopisy dotčené ve věci v původním řízení, mohou s ohledem na svou povahu požívat jen takovou ochranu, jakou požívaly před přeshraniční fúzí.

17 — Bod 3 odůvodnění této směrnice uvádí, že „pro každou společnost, která se na přeshraniční fúzi podílí, a každou zúčastněnou třetí osobu nadále platí předpisy a formální požadavky vnitrostátního práva použitelného v případě vnitrostátní fúze“.

V – Závěry

56. Vzhledem k předcházejícím úvahám navrhuji Soudnímu dvoru, aby Oberster Gerichtshof (Nejvyšší soud) odpověděl následovně:

„Pokud se zanikající společnost během fúze rozhodla pro emisi podřízených dluhopisů takové povahy, o jakou se jedná ve věci v původním řízení, přechází tyto dluhopisy na nástupnickou společnost pouze, pokud v den fúze takto vytvořený dodatkový kapitál stále existoval, což přísluší ověřit vnitrostátnímu soudu.

Pokud tomu tak je, čl. 14 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/56/ES ze dne 26. října 2005 o přeshraničních fúzích kapitálových společností musí být vykládán v tom smyslu, že v rámci přeshraniční fúze přecházejí takové smlouvy, o jaké se jedná ve věci v původním řízení, jež byly uzavřeny zanikající společností, na nástupnickou společnost, a vyžadují tak uplatnění práva zvoleného stranami v okamžiku prvotního uzavření těchto smluv.

Článek 4 odst. 1 a 2 směrnice 2005/56, ve spojení s čl. 13 odst. 1 třetí směrnice Rady 78/855/EHS ze dne 9. října 1978, založené na čl. 54 odst. 3 písm. g) Smlouvy, o fúzích akciových společností, musí být vykládán v tom smyslu, že pohledávky vyplývající z takových finančních nástrojů, jako jsou podřízené dluhopisy dotčené ve věci v původním řízení, mohou s ohledem na svou povahu požívat jen takovou ochranu, jakou požívaly před přeshraniční fúzí.“