

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE 7 AVRIL 2016

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Droit des conflits – Fusion transfrontalière – Droit applicable – Exception de *lex societatis* – Fusion transfrontalière – Directive n° 78/855/CEE – Directive n° 2005/56/CE – Fusion par absorption – Continuité de la loi applicable au contrat – Loi applicable à la protection des créanciers – Transfert de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante

1. *L'article 1^{er}, 2., sous e), de la Convention de Rome, qui exclut du champ d'application de cette dernière les questions relevant du droit des sociétés, vise à ce titre également la fusion.*

2. *Une fusion par absorption implique que la société absorbante acquière la société absorbée dans son intégralité, sans extinction des obligations, et entraîne, sans novation, la substitution de la société absorbante à la société absorbée comme partie à l'ensemble des contrats conclus par cette dernière. Dès lors, la loi qui était applicable à ces contrats avant la fusion demeure celle applicable après cette fusion.*

3. *Les dispositions régissant la protection des créanciers de la société absorbée sont celles de la législation nationale dont relève cette société.*

4. *Les titres visés à l'article 15 de la directive n° 78/855 sont ceux qui confèrent à leurs porteurs des droits plus étendus qu'un simple remboursement des créances et des intérêts convenus. Il en va ainsi, en particulier, des titres qui reconnaissent à leurs porteurs le droit de les échanger contre des actions ou le droit de participer aux bénéfices de la société émettrice.*

5. *L'article 15 de la troisième directive n° 78/855/CEE doit être interprété en ce sens que cette disposition confère des droits aux porteurs de titres, autres que des actions, auxquels sont attachés des droits spéciaux, mais non à l'émettrice de tels titres.*

INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

Conflictenrecht – Algemeen Verdrag van Rome – Toepasselijk recht – Uitzondering van *lex societatis* – Grensoverschrijdende fusie – Richtlijn nr. 78/855/EEG – Richtlijn nr. 2005/56/EG – Fusie door overneming – Continuïteit van het op de overeenkomst toepasselijk recht – Recht van toepassing op de bescherming van de schuldeisers – Overgang van alle activa en passiva van de overgenomen vennootschap op de overnemende vennootschap

1. *Artikel 1, 2., onder e) van het Verdrag van Rome, dat bepaalt dat de bepalingen van dit verdrag niet van toepassing zijn op kwesties behorende tot het recht inzake vennootschappen, heeft zodanig eveneens betrekking op de fusie.*

2. *Een fusie door overneming heeft tot gevolg dat de overnemende vennootschap de overgenomen vennootschap in haar geheel verwerft, zonder dat de verbintenissen tenietgaan en leidt ertoe dat de overnemende vennootschap, zonder dat er sprake is van schuldvernieuwing, in de plaats treedt van de overgenomen vennootschap als partij bij alle overeenkomsten die deze laatste heeft gesloten. Het recht dat op deze overeenkomsten van toepassing was vóór de fusie, blijft derhalve ook ná deze fusie toepasselijk.*

3. *De bepalingen inzake de bescherming van de schuldeisers van de overgenomen vennootschap zijn die van het nationaal recht dat op die vennootschap van toepassing is.*

4. *De effecten bedoeld in artikel 15 van richtlijn nr. 78/855 zijn deze die aan de houders ervan ruimere rechten verlenen dan enkel en alleen het recht op voldoening van de schuldvorderingen en de overeengekomen rente. Dit is in het bijzonder het geval voor effecten die aan de houders ervan het recht toekennen om deze in te wisselen tegen aandelen of die de houders ervan recht geven op deelneming in de winst van de emittent.*

5. *Artikel 15 van de derde richtlijn nr. 78/855/EEG moet worden uitgelegd in die zin dat deze bepaling geen rechten verleent aan de emittent van effecten, andere dan aandelen, waaraan bijzondere rechten verbonden zijn, maar wel aan de houders ervan.*

KA Finanz AG / Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group

Siég.: M. Ilel (président), C. Toader, M. Berger, E. Jarainas et C. G. Fernlund, rapporteur (juges)

M.P.: Y. Bot (avocat général)

Pl.: S. Albiez, C. Klausegger et P. Konwitschka

Affaire: C-483/14

(...)

1. La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de la Convention de Rome sur la loi applicable aux

obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 (*J.O.*, L. 266, p. 1, ci-après la « convention de Rome »), de la troisième directive n° 78/855/CEE du Con-

seil du 9 octobre 1978 fondée sur l'article 54, 3., sous g), du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes (*J.O.*, L. 295, p. 36), telle que modifiée par la directive n° 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 (*J.O.*, L. 259, p. 14, ci-après la « directive n° 78/855 »), ainsi que de la directive n° 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (*J.O.*, L. 310, p. 1).

2. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant KA Finanz AG (ci-après « KA Finanz »), établie en Autriche, venant aux droits de Kommunalkredit International Bank LTD (ci-après « Kommunalkredit »), établie à Chypre, à Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group (ci-après « Sparkassen Versicherung »), établie en Autriche, au sujet d'une demande de Sparkassen Versicherung tendant à ce que KA Finanz lui verse des intérêts afférents à des emprunts subordonnés qu'elle avait contractés auprès de Kommunalkredit avant que celle-ci ne fasse l'objet d'une fusion par absorption par KA Finanz.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

La Convention de Rome

3. L'article 1^{er} de la Convention de Rome, qui définit le champ d'application de celle-ci, dispose:

« 1. Les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles.

2. Elles ne s'appliquent pas:

[...]

e) aux questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales, telles que la constitution, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, associations et personnes morales, ainsi que la responsabilité personnelle légale des associés et des organes pour les dettes de la société, association ou personne morale;

[...]. »

4. L'article 3, 1., de cette convention prévoit ce qui suit:

« Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprimé ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. [...] »

5. Aux termes de l'article 10 de ladite convention:

« 1. La loi applicable au contrat en vertu des articles 3 à 6 et de l'article 12 de la présente convention régit notamment:

a) son interprétation;

b) l'exécution des obligations qu'il engendre;

c) dans les limites des pouvoirs attribués au tribunal par sa loi de procédure, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la gouvernent;

d) les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai;

[...]

2. En ce qui concerne les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution on aura égard à la loi du pays où l'exécution a lieu. »

6. La Convention de Rome a été remplacée par le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (*J.O.*, L. 177, p. 6, ci-après le « Règlement Rome I »). Aux termes de son article 28, ce règlement s'applique aux contrats conclus à compter du 17 décembre 2009.

La directive n° 78/855

7. Les troisième et sixième considérants de la directive n° 78/855 énoncent:

« [...] la protection des intérêts des associés et des tiers commande de coordonner les législations des Etats membres concernant les fusions de sociétés anonymes et [...] il convient d'introduire dans le droit de tous les Etats membres l'institution de la fusion;

[...]

[...] les créanciers, obligataires ou non, et les porteurs d'autres titres des sociétés qui fusionnent doivent être protégés afin que la réalisation de la fusion ne leur porte pas préjudice. »

8. L'article 13 de cette directive est rédigé dans les termes suivants:

« 1. Les législations des Etats membres doivent prévoir un système de protection adéquat des intérêts des créanciers des sociétés qui fusionnent pour les créances nées antérieurement à la publication du projet de fusion et non encore échues au moment de cette publication.

2. A cet effet, les législations des Etats membres prévoient, au moins, que ces créanciers ont le droit d'obtenir des garanties adéquates lorsque la situation financière des sociétés qui fusionnent rend cette protection nécessaire et que ces créanciers ne disposent pas déjà de telles garanties.

Les Etats membres fixent les conditions de la protection prévue au paragraphe 1 et au premier alinéa du présent paragraphe. En tout état de cause, les Etats membres veillent à ce que les créanciers puissent saisir l'autorité administrative ou judiciaire compétente pour obtenir des garanties adéquates, dès lors qu'ils peuvent démontrer, de manière crédible, que

la fusion constitue un risque pour l'exercice de leurs droits et que la société ne leur a pas fourni de garanties adéquates.

3. La protection peut être différente pour les créanciers de la société absorbante et ceux de la société absorbée. »

9. Aux termes de l'article 14 de ladite directive:

« Sans préjudice des règles relatives à l'exercice collectif de leurs droits, il est fait application de l'article 13 aux obligataires des sociétés qui fusionnent, sauf si la fusion a été approuvée par une assemblée des obligataires, lorsque la loi nationale prévoit une telle assemblée, ou par les obligataires individuellement. »

10. L'article 15 de cette même directive prévoit:

« Les porteurs de titres, autres que des actions, auxquels sont attachés des droits spéciaux doivent jouir, au sein de la société absorbante, de droits au moins équivalents à ceux dont ils jouissaient dans la société absorbée, sauf si la modification de ces droits a été approuvée par une assemblée des porteurs de ces titres, lorsque la loi nationale prévoit une telle assemblée, ou par les porteurs de ces titres individuellement, ou encore si ces porteurs ont le droit d'obtenir le rachat de leurs titres par la société absorbante. »

11. La directive n° 78/855 a été abrogée par la directive n° 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes (*J.O.*, L. 110, p. 1). Conformément à son article 33, la directive n° 2011/35 est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2011.

La directive n° 2005/56

12. Il ressort du considérant 1 de la directive n° 2005/56 que celle-ci a pour but de faciliter la réalisation de fusions transfrontalières entre sociétés de capitaux de différents types relevant de législations d'Etats membres différents.

13. Conformément au considérant 3 de ladite directive, « [a]fin de faciliter les opérations de fusion transfrontalière, il convient de prévoir que, à moins que la présente directive n'en dispose autrement, chaque société participant à une fusion transfrontalière, ainsi que chaque tiers concerné, reste soumis aux dispositions et aux formalités de la législation nationale qui serait applicable à une fusion nationale [...] ».

14. L'article 2 de cette même directive énonce:

« Aux fins de la présente directive, on entend par:

[...]

2. 'fusion', l'opération par laquelle:

a) une ou plusieurs sociétés transfèrent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine, activement et passivement, à une autre société préexistante – la société absorbante –, moyennant l'attribution à leurs associés de titres ou de parts représentatifs du capital social de l'autre société et éventuellement

d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable de ces titres ou parts; ou

[...] »

15. L'article 4 de la directive n° 2005/56, intitulé « Conditions liées aux fusions transfrontalières », prévoit:

« 1. Sauf disposition contraire de la présente directive,

[...]

b) une société participant à une fusion transfrontalière se conforme aux dispositions et aux formalités de la législation nationale dont elle relève. [...]

2. Les dispositions et formalités visées au paragraphe 1, point b), concernent en particulier le processus décisionnel relatif à la fusion et, compte tenu de la nature transfrontalière de la fusion, la protection des créanciers des sociétés qui fusionnent, des obligataires et des porteurs de titres ou de parts, ainsi que des travailleurs pour ce qui est des droits autres que ceux régis par l'article 16. [...] »

16. L'article 14 de cette directive, intitulé « Effets de la fusion transfrontalière », dispose, à son paragraphe 1:

« La fusion transfrontalière réalisée conformément à l'article 2, point 2), a) et c), entraîne, à partir de la date visée à l'article 12, les effets suivants:

a) l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée est transféré à la société absorbante;

[...]

c) la société absorbée cesse d'exister. »

Le droit autrichien

17. L'article 226 de la loi sur les sociétés par actions (*Aktiengesetz*) du 31 mars 1965 (*BGB1. 98/1965*), dans sa version applicable aux faits au principal (ci-après l'« *AktG* »), intitulé « Protection des créanciers », régit la protection des créanciers en cas de fusion. Il est ainsi libellé:

« 1. Pour autant qu'ils se manifestent dans un délai de six mois à compter de la publication de l'enregistrement de la fusion, les créanciers des sociétés concernées doivent obtenir des garanties s'ils ne peuvent demander leur désintéressement. Ce droit n'est toutefois accordé aux créanciers que s'ils démontrent, de manière crédible, que la fusion constitue un risque pour le paiement de leur créance. Il convient d'informer les créanciers de ce droit dans le cadre de la publication de l'enregistrement.

2. Le droit d'exiger des garanties n'est pas ouvert aux créanciers qui, dans la procédure d'insolvabilité, disposent d'un droit à un désintéressement préférentiel à partir d'une masse constituée selon les dispositions légales aux fins de leur protection et placée sous la surveillance de l'autorité compétente.

3. Il convient d'accorder des droits équivalents aux titulaires d'obligations et de titres participatifs ou de leur verser une compensation adéquate pour la modification des droits ou le droit lui-même. »

18. Selon la juridiction de renvoi, l'article 226, § 3, de l'AktG a été introduit aux fins de transposer l'article 15 de la directive n° 78/855.

Le litige au principal et les questions préjudicielles

19. Au cours de l'année 2005, Sparkassen Versicherung a souscrit deux emprunts subordonnés émis par Kommunalkredit. Les conditions d'émission, identiques pour l'un et l'autre de ces emprunts (ci-après les « conditions d'émission »), fixent le statut de ces derniers, précisent les conditions de leur subordination ainsi que les modalités du paiement des intérêts et désignent la loi applicable.

20. Aux termes de l'article 2 de ces conditions d'émission:

« Statut. Les créances en vertu des titres constituent des créances non garanties et subordonnées sur l'émettrice, qui sont de même rang entre elles et que toute autre créance subordonnée sur l'émettrice. En cas de dissolution, liquidation ou faillite de l'émettrice, les créances en vertu des titres ne peuvent être réglées qu'après que les créances non subordonnées des créanciers auront été honorées; aucun montant ne peut donc être payé en vertu des titres tant que les créances de tous les créanciers de rang non subordonné de l'émettrice n'auront pas été intégralement réglées ou des provisions suffisantes constituées pour ces montants. Un porteur ne peut pas compenser ses créances en vertu des titres avec des créances de l'émettrice. A aucun moment dans l'avenir, il ne pourra être et ne sera fourni de sûreté contractuelle par l'émettrice ou un tiers pour garantir les droits des porteurs en vertu des titres. Aucune convention future ne peut limiter le caractère subordonné tel que décrit dans le présent article, avancer la date d'échéance des titres ou raccourcir le délai de préavis applicable. »

21. L'article 4, 1., sous b), des conditions d'émission est ainsi libellé:

« Paiement des intérêts. La valeur nominale ne peut être remboursée et des intérêts payés que si les capitaux propres de l'émettrice à prendre en considération ne descendent pas, du fait de ce versement, sous les seuils fixés dans les lignes directrices applicables de la banque centrale de Chypre sur le calcul des fonds propres des banques. »

22. L'article 9 de ces conditions d'émission stipule ce qui suit:

« Inexécution. En cas de liquidation ou de dissolution de l'émettrice (sauf aux fins ou en conséquence d'une fusion, restructuration ou d'un assainissement alors qu'elle est solvable, dans le cadre duquel ou de laquelle l'entreprise qui subsiste reprend en substance tous les actifs et obligations de l'émettrice), tout porteur peut déclarer son titre échu et en

réclamer le remboursement immédiat à hauteur du montant de remboursement anticipé [...] ainsi que des intérêts (éventuellement) échus à la date du remboursement. »

23. Enfin, l'article 12, 1., desdites conditions d'émission prévoit:

« Loi applicable. La forme et le contenu des titres ainsi que tous les droits et les obligations des porteurs et de l'émettrice sont soumis à la loi allemande. »

24. Ayant cessé de satisfaire, à partir de la fin de l'année 2008, aux exigences minimales en matière de fonds propres fixées dans les lignes directrices de la banque centrale de Chypre, Kommunalkredit a mis fin au versement à Sparkassen Versicherung des intérêts convenus dans les conditions d'émission.

25. Kommunalkredit a fait l'objet d'une fusion par absorption par KA Finanz. Cette fusion a été inscrite au registre autrichien du commerce et des sociétés le 18 septembre 2010 et a, par conséquent, pris effet à cette date.

26. Devant les juridictions autrichiennes, Sparkassen Versicherung réclame à KA Finanz le paiement des intérêts convenus pour les deux emprunts subordonnés en cause au principal au titre des années 2009 et 2010. A titre subsidiaire, Sparkassen Versicherung demande à ce que KA Finanz lui octroie des droits équivalents, au sens de l'article 226, § 3, de l'AktG, et réponde de l'intégralité du préjudice résultant du refus de lui reconnaître ces droits.

27. KA Finanz fait valoir, à titre principal, que l'opération de fusion a eu pour effet de mettre fin aux emprunts subordonnés en cause au principal. A titre subsidiaire, elle soutient que les obligations résultant de ces emprunts ne lui ont pas été transmises, ceux-ci ayant perdu toute valeur du fait de la disparition totale des fonds propres de Kommunalkredit.

28. KA Finanz considère que, étant donné que le paiement des intérêts et du capital dépendait de la dotation en fonds propres de Kommunalkredit, ces emprunts présentaient le caractère de fonds propres et constituaient des titres participatifs au sens de l'article 226, § 3, de l'AktG. Selon KA Finanz, compte tenu des pertes subies par Kommunalkredit, dont l'existence était menacée et qui affichait, au 31 décembre 2008, des fonds propres négatifs d'environ 1 milliard d'euros, les titres en cause au principal avaient, à la date de l'opération de fusion, perdu toute valeur. KA Finanz en conclut que, eu égard à une telle perte, elle n'était tenue ni de conférer des droits équivalents aux porteurs de ces titres ni de leur verser une compensation.

29. En première instance, le Handelsgericht Wien (tribunal de commerce de Vienne) a rejeté la demande de KA Finanz tendant à ce qu'il soit constaté à titre préalable que les titres en cause au principal avaient pris fin à la suite de l'opération de fusion et que les engagements de Kommunalkredit découlant des emprunts subordonnés ne lui avaient pas été transférés.

30. Cette juridiction a jugé que les titres en cause au principal n'étaient ni des titres participatifs ni d'autres titres assimilables à des actions, puisqu'ils ne présentaient pas le caractère de capitaux propres et ne dépendaient pas non plus des bénéfices de Kommunalkredit. Dès lors, selon le Handelsgericht Wien (tribunal de commerce de Vienne), KA Finanz n'était pas en droit de mettre fin à ces titres dans le cadre de la fusion. Ladite juridiction a en outre considéré que les emprunts subordonnés avaient été transférés à KA Finanz dans le cadre de la transmission universelle du patrimoine de Kommunalkredit.

31. La juridiction de renvoi précise que le Handelsgericht Wien (tribunal de commerce de Vienne) a tranché le litige porté devant elle sans se prononcer sur la question de savoir quelle était la loi applicable à celui-ci.

32. L'Oberlandesgericht Wien (tribunal régional supérieur de Vienne) a, sur appel, confirmé la décision du Handelsgericht Wien (tribunal de commerce de Vienne), après avoir rappelé que les effets juridiques d'une fusion relèvent du statut personnel et que la protection des créanciers doit être appréciée au regard de la loi régissant ce statut, en l'occurrence le droit autrichien des sociétés.

33. L'Oberlandesgericht Wien (tribunal régional supérieur de Vienne) a considéré que l'article 226, § 3, de l'AktG, sur lequel KA Finanz se fonde pour prétendre que la fusion a eu pour effet de mettre fin aux titres en cause au principal, n'était pas applicable à ceux-ci. Seuls relèveraient de cette disposition les titulaires d'obligations dont les caractéristiques permettent d'assimiler ces titulaires à un associé ou qui les rendent semblables à des fonds propres, ainsi que les titulaires de titres participatifs conférant des droits qui font typiquement partie des droits financiers et patrimoniaux des actionnaires, et notamment celui de participer aux bénéfices et/ou au boni de liquidation.

34. Or, ladite juridiction a jugé que tel n'était pas le cas en l'occurrence, ainsi qu'il pouvait être déduit des conditions d'émission. Celle-ci a ajouté que ces conditions prévoient non pas que les emprunts en cause ne seraient définitivement pas dus dans le cas où les capitaux propres passeraient sous le seuil minimal prudentiel, mais simplement qu'ils ne seraient pas exigibles tant que ces exigences minimales ne seraient pas satisfaites.

35. KA Finanz a saisi l'Oberster Gerichtshof (Cour Suprême) d'un pourvoi en révision portant, ainsi que le précise cette juridiction, sur la question de savoir si l'article 226, § 3, de l'AktG s'applique aux emprunts subordonnés en cause au principal.

36. Afin de pouvoir résoudre le litige au principal, l'Oberster Gerichtshof (Cour Suprême) s'interroge sur la loi applicable à ce litige. A cet égard, cette juridiction précise qu'il avait été convenu, lors de la souscription des emprunts en cause au principal, d'appliquer la loi allemande, que la société émettrice de ces emprunts, en l'occurrence Kommunalkredit,

avait son siège à Chypre, et que la société ayant absorbé Kommunalkredit, à savoir KA Finanz, ainsi que celle ayant souscrit lesdits emprunts, en l'occurrence Sparkassen Versicherung, ont leur siège en Autriche.

37. Ladite juridiction souligne que le Règlement Rome I n'est pas applicable aux emprunts en cause au principal, ceux-ci ayant été conclus avant le 17 décembre 2009.

38. En outre, l'Oberster Gerichtshof (Cour Suprême) se demande, d'une part, si les titres en cause au principal constituent des titres au sens de l'article 15 de la directive n° 78/855 et, d'autre part, si les règles relatives à la protection des créanciers, prévues à cet article, s'opposent à une disposition nationale, telle que l'article 226, § 3, de l'AktG, en vertu de laquelle une société émettrice de titres, autres que des actions, auxquels sont attachés des droits spéciaux peut, de façon unilatérale, mettre fin à la relation juridique qui l'unit aux porteurs de ces titres et désintéresser ces porteurs.

39. Dans ces conditions, l'Oberster Gerichtshof (Cour Suprême) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

« 1) Convient-il d'interpréter l'article 1^{er}, 2., sous e), de la Convention de Rome en ce sens que

a) des opérations de restructuration telles que des fusions et scissions et

b) la règle de protection des créanciers dans le cadre de telles opérations de restructuration, énoncée à l'article 15 de la directive n° 78/855,

relèvent de la clause d'exclusion du 'droit des sociétés' du champ d'application de ladite convention?

2) La réponse est-elle la même en cas d'application de l'article 15 de la directive n° 2011/35?

3) En cas de réponse affirmative aux première et deuxième questions: l'exclusion du champ d'application du Règlement Rome I, énoncée à l'article 1^{er}, 2., sous d), dudit règlement – disposition qui a succédé à l'article 1^{er}, 2., sous e), de la Convention de Rome – conduit-elle au même résultat ou doit-elle être interprétée différemment? Si oui, de quelle manière?

4) Le droit primaire de l'Union, et notamment la liberté d'établissement en vertu de l'article 49 TFUE, la libre prestation des services en vertu de l'article 56 TFUE ou la libre circulation des capitaux et des paiements en vertu de l'article 63 TFUE, fournit-il des indications quant aux règles de conflit à appliquer aux fusions, et notamment au sujet du point de savoir si la loi applicable est la loi nationale de l'Etat de la société absorbée ou la loi nationale de la société absorbante?

5) En cas de réponse négative à la quatrième question: ressort-il du droit dérivé de l'Union, et notamment de la directive n° 2005/56, de la directive n° 2011/35 ou de la sixième directive n° 82/891/CEE du Conseil du 17 décembre 1982

fondée sur l'article 54, 3., point g), du traité et concernant les scissions des sociétés anonymes (*J.O.*, L. 378, p. 47), des principes quant aux règles de conflit à appliquer, et notamment au sujet du point de savoir si la loi applicable est la loi nationale de l'Etat de la société absorbée ou la loi nationale de la société absorbante, ou s'il appartient au droit international privé national de décider aux règles matérielles de quel Etat la situation en cause se rattache?

6) Convient-il d'interpréter l'article 15 de la directive n° 78/855 en ce sens que, en cas de fusion transfrontalière, l'émetteur est en droit, vis-à-vis des porteurs de titres, autres que des actions, auxquels sont attachés des droits spéciaux, en particulier d'obligations subordonnées, de mettre fin à la relation juridique et de désintéresser les porteurs?

7) La réponse est-elle la même en cas d'application de l'article 15 de la directive n° 2011/35? »

Sur les questions préjudicielles

40. A titre liminaire, il y a lieu de relever que, en vertu de l'article 2, sous a), du premier protocole du 19 décembre 1988 concernant l'interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 (*J.O.*, 1989, L. 48, p. 1), la Cour est compétente pour se prononcer sur les questions portant sur cette convention dans le cadre d'une demande de décision préjudicielle présentée par l'Oberster Gerichtshof (Cour Suprême).

41. En outre, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, les questions relatives à l'interprétation du droit de l'Union posées par le juge national dans le cadre réglementaire et factuel qu'il définit sous sa responsabilité, et dont il n'appartient pas à la Cour de vérifier l'exactitude, bénéficient d'une présomption de pertinence. Le refus de la Cour de statuer sur une demande formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (arrêt *C-657/13, Verder LabTec*, EU:C:2015:331, point 29 et la jurisprudence citée).

42. A cet égard, il y a lieu de relever, premièrement, que la directive n° 2011/35 n'étant entrée en vigueur que le 1^{er} juillet 2011, soit postérieurement à la date des faits au principal, la deuxième question, la cinquième question, dans la mesure où celle-ci porte sur l'interprétation de cette directive, ainsi que la septième question sont irrecevables.

43. Deuxièmement, le Règlement Rome I, dont l'article 28 prévoit qu'il s'applique aux contrats conclus à compter du 17 décembre 2009, ainsi que la juridiction de renvoi l'a également indiqué, n'était pas encore en vigueur lorsque les

contrats en cause au principal ont été conclus, à savoir au cours de l'année 2005. Partant, la troisième question est irrecevable.

44. Troisièmement, il est constant que le litige au principal est relatif aux effets, sur des emprunts subordonnés, d'une fusion par absorption intervenue entre deux sociétés. Est, par suite, irrecevable la première question, dans la mesure où celle-ci porte sur l'interprétation de l'article 1^{er}, 2., sous e), de la Convention de Rome au regard des scissions de sociétés. Par ailleurs, la directive n° 82/891 concernant les scissions des sociétés anonymes, la cinquième question est également irrecevable, dans la mesure où celle-ci porte sur l'interprétation de cette directive.

45. Il en résulte que sont seules recevables la première question, dans la mesure où celle-ci ne porte pas sur l'interprétation des dispositions de l'article 1^{er}, 2., sous e), de la Convention de Rome au regard des scissions de sociétés, la quatrième question, la cinquième question, dans la mesure où celle-ci porte sur l'interprétation de la directive n° 2005/56, ainsi que la sixième question.

46. En ce qui concerne les première, quatrième et cinquième questions, il ressort de la demande de décision préjudicielle que la juridiction de renvoi a posé ces questions afin de pouvoir se prononcer sur le sort à réserver, à la suite de la fusion par absorption de Kommunalkredit par KA Finanz, aux contrats en cause au principal, ce qui implique au préalable, de son point de vue, la nécessité de résoudre la question de la loi applicable à ces contrats postérieurement à cette fusion.

47. Dès lors, il y a lieu de considérer que les première, quatrième et cinquième questions, dans la mesure où elles sont recevables, portent en substance sur le point de déterminer la loi applicable, au regard du droit de l'Union, à la suite d'une fusion par absorption transfrontalière, d'une part, à l'interprétation, à l'exécution des obligations ainsi qu'aux modes d'extinction d'un contrat d'emprunt, tel que les contrats d'emprunt en cause au principal, conclu par la société absorbée, et, d'autre part, à la demande, telle que celle qui a été formulée à titre subsidiaire par Sparkassen Versicherung, par laquelle un créancier entend se prévaloir de la protection des créanciers prévue à l'article 15 de la directive n° 78/855.

48. S'agissant de la sixième question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 15 de la directive n° 78/855 doit être interprété en ce sens que cette disposition confère des droits à l'émettrice de titres, autres que des actions, auxquels sont attachés des droits spéciaux.

49. Afin de répondre à la question de la loi applicable, à la suite d'une fusion par absorption transfrontalière, à l'interprétation, à l'exécution des obligations ainsi qu'aux modes d'extinction d'un contrat d'emprunt, tel que les contrats d'emprunt en cause au principal, conclu par la société absorbée, il convient, en premier lieu, d'examiner si et dans quelle mesure la Convention de Rome est applicable à ce contrat.

50. Dans ce contexte, il importe de relever que, aux termes de l'article 1^{er}, 1., de la Convention de Rome, les dispositions de cette convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles.

51. Toutefois, par dérogation à cette règle de compétence matérielle, l'article 1^{er}, 2., sous e), de ladite convention exclut du champ d'application de cette dernière les questions relevant du droit des sociétés, associations ou personnes morales, telles que la constitution, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, associations et personnes morales, ainsi que la responsabilité personnelle légale des associés et des organes pour les dettes de la société, association ou personne morale.

52. Il ressort du rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, par Mario Giuliano, professeur à l'université de Milan, et Paul Lagarde, professeur à l'université de Paris I (*J.O.*, 1980, C. 282, p. 1), que les questions relevant du droit des sociétés, associations ou personnes morales n'ont pas été incluses dans le champ d'application de la Convention de Rome en raison des travaux alors en cours en matière de droit des sociétés dans le cadre des Communautés européennes. Il ressort également de ce rapport que les actes réglant la dissolution des sociétés, tels que la fusion ou le groupement des sociétés, figurent au nombre de ceux visés par l'exclusion prévue à l'article 1^{er}, 2., de cette convention. Ainsi, cette dernière ne s'applique pas à la fusion de sociétés.

53. Toutefois, dans la mesure où il ressort du dossier soumis à la Cour que les contrats en cause au principal relevaient, avant la fusion dont a fait l'objet *Kommunalkredit par KA Finanz*, du champ d'application de la Convention de Rome et que les parties contractantes avaient choisi, conformément à l'article 3, 1., de cette convention, la loi allemande comme loi applicable à ces contrats, il convient de déterminer si cette loi continue à régir lesdits contrats après cette fusion, et, partant, en vertu de l'article 10, 1., de ladite convention, leur interprétation, l'exécution des obligations qu'ils engendrent ainsi que leurs modes d'extinction.

54. A cette fin, il importe d'examiner, en second lieu, les textes adoptés en matière de fusion de sociétés par le législateur de l'Union européenne. Dans ce contexte, il convient de relever que cette matière a fait l'objet de deux réglementations, destinées à la fois à organiser la procédure de fusion et à régler les effets juridiques de la fusion, à savoir, d'une part, la directive n° 78/855, adoptée en vue, ainsi qu'il découle de son troisième considérant, de coordonner les législations des Etats membres concernant les fusions de sociétés anonymes et d'introduire dans le droit de tous les Etats membres l'institution de la fusion, et, d'autre part, la directive n° 2005/56, adoptée en vue, ainsi qu'il ressort de son considérant 1, de faciliter la réalisation de fusions transfrontalières entre sociétés de capitaux de différents types relevant de législations d'Etats membres différents.

55. Or, dès lors que l'affaire au principal concerne le sort à réserver à des emprunts subordonnés à la suite d'une fusion transfrontalière, il convient de déterminer, sur la base de la directive n° 2005/56, l'effet de cette fusion sur des emprunts d'une telle nature.

56. Il découle de l'article 2, 2., sous a), de la directive n° 2005/56 qu'une fusion par absorption est l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine, activement et passivement, à une autre société préexistante, à savoir la société absorbante.

57. S'agissant de l'effet d'une telle opération, il ressort de l'article 14, 2., sous a), de cette directive que la fusion transfrontalière entraîne, à partir de la date à laquelle cette fusion prend effet, le transfert de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante.

58. Une fusion par absorption implique donc que la société absorbante acquière la société absorbée dans son intégralité, sans extinction des obligations qu'une liquidation aurait provoquée, et entraîne, sans novation, la substitution de la société absorbante à la société absorbée comme partie à l'ensemble des contrats conclus par cette dernière. Dès lors, la loi qui était applicable à ces contrats avant la fusion demeure celle applicable après cette fusion.

59. Il s'ensuit que le droit de l'Union doit être interprété en ce sens que la loi applicable, à la suite d'une fusion par absorption transfrontalière, à l'interprétation, à l'exécution des obligations ainsi qu'aux modes d'extinction d'un contrat d'emprunt, tel que les contrats d'emprunt en cause au principal, conclu par la société absorbée, est celle qui était applicable à ce contrat avant cette fusion.

60. En ce qui concerne la protection des intérêts des créanciers dans le cadre d'une fusion transfrontalière, dont se prévaut *Sparkassen Versicherung* par sa demande subsidiaire, il convient de relever qu'il découle du considérant 3 et de l'article 4 de la directive n° 2005/56 qu'une société participant à une fusion transfrontalière reste soumise, en ce qui concerne notamment la protection de ses créanciers, aux dispositions et aux formalités de la législation nationale qui serait applicable dans le cadre d'une fusion nationale.

61. Il en résulte que les dispositions régissant la protection des créanciers de la société absorbée, dans un cas tel que celui en cause au principal, sont celles de la législation nationale dont relevait cette société.

62. Dans la mesure où les Etats membres, dans le cadre d'une fusion nationale, doivent se conformer aux articles 13 à 15 de la directive n° 78/855 en ce qui concerne la protection des créanciers, ils sont, partant, tenus de respecter ces dispositions également dans le cadre d'une fusion transfrontalière.

63. Or, tandis que les articles 13 et 14 de cette directive concernent la protection des créanciers respectivement non obli-

gataires et obligataires, l'article 15 de ladite directive porte sur la protection des porteurs des titres, autres que des actions, auxquels sont attachés des droits spéciaux.

64. La question est alors posée de savoir comment distinguer les titres visés à l'article 15 de la directive n° 78/855 des autres titres de créances.

65. A cet égard, il ressort des travaux préparatoires de cette directive, en l'occurrence la proposition d'une troisième directive du Conseil tendant à coordonner les garanties qui sont exigées dans les Etats membres des sociétés, au sens de l'article 58, 2., du traité, pour protéger les intérêts, tant des associés que des tiers, en ce qui concerne les fusions de sociétés anonymes (*J.O.*, 1970, C. 89, p. 20), ainsi que la proposition modifiée d'une troisième directive du Conseil tendant à coordonner les garanties qui sont exigées dans les Etats membres des sociétés, au sens de l'article 58, 2., du traité, pour protéger les intérêts, tant des associés que des tiers, en ce qui concerne les fusions de sociétés anonymes [COM (72) 1668 final], que les titres, autres que les actions, auxquels sont attachés des droits spéciaux, au sens de l'article 15 de ladite directive, visent, entre autres titres, les obligations échangeables contre des actions, les obligations assorties de droits de souscription préférentiels au capital social, les obligations participant aux bénéfices ainsi que les droits de souscription.

66. Ainsi, de tels titres sont ceux qui confèrent à leurs porteurs des droits plus étendus qu'un simple remboursement des créances et des intérêts convenus. Il en va ainsi, en particulier, des titres qui reconnaissent à leurs porteurs le droit de les échanger contre des actions ou le droit de participer aux bénéfices de la société émettrice.

67. En l'occurrence, il ressort des conditions d'émission, telles qu'elles sont présentées par la juridiction de renvoi, que les titres en cause au principal ne paraissent pas conférer à leurs porteurs des droits plus étendus qu'un simple remboursement des créances et des intérêts convenus. Il semblerait donc que ces titres ne relèvent pas du champ d'application de l'article 15 de la directive n° 78/855, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

68. Dans l'hypothèse où cette juridiction parviendrait à la conclusion contraire, il y a lieu de relever que l'article 15 de la directive n° 78/855 prévoit que les porteurs de titres, autres que des actions, auxquels sont attachés des droits spéciaux, au sens de cette disposition, doivent jouir, au sein de la société absorbante, de droits au moins équivalents à ceux dont ils jouissaient dans la société absorbée, sauf si la modification de ces droits a été approuvée par une assemblée des porteurs de ces titres, lorsque la loi nationale prévoit une telle assemblée, ou par les porteurs desdits titres individuellement ou encore si ces porteurs ont le droit d'obtenir le rachat de leurs titres par la société absorbante.

69. Il découle donc du libellé de l'article 15 de la directive n° 78/855 que celui-ci a pour objet de préserver les intérêts des porteurs de titres, autres que des actions, auxquels sont attachés des droits spéciaux.

70. Or, dans la mesure où il ressort de la demande de décision préjudicielle que l'article 226, § 3, de l'AktG a été introduit aux fins de transposer l'article 15 de la directive n° 78/855 et où la première de ces dispositions semble conférer à l'émettrice de tels titres le droit de mettre fin de façon unilatérale à la relation juridique qui l'unit aux porteurs de ces titres et de désintéresser ces porteurs, il convient de relever qu'un tel droit est étranger au libellé et à l'objectif de l'article 15 de la directive n° 78/855, cette dernière disposition conférant des droits aux titulaires de ces mêmes titres, mais non à leur émettrice. Dès lors une disposition, telle que l'article 226, § 3, de l'AktG, ne saurait constituer une transposition de l'article 15 de la directive n° 78/855.

71. Il s'ensuit que l'article 15 de la directive n° 78/855 doit être interprété en ce sens que cette disposition confère des droits aux porteurs de titres, autres que des actions, auxquels sont attachés des droits spéciaux, mais non à l'émettrice de tels titres.

Sur les dépens

72. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (3^e ch.) dit pour droit:

1) Le droit de l'Union doit être interprété en ce sens que:

– la loi applicable, à la suite d'une fusion par absorption transfrontalière, à l'interprétation, à l'exécution des obligations ainsi qu'aux modes d'extinction d'un contrat d'emprunt, tel que les contrats d'emprunt en cause au principal, conclu par la société absorbée, est celle qui était applicable à ce contrat avant cette fusion;

– les dispositions régissant la protection des créanciers de la société absorbée, dans un cas tel que celui en cause au principal, sont celles de la législation nationale dont relevait cette société.

2) L'article 15 de la troisième directive n° 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 fondée sur l'article 54, 3., sous g), du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, telle que modifiée par la directive n° 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 doit être interprété en ce sens que cette disposition confère des droits aux porteurs de titres, autres que des actions, auxquels sont attachés des droits spéciaux, mais non à l'émettrice de tels titres.

Note

L'arrêt KA Finanz AG: la fusion transfrontalière et la protection des créanciersThierry Tilquin¹**I. INTRODUCTION****1. Données de fait**

Les données de fait qui sous-tendent la décision de la Cour de justice sont assez simples².

La société anonyme de droit autrichien Kommunalkredit Austria AG (« *Kommunalkredit Austria* ») a, comme nombre d'établissements de crédit, connu de sérieuses difficultés pendant la crise financière de 2008. Kommunalkredit Austria fut nationalisée le 3 novembre 2008³. L'Etat autrichien soumit à la Commission européenne un plan de réorganisation de cet établissement de crédit⁴.

Dans le cadre de cette réorganisation, les actifs de Kommunalkredit Austria furent distribués entre deux entités au terme d'une scission: les actifs les plus viables furent logés dans une autre entité, dont la viabilité et la continuité devaient ainsi être assurées (la « nouvelle » Kommunalkredit Austria AG) tandis que les autres actifs furent conservés par l'entité existante, qui devint ce que l'on qualifie communément de « *bad bank* » et fut renommée KA Finanz AG (« *KA Finanz* »)⁵.

KA Finanz contrôlait la société de droit chypriote Kommunalkredit International Bank Ltd (« *Kommunalkredit* »), également établissement de crédit.

Kommunalkredit avait émis des *Notes* (les « *Notes* ») présentant des caractéristiques qui leur permettaient d'être pris en compte comme fonds propres réglementaires (en l'espèce « *Tier 2* ») pour le calcul des ratios de solvabilité tels qu'ils étaient déterminés à l'époque sous le régime dit de Bâle II

(*infra*, n° 4). En particulier, les *Notes* ne pouvaient donner lieu au paiement d'intérêts ou être remboursés que si ces paiements ou remboursements n'apportaient pas les fonds propres en dessous de « *seuils fixés dans les lignes directrices applicables de la banque centrale de Chypre sur le calcul des fonds propres des banques* »⁶.

Ces *Notes* étaient régies par le droit allemand en ce qui concerne « *la forme et le contenu des titres ainsi que tous les droits et les obligations des porteurs et de l'émettrice* »⁷.

2. L'opération litigieuse

Le 18 septembre 2010, KA Finanz absorba Kommunalkredit, au terme d'une opération régie par les dispositions nationales de droit autrichien et de droit chypriote issues de la directive n° 2005/56/CE sur les fusions transfrontalières (la « *directive n° 2005/56/CE* »)⁸.

L'article 226 de la loi autrichienne sur les sociétés par actions⁹, qui transposait les articles 13 à 15 de la troisième directive sur les fusions (la « *troisième directive sur les fusions* »)¹⁰, vise notamment le sort des « *titres participatifs* » en cas de fusion et permet de les supprimer dans certains cas¹¹.

Dans le cadre de cette fusion, KA Finanz et Kommunalkredit avaient considéré (i) que les *Notes* émis par Kommunalkredit, société absorbée, étaient des « *titres participatifs* » au sens de cet article, (ii) que, tel que le confirmait une « *fairness opinion* », ces titres avaient perdu toute valeur¹²,

^{1.} Avocat au barreau de Bruxelles (association d'avocats LIME), chargé de conférences – Executive Master en Gestion Fiscale de la Solvay Brussels School of Economics and Management (ULB).

^{2.} Les éléments de l'arrêt commenté font déjà l'objet d'un commentaire d'actualité dans la présente revue par K. SZYCHOWSKA, *R.D.C.*, 2016, pp. 714-715.

^{3.} Cette mesure s'inscrivait dans le plan de stabilité plus général de l'Etat autrichien qui avait été soumis à l'époque à la Commission: Commission Decision of December 2008 in case N557/2008 « *Measures under the Law on the stability of the financial markets and on strengthening the interbank market for credit institutions and insurance companies in Austria* », *J.O.U.E.*, C. 3, 8 janvier 2009, p. 2.

^{4.} Ce plan donna lieu à la décision en matière d'aide d'Etat du 31 mars 2011, C (2011) 2262 final, State Aid SA. 32745 (2011/NN) – Austria – Restructuring of Kommunalkredit Austria AG.

^{5.} Kommunalkredit press release, 17 novembre 2009; décision du 31 mars 2011, précitée, State Aid S.A. 32745 (2011/NN), §§ 16 et 41 et s.

^{6.} Art. 4, § 1^{er}, b), des conditions d'émission, tel que reproduit dans l'arrêt commenté, *sub* § 21.

^{7.} Art. 12, § 1^{er}, des conditions d'émission, tel que reproduit dans l'arrêt commenté, *sub* § 23.

^{8.} Directive n° 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *J.O.U.E.*, L. 310, 25 novembre 2005, pp. 1 et s.

^{9.} Art. 226 de la loi sur les sociétés par actions (Aktiengesetz) du 31 mars 1965 (BGBl. 1965/1), dans sa version applicable à l'époque (l'« *AktG* »), intitulé « *Protection des créanciers* ».

^{10.} Troisième directive n° 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 concernant les fusions des sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, L. 295, 20 octobre 1978, pp. 36 et s.

^{11.} Aux termes de l'art. 226, § 3, « *il convient d'accorder des droits équivalents aux titulaires d'obligations et de titres participatifs ou de leur verser une compensation adéquate pour la modification des droits ou le droit lui-même* ». Cet article vise en principe à transposer l'article 15 de la troisième directive sur les fusions (voir toutefois *infra*, n° 12).

^{12.} Fairness Opinion, *Beurteilung der Fairness von Bewertungsbandbreiten für die Ergänzungskapitalemissionen der KIB*, octobre 2010.