Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MELCHIOR WATHELET
présentées le 12 novembre 2014[1]

Affaire C-343/13

Modelo Continente Hipermercados SA
contre
Autoridade Para As Condições de Trabalho – Centro Local do Lis (ACT)
[demande de décision préjudicielle

formée par le Tribunal do Trabalho de Leiria (Portugal)]

«Régime des fusions des sociétés anonymes — Directive 2011/35/UE — Fusion par absorption — Transfert de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante — Responsabilité contraventionnelle — Droit national prévoyant le transfert d'une telle responsabilité de la société absorbée lors d'une fusion par absorption»

I – **Introduction**

1. La présente demande de décision préjudicielle a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Modelo Continente Hipermercardos SA (ci-après «MCH») à l'Autoridade para as Condições de Trabalho – Centro Local do Lis (ACT) (Autorité de surveillance des conditions de travail), au sujet de la décision de cette dernière de la condamner pour des infractions au code du travail commises par Good and Cheap – Comércio Retalhista SA (ci-après «Good and Cheap») avant la fusion par l'absorption de celle-ci dans MCH.

2. Dans ce contexte, la présente affaire pose la question de savoir si la fusion par l'absorption de Good and Cheap dans MCH entraîne la transmission à MCH des dettes de Good and Cheap lorsque le créancier n'a pas présenté sa demande auprès de Good and Cheap avant la fusion alors que les faits générateurs de la dette en cause ont eu lieu avant celle-ci.

3. La présente affaire donne à la Cour l'occasion d'interpréter pour la première fois une disposition de la troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité CEE et concernant les fusions des sociétés anonymes[2], telle que modifiée en dernier lieu par la directive 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009[3] (ci-après la «troisième directive»), ainsi que par la directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil, du 5 avril 2011, concernant les fusions des sociétés anonymes[4].

1 — Langue originale: le français.
2 — JO L 295, p. 36.
3 — JO L 259, p. 14.
4 — JO L 110, p. 1.

II – **Le cadre juridique**

A – *Le droit de l'Union*

4. La présente demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 19, paragraphe 1, de la troisième directive, qui était toujours en vigueur à la date de la fusion dont il est question dans l'affaire au principal.

5. La troisième directive a été codifiée par la directive 2011/35. Les considérants et dispositions de la directive 2011/35 qui sont pertinents aux fins de la présente affaire sont en substance identiques aux considérants et dispositions correspondants de la troisième directive. Pour cette raison, même si la fusion en cause au principal a eu lieu sous le régime de la troisième directive, comme la juridiction de renvoi et les parties, je me référerai à la directive 2011/35.

6. Les considérants 4 et 7 de la directive 2011/35 énoncent:

«(4) La protection des intérêts des associés et des tiers commande de coordonner les législations des États membres concernant les fusions de sociétés anonymes, et il convient d'introduire dans le droit de tous les États membres l'institution de la fusion.

[…]

(7) Les créanciers, obligataires ou non, et les porteurs d'autres titres des sociétés qui fusionnent devraient être protégés afin que la réalisation de la fusion ne leur porte pas préjudice.»

7. Aux termes de l'article 3, paragraphe 1, du chapitre II, intitulé «Organisation de la fusion par absorption d'une ou plusieurs sociétés par une autre société et de la fusion par constitution d'une nouvelle société» de la directive 2011/35:

«Aux fins de la présente directive, est considérée comme 'fusion par absorption' l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre, par suite de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement moyennant l'attribution aux actionnaires de la ou des sociétés absorbées d'actions de la société absorbante et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable.»

8. Le chapitre III de cette directive, intitulé «Fusion par absorption» comporte, entre autres, les dispositions suivantes:

«*Article 6*

Le projet de fusion doit faire l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre, conformément à l'article 3 de la directive 2009/101/CE, pour chacune des sociétés qui fusionnent, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion.

[…]

Article 11

1. Tout actionnaire a le droit, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion, de prendre connaissance, au siège social, au moins des documents suivants:

a) le projet de fusion;

b) les comptes annuels, ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés qui fusionnent;

c) le cas échéant, un état comptable arrêté à une date qui ne doit pas être antérieure au premier jour du troisième mois précédant la date du projet de fusion au cas où les derniers comptes annuels se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois à cette date;

[...]

Article 12

La protection des droits des travailleurs de chacune des sociétés qui fusionnent est organisée conformément à la directive 2001/23/CE.

Article 13

1. Les législations des États 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. À cet effet, les législations des États 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 États membres fixent les conditions de la protection prévue au paragraphe 1 et au premier alinéa du présent paragraphe. En tout état de cause, les États 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.

[…]

Article 18

1. La fusion doit faire l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre, conformément à l'article 3 de la directive 2009/101/CE, pour chacune des sociétés qui fusionnent.

2. La société absorbante peut procéder elle-même aux formalités de publicité concernant la ou les sociétés absorbées.

Article 19

1. La fusion entraîne ipso jure et simultanément les effets suivants:

a) la transmission universelle, tant entre la société absorbée et la société absorbante qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante;

b) les actionnaires de la société absorbée deviennent actionnaires de la société absorbante;

c) la société absorbée cesse d'exister.

[…]»

B – *Le droit portugais*

9. Le code des sociétés commerciales (Código das Sociedades Comerciais) transpose les dispositions de la directive 2011/35 en droit portugais.

10. Son article 98, intitulé «Projet de fusion», dispose:

«1 - Les organes d'administration qui fusionnent établissent, ensemble, un projet de fusion qui mentionne, outre les éléments nécessaires ou utiles pour parfaitement connaître l'opération visée, tant du point de vue juridique qu'économique:

[…]

d) le bilan de chacune des sociétés intervenantes, où figure en particulier la valeur des éléments d'actif et de passif transférés à la société absorbante ou à la nouvelle société;

[…]

h) les modalités de protection des droits des créanciers;

[…]

2 - Le bilan visé au paragraphe précédent, sous d), est:

a) le bilan du dernier exercice, dès lors qu'il a été clôturé dans les six mois qui précèdent le projet de fusion; ou

b) un bilan reporté à une date qui n'est pas antérieure au premier jour du troisième mois qui précède la date du projet de fusion.»

11. L'article 100 de ce code, intitulé «Enregistrement du projet et convocation de l'assemblée», stipule ce qui suit:

«1 - Le projet de fusion est enregistré.

2 - Les associés de chacune des sociétés participantes se prononcent, en assemblée générale, quel que soit le type de société, sur le projet de fusion, les assemblées étant convoquées, après l'enregistrement, en vue de se réunir, au moins un mois après la date de publication de la convocation.

3 - La convocation mentionne que le projet et la documentation annexée peuvent être consultés, au siège de la société, par les différents associés et créanciers des sociétés, et la date prévue pour l'assemblée.

[…]

5 - La publication de l'enregistrement du projet est réalisée d'office et automatiquement par le service d'enregistrement et précise que les créanciers peuvent s'opposer à la fusion conformément à l'article 101-A.

[…]»

12. L'article 101-A de ce même code, intitulé «Opposition des créanciers», est libellé comme suit:

«Dans le délai d'un mois à compter de la publication de l'enregistrement du projet, les créanciers des sociétés participantes dont les créances sont antérieures à cette publication peuvent former judiciairement opposition à la fusion, sur le fondement du préjudice qui en résulterait pour la réalisation de leurs droits, dès lors qu'ils ont demandé à la société le règlement de la créance ou la fourniture d'une garantie appropriée, depuis au moins 15 jours, sans que leur demande soit entendue.»

13. Selon l'article 101-B dudit code, intitulé «Effets de l'opposition»:

«1 - L'opposition judiciaire formée par un créancier quelconque empêche l'inscription définitive de la fusion au registre du commerce jusqu'à ce qu'un des faits suivants se soit produit:

a) l'opposition a été rejetée, par décision passée en force de chose jugée ou, en cas de constatation d'irrecevabilité, l'opposant n'a pas introduit de nouveau recours dans les 30 jours;

b) l'opposant s'est désisté;

c) la société a désintéressé l'opposant ou a fourni la caution fixée par accord ou par décision judiciaire;

d) l'opposant a accepté l'inscription;

e) le montant dû à l'opposant a été consigné en dépôt.

[…]»

14. L'article 111 du code des sociétés commerciales, intitulé «Enregistrement d'une fusion», dispose:

«La fusion étant approuvée par toutes les sociétés participantes sans qu'il y ait eu opposition dans le délai prévu à l'article 101-A ou, s'il y a eu opposition, un des faits visés à l'article 101-B, paragraphe 1 s'étant produit, l'enregistrement de la fusion au registre du commerce est demandé par un des administrateurs des sociétés participantes à la fusion ou de la nouvelle société.»

15. L'article 112 de ce code stipule:

«L'inscription de la fusion au registre du commerce:

a) Entraîne la dissolution des sociétés absorbées ou, en cas de constitution d'une nouvelle société, de toutes les sociétés fusionnées, leurs droits et obligations étant transmis à la société absorbante ou à la nouvelle société;

b) Les actionnaires des sociétés dissoutes deviennent actionnaires de la société absorbante ou de la nouvelle société.»

III – **Le litige au principal et les questions préjudicielles**

16. Good and Cheap était une société de droit portugais qui se consacrait au commerce de détail dans des supermarchés et des hypermarchés.

17. MCH est une société commerciale de droit portugais qui se consacre, parmi d'autres activités, au commerce de détail dans le secteur de l'alimentation. Elle détient et exploite environ 180 magasins au Portugal.

18. Le 15 février 2011, dans les locaux de Good and Cheap sis à Pombal (Portugal), l'ACT a procédé à une inspection du registre des heures de travail prestées par les travailleurs de Good and Cheap pour le mois de décembre 2010 et le mois de janvier 2011.

19. Le 22 février 2011, Good and Cheap et MCH ont enregistré auprès du service compétent du registre du commerce le projet de fusion qui avait été préalablement approuvé par leurs conseils d'administration. Ce projet de fusion a été publié sur le site Internet des publications du ministère de la Justice (https://publicacoes.mj.pt/Index.aspx).

20. Le 7 mars 2011, une inspectrice du travail («inspectora do trabalho») de l'ACT a dressé deux procès-verbaux («auto de notícia») contre Good and Cheap reprochant à cette dernière d'avoir enfreint les dispositions du droit de travail portugais selon lesquelles les travailleurs ne peuvent prester plus de cinq heures de travail consécutives et ont droit à une période de repos d'au moins onze heures ininterrompues entre deux périodes de travail consécutives.

21. La fusion par absorption du patrimoine de Good and Cheap dans MCH a été enregistrée au registre du commerce le 31 mars 2011. À partir de cette date, Good and Cheap a été dissoute.

22. Le 4 avril 2011, l'ACT a notifié les procès-verbaux du 7 mars 2011 à Good and Cheap en lui imposant deux amendes («coima»): l'une de 459 euros (payable au plus tard le 12 avril 2011) pour la violation de l'interdiction de faire prester aux travailleurs plus de cinq heures de travail consécutives (procès-verbal 161100188) et l'autre (dont la somme et la date limite de paiement ne ressortent pas du dossier soumis à la Cour) pour la violation du droit des travailleurs à une période de repos d'au moins onze heures ininterrompues entre deux périodes de travail (procès-verbal 161100190).

23. Par sa réponse écrite («resposta escrita»), MCH a contesté la légalité de cette décision en invoquant, entre autres arguments, l'enregistrement de la fusion par absorption de Good and Cheap dans MCH qui avait eu lieu le 31 mars 2011.

24. Par propositions de décision («proposta de decisão») datées des 18 et 21 septembre 2012, l'agent d'instruction («instrutora») a proposé à la directrice de l'ACT de confirmer les deux procès-verbaux du 7 mars 2011 et d'infliger à MCH une amende de 714 euros pour chacune des infractions en cause.

25. Par sa décision de cumul juridique («decisão de cúmulo jurídico») du 24 septembre 2012, la directrice de l'ACT a adopté lesdites propositions de décision et a infligé à MCH une amende cumulée pour les deux procès à hauteur de 1 250 euros. Cette décision a été notifiée à MCH le 26 septembre 2012.

26. MCH a formé un recours contentieux («recurso de impugnação judicial») devant le Tribunal do Trabalho de Leiria (tribunal de travail de Leira, Portugal) contestant la légalité de cette dernière décision. Entre autres arguments, MCH soulève qu'une interprétation de l'article 112 du code des sociétés commerciales qui permet l'infliction d'une amende à MCH pour des infractions du droit de travail commises par Good and Cheap est contraire à l'article 19, paragraphe 1, sous a), de la directive 2011/35.

27. Dans ces circonstances, le Tribunal do Trabalho de Leiria a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) À la lumière du droit [de l'Union], en particulier [de l'article 19, paragraphe 1, sous a)] de la directive 2011/35/UE, la fusion de sociétés implique-t-elle un régime de transmission de la responsabilité contraventionnelle à la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant l'enregistrement de la fusion?

2) Une sanction de nature contraventionnelle peut-elle être considérée, aux fins de l'application de la directive 2011/35, comme une créance d'un tiers (en l'occurrence l'État, pour infraction à des normes de la législation du travail), la créance invoquée (l'amende infligée pour sanctionner une contravention) détenue par l'État étant transférée à la société absorbante?

3) La thèse selon laquelle l'article 112 du code des sociétés commerciales n'implique l'extinction ni de la procédure relative à une contravention commise avant la fusion ni de l'amende infligée ou à infliger n'est-elle pas contraire à la directive 2011/35, qui définit les effets de la fusion de sociétés, en donnant de cette disposition une interprétation extensive contraire aux principes du droit communautaire, en particulier à l'article 19 de la directive?

4) Cette thèse ne constitue-t-elle pas une violation du principe selon lequel il ne peut y avoir contravention sans responsabilité objective (atténuée) ou responsabilité pour faute de la société absorbante?»

IV – **La procédure devant la Cour**

28. La présente demande de décision préjudicielle a été déposée à la Cour le 24 juin 2013. MCH, les gouvernements portugais, allemand, hongrois et autrichien ainsi que la Commission européenne ont déposé des observations écrites.

29. Le 20 juin 2014, la Cour a adressé une liste de questions à MCH et au gouvernement portugais pour réponse écrite avant l'audience. Les réponses du gouvernement portugais et de MCH sont respectivement parvenues à la Cour les 15 et 28 juillet 2014.

30. Une audience s'est tenue le 3 septembre 2014 lors de laquelle MCH, les gouvernements portugais et allemand ainsi que la Commission ont présenté leurs observations orales.

V – **Analyse**

A – *Sur la recevabilité*

31. Les gouvernements allemand et autrichien émettent des doutes sur la recevabilité de certaines questions qui ont été posées par la juridiction de renvoi. Le gouvernement allemand considère que les troisième et quatrième questions portent sur l'interprétation du droit national. Le gouvernement autrichien soutient quant à lui que la deuxième question porte sur une situation où, contrairement aux faits du litige au principal, l'amende a déjà été infligée avant la fusion et qu'elle revêt par

conséquent un caractère hypothétique. En outre, la question de responsabilité pénale évoquée à la quatrième question ne serait pas réglée par la directive 2011/35 et ne présenterait donc pas le lien avec le droit de l'Union européenne exigé par l'article 51 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

32. Je ne partage pas la position du gouvernement autrichien sur la deuxième question par laquelle la juridiction de renvoi interroge la Cour sur le point de savoir si une sanction de nature contraventionnelle, comme l'amende en cause au principal, peut être qualifiée de créance et l'État portugais de créancier au sens de la directive 2011/35[5]. Comprise de cette façon, la deuxième question porte non seulement sur la qualification d'une amende infligée avant la fusion mais également sur une amende infligée après la fusion. Dans ce sens, la deuxième question n'est pas hypothétique.

33. Quant à la troisième question, je ne considère pas qu'elle porte sur l'interprétation du droit national. Par sa question, la juridiction de renvoi interroge la Cour sur l'interprétation à donner à l'article 19 de la troisième directive en vue de pouvoir se prononcer sur la compatibilité ou non avec cette disposition de l'article 112 du code des sociétés commerciales, tel qu'il est interprété au Portugal, à savoir qu'une fusion n'implique l'extinction ni de la procédure relative à une contravention commise avant la fusion ni de l'amende infligée ou à infliger. La troisième question est donc recevable.

34. En revanche, je partage la position des gouvernements allemand et autrichien selon laquelle la quatrième question n'est pas recevable. En effet, cette question porte sur l'interprétation d'un principe du droit portugais, ce qui, selon une jurisprudence constante, ne relève pas de la compétence de la Cour[6].

B – *Sur le fond*

35. Tout comme le gouvernement hongrois, je pense que, par l'ensemble de ses questions, la juridiction de renvoi souhaite savoir si l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2011/35 doit être interprété dans le sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui, comme l'article 112 du code des sociétés commerciales portugais tel qu'il est appliqué au Portugal, prévoit qu'une fusion de sociétés par absorption entraîne la transmission à la société absorbante de l'obligation de payer une amende pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée, lorsque lesdites infractions ont été commises avant cette fusion alors même que l'amende n'a été infligée par décision définitive qu'après ladite fusion. Je traiterai donc ensemble les questions posées par la juridiction de renvoi.

1. Les arguments soumis à la Cour

36. MCH et le gouvernement allemand font valoir que la transmission universelle, lors d'une fusion par absorption, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante, telle que prévue par l'article 19, paragraphe 1, sous a), de la directive 2011/35, comprend le transfert des dettes de la société absorbée. Toutefois, une amende contraventionnelle infligée à cette dernière ne saurait être considérée comme une créance de l'État – et, partant, une dette de la société absorbée – qu'à partir du moment où l'État dispose d'une décision, administrative ou judiciaire, définitive dans le sens qu'elle est exécutoire. Or, en l'occurrence, la fusion a eu lieu avant l'intervention de cette décision et, par conséquent, la responsabilité contraventionnelle de Good and Cheap pour les infractions au droit de travail en cause n'a pas été transmise à MCH.

5 — Les termes «créance» et «créancier» apparaissent à l'article 13 de ladite directive, mais n'y sont pas définis.

6 — Voir arrêts Auroux e.a. (C-220/05, EU:C:2007:31, point 25); dos Santos Palhota e.a. (C-515/08, EU:C:2010:589, point 18); Idryma Typou (C-81/09, EU:C:2010:622, point 35), et Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588, point 28).

37. En outre, selon MCH, si la transmission de la responsabilité contraventionnelle dans de telles circonstances était admise, les actionnaires et les créanciers des sociétés participant à la fusion ne seraient pas en mesure d'évaluer les conséquences économiques de la fusion. Pour cette même raison, le gouvernement allemand considère que la date de référence pour la détermination du montant du patrimoine actif et passif à transmettre est celle à laquelle la fusion est effective.

38. Le gouvernement autrichien estime que la directive 2011/35 ne prévoit que la responsabilité civile de la société absorbante à l'égard des créanciers ou des porteurs d'autres titres. Elle ne comporte pas de dispositions relatives à la responsabilité contraventionnelle des sociétés participant à la fusion, qui, selon ce gouvernement, constitue une responsabilité administrative pénale. Il s'ensuit que les faits à l'origine de la présente demande de décision préjudicielle ne relèvent pas du champ de l'application de ladite directive.

39. Toutefois, le gouvernement autrichien considère que la directive 2011/35 n'exclut pas non plus que la société absorbante assume une responsabilité contraventionnelle pour des actes imputables à la société absorbée. Par conséquent, une réglementation nationale en vertu de laquelle des sanctions administrative pénales pourraient être infligées à la société absorbante ne serait pas contraire à l'article 19, paragraphe 1, sous a), de cette directive.

40. Les gouvernements portugais et hongrois ainsi que la Commission considèrent, en substance, que la transmission, lors d'une fusion, de la responsabilité contraventionnelle de la société absorbée à la société absorbante est imposée par l'article 19, paragraphe 1, sous a), de la directive 2011/35. Ils mettent en exergue le caractère universel de la transmission de l'ensemble de l'actif et du passif visée à cette disposition. Une amende devrait être considérée comme une créance de l'État que cette directive vise à protéger en tant que créancier. Elle ferait donc partie du passif d'une société absorbée par fusion et, dans ce sens, serait donc transmise à la société absorbante.

2. Appréciation

a) Droit applicable

41. Il convient d'abord de déterminer le droit applicable à la question de la transmission à une société absorbante de l'obligation de payer une amende qui a été infligée après l'enregistrement de la fusion pour des infractions commises par la société absorbée qui, par l'opération de la fusion, a cessé d'exister. S'agit-il d'une question régie par la directive 2011/35 ou par le seul droit national?

42. L'article 19, paragraphe 1, sous a), de la directive 2011/35 prévoit que «[l]a fusion entraîne *ipso jure* et simultanément […] la transmission universelle, tant entre la société absorbée et la société absorbante qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante».

43. L'utilisation du terme «ipso jure» démontre que la fusion entraîne de plein droit, sans autre condition de forme ou de fond, la transmission de l'ensemble du patrimoine actif et passif. La transmission en cas de fusion est donc régie par le droit de l'Union[7]. Il convient toutefois de déterminer le champ d'application de l'article 19, paragraphe 1, sous a), de la directive 2011/35.

7 — Je note que l'article 14, paragraphe 1, sous a), de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005, sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (JO L 310, p. 1), telle que modifiée, prévoit que «[l]a fusion transfrontalière […] entraîne […] les effets suivants: a) l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée est transféré à la société absorbante; […]». À mon avis, l'omission des termes «ipso jure» ne doit pas mener à une interprétation autre que celle de la directive 2011/35. Dans le cas de sociétés de capitaux aussi, la fusion entraîne de plein droit la transmission de l'ensemble du patrimoine actif et passif, sans autres conditions que celles prévues par la directive 2005/56.

b) Champ d'application ratione materiae de l'article 19, paragraphe 1, sous a), de la directive 2011/35: «l'ensemble du patrimoine actif et passif»

44. L'article 19, paragraphe 1, sous a), de la directive 2011/35 est-il applicable lorsqu'il s'agit d'une obligation du droit contraventionnel, en l'occurrence d'une amende infligée pour une infraction au droit du travail portugais, dont les faits générateurs datent d'avant la date de publication du projet de fusion mais dont la notification au redevable a été faite pour la première fois après l'enregistrement cette fusion?

45. Il faut donc déterminer si les termes «l'ensemble du patrimoine actif et passif», et notamment les termes «patrimoine […] passif», sont suffisamment larges pour couvrir une situation telle que celle du litige au principal. Comme le soulève le gouvernement allemand, il s'agit de l'interprétation de termes, qui, malgré le fait d'être utilisés à plusieurs reprises par la directive, n'y sont pas définis. Il convient donc d'interpréter ces termes de manière autonome et uniforme dans toute l'Union européenne [8], en tenant compte du contexte dans lequel ceux-ci sont utilisés et des objectifs poursuivis par la directive 2011/35 [9].

i) Les obligations du droit contraventionnel font-elles partie du patrimoine passif de la société absorbée?

46. Quant à la nature du droit contraventionnel, le gouvernement autrichien considère, sans motivation particulière, que l'article 19, paragraphe 1, sous a), de la directive 2011/35 ne s'applique qu'à la responsabilité civile. L'amende en cause en tant qu'obligation du droit contraventionnel possèderait un caractère pénal qui la ferait échapper au champ d'application de cet article. Selon ce gouvernement, une disposition du droit national qui permet la transmission de la responsabilité contraventionnelle ne peut donc pas être contraire à ladite directive.

47. La Commission a aussi consacré une grande partie de ses observations écrites à la naissance du droit contraventionnel («Ordnungsstrafrecht») en Allemagne, son histoire, sa nature quasi pénale et ses différences avec le droit pénal classique ou secondaire.

48. À mon avis, ces considérations, malgré leur intérêt théorique, n'ont pas le moindre impact sur le champ d'application de la directive 2011/35. L'article 19, paragraphe 1, sous a), de cette directive se réfère au «patrimoine passif», c'est-à-dire à l'ensemble des dettes [10] qui grèvent l'ensemble de biens et des obligations d'une même personne, envisagé comme formant une universalité de droit [11].

49. En utilisant ces termes larges, ledit article vise donc clairement à couvrir toute dette possible, quelles qu'en soient l'origine et la nature de la responsabilité civile, pénale ou quasi pénale, pour autant qu'il s'agisse de la responsabilité de la société absorbée elle-même [12] et qu'elle puisse se traduire dans une valeur monétaire.

8 — Voir, à cet égard, arrêts Linster (C-287/98, EU:C:2000:468, point 43); Brüstle (C-34/10, EU:C:2011:669, point 25), ainsi que Ziolkowski et Szeja (C-424/10 et C-425/10, EU:C:2011:866, point 32).

9 — Voir, en ce sens, arrêts easyCar (C-336/03, EU:C:2005:150, point 21); Wallentin-Hermann (C-549/07, EU:C:2008:771, point 17), ainsi que Ziolkowski et Szeja (EU:C:2011:866, point 34).

10 — Je vise par le terme «dette» l'obligation en vertu de laquelle une personne nommée débiteur est tenue envers une autre, nommée créancier, d'accomplir une prestation (donner, faire ou ne pas faire quelque chose): voir Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, 9e éd., PUF, Paris, 2011, p. 340.

11 — Voir Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, 9e éd., PUF, Paris, 2011, p. 737 et 738.

12 — Bien évidemment, la responsabilité pénale des dirigeants ou d'autres organes de la société absorbée n'est pas visée à l'article 19, paragraphe 1, sous a), de la directive 2011/35. En revanche, une amende pénale imposée à la société absorbée pour un crime commis par elle est transmissible à la société absorbante.

50. Cela ressort encore plus clairement de la version anglaise de la directive 2011/35 qui, si elle ne qualifie pas la transmission d'«universelle», vise «all the assets and *liabilities*» [13]. Sans aucun doute, une dette de nature quasi pénale comme celle en cause dans l'affaire au principal constitue une «liability» de la société absorbée.

51. Je partage la position de MCH et des gouvernements portugais et allemand, selon laquelle une amende telle que celle en cause peut être qualifiée de «créance» en faveur de l'État et ce dernier de «créancier» au sens de l'article 13 de la directive 2011/35.

52. Par conséquent, toutes les dettes grevant une société participant à une fusion, y inclus les dettes en faveur de l'État, font partie de son patrimoine passif et sont donc automatiquement et sans autre condition transmises à la société résultant de la fusion.

ii) Les dettes qui sont in statu nascendi au moment de la fusion font-elles partie du patrimoine passif de la société absorbée?

53. Il convient encore de déterminer si la notion de patrimoine passif couvre également une dette qui est in statu nascendi au moment de l'enregistrement de la fusion, c'est-à-dire une dette, comme celle en cause dans l'affaire au principal, dont les faits générateurs se situent avant l'enregistrement de la fusion mais qui n'est devenue exigible et n'a été notifiée pour la première fois au débiteur qu'après l'enregistrement de la fusion.

54. Je pense, pour les raisons suivantes, que les dettes in statu nascendi telles que celle en cause dans l'affaire au principal font partie du patrimoine passif de la société absorbée et sont donc transférées à la société absorbante.

55. Tout d'abord, rien dans le texte de la directive 2011/35 n'empêche cette interprétation de la notion de patrimoine passif de la société absorbée. Pas plus d'ailleurs que celle de passif employée, eu égard à l'époque des faits dans l'affaire au principal, dans la quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés [14], telle que modifiée par la directive 2009/49/CE du Parlement européen et du Conseil, du 18 juin 2009 (JO L 164, p. 42, ci-après la «directive 78/660»), et, notamment, à l'article 9, sous l'intitulé «Passif», les points B, 3, et C, 8, auxquels se sont référées les parties lors de l'audience [15].

56. Dans ses observations écrites, la Commission a soutenu la thèse selon laquelle la dette en cause dans l'affaire au principal faisait partie du passif de la société absorbante au sens de la directive 78/660, mais qu'une provision correspondante devait être faite dans les comptes annuels de celle-ci. La Commission fondait cette opinion sur le fait que la société absorbée avait reçu notification des procès-verbaux pour la première fois avant l'enregistrement de la fusion, ce qui ne ressort pas du dossier déposé à la Cour.

13 — C'est moi qui souligne. Le terme «liability» est défini comme «quelque chose pour laquelle quelqu'un est responsable, notamment une somme d'argent» («a thing for which some one is responsible, especially an amount of money»), voir *Oxford Dictionnary of English,* Oxford University Press, Oxford, 2005, 2e éd. révisée, p. 1008.

14 — JO L 222, p. 11.

15 — Cet article prévoit que le passif tel qu'il figure dans les comptes annuels des sociétés doit inclure, entre autres, les «[a]utres provisions» (point B, 3), à savoir des provisions autres que les provisions pour pensions et obligations similaires et les provisions pour impôts, ainsi que les «[a]utres dettes, dont [les] dettes fiscales et [les] dettes au titre de la sécurité sociale». Il est, à mon avis, normal que cet article n'inclue pas dans la définition du passif les dettes in statu nascendi puisque les comptes annuels ne peuvent faire apparaître que les dettes certaines et exigibles ou en tout cas, dont la naissance est probable ou prévue pour autant qu'elles sont quantifiables.

57. Toutefois, lors de l'audience, la Commission a soutenu que les règles applicables à l'établissement des comptes annuels n'étaient pas pertinentes en l'espèce. Je partage cette dernière position parce que, dans le cas inverse, une dette dont l'existence était constatée par le créancier pour la première fois après l'établissement des comptes utilisés pour la fusion ne pourrait plus être transmise à la société absorbante, étant donné que les comptes annuels ne peuvent refléter que des dettes prévisibles et quantifiables.

58. En ce sens, le fait qu'une dette in statu nascendi ne relève pas de la notion du passif au sens de la directive 78/660 et donc ne figure pas de ce fait au bilan joint au projet de fusion ne suffit pas pour l'exclure du patrimoine passif au sens de la directive 2011/35.

59. Si tel était le cas, la fusion opérerait comme une cause d'extinction des obligations et pourrait même n'intervenir que dans ce but.

60. Les exemples suivants aident à illustrer ce point:

— la veille de la fusion de deux sociétés pétrolières, l'une d'elles provoque une catastrophe environnementale en raison d'un déversement de pétrole dans la mer. Si l'interprétation selon laquelle une dette doit être née, certaine et exigible de la société débitrice avant la fusion pour qu'elle puisse être transférée à la société absorbante était retenue, l'administration n'aurait aucun moyen d'imposer les amendes prévues par son droit environnemental et les parties lésées ne pourraient obtenir des dommages et intérêts,

— à la suite d'une fusion comme celle en cause dans l'affaire au principal, l'administration fiscale découvre que la société absorbée opérait pendant plusieurs années un plan d'optimisation fiscale abusif. Si la même interprétation était d'application, l'administration fiscale n'aurait aucun moyen pour recouvrer l'impôt non payé.

61. Une fusion par absorption implique donc que la société absorbante acquière la société absorbée dans son intégralité, y inclus son passé. Comme l'indique d'ailleurs l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2011/35, la fusion par absorption est opérée par le moyen de «dissolution *sans liquidation*» [16] des sociétés qui fusionnent, ce qui implique le transfert de l'ensemble de la société absorbée sans extinction des obligations que la liquidation aurait provoquée. C'est pour cette raison, à savoir le risque que des éléments du passif de la société absorbée seraient inconnus de la société absorbante au moment de la fusion, que, dans la pratique, un accord de fusion contient normalement une clause de déclarations et garanties («disclosure and warranties») en faveur de la société absorbante.

62. Il n'y a d'ailleurs rien de novateur dans l'idée que la société absorbante succède à la responsabilité de la société absorbée à la suite de la fusion. Je me réfère à de nombreux litiges en Europe et aux États-Unis dans lesquels des sociétés absorbantes ont été assignées en responsabilité, parfois sous forme de recours collectifs, pour le fait que, avant la fusion, la société absorbée avait exposé ses employés à l'amiante, qui de ce fait avaient souffert d'asbestose et du mésothéliome. Dans tous ces cas, le fait que la société absorbante n'était pas au courant de cette responsabilité au moment de la fusion n'avait nullement exclu son transfert de la société absorbée à la société absorbante [17].

16 — C'est moi qui souligne.

17 — Voir, en ce sens, Havard-Williams, V., «Asbestos liability: Managing the risks» (disponible sur le site Internet de Practical Law à l'adresse suivante:
http://uk.practicallaw.com/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%
2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1247476867411&ssbinary=true). Voir, également, arrêt de la Cour suprême du Texas dans l'affaire *Barbara Robinson c. Crown Cork & Seal Co* [335 S.W.3d 126, 129-130 (2010)].

63. Il est même arrivé que le montant des dommages-intérêts dépasse de loin le prix d'acquisition de la société absorbée, au point que certains législateurs sont intervenus pour limiter cette responsabilité, par exemple, comme au Texas, «à la valeur juste marchande du total des actifs bruts de la société cédante calculée au moment de la fusion ou de la consolidation» [18].

64. À defaut d'une telle disposition explicite, je considère que l'article 19, paragraphe 1, sous a), de la directive 2011/35 prévoit le transfert des dettes in statu nascendi de la société absorbée à la société absorbante.

65. Il faut encore souligner que cette règle ne joue pas toujours au détriment de la société absorbante car cette dernière acquiert aussi l'ensemble du patrimoine actif, à savoir non seulement les droits qui sont exigibles au moment de la fusion mais également les espoirs d'une créance future (spes debiturum iri) [19] ainsi que des droits qui seront nés après l'enregistrement de la fusion.

66. En ce sens, une société absorbante comme MCH aurait droit au remboursement de l'impôt indûment payé par la société absorbée avant la fusion ainsi que d'un impôt prélevé sur la société absorbée avant la fusion mais déclaré contraire au droit de l'Union après la fusion.

67. La question pourrait encore se poser de savoir si, au lieu d'imposer le transfert des dettes in statu nascendi à la société absorbante, la directive 2011/35 ne se contente pas de permettre aux États membres de prévoir ce transfert dans leur droit national. Ce n'est pas mon avis.

68. L'article 19, paragraphe 1, sous a), de la directive 2011/35, comme d'ailleurs l'article 14, paragraphe 1, sous a), de la directive 2005/56 [20] qui comporte une disposition équivalente à celui-ci, imposent évidemment une définition commune des notions de patrimoine passif, sans possibilité pour les États membres de restreindre ou d'élargir ces notions. Dans l'hypothèse débattue lors de l'audience où le droit applicable à la société absorbée exigeait le transfert de la dette en cause et le droit applicable à la société absorbante l'excluait, il y aurait un conflit entre les deux droits que la directive 2005/56 serait incapable de trancher, ce qui serait contraire à son objectif de faciliter les fusions transfrontalières.

69. Il reste encore à déterminer si l'interprétation que je propose de l'article 19, paragraphe 1, sous a), de la directive 2011/35 devrait également s'appliquer à une dette in statu nascendi, lorsque le créancier, qui est au courant de l'imminence de la fusion, ne fait rien pour signaler l'existence de sa créance ou la possibilité de son existence avant l'enregistrement de la fusion.

70. Dans ses observations écrites ainsi que lors de l'audience, MCH a insisté sur le fait que l'ACT avait procédé à l'inspection qui a donné lieu aux amendes en cause dans l'affaire au principal, avant la publication du projet de fusion. Dans sa réponse écrite aux questions de la Cour, le gouvernement portugais a admis que la publication officielle du projet de fusion sur le site Internet des publications du ministère de la Justice, effectuée le 22 février 2011, valait information des créanciers potentiels, dont l'ACT qui aurait donc dû alerter les sociétés en train de négocier leur fusion.

18 — Article 149.003, sous a), du Texas Civil Practice and Remedies Code: «[…] the cumulative successor asbestos-related liabilities of a corporation are limited to the fair market value of the total gross assets of the transferor determined as of the time of the merger or consolidation», jugé incompatible avec l'interdiction des lois rétroactives de l'article I, paragraphe 16, de la Constitution du Texas par la Cour suprême du Texas: voir *Barbara Robinson c. Crown Cork & Seal Co* [335 S.W.3d 126 (2010)].

19 — L'espérance d'une créance à venir est reconnue comme faisant partie du patrimoine d'une personne de très longue date. Je cite, en ce sens, des *Institutes de l'Empereur Justinien,* livre III.15.4 («La stipulation conditionnelle donne lieu à l'espérance que la chose sera due, et on transmet cette même espérance à son héritier, si on meurt avant l'événement de la condition»: Hulot, H., *Les Institutes de l'Empereur Justinien*, Behmer et Lamort éditeurs, Metz, 1806), ainsi que le passage du livre L.16.54 du *Digeste* du même Empereur attribué au juriste romain Ulpien («On entend par créanciers conditionnels, ceux à qui on n'accorde pas encore d'action, mais à qui elle devra l'être, ou qui ont l'espérance de l'obtenir lors de l'événement de la condition apposée à leur créance»: Hulot, H., et Berthelot, J.-F., *Les Cinquantes Livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, Behmer et Lamort éditeurs, Metz, 1803).

20 — Voir note 7 en bas de page des présentes conclusions.

71. Même si je reconnais que, dans un tel contexte factuel, un créancier de bonne foi ne devrait pas manquer d'avertir son débiteur de sa créance avant la fusion [21], j'estime que la fusion n'emporte pas l'extinction de cette créance. Rien dans la directive 2011/35 ne permet de plaider le contraire.

72. Au vu de l'ensemble de ces éléments, je considère que l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2011/35 doit être interprété dans le sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale comme l'article 112 du code des sociétés commerciales portugais tel qu'il est appliqué au Portugal, en vertu de laquelle une fusion de sociétés par absorption entraîne la transmission à la société absorbante de l'obligation de payer une amende pour des infractions au droit de travail commises par la société absorbée, lorsque lesdites infractions ont été commises avant cette fusion mais que l'amende n'a été infligée par décision définitive qu'après ladite fusion.

VI – **Conclusion**

73. Je propose donc à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par le Tribunal do Trabalho de Leiria de la manière suivante:

L'article 19, paragraphe 1, de la directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil, du 5 avril 2011, concernant les fusions des sociétés anonymes, doit être interprété dans le sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale comme l'article 112 du code des sociétés commerciales (Código das Sociedades Comerciais) tel qu'il est appliqué au Portugal, en vertu de laquelle une fusion de sociétés par absorption entraîne la transmission à la société absorbante de l'obligation de payer une amende pour des infractions au droit de travail commises par la société absorbée, lorsque lesdites infractions ont été commises avant cette fusion mais que l'amende n'a été infligée par décision définitive qu'après ladite fusion.

21 — Je rappelle que la directive 2011/35 met en place un système de transparence visant à garantir et à protéger les intérêts des sociétés participant à la fusion ainsi que de leurs actionnaires, employés et créanciers. Selon ce système, les organes d'administration des sociétés qui fusionnent établissent par écrit un projet de fusion (article 5) qui doit faire l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre (article 6). La fusion requiert au moins l'approbation de l'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent (article 7). Afin que les actionnaires puissent donner leur accord à la fusion, ils ont le droit, un mois au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion, de prendre connaissance, entre autres, du projet de fusion, des comptes annuels et rapports de gestion (article 11). La directive 2011/35 oblige les États membres de 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 (article 13). En transposant ce dernier article au droit portugais, l'article 101-A du code des sociétés commerciales permet à cette catégorie des créanciers de s'opposer, sous certaines conditions, à la fusion dans le mois qui suit la publication du projet de fusion.