

Las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital

La nueva directiva 2005/56/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005

Por el Dr. Alejandro Espada Gerlach, Abogado, Bufete Espada Gerlach, Barcelona

Así como resulta fácil y habitual el comprar y vender mercaderías y servicios entre varios Países de la Unión Europea, no lo ha sido ni es tanto el poder fusionarse o absorber sociedades de diferentes Países de la Unión

Aún cuando desde el inicio del Tratado de Roma se mencionaba la posibilidad de fusión de sociedades ubicadas en diferentes países de la entonces Comunidad Económica Europea, hubo que esperar a una Directiva del año 78, la n° 855, para que se regulara la fusión de algunas sociedades de capital, como lo son las anónimas.

En el año 2001, mediante Reglamento CE 2157, se regula finalmente el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea donde se vuelve a contemplar tal posibilidad de fusiones y absorciones.

No obstante los anteriores mecanismos, pensados para las grandes Sociedad Anónimas, la actual Directiva 56/2005 pretende ampliar tal posibilidad a un mayor abanico de sociedades de capital, como son las Limitadas, las comanditarias por acciones y, por supuesto, las anónimas.

Esta directiva, pretende simplificar los trámites de tales fusiones y absorciones haciéndolo extensivo a las pequeñas y medianas empresas.

Cierto es que, las enormes dificultades burocráticas anteriores, intentaban evitar por cualquier medio las fusiones o absorciones de sociedades ubicadas en otros países por otros mecanismos mucho más sencillos y, más eficaces por más pragmáticos; pues, en definitiva, de lo que se trataba era de mejorar la posición en el mercado de aquel o aquellos países de la Unión Europea donde deseaba implantarse o desarrollarse; nos estamos refiriendo a simples compras de sociedades pre-existentes, o de sus activos y fondos de comercio, creando nuevas sucursales o filiales, disolviendo las sociedades que, una vez vacías de contenido, perdían su verdadero sentido.

Sin embargo, no es menos cierto que tales conductas perjudicaban muchas veces al pequeño accionista o inversor que veía desaparecer su empresa.

Con las nuevas fusiones y absorciones transfronterizas se pretende conservar la inversión inicial del pequeño accionista, a la vez que asegurar los derechos laborales y protección de los acreedores, dando lugar a sociedades que, en principio, han de resultar fortalecidas tras tales operaciones y, consecuentemente, mejor protegi-

dos los intereses de todos los agentes implicados, (accionistas, obligacionistas, trabajadores, proveedores, etc.).

En este sentido por fusión transfronteriza se requiere que al menos 2 de las sociedades de capital implicadas tengan su domicilio social en 2 países distintos de la Unión Europea y por tanto sujetas a legislaciones distintas.

Se considerarán excluidos del ámbito de dicha Directiva cuando alguna de las sociedades no esté sujeta a la legislación de un país no miembro de la UE, o se trate, por ejemplo, de sociedades de cooperativas o de Inversión colectiva.

En cuanto al procedimiento a seguir, sin olvidar que será siempre aplicable el derecho nacional al que esté sujeta cada una de las sociedades intervinientes, éstas deberán contar además con:

- ▶ un proyecto común de fusión transfronteriza;
- ▶ prever las posibles consecuencias que la fusión pueda tener sobre el empleo;
- ▶ informar sobre los estatutos de la sociedad resultante de la fusión;
- ▶ contener información sobre los procedimientos y condiciones de implicación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión;
- ▶ informar sobre la evolución del patrimonio activo y pasivo transferido a la sociedad resultante;
- ▶ expresión de las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan y que sirvan de base para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.

La necesaria publicidad de todo ello para que los agentes implicados puedan pronunciarse, el informe pericial independiente, el informe del Órgano de administración de las compañías, la aprobación de la fusión por la Junta General y un control de legalidad doble; esto es, la del PROCEDIMIENTO PREVIO DE FUSION por la autoridad nacional competente de cada una de las sociedades (en España probablemente por el Registrador Mercantil) que emitirá un certificado en el sentido de que se han respetado los trámites previos a la fusión y, de una nueva supervisión por la autoridad nacional competente del país donde la Sociedad resultante tenga su domicilio, que controlará la legalidad de la TERMINACION del proceso en su conjunto, son los meca-

nismos de control que pretenden garantizar una transición o transformación ordenada para todos los agentes implicados.

Resulta interesante preguntarse qué puede hacer el accionista o socio minoritario frente al proyecto de fusión.

Según nuestra legislación interna, de no estar de acuerdo con la fusión ello le permitiría separarse de la sociedad – percibiendo obligatoriamente el precio que la legislación societaria nacional le permita- o aprobar la fusión recibiendo las acciones o participaciones resultantes.

Un buen estudio previo le ayudará a decidirse sobre cuál de las dos opciones le resulte más ventajosa, de ahí que un buen asesoramiento económico y legal le permitirá obtener los mejores resultados y le informará de cómo utilizar los mecanismos legales para hacer valer sus derechos.

El inconveniente que veo para el pequeño inversor es que el plazo desde el anuncio a la celebración de la junta es relativamente corto (un mes) y exige una información y conocimientos que no son fáciles de poseer y asimilar, máxime cuando hay que estudiar simultáneamente la situación de al menos dos sociedades ubicadas en países distintos; pero, en fin, para eso estamos los profesionales

Barcelona, Mayo 2006

Contacto: Alejandro Espada Gerlach

Bufete de Abogados
www.espadagerlach.com

Verschmelzung von Kapital-Gesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten

Die neue Richtlinie 2005/56/CEE des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005

Von Dr. Alejandro Espada Gerlach, Abogado, Bufete Espada Gerlach, Barcelona

So einfach wie der Vertrieb von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen von einem Land in ein anderes Land der Europäischen Union ist die Verschmelzung und die Übernahme von Gesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union noch lange nicht. Obwohl die Möglichkeit der Verschmelzung von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedsstaaten der damaligen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft schon im Gründungsvertrag von Rom erwähnt wurde, musste die Richtlinie Nummer 855 aus dem Jahre 1978 abgewartet werden, bis eine Regelung zur Verschmelzung von bestimmten Kapitalgesellschaften wie den Aktiengesellschaften vorgesehen wurde.

Im Jahre 2001 wurde mittels Verordnung EG 2157 schließlich die Satzung der Europäischen Aktiengesellschaft eingeführt und im Zusammenhang damit wurde erneut die Möglichkeit von Verschmelzungen und Übernahmen ins Auge gefasst.

Obwohl die früheren Regelungen für große Aktiengesellschaften gedacht waren, sollen diese Möglichkeiten durch die jetzige Richtlinie 56/2005 auf einen größeren Kreis von Kapitalgesellschaften ausgeweitet werden, und zwar auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommanditgesellschaften auf Aktien und selbstverständlich auf Aktiengesellschaften.

Durch diese Richtlinie sollen die für derartige Verschmelzungen und Übernahmen erforderlichen Maßnahmen vereinfacht und auf kleine und mittlere Unternehmen ausgedehnt werden.

In der Tat haben die früheren enormen bürokratischen Schwierigkeiten dazu geführt, dass Verschmelzungen und Übernahmen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Ländern mit allen Mitteln verhindert und durch andere einfachere, wirksamere und pragmatischere Mechanismen umgangen wurden; denn schließlich galt es die Position auf dem Markt des einen oder anderen Landes der Europäischen Union, auf dem man sich niederlassen oder das Geschäft ausbauen wollte, zu verbessern. Beispielsweise wurde der Erwerb bereits bestehender Gesellschaften oder ihrer Aktiva und Firmenwerte gewählt, um neue Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften zu gründen, wobei die Gesellschaften, einmal um ihren eigentlichen Inhalt entleert, ihren Sinn verloren.

Gleichwohl darf man nicht vergessen, dass durch solche Vorgehensweisen häufig Kleinaktionäre oder kleine Investoren be-

nachteiligt wurden, die ihr Unternehmen verschwinden sahen.

Mit den neuen grenzüberschreitenden Verschmelzungen und Übernahmen soll die anfängliche Investition des Kleinaktionärs erhalten bleiben und gleichzeitig sollen arbeitsrechtliche Ansprüche gesichert und der Schutz der Gläubiger erreicht werden; dadurch entstehen Gesellschaften, die im Prinzip aus solchen Vorgängen gestärkt hervorgehen und durch welche folglich die Interessen aller Beteiligter (Aktionäre, Gläubiger, Arbeitnehmer, Lieferanten, usw.) besser geschützt werden.

Unter grenzüberschreitender Verschmelzung wird verstanden, dass zwei Kapitalgesellschaften mit Gesellschaftssitz in zwei verschiedenen Ländern der Europäischen Union beteiligt sind, auf die zwei verschiedene Rechtsordnungen anwendbar sind.

Aus dem Anwendungsbereich der genannten Richtlinie werden solche Fälle ausgeschlossen, bei denen entweder eine der Gesellschaften nicht der Gesetzgebung eines Mitgliedsstaates unterliegt oder wenn es sich zum Beispiel um Genossenschaften oder bestimmte Kapitalanlagegesellschaften handelt.

Für das Verfahren werden folgende Anforderungen aufgestellt, wobei daran zu erinnern ist, dass auf die beteiligten Gesellschaften stets deren nationales Recht anwendbar bleibt:

- ▶ Aufstellung eines gemeinsamen grenzüberschreitenden Verschmelzungsplans.
- ▶ Feststellung der voraussichtlichen Auswirkungen der Verschmelzung auf die Beschäftigung.
- ▶ Mitteilung über die Satzung der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft.
- ▶ Angaben über Verfahren und Bedingungen der Beteiligung der Arbeitnehmer in der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft.
- ▶ Angaben zur Bewertung des Aktiv- und Passivvermögens, das auf die hervorgehende Gesellschaft übertragen wird.
- ▶ Angabe des Stichtages der Jahresabschlüsse der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften und die zur Festlegung der Bedingungen für die Verschmelzung zu Grunde gelegt werden.

Es sind Kontrollmechanismen vorgesehen, die für alle Beteiligten einen geordneten

Übergang oder eine geordnete Umwandlung gewährleisten sollen: die notwendige Bekanntmachung aller Informationen, die dazu dient, dass die Beteiligten Stellung nehmen können, der Bericht eines unabhängigen Sachverständigen, der Bericht des Leitungs- oder Verwaltungsorgans der Gesellschaften, die Zustimmung der Gesellschafterversammlung zur Verschmelzung und eine doppelte Rechtmäßigkeitskontrolle; letztere besteht einerseits aus einem VERSCHMELZUNGSVORVERFAHREN bei der für jede der Gesellschaften zuständigen nationalen Behörde (in Spanien wahrscheinlich vor dem Handelsregister), welche eine Bescheinigung ausstellen wird, dass die Maßnahmen vor der Verschmelzung beachtet worden sind und außerdem eine weitere Überprüfung durch die zuständige Behörde in dem Land, in dem die hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz haben wird, welche die Rechtmäßigkeit der BEENDIGUNG des Gesamtverfahrens überprüft.

Es stellt sich die interessante Frage, was der Kleinaktionär oder Minderheitsgesellschafter im Hinblick auf die geplante Verschmelzung unternehmen kann.

Nach unserem nationalen Recht kann er aus der Gesellschaft ausscheiden, wenn er mit der Verschmelzung nicht einverstanden ist – wobei er zwingend eine nach dem nationalen Gesellschaftsrecht zulässige Abfindung erhält – oder er kann der Verschmelzung zustimmen und erhält die daraus hervorgehenden Aktien oder Gesellschaftsanteile.

Eine gründliche Überprüfung im Vorfeld wird ihm helfen, zu entscheiden, welche der beiden Möglichkeiten für ihn die günstigere ist. Eine gute rechtliche und wirtschaftliche Beratung wird ihm die besten Ergebnisse gewährleisten und ihn darüber informieren, welche rechtlichen Mittel er zur Geltendmachung seiner Rechte hat.

Der Nachteil, den ich für den kleinen Investor sehe, besteht darin, dass die Frist für die Ankündigung der Hauptversammlung relativ kurz ist (ein Monat) und es erforderlich ist, dass er über Informationen und Kenntnisse verfügt, die nicht ohne weiteres zu erlangen und nicht einfach zu bewerten sind; vor allen Dingen, wenn gleichzeitig die Situation von mindestens zwei in verschiedenen Ländern ansässigen Gesellschaften geprüft werden muß; aber schließlich sind genau hierfür Rechtsanwälte da.