

Sag C-174/23**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

21. marts 2023

Forelæggende ret:

Cour de cassation (kassationsdomstol, Frankrig)

Afgørelse af:

15. marts 2023

Appellanter i kassationssagen:

HJ

IK

LM

Indstævnt i kassationssagen:

Twenty First Capital S.A.S.

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 I marts 2014 overdrog selskabet R Participation, der er blevet oprettet af HJ og som har LM og IK som partnere, tre kollektive investeringsordninger, der var dedikeret til investeringer i nye markeder (i det følgende benævnt »R-fondene«), til selskabet T ved en virksomhedsoverdragelse. HJ blev ansat i selskabet T.
- 2 Den 5. juni 2014 indgik HJ med henblik på at tilrettelægge Twenty First Capitals (herefter »TFC«) overtagelse af denne virksomhed en kontrakt med TFC, i henhold til hvilken TFC forpligtede sig til at ansætte ham senest den 1. november 2014.
- 3 De samme parter indgik den 27. juni 2014 en partnerskabsaftale om forskellige vederlag til fordel for IK, HJ og LM. Den 24. oktober 2014 solgte selskabet T en del af sin virksomhed, der omfatter R-fondene, til selskabet TFC, og den 11.

december 2014 indtrådte HJ i TFC som medlem af bestyrelsen, administrerende direktør og vicedirektør i dette selskab.

- 4 HJ og IK har sagsøgt TFC med henblik på at håndhæve partnerskabsaftalen og for at opnå erstatning. LM har frivilligt interveneret i sagen. TFC har fremsat et modkrav om partnerskabsaftalens ugyldighed.
- 5 Tribunal de grande instance de Paris (Frankrig) fastslog ved dom af 10. januar 2019, at de i partnerskabsaftalen beregnede vederlag havde til formål at aflønne samarbejdet med HJ og LM, som skulle udøves inden for rammen af de lønnede stillinger, såvel som inden for rammen af HJ's selskabsfuldmagter. Efter at have konstateret, at TFC var et porteføljeforvaltningsselskab, der forvaltede mindst én alternativ investeringsfond (herefter »AIF«), fastslog retten i første instans, at vederlaget skulle være i overensstemmelse med reglerne i artikel L. 533-22-2 i den monetære og finansielle kodeks og artikel 319-10 i règlement général de l'AMF (AMF's generelle forordning), som er en del af den generelle ledelseslovgivning. Da retten fandt, at dette ikke var tilfældet, annullerede den partnerskabsaftalen og frifandt TFC for kravene.
- 6 Denne dom blev stadfæstet af cour d'appel de Paris (appeldomstolen i Paris, Frankrig) ved dom af 8. februar 2021. IK, HJ og LM har appelleret denne dom.

Anførte EU-retlige forskrifter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/61/EU af 8. juni 2011 om forvaltere af alternative investeringsfonde og om ændring af direktiv 2003/41/EF og 2009/65/EF samt forordning (EF) nr. 1060/2009 og (EU) nr. 1095/2010 (EUT 2011, L 174, s. 1, berigtiget i EUT 2012, L 115, s. 35, og EUT L 330, 15.11.2014, s. 63) (herefter »FAIF-direktivet«).

Artikel 13

»1. Medlemsstaterne kræver, at FAIF'er for de medarbejderkategorier, herunder ledelsen, risikotagere, kontrolfunktioner og enhver medarbejder, hvis samlede løn ligger inden for samme lønramme som ledelsen, samt risikotagere, hvis arbejde har væsentlig indflydelse på FAIF'ernes risikoprofil eller de forvaltede AIF'ers risikoprofiler, har aflønningspolitikker og -praksisser, som er forenelige med og fremmer en sund og effektiv risikostyring og ikke tilskynder til at løbe risici, som er uforenelige med risikoprofilerne, reglerne eller vedtægterne for de AIF'er, som de forvalter.

FAIF'erne skal fastlægge deres aflønningspolitikker og -praksisser i overensstemmelse med bilag II.

2. ESMA sikrer, at der findes retningslinjer for forsvarlige aflønningspolitikker, der er i overensstemmelse med bilag II. I retningslinjerne tages der også hensyn til de principper for forsvarlige aflønningspolitikker, som fremgår af henstilling

2009/384/EF, FAIF'ernes størrelse og de forvaltede AIF'ers størrelse samt FAIF'ernes interne organisation og arten, omfanget og kompleksiteten af deres aktiviteter. ESMA arbejder tæt sammen med Den Europæiske Tilsynsmyndighed (Den Europæiske Banktilsynsmyndighed) (EBA).«

Artikel 61, stk. 1

»FAIF'er, der driver virksomhed omfattet af dette direktiv inden den 22. juli 2013, skal træffe alle nødvendige foranstaltninger for at overholde national lovgivning baseret på dette direktiv og i givet fald indgive en ansøgning om tilladelse inden et år fra den nævnte dato.«

Ikrafttrædelse og gennemførelsesfrist

Ifølge direktivets artikel 70 er det trådt i kraft den 21. juli 2011. I henhold til direktivets artikel 66, havde medlemsstaterne indtil den 22. juli 2013 til at gennemføre direktivets vigtigste bestemmelser, herunder artikel 13, i national ret.

Anførte nationale forskrifter

Artikel L.533-22-2 i code monétaire et financier (den franske lov om monetære og finansielle anliggender), der blev indført ved bekendtgørelse nr. 2013-676 af 25. juli 2013 om ændring af de juridiske rammer for forvaltning af aktiver (trådt i kraft den 28.7.2013), gennemfører artikel 13, i FAIF-direktivet. Heri bestemmes:

»I.– Porteføljeadministrationsselskaberne for de AIF'er, der er nævnt i 1° og 2° i II i denne artikel, fastsætter aflønningspolitikken og -praksisser for følgende personer, når deres faglige aktiviteter har indvirkning på risikoprofilerne for de porteføljeadministrationsselskaber eller AIF'er, som de forvalter:

1° forvaltere;

2° medlemmer af bestyrelsen eller direktionen;

3° direktører for forenklede aktieselskaber [(SAS)] og personer, der udøver en ledelsesfunktion [...];

4° risikotagere;

5° personer, der udøver en kontrolfunktion;

6° personer, der er underlagt porteføljeadministrationsselskabets ledelse, og som i betragtning af deres samlede aflønning befinder sig i samme aflønningsklasse som personer, der udøver en forvaltningsfunktion [...] og risikotagere.

Aflønningspolitikken og -praksissen skal være i forenelige med og fremme en sund og effektiv risikostyring og må ikke tilskynde til risikotagning, der er

uforenelig med AIF'ens risikoprofiler og elementerne i dens regler eller vedtægter.

II.– Denne bestemmelse finder anvendelse på AIF-forvaltningsselskaber:

1° [...]

2° [...].

Règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF's [det franske finanstilsyn] generelle forordning) fastsætter betingelserne for disse porteføljeadministrationsselskabers aflønningspolitik og -praksis.»

Artikel 33, stk. I, i bekendtgørelsen af 25. juli 2013 indeholder en overgangsbestemmelse, hvorefter »[a]dministrationsselskaber, der på datoen for bekendtgørelsens offentliggørelse udøver aktiviteter, der svarer til de bestemmelser, der er indeholdt i denne bekendtgørelse, skal ansøge om tilladelse som porteføljeadministrationsselskaber [...], inden den 22. juli 2014.«

I de vejledende bemærkninger til dekret nr. 2013-687 af 25. juli 2013 om gennemførelse af bekendtgørelse nr. 2013-676 fremgår der: »Ikrafttræden: forvaltningsselskaber, der på datoen for offentliggørelsen af dette dekret udøver aktiviteter, der svarer til de bestemmelser, der er nævnt i dette dekret, træffer alle nødvendige foranstaltninger for at overholde bestemmelserne og indgiver en passende ansøgning om tilladelse senest den 22. juli 2014 [...]«.

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 7 Appellanterne har i deres appel navnlig gjort gældende, at kravene, der er fastsat i artikel 13 i FAIF-direktivet og gennemført i fransk ret ved artikel L. 533-22-2 i code monétaire et financier (den franske lov om monetære og finansielle anliggender), først finder anvendelse fra det tidspunkt, hvor forvalteren af AIF'en opnår tilladelse. Da TFC først fik sin tilladelse den 18. august 2014, udleder de, at reglerne om aflønning ikke fandt anvendelse for dette selskab på datoen for indgåelse af partnerskabsaftalen, den 27. juni 2014. Subsidiært gør de gældende, at disse regler ikke var bindende den 27. juni 2014. De har gjort gældende, at cour d'appel (appeldomstol) ved at anse disse regler for at være gældende fra den 22. juli 2013 har tilsidesat artikel 1 i code civil (den civile lovbog) og artikel 33 i bekendtgørelsen af 25. juli 2013, fortolket i lyset af artikel 61, stk. 1, i FAIF-direktivet.
- 8 Til støtte for deres analyse har sagsøgerne fremlagt et engelsksproget dokument med titlen »AIFMD Q&A from the European Commission«, udarbejdet af Europa-Kommissionen, som sagsøgerne har oversat som følger:

»[Spørgsmål] Artikel 61, stk. 1, fastsætter, at AIF-forvaltere, der udøver aktiviteter i henhold til dette direktiv inden den 22. juli 2013, skal træffe alle

nødvendige foranstaltninger for at overholde den nationale lovgivning, som følger af dette direktiv, og ansøger om tilladelse inden for et år fra denne dato. Betyder dette, at FAIF'er har et år til at overholde den nationale lovgivning fuldt ud og indgive en ansøgning om tilladelse?

[Svar] I den etårige overgangsperiode forventes AIF-forvaltere at gøre deres bedste for at opfylde kravene i den nationale lovgivning, der gennemfører FAIF-direktivet. Forpligtelsen til at søge om tilladelse [...] er retligt bindende, men kan opfyldes inden for et år efter direktivets ikrafttræden. Med hensyn til andre forpligtelser i henhold til FAIF-direktivet (såsom [...] aflønning [...]) skal en FAIF, der ville eksistere på datoen for FAIF-direktivets ikrafttræden, i overgangsperioden tage alle skridt (dvs. gøre sit bedste for at overholde FAIF-direktivet for så vidt angår alle aktiviteter, der udføres efter direktivets ikrafttræden (22. juli 2013). Efter denne overgangsperiode er alle forpligtelser i henhold til FAIF-direktivet retligt bindende.«

- 9 De har ligeledes henvist til Spørgsmål og Svar (Q&A) om FAIF-direktivet, offentliggjort af ESMA, hvoraf dette fremgår:

»Spørgsmål 1 [senest opdateret den 17. februar 2014]: Hvilket regnskabsår skal FAIF'er, der driver virksomhed i henhold til FAIF-direktivet før den 22. juli 2013, og som ansøger om tilladelse i henhold til direktivet mellem den 22. juli 2013 og den 22. juli 2014, anvende FAIF-direktivets aflønningsregler for første gang? Svar 1: I punkt 4 i vejledningen om forsvarlige aflønningspolitikker for FAIF'er (ESMA/2013/232) [...] fremgår det, at: »[d]enne vejledning træder i kraft fra den 22. juli 2013, med forbehold af overgangsbestemmelserne i FAIF-direktivet.«

Europa-Kommissionens Q&A om FAIF-direktivet gav specifik vejledning om fortolkningen af overgangsbestemmelserne i artikel 61, stk. 1, i FAIF-direktivet. [...] Når et selskab først er godkendt som AIF, bliver det underlagt FAIF-direktivets aflønningsregler og retningslinjerne for aflønning. De relevante regler skal derfor finde anvendelse fra datoen for tilladelsen.

Hvad angår reglerne om variabel løn (dvs. de regler, for hvilke der gives vejledning i afsnit XI (generelle krav til risikotilpasning) og XII (specifikke krav til risikotilpasning) i retningslinjerne for aflønning, bør FAIF'er imidlertid anvende dem til beregning af betalinger i forbindelse med nye tildelinger af variabel løn til deres identificerede medarbejdere (som defineret i retningslinjerne for aflønning) for de præstationsperioder, der følger efter den periode, hvor de blev godkendt. Ordningen for variabel aflønning for AIF-forvaltere skal således kun gælde for hele præstationsperioder og skal gælde for den første fulde præstationsperiode, efter at forvalteren er blevet godkendt.

For eksempel: [...] for en FAIF, der allerede forvalter AIF'er med regnskabsårsafslutning den 31. december, som indgiver en ansøgning om tilladelse før den 22. juli 2014 og opnår tilladelse efter denne dato (herunder hvis tilladelsen opnås efter den 31. december 2014), bør FAIF-reglerne om variabel

aflønning finde anvendelse på beregningen af betalinger vedrørende regnskabsåret 2015.«

- 10 Endelig henvises der til FAIF-vejledningen – AIF-forvalteres aflønning, offentliggjort af AMF, hvorefter (s. 3):

»I henhold til artikel 61, stk. 1, i FAIF-direktivet har administrationsselskaber, der eksisterede den 22. juli 2013, et år indtil den 22. juli 2014 til at opfylde forpligtelserne i henhold til FAIF-direktivet og til at ansøge om tilladelse fra deres kompetente myndighed.

Der er således tale om tre mulige tilfælde:

- administrationsselskaber, der har fået deres AIFM-godkendelse mellem den 22. juli 2013 og den 31. december 2013: de foranstaltninger, der er fastsat i FAIF's holdning til aflønning, vil gælde for regnskabsåret 2014 (for variabel aflønning udbetalt i 2015);
- administrationsselskaber, der først har fået deres FAIF-tilladelse mellem den 1. januar 2014 og den 22. juli 2014: foranstaltningerne i henhold til aflønningspolitik vil finde anvendelse på regnskabsåret 2015 for variabel aflønning udbetalt i 2016;
- nye administrationsselskaber, der opnår FAIF-tilladelse efter den 22. juli 2014 i år N, vil være underlagt samme ordning: det første regnskabsår – der tages i betragtning ved anvendelsen af de foranstaltninger, som er fastsat i positionen vedrørende FAIF'ers aflønning – vil være år N+1 for den variable aflønning, der udbetales i N+2.«

- 11 Indstævnte, TFC, har heroverfor gjort gældende, at bestemmelserne i artikel L. 533-22-2 i code monétaire et financier (den franske lov om monetære og finansielle anliggender) fandt anvendelse på dagen for indgåelse af partnerskabsaftalen, den 27. juni 2014, for så vidt som bekendtgørelsen af 25. juli 2013 ganske vist indeholder en bestemmelse om udsat ikrafttræden af visse gennemførelsesbestemmelser, men dette ikke er tilfældet for de bestemmelser, der pålægger operatørerne at indføre en praksis og politik for aflønning af bestyrelsesmedlemmer i AIF-forvaltningsselskaber, der er »forenelige med og fremmer en sund og effektiv risikostyring«.
- 12 Selskabet har endvidere gjort gældende, at selv om FAIF'er får en frist til at overholde de nye bestemmelser til gennemførelse af FAIF-direktivet, kan de i denne periode ikke indgå en aftale om aflønning, der er i strid med FAIF-direktivets artikel 13, da de i henhold til FAIF-direktivets artikel 61, stk. 1, »skal træffe alle nødvendige foranstaltninger for at overholde national lovgivning baseret på dette direktiv«.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen og de præjudicielle spørgsmål

- 13 Løsningen af tvisten afhænger af, om artikel L. 533-22-2 i code monétaire et financier (den franske lov om monetære og finansielle anliggender), der trådte i kraft den 28. juli 2013, fandt anvendelse på datoen for indgåelse af partnerskabsaftalen af 27. juni 2014. Svaret på dette spørgsmål kræver en fortolkning af FAIF-direktivet, navnlig artikel 13 og 61.
- 14 Cour de cassation (kassationsdomstol) bemærker, at Kommissionens dokument synes at anerkende, at der er en overgangsperiode på et år, der udløber den 21. juli 2014, at forvaltere af AIF'er inden denne dato kun forventes at gøre deres bedste for at overholde kravene i den nationale lovgivning, der gennemfører FAIF-direktivet, og at det først er efter denne dato, at alle forpligtelser, der følger af FAIF-direktivet, bliver juridisk bindende. I denne analyse vil hverken datoen for ansøgning om tilladelse eller datoen for opnåelse af tilladelse være relevant.
- 15 Det forekommer imidlertid retten, at ESMA's og AMF's analyser tyder på, at en FAIF først vil være underlagt FAIF-direktivets aflønningsregler og retningslinjerne for aflønning fra datoen for tilladelsen, mens den før tilladelsen ikke ville være underlagt disse regler. Ifølge samme analyse ville disse regler først finde anvendelse fra begyndelsen af det regnskabsår, der følger efter tilladelsen.
- 16 Cour de cassation (kassationsdomstol) finder, at ingen af de foreslåede fortolkninger af FAIF-direktivets artikel 61, stk. 1, er selvindlysende. Især fremgår det ikke klart af denne artikel, hvilken forbindelse der er mellem at opnå tilladelse og at være underlagt direktivets regler.
- 17 En anden fortolkning synes dog muligt, hvor der skelnes efter, om vederlaget blev aftalt før eller efter gennemførelsen af FAIF-direktivet i national ret: I det første tilfælde kunne det accepteres, at det er vanskeligt at bede FAIF'en om straks at sætte spørgsmålstegn ved en aflønning, som ikke var i strid med nogen regler, da den blev vedtaget, og at det højst kunne kræves, at den i en overgangsperiode gør sit bedste for at overholde de nye aflønningskrav; i det andet tilfælde kunne man forestille sig, at ikrafttrædelsen af den nationale tekst til gennemførelse af FAIF-direktivet straks ville forbyde FAIF'en at aftale en godtgørelse for fremtiden, som ville være i strid med reglerne i dette direktiv, som allerede er trådt i kraft.
- 18 Da den præcise fortolkning af de relevante bestemmelser i FAIF-direktivet ikke er åbenbar, og da Domstolen ikke tidligere har haft lejlighed til at fortolke direktivets artikel 61, stk. 1, finder Cour de cassation (kassationsdomstol), at følgende spørgsmål bør forelægges Domstolen til præjudiciel afgørelse.
 - 1) a) Skal artikel 13 og artikel 61, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/61/EU af 8. juni 2011 om forvaltere af alternative investeringsfonde og om ændring af direktiv 2003/41/EF og 2009/65/EF samt forordning (EF) nr. 1060/2009 og (EU) nr. 1095/2010 fortolkes således, at FAIF'er, der driver virksomhed i henhold til direktivet inden den

22. juli 2013, skal opfylde forpligtelserne vedrørende aflønningspolitikker og -praksis:

- i) ved udløbet af fristen for gennemførelse af direktivet,
 - ii) datoen for ikrafttrædelsen af de bestemmelser, der gennemfører direktivet i national ret,
 - iii) fra udløbet af den periode på et år, der udløber den 21. juli 2014, som er fastsat i artikel 61, stk. 1, eller
 - iv) fra datoen for godkendelse som FAIF i henhold til dette?
- b) Afhænger besvarelsen af dette spørgsmål af, om den aflønning, som FAIF'en har udbetalt til en ansat eller en ledende medarbejder, blev aftalt før eller efter:
- i) udløbet af direktivets gennemførelsesperiode;
 - ii) datoen for ikrafttrædelsen af de bestemmelser, der gennemfører direktivet i national ret;
 - iii) udløbet af den frist, den 21. juli 2014, der er fastsat i artikel 61, stk. 1, i direktiv;
 - iv) på den dato, hvor FAIF'en opnår sin tilladelse?
- 2) Såfremt det følger af besvarelsen af det første spørgsmål, at FAIF'en efter gennemførelsen af direktivet i national ret i en vis periode kun er forpligtet til at bestræbe sig på at overholde den nationale lovgivning, der følger af dette direktiv, opfylder FAIF'en da denne forpligtelse, hvis den i denne periode ansætter en ansat eller udnævner en direktør på lønvilkår, der ikke er i overensstemmelse med kravene i den nationale bestemmelse, der gennemfører direktivets artikel 13?