



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Forum shopping genom artikel 3.1 i insolvensförordningen

En analys av C-341/04 Eurofood och nationell domstolspraxis avseende utrymmet för bolag att genomföra forum shopping samt av huruvida artikel 3.1 IF är i behov av förändring mot bakgrund av denna praxis

Tillämpade studier, 30 hp
Programmet för juris kandidatexamen
Juridiska institutionen
Handelshögskolan vid Göteborgs
universitet
HT 2010

Författare:
Emil Nästegård

Examinator:
Professor Rolf Dotevall

Ämne: Insolvensrätt, EU-rätt,
bolagsrätt

INNEHÅLL

FÖRKORTNINGAR	5
SAMMANFATTNING	7
I. INLEDNING	10
I.I ÄMNESINTRODUKTION OCH PROBLEMBESKRIVNING.....	10
I.II SYFTE.....	12
I.III METOD OCH MATERIAL.....	13
I.IV AVGRÄNSNING	14
I.V DISPOSITION	14
1. INTRODUKTION TILL BEGREPPET FORUM SHOPPING	16
2. INSOLVENSFÖRORDNINGEN	19
2.1 INSOLVENSFÖRORDNINGENS TILLKOMST OCH RÄTTSLIGA STÄLLNING	19
2.2 VIRGÓS/SCHMIT-RAPPORTEN	20
2.3 INSOLVENSFÖRORDNINGENS SYFTEN	20
2.4 INGEN ”EUROPEISK INSOLVENSLAG”	21
2.5 INSOLVENSFÖRORDNINGENS TILLÄMPNINGSSOMRÅDE	22
2.6 HUVUDFÖRFARANDE.....	23
2.7 TERRITORIellt BEGRÄNSADE INSOLVENFÖRFARANDE.....	23
2.8 UNIVERSALITETSPRINCIPEN	24
2.8.1 Principen om automatiskt erkännande.....	25
2.8.2 Erkännandets verkningar.....	26
2.8.3 Avslutande kommentar.....	27
2.9 TILLÄMPLIG NATIONELL LAGSTIFTNING.....	27
3. HUVUDFÖRFARANDET	30
3.1 INTRODUKTION	30
3.2 NÄRMARE OM REKVISITET HUVUDSAKLIGA INTRESSEN	31
3.2.1 <i>Introduktion</i>	31
3.2.2 <i>Innebörden av huvudsakliga intressen</i>	33
3.2.2.1 Vägledning av Ingresspunkt 13 IF och Virgós/Schmit-rapporten.....	34
3.2.2.1.1 Definitionens placering och ordval.....	36
3.2.2.2 Vägledning av rekvisitets ursprung	38
3.3 NÄRMARE OM SÄTESPRESUMTIONEN	38
3.3.1 <i>Introduktion</i>	38
3.3.2 <i>Formellt eller faktiskt säte?</i>	39
3.3.3 <i>Skälen till en presumtion för det registrerade sätet</i>	41
3.3.4 <i>Vägledning av Virgós/Schmit-rapporten</i>	42
3.3.5 <i>Behovet av en stark sätespresumtion</i>	42
3.3.6 <i>Ingen särskild regel för koncerner</i>	44
3.3.7 <i>Forum shopping som en följd av sätespresumtionen</i>	45
4. NATIONELLA DOMSTOLARS PRAXIS INNAN EUROFOOD	47

4.1	VILKA OMSTÄNDIGHETER KAN BRYTA SÄTESPRESUMTIONEN?	47
4.1.1	<i>Introduktion</i>	47
4.1.2	<i>Avgörande är platsen för huvudkontorsuppgifternas utförande</i>	47
4.1.2.1	<i>Enron Directo SL</i>	47
4.1.2.2	<i>BRAC Rent-A-Car International Inc</i>	49
4.1.2.3	<i>Daisytek-ISA Ltd</i>	49
4.1.2.4	<i>Ytterligare fall där huvudkontorsfunktionerna har varit avgörande</i>	54
4.1.3	<i>Avgörande är fastställbarheten för tredje man</i>	57
4.1.3.1	<i>EMBIC</i>	57
4.1.3.2	<i>Eurofood – Dublin High Court och Irish Supreme Court</i>	58
4.1.3.3	<i>AvCraft International Ltd</i>	58
4.1.3.4	<i>Parkside Flexibles SA</i>	59
4.1.4	<i>Fastställbarheten för tredje man återopad, dock ej som avgörande faktor</i>	59
4.1.5	<i>Brevlådeföretag</i>	60
4.1.6	<i>Kommentar till genomgången praxis</i>	60
4.1.7	<i>Olika slutsatser i doktrinen</i>	61
4.1.8	<i>Incitament till forum shopping genom erkännandemekanismen</i>	64
4.2	FLYTT AV BOLAGETS FAKTISKA SÄTE.....	65
4.2.1	<i>Introduktion</i>	65
4.2.2	<i>Omständigheter som försvårar forum shopping genom flytt av faktiskt säte</i>	67
4.2.3	<i>Konkurrens mellan medlemsstaterna?</i>	68
4.2.4	<i>Shierson v Vlieland-Boddy</i>	69
4.2.5	<i>Ci4net.com Inc</i>	70
4.2.6	<i>Official Receiver v Eichler</i>	71
4.2.7	<i>Deutsche Nickel AG</i>	71
4.2.8	<i>Avslutande kommentar</i>	73
5.	C-341/04 EUROFOOD.....	74
5.1	BAKGRUND SAMT DE ITALIENSKA OCH IRLÄNDSKA DOMSTOLARNAS BEDÖMNINGAR	74
5.2	GENERALADVOKATENS FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE	77
5.3	EU-DOMSTOLENS FÖRHANDSAVGÖRANDE	78
5.3.1	<i>Kommentar till EU-domstolens uttalanden</i>	80
5.3.1.1	<i>Kravet på för tredje man objektiva och fastställbara omständigheter</i>	80
5.3.1.2	<i>Praxis avseende huvudkontorsfunktionerna avfärdad</i>	82
5.3.1.3	<i>Uttalande i Ci4net.com Inc avfärdat</i>	83
5.3.1.4	<i>Avslutande kommentar</i>	84
5.3.2	<i>Närmare om för- och nackdelarna med ett enhetligt koncernförfarande</i>	84
6.	NATIONELLA DOMSTOLARS PRAxis EFTER EUROFOOD	88
6.1	INLEDNING	88
6.2	VILKA OMSTÄNDIGHETER KAN BRYTA SÄTESPRESUMTIONEN?	88
6.2.1	<i>Eurotunnel</i>	88
6.2.2	<i>Belvédère SA</i>	89
6.2.3	<i>Lennox Holdings Plc</i>	90
6.2.4	<i>Stanford International Bank Ltd</i>	91
6.2.5	<i>BenQ BV</i>	94
6.2.6	<i>Henzo Internationale Group BV</i>	96
6.3	FLYTT AV FAKTISKT SÄTE	97
6.3.1	<i>Schefenacker AG</i>	97

6.3.2 Hans Brochier GmbH & Co KG.....	98
6.3.3 PIN Group AG SA.....	102
7. STATISTIK AVSEENDE SÄTESPRESUMTIONEN.....	105
7.1 INTRODUKTION	105
7.2 FREKVENNS MED VILKEN NATIONELLA DOMSTOLAR HAR BRUTIT ELLER TILLÄMPAT SÄTESPRESUMTIONEN.....	106
7.3 SANNOLIKHETEN FÖR ATT NATIONELLA DOMSTOLAR SKA BRYTA SÄTESPRESUMTIONEN.....	107
7.4 FREKVENNS MED VILKEN NATIONELLA DOMSTOLAR HAR BRUTIT ELLER TILLÄMPAT SÄTESPRESUMTIONEN INNAN RESPEKTIVE EFTER EUROFOOD	108
7.5 ÅBEROPADE ANKNYTNINGSKRITERIER VID BRYTANDE AV SÄTESPRESUMTIONEN	109
8. ANALYS.....	112
8.1 VILKA OMSTÄNDIGHETER KAN BRYTA SÄTESPRESUMTIONEN?	112
8.1.1 Central vikt vid objektiva och fastställbara omständigheter för tredje man.....	113
8.1.2 Central vikt vid platsen för huvudkontorsuppgifternas utförande	114
8.2 HAR MÖJLIGHETEN TILL FLYTT AV BOLAGETS FAKTISKA SÄTE PÅVERKATS AV EUROFOOD?	116
8.3 FINNS DET ANLEDNING ATT FÖRÄNDRA FÖRORDNINGSTEXTEN?	119
8.3.1 Inledning	119
8.3.2 Allmänna reflektioner och överväganden	120
8.3.2.1 Vad gäller när borgenärerna har olika uppfattningar?	120
8.3.2.2 Sättespresumtionens lämplighet	122
8.3.3 Förtydligande av artikel 3.1 andra meningen IF.....	124
8.3.3.1 Anpassning efter rådande rättsläge	124
8.3.3.2 Definition av huvudsakliga intressen i förordningstexten	126
8.3.3.3 Avslutande kommentar.....	126
9. SLUTSATS.....	128
KÄLLFÖRTECKNING.....	130

FÖRKORTNINGAR

ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
BCC	British Company Law Cases
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BL	Lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag
BPIR	Bankruptcy and Personal Insolvency Reports
EGF	Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen
EUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA	England and Wales Court of Appeal
EWHC	High Court of England and Wales
IF	Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden (insolvensförordningen)
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht
Lemontey-rapporten	Rapport angående utkast till konvention om insolvensförfaranden (Europeiska gemenskapernas bulletin, supplement 2/82)
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung
Riv. dir. int. priv. proc.	Rivista di diritto internazionale private e processuale
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Virgós/Schmit-rapporten	Rapport angående konventionen om insolvensförfaranden, 6500/1/96, REV 1, DRS 8 (CFC) (av den 8 juli 1996)

WLR

The Weekly Law Reports

ZInsO

Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht

ZIP

Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

SAMMANFATTNING

Denna uppsats är centrerad kring Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden (insolvensförordningen, förkortad IF). Syftet med framställningen är närmare bestämt att analysera huruvida, och i så fall på vilket sätt, EU-domstolens avgörande *Eurofood* (från år 2006) och därpå följande nationell domstolspraxis har minskat utrymmet för insolventa bolag att utföra forum shopping genom artikel 3.1 IF i jämförelse med rättsläget innan *Eurofood*. Dessutom syftar framställningen till att undersöka huruvida det finns anledning att förändra förordningstexten (artikel 3.1 IF) för att insolvensförordningens grundläggande syften om motverkande av forum shopping och uppnående av rättssäkra och förutsebara insolvensförfaranden ska kunna uppnås.

I uppsatsens inledande avsnitt konstateras att ett av insolvensförordningens grundläggande syften är att illojal forum shopping ska förhindras. Trots detta har rekvisitet gäldenärens huvudsakliga intressen i förordningen möjliggjort genomförandet av forum shopping p.g.a. att rekvisitet har kunnat påverkas och manipuleras av insolventa bolag. I avsnitt 2 ges en redogörelse över de för denna uppsats vidkommande centrala artiklarna i insolvensförordningen. I avsnitt 3 ges en grundlig och djuplodande redogörelse över rekvisitet gäldenärens huvudsakliga intressen och sätespresumtionen i artikel 3.1 IF. Bland annat konsulteras Ingresspunkt 13 IF (som definierar huvudsakliga intressen) och Virgós/Schmit-rapporten (den förklarande rapporten till insolvensförordningen). I slutet av avsnittet konstateras att bolags forum shopping genom insolvensförordningen kan indelas i två kategorier: För det första kan konstateras att det råder oklarhet kring innebörden av rekvisitet huvudsakliga intressen och vilka omständigheter som krävs för att bryta sätespresumtionen. Ett insolvent bolag kan därför söka övertyga en domstol i den medlemsstat där bolaget önskar genomföra insolvensförfarandet att domstolen har behörighet att inleda förfarandet. För det andra kan ett insolvent bolag söka flytta sitt faktiska säte till den önskade jurisdiktionen.

I avsnitt 4 påbörjas genomgången av domstolspraxis. Vad som här redovisas är nationell domstolspraxis från tiden innan *Eurofood*. Innan *Eurofood* var det en utbredd praxis bland domstolar (fallen *Enron Directo SL*, *Daisytek-ISA Ltd* m.fl.) att bryta sätespresumtionen med hänvisning, såsom primärt och avgörande skäl, till att det insolventa bolagets

huvudkontorsuppgifter utförs i den medlemsstat där den aktuella domstolen är belägen, trots att bolagets (hela) verksamhet utförs i en annan stat där bolaget även har sitt registrerade säte. I avsnitt 5 lämnas en utförlig redogörelse över bakgrunden till *Eurofood*, de nationella domstolarnas beslut i fallet, generaladvokatens förslag till avgörande samt EU-domstolens förhandsavgörande. Det konstateras att EU-domstolen uttalade att sätespresumtionen enbart kan brytas med hänvisning till objektiva och fastställbara omständigheter för tredje man. Därvid uttalades att när ett bolag bedriver verksamhet i den medlemsstat där det registrerade sätet är beläget, är den omständigheten att dess ekonomiska val kan kontrolleras eller kontrolleras av ett moderbolag i en annan medlemsstat inte i sig tillräckligt för att kullkasta presumtionen. I avsnitt 6 redogörs för nationell domstolspraxis efter *Eurofood*. Av de undersökta fallen framgår att de flesta nationella domstolar synes ha hörsammat *Eurofood*, som syftade till att stärka sätespresumtionens ställning och trygga det grundläggande behovet av förutsebarhet för tredje man.

I avsnitt 7 lämnas en redogörelse över valda delar av en nyskriven artikel som redogör för en omfattande undersökning avseende tillämpningen av sätespresumtionen. Av statistiken kan bl.a. utläsas att tillämpningen i princip inte synes ha förändrats efter *Eurofood*. Det synes fortfarande vara mycket sannolikt att nationella domstolar kommer att bryta sätespresumtionen vid en konflikt avseende lokaliseringen av de huvudsakliga intressena, trots att EU-domstolen sökte stärka presumtionen. Tendensen att framhålla det funktionella huvudkontoret som en viktig faktor förefaller inte ha förändrats efter *Eurofood*.

I avsnitt 8 analyseras det i de föregående avsnitten presenterade materialet i syfte att besvara uppsatsens frågeställningar. Uppsatsen konkluderar att EU-domstolens uttalanden i *Eurofood* i viss mån har försvårat genomförandet av forum shopping. Det torde efter *Eurofood* inte längre vara möjligt för en domstol att bryta sätespresumtionen med hänvisning, såsom primärt och avgörande skäl, till att det insolventa bolagets huvudkontorsuppgifter utförs i den medlemsstat där den aktuella domstolen är belägen, om bolaget utför verksamhet i en annan stat där bolaget även har sitt säte. Utrymmet för insolventa bolag att utföra forum shopping genom artikel 3.1 IF har således minskat efter EU-domstolens uttalanden. De flesta nationella domstolar synes ha ökat betoningen av vikten av förutsebarhet för tredje man (fallen *Stanford*, *PIN Group*

m.fl.). De statistiska fakta som lyfts fram i avsnitt 7 synes inte helt förenliga med de konstateranden som kan göras utifrån avsnitt 6. Förklaringen till denna oförenlighet torde vara att statistiken inte förmått åskådliggöra att många nationella domstolar har ökat betoningen av förutsebarheten för tredje man efter *Eurofood*. Skälen till att så torde vara fallet anges närmare i uppsatsen.

Redan innan *Eurofood* pekade praxis mot att forum shopping genom flytt av säte enbart kunde utföras genom att bolaget flyttade sitt faktiska huvudkontor till den valda jurisdiktionen. *Eurofood* och efterföljande nationell domstolspraxis (fallet *Hans Brochier* m.fl.) har befast detta rättsläge. Uppsatsens slutsats härvidlag är att detta innebär en väsentlig hämsko för medelstora och stora bolags forum shopping, eftersom en flytt av sådana bolags faktiska huvudkontor torde innebära stora kostnader. Ett insolvent bolag kan inte i normalfallet förväntas ha ekonomisk förmåga att finansiera en sådan flytt, varför genomförandet av forum shopping blir avhängigt av borgenärernas tillstyrkan och tillskjutande av erforderliga medel. Denna omständighet står som garant för att illojal forum shopping genom flytt av säte inte kommer att kunna genomföras. Däremot förhindras inte forum shopping som sker i syfte att gynna borgenärerna. Det anförda resonemanget kan inte förväntas göra sig gällande med samma styrka beträffande flytt av ett koncernbolags huvudsakliga intressen. Detta gäller under förutsättning att det koncernbolag som önskar flytta sina huvudsakliga intressen har möjlighet att i inte ringa grad utnyttja de lokaler och/eller de faciliteter och/eller den personal som ett i den önskade jurisdiktionen redan existerande moderbolag eller systerbolag förfogar över (jfr fallet *PIN Group*).

Med avseende på uppsatsens syfte att undersöka huruvida det finns anledning att förändra förordningstexten (artikel 3.1 IF) för att förordningens grundläggande syften ska uppnås konkluderar uppsatsen följande. Någon materiell förändring av artikel 3.1 IF synes inte nödvändig, eftersom *Eurofood* och mycket av den efterföljande nationella domstolspraxisen har minskat utrymmet för forum shopping. Däremot föreslås förändringar av förordningstexten i rent förtydligande syfte, så att förordningen blir mer informativ med avseende på det rådande rättsläget. Förutsebarheten för tredje man torde då öka. I förslaget överförs EU-domstolens centrala uttalanden i *Eurofood* till artikel 3.1 IF samtidigt som en definition av det avgörande rekvisitet huvudsakliga intressen införs i samma lagrum.

I. INLEDNING

I.1 Ämnesintroduktion och problembeskrivning

Den globalisering som med oförminskad styrka har pågått under de senaste årtiondena har ökat behovet en smidig, effektiv och rättssäkert fungerande internationell insolvensrättsordning. Inte minst har frågan om gränsöverskridande insolvensförfaranden¹ kommit att uppmärksammas. En stor del av arbetet med denna fråga har skett dels inom ramen för Förenta Nationerna, där en modellag² för gränsöverskridande förfaranden antogs år 1997, samt inom ramen för Europeiska unionen. För unionens del har behovet av samordning av nationella insolvensförfaranden visat sig vara mycket stort. Det har ansetts vara av särskild vikt att gränsöverskridande insolvensförfaranden fungerar väl för att unionens inre marknad ska kunna fungera effektivt. Arbetet med att skapa en rättsakt som uppfyller detta behov har varit långt och mödosamt. Redan under 1960-talet inleddes arbetet inom dåvarande Europeiska ekonomiska gemenskapen med att utarbeta en sådan reglering. På grund av svårigheter med att uppnå enighet mellan medlemsstaterna dröjde det dock till år 2000 innan ett regelverk på unionsnivå slutligen kunde antas. Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden (fortsättningsvis betecknad ”insolvensförordningen” alternativt ”förordningen” och förkortad ”IF”) trädde i kraft år 2002.³

Insolvensförordningen har under de år som gått sedan dess ikraftträdande förändrat gränsöverskridande insolvenser i Europa mer än alla tidigare fördrag, praxisbildande avgöranden och akademiska skrifter. Som en följd av detta har förordningen dragit till sig omvärldens uppmärksamhet och därigenom blivit betydelsefull inte bara ur ett europeiskt perspektiv utan även på det globala planet. Förordningens regelverk samt tolkningen och tillämpningen därav har

¹ Gränsöverskridande insolvensförfaranden avser situationer där gäldenären har tillgångar och/eller skulder i fler än en stat eller där gäldenärens förhållanden är sådana att hon är underkastad jurisdiktionen i två eller fler stater. (Israël, J., *European Cross-Border Insolvency Regulation*, 1:a upplagan, s.11) ddf

² Model Law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

³ Ds 2002:59 (*Europeisk insolvens*) s.35 f; Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar*, 1:a upplagan, s.27 f, s.39 f och s.43; Virgós, M., & Garcimartín, F., *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, 1:a upplagan, s.3; Omar, P. J., *European Insolvency Law*, 1:a upplagan, s.191 och s.193; jfr Mellqvist, M., & Persson, Annina H., *EU:s insolvensförordning – aktuella tillämpningsfrågor* s.111 i Möller, M., Jönzén, J. (Red.), *Insolvensrättsligt forum 2007*

blivit mönstergivande för resten av världen. Uttalanden av EU-domstolen kring insolvensförordningens centrala rekvisit ”gäldenärens huvudsakliga intressen” utgör således en referensram för domstolar i Australien, Brasilien och USA.⁴ Dessutom är tanken att rekvisitet gäldenärens huvudsakliga intressen i FN:s modellag för gränsöverskridande insolvensförfaranden ska tolkas på samma sätt som sin likalydande motsvarighet i insolvensförordningen.⁵

Insolvensförordningen innebär att medlemsstaterna är skyldiga att erkänna vissa beslut som fattats av nationella domstolar inom unionen. När domstol i en medlemsstat har inlett ett gränsöverskridande förfarande i form av ett huvudförfarande⁶ gentemot en specifik gäldenär är domstolar i andra medlemsstater således i princip förhindrade att inleda ett huvudförfarande gentemot samme gäldenär. Den viktigaste verkan av ett erkännande är att all egendom inom unionen som tillhör gäldenären omfattas av huvudförfarandet. Insolvensförordningen ämnar således bidra till uppnåendet av en välfungerande inre marknad genom samordning av de åtgärder som ska vidtas beträffande en insolvent gäldenärs tillgångar. För att den inre marknaden ska fungera väl krävs enligt förordningen även att s.k. ”forum shopping” motverkas. Enligt förordningen innebär forum shopping att en gäldenär överför tillgångar från en medlemsstat till en annan eller väljer jurisdiktion för att få en förmånligare rättslig ställning. Trots insolvensförordningens uttalade ambition att förhindra forum shopping kan konstateras att förordningen inte har varit helt framgångsrik härvidlag. Gäldenärer har nämligen kunnat utföra forum shopping genom att påverka och manipulera det i artikel 3.1 IF oklara rekvisitet huvudsakliga intressen och presumtionen att ett bolag har dessa intressen på den plats där det har sitt säte (sättespresumtionen). Förordningen kan därför i vissa fall sägas ha fått motsatt effekt.⁷ EU-domstolen gavs möjlighet att söka motverka forum shopping genom det på området mycket betydelsefulla förhandsavgörandet C-341/04 *Eurofood* (meddelat av EU-domstolen år 2006). Det

⁴ Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide*, 2:a upplagan, s.v

⁵ Punkterna 19, 31 och 72 i UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment; se punkterna 45 och 46 i *Stanford International Bank Ltd* (Ho, L. C., *Cross-border fraud and cross-border insolvency: Proving COMI and seeking recognition under the UK Model Law*, Journal of International Banking and Financial Law Vol 24 No 9 (2009) s.540)

⁶ Det är huvudförfarandena som utgör fokus i denna uppsats.

⁷ Mellqvist, M., & Persson, Annina H., a.a s.87 i *Insolvensrättsligt forum 2007*

är dock omdiskuterat huruvida, och i så fall till vilken grad, *Eurofood* har förtydligt insolvensförordningen och minskat utrymmet för forum shopping. I doktrinen har påståtts att frekvensen av forum shopping inte synes ha minskat efter *Eurofood*.⁸

Mot bakgrund av det anförda får det anses vara av intresse att närmare analysera huruvida *Eurofood* har minskat utrymmet för bolag att utföra forum shopping genom insolvensförordningen jämfört med rättsläget innan *Eurofood*. I sammanhanget synes det även lämpligt att undersöka huruvida det finns anledning att förändra förordningstexten (artikel 3.1 IF) för att förordningens grundläggande syften om motverkande av forum shopping och uppnående av rättssäkra och förutsebara insolvensförfaranden ska kunna uppnås.

Det ska understrykas att uppsatsen uteslutande fokuserar på forum shopping utförd av juridiska personer, närmare bestämt bolag (främst aktiebolag och handelsbolag). Sammanfattningsvis kan denna uppsats därför sägas vara skriven i gränslandet mellan insolvensrätt, EU-rätt och bolagsrätt.

I.II Syfte

Denna framställning syftar till att besvara två huvudsakliga frågeställningar:

1. Den första huvudfrågeställningen syftar till att analysera huruvida, och i så fall på vilket sätt, EU-domstolens avgörande *Eurofood* och därpå följande nationell domstolspraxis har minskat utrymmet för insolventa bolag⁹ att utföra forum shopping genom artikel 3.1 IF i jämförelse med rättsläget innan *Eurofood*. Denna huvudsakliga frågeställning kan brytas ned i ett antal delfrågeställningar:

- I. Vilka typer av forum shopping kan utföras av bolag genom påverkan och manipulation av insolvensförordningen?

⁸ Eidenmüller, H., *Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law*, European Company and Financial Law Review (1) 2009 s.5

⁹ Härmed avses sådana bolag som omfattas av ABL (2005:551) och 2-3 kap. BL (1980:1102) samt dessa associationsformers motsvarigheter i övriga medlemsstaters bolagsrätt. Definitionen omfattar även europabolag. Enligt artikel 63 i rådets förordning (EG) 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag anges nämligen beträffande insolvensförfaranden att europabolag ska vara underkastade bestämmelserna i den lag som skulle gälla för ett publikt aktiebolag bildat i enlighet med lagstiftningen i den medlemsstat där europabolaget har sitt säte.

- II. Vilken vägledning för tolkningen av rekvisitet huvudsakliga intressen och sätespresumtionen finns i insolvensförordningen och i Virgós/Schmit-rapporten¹⁰?
- III. Vilka möjligheter till forum shopping för bolag fanns innan *Eurofood* mot bakgrund av då rådande nationell domstolspraxis avseende rekvisitet huvudsakliga intressen och sätespresumtionen?
- IV. Har EU-domstolens tolkning av rekvisitet huvudsakliga intressen och sätespresumtionen i *Eurofood* och därpå följande nationell domstolspraxis minskat utrymmet för bolag att utföra forum shopping i jämförelse med rättsläget innan *Eurofood*. På vilket sätt har i så fall detta utrymme minskats?

2. Finns det, mot bakgrund av det rådande rättsläge som beskrivits genom besvarandet av delfrågeställning IV ovan, anledning att förändra förordningstexten (artikel 3.1 IF) för att förordningens grundläggande syften om motverkande av forum shopping och uppnående av rättssäkra och förutsebara insolvensförfaranden ska kunna uppnås? På vilka sätt bör i så fall förordningstexten förändras?

I.III Metod och material

Denna uppsats tillämpar rättsdogmatisk metod. Framställningen analyserar således lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin på området. Mer specifikt analyseras främst insolvensförordningen (såväl dess artiklar som ingresspunkter), Virgós/Schmit-rapporten, ett stort urval av den rikhaltiga nationella domstolspraxisen på området, avgöranden av EU-domstolen samt relevant litteratur och relevanta artiklar på området.

Det fall som rör bolaget Eurofood IFSC Ltd är det mest centrala avgörandet för denna uppsats vidkommande. Ett flertal domstolar har varit inblandade i fallet. I syfte särskilja domstolarnas avgöranden och yttranden från varandra används följande benämningar i denna framställning: *Eurofood – Tribunale di Parma*, *Eurofood – The Dublin High Court*, *Eurofood – Tribunale Amministrativo Regionale*, *Eurofood – The Irish Supreme Court*. När enbart *Eurofood* används åsyftas EU-domstolens förhandsavgörande, såvitt inget annat framgår av sammanhanget.

¹⁰ Den förklarande rapporten till förordningstexten

I.IV Avgränsning

Från insolvensförordningens tillämpningsområde undantas enligt artikel 1.2 IF försäkringsföretag, kreditinstitut, investmentföretag som tillhandahåller tjänster som innebär hantering av medel eller värdepapper för tredje mans räkning och kollektiva investmentföretag från insolvensförordningens tillämpningsområde. Insolvensförordningen kompletteras på denna punkt av banksolvensdirektivet¹¹ och försäkringsinsolvensdirektivet¹². Dessa direktiv behandlas inte i denna uppsats.

Det faller utanför syftet med denna uppsats att behandla och problematisera borgenärskollektivets eventuella internt motstående intressen. Det bör dock noteras att det i praktiken inte torde vara någon ovanlighet med heterogena borgenärskollektiv där exempelvis en grupp (borgenärer med säkerhet för sina fordringar) anser det fördelaktigt att huvudförfarandet genomförs i stat A, medan en annan grupp (anställda eller borgenärer utan säkerhet) anser det fördelaktigt att huvudförfarandet genomförs i stat B. En sådan situation kan ge upphov till forum shopping på borgenärsplanet.¹³

I.V Disposition

Denna uppsats är disponerad enligt följande:

I avsnitt 1 ges en introduktion till och problematisering av begreppet forum shopping.

Avsnitt 2 inleds med en översikt över insolvensförordningen (dess tillkomst, rättsliga ställning syften och tillämpningsområde) och en redogörelse för Virgós/Schmit-rapportens ställning i rättsligt hänseende. Därefter behandlas för denna uppsats vidkommande viktiga artiklar i insolvensförordningen.

Avsnitt 3 inleds med en beskrivning av huvudförfarandet. Därefter behandlas ingående rekvisitet huvudsakliga intressen och sätespresumtionen.

¹¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/24/EG av den 4 april 2001 om rekonstruktion och likvidation av kreditinstitut

¹² Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/17/EG av den 19 mars 2001 om rekonstruktion och likvidation av försäkringsföretag

¹³ Forum shopping av borgenärer och konkursförvaltare beskrivs kortfattat av Israël, J., .a.a. s.298 samt av Enriques, L., & Gelter, M., *Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection*, European Business Organization Law Review 7 (2006) s.438 och s.445 f

Avsnitt 4 behandlar nationell domstolspraxis innan *Eurofood*.

Avsnitt 5 beskriver EU-domstolens förhandsavgörande *Eurofood* och de nationella domstolarnas tolkning och tillämpning av rekvisitet huvudsakliga intressen och sätespresumtionen i detta fall.

I avsnitt 6 behandlas nationell domstolspraxis efter *Eurofood*.

I avsnitt 7 redogörs för statistik över nationella domstolars tolkning och tillämpning av sätespresumtionen.

I avsnitt 8 analyseras det i de föregående avsnitten presenterade materialet i syfte att besvara uppsatsens frågeställningar.

I avsnitt 9 ges en avslutande sammanfattning av uppsatsen. Uppsatsens frågeställningar, det material som har presenterats i uppsatsen samt uppsatsens slutsatser återges kortfattat.

1. INTRODUKTION TILL BEGREPPET FORUM SHOPPING

Forum shopping är ett allmängiltigt – och i insolvensrättsliga sammanhang negativt klingande – begrepp för företeelsen att ”välja jurisdiktion”.¹⁴ Mer specifikt definierar insolvensförordningen forum shopping sålunda att ”parterna får motiv att överföra tillgångar från en medlemsstat till en annan eller att välja jurisdiktion för att få en förmånligare rättslig ställning”.¹⁵ I den insolvensrättsliga kontexten innebär forum shopping med andra ord att en gäldenär, som står inför en insolvenssituation, vidtar åtgärder i syfte att placera sig själv och sina tillgångar under den insolvensjurisdiktion som anses vara den mest gynnsamma för gäldenärens vidkommanden.¹⁶

Det är i och för sig inte något illegitimt att i kommersiella sammanhang välja en lämplig jurisdiktion. Att flytta sina huvudsakliga intressen från en medlemsstat till en annan är t.o.m. en grundläggande rättighet i Europeiska unionen genom etableringsfriheten i artikel 49 EUF.¹⁷

[...] ska inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud ska även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.

Etableringsfriheten ska innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag [...]

Inom insolvensrätten betraktas forum shopping emellertid med stor skepsis, varför uppfattningen ofta är att företeelsen bör bekämpas.¹⁸ I insolvensförordningen uttalas uttryckligen att ett viktigt skäl bakom rättsakten är att forum shopping ska undvikas i syfte att unionens inre marknad ”skall fungera väl”.¹⁹ Skälen till den negativa inställningen till forum shopping inom insolvensrätten är lätta att inse. Det råder ingen tvekan om att möjligheten att genomföra forum shopping skapar osäkerhet för borgenärer och undergräver långivares och investerares vilja att

¹⁴ Mellqvist, M., *Europeisk internationell insolvensjurisdiktion*, Svensk Juristtidning (SvJT) 2005 s.450

¹⁵ Ingresspunkt 4 IF

¹⁶ Ringe, W.-G., *Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation*, European Business Organization Law Review (9) 2008 s.581 och 584; Mellqvist, M., a.a. i SvJT 2005 s.450

¹⁷ Mellqvist, M., a.a i SvJT 2005 s.450; Eidenmüller, H., a.a. i European Company and Financial Law Review (1) 2009 s.4; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.262. Jfr även artikel 15 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02).

¹⁸ Mellqvist, M., a.a i SvJT 2005 s.450; Dotevall, R., *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2:a uppl., s.263

¹⁹ Ingresspunkt 4 IF

finansiera affärsverksamheter vars tillgångar kan vara labila på angivet sätt.²⁰ Den negativa synen förstärks av det faktum att insolvensrätten i många fall skiljer sig åt på ett påtagligt sätt mellan olika rättsordningar.²¹

Som ovan antytts behöver forum shopping inte nödvändigtvis vara ett tecken på ett illojalt förfarande. Det finns enligt Mellqvist²² knappast anledning att i och för sig förhindra eller försvåra att en gäldenär väljer vilken insolvensjurisdiktion som vederbörande underkastas. Det är först när så sker *i syfte att göra egendomen oåtkomlig eller svåråtkomlig för berättigade anspråk*, som det bör förhindras eller försvåras. Det bör således göras en åtskillnad mellan illojal forum shopping och sådan forum shopping som inte utförs i ett illojalt syfte. Insolvensförordningen är med andra ord utformad för att förhindra illojal forum shopping. Fletcher²³ anför, i liknande ordalag, att det i princip inte finns något att anmärka mot forum shopping som utförs i syfte att gagna borgenärerna.²⁴ Bariattis²⁵ och Eidenmüllers²⁶ uppfattningar synes gå i samma riktning.²⁷ Att insolvensförordningen enbart syftar till att motverka illojal forum shopping har bekräftats av generaladvokat Colomer (vid EU-domstolen) i dennes förslag till avgöranden i fallen *Staubitz-Schreiber*²⁸ och *Frick Teppichboden*^{29,30}.

Att döma av förordningen är "forum shopping" inte något helt otillbörligt. Det gemenskapslagstiftningen riktar sig mot är att möjligheterna att välja forum utnyttjas på ett *opportunistiskt och vilseledande* sätt, vilket är något helt annat än att *per se* demonisera en metod som

²⁰ Virgós/Schmit-rapporten punkt 75; Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.106; Mellqvist, M., & Persson, A. H., a.a. i *Insolvensrättsligt forum 2007* s.81; *Inside Track Law & Business: Breach made in Frontiers of Debt*, Financial Times (27 maj 2002); Page, *Inside Track Law & Business: Breach made in Frontiers of Debt*, Financial Times (27 maj 2002); jfr Eidenmüller, H., a.a. i *European Company and Financial Law Review* (1) 2009 s.4

²¹ Dotevall, R., a.a. s.263; Mellqvist, M., a.a. i SvJT 2005 s.450

²² Hovrättsråd, numera lagman vid Gotlands tingsrätt

²³ Professor i internationell affärsrätt vid University College London

²⁴ Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.262

²⁵ Professor i internationell privaträtt vid Università di Milano.

²⁶ Professor i civilrätt samt tysk, europeisk och internationell bolagsrätt vid Ludwig-Maximilians-Universität München.

²⁷ Mellqvist, M. a.a. i SvJT 2005 s.450 f; Eidenmüller, H., a.a. i *European Company and Financial Law Review* (1) 2009 s.11; Bariatti, S., *Recent Case-Law Concerning Jurisdiction and the Recognition of Judgments under the European Insolvency Regulation*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (73) 2009 s., a.a. s.636. Se även fallet *PIN Group*, som refereras i avsnitt 6.3.3.

²⁸ Punkterna 70-77 i Förslag till avgörande av generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer i mål C-1/04 *Staubitz Schreiber* (föredraget den 6 september 2005)

²⁹ Fotnot 49 i Förslag till avgörande av generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer i mål C-339/07 *Frick Teppichboden* (föredraget den 16 oktober 2008)

³⁰ Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.262

det ibland kan vara lämpligt att uppmuntra. Se mitt förslag till avgörande av den 6 september 2005 i mål C1/04, Staubitz-Schreiber, punkterna 70–77. [Punkt 49 i generaladvokat Colomers förslag till avgörande i *Frick Teppichboden*]

Då begreppet forum shopping används i denna framställning åsyftas således, när inget annat anges, den illojala företeelsen. Det bör dock redan här påpekas att nationella domstolar (främst engelska domstolar) i vissa fall inte har gjort någon distinktion mellan lojal forum shopping och illojal forum shopping.³¹ En komplicerande omständighet i sammanhanget är att gränsen mellan missbruk å ena sidan och etableringsfriheten å den andra ibland kan vara svår att dra.³²

³¹ Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.262

³² Se t.ex. *Deutsche Nickel*, meddelat den 29 april 2005, High Court London, 2771/2005; *Hans Brochier Holdings Ltd v Exner*, Chancery Division, meddelat den 4 augusti 2006; meddelat den 15 augusti 2006, [2006] EWHC 2594 (Ch), [2007] BCC 127; *PIN Group SA*, AG Köln, meddelat den 19 februari 2008, 73 IE 1/08, NZI 2008, 257. Se även *AG Celle*, meddelat den 18 april 2005, EuZW 2005, 415 (fallet rörde en fysisk person). (Bariatti, S., a.a. s.636)

2. INSOLVENSFÖRORDNINGEN

2.1 Insolvensförordningens tillkomst och rättsliga ställning

Insolvensförordningen är frukten av ett mödosamt arbete som pågått sedan tidigt 1960-tal. Anledningen till att det dröjde nästan 40 år innan en rättsakt gällande gränsöverskridande insolvensförfaranden kunde antas är helt enkelt att medlemsstaterna haft svårt att enas på viktiga punkter. Mellan 1982 och 1985 granskades ett utkast till konvention om insolvensförfaranden (1980 års konventionsutkast), men arbetet lades på is då enighet inte kunde nås. Den konvention om insolvensförfaranden som blev klar under 1995 blev aldrig antagen på grund av att Storbritannien inte undertecknade den. År 1999 transformerades konventionstexten till en förordningstext. Medlemsstaterna beslutade att konventionstexten vid transformeringen enbart skulle modifieras i mycket exceptionella fall. I linje härmed accepterades i praktiken enbart sådana modifieringar som var nödvändiga för att anpassa texten till dess nya roll som en gemenskapsrättsakt. Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden (IF) antogs av rådet (gemenskapens justitieministrar) och trädde i kraft den 31 maj 2002. Från denna dag gäller förordningen i Europeiska unionens samtliga medlemsstater utom Danmark^{33, 34}. Eftersom rättsakten är en förordning är den direkt tillämplig i medlemsstaterna utan särskilda införlivandeåtgärder av medlemsstaternas parlament.³⁵ Insolvensförordningens text är en kompromiss mellan medlemsstaternas olika ideal med avseende på de frågor som förordningen behandlar.³⁶

³³ Jfr Ingresspunkt 33 IF. I denna framställning avses således med ”medlemsstater” samtliga stater inom Europeiska unionen förutom Danmark.

³⁴ För en utförlig redogörelse över tillkomsten av insolvensförordningen, se Omar, P. J., a.a. s.49-90, Israél, J., a.a. s.215-242; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.1-16; Pannen, K. (Ed.), *European Insolvency Regulation*, 1:a upplagan, s.8-14 och s.17. För mer kortfattade redogörelser, se Ds 2002:59 s.35-38; Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.39 f; Mellqvist, M., *EU:s förordning om insolvensförfaranden – en följetong i europeisk insolvensrätt – del 1*, Ny Juridik (1) 2000 s.8 f och s. 23; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.6 f och s.39

³⁵ Ingresspunkt 8 IF; Diedrichsen, A., & Kömpf, N., *European Insolvency Regulation and Its Application in the Member States*, Comparative Law Yearbook of International Business (Vol 27) (2005) s.235

³⁶ Omar, P. J., a.a. s.104 och s.194

2.2 Virgós/Schmit-rapporten

Eftersom insolvensförordningens text i princip är identisk med 1995 års konventionstext har den förklarande rapport³⁷ (Virgós/Schmit-rapporten) som hör till konventionen betydelse för tolkningen av insolvensförordningen. Rapporten, som förhandlades fram mellan de dåvarande medlemsstaterna, beskriver ursprunget till och syftet med varje artikel samt förklarar innebörden av rättsliga termer i rättsakten. Den har således avsevärd auktoritet och tyngd för domstolarna i medlemsstaterna.³⁸ Det ska dock understrykas att rapporten varken har godkänts av rådet eller har publicerats i unionens officiella tidning. Trots att rapporten har betydelse för tolkningen av insolvensförordningen är den inte bindande, varför andra tolkningar kan bli aktuella.³⁹

2.3 Insolvensförordningens syften

Den rättsliga grunden för insolvensförordningen utgörs av artiklarna 61 c, 65 och 67.1 EGF⁴⁰. Av artiklarna framgår sammanfattningsvis att åtgärder ska vidtas för att undanröja sådant som hindrar civilrättsliga förfaranden på den inre marknaden från att fungera väl samt att rådet enhälligt fattar beslut om sådana åtgärder. Avstampet för insolvensförordningen är således omsorgen om den inre marknaden och dess funktion.⁴¹ Detta utvecklas i insolvensförordningens ingresspunkter (främst punkterna 2-4). Där kan utläsas att insolvensförordningens övergripande syfte är att bidra till uppnåendet av en välfungerande inre marknad, dvs. en marknad som fungerar effektivt och smidigt. I ingresspunkt 2 IF uttalas att insolvensförordningen behöver antas för att detta syfte ska uppnås. I ingresspunkterna 3 och 4 IF introduceras insolvensförordningens tillvägagångssätt för att syftet ska kunna uppnås. Ingresspunkt 3 IF börjar med att konstatera att företagets verksamhet i allt högre grad har gränsöverskridande

³⁷ Rapport angående konventionen om insolvensförfaranden, 6500/1/96 REV 1, DRS 8 (CFC)

³⁸ I t.ex. *Enron Directo SL* uttalade engelsk domstol att Virgós/Schmit-rapporten är användbar vid tolkningen av insolvensförordningen ehuru rapporten i fråga inte är rättsligt bindande (*Enron Directo SL*, High Court London, Chancery Division, meddelat den 4 juni 2002 (ej rättsfallsreferat)) (Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.240)

³⁹ Mellqvist, M., a.a. i SvJT 2005 s.452 fotnot 8; Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.46 f; Mellqvist, M., & Persson, A. H., a.a. i *Insolvensrättsligt forum 2007* s.80 fotnot 3 och s.81; Mucciarelli, F. M., *The Transfer of the Registered Office and Forum-Shopping in International Insolvency Cases: an Important Decision from Italy – Case Note on the Decision “B & C” of the Italian Corte di Cassazione*, *European Company and Financial Law Review* (4) 2005 s.513 fotnot 2; Omar, P. J., a.a. s.91 och s.103 f; Israël, J., a.a. s.243; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.7 och s.39; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.17; Generaladvokatens förslag till avgörande i *Eurofood* fotnot 5

⁴⁰ EGF har numera helt ersatts av EUF. Motsvarande artiklar i EUF är artiklarna 67 och 81.

⁴¹ Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.42 f; Israël, J., a.a. s.245-252; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.3; Prop.1997/98:58 (*Amsterdamfördraget*) s 65 f

verkningar och därför i allt större utsträckning regleras av gemenskapsrätten. Eftersom sådana företags insolvens även påverkar den inre marknadens goda funktion behövs en gemenskapsrättsakt som ställer krav på *samordning av de åtgärder som ska vidtas beträffande en insolvent gäldenärs tillgångar*. Av ingresspunkt 4 IF framgår att insolvensförordningen även avser bidra till uppnåendet av en välfungerande inre marknad genom *motverkande av forum shopping*.⁴²

För att den inre marknaden skall fungera väl måste det undvikas att parterna får motiv att överföra tillgångar från en medlemsstat till en annan eller att välja jurisdiktion för att få en förmånligare rättslig ställning ("forum shopping").

Insolvensförordningens syfte att motverka forum uttrycks i Virgós/Schmit-rapporten punkt 7 på följande sätt:

[...] Institutionellt samarbete behövs för att införa en viss rättsordning och därigenom undvika att parterna frestas förlägga tvister till en viss stat eller överföra egendom från ett land till ett annat i ett försök att förbättra sin rättsliga ställning ("forum shopping") [...]

Endast en multilateral konvention mellan alla medlemsstater kan bidra till att avhålla gäldenärer och borgenärer från sådana opportunistiska beteenden och möjliggöra en effektiv hantering av ekonomiska svårigheter som drabbat enskilda personer och företag inom gemenskapen. Konventionen om insolvensförfaranden tillhandahåller ett sådant tvingande regelverk för samarbete inom gemenskapen. [...]

2.4 Ingen "europeisk insolvenslag"

Det är viktigt att klargöra att insolvensförordningen inte i sig är någon fullständig "europeisk insolvenslag". Insolvensförordningen standardiserar enbart regler inom den internationella insolvensrätten med avseende på gränsöverskridande insolvensförfaranden.⁴³ Insolvensförordningen säger däremot inte uttryckligen någonting om hur de enskilda medlemsstaternas insolvensrätt i övrigt är, eller bör vara, utformad.⁴⁴ Varje medlemsstat behåller således sin egen insolvensrätt. Insolvensförordningen blir tillämplig först när något nationellt insolvensförfarande som omfattas av förordningen har inletts.⁴⁵

⁴² Dotevall, R., a.a. s.262; Mellqvist, M., a.a. i Ny Juridik (1) 2000 s.11; Omar, P. J., a.a. s.91 f; Israël, J., a.a. s.313; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.7 f; Enriques, L., & Gelter, M., a.a. s.437

⁴³ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.7 f

⁴⁴ Det är dock givet att förordningen indirekt förutsätter att det finns nationella insolvensregleringar av utvecklat slag med avseende på rättssäkerhet, förutsebarhet och organisation med mera samt förmåga att möta de marknadsekonomiska spelreglerna. Jfr Ingresspunkt 6

⁴⁵ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.7 f; Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.43 och s.53 f; Omar, P. J., a.a. s.90 och s.92; Enriques, L., & Gelter, M., a.a. s.436; Ds 2002:59 s.38

Intentionen med insolvensförordningen är således inte att harmonisera medlemsstaternas materiella insolvensrätt. Gemenskapen har med hänvisning till skillnaderna i materiell rätt mellan medlemsstaterna slagit fast att det inte är möjligt att uppnå resultat med en harmonisering av medlemsstaternas insolvenslagstiftning. En harmonisering skulle vara ett mycket svårt projekt att genomföra.⁴⁶

2.5 Insolvensförordningens tillämpningsområde

Enligt artikel 1.1 IF ska insolvensförordningen tillämpas på kollektiva insolvensförfaranden som innebär att gäldenären helt eller delvis berövas rådigheten över sina tillgångar och att en förvaltare utses. I praktiken är det för svensk del förfarandena *konkurs* och *företagsrekonstruktion* som omfattas av insolvensförordningen, vilket framgår av förordningens bilagor A och B. Frivilliga rekonstruktionsförhandlingar innan insolvens och planering som syftar till att förhindra ett insolvensförfarande faller utanför förordningens tillämpningsområde.⁴⁷

Det bör noteras att i Frankrike genomförs ett betydande antal insolvensförfaranden i form av *redressement judiciaire simplifié sans désignation d'un administrateur judiciaire*. Vid sådana förfaranden utses inte någon förvaltare, varför förfarandena faller utanför tillämpningsområdet för insolvensförordningen (se bilaga A till förordningen). Den aktuella typen av förfarande kan bara inledas för små och medelstora bolag. Ett förfarande kan inledas även om bolaget äger tillgångar i andra medlemsstater.⁴⁸

Insolvensförordningen är enbart tillämplig på insolvensförfaranden som inleds i en medlemsstat gentemot gäldenärer inom unionen (dvs. sådana gäldenärer som, oavsett nationalitet respektive oavsett var deras säte är beläget⁴⁹, har sina huvudsakliga intressen⁵⁰ inom en medlemsstats territorium) och reglerar enbart förfarandets verkningar inom unionen (dvs. gentemot medlemsstaternas nationella rättsordningar). Om exempelvis en gäldenärs huvudsakliga intressen finns i USA kan en nationell domstol i någon av unionens medlemsstater inte inleda

⁴⁶ Ingresspunkt 11 IF; Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.43 f; Israël, J., a.a. s.216 f; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.7; Lemontey-rapporten s.50

⁴⁷ Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.47 och s.75; Omar, P. J., a.a. s.92 f; Israël, J., a.a. s.254-256; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.27-30 och s.54

⁴⁸ Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.236

⁴⁹ Att lokaliseringen av sätet inte har avgörande betydelse bekräftades i det engelska avgörandet *BRAC Rent-A-Car International Inc*, High Court of Justice Chancery Division (Company Court), meddelat den 7 februari 2003, [2003] EWHC (Ch) 128. Ett huvudförfarande enligt insolvensförordningen inleddes avseende ett bolag vars huvudsakliga intressen var belägna inom gemenskapen, men vars registrerade säte var beläget utanför gemenskapen (i den amerikanska delstaten Delaware) (se avsnitt 4.1.2.2). Se även det engelska avgörandet *Norse Ferries and Cenargo Navigation Ltd*, High Court of Justice Chancery Division, meddelat den 20 februari 2003. Engelsk domstol inledde i detta fall ett huvudförfarande avseende ett bolag registrerat i Hong Kong. (Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.48; Israël, J., a.a. s.253; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.22 f; Ingresspunkt 14 IF; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.160.)

⁵⁰ Begreppet huvudsakliga intressen behandlas i avsnitt 3.2.

något förfarande som omfattas av insolvensförordningen. I stället får den nationella domstolen tillämpa sin stats internationella insolvensrätt, insolvensförordningen förutan, och avgöra om konkursjurisdiktion föreligger. Insolvensförordningen är då under alla förhållanden inte tillämplig.⁵¹

2.6 Huvudförfaranden

Den forum shopping som behandlas i denna uppsats har till syfte att insolventa bolag ska komma i åtnjutande av ett huvudförfarande (även benämnt huvudinsolvensförfarande) i någon av medlemsstaterna. Huvudförfarandet stadgas i artikel 3.1 IF.⁵² Av bilaga A till förordningen framgår att ett huvudförfarande i svensk rätt kan utgöras av konkurs eller företagsrekonstruktion. Huvudförfarandet har universell effekt, vilket innebär att det omfattar alla gäldenärsbolagets tillgångar inom unionen (se avsnitt 2.8). Huvudförfarandet är mycket centralt för denna uppsats vidkommande och behandlas utförligt i avsnitt 3 i denna uppsats.

2.7 Territoriellt begränsade insolvensförfaranden

Vid sidan av huvudförfarandet finns i artikel 3.2 IF en annan typ av förfarande benämnt *territoriellt begränsat förfarande*. Sistnämnda förfarande står inte i fokus för denna uppsats, eftersom den forum shopping som bolag har utfört har genomförts genom påverkan och manipulation av kriterierna för inledande av huvudförfaranden. Det finns dock skäl att summariskt behandla även denna typ av förfarande, eftersom ett pågående territoriellt begränsat förfarande har viss påverkan på huvudförfarandet, vilket beskrivs strax nedan och i avsnitt 2.8.

Artikel 3.2 IF lyder:

När platsen där en gäldenärs huvudsakliga intressen finns befinner sig inom en medlemsstats territorium, har domstolarna i en annan medlemsstat behörighet att inleda ett insolvensförfarande endast om gäldenären har ett driftställe i den senare medlemsstaten. Verkningsarna av detta förfarande får enbart omfatta gäldenären tillhörig egendom som finns inom denna medlemsstats territorium.

Det territoriellt begränsade förfarandet omfattar således enbart gäldenären tillhörig egendom som finns inom en enda medlemsstats territorium.⁵³ Det huvudsakliga syftet med territoriellt begränsade förfaranden är enligt ingressen till insolvensförordningen att skydda lokala intressen av olika slag. Det har antagits att en borgenär har bäst möjligheter att tillvarata sina intressen i den egna medlemsstaten. Det territoriellt begränsade förfarandet antas även förenkla mindre borgenärers deltagande i ett

⁵¹ Ingresspunkt 14 IF; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.21 f; Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.118; Israél, J., a.a. s.253; Bos, T. M., *The European Insolvency Regulation and the Harmonization of Private International Law in Europe*, Netherlands International Law Review (2003) s.50; Omar, P. J., a.a. s.98

⁵² Ingresspunkt 12 IF

⁵³ Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.115; Omar, P. J., a.a. s.99; Israél, J., a.a. s.290 och s.295 f; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.162 f; Ingresspunkt 12 IF; prop.2005/06:37 (*EU:s insolvensreglering*) s.24; jfr artiklarna 17.2 andra meningen IF och 34.2 IF.

insolvensförfarande. Möjligheten till territoriellt begränsade förfaranden fungerar även som ett skydd mot att gäldenären fullt legitimt utför forum shopping.⁵⁴

Av artikel 3.2 IF framgår att ett territoriellt begränsat förfarande kan inledas i en medlemsstat där gäldenärsbolaget inte har sina huvudsakliga intressen, om bolaget har ett driftställe i denna stat. Enligt artikel 2.h IF avses med "driftställe" varje verksamhetsplats där gäldenären annat än tillfälligt idkar ekonomisk verksamhet med personella och materiella resurser. Ett förfarande enligt artikel 3.2 IF är antingen ett *självständigt förfarande* eller, om det redan pågår eller inleds ett huvudförfarande i någon annan medlemsstat, ett *sekundärförfarande* (se artikel 3.2-4 IF, artikel 27 IF, artikel 16.2 IF och artikel 36 IF samt ingresspunkt 17 IF). Artikel 3.3 IF och artikel 16.2 IF tillåter att sekundärförfaranden löper parallellt med huvudförfaranden. Av artikel 3.3 andra meningen IF och artikel 27 IF framgår att ett sekundärförfarande enbart kan vara av ett likvidationsförfarande (för svenskt vidkommande avses konkurs). Ett självständigt förfarande kan däremot vara såväl ett likvidationsförfarande som ett rekonstruktionsförfarande.⁵⁵

2.8 Universalitetsprincipen

En mycket central princip i insolvensförordningen är att huvudförfaranden ska ha universell effekt (oavsett om det är fråga om konkurs- eller rekonstruktionsförfaranden). Att ett förfarande är universellt innebär att det syftar till att omfatta gäldenärens samtliga tillgångar och samtliga borgenärer.⁵⁶ Tanken är att utdelningen ska bli bättre för borgenärsgruppen som helhet vid ett sådant förfarande än vid en anhopning av separata nationella förfaranden. Det är mer sannolikt att ett bolag, eller åtminstone dess verksamhet, kan räddas om den huvudsakliga delen av insolvensförfarandet hanteras inom ramen för en enda jurisdiktion. Universalitetsprincipen effektueras genom artikel 16 IF (principen om automatiskt erkännande) och artikel 17 IF (regler om erkännandets verkningar).⁵⁷

⁵⁴ Ingresspunkterna 12 och 19; Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.113; Omar, P. J., a.a. s.97 och s.99; Israël, J., a.a. s.310; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.155 f; Enriques, L., & Gelter, M., a.a. s.446; Franken, S. M., *Three Principles of Transnational Corporate Bankruptcy Law: A Review*, European Law Journal (Vol 11 No 2) March 2005 s.237-240

⁵⁵ Ingresspunkt 12 IF; Virgós/Schmit-rapporten punkterna 70-71 och punkt 86; Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.112-114, s.121 f och s.147 f; Mellqvist, M., a.a i SvJT 2005 s.453; Mellqvist, M., & Persson, Annina H., a.a s.80 i *Insolvensrättsligt forum 2007*; Dotevall, R., a.a. s.262; Israël, J., a.a. s.264 och s.291-293; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.157-162 och s.170-176; Omar, P. J., a.a. s.99 och s.142; Prop. 2005/06:37 s.24 och 29; Ds 2002:59 s.40, s.45 och s.47 f

⁵⁶ Insolvensförordningen kan givetvis enbart garantera universalitetsprincipen inom Europeiska unionen. Principens genomslag i stater som inte är medlemmar i unionen beror på huruvida dessa stater tillåter detta (Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.54 f; Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.109).

⁵⁷ Ingresspunkt 12 IF; Virgós/Schmit-rapporten punkt 73; Omar, P. J., a.a. s.97; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.54 f; Israël, J., a.a. s.264; Ringe, W.-G., a.a. s.607; Westbrook, J. L., *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, American Bankruptcy Law Journal 65 [1991] s.465; McCormack, G., *Jurisdictional Competition and Forum Shopping in Insolvency Proceedings*, Cambridge Law Journal (Vol 68 No 1), 2009 s.174

2.8.1 Principen om automatiskt erkännande

Artikel 16.1 första stycket IF lyder:

Beslut om att inleda ett insolvensförfarande fattat av en domstol i en medlemsstat, som har behörighet enligt artikel 3, skall från den tidpunkt det har verkan i inledningsstaten erkännas i alla andra medlemsstater.

Denna princip om automatiskt erkännande gäller även om domstolens beslut kan överklagas till överrätt. Skyldigheten att erkänna innebär att nationella domstolar i andra medlemsstater är förhindrade att inleda ett huvudförfarande gentemot gäldenären. Det kan således pågå enbart ett huvudförfarande åt gången mot samme gäldenär. Erkännandet vilar på den gemenskapsrättsliga principen om ömsesidigt förtroende.⁵⁸ Det får *inte* uppställas några särskilda krav för erkännandet, utan medlemsstaterna är direkt förpliktade att utan formaliteter erkänna beslut av nationell domstol att inleda ett insolvensförfarande.⁵⁹ De erkännande staternas domstolar får varken göra en materiell prövning av inledandedomstolens beslut eller pröva huruvida denna domstol hade behörighet att fatta beslutet.⁶⁰ Ett ordre public-undantag finns dock i artikel 26 IF: en medlemsstat kan neka att erkänna ett insolvensförfarande som har inletts i en annan medlemsstat, om verkningarna av ett sådant erkännande eller en sådan verkställighet skulle vara uppenbart oförenliga med grunderna för den statens rättsordning (ordre public), särskilt vad gäller statens grundläggande rättsprinciper och individen grundlagsenliga fri- och rättigheter.⁶¹ Det automatiska erkännandet gäller både huvudförfaranden och territoriellt begränsade förfaranden. Beträffande sistnämnda förfarande är erkännandet givetvis begränsat till insolvensförfarandets territoriella verkningar (se avsnitt 2.8.2).⁶²

Om en part anser att en nationell domstol felaktigt har inlett ett huvudförfarande kan parten överklaga till en appellationsdomstol i den stat där den nationella domstolen är belägen. Däremot

⁵⁸ Ingresspunkt 22 IF; Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.146 f; Omar, P. J., a.a. s.105 f; Israël, J., a.a. s.260 och s.263 f; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.51 f; Mucciarelli, F. M., a.a. s.526; Virgós/Schmit-rapporten punkt 73

⁵⁹ Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.147 f; Israël, J., a.a. s.263

⁶⁰ Israël, J., a.a. s.260; Balz, M., *The European Convention on Insolvency Proceedings*, American Bankruptcy Law Journal (70) 1996 s.505; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.49 och s.52; Bos, T. M., a.a. s.34 f L: s.

⁶¹ Mellqvist, M., & Persson, Annina H., a.a s.85 f i *Insolvensrättsligt forum 2007*. Vid bedömning av ett överklagande av ett beslut av fransk underrätt att erkänna ett engelskt huvudförfarande har fransk appellationsdomstol uttalat att ordre public-undantaget ska tolkas restriktivt mot bakgrund av ingresspunkt 22 IF (*SAS Rover France*, Tribunal de commerce de Nanterre, meddelat den 19 maj 2005) (Haravon, M., & Moss (Q.C.), G., "Building Europe" – *The French Case Law on COMI*, Insolvency Intelligence (2007) s.20 f)

⁶² Virgós/Schmit-rapporten punkt 146; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.190

kan parten inte ansöka om inledande av ett huvudförfarande i en annan medlemsstat, eftersom alla andra medlemsstater är skyldiga att erkänna det först fattade beslutet att inleda ett huvudförfarande (försåvitt ordre public-undantaget inte är tillämpligt).⁶³

2.8.2 Erkännandets verkningar

Artikel 17.1 lyder:

Ett beslut varigenom ett förfarande enligt artikel 3.1 inleds, skall utan ytterligare formaliteter ha samma verkningar i alla andra medlemsstater som det har i inledningsstaten, om inte annat föreskrivs i denna förordning och så länge inte något förfarande enligt artikel 3.2 har inletts i dessa andra medlemsstater.

Härav följer att ett huvudförfarande normalt omfattar gäldenärens samtliga tillgångar. Verkningarna av t.ex. ett svenskt konkursförfarande utsträcks sålunda till att gälla gäldenären tillhörig egendom i övriga medlemsstater. Förfarandet får med andra ord viss hindersverkan i övriga medlemsstater. Skrivningen ”om inte annat föreskrivs i denna förordning” åsyftar undantag i artiklarna 5-15 IF. Dessa undantag behandlas inte i denna uppsats.⁶⁴

Universalitetsprincipen är inte oinskränkt i insolvensförordningen. Ett erkännande av ett huvudförfarande är begränsat såtillvida att det inte förhindrar att ett sekundärförfarande inleds (artikel 16.2 IF).⁶⁵ Huvudförfarandet har således inte verkningar i de medlemsstater vari ett sekundärförfarande pågår gentemot samme gäldenär (artikel 17.1 IF). Tillgångarna i den medlemsstat vari sekundärförfarandet pågår regleras enligt denna stats lag och inte enligt lagen i den medlemsstat vari huvudförfarandet har inletts. Möjligheten att genomföra ett sekundärförfarande innebär att borgenärerna kan komma i åtnjutande av borgenärsskyddsreglerna i en stat där gäldenären har ett driftställe oavsett att ett huvudförfarande gentemot gäldenären genomförs i en annan medlemsstat.⁶⁶

Ett territoriellt begränsat förfarande omfattar enbart tillgångarna i den medlemsstat vari nämnda förfarande har inletts (artikel 3.2 andra meningen IF). Begränsningar av borgenärernas rättigheter har inte påverkan på egendom som befinner sig utanför den stat vari det territoriellt begränsade förfarandet har inletts, om borgenärerna inte medger detta (artikel 17.2 IF).⁶⁷

⁶³ McCormack, G., a.a. s.186

⁶⁴ Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.109 och s.147; Ringe, W.-G., a.a. s.607; Omar, P. J., a.a. s.97; Israël, J., a.a. s.264; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.191 f

⁶⁵ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.185 och s.190

⁶⁶ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.193; Israël, J., a.a. s.295-298 och s.310; Virgós/Schmit-rapporten punkt 155

⁶⁷ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.193 f; Virgós/Schmit-rapporten punkt 156

2.8.3 Avslutande kommentar

Principen om automatiskt erkännande tillsammans med regeln om erkännandets verkningar säkerställer insolvensförfarandens effektivitet, eftersom reglerna minskar kostnader och förhindrar sådana förseningar som en formell erkännandeprocedur hade krävt. Exempelvis kan en konkursförvaltare få tillgång till en gäldenärs bankkonton i samtliga medlemsstater (med undantag för i den eller de stater vari sekundärförfaranden pågår) genom att visa upp det domstolsbeslut varigenom det aktuella huvudförfarandet har inletts.⁶⁸

2.9 Tillämplig nationell lagstiftning

I syfte att uppnå önskad förutsebarhet och trygghet för dem som agerar på en fri marknad är det nödvändigt med rättslig stabilitet. Rättsreglerna måste därför tjäna detta syfte. En effektiv insolvenshantering kräver även att det råder klarhet i vad som ska gälla i händelse av insolvens för någon av dem som agerar på marknaden. Därför är lagvalsbestämmelserna i insolvensförordningen mycket viktiga. Insolvensförordningen innehåller ett flertal lagvalsregler. Denna uppsats behandlar enbart lagvalsregeln *lex fori concursus* i artikel 4.1 IF, som är huvudregel för såväl huvudförfaranden som territoriellt begränsade förfaranden.⁶⁹ Anledningen till att enbart denna regel behandlas är att bolags forum shopping har skett i syfte att påverka vilken medlemsstats lagstiftning som enligt artikel 4.1 IF blir tillämplig på ett huvudförfarande.

Artikel 4.1 IF⁷⁰ lyder:

Om inte annat föreskrivs i denna förordning skall lagen i den medlemsstat inom vars territorium insolvensförfarandet inleds, nedan kallad inledningsstaten, vara tillämplig på insolvensförfarandet och dess verkningar.

Av artikel 4.1 IF följer att det är insolvensrätten i den medlemsstat vari insolvensförfarandet inleds som ska tillämpas på insolvensförfarandet, om inte annat har föreskrivits i insolvensförordningen. En svensk domstol som inleder ett insolvensförfarande enligt insolvensförordningen ska således som huvudregel tillämpa svensk rätt. Att forum och

⁶⁸ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.186

⁶⁹ Ingresspunkt 23 IF; artikel 28 IF; Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.205 och s.207; Dotevall, R., a.a. s.262; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.72, s.82 och s.168 f; Omar, P. J., a.a. s.108; Israël, J., a.a. s.273, s.275, s.290 och s.297; Prop. 2005/06:37 s.25. Undantagsreglerna återfinns i artiklarna 5-15 IF.

⁷⁰ För sekundärförfarandens del finns en regel med denna innebörd även i artikel 28 IF.

lagstiftning sammanfaller på detta sätt är givetvis fördelaktigt ur ett effektivitets- och kostnadsperspektiv. Regeln i artikel 4.1 IF innebär även att de inblandade parterna lätt kan fastställa sina rättigheter och skyldigheter. Samtliga borgenärer är underkastade samma insolvensförfarande och samma rättssystem. Av regeln följer vidare att det inte står gäldenären fritt att välja vilken medlemsstats lagstiftning som ska tillämpas på insolvensförfarandet.⁷¹ Vid sidan av insolvensförordningen saknas helt utrymme för att nationellt föreskriva att någon annan rättsordning än den som stadgas i artikel 4.1 IF ska tillämpas.⁷²

Det är viktigt att klargöra att det faktum att insolvensförordningen baserar behörigheten att inleda insolvensförfaranden på gäldenärens huvudsakliga intressen inte har någon bäring på frågan om vilken lag som är tillämplig på bolaget. Om sätespresumtionen motbevisas och det insolventa bolagets säte således ligger i en annan stat än i den medlemsstat vari bolagets huvudsakliga intressen är belägna avgörs exempelvis frågan huruvida bolaget ska behandlas som ett privat aktiebolag av lagstiftningen i förstnämnda stat (se EU-domstolens avgöranden *Centros*⁷³, *Überseering*⁷⁴ och *Inspire Art*⁷⁵).⁷⁶ Däremot ska givetvis som huvudregel insolvensförfarandet genomföras i enlighet med lagstiftningen i den stat vari bolagets huvudsakliga intressen är belägna.

Artikel 4.1 IF förtydligas i 4.2 IF. Där uttalas att lagen i inledningsstaten ska bestämma förutsättningarna för att inleda⁷⁷ ett insolvensförfarande, samt för att genomföra och slutföra det. En *icke* uttömmande lista räknar därefter i punkterna a-m upp frågor som regleras av inledningsstatens lag:⁷⁸

- a) mot vilka slags gäldenärer ett insolvensförfarande kan inledas,
- b) vilka tillgångar som ingår i boet och hur de tillgångar ska behandlas vilka förvärvats av gäldenären efter det att insolvensförfarandet har inletts,

⁷¹ Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.207; Dotevall, R., a.a. s.262; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.72 f; Prop. 2005/06:37 s.25; Omar, P. J., a.a. s.108 f; Ingresspunkt 23 IF

⁷² Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.208 och s.209; Se Virgós/Schmit-rapporten punkt 87

⁷³ C-212/97 *Centros*, avkunnad den 9 mars 1999

⁷⁴ C-208/00 *Überseering*, avkunnad den 5 november 2002

⁷⁵ C-167/01 *Inspire Art*, avkunnad den 30 september 2003

⁷⁶ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.81 f

⁷⁷ Huruvida det är möjligt att inleda ett insolvensförfarande gentemot en gäldenär avgörs sålunda i varje enskilt fall av *lex fori concursus* i den medlemsstat där insolvensförfarandet enligt artikel 4 IF ska inledas. Om den tillämpliga nationella rättsordningen t.ex. påbjuder att ett insolvensförfarande enbart kan inledas gentemot näringsidkare, är det, trots att insolvensförordningen är tillämplig, inte möjligt att inleda ett insolvensförfarande i den staten gentemot någon som inte är näringsidkare. (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.75)

⁷⁸ Israël, J., a.a. s.275; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.73-80

- c) gäldenärens rådighet och förvaltarens behörighet,
- d) förutsättningarna för kvittning
- e) insolvensförfarandets verkningar på gäldenärens gällande avtal,
- f) insolvensförfarandets verkningar på förfaranden som inletts av enskilda borgenärer, med undantag för pågående rättegångar,
- g) de fordringar som ska anmälas i förfarandet och hur de fordringar ska behandlas, som uppkommit efter det att insolvensförfarandet har inletts,
- h) hur fordringar ska anmälas, styrkas och godtas,
- i) hur influtna medel ska fördelas, företrädesordningen och vilka rättigheter de borgenärer har, vilka efter det att insolvensförfarandet har inletts delvis tillgodosetts till följd av sakrättsligt skydd eller genom kvittning,
- j) förutsättningarna för och verkningarna av att insolvensförfarandet slutförs, varvid bl.a. avses avslutande genom ett ackord,
- k) borgenärernas ställning efter slutfört insolvensförfarande,
- l) vem som ska stå för kostnaderna för insolvensförfarandet, och
- m) vilka återvinningsbestämmelser eller liknande bestämmelser som är tillämpliga.

3. HUVUDFÖRFARANDET

3.1 Introduktion

Artikel 3.1 IF har följande lydelse:

Domstolarna i den medlemsstat inom vars territorium platsen där gäldenärens huvudsakliga intressen finns, har behörighet att inleda ett insolvensförfarande. För bolag och andra juridiska personer skall sätet anses vara platsen där de huvudsakliga intressena finns, om inte annat visas.

I artikel 3.1 IF avgörs vilken medlemsstats domstolar som har behörighet att inleda ett huvudförfarande (även benämnt huvudinsolvensförfarande).⁷⁹ Huvudförfaranden har universell effekt och omfattar alla gäldenärens tillgångar och borgenärer (se avsnitt 2.8). Enbart ett huvudförfarande åt gången kan pågå gentemot en gäldenär.⁸⁰ Ett huvudförfarande kan vara såväl ett rekonstruktions- som ett likvidationsförfarande. Ett huvudförfarande som genomförs inom svensk jurisdiktion kan därför antingen vara ett förfarande enligt lagen om företagsrekonstruktion⁸¹ eller enligt konkurslagen^{82, 83}. Huvudinsolvensförfarandet är det förfarande som står i fokus i denna uppsats, eftersom den forum shopping som bolag har utfört har syftat till att komma i åtnjutande av nationella insolvensförfaranden som enligt insolvensförordningen har status som huvudförfaranden.

Vilken av en medlemsstats domstolar som är funktionellt och lokalt behörig att inleda ett insolvensförfarande regleras helt och hållet i nationell rätt. Insolvensförordningens behörighetsregler bestämmer endast den internationella behörigheten.⁸⁴

För tydlighets skull ska påpekas att en domstol varvid en ansökan om inledande av ett insolvensförfarande enligt insolvensförordningen inlämnas formellt självant ska pröva sin behörighet, oberoende av vad parterna anfört om detta. EU-domstolen har uttalat att detta följer av principen om ömsesidigt förtroende.⁸⁵

⁷⁹ Virgós/Schmit-rapporten punkt 72; Ingresspunkt 12 IF; Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.105

⁸⁰ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.37

⁸¹ SFS 1996:764

⁸² SFS 1987:672

⁸³ Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.124; Omar, P. J., a.a. s.141

⁸⁴ Artikel 2.d IF; Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.105; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.48 och s.189; jfr Ingresspunkt 15 IF

⁸⁵ *Eurofood* punkt 41; Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.119; Israél, J., a.a. s.257; Bachner, T, *The Battle over Jurisdiction in European Insolvency Law*, *European Company and Financial Law Review* (3) 2006 s.322; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.94; jfr Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.49; jfr Ingresspunkt 15 IF

Den relevanta tidpunkten för bedömningen av lokaliseringen av de huvudsakliga intressena är den tidpunkt då ansökan om insolvensförfarande lämnades in till den nationella domstolen. Detta anses vara den lämpligaste tidpunkten om forum shopping ska förhindras (även om inte ens denna tidpunkt eliminerar möjligheten att utföra forum shopping). Förändringar i lokaliseringen av de huvudsakliga intressena efter nu angivna tidpunkt har inte någon relevans för vilken medlemsstats domstolar som är behöriga att inleda ett huvudförfarande. Se härvidlag EU-domstolens avgörande *Staubitz-Schreiber*⁸⁶, som referas i avsnitt 3.2.2.1.⁸⁷

Regeln i artikel 3.1 IF⁸⁸ har en dubbel funktion: den avgör direkt vilken medlemsstats domstolar som har behörighet att inleda ett insolvensförfarande och indirekt vilken lagstiftning som är tillämplig på förfarandet (se artikel 4.1, avsnitt 2.9). Den fulla effekten av artikel 3.1 IF illustreras lämpligen genom ett exempel: Om ett huvudförfarande avseende ett tysks bolags tillgångar rätteligen inleds vid engelsk domstol (artikel 3.1 IF), ska förfarandet genomföras i enlighet med engelsk insolvensrätt (artikel 4.1 IF).⁸⁹ Av det sagda följer att en osäkerhet kring vilken medlemsstats domstolar som är behöriga att inleda ett huvudförfarande innebär att det uppstår osäkerhet kring vilken medlemsstats insolvensrätt som är tillämplig.⁹⁰

3.2 Närmare om rekvisitet huvudsakliga intressen

3.2.1 Introduktion

De nationella domstolar som är behöriga att inleda ett gränsöverskridande huvudförfarande är enligt artikel 3.1 IF domstolarna i den medlemsstat inom vars territorium platsen där gäldenärens *huvudsakliga intressen* finns. Lokaliseringen av gäldenärens huvudsakliga intressen är således den avgörande förutsättningen för att kunna inleda ett huvudförfarande. Den plats där gäldenärens huvudsakliga intressen finns kan enbart vara *en enda* plats. Ett gäldenärsbolag med verksamhet i många medlemsstater kan alltså inte ha sina huvudsakliga intressen i mer än en av

⁸⁶ C-1/04 *Staubitz Schreiber*, avkunnad den 17 januari 2006

⁸⁷ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.49-51; McCormack, G., a.a. s.191. Se även AG Celler, meddelat den 18 april 2005, EuZW 2005, 415 (fallet rörde en fysisk person) (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.186).

⁸⁸ Respektive artikel 3.2 för territoriellt begränsade förfarandens del.

⁸⁹ Eidenmüller, H., a.a. i *European Company and Financial Law Review* s.4; Israél, J., a.a. s.258; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.72; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.72

⁹⁰ Israél, J., a.a. s.259

medlemsstaterna.⁹¹ Insolvensförordningen är inte tillämplig på förfaranden när gäldenärens huvudsakliga intressen är belägna utanför gemenskapen (se avsnitt 2.5).⁹²

En förklaring till att insolvensförordningen knyter jurisdiktionen till platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är kravet på förutsebarhet inom insolvensrätten. Detta framgår bland annat av Virgós/Schmit-rapporten punkt 75:

Insolvens är en risk som kan förutses. Det är således viktigt att den internationella behörigheten [...] knyts till en plats som är känd av gäldenärens presumtiva borgenärer. Detta gör det möjligt att beräkna de rättsliga risker som en insolvens skulle kunna medföra.

Om man inlåter sig i affärer med någon annan finns det alltid en risk att ens motpart förr eller senare drabbas av insolvens. Det kan då vara intressant att veta var ett eventuellt insolvensförfarande kommer att äga rum och vilken stats lagstiftning som kommer att tillämpas på förfarandet.⁹³

I avsnitt 4.1.2 framgår att förutsebarheten inte har varit den främsta prioriteten för alla nationella domstolar. I EU-domstolens avgörande *Eurofood* klargjordes att förutsebarheten för tredje man ska vara mycket central vid nationella domstolars lokalisering av ett bolags huvudsakliga intressen.

I Virgós/Schmit-rapporten punkt 75 ges en redogörelse beträffande ordvalet huvudsakliga intressen:

[...] Syftet med att använda uttrycket ”intressen” var att inte enbart kommersiella, industriella eller professionella aktiviteter skulle omfattas, utan också allmänna ekonomiska aktiviteter, för att privata

⁹¹ Detta följer redan av benämningen *huvudsakliga* intressen (eng. centre of *main* interest) (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.89). I Virgós/Schmit-rapporten punkt 75 uttalas: Uttrycket ”huvudsakliga” tjänar som urvalskriterium när intressena omfattar verksamhet av annan art som drivs från olika platser.

⁹² Virgós/Schmit-rapporten punkterna 75-79; Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.105; Dotevall, R., a.a. s.263 och 264; Israël, J., a.a. s.257 f; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.42; Omar, P. J., a.a. s.98; Mellqvist, M., a.a. i SvJT 2005 s.453; Eidenmüller, H., a.a. i *European Company and Financial Law Review* s.4; Bachner, T., a.a. s.313 och 322; Mucciarelli, F. M., a.a. s.524; Mellqvist, M., *Den praktiska tillämpningen av EU:s insolvensförordning* s.98 f i Möller, M., & Jönzén, J. (Red.), *Insolvensrättsligt forum 2005*; Mellqvist, M., & Persson, Annina H., a.a. i *Insolvensrättsligt forum 2007* s.80; Prop. 2005/06:37 (*EU:s insolvensreglering*) s.24 och s.29; Ds 2002:59 s.40 och s.44 f; Ingresspunkterna 12 och 14 IF

⁹³ Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.106; Mellqvist, M., & Persson, A. H., a.a. i *Insolvensrättsligt forum 2007* s.81; Omar, P. J., a.a. s.98; Israël, J., a.a. s.258 f; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.42; Bufford, S. L., . Bufford, S. L., *Center of Main Interests, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice*, *Northwestern Journal of International Law and Business* (27) (2007) s.383; jfr Eidenmüller, H., a.a. i *European Company and Financial Law Review* s.4

individens (exempelvis konsumenters) aktiviteter också skulle inkluderas. Uttrycket ”huvudsakliga” tjänar som urvalskriterium när intressena omfattar verksamhet av annan art som drivs från olika platser. [...]

3.2.2 Innebörden av huvudsakliga intressen

Begreppet huvudsakliga intressen är ett autonomt begrepp, vilket innebär att dess innebörd ska vara enhetlig och självständig gentemot medlemsstaternas nationella rättsordningar. Nationell insolvensrätt får således inte modifiera rekvisitets innebörd. I annat fall skulle begreppet ”nationaliseras” och olika nationella definitioner uppstå. Syftet med insolvensförordningen skulle då förfelas, eftersom intentionen är att skapa en enhetlig text som eliminerar nationella olikheter inom förordningens tillämpningsområde. För att enhetlighet ska uppnås måste även den metod som används för att bedöma lokaliseringen av de huvudsakliga intressena vara densamma i alla medlemsstater.⁹⁴

Trots att rekvisitet huvudsakliga intressen har en central betydelse och att behovet av förutsebarhet är stort definieras det inte i förordningstexten. Det är därför inte märkligt att den allmänna uppfattningen är att rekvisitet har en otydlig innebörd. Därtill är rekvisitet mycket faktakänsligt⁹⁵ och lämnar utan tvekan ett stort tolkningsutrymme åt domstolarna, vilka på godtycklig grund kan välja ut vissa faktorer som grund för sitt beslut eller framhäva en enda faktor som avgörande. Otydligheten innebär även att gäldenärsbolagets ledning/aktieägare lätt kan påverka och manipulera rekvisitet och därigenom utföra forum shopping nära inpå insolvens till skada för bolagets borgenärer. För att motverka detta söker förordningen skapa klarhet kring rekvisitets innebörd på följande sätt: för det första finns en definition i ingressen till förordningen (se avsnitt 3.2.2.1) och för det andra finns en presumtion för juridiska personer i artikel 3.1 IF (se avsnitt 3.3).⁹⁶ Som kommer att framgå i avsnitt 4.1.2 (se även sista stycket i avsnitt 3.2.2.1) ledde

⁹⁴ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.37

⁹⁵ Judge Langan formulerade sig på följande sätt i *Re Parkside Flexibles SA*, (Ch) Combined Court, Quayside, Newcastle-upon-Tyne, meddelat den 9 februari 2005, No.75: “The identification of a company's centre of main interests involves what would nowadays be called a fact sensitive decision. All relevant material must be weighed up and placed in the balance and the court must then see on which side the scales have come down.”

⁹⁶ McCormack, G., a.a. s.185 och s.196; Israël, J., a.a. s.259; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.45; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.38; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.89; Mellqvist, M., i SvJT 2005 s.454; LoPucki, L., *The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*, Michigan Law Review 98 (2000) s.2217; Eidenmüller, H., *Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe*, European Business Organization Law Review (6) 2005 s. s.428, s.430 och s.447; Berends, A. J., *The Eurofood Case: One Company, Two Main Insolvency Proceedings: Which One is the Real One?*, Netherlands International Law Review (2006) LIII: s.336; Enriques, L., & Gelter, M., a.a. s.437-439; Lopucki, L., *Universalism Unravels*, American Bankruptcy

inte dessa förtydliganden till en enhetlig praxis bland nationella domstolar. Insolvensförordningens försök att förtydliga rekvisitet huvudsakliga intressen har således inte lyckats eliminera osäkerheten kring begreppet.

3.2.2.1 Vägledning av Ingresspunkt 13 IF och Virgós/Schmit-rapporten

I Ingresspunkt 13 IF definieras gäldenärens huvudsakliga intressen på följande sätt:

Begreppet *platsen där de huvudsakliga intressena finns* bör motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man.

Enligt Ingresspunkt 13 IF är den plats varifrån intressena *förvaltas* en viktig faktor vid bedömningen av vad gäldenärens huvudsakliga intressen är lokaliserade. Det viktiga är således inte platsen där dessa konkreta intressen är lokaliserade (t.ex. var tillgångarna, produktionsfaktorerna, marknaden etc. finns). Ordet ”förvaltning” är avsett att innebära skötseln och kontrollen (”the management and control”) av dessa intressen. Ordet ”intressen” är en mycket generell term, men det måste, som nyss indikerats, förstås som gäldenärens ekonomiska angelägenheter. Förvaltningen av ett gäldenärsbolags intressen är således liktydigt med skötseln och kontrollen av bolagets affärsverksamhet eller egendom.⁹⁷

Ordet ”vanligtvis” antyder att närvaron måste präglas av en viss grad av kontinuitet samt utgöra ett normaltillstånd. Det torde således vara nödvändigt att en stabil anknytning till den aktuella jurisdiktionen föreligger. Hänvisning kan göras till EU-domstolens avgörande *Staubitz-Schreiber*⁹⁸, som visserligen rörde en fysisk person. I fallet hade en gäldenär ansökt om ett insolvensförfarande i den stat (Tyskland) där hon hade sina huvudsakliga intressen. Efter det att ansökan getts in, men innan domstolen hade fattat beslut om inledande av förfarandet flyttade hon sina huvudsakliga intressen till en annan stat (Spanien). EU-domstolen fann att den nationella domstolen i den ursprungliga staten (Tyskland) behöll sin behörighet enligt

Law Journal 79 (2005) s.151; Franken, S. M., a.a. s.248 f och s.253; Wautelet, P., *Some Considerations on the Center of Main Interests as Jurisdictional Test under the European Insolvency Regulation* s.1, tillgänglig på <http://orbi.ulg.ac.be/handle/2268/5912>, läst den 22 september 2010; Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010; Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010

⁹⁷ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.40

⁹⁸ C-1/04 *Staubitz Schreiber*, avkunnad den 17 januari 2006

insolvensförordningen att avgöra om ett huvudförfarande skulle inledas. Detta motiverades av insolvensförordningens ändamål att motverka forum shopping (se punkt 25 i avgörandet) (vilket även var den hänförande tyska domstolens främsta skäl till att domstolen i fråga fortsatt skulle vara behörig). Även rättssäkerhetsaspekter, inkluderande intresset av förutsebarhet och kommersiell aktivitet, talade för ett kontinuitetskrav.⁹⁹ Bariatti anser dock att EU-domstolens resonemang inte är helt övertygande. Hon påpekar att insolvensförordningen inte tycks ställa upp något kontinuitetskrav avseende de huvudsakliga intressena.¹⁰⁰

Avgörandet *Staubitz-Schreiber* behandlar det fall då den gränsöverskridande flytten sker *efter* det att ansökan lämnats in. Men vad gäller om den gränsöverskridande flytten sker (omedelbart) *innan* det att ansökan lämnas in till nationell domstol (i tillflyttandestaten)? Detta är en mycket brännande fråga och en del av den forum shopping som har genomförts har tillgått på just detta sätt. Frågan behandlas därför i ett eget avsnitt, se avsnitt 4.2.

I Ingresspunkt 13 IF stadgas ett *synbarhetskriterium*, dvs. för tredje man iakttagbara faktiska förhållanden är avgörande när intressena ska lokaliseras. Gälldenärens utåt sett synbara organisation (dvs. hur gälldenären regelbundet manifesterar sig själv gentemot omvärlden eller, med andra ord, marknaden) är således en relevant faktor vid bedömningen av lokaliseringen av de huvudsakliga intressena. Synbarhetskriteriet innebär att bolagets yttre manifestation ges primat över dess inre organisation. Gälldenären kan således inte gentemot borgenärer och tredje män hävda att de huvudsakliga intressena är belägna någon annanstans än på den plats som enligt marknadens uppfattning är platsen där gälldenären fattar beslut och centraliserar skötseln av sin verksamhet. Synbarhetskriteriet är viktigt på grund av att det möjliggör för borgenärerna att kalkylera kommersiella eller finansiella risker.¹⁰¹ Det finns dock exempel på fall där det har varit omstritt i vilken stat den för tredje man fastställbara platsen för de huvudsakliga intressena varit lokaliserad (se t.ex. fallet *Daisytek-ISA Ltd* i avsnitt 4.1.2.3)¹⁰².

⁹⁹ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.41; Mellqvist, M., a.a. i SvJT 2005 s.465; Mellqvist, M., & Persson, Annina H., a.a. s.84 i *Insolvensrättsligt forum 2007*; Bariatti, S., a.a. s.635; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.101, s.109, s.113 f, s.143 och s.150 f; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.47 f

¹⁰⁰ Bariatti, S., a.a. s.636

¹⁰¹ Mellqvist, M., a.a. i SvJT 2005 s.454 och s.458 f; Mucciarelli, F. M., a.a. s.524; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.41 f

¹⁰² Även fallet *Geveran Trading Company Ltd v Skjevesland*, Court of Appeal, Civil Division, meddelat den 30 oktober 2002; [2002] EWHC 2898 (Ch.); [2003] BCC 209 utgör ett exempel på detta. I fallet, där gälldenären förvisso var en fysisk person, ansåg domstolen att de huvudsakliga intressena var belägna i Schweiz med påföljd att insolvensförordningen inte var tillämplig. Utdrag ur protokollet från domstolsförhandläggningen synes dock peka

För tredje man iakttagbara faktiska förhållanden är således avgörande när intressena ska lokaliseras. Om t.ex. ett bolag i tio stater har kontor som tillhandahåller i stort sett samma service är det betydelselöst att ett av dessa kontor har ställning som huvudkontor, så länge detta inte framgår för någon utomstående. Interna bestämmelser om uppdelningar av befogenheter och funktioner med mera saknar i sammanhanget betydelse.¹⁰³

Beträffande bolag kräver insolvensförordningen inte uttryckligen några fysiska anknytningsfaktorer (såsom lokaler eller verksamhetsanläggningar), men definitionen förutsätter att bolaget måste ha en viss grad av materiell närvaro inom jurisdiktionen. ”Plats” är ett fysiskt kriterium som avser territoriell lokalisering.¹⁰⁴

Sammanfattningsvis kan Ingresspunkt 13 IF sägas vara upplysande såtillvida att den anger att objektiv fastställbarhet och transparens ska utgöra de dominerande faktorerna vid lokaliseringen av de huvudsakliga intressena. Detta bör i princip innebära att det inte är möjligt för en gäldenär att vinna fördelar, på borgenärernas bekostnad, genom att organisera sin affärsverksamhet på ett sätt som är ägnat att dölja den plats från vilken gäldenärens huvudsakliga intressena systematiskt förvaltas.¹⁰⁵

Definitionen i Ingresspunkt 13 IF har, som konstaterats, stor betydelse. Mucciarelli påpekar dock att ingresspunkt 13 IF inte har lett till att enighet uppnåtts varken bland nationella domstolar eller i doktrinen avseende innebörden av begreppet huvudsakliga intressen (se avsnitt 4.1.1).¹⁰⁶ McCormack menar att ingressen inte skapar någon särskilt större klarhet kring innebörden av huvudsakliga intressen.¹⁰⁷

3.2.2.1.1 Definitionens placering och ordval

Man kan fråga sig varför definitionen i Ingresspunkt 13 IF inte har placerats direkt i förordningstexten med tanke på att rekvisitet huvudsakliga intressen är mycket centralt för insolvensförordningens vidkommande. Anledningen härtill är att man i förordningens ingress har velat lyfta fram de aspekter av Virgós/Schmit-rapporten som ansetts vara särskilt relevanta för

mot att denna lokalisering av de huvudsakliga intressena inte var fastställbar för tredje män. (Franken, S. M., a.a. s.251 f)

¹⁰³ Mellqvist, M., a.a. i SvJT 2005 s.454 och s.458 f; Mucciarelli, F. M., a.a. s.524; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.41; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.108

¹⁰⁴ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.41

¹⁰⁵ Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.4f f

¹⁰⁶ Mucciarelli, F. M., a.a. s.524; jfr Mellqvist, M., a.a. i SvJT 2005 s.454.

¹⁰⁷ McCormack, G., a.a. s.185 f

den korrekta förståelsen av att insolvensförordningens regler. Definitionens placering i ingressen syftar således på intet sätt till att ”degradera” dess betydelse i förhållande till sådana definitioner som återfinns i själva förordningstexten. Mot bakgrund härav menar Virgós¹⁰⁸, en av författarna till Virgós/Schmit-rapporten, och Garcimartín¹⁰⁹ att Ingresspunkt 13 IF är en legaldefinition. Som ytterligare skäl härför anförs att ingresspunkter visserligen varken är normativa eller har bindande verkan, men att de utgör en del av förordningen och är av betydelse för dess tolkning i och med att de anger skälen till och syftena med rättsakten. Dessutom har EU-domstolen fastslagit att man kan söka råd i ingressen, om förordningstexten är oprecis.¹¹⁰

Det faktum att ingresspunkt 13 IF använder lokutionen ”bör motsvara” (eng. ”*should correspond*”) innebär enligt Virgós och Garcimartín inte att styrkan i definitionen försvagas. Det bör nämligen inte läggas någon rättslig relevans vid ordvalet. Lokutionen bör i synnerhet inte tolkas på det sättet att definitionen utgör en huvudregel för tolkningen av begreppet huvudsakliga intressen och att det därför finns möjlighet att göra andra tolkningar av begreppet. Anledningen till att den konditionala verbformen ”should” används har helt enkelt stilistiska orsaker. ”Should” används i ett flertal andra ingresspunkter¹¹¹ i insolvensförordningen i syfte att i förväg upplysa om vad som i enlighet med förordningens normativa del ”shall be”. Virgós och Garcimartín hänvisar även till Virgós/Schmit-rapporten punkt 75 som anger att huvudsakliga intressen ”*skall tolkas*” (”*must be interpreted*”) på angivet sätt.¹¹²

¹⁰⁸ Professor i internationell privaträtt vid Universidad Autónoma de Madrid.

¹⁰⁹ Professor i juridik vid Universidad Rey Juan Carlos

¹¹⁰ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.39; jfr dock Bufford, S. L., .a.a. s.383. Jfr domstolens uttalande i *BRAC Rent-A-Car International Inc*, High Court of Justice Chancery Division (Company Court), meddelat den 7 februari 2003, [2003] EWHC (Ch) 128 stycke 10: ”The context of the Regulation is described in its 33 recitals. These [...] help to cast light on some of the substantive provisions”. (Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010)

Alla domstolar synes dock inte ha uppmärksammat att definitionen i Ingresspunkt 13 IF är att anse som en legaldefinition. I punkt 31 i *Re Stojevic*, High Court of Justice, meddelat den 27 mars 2003; [2007] BPIR 141 uttalade en engelsk domare bl.a.: ”In my judgement Recital (13) does not define the expression ‘centre of main interests’ and I do not understand the European Court of Justice to have said otherwise. The Regulation contains definitions of various expressions used in the Regulation, such as ‘establishment’, in Art 2, which is headed ‘Definitions’. It is significant that the expression ‘centre of main interests’ does not appear amongst the expressions collected in that Article.” (Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.254)

¹¹¹ Se ingresspunkterna 9, 16, 21, 22, 23, 26, 28, 29, 30 och 31 IF.

¹¹² Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.39 f

The concept of "centre of main interests" *must be interpreted* as the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties. [...] (författarens kursivering)

Den svenska översättningen härav lyder:

Begreppet "huvudsakliga intressen" *skall tolkas* som den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och där detta går att uppfatta även av tredje man. [...] (författarens kursivering)

3.2.2.2 Vägledning av rekvisitets ursprung

Begreppet huvudsakliga intressen har sitt ursprung i det faktiska sätets princip (sättesprincipen) som gäller i vissa kontinentaleuropeiska staters bolagsrätt (t.ex. i tysk och österrikisk bolagsrätt).¹¹³ Virgós och Garcimartín anser att begreppet gäldenärens huvudsakliga intressen kan betraktas som en "ny version" av det faktiska sätet för bolag.¹¹⁴ Det principen söker skapa är ett objektiva kriterium som manifesterar en faktisk koppling mellan ett bolag och en specifik stat. Det kriterium som bäst ger uttryck för denna koppling har ansetts vara platsen varifrån kontrollen över bolaget och dess centrala förvaltning utövas eller, med andra ord, den plats där bolaget har sitt faktiska huvudkontor. Denna tanke användes redan i 1980 års konventionsutkast vars artikel 4 angav begreppet "centre of administration" som kriterium för den internationella behörigheten att inleda ett insolvensförfarande. Härmed avsågs "*the place where the debtor usually administers his main interests*".¹¹⁵ Insolvensförordningens definition av "huvudsakliga intressen" (eng. "centre of main interests") är påfallande lik innebörden av "centre of administration" i 1980 års konventionsutkast (se Ingresspunkt 13 IF).¹¹⁶

3.3 Närmare om sättespresumtionen

3.3.1 Introduktion

Begreppet huvudsakliga intressen har en öppen karaktär och kräver därför specificering. I syfte att förenkla tillämpningen av rekvisitet stadgas i artikel 3.1 andra meningen IF en presumtion för de fall som ansetts mest problematiska, nämligen insolvensförfaranden avseende juridiska

¹¹³ Gottwald, *Le insolvenze trans-frontalier: tendenze e soluzioni europee e mondiali*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile (1999) s.155; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.46

¹¹⁴ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.81

¹¹⁵ Lemontey-rapporten s.56 f

¹¹⁶ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.37 f

personer: för bolag och andra juridiska personer föreligger en motbevisbar presumtion för att sätet är platsen där de huvudsakliga intressena finns.¹¹⁷

Då bolag bedriver sin verksamhet i den stat där sätet är beläget, är det oproblematiskt att fastställa platsen för de huvudsakliga intressena. Sätet och platsen för de huvudsakliga intressena sammanfaller då i praktiken och presumtionen bryts inte. Sättespresumtionen blir enbart problematisk i de fall där staten för sätet inte synes sammanfalla med staten för de huvudsakliga intressenas lokalisering. Det blir då fråga om att bedöma huruvida sättespresumtionen är bruten eller ej.¹¹⁸ Vilka omständigheter som enligt domstolar och doktrin bryter presumtionen anges i avsnitten 4.1 (praxis innan *Eurofood*), 5.3.1 (*Eurofood*), 6.2 (praxis efter *Eurofood*), 7.5 (statistik).

Relationen mellan artikel 3.1 första och andra meningarna kan problematiseras. En tolkning av relationen är att mening 1 ska ges företräde, vilket innebär att nationella domstolar alltid är skyldiga att företa en bedömning av lokaliseringen av de huvudsakliga intressena. En annan tolkning är att ge mening 2 företräde, vilket innebär att sättespresumtionen gäller såvitt någon av parterna inte har lyckats bryta den. Enligt den rådande uppfattningen har nationella domstolar alltid en skyldighet att företa en bedömning av lokaliseringen av de huvudsakliga intressena. Pannen¹¹⁹ anför att detta innebär att mening 2 enbart är tillämplig om de huvudsakliga intressena inte med säkerhet har kunnat fastställas av en nationell domstol, dvs. när en domstol efter företagens granskning är osäker och därför måste tillgripa sättespresumtionen.¹²⁰

3.3.2 Formellt eller faktiskt säte?

Enligt artikel 3.1 andra meningen IF ska ett bolags säte presumeras vara platsen för dess huvudsakliga intressen, såvitt inte annat visas. Av den svenskspråkiga versionen av

¹¹⁷ Bevisbördans placering framgår inte uttryckligen av insolvensförordningen, men flertalet kommentatorer anser att den faller på den part som påstår att sättespresumtionen är bruten (Fletcher, I. *Insolvency in Private International Law*, 1:a upplagan, s.261; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.44; Berends, A. J., a.a. s.337 f; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.46; *Stanford International Bank Ltd* [2009] EWHC 1441 (Ch); [2010] EWCA Civ 137; [2010] WLR (D) 55). Jfr Wessels, som anser att bevisbördan faller på den part som söker övertyga domstolen om att de huvudsakliga intressena är belägna i en annan stat än den stat vari insolvensansökan inlämnades (Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010).

¹¹⁸ Pannen, K. (Ed.), a.a. s.93

¹¹⁹ Doktor i juridik och insolvensspecialist

¹²⁰ Pannen, K. (Ed.), a.a. s.94

insolvensförordningen framgår inte om det är det registrerade eller det faktiska sätet som avses.¹²¹

Av den engelskspråkiga versionen av artikel 3.1 andra meningen IF framgår att det är det registrerade sätet (dvs. det formella sätet) som avses:¹²²

In the case of a company or legal person, the place of the *registered* office shall be presumed to be the centre of its main interests in the absence of proof to the contrary. (författarens kursivering)

Att det inte uttryckligen framgår av den svenska översättningen att det är det formella sätet som avses framstår som olyckligt, eftersom detta kan leda till en osäkerhet bland svenska jurister huruvida det är det formella eller det faktiska sätet som avses. Det tycks som att denna oklarhet är en egenhet just för den svenska versionen av insolvensförordningen. Vid granskning av några andra språkliga versioner kan nämligen konstateras att de, liksom den engelska versionen, är mer specifika. Dessa andra versioner utpekar det ”stadgeenliga sätet” (vilket är ett bredare begrepp än den engelska versionens ”registered office”, se dock nästa stycke). I den franska versionen talas sålunda om *siège statutaire*, i den italienska om *sede statutaria*, i den portugisiska om *sede estatutária*, i den spanska om *domicilio social*, i den danska om *det vedtægtsmæssige hjemsted* och i den tyska om *satzungsmäßigen Sitzes*. Med stadgeenligt säte avses den plats som av bolagets grundare eller ägare har angetts som bolagets officiella adress. Det stadgeenliga sätet är beläget på den plats som har utpekats i stiftelseurkunden, i bolagsordningen¹²³ eller, om den aktuella medlemsstaten har regler om offentliggörande, i ett separat dokument utformat i enlighet med dessa regler.¹²⁴

Anledningen till att den engelska versionen använder uttrycket ”registered office” och de kontinentala versionerna ”stadgeenligt säte” är att sistnämnda term är okänd i rättsordningarna på de brittiska öarna. I insolvensförordningen måste dock de två begreppen anses som synonyma för att det inte ska uppstå skillnader med avseende på de rättigheter och skyldigheter som omfattas av artikel 3 IF. Att uppnå detta är dock inte helt oproblematiskt, eftersom insolvensförordningens regler måste tillämpas på bolag som regleras av nationella regelverk. För att lösa ett liknande problem innehåller förordningen om domstols behörighet m.m.¹²⁵ en regel (artikel 60.2) som underlättar tillämpningen av

¹²¹ Jfr Dotevall, R., a.a. s.263 och s.264

¹²² Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.45 f

¹²³ Fr. *statuts* (jfr ordet *statutaire*), it. *statuto* (jfr ordet *statutaria*), po. *estatutos* (jfr ordet *estatutária*), da. *selskabsvedtægt* (jfr ordet *vedtægtsmæssige*), ty. *satzung* (jfr ordet *satzungsmäßigen*)

¹²⁴ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.45

¹²⁵ Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område

begreppet stadgeenligt säte i Storbritannien och Irland. Regeln kan analogivis tillämpas på presumptionen i artikel 3.1 IF. I artikel 60.2 förordningen om domstols behörighet m.m. anges följande:¹²⁶

Med *stadgeenligt säte* avses i Förenade kungariket och i Irland *registered office*, eller om sådant saknas, orten för stiftandet (*place of incorporation*) eller, om sådan ort saknas, den ort enligt vars lagstiftning bildandet (*formation*) ägde rum.

3.3.3 Skälen till en presumtion för det registrerade sätet

Skälen till en presumtion för att det registrerade (formella) sätet är platsen för bolagets huvudsakliga intressen är två. Sannolikhetsberäkningar pekar på att den vanligaste situationen är att bolagets formella säte är beläget inom samma stat som bolagets huvudkontor (dvs. bolagets centrala förvaltning) (jfr utdraget i Virgós/Schmit-rapporten punkt 75 i avsnitt 3.3.4 nedan). Dessutom är det ur processuell synvinkel lättare att föra bevisning kring formella anknytningskriterier, såsom det formella sätet, än anknytningsfaktorer baserade på faktiska anknytningskriterier.¹²⁷

Gångbarheten av förstnämnda skäl torde numera starkt kunna ifrågasättas. Alltsedan EU-domstolen avkunnade det bolagsrättsliga fallet *Centros*¹²⁸ (avkunnad 1999) (bekräftat i *Überseering*¹²⁹ och *Inspire Art*¹³⁰) får medlemsstaterna inte vägra att registrera en filial till ett bolag som har bildats i överensstämmelse med en annan medlemsstats lagstiftning. Det är således möjligt att bilda ett bolag i en medlemsstat och sedan upprätta en filial och bedriva hela verksamheten i en annan stat.¹³¹ Tusentals bolag över hela Europa har utnyttjat denna möjlighet till bolagsrättslig forum shopping. Framför allt har det blivit vanligt att bolag bildas i England, men bedrivs i någon annan medlemsstat. Enligt en beräkning publicerad i *The Economist* hade 17 000 tyska företag redan år 2004 emigrerat till England där de transformerats till engelska aktiebolag.¹³² En studie som publicerades år 2006 visade att andelen utländska företag som

¹²⁶ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.45

¹²⁷ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.44; Enriques, L., & Gelter, M., a.a. s.438; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.255

¹²⁸ C-212/97 *Centros*, avkunnad den 9 mars 1999

¹²⁹ C-208/00 *Überseering*, avkunnad den 5 november 2002

¹³⁰ C-167/01 *Inspire Art*, avkunnad den 30 september 2003

¹³¹ Dotevall, R., a.a. s.23 f

¹³² *Pan European Companies. Limited Appeal*, *The Economist*, den 17 september 2005 s.72 och s.77. Artikeln hänvisar till de tjänster som företaget Go Ahead Ltd erbjuder.

registrerar sig som engelska aktiebolag hade ökat med nästan 500 % efter *Centros*; siffran gick från 3 360 företag innan *Centros* till 19 860 företag efter *Centros*.¹³³

3.3.4 Vägledning av Virgós/Schmit-rapporten

I Virgós/Schmit-rapporten punkt 75 ges viss vägledning för tolkningen av rekvisitet säte. Där uttalas följande:

När det gäller företag och andra juridiska personer förutsätts det i konventionen att gäldenärens huvudsakliga intressen, om inte motsatsen visas, finns där dennes säte finns. Detta motsvarar normalt gäldenärens huvudkontor.

Platsen för bolagets säte sammanfaller således enligt rapporten normalt med lokaliseringen av dess *huvudkontor*.¹³⁴ Artikel 3.1 IF kan sägas vara en kompromiss mellan dels intresset av förutsebarhet (se avsnitt 3.2.2.1) och dels intresset av att insolvensförfarandet genomförs i enlighet med insolvensrätten i den medlemsstat till vilken gäldenären, dennes ekonomiska aktivitet och insolvensen har starkast koppling.¹³⁵ Den utveckling som skett inom EU-rätten sedan Virgós/Schmit-rapporten författades i mitten av 1990-talet har lett till att rapportens uttalande angående att gäldenärsbolagets säte normalt motsvarar bolagets huvudkontor kan ifrågasättas (se avsnitt 3.3.3).

3.3.5 Behovet av en stark sätespresumtion

Mellqvist anser att det finns goda skäl för att ge sätespresumtionen en mycket stark ställning. Detta beror på att insolvensförordningen är särskilt väl lämpad att motverka försök till forum shopping, om man i tillämpningen ger sätespresumtionen genomslag. Han anger ett flertal argument som talar för att presumtionen bör ges ett starkt genomslag.¹³⁶

¹³³ Becht, M., Mayer, C., & Wagner, F. H., *Corporate Mobility and the Costs of Regulation*, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No 70 [2006] s.29 f, tillgänglig på www.econ.upf.edu/docs/seminars/mayer.pdf, läst den 1 oktober 2010

¹³⁴ Mellqvist, M., & Persson, A. H., a.a. s.81. Se även Generaladvokatens förslag till avgörande i *Eurofood* (avsnitt. 5.2).

¹³⁵ Israel, J., a.a. s.260

¹³⁶ Mellqvist, M., a.a. i SvJT 2005 s.469

1. Insolvensförordningens *ändamål* är att motverka forum shopping. Det är därför en given utgångspunkt att man i tillämpningen av förordningen ser till detta ändamål, som i de allra flesta fall tillgodoses bäst av en tillämpning av sätespresumtionen.¹³⁷
2. *Ordalydelsen* och *strukturen* i artikel 3.1 IF innebär att presumtionen ska tillämpas, om inte annat är visat. För att presumtionen ska vara effektiv bör höga krav ställas på motbevisningen för att den ska brytas. I annat fall fanns det inte någon anledning att välja den nu valda strukturen och ordalydelsen.
3. Kravet på *förutsebarhet*, främst för borgenärerna, är av avgörande vikt. Ett användande av presumtionen skapar en mycket god förutsebarhet.¹³⁸
4. Effektiviteten i ett insolvensförfarande är i hög grad beroende av en *snabb handläggning*. Detta krav tillgodoses tveklöst genom att presumtionen tillämpas.
5. Av stor vikt är att *kostnaderna* för insolvenshanteringen ska hållas nere, vilket talar för en tillämpning av presumtionen.
6. Allmänna krav på *rättssäkerhet* och *rättstrygghet* talar med styrka för att presumtionen tillämpas i mycket stor utsträckning. En tillämpning där presumtionen inte ges ett starkt genomslag kan riskera att skapa osäkerhet och oro på marknaderna.¹³⁹

Mellqvist menar emellertid även att det kan finnas situationer då sätespresumtionen lämpligen bör brytas. Han anför den situationen att ett bolag har sitt säte i en jurisdiktion som är känd för sin avsaknad av fungerande rättslig infrastruktur och därmed ökad för sin förmåga att bland annat därigenom locka till sig vissa företagare. Sätet inom en sådan så kallad bekvämlighetsjurisdiktion bör inte medföra presumtionsverkan.¹⁴⁰

¹³⁷ Jfr Wessels, B., som också anser att detta ändamål med insolvensförordningen ska beaktas (Mellqvist, M., a.a. i SvJT 2005 s.461).

¹³⁸ Jfr Wessels, B., som anser att synbarhetskriteriet ska beaktas (Mellqvist, M., a.a. i SvJT 2005 s.461).

¹³⁹ Jfr Wessels, B., som också anser att rättssäkerhetsaspekten ska beaktas (Mellqvist, M., a.a. i SvJT 2005 s.460 f).

¹⁴⁰ Mellqvist, M., a.a. i SvJT 2005 s.473; Mellqvist, M., & Persson, A. H., a.a. i *Insolvensrättsligt forum 2007* s.82

3.3.6 Ingen särskild regel för koncerner

Gränsöverskridande insolvensförfaranden blir ofta aktuella vid insolvens i koncerner. Trots detta innehåller insolvensförordningen inte någon särskild regel för lokaliseringen av koncernbolags säten. Varje enskilt bolag i koncernen måste därför bedömas utifrån artikel 3.1 andra meningen IF. Det går således inte att vid tillämpning av detta stadgande komma till slutsatsen att koncernen som helhet har sina huvudsakliga intressen på en viss plats.¹⁴¹ Ett enhetligt koncernförfarande kan enbart genomföras i det fall samtliga bolag befinner sig inom samma medlemsstat.¹⁴² Det faktum att varje enskilt koncernbolag ska bedömas för sig innebär att bolagen kan komma att genomgå insolvensförfaranden i olika stater.¹⁴³

Anledningen till att någon särregel för koncerner inte har införts i insolvensförordningen är att medlemsstaterna har mycket olika synsätt på de rättsliga konsekvenserna av relationen moderbolag-dotterbolag.¹⁴⁴ Det ska även noteras att det i insolvensförordningen inte stadgas någon skyldighet för t.ex. förvaltare att samarbeta för det fall det pågår flera insolvensförfaranden samtidigt.¹⁴⁵

Med avseende på hur artikel 3.1 andra meningen IF ska tillämpas på insolventa koncerner har Virgós och Garcimartín framhållit följande. Det är svårt att se något hållbart skäl till att ett dotterbolag som verkar i en medlemsstat ska falla under insolvensjurisdiktionen i en annan medlemsstat vars enda koppling till dotterbolaget består i att bolagets ägare är etablerade i sistnämnda stat. I så fall skulle dotterbolagets huvudsakliga intressen inte kunna fastställas av tredje man utan att hon först företagit en undersökning av koncernstrukturen. Detta skulle göra det mycket svårare för potentiella borgenärer att i förväg kunna avgöra vilken medlemsstats

¹⁴¹ I praktiken har dock nationella domstolar varit benägna att komma till slutsatsen att samtliga bolag i en koncern har sina huvudsakliga intressen i en stat (se t.ex. *Daisytek-ISA Ltd* High Court of Justice Leeds, meddelat den 16 maj 2003, [2003] BCC 562 (Ch D) och *Eurotunnel Finance Ltd*, Tribunal de commerce de Paris, meddelat den 2 augusti 2006 (ej rättsfallsreferat)).

¹⁴² Pannen, K. (Ed.), a.a. s.103

¹⁴³ Virgós/Schmit-rapporten punkterna 74 och 76; Omar, P. J., a.a. s.98 och s.115; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.46; Franken, a.a. s.248; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.103 f; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.257 f; Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010

¹⁴⁴ Wautelet, P., a.a. s.12; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.103; Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010; Ingresspunkt 11

¹⁴⁵ Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.257 f

rättsordning som blir tillämplig i händelse av insolvens. Dessutom skulle en enkel flytt av platsen varifrån koncernen kontrolleras automatiskt modifiera vilken rättsordning som blir tillämplig och därmed skulle borgenärernas rättigheter påverkas. Detta skapar starka incitament för forum shopping, eftersom det blir lättare att flytta de huvudsakliga intressena från en medlemsstat till en annan.¹⁴⁶

Mot bakgrund av det anförda menar Virgós och Garcimartín att den relevanta anknytningsfaktorn för ett dotterbolag bör vara den plats där dotterbolagets förvaltning är centrerad (dvs. platsen för dotterbolagets huvudkontor) och inte platsen där de aktieägare som har kontroll över bolaget är lokaliserade. Det faktum att dotterbolagets beslut fattas i enlighet med instruktioner från moderbolaget eller från aktieägare som bor på annan ort ska inte modifiera den internationella jurisdiktionen över dotterbolaget i fråga.¹⁴⁷ Bufford delar uppfattningen att moderbolag inte på anförd sätt ska ha avgörande betydelse för lokaliseringen av dotterbolags huvudsakliga intressen.¹⁴⁸ Ett flertal nationella domstolar har emellertid (såväl före som efter *Eurofood*) gjort en annan bedömning, eftersom dotterbolag av dessa domstolar har ansetts ha sina huvudsakliga intressen i den stat där moderbolaget varit beläget när moderbolagen i huvudsak har styrt dotterbolagens förehavanden (se t.ex. *Daisytek-ISA Ltd* i avsnitt 4.1.2.3 och *Eurotunnel* i avsnitt 6.2.1).

3.3.7 Forum shopping som en följd av sätespresumtionen

Sättespresumtionen inbjuder till två olika typer av forum shopping:

- Det har rått och råder alltjämt *en oklarhet kring vilka omständigheter som krävs för att sätespresumtionen ska brytas*, dvs. vilka bevis som krävs för att bolagets huvudsakliga intressen ska anses vara belägna i en annan stat än staten vari det registrerade sätet är beläget.¹⁴⁹ Denna oklarhet har fått till följd att nationella domstolar har kommit till ett flertal divergerande slutsatser med avseende på lokaliseringen av ett bolags huvudsakliga intressen. Det torde således finnas ett visst utrymme för bolag att med rättsliga argument

¹⁴⁶ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.46 f

¹⁴⁷ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.41

¹⁴⁸ Bufford, S. L., a.a. s.358

¹⁴⁹ Israel, J., a.a. s.258

söka övertyga en nationell domstol, vid vilken en ansökan om huvudförfarande inlämnas, att bolagets huvudsakliga intressen är belägna just i den aktuella staten.¹⁵⁰ Denna typ av forum shopping behandlas i avsnitten 4.1 (praxis innan *Eurofood*) och 6.2 (praxis efter *Eurofood*).

- Den andra situationen, som har tenderat att öka i frekvens under senare år, utgörs av försök av ett bolags ledning/aktieägare att *flytta bolagets faktiska*¹⁵¹ säte till den medlemsstat vars insolvensrättsordning anses lämpligast för bolages vidkommanden. Det handlar med andra ord om att man har sökt flytta bolagets huvudsakliga intressen till en för bolagets del lämplig jurisdiktion.¹⁵² Denna typ av forum shopping behandlas i avsnitten 4.2 (praxis innan *Eurofood*) och 6.3 (praxis efter *Eurofood*).

Även fast det ur såväl teoretisk som pedagogisk synpunkt kan vara fördelaktigt att anamma synen att det finns olika typer av forum shopping ter sig uppdelningen i praktiken inte lika glasklar. Det ska således påpekas att det inte synes råda helt vattentäta skott mellan de två typerna av forum shopping. Ibland kan båda fallen aktualiseras i ett enda mål. I t.ex. fallet *Hans Brochier* (se avsnitt 6.3.2) misslyckades en flytt av ett bolags faktiska säte, varför nationella domstolar avgjorde sin behörighet genom att pröva om sätespresumtionen var bruten eller inte.

¹⁵⁰ Mucciarelli, F. M., a.a. s.525; Ringe, W.-G., a.a. s.584

¹⁵¹ Det är inte tillräckligt att enbart flytta gäldenärsbolagets formella (registrerade) säte. Bolagets huvudsakliga intressena anses då inte omlokaliserade. Jfr beslut av LG Leipzig, meddelat den 27 februari 2006; ZinsO 2006, 378: i detta fall flyttade bolaget enbart sin bokföring och sina dokument till en annan plats; domstolen ansåg inte att de huvudsakliga intressena hade flyttats. (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.192; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.262)

¹⁵² Ringe, W.-G., a.a. s.584; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.8

4. NATIONELLA DOMSTOLARS PRAxis INNAN EUROFOOD

4.1 Vilka omständigheter kan bryta sätespresumtionen?

4.1.1 Introduktion

Sätespresumtionen gäller såvitt inte annat visas (artikel 3.1 andra meningen IF). Praxis från nationella domstolar visar att domstolarna generellt sett har varit benägna att bryta sätespresumtionen. Detta gäller både beträffande såväl självständiga bolag som koncernbolag. Någon enhetlig praxis angående vilka omständigheter som krävs för att bryta sätespresumtionen har dock inte utbildats. Detta beror på oklarheten kring rekvisitet huvudsakliga intressen. Insolvensförordningen ger inte något tydligt uttryck för exakt vilka faktorer som domstolarna ska ta hänsyn till vid fastställande av var de huvudsakliga intressena är belägna, hur olika faktorer ska vägas mot varandra samt vilken grad av bevisning som krävs för att bryta sätespresumtionen. Följden är att domstolarna får ett stort tolkningsutrymme och i sina beslut kan hänvisa till godtyckligt utvalda faktorer eller framhäva en enda faktor såsom avgörande.¹⁵³ I det följande illustreras, genom ett axplock av den stora mängden rättspraxis på området, de divergerande slutsatser som utbildades innan EU-domstolens avgörande *Eurofood*.

4.1.2 Avgörande är platsen för huvudkontorsuppgifternas utförande

4.1.2.1 *Enron Directo SL*

*Enron Directo SL*¹⁵⁴ var det första fall där nationell domstol hade att tolka rekvisitet huvudsakliga intressen. Fallet rörde Enron Directo SL (ett företag i Enronkoncernen) som hade sitt registrerade säte och sina tillgångar i Spanien där också bolagets dagliga verksamhet bedrevs. En av bolagets borgenärer ansökte hos engelsk domstol om inledande av ett huvudförfarande. Domstolen företog inte någon egen bedömning av sin behörighet, utan accepterade det resonemang som borgenärens rättsliga rådgivare hade anfört i sin ansökan. Detta resonemang lade stor vikt vid Virgós/Schmit-rapporten punkt 75: Det aktuella bolaget hade visserligen sitt registrerade säte i Spanien, bedrev sin dagliga handel där och hade sina anställda där, men de uppgifter som tillkommer ett huvudkontor utfördes i London. Alla de viktiga exekutiva,

¹⁵³ Israël, J., a.a. s.258; Franken, S. M., a.a. s.253; Wautelet, P., a.a. s.2; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.46

¹⁵⁴ *Enron Directo SL*, High Court London, Chancery Division, meddelat den 4 juni 2002 (ej rättsfallsreferat). (Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.239; Israël, J., a.a. s.258)

strategiska och administrativa besluten angående ekonomi och verksamhet fattades således i England. Dessutom var styrelsen och beslutsfattarna på huvudkontoret Londonbaserade. Utöver det nu sagda anfördes ytterligare faktorer som visade att kontroll på högsta nivå utövades från London: bolagets huvudsakliga borgenärer kände till att bolaget förvaltades från London; bolagets anställda styrdes lokalt från Spanien, men kände till att den lokala ledningen rapporterade till den verkställande direktören i London och att viktiga frågor rörande anställda hanterades i London; handelsagenterna som hade ansvar för att ingå avtal med kunder förhandlade om sina anställningsvillkor med den juridiska avdelningen i London; alla kunder, särskilt de större kunderna, måste genomgå en kreditkontroll som utfördes i London. Mot bakgrund av de anförda omständigheterna kom den engelska domstolen till slutsatsen att bolagets huvudsakliga intressen var belägna i England, vilket innebar att domstolen i fråga var behörig att inleda ett huvudförfarande. Domstolen ansåg att *den bevisning som normalt krävs för att motbevisa sättespresumtionen är att huvudkontorsfunktionerna utförs i en annan stat än i den stat där bolaget har sitt registrerade säte*. En intressant aspekt är att avgörande vikt således lades vid i vilken stat bolagets huvudkontorsfunktioner utfördes oavsett att det aktuella bolaget var registrerat, bedrev sin dagliga handel och hade sina tillgångar i en annan stat. Det faktum att företaget ur kundernas perspektiv var ett spanskt bolag med ändamål att erbjuda spanska tjänster (i detta fall spansk elektricitet) till spanska kunder ansågs irrelevant.¹⁵⁵

Rättsfallet *Enron Directo SL* kom att åtföljas av flera andra fall där nationella domstolar, i såväl England som på kontinenten, lade samma avgörande vikt vid var gäldenärsbolagets huvudkontorsfunktioner utfördes. Två viktiga fall härvidlag är *Daisytek*, som referas nedan.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Moss (QC), G., *Skeleton Argument on Behalf of the Petitioner* (Enron Directo SL), se främst punkterna 12-31, tillgänglig på http://www.iiiglobal.org/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=57&task=view.download&cid=407, läst den 9 september 2010; Israél, J., a.a. s.258; Marks, D., & Smith, T., *EU Insolvency Update*, Eurofenix October 2002 s.4; McCormack, G., a.a. s.189; Lopucki, L., a.a. i *American Bankruptcy Law Journal* 79 (2005) s.150; Wautelet, P., a.a. s.2; Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.240 och s.254; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.140 f; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.255; Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010; Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010

¹⁵⁶ Haravon, M., & Moss (Q.C.), G., a.a. s.20 fotnot 6; Franken, S. M., a.a. s.253; Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.240

4.1.2.2 BRAC Rent-A-Car International Inc

Avgörandet *BRAC Rent-A-Car International Inc*¹⁵⁷ handlade om ett bolag som hade sitt registrerade säte utanför Europeiska unionen, nämligen i den amerikanska delstaten Delaware. Bolaget bedrev dock sin verksamhet i England och dess uppgift var att sköta Budget Group-koncernens hyrbilsverksamhet i Europa, Mellanöstern och Afrika. Engelsk domstol ansåg att bolagets huvudsakliga intressen låg i England och att ett huvudförfarande således kunde inledas. Domstolen pekade på följande faktorer. Bolaget hade aldrig bedrivit handel i USA, bolagets verksamhet sköttes nästan helt och hållet i Storbritannien (nästan alla bolagets anställda arbetade i England där även den högste driftschefen med ansvar för den dagliga ledningen och kontroll över företaget fanns), bolaget hade dotterbolag i många västeuropeiska stater, bolagets handelsverksamhet utfördes med dotterbolag och franschetagare genom avtal som lydde under engelsk rätt, bolaget hade under lång tid varit registrerat som ett utländskt bolag i enlighet med Companies Act, alla bolagets anställda arbetade i England och de anställdas anställningsavtal lydde under engelsk rätt.¹⁵⁸

4.1.2.3 Daisytek-ISA Ltd

En väsentlig del av fall fallen på det aktuella området rörde gäldenärsbolag som ingick i en koncern. Koncerndimensionen gjorde det naturligtvis inte lättare att tillämpa rekvisitet huvudsakliga intressen. Utöver detta fanns en oro över vad som skulle hända om domstolar i olika medlemsstater beslutade att inleda huvudförfaranden avseende samma gäldenärsbolag. I det välkända rättsfallet *Daisytek-ISA Ltd*¹⁵⁹ förelåg samtliga nu angivna omständigheter.¹⁶⁰

Daisytek-koncernen var baserad i USA. Koncernen hade europeiska dotterbolag, vilka sköttes från det i Bradford (i England) registrerade holdingbolaget Daisytek-ISA Ltd. Dess dotterbolags verksamhet bestod till 50 % av distribution av elektroniskt kontorsmateriel till återförsäljare och till 50 % av försäljning av sådant materiel till slutanvändare. Tio av dotterbolagen låg i

¹⁵⁷ *BRAC Rent-A-Car International Inc*, High Court of Justice Chancery Division (Company Court), meddelat den 7 februari 2003, [2003] EWHC (Ch) 128

¹⁵⁸ Franken, S. M., a.a. s. 249 f; Mucciarelli, F. M., a.a. s.525; Wautelet, P., a.a. s.2 f; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.47 f, s.110 f och s.135; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.255 f; Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010

¹⁵⁹ *Daisytek-ISA Ltd* High Court of Justice Leeds, meddelat den 16 maj 2003, [2003] BCC 562; [2004] BPIR 30 (Ch D)

¹⁶⁰ Wautelet, P., a.a. s.3 f

Storbritannien, tre¹⁶¹ i Tyskland och ett¹⁶² i Frankrike. De tyska och franska bolagen hade sina tillgångar i, bedrev sin verksamhet i och hade sina registrerade säten i Tyskland respektive Frankrike. Efter att det amerikanska moderbolaget Daisytek International Corporation den 7 maj 2003 ansökte om rekonstruktion i USA, lämnades ansökningar om rekonstruktion (s.k. ”administration orders”) in till engelsk domstol avseende Daisytek-ISA Ltd och de flesta av dess europeiska dotterbolag. Detta innebar att engelsk domstol hade att ta ställning till huruvida den hade behörighet att inleda huvudförfaranden enligt artikel 3.1 IF med avseende på holdingbolaget och dess dotterbolag. Den brännande frågan var huruvida det franska och de tyska dotterbolagens huvudsakliga intressen kunde anses vara belägna vid holdingbolagets säte eller, med andra ord, huruvida ett insolvensförfarande kunde inledas för en hel koncern i staten för holdingbolagets säte.¹⁶³

Den engelska domstolen resonerade enligt följande linjer i sina beslut av den 16 maj 2003. ISA International Plc var ett dotterbolag direkt under Daisytek-ISA Ltd. Inom ramen för detta dotterbolag utfördes huvudkontorsfunktionerna med avseende på resterande dotterbolag. Dessa sistnämnda dotterbolag förvaltades således huvudsakligen från bolaget ISA International Plc:s huvudkontor, som var beläget i Bradford. De flesta borgenärer och andra tredje män kom därför i direktkontakt med det engelska moderbolaget. På grund av dessa omständigheter var sätespresumtionen avseende de tyska och franska dotterbolagen bruten och deras huvudsakliga intressen ansågs belägna i England.¹⁶⁴ Mer specifikt menade domstolen att följande

¹⁶¹ PAR Beteiligungs GmbH och dess två dotterbolag ISA Deutschland GmbH och Supplies Team GmbH. (Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.241)

¹⁶² ISA Daisytek SAS (Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.241)

¹⁶³ Ringe, W.-G., a.a. s.583; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.52; McCormack, G., a.a. s.186 f; Lopucki, L., a.a. i American Bankruptcy Law Journal 79 (2005) s.150; Franken, S. M., a.a. s.250 f; Wautelet, P., a.a. s.4; Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.240 f; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.146 f; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.256; Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010

¹⁶⁴ *Daisytek-ISA Ltd* [2003] BCC s. 564 ff; Ringe, W.-G., a.a. s.583; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.52; McCormack, G., a.a. s.187; Franken, S. M., a.a. s.250 f; Wautelet, P., a.a. s.4; Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.240 f; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.256; Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010

omständigheter innebar att sätespresumtionen bröts och att de huvudsakliga intressena var belägna i England.¹⁶⁵

“1. Although the German companies have separate bank accounts in Germany, the finance function is operated from Bradford, UK, their business is funded by local subsidiaries of an English subsidiary of the Royal bank of Scotland and by a factoring agreement through an English subsidiary of the Royal Bank of Scotland, and their financial information is compiled in accordance with English accountancy principles and reviewed and approved by International in Bradford;

2. The German companies require the approval of International¹⁶⁶ to buy anything in excess of 5000 euros;

3. All senior employees of the German companies are recruited in consultation with International;

4. All information technology and support are run from Bradford

5. All pan-European customers are serviced by International in Bradford; contracts with such customers are negotiated by and entered into by International. These account for 15% of sales of the German companies;

6. 70% of purchases are under contracts negotiated and dealt with from Bradford. Purchases for major suppliers are made under contracts between the supplier and International;

7. All corporate identity and branding are run by International;

8. The German companies are required to carry out their business in accordance with a management strategy plan drawn up by the Chief Executive Officer of Daisytek-ISA Limited. He visits the German companies two days per month and spends 30% of his time (mainly in Bradford) on the management of the German companies.”

Den engelska domstolen konkluderade att:¹⁶⁷

”Bradford is the place where each of the German companies conducts the administration of its interests on a regular basis.”

Angående de tyska dotterbolagens borgenärer uttalades följande:¹⁶⁸

”It appears that a large majority of potential creditors¹⁶⁹ by value (which I regard as the relevant criterion) know that Bradford is where many important functions of the German companies are carried out. It is clear that the functions carried out in Bradford are important and that the scale of those

¹⁶⁵ *Daisytek-ISA Ltd* punkt 13; Berends, A. J., a.a. s.343 f; Mucciarielli, F. M., a.a. s.525; Franken, S. M., a.a. s.250 f; Wautelet, P., a.a. s.4 f; Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.241 f; Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010

¹⁶⁶ Härmed avses ISA International Plc

¹⁶⁷ Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.241

¹⁶⁸ Berends, A. J., a.a. s.344; Mucciarielli, F. M., a.a. s.525; Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.241 f

¹⁶⁹ Domstolen ansåg att eftersom det rörde sig om handelsföretag (”trading companies”) utgjordes de viktigaste potentiella borgenärerna av finansiärer och handelsleverantörer. (Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.241)

functions is very significant. By comparison the local functions of the German companies in Germany is limited. They require approval from Bradford to buy anything more than 5,000 euros. Only 30% of stock purchases are negotiated locally. These activities are the most relevant because they involve dealings with potential creditors. 85% of sales are negotiated by the German companies but those activities carry less weight as customers are normally debtors rather than creditors.”

Den engelska domstolen lade således stor vikt vid att det stora flertalet potentiella borgenärer kände till att moderbolagets huvudsakliga uppgifter utfördes i England. Att flertalet borgenärer ansågs känna till detta berodde på att finansieringen av dotterbolagen skedde genom factoringavtal med en brittisk bank (se punkt 1 i listen ovan) samt att 70 % av inköpsavtalen administrerades i Bradford (se punkt 6 i listan ovan). Borgenärernas vetskap härvidlag bidrog starkt till att de huvudsakliga intressena ansågs belägna i England.¹⁷⁰

Domstolen fann att det engelska holdingbolaget Daisytek-ISA Ltd hade samma relation till det franska dotterbolaget som till de tyska dotterbolagen. Vissa skillnader fanns dock: det franska dotterbolaget var beroende av ekonomiskt stöd från ISA International Plc och den verkställande direktören spenderade 40 % av sin tid på att leda det franska dotterbolaget.¹⁷¹

Det synes sammanfattningsvis som att den engelska domstolen lade vikt vid framförallt två faktorer när den kom slutsatsen att de huvudsakliga intressena låg i England beträffande de tyska och franska dotterbolagen: 1) de på kontinenten registerade dotterbolagen förvaltades i England (från ISA International Plc), 2) majoriteten av borgenärerna fanns i England. Beträffande sistnämnda faktor kan noteras att domstolen uttalade att en stor majoritet av borgenärerna kände till att Bradford utförde huvudkontorsfunktionerna. Motsatsvis fanns det således borgenärer som inte kände till detta (såsom anställda och lokala skatte- och socialförsäkringsmyndigheter). Dessa borgenärer var sannolikt inte lika viktiga för bolagen som de borgenärer som hade finansierat bolagens hela verksamhet från England. Det saknas dock stöd i insolvensförordningen för att göra åtskillnad mellan olika kategorier av borgenärer på detta sätt.¹⁷² Utöver den nu anförda

¹⁷⁰ Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.242; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.256; Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010

¹⁷¹ Franken, S. M., a.a. s.251; Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.242; Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010

¹⁷² För ytterligare diskussion härom, se avsnitt 8.3.2.1.

kritiken kan även konstateras att domstolen inte synes ha beaktat att majoriteten av de aktuella dotterbolagens tillgångar fanns i Tyskland respektive Frankrike och inte i England.¹⁷³

Besluten att inleda huvudförvaranden i England med avseende på de tyska och franska dotterbolagen måste erkännas av övriga medlemsstater (artikel 16.1 IF). *Daisytek-ISA Ltd* ledde dock till en livlig debatt i såväl Tyskland som Frankrike där konkurrerande ansökningar om inledande av insolvensförvaranden inlämnades.¹⁷⁴ Ett flertal kommentatorer, mestadels från kontinenten reagerade med förvåning och ilska över den, enligt deras åsikt, subjektiva och expansiva inställning som den engelska domstolen haft vid tillämpningen av rekvisitet huvudsakliga intressen. Enligt dessa kommentatorer visade fallet att engelska domstolar var villiga att medvetet locka insolventa gäldenärer till engelsk jurisdiktion och att detta undergrävde systemet med ömsesidigt förtroende som ligger till grund för insolvensförordningen.¹⁷⁵ Andra,

¹⁷³ Berends, A. J., a.a. s.344 f; Wautelet, P., a.a. s.21

¹⁷⁴ Fransk domstol beslutade att inleda ett huvudförvarande trots att den kände till att engelsk domstol redan hade inlett ett huvudförvarande (*Daisytek ISA Ltd*, Tribunal de commerce de Cergy-Pointoise, meddelat den 26 maj 2003). De engelska konkursförvararna bestred beslutet, men den franska domstolen avfärdade detta. Enligt domstolen skulle beslutet av den engelska domstolen inte erkännas, eftersom den engelska domstolen inte ansågs ha behandlat det franska dotterbolaget som en separat juridisk person (beslut av Tribunal de commerce de Cergy-Pointoise av den 1 juli 2003). Appellationsdomstolen i Versailles ändrade dock detta beslut och erkände det engelska beslutet (*Daisytek ISA Ltd*, Cour d'appel de Versailles, meddelat den 4 september 2003). Cour de cassation bekräftade beslutet och citerade EU-domstolens avgörande *Eurofood*, som då hade avkunnats (*Franska republiken mot Klempla*, Cour de cassation, meddelat den 27 juni 2006, [2006] BCC 841).

Ledningen för de tyska dotterbolagen ansökte om inledande av huvudförvaranden vid tysk domstol. Den 19 maj 2003 inledde AG Düsseldorf sådana förvaranden. Domstolen var då ovetande om att huvudförvaranden dessförinnan hade inletts i England. När domstolen blev medveten om detta utfärdade den ett beslut med innebörd att de engelska förvarandena inte behövde erkännas p.g.a. att den tyske verkställande direktören inte hade hörts vid insolvensförhandlingen i England (ordre public, artikel 26 IF) (*Supply Team GmbH/Daisytek ISA*, AG Düsseldorf, meddelat den 6 juni 2003, (502 IN 126/03), ZIP 30/2003, 1363). Domstolen öppnade därefter återigen huvudförvaranden avseende de tyska dotterbolagen. Domstolen blev dock senare tvungen att erkänna de engelska huvudförvarandena p.g.a. att den engelska domstolen hade gett företrädare för de tyska bolagen rätt att delta vid förhandlingarna; de tyska ledningspersonerna godkände även de engelska insolvensförvarandena (*Supply Team GmbH/Daisytek ISA*, AG i Düsseldorf, meddelat den 12 mars 2004, NZI 2004, 269; ZIP 2004, 623; IPRax 2004, 431); den tyska domstolen inledde samma dag sekundärförvaranden avseende de aktuella bolagen. Beslutet fastställdes av appellationsdomstol (*Supply Team GmbH/Daisytek ISA*, OLG Düsseldorf, meddelat den 9 juli 2004, RIW, 2005, 150).

(Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.52; Wautelet, P., a.a. s.5; Haravon, M., & Moss (Q.C.), G., a.a. s.20 och s.22; Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.242-246; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.148 f; Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010)

¹⁷⁵ Mankowski, P., Kurzkomentar, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 14 (2003) s. 1767; Paulus, C., rättsfallsreferat i *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* (14) 2003 s.709; McCormack, G., a.a. s.186; Eidenmüller, H., a.a. i *European Business Organization Law Review* 6 (2005) s.428; Berends, A. J., a.a. s.344; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.95

mestadels engelska kommentatorer, lovordade avgörandet och såg det som en hörnsten i byggandet av en europeisk insolvensrätt för koncernbolag.¹⁷⁶

4.1.2.4 Ytterligare fall där huvudkontorsfunktionerna har varit avgörande

Ett flertal nationella domstolar (framförallt i England, Tyskland och Italien) har anammat det djärva ställningstagandet i *Daisytek-ISA Ltd* att sätespresumtionen kan brytas av och de huvudsakliga intressena vara belägna på den plats varifrån dotterbolagen huvudsakligen förvaltas.¹⁷⁷ Engelsk domstol har resonerat i linje härmed i *MG Rover I*¹⁷⁸, *Crisscross Telecommunications Group*¹⁷⁹, *Automold GmbH*¹⁸⁰ och *Collins & Aikman Europe SA (Collins & Aikman I)*¹⁸¹ (jfr även *Ci4net.com Inc*¹⁸²). Tysk domstol har resonerat i linje med *Daisytek-ISA*

¹⁷⁶ Dawson, K., *The Jurisdiction of the English Courts under the EC Regulation on Insolvency Proceedings*, Insolvency Lawyer (2003) s.226; Klempka, E., *The Centre of Main Interest and the Administration of Daisytek*, International Corporate Rescue 1 (2004) s. 27.

¹⁷⁷ Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.256

¹⁷⁸ *MG Rover I*, High Court of Justice Chancery Division Birmingham, meddelat den 8 april 2005; 18 april 2005; [2005] EWHC 874 (Ch). Huvudförvaranden inleddes i England avseende kontinentaleuropeiska dotterbolag i den i England baserade Roverkoncernen. De kontinentaleuropeiska dotterbolagen var MG Rover Deutschland, MG Rover Nederland, MG Rover Benelux, MG Rover España, MG Rover Italia, MG Rover Portugal, MG Rover France och Rover Ireland Ltd. Till skillnad från i *Daisytek-ISA Ltd* gjorde domstolen inte någon separat bedömning av varje enskilt dotterbolag, utan domaren angav i stället huvudskälen för sin bedömning. Skälen samstämmer i princip med de skäl som angavs i *Daisytek-ISA Ltd*: den övergripande kontrollen över dotterbolagen, inklusive tillsättandet av avsättandet av högre chefer, utövades i England; det fanns alltid brittiska medborgare i dotterbolagens styrelser; dotterbolagen saknade självbestämmanderätt vid budgetbeslut, finansiell granskning och finansiering; dotterbolagen bedrev inte självständig handel (dotterbolagen var i praktiken enbart inkörsportar genom vilka bilar såldes från England till de lokala marknaderna i Europa); det engelska moderbolaget var dotterbolagens huvudsakliga borgenär och leverantör; övriga borgenärer vände sig till den engelska delen av koncernen för att erhålla betalning; dotterbolagen utgjorde del av ett nätverk som hölls ihop av deras relation med MG-koncernen. Kort sagt utfördes huvudkontorsfunktionerna avseende dotterbolagen i England. Domstolen ansåg även att det låg i borgenärernas intresse att huvudförvarandena inleddes i England (se avsnitt 5.3.2) (Wautelet, P., a.a. s.6 f; Mucciarelli, F. M., a.a. s.526; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.148 f)

¹⁷⁹ *Crisscross Telecommunications Group, Re* High Court London, Chancery Division, meddelat den 20 maj 2003. Engelsk domstol beslutade att inleda huvudförvaranden avseende tio koncernbolag med registrerade säten i olika medlemsstater och i Schweiz. Moderbolaget låg i detta fall *inte* i England. Anledningen till att de huvudsakliga intressena ändå befanns ligga där var att huvudkontorsfunktionerna (ledningen, förvaltningen och revisionen) i denna koncern utfördes av ett engelskregistrerat dotterbolag i London. Viktigt var även att flertalet transaktioner genomfördes via bankkonton i England samt att de flesta av koncernens kunder hade ingått avtal reglerade av engelsk rätt med ett av de engelska företagen. (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.138; Wautelet, P., a.a. s.19; Flannery, G., & Nathanson, N., *Registration and Publication of Judgments Opening Insolvency Proceedings under the EC Regulation (with Reference to the Crisscross Communications Case)*, Insolvency Law and Practice 21 (2005) s.57)

¹⁸⁰ *Automold GmbH*, High Court of Justice in Birmingham, meddelat den 19 decemer 2003. Det tyska bolaget Automold GmbH var helägt av ett engelskt aktiebolag. Produktionen utfördes helt och hållet i Tyskland av 103 anställda. Alla ekonomiska beslut och beslut rörande de anställda fattades av ledningen i det engelska bolaget. Engelsk domstol ansåg att det tyska dotterbolagets huvudsakliga intressen var belägna i England och beslutade att inleda ett huvudförvarande avseende det tyska dotterbolaget. (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.134)

¹⁸¹ *Collins & Aikman Europe SA (Collins & Aikman I)*, High Court of Justice (Chancery Division Companies Court), meddelat den 15 juli 2005, [2005] EWHC 1754 (Ch D); [2006] BCC 606; ZIP 2005, 647. Huvudkontoret i

*Ltd i Hettlage AG & Co KG*¹⁸³, *Hukla-Werke Matratzen und Polstermöbelfabriken GmbH*¹⁸⁴ och *Zenith-Maschinenfabrik Austria GmbH*¹⁸⁵. Italiensk domstol har resonerat i linje med *Daisytek-*

koncernen Collins & Aikman Corporation Group var beläget i delstaten Michigan i USA. Den europeiska underkoncernen bedrev verksamhet i tio länder (bl.a. England, Tyskland och Sverige). Underkoncernen hade ca 4 500 anställda på 24 orter i Europa. Vid beaktande av huruvida huvudförfaranden avseende alla bolag i underkoncernen kunde inledas i England beaktade engelsk domstol Ingresspunkt 13 samt tidigare engelska avgöranden på området. På grundval härav menade domstolen att för att sätespresumtionen ska kunna motbevisas krävs att det aktuella bolagets huvudkontorsfunktioner utförs i en annan stat. Av den bevisning som förelagts domstolen kunde konstateras att de viktiga administrativa funktionerna (däribland koordinationen av underkoncernens kontantkassa, centrala bankkonton ("pooling accounts", se fotnot 332), IT, design och försäljning) sedan den 17 maj 2005 bedrivits från England. Samtliga bolag i underkoncernen var registrerade i England. Ett enhetligt koncernförfarande inleddes i England. (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.136; Wessels, B., *The Ongoing Struggle of Multinational Groups of Companies under the EC Insolvency Regulation*, European Company Law 6 No.4 [2009] s.170)

¹⁸² *Ci4net.com Inc*, High Court of Justice Chancery Division Leeds, meddelat den 20 maj 2004, [2005] BCC 277 (Ch D). Avgörandet *Ci4net.com Inc* rörde ett bolag som, liksom i fallet *BRAC-Rent-A-Car International Inc*, hade sitt registrerade säte i USA men huvudsakligen bedrev sin verksamhet i England. Engelsk domstol ansåg att bolagets huvudsakliga intressen var belägna i England och inledde ett huvudförfarande. Domstolen samtyckte till såväl skälen till som resultatet av den engelska domstolens beslut i fallet *BRAC-Rent-A-Car International Inc*. Domstolen i *Ci4net.com* anförde därutöver inte något detaljerat resonemang till stöd för sitt beslut att bryta sätespresumtionen. Mucciarelli (universitetslektor i affärsrätt vid Università di Bologna) menar dock att det främsta skälet till domstolens beslut i *Ci4net.com* var att domstolen ansåg att det aktuella bolagets huvudsakliga intressen var belägna på den plats där möten med bolagets huvudsakliga borgenärer äger rum. (Mucciarelli, F. M., a.a. s.525; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.135 f; Doyle, L., *Commercial & Chancery: Brook of Rules*, The Lawyer 38, 21 september 2009) Trots ordalydelsen i artikel 3.1 IF slog den engelska domstolen i *Ci4net.com* fast att det inte föreligger någon presumtion för att de huvudsakliga intressena är belägna i den stat där bolagets registrerade säte finns. Det registrerade sätets lokalisering är enligt domstolen enbart en av flera omständigheter som ligger till grund för bedömningen av var de huvudsakliga intressena är lokaliserade. (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.135 f; Doyle, L., *Commercial & Chancery: Brook of Rules*, The Lawyer 38, 21 september 2009)

¹⁸³ *In Re Hettlage KghA*, AG München, meddelat den 4 maj 2004, ZIP 2004, 962 (AG München Beschl v.4.5.2004-1501 IE 1276/04). Ett huvudförfarande inleddes i Tyskland avseende *Hettlage AG & Co KG*, ett österrikiskt helägt dotterbolag till det tyska bolaget *Hettlage KgaA*. Det tyska moderbolaget ansvarade för affärsverksamhet, försäljning, inköp, redovisning och kontroll, organisationen, datorteknologi, anställda m.m. i dotterbolaget. Det mesta av dotterbolagets organisation fanns m.a.o. i Tyskland. I sitt beslut hänvisade domstolen till att det österrikiska bolagets huvudsakliga intressena var belägna i Tyskland p.g.a. att det tyska moderbolaget utförde väsentlig verksamhet samt att Tyskland var den stat vari de ekonomiska intressena förvaltades; någon närmare bevisning kring att detta var fastställbart för tredje man angavs inte. Domstolen hänvisade även till engelsk domstols beslut i *Daisytek-ISA Ltd*. (Wautelet, P., a.a. s.9; Mucciarelli, F. M., a.a. s.526; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.144 f; Wessels, B., a.a. i *European Company Law 6 No.4* [2009] s.169 f)

¹⁸⁴ *Hukla-Werke Matratzen und Polstermöbelfabriken GmbH*, AG Offenburg, meddelat den 2 augusti 2004, NZI 2004, 673 (1 IN 133/04). Liksom i *Hettlage* inleddes ett huvudförfarande i Tyskland avseende ett österrikiskt dotterbolag i en tysk koncern. Tysk domstol hänvisade till att dotterbolagets organisation och försäljningsåtgärder styrdes från Tyskland. Vidare förvarades och sköttes affärsverksamhetens handlingar och bokföring där. (Wautelet, P., a.a. s.9; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.146)

¹⁸⁵ *Zenith-Maschinenfabrik Austria GmbH*, AG Siegen, meddelat den 1 juli 2004; NZI 2004, 673. Fallet rörde ett österrikiskt dotterbolag till ett tyskt bolag. Tysk domstol beslutade att inleda ett huvudförfarande avseende det österrikiska bolaget. Enligt domstolen var bolagets huvudsakliga intressen lokaliserade i Tyskland eftersom affärstransaktionerna enbart sköttes av moderbolaget och dess ledning. Dessutom fann domstolen att bolaget inte hade någon egen företagsledning i Österrike samt att bolagets produktion närmast uteslutande var avsedd för det tyska moderbolaget. (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.152)

ISA Ltd har i *Cirio del Monte*¹⁸⁶, *Parmalat Netherlands BV*¹⁸⁷ och *Eurofood – Tribunale di Parma och Tribunale Amministrativo Regionale*¹⁸⁸. Fransk domstol har resonerat i linje med *Daisytek-ISA Ltd* i *EMTEC*¹⁸⁹ och *Energoteck SARL*¹⁹⁰. Även ungersk domstol har resonerat i linje med *Daisytek-ISA Ltd* i *PARMALAT Slovakia sro*¹⁹¹.

¹⁸⁶ *Cirio del Monte*, Tribunale Roma, meddelat den 26 november 2003, Riv. dir. int. priv. proc. 40 [2004] 690, ECL 2005/2, 71. Italiensk domstol ansåg att ett nederländskt dotterbolag till det italienska moderbolaget Cirio del Monte hade sina huvudsakliga intressen i Rom. Domstolen tolkade insolvensförordningen i ljuset av italiensk lagstiftning (artikel 9 i Legge fallimentare) och lade därför inte fokus på dotterbolagets individuella aktiviteter. I stället betonades den enhetliga förvaltningen i en koncern med ett moderbolag som utövar kontroll över skötseln av företaget. Domstolen följde således inte insolvensförordningens krav på att de huvudsakliga intressena måste fastställas separat för varje enskilt bolag. (Wautelet, P., a.a. s.9; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.167)

¹⁸⁷ *Parmalat Netherlands BV*, Tribunale Parma, meddelat den 4 februari 2004, Riv. dir. int. priv. proc. (2004) 693 et seq.

¹⁸⁸ *Eurofood – Tribunale di Parma*, Tribunale civile e penale di Parma, meddelat den 19 februari 2004, [2004] ILPr14, 53/04; *Eurofood – Tribunale Amministrativo Regionale*, Tribunale Amministrativo Regionale, meddelat den 16 juni 2004. Fallet rörde ett på Irland registrerat dotterbolag i den italienska Parmalat-koncernen. Italiensk domstol ansåg att dotterbolagets huvudsakliga intressena var belägna i Italien, eftersom bolaget förvaltades därifrån. Irlands högsta domstol begärde ett förhandsavgörande av EU-domstolen. Detta ledde till EU-domstolens avgörande *Eurofood*, som har mycket stor betydelse på området och som refereras utförligt i avsnitt 5.

¹⁸⁹ *EMTEC*, Tribunal de commerce de Nanterre, meddelat den 15 februari 2006, BCC 681. MPOTEC GmbH var ett tysktregistrerat dotterbolag i den franska EMTEC-koncernen. (Holdingbolaget i koncernen var ett nederländskt bolag, som inte utförde någon verksamhet eller hade några anställda, utan hade inrättats enbart av skatte- och varumärkesskäl.) Fransk domstol ansåg att samtliga bolag i koncernen hade sina huvudsakliga intressen i Frankrike. Domstolen grundade sin bedömning på att huvudkontorsuppgifterna avseende alla dotterbolag utfördes i Frankrike. De centrala koncernbolagen EMTEC International och EMTEC France utövade en betydande kontroll över MPOTEC GmbH. De två bolagen var bl.a. ansvariga för att sköta ekonomin, tillhandhålla varor och utarbeta kommersiella riktlinjer för MPOTEC GmbH. De var även ansvariga för MPOTEC GmbH:s leveransavtal. Mer specifikt beaktade domstolen följande omständigheter: platsen där styrelsesammanträdena genomfördes; den nationella lagstiftning som reglerade huvudavtalen; platsen för affärsrelationerna med kunderna; att de centrala dotterbolagen måste ge sitt godkännande åt MPOTEC GmbH innan bolaget kunde ingå vissa ekonomiska avtal; platsen för bankerna (i egenskap av borgenärer); platsen för den centrala administrationen av de anställda, bankkontona, datorsystemen och beslutandet av riktlinjerna för inköp. Som stöd för sitt resonemang hänvisade domstolen till generaladvokatens (vid EU-domstolen) förslag till avgörande i *Eurofood* (se avsnitt 5.2). (Det ska noteras att EU-domstolen inte hade avkunnat sitt avgörande i *Eurofood* vid den tidpunkt då den franska domstolen fattade sitt beslut i det aktuella målet.) Domstolen hänvisade även till engelsk och tysk rättspraxis. Domstolen tillade att en centralisering av förfarandet är att föredra framför den uppdelande effekt som blir följden om flera insolvensförfaranden inleds i olika medlemsstater; ett enhetligt förfarande förenklar en rekonstruktion av koncernen genom att det skapas en universell rekonstruktionsplan (jfr avsnitt 5.3.2). Domstolen beaktade även borgenärernas intressen (se avsnitt 4.1.4) (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.139 f; Wautelet, P., a.a. s.10; Doyle, L., *Commercial & Chancery: Brook of Rules*, The Lawyer 38, 21 september 2009; Haravon, M., & Moss (Q.C.), G., a.a. s.20-22; Berends, A. J., a.a. s.347; McCormack, G., a.a. s.189; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.257; Wessels, B., a.a. i *European Company Law* 6 No.4 [2009] s.171)

¹⁹⁰ *Energoteck SARL*, Tribunal de Grande Instance Lure, meddelat den 29 mars 2006, [2007] BCC 123. Fransk domstol beslutade att inleda ett huvudförfarande avseende ett polskregistrerat dotterbolag som ingick i en fransk koncern. Beslutet grundades på att huvudkontorsfunktionerna avseende det polska dotterbolaget utfördes av det franska moderbolaget. Avgörande faktorer ansågs vara platsen där styrelsesammanträdena ägde rum; tillämplig lagstiftning på de flesta viktiga avtal; platsen för affärskontakter med kunder; platsen där riktlinjerna för affärsverksamheten beslutas; att moderbolaget måste godkänna vissa finansiella avtal; platsen för den

Av anförd praxis kan konkluderas att den breda (och av vissa kommentatorer kritiserade) tolkning av huvudsakliga intressen som gjordes av engelsk domstol i *Daisytek-ISA Ltd* snabbt fick spridning till domstolar på kontinenten. Dessvärre underlättar denna tolkning av rekvisitet utförandet av forum shopping. Exempelvis kan ett huvudförfarande avseende ett tyskt bolag genomföras i England och med tillämpning av engelsk rätt, trots att bolaget varken har tillgångar, borgenärer, anställda eller för tredje man fastställbara ekonomiska aktiviteter där.¹⁹²

4.1.3 Avgörande är fastställbarheten för tredje man

4.1.3.1 EMBIC

Avgörandet *EMBIC*¹⁹³ avsåg ett tyskt dotterbolag som var helägt av ett engelskt holdingbolag. Det tyska bolaget var registrerat i Mönchengladbach. Det engelska holdingbolaget fattade samtliga strategiska ledningsbeslut avseende det tyska bolaget och måste godkänna dotterbolagets samtliga utbetalningar som överskred 750 brittiska pund. Däremot sköttes personaladministrationen, affärsverksamhetens bankkonton och kundrelationerna i Tyskland. Ansökan om ett insolvensförfarande avseende det tyska bolaget inlämnades vid tysk domstol. Domstolen kom fram till att det vid tillämpningen av artikel 3.1 IF inte hade någon betydelse att samtliga strategiska beslut fattades i England. Domstolen ansåg nämligen att sådana omständigheter inte var synbara för tredje man, utan enbart rörde det interna förhållandet mellan dotterbolaget och dess holdingbolag. De strategiska besluten påverkade enligt domstolens mening inte de externa relationerna mellan det tyska bolaget och dess affärspartners, som var bolagets potentiella borgenärer vid insolvens. Domstolen ansåg i stället att *de huvudsakliga intressena ska anses ligga där gäldenärsbolaget manifesterar var det utför sin allmänna*

fordringsägande banken; platsen för den centraliserade skötseln av riktlinjerna för inköp, anställda, bokföringen och datorsystemen. (Haravon, M., & Moss (Q.C.), G., a.a.s.22; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.193)

¹⁹¹ *PARMALAT Slovakia sro*, Municipality Court of Fejer/Székesfehérvár, meddelat den 14 juni 2004, ZinsO 2004, 861. Fallet rörde ett slovakiskt dotterbolag till ett ungerskt bolag i den i Italien baserade Parmalatkoncernen. Den ungerska domstolen inledde ett huvudförfarande avseende det slovakiska bolaget. Domstolen ansåg att bolagets huvudsakliga intressen var belägna i Ungern av bl.a. följande skäl: 1) Dotterbolaget hade inte någon egen affärsverksamhet, utan var upprättat enkom för att Parmalatkoncernens produkter skulle kunna säljas i Slovakien; 2) Dotterbolaget ägdes till 100 % det ungerska bolaget; 3) De viktiga besluten med avseende på verksamheten i dotterbolaget fattades i Ungern; 4) Det ungerska moderbolaget finansierade dotterbolaget genom att bevilja det lån; 5) Styrelsen i dotterbolaget utsågs av det ungerska moderbolagets styrelse; 6) Dotterbolagets större avtal godkändes i Ungern, vilket var fastställbart för tredje man; 7) Dotterbolaget måste skicka sina räkenskaper till moderbolaget i Ungern var tredje månad. (Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.253; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.177)

¹⁹² Pannen, K. (Ed.), a.a. s.95 f

¹⁹³ *EMBIC*, AG Mönchengladbach, meddelat den 27 april 2004, ZIP 22/2004, 1064

affärsverksamhet på ett sätt som är fastställbart för tredje man. Vid sin bedömning av lokaliseringen av det tyska dotterbolagets huvudsakliga intressen mot bakgrund härav kom den tyska domstolen fram till att ett huvudförfarande kunde inledas i Tyskland. Mer specifikt hänvisade domstolen till följande skäl: 1) Bolaget hade enbart kundrelationer i Tyskland; 2) Bolaget hade till syfte att sälja försäkringar för secondhandbilar i Tyskland; 3) Bolagets samtliga anställda fanns i Tyskland; 4) Personalbokföringen administrerades i Mönchengladbach; och 5) Bolaget hade ett affärskonto i Mönchengladbach.¹⁹⁴

4.1.3.2 Eurofood – Dublin High Court och Irish Supreme Court

I avgörandet *Eurofood – Dublin High Court och Irish Supreme Court*¹⁹⁵ rörde det sig om ett på Irland registrerat dotterbolag till det italienska moderbolaget i Parmalatkoncernen. Irlands högsta domstol kom, liksom irländsk underrätt, fram till att *dotterbolagets huvudsakliga intressen är belägna på den plats som borgenärerna har uppfattat som platsen för de huvudsakliga intressena.* Mer specifikt hade borgenärerna uppfattat att det aktuella bolaget var ett irländskt bolag underställt irländsk lagstiftning. Det fanns för dem inte något som tydde på att bolaget styrdes från Italien.¹⁹⁶ Irlands högsta domstol begärde ett förhandsavgörande av EU-domstolen. Detta ledde till EU-domstolens avgörande *Eurofood*, som har mycket stor betydelse på området och som refereras i avsnitt 5.

4.1.3.3 AvCraft International Ltd

I *AvCraft International Ltd*¹⁹⁷ ansåg tysk domstol att sätespresumtionen var bruten avseende ett engelskregistrerat bolag. Som skäl härför åberopades omständigheter som i stor utsträckning ligger i linje med de kraven på objektiva kriterier som återfinns i Ingresspunkt 13. Domstolen menade således att en viktig omständighet var gäldenärsbolagets materiella tillgångar samt lokaliseringen av dessa. Mer specifikt åsyftade domstolen produktionsanläggningarna. Vidare åberopades lokaliseringen av gäldenärsbolagets tjänstemän, vilket också är något som är fastställbart för tredje man. Avgörande ansågs vara platsen där den dagliga verksamheten utförs eller den plats där gäldenärsbolagets ekonomiska aktiviteter ägde rum. Å andra sidan åberopade

¹⁹⁴ Pannen, K. (Ed.), a.a. s.138 f; Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.245 f; Mucciarelli, F. M., a.a. s.525

¹⁹⁵ *Eurofood – Dublin High Court*, Dublin High Court, meddelat den 23 mars 2004, No 33, [2004] BCC 383; *Eurofood – The Irish Supreme Court*, Irish Supreme Court, (yttrande, ej beslut) meddelat den 27 juli 2004 [2004], IESC 45, BCC 999

¹⁹⁶ Mucciarelli, F. M., a.a. s.525; (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.141 f

¹⁹⁷ *AvCraft International Ltd*, AG Weilheim, meddelat den 22 juni 2005, ZIP 2005, 1611

domstolen även omständigheter som snarare ligger i linje med teorin om huvudkontorsuppgifterna (*Daisytek-ISA Ltd* m.fl.): platsen där bokföringen utförs och platsen där de strategiska besluten fattas.¹⁹⁸

4.1.3.4 Parkside Flexibles SA

I fallet *Parkside Flexibles SA*¹⁹⁹ inledde engelsk domstol ett huvudförfarande gentemot ett polskregistrerat dotterbolag till ett engelskt bolag. Domstolen fattade detta beslut trots att det inte stod helt klart att sätespresumtionen var bruten. Avgörande för beslutet var det intryck som utomstående tredje män (särskilt borgenärer) hade fått avseende lokaliseringen av bolagets huvudsakliga intressen.²⁰⁰

4.1.4 Fastställbarheten för tredje man åberopad, dock ej som avgörande faktor

I vissa fall där huvudkontorsuppgifterna varit avgörande för domstolens beslut att bryta sätespresumtionen har domstolen även åberopat fastställbarheten för tredje man. Så skedde t.ex. i det ovan refererade fallet *EMTEC* där fransk domstol, vid sin lokalisering av de huvudsakliga intressena avseende det tyskregistrerade bolaget MPOTEC GmbH, synes ha lagt avgörande vikt vid platsen där huvudkontorsuppgifterna i koncernen utfördes. Domstolen beaktade även borgenärernas intressen. Härvidlag uttalades att ur de anställdas perspektiv fattades besluten avseende MPOTEC GmbH i Frankrike. Enligt domstolen var det förutsebart, åtminstone för de huvudsakliga borgenärerna, att de huvudsakliga intressena var belägna vid de franska bolagen EMTEC International och EMTEC France. Avseende tolkningen av synbarhetskriteriet uttalade den franska domstolen att kontrollen över dotterbolaget måste vara mycket intensivt synlig (*très intensif visible*) för tredje man.²⁰¹ Även i det ovan refererade fallet *PARMALAT Slovakia sro*, där huvudkontorsuppgifterna var avgörande för brytande av sätespresumtionen, åberopade domstolen fastställbarheten för tredje man. Se även *Daisytek-ISA Ltd* där den engelska domstolen inlät sig på en detaljerad utläggning kring att de huvudsakliga intressena måste definieras i ljuset av Ingresspunkt 13 IF, som syftar till att skydda borgenärerna.

¹⁹⁸ Pannen, K. (Ed.), a.a. s.187 f

¹⁹⁹ *Parkside Flexibles SA*, (Ch) Combined Court, Quayside, Newcastle-upon-Tyne, meddelat den 9 februari 2005, No.75

²⁰⁰ Pannen, K. (Ed.), a.a. s.182 f

²⁰¹ Pannen, K. (Ed.), a.a. s.139 f; Wautelet, P., a.a. s.10; Doyle, L., *Commercial & Chancery: Brook of Rules*, The Lawyer 38, 21 september 2009; Haravon, M., & Moss (Q.C.), G., a.a. s.20-22; Berends, A. J., a.a. s.347; McCormack, G., a.a. s.189

4.1.5 Brevlådeföretag

Nationella domstolar har ställts inför det fall då gäldenärsbolaget enbart har varit ett så kallat ”brevlådeföretag”, dvs. ett bolag som inte bedriver någon verksamhet i den medlemsstat där dess registrerade säte är beläget. Domstolar i medlemsstater varifrån sådana bolag har förvaltats har inte tvekat att inleda huvudförfaranden gentemot dessa bolag. Så skedde i fallet *Interrexx Enterprises Ltd*²⁰² där nederländsk domstol inledde ett huvudförfarande avseende Interrexx Enterprises Ltd, som var ett engelsregistrerat brevlådeföretag. Domstolen fann att bolagets viktigaste ledning (dvs. den verkställande direktören och styrelsesekreteraren) bodde i Nederländerna och att bolaget i England var registrerat som ett extraterritoriellt företag. I *CGC Communications Ltd*²⁰³ beslutade belgisk domstol att inleda ett huvudförfarande avseende ett bolag registrerat i England. Domstolen fann att bolaget inte bedrev någon som helst verksamhet i England. Domstolen kom till samma slutsats avseende ett grekiskregistrerat bolag i *Electra Airlines*²⁰⁴. Domstol i Luxemburg beslutade i *Silvaux SARL*²⁰⁵ att inleda ett huvudförfarande med avseende på ett franskregistrerat brevlådeföretag. Tysk domstol ansåg sig i avgörandet *Vierländer Bau Union Ltd*²⁰⁶ ha behörighet att inleda ett huvudförfarande avseende ett engelskregistrerat brevlådeföretag.

4.1.6 Kommentar till genomgången praxis

Som framgått har nationella domstolar kommit fram till ett flertal olika slutsatser avseende vilka omständigheter som krävs för att sätespresumtionen ska brytas. I *Enron Directo SL* uttalades att de huvudsakliga intressena är belägna på den plats där bolagets huvudkontorsfunktioner utförs (”mind of management-teorin”). Det fastslogs uttryckligen att det faktum att företaget ur kundernas perspektiv var ett spanskt bolag med ändamål att erbjuda spanska tjänster till spanska

²⁰² *Re Interrexx Enterprises Limited*, appellationsdomstolen i Haag, meddelat den 8 april 2003, R03/132 (ej rättsfallsreferat) (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.162; Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010)

²⁰³ *CGC Communication TC Bruxelles*, Tribunal de commerce de Bruxelles, meddelat den 29 juli 2003, RG No G/03/02269

²⁰⁴ *Electra Airlines Compagnie*, Tribunal de commerce de Bruxelles, meddelat den 2 oktober 2003 (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.169)

²⁰⁵ *Silvalux Sarl*, Tribunal de Luxembourg, meddelat den 15 april 2005 (II No 365/05)

²⁰⁶ Något huvudförfarande inleddes dock aldrig p.g.a. att bolagets tillgångar inte bedömdes vara tillräckliga för att täcka kostnaderna för ett insolvensförfarande. (*Vierländer Bau Union Ltd*, AG Hamburg, meddelat den 14 maj 2003, ZIP 22/2003, 1008) (Mucciarelli, F. M., a.a. s.527; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.151 f; Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010)

kunder var irrelevant. Detta kan kontrasteras mot domstolens uppfattning i *EMBIC*. Där fastslogs att de huvudsakliga intressena är belägna på den plats där bolaget utåt manifesterar var det utför sin allmänna affärsverksamhet på ett sätt som är fastställbart för tredje man ("business activities-teorin"). Noterbart är att domstolen i *EMBIC* uttryckligen förkastade bedömningen i *Enron Directo SL*.²⁰⁷

Det föreligger även viss skillnad mellan *Enron Directo SL* och *Daisytek-ISA Ltd*. I båda fall fastslog domstolarna att de huvudsakliga intressena är belägna på den plats där bolagets huvudkontorsfunktioner utförs. Skillnaden är att domstolen i *Daisytek-ISA Ltd* efter detta konstaterande inlät sig på en detaljerad utläggning kring att de huvudsakliga intressena måste definieras i ljuset av Ingresspunkt 13 IF, som syftar till att skydda borgenärerna. Det skulle därför kunna sägas att domstolen i *Daisytek-ISA Ltd* grundade sitt ställningstagande på en från *Enron* delvis avvikande tolkning av artikel 3 IF och Ingresspunkt 13 IF.²⁰⁸

Det finns även en intressant skillnad mellan *Daisytek-ISA Ltd* och *EMBIC*. I förstnämnda fall fastslog domstolen att den viktigaste gruppen potentiella borgenärer är gäldenärsbolagets finansiärer och handelsleverantörer. I *EMBIC* ansåg domstolen i stället att det är bolagets allmänna affärspartners som utgör den viktigaste gruppen potentiella borgenärer. I de två fallen har således olika borgenärsgrupper tillmätts avgörande betydelse vid tillämpningen av rekvisitet huvudsakliga intressen.²⁰⁹

4.1.7 Olika slutsatser i doktrinen

Även inom doktrinen kom man innan *Eurofood* till en mängd olika slutsatser beträffande vilka omständigheter som krävs för att bryta sätespresumtionen och hur omständigheterna ska värderas och avvägas mot varandra.²¹⁰ I det följande återges en sammanställning av de omständigheter som framfördes i diskussionen.²¹¹

²⁰⁷ Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.254

²⁰⁸ Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.254

²⁰⁹ Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.254

²¹⁰ Pannen, K. (Ed.), a.a. s.89

²¹¹ Listan är baserad på en sammanställning av Michael Martinez Ferber i dennes bok *European Insolvency Regulation. Substantive Consolidation, the threat of Forum Shopping and a German point of view.*, 1:a upplagan. Boken finns inte tillgänglig på bibliotek i Norden, men Mellqvist har översatt och återgivit den i SvJT 2005 s.459 f. Michael Martinez Ferber är en tysk advokat verksam inom bl.a. området internationell insolvensrätt.

1. Den plats varifrån gäldenärsbolagets verksamhet vardagligen styrs på ett utåt synligt sätt.
2. Den plats där gäldenärsbolaget regelmässigt har mycket täta kontakter.
3. Den plats till vilken de flesta av gäldenärsbolagets kommersiella intressen är koncentrerade.²¹²
4. Den plats där huvuddelen av gäldenärsbolagets tillgångar oftast befinner sig. (Jfr punkt 15)
5. Den plats där alla verkställande, strategiska och administrativa beslut i relation till ekonomisk och annan verksamhet fattas. (Jfr punkt 15)
6. Den plats där gäldenärsbolagets verksamhet har finansierats. (Jfr punkt 15)
7. Den plats där flertalet avtal avseende gäldenärsbolagets varor har förhandlats fram och slutits.
8. Den plats där den verkställande ledningen, administrationen, revisionen och andra funktioner finns. (Jfr punkt 15)
9. Den plats där gäldenärsbolagets anställda vardagligen utför sina arbetsuppgifter (normalt där de har sina kontor).
10. Den plats där det övervägande antalet avtal med leverantörer har gjorts upp, oavsett var de formellt har slutits eller hur faktureringen har skett. (Jfr punkt 15)

²¹² Det ska anmärkas att Wessels, B., (professor i kommersiell rätt vid Vrije Universiteit, Amsterdam) anser att det synes vara gäldenärsbolagets *ekonomiska* intressen som först och främst är av betydelse när det ska avgöras var en juridisk persons huvudsakliga intressen är belägna (*International Bankruptcy Law. The European Union Insolvency Regulation: An Overview with Trans-Atlantic Elaborations*, tillgänglig på www.iiiglobal.org; *Moving House: Which Court Can Open Insolvency Proceedings?*, tillgänglig på www.iiiglobal.org; *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de; *Germany and Spain Lead Challenges Towards International Insolvencies in Europe*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de; lästa den 24-25 september 2010). Jfr dock Mellqvist, M., som menar att det inte är särskilt särskiljande att betona "ekonomiska intressen". Under begreppet faller nämligen en mängd olika omständigheter som kan vara av relevans i sammanhanget. "Intressen" bortsett från "ekonomiska" sådana, som det skulle kunna finnas anledning att beakta torde vara såväl svårfunna, som ändock hittade, lättviktiga. (Mellqvist, M., a.a. i SvJT 2005 s.461 och 465)

11. Den plats där flertalet av gäldenärsbolagets banktransaktioner genomförs.
12. Den plats där ett gäldenärsbolags kommersiella verksamhet finns ska ha företräde framför den plats där den tekniska verksamheten finns.
13. Den plats där företagsledarna har sitt hemvist, om gäldenärsbolaget saknar fast kontor.
14. Den plats där någon som rent faktiskt representerar gäldenärsbolaget bedriver sin verksamhet, även om denne saknar formell behörighet att företräda gäldenärsbolaget.
15. Till Ferbers lista kan en femtonde punkt läggas: Mellqvist menar att man hela tiden måste beakta att ett klart uttalat syfte med insolvensförordningen är att förhindra eller försvåra illojal forum shopping. I ett sådant perspektiv är gäldenärens faktiska verksamhet av stor vikt. Vad som bör undersökas är ändamålet med gäldenärsbolagets verksamhet, den bransch inom vilket bolaget verkar och den marknad på vilket bolaget verkar. Beroende på vilken bild som då framträder måste en bedömning från ett *kund- och leverantörsperspektiv* göras. Detta innebär att gäldenärsbolagets administrativa organisation i sig helt saknar betydelse. Till den administrativa organisationen hör bland annat frågor om beställnings- och faktureringsrutiner. Även frågan var bolaget har finansierat sin verksamhet, t.ex. genom upplåning hos en bank i ett visst land, torde vara av underordnad betydelse. Enligt Mellqvist är det betydligt viktigare att vid bedömningen på ett övergripande sätt fokusera på det kommersiella flödet (dvs. i ena änden hur kontakterna med leverantörerna ser ut och i den andra hur kontakterna med kunderna är beskaffade). Detta innebär bland annat att frågan om gäldenärsbolagets marknadsföring och andra utåtriktade funktioner (butiker, service m.m.) är av stort intresse. Mellqvist anser vidare att det i och för sig inte bör fästas någon avgörande vikt vid var bolaget har sina tillgångar eller var avtal rent formellt har slutits. Att särskilt ta hänsyn till sådana omständigheter vore nämligen att "bakvägen" tillämpa anknytningskriterier som man avsiktligt i och med insolvensförordningen valt att förkasta.²¹³

²¹³ Mellqvist, M., a.a. i SvJT 2005 s.465 f; Mellqvist, M., & Persson, A. H, a.a. i *Insolvensrättsligt forum 2007* s.83 f

4.1.8 Incitament till forum shopping genom erkännandemekanismen

Hittills har pekats på att oklarheten kring innebörden av rekvisitet huvudsakliga intressen i sig har utgjort ett starkt incitament för forum shopping. Avsaknaden av en tydlig definition av huvudsakliga intressen kan emellertid även i samverkan med insolvensförordningens erkännandemekanism (artiklarna 16-17 IF, se avsnitt 2.8) utgöra ett incitament för forum shopping. Eftersom erkännandemekanismen innebär att det enbart kan pågå ett huvudförfarande åt gången gentemot samma gäldenärsbolag kan det i ett enskilt fall uppstå en ”kapplöpning” mellan olika parter i gäldenärsbolaget. Det kan t.ex. tänkas att bolagets ledning vill få till stånd ett huvudförfarande i medlemsstat A och att bolagets anställda vill få till stånd ett huvudförfarande i medlemsstat B (vilket skedde i *Hans Brochier*, avsnitt 6.3.2). Oklarheten kring rekvisitet huvudsakliga intressen innebär att det finns ett visst utrymme för bolagets ledning respektive bolagets anställda att genom argumentation söka övertyga en nationell domstol om att det aktuella bolagets huvudsakliga intressen ligger inom domstolens jurisdiktion. Den part som tvekar inför en ”kapplöpning” löper stor risk att förlora densamma, vilket knappast skapar incitament för eftertanke och en objektiv bedömning av var de huvudsakliga intressena sannolikt är belägna. Att kapplöpningar kan uppstå synes särskilt plausibelt mot bakgrund av att nationella domstolar har haft en tendens att anse sig behöriga att inleda huvudförfaranden (t.ex. i syfte att skydda lokala borgenärer). Detta kan indikera att nationella domstolar konkurrerar med varandra om att få inleda huvudförfaranden (se vidare härom i avsnitt 4.2.3). LoPucki²¹⁴ påpekar att nationella domstolar i ett flertal fall har ansett sig vara behöriga trots att det aktuella bolagets tillgångar helt och hållet har befunnit sig utanför medlemsstatens gränser, se t.ex. *Daisytek-ISA Ltd* (engelsk domsol), *Enron Directo SL* (engelsk domstol) och *Cirio del Monte* (italiensk domstol). I fallet *Eurofood* (se avsnitt 5.1) ansåg sig såväl irländsk som italiensk domstol behöriga att inleda ett huvudförfarande. Det ska dock framhållas att det även finns fall där den domstol till vilken en ansökan om ett huvudförfarande har inlämnats inte har ansett sig behörig. Så skedde i t.ex. fallet *Giacomelli Sport España S.A*²¹⁵. Italiensk domstol ansåg sig i detta fall inte vara behörig att inleda ett huvudförfarande avseende ett spanskt dotterbolag till ett italienskt

²¹⁴ Security Pacific Bank Professor of Law vid UCLA School of Law

²¹⁵ *Giacomelli Sport España S.A*, Tribunale di Rimini, meddelat den 6 april 2004, *Giurisprudenza Italiana* 2005 s.1199

företag. Se även rättsfallet *Hans Brochier* (avsnitt 6.3.2) där engelsk domstol slutligen kom till konklusionen att den inte var behörig att inleda ett huvudförfarande.²¹⁶

Skälet till att nationella domstolar ofta har ansett sig vara behöriga att inleda huvudförfaranden behöver inte bero på något slags konkurrens mellan domstolarna. Den verkliga orsaken kanske snarare är att det handlar om brådskande beslut som har fattats utan att all bevisning kring lokaliseringen av de huvudsakliga intressena har framkommit. Se t.ex. fallet *Hans Brochier* där all relevant bevisning inte presenterades för engelsk domstol (avsnitt 6.3.2).²¹⁷

Vid ”kapplöpning” mellan bolagsledningen å ena sidan och borgenärerna å den andra kommer förstnämnda grupp vanligtvis att hinna först. Detta beror på att bolagsledningen har ett väsentligt informationsövertag genom sin tillgång till s.k. ”inside information” och på så sätt i ett tidigare skede än borgenärerna kommer att känna till att bolaget närmar sig insolvens. En bolagsledning med tillgång till rättsliga rådgivare bör därför ha ett visst tidsmässigt utrymme på sig att genomföra forum shopping som gynnar bolagsledningen och de syften som bolagsledningen har med bolaget. Det nu sagda är dock avhängigt av vilka borgenärerna är. Ett informationsövertag för bolagsledningen torde i det närmaste kunna elimineras, om bolaget står under noggrann granskning av en resursstark borgenär (såsom ett kreditinstitut).²¹⁸

4.2 Flytt av bolagets faktiska säte

4.2.1 Introduktion

Som framgått ovan (se avgörandet *Staubitz-Schreiber*, avsnitt 3.2.2.1) är det inte möjligt att utföra forum shopping *efter* det att en ansökan om inledande av ett insolvensförfarande har lämnats in till en nationell domstol. Avsnitt 4.2 i denna framställning rör en mer delikat problematik, nämligen det fall då bolag flyttar sina huvudsakliga intressen från en medlemsstat till en annan medlemsstat *före* det att en ansökan om inledande av ett huvudförfarande inlämnas

²¹⁶ Lopucki, L., a.a. i *American Bankruptcy Law Journal* 79 (2005) s.150; Enriques, L., & Gelter, M., a.a. s.439 f och s.445 f; Wautelet, P., a.a. s.7; Armour, J., *European Cross-Border Insolvencies: The Race Goes to the Swiftest?*, *The Cambridge Law Journal* Vol.65 Part 3 [2006] s.507; McCormack, G., a.a. s.186 och s.196 f; Winkler, M.M., *From Whipped Cream to Multibillion Euro Financial Collapse: The European Regulation on Translation Insolvency in Action*, *Berkeley Journal of International Law* 26 [2008] s.369

²¹⁷ Jfr Bufford, S. L., a.a s.400

²¹⁸ Enriques, L., & Gelter, M., a.a. s.446; jfr Wautelet, P., a.a. s.13 f

till nationell domstol (i sistnämnda medlemsstat). Frågan blir särskilt brännande om denna flytt av de huvudsakliga intressena har genomförts omedelbart före det att ansökan inlämnas.²¹⁹

Flera fall av flytt av bolags faktiska säten har rapporterats under de senaste åren. Anledningarna till att flytta säte har varierat. Vissa bolag har velat komma i åtnjutande av en medlemsstats mer flexibla och snabba insolvensförfarande. En annan anledning kan vara att vissa staters insolvensförfaranden erkänns globalt, vilket är fallet med exempelvis engelska insolvensförfaranden (bland annat på grund av historiska kopplingar till stater i tredje världen). Som i avsnitt 1 konstaterats anser flera kommentatorer att flytt av säte bör vara tillåtet så länge flytten inte sker i illojalt syfte. Generaladvokat Colomer har intagit samma ståndpunkt i två förslag till avgöranden. Gränsen mellan vad som är en lojal flytt och vad som är en illojal flytt kan dock ibland vara svår att dra.²²⁰

Insolvensförordningen kräver inte (uttryckligen) att ett bolags huvudsakliga intressen måste ha varit lokaliserade inom en stat under en viss tidsperiod för att domstolar i denna stat ska vara behöriga att inleda ett huvudförfarande avseende bolaget. Skrivningen ”den plats där gäldenären *vanligtvis*²²¹ förvaltar sina intressen” i Ingresspunkt 13 IF implicerar dock ett krav på en viss grad av tidsmässig stabilitet på den plats dit bolaget har flyttat sina huvudsakliga intressen. Eftersom någon uttrycklig tidsgräns inte anges måste domstolen göra en bedömning av de faktiska omständigheterna i varje enskilt fall. Ju längre tid som förflyter mellan flytten och ansökan om insolvensförfarande desto svårare blir det att komma till slutsatsen att det är fråga om (illojal) forum shopping. Enligt Virgós och Garcimartín bör en period om sex månader vara tillräcklig för att uppfylla kravet på tidsmässig stabilitet. Om ett bolag flyttar från en medlemsstat till en annan medlemsstat och omedelbart därefter ansöker om att få inleda ett insolvensförfarande i sistnämnda stat, synes det däremot som att bolaget inte vanligtvis förvaltar sina intressen i denna stat vid den relevanta tidpunkten (dvs. tidpunkten för inlämnandet av ansökan, se avsnitt 3.1 ovan). Pannens, Mellqvists samt Enriques och Gelters uppfattning i

²¹⁹ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.50; McCormack, G., a.a. s.191; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.48

²²⁰ Bariatti, S., a.a. s.636; Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.8

²²¹ I den engelskspråkiga versionen av insolvensförordningen är motsvarande skrivning i ingresspunkt 13 IF ”on a regular basis”.

frågan går i samma riktning som Virgós och Garcimartíns uppfattning. Även nationella domstolar har gett uttryck för samma uppfattning (se *Shierson v Vlieland-Boddy*, *Ci4net.com* och *Official Receiver v Eichler* i avsnitten 4.2.4, 4.2.5 och 4.2.6).²²²

4.2.2 Omständigheter som försvårar forum shopping genom flytt av faktiskt säte

Av Ingresspunkt 13 IF följer att bolaget måste *förvalta* sina intressen på den plats dit bolaget flyttat. Härav följer att det krävs en förändring av faktiska²²³ omständigheter för att en flytt ska vara genomförd. För att kunna utföra forum shopping genom flytt av säte krävs således att det faktiska sätet flyttas till den av bolaget önskade jurisdiktionen. Detta innebär att det är svårt att manipulera anknytningskriteriet ”förvalta” i Ingresspunkt 13 IF. Möjligheterna till forum shopping försvåras även på grund av det faktum att en gränsöverskridande flytt av det formella sätet normalt kräver att särskilda skyddsåtgärder för bolagets borgenärer vidtas, såsom att bolaget ställer tillfredsställande garantier för deras fordringar.²²⁴ Dessutom är en flytt av huvudkontoret eller den centrala administrationen relativt kostsam. Vidare kan möjligheten att inleda sekundärförfaranden förhindra de fördelar som bolaget annars skulle ha fått genom att

²²² Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.50 f; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.114; Enriques, L., & Gelter, M., a.a. s.439; Mellqvist, M., a.a. i SvJT 2005 s.465; Mellqvist, M., & Persson, Annina H., a.a i *Insolvensrättsligt forum 2007* s.84

Noterbart är att fransk och italiensk lagstiftning uttryckligen reglerar frågan angående hur lång tid som måste förflyta mellan flytten av ett bolag och inlämnandet av en insolvensansökan till en domstol på den nya orten. I artikel 1.2 Décret no 2005-1677 av den 28 december 2005 stadgas att sex månader måste förflyta. Artikel 9 i Legge fallimentare stadgar i samma avseende en tidsperiod på upp till ett år. (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.114)

²²³ Det årsåledes inte tillräckligt att enbart flytta gäldenärsbolagets formella (registrerade) säte. Bolagets huvudsakliga intressena anses då inte omlokaliserade. Jfr beslut av LG Leipzig, meddelat den 27 februari 2006; ZinsO 2006, 378: i detta fall flyttade bolaget enbart sin bokföring och sina dokument till en annan plats; domstolen ansåg inte att de huvudsakliga intressena hade flyttats. (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.192; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.262)

²²⁴ I de nedan refererade fallen *Deutsche Nickel AG* och *Schefenacker AG* avseende tyska bolags flytt aktualiseras, vid utförande av forum shopping, borgenärsskydd genom §§ 204 och 22 i den tyska lagen *Umwandlungsgesetz*: inom sex månader från den dag som konverteringen av ett bolag till en annan bolagsform har införts i handelsregistret har borgenärerna rätt att kräva en deposition som säkerhet för sina fordringar. Detta gäller under förutsättning att de på ett trovärdigt sätt kan visa att konverteringen påverkar deras möjlighet att få betalt för sina fordringar. Dessutom finns i §§ 205 och 206 i samma lag rätt till ersättning för ekonomisk skada. Utöver detta finns visst skydd med utgångspunkt i § 128 Handelsgesetsbuch. (W.-G., Ringe, a.a. s.605)

I engelsk insolvensrätt kan ett motsvarande skydd hittas. En gäldenär som bedriver verksamhet i England anses fortsatt bedriva verksamhet där tills han eller hon har vidtagit åtgärder i syfte att betala sina skulder (*Re A Debtor (No 784 of 1991)* [1992] Ch 554; *Re Theophile* [1950] AC 186). På ett europeiskt plan kompliceras dock denna princip av den grundläggande etableringsfriheten i Europeiska unionen. (Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.263)

utföra forum shopping. I särskilda fall skulle även allmänna regler om bedrägeri kunna aktualiseras.²²⁵

4.2.3 Konkurrens mellan medlemsstaterna?

Möjligheten för bolag att utföra flytt av faktiskt säte behöver inte nödvändigtvis utgöra ett problem för medlemsstaterna. Denna möjlighet innebär nämligen att en medlemsstat kan söka attrahera insolventa bolag till sin jurisdiktion genom att utforma en för dessa bolag förmånlig insolvenslagstiftning. Det kan således uppstå konkurrens mellan medlemsstaterna om att locka till sig insolventa bolag. Det synes finnas starka incitament för att en sådan konkurrens ska uppkomma. Domare kan lockas av att få hantera välkända insolvenser, eftersom det ökar deras anseende inom yrkeskåren. Dessutom kan intäkter i form av ansökningsavgifter till domstolen öka. Viktigare är dock följande: om en stat lyckas locka till sig insolventa bolag skulle det innebära ökade intäkter för konkursförvaltare, advokater, revisorer med flera inom den egna jurisdiktionen. LoPucki har sammanfattat detta träffande:²²⁶

”with billions of dollars at stake for bankruptcy professionals competing courts cannot be counted on to determine fairly and in good faith whether they are the home court of multinationals”.

Det bör i sammanhanget inte förglömmas att i vissa stater, såsom i Storbritannien, utgör sektorn för finansiella tjänster och sektorn för rättslig rådgivning en viktig del av ekonomin. Dessa sektorer har resurser att genom lobbying påverka utformningen av insolvenslagstiftningen. Flera bedömare påstår att det redan har uppstått en konkurrens mellan medlemsstater om att attrahera insolventa bolag och att Storbritannien²²⁷ har blivit Europas rekonstruktionscentrum. Som stöd härför kan pekas på ett flertal fall då kontinentala bolag, framförallt tyska, har valt att flytta sina huvudsakliga intressen till engelsk jurisdiktion i syfte att genomgå en rekonstruktion under engelsk lagstiftning. De mest uppmärksammade fallen härvidlag är *Deutsche Nickel*, *Schefenacker* och *Hans Brochier*, som nedan refereras. Det ska dock understrykas att den

²²⁵ Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.8 och s.51; W.-G., Ringe, a.a. s.604-607

²²⁶ LoPucki, L., *Courting Failure: How Competition for Big Cases is Corrupting the Bankruptcy Courts*, 1:a upplagan, s.209. Se även McCormack, G., a.a. s.178-180 och s.185; Eidenmüller, H., a.a. i *European Business Organization Law Review* s.428; Enriques, L., & Gelter, M., a.a. s.442 och s.447-449; Franken, S. M., a.a. s.257

²²⁷ Tilley, A., *European Restructuring Clarifying Trans-Atlantic Misconceptions*, *Journal of Private Equity* (Vol 8 No 2) 2005 s.102: “European restructuring [...] with the exception of the U.K. among the major economies, is still inflexible, bureaucratic, and value destructive. For this reason international practitioners favour the U.K. as a jurisdiction should a choice be available.”

engelska domstolen i sistnämnda fall inte ansåg sig ha behörighet att inleda ett huvudförfarande. I det fallet kom förfarandet i stället att genomföras vid tysk domstol.²²⁸ Se även fallen *Shierson v Vlieland-Boddy* och *Ci4net.com Inc* nedan där engelsk domstol tolkade insolvensförordningen på ett sätt som syftade till att förhindra illojal forum shopping.

Konkurrensen mellan medlemsstaterna skulle kunna få positiva följdverkningar genom att utgöra en grogrund för innovation, kreativitet och dynamik i nationell lagstiftning.²²⁹ Vissa nationella lagstiftare har på senare år sökt förbättra och modernisera sin insolvenslagstiftning. Exempelvis har man i Italien, Frankrike, Grekland och Nederländerna sökt kopiera och förbättra engelsk lagstiftning på området. Det finns således en ambition hos de nationella lagstiftarna att skapa en insolvensrättsordning som är bättre än grannstaternas. Denna ambition skulle kunna förbättra den allmänna standarden i insolvenslagstiftningen i Europeiska unionen.²³⁰ Konkurrensen skulle dock även kunna leda till ett "race to the bottom", dvs. att bolag väljer att flytta till den stat som har den svagaste insolvensrätten i t.ex. borgenärsskyddshänseende. Häremot kan hävdas att borgenärerna är skyddade genom möjligheten till sekundärförfaranden och kreditförsäkringar, varför det enbart kan bli fråga om ett "race to the top". Vissa borgenärer kommer dock inte att ha en så pass stark ställning i förhållande till gäldenärsbolaget att någon säkerhet ställs för deras fordringar, vilket kan göra det svårt att skaffa kreditförsäkring.²³¹

4.2.4 *Shierson v Vlieland-Boddy*

I fallet *Shierson v Vlieland-Boddy*²³² uttalade engelsk appellationsdomstol uttryckligen att en gäldenär har rätt att flytta sina huvudsakliga intressen från en stat till en annan även i det fall gäldenären har ådragit sig en skuld och har sina borgenärer i den stat varifrån flytten sker.²³³ Domstolen uttalade emellertid även att man vid tillämpningen av rekvisitet huvudsakliga

²²⁸ McCormack, G., a.a. s.178-180 och s.185; Eidenmüller, H., a.a. i *European Business Organization Law Review* s.428; Enriques, L., & Gelter, M., a.a. s.442 och s.447-449; Franken, S. M., a.a. s.257

²²⁹ McCormack, G., a.a. s.178 f

²³⁰ Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.v

²³¹ McCormack, G., a.a. s.180 f

²³² *Shierson v. Vlieland-Boddy*, Court of Appeal - Civil Division, meddelat den 27 juli 2005, [2005] EWCA Civ 974, [2005] 1 WLR 3966; [2005] BCC 949

²³³ Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.261

intressen måste ta hänsyn till behovet av att platsen för dessa intressen är förutsebar för tredje män, särskilt borgenärer och potentiella borgenärer. Vidare uttalades:²³⁴

It is important, therefore, to have regard not only to what the debtor is doing but also to what he would be perceived to be doing by an objective observer. And it is important, also, to have regard to the need, if the centre of main interests is to be ascertainable by third parties, for an element of permanence. The court should be slow to accept that an established centre of main interests has been changed by activities which may turn out to be temporary or transitory.

Fallet *Shierson v Vlieland-Boddy* rörde visserligen en fysisk person som gäldenär, men fallet omnämns ändå i denna framställning, eftersom det visar att engelsk appellationsdomstol inte accepterar att gäldenärer söker använda insolvensförordningen för att på ett illojalt sätt skaffa sig fördelar gentemot vissa borgenärer. Domstolen menar att en flytt av de huvudsakliga intressena måste präglas av en viss grad av permanens. Flytten måste baseras på faktiska omständigheter; det räcker således inte att flytta enbart illusoriskt (dvs. att enbart flytta i formellt hänseende).²³⁵

4.2.5 Ci4net.com Inc

Även i fallet *Ci4net.com Inc*²³⁶ har engelsk domstol tolkat rekvisitet huvudsakliga intressen på ett sätt som avser att förhindra användning av insolvensförordningen för illojala syften. Domstolen drog en gräns mellan sådan flytt av säte som utförs i ett illojalt syfte och sådan flytt av säte som utförs av sunda kommersiella orsaker långt innan frågan om insolvens blir aktuell. I sistnämnda fall ansågs inte insolvensförordningens syfte att motverka forum shopping förhindra möjligheten att flytta de huvudsakliga intressena.²³⁷

Domstolen beskrev två ytterlighetsfall. Intressantare får dock de fall anses vara som ligger någonstans mellan dessa ytterligheter. Man kan t.ex. tänka sig det fall att ett bolag flyttar sina huvudsakliga intressen för att komma i åtnjutande av en för bolagets del mer gynnsam insolvenslagstiftning i en annan stat. Detta är vad som hände i fallen *Deutsche Nickel*, *Schenfenacker* och *Hans Brochier*. I de två första fallen uppstod aldrig någon dispyt om huruvida de huvudsakliga intressena hade flyttats till Storbritannien eller inte. I *Hans Brochier*, däremot,

²³⁴ McCormack, G., a.a. s.181

²³⁵ McCormack, G., a.a. s.181; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.262

²³⁶ *Ci4net.com Inc*, High Court of Justice Chancery Division Leeds, meddelat den 20 maj 2004, [2005] BCC 277 (Ch D)

²³⁷ McCormack, G., a.a. s.192; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.114

ansåg såväl engelsk som tysk domstol att de hade behörighet att inleda ett huvudförfarande.²³⁸
Fallen refereras i avsnitten 4.2.7, 6.3.1 respektive 6.3.2.

I *Ci4net.com* uttalade domstolen även att en flytt av faktiskt säte måste präglas av en viss permanens för att en flytt av de huvudsakliga intressena ska anses genomförd. Det faktum att den högste chefen i bolaget flyttade runt ofta medförde inte att bolagets huvudsakliga intressen också flyttades.²³⁹

4.2.6 Official Receiver v Eichler

Fallet *Official Receiver v Eichler*²⁴⁰ rörde en fysisk person som gäldenär. Avgörandet bör dock ändå nämnas p.g.a. att det visar att engelsk domstol tolkar Ingresspunkt 13 IF sålunda att det krävs en viss kontinuitet avseende gäldenärens närvaro i den jurisdiktion vartill gäldenären flyttar. I fallet hade en tysk läkare med tyska borgenärer flyttat till Storbritannien. Domstolen uttalade att det i insolvensförordningen visserligen inte stadgas något krav på minimiperiod avseende närvaro i den nya jurisdiktionen för att de huvudsakliga intressena ska anses flyttade. Domstolen uttalde emellertid därefter:²⁴¹

”[c]ommon sense would seem to indicate that a few days (or even a few weeks) would be unlikely to suffice because that would be at odds with conducting the administration of one’s interests in a place ‘on a regular basis’.”

4.2.7 Deutsche Nickel AG

I fallet *Deutsche Nickel*²⁴² drabbades år 2004 det tyskregistrerade aktiebolaget Deutsche Nickel AG, som tillverkade nickelprodukter, av allvarliga ekonomiska problem. Detta berodde på en väsentligt minskad efterfrågan på nya euromynt, eftersom införandet av euron vid denna tidpunkt hade slutförts. Den efterföljande överkapaciteten på marknaden ledde till ett häftigt priskrig. Aktieägarna till Deutsche Nickel AG försökte rekonstruera bolaget i enlighet med tysk rätt²⁴³, men detta misslyckades p.g.a. att rekonstruktionen inte tillstyrktes av ett tillräckligt stort antal borgenärer. Enligt den tyska lagen krävs att 95 % av borgenärerna samtycker till

²³⁸ McCormack, G., a.a. s.192

²³⁹ Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.262

²⁴⁰ *Official Receiver v Eichler*, High Court of Justice; [2007] BPIR 1636

²⁴¹ Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.262

²⁴² *Deutsche Nickel*, meddelat den 29 april 2005, High Court London, 2771/2005

²⁴³ Schuldverschreibungsgesetz (Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899)

rekonstruktionen. Detta kan jämföras med engelsk insolvensrätt²⁴⁴, som enbart kräver samtycke av 75 % av borgenärerna för att en rekonstruktion genom ett s.k. ”Company Voluntary Arrangement”²⁴⁵ ska kunna genomföras.²⁴⁶

Mot bakgrund av det lägre majoritetskravet i engelsk rätt jämfört med i tysk rätt valde aktieägarna i Deutsche Nickel AG att överföra bolaget till engelsk jurisdiktion för att där kunna nå en uppgörelse om rekonstruktion med en erforderlig majoritet av borgenärerna. Bolaget använde sig av tysk rätt för att överföra det tyska bolagets tillgångar och skulder på ett nybildat engelskt bolag (DNick Ltd). Överföringen skedde i följande steg:²⁴⁷

- I. Först såldes alla aktier i Deutsche Nickel AG till DNick Ltd.
- II. Därefter transformerades Deutsche Nickel AG i enlighet med tysk rätt (lagen *Umwandlungsgesetz*) till ett kommanditbolag (*Kommanditgesellschaft*).
- III. DNick Ltd inträdde som komplementär i det nybildade kommanditbolaget och ett annat engelskt bolag (EU Coin Ltd) inträdde som kommanditdelägare.
- IV. Därefter drog sig EU Coin Ltd ur kommanditbolaget, varpå alla tillgångar och skulder som tillhört aktiebolaget Deutsche Nickel AG övergick till det engelska aktiebolaget DNick Ltd. Detta följer av artikel 738(1) BGB, som föreskriver en princip avseende ”Anwachsung” för det fall någon av delägarna drar sig ur kommanditbolaget.²⁴⁸

När dessa steg hade genomförts lämnade DNick Ltd år 2005 in en ansökan till engelsk domstol om inledande av ett engelskt huvudförfarande. Domstolen biföll ansökan. Bolagets huvudsakliga

²⁴⁴ Artikel 19.1(1) i The Insolvency Rules 1986 (as amended) (SI 1986/1925)

²⁴⁵ Ett Company Voluntary Arrangement är en form av ackorsuppgörelse. Arrangemanget regleras i ”Part 1” (artiklarna 1 till 7B) i ”The Insolvency Act 1986 (as amended)”

²⁴⁶ Ringe, W.-G., a.a. s.586 f

²⁴⁷ Ringe, W.-G., a.a. s.586 f; McCormack, G., a.a. s.192; DNick Holding Plc, *Annual Report 2005* s.37 samt appendix C

²⁴⁸ För en närmare redogörelse över principen om ”Anwachsung” rekommenderas Früchtel, B., *Die Anwachsung gem. § 738 I 1 BGB – Unbeachteter Eckpfeiler und gestaltbares Instrument des Personengesellschaftsrechts*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (10) 2007 s.368

intressen ansågs således ha överförts till engelsk jurisdiktion. Det uppkom aldrig några tvivel eller diskussioner om att de huvudsakliga intressena var belägna i England.²⁴⁹

När insolvensförfarandet hade inletts beslutade 75 % av borgenärerna på en bolagsstämma att genomföra en Company Voluntary Arrangement med DNick Ltd. Därmed kunde rekonstruktionen av bolaget påbörjas.²⁵⁰ Det ska påpekas att majoriteten av borgenärerna hade stött transformeringen av bolaget till ett engelskt bolag från första början, vilket är en viktig förklaring till att transformeringen kunde genomföras framgångsrikt.²⁵¹

4.2.8 Avslutande kommentar

Samtliga fall i avsnitt 4.2 rör beslut av engelska domstolar. Att så är fallet är inte någon tillfällighet, utan speglar den bild som tecknades i avsnitt 4.2.3 att engelsk insolvensrätt utövar en stark attraktionskraft på kontinentala bolag, vilka uppfattar engelsk rätt som mer flexibel och mindre byråkratisk än sina kontinentala motsvarigheter. En slutsats härav är att det i princip enbart är engelska domstolar som ställs inför den juridiska problematik som uppkommer vid flytt av faktiskt säte strax innan insolvens. Som framgår i avsnitt 6.3.2 (fallet *Hans Brochier*) misslyckas dock flytt av säte stundom, vilket får till följd att även kontinentala domstolar i viss mån ställs inför problematiken i fråga.

I samtliga de fall som har behandlats i avsnitt 4.2 har engelsk domstol kommit till slutsatsen att gäldenärerna har sina huvudsakliga intressen i England. Domstolarna har nått denna slutsats trots att flytten av de huvudsakliga intressena i flera fall (t.ex. i *Shierson v Vlieland-Boddy*) kan antas ha skett i syfte att undkomma en annan stats jurisdiktion.²⁵²

²⁴⁹ McCormack, G., a.a. s.192

²⁵⁰ Ringe, W.-G., a.a. s.587

²⁵¹ Ringe, W.-G., a.a. s.586 f och s.603; DNick Holding Plc, *Annual Report 2005* s.37 samt appendix C

²⁵² Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.263

5. C-341/04 EUROFOOD

5.1 Bakgrund samt de italienska och irländska domstolarnas bedömningar

Den praxis och doktrin som har redovisats i avsnitt 4 manifesterar tydligt att insolvensförordningen var i behov av förtydliganden med avseende på innebörden av rekvisitet huvudsakliga intressen och sätespresumtionen. I fallet *Eurofood* fick EU-domstolen möjlighet att klargöra vad som gäller på området.²⁵³ Närmast följer en redogörelse över omständigheterna i *Eurofood* och de nationella italienska och irländska domstolarnas beslut.

Den italienbaserade Parmalatkoncernen, som bedrev verksamhet i cirka trettio länder, kollapsade till följd av en djup finansiell kris i slutet av år 2003. Efter att moderbolaget Parmalat SpA hade lämnat in en konkursansökan till den lokala domstolen i Parma började även ansökningar om inledande av insolvensförfaranden avseende dotterbolagen att inlämnas i olika länder. Ett av dessa dotterbolag var det på Irland registrerade Eurofood IFSC Ltd (fortsättningsvis benämnt Eurofood), som var helägt av Parmalat SpA. Eurofood var ett finansieringsbolag och dess primära syfte var att tillhandahålla finansieringstjänster till koncernens venezuelanska och brasilianska dotterbolag genom de gynnsamma skatteregler som gällde för bolag belägna i Dublins hamn. Eurofood hade inte några egna affärslokaler utan dess registrerade säte var en advokatbyrå i Dublin (vars huvudkontor var beläget i "the International Finance Services Centre" i Dublin). Eurofood hade inte några egna anställda, utan den dagliga förvaltningen av bolaget sköttes enligt avtal av Bank of America på Irland, som även var Eurofoods största borgenär. Eurofood löd under irländska bokföringsregler och dess bokföring sköttes i Dublin. Bolaget hade ursprungligen fyra styrelseledamöter, två irländska och två italienska, men de två italienska styrelseledamöterna hade båda avgått den 20 januari 2004.²⁵⁴

För Eurofoods del inlämnades ansökningar om inledande av insolvensförfarande i två medlemsstater: en ansökan inlämnades till The Dublin High Court den 27 januari 2004 och en ansökan inlämnades till Tribunale civile e penale di Parma den 9 februari 2004. Eurofood var

²⁵³ Bufford, S. L., a.a. s.403

²⁵⁴ Bufford, S. L., a.a. s.362-364; McCormack, G., a.a. s.188; Berends, A. J., a.a. s.331; Franken, S. M., a.a. s. 252; Wautelet, P., a.a. s.7 f; Bachner, T., a.a. s.312; Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.246; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.141 f

insolvent p.g.a. att Parmalat SpA på grund av sin ekonomiska situation saknade möjlighet att infria sitt ställda borgensåtagande avseende Eurofoods skulder. Den 19 februari 2004 beslutade Tribunale civile e penale di Parma att inleda ett huvudförfarande (*Eurofood – Tribunale di Parma*)²⁵⁵. Domstolen ansåg således att Eurofoods huvudsakliga intressena var belägna i Italien. Som grund härför anfördes följande. Eurofoods administrativa huvudkontor var beläget i Italien och den faktiska ledningen av Eurofood sköttes från Parma. Domstolen ansåg vidare att bolagets exekutiva förvaltare var de två italienska styrelseledamöterna, medan de två irländska styrelseledamöterna var icke-exekutiva förvaltare. Dessutom var Eurofoods ekonomiska syfte helt knutet till Parmalatkoncernen, som var baserad i Parma. Eurofood var att anse som ett ”tomt skal”²⁵⁶ vars enda tillgång var det borgensåtagande avseende bolagets skulder som moderbolaget Parmalat SpA hade ställt. Vidare genomfördes moderbolaget Parmalat SpA:s insolvensförfarande i Italien. Som ytterligare skäl anfördes att Eurofood inte hade några anställda på Irland. Med avseende på den nödvändiga fastställbarheten för borgenärerna menade domstolen att borgenärerna hade investerat i Eurofood p.g.a. att de visste att Parmalat SpA hade gått i borgen för Eurofoods skulder.²⁵⁷

Den italienska domstolens bedömning delades inte av The Dublin High Court, som den 23 mars 2004 beslutade att inte erkänna den italienska domstolens beslut²⁵⁸ samt att inleda ett huvudförfarande avseende Eurofood (*Eurofood – The Dublin High Court*)²⁵⁹. Enligt domstolen var Eurofoods huvudsakliga intressen således belägna på Irland. Till stöd härför anfördes

²⁵⁵ *Eurofood – Tribunale di Parma*, Tribunale civile e penale di Parma, meddelat den 19 februari 2004, [2004] ILPr14, 53/04

²⁵⁶ Domstolen uttalade (i engelsk översättning) att Eurofood var: ”[S]imply a conduit for the financial policy of Parmalat SpA [...] with the exclusive aim of facilitating flows of money with the group with a view to an undisputed tax advantage [...] but as its exclusive point of reference the interests of the parent company of which it can be considered purely a financial division.” (Bufford, S. L., .a.a. s.368)

²⁵⁷ Bufford, S. L., .a.a. s.365-371; Berends, A. J., a.a. s.331 f; Franken, S. M., a.a. s.252 f; Bachner, T., a.a. s.312 f; Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.246-249; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.141 f

²⁵⁸ The Dublin High Court ansåg att det irländska insolvensförfarandet hade påbörjats redan den 27 januari 2004, eftersom den irländska domstolen då hade tillsatt en konkursförvaltare. Därmed hade övriga medlemsstater, däribland Italien, varit tvungna att erkänna förfarandet enligt artikel 16.1 IF. Domstolen i Parma hade således saknat behörighet att den 19 februari 2004 inleda ett huvudförfarande avseende Eurofood. Utöver det nu anförda hänvisade The Dublin High Court även till ordre public-undantaget (artikel 26 IF) som stöd för att den italienska domstolens beslut inte behövde erkännas. Skälet härtill var bl.a. att borgenärerna inte ansågs ha fått framlägga bevisning i tillräcklig mån inför den italienska domstolen. (Bufford, S. L., .a.a. s.370; Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.248 f)

²⁵⁹ *Eurofood – The Dublin High Court*, Dublin High Court, meddelat den 23 mars 2004, No 33, [2004] BCC 383

följande. Domstolen hänvisade till sätespresumtionen och det faktum att Eurofoods registrerade säte var beläget på Irland. Även synbarhetskriteriet pekade mot att irländska domstolar var behöriga att inleda ett huvudförfarande. Domstolen hänvisade till att det i *Daisytek-ISA Ltd* hade uttalats att borgenärerna är den viktigaste gruppen av tredje män och konstaterade därefter att Eurofoods borgenärer hade uppgivit sig vara av uppfattningen att bolagets huvudsakliga intressen var belägna på Irland. Borgenärerna ansågs ha fått såväl juridisk som ekonomisk rådgivning som pekade i riktning mot att Eurofood var ett irländskt bolag underställt irländsk lagstiftning; det fanns inte någonting som från borgenärernas perspektiv tydde på att bolaget styrdes från Italien. Domstolen menade att den italienska domstolen hade förbisett detta faktum.²⁶⁰

Den konkursförvaltare som den irländska domstolen hade utsett överklagade den italienska domstolens beslut. Den italienska appellationsdomstolen, Tribunale Amministrativo Regionale, avslög dock överklagan genom beslut av den 16 juli 2004 (*Eurofood – Tribunale Amministrativo Regionale*)²⁶¹. Domstolen kom fram till att det insolvensförfarande som hade inletts först var förfarandet vid domstolen i Parma. Det hade därmed inte någon betydelse att den irländska domstolen efter den tidpunkten hade kommit fram till att de huvudsakliga intressena låg på Irland. För övrigt ansåg den italienska appellationsdomstolen att Eurofoods huvudsakliga intressen var belägna i Italien.²⁶²

Den konkursförvaltare som domstolen i Parma hade utsett överklagade den irländska domstolens beslut till The Irish Supreme Court. Konkursförvaltaren anförde fem argument för att Eurofoods huvudsakliga intressen inte låg på Irland:²⁶³

1. Eurofood var ett helägt dotterbolag till Parmalat SpA,
2. Hela syftet med Eurofood var att bolaget skulle tillhandahålla finansieringstjänster till bolag i Parmalatkoncernen,

²⁶⁰ Bufford, S. L., .a.a. s.365-371; Berends, A. J., a.a. s.331 f; Franken, S. M., a.a. s.252 f; Bachner, T., a.a. s.312 f; Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.246-249; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.141 f

²⁶¹ *Eurofood – Tribunale Amministrativo Regionale*, Tribunale Amministrativo Regionale, meddelat den 16 juni 2004

²⁶² Bufford, S. L., .a.a. s.379

²⁶³ Bufford, S. L., .a.a. s.374 f; Bachner, T., a.a. s.313

3. Riktlinjerna för Eurofood beslutades vid Parmalats huvudkontor i Italien av styrelseledamöter på Parmalat; Eurofood utövade inte något självständigt beslutsfattande,
4. Eurofood hade inte några anställda på Irland samt
5. Moderbolaget Parmalat SpA hade gått i borgen för Eurofoods skulder.

The Irish Supreme Court avgav ett yttrande i frågan den 27 juli 2004 (*Eurofood – The Irish Supreme Court*)²⁶⁴. Domstolen fann att den enda faktiska omständighet som var omstridd var huruvida flertalet av styrelsesammanträdena hade hållits i Dublin eller inte. Domstolen ansåg att det förelåg överväldigande bevisning för att styrelsesammanträdena regelbundet hade hållits i Dublin, även om de italienska styrelseledamöterna ibland hade deltagit via telefon. Vidare ansåg domstolen att det saknades grund i såväl lagstiftning som bolagsordning för att, såsom domstolen i Parma, indela styrelseledamöterna i två grupper (exekutiva och icke-exekutiva). Beträffande lokaliseringen av de huvudsakliga intressena ansåg domstolen att det förelåg mycket stark bevisning för att Eurofoods huvudsakliga intressen hela tiden hade varit belägna på Irland. Domstolen hänvisade härvidlag till Ingresspunkt 13 IF. Vad gäller skrivningen ”platsen där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen” fann domstolen att det förelåg överväldigande bevisning för att all förvaltning av Eurofoods intressen skedde på Irland. Även synbarhetskriteriet ansågs uppfyllt med hänvisning till att det var tydligt att borgenärerna inte ansåg sig ha gjort affärer med ett bolag vars huvudsakliga intressen var belägna i Italien. The Irish Supreme Court valde att inte fatta något beslut avseende lokaliseringen av de huvudsakliga intressena, utan hänvände sig i stället till EU-domstolen med en begäran om ett förhandsavgörande i frågan.²⁶⁵

5.2 Generaladvokatens förslag till avgörande

I sitt förslag till avgörande²⁶⁶ i målet *Eurofood* synes generaladvokat Jacobs acceptera en vid tidpunkten etablerad praxis på området, nämligen att avgörande vikt ska läggas vid var huvudkontorets uppgifter utförs.²⁶⁷

²⁶⁴ *Eurofood – The Irish Supreme Court*, Irish Supreme Court, (yttrande, ej beslut) meddelat den 27 juli 2004; [2004], IESC 45, BCC 999

²⁶⁵ Bufford, S. L., a.a. s.371-377; Franken, S. M., a.a. s.253; Diedrichsen, A., & Kömpf, N., a.a. s.249 f

²⁶⁶ Förslag till avgörande av generaladvokat Francis G. Jacobs i mål C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd* (föredraget den 27 september 2005)

111. [...] man för att kunna styrka att platsen för de huvudsakliga intressena finns någon annanstans än i den stat där bolaget har sitt säte, också måste styrka att de uppgifter som vanligtvis handhas av ett huvudkontor utförs någon annanstans. Därvid bör man fokusera på *de uppgifter som ett huvudkontor utför snarare än enbart på var huvudkontoret är lokaliserat, eftersom ett huvudkontor blir lika betydelselöst som ett säte om de uppgifter som tillkommer ett huvudkontor inte utförs där*. Vid gränsöverskridande handel väljs sätet ofta av skatte- och lagstiftningsskäl och saknar därmed verkligt samband med den plats där uppgifter som ankommer på ett huvudkontor i själva verket utförs. Detta gäller i synnerhet för företagskoncerner där de uppgifter som ankommer på ett huvudkontor, för dotterbolagets del, ofta utförs där de uppgifter som ankommer på huvudkontoret utförs för koncernens moderbolag. (författarens kursivering)

112. Jag finner att dessa påståenden är rimliga och övertygande. [...]

Generaladvokaten synes således närmast stödja den tolkning av sätespresumtionen som nationella domstolar i stor utsträckning hade valt med början i fallen *Enron Directo SL* och *Daisytek-ISA Ltd* (se avsnitt 4.1.2). I dessa fall lades, vid brytande av sätespresumtionen, avgörande vikt vid i vilken stat bolagets huvudkontorsfunktioner utfördes oavsett att bolaget var registrerat och bedrev sin dagliga handel i en annan stat. Som framgår av nästföljande avsnitt torde dock denna praxis ha avfärdats av EU-domstolen. Av EU-domstolens uttalanden i *Eurofood* synes nämligen framgå att sätespresumtionen inte kan brytas om bolaget utför sin verksamhet i den stat där det registrerade sätet är beläget.²⁶⁸

5.3 EU-domstolens förhandsavgörande

Fallet *Eurofood* lades fram för EU-domstolen den 12 juni 2005. Åtta medlemsstater²⁶⁹, däribland Irland och Italien, samt EU-kommissionen hade lämnat in skriftliga yttranden och fem av dessa stater, däribland Irland och Italien, deltog även vid den muntliga framställningen.²⁷⁰

I sin begäran om förhandsavgörande ställde den irländska högsta domstolen fyra frågor till EU-domstolen. I EU-domstolens avgörande *C-341/04 Eurofood*²⁷¹ av den 2 maj 2006 är det den fjärde av dessa frågor som är relevant för denna uppsats vidkommande:²⁷²

När

- a) moderbolagets och dotterbolagets säten²⁷³ är belägna i två olika medlemsstater,

²⁶⁷ Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.256 f

²⁶⁸ McCormack, G., a.a. s.189; Berends, A. J., a.a. s.346 och s.347 f; Haravon, M., & Moss (Q.C.), G., a.a. s.22; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.256 f

²⁶⁹ Sverige var inte en av dessa medlemsstater.

²⁷⁰ Generaladvokatens förslag till avgörande i *Eurofood* punkt 45; Bufford, S. L., .a.a. s.378

²⁷¹ C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd*, avkunnad den 2 maj 2006

²⁷² *Eurofood* punkt 24; Bufford, S. L., .a.a. s.377 f

- b) dotterbolaget vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som är fastställbart för tredje man och dessutom kontinuerligt och helt i överensstämmelse med dess egen företagsidentitet i den medlemsstat där den har sitt säte, och
- c) moderbolaget intar en ställning som, på grund av sitt aktieinnehav och sin befogenhet att utse företagsledningen, gör att det kan utöva och faktiskt också utövar kontroll över verksamheten vid dotterbolaget,

vad är då avgörande för att bestämma 'platsen där de huvudsakliga intressena finns' – är det omständigheterna under b ovan eller tvärtom omständigheterna under c?

EU-domstolen inledde med att uttala följande:

27 Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i hur avvägningen skall göras mellan å ena sidan den omständigheten att dotterbolaget vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som är fastställbart för tredje man och i överensstämmelse med sin ställning som fristående bolag i den medlemsstat där den har sitt säte och å andra sidan den omständigheten att moderbolaget intar en ställning som, på grund av dess aktieinnehav och befogenhet att utse företagsledningen, gör att det kan utöva kontroll över dotterbolagets verksamhet.

Den fjärde frågan är således huruvida sätespresumtionen kan motbevisas av att moderbolaget är lokaliserat i en annan stat och beslutar riktlinjerna för dotterbolaget.²⁷⁴ Efter detta konstaterande övergick EU-domstolen till att tolka artikel 3.1 IF. Därvid uttalades följande av intresse:²⁷⁵

29 I artikel 3.1 i förordningen anges att för bolag skall sätet anses vara platsen där de huvudsakliga intressena finns, om inte annat visas.

30 Av detta följer att varje gäldenär som är en fristående juridisk person har sin specifika behöriga domstol enligt det system för att fastställa behörigheten för medlemsstaternas domstolar som införts genom förordningen.

31 Begreppet "platsen där de huvudsakliga intressena finns" är specifik för förordningen. Det har därför en självständig innebörd och skall tolkas enhetligt och oberoende av nationell lagstiftning.

32 Begreppets räckvidd belyses i skäl 13 i förordningen, där det anges att "[b]egreppet platsen där de huvudsakliga intressena finns bör motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man".

33 Det framgår av denna definition att platsen där de huvudsakliga intressena finns skall bestämmas utifrån *kriterier som är både objektiva och fastställbara för tredje man*. Denna objektivitet och denna fastställbarhet för tredje man är nödvändiga för att garantera *rättssäkerheten* och *förutsebarheten* när det bestäms vilken domstol som är behörig att handlägga ett huvudförfarande. Rättssäkerheten och förutsebarheten är desto viktigare i detta sammanhang då jurisdiktionsfrågan enligt artikel 4.1 även styr lagvalet. [författarens kursivering]

34 Av detta följer att när det skall fastställas var platsen där ett gäldenärsbolags huvudsakliga intressen finns, går det *bara* att avvika från den grundläggande presumtionen till förmån för bolagets säte som gemenskapslagstiftaren föreskrivit om det framgår av *omständigheter som är objektiva och*

²⁷³ Säte bör läsas som "registrerat säte", se avsnitt 3.3.2.

²⁷⁴ Bufford, S. L., .a.a. s.385

²⁷⁵ Bufford, S. L., .a.a. s.381; Eidenmüller, H., a.a i *European Company and Financial Law Review* s.4 f

fastställbara för tredje man att det föreligger en annan faktisk situation än den som platsen för sätet antas återspegla. [författarens kursivering]

35 Så skulle bland annat kunna vara fallet med ett ”brevlådeföretag” som inte bedriver någon verksamhet i den medlemsstat där bolagets säte är beläget.

36 När ett bolag däremot bedriver verksamhet i den medlemsstat där sätet är beläget, är den omständigheten att dess ekonomiska val kontrolleras eller kan kontrolleras av ett moderbolag i en annan medlemsstat inte i sig tillräckligt för att presumtionen i förordningen skall kullkastas.

37 Den fjärde frågan skall därför besvaras så, att när en gäldenär är ett dotterbolag vars säte och vars moderbolags säte finns i två olika medlemsstater kan presumtionen i artikel 3.1 andra meningen i förordningen – att den medlemsstat där sätet är beläget skall anses vara platsen där de huvudsakliga intressena finns – endast motbevisas om det framgår av omständigheter som är objektiva och fastställbara av tredje man att det föreligger en annan faktisk situation än den som platsen för sätet antas återspegla. Så skulle bland annat kunna vara fallet då ett bolag inte bedriver någon verksamhet i den medlemsstat där dess säte är beläget. När ett bolag däremot bedriver verksamhet i en medlemsstat där sätet är beläget, är den omständigheten att dess ekonomiska val kontrolleras eller kan kontrolleras av ett moderbolag i en annan medlemsstat inte i sig tillräcklig för att presumtionen i förordningen skall kullkastas.

Följderna av EU-domstolens förhandsavgörande är tydliga. Enligt sätespresumtionen var Eurofoods huvudsakliga intressen belägna på Irland, eftersom bolaget hade sitt formella (registrerade) säte där. Sätespresumtionen kunde inte brytas, eftersom synbarhetskriteriet talade för att de huvudsakliga intressena låg inom irländsk jurisdiktion. Mer specifikt ansåg Eurofoods större borgenärer att de huvudsakliga intressena låg på Irland. EU-domstolen delade således de irländska domstolarnas uppfattning att Eurofoods huvudsakliga intressen var belägna på Irland. De italienska domstolarna hade mot bakgrund av EU-domstolens uttalanden gjort en felaktig tillämpning av insolvensförordningen när de fastslagit att de huvudsakliga intressena låg i Italien på grund av att de större ekonomiska besluten avseende Eurofood fattades där. Detta faktum var med andra ord inte tillräckligt för att motbevisa sätespresumtionen.²⁷⁶ Efter att EU-domstolen hade avkunnat sitt förhandsavgörande beslutade Irlands högsta domstol att den italienske konkursförvaltarens överklagan av beslutet av The Dublin High Court skulle avslås.²⁷⁷

5.3.1 Kommentarer till EU-domstolens uttalanden

5.3.1.1 Kravet på för tredje man objektiva och fastställbara omständigheter

Eurofood innebär att det blir svårare att på ett enkelt sätt flytta de huvudsakliga intressena inom en koncern samt att argumentera för inledandet av ett enda huvudförfarande för hela koncernen i

²⁷⁶ Bufford, S. L., a.a. s.385; Wautelet, P., a.a. s.8

²⁷⁷ Bufford, S. L., a.a. s.391

den medlemsstat där moderbolaget har sina huvudsakliga intressen. Detta beror på att EU-domstolen betonar vikten av sätespresumtionen och att denna enbart kan frångås med hänvisning till för tredje man ”objektiva och fastställbara” omständigheter (punkt 34 *Eurofood*). En sådan objektiv standard ligger väl i linje med insolvensförordningens syften. Standarden är att föredra ur borgenärssynpunkt, eftersom den skapar bästa möjliga borgenärsskydd. Ett test som utgår från en objektiv tredje man skapar inte enbart rättssäkerhet, utan gör fastställandet av behörig jurisdiktion och tillämplig lagstiftning transparent och förutsebart för alla utomstående. Fastän EU-domstolen således klargör att begreppet huvudsakliga intressen är byggt på faktorer som är både objektiva och fastställbara utvecklar EU-domstolen inte närmare dessa faktorerers respektive relevans. EU-domstolen illustrerar enbart sitt resonemang med två ytterlighetssituationer (angivna i punkterna 35 och 36 *Eurofood*). I punkt 35 hänvisas till ett ”brevlådeföretag” som inte bedriver någon verksamhet i den medlemsstat där bolagets registrerade säte är beläget. Uttalandet i punkt 35 skulle kunna tolkas som att EU-domstolen vill göra det mycket svårt att motbevisa sätespresumtionen i de fall ett brevlådeföretag bedriver någon form av verksamhet i den stat där dess registrerade säte ligger. Uttalandet innebär även att den praxis som nationella domstolar fastställt avseende sådana bolag (se avsnitt 4.1.5) godtagits av EU-domstolen. I punkt 36 kontrasteras punkt 35 med den situationen att ett bolag bedriver verksamhet i den medlemsstat där dess registrerade säte är beläget. EU-domstolen anger dock inte hur stor del av affärsverksamheten som måste utföras i medlemsstaten i fråga för att sätespresumtionen ska kullkastas. Om vad som avses är all eller nästan all verksamhet i ett bolag erbjuder *Eurofood* föga ledning för det otal situationer som ligger mellan de två ytterlighetssituationerna. *Eurofood* ger således inte någon uttrycklig vägledning angående huruvida presumtionen är bruten i det fall bolaget bedriver viss verksamhet i den stat där det är registrerat, men utför sina huvudsakliga ekonomiska aktiviteter i en annan stat. För det fall dotterbolaget utför hela sin verksamhet i den stat vari det är registrerat torde dock sätespresumtionen endast kunna brytas i exceptionella fall.²⁷⁸

Av punkt 36 framgår att det faktum att bolagets ekonomiska val kontrolleras eller kan kontrolleras av ett moderbolag i en annan medlemsstat inte i sig är tillräckligt för att

²⁷⁸ Bufford, S. L., .a.a. s.382; Bachner, T., a.a. s.315; Berends, A. J., a.a. s.347 f; Wautelet, P., a.a. s.12; McCormack, G., a.a. s.188; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.101 f och s.143

sätespresumtionen ska brytas. Moderbolagets kontroll måste således kombineras med andra faktorer för att sätespresumtionen ska kunna brytas. Dessa faktorer måste vara objektiva och fastställbara för tredje man. Faktorer som kan vara aktuella härvidlag är att dotterbolagets tillgångar eller huvudkontor finns i en annan stat, eftersom dessa faktorer till och med torde vara lättare att fastställa för tredje man än var bolagets ekonomiska val kan kontrolleras eller kontrolleras.²⁷⁹ Andra objektiva faktorer av avgörande vikt är platsen för kundrelationer, anställda, bokföring och bankkonton. Platsen där gäldenärsbolagets tillgångar huvudsakligen är belägna kan också vara avgörande.²⁸⁰

I doktrinen har även uttryckts den uppfattningen att *Eurofood* gav ett tydligt svar på frågan vilken typ av bevisning som krävs för att det ska finnas möjlighet att motbevisa sätespresumtionen. Bufford är av denna åsikt och hänvisar till att bevisningen enligt EU-domstolen ska bestå i objektiva och fastställbara faktorer. Detta förtydligas sedan genom punkterna 35 och 36 i avgörandet.²⁸¹

5.3.1.2 Praxis avseende huvudkontorsfunktionerna avfärdad

Eurofood ger uttryck för att de huvudsakliga intressena ska fastställas för varje koncernbolag för sig (punkterna 30 och 36 *Eurofood*). EU-domstolens uttalanden bör ses som en varning till nationella domstolar mot att hänvisa till koncernfaktorn som en avgörande omständighet vid lokalisering av ett bolags huvudsakliga intressen.²⁸² Av punkt 36 i *Eurofood* framgår att sätespresumtionen inte bryts beträffande ett insolvent dotterbolag enbart på grund av den anledningen att dess ekonomiska val kontrolleras eller kan kontrolleras av ett moderbolag i en annan medlemsstat. Detta innebär att den rikhaltiga praxisen avseende lokaliseringen av huvudkontorsfunktionerna såsom avgörande omständighet vid brytande av sätespresumtionen (*Enron Directo SL, Daisytek-ISA Ltd* m.fl.) har förkastats av EU-domstolen.²⁸³ Domstolen har i

²⁷⁹ Ringe, W.-G., a.a. s.589; Eidenmüller, H., a.a. i *European Company and Financial Law Review* s.5; Berends, A. J., a.a. s.347 f och s.361; Armour, J., a.a. s.506; Mellqvist, M., & Persson, A. H, a.a. s.85; Bufford, S. L., .a.a. s.382; Wautelet, P., a.a. s.21

²⁸⁰ Pannen, K. (Ed.), a.a. s.101

²⁸¹ Bufford, S. L., a.a. s.385

²⁸² Wautelet, P., a.a. s.14; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.258

²⁸³ Om förhållandena i det enskilda fallet dock skulle vara sådana att det för tredje man är fastställbart att ett insolvent dotterbolags ekonomiska aktiviteter sköts av moderbolaget, kan dotterbolagets huvudsakliga intressen bedömas vara lokaliserade på den plats där moderbolaget har sitt registrerade säte. I många koncerner utförs just huvudkontorsfunktionerna avseende hela koncernen från en enda plats. En tillämpning av insolvensförordningen mot bakgrund av i *Eurofood* skulle därför ofta kunna leda till att alla koncernbolag befins ha sina huvudsakliga intressen på en och samma plats. (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.109; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.258)

stället valt att betona vikten av förutsebarhet. Detta ställningstagande kan ses som en bekräftelse på den ståndpunkt som EU-domstolen intog i fallet *Staubitz-Schreiber* där behovet av att skapa rättssäkerhet för borgenärerna spelade en viktig roll för utgången av avgörandet.²⁸⁴

I doktrinen har dock även anförts den uppfattningen att EU-domstolens uttalande i punkt 34 ”att det föreligger en annan faktisk situation än den som platsen för sätet antas återspegla” kan vara en förtäckt hänvisning till den i mycken nationell praxis och av generaladvokaten förordade tolkningen att platsen där huvudkontorsuppgifterna utförs är avgörande vid brytande av sätespresumtionen. I punkt 75 i Virgós/Schmit-rapporten uttalas att de huvudsakliga intressena normalt finns på platsen för bolagets huvudkontor. EU-domstolens uttalande i punkt 34 kan tolkas som att lokaliseringen av det registrerade sätet normalt presumeras reflektera lokaliseringen av huvudkontoret, men att det av objektiva och fastställbara kriterier för tredje man kan framgå att det föreligger en situation som är sådan att huvudkontoret (eller snarare huvudkontorsfunktionerna) inte är lokaliserat på samma plats som det registrerade sätet.²⁸⁵

5.3.1.3 Uttalande i *Ci4net.com Inc* avfärdat

I *Ci4net.com Inc* slog engelsk domstol fast att det inte föreligger någon presumtion för att de huvudsakliga intressena är belägna i den stat där bolagets registrerad säte finns (se avsnitt 4.1.2.4). Det registrerade sätets lokalisering är enbart en av flera omständigheter som ligger till grund för bedömningen var de huvudsakliga intressena är belägna. Denna tolkning av sätespresumtionen går dock helt emot EU-domstolens uttalanden i *Eurofood*, där det tydligt fastställs att det föreligger en presumtion för sätet.²⁸⁶

I sammanhanget ska även nämnas att Mevorach²⁸⁷ menar att EU-domstolens betoning av sätespresumtionen i *Eurofood* har mjukats upp något av EU-domstolens avgörande C-73/06 *Planzer Luxemburg Sarl*²⁸⁸. Fallet rörde bl.a. tolkning av begreppet ”sätet för sin ekonomiska verksamhet” i artikel 1.1 i trettonde mervärdesskattedirektivet (*Planzer Luxemburg Sarl* punkt 51). EU-domstolen uttalade följande (punkterna 61-63):²⁸⁹

För att avgöra var sätet för ett bolags ekonomiska verksamhet är beläget måste en mängd faktorer beaktas. I första hand avses här faktorer som det stadgeenliga sätet, orten för den centrala förvaltningen, den ort på vilken bolagsledningen sammanträder, och den ort, vanligtvis densamma, där bolagets allmänna policy beslutas. Andra faktorer, såsom bosättningsorten för företagsledarna, orten där bolagsstämman hålls, där administrativa handlingar och bokföringshandlingar förvaras och där

²⁸⁴ Bariatti, S., a.a. s.649 f; McCormack, G., a.a. s.188 f; Armour, J., a.a. s.506; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.101, s.109, s.113 f, s.143 och s.150 f; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.48; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.258

²⁸⁵ Haravon, M., & Moss (Q.C.), G., a.a. s.22

²⁸⁶ Doyle, L., *Commercial & Chancery: Brook of Rules*, The Lawyer 38, 21 september 2009

²⁸⁷ Docent, School of Law, University of Nottingham, PhD (UCL), LLM (Tel-Aviv University), LLB (Magna cum Laude, Tel-Aviv University)

²⁸⁸ C-73/06 *Planzer Luxemburg Sarl*, avkunnad den 28 juni 2007

²⁸⁹ Mevorach, I., *The 'Home Country' of a Multinational Enterprise Group Facing Insolvency*, International & Comparative Law Quarterly (Vol 57), April 2008, s.444 fotnot 71

merparten av företagets finansiella transaktioner, bland annat bankförbindelser, sköts, kan också beaktas. (*Planzer Luxembourg Sarl* punkt 61)

Följaktligen kan en sådan fiktiv etablering som utgör ett kännetecken för brevlådeföretag inte betecknas som säte för den ekonomiska verksamheten, i den mening som avses i artikel 1.1 i trettonde direktivet. (*Planzer Luxembourg Sarl* punkt 62)

Av det ovan anförda följer att den andra frågan skall besvaras så, att artikel 1.1 i trettonde direktivet skall tolkas så, att sätet för ett bolags ekonomiska verksamhet är den ort där bolaget har sin centrala förvaltning och de väsentliga besluten avseende ledningen av bolaget fattas. (*Planzer Luxembourg Sarl* punkt 63)

Mevorach påpekar att EU-domstolen uttalade att de primära faktorerna vid fastställande av sätet för bolagets ekonomiska verksamhet är det registrerade sätet ("det stadgeenliga sätet"), men även andra faktorer, såsom orten för den centrala förvaltningen. Det måste dock påpekas att *Planzer Luxembourg Sarl* inte handlade om koncernproblematiken, utan i huvudsak rörde skatterätt.²⁹⁰

5.3.1.4 Avslutande kommentar

Av det ovan anförda framgår att man i doktrinen inte är helt enig på vissa punkter avseende innebörden av *Eurofood*. Beaktansvärt är att vissa kommentatorer anser att det råder fortsatt oklarhet kring innebörden av rekvisitet huvudsakliga intressen och vad som krävs för att motbevisa sätespresumtionen. Detta innebär att det även efter *Eurofood* kan uppstå rättsosäkerhet både för bolaget och de tredje män som har affärsrelationer med detta bolag.²⁹¹ Andra kommentatorer uttrycker sig i inte fullt lika negativt klingande ordalag, utan framhåller att *Eurofood* är ett steg framåt vad gäller att definiera vad som avses med huvudsakliga intressen. Mellqvist och Persson²⁹² uttalar att EU-domstolens uttalanden i *Eurofood* knappast kan anses vara överraskande mot bakgrund av innebörden av insolvensförordningen och Virgós/Schmit-rapporten. Trots insolvensförordningen och Virgós/Schmit-rapporten har (såsom framgått i avsnitt 4.1.2) viss nationell praxis inneburit ett fjärmande från förordningens utgångspunkter och principiella grundvalar. *Eurofood* kan kanske därför anses ha stort pedagogiskt värde i och med att avgörandet slår fast en i insolvensförordningen i och för sig klar och tydlig principiell utgångspunkt.²⁹³

5.3.2 Närmare om för- och nackdelarna med ett enhetligt koncernförfarande

I punkt 30 i *Eurofood* framgår att en bedömning av var de huvudsakliga intressena är belägna måste göras för varje enskilt koncernbolag. Bolag i samma koncern kan således finnas ha sina

²⁹⁰ Mevorach, I., a.a. i *International & Comparative Law Quarterly* s.444 fotnot 71

²⁹¹ Ringe, W.-G., a.a. s.612 f; Paulus, C., *Die EUInsVo – Wo geht die Reise hin?*, NZI (11) 2008 s.2

²⁹² Professor i civilrätt vid Örebro universitet

²⁹³ Mellqvist, M., & Persson, Annina H., a.a. s.86 f i *Insolvensrättsligt forum 2007*

huvudsakliga intressen i olika stater med följd att olika nationella huvudförfaranden kommer att genomföras. Detta kan synas otillfredsställande, då insolvens i ett koncernbolag ofta skapar en dominoeffekt som leder till att insolvens uppstår även i övriga koncernbolag. Det kan hävdas att en integrerad ekonomisk enhet, såsom en koncern, endast kan rekonstrueras eller likvideras på ett effektivt sätt om insolvensförfarandet genomförs gemensamt för hela koncernen.²⁹⁴ Om det hade varit tillåtet för dotterbolagen att ansöka om insolvensförfaranden i den medlemsstat där moderbolaget har sina huvudsakliga intressen skulle det således bli mycket lättare att utarbeta en gemensam lösning på koncernens ekonomiska problem. Samma domare och juridiska biträden skulle då nämligen handha samtliga huvudförfaranden. Dessutom skulle samtliga huvudförfaranden som utgångspunkt regleras av en enda stats insolvensrätt.²⁹⁵ Om insolvensförfarandena däremot genomförs i ett flertal stater blir det betydligt svårare att finna en koncerngemensam lösning på de ekonomiska problemen. Ett flertal domare och juridiska biträden kommer att vara inblandade. Dessutom kommer ett flertal olika insolvensrättsordningar att tillämpas.²⁹⁶ Det ska påpekas att nationella domstolar bland annat har hänvisat till effektivtetsöverväganden i sina beslut att inleda huvudförfaranden (även fast sådana faktorer i strikt mening är irrelevanta vid lokaliseringen av de huvudsakliga intressena).²⁹⁷ Ett enhetligt koncernförfarande kan även vara mycket gynnsamt för borgenärerna, eftersom ett sådant förfarande ökar värdet av konkursboets tillgångar. Om den ekonomiska enhet som en koncern utgör splittras inför en insolvens bortfaller det mervärde som tillkommer en enhetlig koncern.

²⁹⁴ Bufford menar dock att ett dotterbolag som inte är ekonomiskt integrerat i koncernen skulle kunna genomgå ett separat insolvensförfarande. (Bufford, S. L., .a.a. s.407 fotnot 372)

²⁹⁵ Bufford, S. L., .a.a. s.406-408; Bariatti, S., a.a. s.650; McCormack, G., a.a. s.187; Eidenmüller, H., a.a. i *European Business Organization Law Review* s.428; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.104; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.258

²⁹⁶ Bufford, S. L., .a.a. s.408; McCormack, G., a.a. s.187.

²⁹⁷ I fallet *MG Rover I* (High Court of Justice Chancery Division Birmingham, meddelat den 8 april 2005; 18 april 2005; [2005] BWHC 874 (Ch)) punkt 21 uttalades: "The objective of the administration is to secure a better realization of the assets of the national sales companies than would be achieved by an immediate liquidation. It is to co-ordinate and achieve an orderly winding down of stock levels, an orderly collection of book debts and orderly management of warranty claims. Co-ordination and overall control is likely to achieve more for each national sales company than un-coordinated independent action. It is the view of the prospective joint administrators that stock in an administration may achieve as much as sixty per cent of book value, whereas in liquidation it would achieve only thirty five per cent and that book debts may have to be discounted by sixty per cent in an administration but by ninety per cent in a liquidation." Detta uttalande gjordes dock efter att domstolen hade funnit sig ha behörighet att inleda ett huvudförfarande. I det nedan refererade fallet *Eurotunnel* använde sig fransk domstol av ett liknande resonemang (se avsnitt 6.2.1.). Se även fransk domstols uttalande i *EMTEC* (avsnitt 4.1.2.4). (Haravon, M., & Moss (Q.C.), G., a.a. s.20-23; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.258; jfr Wautelet, P., strax nedan).

Ytterligare ett skäl till att genomföra enhetliga koncernförfaranden är att koncernbolag, av strategiska skäl, vanligen flyttar över vinster och förluster till varandra utan att borgenärerna är medvetna därom. Vid en insolvens kan därför de tillgångar, som borde ha funnits i ett specifikt bolag för att säkerställa kraven från detta bolags borgenärer, vara borta.²⁹⁸

Det kan även anföras starka motargument mot koncernförfaranden. Den tolkning av huvudsakliga intressen som gjordes i *Daisytek-ISA Ltd* lämnar förutsebarheten för tredje män, i synnerhet borgenärerna²⁹⁹, i bakvattnet, vilket går emot en av grundpelarna i insolvensförordningen. När borgenärerna inte med säkerhet kan förutse vilken stats insolvensrätt som kommer att tillämpas är det sannolikt att de kommer att skärpa kreditvillkoren och öka kostnaden för krediter för att kompensera för denna osäkerhet. Vidare är alla koncerner inte strukturerade på samma sätt,³⁰⁰ vilket också kan vara ett skäl att bortse från koncernfaktorn. Dessutom reduceras fördelarna med en centralisering av koncernförfaranden i avsevärd mån av det faktum att borgenärerna i den stat där dotterbolaget har sitt registrerade säte kan få till stånd ett sekundärförfarande³⁰¹. Väckandet av ett sekundärförfarande skulle vara särskilt skadligt om

²⁹⁸ Pannen, K. (Ed.), a.a. s.108

²⁹⁹ Det måste understrykas att borgenärer inte är någon enhetlig grupp. Större borgenärer, såsom kreditinstitut, har givetvis god insyn i koncernens inre struktur. Men ”vanliga” borgenärer, såsom leverantörer och anställda kan ha mycket svårt att fastställa koncernens inre struktur och att baserat på denna struktur dra slutsatser avseende lokaliseringen av bolagets huvudsakliga intressen. (Wautelet, P., a.a. s.13 f)

³⁰⁰ Vissa koncerner är kraftigt integrerade där alla bolags verksamhet styrs som om det rörde sig om en enda enhet. I ett sådant fall blir det svårare för tredje män att fastställa koncernens rättsliga struktur. En insolvens i en sådan koncern kan omfatta alla eller nästan alla bolag, eftersom bolagen kommer att bli insolventa samtidigt. Å andra sidan kan det finnas svagt integrerade koncerner. Varje bolag i koncernen bedriver då sin verksamhet åtskilt från övriga bolag. Varje bolag är organiserat inom ramen för nationella gränser och verkar i enlighet med nationella rättsordningar. (Wautelet, P., a.a. s.13; jfr Pannen, K. (Ed.), a.a. s.107)

³⁰¹ Det bör dock observeras att ett sekundärförfarande enbart kan komma till stånd under förutläggning att gäldenärsbolaget har ett driftställe i denna stat. Vidare begränsas möjligheten till sekundärförfarande av tillgångarnas värde: för det fall gäldenärsbolagets tillgångar i den aktuella staten är så små att de sannolikt inte räcker till att täcka kostnaderna för ett sekundärförfarande kommer något sådant förfarande inte att genomföras. (Enriques, L., & Gelter, M., a.a. s.443)

I sammanhanget måste även framhållas att det finns exempel på fall av enhetliga koncernförfaranden där borgenärerna i princip har avhållit sig från att inleda sekundärförfaranden. Så var fallet i *Collins & Aikman*. Som angetts i avsnitt 4.1.2.4 inledde engelsk domstol i detta fall huvudförfaranden avseende samtliga koncernbolag i Europa. I syfte att förhindra en fragmentering av konkursboet, ingick konkursförvaltarna muntliga avtal med ett antal borgenärer och borgenärskommittéer i övriga medlemsstater. Dessa borgenärer gick med på att avstå från att ansöka om sekundärförfaranden för att konkursen skulle få bästa möjliga resultat. I avtalen ingick ett åtagande att (under förutsättning att borgenärerna avhöll sig från sekundärförfaranden) förvaltarna i så hög utsträckning som möjligt skulle ta hänsyn till den gynnsammare ställning som borgenärerna sannolikt var berättigade till enligt rättsordningarna i borgenärernas hemstater. Med bara ett mindre antal undantag valde borgenärerna att inte använda sig av möjligheten till sekundärförfaranden eller några andra fragmenterande åtgärder. Borgenärerna stödde i stället

huvudförfarandet har till syfte att likvidera det aktuella dotterbolaget. Det är då nämligen mycket viktigt att tillgångarna fredas från angrepp från borgenärerna i syfte att tillgångarnas värde maximeras och att tillgångarna blir attraktiva för tänkbara köpare.³⁰² Wautelet³⁰³ understryker att det av den hänsyn till borgenärerna som stadgas i insolvensförordningen inte finns utrymme att argumentera för samordning av en koncerninsolvens ens när det föreligger starka effektivets- och kostnadsskäl därför. Det kan givetvis vara mycket lämpligt att göra sådana överväganden, men i sådana fall måste det göras ett tillägg till förordningstexten.³⁰⁴

Utöver de nu anförda argumenten mot enhetliga koncernförfarande kan följande anföras. En princip om platsen för huvudkontorsfunktionernas utförande som avgörande omständighet vid brytande av sätespresumtionen innebär att ett huvudförfarande avseende t.ex. ett tyskt dotterbolag kan genomföras i England och med tillämpning av engelsk rätt, trots att dotterbolaget varken har tillgångar, borgenärer, anställda eller för tredje man fastställbara ekonomiska aktiviteter där.³⁰⁵

förvaltarnas strategi. Engelsk domstol sanktionerade förvaltarnas metoder genom ett s.k. ”approved judgement” (*Collins & Aikman II*, High Court of Justice London, meddelat den 9 juni 2006; ZIP 2006, 2093). Av samma skäl som i *Collins & Aikman II* försökte engelsk domstol i *MG Rover* också tillse att sekundärförfaranden inte inleddes. Man försökte försätta borgenärerna i en bättre position (*MG Rover II*, High Court of Justice Birmingham, meddelat den 11 maj 2005, NZI 2005, 515), men detta förhindrade inte att borgenärer ansökte om insolvensförfaranden. Domstolen godkände senare särskilda utbetalningar till vissa borgenärer i syfte att förhindra sekundärförfaranden (*MG Rover III*, High Court of Justice Birmingham, meddelat den 30 mars 2006, NZI 2006, 416). (Pannen, K. (Ed.), a.a. s.137 och s.149)

³⁰² Bariatti, S., s.648 f; McCormack, G., a.a. s.187 och s.196; Eidenmüller, H., a.a. i *European Business Organization Law Review* s.428 f; Berends, A. J., a.a. s.360; Wautelet, P., a.a. s.13

³⁰³ Professor i juridik vid Université de Liège

³⁰⁴ Wautelet, P., a.a. s.16

³⁰⁵ Pannen, K. (Ed.), a.a. s.95 f och s.110

6. NATIONELLA DOMSTOLARS PRAXIS EFTER EUROFOOD

6.1 Inledning

Inledningsvis bör konstateras att intensiteten i bolags forum shopping inte synes ha minskat efter avkunnandet av *Eurofood*.³⁰⁶ Ehuru det måhända inte finns belägg för att intensiteten i forum shopping har minskat, synes *Eurofood* åtminstone ha försvårat genomförandet därav. Ringe framhåller härvidlag att EU-domstolens betoning av objektiva och fastställbara kriterier visar att det har blivit svårare att flytta de huvudsakliga intressena från en medlemsstat till en annan. Detta beror på att dessa anknytningskriterier i praktiken innebär att det snarast är faktiska – och inte bara rättsliga – omständigheter som måste flyttas över gränsen. Ett illustrativt rättsfall i detta hänseende är *Hans Brochier* (se avsnitt 6.3.2).³⁰⁷

6.2 Vilka omständigheter kan bryta sätespresumtionen?

6.2.1 Eurotunnel

I fallet *Eurotunnel*³⁰⁸ beslutade fransk domstol den 2 augusti 2006 att inleda huvudförvaranden avseende sjutton bolag i Eurotunnelkoncernen. Domstolen ansåg således att samtliga bolag hade sina huvudsakliga intressen i Frankrike. Vissa av dotterbolagen var registrerade i England, Tyskland, Spanien, Nederländerna och Belgien. Till stöd för sitt beslut hänvisade domstolen till EU-domstolens uttalanden i *Eurofood*. Den franska domstolen hänvisade således till en rad omständigheter, som domstolen ansåg vara fastställbara för tredje man. Framförallt pekades på följande omständigheter: 1) Den strategiska och operativa ledningen över koncernbolagen utövades av ett sammansatt utskott i Paris. Ledningen satt där bolaget Eurotunnel SA, ett av de större franska koncernbolagen, hade sitt säte och ett antal av ledningspersonerna var franska medborgare; 2) Eurotunnel SA och France Manche Paris SA, två stora franska koncernbolag, hade sina registrerade säten i Paris; 3) den finansiella ledningen, som var ansvarig för koncernbolagens bokföring och fattade ekonomiska beslut rörande koncernen, satt i Frankrike (närmare bestämt 56 av 63 anställda på det finansiella området); 4) Den största delen av verksamheten, av de anställda och av koncernens tillgångar var lokaliserade i Frankrike; 5)

³⁰⁶ Eidenmüller, H., a.a. i *European Company and Financial Law Review* s.5

³⁰⁷ Ringe, W.-G., a.a. s.589 f

³⁰⁸ *Eurotunnel Finance Ltd*, Tribunal de commerce de Paris, meddelat den 2 augusti 2006

Rekonstruktionsförhandlingarna, som var avgörande för var varje koncernbolags fortsatta existens, genomfördes huvudsakligen i Paris under direkt överinseende av en person som var fransk medborgare och ordförande i flertalet av koncernbolagen.³⁰⁹

Till ytterligare stöd för sitt beslut pekade domstolen på att det fanns fördelar med ett koncernförfarande:³¹⁰

“[E]ven if the European Regulation does not specifically deal with the situation whereby French companies of a group are located in several Member States, many of which are now within the unified European market, the Regulation aims at an efficient and homogenous administration of justice in all countries in which it is applied.

Considering that it is a good practice to find a unique solution to the same financial difficulty threatening the 70 applicant entities guarantors of a debt which exceeds their assets.”

Den franska domstolen valde således att tolka insolvensförordningen på ett sätt som möjliggjorde ett koncernförfarande. McCormack menar att denna tolkning framstår som oförenlig med de principer som EU-domstolen fastslagit i *Eurofood*. Av *Eurofood* följer att de huvudsakliga intressena presumeras befinna sig i den stat där bolaget har sitt registrerade säte och denna presumtion kan inte brytas om bolaget utför verksamhet i denna stat. Den franska domstolens tolkning av rekvisitetet samstämmer bättre med vissa uttalanden av generaladvokaten i *Eurofood* (se avsnitt 5.2) och nationella domstolars praxis innan *Eurofood* (se *Enron Directo SL, Daisytek-ISA Ltd* m.fl., avsnitt 4.1.2) där staten där huvudkontorsfunktionerna utfördes gavs primat, vid lokaliseringen av de huvudsakliga intressena, framför staten där den dagliga handeln bedrevs och det registrerade sätet låg.³¹¹

6.2.2 Belvédère SA

Omständigheterna i fallet *Belvédère SA*³¹² påminner mycket om *Eurotunnel* och behandlas därför mer kortfattat. Det rörde sig om en fransk koncern vars sex dotterbolag var registrerade i Polen. I mitten av år 2008 inlämnades till fransk domstol ansökningar om huvudförfaranden avseende dotterbolagen. Domstolen fann att dotterbolagen hade sina huvudsakliga intressen i Frankrike med hänvisning till att moderbolaget, Belvédère SA, var beläget i Frankrike. Den franska

³⁰⁹ Haravon, M., & Moss (Q.C.), G., a.a. s.23; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.144; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.257; Wessels, B., a.a. i *European Company Law* 6 No.4 [2009] s.171

³¹⁰ Översättning till engelska i Haravon, M., & Moss (Q.C.), G., a.a. s.23

³¹¹ McCormack, G., a.a. s.189; Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., a.a. s.257

³¹² *Belvédère SA*, Tribunal de commerce Beaune, meddelat den 16 juli 2008

domstolens tolkning av rekvisitet huvudsakliga intressen synes, av samma skäl som anfördes avseende *Eurotunnel*, strida mot EU-domstolens uttalanden i *Eurofood*.³¹³

6.2.3 Lennox Holdings Plc

I fallet *Lennox Holdings Plc*³¹⁴ rörde det sig om ett engelskregistrerat holdingbolag med två dotterbolag (ESSL och Milenio) som både hade sina registrerade säten i Spanien. Samtliga bolag i koncernen var på obestånd och engelsk domstol hade att avgöra huruvida huvudförfaranden kunde inledas i England avseende de spanska dotterbolagen. Domstolen inledde med att konstatera att det enligt artikel 3 IF föreligger en presumtion för att de spanskregistrerade bolagen har sina huvudsakliga intressen i Spanien. Därefter hänvisades till den del av generaladvokatens yttrande i *Eurofood* där generaladvokaten stödde uppfattningen att fokus vid bedömningen måste läggas på var de uppgifter som ankommer på huvudkontoret utförs (punkterna 111-112 i yttrandet).³¹⁵ Domstolen gjorde därefter följande bedömning. Även fast de spanska dotterbolagen bedrev verksamhet i Spanien fattades de strategiska och ekonomiska besluten avseende bolagen i England. Båda bolagen hade varsin engelsk verkställande direktör som bodde i England och ofta reste till Spanien. Båda bolagen hade även varsin driftschef som bodde och arbetade i England. Styrelsesammanträdena hölls i London och bolagens bokföring sköttes i England. Det tycktes som att dotterbolaget ESSL:s största leverantörer kände till att bolaget ingick i en engelsk koncern som var noterat på den engelska börsen och att bolagets borgenärer följde Lennox Holdings Plc:s aktiekurs. Milenio hade inte några borgenärer utanför Spanien, men dess ledning drev bolaget på samma sätt som ESSL:s ledning drev ESSL. I beaktande av det anförda ansåg engelsk domstol att de spanska dotterbolagens huvudsakliga intressen låg i England. Därmed kunde huvudförfaranden avseende bolagen inledas i dessa stater.³¹⁶

Den engelska domstolens beslut i *Lennox Holdings Plc* framstår som oförenligt med EU-domstolens uttalanden i *Eurofood* (vilket domstolen själv medgav i avgörandet *Stanford*

³¹³ Wessels, B., a.a. i European Company Law 6 No.4 [2009] s.171; *Cross-Border Restructuring: Issues and Insights* – A Bingham Roundtable, tillgänglig på http://38.114.160.86/ExternalObjects/docs/Debtwire_FRGWhitepaper2009_USVol2.pdf, läst den 27 september 2010

³¹⁴ *Lennox Holdings Plc*, High Court Chancery Division, meddelat den 20 juni 2008, [2009] BCC 155

³¹⁵ Moffatt, P., *Legal Update – London*, Business Restructuring and Insolvency Quarterly, Juli 2009, Lovells, s.9

³¹⁶ Moffatt, P., a.a. s.9; Wessels, B., a.a. i European Company Law 6 No.4 [2009] s.170

International Bank Ltd, se avsnitt 6.2.4). Av punkt 36 i *Eurofood* följer att sätespresumtionen inte kan brytas enbart av den anledningen att moderbolaget kontrollerar dotterbolagets ekonomiska val, om dotterbolaget bedriver verksamhet i den stat vari det har sitt registrerade säte. Den engelska domstolen i *Lennox Holdings Plc* noterade detta, men menade att dess beslut ändå låg i linje med *Eurofood*. Domstolen formulerade sig enligt följande:³¹⁷

What I should concentrate on is the head office functions of the two Spanish companies. It is, I should say, clear that the two Spanish companies do carry on business in the Member State where their registered office is situated and consequently the 'mere fact', that its economic choices are or can be controlled by a parent company is not enough to rebut the presumption. That is not what is relied on in the present case. It is not control by a parent company that is relied on in the present case. It is control of the companies themselves by their boards of directors.

De spanska dotterbolagen sköttes från England, eftersom strategiska beslut samt drifts- och ledningsbeslut fattades där. Domstolen uttalade att:³¹⁸

[t]hus the financing of the company, its major decisions and the administration of the company itself is conducted in this country and through English suppliers, English directors and with English funding.

Sätespresumtionen kunde således visserligen inte brytas enbart på grund av att *Lennox Holdings Plc* var moderbolag till *ESSL* och *Milenio*. Presumtionen kunde dock enligt domstolen brytas på grund av att viktigare beslut fattades i England, att bolagens förvaltning styrdes från England genom engelska verkställande direktörer som gjorde affärer med engelska leverantörer samt att dotterbolagen finansierades från England. *Wessels* menar att den engelska domstolens tolkning utan tvekan är den hittills mest expansiva tolkningen av begreppet huvudsakliga intressen.³¹⁹

6.2.4 Stanford International Bank Ltd

Avgörandet *Stanford International Bank Ltd*³²⁰ rörde ett bolag med sina huvudsakliga intressen utanför EU. Insolvensförordningen aktualiserades således inte. Domstolen resonerade i stället utifrån FN:s modellag³²¹ för gränsöverskridande förfaranden. Att fallet ändå behandlas i denna uppsats beror på att rekvisitet huvudsakliga intressen i modellagen ska ges samma innebörd som

³¹⁷ *Moffatt*, P., a.a. s.9 f; *Wessels*, B., a.a. i *European Company Law* 6 No.4 [2009] s.170

³¹⁸ *Wessels*, B., a.a. i *European Company Law* 6 No.4 [2009] s.170 f

³¹⁹ *Moffatt*, P., a.a. s.9 f; *Wessels*, B., a.a. i *European Company Law* 6 No.4 [2009] s.171

³²⁰ *Stanford International Bank Ltd*, Court of Appeal, meddelat den 25 februari 2010, [2009] EWHC 1441 (Ch); [2010] EWCA Civ 137; [2010] WLR (D) 55

³²¹ Model Law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

motsvarande rekvisit i insolvensförordningen. Den engelska domstolen i *Stanford* tillämpade således rekvisitet mot bakgrund av *Eurofood*.³²²

Fallet *Stanford International Bank Ltd* handlade om vilka konkursförvaltare som skulle erkännas kontroll över bankens tillgångar i England. Tillgångarnas värde översteg 100 miljoner pund. Till engelsk domstol hade två konkurrerande ansökningar om erkännande av konkursförvaltare inlämnats. Den ena ansökan var inlämnad av de av staten Antigua utsedda konkursförvaltarna över *Stanford International Bank Ltd*. Konkursförvaltarna hävdade att bankens huvudsakliga intressen var belägna på Antigua. Den andra ansökan var inlämnad av en konkursförvaltare utsedd av "The United States Securities and Exchange Commission", som ansåg att bankens huvudsakliga intressen var belägna i USA.³²³

Den engelska domstolen resonerade enligt följande. Eftersom bankens registrerade säte var beläget på Antigua förelåg det en presumtion för att de huvudsakliga intressena var belägna där. Domstolen hänvisade till *Eurofood* och konstaterade att presumtionen enbart kan motbevisas av kriterier som är både objektiva och fastställbara för tredje man och att bevisbördan ligger på den som vill motbevisa presumtionen. Därefter uttalade domstolen att vad som är fastställbart för tredje man beror på vad som finns till allmän kännedom och vad en typisk tredje man kan fastställa under sin vanliga affärsverksamhet med banken ("what was in the public domain and what a typical third party could ascertain as a result of dealing with the debtor"). Vid sin granskning av omständigheterna i målet konstaterade domstolen följande. Bankens fysiska huvudkontor låg på Antigua och merparten av dess anställda fanns där. Bankens avtal med såväl

³²² I Model Law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) återfinns rekvisitet "gäldenärens huvudsakliga intressen" (artikel 16.3). Tanken är att rekvisitet ska tolkas på samma sätt som sin likalydande motsvarighet i insolvensförordningen (punkterna 19 och 31 i UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment). Se punkt 45 och 46 i *Stanford International Bank Ltd*. (Ho, L. C., *Cross-border fraud and cross-border insolvency: Proving COMI and seeking recognition under the UK Model Law*, Journal of International Banking and Financial Law Vol 24 No 9 (2009) s.540; Hickmott, R., *Allen Stanford and Cross-Border Insolvency: Court of Appeal Decision*, Mondaq Business Briefing 2 mars 2010; Doyle, L., *Commercial & Chancery: Brook of Rules*, The Lawyer 38, 21 september 2009; Dawson, S., *Divided By A Common Language? English Court Goes In Different Direction To U.S On "COMI"*, Mondaq Business Briefing 23 september 2009; McCormack, G., a.a. s.178-180 och s.185; Eidenmüller, H., a.a. i European Business Organization Law Review s.428; Enriques, L., & Gelter, M., a.a. s.442 och s.447-449)

³²³ Ho, L. C., a.a. s.540; Hickmott, R., *Allen Stanford and Cross-Border Insolvency: Court of Appeal Decision*, Mondaq Business Briefing 2 mars 2010; Doyle, L., *Commercial & Chancery: Brook of Rules*, The Lawyer 38, 21 september 2009; Dawson, S., *Divided By A Common Language? English Court Goes In Different Direction To U.S On "COMI"*, Mondaq Business Briefing 23 september 2009

investerare som finansiella rådgivare lydder under antiguansk lagstiftning och i bankens marknadsföringsmaterial lades stor vikt vid det faktum att banken fanns på Antigua. Domstolen noterade även att banken styrdes från Antigua samt att bankens räkenskaper granskades av revisorer på Antigua. Dessa omständigheter visade att banken utåt, på ett sätt som var fastställbart för tredje man, var ett antiguanskt bolag. Objektiva faktorer som var fastställbara för tredje man pekade således mot att bankens huvudsakliga intressena låg på Antigua. Omständigheterna i målet förstärkte därmed sätespresumtionen snarare än motbevisade den. Mot bakgrund av det anförda kom engelsk domstol till slutsatsen att bankens huvudsakliga intressen fanns på Antigua, varför de antiguanska konkursförvaltarna erkändes som bankens förvaltare och gavs kontroll över bankens tillgångar i England.³²⁴

Den engelska domstolen menade att det faktum att bankens tjänster främst marknadsfördes i USA och att dess tillgångar förvaltades av icke-antiguanska bolag var otillräckligt för att bryta sätespresumtionen. De verkställande direktörernas nationalitet ansågs inte ha någon betydelse. Den plats där styrelsens telefonsammanträden ägde rum saknade också betydelse, eftersom telefonsammanträden inte är något som kan fastställas av tredje man.³²⁵

Beslutet, som fastställdes av den engelska appellationsdomstolen, ligger i linje med EU-domstolens uttalanden i *Eurofood*. Av intresse är att samme underrättsdomare avgjorde både *Lennox* och *Stanford*. I *Lennox* lade domaren avgörande vikt vid var huvudkontorets uppgifter utfördes (vilket ligger i linje med engelsk praxis från tiden innan *Eurofood*, t.ex. *Daisytek-ISA Ltd*, och generaladvokatens yttrande i *Eurofood*). I *Stanford* tillämpade domaren däremot *Eurofood*. Han kom därvid fram till att det är oförenligt med *Eurofood* att lägga avgörande vikt vid den plats där huvudkontorets uppgifter utförs. Det test som fastställts i *Eurofood* utgår i

³²⁴ Ho, L. C., a.a. s.540; Hickmott, R., *Allen Stanford and Cross-Border Insolvency: Court of Appeal Decision*, Mondaq Business Briefing 2 mars 2010; Doyle, L., *Commercial & Chancery: Brook of Rules*, The Lawyer 38, 21 september 2009; Tarn, P., *Finding The Centre: COMI In A Multi-Jurisdictional World*, Mondaq Business Briefing 13 oktober 2009

³²⁵ Ho, L. C., a.a. s.540; Hickmott, R., *Allen Stanford and Cross-Border Insolvency: Court of Appeal Decision*, Mondaq Business Briefing 2 mars 2010; Doyle, L., *Commercial & Chancery: Brook of Rules*, The Lawyer 38, 21 september 2009; Tarn, P., *Finding The Centre: COMI In A Multi-Jurisdictional World*, Mondaq Business Briefing 13 oktober 2009

stället från att stor vikt ska läggas vid objektiva och fastställbara kriterier för tredje man. Domaren uttalade (punkt 61 i *Stanford*) att han hade misstagit sig i *Lennox*.³²⁶

”[p]re-*Eurofood* decisions by English courts should no longer be followed in this respect.”

Avgörandet i *Stanford* återger sätespresumtionen den centrala roll som sannolikt författarna till insolvensförordningen avsåg att den skulle ha och marknadsaktörerna antog att den skulle ha. Det är tydligt att domstolen har försökt motverka den tendens som funnits att reducera presumtionen till blott en faktor bland många (se fallet *Ci4net.com Inc*, avsnitt 4.1.2.4).³²⁷ Beslutet har överklagats till Englands högsta domstol, som har medgett prövningstillstånd.³²⁸

6.2.5 BenQ BV

I fallet *BenQ BV*³²⁹ var omständigheterna följande. Det tyskregistrerade bolaget BenQ OHG var dotterbolag till det i Nederländerna registrerade holdingbolaget BenQ BV. BenQ OHG hamnade på obestånd och ansökte den 29 september 2006 om inledande av ett huvudförfarande vid tysk domstol. Domstolen utsåg en konkursförvaltare. BenQ OHG:s ekonomiska kollaps ledde slutligen till att holdingbolaget BenQ BV den 27 december 2006 ansökte om temporärt betalningsanstånd vid nederländsk domstol. Den tyske konkursförvaltaren över BenQ OHG ansåg att det vore lämpligare att ett huvudförfarande avseende BenQ BV genomfördes i Tyskland, varför konkursförvaltaren ansökte om inledande av ett huvudförfarande vid tysk domstol avseende BenQ BV. Eftersom en ansökan om ett huvudförfarande vid denna tidpunkt redan hade lämnats in till nederländsk domstol beslutade den tyska domstolen att avvakta med sitt beslut i frågan. Den 31 januari 2007 beslutade den nederländska domstolen att ett huvudförfarande skulle inledas avseende BenQ BV. Den tyska domstolen accepterade detta beslut. Sedermera öppnades ett sekundärförfarande avseende BenQ BV vid tysk domstol.^{330 331}

³²⁶ Ho, L. C., a.a. s.541; oyle, L., *Commercial & Chancery: Brook of Rules*, The Lawyer 38, 21 september 2009; Dawson, S., *Divided By A Common Language? English Court Goes In Different Direction To U.S On “COMI”*, Mondaq Business Briefing 23 september 2009)

³²⁷ Tarn, P., *Finding The Centre: COMI In A Multi-Jurisdictional World*, Mondaq Business Briefing 13 oktober 2009

³²⁸ Hickmott, R., *Allen Stanford and Cross-Border Insolvency: Court of Appeal Decision*, Mondaq Business Briefing 2 mars 2010; Applications for permissions to appeal, July 2010, tillgänglig på <http://www.supremecourt.gov.uk/docs/PTA-1007.pdf>, läst den 22 september 2010

³²⁹ *BenQ Mobile Holding BV (BenQ I)*, Rechtbank Amsterdam (Civillrätsavdelningen), meddelat den 31 januari 2007, [2008] BCC 489

³³⁰ *BenQ II*, AG München (2007), meddelat den 5 februari 2007, 1503 IE 4371/06

I sin argumentation för att BenQ BV:s sina huvudsakliga intressen var belägna i Tyskland hade den tyske konkursförvaltaren anfört att BenQ BV utförde en stor del av sin "cash pooling"³³² vid BenQ OHG:s säte i München. Den nederländska domstolen ansåg inte att detta faktum innebar att sätespresumtionen var bruten. Enligt *Eurofood* kan sätespresumtionen enbart brytas av faktorer som är såväl objektiva som fastställbara för tredje man. Den nederländska domstolen menade att ett holdingbolags handhavande av likvida medel enbart fungerar som ett instrument för koncernens interna finansiering och att bolag i samma koncern inte kan anses som tredje män vid bedömningen av var de huvudsakliga intressena är lokaliserade. Vidare utförde BenQ BV viss verksamhet i Nederländerna, vilket var objektivt och fastställbart för tredje man. Eftersom BenQ BV:s aktiviteter i Tyskland inte kunde tillmätas någon betydelse samt att bolaget hade sitt registrerade säte i Nederländerna och bedrev viss verksamhet där fann domstolen att bolagets huvudsakliga intressen var belägna i Nederländerna. Domstolen kunde därmed inleda ett nederländskt huvudförfarande.³³³

Avgörandet *BenQ BV* är intressant av flera skäl. För det första kan konstateras att följderna av den nederländska domstolens bedömning är att koncerninterna borgenärs vetskaper är irrelevant vid bedömningen av lokaliseringen av ett koncernbolags huvudsakliga intressen. Sådana borgenärer räknas inte som tredje män i insolvensförordningens mening vid fastställande av ett koncernbolags huvudsakliga intressen. Detta ställningstagande är långt ifrån obestritt. För det andra illustrerar *BenQ BV* med all önskvärd tydlighet att det är mycket avgörande i vilken medlemsstat som ansökan om inledande av ett huvudförfarande först lämnas in. Den tyska domstolen valde att avvakta med sitt beslut, eftersom den kände till att en ansökan dessförinnan hade lämnats in till nederländsk domstol. För det tredje dristade sig den nederländska domstolen till att uttala att sätespresumtionen enbart kan motbevisas om bolaget inte utför någon

³³¹ Insolvency Law Forum, *BenQ: The Importance of Making the First Strike*, tillgänglig på http://www.insolvencylawforum.co.uk/index.php?option=com_content&view=article&id=82:benq-the-importance-of-making-the-first-strike&catid=8:opinion-posts&Itemid=20, läst den 16 september 2010

³³² Ett företag med flera bankkonton kan använda sig av ett "cash pooling"-upplägg. Detta innebär att samtliga överskott i företagens affärsenheter överförs till ett centralt konto ("the cash pool"). Om någon affärsenhet behöver mer pengar kan medel överföras till denna enhet från det centrala kontot. (Coyle, B., *Cash Collection and Transmission*, 1:a upplagan, s.72)

³³³ Mevorach, I., a.a. i *International & Comparative Law Quarterly* s.444; Insolvency Law Forum, *BenQ: The Importance of Making the First Strike*, a. webadress och datum

verksamhet i den stat där bolaget är registrerat. *Eurofood* är inte lika kategorisk på denna punkt, varför den nederländska uttalandet saknar direkt stöd i *Eurofood*^{334 335}.

6.2.6 Henzo Internationale Group BV

I fallet *Henzon Internationale Group BV*³³⁶ rörde det sig om ett nederländskt moderbolag och dess två dotterbolag, vilka var registrerade i och verksamma i Belgien respektive Tyskland. Koncernen sköttes från Nederländerna. Detta reflekterades av koncernredovisningen från år 2006. När ansökningar om inledande av huvudförfaranden avseende dotterbolagen inlämnades vid nederländsk domstol år 2008 konstaterade domstolen följande. Enligt domstolens mening var dotterbolagen att anse som försäljningsföretag med fyra respektive åtta anställda. Dessa rapporterade direkt till sina försäljningschefer, som arbetade i Nederländerna. Beställningsordrarna och leveranserna till kunderna hanterades i Nederländerna. Produktion hade aldrig utförts i Belgien. Däremot hade produktion utförts i Tyskland fram till år 2003. Alltsedan dess hade produktionen utförts i Nederländerna och i Kina samt styrts från Nederländerna.³³⁷

Domstolen konstaterade även att det belgiska dotterbolaget enbart bestod av en postadress efter det att dess demonstrationslokal hade tagits ur bruk. Det tyska dotterbolaget hade varit inrymt i en kontorsbyggnad, men hade nu lämnat byggnaden. Dotterbolagens anställda arbetade i stället via datorer och mobiltelefoner från sina bostadsadresser. Dessutom utövades ledningen över de anställda av styrelsen i Nederländerna. Styrelsen utgjordes av en styrelseledamot i det belgiska dotterbolaget och en styrelseledamot i det tyska dotterbolaget.³³⁸

Mot bakgrund av de anförda omständigheterna kom den nederländska domstolen till slutsatsen att dotterbolagens huvudsakliga intressen var belägna i Nederländerna. Ett koncerngemensamt förfarande kunde således inledas i Nederländerna.³³⁹ Sätospresumtionen bröts således avseende det belgiska och det tyska bolaget, trots att viss verksamhet utfördes i Belgien och Tyskland. Beslutet framstår som korrekt mot bakgrund av att de anställda i Belgien och Tyskland arbetade

³³⁴ Jfr *Eurofood* punkt 35: "Så skulle bland annat kunna vara fallet med ett 'brevlådeföretag' som inte bedriver någon verksamhet i den medlemsstat där bolagets säte är beläget."

³³⁵ Insolvency Law Forum, *BenQ: The Importance of Making the First Strike*, a. webadress och datum; Mevorach, I., a.a. i *International & Comparative Law Quarterly* s.444; Bariatti, S., a.a. s.651

³³⁶ *Henzon Internationale Group BV*, Rechtbank Roermond, meddelat den 17 november 2008

³³⁷ Wessels, B., a.a. i *European Company Law* 6 No.4 [2009] s.171

³³⁸ *Ibid*

³³⁹ *Ibid*

från sina hemadresser samt att kundernas ordrar hanterades i Nederländerna varifrån leveranserna till kunderna skedde. Särskilt sistnämnda faktor torde vara en sådan objektiv och fastställbar omständighet som bibringat kunderna och övriga tredje män uppfattningen att de huvudsakliga intressena var belägna i Nederländerna.

6.3 Flytt av faktiskt säte

6.3.1 Schefenacker AG

Fallet *Schefenacker AG*³⁴⁰ handlade om ett tyskregistrerat aktiebolag som var holdingbolag i en koncern som tillverkade delar till motorfordon. Koncernen hade en omsättning på 930 miljoner euro och 7 900 anställda på 33 olika orter i ett flertal länder. År 2002 drabbades koncernen av ekonomiska problem till följd av ett överambitiöst förvärv av den brittiska spegeltillverkaren Britax. Från och med år 2006 ökade oron avseende koncernens driftsmässighet samt bärkraften i dess kapitalstruktur. Aktieägarna ville undvika konkurs och övervägde därför möjligheten att överföra holdingbolaget Schefenacker AG från tysk till engelsk jurisdiktion i syfte att rekonstruera bolaget i enlighet med engelsk insolvensrätt. Mer specifikt var aktieägarna intresserade av att ingå en form av ackordsuppgörelse med sina borgenärer genom ett engelskt s.k. ”Company Voluntary Arrangement” (CVA).³⁴¹ Detta skulle ge bolaget möjlighet att genomföra en s.k. ”debt-for-equity swap” med borgenärerna. En ”debt-for-equity swap” kan genomföras vid en företagsrekonstruktion och innebär att borgenärerna avskriver fordringar i utbyte mot aktier i gäldenärsbolaget. På så sätt kan bolaget undvika konkurs.³⁴²

För att kunna genomföra en rekonstruktion i enlighet med engelsk insolvensrätt var aktieägarna tvungna att överföra holdingbolaget Schefenacker AG:s huvudsakliga intressen från tysk till engelsk jurisdiktion. Överföringen genomfördes år 2007 på ett sätt som i det närmaste är identiskt med den överföring som genomfördes i fallet *Deutsche Nickel* (se avsnitt 4.2.7).³⁴³ Ett engelskt bolag (Schefenacker Plc) bildades således och övertog det tyska bolagets samtliga

³⁴⁰ *Schefenacker*, High Court of Justice, meddelat den 9 februari 2007 (ej rättsfallsreferat)

³⁴¹ Arrangemanget regleras i ”Part 1” (artiklarna 1 till 7B) i ”The Insolvency Act 1986 (as amended)”

³⁴² Ringe, W.-G., a.a. s.585; Fletcher, I. F., *UK Corporate Rescue: Recent Developments – Changes to Administrative Receivership, Administration, and Company Voluntary Arrangements – The Insolvency Act 2000, The White Paper 2001, and the Enterprise Act 2002*, European Business Organization Law Review (5) 2004 s.127; Finch, V., *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 1:a upplagan, s.229; DNick Holding Plc, Annual Report 2005 s.37 samt Appendix D, tillgänglig på <http://www.dnickholding.de/englisch/>, läst den 22 augusti 2010

³⁴³ Ringe, W.-G., a.a. s.585 f

tillgångar och skulder. När överföringen hade genomförts ansökte Schefenacker Plc vid engelsk domstol om inledande av ett huvudförfarande. Domstolen biföll ansökan. Bolagets huvudsakliga intressen ansågs således vara belägna i England. Det uppkom aldrig något tvivel eller dispyt om att de huvudsakliga intressena var belägna i England.³⁴⁴ Det engelska rekonstruktionsförfarandet visade sig framgångsrikt, eftersom konkurs har kunnat undvikas.³⁴⁵

Viktigt att notera inför den kommande analysen är att borgenärerna till Schefenacker AG tillstyrkte den forum shopping som genomfördes och samarbetade med aktieägarna i genomförandet därav. Det ska även tilläggas att borgenärerna åtog sig att förse bolaget med kortfristiga likvida medel, vilket möjliggjorde rekonstruktionen i England.³⁴⁶

6.3.2 Hans Brochier GmbH & Co KG

Fallet *Hans Brochier*³⁴⁷ handlar om Hans Brochier GmbH & Co KG, som var ett tyskregistrerat bolag specialiserat inom byggbranschen. Bolaget bedrev huvudsakligen sin verksamhet från Nürnberg. När Hans Brochier GmbH & Co KG drabbades av ekonomiska problem sökte aktieägarna genomföra forum shopping till engelsk jurisdiktion på samma sätt som i de ovan redovisade fallen *Schefenacker* och *Deutsche Nickel*. Följaktligen överfördes bolagets tillgångar och skulder till ett nybildat engelskt bolag (Hans Brochier Holdings Ltd).³⁴⁸ Som kommer att framgå av det följande blev dock utgången i detta fall en helt annan än i fallen *Schefenacker* och *Deutsche Nickel*. I dessa två fall uppkom aldrig någon dispyt kring att de huvudsakliga intressena låg i England, men i *Hans Brochier* rådde inte samförstånd och det var (p.g.a. regeln om universellt erkännande i artikel 16.1 IF) i praktiken fråga om en kapplöpning till domstolarna

³⁴⁴ McCormack, G., a.a. s.192. Det ska anmärkas att fallet *Schefenacker* inte ledde till något rättsfallsreferat. Hur den engelska domstolen resonerade vid bedömningen av rekvisitet gäldenärens huvudsakliga intressen kan därför inte med säkerhet fastställas. (Ringe, W.-G., a.a. s.586)

³⁴⁵ Pressmeddelande av Schefenacker 2007-05-02; Ringe, W.-G., a.a. s.585 f

³⁴⁶ Ringe, W.-G., a.a. s.585 f

³⁴⁷ *Hans Brochier Holdings Ltd v Exner (Hans Brochier Holdings Ltd I)*, High Court of Justice Chancery Division, meddelat den 4 augusti 2006; [2006] EWHC 2594 (Ch), [2007] BCC 127; *Hans Brochier Holdings Ltd II*, AG Nürnberg, meddelat den 15 augusti 2006 (8004 IN 1326-1331/06); ZIP 2007, 81); *Hans Brochier Holdings Ltd III*, AG Nürnberg, meddelat den 1 oktober 2006; ZIP 2007, 179; *Hans Brochier Holdings Ltd IV*, High Court of Justice Chancery Division, meddelat den 8 december 2006, 6211/06, [2007] NZI 187 et seq

³⁴⁸ Ringe, W.-G., a.a. s.587

mellan olika intressegrupper i bolaget; bolagsledningen ville se ett engelskt förfarande och bolagets anställda ett tyskt förfarande.³⁴⁹ De närmare detaljerna anges i det följande.

Efter att Hans Brochier Holdings Ltd hade övertagit det tyska bolagets tillgångar och skulder tillsattes engelska konkursförvaltare den 4 augusti 2006.³⁵⁰ Tillsättningen grundades på att det nybildade bolaget ansågs ha sina huvudsakliga intressen i England, eftersom bolagets säte fanns där. Samma dag, men ca 45 minuter senare, vände sig tyska anställda i bolaget till den lokala domstolen i Nürnberg. Den tyska domstolen kände inte till att engelsk domstol redan hade beslutat att inleda ett insolvensförfarande. På grundval av de sakomständigheter som framlades för den tyska domstolen beslutade den att bolagets huvudsakliga intressen återfanns inom tysk jurisdiktion. Domstolen utsåg följaktligen en tysk konkursförvaltare. När den tyska domstolen blev medveten om att ett huvudförfarande redan hade inletts i England vägrade den att erkänna det engelska förfarandet med hänvisning till ordre public (artikel 26 IF). Som stöd härför åberopade den tyska domstolen bl.a. att den engelska domstolen inte hade företagit en oberoende granskning av sin behörighet att inleda ett huvudförfarande.³⁵¹

Retrospektivt kan konstateras att det, särskilt mot bakgrund av *Eurofood*, var den tyska domstolen som gjorde den korrekta bedömningen avseende lokaliseringen av bolagets huvudsakliga intressen. Anledningen till att engelsk domstol hade nått en annan slutsats var att bolagsledningen hade förvanskat och undanhållit fakta i syfte att ge intryck av att bolagets huvudkontor var beläget i London. I England hade bolaget uppgett bl.a. att det hade sitt bankkonto i England samt att bolagets redovisningshandlingar sköttes från England. För den tyska domstolen, som kunde ta del av samtliga sakomständigheter utan förvanskning, var det dock uppenbart att bolagets huvudsakliga intressen återfanns inom tysk jurisdiktion. Bolagets driftställe i Nürnberg var nämligen den plats varifrån bolaget normalt förvaltades och bedrev sin

³⁴⁹ McCormack, G., a.a. s.192

³⁵⁰ Tillsättningen skedde i enlighet med artikel 14 i Schedule B(1) i Insolvency Act 1986; *Hans Brochier Holdings Ltd v. Exner (Hans Brochier Holdings I)* punkt 8

³⁵¹ *Hans Brochier Holdings Ltd II*, AG Nürnberg, meddelat den 15 augusti 2006 (8004 IN 1326-1331/06); ZIP 2007, 81; *Hans Brochier Holdings Ltd III*, AG Nürnberg, meddelat den 1 oktober 2006; ZIP 2007, 179; Ringe, W.-G., a.a. s.587 f; McCormack, G., a.a. s.192; jfr Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.108 och s.149; Israël, J., a.a. s.260 f; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.195

affärsverksamhet. Huvudkontoret låg med andra ord i Tyskland. Detta framgick för tredje man av objektiva och fastställbara omständigheter.³⁵²

Mer specifikt förelades bl.a. följande omständigheter för den tyska domstolen.³⁵³ Hans Brochier Holdings Ltd hade visserligen ett engelskt bankkonto, men bolaget hade även tyska bankkonton. I själva verket hade de flesta transaktioner, särskilt de mest sentida, effektuerats från de tyska kontona. Dessutom sköttes inte alltid bolagets redovisningshandlingar från England.³⁵⁴ Vidare sköttes hela bolagets affärsverksamhet från dess huvudkontor i Nürnberg. Bolagets säte låg visserligen i London, men det fanns inga filialer i England och bolaget hade heller aldrig gjort några affärer i England. Dessutom administrerades bolaget normalt från Nürnberg där alla de funktioner som krävdes för att driva bolaget fanns, såsom affärs-, ekonomi- och personaladministrationen. Vidare framgick det direkt av bolagets webbsida att bolagets faktiska säte och centrala administration var belägna i Nürnberg.³⁵⁵ Utöver det nu sagda ska tilläggas att bolagets största borgenärer fanns i Tyskland. Dessa ansåg att bolaget bedrev sin verksamhet från Tyskland och den största borgenären förväntade sig helt och hållet att eventuella insolvensförfaranden skulle ske i Tyskland. Slutligen hade bolaget över 700 anställda i Tyskland, medan det i England enbart fanns ett fåtal anställda.³⁵⁶

När det blev känt att parallella huvudförfaranden pågick, underkände som sagt den tyska domstolen giltigheten av det engelska insolvensförfarandet med hänvisning till ordre public.³⁵⁷ Efter att ha tagit del av de korrekta sakomständigheterna accepterade den engelska domstolen

³⁵² *Hans Brochier Holdings Ltd v. Exner (Hans Brochier Holdings I)* punkterna 9, 26 och 30; Ringe, W.-G., a.a. s.588; Eidenmüller, H., a.a. i *European Company and Financial Law Review* s.9; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.197

³⁵³ Jfr Ferbers, M., lista på omständigheter som kan beaktas för brytande av sätespresumtionen (avsnitt 4.1.7) (Mellqvist, M., a.a. i SvJT s.459 f). (Mellqvist, M., a.a s.97 f i *Insolvensrättsligt forum 2005*)

³⁵⁴ *Hans Brochier Holdings Ltd v. Exner (Hans Brochier Holdings I)* punkt 24; *Hans Brochier Holdings Ltd III*, AG Nürnberg, meddelat den 1 oktober 2006; ZIP 2007, 179

³⁵⁵ *Hans Brochier Holdings Ltd v. Exner (Hans Brochier Holdings I)* punkterna 25, 26 och 30; *Hans Brochier Holdings Ltd III*, AG Nürnberg, meddelat den 1 oktober 2006; ZIP 2007, 179; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.196 f

³⁵⁶ *Hans Brochier Holdings Ltd v. Exner (Hans Brochier Holdings I)* punkt 26; *Hans Brochier Holdings Ltd III*, AG Nürnberg, meddelat den 1 oktober 2006; ZIP 2007, 179; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.197

³⁵⁷ *Hans Brochier Holdings Ltd II*, AG Nürnberg, meddelat den 15 augusti 2006 (8004 IN 1326-1331/06); ZIP 2007, 81; Mellqvist, M., & Persson, A. H, a.a. s.85 f

detta och ogiltigförklarade sitt tidigare beslut att inleda ett huvudförfarande i England. Den engelske domaren gjorde ett mycket tydligt uttalande i detta hänseende:³⁵⁸

“In my judgment, the only possible conclusion to reach from the totality of the evidence [...] is that the centre of main interest is in Germany and has, at all material times, and particularly on 4 August 2006, been so. The objective and ascertainable facts point inevitably to that conclusion.”

Som ytterligare stöd för sin bedömning att de huvudsakliga intressena var belägna i Tyskland resonerade den engelska domstolen kring de fördelar som skulle uppkomma om insolvensförfarandet genomfördes inom tysk jurisdiktion. För det första konstaterades att insolvensförfarandet lämpligen borde handhas av en erfaren tysk konkursförvaltare, eftersom majoriteten av bolagets handlingar var författade på det tyska språket samt att bolagets rättsliga relationer till största delen lydde under tysk lag. Dessutom ansågs tysk socialförsäkringsrätt ha väsentliga fördelar för bolagets anställda jämfört med motsvarande engelsk lagstiftning. Vidare lydde anställningsavtalen under tysk arbetsrätt, vilket också talade för att det vore lämpligast med en erfaren tysk konkursförvaltare.³⁵⁹

När bolagsledningen för Hans Brochier Holdings Ltd försökte få till stånd ett sekundärförfarande i England, förkastade den engelska domstolen detta med hänvisning till att bolaget inte ens kunde anses ha ett driftställe inom engelsk jurisdiktion.³⁶⁰ Ehuru bolagets säte var beläget i England ansågs således bolagets anknytning till landet vara så svag att inte ens rekvisitet driftställe var uppfyllt. Som konstaterats bedrev bolaget förvisso formellt verksamhet i England, men föga av bolagets verkliga ekonomiska aktivitet återfanns där.³⁶¹

Sammanfattningsvis kan konstateras att sätespresumtionen bröts i *Hans Brochier*. Det registrerade sätet låg visserligen i London, men bolaget förvaltades från huvudkontoret i Nürnberg, vilket framgick för tredje man av objektiva och fastställbara omständigheter. De

³⁵⁸ *Hans Brochier Holdings Ltd v. Exner (Hans Brochier Holdings I)*, Mr Judge Warrens uttalande i punkt 28; Ringe, W.-G., a.a. s.588; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.196

³⁵⁹ *Hans Brochier Holdings Ltd v. Exner (Hans Brochier Holdings I)* punkterna 29 och 30; Geva, E. Z., *National Policy Objectives from an EU Perspective: UK Corporate Rescue and the European Insolvency Regulation – A Note on Hans Brochier Holdings Ltd v. Exner) and Re Collins & Aikman Europe SA*, European Business Organization Law Review (8) 2007 s.613 f

³⁶⁰ *Hans Brochier Holdings Ltd IV*, High Court of Justice Chancery Division, meddelat den 8 december 2006, 6211/06, [2007] NZI 187 et seq.; Pannen, K. (Ed.), a.a. s.197

³⁶¹ Ringe, W.-G., a.a. s.588

nationella domstolarnas bedömning i *Hans Brochier* ligger således i linje med EU-domstolens uttalanden i *Eurofood*. Betoningen av objektiva och fastställbara kriterier visar att det har blivit svårare att flytta de huvudsakliga intressena från en medlesstat till en annan, eftersom dessa anknytningskriterier i praktiken innebär att det snarast är faktiska – och inte bara rättsliga – omständigheter som måste flyttas över gränsen.³⁶²

6.3.3 PIN Group AG SA

I fallet *Pin Group AG SA*³⁶³ rörde det sig om en koncern (verksam inom postutdelningsbranschen) vars moderbolag var registrerat i Luxemburg. Moderbolaget ägde direkt eller indirekt ca 100 tyska dotterbolag. Moderbolaget hade ansvar för utarbetandet av koncernens riktlinjer, särskilt med avseende på koncernens lednings- och redovisningsstrategier. Koncernen drabbades av ekonomiska problem och i syfte att koncernen skulle kunna rekonstrueras genom ett enda förfarande i Tyskland vidtog moderbolaget åtgärder för att överflytta huvudkontorsfunktionerna till Tyskland. Detta skedde på följande sätt. Fram till december 2007 var alla funktionella enheter baserade i Luxemburg. Aktieägarna instiftade då två nya tjänstemannabefattningar: en ny post som verkställande direktör och en ny post som omstruktureringschef. Båda verkade från Tyskland. Mellan december 2007 och januari 2008 överfördes koncernens samtliga regelböcker, dokument över anställda samt andra väsentliga handlingar till ett kontor i Köln. Kontoret hyrdes ut i andra hand av omstruktureringschefen. På så sätt överfördes hela koncernens högsta ledning till Tyskland. Därefter infördes i koncernen en verkställande kommitté, som regelbundet och enbart sammanträdde i Köln. Dessutom överfördes ekonomi- och kontrollfunktioner samt humankapital till Köln. Kvar i Luxemburg var en mindre, oväsentlig del av koncernen och ett kontor som eftersände post.³⁶⁴

När koncernens huvudkontorsfunktioner hade överflyttats till tysk jurisdiktion inlämnades en ansökan om inledande av ett huvudförfarande till domstol i Köln. Domstolen kom fram till att de huvudsakliga intressena var belägna i Tyskland, eftersom alla huvudkontorsfunktioner (styrelse,

³⁶² Ringe, W.-G., a.a. s.589 f

³⁶³ *PIN Group SA*, AG Köln, meddelat den 19 februari 2008, 73 IE 1/08, NZI 2008, 257

³⁶⁴ Wessels, B., a.a. i *European Company Law* 6 No.4 [2009] s.170; Gallagher, A., & Janjua, R. K., *European Insolvency Regulation: German Court Blesses Change of COMI to Bolster Cross-Border Group Restructuring*, *American Bankruptcy Institute Journal* [september 2008] s.30; Webb, L., & Butter, M., *Insolvency Proceedings: Shopping for the Best Forum*, *Practical Law Company*, december 2009 s.39; Eidenmüller, H., a.a. i *European Company and Financial Law Review* (1) 2009 s.17

kontroll, marknadsföring, kommunikationer, förhandlingar med viktiga borgenärer och investerare etc.) utfördes i Tyskland. Detta var enligt domstolen fastställbart för borgenärer, anställda i andra koncernbolag och andra kontraktuella parter. Eftersom moderbolaget var registrerat i Luxemburg bröt domstolen sätespresumtionen avseende detta bolag.³⁶⁵

Den tyska domstolen uttalade uttryckligen att flytten av moderbolagets huvudkontorsfunktioner från Luxemburg till Köln inte utgjorde illojal forum shopping. Domstolen menade att ett bolags flytt till ett lämpligare insolvensforum inte i sig står i strid med EU-rätten. Domstolen betonade att den grundläggande etableringsfriheten i unionen ger bolag rätt att flytta sina säten och på så sätt dra nytta av en mer förmånlig rättslig miljö. Denna fundamentala rätt utgör grunden för bolags rätt att flytta sina huvudsakliga intressen inom Europeiska unionen. Domstolen uttalade även att en flytt av de huvudsakliga intressena dock kan vara att anse som illojal om det primära syftet är att undkomma borgenärsskyddsregler. I det aktuella fallet hade emellertid moderbolaget Pin Group AG SA:s flytt till tysk jurisdiktion utförts i borgenärernas intresse samt i syfte att bevara och rekonstruera koncernen.³⁶⁶

Den tyska domstolens beslut har fått utstå viss kritik. Det har nämligen anförts att domstolen valde att tolka insolvensförordningen på ett opportunistiskt sätt för att huvudförfarandet skulle kunna utföras i Köln. Enligt kritikerna borde domstolen i stället ha kommit fram till att den inte hade jurisdiktion att inleda ett huvudförfarande, särskilt med tanke på att Pin Group flyttade moderbolagets huvudsakliga intressen först efter att koncernen hade drabbats av ekonomiska problem.³⁶⁷

Avslutningsvis kan konstateras att beslutet i *PIN Group AG SA* är av avsevärd betydelse för framtida gränsöverskridande rekonstruktioner i Europa. Fallet visar att bolag genom omsorgsfull och strategisk planering framgångsrikt kan flytta sina huvudsakliga intressen till en annan medlemsstat i syfte att ett koncerngemensamt rekonstruktionsförfarande ska genomföras där. Det

³⁶⁵ Wessels, B., a.a. i *European Company Law* 6 No.4 [2009] s.170; Gallagher, A., & Janjuah, R. K., a.a. i *American Bankruptcy Institute Journal* [september 2008] s.30 och s.48; Webb, L., & Butter, M., a.a. i *Practical Law Company*, december 2009 s.39; Eidenmüller, H., a.a. i *European Company and Financial Law Review* (1) 2009 s.17

³⁶⁶ Gallagher, A., & Janjuah, R. K., a.a. i *American Bankruptcy Institute Journal* [september 2008] s.48; Webb, L., & Butter, M., a.a. i *Practical Law Company*, december 2009 s.39 f; Eidenmüller, H., a.a. i *European Company and Financial Law Review* (1) 2009 s.17

³⁶⁷ Gallagher, A., & Janjuah, R. K., a.a. i *American Bankruptcy Institute Journal* [september 2008] s.48

bör understrykas att en flytt kräver noggrann planering, så att det kan dokumenteras att de huvudsakliga intressena har flyttats på ett genuint och hållbart sätt. Att hastigt flytta de huvudsakliga intressena omedelbart före inlämnandet av ansökan om ett huvudförfarande ökar däremot risken för att flytten kommer att betraktas som illojal forum shopping.³⁶⁸

³⁶⁸ Gallagher, A., & Janjuah, R. K., a.a. i American Bankruptcy Institute Journal [september 2008] s.48; Webb, L., & Butter, M., a.a. i Practical Law Company, december 2009 s.40

7. STATISTIK AVSEENDE SÄTESPRESUMTIONEN

7.1 Introduktion

Irit Mevorach³⁶⁹ har företagit en omfattande empirisk studie av nationella domstolars beslut att inleda insolvensförfaranden som omfattas av insolvensförordningen. Ambitionen har varit att undersöka så många beslut som möjligt mellan maj 2002 (då insolvensförordningen trädde i kraft) och januari 2009 (då studien avslutades). I studien ingår sammanlagt 104 fall. Det ska noteras att denna lista sannolikt inte är uttömmande, då vissa beslut kanske inte har lett till rättsfallsreferat. Vidare har vissa referat innehållit otillräckligt med information för att kunna tas med i studien eller så kan tillgängliga referat ha förbisetts av misstag.³⁷⁰

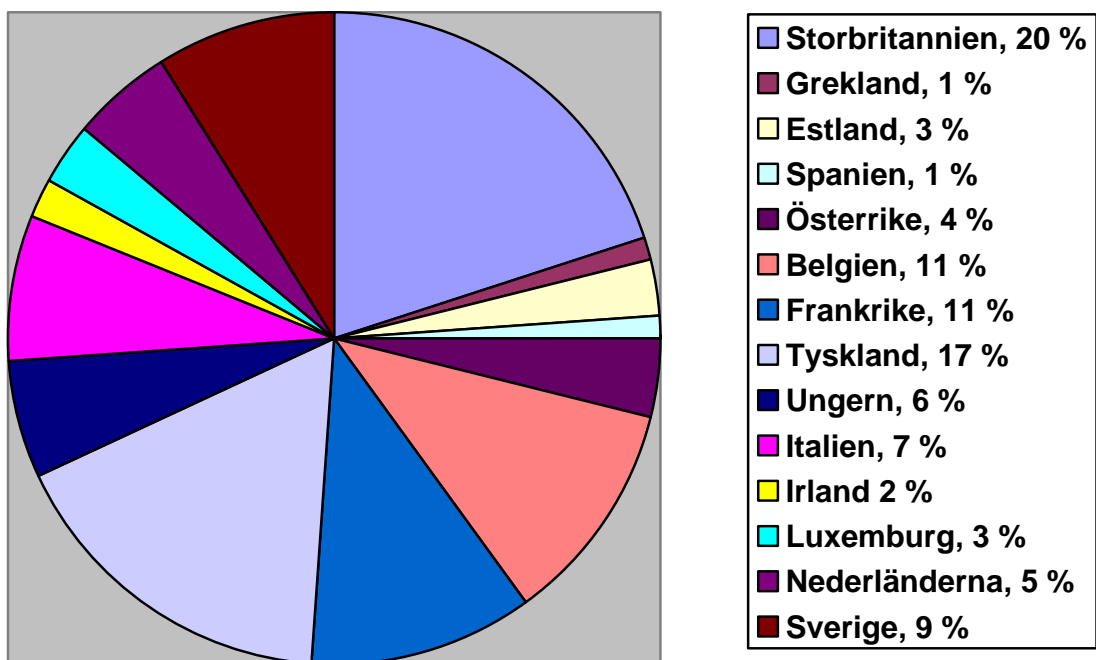
Det har befunnits lämpligt att återge valda delar av Mevorachs studie i denna uppsats, eftersom den statistiska informationen ger en god översikt över det ämne som uppsatsen behandlar. Informationen ökar möjligheten att göra en välavvägd analys med avseende på denna uppsats huvudsakliga frågeställning. Den som är intresserad att ta del av Mevorachs hela studie kan finna denna i artikeln *Jurisdiction in Insolvency: A Study of European Courts' Decisions*, Journal of Private International Law Vol 6, Nr 2 (augusti 2010) s.327-357.

I studien ingick som sagt sammanlagt 104 fall. Härav handlade 72 fall om inledande av huvudförfaranden och 32 fall om inledande av territoriellt begränsade förfaranden. De 104 fallen fördelar sig på följande sätt mellan medlemsstaterna (Figur 1):³⁷¹

³⁶⁹ Docent, School of Law, University of Nottingham, PhD (UCL), LLM (Tel-Aviv University), LLB (Magna cum Laude, Tel-Aviv University)

³⁷⁰ Mevorach har använt sig av olika textbaserade och elektroniska sökmotorer för att finna beslut. I synnerhet har www.eir-database.com och www.iiiglobal.org konsulterats. Ytterligare beslut har hittats genom Westlaw UK:s rättsfallsdatabas, i central litteratur på området, i artiklar samt i INSOL-Europes nyhetsbrev (Eurofenix) publicerade mellan 2002 och 2009. (Mevorach, I., *Jurisdiction in Insolvency: A Study of European Courts' Decisions*, Journal of Private International Law (Vol 6 Nr 2) augusti 2010 s. s.336-338 och s.341)

³⁷¹ Mevorach, I., a.a. i Journal of Private International Law (Vol 6 Nr 2) augusti 2010 s. s.338, 341 f



Figur 1. De beslut som ingår i studien fördelade i procent på respektive medlemsstat

7.2 Frekvens med vilken nationella domstolar har brutit eller tillämpat sätespresumtionen

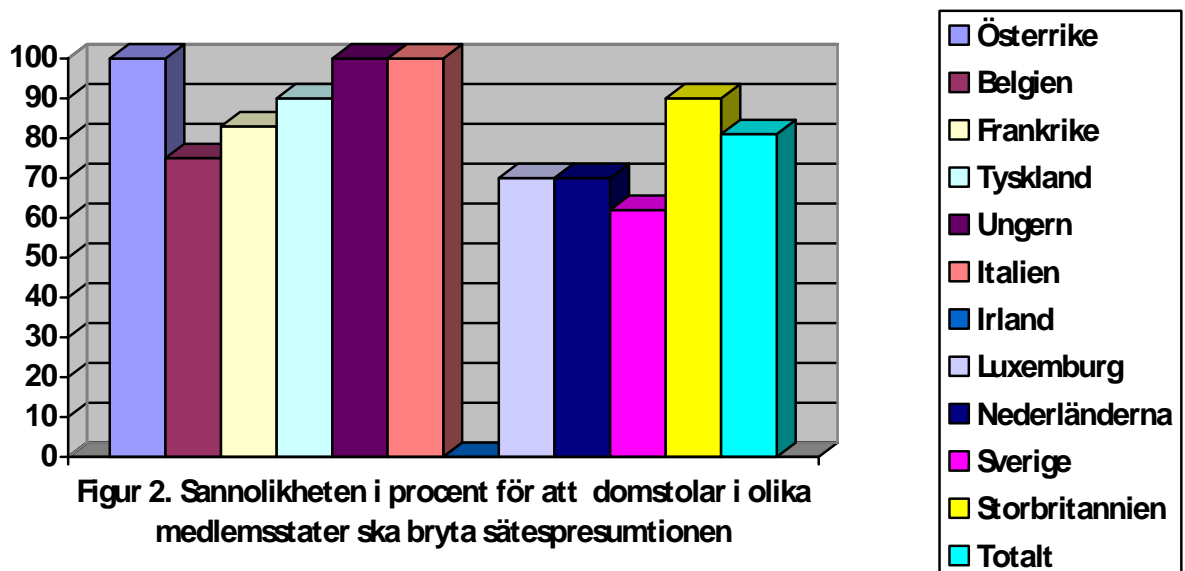
Tabell 1. Frekvens med vilken nationella domstolar har brutit eller tillämpat sätespresumtionen³⁷²

Sätespresumtionen bruten/tillämpad	Antal beslut (varje beslut räknas som ett)	Procent
<i>Bruten</i>	59	82
<i>Tillämpad</i>	13	18
<i>Totalt</i>	72	100

³⁷² Mevorach, I., a.a. i Journal of Private International Law (Vol 6 Nr 2) augusti 2010 s.342

Tabell 1 visar att de nationella domstolarna bröt presumtionen i den stora majoriteten (mer än 80 procent) av de undersökta fallen. Det ska noteras att 3 av de 13 beslut där presumtionen tillämpades ändrades i överrätt. Av de 59 beslut där presumtionen bröts ändrades enbart ett i överrätt. Statistiken tyder på att sätespresumtionen är ganska svag när en konflikt uppstår kring var de huvudsakliga intressena är belägna; domstolarna tenderar att fästa avgörande vikt vid var det faktiska sätet är beläget. Lokaliseringen av det registrerade sätet tenderade inte att vara avgörande vid inledande av huvudförvaranden, utan vederlades av andra anknytningskriterier som pekade mot en jurisdiktion där det registrerade sätet inte var beläget (se vidare i Tabell 4).³⁷³

7.3 Sannolikheten för att nationella domstolar ska bryta sätespresumtionen



Figur 2 visar (i procent) det antal beslut avseende inledande av huvudförvaranden där nationella domstolar bröt sätespresumtionen. Som framgår bröts presumtionen i alla medlemsstater i mer än 60 % av fallen i varje stat (förutom på Irland). I genomsnitt bröts presumtionen i över 80 % av fallen. Att presumtionen inte i något fall bröts av irländska domstolar kan förklaras av att enbart två irländska fall ingår i studien.³⁷⁴

Av Figur 2 framgår att nationella domstolar tillämpar sätespresumtionen med olika stränghet. I t.ex. Storbritannien och Tyskland har nationella domstolar brutit presumtionen i ca 90 % av

³⁷³ Mevorach, I., a.a. i Journal of Private International Law (Vol 6 Nr 2) augusti 2010 s. s.343 f

³⁷⁴ Ibid

fallen, medan motsvarande siffra för svenska domstolar är strax över 60 %. Det skulle kunna tänkas att denna olikhet förklaras av att Figur 2 avser samtliga undersökta fall, dvs. även fall från tiden innan EU-domstolen hade sökt skapa en enhetligare tillämpning genom *Eurofood*. Av Tabellerna 2-3 (se nedan) framgår emellertid att frekvensen att bryta presumtionen i princip är densamma före och efter *Eurofood*, vilket skulle kunna innebära att skillnaden mellan medlemsstaterna alltjämt kvarstår.

7.4 Frekvens med vilken nationella domstolar har brutit eller tillämpat sätespresumtionen innan respektive efter Eurofood

Tabell 2. Frekvens med vilken nationella domstolar har brutit eller tillämpat sätespresumtionen innan *Eurofood*³⁷⁵

Sätespresumtionen bruten/tillämpad	Antal beslut (varje beslut räknas som ett)	Procent
<i>Bruten</i>	44	81
<i>Tillämpad</i>	10	19
<i>Totalt</i>	54	100

Tabell 3. Frekvens med vilken nationella domstolar har brutit eller tillämpat sätespresumtionen efter *Eurofood*³⁷⁶

Sätespresumtionen Bruten/tillämpad	Antal beslut (varje beslut räknas som ett)	Procent
<i>Bruten</i>	15	83
<i>Tillämpad</i>	3	17
<i>Totalt</i>	18	100

En intressant fråga är huruvida frekvensen att bryta eller tillämpa sätespresumtionen påverkades av *Eurofood* vari EU-domstolen synes ha sökt stärka presumtionen. Av tabellerna 2 och 3 framgår att *Eurofood* inte kan ha påverkat nationella domstolars bedömning annat än mycket

³⁷⁵ Mevorach, I., a.a. i *Journal of Private International Law* (Vol 6 Nr 2) augusti 2010 s.344 f

³⁷⁶ *Ibid*

marginellt. Tillämpningen av sätespresumtionen har således i princip inte förändrats. Det synes fortfarande vara mycket sannolikt att nationella domstolar kommer att bryta sätespresumtionen vid en konflikt avseende lokaliseringen av de huvudsakliga intressena. Det måste dock påpekas att av de i studien ingående fallen är det antal fall som har avkunnats efter *Eurofood* mycket färre (18 stycken) än det antal fall som har avkunnats dessförinnan (54 stycken), vilket kan ha påverkat resultatet.³⁷⁷

7.5 Åberopade anknytningskriterier vid brytande av sätespresumtionen

Tabell 4. Fördelningen av åberopade anknytningskriterier vid brytande av sätespresumtionen³⁷⁸

Primärt anknytningskriterium	Antal beslut	Procent
<i>Funktionellt huvudkontor</i>	27	46
<i>Affärsverksamhet</i>	6	11
<i>Funktionellt huvudkontor och affärsverksamhet</i>	14	25
<i>Fastställbarhet för tredje man</i>	1	2
<i>Registrerat säte endast "brevlåda"</i>	3	5
<i>Övrigt</i>	6	11
<i>Totalt</i>	57 ³⁷⁹	100

Av föregående tabeller framgår att sätespresumtionen bröts av de nationella domstolarna i det stora flertalet fall. I Tabell 4 anges vilken faktor som nationella domstolar i sådana beslut har angivit som det primära anknytningskriteriet vid lokaliseringen av de huvudsakliga intressena. Av tabellen framgår att domstolar har varit mest benägna att hänvisa till bolagets funktionella (faktiska) huvudkontor som primärt anknytningskriterium. Detta kriterium användes i 46 % av

³⁷⁷ Mevorach, I., a.a. i *Journal of Private International Law* (Vol 6 Nr 2) augusti 2010 s.345

³⁷⁸ Mevorach, I., a.a. i *Journal of Private International Law* (Vol 6 Nr 2) augusti 2010 s.346

³⁷⁹ Anledningen till att det totala antalet fall är 57 (och inte 59) är följande. Tre fall utslöts vid konstruktionen av Tabell 4 p.g.a. att besluten inte innehöll tillräckligt med information avseende vilka faktorer som användes för att fastställa lokaliseringen av de huvudsakliga intressena. Ett av fallen har räknats två gånger (en gång under kategorin "Registrerat säte endast 'brevlåda'" och en gång under kategorin "Funktionellt huvudkontor"), eftersom det förelåg en skillnad mellan ett koncernbolag och resterande koncernbolag med avseende på vilka de de primära faktorerna var. (Mevorach, I., a.a. i *Journal of Private International Law* (Vol 6 Nr 2) augusti 2010 s.345).

fallen och i 25 % av fallen tillsammans med anknytningskriteriet affärsverksamhet. I 71 % av de undersökta fallen spelade platsen för huvudkontorsfunktionernas utförande således en central roll vid lokaliseringen av de huvudsakliga intressena.³⁸⁰

I blott 5 % av fallen åberopades såsom primärt skäl att det registrerade sätet endast är en ”brevlåda”. Härav framgår att domstolarna inte tenderar att bryta presumtionen enbart i de fall då det registrerade sätet är en ”brevlåda”. Det ska anmärkas att i mindre än en tredjedel av de beslut som hänvisar till huvudkontorsfunktionerna som primärt anknytningskriterium anfördes, som stöd för denna bedömning, att det även förelåg en ”brevlådesituation”. Detta visar att det inte krävs en försvagad presumtion för att huvudkontorskriteriet ska aktualiseras.³⁸¹

Det ska även noteras att fastställbarheten för tredje man utgjorde primärt anknytningskriterium i ett enda fall. Av ytterligare statistik i Mevorachs artikel (Tabellerna 5-7) framgår dock att fastställbarheten för tredje man ofta åberopas som ett sekundärt kriterium vid sidan av ett av de primära anknytningskriterierna ”funktionellt huvudkontor”, ”affärsverksamhet” och ”funktionellt huvudkontor och affärsverksamhet”. Då funktionellt huvudkontor användes som primärt kriterium åberopades fastställbarheten för tredje man i 48 % av fallen (13 av 27 fall). Då affärsverksamhet användes som primärt kriterium åberopades fastställbarheten för tredje man i 50 % av fallen (3 av 6 fall). Då funktionellt huvudkontor och affärsverksamhet användes som primärt kriterium åberopades fastställbarheten för tredje man i 43 % av fallen (6 av 8 fall).³⁸²

Resultaten i Tabell 4 stödjer inte uppfattningen att rekvisitet huvudsakliga intressen leder till en i stora stycken oförenlig och olikartad praxis som utpekar olika faktorer under olika omständigheter. Enligt Tabell 4 återkommer en enda faktor (det funktionella huvudkontoret) som primärt anknytningskriterium i majoriteten av de undersökta fall där domstolar har brutit sätespresumtionen. Tendensen att framhålla det funktionella huvudkontoret som en viktig faktor förefaller inte ha förändrats efter *Eurofood*. Innan *Eurofood* åberopade domstolarna huvudkontorsfunktionerna som primär faktor i 19 av 44 fall (där presumtionen bröts) och efter *Eurofood* åberopade domstolarna kriteriet som primär faktor i 8 av 15 fall (där presumtionen

³⁸⁰ Mevorach, I., a.a. i *Journal of Private International Law* (Vol 6 Nr 2) augusti 2010 s.345 f

³⁸¹ Mevorach, I., a.a. i *Journal of Private International Law* (Vol 6 Nr 2) augusti 2010 s.346

³⁸² Mevorach, I., a.a. i *Journal of Private International Law* (Vol 6 Nr 2) augusti 2010 s.346-348

bröts). I snitt återopades således platsen för huvudkontorsfunktionernas utförande som central faktor i ca 50 % av de fall där sätespresumtionen bröts.³⁸³

³⁸³ Mevorach, I., a.a. i *Journal of Private International Law* (Vol 6 Nr 2) augusti 2010 s.346

8. ANALYS

8.1 Vilka omständigheter kan bryta sätespresumtionen?

Innan *Eurofood* var det, såsom konstaterats i avsnitt 4.1, en utbredd praxis (fallen *Enron Directo SL*, *Daisytek-ISA Ltd* m.fl.) att bryta sätespresumtionen med hänvisning, såsom primärt och avgörande skäl, till att det insolventa bolagets huvudkontorsuppgifter utförs i den medlemsstat där den aktuella domstolen är belägen, trots att bolagets (hela) verksamhet utförs i en annan stat där bolaget även har sitt säte. I *Eurofood* uttalade EU-domstolen inte något tydligt stöd för denna tolkning av artikel 3.1 IF, utan förkastade snarare praxisen i fråga. EU-domstolen lade i stället uttryckligen mycket stor vikt vid fastställbarheten för tredje man ("platsen där de huvudsakliga intressena finns skall bestämmas utifrån kriterier som är både objektiva och fastställbara för tredje man", *Eurofood* punkt 33). Av avsnitt 6, som presenterade nationell praxis efter *Eurofood* synes framgå att ett flertal domstolar har lagt stor (om än inte alltid avgörande) vikt vid kravet på objektiva och fastställbara omständigheter för tredje man. Se härvidlag (*Eurofood – The Irish Supreme Court*, *Stanford*, *BenQ*, *Pin Group* och *Hans Brochier*; jfr *Henzo Internationale Group*). Noterbart är att samme underrättsdomare beslutade i *Lennox* (där, vid brytande av sätespresumtionen, avgörande vikt lades vid den plats där huvudkontorsfunktionerna utfördes) och *Stanford*. I *Stanford* förklarade domaren att den rättstillämpning som gjorts i *Lennox* varit felaktig och gjorde en ingående bedömning av objektiva och fastställbara omständigheter för tredje man. Förutom fallet *Lennox* finns två fall från franska domstolar (*Eurotunnel* och *Belvédère*) där sätespresumtionen bröts avseende utländska dotterbolag med hänvisning till att huvudkontorsfunktionerna utfördes i Frankrike där moderbolaget var beläget, trots att bolagen hade sina registrerade säten och bedrev verksamhet i andra stater.

Mot bakgrund av det anförda synes det som att de beslut som har meddelats efter *Eurofood* och som har undersökts i avsnitt 6 av denna uppsats kan indelas i två kategorier: en kategori där insolvensförordningen tillämpats i ljuset av *Eurofood* och en annan kategori där avgörande vikt lagts vid den stat vari huvudkontorsuppgifterna utfördes trots att de aktuella bolagen haft sina registrerade säten och bedrivit verksamhet i en annan stat. De två kategorierna behandlas mer ingående i avsnitten 8.1.1 och 8.1.2.

8.1.1 Central vikt vid objektiva och fastställbara omständigheter för tredje man

Det bör beaktas att de nationella domstolarna i *Eurofood – The Irish Supreme Court*, *Stanford*, *BenQ* och *PIN Group* ansåg att borgenärerna uppfattade sakförhållandena sålunda att de huvudsakliga intressena var belägna i den stat där det insolventa bolaget hade sitt registrerade säte. Domstolarna bröt således inte i något av fallen sätespresumtionen. Fallen är ändå av stort värde. *Eurofood – The Irish Supreme Court* visar att nationell domstol har lagt avgörande vikt vid fastställbarheten för tredje man då valet har stått mellan att förlägga de huvudsakliga intressena antingen i den stat där borgenärerna anser att intressena finns eller i den stat varifrån moderbolaget fattar de övergripande besluten (dvs. platsen där huvudkontorsfunktionerna utförs). *Stanford* visar att nationell domstol har gett företräde för fastställbarheten för tredje man framför den stat vari bolagets tjänster främst marknadsfördes, de stater varifrån bolagets tillgångar främst förvaltades, den plats där styrelsens telefonsammanträden ägde rum och den stat vari verkställande direktören var medborgare. *BenQ* visar att nationell domstol har gett företräde för fastställbarheten för tredje man framför den stat vari det aktuella bolaget utförde en stor del av sin ”cash pooling”.

I fallet *Hans Brochier*, som rörde ett ganska renodlat ”brevlådefall”, bröt tysk domstol sätespresumtionen. Bolaget hade sitt registrerade säte i England. Som primärt skäl för att bryta sätespresumtionen anfördes att huvudkontorsfunktionerna utfördes i Nürnberg. Även det faktum att bolagets större borgenärer ansåg att bolaget hade sina huvudsakliga intressen i Tyskland åberopades av domstolen, men närmast som ett sekundärt skäl.

I *PIN Group* bröt tysk domstol sätespresumtionen avseende moderbolaget och anförde att de huvudsakliga intressena var belägna i Tyskland. Huvudkontorsuppgifterna utfördes där, vilket var fastställbart för borgenärer, anställda i andra koncernbolag och andra kontraktuella parter. Även i detta fall, som rörde flytt av faktiskt säte, lades således central vikt vid fastställbarheten för tredje man.

Av Mevorachs studie framgår att den utan tvekan vanligaste omständigheten till att nationella domstolar bryter sätespresumtionen är att det insolventa bolagets huvudkontorsuppgifter utförs i den medlemsstat där den aktuella domstolen är belägen (trots att bolaget bedriver verksamhet i en annan stat där bolaget även har sitt registrerade säte). Denna praxis stöds även av flera av de i

denna uppsats refererade fallen (se t.ex. *Enron Directo SL*, *Daisytek ISA-Ltd* och *Eurotunnel*). Tendensen att framhålla huvudkontorsuppgifterna som en viktig faktor förefaller enligt Mevorachs studie inte ha förändrats efter *Eurofood*. I snitt åberopades huvudkontorsfunktionerna som en central faktor i ca 50 % av de fall där sätespresumtionen bröts. Det ska dock tilläggas att det, som nyss anförts, av flera av de fall som har refererats i avsnitt 6 tycks framgå att nationella domstolar efter *Eurofood* har ökat betoningen av fastställbarheten för tredje man (*Stanford*, *BenQ*, *Eurofood – The Irish Supreme Court*, *PIN Group*, *Hans Brochier*). Förklaringen till denna oförenlighet mellan avsnitt 6 och Mevorachs statistik torde vara att statistiken inte förmått åskådliggöra att många nationella domstolar har ökat betoningen av förutsebarheten för tredje man efter *Eurofood*. Anledningen till detta förklaras i det följande. Mevorachs statistik fokuserar på vilka anknytningskriterier som har åberopats vid brytande av sätespresumtionen; däremot finns ingen närmare statistik kring hur de domstolar som har valt att inte bryta presumtionen har resonerat. Därmed har statistiken inte förmått åskådliggöra den ökade betoningen av objektiva och fastställbara kriterier för tredje man, som framgår av flera av fallen i avsnitt 6 (närmare bestämt *Stanford*, *BenQ* och *Eurofood – The Irish Supreme Court*). I dessa fall råkade de aktuella bolagens registrerade säten vara belägna på samma plats som den plats vilken objektiva och fastställbara omständigheter för tredje man utpekade som de huvudsakliga intressenas lokalisering. Eftersom de nationella domstolarna lade avgörande vikt vid förutsebarheten för tredje man bröt de därmed inte sätespresumtionen. Domstolarnas starka betoning av förutsebarheten för tredje man i dessa fall gör att det förefaller högst sannolikt att de hade brutit presumtionen om sakförhållandena varit beskaffade sålunda att de aktuella bolagens registrerade säten hade varit belägna i andra stater än som var fallet. Att den nu beskrivna situationen kan ha rått även i flera andra fall, som inte har presenterats i avsnitt 6, men som har utgjort underlag för den statistiska undersökningen, förefaller sannolikt mot bakgrund av de skarpa uttalandena i *Eurofood*. Det ska understrykas att det nu anförda inte är menat som någon kritik mot Mevorachs studie, utan enbart syftar till att ge en förklaring till varför fallen i avsnitt 6 och statistiken i avsnitt 7 inte helt korrelerar.

8.1.2 Central vikt vid platsen för huvudkontorsuppgifternas utförande

Avseende de fall (*Eurotunnel*, *Belvédère* och *Lennox*) där nationella domstolar synes ha kvarhållit vid platsen för huvudkontorsuppgifterna såsom avgörande faktor vid brytande av

sätospresumtionen, trots att bolagen bedrivit verksamhet och haft sina registrerade säten i en annan stat, måste följande noteras. Punkt 34 och punkt 36 i *Eurofood* lyder:

34 [...] när det skall fastställas var platsen där ett gäldenärsbolags huvudsakliga intressen finns, går det *bara* att avvika från den grundläggande presumtionen till förmån för bolagets säte som gemenskapslagstiftaren föreskrivit om det framgår av *omständigheter som är objektiva och fastställbara för tredje man* att det föreligger en annan faktisk situation än den som platsen för sätet antas återspegla. [författarens kursivering]

36 När ett bolag [...] driver verksamhet i den medlemsstat där sätet är beläget, är den omständigheten att dess ekonomiska val kontrolleras eller kan kontrolleras av ett moderbolag i en annan medlemsstat inte i sig tillräckligt för att presumtionen i förordningen skall kullkastas.

En omständighet som aldrig ensam är tillräcklig för att kullkasta sätospresumtionen är att ett bolag, som bedriver verksamhet i den medlemsstat där det har sitt registrerade säte, kontrolleras eller kan kontrolleras av ett moderbolag i en annan medlemsstat ("... inte i sig tillräckligt föra att presumtionen i förordningen skall kullkastas", punkt 36 *Eurofood*). För att sätospresumtionen då ska kunna brytas krävs att det föreligger ytterligare omständigheter som är objektiva och fastställbara för tredje man och som indikerar att de huvudsakliga intressena är belägna i den stat där moderbolaget är beläget. Rättsläget efter *Eurofood* är m.a.o. sålunda att sätospresumtionen avseende ett bolag mycket väl kan brytas med hänvisning till att huvudkontorsuppgifterna utförs av ett moderbolag i den stat där den nationella domstolen är belägen (trots att bolaget bedriver verksamhet i en annan stat där bolaget även har sitt registrerade säte), under förutsättning att det utöver denna omständighet finns ytterligare omständigheter som för tredje man är objektiva och fastställbara och som pekar mot att de huvudsakliga intressena är belägna i denna stat. Skillnaden jämfört med rättsläget innan *Eurofood* är att sätospresumtionen då kunde brytas med hänvisning till platsen för huvudkontorsuppgifterna såsom det primära och avgörande kriteriet.

Vilka är då de för tredje man objektiva och fastställbara omständigheterna? I *Eurofood* definieras rekvisitet enbart genom två ytterlighetssituationer (punkterna 35 och 36). Utöver detta har i doktrinen (avsnitt 5.3.1.1) följande omständigheter framhållits som objektiva och fastställbara för tredje man:

1. Dotterbolagets (huvudsakliga) tillgångar finns i en annan stat
2. Dotterbolagets huvudkontor finns i en annan stat
3. Platsen för dotterbolagets kundrelationer finns i en annan stat

4. Dotterbolagets anställda finns i en annan stat
5. Dotterbolagets bokföring finns i en annan stat
6. Dotterbolagets bankkonton finns i en annan stat

Om dessa punkter tillämpas på fallet *Eurotunnel* förefaller det som att fransk domstol ändå kan ha gjort en korrekt tillämpning av *Eurofood*. Utöver att moderbolaget i Frankrike utövade kontroll över de utländska dotterbolagens ekonomiska val fanns nämligen ytterligare två omständigheter som, i varje fall enligt doktrinen, bör tillerkännas status som objektiva och fastställbara omständigheter: 1) Den franska domstolen konstaterade att den största delen av koncernens tillgångar var belägna i Frankrike (punkt 1 i listan ovan); 2) Den finansiella ledningen, som var ansvarig för koncernens bokföring satt i Frankrike (punkt 5 i listan ovan). Av punkt 36 *Eurofood* torde framgå att dessa två omständigheter tillsammans med den omständigheten att huvudkontorsuppgifterna avseende dotterbolagen utfördes i Frankrike kan utgöra tillräcklig grund för att bryta sätespresumtionen. Att dotterbolagens ekonomiska val kontrolleras av ett bolag i en annan stat åberopas nämligen då inte som en ensam faktor, utan tillsammans med två ytterligare omständigheter som (enligt doktrinen) är objektiva och fastställbara för tredje man och pekar mot samma stat.

Det är möjligt att ytterligare en för tredje man objektiv och fastställbar omständighet skulle kunna åberopas i *Eurotunnel*, nämligen att majoriteten av koncernens anställda fanns i Frankrike (punkt 4 i listan ovan). Huruvida (flertalet av eller åtminstone vissa av) dotterbolagens anställda fanns där framgår dock inte av de källor som har funnits att tillgå.

En förtydligande kommentar till punkten ”dotterbolagets huvudkontor finns i en annan stat” (punkt 2 i listan ovan) bör ges. Det är viktigt att skilja på huvudkontoret och platsen där huvudkontorsuppgifterna utförs. Det finns inget i *Eurotunnel* som tyder på att de utländska dotterbolagens (formella) huvudkontor skulle vara belägna i Frankrike. Däremot står det utan tvekan klart att huvudkontorsuppgifterna avseende dotterbolagen i princip utfördes i Frankrike.

8.2 Har möjligheten till flytt av bolagets faktiska säte påverkats av Eurofood?

Att flytta ett bolags faktiska säte (dvs. dess faktiska huvudkontor) till en, för bolagets vidkommande, lämplig jurisdiktion är ett betydligt omständligare företag än att enbart konstruera en argumentation till stöd för att artikel 3.1 andra meningen IF ska tolkas på ett visst sätt. *Eurofood* och efterföljande nationell domstolspraxis har inte förenklat flytt av faktiskt säte. Av

Eurofood framgår att det inte räcker att enbart flytta sitt formella (registrerade) säte till en önskad jurisdiktion. Vid en "brevlådesituation" kommer presumtionen att motbevisas (*Eurofood* punkt 35). Det i denna uppsats bästa exemplet härpå är avgörandet *Hans Brochier*. Enligt min mening gav tysk domstol i detta fall rekvisitet gäldenärens huvudsakliga intressen en adekvat tolkning mot bakgrund av insolvensförordningens uttalade syfte att förhindra forum shopping. Det faktum att ett bolag måste flytta sitt reella huvudkontor, eller i varje fall dess väsentliga funktioner, till den önskade jurisdiktionen är ägnat att försvåra genomförandet av forum shopping. Det bör sålunda starkt ifrågasättas om ett bolag verkligen är berett att göra sig det stora omaket att inte bara på papperet utan även i realiteten flytta sitt huvudkontor, eller i varje fall dess väsentliga funktioner, till en annan medlemsstat. Särskilt tveksamt måste ett sådant företag te sig ur ett insolvent bolags perspektiv. En flytt av nämnda slag torde nämligen normalt föranleda stora kostnader för bolaget.³⁸⁴ Exempelvis torde kostnader uppkomma beträffande anskaffande av lokaler i den önskade jurisdiktionen, uppsägning av personal på det gamla huvudkontoret och anställning av personal på det nya huvudkontoret. Ett insolvent bolag kan därför i många fall knappast förväntas ha förmåga att i full utsträckning finansiera alla de kostnader som en flytt av dess huvudkontor medför. Det blir därmed sannolikt upp till bolagets borgenärer att tillskjuta än mer medel till det insolventa gäldenärsbolaget för att en flytt ska kunna genomföras. Detta innebär enligt min mening att enbart lojal flytt av faktiskt säte kan utföras: Om borgenärerna till det aktuella gäldenärsbolaget uppfattar insolvensrätten i den medlemstat vari huvudkontoret är lokaliserat som så pass inadekvat för deras vidkommanden att de, trots de kostnader som en flytt av huvudkontoret (normalt) kommer att innebära för dem, skulle dra ekonomisk vinning av ett huvudförfarande under en annan medlemstats insolvensrätt, kommer de att finansiera forum shopping till sistnämnda stat. Det insolventa bolagets förmåga att utföra forum shopping kommer således normalt att vara betingad av borgenärernas tillskjutande av erforderliga medel. Detta faktum står enligt min mening som garant för att insolventa bolag inte kommer att kunna utföra illojal forum shopping. Detta framstår som högst adekvat vid beaktande av det primära skälet till

³⁸⁴ Virgós och Garcimartín synes ha kommit till samma slutsats (Virgós, M., & Garcimartín, F., a.a. s.51).

insolvensförordningens syfte att förhindra forum shopping: gäldenärsbolaget ska inte kunna försvåra för borgenärerna att göra gällande sina berättigade anspråk gentemot bolaget.³⁸⁵

Insolventa bolag kan således svårligen genomföra en illojal flytt av faktiskt säte. Däremot kan lojal forum shopping (t.ex. forum shopping i syfte att borgenärerna ska få högre utdelning på sina fordringar i konkursen) utföras, eftersom borgenärerna kommer att vara villiga att finansiera sådan forum shopping, försåvitt den i slutändan är lönsam för de). Detta illustreras enligt min mening av fallet *Schefenacker*. I detta fall ansåg majoriteten av borgenärerna att de tjänade på att bolaget flyttades till engelsk jurisdiktion, varför de samarbetade med aktieägarna i genomförandet av forum shopping. Det kan dessutom erinras om att borgenärerna i fallet *Schefenacker* tillsköt kortfristiga likvida medel till gäldenärsbolaget just för att rekonstruktionen i England skulle kunna genomföras.

Jag vill understryka att mina nu redovisade slutsatser rimligen enbart har bärkraft med avseende på medelstora och stora bolag.³⁸⁶ Att flytta sådana bolags reella huvudkontor torde normalt vara förenat med väsentliga kostnader för dessa bolag. För småföretag (härmed avser jag enmans- eller fåmansbolag med maximalt ett mindre antal anställda utöver bolagets ägare), däremot, torde kostnaderna vanligen vara betydligt mindre för en flytt av huvudkontoret. Ett sådant bolag torde normalt inte ha något huvudkontor i ordets egentliga bemärkelse. Bolagets relevanta handlingar ryms sannolikt i ett mindre antal pärmar som utan större kostnader kan flyttas från en jurisdiktion till en annan. Bolaget har sannolikt heller inte någon personal anställd på "huvudkontoret", vilket innebär att bolaget inte ådrar sig eventuella kostnader beträffande uppsägning och nyanställning av personal. Det nu anförda innebär dessutom att bolaget kan inrymma sitt "huvudkontor" i mycket oansenliga lokaliteter, varför kostnaderna för anskaffande av lokal torde bli liten. Slutsatsen härav är att småbolag har goda möjligheter att genomföra illojal forum shopping. Detta behöver dock inte i praktiken innebära att insolventa småbolag i stor skala kommer att utföra illojal forum shopping. För det första kan det ifrågasättas om sådana bolag normalt har

³⁸⁵ Jfr Omar, P. J., a.a. s.102: Creditors receive explicit mention in the IF, confirming their central status to the success of any rescue arrangements.

³⁸⁶ Det kan noteras att bolaget Schefenacker AG sorterades under kategorin medelstora och stora bolag, eftersom bolaget hade en omsättning på 930 miljoner euro och 7 900 anställda på 33 platser runt om i världen (Ringe, W.-G., a.a. s.585).

tillgång till den rättsliga kompetens som är erforderlig för att de ens ska vara förmögna att identifiera möjligheten till forum shopping. För det andra förefaller det rimligt att tänka sig att många småbolag skulle ha moraliska betänkligheter med att genomföra illojal forum shopping. Det antas härvidlag att de flesta företagare vill ”göra rätt för sig”. Vidare kan hänsyn till lokala borgenärer, som det insolventa småföretagets aktieägare/bolagsledning kan behöva ha goda relationer till försåvitt de avser att starta ett nytt företag, också verka hämmande på incitamenten att utföra forum shopping.

Mina slutsatser gör sig heller inte gällande med samma styrka beträffande flytt av ett koncernbolags faktiska säte. Detta gäller de fall då det koncernbolag som önskar flytta sina huvudsakliga intressen har möjlighet att i inte ringa grad utnyttja de lokaler och/eller de faciliteter och/eller den personal som ett i den önskade jurisdiktionen redan existerande moderbolag eller systerbolag förfogar över. I ett sådant fall förefaller det finnas goda förutsättningar för att det insolventa bolagets kostnader för utförandet av illojal forum shopping kan hållas förhållandevis begränsade. Ett snarlikt fall (som dock rörde lojal forum shopping) är *PIN Group* där ett bolags faktiska säte flyttades från Luxemburg till Köln. En nytillsatt chef i koncernen hyrde i andra hand ut de lokaler där bolagets faktiska säte inhystes. Härigenom är det möjligt att kostnaderna för flytten av huvudkontoret kan ha hållits nere.

8.3 Finns det anledning att förändra förordningstexten?

8.3.1 Inledning

Denna del av analysen syftar till att besvara frågeställningen om det, mot bakgrund av det rådande rättsläge som beskrivits genom besvarandet av den första huvudfrågeställningen, finns anledning att förändra förordningstexten (artikel 3.1 IF) för att förordningens grundläggande syften om motverkande av forum shopping och rättssäkra insolvensförfaranden ska kunna uppnås? På vilka sätt bör i så fall förordningstexten förändras?

Av analysen i avsnitten 8.1 och 8.2 har framgått att *Eurofood* och mycket av den efterföljande nationella domstolspraxisen i viss utsträckning har minskat utrymmet för utförandet av forum shopping. Någon materiell förändring av artikel 3.1 IF utöver detta i syfte att forum shopping ska motverkas synes därför inte nödvändig. Däremot är det möjligt att förändringar av förordningstexten i rent förtydligande syfte kan vara lämpliga, så att förordningen blir mer

informativ med avseende på det rådande rättsläget. Förutsebarheten för tredje man torde då öka. I avsnitt 8.3.2 görs allmänna reflektioner och överväganden som i avsnitt 8.3.3 utmynnar i ett konkret förslag på förändringar av förordningstexten i rent förtydligande syfte.

8.3.2 Allmänna reflektioner och överväganden

8.3.2.1 Vad gäller när borgenärerna har olika uppfattningar?

Betoningen i *Eurofood* av objektiva och fastställbara faktorer för tredje man aktualiserar frågan vad som gäller när ett insolvent bolag har borgenärer med olika uppfattningar om platsen för de huvudsakliga intressenas lokalisering. Det torde t.ex. inte vara ovanligt att vissa borgenärer (såsom kreditinstitut) har en god insyn i bolaget, medan vissa andra borgenärer (t.ex. leverantörer och vissa kategorier av anställda) har en betydligt mindre insyn. Vad gäller om en borgenärsgrupp p.g.a. stor sakkunskap kan fastställa att de huvudsakliga intressena är belägna i stat A, medan en annan borgenärsgrupp som på grundval av för dem tillgänglig information (baserad på den dagliga affärsverksamheten med bolaget) saknar fog att komma till annan slutsats än att de huvudsakliga intressena är belägna i stat B? EU-domstolens uttalanden om *objektiva* omständigheter indikerar att de involverade tredje människens subjektiva uppfattningar inte har någon betydelse. Denna tolkning samstämmer med den tolkning av *Eurofood* som gjordes av engelsk domstol i *Stanford*: vad som är fastställbart för tredje man beror på vad som finns till allmän kännedom och vad en typisk tredje man kan fastställa under sin vanliga affärsverksamhet med bolaget ("what was in the public domain and what a typical third party could ascertain as a result of dealing with the debtor"). Denna definition är lämplig såtillvida att domstolen har att utgå från vad en tredje man *typiskt sett* bort känna till. Det blir således fråga om en objektiv bedömning, varför domstolen inte behöver inlåta sig på det rimligen mycket svårbemästrade intellektuella konststycket att söka utröna borgenärernas subjektiva uppfattningar i frågan vid den tidpunkt som de ingick avtal med gäldenärsbolaget.

Bedömningen ska således göras utifrån vad en tredje man typiskt sett skulle ha insett mot bakgrund av objektiva och fastställbara omständigheter. Viss problematik kvarstår dock även efter detta ställningstagande: Vad ska en tredje man typiskt sett anses ha insett? Svaret på denna fråga beror helt och hållet på vilken typ av tredje man det rör sig om. En borgenär som är ett stort kreditinstitut torde typiskt sett ha en mycket god insyn i ett gäldenärsbolag. En mindre borgenär, t.ex. en kund eller en leverantör, däremot, måste typiskt sett anses sakna en god insyn i ett

gäldenärsbolag. Vilken nivå av insikt ska man utgå från om båda kategorier av borgenärer är involverade i samma bolags insolvens? Vad sker således om olika borgenärer objektivt sett kan ha haft fog att komma till olika slutsatser med avseende på lokaliseringen av de huvudsakliga intressena? Ser man enbart till insolvensförordningens syfte ter det sig mycket svårt att konstruera en tillfredsställande regel för denna situation; av insolvensförordningen framgår inte annat än att rättsakten syftar till att skapa förutsebarhet för *alla* typer av borgenärer utan åtskillnad. Enligt min mening går det dock att ur andra skrivningar i förordningen uttolka en lösning på problematiken. Ingresspunkterna 12 och 19 IF anger att ett av syftena med sekundärförfaranden är att lokala borgenärsintressen ska kunna tillgodoses. Dessa uttalanden reflekterar enligt mitt förmenande en utgångspunkt, om än inte tydligt artikulerad, hos lagstiftaren att de större fordringsägarnas uppfattning i första hand ska beaktas för det fall borgenärsgrepp har motstridiga uppfattningar. De mindre borgenärerna skyddas i ett sådant läge av möjligheten till sekundärförfaranden (försåvitt gäldenärsbolaget har ett driftställe i den aktuella staten)³⁸⁷. I praxis synes det också som att de större fordringsägarnas uppfattning har tillmätts störst betydelse. I *Daisytek-ISA Ltd* uttalade engelsk domstol således att det faktum att det stora flertalet av borgenärerna kände till att de kontinentaleuropeiska dotterbolagen förvaltades från England var av mycket stor vikt för domstolens slutsats att dessa bolag hade sina huvudsakliga intressen i England. Övriga borgenärer, såsom anställda och lokala myndigheter på kontinenten, vilka inte kände till att bolagen förvaltades från England, ansågs uppenbarligen inte lika viktiga av domstolen. I fallet *Hans Brochier* hänvisade tysk domstol till att de större borgenärernas uppfattning om lokaliseringen av de huvudsakliga intressena bidrog till domstolens bedömning härvidlag.

Att ge företräde för uppfattningen hos de borgenärer som har störst fordringar på gäldenärsbolaget är enligt min mening den lämpligaste lösningen i de fall då det finns oförenliga objektivt grundade uppfattningar hos borgenärerna.³⁸⁸ Att borgenärer med mindre fordringar kan

³⁸⁷ Av Virgós-Schmit-rapporten punkterna 70-71 framgår att "driftställe" ska ges en vid tolkning (Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar* s.113).

³⁸⁸ Viktigt att betona är att det är just uppfattningen hos de största fordringarna som enligt min mening bör ges företräde. Att detta poängteras beror på att det ingalunda har varit någon självklarhet i praxis att låta denna borgenärsgrepps uppfattning spela avgörande roll. I *Daisytek-ISA Ltd* fastslog domstolen att den viktigaste gruppen potentiella borgenärer är gäldenärsbolagets finansiärer och handelsleverantörer. I *EMBIC I* ansåg domstolen däremot att det är bolagets allmänna affärspartners som utgör den viktigaste gruppen potentiella

drabbas menligt (sannolikheten härför mildras dock av möjligheten till sekundärförfaranden) är naturligtvis beklagligt, men detta är i så fall inte någon egenhet enbart för insolvensförordningen. Det har befunnits acceptabelt att förfördela borgenärer med mindre fordringar även i andra insolvensrättsliga sammanhang; t.ex. kan i svensk rätt borgenärer vars fordringar uppgår till en majoritet av de röstberättigande fordringarnas sammanlagda belopp under vissa förutsättningar besluta om antagande av ett ackord utan att borgenärerna med de mindre fordringarna kan förhindra detta (jfr KonkL 12 kap. 15 §).

8.3.2.2 Sättespresumtionens lämplighet

Av Mevorachs studie (Tabell 1) framgår att de nationella domstolarna bröt sättespresumtionen i den stora majoriteten (mer än 80 procent) av de undersökta fallen. Huvudkontorsfunktionerna har spelat en avgörande roll i inte mindre än 71 %³⁸⁹ av de fall där sättespresumtionen har brutits. Detta indikerar att sättespresumtionen är svag (jfr dock resonemanget i avsnitt 8.1.1) och att domstolarna tenderar att fästa avgörande vikt vid var det faktiska huvudkontoret (det faktiska sätet) är beläget. Detta leder till viss reflektion. Frågan är om det faktum att huvudkontorsfunktionerna har en så pass framskjuten roll indikerar att insolvensförordningen går i otakt med den verklighet den är avsedd att reglera? Alltsedan EU-domstolen avkunnade det bolagsrättsliga fallet *Centros*³⁹⁰ (avkunnad 1999) (bekräftat i *Überseering*³⁹¹ och *Inspire Art*³⁹²) har man kunnat bilda bolag i en medlemsstat och sedan bedriva hela sin verksamhet i en annan medlemsstat. Tusentals företagare över hela Europa har utnyttjat denna möjlighet till bolagsrättslig forum shopping; framför allt har forum shopping skett till engelsk jurisdiktion (se avsnitt 3.3.3). Hur mycket är insolvensförordningens huvudregel avseende det registrerade sätet värd i denna kontext? Huvudregeln torde ju bli bruten i ett mycket stort antal fall p.g.a. att bolag har utnyttjat den fria etableringsrätten. I Virgós/Schmit-rapporten punkt 75 uttalas att gäldenärsbolages säte normalt motsvarar bolagets huvudkontor, men uttalandet (som är från mitten av 1990-talet) ter sig oförenligt med den utveckling som *Centros* har gett upphov till och

borgenärer och att det är denna grupps uppfattning avseende lokaliseringen av de huvudsakliga intressena som ska tillmätas avgörande vikt. (Se avsnitt 4.1.6)

³⁸⁹ I 46 % av det totala antalet undersökta beslut har huvudkontorsfunktionerna ensamt utgjort det primära anknytningskriteriet. I 25 % av det totala antalet undersökta beslut har huvudkontorsfunktionerna tillsammans med kriteriet affärsverksamhet utgjort det primära anknytningskriteriet. (Se avsnitt 7.5.)

³⁹⁰ C-212/97 *Centros*, avkunnad den 9 mars 1999

³⁹¹ C-208/00 *Überseering*, avkunnad den 5 november 2002

³⁹² C-167/01 *Inspire Art*, avkunnad den 30 september 2003

därför mindre lämpligt i en större rättslig kontext. En befogad fråga är huruvida författarna till Virgós/Schmit-rapporten hade formulerat sig sammalunda om de hade skrivit rapporten efter avkunnandet av *Centros*? En än mer brännande fråga är huruvida författarna till insolvensförordningen hade stipulerat en presumtion för det registrerade sätet, om förordningstexten (som i princip i oförändrat skick transformerats från 1995 års konventionstext) hade författats efter den 9 mars 1999 (datumet för avkunnandet av *Centros*)?

I dagens rättsliga kontext tycks sätespresumtionen således fördunkla förutsebarheten av lokaliseringen av de huvudsakliga intressena snarare än leda till motsatsen. En potentiell borgenär som utan tillgång till juridisk expertis läser artikel 3.1 andra meningen IF kan få intrycket att det registrerade sätet är den starka huvudregeln och att denna regel enbart bryts i (särpräglade) undantagsfall. Med utgångspunkt i denna uppfattning kanske borgenären på felaktiga premisser fattar beslut att rättshandla. Detta framstår som mycket otillfredsställande mot bakgrund av att förordningen syftar till att skapa förutsebarhet inom ramen för gränsöverskridande insolvenser.

En slutsats mot bakgrund av det nu anförda är att artikel 3.1 andra meningen IF är i behov en modernisering, som är avpassad till det nuvarande rättsläget inom unionen och som därigenom kan bringa nödvändig förutsebarhet för potentiella borgenärer. Om sätespresumtionen elimineras kan man helt undvika problematiken kring vilka omständigheter som krävs för att bryta densamma. Det bör dock i sammanhanget inte förglömmas att sätespresumtionen i många fall fyller en positiv funktion, bl.a. ur förutsebarhetssynpunkt. Enligt Mevorachs studie tillämpades presumtionen i knappt 20 % av fallen. I dessa fall torde presumtionen dels ha underlättat nationella domstolars bedömning av lokaliseringen av de huvudsakliga intressena och, åtminstone i vissa fall, ha fyllt sitt syfte att bidra till förutsebarhet för tredje man. Frågan är om det finns någon annan presumtion som skulle komma att tillämpas i fler än ca 20 % av fallen? Nationella domstolar tycks förvisso mycket ofta förlägga de huvudsakliga intressena på den plats där huvudkontorsfunktionerna utförs, men en presumtion för huvudkontorsfunktionerna torde vara utesluten p.g.a. *Eurofood*. EU-domstolen hade i detta fall en ypperlig möjlighet att, om domstolen ansåg det lämpligt, tillstyrka den vid tidpunkten utbredda praxisen avseende huvudkontorsfunktionerna (*Enron Directo SL, Daisytek-ISA Ltd* m.fl.). EU-domstolen synes

dock i stället ha förkastat denna praxis. EU-domstolen valde att betona behovet av förutsebarheten för tredje man såsom vägledande för tolkningen och tillämpningen av artikel 3.1 andra meningen IF. Vidare skulle en presumtion för huvudkontorsfunktionerna sannolikt leda till ökade transaktionskostnader i många fall, eftersom många borgenärer skulle behöva företa en undersökning avseende var det faktiska huvudkontoret är beläget. Mot bakgrund av dessa överväganden bör sättespresumtionen enligt min mening inte elimineras eller ersättas av en annan presumtion. Beträffande frågan om ersättande av sättespresumtionen förefaller det helt enkelt saknas bättre alternativ som är förenliga med insolvensförordningen och övervägandena i *Eurofood*.

8.3.3 Förtydligande av artikel 3.1 andra meningen IF

8.3.3.1 Anpassning efter rådande rättsläge

Som framgått i de föregående avsnitten kan viss kritik riktas mot artikel 3.1 andra meningen IF och *Eurofood*. Det rådande rättsläget bör dock inte förändras. Det primära skälet härtill är att utrymmet för forum shopping synes ha minskat efter *Eurofood*. Några ytterligare åtgärder av lagstiftaren synes därför inte av nöden. För övrigt synes tanken att problematiken kan lösas genom några snillrika genidrag från lagstiftarens sida synes orimlig. Vad som behövs är inte några storvulna förändringar av rättsläget, utan snarare lugn och ro på rättsområdet, så att nationella domstolar kan få tid att skapa en (relativt) enhetlig praxis. Dessutom tycks det inte finnas några andra lösningar (såsom t.ex. en annan typ av presumtion, se avsnitt 8.3.2.2) som kan skapa ökad förutsebarhet för tredje man avseende platsen för inledande av gränsöverskridande insolvensförfaranden. Vidare riskerar en förändring av rättsläget i syfte att bringa ökad rättssäkerhet och tydlighet att (i varje fall på kort sikt) bli kontraproduktiv och således skapa större osäkerhet kring vad som gäller på området.

Med detta sagt måste dock framhållas att vissa förändringar *i förtydligande syfte* bör göras i artikel 3.1 andra meningen IF. Härvidlag ska understrykas att ett grundläggande ändamål med insolvensförordningen är att rättsakten ska skapa rättssäkra och förutsebara gränsöverskridande insolvensförfaranden. Lagrummet bör därför i ljuset härav förtydligas genom att förses med skrivningar som återspeglar det rättsläge som kan utläsas i ljuset av *Eurofood* och Ingresspunkt 13 IF. Ett förslag på en tydligare formulering i ljuset av *Eurofood* är följande:

För bolag och andra juridiska personer presumeras det stadgeenliga sätet vara platsen där de huvudsakliga intressena finns. Om det av omständigheter som är objektiva och fastställbara för tredje man framgår att de huvudsakliga intressena inte är belägna på platsen för det stadgeenliga sätet, utan på en annan plats, skall presumptionen anses vara bruten.

När ett bolag bedriver verksamhet i den medlemsstat där dess stadgeenliga säte är beläget, är den omständigheten att dess ekonomiska val kontrolleras eller kan kontrolleras av ett moderbolag i en annan medlemsstat inte i sig tillräckligt för att presumptionen i förordningen skall kullkastas. Denna omständighet kan dock tillsammans med andra omständigheter, som för tredje man är objektiva och fastställbara, bryta presumptionen.

Kommentar till första stycket

Den första meningen motsvarar nuvarande skrivning i artikel 3.1 andra meningen IF. För svenskt vidkommande förtydligas dock texten sålunda att det sägs ”stadgeenligt säte” i stället för det mer oklara ”säte”. På så sätt anpassas den svenska versionen av texten till andra kontinentaleuropeiska versioner (se avsnitt 3.3.2).

Den andra meningen syftar till att i lagtext formulera den princip om fastställbara och objektiva omständigheter för tredje man som fastslogs i *Eurofood* punkt 34. Av andra meningen framgår således att den i första meningen stadgade sätespresumtionen kan brytas av för tredje man fastställbara och objektiva omständigheter.

Kommentar till andra stycket

Båda meningarna syftar till att överföra *Eurofood* punkt 36 till lagtext. Den första meningen klargör att när ett bolag bedriver verksamhet i den medlemsstat där sätet är beläget, är den omständigheten att dess ekonomiska val kontrolleras eller kan kontrolleras av ett moderbolag i en annan medlemsstat inte i sig tillräckligt för att presumptionen i förordningen skall kullkastas. Den andra meningen syftar till att klargöra att denna omständighet tillsammans med andra omständigheter som är objektiva och fastställbara för tredje man kan bryta sätespresumtionen. Eftersom EU-domstolen inte gjorde något närmare uttalande kring vad som avses med objektiva och fastställbara omständigheter kan inte någon närmare precisering ges i förordningstexten med mindre att rättsläget ändras.

Brevlådesituationen (punkt 35 *Eurofood*) tas inte med i förordningstexten. Detta beror på att det av den praxis som har redovisats i denna uppsats (se avsnitt 4.1.5 om brevlådeföretag) har framgått att nationella domstolar redan innan *Eurofood* har hanterat denna situation på det sätt som *Eurofood* föreskriver.

8.3.3.2 Definition av huvudsakliga intressen i förordningstexten

I artikel 3.1 IF bör även infogas en definition av begreppet huvudsakliga intressen. Som framgått i avsnitt 3.2.2.1.1 är definitionen i Ingresspunkt 13 IF att anse som en legaldefinition. Definitionen bör därför lämpligen infogas som en del av artikel 3.1 IF. Förordningstexten förtydligas därmed och domstolarna kan då inte längre, såsom hittills stundom skett (se t.ex. fallet *Stojevic* i avsnitt 3.2.2.1.1), förkasta definitionen på felaktiga premisser (dvs. förkasta definitionen med hänvisning till att den inte finns i förordningstexten). Ett förslag till definition är följande:

Den plats där de huvudsakliga intressena finns skall motsvara den plats varifrån gäldenärens affärsverksamhet och egendom styrs och kontrolleras. För det fall gäldenärens huvudsakliga intressen styrs och kontrolleras från mer än en medlemsstat skall dessa intressen anses vara belägna på den plats varifrån de centrala strategiska och ekonomiska besluten fattas avseende gäldenären.

Kommentar

Första meningen syftar till att förtydliga Ingresspunkt 13 IF utifrån Virgós, en av författarna till Virgós/Schmit-rapporten, kommentarer. Enligt ingresspunkten bör platsen där de huvudsakliga intressena finns motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man. Enligt Virgós åsyftas den plats varifrån skötseln och kontrollen av gäldenärens affärsverksamhet och egendom sker (se avsnitt 3.2.2.1).

I vissa fall, kanske främst i koncernsituationer, skulle det kunna hända att skötseln och kontrollen av gäldenärens affärsverksamhet och egendom sker från fler än en plats. Det skulle t.ex. kunna tänkas att de strategiska och ekonomiska besluten fattas i stat A, att revisionen sköts i stat B och att det administrativa arbetet sker i stat C. För att ett oklart rättsläge så mycket som möjligt ska kunna undvikas i en sådan situation krävs att lagtexten på förhand avgör vilken plats som ska ges primat. Enligt min mening är det mest lämpligt att välja den plats där de för gäldenären centrala strategiska och ekonomiska besluten fattas. Det tycks i första hand vara denna plats som Virgós, vid sin tolkning av Ingresspunkt 13 IF, anser motsvara platsen för de huvudsakliga intressena (se avsnitt 3.2.2.1.). Även Virgós/Schmit-rapporten punkt 75 sista meningen synes stödja denna tolkning (se avsnitt 3.3.4)

8.3.3.3 Avslutande kommentar

Trots dessa välmenande försök att förtydliga förordningstexten är det lätt att förutspå att det även med en sådan text i vissa fall kommer att vara oklart på vilken plats ett bolags huvudsakliga

intressen är belägna. Det är domstolarnas uppgift att i dessa fall fatta välavvägda beslut som tar hänsyn inte bara till insolvensförordningens syften, utan även till unionsrätten i sin helhet. Det torde således i dessa fall bli fråga om en grannliga avvägning mellan dels den i unionsrätten fundamentala etableringsfriheten och dels förordningens grundläggande ändamål att motverka forum shopping samt skapa förutsebarhet för borgenärer i gränsöverskridande insolvensförfaranden.

9. SLUTSATS

Syftet med denna uppsats har varit att analysera huruvida, och i så fall på vilket sätt, EU-domstolens avgörande *Eurofood* och därpå följande nationell domstolspraxis har minskat utrymmet för insolventa bolag att utföra forum shopping genom artikel 3.1 IF i jämförelse med rättsläget innan *Eurofood*. Uppsatsens slutsats är att EU-domstolens uttalanden i *Eurofood* i viss mån har försvårat genomförandet av forum shopping. Innan *Eurofood* var det en utbredd praxis (fallen *Enron Directo SL*, *Daisytek-ISA Ltd* m.fl.) att bryta sätespresumtionen med hänvisning, såsom primärt och avgörande skäl, till att det insolventa bolagets huvudkontorsuppgifter utförs i den medlemsstat där den aktuella domstolen är belägen, trots att bolagets (hela) verksamhet utförs i en annan stat där bolaget även har sitt säte. I *Eurofood* uttalade EU-domstolen att sätespresumtionen enbart kan brytas med hänvisning till objektiva och fastställbara omständigheter för tredje man. Därvid uttalades att när ett bolag bedriver verksamhet i den medlemsstat där det registrerade sätet är beläget, är den omständigheten att dess ekonomiska val kontrolleras eller kan kontrolleras av ett moderbolag i en annan medlemsstat inte i sig tillräckligt för att kullkasta presumtionen. Detta torde innebära att rättsläget efter *Eurofood* gestaltar sig sålunda att sätespresumtionen inte kan brytas med hänvisning till huvudkontorsuppgifterna såsom primär och avgörande omständighet, om bolagets utför viss verksamhet i den stat där det har sitt registrerad säte. Utrymmet för insolventa bolag att utföra forum shopping genom artikel 3.1 IF har således minskat efter EU-domstolens uttalanden. De flesta nationella domstolar synes ha ökat betoningen av rekvisitet objektiva och fastställbara omständigheter för tredje man (fallen *Stanford*, *PIN Group* m.fl.). I uppsatsen har presenterats visst statistiskt material som inte synes helt spegla de konstateranden som har gjorts utifrån den rättspraxis som har undersökts i denna uppsats. Av statistiken framgår bl.a. att tendensen att framhålla det funktionella huvudkontoret som en viktig faktor vid brytande av sätespresumtionen inte förefaller ha förändrats efter *Eurofood*. Förklaringen till denna oförenlighet torde vara att statistiken inte förmått åskådliggöra att många nationella domstolar har ökat betoningen av förutsebarheten för tredje man efter *Eurofood*. Skälen till att så torde vara fallet anges närmare i uppsatsen.

Redan innan *Eurofood* pekade praxis mot att forum shopping genom flytt av säte enbart kunde utföras genom att bolaget flyttade sitt faktiska huvudkontor till den valda jurisdiktionen.

Eurofood och efterföljande nationell domstolspraxis (fallet *Hans Brochier* m.fl.) har befast detta rättsläge. Uppsatsens slutsats härvidlag är att detta innebär en väsentlig hämsko för medelstora och stora bolags forum shopping, eftersom en flytt av sådana bolags faktiska huvudkontor torde innebära stora kostnader. Ett insolvent bolag kan inte i normalfallet förväntas ha ekonomisk förmåga att finansiera en sådan flytt, varför genomförandet av forum shopping blir avhängigt av borgenärernas tillstyrkan och tillskjutande av erforderliga medel. Denna omständighet står som garant för att illojal forum shopping genom flytt av säte inte kommer att kunna genomföras. Däremot förhindras inte forum shopping som sker i syfte att gynna borgenärerna. Det anförda resonemanget kan inte förväntas göra sig gällande med samma styrka beträffande flytt av ett koncernbolags huvudsakliga intressen. Detta gäller under förutsättning att det koncernbolag som önskar flytta sina huvudsakliga intressen har möjlighet att i inte ringa grad utnyttja de lokaler och/eller de faciliteter och/eller den personal som ett i den önskade jurisdiktionen redan existerande moderbolag eller systerbolag förfogar över (jfr fallet *PIN Group*).

Denna uppsats har även syftat till att undersöka huruvida det finns anledning att förändra förordningstexten (artikel 3.1 IF) för att förordningens grundläggande syften om motverkande av forum shopping och uppnående av rättssäkra och förutsebara insolvensförfaranden ska kunna uppnås. Det har i detta hänseende konstaterats att någon materiell förändring av artikel 3.1 IF inte synes nödvändig, eftersom *Eurofood* och mycket av den efterföljande nationella domstolspraxisen har minskat utrymmet för forum shopping. Däremot föreslås i uppsatsen förändringar av förordningstexten i rent förtydligande syfte, så att förordningen blir mer informativ med avseende på det rådande rättsläget. Förutsebarheten för tredje man torde då öka. I förslaget överförs EU-domstolens centrala uttalanden i *Eurofood* till artikel 3.1 IF samtidigt som en definition av det avgörande rekvisitet huvudsakliga intressen införs i samma lagrum.

KÄLLFÖRTECKNING

Rättsfall

EU-domstolen

C-212/97 *Centros*, avkunnad den 9 mars 1999

C-208/00 *Überseering*, avkunnad den 5 november 2002

C-167/01 *Inspire Art*, avkunnad den 30 september 2003

C-1/04 *Staubitz Schreiber*, avkunnad den 17 januari 2006

C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd*, avkunnad den 2 maj 2006

C-73/06 *Planzer Luxemburg Sarl*, avkunnad den 28 juni 2007

Förslag till avgörande av generaladvokaten

Förslag till avgörande av generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer i mål C-1/04 *Staubitz Schreiber* (föredraget den 6 september 2005)

Förslag till avgörande av generaladvokat Francis G. Jacobs i mål C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd* (föredraget den 27 september 2005)

Förslag till avgörande av generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer i mål C-339/07 *Frick Teppichboden* (föredraget den 16 oktober 2008)

Beslut av nationella domstolar

England

Enron Directo SL, High Court London, Chancery Division, meddelat den 4 juni 2002 (ej rättsfallsreferat)

Geveran Trading Company Ltd v Skjevesland, Court of Appeal, Civil Division, meddelat den 30 oktober 2002; [2002] EWHC 2898 (Ch.); [2003] BCC 209

BRAC Rent-A-Car International Inc, High Court of Justice Chancery Division (Company Court), meddelat den 7 februari 2003, [2003] EWHC (Ch) 128

Norse Ferries and Cenargo Navigation Ltd, High Court of Justice Chancery Division, meddelat den 20 februari 2003 (ej rättsfallsreferat)

Re Stojevic, High Court of Justice, meddelat den 27 mars 2003; [2007] BPIR 141

Daisytek-ISA Ltd High Court of Justice Leeds, meddelat den 16 maj 2003, [2003] BCC 562; [2004] BPIR 30 (Ch D)

Crisscross Telecommunications Group, Re High Court London, Chancery Division, meddelat den 20 maj 2003 (ej rättsfallsreferat)

Ci4net.com Inc, High Court of Justice Chancery Division Leeds, meddelat den 20 maj 2004, [2005] BCC 277 (Ch D)

Parkside Flexibles SA, (Ch) Combined Court, Quayside, Newcastle-upon-Tyne, meddelat den 9 februari 2005, No.75

MG Rover I, High Court of Justice Chancery Division Birmingham, meddelat den 8 april 2005; 18 april 2005; [2005] EWHC 874 (Ch)

MG Rover II, High Court of Justice Birmingham, meddelat den 11 maj 2005, NZI 2005, 515

Collins & Aikman Europe SA (Collins & Aikman I), High Court of Justice (Chancery Division Companies Court), meddelat den 15 juli 2005, [2005] EWHC 1754 (Ch D); [2006] BCC 606; ZIP 2005, 647

Shierson v Vlieland-Boddy, Court of Appeal - Civil Division, meddelat den 27 juli 2005, [2005] EWCA Civ 974, [2005] 1 WLR 3966; [2005] BCC 949

MG Rover III, High Court of Justice Birmingham, meddelat den 30 mars 2006, NZI 2006, 416

Collins & Aikman II, High Court of Justice London, meddelat den 9 juni 2006; ZIP 2006, 2093

Hans Brochier Holdings Ltd v Exner (Hans Brochier Holdings Ltd I), High Court of Justice Chancery Division, meddelat den 4 augusti 2006; [2006] EWHC 2594 (Ch), [2007] BCC 127

Hans Brochier Holdings Ltd IV, High Court of Justice Chancery Division, meddelat den 8 december 2006, 6211/06, [2007] NZI 187 et seq.

Schefenacker, High Court of Justice, meddelat den 9 februari 2007 (ej rättsfallsreferat)

Official Receiver v Eichler, High Court of Justice; [2007] BPIR 1636

Lennox Holdings Plc, High Court Chancery Division, meddelat den 20 juni 2008, [2009] BCC 155

Stanford International Bank Ltd, Court of Appeal, meddelat den 25 februari 2010, [2009] EWHC 1441 (Ch); [2010] EWCA Civ 137; [2010] WLR (D) 55

Tyskland

Vierländer Bau Union Ltd, AG Hamburg, meddelat den 14 maj 2003, ZIP 22/2003, 1008

Supply Team GmbH/Daisytek ISA, AG Düsseldorf, meddelat den 6 juni 2003, (502 IN 126/03), ZIP 30/2003, 1363

Automold GmbH, High Court of Justice in Birmingham, meddelat den 19 decemer 2003 (ej rättsfallsreferat)

Supply Team GmbH/Daisytek ISA, AG i Düsseldorf, meddelat den 12 mars 2004, NZI 2004, 269; ZIP 2004, 623; IPRax 2004, 431

EMBIC, AG Mönchengladbach, meddelat den 27 april 2004, ZIP 22/2004, 1064

In Re Hettlage KghA, AG München, meddelat den 4 maj 2004, ZIP 2004, 962 (AG München Beschl v.4.5.2004-1501 IE 1276/04)

Zenith-Maschinenfabrik Austria GmbH, AG Siegen, meddelat den 1 juli 2004; NZI 2004, 673

Supply Team GmbH/Daisytek ISA, OLG Düsseldorf, meddelat den 9 juli 2004, RIW, 2005, 150

Hukla-Werke Matratzen und Polstermöbelfabriken GmbH, AG Offenburg, meddelat den 2 augusti 2004, NZI 2004, 673 (1 IN 133/04)

AG Celle, meddelat den 18 april 2005, EuZW 2005, 415

Deutsche Nickel, meddelat den 29 april 2005, High Court London, 2771/2005

AvCraft International Ltd, AG Weilheim, meddelat den 22 juni 2005, ZIP 2005, 1611

Hans Brochier Holdings Ltd II, AG Nürnberg, meddelat den 15 augusti 2006 (8004 IN 1326-1331/06); ZIP 2007, 81

Hans Brochier Holdings Ltd III, AG Nürnberg, meddelat den 1 oktober 2006; ZIP 2007, 179

BenQ II, AG München (2007), meddelat den 5 februari 2007, 1503 IE 4371/06

PIN Group SA, AG Köln, meddelat den 18 februari 2008, 73 IE 1/08, NZI 2008, 257

Frankrike

Daisytek ISA Ltd, Tribunal de commerce de Cergy-Pointoise, meddelat den 26 maj 2003

Daisytek ISA Ltd, Cour d'appel de Versailles, meddelat den 4 september 2003

SAS Rover France, Tribunal de commerce de Nanterre, meddelat den 19 maj 2005

EMTEC, Tribunal de commerce de Nanterre, meddelat den 15 februari 2006, BCC 681

Energotech SARL, Tribunal de Grande Instance Lure, meddelat den 29 mars 2006, [2007] BCC 123

Franska republiken mot Klempka, Cour de cassation, meddelat den 27 juni 2006, [2006] BCC 841

Eurotunnel Finance Ltd, Tribunal de commerce de Paris, meddelat den 2 augusti 2006 (ej rättsfallsreferat)

Belvédère SA, Tribunal de commerce Beaune, meddelat den 16 juli 2008

Italien

Cirio del Monte NV, Tribunale Roma, meddelat den 14 augusti 2003, Riv. dir. int. priv. proc. 40 [2004] 685 (ej rättsfallsreferat)

Cirio Holding Luxembourg SA, Tribunale Roma, meddelat den 26 november 2003, Riv. dir. int. priv. proc. 40 [2004] 690, ECL 2005/2, 71

Parmalat Netherlands BV, Tribunale Parma, meddelat den 4 februari 2004, Riv. dir. int. priv. proc. (2004) 693 *et seq.*

Eurofood – Tribunale di Parma, Tribunale civile e penale di Parma, meddelat den 19 februari 2004, [2004] ILPr14, 53/04

Eurofood - Tribunale Amministrativo Regionale, Tribunale Amministrativo Regionale, meddelat den 16 juni 2004

Giacomelli Sport España S.A, Tribunale di Rimini, meddelat den 6 april 2004, Giurisprudenza Italiana 2005 s.1199

Nederländerna

Re Interrexx Enterprises Limited, appellationsdomstolen i Haag, meddelat den 8 april 2003, R03/132 (ej rättsfallsreferat)

BenQ Mobile Holding BV (BenQ I), Rechtbank Amsterdam (Civillrättsavdelningen), meddelat den 31 januari 2007, [2008] BCC 489

Henzon Internationale Group BV, Rechtbank Roermond, meddelat den 17 november 2008

Irland

Eurofood – Dublin High Court, Dublin High Court, meddelat den 23 mars 2004, No 33, [2004] BCC 383

Eurofood – The Irish Supreme Court, Irish Supreme Court, (yttrande, ej beslut) meddelat den 27 juli 2004 [2004], IESC 45, BCC 999

Belgien

CGC Communication TC Bruxelles, Tribunal de commerce de Bruxelles, meddelat den 29 juli 2003, RG No G/03/02269

Electra Airlines Compagnie, Tribunal de commerce de Bruxelles, meddelat den 2 oktober 2003

Luxemburg

Silvalux Sarl, Tribunal de Luxembourg, meddelat den 15 april 2005 (II No 365/05)

Ungern

PARMALAT Slovakia sro, Municipality Court of Fejer/Székesfehérvár, meddelat den 14 juni 2004, ZInsO 2004, 861

Förarbeten

Europeiska unionen

Rapport angående konventionen om insolvensförfaranden, 6500/1/96 REV 1, DRS 8 (CFC) (av den 8 juli 1996). (Virgós/Schmitrapporten)

Rapport angående utkast till konvention om insolvensförfaranden (Europeiska gemenskapernas bulletin, supplement 2/82). (Lemontey-rapporten)

Sverige

Propositioner

Prop.1997/98:58 (*Amsterdamfördraget*)

Prop.2005/06:37 (*EU:s insolvensreglering*)

Departementsserien

Ds 2002:59 (*Europeisk insolvens*)

Litteratur

Coyle, B., *Cash Collection and Transmission*, 1:a upplagan, Fitzroy Dearborn Publishers, 2000

Dotevall, R., *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2:a upplagan, Norstedts Juridik, 2008

Finch, V., *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 1:a upplagan, Cambridge University Press, 2006

Fletcher, I. *Insolvency in Private International Law*, 1:a upplagan, Oxford University Press, 1999

Israël, J., *European Cross-Border Insolvency Regulation*, 1:a upplagan, Intersentia Publishers, 2005

LoPucki, L., *Courting Failure: How Competition for Big Cases is Corrupting the Bankruptcy Courts*, 1:a upplagan, University of Michigan Press, 2005

Martinez Ferber, M., *European Insolvency Regulation – Substantive Consolidation, the threat of Forum Shopping and a German Point of View*, 1:a upplagan, Ditmar Weiss, 2004

Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m.: En kommentar*, 1:a upplagan, Norstedts Juridik, 2002

Moss (Q.C.), G., Fletcher, F., & Isaacs (Q.C.), S., *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide*, 2:a upplagan, Oxford University Press, 2009

Möller, M., & Jönzén, J. (Red.), *Insolvensrättsligt forum 2005*, 1:a upplagan, Iustus förlag, 2006

Möller, M., & Jönzén, J. (Red.), *Insolvensrättsligt forum 2007*, 1:a upplagan, Iustus förlag, 2009

Omar, P., *European Insolvency Law*, 1:a upplagan, Ashgate, 2004

Pannen, K. (Ed.), *European Insolvency Regulation*, 1:a upplagan, De Gruyter Recht, 2007

Virgós, M., & Garcimartin, F., *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, 1:a upplagan, Kluwer Law International, 2004

Periodiskt tryck

Armour, J., *European Cross-Border Insolvencies: The Race Goes to the Swiftest?*, The Cambridge Law Journal (Vol.65 Part 3) 2006 s.505

Bachner, T., *The Battle over Jurisdiction in European Insolvency Law*, European Company and Financial Law Review (3) 2006 s.310

Balz, M., *The European Convention on Insolvency Proceedings*, American Bankruptcy Law Journal (70) 1996 s.485

Bariatti, S., *Recent Case-Law Concerning Jurisdiction and the Recognition of Judgments under the European Insolvency Regulation*, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (73) 2009 s.625

Berends, A. J., *The Eurofood Case: One Company, Two Main Insolvency Proceedings: Which One is the Real One?*, *Netherlands International Law Review* (2006) LIII: s.331

Bos, T. M., *The European Insolvency Regulation and the Harmonization of Private International Law in Europe*, *Netherlands International Law Review* (2003) L: s.31

Bufford, S. L., *Center of Main Interests, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice*, *Northwestern Journal of International Law and Business* (27) (2007) s.351

Dawson, K., *The Jurisdiction of the English Courts under the EC Regulation on Insolvency Proceedings*, *Insolvency Lawyer* (2003) s.226

Dawson, S., *Divided By A Common Language? English Court Goes In Different Direction To U.S On "COMI"*, *Mondaq Business Briefing* 23 september 2009

Diedrichsen, A., & Kömpf, N., *European Insolvency Regulation and Its Application in the Member States*, *Comparative Law Yearbook of International Business* (Vol 27) (2005) s.235

Doyle, L., *Commercial & Chancery: Brook of Rules*, *The Lawyer* 38, 21 september 2009

Eidenmüller, H., *Abuse of Law in European Insolvency Law*, European Company and Financial Law Review (1) 2009 s.1

Eidenmüller, H., *Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe*, European Business Organization Law Review (6) 2005 s.423

Enriques, L., & Gelter, M., *Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection*, European Business Organization Law Review (7) 2006 s.417

Flannery, G., & Nathanson, N., *Registration and Publication of Judgments Opening Insolvency Proceedings under the EC Regulation (with Reference to the Crisscross Communications Case)*, Insolvency Law and Practice 21 (2005) s.57

Fletcher, I. F., *UK Corporate Rescue: Recent Developments – Changes to Administrative Receivership, Administration, and Company Voluntary Arrangements – The Insolvency Act 2000, The White Paper 2001, and the Enterprise Act 2002*, European Business Organization Law Review (5) 2004 s.119-151

Franken, S. M., *Three Principles of Transnational Corporate Bankruptcy Law: A Review*, European Law Journal (Vol 11 No 2) March 2005 s.232

Früchtl, B., *Die Anwachsung gem. § 738 I 1 BGB – Unbeachteter Eckpfeiler und gestaltbares Instrument des Personengesellschaftsrechts*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (10) 2007 s.368

Gallagher, A., & Janjuah, R. K., *European Insolvency Regulation: German Court Blesses Change of COMI to Bolster Cross-Border Group Restructuring*, American Bankruptcy Institute Journal [september 2008] s.30

Geva, E. Z., *National Policy Objectives from an EU Perspective: UK Corporate Rescue and the European Insolvency Regulation – A Note on Hans Brochier Holdings Ltd v. Exner and Re Collins & Aikman Europe SA*, European Business Organization Law Review (8) 2007 s.605

Gottwald, *Le insolvenze trans-frontalier: tendenze e soluzioni europee e mondiali*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile (1999) s.149

Haravon, M., & Moss (Q.C.), G., “*Building Europe*” – *The French Case Law on COMI*, *Insolvency Intelligence* (2007) s.20

Hickmott, R., *Allen Stanford and Cross-Border Insolvency: Court of Appeal Decision*, *Mondaq Business Briefing* 2 mars 2010

Ho, L. C., *Cross-border fraud and cross-border insolvency: Proving COMI and seeking recognition under the UK Model Law*, *Journal of International Banking and Financial Law* (Vol 24 No 9) (2009) s.540

Inside Track Law & Business: Breach made in Frontiers of Debt, *Financial Times* (27 maj 2002)

Klempka, E., *The Centre of Main Interest and the Administration of Daisytek*, *International Corporate Rescue* 1 (2004) s. 27

LoPucki, L., *The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*, *Michigan Law Review* 98 (2000) s.2216

Lopucki, L., *Universalism Unravels*, *American Bankruptcy Law Journal* 79 (2005) s.143

Mankowski, P., *Kurzkommentar, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 14 (2003) s. 1767

Marks, D., & Smith, T., *EU Insolvency Update*, *Eurofenix* October 2002 s.4

McCormack, G., *Jurisdictional Competition and Forum Shopping in Insolvency Proceedings*, *Cambridge Law Journal* (Vol 68 No 1), 2009 s.169

Mellqvist, M., *Europeisk internationell insolvensjurisdiktion*, *Svensk Juristtidning (SvJT)* 2005 s.450

Mellqvist, M., *EU:s förordning om insolvensförfaranden – en följetong i europeisk insolvensrätt – del 1*, *Ny Juridik* (1) 2000 s.7

Mevorach, I., *The 'Home Country' of a Multinational Enterprise Group Facing Insolvency*, *International & Comparative Law Quarterly* (Vol 57) April 2008, s.427

Mevorach, I., *Jurisdiction in Insolvency: A Study of European Courts' Decisions*, Journal of Private International Law (Vol 6 Nr 2) augusti 2010 s.327

Mucciarelli, F. M., *The Transfer of the Registered Office and Forum-Shopping in International Insolvency Cases: an Important Decision from Italy – Case Note on the Decision “B & C” of the Italian Corte di Cassazione*, European Company and Financial Law Review (4) 2005 s.512

Pan European Companies. Limited Appeal, The Economist, den 17 september 2005 s.72 och s.77.

Paulus, C., rättsfallsreferat i *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* (14) 2003 s.709

Paulus, C., *Die EUInsVo – Wo geht die Reise hin?*, Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung (11) 2008 s.1

Ringe, W.-G., *Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation*, European Business Organization Law Review (9) 2008 s.579

Tarn, P., *Finding The Centre: COMI In A Multi-Jurisdictional World*, Mondaq Business Briefing 13 oktober 2009

Tilley, A., *European Restructuring Clarifying Trans-Atlantic Misconceptions*, Journal of Private Equity (Vol 8 No 2) 2005 s.99

Webb, L., & Butter, M., *Insolvency Proceedings: Shopping for the Best Forum*, Practical Law Company, december 2009 s.35

Wessels, B., *The Ongoing Struggle of Multinational Groups of Companies under the EC Insolvency Regulation*, European Company Law 6 No.4 [2009] s.169

Westbrook, J. L., *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, American Bankruptcy Law Journal 65 [1991] s.457

Winkler, M.M., *From Whipped Cream to Multibillion Euro Financial Collapse: The European Regulation on Translation Insolvency in Action*, Berkeley Journal of International Law 26 [2008] s.352

Internetlänkar

Artiklar

Wautelet, P., *Some Considerations on the Center of Main Interests as Jurisdictional Test under the European Insolvency Regulation*, tillgänglig på <http://orbi.ulg.ac.be/handle/2268/5912>, läst den 22 september 2010

Wessels, B., *Germany and Spain Lead Challenges Towards International Insolvencies in Europe*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010

Wessels, B., *International Bankruptcy Law. The European Union Insolvency Regulation: An Overview with Trans-Atlantic Elaborations*, tillgänglig på www.iiiglobal.org, läst den 24 september 2010

Wessels, B., *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in Particular Against (Groups of) Companies*, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de, läst den 25 september 2010

Wessels, B., *Moving House: Which Court Can Open Insolvency Proceedings?*, tillgänglig på www.iiiglobal.org, läst den 25 september 2010

Övrigt

Applications for permission to appeal, July 2010, <http://www.supremecourt.gov.uk/docs/PTA-1007.pdf>, läst den 22 september 2010

Becht, M., Mayer, C., & Wagner, F. H., *Corporate Mobility and the Costs of Regulation*, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No 70/2006, tillgänglig på www.econ.upf.edu/docs/seminars/mayer.pdf, läst den 1 oktober 2010

Cross-Border Restructuring: Issues and Insights – A Bingham Roundtable, http://38.114.160.86/ExternalObjects/docs/Debtwire_FRGWhitepaper2009_USVol2.pdf, läst den 27 september 2010

DNick Holding Plc, *Annual Report 2005*, tillgänglig på <http://www.dnickholding.de/englisch/>, läst den 22 augusti 2010

Insolvency Law Forum, *BenQ: The Importance of Making the First Strike*, http://www.insolvencylawforum.co.uk/index.php?option=com_content&view=article&id=82:benq-the-importance-of-making-the-first-strike&catid=8:opinion-posts&Itemid=20, läst den 16 september 2010

Moss (QC), G., *Skeleton Argument on Behalf of the Petitioner (Enron Directo SL)*, tillgänglig på http://www.iiiglobal.org/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=57&task=view.download&cid=407, läst den 9 september 2010