



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Juridiska Institutionen
Juris kandidatprogrammet
Examensarbete
30 poäng

Centre of main interests

*Något om platsen för ett koncernbolags
huvudsakliga intressen
vid gränsöverskridande insolvens inom EU*

Ämnesområden: Associationsrätt och insolvensrätt
Handledare: Rolf Dotevall
Författare: Anna Sandlund

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (SFS 2005:551).
COMI	Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen (Centre Of Main Interests).
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol, EG-domstolens nya namn genom Lissabonfördraget 1 december 2009. Används även för tiden före detta datum.
EUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, tidigare EG-fördraget.
IF	Rådets förordning nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden.
KonkL	Konkurslagen (SFS 1987:672).
RB	Rättegångsbalk (SFS 1942:740).
UNCITRAL	Förenta Nationernas kommission för internationell handelsrätt (The United Nations Commission on International Trade Law).
ÅRL	Årsredovisningslagen (SFS 1995:1554).

Innehållsförteckning

Förkortningar	2
1. Inledning	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och avgränsning	6
1.3 Metod och disposition	6
2. Gränsöverskridande insolvens för koncernbolag	7
2.1 Introduktion	7
2.1.1 Allmänt om gränsöverskridande insolvens inom EU	7
2.1.1.1 Bakgrund	7
2.1.1.2 Svensk internationell konkursjurisdiktion.....	9
2.1.1.3 Insolvensförordningen.....	10
2.1.2 Vad är en koncern?	11
2.1.2.1 Den svenska koncerndefinitionen	11
2.1.2.2 Gränsöverskridande koncerner.....	13
2.2 Presumtion sätet	15
2.3 Praxis	16
2.3.1 EU-domstolen	16
2.3.1.1 Eurofood.....	16
2.3.1.2 Probud	19
2.3.2 Nationell rättspraxis inom EU	19
2.3.2.1 Svenska hovrättsfall	19
2.3.2.2 Övriga medlemsländers rättspraxis	21
2.4 Analys.....	21
2.4.1 COMI räckvidd	22
2.4.1.1 Den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen.....	22
2.4.1.2 Tredje man	27
2.4.1.3 Rättssäkerhet och förutsebarhet	29
2.4.2 Moderbolagets kontroll.....	31
2.4.3 COMI och EU-rättsliga principer?	33
2.4.4 Övriga anknytningsfakta.....	35
2.4.4.1 Avsaknad av rättslig struktur	35
2.4.4.2 Listor med anknytningskriterier	36

2.4.5 UNCITRAL:s modellag.....	37
2.5 De lege ferenda.....	39
3. Sammanfattande slutsatser	40
4. Avslutande kommentarer	42
Källförteckning	45

1. Inledning

1.1 Bakgrund

I takt med att den internationella handeln ökar rör sig fler och fler företag över de europeiska landsgränserna. Ägare, verksamhet, tillgångar och kunder behöver inte längre finnas enbart i ett land. Numera är det dessutom vanligt att företag från olika länder grupperar sig och bildar gränsöverskridande organisationer, något som innebär att företagen kan komma i kontakt med, och vara underkastade, flera olika jurisdiktioner.¹

Insolvensrätten har av tradition baserats på nationell lagstiftning, men i och med den ökande mängden gränsöverskridande företag har det blivit aktuellt med en harmonisering på området. Risken är annars att företagen eller andra parter kan utnyttja att internationell reglering saknas genom att välja att inleda insolvensförfaranden inom en jurisdiktion med en för vissa parter mer fördelaktig lagstiftning.

Historiskt sett har stater löst problem med gränsöverskridande insolvens genom bilaterala avtal. Sedan år 2002 gäller dock Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 om insolvensförfaranden (insolvensförordningen, IF) inom EU. IF syftar till att bland annat klargöra inom vilken jurisdiktion ett insolvensförfarande ska inledas. Det finns även andra internationella organisationer som försöker hitta lösningar inom det gränsöverskridande insolvensrättsliga området, till exempel FN:s kommission för internationell handelsrätt (UNCITRAL), International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals (INSOL) och The International Bar Association (IBA).

Alla frågor som kan uppkomma vid gränsöverskridande insolvens inom EU har dock inte blivit lösta genom tillkomsten av IF. Bland annat innehåller IF vaga begrepp som kan försvåra dess tolkning och frågan om ett gemensamt insolvensförfarande för koncernbolag behandlas inte.²

¹ Se vidare IF ingresspunkt 3, Ds 2007:6. s 24 ff. samt Omar s 27.

² Ds 2007:6. s 31.

1.2 Syfte och avgränsning

Enligt IF ska ett insolvensförfarande inledas inom den jurisdiktion där *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* (COMI)³ finns. För juridiska personer presumeras denna plats vara i samma jurisdiktion som gäldenärens säte, IF art 3.1.

Syftet med den här uppsatsen är att undersöka när presumptionen för sätet såsom gäldenärens COMI kan frångås, då gäldenären är ett dotterbolag till ett moderbolag med säte i ett annat europeiskt medlemsland än gäldenären, vid tillämpning av IF art 3.1.

Som framgår av syftet med uppsatsen behandlas alltså endast den mycket avgränsade fråga om var ett insolvensförfarande ska inledas för ett koncernbolag. Detta innebär att begreppet COMI inte kommer att behandlas annat än vad som är relevant för att uppnå syftet. Frågor utöver just *var* insolvensförfarande ska inledas bortses från, till exempel tidpunkten för inledandet, lagvalsregler och ordre public. Inte heller kommer sekundära eller territoriella insolvensförfaranden att behandlas.

Uppsatsen behandlar vidare endast bolag som kan antas ha sitt COMI inom EU och i den mån nationell rätt kan bli relevant ligger fokus på svensk rätt. Svensk rätt kommer dock endast att belysas när det är av betydelse vid bestämmandet av svensk internationell insolvensjurisdiktion för juridiska personer inom EU.

Fokus i denna uppsats ligger alltså på att undersöka betydelsen för en gäldenär av att den ingår i en koncern vid inledandet av ett eventuellt konkursförfarande. Detta innebär att frågan om ett gemensamt insolvensförfarande för bolag i en koncern bortses från, liksom företagsrekonstruktion m.m.

1.3 Metod och disposition

Rättsfrågan i denna uppsats undersöks genom rättsdogmatisk metod. Detta innebär att gällande lagstiftning, förarbeten, praxis och den litteratur som finns på området analyseras och diskuteras.

Uppsatsen inleds med ett introducerande avsnitt om koncernbegreppet och gränsöverskridande insolvens. Därefter följer en fördjupande del där frågan om ”rätt” jurisdiktion vid gränsöverskridande insolvens för koncernbolag undersöks

³ COMI är den engelska översättningen av platsen för gäldenärens huvudsakliga intresse och står för ”Centre Of Main Interest”. Förkortningen används ofta i litteraturen och därför även i denna uppsats.

och analyseras. Avslutningsvis följer sedan ett avsnitt med slutsatser och reflektioner.

Redan här i inledningen finns anledning att diskutera en fråga som rör rättsskälälära. Under den tid som har gått före det att dagens IF såg sitt ljus fanns ett antal olika utkast till insolvenskonventioner framme för diskussion inom EU. Ett av dessa utkast hann få en förklarande rapport innan konventionen lämnades åt sidan 1995. Mellqvist, Mevorach och Berends anser att denna förklarande rapport innehåller viktiga uttalanden för tolkningen av IF eftersom IF och konventionen uppvisar vissa likheter.⁴ Enligt Mevorach är den förklarande rapporten och ingressen till förordningen de huvudsakliga tolkningsinstrumenten för IF.

Den konvention som förklarande rapporten tolkar gick dock aldrig igenom och den förklarande rapportens rättsliga status kan dessutom ifrågasättas eftersom den i sig aldrig skulle bli konventionstext. Berends framhåller även att rapporten aldrig blev färdigställd samt att den inte har någon särskild rättslig status eftersom den aldrig officiellt antogs som Förklarande Rapport. Enligt min mening torde, med anledning av det anförda, innehållet i förklarande rapporten tolkas med stor försiktighet. Frågan är om den kan ha en högre rättslig status än övrig doktrin. Om detta är korrekt eller inte kan givetvis diskuteras och klart är att de som skrev förklarande rapporten var insatta i arbetet med att framställa den konvention som rapporten hörde till.⁵ I den mån den förklarande rapporten behandlas i denna uppsats kommer den att behandlas på samma sätt som övrig litteratur.

2. Gränsöverskridande insolvens för koncernbolag

2.1 Introduktion

2.1.1 Allmänt om gränsöverskridande insolvens inom EU

2.1.1.1 Bakgrund

Historiskt sett har insolvensrätten sedan länge präglats av nationalism. Varje land har försökt lagstifta för att inkludera så många insolvensförfaranden som möjligt under det egna landets jurisdiktion.⁶ För att försöka lösa problematiken kring internationell insolvensjurisdiktion har länder ingått bilaterala överenskommelser;

⁴ Berends s 340, Mellqvist, KIF, s 46 f., Mevorach, Insolvency within Multinational Enterprise Groups, s 91 samt förklarande rapporten.

⁵ Mellqvist, KIF, s 47, som även innehåller en fördjupad diskussion.

⁶ Ds 2007:6. s 25, Gullifer s 111 samt Mellqvist, KIF, s 31.

inom norden finns till exempel den Nordiska konkurskonventionen från 1933.⁷ Internationella organisationer såsom bland annat Världsbanken, Internationella Valutafonden samt UNCITRAL, har också engagerat sig i gränsöverskridande insolvens.⁸

EU, och det som skulle bli EU, har arbetat med gränsöverskridande insolvens sedan åtminstone 1960-talet.⁹ Dagens IF har föregåtts av ett antal utkast till konventioner som aldrig lyckades gå igenom. Anledningen till de svårigheter som medlemsländerna har haft att komma överens är att insolvensrätten är ett komplicerat område där ländernas olika rättsordningar skiljer sig åt. Medlemsländerna kan dessutom ha olika uppfattningar om hur långt den internationella regleringen ska gå och vilka intressen som är viktiga. Detta har blivit ytterligare markerat när EU har fått fler medlemsländer och därigenom måste ta hänsyn till fler jurisdiktioner.¹⁰

I doktrin brukar gränsöverskridande insolvens generellt sägas baseras på två principer, universalitetsprincipen och territorialprincipen.¹¹

Universalitetsprincipen innebär kortfattat att ett insolvensförfarande ska omfatta samtliga av gäldenärens tillgångar och borgenärer samt att förfarandet endast ska ske i ett land. Ytterligare ett möjligt kriterium är att insolvensförfarandet även ska ges rättsverkningar i alla länder. En förutsättning för universalitetsprincipen är att insolvensförfarandet kan anknytas till ett land, till exempel gäldenärens hemland, men ibland kan det vara svårt att lokalisera ett land som exklusivt uppfyller ett anknytningskriterium och som respekteras av andra jurisdiktioner. För att universalitetsprincipen ska fungera krävs antagligen internationell harmonisering av konkursrätten och någon form av överstatligt beslutsfattande. Med tanke på de stora skillnader som finns mellan staternas konkurslagsrätt är dock en total harmonisering inom detta område inte realistisk idag.¹²

Territorialprincipen innebär att endast den egendom som finns inom en jurisdiktions territorium ingår i en konkurs. Detta innebär dock att om en gäldenär har egendom i flera jurisdiktioner kan enbart en del av egendomen ingå i konkursförfarandet. Om konkursförfaranden inleds i andra jurisdiktioner är det inte säkert att konkurserna samordnas.¹³

Doktrin har även framfört förslag på en modifierad universalitetsprincip. IF kan sägas utgöra ett exempel på detta eftersom det är möjligt att inleda regionala

⁷ Ds 2007:6. s 26 och 75. För fler historiska och aktuella exempel på bilaterala avtal avseende gränsöverskridande insolvens se Wessels s 71-100.

⁸ Ds 2007:6. s 25 och 27.

⁹ Mellqvist, KIF, s 39-40, se mer om detta i Moss s 2-16.

¹⁰ Ds 2007:6. s 76, Dotevall SvJT 06 s 885 samt Omar s 64-67. Se även Wessels s 10 ff.

¹¹ Ds 2007:6. s 35 ff., Omar s 42 samt Wessels s 40-48.

¹² IF ingresspunkt 3 och 11, Ds 2007:6. s 36-38 samt Omar s 45-49.

¹³ Ds 2007:6. s 37-38 samt Omar s 42-45.

insolvensförfaranden som är underordnade universella förfaranden.¹⁴ Även andra typer av kombinationer mellan universalitets- och territorialprinciperna har diskuterats.¹⁵

2.1.1.2 Svensk internationell konkursjurisdiktion

Enligt Mellqvist är den svenska internationella insolvensrätten outvecklad. Det finns inga lagfästa regler, bortsett från IF och den Nordiska konkurskonventionen, som direkt behandlar svensk konkursjurisdiktion.¹⁶

Hur bestäms då att svensk rätt ska gälla vid en konkurs? Enligt Bogdan och Mellqvist skiljer svensk rätt mellan domicilkonkurs och särkonkurs.

Domicilkonkurs innebär att en gäldenär som har sin hemvist i Sverige även går i konkurs i Sverige och därmed omfattas av svensk lag. För juridiska personer motsvarar hemvist den ort där styrelsen har sitt säte och i andra hand där förvaltningen förs. Genom att en gäldenär som har sin hemvist i Sverige går i konkurs här, utesluts alla andra jurisdiktioner. All egendom som gäldenären har, även i andra länder, inkluderas i konkursen.¹⁷

Bogdan och Mellqvist påpekar att den svenska jurisdiktionen för domicilkonkurs grundar sig på en analogi från RB 10 kap 1§ och att en sådan analogi kan ifrågasättas. Idag är dock denna reglering om jurisdiktion vid domicilkonkurs överspelad genom tillkomsten av IF när det gäller insolvensförfaranden avseende juridiska personer inom EU.¹⁸

Den andra formen av svensk internationell konkursjurisdiktion är enligt Mellqvist särkonkurs, som baseras på RB 10 kap 3 § 1:a meningen eller 10 kap 4 §. En särkonkurs kan inledas i Sverige om gäldenären har egendom och/eller en förpliktelse i Sverige. Vid en särkonkurs omfattas dock endast den egendom som finns i Sverige. Detta följer av territorialprincipen. Precis som i fallet med domicilkonkurs, gäller dock numera IF vid bestämmandet av konkursjurisdiktion inom EU.¹⁹

Av ovan sagda följer att det i princip krävs att gäldenären har sin hemvist i Sverige för att det ska gå att inleda ett universellt konkursförfarande i Sverige enligt svensk rätt. Eftersom IF gäller som svensk lag är det dock numera IF som bestämmer konkursjurisdiktion inom EU. Därmed kommer inte analogin till RB att behandlas vidare i denna uppsats.

¹⁴ Ds 2007:6. s 39 samt Mellqvist, KIF, s 48.

¹⁵ Omar s 50-53.

¹⁶ Ds 2007:6. s 33 och 39.

¹⁷ Se konkl 2 kap 1 § och RB 10 kap 1 § samt Bogdan s 341 f. samt Mellqvist, KIF, s 31 f.

¹⁸ Prop 2005/06:37 s 29, Bogdan s 116, 340 samt Mellqvist, KIF, s 32.

¹⁹ Mellqvist, KIF, s 32.

2.1.1.3 Insolvensförordningen

IF trädde i kraft den 31 maj 2002 och gäller sedan dess direkt som lag i Sverige, utan krav på implementering.²⁰ Detta gäller samtliga medlemsländer, förutom Danmark som har valt att ställa sig utanför, IF ingresspunkt 33. Förordningen har kompletterats i Sverige genom lag (2005:1046) med kompletterande bestämmelser till insolvensförordningen.

IF är tillämplig avseende insolvensförfaranden både för juridiska och fysiska personer inom EU, men försäkringsföretag, kreditinstitut och vissa investmentföretag utesluts dock eftersom dessa institut omfattas av annan särskild reglering.²¹

Enligt IF är det möjligt att inleda tre typer av insolvensförfaranden. Det första, som förevarande uppsats är inriktad på, kallas i förordningen för huvudförfarande och inleds i den medlemsstat inom vars territorium *platsen för gäldenärens huvudsakliga intresse* (COMI) finns, IF art 3.1. Huvudförfaranden har allmän räckvidd och avser att omfatta gäldenärens samtliga tillgångar, IF ingresspunkt 12.

De övriga två förfarandena är sekundärförfarande och territoriellt begränsat förfarande. För att inleda sådana förfaranden krävs det att gäldenären har ett driftställe i det land förfarandet inleds och att gäldenärens COMI finns inom ett annat medlemsland, IF art 3.2-3.4 jfr ingresspunkt 14. Ett sekundärförfarande sker parallellt med ett huvudförfarande men i ett annat medlemsland, medan ett territoriellt begränsat förfarande kan inledas utan att det samtidigt sker ett huvudförfarande. Båda dessa senare förfaranden omfattar dock endast de av gäldenärens tillgångar som finns inom det medlemslands territorium där förfarandet inleds.

Ett territoriellt begränsat förfarande och ett sekundärförfarande omfattar alltså endast en del av gäldenärens tillgångar, i enlighet med territorialprincipen. Ett huvudförfarande är däremot universellt. IF kan därmed sägas vara en kombination mellan territorial- och universalitetsprincipen.²²

Vid ett huvudförfarande ska lagen i den medlemsstat inom vars territorium insolvensförfarandet inletts, vara tillämplig på insolvensförfarandet och dess verkningar, om inget annat anges i IF, IF art 4.1. En medlemsstat får vägra att erkänna ett insolvensförfarande som har inletts i en annan stat eller vägra att verkställa ett beslut som har fattats i samband med förfarandet, om verkningarna av en sådan verkställighet skulle vara uppenbart oförenliga med grunderna för statens rättsordning, särskilt vad gäller statens grundläggande rättsprinciper och

²⁰ IF ingresspunkt 8, EUF art 288 (tidigare EG-fördraget art 249) samt Moss s 21, 24.

²¹ Om de uteslutna företagen, se vidare IF ingresspunkt 9.

²² Ds 2007:6. s 39.

individens grundlagsenliga fri- och rättigheter, IF art 26. Som huvudregel ska dock beslut erkännas enligt principen om ömsesidigt erkännande, IF art 16 och 25. Valet av jurisdiktion får alltså stor betydelse eftersom det innebär ett lagval och att beslutet dessutom ska erkännas av andra medlemsländer.

IF är ingen insolvensrättslig lag. Syftet bakom förordningen är istället att harmonisera de europeiska medlemsländernas regelverk för att förenkla förfarandet vid gränsöverskridande insolvens.²³

2.1.2 Vad är en koncern?

Syftet med detta avsnitt är att ge en kort introduktion till begreppet koncern. En sådan allmän genomgång är nödvändig för förståelsen av följande avsnitt, som behandlar gränsöverskridande insolvens för koncernbolag. Begreppet koncern måste alltså definieras för att det ska gå att avgöra vilken betydelse det kan få för en gäldenär att ingå i en koncern vid fastställandet av insolvensjurisdiktion.

2.1.2.1 Den svenska koncerndefinitionen

Koncerner finns definierade i ÅRL 1 kap 1-4 §, lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar 1 kap 4 § samt ABL 1 kap 11 §.²⁴ Definitionerna i de olika lagarna överensstämmer i stort.

Enligt ABL bildas en koncern när ett svenskt aktiebolag, moderbolaget, har fått bestämmande inflytande över ett annat bolag, dotterbolaget, på ett av de fyra sätt som finns uppräknade i ABL 1 kap 11 §. För att de svenska reglerna ska bli tillämpliga krävs alltså att moderbolaget är svenskt. Om moderbolaget är ett bolag som är registrerat i utlandet, tillämpas istället hemlandets lagstiftning.²⁵ Dotterbolaget däremot kan vara både svenskt och utländskt och det enda kravet som ställs i ABL är att dotterbolaget är en juridisk person.

Kortfattat kan en koncern alltså bildas på fyra olika sätt enligt ABL 1 kap 11 § p 1-4. Det första är vid röstmajoritet, det vill säga när moderbolaget innehar mer än hälften av rösterna i dotterbolaget. Det andra sättet är när det finns ett avtal, till exempel ett aktieägaravtal, som ger en delägare mer än hälften av rösterna i dotterbolaget. Vidare kan en koncern anses ha uppstått om en delägare har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av bolagets styrelse. Det sista sättet som en koncern kan bildas på är när en delägare har ett avtal eller liknande med dotterbolaget som innebär att delägaren ska ha bestämmande inflytande över dotterbolaget. Eftersom det inte är möjligt för svenska aktiebolag att avhända sig befogenhet i bolagsordningen, gäller denna sista punkt dock endast utländska

²³ Prop 2005/06:37 s 23 samt Jönzén s 88.

²⁴ Dotevall, Samarbete i bolag, s 69.

²⁵ Af Sandeberg s 35-36.

dotterbolag.²⁶ En koncern kan även bildas vid indirekt aktie- eller andelsinnehav, ABL 1 kap 11 § 2st.

För att återknyta till ÅRL och lagen om ekonomiska föreningars koncerndefinitioner, är skillnaden mellan dessa lagars definitioner och ABL marginella. Enligt ÅRL kan även handelsbolag, förutom aktiebolag, dock vara moderbolag i en koncern. ÅRL:s reglering avseende koncerner baseras på ett europeiskt direktiv²⁷, som behandlar när företag ska ha en sammanställd redovisning. ÅRL:s koncerndefinition får betydelse vid frågor rörande redovisning och skatterätt,²⁸ medan ABL:s koncerndefinition däremot används vid aktiebolagsrättsliga frågor. Lagen om ekonomiska föreningar anger när en ekonomisk förening kan vara en moderförening, men definitionen är uppbyggd på samma sätt som i ABL.

Förutom koncerner, innehåller ÅRL dessutom regler rörande intresseföretag, ett begrepp som saknas i ABL. Ett intresseföretagsförhållande har uppstått när ett handelsbolag eller aktiebolag äger och utövar ett betydande inflytande över en juridisk persons, intresseföretagets, driftmässiga och finansiella styrning. Förhållandet får dock inte utgöra en koncern. Om ett bolag innehar minst 20 procent av rösterna i en juridisk person presumeras det handla om ett intresseföretagsförhållande. Precis som för koncerner kan även indirekt innehav genom dotterbolag leda till att ett intresseföretagsförhållande har uppstått, se vidare ÅRL 1 kap 3 § samt 5 §.

Vad innebär det då för ett bolag att det ingår i en koncern? Utgångspunkten i svensk rätt är att varje bolag ska ses som en separat ekonomisk enhet. Detta följer bland annat av att aktieägare i princip inte har något personligt ansvar för bolagets förpliktelser samt att aktiebolag genom registreringen får rättskapacitet, ABL 1 kap 3-4 §§ och 24-26 §§. Aktieägare svarar alltså som huvudregel bara med det aktiekapital som de har betalat in till bolaget.²⁹

Undantagen till principen om att aktiebolag är separata ekonomiska enheter, är bland annat att koncernredovisning m.m. ska upprättas i enlighet med ÅRL 7 kap, upplysningsplikt för styrelsen i ett koncernbolag om andra koncernbolag enligt ABL 7 kap 32 §, ÅRL 1 kap 7 § samt undantaget från låneförbudet för koncernbolag i ABL 21 kap. Enligt ABL 29 kap 3 § kan en aktieägare dömas till skadeståndsansvar för att i vissa fall ha medverkat till en överträdelse av ABL, ÅRL eller bolagsordningen. ABL 25 kap 19 § anger dessutom att aktieägare kan dömas till ansvar i särskilda fall vid insolvens. I vissa fall har även ansvars-

²⁶ Af Sandeberg s 38.

²⁷ Rådets direktiv 83/349/EEG av den 13 juni 1983 om sammanställd redovisning, jfr art 1.1, 2.1 samt art 3.2.

²⁸ Af Sandeberg s 35.

²⁹ Af Sandeberg s 27.

genombrott kunnat ske när ett moderbolag har lagt särskilt riskabel verksamhet hos ett kapitalsvagt dotterbolag, särskilt vid miljöbrott.³⁰

Som en kort notering kan observeras att bolag alltså kan utnyttja principen om att de är separata ekonomiska enheter och bilda en koncern. Såsom aktieägare, riskerar som nämnts ett bolag i princip inte mer än det kapital som det har satsat i det nya bolaget genom att köpa aktier. Detta innebär att ett moderbolag, med beaktande av undantagen, till exempel kan starta och äga dotterbolag med riskabel verksamhet i ett annat land och på så sätt begränsa den risk det skulle ha inneburit att själv gå in i landet.³¹ En annan vanlig konstruktion är att ett moderbolag, som inte har någon självständig verksamhet, ett så kallat holdingbolag, äger och styr verksamheten i ett antal dotterbolag.³²

Sammantaget definieras en koncern i Sverige som ett svenskt moderbolag som har bestämmande inflytande på olika sätt över ett dotterbolag. Koncerndefinitionen har betydelse för regleringen avseende bolagens redovisning samt skatte- och aktiebolagsrättsligt. Som huvudregel gäller dock att varje bolag är en separat ekonomisk enhet och att ansvar som regel stannar vid bolaget. I den fortsatta framställningen kommer denna svenska definition av koncerner att användas vid analysen av var ett insolvensförfarande ska inledas avseende ett koncernbolag.

2.1.2.2 Gränsöverskridande koncerner

För att en koncern ska omfattas av de svenska koncernreglerna krävs alltså att moderbolaget är svenskt. Dotterbolaget kan dock ha vilken nationalitet som helst, så länge det är en juridisk person i hemlandet, ABL 1 kap 11 §. Detta innebär att en svensk koncern kan vara gränsöverskridande till exempel genom att ett dotterbolag är utländskt.

Här kan det vara intressant att kort reflektera över om det finns någon allmänt accepterad definition av koncerner inom EU. Det finns det dock inte. Detta beror på att medlemsländerna inte har kunnat komma överens om en sådan eftersom de har olika syn dels på hur bolag bildas och dels på vad en koncern kan vara.³³ Som nämnts finns det dock en definition av sammanslutningar av företag som överensstämmer med den svenska koncerndefinitionen i direktiv 83/349/EG. Direktivet behandlar när företag ska upprätta en sammanställd redovisning.

Definitionen av koncerner, eller grupper av företag, diskuteras dock inom EU. Till exempel menar Mevorach att det finns två huvudtyper av gränsöverskridande koncerner. Den ena baserar sig på ägande och de vanligaste typerna av sådana koncerner är antingen i pyramidform eller baserade på gemensamt ägande.

³⁰ Se prop 2004/05:85 s 511 samt exempelvis NJA 1947 s 647, 1975 s 45, 1982 s 375.

³¹ Mevorach, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, s 10.

³² Af Sandeberg s 35.

³³ Dotevall SvJT 06 s 885, Mevorach, *Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View*, s 182.

Koncerner i pyramidform har en struktur där moderbolaget äger och har kontroll över de övriga bolagen. I en gemensamt ägd koncern har istället två eller fler bolag gått samman och äger ett eller fler andra bolag. Ett annat alternativ till gemensamt ägande är bolag som äger delar av varandra och har en koordinerad förvaltning.³⁴

Den andra stora typen av koncerner är, enligt Mevorach, de som är skapade genom kontrakt, till exempel bolag som ingår i olika typer av nätverk, franchise- eller licensavtal. Det är möjligt för bolag att organisera sig på många olika sätt, den klassiska pyramidformen är alltså inte den enda möjligheten. Mevorach menar dock att enstaka, tillfälliga samarbeten, kollektiv dominans eller kredit- och borgenärsförhållanden, inte kan anses som koncerner.³⁵

Mevorach anser alltså att definitionen av en gränsöverskridande koncern bör vara en grupp av två eller fler företag, som finns i olika länder med olika jurisdiktion. Det bör finnas ett mått av kontroll eller koordination mellan bolagen, till exempel genom ägande eller kontrakt. Det är dock oklart vilken grad av integration mellan bolag som ska krävas för att en grupp av bolag ska anses vara en koncern.³⁶

Inom FN har UNCITRAL tillsatt en arbetsgrupp för att få fram en modellag som ska gälla för koncerner vid gränsöverskridande insolvens. Den 21 juli 2010 släpptes en förhandsutgivning av modellagen och där finns en definition av så kallade ”grupper av företag” samt en guide till tolkning av modellagen.³⁷

För att få kallas en grupp av företag enligt UNCITRAL, krävs att det rör sig om två eller fler bolag som är sammankopplade genom kontroll eller betydande ägande. Kontroll innebär att ha förmågan att direkt eller indirekt bestämma operativa- eller finansiella strategier för ett annat bolag.³⁸ UNCITRAL skriver dock att grupper av företag kan se mycket olika ut och att det därför är svårt att definiera en grupp. Modellagen är dessutom inte bindande och koncerndefinitionen kan därför anpassas till nationell lagstiftning.³⁹

Sammanfattningsvis finns det inte någon allmänt accepterad definition av koncerner inom EU. Både den svenska definitionen av koncerner, EG-direktivet och UNCITRAL:s definition av grupper av företag, baseras dock på någon form av kontroll eller ägande från moderbolaget över dotterbolaget. För att koncernen ska vara gränsöverskridande krävs att minst två av koncernbolagen har sina säten i

³⁴ Mevorach, The “home country” of a multinational enterprise group facing insolvency, s 429 ff.

³⁵ Mevorach, The “home country” of a multinational enterprise group facing insolvency, s 429 ff. samt Mevorach, Insolvency within Multinational Enterprise Groups, s 14-24.

³⁶ Mevorach, Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View, s 186 samt Mevorach, Insolvency within Multinational Enterprise Groups, s 21.

³⁷ UNCITRAL 2010.

³⁸ UNCITRAL 2010 s 4.

³⁹ UNCITRAL 2010 s 5, se även s 5- 16 för en djupare diskussion kring koncerners olika möjliga strukturer.

olika europeiska medlemsländer. Eftersom det saknas en europeisk definition av koncerner kommer som nämnts tidigare, denna uppsats att baseras på den svenska definitionen av gränsöverskridande koncerner.

2.2 Presumtion sätet

Ett insolvensförfarande ska alltså inledas i den jurisdiktion inom vars territorium gäldenärens COMI finns. Vad är då en gäldenärs COMI och kan det faktum att gäldenären ingår i en koncern, där moderbolaget har sitt säte i ett annat medlemsland, påverka, och i så fall på vilket sätt, var gäldenärens COMI är beläget? IF behandlar inte uttryckligen koncerner, något som kanske inte är så märkligt med tanke på att det inte finns en accepterad koncerndefinition inom EU. Detta behöver dock inte innebära att det faktum att en gäldenär ingår i en koncern helt ska bortses från vid bedömningen av inom vilken jurisdiktion ett insolvensförfarande ska äga rum.

För en juridisk person ska COMI som huvudregel anses finnas på den plats där den juridiska personen har sitt säte, om inget annat visas, IF art 3.1. Detta innebär alltså att COMI presumeras vara vid gäldenärens säte. Frågan är när denna presumtion kan frångås.

IF inleds med en ingress som kan användas vid tolkningen av artiklarna i IF. Här måste dock understrykas att ingressen inte har samma juridiska status som förordningstexten och därför måste tolkas med försiktighet.⁴⁰ Enligt IF ingresspunkt 13 bör COMI motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man.

En enkel tolkning av IF art 3.1 i kombination med IF ingresspunkt 13 innebär med andra ord att presumtionen för sätet som gäldenärens COMI kan frångås om det visar sig att gäldenärens COMI finns någon annanstans, art 3.1, och här ska hänsyn tas till var gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man, ingresspunkt 13.

Vid första anblick kan IF alltså tolkas som att det är möjligt att det faktum att gäldenären ingår i en koncern, där moderbolaget finns i ett annat medlemsland, kan påverka bedömningen av gäldenärens COMI och därmed inom vilken jurisdiktion som ett huvudförfarande ska inledas. Till exempel skulle det kunna

⁴⁰ Ingressens juridiska status kan givetvis diskuteras, liksom juridisk status och rättskälletära i allmänhet. Ingresspunkterna är dock ingen rättskälla, det är endast artiklarna som har antagits som lagtext. Enligt Mellqvist kan ingressen dessutom ge uttryck för en ”begravd oenighet” mellan medlemsländerna och bör därför tolkas med försiktighet. Se vidare om detta i Berends s 349 samt Mellqvist, KIF, s 46.

vara möjligt att en gäldenärs verksamhet vanligtvis förvaltas från dess moderbolag. Om detta är fastställbart för tredje man borde sätespresumtionen kunna frångås och ett insolvensförfarande avseende gäldenären inledas i moderbolagets jurisdiktion. Begreppen ”COMI”, ”vanligtvis förvaltar sina intressen” samt ”fastställbart för tredje man” i IF art 3.1 och ingresspunkt 13, är dock inte tillräckligt tydliga för att bekräfta en sådan tolkning.

2.3 Praxis

2.3.1 EU-domstolen

2.3.1.1 Eurofood

År 2006 gjorde EU-domstolen ett försök att förtydliga inom vilken jurisdiktion ett insolvensförfarande ska inledas när gäldenären ingår i en koncern, i det så kallade Eurofoodmålet.⁴¹ Bakgrunden i fallet var att det irländska dotterbolaget Eurofood hade försatts i konkurs både i Irland, där bolaget hade sitt säte, och i Italien, där moderbolaget hade sitt säte. EU-domstolen kom fram till att Eurofoods COMI fanns i Irland och att det därför enbart var den irländska domstolen som hade behörighet att fortsätta insolvensförfarandet.

Moderbolagets och dotterbolagets säten var alltså belägna i två olika medlemsstater. EU-domstolen konstaterade att Eurofood förvaltade sina intressen på ett sätt som var fastställbart för tredje man på platsen för sitt säte, jfr IF ingresspunkt 13. Moderbolaget å sin sida ägde alla aktier i Eurofood och hade befogenhet att utse företagsledningen, vilket innebar att moderbolaget kunde utöva kontroll över dotterbolagets verksamhet.

För det första ska, enligt EU-domstolen, COMI tolkas enhetligt och oberoende av nationell lagstiftning eftersom begreppet är specifikt för IF och därför har en självständig innebörd. EU-domstolen anger att räckvidden för COMI belyses av IF ingresspunkt 13; att gäldenärens COMI bör motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man. Enligt EU-domstolen innebär denna definition att COMI ska bestämmas utifrån kriterier som är objektiva och fastställbara för tredje man. Anledningen till att detta är så viktigt enligt EU-domstolen är för att kunna garantera rättsäkerheten och förutsebarheten när en domstols behörighet att inleda ett förfarande bestäms. Detta i synnerhet eftersom valet av jurisdiktion även innebär ett lagval avseende insolvensförfarandet enligt IF art 4.1.

⁴¹ Mål C-341/04 Eurofood IFSC Ltd [2006] ECR I-3813. EG-domstolen svarade även på andra frågor avseende IF och COMI.

EU-domstolens avgörande innebär alltså att presumtionen för sätet som gäldenärens COMI endast kan frångås om det finns omständigheter som är objektiva och fastställbara för tredje man som visar att COMI är belägen någon annanstans. Som exempel anger domstolen ”brevlådebolag” som inte bedriver någon verksamhet vid platsen för bolagets säte.

För det andra, avseende betydelsen av att gäldenären ingår i en koncern, svarade EU-domstolen att det inte i sig är tillräckligt att moderbolaget kontrollerar, eller kan kontrollera, dotterbolagets ekonomiska val för att sätespresumtionen ska frångås. Detta gäller under förutsättningen att dotterbolaget bedriver verksamhet på platsen för sitt säte. Av detta torde följa att om till exempel dotterbolaget däremot inte har någon verksamhet alls i den medlemsstat där sätet är beläget, skulle presumtionen för sätet kunna frångås om det finns ett moderbolag som kan utöva ekonomisk kontroll över gäldenären. Här krävs dock fortfarande att objektivitetskriteriet är uppfyllt och att COMI är fastställbart för tredje man.

Som framgår ger EU-domstolens avgörande viss vägledning i hur COMI ska tolkas när gäldenären är ett koncernbolag och visar hur IF ingresspunkt 13 ska tolkas i förhållande till art 3.1. Sättespresumtionen är stark och torde vara svår att frångå om gäldenären bedriver verksamhet på platsen för sitt säte. Däremot anger inte EU-domstolen hur mycket eller lite verksamhet som blir avgörande för om presumtionen kan frångås och ger inte heller en definition av begreppet ”bedriver verksamhet”. Det enda EU-domstolen klart framhåller är att om gäldenären bedriver verksamhet på platsen för sitt säte är inte ekonomisk kontroll tillräckligt för att sätespresumtionen kan frångås.

EU-domstolens avgörande hindrar dock inte att ekonomisk kontroll i kombination med en annan faktor skulle kunna tolkas som tillräckligt för att sätespresumtionen kan frångås. Det som blir avgörande är att bedöma var gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man, eller som domstolen uttrycker det; bestämma COMI utifrån kriterier som är objektiva och fastställbara för tredje man.

Även om EU-domstolen genom Eurofood har klargjort att sätespresumtionen är stark, kan man ifrågasätta om avgörandet verkligen har gjort bedömningen av gäldenärens COMI enklare. Domstolen svarade endast på den fråga som ställts av den irländska domstolen och den handlade om just ekonomisk kontroll från moderbolaget. Avgörandet i Eurofood torde alltså inte vara generellt tillämpligt på alla typer av koncerngemenskaper, även om det ger svar i de fall när ett moderbolag enbart har ekonomisk kontroll över dotterbolaget.

Vad är då tillräckligt för att presumtionen för sätet som gäldenärens COMI ska frångås? Kan en annan typ av kontroll över gäldenären, eller andra typer av koncerngemenskap än ekonomisk kontroll, göra att sätespresumtionen kan

frångås, trots att gäldenären bedriver verksamhet vid sätet? EU-domstolens avgörande fäster ganska stor vikt vid att gäldenären bedriver verksamhet på platsen för sitt säte, men vad innebär det att ”bedriva verksamhet”? Hur mycket eller lite verksamhet kan göra att presumtionen för sätet kan frångås? Dessa frågor lämnas öppna av EU-domstolen.

Vidare kan diskuteras vad som menas med att gäldenärens COMI ska bestämmas objektivt och på ett sätt som är fastställbart för tredje man. Vem menas med tredje man; är det främst gäldenärens borgenärer eller är det ett generellt begrepp? Vad som är fastställbart för tredje man kanske inte stämmer överens med en objektiv bestämning av gäldenärens COMI, vilket kriterium är i så fall viktigast?

Enligt EU-domstolen är det storleken på gäldenärens verksamhet som avgör om ekonomisk kontroll från ett moderbolag är tillräckligt för att sätespresumtionen kan frångås. Att bedriva verksamhet torde dock inte vara samma sak som att ”vanligtvis förvalta sina intressen”, som ställs som kriterie i ingresspunkt 13. Frågan är hur domstolens ordval ska tolkas. Platsen där gäldenären förvaltar sina intressen skulle kunna tolkas som den plats där företagsledningen finns och beslut om gäldenärens verksamhet fattas, medan den plats där gäldenären bedriver verksamhet kan tolkas som den plats där produktion m.m. finns.

Koncerner kan se olika ut och ett möjligt scenario är att gäldenären visserligen bedriver viss verksamhet på platsen för sitt säte, men att all utåtriktad verksamhet, som kan vara objektivt fastställbar för tredje man; marknadsföring, tillverkning, distribution, försäljning, kontor och arbetstagare o.s.v., finns där moderbolaget har sitt säte. Hur ska gäldenärens COMI bedömas i detta fall?

För att kort sammanfatta ska alltså ett insolvensförfarande inledas i den medlemsstat inom vars territorium gäldenärens COMI finns, IF art 3.1, något som presumeras vara gäldenärens säte. Gäldenärens COMI bör enligt IF ingresspunkt 13 motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man. Enligt EU-domstolens avgörande i Eurofood innebär detta att COMI ska bestämmas utifrån kriterier som är objektiva och fastställbara för tredje man för att säkerställa rättssäkerheten och förutsebarheten avseende var insolvensförfarande ska inledas. Att det finns ett moderbolag som kan utöva ekonomisk kontroll över gäldenären är inte i sig tillräckligt, förutsatt att gäldenären bedriver verksamhet vid platsen för sitt säte, för att sätespresumtionen ska frångås. Om gäldenären däremot inte bedriver verksamhet vid sitt säte, kan dess COMI dock bedömas vara i en annan jurisdiktion. Även om dessa klagoranden från EU-domstolen ger svar på vissa frågor, är dock COMI fortfarande ett vagt begrepp.

2.3.1.2 *Probud*

Den 21 januari 2010 förstärkte EU-domstolen de principer som fastslagits i Eurofood, genom sitt avgörande i målet avseende det polska bolaget MG Probud.⁴² Enligt EU-domstolen kan den grundläggande presumtionen till förmån för bolagets säte som gäldenärens COMI, endast frångås om det framgår av objektiva omständigheter. Dessa objektiva omständigheter, som ska kunna kontrolleras av tredje man, måste visa att det föreligger en annan faktisk situation än den som platsen för sätet antas återspegla. EU-domstolen kom fram till att eftersom det inte fanns någon omständighet som kunde bryta sätespresumtionen, fick Probuds COMI anses finnas på samma plats som dess säte.

Domen i Probud överensstämmer med EU-domstolens avgörande i Eurofood. Domstolen klargör återigen att sätespresumtionen är stark och enbart kan frångås vid objektiva omständigheter som är fastställbara för tredje man.

2.3.2 Nationell rättspraxis inom EU

2.3.2.1 *Svenska hovrättsfall*

IF har behandlats bland annat i de svenska hovrättsfallen Radaflex, Batteriservice och Kosingen. Dessa mål berör dock inte direkt koncerner, men de tar upp frågan när presumtionen för sätet som den plats där ett insolvensförfarande ska inledas, kan frångås. Det är av intresse att undersöka dessa mål eftersom de kan antyda hur en gäldenärs COMI kan påverkas av att gäldenären är ett koncernbolag.

I fallet Radaflex⁴³, ansåg hovrätten att ett bolag med säte i Finland hade sitt COMI i Sverige eftersom bolaget i princip inte bedrev någon verksamhet i Finland och inte hade någon besöksadress där. Bolaget bedrev däremot viss verksamhet i form av ett entreprenadprojekt samt hade skulder i Sverige. Detta fall stämmer överens med Eurofood eftersom hovrätten liksom EU-domstolen fastslår att COMI kan frångås om gäldenären inte bedriver verksamhet i säteslandet, till exempel om det är ett ”brevlådeföretag”.

Ett annat rättsfall där hovrätten kom fram till att sätespresumtionen kunde frångås, är målet Kosingen.⁴⁴ Kosingen LTD var registrerat i Storbritannien, men liksom Radaflex, bedrevs ingen verksamhet där. Kosingen var däremot delägare i ett svenskt kommanditbolag som alstrade Kosingens intäkter och Kosingens verksamhet beskattades i Sverige. Dessa faktorer, samt att Kosingen inte bedrev någon verksamhet i något annat land, gjorde att Hovrätten kom fram till att bolagets faktiska verksamhet bedrevs i Sverige. Detta innebar att Kosingen därför fick anses vanligtvis förvalta sina intressen och vara fastställbar för tredje man i

⁴² EU-domstolens dom den 21 januari 2010 mål C-444/07.

⁴³ Svea Hovrätts beslut 2003-05-30 i mål nr Ö 4105-03.

⁴⁴ Hovrätten över Skåne och Blekinge beslut 2005-02-03 i mål nr Ö 21-05.

Sverige. Hovrättens bedömning blev alltså att Kosingens COMI, på samma sätt som för Radaflex, fick anses vara i Sverige och att sätespresumtionen i IF därför kunde frångås. Även här kan sägas att hovrättens dom stämmer överens med EU-domstolens avgörande i Eurofood.

Ett annat svenskt hovrättsfall är Batteriservice & Transport Ltd.⁴⁵ Batteriservice var ett bolag registrerat i Storbritannien som bedrev viss verksamhet och antagligen viss förvaltning i Sverige. Hovrätten fann dock inga omständigheter som visade att det för en tredje man klart framstod att bolagets COMI fanns i Sverige och fastslog att ett insolvensförfarande inte kunde inledas här.

Enligt hovrätten i fallet Batteriservice, är det av avgörande vikt att det finns förutsägbarhet och effektivitet i insolvensrättsliga sammanhang. Det skulle krävas en omfattande utredning och svåra bedömningar för att undersöka om sätespresumtionen i ett enskilt fall kan frångås och för att skydda effektiviteten bör därför sätespresumtionen endast frångås med stor försiktighet. En djupgående utredning skulle innebära en fördröjning av förfarandet samt svårigheter att förtutse ett beslut. Hänsyn bör enligt hovrätten även tas till att ett beslut att inleda ett insolvensförfarande dessutom innebär att ett förfarande i ett annat land omöjliggörs. Hovrätten anger att det har framhållits att det torde vara närmast uteslutet att frångå sätespresumtionen.⁴⁶

Hovrättens beslut i målet Batteriservice torde innebära att sätespresumtionen får ytterligare tyngd än vad EU-domstolen anger i domen i Eurofood. Detta kan tolkas av hovrättens diskussion om kravet på förutsägbarhet och effektivitet. Hovrätten verkar sätta beviskravet så högt att om gäldenären bedriver verksamhet på platsen för sitt säte kan till och med en utredning om att frångå sätespresumtionen begränsas. Här måste dock påpekas att Batteriservice avgjordes strax före domen i Eurofood och att det därför är svårt att dra några slutsatser av fallet. Det krävs ytterligare avgöranden för att se hur svensk rättspraxis har påverkats av Eurofood.

Sammantaget innebär de svenska rättsfallen att sätespresumtionen är svår att frångå. Presumtionen kan dock brytas om gäldenären inte bedriver verksamhet i säteslandet. Denna strikta tolkning av COMI såsom gäldenärens säte torde innebära att det enligt svensk rättspraxis inte i första hand är sannolikt att en gäldenärs COMI kan påverkas av att gäldenären har ett moderbolag med säte i ett annat land. Målet Batteriservice torde föra med sig en svår bevisbörda för att sätespresumtionen ska kunna frångås. En koncern kan dock se ut på olika sätt och eftersom hovrättsfallen inte direkt berör koncerner är det svårt att dra några

⁴⁵ Hovrättens för Övre Norrland beslut 2006-02-14 i mål nr Ö 929-05.

⁴⁶ Avseende uttalandet att det har framhållits att det är närmast uteslutet att frångå sätespresumtionen refererar hovrätten till Mellqvist SvJT 2005 s. 471.

slutsatser. För att denna fråga ska bli helt utredd krävs fler avgöranden och med fördel rättsfall från högsta domstolen.

2.3.2.2 Övriga medlemsländers rättspraxis

COMI har även behandlats i andra europeiska medlemsländers rättspraxis. Här finns dock endast utrymme för en generell översikt.

Enligt Torremans har domstolarna i medlemsländerna tolkat COMI på olika sätt och två allmänna trender har blivit tydliga. Enligt den ena tolkar länderna COMI strikt som samma plats som gäldenärens säte och domstolarna är motvilliga att frångå denna presumtion. Denna förkärlek för sätespresumtionen tillämpas enligt Torremans till exempel i Irland och Belgien.⁴⁷ Som har framgått av föregående avsnitt torde även svensk rättspraxis falla in under denna grupp.

Den andra tolkningslinjen inom EU är enligt Torremans att sätespresumtionen istället gärna frångås med hänvisning till IF ingresspunkt 13. I målet Daisytek, till exempel, fastslog en brittisk domstol att ett dotterbolag med säte i ett annat medlemsland hade sitt COMI i Storbritannien. Enligt domstolen kunde sätespresumtionen frångås med hänvisning bland annat till den tillsyn och ledning som skedde från det brittiska moderbolagets huvudkontor. Fall som Daisytek har påverkat hur domstolar tolkar COMI, särskilt i England, Tyskland och Italien.⁴⁸ Torremans anser dock att Daisytek är en felaktig tolkning av IF, särskilt med hänsyn till att EU-domstolen i Eurofood fastslog att kontroll av gäldenärens ekonomiska val inte i sig är tillräckligt för att bryta sätespresumtionen, om gäldenärens bedriver verksamhet i säteslandet.⁴⁹

Moss menar dock att domstolarna i England har börjat räta upp sin tolkning av IF efter fallet Eurofood och att de idag ger sätespresumtionen en större betydelse. Enligt både Moss och Wessels är praxis bland nationella domstolar inom EU numera att COMI anses vara den plats där de funktioner som ett huvudkontor normalt utför, finns.⁵⁰ Denna tolkning hindrar dock inte att COMI anses vara hos gäldenärens moderbolag om moderbolaget kontrollerar gäldenären.

2.4 Analys

Av det föregående avsnittet framgår att COMI är ett vagt begrepp som trots EU-domstolens avgörande i Eurofood knappast kan anses ha blivit mycket tydligare.

⁴⁷ Torremans s 178-183, här finns även en vidare genomgång av de europeiska medlemsländernas rättspraxis avseende gränsöverskridande insolvens. Se även Wessels s 123-126.

⁴⁸ Ringe s 583 f., se även Daisytek Re Daisytek-ISA Ltd [2003] BCC 562.

⁴⁹ Torremans s 181 f.

⁵⁰ Moss s x (förordet) och s 255-259 samt Wessels s 123.

Eurofood ger dock viss vägledning genom att visa hur sätespresumtionen påverkas av att gäldenären är ett dotterbolag, när moderbolaget enbart har ekonomisk kontroll över gäldenären och gäldenären bedriver verksamhet i sitt sätesland.

De tolkningsproblem som orsakas av denna avsaknad av en klar definition av COMI, har diskuterats livligt på senare år och olika författare har olika åsikter om hur COMI ska tolkas. Det här avsnittet syftar till att diskutera hur platsen för gäldenärens COMI, när gäldenären är ett helägt dotterbolag till ett moderbolag med säte i ett annat europeiskt medlemsland, kan bestämmas utifrån de möjliga tolkningar som har framställts i litteraturen.

Som framgår av avgörandet i Eurofood ska IF tolkas enhetligt och oberoende av nationell rätt. Enligt förklarande rapporten p 43 ska dessutom hänsyn tas till IF:s mål och system samt "... de allmänna principer som följer av de fördragsslutande staternas samlade nationella lagstiftning".⁵¹ Att göra en sådan analys är dock alltför långtgående för förevarande uppsats och här presenteras endast en grundläggande analys.

2.4.1 COMI räckvidd

2.4.1.1 Den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen

Där beslut fattas eller verkställs?

För att kunna bestämma inom vilken jurisdiktion ett insolvensförfarande ska inledas, måste gäldenärens COMI definieras. Enligt IF ingresspunkt 13 bör gäldenärens COMI vara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och detta är fastställbart för tredje man. EU-domstolen tolkar "vanligtvis förvaltar sina intressen" i ingresspunkten som att platsen ska bedömas utifrån objektiva kriterier. Enligt Moss måste dock ingresspunkt 13 tolkas med stor försiktighet eftersom EU-domstolen snarare använde regeln för att klargöra COMI och domstolen angav inte att ingresspunkt 13 ger en definition av COMI.⁵²

Beroende på en koncerns struktur, är det möjligt att ett dotterbolags förvaltning sker från moderbolaget, eller från moderbolagets säte. En ren tolkning av förordningstexten kan ge vid handen att sätespresumtionen skulle kunna frångås om gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen från moderbolagets säte och att detta är fastställbart för tredje man. Detta är dock inte så enkelt, eftersom det inte finns en definition av begreppet "vanligtvis förvalta sina intressen". I detta avsnitt ska dock ett försök till tolkning göras.

⁵¹ Virgos, Smit, Förklarande rapporten.

⁵² Moss s 253.

I målet Eurofood angav EU-domstolen att enbart ekonomisk kontroll från moderbolaget inte i sig är tillräckligt för att sätespresumtionen kan frångås, om gäldenären bedriver verksamhet vid sitt säte. EU-domstolens avgörande i detta avseende kan tolkas på olika sätt. En möjlig tolkning är att EU-domstolen menar att ”att förvalta sina intressen” kan vara samma som att gäldenärens ekonomiska val kontrolleras från moderbolaget, men att sätespresumtionen ändå inte kunde frångås i målet eftersom gäldenären bedrev verksamhet på platsen för sitt säte och därför var fastställbar för tredje man där. Denna tolkning innebär alltså att ekonomisk kontroll är en fullt tillräcklig faktor för att bryta sätespresumtionen, men att vågskålen vägde över för sätet eftersom hänsyn även måste tas till tredje man.

Ett annat sätt att tolka EU-domstolens dom är att sätespresumtionen inte kan frångås eftersom gäldenären bedrev verksamhet, alltså förvaltade sina intressen, på platsen för sitt säte och i sådana fall är inte ekonomisk kontroll från moderbolaget tillräckligt för att förbise sätet som gäldenärens COMI.

Skillnaden mellan dessa två tolkningar av COMI kan tyckas vara hårfin, men den är viktig eftersom den kan få betydelse för frågan om gäldenärens COMI kan påverkas av att gäldenären har ett moderbolag med säte i ett annat land. Den ena tolkningen medför att det är den plats där beslut avseende gäldenärens verksamhet fattas som är gäldenärens COMI. Detta skulle kunna ske från ett moderbolag.

Den andra tolkningen skulle istället kunna innebära att det är den plats där beslut verkställs som är avgörande för att fastställa gäldenärens COMI. Detta kan visserligen också rent teoretiskt ske i samma jurisdiktion som moderbolaget har sitt säte, men det torde vara mindre vanligt såvida inte gäldenären är ett brevlådeföretag.

Oavsett om det är den plats där beslut avseende gäldenärens verksamhet fattas eller verkställs som avgör platsen för gäldenärens COMI måste dock påpekas att platsen måste vara fastställbar för tredje man, se mer om detta i nästa avsnitt. Det skulle även kunna vara så att en domstol måste ta hänsyn till både var beslut fattas och verkställs vid bestämmandet av en gäldenärs COMI.

Berends menar att det är den plats där beslut avseende gäldenärens verksamhet verkställs som avgör var gäldenärens COMI finns och inte den plats där besluten fattas. Enligt Berends är den plats där beslut verkställs dessutom mer fastställbar för borgenärer eftersom tredje man sällan har tillträde till den plats där beslut om gäldenärens verksamhet fattas. Detta resonemang stämmer överens med EU-domstolens avgörande i Eurofood, där alltså ekonomisk kontroll inte var

tillräckligt för att sätespresumtionen skulle frångås eftersom gäldenären bedrev verksamhet vid platsen för sitt säte.⁵³

Berends menar att domen i Eurofood innebär att om ett bolag bedriver verksamhet i det land där det har sitt säte är det osannolikt, men inte omöjligt, att det finns objektiva och fastställbara kriterier som kan göra att presumtionen för sätet som gäldenärens COMI kan frångås. För att sätespresumtionen ska kunna frångås när gäldenären bedriver verksamhet i säteslandet krävs enligt Berends en kombination av andra faktorer förutom ekonomisk kontroll från ett moderbolag.⁵⁴

Mellqvist anser istället att gäldenärens COMI normalt ska motsvara platsen för gäldenärens huvudkontor.⁵⁵ Detta innebär att Mellqvist alltså tar ett steg närmare den plats där beslut fattas än den plats där beslut verkställs. Denna tolkning av ”där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen” får Mellqvist av förklarande rapporten p 75, som anger att COMI för en yrkesverksam person som utgångspunkt ska vara på den plats där personen bedriver sin verksamhet, vilket förutsätts vara platsen för gäldenärens säte, eller huvudkontor. Vidare anger förklarande rapporten att ordet intresse i begreppet COMI valdes för att omfatta ekonomiska aktiviteter rent generellt, det vill säga även konsumenters aktiviteter. Enligt förklarande rapporten ska de intressen som avgör platsen för gäldenärens COMI inte enbart vara kommersiella, industriella eller professionella.

Moss går också på Mellqvist linje, men menar att det är den plats där de funktioner som huvudkontor utövar utövas, som ska bestämma gäldenärens COMI. Moss menar att gäldenärens huvudkontor och de funktioner ett huvudkontor utövar, inte nödvändigtvis behöver vara på samma plats och i sådana fall är det funktionerna som går före. Detta innebär att om en koncern har en gemensam plats som koncernbolagens intressen vanligtvis förvaltas från, kan denna plats enligt Moss vara varje koncernbolags COMI, även om varje bolag har ett eget huvudkontor i det land bolaget har sitt säte.⁵⁶

Szydlo menar att ingresspunkt 13 ”där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen” ska motsvara den plats där den dagliga pågående förvaltningen sker men inte där endast strategiska, tillfälliga beslut fattas. Denna tolkning gör Szydlo på grund av tillägget ”vanligtvis”. Enligt Szydlo är det den plats där vardagliga beslut fattas som motsvarar gäldenärens COMI.⁵⁷

Enligt Khairallah innebär däremot avgörandet i Eurofood att EU-domstolen tolkar COMI som gäldenärens ”faktiska säte”, det vill säga den plats där gäldenären har sin ledning och sina eventuella tillsynsorgan, beslut fattas och strategier beslutas.

⁵³ Berends s 341.

⁵⁴ Berends s 347, 349.

⁵⁵ Jönzén s 81 samt Mellqvist, KIF, s 105 f.

⁵⁶ Moss s 255.

⁵⁷ Szydlo s 258.

Detta ska enligt Khairallah även gälla för koncerner. Khairallahs tolkning innebär alltså att sätespresumtionen kan frångås om gäldenärens faktiska säte är i en annan jurisdiktion. Eftersom det är det faktiska sätet som avgör var en gäldenärs COMI är beläget, kan inte enbart ekonomisk kontroll från ett moderbolag vara tillräckligt för att sätespresumtionen ska kunna frångås. Khairallahs tolkning torde dock innebära att om gäldenärens ledning befinner sig hos moderbolaget, innebär det även att det faktiska sätet befinner sig där och att gäldenärens COMI alltså finns på samma plats som moderbolaget.⁵⁸

Mevorach menar att gäldenärens COMI är samma sak som gäldenärens ”faktiska säte”, men går dessutom ett steg längre än Khairallah genom att fastslå att IF inte behandlar koncerner. Detta framgår enligt Mevorach av förklarande rapporten p 76 samt även indirekt av IF eftersom koncerner inte nämns. Enligt Mevorach är tanken bakom begreppet COMI att välja den jurisdiktion som har störst koppling till gäldenären. Eftersom sätespresumtionen är just en presumtion och alltså kan frångås, anser Mevorach att domstolar ska leta efter den plats som är gäldenärens verkliga COMI. Mevorach medger att även detta är ett vagt begrepp, men konstaterar att COMI bör vara den plats där gäldenärens vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man.⁵⁹

Ringe håller med om Mevorachs tolkning och menar att EU-domstolens dom i Eurofoodmålet innebär att sätespresumtionen har fått en stor betydelse. Enligt Ringe ska sätespresumtionen säkerställa att COMI är fastställbart för tredje man. Ringe menar att det faktum att gäldenären ingår i en koncern inte i första hand får betydelse vid bedömningen av platsen för en gäldenärs COMI.⁶⁰

För att ytterligare komplicera frågan, anser Armour att EU-domstolens avgörande i Eurofood innebär att det istället ska vara det som tredje man objektivt uppfattar som gäldenärens COMI som ska vara avgörande och inte gäldenärens ”faktiska säte”.⁶¹

Sammanfattningsvis visar författarnas olika tolkningar på hur vagt begreppet COMI i IF är. En del författare menar att ”den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen” ska tolkas som den plats där beslut avseende gäldenärens verksamhet verkställs, en del författare menar istället att det ska vara den plats där beslut fattas och ytterligare andra vill istället hitta gäldenärens ”faktiska säte”. Beroende på hur samarbetet i en koncern ser ut, kan denna fråga vara av avgörande betydelse för om gäldenärens COMI påverkas av att gäldenären har ett

⁵⁸ Gullifer s 116.

⁵⁹ Mevorach, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, s 91-92 samt Mevorach, *The “home country” of a multinational enterprise group facing insolvency*, s 439.

⁶⁰ Mevorach, *The “home country” of a multinational enterprise group facing insolvency*, s 444 samt Ringe s 589.

⁶¹ Gullifer s 124-125.

moderbolag med säte i ett annat medlemsland. Det är tydligt att det behövs ett klagörande av EU-domstolen i denna fråga.

Faktiskt säte?

Khairallah och Mevorach menar att gäldenärens ”faktiska säte” avgör var gäldenärens COMI finns.⁶² Vad menar de med faktiskt säte? Anledningen till att de talar om detta kan bero på att EU:s medlemsländer har olika syn på vad som är ett bolags säte. Det hela grundar sig i att bolag bildas på olika sätt i länderna och det finns skillnader i vad som betraktas som en juridisk person.

Utan att gå in på några djupare detaljer, anses ett svenskt aktiebolag bildat när stiftelseurkunden är undertecknad och bildandet är slutgiltigt när bolaget har registrerats i enlighet med ABL 2 kap. Registreringsprincipen tillämpas även i Danmark, Finland, Norge, Holland, Irland och Storbritannien.⁶³ Att ha sin hemvist i Sverige, eller att ha sitt säte här, innebär alltså för aktiebolag att vara registrerad i Sverige.

Den dominerande principen inom EU är däremot den så kallade sätesprincipen. Denna tillämpas bland annat i Frankrike, Tyskland, Spanien och Italien och innebär att ett bolag, förutom att vara registrerat, även måste ha sitt faktiska säte i registreringslandet för att betraktas som en juridisk person.⁶⁴

Skillnaden i syn på hur bolag bildas innebär till exempel att om ett franskt bolag, där sätesprincipen tillämpas, flyttar sitt faktiska säte till Sverige, är bolaget inte längre en juridisk person enligt fransk rätt. Detta innebär att bolaget inte heller längre kan vara ett svenskt koncernbolag eftersom det, som tidigare nämnts, endast är bolag som anses som juridiska personer i registreringslandet som kan ingå i en svensk koncern, ABL 1 kap 11 §. Ett svenskt bolag kan däremot flytta till ett annat europeiskt medlemsland utan att upphöra att vara ett bolag.

I Sverige anses ett bolag alltså ha sitt säte i Sverige genom att vara registrerat här. I Frankrike krävs dessutom att bolaget har sitt faktiska säte i Frankrike. Detta kan innebära att när en gäldenärs COMI diskuteras inom EU finns det en risk att länder som tillämpar sätesprincipen gärna för över sin egen tolkning av faktiskt säte såsom platsen för gäldenärens COMI, även när diskussionen handlar om fall då sätespresumtionen ska frångås. Khairallah menar att det har skapats en

⁶² Gullifer s 116 samt Mevorach, The “home country” of a multinational enterprise group facing insolvency, s 439.

⁶³ Dotevall SvJT 06 s 885.

⁶⁴ Dotevall SvJT 06 s 885.

osäkerhet runt begreppet COMI eftersom alla stater inte accepterar registreringsprincipen rakt av som definition av platsen för gäldenärens säte.⁶⁵

Här måste dock understrykas att EU-domstolen tydligt har markerat att COMI ska bedömas oberoende av nationell rätt eftersom det ska vara ett enhetligt begrepp. Det är dock oklart om EU-domstolen med hänsyn till detta ändå skulle anse att COMI överensstämmer med en allmänt accepterad definition av ”faktiskt säte”. Beroende på om domstolen accepterar bolagets ”faktiska säte” som COMI, kan det få betydelse för på vilket sätt en gäldenärs COMI kan påverkas av att gäldenären ingår i en koncern.

2.4.1.2 Tredje man

Som tidigare nämnts, bör platsen för gäldenärens COMI motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man, IF ingresspunkt 13. EU-domstolen understryker att tredje man måste garanteras rättsäkerhet och förutsebarhet avseende var ett insolvensförfarande kommer att inledas. Vem är då denna tredje man, vars intressen IF är tänkt att skydda?

Generellt brukar tredje man innebära en person som inte är part i ett avtal eller en tvist, men ändå kan beröras av avtalet/tvisten genom att ha en rätt som konkurrerar med en avtalspartner.⁶⁶ Avseende gränsöverskridande insolvens torde tredje man vara personer som kan påverkas av att ett insolvensförfarande inleds i ett land istället för ett annat, utan att direkt påverkas av gäldenärens konkurs.

Tredje man skulle kunna innefatta en vid grupp personer. Ett moderbolag kan till exempel ha ett intresse av att ett dotterbolag, gäldenären, får krediter och därför lämna säkerheter eller gå i borgen för gäldenärens skulder.⁶⁷ Detta innebär att ett moderbolag skulle kunna vara tredje man vid gäldenärens insolvens och därmed vara med i den grupp, vars objektiva uppfattning om den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen får betydelse vid fastställandet av gäldenärens COMI.

Berends och Mellqvist anser att det är den plats som är känd för gäldenärens potentiella borgenärer som ska vara avgörande vid bestämmandet av gäldenärens COMI.⁶⁸ Dessa författare tolkar alltså begreppet tredje man såsom borgenär; att COMI ska bedömas utifrån kriterier som är objektiva och fastställbara för gäldenärens presumtiva borgenärer. Någon annan rättslig grund än att denna tolkning även gjordes i förklarande rapporten p 75, vars juridiska tillförlitlighet har diskuterats i inledningen, finns dock inte. Dessutom är det oklart vad

⁶⁵ Gullifer s 113.

⁶⁶ Bergström s 189.

⁶⁷ Folkesson s 81 och 219.

⁶⁸ Berends s 340 samt Jönzén s 81. Berends och Mellqvist refererar båda till förklarande rapporten p 75.

författarna menar med begreppet borgenär. Hur stor grupp omfattas? Hur rangordnas vad olika borgenärer objektivt kan uppfatta som gäldenärens COMI, när vad dessa kan fastställa går emot varandra?

Mason menar också att det är borgenärernas uppfattning av gäldenärens COMI som är avgörande. Hon drar dock denna slutsats direkt av IF ingresspunkt 13 och tänker sig att borgenärer är en vid grupp där till exempel leverantörer kan ingå.⁶⁹

Szydlo och Torremans menar att det är vad tredje man kan fastställa som är avgörande för att bestämma gäldenärens COMI, men att det särskilt gäller borgenärer eftersom dessa har störst skyddsintresse vid en gäldenärs insolvens.⁷⁰ Det är viktigt för borgenärer att kunna förutse en gäldenärs COMI för att de ska veta vilka risker det medför att ingå avtal med gäldenären. Enligt Szydlo är det dock inte vad borgenärerna faktiskt kan fastställa som är avgörande. Istället är det den plats som borgenärer objektivt rimligen kan uppfatta som platsen för gäldenärens förvaltning som ska bestämma gäldenärens COMI.⁷¹

Även om Torremans anser att borgenärer är en viktig grupp såsom tredje man, understryker han att detta inte begränsar begreppet tredje man. Eftersom ordet tredje man och inte borgenär valts i IF, måste hänsyn tas just till alla möjliga tredje man och dessa behöver enligt Torremans inte enbart vara borgenärer. Torremans menar att detta i sin tur innebär att det är svårt att frångå sättespresumtionen eftersom företag brukar ange sätet i förhållande till utomstående parter.⁷² Å andra sidan innebär det också att nästan alla länder kan, med hänvisning till IF, påstå att gäldenärens COMI finns inom deras jurisdiktion, eftersom företag kan ha tredje man på flera platser.⁷³

Sammanfattningsvis går det inte helt att besvara vem som avses med tredje man i IF ingresspunkt 13. EU-domstolen har inte definierat begreppet ytterligare, men det är tydligt att domstolen anser att rättsäkerhet och förutsebarhet är viktig för tredje man. I detta avseende är borgenärer en grupp tredje man som kan ha ett intresse av att veta var ett insolvensförfarande kommer att inledas, för att kunna försäkra sig om vilka lagar som kommer att gälla och därmed förutse bland annat vilken risk det innebär att ingå avtal med gäldenären. I detta sammanhang finns det dock inget som hindrar att begreppet borgenär tolkas vitt eftersom konsumenter, klienter, löntagare, statliga myndigheter såsom skatteverk, långivare med flera, alla kan ha en form av borgenärsställning och intresse vid ett insolvensförfarande.

⁶⁹ Omar s 58 not 215 och s 59.

⁷⁰ Szydlo s 259 samt Omar s 177.

⁷¹ Szydlo s 258.

⁷² Omar s 180.

⁷³ Omar s 181.

Det som är av intresse för förevarande uppsats är att se hur tolkningen av begreppet tredje man kan få betydelse för om gäldenärens COMI kan påverkas av att gäldenären är ett dotterbolag till ett moderbolag med säte i ett annat land. Här kan endast sägas att det inte finns något som hindrar att tredje man, oavsett vem det är, objektivt skulle kunna uppfatta att gäldenärens COMI är hos moderbolaget. Eftersom det är oklart vem det är som ska uppfatta, liksom vad denna ska uppfatta, behövs dock ytterligare klargöranden för att kunna dra några användbara slutsatser. Det torde dock vara ganska klart att gäldenärens presumtiva borgenärens objektiva uppfattning om den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen, får betydelse vid bestämmandet av inom vilken jurisdiktion ett insolvensförfarande ska inledas.

2.4.1.3 Rättssäkerhet och förutsebarhet

Som nämnts tidigare, har EU-domstolen fastslagit att när en domstol bestämmer var ett insolvensförfarande ska inledas, ska beslutet vara förutsebart, i synnerhet för tredje man, och rättsäkerheten ska säkerställas. När det gäller frågan om hur en gäldenärs COMI kan påverkas av att gäldenären ingår i en koncern, måste alltså hänsyn tas till att valet av jurisdiktion är förutsebart. Detta är viktigt eftersom om gäldenärens COMI påverkas av att gäldenären ingår i en koncern, får det en grundläggande effekt på vilka lagar som gäller för insolvensförfarandet. Det är forumlandets lagar som ska tillämpas på förfarandet.

Ett insolvensförfarande omfattar samtliga av gäldenärens potentiella borgenärer och tillgångar och eftersom de europeiska medlemsländernas lagar och processregler skiljer sig åt, kan det vara av stor vikt för alla inblandade parter att veta vilket lands lagar som blir tillämpliga på insolvensförfarandet. Kostnader associerade med ett insolvensförfarande, hastighet och kvalitet samt rättsliga instansers- och juristers juridiska kunskaper kan vara olika i olika länder.⁷⁴

Mot bakgrund av behovet av rättsäkerhet och förutsebarhet, skulle COMI kunna tolkas som att sätespresumtionen bör anses vara stark. Det är relativt enkelt att fastställa ett bolags säte eftersom detta följer av landets lagstiftning, till exempel gäller som nämnts registreringsprincipen i Sverige. Genom att förutsätta att sätespresumtionen ska gälla, kan tredje man förutse i vilket land ett insolvensförfarande kommer att inledas och därmed kan rättsäkerheten garanteras. Denna slutsats drog även hovrätten i fallet Batteriservice.

Att ge sätespresumtionen stor tyngd innebär dock att faktorer såsom att gäldenären ingår i en koncern, minskar i betydelse vid fastställandet av var gäldenärens COMI finns. En stark sätespresumtion skulle alltså kunna medföra att gäldenärens ”verkliga” COMI, om jag får kalla det så, bortses från till fördel för ett formellt COMI. Om lagstiftarna hade velat konstruera IF på detta sätt, hade de

⁷⁴ Szydlo s 254-255.

enkelt kunnat ange att ett insolvensförfarande ska inledas på gäldenärens säte istället för att använda det vaga begreppet COMI. Just det faktum att COMI valdes antyder att sätespresumtionen inte ska vara mer än just en presumtion och att ett insolvensförfarande ska inledas i samma jurisdiktion som gäldenärens ”verkliga” COMI. Det återstår dock att se hur en domstol skulle bedöma denna fråga.

Som framgår ovan måste alltså hänsyn tas till att rättsäkerhet och förutsebarhet garanteras vid fastställandet av en gäldenärs COMI. Hur detta ska tolkas är dock inte helt klart eftersom hänsyn till rättsäkerhet skulle kunna medföra både att sätespresumtionen borde få en stor betydelse men också det motsatta, att presumtionens betydelse borde tonas ner. Klart är dock att om det skulle innebära att rättsäkerheten frångås genom att en gäldenärs COMI fastställs vara på samma plats som gäldenärens moderbolag, går detta emot IF. Om det däremot är förutsebart för tredje man att gäldenärens COMI är hos moderbolaget, borde fastställandet av insolvensjurisdiktionen inte vara problematisk.

Att COMI är ett vagt begrepp kan tänkas bero på att det ska vara flexibelt och passa in på olika situationer.⁷⁵ EU-domstolen har dock angett att COMI är ett specifikt begrepp som ska tolkas oberoende av nationell rätt och därför kan inte flexibiliteten utnyttjas i alltför stor utsträckning. COMI ska alltså tolkas enhetligt, vilket torde leda till rättssäkerhet och förutsebarhet. Frågan är dock om detta kan uppnås i praktiken eftersom de europeiska medlemsländernas domstolar har svårt att tolka begreppet.⁷⁶ Rättssäkerhet och förutsebarhet förknippas sällan med vaga begrepp.⁷⁷

En annan aspekt som berör rättsäkerhet och förutsebarhet och som är värd att noteras här, är att IF syftar till att skapa smidiga och effektiva insolvensförfaranden samt att forum shopping ska motverkas, IF ingresspunkt 2 och 4. Hur kan då dessa bakomliggande syften påverka tolkningen av var en gäldenärs COMI finns?⁷⁸ Kortfattat innebär forum shopping att en part försöker få en mer förmånlig rättslig ställning genom att inleda ett insolvensförfarande i ett visst land istället för i ett annat, eller att parterna i ett insolvensförfarande får motiv att föra över tillgångar till ett annat land.

En part som vill påverka var ett insolvensförfarande avseende en gäldenär ska inledas, skulle kunna se till att gäldenären flyttar sitt säte. Om sätespresumtionen ska anses ha en stor tyngd, skulle flytten av sätet även innebära att gäldenärens COMI flyttas. Ett sådant förfarande skulle dock strida mot IF:s uttalade syfte att motverka forum shopping, eftersom parten uppenbart flyttar gäldenärens säte

⁷⁵ Omar s 177.

⁷⁶ Gullifer s 112, 119 samt s 124 f.

⁷⁷ Ringe s 612.

⁷⁸ Ringe s 601, 603.

inför en förestående insolvens. Av detta kan tolkas att om beviskravet för att frångå sätespresumtionen ställs för högt, skulle det kunna förenkla forum shopping. En möjlig slutsats blir därför att genom att IF anger att forum shopping ska motverkas, finns det en begränsning till hur stark sätespresumtionen kan bli.

I fallet Batteriservice gav hovrätten sätespresumtionen en betydande tyngd, något som, enbart med hänsyn till principen om att motverka forum shopping, skulle kunna vara oförenligt med IF. Den nyss framförda tolkningen av forum shopping i kombination med sätespresumtionen torde dock vara tämligen osäker. Den nyanserar dock bilden av hur stark sätespresumtionen kan vara vid bestämmandet av var ett koncernbolags COMI finns.

Vad betyder då allt detta vid fastställandet av ett koncernbolags COMI? Förbudet mot forum shopping torde innebära att gäldenärens COMI inte får påverkas av att en part vill välja en mer fördelaktig jurisdiktion för gäldenärens insolvens. Detta skulle gå emot syftet med IF. Principen att motverka forum shopping behöver dock inte i sig vara oförenlig med att en gäldenärs COMI finns hos moderbolaget. Huvudsaken enligt IF är att säkerställa att gäldenärens COMI är fastställbar för tredje man, eftersom det är tredje man som ska garanteras rättssäkerhet och förutsebarhet avseende var ett insolvensförfarande ska inledas.

2.4.2 Moderbolagets kontroll

I föregående avsnitt har de olika rekvisiten i IF avseende var ett insolvensförfarande ska inledas analyserats. Detta avsnitt syftar till att diskutera vilken typ av kontroll från ett moderbolag som kan tänkas påverka en gäldenärs COMI samt att jämföra denna kontroll med den definition av koncernbolag som finns i ABL.

I EU-domstolens avgörande i Eurofood höll sig domstolen strikt till principen att varje bolag är en separat ekonomisk enhet.⁷⁹ Bedömningen om var ett insolvensförfarande ska inledas ska alltså göras för varje koncernbolag för sig. Vidare uttalade som nämnts EU-domstolen att det inte i sig är tillräckligt att ett moderbolag kan kontrollera en gäldenärs ekonomiska val för att platsen för gäldenärens COMI ska påverkas, om gäldenären bedriver verksamhet vid sitt säte. Hur mycket eller lite verksamhet vid sätet som avgör om ekonomisk kontroll ska bli en faktor som kan påverka var gäldenärens COMI finns, är dock oklart. Det kan vara så att desto mindre verksamhet gäldenären bedriver i sitt sätesland, desto större möjlighet är det att ekonomisk kontroll från moderbolaget kan göra att sätespresumtionen kan frångås.⁸⁰

⁷⁹ Mevorach, The “home country” of a multinational enterprise group facing insolvency, s 443.

⁸⁰ Berends s 348.

Här uppstår först och främst frågan om vad kontroll är. I Eurofood kunde moderbolaget utöva kontroll över dotterbolaget genom sitt aktieinnehav och befogenheten att utse företagsledningen. Detta innebär att moderbolaget kunde påverka vilka beslut som fattades avseende gäldenärens verksamhet. Som nämnts i tidigare avsnitt, finns det författare som anser att just den plats där beslut avseende gäldenärens verksamhet fattas, ska anses som gäldenärens COMI. Denna tolkning kan läsas ur IF ingresspunkt 13, som anger att gäldenärens COMI bör vara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen.

Frågan är dock om den kontroll som uppstår genom aktieinnehav eller möjlighet att utse företagsledningen, fullt ut kan anses vara att ”vanligtvis förvalta gäldenärens intressen”. Här torde i så fall krävas ytterligare utredning om vad det är för beslut avseende gäldenären som moderbolaget har kontroll över samt om kontrollen, eller kanske snarare beslutsfattandet, sker vanligtvis. Det torde alltså krävas något ytterligare än enbart ägande för att sätespresumtionen ska kunna frångås. Denna slutsats verkar även EU-domstolen ha dragit genom att ange att ekonomisk kontroll i sig inte är tillräckligt för att bryta sätespresumtionen.

Andra författare menar däremot att det inte ska vara den plats där beslut fattas som ska vara avgörande för var gäldenärens COMI finns. Istället ska gäldenärens COMI motsvara den plats där beslut avseende en gäldenärs verksamhet verkställs. Även om det är möjligt att beslut avseende gäldenärens verksamhet verkställs hos moderbolaget, det vill säga att gäldenärens verksamhet i princip finns hos moderbolaget, innebär dock ett sådant kriterie att enbart ägande inte heller torde räcka för att bryta sätespresumtionen.

En annan fråga som uppstår i samband med diskussionen om moderbolagets kontroll, är hur synlig denna kontroll måste vara. För att kontroll från ett moderbolag ska påverka var gäldenärens COMI finns krävs att kontrollen är objektivt fastställbar för tredje man. Som har framförts ovan, kan det vara svårt för tredje man att få en fullständig insyn i var beslut fattas.⁸¹ Om kontroll från ett moderbolag är osynlig för tredje man, torde denna kontroll inte kunna påverka var gäldenärens COMI ska anses vara. Wessels menar att EU-domstolen kom fram till att ekonomisk kontroll inte är tillräckligt för att sätespresumtionen ska frångås just på grund av kontroll inte i sig är fastställbart för tredje man.⁸²

Det enda som klart kan fastslås är sammanfattningsvis att kontroll över gäldenärens ekonomiska val inte i sig är tillräckligt för att sätespresumtionen ska frångås, förutsatt att gäldenären bedriver verksamhet vid sitt säte. I sådana fall ska alltså ett insolvensförfarande som huvudregel inledas inom samma jurisdiktion som gäldenärens säte. Om gäldenären däremot inte bedriver verksamhet vid sitt säte, kan ekonomisk kontroll dock medföra att gäldenärens COMI finns på en

⁸¹ Berends s 342 f.

⁸² Wessels s 115 (not 66).

annan plats. Då ska ett insolvensförfarande inledas på denna andra plats. Frågan om en annan typ av kontroll eller samarbete mellan bolag, annat än ägande, kan påverka platsen för gäldenärens COMI kan diskuteras, men utan ett klagörande från EU-domstolen kan eventuella slutsatser inte vara något annat än just spekulationer.

Vad innebär då detta för en svensk koncern? En slutsats som kan dras är att det inte räcker att den definition av koncern som finns i ABL eller ÅRL är uppfylld för att gäldenärens COMI ska påverkas. Den svenska koncerndefinitionen bygger på att moderbolaget har kontroll genom ägande eller avtal över dotterbolaget, och enbart detta skulle kunna få betydelse för gäldenärens COMI endast i de fall då gäldenären inte bedriver tillräckligt mycket verksamhet vid platsen för sitt säte, eller i kombination med andra faktorer. Samarbete mellan koncernbolag kan dock ske på fler sätt än enbart genom att moderbolaget har rösträtt och möjlighet att utse gäldenärens styrelse och i sådana fall skulle dessa ytterligare faktorer kunna inverka på var ett insolvensförfarande avseende en gäldenär ska inledas. Det är dock oklart vilka faktorer som kan få betydelse, i synnerhet eftersom varje faktor även måste vara fastställbar för tredje man.

2.4.3 COMI och EU-rättsliga principer?

Det har säkerligen framgått tydligt i denna uppsats att IF innehåller vaga begrepp och att det inte är helt enkelt att fastställa på vilket sätt en gäldenärs COMI kan påverkas av att gäldenären ingår i en gränsöverskridande koncern. Vid sådana tillfällen, då europeiska lagtexter verkar vaga, kan det finnas anledning att undersöka lagtexten mot bakgrund av allmänna EU-rättsliga principer. Det finns dock inte utrymme att göra en djupare analys i detta avsnitt, här presenteras endast en översiktlig diskussion.

Två av EU:s grundläggande principer är fri rörlighet av personer, såväl juridiska som fysiska, samt etableringsrätt. Dessa principer finns uttryckta i EUF art 26 p 2 (tidigare EG-fördraget art 3 samt art 14 p 2) samt EUF art 49 och 54 (tidigare EG-fördraget art 43 och art 48) och har blivit förstärkta genom EU-domstolens avgöranden i Centros, Überseering och Inspire Art.⁸³ I korthet innebär principerna att bolag som har bildats inom EU kan flytta mellan medlemsländer enligt EU-rätten utan att upphöra att vara bolag, så länge de är att betrakta som bolag i registreringslandet. Bolag som är bildade i ett land som tillämpar sätesprincipen kan dock fortfarande inte flytta hela sin verksamhet till ett annat land. Detta beror på att bolaget inte längre anses som en juridisk person enligt registreringslandet,

⁸³ ECJ Case C-212/97 Centros Ltd vs Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [1999] ECR I-1459, ECJ Case C-208/00 Überseering BV vs Nordic Construction Company Baumanagement GmbH [2002] ECR I-9919, ECJ Case C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam vs Inspire Art Ltd [2003] ECR I-10155.

vilket medför att ett nytt bolag i så fall måste bildas i det nya landet.⁸⁴ Dessutom får bolag inte behandlas enligt mindre fördelaktiga regler än nationella bolag inom medlemsländerna.⁸⁵

Bolag har alltså rätt att flytta, skapa dotterbolag, filialer och eller kontor i andra europeiska medlemsländer under samma förutsättningar som bolag i medlemsländerna. Numera finns även möjligheten att bilda ett europeiskt bolag, så kallade SE-bolag.⁸⁶

Hur ska då ett koncernbolags COMI tolkas mot bakgrund av dessa grundläggande principer om fri rörlighet och etableringsrätt inom EU?

COMI presumeras visserligen vara på samma plats som gäldenärens säte, men om till exempel tredje man uppfattar det som att gäldenärens COMI är någon annanstans där gäldenären bedriver verksamhet, kan denna presumtion frångås. Detta innebär att om en gäldenär vill flytta sitt COMI inför ett insolvensförfarande måste alltså även hänsyn tas till faktiska omständigheter för att gäldenärens COMI ska anses finnas i en ny jurisdiktion. Det kan vara svårt för en gäldenär att förutsäga var dess COMI är, medan platsen för sätet är mer uppenbart genom att det bestäms av det aktuella medlemslandets lag.⁸⁷

Det faktum att IF syftar till att motverka forum shopping och att den fria rörligheten begränsas praktiskt av tillämpningen av IF, kan tolkas som att IF är ett undantag från EU:s grundläggande principer om fri rörlighet och etableringsrätt inom EU. Detta innebär att det uppstår stora svårigheter att tolka COMI för koncernbolag i ljuset av de EU-rättsliga principerna.

Frågan om IF och dess relation till EU-rättsliga principer debatteras livligt och vissa menar att den europeiska insolvensrätten inte kan jämföras med de europeiska bolagsrättsliga principerna.⁸⁸ Andra går så långt som att säga att IF strider mot EU-rätten.⁸⁹ Eftersom denna fråga inte är löst och fortfarande diskuteras är det svårt att dra några djupare slutsatser om på vilket sätt de grundläggande EU-rättsliga principerna kan påverka tolkningen av inom vilket medlemsland ett insolvensförfarande ska inledas avseende ett koncernbolag.

⁸⁴ Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar, s 23.

⁸⁵ Craig s 791-812 samt Nilsson s 76-80.

⁸⁶ Rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av 8 oktober 2001 samt Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar, s 21-22.

⁸⁷ Ringe s 589 f. samt Szydlo s 270.

⁸⁸ Moss s 262.

⁸⁹ Ringe s 594, 608 och 613.

2.4.4 Övriga anknytningsfakta

2.4.4.1 Avsaknad av rättslig struktur

Enligt Mellqvist är tanken bakom IF att varje medlemsland ska ha ett fungerande rättssystem och att sätespresumtionen därför bör tillämpas i stor utsträckning. Detta gäller enligt Mellqvist dock inte om det visar sig att gäldenären har sitt säte i ett land som saknar en fungerande rättslig struktur och som är ökad för att på grund av detta locka till sig företagare. I sådana fall ska sätespresumtionen frångås.⁹⁰ Om detta är en korrekt tolkning av IF gäller den även vid bedömningen av var ett insolvensförfarande ska inledas för koncernbolag.

Den rättsliga grunden för Mellqvists påstående är dock oklar. Troligtvis bygger Mellqvist sin argumentation på ingresspunkt 4; att IF är tänkt att motverka forum shopping. Som nämnts tidigare innebär forum shopping just att en part väljer jurisdiktion efter vilken lagstiftning som är mest gynnsam. Det är klart att ett land utan lagstiftning skulle kunna gynna vissa parter.

Mellqvists tolkning av IF måste dock ses i ljuset av att EU-domstolen har fastslagit att COMI ska bestämmas utifrån objektiva kriterier, som är fastställbara för tredje man. Om tredje man uppfattar att gäldenären har sitt COMI i det land där gäldenären har sitt säte, torde det inte få någon avgörande betydelse enligt IF att landet inte har en ”fungerande rättslig struktur”. Det är tredje man som ska garanteras rättssäkerhet och förutsebarhet avseende den plats där ett insolvensförfarande kommer att inledas. Om tredje man vet vilken risk det medför att ingå avtal med gäldenären torde medlemslandets lagstiftning inte påverka gäldenärens COMI. Dessutom innebär IF art 16 att andra medlemsländer som utgångspunkt ska acceptera ett annat medlemslands beslut att inleda ett insolvensförfarande, enligt principen om ömsesidigt förtroende.

Om ett insolvensförfarande har inletts i ett land som anses sakna rättslig struktur torde IF, enligt min mening, istället vara konstruerad så att den part som påverkas av detta, bör inleda ett insolvensförfarande i ett annat land med hänvisning till IF art 26. Detta skulle innebära att den andra medlemsstaten kan vägra erkänna beslutet om det första insolvensförfarandet med hänvisning till att ett sådant erkännande skulle vara uppenbart oförenligt med den statens rättsordning, särskilt vad gäller statens grundläggande principer och individens grundlagsenliga fri- och rättigheter. Denna väg torde vara mer förenlig med IF.

Det återstår dock att se vad en domstol skulle anse om Mellqvists tolkning av COMI. Det går därför inte att helt bortse från det faktum att avsaknaden av en fungerande rättslig struktur skulle kunna få betydelse för var ett insolvensförfarande avseende en gäldenär som ingår i en koncern ska inledas.

⁹⁰ Jönzén s 82, 88, 113 samt Mellqvist SvJT 05 s 473.

2.4.4.2 Listor med anknytningskriterier

Ibland dyker det upp listor med faktorer som vissa författare menar kan få avgörande betydelse vid bestämmandet av en gäldenärs COMI. Eftersom den juridiska giltigheten av sådana listor starkt kan ifrågasättas, kommer här endast att göras en kort redovisning av vissa av dem och hur faktorerna kan tänkas påverka var ett insolvensförfarande avseende ett koncernbolag ska inledas. För en mer fördjupad diskussion hänvisas till litteraturen i fotnoterna.

Tillgångar, borgenärer och verksamhet

Berends tänker sig tre olika faktorer som kan påverka när presumptionen för sätet som gäldenärens COMI kan frångås. Den första är att det är den plats där gäldenären har sina största tillgångar som ska motsvara gäldenärens COMI. Berends medger dock att denna tolkning har sina svagheter och inte kan ses för sig. Dels skulle det kunna vara möjligt för en gäldenär att ha stora tillgångar i ett bankkonto i ett annat land än säteslandet utan att ha någon som helst verksamhet i det landet. Dels kan det vara svårt för borgenärer att fastställa var gäldenärens tillgångar finns. Detta innebär att denna första av Berends faktorer inte helt överensstämmer med IF eftersom förordningen kräver att COMI ska vara fastställbar för tredje man.⁹¹

Mevorach är också tveksam till att låta platsen för gäldenärens tillgångar få en avgörande betydelse vid fastställandet av gäldenärens COMI eftersom tillgångar lätt kan flyttas från ett land till ett annat.⁹² Torremans menar vidare att den plats där gäldenärens tillgångar förvaltas är att föredra framför den plats där tillgångarna finns.⁹³

Den andra faktorn som Berends anser skulle kunna få betydelse för en gäldenärs COMI är var majoriteten av gäldenärens borgenärer finns. Här uppstår dock frågan om hur man avgör var en borgenär finns samt om det är antalet borgenärer eller de borgenärer med högst anspråk som ska vara avgörande. Dessutom kan det vara svårt för tredje man att fastställa var alla andra borgenärer finns och det skulle vara möjligt för gäldenären att skaffa lån från nya borgenärer i andra medlemsländer inför ett insolvensförfarande. Sammantaget är inte heller denna faktor särskilt förutsebar och förenlig med IF.

Den tredje och sista faktorn som Berends anser skulle kunna få betydelse vid tolkningen av gäldenärens COMI, är var gäldenären har sin verksamhet. Med detta menar Berends den plats där produktion, kontor och anställda finns. Berends anser att denna tredje faktor stämmer bäst överens med IF eftersom den är lättast fastställbar för borgenärer.

⁹¹ Berends s 339-341.

⁹² Mevorach, The "home country" of a multinational enterprise group facing insolvency, s 438.

⁹³ Omar s 176.

Sammanfattningsvis menar Berends att den plats där gäldenären har sina tillgångar, borgenärer och särskilt var gäldenären har sin verksamhet ska få betydelse för var gäldenärens COMI finns. Denna tolkning av en gäldenärs COMI hindrar inte att dessa platser finns hos moderbolaget, även om det i sådana fall krävs en koncern med ganska hög nivå av samarbete. Här måste dock återigen understrykas att Berends inte anger någon direkt juridisk grund för sin lista med faktorer.

Synlighet, ändamål, EU-rättsliga principer m.m.

Mellqvist och Persson listar upp ett antal faktorer som de anser skulle kunna få betydelse vid bedömningen av platsen för en gäldenärs COMI. Det är bland annat platsen där gäldenärens verksamhet är synlig, där gäldenären har kontakter, kommersiella intressen och kommersiell verksamhet, tillgångar, finansiering, anställda, ledning och administration m.m., samt den plats där beslut fattas och avtal ingås och där banktransaktioner sker, som ska få betydelse vid fastställandet av gäldenärens COMI. Dessutom ska EU-rättsliga principer såsom likabehandlingsprincipen, rättssäkerhet och ömsesidigt förtroende mellan domstolar avseende tolkningen av IF, beaktas.⁹⁴

Mellqvist anser vidare att hänsyn även bör tas till IF:s uttalade syfte att förhindra illojal forum shopping och att gäldenärens faktiska verksamhet måste undersökas. Ändamålet med gäldenärens verksamhet och bransch, flödet mellan leverantör och kund, marknadsföring, butiker och service, kan få betydelse enligt Mellqvist.

Perssons och Mellqvists tolkning av platsen för gäldenärens COMI är ganska detaljerad och innehåller flera faktorer. Liksom Berends lista med anknytningskriterier hindrar dock inte Mellqvists och Perssons lista att COMI finns på en annan plats än gäldenärens säte, nämligen hos moderbolaget. Sannolikt krävs då även här att samarbetet inom koncernen är ganska avancerat. Detta överensstämmer dock med EU-domstolens avgörande i Eurofood där ekonomisk kontroll från ett moderbolag inte i sig var tillräckligt för att sätespresumtionen skulle frångås.

2.4.5 UNCITRAL:s modellag

EU är inte ensam om att ha uppmärksammat gränsöverskridande insolvens som ett område som behöver regleras. Som nämnts i inledningen, diskuteras frågorna även inom Världsbanken, Internationella Valutafonden och OECD.

Inom FN har UNCITRAL:s modellag om gränsöverskridande insolvens antagits av flera länder, däribland USA, Storbritannien och Japan. Mason menar att UNCITRAL:s modellag sannolikt kommer att få stor betydelse vid

⁹⁴ Se vidare Jönzén s 82-84

gränsöverskridande insolvens framöver.⁹⁵ Eftersom modellagen har samma test för jurisdiktion som IF, kan det vara intressant att undersöka hur UNCITRAL har löst frågan om jurisdiktion vid insolvensförfarande för koncernbolag.

UNCITRAL:s modellag, som antogs av FN:s generalförsamling år 2004, är inte bindande. Syftet med modellagen är istället att ge länder en möjlighet att anpassa sin lagstiftning för att underlätta vid gränsöverskridande insolvens.⁹⁶ Enligt modellagen ska ett insolvensförfarande inledas inom den jurisdiktion där gäldenärens COMI finns. COMI presumeras liksom i IF art 3.1 vara den plats där gäldenären har sitt säte.⁹⁷ Enligt modellagens lagstiftningsguide, är syftet att insolvensförfaranden ska inledas på den plats med störst anknytning till gäldenären.⁹⁸ Något motsvarande ingresspunkt 13 saknas dock i modellagen och COMI är därför inte mer preciserat än just den plats där gäldenären har sina huvudsakliga intressen. Om gäldenären inte har någon verksamhet i ett land räcker det dock inte, enligt guiden, att gäldenären har tillgångar i landet för att COMI ska anses vara där.⁹⁹

Mevorach menar att UNCITRAL:s modellag innebär att COMI bör vara den plats där gäldenärens huvudkontor finns. Enligt Mevorach ska grundtanken vara att gäldenärens huvudkontor normalt är på samma plats som dess säte, men detta behöver inte alltid stämma.¹⁰⁰ I USA har dock domstolar tolkat UNCITRAL:s modellag som att sätespresumtionen lätt kan frångås.¹⁰¹ Detta innebär i så fall att IF och modellagen går åt olika håll eftersom sätespresumtionen har fått större betydelse inom EU bland annat genom avgörandet i Eurofood.

Just nu pågår ett arbete inom FN för att UNCITRAL:s modellag även ska bli tillämplig för koncerner. Den 21 juli 2010 släpptes en förhandsutgivning av den utökade modellagen. Arbetet handlar dock om hur koncerner kan få ett gemensamt insolvensförfarande och inte hur enskilda bolags COMI kan påverkas av att bolaget ingår i en koncern.¹⁰² Begreppet COMI för enskilda företag definieras inte tydligare.

Eftersom begreppet COMI är, om möjligt, ännu vagare i UNCITRAL:s modellag, kan modellagen inte bidra med någon större tolkningshjälp till IF. Modellagen ger inte heller någon vägledning i hur en gäldenärs COMI kan påverkas av att gäldenären är ett koncernbolag.

⁹⁵ Omar s 29. Se även Wessels s 235-249.

⁹⁶ UNCITRAL 2004, Ds 2007:6. s 151, Mellqvist, KIF, s 28 samt Mevorach, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, s 94. Se även Mevorach, *Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View*, s 182.

⁹⁷ UNCITRAL 2004 modellagen art 2 (b), art 16.3, art 17.2 (a).

⁹⁸ UNCITRAL 2004 s 41.

⁹⁹ UNCITRAL 2004 s 339.

¹⁰⁰ Mevorach, *The "home country" of a multinational enterprise group facing insolvency*, s 440.

¹⁰¹ Moss s 260.

¹⁰² UNCITRAL 2010 s 3.

2.5 De lege ferenda

Senast år 2012 ska rådet lägga fram en rapport om hur IF har tillämpats och eventuellt ge förslag på en revision av förordningen, IF art 46. Det återstår att se vad rådet kommer fram till. De flesta författare som skriver om COMI har åsikter om hur IF bör, eller inte bör, förändras.¹⁰³ Detta sista avsnitt i kapitlet syftar till att kort visa på de förändringar av IF som kan väntas i framtiden och som skulle kunna påverka var ett insolvensförfarande ska inledas avseende ett koncernbolag.

Berends menar att IF inte bör förändras. Han anser att det är bra att COMI är vagt och att det bör vara EU-domstolen som genom sin praxis sätter ramarna för hur begreppet ska tolkas. Däremot menar Berends att ekonomisk kontroll inte borde ha fått ens så lite tyngd som EU-domstolen tillskrev det i Eurofood. Istället tycker Berends att andra faktorer, såsom tillgångar och huvudkontor, borde ges större vikt vid bedömningen av gäldenärens COMI. Dessa faktorer är enligt Berends mer fastställbara för tredje man än ekonomisk kontroll.¹⁰⁴

Khairallah menar däremot att IF borde ändras så att sätespresumtionen istället innebär att behörighet att inleda ett insolvensförfarande avgörs av den domstol där gäldenärens har sitt säte.¹⁰⁵ Ringe håller med Khairallah om att sätespresumtionen borde försvinna, men vill byta sätet som anknytningskriterium till att insolvensförfarande ska inledas inom det territorium där gäldenären, bolaget, uppstod. Svensk konkursjurisdiktion skulle då baseras på att gäldenären är registrerad i Sverige. Ringe menar att detta skulle vara mer förenligt med EU-rättsliga principer såsom etableringsfriheten samt skapa ett mer tydligt och förutsägbart system för gränsöverskridande insolvens.¹⁰⁶

Szydlo tar dock ytterligare ett steg mot att sätet ska vara den plats där insolvensförfarande ska inledas. Szydlo menar helt enkelt att COMI bör bytas ut mot gäldenärens säte. På motstående sida står dock Mevorach som anser att sätespresumtionen inte ens borde få så stor vikt som den har fått idag. Hon menar att det kan göra att insolvensforumet blir en plats som inte har någon verklig koppling till gäldenären och att forum shopping blir lättare att genomföra. Enligt Szydlo skulle det dock inte vara en nackdel, Szydlo vill att forum shopping tillåts.¹⁰⁷

Mellqvist håller med Szydlo så till vida att han menar att sätespresumtionen bör få en stor betydelse vid bedömningen av gäldenärens COMI. Han menar dock att

¹⁰³ Se Wessels för en vidare genomgång av förslag de lege ferenda s 126-132.

¹⁰⁴ Berends s 347-349 och 359-360.

¹⁰⁵ Gullifer s 114-116.

¹⁰⁶ Ringe s 615-616.

¹⁰⁷ Mevorach, The "home country" of a multinational enterprise group facing insolvency, s 437, Szydlo s 272.

detta är viktigt för att säkerställa förutsebarheten avseende var ett insolvensförfarande inleds.¹⁰⁸

När det gäller frågan om att inkludera koncerner i IF, menar flera författare att det är bättre att förhandla om helt nya regler istället för att göra tillägg eller ändringar i IF.¹⁰⁹

Persson vill också ha särskilda regler för koncerner, men vill dessutom ändra IF så att regleringen blir mer objektiv och fastställbar för tredje man samt undersöka vad som kan göra att forum shopping motverkas.¹¹⁰

Sammanfattningsvis finns det flera åsikter om hur IF bör revideras. Vissa vill se stora förändringar där COMI byts mot ett annat anknytningsfaktum såsom till exempel gäldenärens säte. Andra författare vill behålla COMI men ge sätespresumtionen mer eller mindre tyngd. Det återstår dock att se om IF kommer att revideras år 2012 och på vilket sätt detta kommer att påverka inom vilken jurisdiktion ett insolvensförfarande avseende ett koncernbolag ska inledas.

3. Sammanfattande slutsatser

Sammanfattningsvis ska ett insolvensförfarande avseende en juridisk person inledas i den europeiska medlemsstat inom vars territorium gäldenärens COMI finns och detta presumeras vara gäldenärens säte, IF art 3.1. Enligt IF ingresspunkt 13 bör COMI motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man. Detta innebär enligt EU-domstolen att COMI ska bestämmas utifrån kriterier som är objektiva och fastställbara för tredje man. På så sätt ska rättssäkerheten och förutsebarhet avseende var insolvensförfaranden inleds säkerställas.

Syftet med denna uppsats är att undersöka om sätespresumtionen i IF art 3.1 kan frångås när gäldenären har ett moderbolag med säte i ett annat europeiskt medlemsland än gäldenären. Som svar på detta har EU-domstolen fastslagit att det inte i sig är tillräckligt att det finns ett moderbolag, som kan utöva ekonomisk kontroll över gäldenären, för att sätespresumtionen ska frångås, förutsatt att gäldenären bedriver verksamhet vid platsen för sitt säte.

Svenska rättsfall på området har, liksom EU-domstolen, gett sätespresumtionen stor tyngd. Av detta kan tolkas att presumtionen för sätet som gäldenärens COMI

¹⁰⁸ Jönzén s 88.

¹⁰⁹ Berends s 349 och 359-360, Jönzén s 87, Ringe s 618 samt Omar s 181.

¹¹⁰ Persson s 86-87.

är svår att frångå. Om gäldenären däremot inte bedriver någon verksamhet i säteslandet torde det vara ganska oproblematiskt att bryta sätespresumtionen när gäldenären har ett moderbolag i ett annat land.

Andra europeiska medlemsländer har dock tolkat COMI på olika sätt. Vissa länders domstolar går på den svenska linjen, att det är osannolikt, även om det inte får vara omöjligt, att sätespresumtionen kan frångås. Engelska domstolar verkar däremot vara mer villiga att undersöka andra möjliga platser än gäldenärens säte för att hitta dess COMI. IF ska dock tolkas enhetligt och oberoende av nationell rätt och eftersom EU-domstolen är högsta instans får det antas att sätespresumtionen ska anses ha stor tyngd, även om presumtionens betydelse inte får överdrivas.

UNCITRAL:s modellag innehåller också begreppet COMI och i USA har domstolar tolkat detta begrepp som att sätespresumtionen inte har lika stor tyngd som den har fått inom EU. Hur detta kan påverka en framtida tolkning av COMI inom EU återstår dock att se.

Vissa författare menar att det finns en generell trend inom EU att tolka COMI som den plats där de funktioner som ett huvudkontor normalt utövar, utövas. Andra författare tolkar istället COMI på andra sätt, till exempel att insolvensförfaranden ska inledas inom den jurisdiktion där beslut avseende gäldenärens verksamhet fattas eller inom den jurisdiktion där besluten verkställs. Ytterligare andra menar att COMI motsvarar gäldenärens ”faktiska säte”. Författarnas olika uppfattningar om COMI, liksom de europeiska medlemsländernas domstolars olika tolkningar, visar på hur vagt begreppet är. Koncerner kan vara strukturerade på olika sätt och beroende på vilken tolkning avseende COMI som är ”rätt” kan det få betydelse för hur en gäldenärs COMI kan påverkas av att gäldenären är ett koncernbolag.

Just eftersom koncerner kan se så olika ut, måste varje fall bedömas för sig. Det går inte att hitta ett allmängiltigt svar på hur gäldenärens COMI kan påverkas utan att definiera begreppet koncern. När det gäller den svenska koncerndefinitionen i ÅRL och ABL bygger den på att moderbolaget har betydande kontroll genom avtal eller ägande i dotterbolaget eller har möjlighet att tillsätta en betydande del av dotterbolagets styrelse. UNCITRAL:s korta definition av grupper av företag innebär, liksom den svenska, att bolagen är sammankopplade genom kontroll eller betydande ägande. Med utgångspunkt i dessa definitioner går det att dra vissa slutsatser angående en gäldenärs COMI.

Enligt IF ingresspunkt 13 bör COMI vara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man. Detta torde innebära att det inte räcker att enbart den svenska och UNCITRAL:s koncerndefinitioner i sig är uppfyllda för att sätespresumtionen ska kunna frångås. Det finns inget kriterium i koncerndefinitionerna om att kontroll från ett

moderbolag ska vara fastställbar för tredje man och kontroll torde dessutom vara svårt att objektivt uppfatta för tredje man. Enbart kontroll genom avtal eller ägande i sig behöver heller inte direkt innebära att gäldenärens intressen vanligtvis förvaltas från moderbolaget. Det krävs alltså något ytterligare än enbart den kontroll som anges i koncerndefinitionerna för att sätespresumtionen i IF art 3.1 ska kunna frångås, förutsatt att gäldenären bedriver verksamhet och är fastställbar för tredje man vid sitt säte.

Bolag i en koncern kan dock samarbeta och vara strukturerade på fler sätt än enbart att moderbolaget har rösträtt och möjlighet att utse gäldenärens styrelse. Sådana ytterligare faktorer skulle kunna inverka på inom vilken jurisdiktion ett insolvensförfarande avseende en gäldenär som ingår i en koncern, ska inledas. Det är dock oklart vilka faktorer som kan få betydelse, i synnerhet eftersom varje faktor även måste vara fastställbar för tredje man.

Det finns dock inget som hindrar att tredje man, oavsett vem det är, objektivt kan uppfatta att gäldenärens COMI är hos moderbolaget. Om detta kan visas, torde gäldenärens COMI kunna anses vara hos moderbolaget och sätespresumtionen alltså frångås. Det är dock oklart vem tredje man är, liksom vad tredje man ska uppfatta, och därför krävs ytterligare klargöranden för att kunna dra några användbara slutsatser. Det är dock inte rimligt att en part uppenbart utnyttjar den osäkerhet som finns genom att välja att inleda ett insolvensförfarande avseende en gäldenär inom en för parten mer fördelaktig jurisdiktion, så kallat forum shopping. Detta eftersom forum shopping går emot IF:s syfte.

Sammanfattningsvis är att det är önskvärt med fler avgöranden från EU-domstolen, liksom från svenska domstolar, för att klargöra inom vilken jurisdiktion insolvensförfaranden avseende ett bolag som ingår i en koncern ska inledas. Detta skulle öka rättssäkerheten och göra läget mer förutsebart för både gäldenärer, tredje man och andra inblandade parter. Det torde dock vara klart att om gäldenären bedriver verksamhet på platsen för sitt säte och detta är fastställbart för tredje man, krävs ytterligare faktorer än att enbart koncerndefinitionen i ABL eller ÅRL är uppfyllda för att sätespresumtionen ska kunna frångås.

4. Avslutande kommentarer

Gränsöverskridande insolvens är ett område som diskuteras livligt just nu och det har varit svårt att avgränsa uppsatsen till att endast svara på frågan var ett insolvensförfarande ska inledas för koncernbolag. IF innehåller fler vaga begrepp än COMI, men även COMI kan analyseras ur fler perspektiv. Det finns helt enkelt

inte utrymme i en uppsats att behandla alla frågor som kan uppkomma vid tillämpningen av IF.

Under arbetets gång har jag bland annat fått ta ställning till olika praktiska frågor, till exempel vilken juridisk ”status” den förklarande rapporten har vid tolkningen av COMI. Det är mycket intressant att ställas inför en sådan fråga, särskilt eftersom europeiska författningar saknar de vägledande förarbeten som ofta finns inom svensk lagstiftning. Det är fortfarande inte helt klart vilken ”ställning” den förklarande rapporten har och det hade varit givande att undersöka europeisk rättskällelära vidare. Förklarande rapporten ger dock inte särskilt stor vägledning när det gäller just vilken betydelse det ska få att en gäldenär ingår i en koncern vid bestämmandet av insolvensjurisdiktion, och därför har den inte skapat några större problem för denna uppsats.

För att återknyta till diskussionen om den svenska traditionen med förarbeten, är det en ganska märklig situation att ställas inför så vaga begrepp som COMI och inte kunna falla tillbaka på lagstiftarens mening. Svårigheten blir desto större i och med att olika medlemsländers domstolar och författare verkar ha olika uppfattningar om hur COMI ska tolkas. Samma problematik verkar finnas för UNCITRAL:s modellag, men den är å andra sidan inte bindande på samma sätt som IF. Det har dock varit mycket intressant att läsa om hur tolkningen av IF skiljer sig åt i de europeiska medlemsländerna och detta skulle med fördel kunna undersökas djupare. Nationell rättspraxis har sannolikt påverkats av domen i Eurofood och det är spännande att se hur området utvecklar sig i framtiden.

En annan svårighet som uppstod under uppsatsskrivandet var att hitta en koncerndefinition. Det verkar inte ha funnits något behov inom EU, annat än på det skatte- och redovisningsrättsliga området, att införa en allmän definition av grupperingar av företag. Kanske är det inte heller nödvändigt att göra det på det insolvensrättsliga området eftersom varje gäldenärs COMI ska fastställas för sig. Ett ensamt koncernbolags COMI skulle, oavsett om begreppet koncern definieras eller inte, kunna påverkas av att gäldenären är ett koncernbolag. Det verkar rimligt att ett moderbolags inverkan på varje dotterbolag prövas individuellt. Idag diskuteras dock frågan om ett gemensamt insolvensförfarande för koncerner och det kan tänkas att om ett sådant införs kommer frågan om koncernbegrepp inom EU att aktualiseras.

Sist i uppsatsen finns ett litet avsnitt om eventuella förändringar av IF år 2012. Med tanke på att det tog flera år att få till IF, är dock min mening att det inte är så sannolikt att förordningen kommer att ändras i stort. Troligtvis kommer istället IF:s ramar att bestämmas genom framtida avgöranden av EU-domstolen.

Avslutningsvis vill jag bara kommentera två av de stora frågor som har diskuterats livligt i artiklar under den tid jag arbetade med uppsatsen. Dels är det frågan om forum shopping bör tillåtas eller inte och dels principen om ömsesidigt förtroende.

Jag har endast berört forum shopping ytligt i denna uppsats. Andra författare har däremot diskuterat frågan grundläggande och det finns dem som ifrågasätter om det är bra att IF ska motverka forum shopping. Eftersom uppsatsen har varit praktiskt inriktad har det dock inte funnits utrymme för en sådan diskussion, även om det mycket väl hade varit intressant att undersöka denna fråga.

En annan mycket intressant fråga som angränsar till frågeställningen om inom vilken jurisdiktion ett insolvensförfarande ska inledas för ett koncernbolag, är vad som händer när ett medlemsland inte accepterar ett annat lands beslut att inleda ett insolvensförfarande. Med andra ord, hur principen om ömsesidigt förtroende och ordre public ska tolkas. En domstols bedömning av sin egen kompetens är avgörande för var ett insolvensförfarande kommer att inledas, något som för tankarna till skiljedomsrätt. Det hade varit intressant att undersöka detta vidare.

Forum shopping och principen om ömsesidigt erkännande har som sagt inte behandlats på en djupare nivå i denna uppsats. De visar dock på att det finns mycket kvar att undersöka i IF.

Källförteckning

Offentligt tryck

Departementsserien

DS 2007:6. *Internationell Insolvens - en diskussionspromemoria*

Propositioner

Prop 2004/05:85 *Ny aktiebolagslag*

Prop 2005/06:37 *EU:s insolvensreglering*

EU-dokument

Smit, E, Virgos, M, *Rapport angående konventionen om insolvensförfaranden*, 1996, återfinns översatt till svenska i Mellqvist, KIF, s 313 ff. samt på engelska i Moss s 381 ff. (cit: förklarande rapporten)

FN-dokument

[Pre-release] *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency*, United Nations Commission on International Trade Law, 2010-06-21 (2010-11-10), <http://www.uncitral.org> (cit: UNCITRAL 2010)

UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, United Nations Commission on International Trade Law, New York 2005, (2010-11-10), <http://www.uncitral.org> (cit: UNCITRAL 2004)

Rättsfall

Hovrätten

Hovrättens för Övre Norrland beslut 2006-02-14 i mål nr Ö 929-05

Hovrätten över Skåne och Blekinge beslut 2005-02-03 i mål nr Ö 21-05

Svea Hovrätts beslut 2003-05-30 i mål nr Ö 4105-03

EU-domstolen

Mål C-444/07 MG Probud Gdynia sp. z o.o, den 21 januari 2010

Mål C-341/04 Eurofood IFSC Ltd [2006] ECR I-3813

Mål C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam vs Inspire Art Ltd [2003] ECR I-10155

Mål C-208/00 Überseering BV vs Nordic Construction Company
Baumanagement GmbH [2002] ECR I-9919

Mål C-212/97 Centros Ltd vs Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [1999] ECR I-1459

Litteratur

Af Sandeberg, C, *Aktiebolagsrätten*, Studentlitteratur Danmark 2006

Berends, A J, *The Eurofood Case: One company, two main insolvency proceedings: which one is the real one?* Netherlands International Law Review, LIII: 331-361, 2006, T.M.C. Asser institute and Contributors 2006.

Bergström, S, m.fl., *Juridikens termer*, nionde upplagan, Liber AB 2004

Bogdan, M, *Svensk internationell privat- och processrätt*, sjunde upplagan, Norstedts juridik 2008

Craig, P, De Búrca, G, *EU Law*, fjärde upplagan, Oxford University press 2008

Dotevall, R, *Samarbete i bolag*, Norstedts juridik 2009

Dotevall, R, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, Norstedts juridik 2008

Dotevall, R, *Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer*, SvJT 2006 s 885-899

Folkesson, E, *Företaget i ekonomisk kris*, sjätte upplagan, Thomson Fakta 2006

Gullifer, L, Ringe, W-G, Théry, P, (redaktörer) *Current Issues in European Financial and Insolvency Law. Perspectives from France and the UK*, Hart Publishing 2009

Jönzén, J, Möller, M, m.fl. (redaktörer), *Insolvensrättsligt forum 2007*, Iustus AB 2009

Lundberg, J, Nilsson, M, *Europa rätten*, tredje upplagan, Jure förlag AB 2009

Mellqvist, M, *Europeisk internationell insolvensjurisdiktion*, SvJT 2005 s 449-477

Mellqvist, M, *EU:s insolvensförordning mm, En kommentar*. Norstedts Juridik AB 2002 (cit: Mellqvist, KIF)

Mevorach, I, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, Oxford University Press 2009

Mevorach, I, *The “home country” of a multinational enterprise group facing insolvency*. International and Comparative Law Quarterly (ILCQ) vol 57, April 2008 s 427-448

Mevorach, I, *Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View*. European Business Organization Law Review 8: 179-194, T.M.C. Asser Press 2007

Moss, G, m.fl, *The EC regulation on insolvency proceedings, a commentary and annotated guide*, andra upplagan, Oxford university press 2009

Omar, P J, (redaktör) *International Insolvency Law*, Ashgate Publishing Limited 2008

Ringe, W-G, *Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation*, European Business Organization Law Review 9: 579-620, T.M.C. Asser Press 2008

Szydlo, M, *Prevention of Forum Shopping in European Insolvency Law*. European Business Organization Law Review 11: 253-272, T.M.C. Asser Press 2010

Wessels, B, m.fl., *International cooperation in bankruptcy and insolvency matters*, Oxford University Press 2009