

**Juridiska Institutionen
Handelshögskolan
vid Göteborgs Universitet**

**Tillämpade Studier
Programmet för jur.kand.
20 poäng
VT-2007**



Filialer

– ur ett borgenärsperspektiv

Författare: Richard Manderhjelm

Handledare: Prof. Rolf Dotevall

Innehållsförteckning

INNEHÅLLSFÖRTECKNING.....	2
SAMMANFATTNING.....	4
FÖRKORTNINGAR.....	6
1 INLEDNING.....	7
1.1 INTRODUKTION.....	7
1.2 SYFTE, AVGRÄNSNING OCH METOD.....	7
1.2.1 Syfte.....	7
1.2.2 Avgränsning.....	8
1.2.3 Metod.....	9
1.3 DISPOSITION.....	9
2 GEMENSKAPSRÄTT.....	10
2.1 ETABLERINGSFRIHETEN.....	11
2.2 DIREKTIV PÅ BOLAGSRÄTTENS OMRÅDE.....	13
2.2.1 Första bolagsdirektivet.....	13
2.2.2 Andra bolagsdirektivet.....	14
2.2.3 Elfte bolagsdirektivet.....	15
3 Borgenärsskydd.....	17
3.1 KAPITALSKYDDSREGLERNA I ABL.....	17
3.2 KAPITALSKYDDSREGLERNA I CA.....	19
3.2.1 Limited Liability och Wrongful Trading.....	20
3.2.2 Vem blir ansvarig?.....	21
3.2.2.1 <i>Shadow director</i>	23
3.2.3 Bestridande.....	24
4 LAGVALSPRINCIPER.....	26
4.1 REGISTRERINGSPRINCIPEN.....	26
4.2 SÄTESPRINCIPEN.....	28
4.3 EXEMPEL PÅ KONFLIKTER MED SÄTES- RESPEKTIVE INREGISTRERINGSPRINCIPEN.....	30
4.3.1 Registreringsprincipen visavi registreringsprincipen.....	31
4.3.2 Registreringsprincipen visavi sätesprincipen.....	31
4.3.3 Sätesprincipen visavi registreringsprincipen.....	31

4.3.4 Sätessprincipen visavi sätessprincipen	32
4.4 ANDRA INTRESSANTA MÅL FRÅN EGD	32

5 INSOLVENSREGLERING **34**

5.1 INSOLVENS – BEGREPPET	34
5.2 INSOLVENSFÖRORDNINGEN	34
5.2.1 Insolvensförordningens uppbyggnad	35
5.2.2 Insolvensförordningen och dess tillämpning	36
5.2.2.1 huvudinsolvensförfarande	36
5.2.2.2 territoriellt begränsat insolvensförfarande	37
5.2.2.3 Tillämplig lag	38
5.2.2.4 Presumtionens genombrytande	39

6. ANALYS..... **42**

6.1 ETABLERINGSFRIHETEN	42
6.2 OFFENTLIGHET I FILIALER OCH SKYDDET FÖR BORGENÄRER	44
6.3 INSOLVENSFÖRORDNINGEN	47
6.4 PERSONLIGT ANSVAR	48
6.5 AVSLUTANDE DISKUSSION	50

BILAGOR..... **52**

BILAGA 1 – INSOLVENCY ACT, SECTION 124	52
BILAGA 2 – INSOLVENCY ACT, SECTION 214	52
BILAGA 3 – INSOLVENCY ACT, SECTION 251	53

KÄLLFÖRTECKNING..... **55**

LITTERATURFÖRTECKNING	55
ARTIKLAR	55
GEMENSKAPSRÄTT	56
RÄTTSFALLSSAMMANSTÄLLNING	57
Gemenskapsrätt	57
Svensk rätt	57
FÖRARBETEN	58
ÖVRIGA KÄLLOR	58
INTERNET	58

Sammanfattning

Den inre marknaden inom europeiska unionens gränser innebär många möjligheter för dess medborgare och företag. Som medborgare kan man flytta till ett annat land inom EU för att t.ex. studera eller arbeta. Som företag kan man för att expandera verksamheten välja att etablera sig eller sälja sina varor eller tjänster i ett annat EU-land. Den inre marknaden fungerar oftast väl, men naturligtvis kan problem ibland uppstå med tolkningen av gällande regler. Det kan t.ex. röra sig om att man som medborgare stöter på problem med att få uppehållstillstånd eller att det uppstår problem som rör rättigheter på arbetsmarknaden. Företagen kan vidare stöta på andra byråkratiska hinder.

I den allt mer globaliserade världen idag står bolagsrätten allt mer i fokus, både vad gäller inom den europeiska unionen samt internationellt. Inom unionen försöker man åstadkomma, och har även lyckats genomföra, harmonisering av bolagsrätten för att minska de etableringshinder som fortfarande återstår. Bland annat har man inrättat ett antal direktiv på bolagsrättens område, t.ex. det elfte bolagsdirektivet som behandlar filialer, för att underlätta för företag att utöka sin verksamhet i andra medlemsländer eller att flytta företaget mellan två medlemsländer. Även EGD har inom bolagsrättens område arbetat flitigt. Ett flertal domar från domstolen har belyst frågan om vad som gäller för företag att säkert flytta sin verksamhet mellan medlemsstaterna utan att för den skull förlora sin rättskapacitet. Domstolen har härigenom klargjort hur de olika medlemsstaternas principer om lagval skall behandlas i förhållande till varandra. Det har också från kommissionens sida utarbetats en förordning för gränsöverskridande insolvensförfaranden, vilken skall vara till hjälp vid de nationella domstolarnas bedömning av om det handlar om ett nationellt insolvensförfarande eller ej.

Det ovanstående är ett exempel av att det inom EU råder etableringsfrihet och att både medborgare och bolag kan flytta i stort sett obehindrat inom unionen. Uppsatsen kommer att behandla de problem som kan uppstå när borgenärer gör affärer med utländska filialer. Meningen är att belysa de svårigheter som kan uppstå när ett företag, som är registrerat i ett medlemsland, driver näringsverksamhet genom filial i ett annat medlemsland. Detta görs ur ett borgenärsperspektiv och tar främst sikte på information

från filialerna respektive ”moderbolaget” samt de processuella medel som står till buds för borgenär att driva genom sina krav mot en gäldenär. I huvudsak kommer de svenska och engelska rättsordningarna ligga till grund för analysen senare i arbetet. Uppsatsen är främst begränsad till att omfatta aktiebolag, eftersom de direktiv som finns utarbetade av EG endast rör bolag där ägarna driver verksamheten utan personligt betalningsansvar.

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
AG	Aktiengesellschaft
CA	Companys Act 1985
FR	Förklarande Rapport
EG	Europeiska Gemenskapen
EGD	Europeiska Gemenskapens Domstol
EGF	Fördraget om Europeiska Gemenskapen, Romfördraget
EUF	Fördraget om Europeiska Unionen, Maastrichtfördraget
EU	Europeiska Unionen
HovR	Hovrätten
IA	Insolvency Act
JT	Juridisk Tidsskrift
LR	Länsrätten
LUF	Lag (1992:160) om utländska filialer
NE	Nationalencyklopedin
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
PLC	Private Limited Companies
Prop.	Proposition
RH	Avgörande från Hovrätten
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Introduktion

Det är inte ovanligt att ett företag som går bra, som bedriver en säregen verksamhet eller som har en produkt man anser vara av universellt intresse, önskar utvidga sin verksamhet. Detta kan ske på olika sätt. Man kan starta ett dotterbolag och genom detta bedriva verksamhet, både i sitt hemland och i ett främmande land. Ett annat är att man öppnar en filial.¹ För- respektive nackdelar med de olika associationsformerna tänker inte diskuteras här. Noteras kan dock att för ett dotterbolag gäller, att dotterbolaget (som huvudregel) står för de förpliktelser som ingåtts med eller uppstått för filialen. När det gäller filialer gäller det omvända förhållandet, att det utländska företaget med sin förmögenhet står för alla ingångna förpliktelser.² Detta eftersom en filial inte är någon egen separat juridisk person, utan en del av det utländska företaget.³ En utländsk filial karaktäriseras som en sådan del av en utländsk sammanslutning som från ett fast driftställe fortlöpande driver rörelse eller utövar yrke i den utländska sammanslutningens namn och för dess räkning. I fallet *Somafer mot Saar Fengas* uttalade EG-domstolen att begreppet filial eller kontor innefattar ett affärsställe med permanent status som har rättslig handlingsförmåga i förhållande till tredje man.⁴

1.2 Syfte, avgränsning och metod

1.2.1 Syfte

Syftet med uppsatsen är att ta reda på vilka sätt en borgenär kan få tillgång till information rörande det utländska företaget. Detta är särskilt viktigt när det handlar om filialer, eftersom dessa inte är juridiska personer utan endast en ”gren” som utgår från den utländska juridiska personen. Informationen är i de flesta fall väsentlig i det att

¹ Drygt 130 träffar på bolagsverkets hemsida med bolag av engelskt ursprung som bedriver filial i Sverige, varav ett tiotal bolag innehåller beteckningen plc, <http://www.bolagsverket.se>

² Svernlöv C – *Utländska filialer – teori och praktik*, balans nr 12 2001

³ Se t.ex. NJA 1980 s 164

⁴ Mål 33/78 *Somafer mot Saar Fengas*

borgenären utgår från denna om han ska bevilja kredit eller ej. Syftet är samtidigt att behandla frågan om vilken rättsordning som kan bli aktuell i händelse av tvist. Uppstår meningsskiljaktighet mellan parterna är det viktigt att ha förstått vilket lands författning som kommer att gälla för tvisten. I denna del är det också viktigt att framhäva betydelsen av att vara medlem i Europeiska unionen, eftersom dennas rättsregler ofta står över de nationella reglerna. Detta kommer således även att diskuteras.

1.2.2 Avgränsning

Ett flertal problem kan uppstå vid etablerandet av en filial och under en filials livstid. En är kravet enligt den svenska lagen om utländska filialer (LUF), att filialen skall drivas under firma som innehåller det utländska företags namn med tillägg av ordet filial, samt företags nationalitet (5 §).⁵ Samtidigt får namnet inte vara förväxlingsbart med ett här i riket redan registrerat företag. Här kan problem inträffa när ett utländskt företag önskar registrera en filial, eftersom det måste innehålla företags namn samt ej vara förväxlingsbart.⁶ Detta kommer dock att lämnas utan vidare diskussion.

Svårigheter kan även uppstå inom det privaträttsliga området, t.ex. när det handlar om arbetstagare inom europeiska unionen. Inom det arbetsrättsliga området finns ett antal regler som blir tillämpliga beroende på vilket land den juridiska personen utgår. De viktigaste reglerna är Bryssel I-förordningen som är tillämplig på EU:s medlemsstater (förutom Danmark), Brysselkonventionen samt Luganokonventionen.⁷

Ett tredje problem som kan uppstå är oenighet om vilket lands lagregler som blir tillämpliga när en eventuell tvist seglar upp. Detta grundas i botten på att länderna i Europa förhåller sig olika till vilken anknytningspunkt som skall användas för att

⁵ Enligt Svernlöv skulle motivet till detta kunna vara, ett det kan underlätta att få tillgång till information om det utländska företaget – Svernlöf C a a

⁶ Se t.ex. avgörandet i det s.k. Trip Trap-fallet där det danska företaget Trip Trap Furniture A/S av PRV fick avslag på sin ansökan om registrering både p.g.a. förväxlingsrisk och att de i sin alternativansökan inte hade med hela det utländska företags namn. LR undanröjde sedan domen med motiveringen att avslaget av PRV stred mot Romfördragets artikel 52 (nuvarande 43) – Länsrättens dom i mål nr 3697-96

⁷ Se vidare Malmberg, J – *Arbetstagares ställning vid gränsöverskridande företagsövergångar*, SvJT 2004 s 792 ff, särskilt 797-799

bestämma vilket lands rättsordning som skall tillämpas. Det finns i huvudsak två principer; sätes- respektive registreringsprincipen. Dessa behandlas nedan.

Ytterligare ett spörsmål som är intressant ur borgenärssynpunkt är hur han kan få tillgång till tillräcklig information om det utländska företaget. Det är naturligtvis av intresse för den borgenär som ämnar ställa en kredit till en filial att han senare också kan återfå denna. Självklart kan han till viss del styra detta med att ha olika räntenivåer eller att kräva att filialen ställer säkerhet för fordran.

Det är dessa två senare frågorna som ska behandlas i denna uppsats.

1.2.3 Metod

Syftet med uppsatsen är att finna vilka konsekvenser det kan få för en borgenär när han ingår affärer med en filial och vilken betydelse det har för honom. För att kunna göra detta på bästa möjliga sätt, behöver vi se på hur rätten, fram för allt EGD, tolkar och tillämpar de regler som finns inom bolagsrätten. För detta ändamål har som metod valts att dels analysera olika rättsfall för att se vad som gäller i fråga om den i EGF fastlagda principen om fri etableringsrätt, dels vad som gäller frågan om vilken rättsordning som primärt ska anses segra. Dessutom kommer att redogöras för vad ett antal författare har för åsikter samt även en del förarbetsuttalanden.

1.3 Disposition

För uppsatsen har valts en klassisk disposition, där jag inleder med att lämna en kort redogörelse för den metod som valts. Därefter presenteras en del olika begrepp som kommer att utgöra centrala delar av arbetet, samt en redogörelse för de mest centrala bestämmelserna. När detta så är gjort kommer vi in på själva analysen av problemkomplexet. Här har använts varierande informations- och kunskapskällor, såsom litteratur och artiklar. Även propositioner och andra lagförarbeten har varit till stor hjälp. Sist i uppsatsen kommer de slutsatser som arbetet resulterat i att presenteras och en avslutande diskussion att föras.

2 Gemenskapsrätt

EG-rätten indelas vanligtvis i vad man brukar kalla *primär EG-rätt* respektive *sekundär EG-rätt*. Den primära EG-rätten utgörs av mellanstatliga fördrag, som till exempel *Romfördraget*, med därtill knutna protokoll och förklaringar samt de olika Eu-staternas anslutningsfördrag. Den sekundära EG-rätten utgörs av de rättsakter som EG:s institutioner har utfärdat, vilka kan härledas ur den kompetens Romfördraget givit dessa institutioner.

Målet med det europeiska samarbetet inom ramen för Europeiska Gemenskapen anges i preambeln till Romfördraget och skall uppnås genom två grundläggande medel. Dessa uttrycks i artikel 2 EGF som ekonomisk integration, det vill säga skapandet av en gemensam inre marknad, samt en ekonomisk och monetär union. Den bärande iden bakom reglerna om upprättandet av den gemensamma marknaden är att produktiviteten och effektiviteten i företagen förväntas öka, med samhällsekonomiska vinster som följd, detta om de nationella marknaderna öppnas och utsätts för konkurrens enligt gängse marknadsekonomiska principer.⁸ En central del i skapandet av den gemensamma marknaden är uppkomsten av den inre marknaden, som innebär att hinder mellan medlemsstaterna, där nationella regler begränsar den fria rörelsen av varor, tjänster, personer och kapital, de så kallade fyra friheterna, skall avskaffas.⁹ I detta sammanhang skall även nämnas etableringsrätten,¹⁰ vilken man ofta brukar omtala som en femte frihet.¹¹

Den sekundära EG-rätten består främst av förordningar och direktiv, och i detta sammanhang är det de direktiv och förordningar som utfärdats inom bolagsrättens område som är av intresse.

⁸ Allgårdh, O & Norberg, S – *EU och EG-rätten*, Norstedts Juridik, 1999, s 246 f

⁹ Se artiklarna 23, 31, 49 & 56 Romfördraget

¹⁰ Artikel 43 Romfördraget

¹¹ Bernitz, U – *Europarättens grunder*, 2:a uppl. 2002 s 29 ff

2.1 Etableringsfriheten

Den fria rörligheten¹² inom europeiska unionen har inte enbart betydelse för fysiska personer, utan också för bolag och andra juridiska personer. I *Romfördragets* kapitel 2, artiklarna 43-48, anges de principer som gäller för den fria etableringsrätten inom europeiska unionen. Enligt artikel 43 skall alla inskränkningar, som hindrar en medborgare i en medlemsstat från att etablera sig i en annan medlemsstat, förbjudas. Detta innebär således, att alla åtgärder som en medlemsstat vidtagit, vilka till sitt sätt förhindrar eller försvårar att någon kan etablera sig i den medlemsstaten, måste avvecklas. Avvecklingen gäller inte enbart hinder som riktar sig mot etableringen av fristående bolag eller annan juridisk person, utan även inskränkningar som hindrar ett bolag eller annan juridisk person, som i ett annat medlemsland redan etablerat sig, från att upprätta kontor, filial eller dotterbolag i det medlemslandet.¹³ Att även juridiska personer ska omfattas av den fria etableringsrätten framgår genom artikel 48 EGF som säger att ”Bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen skall vid tillämpningen av bestämmelserna i detta kapitel likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna”. Något som förtjänas att bli påpekat i detta sammanhang är att EGF inte ställer upp något krav för sina medlemsländer att de skall införa någon allmän etableringsfrihet för bolag eller andra juridiska personer, utan huvudregeln är likhetsprincipen. Med detta menas att det skall råda en likhet i ”etableringsförutsättningarna”, med andra ord att samma regler gälla skall för rättssubjekten oavsett ifrån vilken medlemsstat de kommer när etableringen ska ske i en medlemsstat där den som etablerar sig inte är hemmahörande.¹⁴ Etableringsfriheten innefattar alltså en rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare

¹² Craig, P, De Burca, G – *EU LAW – text, cases and materials* s 772 ff

¹³ Hessius, J och Graner, M – *EG:s bolagsrätt*, Ny Juridik 2:97, s 15. Uppsatsen tar inte upp vad som gäller i fråga om ett bolag vill flytta till ett annat medlemsland med bibehållen identitet. Se för detta till exempel Pehrson, M – *Kan aktiebolag flytta?* i *Europaperspektiv*, Årsbok 1999 s 89 ff

¹⁴ Bernitz a a s 220

Att den fria etableringsrätten är en av hörnstenarna inom den europeiska gemenskapen är oomtvistat. Europeiska gemenskapens domstol har vid flera avgöranden framhållit att artiklarna 43 och 48 (förutvarande 52 och 58) till exempel utgör hinder mot att en medlemsstat hindrar inregistrering av en filial i ett medlemsland, när ”huvudbolaget” registrerats i enlighet med nationella lagregler i bolagets hemland eller att ”filiallandet” har olika regler beroende på om filialen är nationell eller har sitt ursprung från ett bolag vilket är registrerat i en annan medlemsstat.¹⁵

Missgynnande åtgärder får av en medlemsstat vidtas om det anses påkallat att sådana regler införs och att de uppfyller fyra förutsättningar: i) de skall tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, ii) de ska vara motiverade med tvingande hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa, det vill säga allmänintresset, iii) de skall vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas med dem samt iv) de skall vara proportionella gentemot målsättningen.¹⁶ Dessa regler brukar dock tolkas snävt av EGD och endast i undantagsfall rendera undantag från huvudregeln om fri etableringsrätt. Domstolen brukar peka på, att frågan om tillämpningen av artiklarna 43 och 48 skiljer sig åt huruvida åtgärder får vidtas av en medlemsstat i syfte att hindra att man försöker undandra sig den nationella lagstiftningen.¹⁷ Lyckas däremot medlemslandet med att rättfärdiga sitt beslut torde diskrimineringen vara enbart av tillfällig art och därmed inte utgöra en diskriminering i dess egentliga bemärkelse. Diskriminering eller inte baseras i grunden på en objektiv bedömning mellan de uppsatta kriterierna för en inträffad negativ effekt i förhållande till de ändamål dessa uppsatts.¹⁸

I syfte att harmonisera bolagsrätten inom unionen och att förverkliga etableringsfriheten ges Europeiska unionens råd i artikel 44.2 g EGF möjlighet att genom direktiv, i den utsträckning det är nödvändigt, samordna de skyddsåtgärder som krävs inom unionen för att skydda bolagsmännens och tredje mans intressen, samt att

¹⁵ Se *Inspire Art*, mål C-167/01

¹⁶ Art 46. C – 19/92 Dieter Kraus v Land Baden. Württemberg, punkt 32

¹⁷ Se till exempel *Centros* mål C-212/97 p 17

¹⁸ Bernitz a s 229

göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen. Rådet har således med stöd i denna artikel utfärdat direktiv på det bolagsrättsliga området.

2.2 Direktiv på bolagsrättens område

Den sekundära EG-rätten tar sikte på bland annat lagstiftning genom direktiv. Av artikel 249 EGF framgår att Europaparlamentet och rådet gemensamt, rådet eller kommissionen utfärdar direktiv. Vidare framgår att direktiv är, med avseende till det resultat man vill uppnå med direktivet, bindande för alla medlemsstater till vilket direktivet riktas, men att det är upp till varje medlemsstat att finna lämpligt förfarande för implementering. Man kan oftast i någon av varje direktivs slutartiklar finna vilket som är det sista datumet för implementering av rättsakten. Av artikel 251 framgår på vilket sätt ett direktiv skall antas. På bolagsrättens område har under åren upprättats ett större antal rättsakter vilka på olika sätt skall styra bolagen, bland annat genom att göra olika informationer tillgängliga för allmänheten, att skydda bolagsborgenärerna samt krav på offentlighet i filialer. ”Syftet med EG:s direktiv på bolagsrättens område är att skapa en minsta gemensam skyddsnivå för delägare, anställda, borgenärer och andra intressenter som träder i förbindelse med bolaget.”¹⁹

2.2.1 Första bolagsdirektivet²⁰

I många av de europeiska länderna, däribland Sverige, föreskrivs att ett aktiebolags säte skall framgå av dess stadgar, bolagsordningen. Oavsett hur det förhåller sig med detta, måste det enligt första bolagsdirektivet alltid framgå av det register som bolaget är registrerat i var dess säte finns. Rådets första direktiv, det så kallade *publicitetsdirektivet*, innebär en samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna enligt de i artikel 48 (förutvarande 58) andra stycket EGF i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen. I direktivet har man föreskrivs tre åtgärder vilka syftar till att

¹⁹ Hessius, J och Graner, M a s 14

²⁰ Rådets första direktiv 68/151/EEG av den 9 mars 1968 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga

skydda tredje man som sluter avtal med ett bolag. För det första skall ett dokument läggas upp i respektive stats handelsregister för varje bolag, vilket ska innehålla ett visst antal obligatoriska uppgifter. För det andra har man genom direktivet harmoniserat de nationella reglerna om huruvida åtgärder som har vidtagits i bolagets namn, inklusive under bolagsbildningen, äger giltighet och kan åberopas. För det tredje har det också gjorts en uttömmande uppräkningslista av de fall då ett bolag kan förklaras ogiltigt.

2.2.2 Andra bolagsdirektivet²¹

Det finns ett särskilt framhävande inom Europeiska unionen på borgenärsskyddet och man har strävat efter att uppnå detta mål genom en relativt detaljerad reglering till skydd för bolagens kapital.²² Inom EU finns således bestämmelser som är avsedda att skydda de borgenärer som på ett eller annat sätt har finansierat ett bolag ekonomiskt. Genom detta har man försökt skapa en konstruktion där ett bolag alltid måste ha en positiv marginal mellan tillgångar och skulder, ett s.k. aktiekapital, vilket inte får understiga en viss andel av det registrerade kapitalet.

Det andra bolagsdirektivet, det så kallade *kapitaldirektivet*, bygger på en konstruktion där kapitalet står i centrum och där man avser att skydda bolagets borgenärer genom att ställa upp minimiregler för vad ett bolags kapital minst måste uppgå till. Direktivet tar upp bestämmelser med avseende på storleken på bolagets kapital, tillskottskapitalets storlek, ökning och minskning av kapitalet, förvärv av egna aktier, vinstutdelning samt likabehandling av aktieägarna. Direktivet tar sikte på publika bolag och är inte alls riktat till privata aktiebolag. Det är också en så kallad minimireglering varför det är upp till medlemslandet att i sin inhemska lagstiftning fritt stifta lagar som är längre gående än direktivet.²³

²¹ Rådets andra direktiv 77/91/EEG av den 13 december 1976 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen när det gäller att bilda ett aktiebolag samt att bevara och ändra dettas kapital, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga

²² Skog, R– *Harmoniseringen av bolags- och börsrätten inom EU – ny vind i seglen*, Nordisk Tidsskrift för Selskabsret, 2001:3, s 332

²³ Det gäller dock inte fullt ut utan direktivet talar i viss mån om vad medlemsstaterna har för rätt – se till exempel art 7-8, 11 där rättigheten är begränsad

Det andra bolagsdirektivet anses av många vara en av hörnstenarna i europeisk bolagsrätt, eftersom där fastställs ett lägsta kapital för aktiebolag och att det innehåller detaljerade bestämmelser för skyddande av aktieägare och borgenärer.

2.2.3 Elfte bolagsdirektivet²⁴

Rådets elfte direktiv om krav på offentlighet i filialer, som har öppnats i en medlemsstat av vissa typer av bolag som lyder under lagstiftningen i en annan medlemsstat, avser filialer. Enligt tredje skälet i preambeln till det elfte direktivet har detta direktiv antagits med hänsyn till att öppnandet av en filial, liksom bildandet av ett dotterbolag "är en av de möjligheter som för närvarande står ett bolag till buds om det vill utöva sin etableringsrätt i en annan medlemsstat". I fjärde skälet i samma direktiv anges att "Bristen på samordning när det gäller filialer, särskilt angående offentlighet, ger i fråga om skyddet för aktieägare och tredje man, upphov till vissa skillnader mellan sådana bolag som driver verksamhet i andra medlemsstater genom filial och sådana som driver verksamhet där genom dotterföretag". Direktivet ställer således krav på att bolag som lyder under en medlemsstats lagstiftning och öppnar filial i en annan medlemsstat skall offentliggöra bl.a. vissa räkenskapshandlingar i den andra staten. Syftet med detta är att ge tredje man samma skydd oavsett om ett bolag väljer att etablera sig i en medlemsstat genom ett dotterföretag eller genom en filial.

Femte skälet i ovannämnda direktiv utgår från att det på detta område kan förekomma skillnader i medlemsstaterna lagstiftning vilket kan komma att inkräkta på utövandet av etableringsrätten. Det är därför nödvändigt att avskaffa skillnaderna bl.a. för att skydda utövandet av denna rätt.

Artikel 2.1 i elfte direktivet innehåller en uppräkningslista av de uppgifter som skall offentliggöras i den medlemsstat där filialen är belägen. Det rör sig bland annat om följande uppgifter: i) den adress där filialen är belägen, ii) vilken verksamhet filialen bedriver, iii) det register i vilket bolagets akt har lagts upp enligt artikel 3 i direktiv 68/151/EEG med uppgift om bolagets nummer i registret, iv) namn och rättslig form för

²⁴ Rådets elfte direktiv 89/666/EEG av den 21 december 1989 om krav på offentlighet i filialer som har öppnats i en medlemsstat av vissa typer av bolag som lyder under lagstiftningen i en annan medlemsstat

bolaget samt namnet på filialen (om detta avviker från namnet på bolaget), v) upplösning av bolaget, utseende av likvidatorer och uppgift om deras behörighet samt uppgift om likvidationens avslutande, i konformitet med den offentlighet som gäller för bolaget enligt artikel 2.1 h, j och k i direktiv 68/151/EEG, vi) räkenskapshandlingar enligt artikel 3, samt vii) nedläggning av filialen.

Dessutom ger artikel 2.2 i elfte direktivet den medlemsstat där filialen har öppnats möjlighet att föreskriva ytterligare skyldigheter att offentliggöra handlingar och uppgifter som till exempel i) stiftelseurkunden och bolagsordningen enligt artikel 2.1 a, b och c i direktiv 68/151/EEG, samt ändringar i dessa handlingar, ii) ett intyg från det register som avses i artikel 2.1 c om att bolaget existerar, iii) uppgift om säkerhet som har ställts i sådan bolagets egendom som finns i medlemsstaten, om offentliggörandet har betydelse för säkerhetens giltighet. Utöver vad som anges i direktivet får medlemsstaterna inte reglera.

I artikel 6 i elfte direktivet föreskrivs att en medlemsstat skall föreskriva att de brev och orderblanketter som en filial använder, utöver de i artikel 4 i direktiv 68/151/EEG angivna uppgifterna, skall ange det register där filialens akt är upplagd och filialens nummer i registret. Detta elfte direktiv, det så kallade *filialdirektivet*, reglerar således ingående vilken information man kan kräva att få av bolagen i den stat där de vill registrera sin filial.

3 Borgenärsskydd

När man pratar om kapitalskyddsreglerna inom bolagsrätten måste man skilja på olika kategorier av borgenärer, beroende på vilken status de har i förhållande till den som är att betrakta som gäldenär. Avtalsslutande parter som till exempel banker eller andra större finansieringsbolag har den fördelen att, eftersom de har till uppgift att låna ut kapital till sina kunder, kan ställa större krav på att få den finansiella information om bolaget som de önskar för att ställa ett lån till bolaget. När det handlar om mindre borgenärer, som till exempel leverantörer, vilka även de står i avtalsförhållande till bolaget, löper de större risk. Aktiekapitalet för dessa borgenärer kan i dessa fall vara en viktig buffert, eftersom de därigenom åtminstone i teorin har en möjlighet att, i händelse av konkurs eller liknande, få viss ersättning för sina leveranser. En tredje kategori borgenärer är de som inte står i avtalsförhållande med en gäldenär. Det handlar alltså om tredje man som drabbas av skada genom en händelse på gäldenärens sida. För detta senare har institutet *ansvarsgenombrott*²⁵ utvecklats i praxis som skydd för utomobligatoriska borgenärer, och i ett större perspektiv tillsammans med insolvensrätten är detta viktigt. Ansvarsgenombrott gör att man trots att inget personligt betalningsansvar för aktieägarna finns, dessa kan komma att svara för de förpliktelser som uppstått. Särskilt i länder där man inte har något krav, eller ställer förhållandevis låga krav, på lägsta tillåtna gräns för aktiekapitalet i bolag där man inte har något personligt betalningsansvar är detta institut särskilt utvecklat.²⁶

3.1 Kapitalskyddsreglerna i ABL

I de flesta rättssystem, såväl den svenska som den engelska, är kärnan i det bolagsrättsliga området att man som aktieägare inte har något *personligt betalningsansvar* för bolagets förpliktelser.²⁷ Det innebär alltså som huvudregel, att om företrädare för bolaget ingår i affärer med en medkontrahent och det senare i en framtid

²⁵ NJA 1947 s 647. Se även Hemström, C – *Bolagens rättsliga ställning*, 5:e uppl., 2002, Norstedts Juridik AB s 159 f

²⁶ Severinsson, D – EG:s etableringsrätt för bolag, JT 03-04 s 84

²⁷ Se t.ex. ABL 1:3 §

visar sig att bolaget inte klarar av att betala fallande fordringar, det är bolaget självt som är gäldenär med den bristande betalningsförmågan. Fordringsägarna kan med andra ord inte vända sig direkt mot aktieägarna för att få ersättning. Ingen aktieägare blir således som huvudregel ersättningsskyldig. En annan aspekt att ta hänsyn till är, också detta inom bolagsrätten generellt, att det egentliga syftet med att bilda aktiebolag är att *generera vinst* till sina aktieägare.²⁸ Med detta menas att bolaget skall ha ett vinstsyfte och att styrelsen och den verkställande direktören skall agera i detta intresse och sätta aktieägarnas i främsta rummet. En tredje sida av saken är att i stort all bolagsrättsrättslig lagstiftning har ett *borgenärsskydd* inbakat, detta som ett led i harmoniseringen inom europeiska unionen på det bolagsrättsliga området. Fram för allt så gäller detta för de första och andra bolagsdirektiven, men även senare antagna direktiv.

Efter inträdandet i Europeiska unionen blev man i Sverige tvungen att tillämpa de regler och bestämmelser som gäller inom unionen, bland annat de antagna bolagsdirektiven (se ovan under 2). I det andra bolagsdirektivet, det så kallade kapitaldirektivet, föreskrivs att det för publika bolag skall uppställas en minsta storlek för tillfört aktiekapital. I direktivet görs alltså åtskillnad mellan privata respektive publika bolag, vilket innebär att det för de medlemsstater där man har ett minsta aktiekapital för både privata och publika bolag, det endast är det publika som lyder under bolagsdirektivets regler.²⁹ De privata bolagen är något som Europeiska unionen lämnat åt medlemsstaterna att själva reglera över, vilket har lett till att man i Sverige även på privata bolag har bestämmelser om ett minsta aktiekapital. Skillnaden i Sverige visavi flera andra europeiska nationella rättsordningar är således den, att vi i Sverige valt att lägga detta krav om minsta aktiekapital även på privata svenska aktiebolag. Jämfört med t.ex. den engelska rättsordningen finns där inget motsvarande krav på aktiekapital i privata bolag, s.k. PLC s.³⁰

²⁸ Se t.ex. ABL 3:3 §

²⁹ Hessius, J och Graner, M a s 27

³⁰ Se art 117 & 118 CA 1985 som anger "public company". I mars 2007 fanns drygt 2 300 000 bolag registrerade som plc i England, <http://www.companieshouse.gov.uk>

Ett aktiebolag är en alltså bolagsform där man bedriver en verksamhet utan att man riskerar att drabbas av ett personligt betalningsansvar för bolagets uppkomna förpliktelser, det vill säga, det föreligger ett begränsat ansvar för delägarna i ett aktiebolag. För att i viss mån motverka att man startar bolag i mindre ärliga avsikter har man i den svenska aktiebolagslagen ett krav på att det i ett nyuppstartat aktiebolag skall finnas ett *minimiaktiekapital*. Detta regleras i 1 kap 5 § (privata bolag) och i 14 § (publika bolag) ABL. Enligt 3 kap 1 § skall aktiekapitalet anges i bolagsordningen. I det privata bolaget skall aktiekapitalet uppgå till minst 100 000 kr och i det publika minst 500 000 kr. Syftet med dessa regler är att man på detta sätt vill skydda bolagets borgenärer. I 17 kapitlet i ABL finns ytterligare regler om kapitalskydd vilka tar sikte på bland annat vinstutdelning och de sammanhängande reglerna om den så kallade beloppsspärren respektive försiktighetsregeln. Dessa regler kommer inte närmare att beröras.

I ABL 25 kap regleras de regler som görs gällande när ett bolags kapital understiger det registrerade kapitalet med hälften.³¹ Till skillnad mot vad som gäller för CA, är reglerna i ABL 25 kap inte kopplade till någon prövning av om bolaget är på väg att bli insolvent, utan rör bara förhållandet mellan det egna respektive det registrerade aktiekapitalet. Eftersom bolagets insolvens inte är utgångspunkten för styrelsens skyldighet att agera, innebär det att denna plikt senareläggs i förhållande till vad som är fallet med insolvensreglerna i IA.³²

3.2 Kapitalskyddsreglerna i CA

Aktiebolagsrätten i England, vad gäller insolvensrätten, är annorlunda uppbyggd än i Sverige. Visserligen är man även här tvungen att följa de regler som satts upp av EU, men det räcker med att endast hälften av aktiekapitalet verkligen är inbetalt. En annan viktig skillnad är att borgenärsskyddsreglerna inte finns inom bolagsrätten, utan i stället inom insolvensrätten.³³ I Svensk rätt är det alltså den aktiebolagsrättsliga regleringen i

³¹ ABL 25:13 §

³² Dotevall, R – *Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer*, SvJT 2006 s 892

³³ Dotevall, R a s 886

ABL³⁴ som gäller vid frågor om insolvens, medan i England dessa regler således återfinns inom insolvensrätten, vilket leder till mer komplicerade tvister vid internationella bolagsförbindelser.

3.2.1 Limited Liability och Wrongful Trading

Den bolagsrättsliga regleringen i England utgår, precis som den svenska, från att inget personligt betalningsansvar drabbar företrädare för bolaget. Detta kallas för *limited liability*. En av poängerna med *limited liability* är att det inte finns någon skyldighet att undvika att man hamnar på obestånd. Däremot finns klara regler om vad som kan inträffa om insolvens är oundvikligt. *Bacher*³⁵ skriver att det finns tre förfaranden för upplösning av bolag: ett bolags frivilliga upplösning medan det är solvent (troligen), vilket fritar styrelsemedlem eller verkställande direktör från ansvar, minimera borgenärernas förluster, vilket möjligen ger styrelsemedlem eller verkställande direktör skydd mot krav samt att fortsätta bolagets affärer som vanligt.

En av grundvalarna för bolagsrätten är att styrelsen skall agera i aktieägarnas intresse och att bolaget skall generera vinst till dessa samtidigt som man även måste ta hänsyn till bolagets fordringsägare. Det synes som om det här emellanåt torde kunna uppstå konflikt i vilkens intresse man skall agera. Företrädesvis om bolaget befinner sig någonstans på den nedre delen av skalan, det vill säga att bolaget är inte insolvent men det går heller inte särskilt bra. Risken finns ju här att man sätter aktieägarna i främre raden och att borgenärerna får inta en sämre position. Det är i detta skede som den stora skillnaden mellan svensk och engelsk rätt gör sig gällande, nämligen att man i England talar om ett instrument kallat ”*wrongful trading*”.

Wrongful trading är ett instrument som används i England för det fall att ett bolag inte längre kan fullgöra sina förpliktelser, och där en likvidator anser att det finns en möjlighet att styrelsemedlem eller verkställande direktör blir av domstol ålagda att till bolaget skjuta till tillgångar. Bolaget är med andra ord insolvent eller utsikterna för att

³⁴ Se till exempel 25:13, 18 §§ ABL

³⁵ Bacher, T – *Wrongful Trading – A New Model for Creditor Protection*, European Business Organisation Law Review 5, 2004 s 300 f

bli insolvent är påtagliga. Det är här som ansvaret kan sägas gå över från att agera i aktieägarnas intresse till att agera i borgenärernas intresse.³⁶ Reglerna för detta förfarande finns angivet i den engelska IA 1986 i dess section 214. Här är lydelsen i första ledet i section 214:

214. Wrongful trading

(1) Subject to subsection (3) below, if in the course of the winding up of a company it appears that subsection (2) of this section applies in relation to a person who is or has been a director of the company, the court, on the application of the liquidator, may declare that that person is to be liable to make such contribution (if any) to the company's assets as the court thinks proper.³⁷

Tanken med institutet är att man vill skydda borgenärskollektivet. Om ett bolag är på randen till att ha ekonomiska svårigheter så måste styrelsen eller verkställande direktören vidta åtgärder snarast. Annars finns överhängande risk för att en likvidator inleder en process i domstol mot personerna angivna ovan. Om de inte vidtar dessa åtgärder, och därmed "*act wrongfully*", kan detta leda till att styrelsen och/eller den verkställande direktören blir personligen betalningsansvariga för bolagets uppkomna förpliktelse efter det att de fick vetskap om att bolaget blivit insolvent. Wrongful trading innebär således att de engelska borgenärerna har stora möjligheter att inleda ett insolvensförfarande mot bolaget i fråga.

3.2.2 Vem blir ansvarig?

När ett bolag inlett ett konkursförfarande på grund av att det är insolvent, kan domstolen, i enlighet med IA section 214 (1), ålägga en "director"³⁸ of the company" att erlægga "such contribution (if any) to the company's assets as the court thinks proper" när han borde ha vetat eller ha insett att bolaget borde ha trätt i likvidation och att han inte

³⁶ Schall, A – *The UK Limited Company Abroad – How Foreign Creditors are Protected after Inspire Art (Included a Comparison of UK and German Creditor Protection Rules)*, European Business Organisation Law Review, Dec 2005

³⁷ Hela section 214 finns som bilaga 1

³⁸ I *director* brukar inkluderas den nedan beskrivna "shadow director", IA 214 (7)

vidtagit alla de försiktighetsmått som rimligen kan ställas på honom.³⁹ Den som inte uppfyller dessa lagens krav kan alltså drabbas av en skyldighet att ur egen ficka betala ersättning till bolaget motsvarande den skada han åsamkat. Skadeståndet utgår i princip därför att företaget fortsatt att göra affärer på grund av insolvens och att personen med den ledande ställningen inte vidtagit åtgärder för att minimera borgenärernas förluster. Av det nyss sagda kan utläsas tre rekvisit för att bli ersättningsskyldig:⁴⁰

1. Det aktuella företaget skall vara under s.k. "insolvent liquidation", vilket innebär att företaget genomgår ett konkursförfarande av den anledning att det inte kan betala sina skulder section 214 (2)(a)
2. Innan konkursförfarandet inletts skall det ha funnits en person som förstått eller borde ha förstått att det inte skulle finnas några möjligheter att undvika "insolvent liquidation" section 214 (2)
3. Personen som nämns i punkten 2 skall ha varit någon med en ledande ställning (*director*) i företaget vid den aktuella tidpunkten section 214 (2)

Av punkten två kan utläsas att det krävs underlåtenhet att tillse att minimera förlusterna för företagets borgenärer, eller med andra ord, det handlar om ett krav på att minimera borgenärernas förluster. I IA section 214 (4) och (5) ges några grundläggande regler för vilka krav som kan ställas på en direktör.

- (4) For the purposes of subsection (2) and (3), the facts which a director of a company ought to know or ascertain, the conclusions which he ought to reach and the steps which he ought to take are those which would be known or ascertained, or reached or taken, by a reasonably diligent person having both -
- (a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as are carried out by that director in relation to the company, and
 - (b) the general knowledge, skill and experience that that director has.

³⁹ Dorrseteln, A m.fl. – *European Corporate Law*, Norstedts Juridik 1995 s 213

⁴⁰ Hirt, Hans C. – *European Company and Financial Law Review*, 1/2004 s 88

(5) The reference in subsection (4) to the functions carried out in relation to a company by a director of the company includes any functions which he does not carry out but which have been entrusted to him.

En *director* anses vårdslös om han avviker från vad en normalt omsorgsfull person med ”samma kunskaper, erfarenheter och skicklighet”.⁴¹ Bedömningen är alltså både objektiv och subjektiv,⁴² där den objektiva sidan utgör ett ”minimum” och den subjektiva så att säga höjer ribban. Det är dock inte bara den som utåt ses som bolaget direktör som riskerar att bli ansvarig, utan även en person som styr dolt, nämligen en *shadow director*.

3.2.2.1 *Shadow director*

Maktutövning i ett bolag behöver i praktiken inte vara knuten till en officiell position eller titel i ett bolag. Nära samband med wrongful trading har det som brukar kallas *shadow director*. Definitionen av shadow director finns i IA 1986, section 251, vilken lyder;

”"shadow director" in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act but so that a person is not deemed a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity”⁴³

En shadow director kan vara en person, eller grupp av personer, vilka i förhållande till bolaget och dess ledning intar en position med mycket makt och med stort inflytande över verksamheten. Man kan med andra ord säga att ett företags chefer rättar sig efter dess instruktioner. Det räcker dock inte med vanliga råd utan det ska vara frågan om en verklig påverkan, eller till och med att man överlåter makten åt denne shadow director.⁴⁴ Det kan till exempel röra sig om en kreditgivare eller ett moderbolag.⁴⁵ Som exempel⁴⁶

⁴¹ Hirt a a s 95 f

⁴² Hirt a a s 95 f

⁴³ Hela section 251 finns som bilaga 2

⁴⁴ Hirt a a s 89

⁴⁵ Dorrsetealn, A m.fl. a a s 213 samt Hirt a a s 90

kan användas att en bank, där en kredittagare med stora skulder har svårt att klara av amorteringar eller räntor. Risken finns här att banken säger upp krediterna om kredittagaren inte gör som banken säger. I detta beroendeförhållande som uppstår finns således en risk att det i själva verket är banken som styr bolaget. Banken är med andra ord en shadow director. Med detta synsätt finns dock en reservation. Det har ansetts att om en bank för ett lån ställer krav på förvaltningen vilket ges i form av villkor, detta inte ska föranleda ansvarsskyldighet.⁴⁷

3.2.3 Bestridande

Det enda tillgängliga bestridande för styrelsemedlem eller verkställande direktör är, att från och med det att han eller hon viste eller borde ha vetat att det inte längre fanns några rimliga förväntningar att bolaget skulle kunna undgå likvidation, dessa ska ha tagit varje steg för att minimera borgenärernas förluster.⁴⁸ För att undvika ansvar enligt ovan beskrivna regler måste således åtgärder som en styrelse eller verkställande direktör genomför vara omsorgsfulla, adekvata och ansvarsfulla. De måste under alla omständigheter ”act in good faith”. Vilka lagliga möjligheter finns det då för att undvika en process under wrongful trading? I samma avdelning som beskrivits ovan, section 214, under (3) finns en möjlighet att söka rättfärdiga sitt handlande. Följande lydelse har section 214 (3):

(3) The court shall not make a declaration under this section with respect to any person if it is satisfied that after the condition specified in subsection (2)(b) was first satisfied in relation to him that person took every step with a view to minimising the potential loss to the company's creditors as (assuming him to have known that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation) he ought to have taken.

⁴⁶ Exemplet hämtat från ”Lender liability – kreditgivaransvaret i Sverige med utgångspunkt tagen i engelsk rätt” – Mikael Tarnawski-Berlin – Examensarbete vid Juridiska Fakulteten vid Lunds universitet VT 2002

⁴⁷ Hirt a a s 90

⁴⁸ Hirt a a s 91 f

Sammanfattningen av texten är, att personerna under section 214 IA, för att slippa ansvar, måste visa att de från och med det tillfälle då de insåg att bolaget är, eller var på väg att bli, insolvent, har tagit varje steg att minimera förlusten för bolagets borgenärer. Ett exempel på en sådan åtgärd är att man ska ha inhämtat professionella utlåtanden från till exempel en revisor, bolagsjurist eller liknande.⁴⁹

En annan begränsning i det engelska systemet är det faktum, att det inte är helt okomplicerat att inleda ett förfarande i enlighet med section 214 IA. För det första är det ett kostsamt experiment där stora ekonomiska uppoffringar ligger på den infordrande samt för det andra är det på det viset att det endast är ”the liquidator” som kan föra en process under section 214 IA. Detta sammantaget leder till att enbart ett fåtal mål under section 214 IA har lett till åtal. Detta har lett till att det i litteraturen har pratats om regelns ineffektivitet, att den endast skulle vara en ”papperstiger”⁵⁰ eller som det också uttryckts ”all bark and no bite”. Hirt anser dock att lagstiftningen verkar i positiv riktning då han anser att den är preventiv i den meningen att styrelsen eller verkställande direktör riskerar mer ingripande undersökningar.⁵¹

⁴⁹ *Re Continental Insurance Assurance Co of London Plc, Singer v. Beckett*

⁵⁰ Hirt, H a s 102

⁵¹ Hirt a a s 103

4 Lagvalsprinciper

Ett företag som bildas enligt sitt lands rättsordning kommer naturligtvis också att av det landet accepteras som en juridisk person, och därmed inneha alla de rättigheter som följer av det rättsförhållandet. En etablering kan vara *primär* i det att den är helt nystartad eller att verksamheten övertas (s.k. fusion). Den kan också vara *sekundär* genom att man öppnar en underavdelning till företaget, t.ex. ett dotterföretag eller en filial.⁵² Genom medlemskapet i Europeiska Unionen har medlemsländernas företag stora möjligheter att flytta sin verksamhet till ett annat land inom unionen. När så sker aktualiseras ett antal olika principer för bedömningen av vilket av medlemsländernas rättsordningar som blir tillämplig efter flytten. Dessa är i sina huvuddrag *sättes- respektive registreringsprincipen*. När man diskuterar dessa principer är det viktigt att hålla reda på att frågan inte rör flytten av det s.k. stadgeenliga sätet utan om flytt av det faktiska sätet.⁵³

4.1 Registreringsprincipen

Enligt registreringsprincipen har ett bolag sitt hemvist i det land där bolaget har låtit registrera sig. Bolaget underkastas den bolagsrättsliga regleringen i stiftelseslandet, det vill säga det land där bolaget bildades. När denna princip tillämpas råder det ingen tvekan om vilken nationalitet bolaget tillhör.⁵⁴ Principen innebär att ett bolag som flyttar sitt faktiska säte från hemstaten, även fortsättningsvis kommer att lyda den rättsordning under vilken det är bildat.⁵⁵ Var bolaget har sitt huvudkontor och om det avser att bedriva sin verksamhet i registreringslandet saknar med andra ord betydelse i sammanhanget.⁵⁶ Är ett bolag således bildat enligt denna princip i en medlemsstat kan det alltså sedan bedriva verksamhet i vilket annan medlemsstat som helst och bolaget

⁵² Bernitz, U a a s 222 f

⁵³ Skillnaden på faktiskt och stadgeenligt säte är att det stadgeenliga sätet förhåller sig till där ett företag är inregistrerat eller bildat, medan faktiskt säte innebär där företaget har sitt säte eller med andra ord bedriver sin huvudsakliga verksamhet. Se om detta t.ex. Severinsson, D a a s 69-89

⁵⁴ Dotevall, R – *Samarbete i bolag*, Norstedts förlag 2005 s 32

⁵⁵ Severinsson, D a a s 72

⁵⁶ Skog, R – *Kan aktiebolag emigrera*, Balans 8-9 97

kan också flytta sitt säte utan att förlora sin ställning som juridisk person. Eftersom principen tillåter att ett bolags säte inte överensstämmer med dess nationalitet kommer den också i bättre överensstämmande med EU-reglerna genom att den främjar den fria rörligheten inom unionen. Registreringsprincipen, eller som den ibland kallas *inkorporationsprincipen*, tillämpas förutom i Sverige av exempelvis Holland, Irland och Storbritannien.⁵⁷ I engelska CA⁵⁸ para 10 beskrivs sätesprincipen som:

“(1) The *company’s memorandum and articles (if any) shall be delivered – (a) to the registrar of companies for England and Wales, if the memorandum states that the registered office of the company is to be situated in England and Wales*”

Registreringsprincipen gör det alltså enkelt för dem som vid en tvist har att avgöra vilket lands lag som skall användas för att lösa en konflikt. Principen kan dock medföra den risken, att de som bildar bolag väljer i vilket land inom gemenskapen de bildar sitt bolag, så kallad *forum shopping*.⁵⁹ Forum shopping kan närmast beskrivas som ett beräknande val av avtalsslut. Inom EU förekommer att medlemsländerna medvetet erbjuder rättsregler som för bolagsrepresentanterna uppfattas som fördelaktiga och därför drar dessa bolag till sig.⁶⁰ Från en del håll har detta kritiserats, eftersom man genom detta förfarande kan undgå tvingande regler i det land man avser att bedriva sin verksamhet. Birkmose⁶¹ tar det exempelvis så långt att hon pratar om ett ”*race to the bottom*”, där medlemsstaterna kommer att anpassa sina bolagsrättsliga lagstiftningar så att dessa blir attraktiva för bolagsbildning inom deras territorium. Hon drar här en parallell med den så kallade *Delaware-effekten* i USA.⁶²

⁵⁷ Werlauff – *European Business Law Review*, 1999:7-8 s 312

⁵⁸ Companies Act (CA) motsvarar den svenska aktiebolagslagen

⁵⁹ Forum shopping är enligt NE ”ett förfaringssätt som ibland används av kändandesidan i privaträttsliga tvister av internationell beskaffenhet och som går ut på att undersöka de tänkbara processländerna för att kunna väcka talan vid domstolarna i det land som är förmånligast ur kändandens synvinkel”

⁶⁰ Severinsson, D a s 88

⁶¹ Birkmose, Söndergaard H – *Konkurrens mellan retssystemer, Delaware-effekten i et europeisk selskabsretligt perspektiv*, s 54-56

⁶² Se också Birkmose, Söndergaard H – *Flykten för Delaware – monsteret fra USA?* s 291 ff

4.2 Sätessprincipen

Sätessprincipen innebär i huvudsak att ett företag skall lyda under den rättsordning i vilket land det har sitt faktiska säte, med andra ord underkastas bolaget den bolagsrättsliga regleringen i sätelandet, det vill säga det land där bolaget har sitt huvudkontor, sitt huvudsakliga säte. Bland annat Tyskland tillämpar denna princip.⁶³ Enligt denna tankegång är det land som mest påverkas av bolagets verksamhet som bestämmer under vilket lands associationsrättsliga lagstiftning bolaget lyder.⁶⁴ I allmänhet menar man med faktiskt den plats där den huvudsakliga verksamheten bedrivs och/eller där huvudkontoret är beläget. I AG⁶⁵ § 5 sägs att sätet är den ort som anges i bolagsordningen och att denna skall överensstämma med det faktiska sätet:

*”(1) The company’s domicile shall be the location designated in the articles.
(2) The articles shall as a rule designate as domicile the location where the company maintains an operation or the location where its management is situated or its administration is conducted.”*

Sätessprincipen är en form av skyddsprincip i det att den skyddar nationella intressen.⁶⁶ Med detta menas att det företag som etablerar sig i, eller flyttar sin verksamhet till, ett land som använder sig av sätessprincipen, måste följa de rättsregler som gäller där, t.ex. vad avser borgenärsskyddsreglerna.⁶⁷ Principen kan orsaka svårlösta problem då exempelvis ett engelskt företag önskar etablera en filial i Tyskland. Eftersom en filial inte är ett eget rättssubjekt kan det inte föra talan inför domstol. Detta innebär att ”moderbolaget” i England måste göra detta.

Ett exempel ska få illustrera problemet: tänk att en verksamhet startar upp i England genom ett där registrerat företag. Meningen med företaget är dock inte att i *bildandelandet* idka näringsverksamhet, utan detta ska göras i ”*filiallandet*”. Eftersom

⁶³ Andra länder som tillämpar principen är exempelvis Frankrike och Italien, Werlauff – *European* a a s 312

⁶⁴ Severinsson, D a a s 71

⁶⁵ Aktiengesellschaft (AG) motsvarar det svenska aktiebolaget

⁶⁶ Dotevall, R a a s 32

⁶⁷ Dotevall, R a a s 33

det huvudsakliga verksamheten kommer att bedrivas i detta senare land, innebär det att det faktiska sätet numera befinner sig i filiallandet.

En strikt tillämpning av sätesprincipen skulle innebära att en flytt av bolagets säte till en annan medlemsstat, i det här fallet Tyskland, ett nationalitetsskifte är nödvändigt och företaget måste omregistrera sig i Tyskland. Detta har dock urholkats genom en dom i EGD, fallet *Überseering*.⁶⁸ Målet, som gällde två tyska medborgare vilka förvärvade samtliga andelar i ett i Holland bildat företag, *Überseering*, ansågs av de tyska domstolarna inte ha någon rättskapacitet. *Überseering* hade bedrivit näringsverksamhet i Tyskland under fyra år när företaget övertogs. *Fatigheten*, i vilken företaget hade bedrivit sin verksamhet, hade renoverats av NCC, och efter att ha försökt utfå ersättning för fel som gjorts gällande avseende utförandet väckte man talan vid tysk domstol. De tyska domstolarna uttalade, att eftersom företaget flyttat sitt faktiska säte, och att Tyskland använder sig av sätesprincipen, företaget för att erhålla rättskapacitet måste ombildas enligt tysk rätt. *Überseering* ansågs med andra ord vara ett utländskt bolag. Innan ombildning skett kunde företaget inte föra talan inför en tysk domstol eftersom det inte hade någon partsbehörighet.

Frågan som ställdes till EGD var huruvida det strider mot etableringsfriheten enligt EGF att bolag, som rättsenligt har bildats i en medlemsstat, inte anses ha rättskapacitet i en annan medlemsstat till vilken bolaget flyttat sitt faktiska säte, och, i så fall, om etableringsrätten innebär att bolags rättskapacitet och partsbehörighet skall bedömas enligt rättsordningen i den stat där bolaget bildats.⁶⁹

EGD konstaterade, att kravet att bolaget skulle vara tvunget att ombildas i Tyskland i enlighet med tysk lag, stod i direkt strid med etableringsfriheten.⁷⁰ Man hänvisar i domen till p. 19 i målet *Daily Mail*⁷¹ att ”ett bolag som bildats i överensstämmelse med

⁶⁸ Mål C-208/00

⁶⁹ Mål C-208/00 p. 21

⁷⁰ Mål C-208/00 p. 81

⁷¹ C-81/87 – *The Queen v H.M. Treasury and Commissioners in Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust Plc*. I målet fastslog EGD att bolag inte kan flytta inom EU utan stöd i den nationella rätten (gäller för båda länderna). Domstolen skrev i sin dom att artiklarna 43 & 48 (förutvarande 52 & 58) inte ”skall tolkas så att de, på gemenskapsrättens nuvarande stadium, inte ger ett bolag som bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i den medlemsstat där det har sitt stadgeenliga säte, rätt att flytta

en nationell rättsordning endast existerar i kraft av den nationella lagstiftning genom vilken bildandet av bolaget och dess funktion regleras”.⁷² Om ett företag med andra ord fortfarande är att betrakta som en juridisk person enligt den rättsordning där företaget bildades, det enligt artiklarna 43 och 48 EGF har rätt att utöva sin etableringsfrihet i Tyskland.⁷³

Begränsningar av etableringsfriheten kan dock i vissa fall vara tillåtna. Detta kan exempelvis gälla för att skydda borgenärer eller anställdas intressen.⁷⁴ Detta ger emellertid inte enligt domstolen ett medlemsland rätt att neka ett bolag, som bildats enligt rättsordningen i ett annat medlemsland, rättskapacitet. Sammanfattningsvis kan sägas att ett företag, bildat enligt nationella regler, också har rättskapacitet i ett annat medlemsland.

4.3 Exempel på konflikter med sätes- respektive inregistreringsprincipen⁷⁵

I vart fall fyra teoretiska exempel kan begagnas för att förtydliga problematiken när det gäller att avgöra en juridisk persons nationalitet, vilket på grund av användandet av olika principer kan få oanade konsekvenser när dessa ställs mot varandra. Observeras bör, att de följande exemplen enbart berör den bolagsrättsliga aspekten av en etablering i en annan medlemsstat än den där det faktiska sätet befinner sig, och till exempel inte om medlemsstaten har rätt att lagstifta vad gäller bibehållandet av vissa rättsliga status som juridisk person i hemstaten vid flytt utomlands.⁷⁶

sätet för bolagsledningen till en annan medlemsstat” samt att de inte kan tolkas ”så att de gen nationella bolag rätt att flytta sätet för bolagsledningen och huvudkontoret till en annan medlemsstat och samtidigt bibehålla ställningen som bolag i den medlemsstat vars lagstiftning de har bildats”. Bolagets existens beror således på registreringen i bildandestaten och därför kan den inte bli flyttad. Daily Mail är numera överspelat av Sevic-dommen, C-411/03. Se också rådets fjortonde direktiv om gränsöverskridande fusioner – 2005/56/EG

⁷² Mål C-208/00 p. 67

⁷³ Mål C-208/00 p. 80

⁷⁴ Mål C-208/00 p. 92

⁷⁵ Exempel ur Severinsson, D a s 72-73 samt Skog, R a a

⁷⁶ Jfr mål C-81/87 (Daily Mail)

4.3.1 Registreringsprincipen visavi registreringsprincipen

Principerna innebär att ett bolag, vilket är bildat i enlighet med registreringsprincipen i hemlandet, flyttar sitt huvudkontor till ett annat medlemsland, vilket också tillämpar principen om inkorporation. Detta leder inte till några större komplikationer utan får till följd att bolaget fortsätter lyda under hemstatens regler, vilket värdstaten accepterar utan att göra anspråk på att dess egen lagstiftning skall tillämpas på bolaget. Jfr dock det nyssnämnda *Daily Mail* vilket kan leda till exempelvis negativa skatteeffekter m.m.

4.3.2 Registreringsprincipen visavi sätesprincipen

I detta andra fall har ett bolag flyttat sitt huvudkontor från ett land, till exempel Sverige, som använder sig av inregistreringsprincipen till ett land som tillämpar sätesprincipen, till exempel Tyskland. När detta sker krockar de båda ländernas rättsordningar med varandra, eftersom hemlandet anser att dess lagstiftning även fortsättningsvis gäller, medan värdlandet i sin tur är av den uppfattningen att det är dess regler som gäller. Innan *Überseering*⁷⁷ kunde Tyskland kräva av det inflyttade bolaget att det antingen ombildade sig till en bolagsform enligt tysk modell, eller fick det anses som ett enkelt bolag med personligt betalningsansvar för delägarna. Numera måste dock erkännande ske av den rättskapacitet och partsbehörighet som bolaget har i hemlandet.

4.3.3 Sätesprincipen visavi registreringsprincipen

Den tredje typen innefattar bolagsflytt mellan två länder vilka båda tillämpar sätesprincipen. Om ett bolag flyttar sitt huvudkontor till ett annat land som tillämpar samma princip, ska som grundregel det lands regler gälla vilket påverkas mest av bolagets verksamhet. När huvudkontoret således har förändrat landstillhörighet skall det nya landets lagstiftning tillämpas. Precis som under exempel två ovan kunde värdlandet kräva ombildning till en inhemsk bolagsform eller kunde delägarna riskera personligt betalningsansvar som enkelt bolag. Efter *Überseering* måste värdlandet dock minst erkänna den rättskapacitet och den partsbehörighet bolaget har i hemlandet.

⁷⁷ C-208/00

4.3.4 Sätessprincipen visavi sätessprincipen

Det sista fallet rör flytten av bolag mellan ett land som tillämpar sätessprincipen och ett land som använder sig av registreringsprincipen. I detta scenario kan stora problem uppstå för det bolag som flyttar, eftersom följden kan bli att inget av länderna anser sig ha jurisdiktion över bolaget. Om till exempel ett tyskt bolag emigrerar till England kommer Tyskland anse att det är engelsk reglering som gäller, medan England anser att det är en tysk ensak. Bolaget hamnar med andra ord mitt emellan stolarna i ett slags vakuum. Beroende på om bolaget fortsätter finnas till i hemlandet, gäller dock *Überseering* och erkännandet av rättskapacitet samt partsbehörighet. Enligt Wymeersch⁷⁸ bör bolaget i ett fall av förevarande slag även fortsättningsvis lyda under hemlandets rättsordning. Det finns dock inget klart stöd i EG-domstolens praxis för denna uppfattning.

Av dessa fyra olika sammanställningar kan utläsas att det på bolagsrättens område råder omfattande hinder för etablering för bolag inom unionen. De bolagsrättsliga konsekvenserna kan i många fall vara svåra att överblicka. Till exempel kan ett bolag bli tvingat att genomföra en likvidation av bolaget för att därefter nybildas enligt lagstiftningen i tillflyttarlandet. Den osäkerhet som råder gällande bolagens rättstatus påverkar naturligen riskkapitalens rörlighet och därmed även den ekonomiska integrationen som är eftersträvandvärd inom unionen.

4.4 Andra intressanta mål från EGD

*Daily Mail*⁷⁹ – I målet fastslog EGD att bolag inte kan flytta inom EU utan stöd i den nationella rätten (vilket gäller för båda ländernas nationella lagstiftning). Domstolen skrev i sin dom att artiklarna 43 & 48 (förutvarande 52 & 58) inte “skall tolkas så att de, på gemenskapsrättens nuvarande stadium, inte ger ett bolag som bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i den medlemsstat där det har sitt stadgeenliga säte, rätt att flytta sätet för bolagsledningen till en annan medlemsstat” samt att de inte

⁷⁸ Wymeersch, - *Financial Law Institute Working paper Series*, 2003-03, s 25

⁷⁹ C – 81/87, *The Queen v H.M. Treasury and Commissioners in Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust Plc.*

kan tolkas ”så att de gen nationella bolag rätt att flytta sätet för bolagsledningen och huvudkontoret till en annan medlemsstat och samtidigt bibehålla ställningen som bolag i den medlemsstat vars lagstiftning de har bildats”. Bolagets existens beror således på registreringen i bildandestaten och därför kan den inte bli flyttad. Daily Mail är numera överspelat av *Sevic-domnen*, C-411/03 (Se också rådets fjortonde direktiv om gränsöverskridande förläggande av bolags säte – 2005/56/EG).⁸⁰

*Inspire Art*⁸¹ – EGD har i *Inspire Art* slagit fast att medlemsländerna inte kan påföra utländska bolag, vilka har bildats enligt lagstiftningen i hemstaten, strängare krav än vad som gäller i den medlemsstaten. I målet hade ett bolag som bildats i England bedrivit sin verksamhet i Nederländerna. Enligt den nederländska lagstiftningen ålades bolaget en skyldighet att offentliggöra vissa uppgifter, bland annat frågan om minimikapital och styrelseledamöters ansvar, då *Inspire Art* enligt regelverket ansågs som ett utländskt bolag. I det elfte bolagsdirektivet i art 2 anges de skyldigheter som bolag har om offentliggörande av uppgifter. Eftersom *Inspire Art* var bildat i enlighet med registreringslandets principer, stred det mot artiklarna 43 och 48 och utgjorde därmed ett hinder i etableringsfriheten.

⁸⁰ Ska implementeras i medlemsstaterna senast 15 december, 2007

⁸¹ C-167/01, *Kramer van Koophandel en Fabriek voor Amsterdam v Inspire Art Ltd*

5 Insolvensreglering

5.1 Insolvens – begreppet

Den svenska insolvensrätten består till största delen av konkurslagen (1987:672) och lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion. Dessa är också beskrivna i bilagorna A och B till EG:s insolvensförordning.⁸² Varför en viss omständighet riskerar leda till ett förfarande inbegripande något av ovanstående kan sägas vara att ”den som står i begrepp att bli föremål för ett insolvensförfarande skall ha ekonomiska svårigheter av något slag”.⁸³ För KL gäller att gäldenären är på obestånd, det vill säga att han inte kan betala sina skulder och att detta inte endast är tillfälligt (insolvens), 1:2 § och för FrekL att gäldenären inte löpande kan betala förfallna skulder eller att risk för det föreligger (illikviditet), 2:6 §. Kännetecknande för ett insolvensrättsligt förfarande är att det är ämnat att reglera samtliga borgenärers anspråk på gäldenärens förmögenhetsmassa.⁸⁴ Inom den engelska insolvensrätten gäller Insolvency Act från 1986.

5.2 Insolvensförordningen

En konkurs får effekt över gränserna och påverkar den inre marknadens goda funktion. För att få ett mer enhetligt system för insolvensförfaranden inom unionen och på så sätt undvika att parterna får motiv att överföra tillgångar från en medlemsstat till en annan eller att välja jurisdiktion för att få en förmånligare rättslig ställning, så kallad *forum shopping*,⁸⁵ är principen med förordningen den, att förfarandena har allmän räckvidd (huvudinsolvensförfarande), samtidigt som det finns möjlighet att inleda ett begränsat sekundärförfarande i en annan medlemsstat.⁸⁶ I kongruens med den fria etableringsrätten inom europeiska unionen är det fritt möjligt att starta sitt bolag i vilket som helst av medlemsstaterna för att därigenom sedan driva den verksamhet man avsett genom en filial i ett annat medlemsland. Eftersom detta numera är en etablerad praxis av EGD

⁸² Rådets förordning 2000/1346/EG om insolvensförfaranden

⁸³ Mellqvist, M – *EU:s insolvensförordning m.m., En kommentar*, Norstedts gula bibliotek, 2002, s 18

⁸⁴ Mellqvist, M a a s 19

⁸⁵ Se om forum shopping ovan not 59

⁸⁶ Sammanfattning av insolvensförordningen på <http://europa.eu/scadplus/leg/sv/lvb/133110.htm>

uppkommer problem när det gäller sådana gränsöverskridande bolagskonstellationer och möjligheten för en borgenär att få tag på en gäldenär. I strävan att upprätthålla en fungerande inre marknad infördes därför år 2000 en förordning som skall vara till för att reglera gränsöverskridande insolvensförfaranden. Eftersom olika rättsordningar i de olika medlemsstaterna behandlar frågan om insolvens på olika sätt uppstår vissa processuella problem när det gäller lagval. I synnerhet gäller detta när det är fråga om så kallade ”*bekvämlighetsjurisdiktioner*”, med andra ord jurisdiktioner där det är svårt att komma åt en gäldenär.⁸⁷ Förordningen innehåller ingen fullständig reglering av insolvensrätten, utan omfattar istället regler som på ett eller annat sätt jämkar samman medlemstaternas olika nationella bestämmelser om insolvens.⁸⁸ Insolvensförordningen tar bland annat upp vilka förutsättningar som krävs för att kunna inleda ett förfarande, det vill säga vilken medlemsstat som har *domsrätt*, vilka verkningar ett förfarande får samt *lagvalsregler*. I den fjärde ingresspunkten anges att ett av skälen till införande av förordningen är att försöka undvika att en part kan välja jurisdiktion utefter vad som kan vara förmånligt för honom, så kallad forum shopping.⁸⁹

5.2.1 Insolvensförordningens uppbyggnad

Förordningen är uppbyggd av för det första en ingress om 33 punkter, för det andra fem kapitel med 47 artiklar och för det tredje tre stycken bilagor. I det *första kapitlet* finns allmänna bestämmelser om vilket tillämpningsområde förordningen har och ett antal lagvalsregler, det vill säga regler om vilket lands rättsordning som skall tillämpas på frågor som rör fler än ett land. Det *andra kapitlet* rör bland annat frågor om att ett medlemsland måste erkänna ett insolvensförfarande vilket har inletts i något annat medlemsland, vilken verkan det får och vissa frågor om förvaltares behörighet. *Tredje kapitlet* tar sikte på det som kallas för sekundära insolvensförfaranden och andra frågor som hör samman med dessa, till exempel samtidigt pågående förfaranden. *Fjärde kapitlet* handlar om borgenärsfrågor och *femte kapitlet* om övergångs- och

⁸⁷ Mellqvist, M – *Europeisk internationell insolvensjurisdiktion*, SvJT 2005 s 450

⁸⁸ Prop. 2005/06:37 s 22 EU:s insolvensförordning

⁸⁹ Se ovan not 59

slutbestämmelser, till exempel tillämpning i tid och förhållandet till andra konventioner. I *bilagorna* anges de kollektiva insolvensförfaranden som gäller i de olika medlemsstaterna.

5.2.2 Insolvensförordningen och dess tillämpning

I insolvensförordningens artikel 1.1 framgår att förordningen ”skall tillämpas på *kollektiva insolvensförfaranden*⁹⁰ som innebär att gäldenären helt eller delvis berövas rådgigheten över sina tillgångar och att en förvaltare utses”. Kravet på kollektivitet innebär att förfarandet skall tillgodose samtliga borgenärer.⁹¹ I bilagorna till förordningen framgår vilka av dessa kollektiva förfaranden som är accepterade. För svensk del gäller det konkurs och företagsrekonstruktion. Den som har ekonomiska svårigheter av något slag, det vill säga är på obestånd genom insolvens eller illikviditet, kan bli föremål för ett kollektivt insolvensförfarande enligt den svenska KL eller FrekL. Som sagts ovan är en filial inte en egen separat rättslig enhet, utan en del av det utländska bolaget.⁹² HD säger att "en filial av förevarande slag [är] inte en förmögenhetsmassa, som i gäldshänseende utgör en i förhållande till det utländska bolaget fristående enhet". En filial kan därför inte i sig själv försättas i konkurs utan man måste gå på det utländska bolaget, vilket svarar fullt ut för filialens förpliktelser.

5.2.2.1 Huvudinsolvensförfarande

Tillämpningsområdet för Insolvensförordningen regleras inte enbart i första artikeln. Artikel 3.1 i förordningen deklarerar att ”[d]omstolarna i den medlemsstat inom vars territorium platsen där gäldenärens huvudsakliga intressen finns, har behörighet att inleda ett insolvensförfarande. För bolag och andra juridiska personer skall sätet anses vara platsen där de huvudsakliga intressena finns, om inte annat visas”. Huvudregeln är således att det är domstolarna i den medlemsstat inom vilkens territorium platsen för gäldenärens *huvudsakliga intressen* finns som har behörighet att inleda ett insolvensförfarande när det gäller gäldenären. För juridiska personer skall sätet anses

⁹⁰ Se också ingresspunkt 11

⁹¹ Mellqvist, M – *EU:s insolvensförordning m.m., En kommentar*, Norstedts gula bibliotek, 2002 s 66

⁹² Jfr NJA 1980 s 164

vara platsen där de huvudsakliga intressena finns, om inte annat visas. Det är med andra ord den internationella behörigheten inom EU som regleras.⁹³

Insolvensförordningen skiljer på ett antal olika förfaranden som kan tillämpas. Om man startar ett förfarande enligt artikel 3.1 inleder man ett så kallat huvudinsolvensförfarande. Det är endast i den medlemsstat där det *huvudsakliga intresset* finns som kan vara föremål för ett huvudinsolvensförfarande. Ett bolag som bedriver verksamhet i flera medlemsstater kan därför inte ha sina huvudsakliga intressen i mer än denna ena medlemsstat.⁹⁴ Platsen för det huvudsakliga intresset bör enligt ingresspunkten 13 ”motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man”. Med andra ord ska det finnas ett för tredje man iakttagbart faktiskt förhållande, ett *synbarhetskriterium*.⁹⁵ I den praxis som finns när det gäller det huvudsakliga intresset framgår att dessa finns ”där den dagliga förvaltningen sker eller där den huvudsakliga finansieringen av verksamheten ordnats”.⁹⁶

Ett huvudinsolvensförfarande innebär att all bolags egendom, såväl tillgångar inom som utom staten, ingår i insolvensförfarandet. Ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande skall erkännas i alla medlemsstater (art 16) och ett erkännande härav har samma verkan i övriga medlemsstater som i inledningsstaten (art 17). Erkännandet kräver ingen ytterligare åtgärd från medlemsstaterna utan det gäller automatiskt för alla medlemsstater.^{97,98}

5.2.2.2 Territoriellt begränsat insolvensförfarande

Vid sidan av ett huvudinsolvensförfarande finns möjligheten att inleda ett territoriellt begränsat insolvensförfarande. Artikel 3.2 anger att ”[n]är platsen där en gäldenärs huvudsakliga intressen finns befinner sig inom en medlemsstats territorium, har domstolarna i en annan medlemsstat behörighet att inleda ett insolvensförfarande endast om gäldenären har ett driftställe i den senare medlemsstaten. Verkningarna av detta

⁹³ Prop. 2005/06:37 s 24

⁹⁴ Prop. 2005/06:37 s 24

⁹⁵ Mellqvist, M – *Europeisk internationell insolvensjurisdiktion*, SvJT 2005 s 454

⁹⁶ Dotevall, R – *Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer*, SvJT 2006 s 897

⁹⁷ Mellqvist, M – *EU:s insolvensförordning m.m., En kommentar*, Norstedts gula bibliotek, 2002 s 48

⁹⁸ Dock står Danmark utanför förordningen

förfarande får enbart omfatta gäldenären tillhörig egendom som finns inom denna medlemsstats territorium”. Ett territoriellt insolvensförfarande kan indelas i självständiga där något huvudinsolvensförfarande inte pågår vid samma tillfälle samt sekundärt (art 3.3) där något huvudinsolvensförfarande är samtidigt pågående. Ett sekundärförfarande är begränsat till egendomen i den medlemsstaten där förfarandet inleds (art 3.2). Med *driftställe* avses en verksamhetsplats där gäldenären annat än tillfälligt idkar ekonomisk verksamhet med personella och materiella resurser (artikel 2 h). Med *verksamhetsplats* avses enligt den Förklarande Rapporten⁹⁹ ”en plats där ekonomisk verksamhet bedrivs på marknaden” och med personella resurser avses ”behovet av en organisatorisk miniminivå”. Det krävs med andra ord en viss stabilitet i verksamheten. Enligt Mellqvist¹⁰⁰ kan man uttrycka driftställe som ett kompletterande *anknytningsfaktum*. Ett driftställe skulle med andra ord inte vara ett självständigt anknytningsfaktum. Detta skulle innebära att det uppställs ett dubbelt krav för att kunna inleda ett territoriellt begränsat insolvensförfarande, dels att det inom medlemsstaten där förfarandet inleds finns ett driftställe, dels att gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom gemenskapen.¹⁰¹

5.2.2.3 Tillämplig lag

Insolvensförordningen har befriats från någon uttömmande reglering om vilket lands lag som skall tillämpas vid gränsöverskridande insolvensförhållanden. Istället är det enligt insolvensförordningens artikel 4.1¹⁰² den medlemsstats författning, i vilken ett insolvensförfarande inleds, som skall tillämpas, så kallad *lex fori concursus*.¹⁰³ Vad som avses med *lex fori concursus* är att, om någon medlemsstats nationella rätt skulle innehålla andra regler om lagval än vad som förordningen anger, dessa är utan verkan. Endast förordningen i sig gör avsteg från principen. Det saknas med andra ord utrymme för medlemsstaterna att nationellt föreskriva att någon annan rättsordning skall gälla.

⁹⁹ FR 71 samt Mellqvist, M – *Europeisk internationell insolvensjurisdiktion*, SvJT 2005 s 454

¹⁰⁰ Mellqvist, M a a s 454

¹⁰¹ Mellqvist, M – *EU:s insolvensförordning m.m., En kommentar*, Norstedts gula bibliotek, 2002 s 115

¹⁰² För sekundärförfarande gäller också artikel 28

¹⁰³ Mellqvist, M a a s 208 ff samt Prop. 2005/06:37 s 25 f

Förordningens lagvalsbestämmelser tillämpas också i förekommande fall framför andra internationella instrument, såsom 1980 års Romkonvention avseende tillämplig lag i avtalsförhållanden. Lex fori concursus är, skulle man kunna säga, en form av lex specialis inom insolvensrätten.¹⁰⁴

Reglerna om lagval knyter an till de ovan redogjorda begreppen om gäldenärens huvudsakliga intressen, säte och driftställe. Detta eftersom man för att kunna avgöra om en medlemsstats rättsordning är tillämplig eller ej, först måste fastställa tillhörigheten till en bestämd plats. Enligt förordningens artikel 3.1 presumeras att en juridisk person innehar sitt huvudsakliga intresse där han förfogar över sitt säte, om inte annat visas. Ett bolag registrerat i England, med bibehållet säte i landet, har med andra ord sitt huvudsakliga säte där. I konsekvens med lex fori concursus skall alltså engelsk rätt gälla på ett insolvensförfarande där ett i England registrerat gäldenärsbolag är inblandat.

5.2.2.4 Presumptionens genombrytande

Även om det enligt huvudregeln är en presumtion för att en bolagsgäldenär har sitt huvudsakliga intresse i den medlemsstat där han har sitt registrerade säte så kan denna presumtion brytas. En borgenär som vill bryta presumtionen måste således övertyga en domstol om att de huvudsakliga intressena inte finns i bolagets registreringsland utan i den medlemsstat där filialen är registrerad. Enligt Mellqvist ”bör höga krav ställas på motbevisningen för att den [presumtionen] skall brytas”, bland annat med hänsyn till rättssäkerhet och effektivitet,¹⁰⁵ och enligt EGD kan en presumtionen endast ”motbevisas om det framgår av omständigheter som är objektiva och fastställbara av tredje man att det föreligger en annan faktisk situation än den som platsen för sätet antas återspegla”.¹⁰⁶ Ett sådant fall kan föreligga till exempel när ett bolag driver all sin verksamhet i en av bolaget upprättad utländsk filial, utan att man bedriver någon ekonomisk verksamhet i registreringslandet.¹⁰⁷ Enligt förordningen skall platsen för det huvudsakliga intresset ”motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina

¹⁰⁴ Mellqvist, M a a s 208 ff

¹⁰⁵ Mellqvist, M – *Europeisk internationell insolvensjurisdiktion*, SvJT 2005 s 469

¹⁰⁶ C-341/04 p 37

¹⁰⁷ Dotevall, R a a s 897 samt C-341/04 p 37

intressen och därför är fastställbar för tredje man”.¹⁰⁸ Man kan här knyta an till det ovan angivna synbarhetskriterium, det vill säga ett för tredje man iakttagbart faktiskt förhållande.¹⁰⁹

Det betyder att om det engelska bolaget i exemplet ovan således bedriver sin verksamhet, inte i England, utan i den av dem bildade utländska filialen, den medlemsstats rättsordning i vilken filialen är bildad skall tillämpas. Detta öppnar möjligheter för en borgenär som har affärsrelationer med en utländsk juridisk persons filial. I enlighet med insolvensförordningens artikel 3.1 skulle ett insolvensförfarande mot en filial kunna inledas i filialens registreringsland och genom detta få det utländska bolaget i konkurs¹¹⁰ och i kongruens med artikel 4.1 är det den medlemsstats rättsordning som gäller i vilken filialen är registrerad. Det skall förtydligas att filialen bör vara registrerad i bolagsregistret vid tillfället för konkursansökan samt att fordringar som görs gällande bör ha anknytning till den verksamhet som bedrivs i filialen.¹¹¹ I en relativt ny dom av EGD fastställer domstolen, att om gäldenären avflyttar från en medlemsstat i vilken en ansökan om insolvensförfarande ingetts, det ändå är den staten som prövar om förfarandet skall inledas. Målet rörde en gäldenär som ansökt om ett insolvensförfarande i en stat där hon hade sina huvudsakliga intressen. Efter att ansökan getts in, men innan beslut om inledande av förfarandet fattats, flyttade hon sina huvudsakliga intressen till en annan stat. EGD fann att domstolen i den ursprungliga staten behöll sin behörighet enligt Insolvensförordningen.¹¹² Domstolen hänvisar bland annat till forum shopping och rättssäkerhet¹¹³ och skriver i domen ”att domstolen i den medlemsstat i vilken platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns när denne framställer begäran om att insolvensförfarandet skall inledas behåller sin behörighet att avgöra om nämnda förfarande skall inledas, när gäldenären efter sin begäran men innan

¹⁰⁸ Ingressen punkt 13

¹⁰⁹ Jfr Mellqvist, M a a s 454

¹¹⁰ Tingsrätten i Lunds dom i mål K 881-06. I målet överklagade Skatteverket en dom vari TR beslutat om konkurs för ett engelskt bolag med filial i Sverige enbart gällande ett sekundärt insolvensförfarande. HovR kom till slutsatsen att Skatteverket inte kunde överklaga ramen för en annan borgenärs konkursansökan, men att man själva kunde ansöka vid TR om inledande av ett insolvensförfarande

¹¹¹ Dotevall, R a a s 897

¹¹² Mål C – 1/04, Staubitz-Schreiber mot staten Tyskland

¹¹³ Punkterna 25 och 27 i domen

det fattas beslut om att inleda förfarandet förlägger platsen där hans huvudsakliga intressen finns till en annan medlemsstat”.

Som sagts innan skall alla beslut att inleda ett insolvensförfarande i en medlemsstat erkännas av de övriga medlemsstaterna och få samma verkan här.¹¹⁴ Endast när det kommer ärenden där det är uppenbart oförenligt med en medlemsstats rättsordning får denne vägra att erkänna ett sådant insolvensförfarande (*ordre public*).

¹¹⁴ Artikel 16 och 17 samt ingresspunkt 22

6. Analys

6.1 Etableringsfriheten

Etableringsfriheten innefattar en rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare. Den innebär vidare att ett i ett annat medlemsland startat bolag har rätt att i ett andra medlemsland upprätta en filial och därigenom driva sin verksamhet. Vilka konsekvenser det blir för ett bolag i tillflyttarlandet beror på vilken av de båda principerna inregistrerings- respektive sätesprincipen som tillämpas i detta land. Flyttar bolaget sitt huvudkontor från Sverige till England händer ingenting, då England endast kräver att dess lag tillämpas på bolag bildade och inregistrerade där. Ett utländskt bolag som flyttar sitt huvudkontor till England anses således inte lyda under dess lag. Flyttar däremot bolaget sitt huvudkontor till Tyskland blir situationen en helt annan. Eftersom Tyskland tillämpar sätesprincipen kräver dom att ett bolag, vilka har sitt faktiska säte i Tyskland, att underkasta sig den tyska bolagsrättsliga regleringen. Om huvudkontoret anses vara identiskt med sätet kommer bolaget alltså att betraktas som tyskt. Då bolaget emellertid inte är inregistrerat i Tyskland, kommer det inte att tillerkännas rättssubjektivitet i Tyskland, utan betraktas som en association av handelsbolagsliknande slag med personligt ansvar för delägarna eller som ett aktiebolag (AG eller GmbH) under bildande.

En rad domar på bolagsrättens område under de senare åren har lett till ett uppluckrande av denna tillämpning av olika lagvalsprinciper. Enligt flera domar i EGD skall bolag vilka, bildats enligt rättsordningen i bildandelandet, tillmätas erkännande i de andra medlemsstaterna. I exempelvis målet *Überseering* kom domstolen fram till, att även om Tyskland använder sig av sätesprincipen och inte ansåg det nederländska bolaget som partsbehörig där, det till trots skall erkännas i Tyskland eftersom *Überseering* är bildat enligt nederländsk rätt vilka tillämpar inregistreringsprincipen. I *Inspire Art* fastslog domstolen att en medlemsstat inte får påföra längre gående krav, till exempel gällande styrelsens ansvar eller aktiekapital, än vad som gäller i den

medlemsstat i vilket huvudbolaget är bildat. Domen i *Centros*, vilken är en av de grundläggande domarna på området, förklarar att vem som helst kan starta ett bolag i den medlemsstat man anser vara mest förmånlig och därigenom starta en filial i en annan medlemsstat i vilken man bedriver all verksamhet. Detta även om den huvudsakliga avsikten var att bedriva verksamhet enbart i filiallandet samt att man ville slippa undan det krav på aktiekapital som gäller i Danmark. Danska Højesteret ansåg att det förelåg ett bedrägligt beteende i förfarandet, men EGD ansåg att det inte kunde läggas till grund för att neka registreringen av en filial.¹¹⁵ En verkan av domen är att en medlemsstat inte får vägra att registrera en filial till ett bolag som har bildats i överensstämmelse med en annan medlemsstats lagstiftning. En slutsats man kan dra av flertalet av domarna på bolagsrättens område är således att det är förenligt med gällande EG-rätt att fritt välja att bilda bolag i den medlemsstat som har den mest förmånliga bolagsrättsliga lagstiftningen och sedermera upprätta en filial i vilken annan medlemsstat som helst.¹¹⁶ Är bolaget bildat enligt rättsordningen i en medlemsstat vilken tillämpar registreringsprincipen kan inte ”värdlandet” neka bolaget den rätt vilken tillkommer bolaget enligt bildandelandets lagstiftning.

Inom den europeiska gemenskapen består en stor del av arbetet att man vill harmonisera medlemsstaternas lagstiftningar för att kunna uppfylla målet med att skapa en inre marknad utan gränser.¹¹⁷ I kapitel två i EGF framgår att även bolagsrätten omfattas av detta harmoniseringsarbete. Av de bolagsrättsliga direktiv som har tagits fram på bolagsrättens område, vilka har tolkats i viss riktning av EGD, framgår att mycket arbete läggs ner på att harmonisera detta område och att syftet med detta är att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen. Inte minst härav är det förvånande att det inom medlemsstaterna förekommer så pass olika rättsordningar att det är möjligt att välja den jurisdiktion som bäst passar ens bolag. Ett förfarande av förevarande slag öppnar för en regelmässig konkurrens mellan medlemsstaterna genom att de kan förmedla en mer förmånlig lagstiftning och därigenom locka bolag till att etablera sig

¹¹⁵ Se p 38-39 i domen C-212/97

¹¹⁶ Søndergaard, Birkemose, H – *Flygten fra Delawere – Monstret fra USA?*, NTS 2000:3-4 s 292

¹¹⁷ Art 2 EUF samt art 2 EGF

där. Eller med Rolf Skogs ord ”- Man kan säga att EG-domstolen nästintill uppmuntrar näringsidkare att söka efter den bolagslagstiftning ute i Europa, som man finner mest attraktiv, och sen med den basen som utgångspunkt, etablera en filial och bedriva verksamheten i det land man finner lämpligt. Och det är konsekvensen av den domen vi ser nu, när vi ser ett ökande antal svenska bolagsbildningar i Storbritannien.”¹¹⁸

Inte desto mindre är det dessa förutsättningar som numera gäller inom den europeiska gemenskapen och för dess medlemsstater. Det är med andra ord upp till medlemsstaterna själva att anpassa sina lagstiftningar i linje med fastlagda principer eller att låta bli. Om detta leder till fler etableringar i andra medlemsstater än den där verksamheten kommer att bedrivas är detta ett fullt legitimt handlande. Trots svårigheten att stoppa etableringarna som sådana finns en möjlighet att genom annan lagstiftning eller praxis komma åt dessa och därigenom hindra ett kringgående av våra nationella bolagsrättsliga regleringar. Ett exempel på praxis härom är den, särskilt i utlandet förekommande, principen om ansvarsgenombrott i bolag där man inte har något personligt betalningsansvar för bolagets uppkomna skulder och där kravet lägsta tillåtna aktiekapital är lågt ställda eller mer eller mindre obefintliga.¹¹⁹ Fenomenet med att nystarta ett bolag i en annan medlemsstat än där man planerar driva sin verksamhet och istället driva den genom filial där får vidare konsekvenser även för de borgenärer vilka har affärer med bolaget. Borgenärerna är här till viss del skyddade av vissa grundläggande gemenskapsregler som stadgas i det elfte bolagsdirektivet, om offentlighet i filialer.¹²⁰

6.2 Offentlighet i filialer och skyddet för borgenärer

Det elfte bolagsdirektivet, även kallat filialdirektivet (eller offentlighetsdirektivet), anger ett antal uppgifter som skall offentliggöras i den medlemsstat där filialen är belägen, bland annat namn och rättslig form för bolaget samt namnet på filialen. I LUF anges i 5-

¹¹⁸ Skog, R i Kaliber 21 maj, 2006 – *Aktiebolag utan aktiekapital*

¹¹⁹ Severinsson, D a s 84

¹²⁰ Rådets elfte direktiv 89/666/EEG av den 21 december 1989 om krav på offentlighet i filialer som har öppnats i en medlemsstat av vissa typer av bolag som lyder under lagstiftningen i en annan medlemsstat

5a §§ att det i bolagets firma skall anges att verksamheten det ”utländska företags verksamhet genom filial i Sverige skall drivas under firma, som innehåller företags namn med tillägg av ordet filial och som tydligt anger företags nationalitet” samt att ”brev, fakturor och orderblanketter skall innehålla uppgift om det utländska företags rättsliga form och säte, det utländska register där företaget är registrerat, företags nummer i detta register samt filialens organisationsnummer enligt lagen (1974:174) om identitetsbeteckning för juridiska personer m.fl. och det svenska register där filialen är registrerad”. Direktivet reglerar således ingående vilken information som filialen skall uppvisa samt vilken information man kan kräva att få av bolagen i den stat där de har registrerat sin filial. I alla händelser bör filialen till sin medkontrahent upplysa om att de omfattas av en annan medlemsstats rättsordning. Genom dessa grundläggande uppgifter torde i de flesta fall borgenärerna vara införstådda i vad de ger sig in på, i annat fall får det anses oförsvarligt att inte vara mer påläst på sina affärspartners.

Avtalsrätten i stort bygger på principen om partsautonomi, avtalsfrihet, det vill säga att det för var och en står fritt att välja om han eller hon vill inträda i avtalsbundenhet.¹²¹ Innan man väljer att ingå avtal är det således av vikt att man gör en grundlig genomgång av den man planerar ingå avtalet med. Detta gäller i alla avtalsförhållanden och särskilt där man ämnar försälja varor mot kredit eller där man tänker till mottagaren ställa en kredit motsvarande ett visst penningbelopp. Den genomgång man gör av medkontrahenten bör inte endast omfatta kreditvärdighet,¹²² utan också varifrån bolaget härstammar, vilket enklast sker genom en koll hos Bolagsverket samt att man genom orderblanketter, brev eller bolagets firma kan få fram nödvändiga uppgifter.

I Inspire Art framhåller EGD att det åvilar borgenären att skaffa erforderlig information om gäldenären och man hänvisar till framförallt det elfte bolagsdirektivet. I p 125 i domen säger man vidare att ”för övrigt bör även borgenärens i viss utsträckning ta ansvar för sina handlingar” vilket enligt domstolen bör få den effekten att om "den

¹²¹ Ramberg, J & C – *Allmän avtalsrätt*, sjätte uppl. 2003, Norstedts Juridik, s 24 ff

¹²² Man bör dock hålla i minnet att ett bolags aktiekapital inte är ett säkert mått på ett bolags kreditvärdighet. Vidare gäller för de utländska Limited-bolagen att de inte anses ha lika stor kreditvärdighet av banker som svenska bolag, eftersom de saknar aktiekapital

säkerhet som engelsk rätt erbjuder inte är tillräcklig för dem kan de kräva att få ytterligare garantier och annars vägra att ingå avtal med ett bolag som har bildats enligt utländsk rätt".

Uttalandet från domstolen i Inspire Art att det för de borgenärer som önskar ingå avtal med en part som har bildats i enlighet med utländsk rätt bör krävas att de skall kräva att få ytterligare garantier för att ställa krediter till gäldenären samt att borgenärerna själva till viss del bör ta ansvar för sina handlingar talar för sig självt och är självklara. Om man som borgenär ger sig ut i affärsvärlden med intentionen att få som resultat en ekonomisk vinning för sitt bolag, man även bör ta konsekvenserna av att ha varit oförsiktig i sina efterforskningar av medkontrahenten. Den absolut enklaste av åtgärder som står till buds är exempelvis att borgenärerna kan begära säkerhet för den kredit de ställer till gäldenären. Genom detta får han eller hon förmånsrätt i den eventuella konkurs som kan drabba medkontrahenten. Förvisso har finansieringsbolagen fördelen att de, eftersom de har till uppgift att låna ut kapital till sina kunder, kan ställa större krav på att få den finansiella information om bolaget som de önskar för att ställa ett lån till bolaget. När det handlar om mindre borgenärer, som till exempel leverantörer av olika slag, vilka även de står i avtalsförhållande till bolaget, löper de en större risk.

En annan ska man bör ha i åtanke är vilka personer som kan ligga bakom den utländska personen i vilken filialen ingår. Såvitt jag vet finns ingen undersökning som visar om följande är sant, men det låter inte alldeles otroligt att dessa Limited-bolag kan användas i inte helt lagliga avsikter. Till exempel kan man tänka sig att bolagen användes av oseriösa entreprenörer eller att konstruktionen används för skatteflykt, pengatvätt etc. Då bolagen drivs utan att någon insats behöver göras finns det en risk för att bedragare tar tillfället i akt till sina skumma affärer. Självklart är det långt från alla som är bedragare, men det bör rekommenderas att man gör en noggrann efterforskning innan ett avtal sluts.

6.3 Insolvensförordningen

Eftersom ett bolag bildat i en annan medlemsstat vilket driver sin verksamhet i exempelvis Sverige genom filial kan vara svårt att komma åt har man inom EU skapat en konstruktion som gör det möjligt att komma åt det utländska bolaget trots att det inte utgör en svensk enhet. Genom insolvensförordningens tillkomst har man möjliggjort ett gränsöverskridande insolvensförfarande där en borgenär i en medlemsstat kan försätta en gäldenär i en annan medlemsstat i konkurs. Enligt vissa i förordningen angivna förfaranden kan man hos TR i Sverige försätta exempelvis det engelska bolaget i konkurs och i och med detta faller även bolagskonstruktionen med filial.

Insolvensförordningen är uppdelad i huvudinsolvensförfarande samt territoriellt insolvensförfarande. Eftersom det i denna uppsats handlar om filialer där moderbolaget endast fungerar som en konstruktion för att slippa det svenska kravet på aktiekapital, blir det i de allra flesta fall frågan om ett huvudinsolvensförfarande. Det betyder som redogjorts för ovan att det inte enbart blir tillgångar i Sverige som blir indragna i en eventuell konkurs vid svensk domstol, utan all bolagets egendom. Eftersom det huvudsakliga intresset, det vill säga sätet för moderbolaget, finns i en annan medlemsstat och det endast finns ett driftställe i Sverige, måste det för ett huvudinsolvensförfarande skall kunna inledas motbevisas att bolagets säte inte utgör det huvudsakliga intresset, utan att det är filialen som är föremålet för verksamheten.¹²³

Frågan om att försätta ett i utlandet registrerat bolag i konkurs med stöd av insolvensförordningen har av domstolarna i Sverige prövats vid några tillfällen. Bland annat har TR i Lund¹²⁴ försatt det engelska bolaget *Open Global Company Ltd* i konkurs genom ett territoriellt förfarande, HovR för övre Norrland¹²⁵ har i dom avvisat TR överklagade dom med hänvisning till att TR inte varit behörig att pröva frågan om konkurs för det engelska bolaget *Batteriservice & Transport LTD* samt har Svea HovR¹²⁶ undanröjt en dom från Eskilstuna TR där TR inte prövat en talan om konkurs

¹²³ Prop. 2005/06:37 s 28

¹²⁴ Målnummer K 881-06, domsdatum 2006-04-06 (se också not 110)

¹²⁵ Målnummer Ö 929-05, domsdatum 2006-02-14

¹²⁶ Målnummer Ö 4105-03, domsdatum 2003-05-30

för det finska bolaget *Radaflex OY* trots att man var behörig till detta. Av domarna framgår att behörigheten för domstolarna att inleda ett huvudinsolvensförfarande hänger på om det bolag som är utsatt för ett hot om konkurs har sitt huvudsakliga intresse i Sverige eller inte. I de fall där domstolarna funnit att bolagets huvudsakliga intressen finns i Sverige har man ansett att svensk domstol är behörig att inleda ett insolvensförfarande och gått på ansökandens linje och tagit upp frågan om konkurs, medan man däremot avvisat en ansökan när det huvudsakliga intresset finns i en annan medlemsstat. Skiljelinjen kan sägas ligga vid om det förekommer någon verksamhet i moderbolagets hemland eller inte. Om så inte är fallet kommer med all sannolikhet domstolarna anse att det huvudsakliga intresset finns i Sverige och inte i den andra medlemsstaten och därmed är det fritt fram för de svenska domstolarna att pröva frågan om insolvens.

6.4 Personligt ansvar

I svensk rätt, liksom till exempel tysk,¹²⁷ finns en skyldighet att vidta åtgärder för bolagets avvecklande när bolagets aktiekapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet. Det finns däremot inget som hindrar att man kämpar för sitt bolags överlevnad, till exempel genom att undanhålla viss information om bolagets ekonomiska ställning.¹²⁸ Man får dock inte lämna upplysningar som vilseleder kreditgivaren. I England inträffar detta tillfälle då man skall vidta åtgärder något tidigare än vad det gör i svenska rätt, nämligen då det finns en risk för att ett bolag blir insolvent.¹²⁹

Enligt svensk rätt uppkommer inget betalningsansvar för delägarna av ett aktiebolag om man följt de regler som finns i ABL. Några regler i ABL som tar upp frågan om personligt betalningsansvar är reglerna i exempelvis 25:18-19 §§ som tar sikte på förhållandet mellan aktiekapital och skulder. Med stöd av dessa regler åläggs styrelsen, aktieägare eller den som med vetskap om styrelsens ansvar att träda i likvidation att

¹²⁷ Se § 92 AktG

¹²⁸ Dotevall, R *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, Norstedts Juridik, 2005, s 203

¹²⁹ IA section 214, Dotevall, R – *Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer*, SvJT 2006 s 892

solidariskt svara för förpliktelser som uppkommit under underlåtenheten att vidta åtgärder. Vidare finns regler i 17 kap om bristtäckningsansvar. Även i andra fall kan personligt betalningsansvar aktualiseras, nämligen i praxis genom ansvarsgenombrott. Institutet är dock inom svensk rätt sparsamt använt varför få domar finns på området.¹³⁰ I England använder man sig av rättsformeln *wrongful trading*, vilket betyder en styrelsen ska bidra med en summa motsvarande vad domaren anser vara skäligt när han borde ha vetat eller ha insett att bolaget borde ha trätt i likvidation och att han inte vidtagit alla de försiktighetsmått som rimligen kan ställas på honom.¹³¹ Om man alltså inte uppfyller lagens krav kan alltså drabbas av en skyldighet att betala ersättning till bolaget motsvarande den skada han åsamkat. Skadeståndet utgår i princip därför att företaget fortsatt att göra affärer på grund av insolvens och att personen med den ledande ställningen inte vidtagit åtgärder för att minimera borgenärernas förluster.

När det gäller *shadow director* finns det i svensk rätt inga motsvarande de engelska reglerna i aktiebolagslagen som uttryckligen kan tillämpas i dessa fall. Inte desto mindre bör främst den verkställande direktören, eller för den delen styrelsen, kunna ställas till svars, om dessa försummar sina plikter genom att tillåta *shadow directors* att verka genom bolaget.¹³²

För att komma åt företrädarna bakom ett i England registrerat bolag krävs att man inleder ett insolvensförfarande vid engelsk domstol. Eftersom denna regel är en insolvensrättslig regel i England kan den inte användas vid ett i Sverige anhängiggjort mål.¹³³ Det är dock möjligt att vid den engelska domstolen föra talan om *wrongful trading* trots att all verksamhet bedrivs vid en filial i Sverige.¹³⁴

En sammanfattning av dessa senare regler ger vid handen att det är ganska svårt att få igenom en talan mot personer bakom den juridiska personen om dessa inte varit uppenbart vårdslösa. Troligen är det inte särskilt många av de svenska borgenärerna som ger sig in i de engelska domstolarna för att där kräva bakomliggande personer på

¹³⁰ Se ovan not 25

¹³¹ Dorrseteln, A m.fl. s 213

¹³² Dotevall, R *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, Norstedts Juridik, 2005

¹³³ Dotevall, R – *Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer*, SvJT 2006 s 898

¹³⁴ Dotevall, a a s 892

personligt betalningsansvar. Eftersom de allra flesta mål där insolvensförordningen ligger till grund för förfarandet kommer att vara huvudinsolvensförfarande mot en filials moderbolag med i stort sett enbart i Sverige tillhörande tillgångar, kommer säkert också de flesta av målen enbart att avgöras här.

6.5 Avslutande diskussion

Att skapa och bedriva rörelse i Sverige jämfört med exempelvis England innebär stora skillnader. Ett engelskt bolag kan så att säga anses vara gratis, medan det svenska bolaget kostar 100 000 kronor i insats. Eftersom detta många gånger för en enskild kan vara en ansevärd summa väljer man istället att bedriva verksamheten på hemmaplan i en filial, efter att först ha skapat sig ett bolag i t.ex. England. Filialen är det bolag som man är intresserad av att driva, inte det bolag man har etablerat utomlands. Moderbolaget utomlands är så att säga bara en konstruktion för att slippa undan det svenska kravet på aktiekapital, och filialen blir därmed kärnan i verksamheten. Enligt gällande rätt är denna sammansättning av bolag legal och innebär att borgenärer löper en större risk i sina affärer med bolag upplagda enligt konstruktionen.

På den europeiska banan i övrigt förs det en diskussion om att införa instrumentet *wrongful trading*¹³⁵ eller motsvarande. Någon harmonisering på området har dock ännu inte blivit verklighet. Det närmaste man kommit i harmoniseringsväg kan väl antas vara förordningen om insolvensförfaranden.¹³⁶ Argumentationen inom unionen bygger på ett dokument initialt utgivet av *European Union's Group of High Level Company Law Experts*¹³⁷ och på vilken sedermera Europeiska kommissionen byggde sin *Action Plan*.¹³⁸ Orsaken till varför ingen harmonisering skett verkar vara att de flesta staterna inom unionen sätter sig emot det, med olika argument. Många pekar på svårigheter med själva harmoniseringen, att de, som England, har lagarna uppdelade i bolagsrätt och

¹³⁵ Se till exempel Omar P – *The Convergence of Company and Insolvency Initiatives within the European Union*, European Company Law, Jun 2005

¹³⁶ Rådets direktiv (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden

¹³⁷ Report of the High Level Group of Company Law Experts on a modern Regulatory Framework for Company Law in Europe (Final Report), 2002

¹³⁸ COM (2003) 284 final – *Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward*

obeståndsrätt. Andra på att de redan har ett fungerande system för relevanta frågor och en del på att det rör sig inom två områden, bolagsrätt, där unionen har kompetens, samt obeståndsrätt, där staterna själva innehar kompetensen.¹³⁹ Hur det blir i verkligheten får väl framtiden utvisa.

¹³⁹ Omar a a s 63 f

Bilagor

Bilaga 1 – Insolvency Act, section 124

124A. Petition for winding up on grounds of public interest

(1) Where it appears to the Secretary of State from -

(a) any report made or information obtained under Part XIV of the Companies Act 1985 (company investigations, etc.),

(b) any report made under section 94 or 177 of the Financial Services Act 1986 or any information obtained under section 105 of that Act.

(c) any information obtained under section 2 of the Criminal Justice Act 1987 or section 52 of the Criminal Justice (Scotland) Act 1987 (fraud investigations), or

(d) any information obtained under section 83 of the Companies Act 1989 (powers exercisable for purpose of assisting overseas regulatory authorities),

that it is expedient in the public interest that a company should be wound up, he may present a petition for it to be wound up if the court thinks it just and equitable for it to be so.

(2) (Non-application). This section does not apply if the company is already being wound up by the court.

Bilaga 2 – Insolvency Act, section 214

214. Wrongful trading

(1) Subject to subsection (3) below, if in the course of the winding up of a company it appears that subsection (2) of this section applies in relation to a person who is or has been a director of the company, the court, on the application of the liquidator, may declare that that person is to be liable to make such contribution (if any) to the company's assets as the court thinks proper.

(2) This subsection applies in relation to a person if -

(a) the company has gone into insolvent liquidation,

(b) at some time before the commencement of the winding up of the company, that person knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation, and

(c) that person was a director of the company at that time; but the court shall not make a declaration under this section in any case where the time mentioned in paragraph (b) above was before 28th April 1986.

(3) The court shall not make a declaration under this section with respect to any person if it is satisfied that after the condition specified in subsection (2)(b) was first satisfied in relation to him that person took every step with a view to minimising the potential loss to the company's creditors as (assuming him to have known that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation) he ought to have taken.

(4) For the purposes of subsection (2) and (3), the facts which a director of a company ought to know or ascertain, the conclusions which he ought to reach and

the steps which he ought to take are those which would be known or ascertained, or reached or taken, by a reasonably diligent person having both -

(a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as are carried out by that director in relation to the company, and

(b) the general knowledge, skill and experience that that director has.

(5) The reference in subsection (4) to the functions carried out in relation to a company by a director of the company includes any functions which he does not carry out but which have been entrusted to him.

(6) For the purposes of this section a company goes into insolvent liquidation if it goes into liquidation at a time when its assets are insufficient for the payment of its debts and other liabilities and the expenses of the winding up.

(7) In this section "director" includes a shadow director.

(8) This section is without prejudice to section 213.

Bilaga 3 – Insolvency Act, section 251

251. Expressions used generally

In this Group of Parts, except in so far as the context otherwise requires -

"administrative receiver" means -

(a) an administrative receiver as defined by section 29(2) in Chapter I of Part III, or

(b) a receiver appointed under section 51 in Chapter II of that Part in a case where the whole (or substantially the whole) of the company's property is attached by the floating charge;

"business day" means any day other than a Saturday, a Sunday, Christmas Day, Good Friday or a day which is a bank holiday in any part of Great Britain;

"chattel leasing agreement" means an agreement for the bailment or, in Scotland, the hiring of goods which is capable of subsisting for more than 3 months;

"contributory" has the meaning given by section 79;

"director" includes any person occupying the position of director, by whatever named called;

"floating charge" means a charge which, as created, was a floating charge and includes a floating charge within section 462 of the Companies Act (Scottish floating charges);

"office copy", in relation to Scotland, means a copy certified by the clerk of court;

"the official rate", in relation to interest, means the rate payable under section 189(4);

"prescribed" means prescribed by the rules;

"receiver", in the expression "receiver or manager", does not include a receiver appointed under section 51 in Chapter II of Part III;

"retention of title agreement" means an agreement for the sale of goods to a company, being an agreement -

(a) which does not constitute a charge on the goods, but

(b) under which, if the seller is not paid and the company is wound up, the seller will have priority over all other creditors of the company as respects the goods or any property representing the goods; "the rules" means rules under section 411 in Part XV; and

"shadow director" in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act but so that a person is not deemed a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity); and any expression for whose interpretation provision is made by Part XXVI of the Companies Act, other than an expression defined above in this session, is to be constructed in accordance with that provision.

Källförteckning

Litteraturförteckning

- Allgårdh, O & Norberg, S – *EU och EG-rätten*, Norstedts Juridik, 1999
- Bernitz, U & Kjellgren, A – *Europarättens grunder*, 2:a uppl., Norstedts Juridik, 2002
- Birkmose Søndergaard, Hanne, *Konkurrence mellem retssystemer, Delaware-effekten i et europaeisk selskabsretligt perspektiv*, Forlaget Thomson, 2004
- Craig, P, De Burca, G – *EU law – text, cases and materials*, Third edition 2003, Oxford University Press
- Dornseifer, F – *Corporate Business Forms in Europe. A Compendium of Public and Private Limited Companies in Europe*, Stämpfli Publishers Ltd, München 2005
- Dorrsteijn, A m.fl. – *European Corporate Law*, Norstedts Juridik 1995
- Dotevall, R *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, Norstedts Juridik, 2005
- Dotevall, R – *Samarbete i bolag, om personbolag* – Norstedts Juridik 2005
- Hemström, C – *Bolagens rättsliga ställning*, 5:e uppl., Norstedts Juridik, 2002
- Hessius, J och Graner M – *EG:s bolagsrätt*, Ny Juridik 2:97
- Kraakman, R m.fl. – *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach*, 4:e uppl. 2006, Oxford University Press Inc., New York
- Mellqvist, M – *EU:s insolvensförordning m.m., En kommentar*, uppl. 1:1 2002, Norstedts gula bibliotek
- Ramberg, Jan & Christina – *Allmän avtalsrätt*, sjätte upplagan, Norstedts Juridik, 2003

Artiklar

- Bachner T – *Wrongful Trading – A New Model for Creditor Protection*, European Business Organisation Law Review 5, 2004
- Birkmose Søndergaard, *Frykten för Delaware - monsteret fra USA*, Nordisk tidsskrift for selskabsret, 2000:3-4
- Bogdan, M, - *Corporate Business Forms in Europe*, Svjt 2006 s 302-303

- Dejmak, P – *Den Europeiska Bolagsrätten – igår, idag och i morgon, En analys av den senaste utvecklingen med särskild tonvikt på direktivet om offentliga företagsköp*, SvJT 2002 s 588-607
- Dotevall, R – *Etableringsrätten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer*, SvJT 2006 s 885-899
- Hirt, Hans – *The Wrongful Trading Remedy in UK Law: Classification, Application and Practical Significance*, European Company and Financial Law Review 1/2004 s 71-120
- Malmberg, J – *Arbetstagares ställning vid gränsöverskridande företagsövergångar*, SvJT 2004 s 792-808
- Mellqvist, M – *Europeisk Internationell Insolvensjurisdiktion*, SvJT 2005 s 449-477
- Omar P – *The Convergence of Company and Insolvency Initiatives within the European Union*, European Company Law, Jun 2005
- Pehrson, M – *Kan aktiebolag flytta? Europaperspektiv*, Årsbok 1999 s 89-106
- Schall A. – *The UK Limited Company Abroad – How Foreign Creditors are Protected after Inspire Art (Including a Comparison of UK and German Creditor Protection Rules)*, European Business Organisation Law Review, Dec 2005
- Severinsson, D – *EG:s etableringsrätt för bolag*, JT 03-04 s 69-89
- Skog, R – *Harmoniseringen av bolags- och börsrätten inom EU – ny vind i seglen*, Nordisk Tidsskrift för selskabsret, 2001:3, s 332
- Skog, R – *Kan aktiebolag emigrera*, Balans 8-9 97
- Svernlöv, C – *Utländska filialer – teori och praktik*, Balans nr 12, 2001
- Tarnawski-Berlin Mikael - *"Lender liability – kreditgivaransvaret i Sverige med utgångspunkt tagen i engelsk rätt"* — Examensarbete vid Juridiska Fakulteten vid Lunds universitet VT 2002
- Werlauff – *European Business Law Review*, 1999:7-8

Gemenskapsrätt

- Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden
- 2005/56/EG – Rådets fjortonde direktiv om gränsöverskridande fusioner

89/666/EG – Rådets elfte direktiv om offentlighet i filialer som har öppnats i en medlemsstat av vissa typer av bolag som lyder under lagstiftningen i en annan stat

77-91/EEG – Rådets andra direktiv om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännen och tredje mans intressen när det gäller att bilda ett aktiebolag samt att bevara och ändra dettas kapital, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga

68/51/EEG – Rådets första direktiv om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännen och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen

Rättsfallssammanställning

Gemenskapsrätt

C-341/04, Eurofood IFSC

C-1/04, Staubitz-Schreiber mot staten Tyskland

C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabriken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd

C-208/00, Überseering v Nordic Construction Company Baumanagement

C-212/97, Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

C-19/92 Dieter Kraus v Land Baden.Württemberg

C-81/87, The Queen v H.M. Treasury and Commissioners in Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust Plc

C-120/78, Rewe Zentrale v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (cassis de Dijon) 33/78, Somafer mot Saar Fengas

Svensk rätt

NJA 1980 s 164

RH 2006:25

Svea hovrätts beslut 2003-05-30 i mål Ö 4105-03

Hovrätten för Övre Norrland beslut 2006-02-14 i mål Ö 925-05

Tingsrätten i lunds dom 2006-04-06 i mål K 881-06

Länsrättens i Västernorrlands län dom 1998-03-02 i mål 3697-96

Förarbeten

Prop. 2005/06:37 EU:s insolvensreglering

Prop. 1991/92:88 om ändrade regler för utlänningars rätt att idka näring i Sverige

Övriga källor

COM (2003) 284 final – Modernising Company Law and Enhancing Corporate

Governance in the European Union - A Plan to Move Forward

Insolvensrättsligt forum 2003 – *Ett samlat insolvensförfarande, EU:s*

insolvensförordning, HD:s senaste rättegång på insolvensrättens område, 2003,

Iustus förlag

Kaliber 21 maj 2006 – Aktiebolag utan aktiekapital

Report of the High Level Group of Company Law Experts on a modern Regulatory

Framework for Company Law in Europe (Final Report), 2002

Internet

<http://www.ne.se>

<http://bolagsverket.se>

<http://www.companieshouse.gov.uk>