

# Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer

Av professor ROLF DOTEVALL

## Inledning

I svensk rätt gäller att ett aktiebolag som driver verksamhet i Sverige men är registrerat i ett annat land omfattas av aktiebolagsrätten i registreringslandet. Ett utländskt bolag betraktas som en juridisk person i svensk rätt under förutsättning att bolaget har denna status i registreringslandet. Även Danmark, Finland, Norge, Holland, Irland och Storbritannien tillämpar registreringsprincipen. I övriga länder i EU, t.ex. Tyskland, Frankrike, Spanien och Italien, gäller däremot den s.k. sätesprincipen.<sup>1</sup>

Enligt sätesprincipen måste ett aktiebolag ha sitt faktiska säte i det land där det är registrerat. Endast om detta krav är uppfyllt betraktas bolaget som en juridisk person. Flyttar bolaget sitt faktiska säte till ett annat land har bolaget inte längre denna status. En konsekvens blir t.ex. att bolagsföreträdarna riskerar att drabbas av personligt ansvar för de skulder som uppkommer efter flytten.

Sätesprincipen syftar till att skydda nationella intressen. Det är framförallt skyddet av borgenärers och, särskilt vad avser tysk rätt, arbetstagares intresse som är det bakomliggande motivet att tillämpa sätesprincipen.<sup>2</sup> Nackdelen med denna princip är att det kan råda osäkerhet var bolaget har sin faktiska hemvist. Någon sådan osäkerhet kan inte uppkomma då registreringsprincipen ligger till grund för lagvalet.

EG-domstolen har de senaste åren påtagligt förändrat den europeiska bolagsrätten genom sina avgöranden i Centros<sup>3</sup>, Überseering<sup>4</sup> och Inspire Art<sup>5</sup>. I Centros var frågan om ett i England registrerat privat aktiebolag — *limited company* — kunde driva all sin verksamhet i en dansk filial utan att ha någon aktivitet i registreringslandet. Den danska registreringsmyndigheten ansåg att detta innebar att de danska aktiebolagsrättsliga reglerna kringgicks då engelsk rätt inte kräver att ett privat aktiebolag skall ha ett registrerat aktiekapital. EG-domstolen kom emellertid fram till att det var i överensstämmelse med EG-rätten att driva hela sin näringsverksamhet i Danmark i ett engelskt bolag.

<sup>1</sup> Se t.ex. Bogdan, Michael, Svensk internationell privat- och processrätt, 5 uppl. 1999, s. 150 ff. och Dotevall, Rolf, Samarbete i bolag, 2005, s. 32 ff.

<sup>2</sup> Se Birkmose, Hanne Søndergaard, Delaware-effekten i et europæisk selskabsretligt perspektiv, 2003, s. 45 ff.

<sup>3</sup> 9 mars 1999 C-2212/97, ECR 1999, I-1459.

<sup>4</sup> 5 november 2002, C-208/00 Überseering [2000] I-9919.

<sup>5</sup> 30 september 2003, C 167/01 Inspire Art [2003].

Eftersom såväl engelsk som dansk rätt tillämpar registreringsprincipen kvarstod efter Centros frågan om EG-rätten också gjorde det möjligt att etablera en filial i ett land som tillämpar sätesprincipen. Svaret kom i *Überseering* där det var fråga om ett nederländskt bolag som drev all sin verksamhet i Tyskland. Samtliga bolagets aktier ägdes dessutom av tyska medborgare. I en entreprenadtvist krävde ett tyskt bolag skadestånd av *Überseering*. Den tyska domstolen kom med stöd av sätesprincipen fram till att *Überseering* inte var en juridisk person då bolaget hade sitt faktiska säte i Tyskland utan att vara registrerat där och därför saknade partsbehörighet. EG-domstolen ansåg emellertid att ett aktiebolag som är bildat i ett medlemsland som tillämpar registreringsprincipen skall betraktas som ett aktiebolag även i de medlemsländer som inte tillämpar denna princip. Men fortfarande gäller att det inte är möjligt att bilda bolag i ett land som tillämpar sätesprincipen och förlägga bolagets faktiska säte i ett annat medlemsland.

EG-domstolen har i *Inspire Art* slagit fast att medlemsländerna inte har möjlighet att genom en särskild reglering som omfattar utländska bolag pålägga dessa strängare krav t.ex. i fråga om aktiekapital eller styrelseansvar mot borgenärer än vad som gäller enligt registreringslandets lag. Bakgrunden till *Inspire Art* är att under en period var det vanligt att bilda bolag i England och Delaware och sedan etablera filial i Nederländerna. Anledning var att den nederländska aktiebolagsrätten ställde krav på ett aktiekapital och pålade styrelseledamöterna ett större ansvar än vad som gäller i England och Delaware.

Inom EU är det numera möjligt att bilda ett bolag i det medlemsland vars bolagsrätt framstår som mest attraktiv, under förutsättning att detta land tillämpar registreringsprincipen, och driva all verksamhet något annat medlemsland. Utvecklingen har inneburit att förhållandena inom EU på bolagsrättens område numera är likartade med vad som sedan länge gällt i USA. Där är nämligen bolagsrätten en delstatlig angelägenhet och samtliga delstater har under lång tid tillämpat registreringsprincipen.

Med de förutsättningar som nu gäller inom EU för att driva verksamhet i ett annat medlemsland än där bolaget är registrerat har det visat sig att engelska privata aktiebolag blivit särskilt populära.<sup>6</sup> Den engelska aktiebolagsrätten skiljer sig i flera avseenden från den nordiska och kontinentaleuropeiska. Av särskild praktisk betydelse är skillnaderna i borgenärsskyddet. I engelsk rätt finns inte kravet på ett obligatoriskt aktiekapital som grund för borgenärsskyddet i privata bolag. Vidare återfinns borgenärsskyddsregler som pålägger bolagsledningen plikt att inleda ett insolvensförfarande då verksamheten går dåligt i den insolvensrättsliga regleringen och inte, som är fallet i t.ex. svensk och tysk rätt, i aktiebolagslagen.

<sup>6</sup> Det finns drygt två miljoner engelska privata bolag registrerade. Se <http://www.companieshouse.gov.uk/>

Syftet med denna uppsats är att ur svensk synvinkel belysa vilka möjligheter en borgenär har att skydda sina intressen då gäldenären är ett engelskt privat aktiebolag som driver verksamhet i svensk filial.

### **Regleringskonkurrens inom EU på aktiebolagsrättens område**

Domarna i Centros, Überseering och Inspire Art innebär att förutsättningarna nu finns för medlemsländerna att konkurrera om att skapa den attraktivaste bolagsrätten för att på så sätt locka till bolags-etablering. I mer än sjuttio år har en sådan konkurrens rått mellan de amerikanska delstaterna. I denna konkurrens har Delaware hävdats sig väl. Mer än 60 procent av de femhundra största amerikanska aktiebolagen är registrerade i denna delstat.<sup>7</sup> Anledningen att Delaware hävdats sig så väl i konkurrensen är inte enbart att delstatens aktiebolagslag uppfattas som fördelaktig utan framförallt att domare och advokater verksamma där ofta är mycket kunniga i aktiebolagsrättsliga frågor. Dessutom är registreringsmyndigheten i Delaware synnerligen effektiv.<sup>8</sup>

Varje amerikansk delstat har ett ekonomiskt intresse av att bolag bildas och registreras där. Den s.k. *franchise tax* är en skatt som beräknas på grundval av det registrerade aktiekapitalet eller antalet utgivna aktier. För t.ex. Delaware kommer mellan 20 och 25 procent av delstatens skatteinkomster från denna skatt. Det bör nämnas att en sådan skatt är förbjuden i Europa enligt ett EU-direktiv från slutet av 1960-talet.<sup>9</sup>

Det återstår naturligtvis att se om regleringskonkurrensen på bolagsrättens område kommer att nå samma styrka inom EU som den har i USA. En fråga som ännu inte är möjlig att besvara är hur den svenska aktiebolagsrätten i så fall kommer att hävda sig.

En omständighet som talar emot regleringskonkurrens är att de kulturella och språkliga skillnaderna är större mellan medlemsstaterna i EU än vad som gäller i USA. Samtidigt måste beaktas att skillnaderna mellan medlemsländernas aktiebolagslagar är större än motsvarande skillnad mellan delstaterna i USA vilket kan öka drivkraften att söka sig till det medlemsland som har den mest attraktiva aktiebolagsrätten.

Flera medlemsländer inom EU har redan börjat förändra den nationella bolagsrätten för att möta den konkurrens som framförallt engelsk bolagsrätt utgör. För privata franska aktiebolag — *société responsabilité à responsabilité limitée* (SARL) — slopades under hösten 2003 kravet på aktiekapital. I Spanien infördes för ett par år sedan en

<sup>7</sup> Se t.ex. Birkmose, s. 148 ff.

<sup>8</sup> Det tar i allmänhet inte längre tid än 48 timmar att få ett nybildat bolag registrerat. Se Roe, Mark J., Delaware's Competition, 117 Harvard Law Review [2003], s. 588 ff.

<sup>9</sup> Se direktiv 69/335/EG från den 17 juli 1977, EFT 1969 L 249/25.

ny flexibel aktiebolagsform.<sup>10</sup> Och i Tyskland har under senare tid införts ett enklare registreringsförfarande.

I debatten om regleringskonkurrensens effekter har hittills inte gjorts någon åtskillnad mellan lagval och jurisdiktion. De bolag som är registrerade i England är inte bara underkastad engelsk rätt utan alla aktiebolagsrättsliga tvister skall också avgöras vid engelsk domstol. Motsvarande gäller i USA där en etablering i Delaware medför att alla tvister som rör bolaget skall avgöras av domstol i denna delstat. Kopplingen mellan jurisdiktion och lagval får större betydelse inom EU än i USA bl.a. med tanke på att det råder tämligen stor skillnad mellan mellan medlemsländernas processrätt. I USA är delstaternas processuella regler tämligen likartade.<sup>11</sup>

### **Borgenärsskyddet enligt EG-domstolen**

Det går en skiljelinje i hur bolagsborgenärerna skyddas mellan på ena sidan kontinentaleuropeisk och nordisk rätt och på andra sidan engelsk rätt. Engelsk rätt har aldrig ställt något krav på att privata aktiebolag skall ha ett aktiekapital, utan där återfinns skyddet för bolagsborgenärerna i huvudsak i den insolvensrättsliga regleringen.

EG-domstolen har i de här uppmärksammade domarna varit medveten om att medlemsländerna reglerar skyddet för ett aktiebolags borgenärer på olika sätt och att detta kan få komplikationer när ett bolag driver verksamhet i ett annat medlemsland än där det är registrerat. I bl.a. Inspire Art framhåller EG-domstolen, utan att ta ställning till den komplicerade frågan om kravet på aktiekapital är ett lämplig sätt att skydda bolagsborgenärer, att dessa främst måste skydda sina intressen genom att skaffa information om gäldenärsbolaget. EG-domstolen hänvisar till den publicitets- och informationsreglering som följer av kravet enligt det elfte bolagsdirektivet på att filialer skall registreras och offentliggöra årsredovisningen. EG-domstolen slår mot bakgrund av detta vidare fast att borgenärer bör i viss utsträckning ta ansvar för sina handlingar vilket enligt domstolen medför att om ”den 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”.<sup>12</sup>

För svensk rätts vidkommande gäller enligt 2 § lag om utländska filialer m.m. (LUF) att ett utländskt företag som driver näringsverksamhet i Sverige skall göra detta ”genom ett avdelningskontor med självständig förvaltning (filial)”. För att undvika att mindre seriösa utländska företag driver verksamhet i Sverige utan att registrera filial har i lagen införts en straffbestämmelse som innebär att den som för

<sup>10</sup> Sociedad Limitada Nueva Empresa. Se Fernando, Juan-Mateu, *The Private Company in Spain — Some Recent Developments*, 1 ECFR s. 60 ff. [2004].

<sup>11</sup> Se Kirchner, Ch., Painter, R. W. & Kaal, W. A., *Regulatory Competition in EU Corporate Law after Inspire Art: Unbundling Delaware's Product for Europe*, ECFR s. 159 ff. [2005].

<sup>12</sup> Se Inspire Art, dom den 30 september 2003, mål C-167/01, 125

ett utländskt företags räkning driver eller leder en filial utan att verkställande direktör utsetts kan dömas till böter. Det är den verkställande direktören som ansvarar för att filialen registreras och som kan föreläggas vite av Bolagsverket om han underlåter detta.<sup>13</sup>

En filial skall enligt 11 § LUF ha en egen bokföring som är åtskild från det utländska huvudbolagets bokföring. Av 12 § LUF framgår att verkställande direktörens förvaltning och filialens räkenskaper skall granskas av auktoriserad eller godkänd revisor. Filialens redovisningshandlingar och revisionsberättelse behöver emellertid inte, enligt vad som anges i 13 § andra st. p. 1 LUF, inges om huvudbolaget har en rättslig form som är likvärdig med ett svenskt aktiebolag och hör hemma i ett land inom EES. Då engelska privata aktiebolag uppfyller dessa krav skall de enligt samma stadgande, om de driver filial i Sverige, till Bolagsverket ge in redovisningshandlingar och revisionsberättelse för bolaget i sin helhet om de gjorts offentliga i bolagets hemland.

### **Kommissionens förslag på borgenärsskydd**

För att överbrygga skillnader i medlemsländernas reglering av borgenärsskyddet har kommissionen presenterat en plan som bl.a. rör ett förslag att genomföra ett enhetligt borgenärsskydd för medlemsstaterna. Modellen för detta har kommissionen hämtat i engelsk rätt och ansvaret för "wrongful trading" enligt sec. 214 Insolvency Act.<sup>14</sup> Detta innebär att styrelseledamot kan bli ersättningsskyldig mot bolaget eller konkursboet då denne insåg eller bort inse att det fanns någon rimlig utsikt att bolaget kunde undvika att bli insolvent.<sup>15</sup>

En av anledningarna till att kommissionen föreslår att "wrongful trading" blir en gemensam standard för skyddet av bolagsborgenärerna i medlemsländerna är att denna ansvarsgrund, som är knuten till bolagets insolvens, får bolagsledningen att reagerar tidigare än i de fall plikten att agera är knuten till relationen mellan bolagets eget kapital och det registrerade aktiekapitalet som i 25 kap. 13–20 §§ aktiebolagslagen.<sup>16</sup>

### **Ansvaret för "wrongful trading" i engelsk rätt**

För att styrelseledamot skall kunna göras ansvarig för "wrongful trading" enligt sec. 214 Insolvency Act krävs att han insett eller bort inse "that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation" och att han vid denna kritiska tid-

<sup>13</sup> I Sverige finns för närvarande drygt 3 000 filialer registrerade hos Bolagsverket. Den 1 september 2001 fanns 766 registrerade filialer.

<sup>14</sup> Se KOM (2003) 284 från den 21 maj 2003.

<sup>15</sup> I belgisk och fransk rätt finns ett motsvarande institut som kallas "action en comblement du passif".

<sup>16</sup> Se för en diskussion i frågan; Bachner, Thomas, Wrongful Trading — A New European Model for Creditor Protection?, European Business Organization Law Review (EBOLR), 2004, s. 293 ff.

punkt vidtagit åtgärder för att nedbringa "the potential loss to the company's creditors". Det är endast konkursförvaltare eller likvidator som har talerätt vid "wrongful trading" och en sådan talan kan endast bli aktuell sedan bolaget försatts i "insolvent liquidation".<sup>17</sup> Ersättningsbeloppet skall motsvara den minskning av bolagsförmögenheten som skett från den tidpunkt då avvecklingsförfarandet bort inledas till dess detta förfarande faktiskt påbörjades eller att bolaget försattes i konkurs.<sup>18</sup>

Bestämmelsen om "wrongful trading" infördes 1986 i England och mottogs då med viss entusiasm. Men fram till 2006 finns endast en dryg handfull refererade rättsfall där stadgandet har tillämpats. Även om stadgandet inte tillämpas särskilt ofta så anses det ändå ha en inverkan på styrelseledamots agerande i bolag vars ekonomiska ställning försvagas.<sup>19</sup>

Det finns flera anledningar till att ansvar för "wrongful trading" sällan görs gällande i engelsk rätt. Regeln uppfattas allmänt som vag då det är svårt att bestämma tidpunkten då ansvaret inträder och hur omfattande det skall vara. I mindre bolag är t.ex. ofta aktieägarnas och styrelseledamöternas ekonomi nära förbundna med bolagets. Aktieägare och styrelseledamot har ofta ekonomiska bekymmer då bolaget är ekonomiskt svagt. En annan anledning är det osäkra rättsläge som tidigare rått i fråga om konkursförvaltares möjlighet att få ersättning för sina rättegångskostnader. I § 4.218 (1) (a) (i) Insolvency Rules 1986 som infördes 2003 slås emellertid fast att konkursförvaltare har rätt att av konkursboet få ersättning för dessa kostnader. Som en följd av denna bestämmelse förväntas antalet mål som rör "wrongful trading" att öka.<sup>20</sup>

En styrelseledamot kan undvika ansvar för "wrongful trading" om han då han inser eller bort inse att det inte fanns någon möjlighet att undvika att bolaget blir insolvent vidtar åtgärder som syftar till att minska den förlust som bolagsborgenärerna därigenom riskerar att drabbas av. Styrelsen bör utöver att ofta hålla möten för att gå igenom bolagets ekonomiska situation också se till att bolaget inte skaffar sig ytterligare skulder. Styrelsen bör dessutom utarbeta en handlingsplan som går ut på att nedbringa bolagets utgifter t.ex. genom en minskning av antalet anställda samt informera bolagets borgenärer om det prekära ekonomiska läget som uppkommit.<sup>21</sup>

Även en s.k. "shadow director" kan drabbas av ansvar för "wrongful trading". Till denna kategori hänförs personer som, utan att formellt vara utsedda till styrelseledamöter, har ett avgörande inflytande på de

<sup>17</sup> Se Insolvency Act, Schedule 4, paragraph 3A.

<sup>18</sup> Se *Re Produce Marketing Consortium Ltd (No)*, [1989] BCLC 520.

<sup>19</sup> Se t.ex. Finch, Vanessa, *Corporate Insolvency. Perspectives and Principles*, 2004, s. 513.

<sup>20</sup> Se Finch, s. 513 ff.

<sup>21</sup> Se Hirt, Hans C., *The Wrongful Trading Remedy in UK Law: Classification, Application and practical significance*, ECFR 2004, s. 71 ff.

åtgärder som styrelsen vidtar.<sup>22</sup> Framförallt moderbolaget i en koncern men även en kreditgivare kan betraktas som en "shadow director" och drabbas av ansvar.<sup>23</sup>

Som jag tidigare nämnt är det då ansvaret för "wrongful trading" sec. 214 Insolvency Act görs gällande, förenat med svårigheter att bestämma den kritiska tidpunkt efter vilken det inte fanns några utsikter att undvika "insolvent liquidation". Vid denna tidpunkt måste styrelseledamot för att undvika ansvar vidta åtgärder "with a view to minimising the potential loss to the company's creditors".<sup>24</sup> Det ledande rättsfallet *Re Continental Assurance Company of London plc, Singer v. Beckett*<sup>25</sup> ställer inte särskilt stränga krav på styrelseledamot att skapa klarhet i bolagets ekonomiska situation.

Av rättsfallet framgår att det i juni 1991 stod det klart för styrelsen att bolaget hade ekonomiska problem. Under loppet av ett par månader höll styrelsen flera möten för att få klarhet i att bolaget var solvent så att verksamheten kunde fortsätta. Styrelsen fortsatte under hösten att aktivt försöka finna en mer långsiktig förbättring av bolagets ekonomiska situation. I december samma år kunde styrelsen konstatera att bolaget var insolvent. En formell konkursbegäran gjordes emellertid inte förrän i mars 1992 när det slutligen stod klart att det inte gick att finna en köpare till bolaget. Konkursförvaltarens talan mot styrelseledamöterna om ansvar för "wrongful trading" ogillades.

Av domskälen i *Re Continental Assurance Company* framgår att även om bolaget varit insolvent i juni 1991 så krävdes för att få klarhet i detta en ingående kunskap om redovisning som en styrelseledamot normalt inte har. Av sec. 214 (4) Insolvency Act framgår nämligen att en styrelseledamot skall förväntas känna till sådana förhållanden om bolaget som rimligen kan krävas av en "reasonably diligent person" med "the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions".

Ansvar för "wrongful trading" kan bli aktuellt redan från den tidpunkt då bolaget bildas och registreras, detta förhindrar, åtminstone teoretiskt, att bolag med en alltför svag kapitalbas bildas. Erfarenheten i England visar dock att det i praktiken saknar betydelse för bolagets möjlighet att få kredit att det har ett registrerat aktiekapital.<sup>26</sup>

Trots att ett i England registrerade aktiebolaget inte har någon aktivitet där utan driver hela verksamheten i en filial i något annat medlemsland kan ändå, under förutsättning att insolvensförfarandet inleds vid engelsk domstol, ansvar utkrävas för "wrongful trading" enligt

<sup>22</sup> Sec. 251 Insolvency Act.

<sup>23</sup> Se Davies, P. L., Gower & Davies' Principles of Modern Company Law, 2003, s. 197 f. Se även rättsfallet *Re Hydrodam (Corby) Ltd* [1994] 2 BCLC 180.

<sup>24</sup> Som jämförelse kan nämnas att "High Level Group" föreslår att ansvar kan bli aktuellt då det är möjligt att förutse att bolaget blir insolvent men att detta uppenbarligen inte är nära förestående.

<sup>25</sup> [2001] BPIR 733.

<sup>26</sup> Se Prentice, Dan, The Incorporation Theory — The United Kingdom, EBLR 2003, s. 633 ff.

sec. 214 Insolvency Act. Det finns också möjligheter att, med stöd av sec. 124 (A) Insolvency Act, tvångslikvidera ett bolag som uppträder på ett oacceptabelt sätt utomlands.

Den svenska regeln om ansvaret vid kapitalförlust i 25 kap. ABL skiljer sig från "wrongful trading" genom att inte vara kopplad till någon prövning av om bolaget riskerar att bli insolvent utan enbart röra förhållandet mellan bolagets egna kapital och det registrerade aktiekapitalet. Den svenska regeln kan medföra att styrelsens plikt att agera i borgenärernas intresse inträder senare än om risken för bolagets insolvens är utgångspunkten för en sådan handlingsplikt.<sup>27</sup>

Vid sidan om "wrongful trading" finns även i *common law* en grund för borgenär att göra styrelseledamot ansvarig. Engelsk rättspraxis erkände nämligen redan innan bestämmelsen om "wrongful trading" infördes i sec. 214 Insolvency Act att styrelseledamot har en plikt att beakta borgenärernas intresse då bolaget närmar sig insolvens.<sup>28</sup> Skälet är att ett bolag som i det närmaste är insolvent huvudsakligen drivs på borgenärernas risk. I likhet med vad som gäller vid "wrongful trading" kan en enskild borgenär inte föra skadeståndstalan mot styrelseledamot som är grundad i *common law*, utan detta kan endast göras av konkursförvaltare eller likvidator.<sup>29</sup>

Styrelseledamots ansvar mot borgenär enligt *common law* och enligt vad som stadgas i sec. 214 Insolvency Act beträffande "wrongful trading" överlappar alltså till stora delar varandra. Av den rättspraxis som finns där styrelseledamots ansvar mot borgenär grundats i *common law*, som för övrigt också är sparsam, framgår att ansvaret inträder, enligt vad som är uppfattningen i engelsk doktrin, något tidigare än vad som gäller i fråga om "wrongful trading". Ansvaret enligt *common law* inträder nämligen från den tidpunkt då det bland styrelseledamöterna bort råda tvivel om bolagets solvens — "doubtful solvency".<sup>30</sup>

### **Samspelet mellan aktiebolags- och insolvensrätt i USA**

Som jag tidigare berör skapar Centros, Überseering och Inspire Art förhållanden inom EU på aktiebolagsrättens område som motsvarar vad som sedan länge rått i USA. Denna likhet förstärks av EG-domstolens dom i *Sevic*<sup>31</sup> där gränsöverskridande fusioner tillåts och då det tionde och fjortonde bolagsdirektivet införs inom ett par år. Dessa båda direktiv rör gränsöverskridande fusioner respektive flytt av det registrerade sätet. Det är därför av intresse att i grova drag beskriva hur skyddet för bolagsborgenärerna är uppbyggt i amerikansk rätt.

I USA ställer den delstatliga aktiebolagsrättsliga regleringen med några få undantag inte något krav på ett minsta aktiekapital. I de få

<sup>27</sup> Se t.ex. Merkt, Hanno, *Der Kapitalschutz in Europa — ein rocher de bronze?*, ZGR 2004, s. 305 ff. med vidare hänvisningar.

<sup>28</sup> Se *West Mercia Safetwear Ltd v. Dodd* [1988] BCLC 250, 251 f.

<sup>29</sup> Se Hannigan, Brenda, *Company Law*, 2003, s. 206.

<sup>30</sup> Se Finch s. 499 ff.

<sup>31</sup> 13 december 2005.

fall då detta görs är det fråga om ett blygsamt kapitalkrav på mellan 500 och 1 000 dollar.<sup>32</sup> Ingen av dessa delstater, med undantag av Texas, tillhör de ekonomiskt viktiga.

Den modellag som är antagen i omkring trettio delstater ger styrelsen möjlighet att ge ut aktier även om aktieägarens tillskott till bolaget endast består i "services performed, contracts for services to be performed, or other securities of the corporation".<sup>33</sup> Denna möjlighet anses vara av betydelse då den underlättar etableringen av nya affärsverksamheter.<sup>34</sup> Som en konsekvens av att något krav på bundet kapital inte uppställs gäller enligt modellen att ett bolag får dela ut medel till aktieägarna så länge bolaget inte blir insolvent.<sup>35</sup> Motsvarande begränsning gäller i fråga om ett bolags möjlighet att förvärva egna aktier.<sup>36</sup>

Utöver begränsningen vid utdelning till aktieägare och i fråga om förvärv av egna aktier finns knappast några regler i amerikansk aktiebolagsrätt som direkt syftar till att skydda borgenärsintresse. Borgenärsskyddet bygger på att den enskilde borgenären ser till att skydda sina intressen när han ingår avtal med gäldenären. En sådan ordning gynnar naturligtvis den borgenär som har en stark förhandlingsposition. Borgenär kan kräva att gäldenären t.ex. skall behålla ett visst kapital i bolaget genom att utdelningen begränsas eller iaktta ett visst förhållande mellan eget och främmande kapital så att sådan säkerhet uppnås. Detta sker i allmänhet genom s.k. *financial covenants*.<sup>37</sup> För att sådana överenskommelser skall fungera måste bolaget även förpliktas att lämna information beträffande förhållanden som är av betydelse för det särskilda kreditavtalet. För ett amerikanskt aktiebolag med flera åtaganden finns en risk att dessa olika förpliktelser motverkar varandra eller kumulerar bolagets förpliktelser på ett sätt som är till nackdel för verksamheten. Risken finns att bolaget få ett alltför snävt handlingsutrymme.<sup>38</sup>

Bestämmelserna i *Uniform Fraudulent Transfer Act* och det borgenärsskydd som vilar på avtal gäller nämligen andra lagvalsregler än bolagsstatutet. Genom denna ordning uppkommer också den fördelen att då aktiebolagsrätten är utsatt för konkurrens mellan delstaterna så

<sup>32</sup> Se vidare Andersson, Jan, Det nya aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet — rättspolitiska funderingar, NTS 2005 s. 75 ff.

<sup>33</sup> § 6.21(c) RMBCA Revised Model Business Corporation Act (RMBCA).

<sup>34</sup> Jfr Schön, Walter, The Future of Legal Capital, EBOR 2004, s. 429 ff.

<sup>35</sup> Se § 6.40 RMBCA och sec. 262 ff. Companies Act 1985.

<sup>36</sup> Den aktiebolagsrättsliga regleringen i Kalifornien avviker genom kravet i sec. 500 och sec. 501 California General Corporation Code att vinstutdelningen inte får omfatta mer än de medel som redovisas som balanserad vinst från modellen.

<sup>37</sup> Se Hertig, Gerard & Hideki, Kanda, Creditor Protection, The Anatomy of Corporate Law, utg. av Kraakman, Reiner, m.fl., 2004, s. 71 ff.

<sup>38</sup> Se Merkt, ZGR 2004 s. 305 ff.

kompenseras detta av att avtals- och insolvensrätten inte är konkurrensutsatt på samma sätt.<sup>39</sup>

I amerikansk rätt gäller att styrelseledamöterna i insolventa bolag inte påläggs några särskilda plikter knutna till ett personligt ansvar gentemot bolagets borgenärer vilket är fallet i t.ex. engelsk och svensk rätt. Styrelsen i amerikanska bolag som riskerar att bli insolventa uppmuntras istället att påbörja en rekonstruktion av bolaget. US Bankruptcy Code erbjuder flera sådana möjligheter där styrelsen får en central roll.<sup>40</sup>

Eftersom utgångspunkten i amerikansk rätt är att borgenärer måste ta egna initiativ för att skydda sina intressen ligger det nära till hands att dra slutsatsen att denna rättsordning erbjuder ett svagare skydd för bolagsborgenärer än t.ex. i svensk rätt. Detta påstående stämmer emellertid inte helt. I amerikansk rätt återfinns nämligen viktiga skyddsregler för ett aktiebolags borgenärer i den federala konkurslagstiftningen. Detta innebär att borgenärerna i alla delstater är skyddade av regler som bygger på sec. 4 *Uniform Fraudulent Transfer Act* (UFTA). Dessa innebär att transaktioner där en part inte fått "reasonably equivalent value" kan göras ogiltiga. Detta gäller även enligt sec. 5 UFTA sådana transaktioner som innebär att gäldenären blir insolvent genom att han inte fått skälig motprestation. Det krävs inget uppsåt för att rättshandlingarna skall bli ogiltiga. Bestämmelserna ger en möjlighet att få en utbetalning som bolaget gjort ogiltig om bolaget efter transaktionen inte har ett tillräckligt kapital med avseende på verksamhetens karaktär och omfattning.<sup>41</sup> Med tanke på svårigheten att visa detta så blir UFTA inte ett särskilt effektivt skydd för bolagets borgenärer.<sup>42</sup>

I rättspraxis har konstaterats att värdeöverföring till aktieägare i form av t.ex. vinstutdelning eller återköp av bolagets egna aktier är en rättshandling där bolaget inte erhåller tillgångar av motsvarande värde. Sådana transaktioner är därför ogiltiga enligt sec. 4 och 5 UFTA om bolaget efter vinstutdelningen eller förvärvet av egna aktier blir insolvent eller har "unreasonably small capital".<sup>43</sup>

En i rättspraxis utvecklad doktrin, som går under beteckningen "Deep Rock", är numera lagfäst i sec. 510 (c) (1) Bankruptcy Code och ger en domstol möjlighet att besluta om "equitable subordination".<sup>44</sup> Detta innebär att aktieägares fordran mot bolaget placeras efter andra borgenärs krav. En i rättspraxis vanlig situation är att ett lån från bolaget till en dominerande aktieägare efterställs andra bor-

<sup>39</sup> Se Kahan, Marcel, *Legal Capital Rules and the Structure of Corporate Law: Some Observations on the Differences Between European and U.S. Approaches*, i *Capital Markets and Company Law*, utg. av Hopt och Wymeersch, 2003, s. 147.

<sup>40</sup> Se Hertig & Hideki, s. 73 f.

<sup>41</sup> Se sec. 4 *Uniform Fraudulent Transfer Act*.

<sup>42</sup> Se t.ex. Bratton, William W., *Corporate Debt Relationships: Legal Theory in a Time of Restructuring*, *Duke L. J.* [1989] s. 92 ff.

<sup>43</sup> Se Kahan i Hopt & Wymersch, s. 145 ff.

<sup>44</sup> Se *Taylor v. Standard Gas & Electric Co*, 306 U.S. 307, 324 [1939].

genärers krav och betraktas som ett kapitaltillskott från aktieägaren i de fallen "the capital necessary for the scope and magnitude of the operations of the company being furnished by the stockholder as a loan".<sup>45</sup> För att "equitable subordination" skall bli aktuellt förutsätts alltså att bolaget inte har en adekvat kapitalbas med hänsyn till verksamhetens karaktär.

De amerikanska borgenärsskyddsreglerna är präglade av den möjlighet som ett bolag har att driva verksamhet i en annan delstat än där det är registrerat. Genom den federala insolvensrätten får borgenärerna samma skydd oavsett vilken delstats aktiebolagsrätt som är tillämplig. För de förpliktelser som åvilar gäldenären till följd av en ingången överenskommelse gäller andra lagvalsregler än den aktiebolagsrättsliga registreringsprincipen.

### **Tillämpningen av EU:s insolvensförordning på utländskt bolag som driver verksamhet i svensk filial**

För att den inre marknaden skall fungera på ett så effektivt sätt som möjligt infördes 2000 i EU en förordning för att reglera gränsöverskridande insolvensförfaranden.<sup>46</sup> Av insolvensförordningen framgår i artiklarna 3 och 4 att domstol i det medlemsland där bolaget har sitt huvudsakliga intresse är behöriga att inleda ett huvudinsolvensförfarande. Domstolslandets lag skall därvid tillämpas på förfarandet. Gäldenären kan alltså inte fritt välja vilken lag som skall tillämpas på förfarandet.

Ett huvudinsolvensförfarande är enligt art. 15 insolvensförordningen globalt då det omfattar all gäldenärens egendom oavsett vilket land den befinner sig i. Ett sekundärförfarande är enligt denna artikel begränsat till egendomen i den medlemsstaten där förfarandet inleds. Tillgångar som finns i ett annat land omfattas därför inte. Insolvensförordningen tillåter inte att det inleds mer än ett huvudinsolvensförfarande. Vid sidan av ett huvudinsolvensförfarande kan ett sekundärförfarande påbörjas enligt art. 3.2 insolvensförordningen i t.ex. ett medlemsland där gäldenären har ett driftsställe men inte så stark anknytning att bolagets huvudsakliga intressen finns där.

En filial till ett utländskt bolag är inte en separat rättslig enhet utan en del av detta bolag. I NJA 1980 s. 164 slår HD fast att "en filial av förevarande slag [är] inte en förmögenhetsmassa, som i gäldshänseende utgör en i förhållande till det utländska bolaget fristående enhet". Filialen kan därför inte försättas i konkurs separat utan det utländska bolaget svarar fullt ut för filialens förpliktelser.

Det bör i detta sammanhang nämnas att enligt de amerikanska federala insolvensbestämmelserna måste insolvensförfarandet inledas

<sup>45</sup> Se *Pepper v. Litton*, 308 U.S. 295, 309 f. [1939].

<sup>46</sup> Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden. Se vidare om bl.a. den EG-rättsliga bakgrunden i Mellqvist, M., EU:s insolvensförordning m.m., 2002, s. 39 ff., Danmark har inte anslutit sig till förordningen.

vid domstol som är belägen på den ort där borgenärens "domicile, residence, principal place of business... or principal assets... have been located for the one hundred and eighty days".<sup>47</sup> I amerikansk rätt kan därför inte gäldenärsbolaget fritt välja jurisdiktion för insolvensförfarandet, utan detta skall inledas i den delstat där bolaget har sitt faktiska säte. Det saknar alltså betydelse att bolaget är bildat och registrerat i en annan delstat.

Inom EU gäller enligt art. 3 insolvensförordningen att insolvensförfarandet skall inledas i det medlemsland där gäldenären har sina huvudsakliga intressen. Förfarandet får sedan effekt i andra medlemsländer där gäldenären har tillgångar. I fråga om lagvalet vid internationella insolvensförfaranden gäller, som jag inledningsvis berör, enligt art. 4.1 insolvensförordningen att lagen i den medlemsstat där förfarandet inleds skall tillämpas — *lex fori concursus*. Insolvensförordningen innehåller av den anledningen ingen uttömmande reglering av gränsöverskridande insolvensförfaranden.

EU:s insolvensförordning har som ett av sina syften att motverka ett för borgenärerna illojalt forum shopping. Det är i och för sig inte något illegitimt att i kommersiella sammanhang välja en lämplig jurisdiktion, men inom insolvensrätten betraktas forum shopping med stor skepsis.<sup>48</sup> En anledning är att insolvensrätten i många fall skiljer sig på ett påtagligt sätt mellan olika rättsordningar. I punkten fyra i insolvensförordningens preambel beskrivs illojal forum shopping så att gäldenären överför tillgångar från en medlemsstat till en annan eller väljer jurisdiktion för att få en förmånligare ställning gentemot borgenärerna.<sup>49</sup>

Art. 3 (1) insolvensförordningen presumerar att om gäldenären är en juridisk person finns de huvudsakliga intressena där sätet är förlagt såvida inget annat visas. Den som vill bryta presumptionen att ett bolags huvudsakliga intressen finns i det land där bolaget är registrerat måste enligt samma stadgande visa att de huvudsakliga intressena finns i ett annat medlemsland. Det framgår emellertid inte av art. 3 (1) insolvensförordningen om det är det registrerade eller faktiska sätet som avses.

Utöver att förhindra illojalt forum shopping har insolvensförordningen även till syfte att skapa klarhet i vilket konkursforum som skall gälla för en viss gäldenär för att borgenär snabbt skall kunna inleda ett insolvensförfarande då gäldenären hamnat i ekonomiska svårigheter. Detta talar för att presumptionen bör vara att ett bolag har sina huvudsakliga intressen i det medlemsland där det registrerade sätet finns. En borgenär bör på ett någorlunda enkelt sätt kunna bestämma

<sup>47</sup> 28 U.S.C, § 1408(1)

<sup>48</sup> Se Mellqvist, Mikael, Europeisk internationell insolvensjurisdiktion, SvJT 2005 s. 449 ff.

<sup>49</sup> Se Mellqvist i SvJT 2005 s. 449 ff.

vilken insolvensrätt som kan bli tillämplig då han kalkylerar den risk han tar vid kreditgivning.

Presumtionen i art. 3 (1) insolvensförordningen bryts om ett bolag driver all verksamhet i en utländsk filial utan att ha någon ekonomisk aktivitet i registreringslandet. I sådana fall har bolaget sitt faktiska säte i filiallandet vilket måste medföra att bolaget också har sina huvudsakliga intressen där. Punkten 13 i insolvensförordningens preambel ger stöd åt en sådan tolkning av art. 3 (1) i samma förordning. Av preambeln framgår att de huvudsakliga intressena finns på den plats där bolaget förvaltar sin verksamhet om platsen är möjlig för tredje man att fastställa. I den rättspraxis där art. 3 (1) insolvensförordningen tillämpas framgår att de huvudsakliga intressena finns där den dagliga förvaltningen sker eller där den huvudsakliga finansieringen av verksamheten ordnats.<sup>50</sup>

Driver ett engelskt privat bolag all sin verksamhet i en svensk filial kan med stöd av art. 3 (1) insolvensförordningen ett huvudinsolvensförfarande inledas vid en svensk domstol. Filialen bör vara registrerad då konkursansökan görs och de obetalda fordringarna måste ha anknytning till filialverksamheten.<sup>51</sup>

Den situationen kan uppkomma när ett bolag driver verksamhet i utländsk filial att domstolar i skilda medlemsländer anser sig vara behöriga att handlägga ett huvudinsolvensförfarandet. En sådan konflikt skall enligt art. 26 insolvensförordningen lösas så att varje beslut att påbörja ett sådant förfarande skall erkännas av domstolarna i de övriga medlemsstaterna.<sup>52</sup> Risken att en sådan kollision skall uppkomma skall emellertid inte överdrivas eftersom domstolen alltid ingående måste pröva i vilket land bolaget har sitt huvudsakliga intresse. Som jag tidigare konstaterar finns det huvudsakliga intresset i filiallandet om tyngdpunkten i verksamheten finns där.

När ett huvudinsolvensförfarande inleds som omfattar ett utländskt bolag som driver sin verksamhet i Sverige skall som jag tidigare flera gånger berört svensk insolvensrätt tillämpas. Detta medför att frågan om ett bolag kan försättas i konkurs enligt art. 4 (1) insolvensförordningen avgörs enligt svensk rätt. Registreringslandets lag avgör däremot vilka effekter insolvensförfarandet får för bolaget. Detsamma gäller t.ex. i fråga om vilka plikter som ledamot av bolagsledningen har och under vilka förutsättningar personligt ansvar kan bli aktuellt.

Gränsen mellan bolags- och insolvensrätt är inte klar vilket kan vålla komplikationer då insolvensförordningen tillämpas. Flera regler i

<sup>50</sup> Se Se NJW 2003 s. 2835 ff. Se även Mucciarelli, Federico M., *The Transfer of the Registered Office and Forum-Shopping in International Insolvency Cases: an Important Decision from Italy*, ECFR 2005 s. 513 ff. och Spahlinger & Andreas och Wegen, Gerhard, *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*, München 2005, s. 191.

<sup>51</sup> Jfr HovR för övre Norrland, mål nr Ö 929-05, slutligt beslut den 14 februari 2006.

<sup>52</sup> Se preambeln punkt 22 och artikel 16 insolvensförordningen.

den svenska aktiebolagslagen, t.ex. 17 kap. 7 § ABL om bristtäckningsansvar vid olovlig värdeöverföring och bestämmelserna i 25 kap. 13–20 §§ ABL om styrelseledamots ansvar då bolaget drivs vidare trots omfattande kapitalbrist, har en liknande funktion som regler som återfinns i engelsk insolvensrätt.

Bestämmelsen rörande ”wrongful trading” i sec. 214 Insolvency Act innehåller, som jag tidigare berört, en plikt för bolagsledningen att inleda ett insolvensförfarande när det finns risk att bolaget blir insolvent. Denna ansvarsgrund kan, eftersom den betraktas som en insolvensrättslig regel i engelsk rätt, inte tillämpas när ett insolvensförfarande som omfattar ett engelskt bolag inleds vid svensk domstol. Där emot är det möjligt att tillämpa de snarlika reglerna som utvecklats i *common law* vilka pålägger styrelseledamot en plikt att beakta borgenärernas intresse när bolagets ekonomiska ställning kraftigt försämrats.

Avslutningsvis kan konstateras att borgenär är hänvisad till reglerna i den svenska insolvensregleringen när ett insolvensförfarande som omfattar ett engelskt bolag med svensk filial inleds vid en svensk domstol. Borgenärsskyddsreglerna i den svenska aktiebolagslagen kan inte tillämpas i dessa fall. Detta är heller inte möjligt beträffande de borgenärsskyddsregler som återfinns i den engelska insolvensrätten.

### **Avslutande synpunkter**

Den situation som uppkommit på aktiebolagsrättens område efter de senaste årens domar från EG-domstolen uppmärksammar frågan hur konkurrenskraftig den svenska aktiebolagslagen är i förhållande till aktiebolagsregleringen i andra medlemsländer. Vidare sätts den dogmatiska grund som de svenska borgenärsskyddsreglerna vilar på i fråga med tanke på att bl.a. engelsk rätt inte ställer något krav på ett aktiekapital av viss storlek i fråga om privata aktiebolag. Av tradition uppfattas detta krav i svensk rätt och i flera kontinentaleuropeiska rättsordningar som grundbulten i borgenärsskyddet, vilket förklarar att borgenärsskyddsreglerna är placerade i aktiebolagslagen och inte i den insolvensrättsliga regleringen.

EU:s insolvensförordning ger möjlighet för borgenär att inleda ett huvudinsolvensförfarande i det medlemsland där ett utländskt bolag har etablerat filial om bolagets huvudsakliga verksamhet bedrivs där. Om ett sådant förfarande inleds reglerar insolvensrätten i filiallandet själva förfarandet, medan aktiebolagsrätten i registreringslandet blir tillämplig på de bolagsrättsliga förhållandena. Vid ett huvudinsolvensförfarande som inleds vid svensk domstol och som omfattar ett engelskt aktiebolag med svensk filial är det därför inte möjligt att tillämpa vare sig borgenärsskyddsreglerna i den engelska insolvensrätten eller motsvarande skyddsreglerna i den svenska aktiebolagslagen. Några regler som pålägger styrelseledamot ett ansvar att beakta borgenärernas intresse när bolagets ekonomiska ställning kraftigt försvagats finns inte i den svenska insolvensrätten. Ansvaret i 25 kap. 13 § ABL för sty-

relseledamot om verksamheten drivs vidare trots att det egna kapitalet understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet som har ett sådant syfte, kan inte tillämpas då ett utländskt bolag driver verksamhet i svensk filial. För att borgenärerna skall få ett tillfredsställande skydd i dessa fall bör därför en regel som motsvarar "wrongful trading" införas i svensk insolvensrätt.