

## FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 27 september 2005<sup>1</sup>

1. Förevarande mål som Supreme Court (Irland) har hänskjutit till domstolen har sin grund i Parmalat-koncernens insolvens. Den huvudsakliga frågan är om ett irländskt dotterbolag till det italienska holdingbolaget Parmalat SpA (nedan kallat Parmalat), enligt insolvensförordningen<sup>2</sup>, skall försättas i konkurs i Irland eller i Italien.

enskomna frist som hade utsatts till den 23 maj 1996.<sup>3</sup> Förordningens lydelse är emellertid, vad ifrågavarande mål, i alla materiella delar identisk med konventionens lydelse.<sup>4</sup> Under sådana förhållanden anser jag att den förklarande rapport om konventionen som har författats av professor Miguel Virgós och Etienne Schmit (nedan kallad Virgós-Schmit-rapporten)<sup>5</sup> kan tjäna som

## Förordningen om insolvensförfaranden

2. Förordningen ersatte Europeiska unionens konvention om insolvensförfaranden (nedan kallad konventionen) som det tagit mer än 25 år att diskutera och förhandla fram. Konventionen trädde aldrig i kraft, eftersom Förenade kungariket inte hann underteckna den före utgången av den över-

3 — Bakgrunden ges i generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande i mål C-1/04, Staubitz-Schreiber, föredraget den 6 september 2005, dom av den 17 januari 2006, REG 2006, s. I-701, s. I-703. Se även M. Balz, "The European Convention on Insolvency Proceedings", *American Bankruptcy Law Journal*, 1996, s. 485, på s. 529, I. Fletcher, *Insolvency in Private International Law (1999)* (nedan kallat Fletcher), s. 298--301, samt P. Burbidge, "Cross border insolvency within the European Union: dawn of a new era", *European Law Review*, 2002, s. 589, på s. 591.

4 — Skillnaderna beskrivs och förklaras under punkt 1.22 och 1.23 i G. Moss, I. Fletcher och S. Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide (2002)* (nedan kallat Moss, Fletcher och Isaacs). Se även M. Virgós och F. Garcimartín, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice (2004)* (nedan kallat Virgós och Garcimartín), punkt 48 a.

5 — Virgós-Schmit-rapporten som gav upphov till många av skälen i ingressen till förordningen offentliggjordes aldrig i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* trots att den finns som ett dokument från Europeiska rådets möte den 8 juli 1996 -- 6500/1/96. Den slutliga versionen av den engelska fulltextversionen återges däremot i Moss, Fletcher och Isaacs. Se även artikel av M. Balz som omnämns under fotnot 3 (nedan kallat Balz). Balz var ordförande i Europeiska rådets konkursarbetsgrupp som utarbetade konventionen. Han har framfört att Virgós-Schmit-rapporten blev "föremål för mycket debatt och godkändes av expertdelegaterna men antogs aldrig, till skillnad från konventionen, formellt av Europeiska rådet. Trots detta kommer den att få avsevärd auktoritet/tyngd för domstolarna i medlemsstaterna" (fotnot 51).

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden (EGT L 160, s. 1).

användbar vägledning vid tolkningen av förordningen.<sup>6</sup>

förfaranden fungerar effektivt och smidigt och denna förordning behöver antas för att uppnå detta syfte.”

3. Förordningen antogs på Tysklands och Finlands initiativ och med stöd av artiklarna 61 c EG och 67.1 EG.<sup>7</sup> I förordningen återfinns huvudsakligen föreskrifter om behörig domstol och tillämplig lag men också om ömsesidigt erkännande av insolvensförfaranden inom förordningens tillämpningsområde, och särskilt om erkännande av ”kollektiva insolvensförfaranden som innebär att gäldenären helt eller delvis berövas rådigheten över sina tillgångar och att en förvaltare utses”<sup>8</sup>. Det saknas föreskrifter i förordningen som särskilt reglerar koncerner. Varje bolag som är föremål för ett insolvensförfarande anses enligt förordningen vara gäldenär i sin egen kraft.<sup>9</sup>

5. I skäl 4 stadgas följande:

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

4. I skäl 2 i ingressen till förordningen föreskrivs följande:

6. I skäl 11 första meningen föreskrivs följande:

”Förordningen utgår från det förhållandet att ett enda allmängiltigt insolvensförfarande inom hela gemenskapen knappast kan genomföras, eftersom det finns så stora skillnader i materiell rätt mellan de olika medlemsstaterna.”

”För att den inre marknaden skall fungera väl krävs det att gränsöverskridande insolvens-

6 — På samma sätt har domstolen vid ett flertal tillfällen åberopat de förklarande rapporterna om Brysselkonventionen (huvudsakligen Jenardrapporten om konventionen om domstols behörighet och verkställighet av domar på det civil- och handelsrättsliga området (EGT C 59, 1979, s. 1) samt Schlosser-rapporten om konventionen om Konungariket Danmark, Irland och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland till Brysselkonventionen (EGT C 59, 1979, s. 71)).

7 — Förbundsrepubliken Tysklands och Republiken Finlands initiativ om antagande av en rådsförordning om insolvensförfaranden som förelades rådet den 26 maj 1999 (EGT C 221, s. 8).

8 — Artikel 1.1.

9 — Se vidare punkt 117 nedan.

7. I skäl 13 föreskrivs följande:

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

## 8. I skäl 16 föreskrivs följande:

”Den domstol som har behörighet att inleda huvudinsolvensförfaranden bör ha rätt att besluta om interimistiska åtgärder och skyddsåtgärder från den tidpunkt då det begärdes att förfarandet skulle inledas. ... En förvaltare som utses interimistiskt bör dessutom, innan huvudinsolvensförfarandet inleds, i de medlemsstater där gäldenären har ett driftställe, kunna begära att de säkerhetsåtgärder vidtas som är möjliga enligt dessa staters rättsordning.”

## 9. I skäl 22 föreskrivs följande:

”Enligt förordningen bör beslut som rör inledande, genomförande och slutförande av ett insolvensförfarande inom förordningens tillämpningsområde erkännas omedelbart, liksom beslut som har direkt samband med detta insolvensförfarande. Det automatiska erkännandet bör således leda till att de verkningar som förfarandet får genom rättsordningen i den stat där det inleds utsträcks till alla övriga medlemsstater. Erkännandet av de beslut som fattas av medlemsstaternas domstolar bör vila på principen om ömsesidigt förtroende. Därför bör grunderna för icke-erkännande reduceras till ett nödvändigt minimum. Enligt

denna princip bör även konflikten lösas om domstolarna i två medlemsstater anser sig behöriga att inleda ett huvudinsolvensförfarande. Beslutet i den domstol som först inleder ett förfarande bör erkännas i de andra medlemsstaterna utan att de ges befogenhet att pröva denna domstols beslut.”

## 10. I skäl 23 föreskrivs följande:

”... Om inte annat anges bör rättsordningen i den medlemsstat där förfarandet inleds vara tillämplig (*lex concursus*). ... *Lex concursus* bestämmer samtliga verkningar av insolvensförfarandet; såväl processuella som materiella, för berörda personer och rättsliga förhållanden. *Lex concursus* anger alla förutsättningar för att inleda, genomföra och slutföra ett insolvensförfarande.”

## 11. I artikel 1.1 föreskrivs följande:

”Denna förordning skall tillämpas på kollektiva insolvensförfaranden som innebär att gäldenären helt eller delvis berövas rådgivningen över sina tillgångar och att en förvaltare utses.”

12. I artikel 2 ges följande definitioner som tillämpas inom ramen för förordningen:

a) *insolvensförfaranden*: de kollektiva förfaranden som avses i artikel 1.1. Förteckningen över dessa förfaranden finns i bilaga A.

b) *förvaltare*: varje person eller institution som har till uppgift att förvalta eller realisera de tillgångar över vilka gäldenären berövats sin rådighet eller att övervaka dennes angelägenheter. Dessa personer och institutioner anges i bilaga C.

...

e) *beslut*: när det gäller att inleda ett insolvensförfarande eller utse en förvaltare, avses även ett avgörande av varje domstol som är behörig att inleda sådana förfaranden eller att utse en förvaltare.

f) *tidpunkten för inledande av förfarandet*: den tidpunkt från vilken beslutet att inleda förfarandet gäller, oavsett om beslutet är slutligt eller inte.”

13. För Irlands del finns ”[c]ompulsory winding up by the court” med i förteckningen i bilaga A. I bilaga C finns för Irlands del ”[p]rovisional liquidator” med i förteckningen.<sup>10</sup>

14. I artikel 3 i förordningen föreskrivs följande i den mån det är tillämpligt:

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

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

<sup>10</sup> — Sedan de förhållanden som gett upphov till tvisten vid den nationella domstolen inträffade har bilagorna till förordningen ändrats genom rådets förordning (EG) nr 603/2005 av den 12 april 2005 (EUT L 100, s. 1). Ändringarna saknar avgörande betydelse för förevarande mål. Se vidare under fotnot 14.

15. Genom artikel 3 inrättas en avgränsning mellan två slags insolvensförfaranden: de förfaranden som omfattas av artikel 3.1, det vill säga de som inleds av domstolarna i den medlemsstat där gäldenärens huvudsakliga intressen finns och vilka normalt betecknas som "huvud(insolvens)förfaranden", och de som omfattas av artikel 3.2, det vill säga de som inlett av domstolarna i en annan medlemsstat där gäldenären har ett driftställe. De sistnämnda omfattar enbart gäldenären tillhörig egendom som finns inom denna andra medlemsstats territorium och betecknas normalt som sekundär(insolvens) förfaranden.

16. I artikel 4.1 stadfästs följande allmänna regel: "... skall lagen i den medlemsstat inom vars territorium insolvensförfarandet inleds, ... vara tillämplig på insolvensförfarandet och dess verkningar." I artikel 4.2 anges närmare att lagen i inledningsstaten "skall bestämma förutsättningarna för att inleda ett förfarande, samt för att genomföra och slutföra det".

17. I artikel 16.1 första meningen föreskrivs följande:

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

18. I artikel 26 föreskrivs följande:

"En medlemsstat får vägra att erkänna ett insolvensförfarande som har inlett i en annan medlemsstat eller vägra att verkställa beslut som fattats i samband med ett sådant förfarande, om verkningarna av ett sådant erkännande eller en sådan verkställighet skulle vara uppenbart oförenliga med grunderna för den statens rättsordning (*ordre public*), särskilt vad gäller statens grundläggande rättsprinciper och individens grundlagsenliga fri- och rättigheter."

19. I artikel 38 föreskrivs följande:

"Om en domstol i en medlemsstat — behörig enligt artikel 3.1 — interimistiskt utser en förvaltare i syfte att säkra gäldenärens tillgångar, är den interimistiskt utsedde förvaltaren behörig att begära att åtgärder vidtas för att skydda eller säkra gäldenärens tillgångar vilka finns i en annan medlemsstat, enligt den statens rättsordning, för tiden från det att begäran om att ett insolvensförfarande skall inledas har framställts fram till dess att beslut om att inleda ett förfarande har fattats."

**Tillämpliga bestämmelser i irländsk rätt**

20. Enligt Section 212 i Companies Act (bolagslagen) från 1963 har High Court behörighet att försätta samtliga bolag i likvidation (winding up).

21. I Section 215 i ovannämnda lag föreskrivs att en begäran om likvidation av ett bolag enligt denna lag, skall inges till domstolen genom framställan gjord av antingen det berörda bolaget eller någon/några av dess borgenärer.

22. I Section 220 föreskrivs följande:

"1) Om en begäran om att ett bolag skall försättas i likvidation av en domstol (winding-up by the court) har föregåtts av att det berörda bolaget genom beslut frivilligt har gått med på likvidation skall denna anses ha inletts vid den tidpunkt då beslutet fattades, och de åtgärder som har vidtagits inom ramen för den frivilliga likvidationen skall anses ha vidtagits lagligen om inte domstolen, i fall där bedrägeri eller försummelse har konstaterats, kommer fram till någon annan slutsats.

2) Under alla övriga förhållanden skall likvidation av en domstol anses ha inletts vid den tidpunkt då begäran om likvidation framställdes."

23. I Section 226.1 föreskrivs att domstolen interimistiskt kan utse en förvaltare vid valfri tidpunkt efter det att begäran om likvidation har framställts men innan förvaltare utses för första gången, vilket i enlighet med section 225 normalt sker vid tidpunkten för utfärdande av beslut om "winding-up by the court". Enligt Section 229.1 är en interimistiskt utsedd förvaltare, när denne väl har utsetts, skyldig att "ta i sin besittning eller utöva kontroll över fast och annan egendom som bolaget förfogar över eller förefaller förfoga över".

**Den bolagsrättsliga bakgrunden till insolvensförfarandet**

24. Nedanstående omständigheter — och de som sammanfattas i nästa avsnitt — är hämtade ur begäran om förhandsavgörande.

25. Eurofood IFSC Ltd (nedan kallat Eurofood) är ett bolag som är bildat och registrerat på Irland. Det är ett helägt

dotterbolag till ett bolag som är bildat i Italien och vars verksamhet bedrivs genom dotterbolag i mer än 30 länder världen över. Eurofoods huvudsakliga verksamhet har bestått i att erbjuda kapitalanskaffningsmöjligheter för bolagen inom Parmalat-koncernen.

USD (som säkerhet för ett lån hos Bank of America till venezuelanska bolag i Parmalat-koncernen).

26. Eurofood har sitt säte vid International Financial Services Centre, Dublin (nedan kallat IFSC). IFSC inrättades för att tjäna som bas för internationell handel med finansiella tjänster till personer eller organ med hemvist utanför landet. Eurofood har bedrivit verksamheten vid IFSC i enlighet med gällande lagstiftning.

b) Den 29 september 1998 utfärdade Eurofood skuldebrev genom en privat placering av totalbeloppet av 100 000 000 USD (för att finansiera ett lån från Eurofood till brasilianska bolag i Parmalat-koncernen).

27. Bank of America NA (nedan kallad Bank of America) är en bank i Amerikas förenta stater med filialer i Dublin och Milano. Bank of America svarade för den dagliga förvaltningen av Eurofood i enlighet med villkoren i ett förvaltningsavtal.

c) Ett Swap-avtal ingicks den 10 augusti 2001 med Bank of America.

28. Eurofood deltog i följande tre stora finansiella transaktioner:

29. Vid de första två transaktionerna stod Parmalat garant för Eurofoods skuldeförbindelser.

a) Den 29 september 1998 utfärdade Eurofood skuldebrev genom en privat placering av totalbeloppet av 80 000 000

30. Eurofoods borgenärer (nedan kallade de aktuella fordringsägarna) vid de två första transaktionerna har i dagsläget fordringar på över 122 miljoner USD. Eurofood saknar förmåga att betala sina skulder.

**Insolvensförfarandena i Irland och i Italien**

*Irland*

*Italien*

31. Sent under år 2003 uppdagades att Parmalat befann sig i djup finansiell kris och detta ledde till att många av dess nyckelbolag blev insolventa.

32. Den 23 december 2003 antog Italiens parlament dekret nr 347 med föreskrifter om extraordinär förvaltning av bolag med fler än 1 000 anställda och skulder om minst 1 miljard euro.

33. Den 24 december 2003 inledde Ministero delle Attivite Produttive (Italiens ministerium för produktivitetsåtgärder) ett extraordinärt förfarande mot Parmalat. Dr Enrico Bondi utsågs till extraordinär förvaltare.

34. Den 27 december 2003 bekräftade domstolen för civila mål och brottmål i Parma (nedan kallad Parma-domstolen) att Parmalat var insolvent och föremål för ett extraordinärt förfarande.

35. Den 27 januari 2004 framställde Bank of America en begäran till Irlands High Court (nedan kallad den irländska domstolen) om att Eurofood skulle likvideras med motiveringen att bolaget var insolvent, och åberopade sin fordran på över 3,5 miljoner USD.

36. Vid samma tidpunkt ansökte Bank of America *ex parte* även om att en interimistisk förvaltare skulle utses. Vid den aktuella tidpunkten utsåg den irländska domstolen Pearse Farrell till interimistisk förvaltare för Eurofood och denne fick befogenhet att ta bolagets samtliga tillgångar i besittning, handha dess angelägenheter, öppna bankkonto i dess namn samt att anlita juridiskt ombud.

*Italien*

37. Den 9 februari 2004 beslutade Ministero delle Attivite Produttive att Eurofood, som ett av koncernbolagen, skulle omfattas av det extraordinära förfarandet som hade inletts avseende Parmalat.



38. Genom sitt avgörande av den 10 februari bekräftade Parma-domstolen att begäran hade framställts om att försätta Eurofood i konkurs och fastställde den 17 februari 2004 som datum för muntlig förhandling avseende denna begäran.

America om att Eurofood skulle likvideras hölls vid den irländska domstolen den 2–4 mars 2004. Bank of America, Farrell, de aktuella fordringsägarna och Director for Corporate Enforcement<sup>11</sup> var alla närvarande. Den 23 mars 2004 slog den irländska domstolen fast följande:

39. Farrell företrädde av ett juridiskt ombud vid den muntliga förhandling som hölls vid Parma-domstolen. Trots ett domstolsföreläggande och vad Farrell beskrev som "upprepade skriftliga och muntliga förfrågningar" till dr Bondi, fick den förstnämnde inte ta del av någon av de handlingar som hade tillställts domstolen, och heller inte den begäran och de handlingar som dr Bondi hade åberopat.

"1) Insolvensförfarandet skall anses ha inletts i Irland i och med att begäran framställdes.

40. Den 20 februari 2004 meddelade Parma-domstolen ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande mot Eurofood i vilket det fastslogs att bolaget var insolvent, att platsen för bolagets huvudsakliga intressen var Italien och att dr Bondi hade utsetts till extraordinär förvaltare.

2) Då Eurofoods huvudsakliga intressen finns i Irland, skall det förfarande som inleddes den 27 januari 2004 i Irland betraktas som huvudinsolvensförfarande i den mening som avses i förordningen om insolvensförfaranden.

3) Det huvudinsolvensförfarande som påstås ha inletts vid Parma-domstolen står i strid med skäl 22 och artikel 16 i förordningen, och inverkar inte på det huvudinsolvensförfarande som redan pågick i Irland.

### *Irland*

41. Muntlig förhandling med anledning av den begäran som hade framställts av Bank of

<sup>11</sup> – The Office of the Director of Corporate Enforcement inrättades i november 2001 med stöd av Company Law Enforcement Act från 2001. Enligt denna lag skall Director for Corporate Enforcement svara för att uppnuntra efterlevnaden av bolagsrätten samt för att utreda och övervaka misstänkta överträdelser av lagen.

4) Dr Bondis underlåtenhet att underrätta Eurofoods borgenärer om förhandlingen vid Parma-domstolen trots nämnda domstols uppmaningar därom samt dennes underlåtenhet att förse Farrell med begäran och andra handlingar som legat till grund för begäran förrän efter det att förhandlingen hade ägt rum, måste sammantaget anses utgöra sådana processuella brister att de irländska domstolarna, med stöd av artikel 26 i förordningen, får anses berättigade att vägra erkänna Parma-domstolens beslut.”

42. Med ledning av ovanstående överväganden och den omständigheten att Eurofood var gravt insolvent, förklarade den irländska domstolen Eurofood i konkurs och utsåg Farrell till förvaltare. Den irländska domstolen erkände inte Parma-domstolens beslut av den 20 februari 2004.

### Överklagandet och tolkningsfrågorna

43. Dr Bondi överklagade den irländska domstolens avgörande till Supreme Court. Frågeställningarna som överklagandet avsåg rörde huvudsakligen huruvida insolvensförfarandet först hade inletts på Irland eller i Italien, om platsen för Eurofoods huvudsakliga intressen fanns på Irland eller i Italien

samt om det förelegat sådana processuella brister i det förfarande som ledde fram till Parma-domstolens avgörande att det sistnämnda inte skall erkännas.

44. Supreme Court beslutade att vilande-förklara målet och inhämta förhandsavgörande beträffande dessa tre omtvistade frågeställningar genom att ställa följande frågor till domstolen:

”1) Om begäran framställs vid behörig domstol i Irland om likvidation av ett insolvent bolag och denna domstol fattar ett beslut, i avvaktan på konkursbeslut, om att interimistiskt utse en förvaltare med befogenheter att ta bolagets egendom i besittning, handha dess angelägenheter, öppna bankkonto och anlita juridiskt ombud och därigenom lagligen beröva företagsledningen dess handlingsförmåga, skall ett sådant beslut i förening med den begäran som har framställts anses innebära att ett insolvensförfarande ... enligt artikel 16, tolkat i ljuset av artiklarna 1 och 2 i rådets förordning (EG) nr 1346/2000 har inletts?

2) Om fråga 1 besvaras nekande, skall en begäran som har framställts till Irlands

High Court om ett bolags tvångsför-sättande i likvidation ('compulsory winding up by the court'), inom ramen för den aktuella bestämmelsen, anses innebära att ett insolvensförfarande har inletts enligt den irländska bestämmelsen (section 220.2 i Companies Act från 1963), och skall konkursen därmed anses ha inletts i och med att denna begäran har framställts?

3) Skall artikel 3 i nämnda bestämmelse, om den läses i förening med artikel 16, förstås så att en domstol i en annan medlemsstat än den där bolaget har sitt säte och annan än den där bolaget vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som är fastställbart för tredje man, men där ett insolvensförfarande först inleds, skall anses ha behörighet att inleda huvudinsolvensförfarandet?

4) Där

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

b) dotterbolaget vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som är fastställbart för tredje man och dessutom kontinuerligt och helt i överensstämmelse med dess egen företagsidentitet i den medlemsstat där den har sitt säte, och

c) moderbolaget intar en ställning som, på grund av dess aktieinnehav och befogenhet att utse företagsledningen, gör att det kan utöva och de facto också utövar kontroll över verksamheten vid dotterbolaget,

skall då ovanstående faktorer anses utgöra sådana avgörande kriterier för bestämningen av 'platsen där de huvudsakliga intressena finns' som nämnts ovan under b) samt sådana som omnämns ovan under c)?

5) Om det är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i en medlemsstat att låta ett domstolsbeslut eller ett förvaltningsbeslut få rättsverkan gentemot personer eller organ vars rätt till en opartisk rättegång och rätt att höras har åsidosatts när beslutet fattades, skall denna medlemsstat anses skyldig att, i enlighet med artikel 17 i nämnda förordning, erkänna ett avgörande från en domstol i en annan medlemsstat som är ägnat att inleda ett insolvensförfarande mot ett bolag i ett fall där domstolen i den förstnämnda medlemsstaten har medgett att det

aktuella beslutet har fattats i strid med dessa principer, och i synnerhet om svaranden i den andra medlemsstaten, trots förfrågningar och i strid med order från domstolen i den andra medlemsstaten, har vägrat förse bolagets interimistiska förvaltare, som har utsetts i enlighet med lagföreskrifter i den förstnämnda medlemsstaten, med kopior av de mest betydelsefulla handlingarna som har åberopats till stöd för ansökan?"

45. Skriftliga yttranden har lämnats in av dr Bondi, Farrell, Director for Corporate Enforcement, Bank of America, de aktuella fordringsägarna, de österrikiska, tjeckiska, finländska, franska, tyska, ungerska, irländska och italienska regeringarna samt av kommissionen. Med undantag för de österrikiska, tyska och ungerska regeringarna var dessa parter också representerade vid den muntliga förhandlingen.

46. Farrell har förklarat att det är brukligt att en interimistiskt utsedd förvaltare (*provisional liquidator*) under en konkursförhandling inte på något sätt deltar i argumentationen om huruvida en ansökan är välgrundad eller ej. Inte heller i ett fall där ett beslut från High Court om att försätta ett bolag i konkurs är föremål för överklagande till Supreme Court skall förvaltaren blanda sig i huruvida överklagandet kan anses välgrundat eller ej. Följaktligen anser Farrell inte det nödvändigt att anmoda domstolen att besvara de tolkningsfrågor den hänskjutande domstolen har ställt. Däremot har han framfört synpunkter

som kan vara till hjälp för domstolen vid fastställandet av vissa sakomständigheter som han anser vara relevanta för den femte tolkningsfrågan.

### **Den första frågan: beslut varigenom ett insolvensförfarande inleds**

47. Genom den första frågan söker den hänskjutande domstolen få klarhet i vad som gäller i ett fall där en begäran framställs till behörig domstol på Irland om likvidation av ett insolvent bolag och denna domstol fattar ett beslut, som skall gälla fram till dess att konkursbeslut fattas, om att interimistiskt utse en förvaltare med befogenhet att ta bolagets egendom i besittning, handha dess angelägenheter, öppna bankkonto samt utse juridiskt ombud och därigenom lagligen beröva bolagets ledning dess handlingsförmåga. Den hänskjutande domstolen undrar därvid om det förstnämnda beslutet i förening med en framställd begäran skall anses utgöra ett "beslut varigenom ett insolvensförfarande inleds" i den mening som avses i artikel 16 i förordningen.

48. Denna fråga aktualiserades med anledning av hur de inledande skedena i förfarandet i Irland respektive i Italien förhöll sig till varandra tidsmässigt. Den 27 januari 2004 framställde Bank of America en begäran till den irländska domstolen om att Eurofood skulle likvideras och nämnda domstol utsåg Farrell till interimistisk förvaltare. Den

20 februari 2004 fastslog Parma-domstolen att Eurofood var insolvent och utsåg dr Bondi till extraordinär förvaltare. Den 23 mars 2004 slog den irländska domstolen i ett avgörande fast att ett insolvensförfarande skall anses ha inletts i Irland i och med framställandet av nämnda begäran. Om förordnandet av Farrell i förening med den begäran som framställdes den 27 januari 2004 skall anses utgöra ett "beslut varigenom ett insolvensförfarande inleds" i den mening som avses i artikel 16 i förordningen, är Parma-domstolen, enligt samma bestämmelse, skyldig att erkänna det ifrågavarande beslutet.

49. Dr Bondi och de österrikiska, franska och italienska regeringarna hävdar däremot att frågan skall besvaras nekande. Framställan av en begäran och förordnandet av en interimistisk förvaltare kan inte anses utgöra ett "beslut om att inleda ett insolvensförfarande" i den mening som avses i artikel 16. Bank of America, Director for Corporate Enforcement, de aktuella fordringsägarna, de irländska, tjeckiska, finska och tyska regeringarna samt kommissionen intar den motsatta ståndpunkten.

50. Jag skulle inledningsvis vilja bemöta den ståndpunkt som intas av de sistnämnda parterna enligt vilken den första tolkningsfrågan skall besvaras jakande. Sedan kommer jag att utvärdera de argument som har förts fram av dr Bondi och de österrikiska, franska och italienska regeringarna till stöd för ett nekande svar.

51. Jag delar uppfattningen att den första frågan skall besvaras jakande. Jag anser att detta följer av ändamålet med förordningen, av förordningens systematik samt av dess ordalydelse.

52. I skäl 2 i ingressen till förordningen omnämns ändamålet att "gränsöverskridande insolvensförfaranden fungerar effektivt och smidigt". Enligt skäl 4 "måste det undvikas att parterna får motiv att överföra tillgångar från en medlemsstat till en annan eller att välja jurisdiktion för att få en förmånligare rättslig ställning (*forum shopping*). Enligt artikel 16 skall ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande fattat av en behörig domstol i en medlemsstat, från den tidpunkt det har verkan i inledningsstaten, erkännas i alla andra medlemsstater. I skäl 22 slås fast att erkännande av de beslut som fattas av medlemsstaternas domstolar "bör vila på principen om ömsesidigt förtroende".

53. I samband därmed är det, så som har betonats av den tjeckiska regeringen och kommissionen, påkallat att erkännande ges på ett tidigt stadium i förfarandet. Detta är antagligen anledningen till att erkännande, enligt artikel 16, skall gälla från den tidpunkt ett beslut får sin verkan enligt nationell rätt och också anledningen till att det, i artikel 2 f

föreskrivs, att denna regel skall tillämpas oavsett om det berörda beslutet är slutligt eller inte.<sup>12</sup>

54. I ett sammanhang där en nationell domstol vid vilken begäran om likvidation med anledning av insolvens har framställts, interimistiskt utser en förvaltare "med befogenhet att ta bolagets egendom i besittning, handha dess angelägenheter, öppna bankkonto samt anlita juridiskt ombud, och därigenom lagligen beröva företagsledningen dess handlingsförmåga" förefaller det vara förenligt med förordningens syften att ett sådant förordnande betraktas som ett beslut varigenom ett insolvensförfarande inleds.

55. Vad beträffar förordningens ordalydelse är både beslut och insolvensförfaranden definierade däri.

12 — Se även Virgós-Schmit-rapporten där följande anges: "Alla de förfaranden som finns förtecknade i bilaga A för med sig två slutliga konsekvenser: att gäldenären helt eller delvis berövas rädigheten över sina tillgångar och att en förvaltare utses. Emellertid skulle störningar uppstå om konventionen fick tillämpas först efter det att dessa följer inträtt. Den inledande fasen av insolvensförfarandet skulle därigenom kunna uteslutas från konventionens ordning för internationellt samarbete. Nämda konsekvenser utgör en förutsättning för att ett visst förfarande skall finnas med i förteckningen i bilaga A. När ett förfarande finns med är det tillräckligt att förfarandet har inletts för att denna konvention redan från början skall äga tillämpning" (punkt 50). Enligt Balz uppställs vidare "inget krav på att samtliga rekvisit för ett insolvensförfarande skall vara uppfyllda vid tidpunkten för inledandet. Om en förvaltare till exempel utses efter det att förfarandet har inletts, tillämpas konventionen på nämnda förfarande från tidpunkten för dess inledande" (s. 501).

56. I artikel 2 a definieras insolvensförfaranden som de kollektiva förfaranden som avses i artikel 1.1 och dessutom stadgas det att förteckningen över dessa förfaranden finns i bilaga A. För Irlands del finns "compulsory winding up by the court" med i förteckningen över insolvensförfaranden i nämnda bilaga.

57. Det förefaller därför som om förfarandet vid den nationella domstolen skulle kunna anses ha inletts insolvensförfarandet i den mening som avses i förordningen.

58. I artikel 2 e innefattar definitionen av beslut när det gäller att inleda ett insolvensförfarande eller utse en förvaltare, även "ett avgörande av varje domstol som är behörig att inleda sådana förfaranden eller att utse en förvaltare".

59. I artikel 2 b definieras förvaltare som "varje person eller institution som har till uppgift att förvalta eller realisera de tillgångar över vilka gäldenären berövats sin rådighet eller att övervaka dennes angelägenheter". Dessutom föreskrivs att dessa personer och institutioner anges i bilaga C. För Irlands del finns "provisional liquidator" med i förteckningen.

60. Därmed framstår det som om ett beslut av en irländsk domstol om att utse sådan interimistisk förvaltare som avses i bilaga C till förordningen inom ramen för den "compulsory winding up by the court" som finns med i förteckningen i bilaga A, måste anses utgöra ett "beslut varmed ett insolvensförfarande inleds" i den mening som avses i artikel 16. Ytterligare stöd för denna tes finner vi, om vi drar oss till minnes att ett beslut om att interimistiskt utse en förvaltare är det första slags beslut en domstol kan fatta inom ramen för ett förfarande om "compulsory winding-up" enligt irländsk rätt.

61. Jag anser inte att ovanstående analys genom sin hänvisning till att den irländska "provisional liquidator" finns med i bilaga C skulle utgöra ett resonemang som av dr Bondi i dennes yttrande beskrivits som omvänt och ologiskt. Tvärtom framstår förordnandet av den person som skall fullgöra förvaltarens uppgifter som centralt för begreppet "beslut varigenom ett insolvensförfarande inleds".

62. Visserligen skulle artikel 2 e kunna ges en snävare tolkning och därmed en definition av "'beslut' när det gäller att inleda ett insolvensförfarande" som skulle innefatta "avgörande av varje domstol som är behörig att inleda sådana förfaranden" och separat "'beslut när det gäller ... utse en förvaltare" som skulle innefatta "avgörande av varje domstol som är behörig att ... utse en förvaltare". På grundval av en sådan tolkning skulle man kunna hävda att en sådan

avgränsning medför att ett beslut om att utse en förvaltare inte kan anses utgöra ett beslut varigenom ett insolvensförfarande inleds.

63. Emellertid skulle den omständigheten att, och detta har den nationella domstolen påpekat i sin begäran om förhandsavgörande, förordnandet av en förvaltare i artikel 2 e definieras som ett beslut inte tjäna något syfte inom ramen för förordningen, om förordnandet inte kunde bli föremål för erkännande enligt artikel 16. Det är visserligen riktigt att det inte finns några bestämmelser i förordningen som särskilt åsyftar beslutet att utse en förvaltare. Dessutom utgör — och också detta har den hänskjutande domstolen fört fram — förordnandet av en förvaltare en avgörande beståndsdel i begreppet "kollektiva insolvensförfaranden" inom ramen för artikel 1.1.

64. Slutligen är det tänkbart att definitionen i artikel 2 e i detta hänseende, och Director for Corporate Enforcement gör gällande att så är fallet, har till syfte att återspegla den omständigheten att det i olika rättsordningar finns olika sätt att inleda insolvensförfaranden på, snarare än att särskilja mellan ett beslut av en domstol om att inleda ett insolvensförfarande och ett om att utse en förvaltare. Syftet med definitionen är således att säkerställa att ett insolvensförfarande som har inletts på något av de två sätten ges automatiskt erkännande enligt förordningen.

65. Därmed framstår det som mera naturligt att ge artikel 2 e en tolkning, enligt vilken beslut när det gäller att inleda ett insolvensförfarande skall anses innefatta "avgörande av varje domstol som är behörig att ... utse en förvaltare". Detta skulle följaktligen stödja den ståndpunkt som jag redogjort för under punkt 60.

66. Ett antal argument har förts fram mot denna ståndpunkt.

67. För det första har dr Bondi och den italienska regeringen gjort gällande att det i förordningen finns en särskild avgränsning mellan begreppen begära och inleda vilka exakt motsvaras av de irländska momenten "petition" och "winding-up order". I sammanhanget har dr Bondi och den italienska regeringen åberopat skäl 16 och artikel 38 i förordningen.

68. På samma sätt har dessa parter också gjort gällande att en "provisional liquidator" inte är något annat än en sådan "interimistiskt utsedd förvaltare" som avses i artikel 38 och som också i skäl 16 i ingressen till förordningen beskrivs som "en förvaltare som utses interimistiskt ... innan huvudinsolvensförfarandet inleds". Därmed skulle förordnandet av en förvaltare inte gärna kunna anses ha inlett huvudinsolvensförfarandet.

69. I samma andemening hävdar den österrikiska regeringen att "en förvaltare som utses interimistiskt" enligt artikel 38 i förordningen endast har begränsade befogenheter och att denne därmed inte kan betraktas som "förvaltare" enligt den definition begreppet ges i artikel 2 b, det vill säga "varje person eller institution som har till uppgift att förvalta eller realisera de tillgångar över vilka gäldenären berövats sin rådighet eller att övervaka dennes angelägenheter".

70. Emellertid framstår det för mig som om man i dessa argument bortser från de ovannämnda, mer generella bestämmelserna i förordningen och deras tillämpning på förevarande fall. Dessutom tycks företrädarna för nämnda ståndpunkt ha missförstått det mer specifika ändamålet med artikel 38. Bestämmelsen fungerar som ett komplement till artikel 29 där det föreskrivs att förvaltaren i huvudförfarandet med stöd av förordningen har rätt att begära att ett sekundärförfarande inleds<sup>13</sup>. Om en begäran om att inleda huvudförfarande har framställts men ingen förvaltare i den mening som avses i förordningen ännu har utsetts, föreskrivs följande i artikel 38: "är den interimistiskt utsedde förvaltaren behörig att begära att åtgärder vidtas för att skydda eller säkra gäldenärens tillgångar vilka finns i en annan medlemsstat ... för tiden från det att begäran om att ett insolvensförfarande skall inledas har framställts fram till dess att beslut om att inleda ett förfarande har fattats". En "provisional liquidator" som har utsetts av en

<sup>13</sup> — Se ovan punkt 15.



domstol i Irland vid förfarandet "compulsory winding-up" faller emellertid generellt inom den definition begreppet förvaltare ges i förordningen och i synnerhet inom den som ges i artikel 29.<sup>14</sup>

skett i förevarande fall, vara klart att "insolvensförfarande" i den mening som avses i artikel 1.1 i förordningen skall anses ha inletts. Jag har svårt att se hur artikel 38 under dessa förhållanden skulle vara relevant.

71. Beslutet att utse en "provisional liquidator" medför vidare att förvaltaren i förevarande fall får vidsträckta befogenheter (att ta samtliga Eurofoods tillgångar i besittning, handha dess angelägenheter, öppna bankkonto i bolagets namn samt att anlita juridiskt ombud). En "provisional liquidator" får därmed en mer långtgående roll än den en interimistiskt utsedd förvaltare uppenbarligen anses ha enligt vad som avses i artikel 38.

73. På ett mera allmänt plan förhåller det sig, enligt min uppfattning, inte så att en framställd begäran om "compulsory winding up" i förening med förordnande av en förvaltare i den mening som avses i förordningen utgör ett "beslut om att inleda ett insolvensförfarande" i den mening som avses i artikel 16, enbart av den anledningen att sådan begäran skulle kunna förstås som en "begäran om att inleda insolvensförfarande".

72. Vidare förefaller det, i ett fall där en begäran har framställts om att inleda ett insolvensförfarande av det slag som avses i förteckningen i bilaga A till förordningen, och där domstolen vid samma tidpunkt utsett en förvaltare av det slag som avses i förteckningen i dess bilaga C, så som har

74. Jag kan ingalunda se att det i förordningen, så som dr Bondi har gjort gällande i sitt skriftliga yttrande, skulle finnas något mycket tydligt mönster vad gäller de tre momenten: begäran, interimistiskt förordnande och inledande. Bortsett från artikel 38 som, vilket jag redogjort för ovan, avser att reglera en speciell situation som kan uppkomma inom ramen för ett sekundärförfarande<sup>15</sup>, och en hänvisning i det tredje stycket i artikel 25.1 som också berör interimistiska säkerhetsåtgärder, finns det

14 — Det kan noteras att en kommentator från Förenade kungariket indirekt intog denna ståndpunkt i fråga om konventionen när han redogjorde för de verkningar ett interimistiskt förordnande av en förvaltare får i Förenade kungariket. Vid den tidpunkten fanns inte "provisional liquidator" med i förteckningen i bilaga C för Förenade kungarikets del (detta har sedan dess ändrats genom förordning nr 603/2005 (ovan fotnot 10)). Fletcher menar att följande skall gälla i fråga om den definition som finns i artikel 2 f: "Sålunda kan ett avgörande varigenom ett insolvensförfarande inleds medges extraterritoriell verkan även om avgörandet inte är slutligt under förutsättning att dess rättsverkan inte har skjutits upp av den domstol där avgörandet fattades. Därmed skulle man kunna sluta sig till att detta blir följden av att en domstol i Förenade kungariket interimistiskt utser en förvaltare. Emellertid bör man hålla i minnet att erkännande enligt artikel 16 enbart medges för insolvensförfaranden som faller inom ramen för konventionens tillämpningsområde och vilka uttryckligen anges i dess bilagor. Då "provisional liquidator" inte finns med bland de kategorier av personer vars uppgifter förtecknats i bilaga C, är automatiskt erkännande av ett sådant förordnande uteslutet" (sidorna 283 och 284).

15 — Det kan noteras att artikel 38 under kapitel III i förordningen har rubriken "Säkerhetsåtgärder".

inget i hela förordningen som tyder på att ett förfarande nödvändigtvis måste innefatta en separat begäran om att inleda ett förfarande som efter en viss tid skulle behöva följas av ett beslut varigenom ett insolvensförfarande inleds.

75. Dr Bondi har dessutom framfört att "skillnaden mellan en begäran och ett inledande exempelvis tydligt framgår av artikel 3.4". I nämnda bestämmelse åsyftas emellertid endast en begäran om att inleda ett (sekundär)förfarande och det ges ingen antydning om att det skulle behöva förflyta en viss tid mellan de två momenten.

76. Artikel 38 är således den enda bestämmelsen i hela förordningen där en sådan avgränsning omnämns. Detta kan uppenbarligen inte betraktas som tillräckligt för att man skall kunna sluta sig till något mycket tydligt mönster. Enligt min uppfattning åsyftar artikel 38 en situation som kan uppkomma inom ramen för ett nationellt insolvensförfarande av ett slag som verkligen sker i två steg och där det mellan dessa moment, under vissa omständigheter, kan vara befogat att interimistiskt utse en förvaltare. Det kan av artikel 38 inte utläsas att alla slags insolvensförfaranden nödvändigtvis skulle innefatta två moment.

77. Dessutom framgår det klart av ingressen till förordningen att den inte är avsedd att harmonisera nationell rätt. I skäl 11 i ingressen föreskrivs följande: "[f]örordningen utgår från det förhållandet att ett enda allmängiltigt insolvensförfarande inom hela gemenskapen knappast kan genomföras, eftersom det finns så stora skillnader i materiell rätt mellan de olika medlemsstaterna." Inte heller sådan lagstiftning som har antagits med stöd av artiklarna 61 c EG och 67.1 EG syftar till att harmonisera nationell rätt.

78. För det andra har dr Bondi gjort gällande att "provisional liquidation" inte finns med bland de insolvensförfaranden som för Irlands del anges i bilaga A till förordningen. Jag anser emellertid att argumentet saknar relevans i förevarande fall, eftersom målet handlar om "compulsory winding up by the court" som, i och med att det finns med i förteckningen i bilaga A, också faller inom förordningens tillämpningsområde.

79. Därutöver har ett antal argument förts fram till stöd för att de förfaranden som är omtvistade i målet inte skall anses falla inom förordningens tillämpningsområde, eftersom de av en eller annan anledning inte tillgodoser den definition i artikel 1.1 som har följande lydelse: "kollektiva insolvensförfaranden som innebär att gäldenären helt eller delvis berövas rådigheten över sina tillgångar och att en förvaltare utses."

80. Mot denna bakgrund har dr Bondi gjort gällande att en "compulsory winding up by the court" i Irland endast faller inom förordningens tillämpningsområde om förfarandet kan anses utgöra ett insolvensförfarande enligt artikel 1.1 och således endast under förutsättning att den nationella domstolen har funnit att grunden för insolvens är styrkt<sup>16</sup>. Insolvens skulle därmed inte kunna fastställas förrän vid den tidpunkt då konkursbeslut fattas. Den italienska regeringen framförde liknande synpunkter vid den muntliga förhandlingen.

81. Enligt min uppfattning kan ett sådant argument inte godtas. I förevarande mål utgår den hänskjutande domstolen i sin första fråga från att begäran har framställts "om likvidation av ett insolvent bolag". Under sådana förhållanden skulle det vara olämpligt för Europeiska gemenskapernas domstol att ifrågasätta grunderna för nämnda begäran.

82. Dr Bondi har vidare gjort gällande att lagstiftningen kring avyttring av tillgångar och fördelning av behållningen för att tillgodose borgenärernas anspråk i samband med en "compulsory winding up" vid en domstol i Irland kan tillämpas först efter det att konkursbeslut fattats, eftersom det är först vid denna tidpunkt som ett verkligt

"kollektivt" förfarande i den mening som avses i artikel 1.1 i förordningen kan anses föreligga.

83. Detta argument grundas emellertid, enligt min uppfattning, på en felaktig tolkning av förordningens systematik. Visserligen finns det i artikel 1.1 en definition av vad som, enligt förordningen, avses med ett insolvensförfarande, men bestämmelsen kan inte betraktas isolerat från de definitioner som fastställs i artikel 2.

84. I artikel 2 a föreskrivs det att "de kollektiva förfaranden som avses i artikel 1.1" finns "förtecknade i bilaga A". Vad beträffar förordningen råder samstämmighet inom doktrinen när det gäller följande: "om ett förfarande finns med i förteckningen anses förordningen tillämplig utan att domstolar i andra medlemsstater skall behöva göra någon ytterligare prövning."<sup>17</sup> Eftersom "compulsory winding up" som genomförs av en domstol i Irland finns med i bilaga A, anser jag att förordningens tillämplighet på den typen av förfaranden inte kan ifrågasättas av den anledningen att vissa kriterier för definitionen enligt artikel 1.1 inte är tillgodosedda.

16 – Det förefaller som om ett bolag med stöd av irländsk rätt under vissa omständigheter tvångsmässigt kan försättas i konkurs av en domstol, även om bolaget inte är insolvent.

17 – Virgós och Garcimartín, punkt 36, se även Virgós-Schmitt-rapporten, punkterna 49 och 50, Moss, Fletcher och Isaacs, punkterna 3.02 och 8.07, Balz, s. 502. Situationen ser något annorlunda ut vad gäller insolvenskriteriet, eftersom nämnda kriterium också måste vara uppfyllt i ett fall där ett förfarande som finns med i förteckningen i bilaga A kan tillämpas både när insolvens är fastställt och när det inte är fastställt. Enligt min uppfattning aktualiseras detta emellertid inte i förevarande mål, se punkt 81 ovan.

85. Den hänskjutande domstolen har i sin begäran om förhandsavgörande anført att en interimistiskt utsedd förvaltare under alla förhållanden "skall företräda och skydda samtliga borgenärens intressen och ta egendom i besittning".

86. Slutligen har den franska regeringen tagit upp de fyra rekvisit som, enligt ordalydelsen i artikel 1.1, måste vara uppfyllda för att ett insolvensförfarande skall anses falla inom förordningens tillämpningsområde, nämligen: att förfarandet skall vara kollektivt, att gäldenären skall vara insolvent, att gäldenären helt eller delvis berövas rådigheten över sina tillgångar samt att en förvaltare utses. Den franska regeringen menar att den definition av insolvensförfarande som ges i artikel 2 a och i bilaga A inte innefattar något interimistiskt förordnande av förvaltare, och att ett sådant förordnande därmed inte kan anses utgöra ett insolvensförfarande i den mening som avses i förordningen.

87. Återigen framstår det för mig som om en felaktig förståelse av förordningens systematik döljer sig bakom detta argument. "Compulsory winding up", som genomförs av en domstol i Irland, finns med i förteckningen i bilaga A. "Provisional liquidator", som omnämns i förteckningen i bilaga C, utses i samband med ett sådant förfarande. Dessa omständigheter finner jag som tillräckliga.

88. Följaktligen drar jag, vad beträffar den första tolkningsfrågan, slutsatsen att i ett fall

där en begäran om likvidation av ett insolvent bolag har framställts till behörig domstol i Irland och denna domstol fattar ett beslut som skall gälla fram till dess att konkursbeslut fattats, om att interimistiskt utse en förvaltare med befogenhet att ta bolagets egendom i besittning, handha dess angelägenheter, öppna bankkonto och anlita juridiskt ombud och därigenom lagligen beröva bolagets ledning deras handlingsförmåga, ett sådant beslut i förening med en framställd begäran skall anses utgöra ett avgörande varigenom ett insolvensförfarande, i enlighet med artikel 16 i förordningen, har inletts.

**Den andra frågan: den tidpunkt då förfarandet skall anses ha inletts**

89. Genom sin andra fråga, som endast har ställts för det fall den första frågan skulle besvaras nekande, söker den nationella domstolen få klarhet i huruvida en begäran som har framställts vid den irländska High Court om att domstolen skall tvångsförsätta ett bolag i likvidation ("compulsory winding up") skall anses innebära att ett insolvensförfarande har inletts inom ramen för förordningen med stöd av den irländska lagbestämmelsen (section 220.2 i Companies Act från 1963<sup>18</sup>) och att konkursförfarandet avseende det berörda bolaget därmed skall anses ha inletts vid den tidpunkt då denna begäran framställdes.

18 — Som jag redogjort för ovan under punkt 22.

90. Eftersom jag anser att den nationella domstolens första fråga skall besvaras jakande finner jag det inte nödvändigt att besvara den andra tolkningsfrågan. Däremot skulle frågan, om behov uppstår, snabbt kunna avgöras i enlighet med nedanstående riktlinjer.

91. Dr Bondi och de finska, franska, tyska och italienska regeringarna har gjort gällande att den andra frågan skall besvaras nekande, medan Bank of America, Director for Corporate Enforcement, de aktuella fordringsägarna, de österrikiska, tjeckiska och irländska regeringarna samt kommissionen menar att den skall besvaras jakande. Jag delar den sistnämnda uppfattningen.

92. I enlighet med artikel 16.1 i förordningen, där erkännande av beslut om att inleda ett insolvensförfarande regleras, skall erkännande gälla från den tidpunkt beslutet har verkan i inledningsstaten. Således är nationell rätt avgörande för när beslutet får verkan. Detta ligger i linje med artikel 4 där det stadgas att det normalt är lagen i den medlemsstat inom vars territorium förfarandet inleds som skall vara tillämplig på insolvensförfarandet och dess verkningar och att detta omfattar inledandet av ett förfarande, dess genomförande samt dess slutförande. Av skäl 23<sup>19</sup> framgår klart att lagen innefattar såväl processuella som materiella bestämmelser. Följaktligen kan

jag inte godta dr Bondis påstående om att förordningen på något sätt skulle äga företräde framför bestämmelser i nationell rätt. Vi måste också beakta att förordningen inte varit avsedd att tjäna som en harmoniseringsåtgärd.<sup>20</sup>

93. Under Section 220.2 i den irländska Companies Act från 1963 föreskrivs beträffande "compulsory winding up" som en domstol genomför (vilket är det förfarande som är föremål för tvist i förevarande fall) att konkursen skall "anses ha inletts vid den tidpunkt då begäran om likvidation framställdes".

94. Formuleringen av denna bestämmelse som är tillämplig med stöd av förordningen ger, så som jag ser det, ett fullständigt svar på den nationella domstolens andra fråga.

95. Det kan tilläggas att det i Virgós-Schmitt-rapporten, vilket de aktuella fordringsägarna också har påpekat, uttryckligen fastställs att det finns en nationell doktrin om återförvisning ("relation-back"), enligt vilken det är lagen i den medlemsstat inom vars territorium insolvensförfarandet har inletts som "reglerar vilka villkor som skall uppfyllas och hur man går tillväga vid ogiltigförklaring respektive annullering (automatiskt: genom

19 — Se min redogörelse ovan under punkt 10.

20 — Se ovan punkt 77.

att förfarandet ges retroaktiv verkan eller genom en åtgärd som vidtas av förvaltaren, osv.) samt vilka de rättsliga följderna av ogiltigförklaring respektive annullering blir”.<sup>21</sup>

### Den tredje frågan: befogenhet att pröva andra domstolars beslut

96. Genom sin tredje fråga söker den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida, i ett fall där ett insolvensförfarande först inleds i en medlemsstat där ett bolag har sitt säte och där bolaget vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som är fastställbart för tredje man, en domstol i en annan medlemsstat kan anses vara behörig att inleda huvudinsolvensförfarandet.

97. Frågan aktualiseras i ett fall som det förevarande där domstolar i två medlemsstater gör anspråk på att vara behöriga vad beträffar ett bolags insolvens. Det finns ingen bestämmelse i förordningen som uttryckligen reglerar en sådan situation. Den hänskjutande domstolen önskar i huvudsak få klarhet i om en domstol i en av dessa medlemsstater kan utöva kontroll över domstolen i den andra medlemsstaten.

98. Den hänskjutande domstolen har nämnt artikel 3.1 där det föreskrivs att domstolarna i den medlemsstat inom vars territorium platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns, har behörighet att inleda ett insolvensförfarande samt till artikel 16.1 där det föreskrivs att varje beslut om att inleda ett insolvensförfarande fattat av en domstol i en medlemsstat, som har behörighet enligt artikel 3, skall erkännas i alla andra medlemsstater.

99. Bank of America, Director for Corporate Enforcement, de aktuella fordringsägarna och den irländska regeringen hävdar att det finns en skyldighet att erkänna utländska insolvensförfaranden endast i de fall där den utländska domstolens behörighet är objektiv. Således skall den tredje frågan besvaras jakande.

100. Nämnda parter har gjort gällande att den skyldighet andra medlemsstaters domstolar har att, i enlighet med artikel 16.1, erkänna ett beslut varigenom ett insolvensförfarande i en viss medlemsstat inleds, endast gäller då den medlemsstat där insolvensförfarandet har inletts har behörighet med stöd av artikel 3 och följaktligen endast i de fall då platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är belägen i denna medlemsstat. Det är bara den ena medlemsstatens domstolar som har behörighet att inleda huvudinsolvensförfarandet, och det är dom-

21 — Punkt 135, min kursivering.

stolarna i den medlemsstat inom vars territorium platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns som har denna behörighet. Det framgår helt klart av förordningen att ett bolag endast kan ha en plats där dess huvudsakliga intressen finns. För att bestämma var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen skall anses finnas, tillämpas ett objektivet test. En domstol i en medlemsstat får inte inleda insolvensförfarande mot ett bolag som är gäldenär om varken bolagets säte eller platsen där det vanligtvis förvaltar sin egendom på ett sätt som är fastställbart för tredje man finns i denna medlemsstat. Följaktligen måste varje domstol som ställs inför eventualiteten att ett insolvensförfarande har inletts av en annan domstol se till att den andra domstolen verkligen varit behörig enligt artikel 3 och särskilt att a) den domstol som påstår sig ha fastställt platsen där de huvudsakliga intressena finns har gjort det på grundval av korrekta rättsliga rekvisit och b) att den faktiska bevisningen styrker denna slutsats. Trots att det i skäl 22 i ingressen till förordningen föreskrivs att "beslutet i den domstol som först inleder ett förfarande bör erkännas i de andra medlemsstaterna", skall det noteras att detta krav inte återfinns i förordningens huvudtext.

101. Dr Bondi, de österrikiska, tjeckiska, finska, franska och italienska regeringarna samt kommissionen menar att den nationella domstolens tredje fråga skall besvaras nekande. Jag instämmer.

102. Enligt min uppfattning följer detta i synnerhet av den princip om ömsesidigt erkännande som utgör grunden för förordningen och som uttryckligen kan utläsas ur skäl 22 i ingressen till förordningen. Skälet har följande lydelse:

"Erkännandet av de beslut som fattas av medlemsstaternas domstolar bör vila på principen om ömsesidigt förtroende. Därför bör grunderna för icke-erkännande reduceras till ett nödvändigt minimum. Enligt denna princip bör även konflikten lösas om domstolarna i två medlemsstater anser sig behöriga att inleda ett huvudinsolvensförfarande. Beslutet i den domstol som först inleder ett förfarande bör erkännas i de andra medlemsstaterna utan att de ges befogenhet att pröva denna domstols beslut."<sup>22</sup>

103. Det stämmer att det i förordningens huvudtext inte finns någon bestämmelse med samma betydelse som skäl 22<sup>23</sup>. Emellertid bekräftar betydelsen av den princip som skälet ger uttryck för i Virgós-Schmit-rapporten. Däri fastslås att "domstolar i en stat där erkännande söks inte får ompröva ett

22 — Under förutsättning att det undantag för *ordre public* som stadfästas i artikel 26 inte åberopas. Artikel 26 är föremål för den hänskjutande domstolens femte fråga i förevarande mål.

23 — Skälen för detta är delvis historiska. Virgós och Garcimartín förklarar att medlemsstaterna när man förhandlade om att omvandla konventionen till en förordning, beslutade att i ingressen till denna inkorporera de beståndsdelar i Virgós-Schmit-rapporten som ansågs äga särskild relevans för säkerställandet av en riktig förståelse av förordningens föreskrifter (punkt 48 a).

beslut av en domstol i ursprungsstaten utan endast kontrollera att avgörandet har fattats av en domstol i en konventionsstat vilken varit behörig enligt artikel 3". Detta påstående har också bekräftats i en omfattande del av doktrinen.<sup>24</sup>

104. De rättsmedel som står till buds för parter i ett insolvensförfarande som är oroliga över att den domstol som har inlett huvudförfarandet inte varit vederbörligen behörig enligt artikel 3, återfinns i den inhemska rättsordningen i den medlemsstat där nämnda domstol finns och innefattar möjligheten att, om så behövs, inhämta förhandsavgörande från Europeiska gemenskapernas domstol.<sup>25</sup>

105. Följaktligen måste jag, vad beträffar svaret på den tredje frågan, sluta mig till att domstolar i andra medlemsstater skall anses sakna behörighet att inleda huvudinsolvensförfarande om ett insolvensförfarande först har inletts av en domstol i en medlemsstat där ett bolag har sitt säte och där bolaget vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som är fastställbart för tredje man.

### **Den fjärde tolkningsfrågan: platsen där gäldenärens huvudsakliga intressen finns**

106. Genom sin fjärde fråga söker den hänskjutande domstolen få vägledning i vilka kriterier som skall vara avgörande vid bestämningen av platsen där gäldenärens huvudsakliga intressen finns i den mening som avses i artikel 3.1 i förordningen.

107. Låt mig erinra att det, i enlighet med artikel 3.1, är "domstolarna i den medlemsstat inom vars territorium platsen där gäldenärens huvudsakliga intressen finns" som har behörighet att inleda ett insolvensförfarande och dessutom att sätet för bolag och andra juridiska personer skall anses vara "platsen där de huvudsakliga intressena finns, om inte annat visas". Genom bestämmelsen stadfästas en presumtion som dock kan motbevisas. I skäl 13 föreskrivs vidare att platsen där de huvudsakliga intressena finns "bör motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man".

108. Den fjärde frågan åsyftar en situation där i) gäldenären är ett dotterbolag, ii) med säte i en annan medlemsstat än den där moderbolaget har sitt och iii) där dotterbolaget vanligtvis och på ett sätt som är fastställbart för tredje man samt helt i överensstämmelse med dess egen företagsidentitet förvaltar sina intressen i den medlemsstat där bolaget har sitt säte. Den nationella domstolen söker få klarhet i huruvida presumtionen om att platsen för

24 — Virgós-Schmit-rapporten, punkt 202.2, se även punkterna 79, 215 och 220; Moss, Fletcher och Isaacs, punkterna 5.38, 8.47, 8.48 samt 8.205; Virgós och Garcimartín, punkterna 70 och 402; Balz, punkterna 505 och 513; samt Fletcher, s. 288.

25 — Se Virgós-Schmit-rapporten, punkt 202, och Fletcher, punkterna 288–289.



dotterbolagets huvudsakliga intressen skall anses finnas i den medlemsstat där bolaget har sitt säte, under sådana förhållanden, kan anses hävd om moderbolaget dessutom på grund av sitt aktieinnehav och befogenheten att utse företagsledningen intar en ställning som innebär att moderbolaget kan utöva kontroll och de facto också utövar kontroll över dotterbolagets verksamhet.

109. Dr Bondi och den italienska regeringen menar att den sistnämnda omständigheten är tillräcklig för att presumtionen skall hävas. Bank of America, Director for Corporate Enforcement, de aktuella fordringsägarna, de österrikiska, tjeckiska, finska, franska, tyska, ungerska och irländska regeringarna samt kommissionen intar den motsatta ståndpunkten.

110. Jag håller med om att den omständigheten att moderbolaget utövar kontroll inte är tillräcklig för att häva den presumtion i artikel 3.1 i förordningen om att platsen för ett dotterbolags huvudsakliga intressen skall anses ligga i den medlemsstat där dess säte finns. Detta följer, enligt min mening, av förordningens systematik och ordalydelse. Innan jag går in på en närmare analys av förordningen, skulle jag emellertid vilja bemöta några av de argument som har förts fram av dr Bondi och den italienska regeringen till stöd för den motsatta ståndpunkten.

111. Dessa två parter stödjer sig huvudsakligen på Virgós-Schmit-rapporten, där följande slås fast: "Vad beträffar bolag och juridiska personer finns det i konventionen en presumtion om att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen, om inte annat visas, skall anses vara den plats där bolaget har sitt säte. Denna plats motsvarar vanligtvis gäldenärens huvudkontor."<sup>26</sup> Dr Bondi och den italienska regeringen har gjort gällande att man för att kunna styrka att platsen för de huvudsakliga intressena finns någon annanstans än i den stat där bolaget har sitt säte, också måste styrka att de uppgifter som vanligtvis handhas av ett huvudkontor utförs någon annanstans. Därvid bör man fokusera på de uppgifter som ett huvudkontor utför snarare än enbart på var huvudkontoret är lokaliserat, eftersom ett huvudkontor blir lika betydelselöst som ett säte om de uppgifter som tillkommer ett huvudkontor inte utförs där. Vid gränsöverskridande handel väljs sätet ofta av skatte- och lagstiftningsskäl och saknar därmed verkligt samband med den plats där uppgifter som ankommer på ett huvudkontor i själva verket utförs. Detta gäller i synnerhet för företagskoncerner där de uppgifter som ankommer på ett huvudkontor, för dotterbolagets del, ofta utförs där de uppgifter som ankommer på huvudkontoret utförs för koncernens moderbolag.

112. Jag finner att dessa påståenden är rimliga och övertygande. Däremot tycks de, enligt min uppfattning, inte vara till särskilt

26 — Punkt 75. Balz uttrycker detta på ett något annorlunda sätt: "Vad beträffar ett säte som egentligen bara utgörs av en postbox, kommer huvudkontoret att anses utgöra platsen för de huvudsakliga intressena" (s. 504).

stor hjälp när det gäller svaret på frågan. De bidrar sannerligen inte till att styrka att den kontroll ett moderbolag utövar över ett dotterbolags verksamhet skulle vara avgörande för var platsen för dotterbolagets huvudsakliga intressen, i den mening som avses i förordningen, skall anses vara belägen.

113. För det andra har dr Bondi gjort gällande att fastställbarheten för tredje man vad beträffar platsen för de huvudsakliga intressena inte är av avgörande betydelse för begreppet "platsen där de huvudsakliga intressena finns". Detta skulle framgå av skäl 13 där det föreskrivs att "platsen där de huvudsakliga intressena finns bör motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen", det vill säga när det gäller ett aktiebolag, där de uppgifter som ankommer på ett huvudkontor utförs. Dessutom stadgas följande i skäl 13: "och därför är fastställbar för tredje man." Anorlunda uttryckt skulle platsen för de huvudsakliga intressena anses fastställbar i en given medlemsstat om de uppgifter som ankommer på bolagets huvudkontor utövas där.

114. Än en gång är jag beredd att instämma i denna analys. Däremot förefaller den, enligt min uppfattning, inte vara till mycket hjälp eftersom den nationella domstolens fjärde fråga utgår ifrån att dotterbolaget "vanligtvis förvaltar sina intressen" i den medlemsstat där dess säte finns.

115. För det tredje har dr Bondi gjort gällande att det finns en avgörande skillnad mellan fastställbar och fastställd. Frågan om

fastställbarheten innebär att vi måste undersöka var de uppgifter som ankommer på ett huvudkontor i själva verket utförs. Detta är en objektiv prövning och skall inte förväxlas med den subjektiva bevisning som enskilda borgenärer kan åberopa till stöd för var platsen för de huvudsakliga intressena, enligt deras uppfattning, fanns. Jag anser att avgränsningen mellan fastställd och fastställbar inte är relevant för de frågeställningar som den nationella domstolen tar upp i sin fjärde fråga, eftersom begreppet fastställbar förekommer i både skäl 13 och i nämnda fråga.

116. Vad beträffar innebörden av den fjärde tolkningsfrågan, anser jag att den omständigheten (och detta är ett antagande som den hänskjutande domstolen också har gjort) att dotterbolaget vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som är fastställbart för tredje man och helt i överensstämmelse med bolagets egna företagsidentitet i den medlemsstat där den har sitt säte, i ett fall där sätet för ett moderbolag och dess dotterbolag befinner sig i två olika medlemsstater, normalt kommer vara avgörande för bestämningen av "platsen för dess huvudsakliga intressen".

117. Det är klart att det inte nödvändigtvis kan dras några slutsatser med ledning av att ett gäldenärsbolag är ett dotterbolag till ett annat bolag. Förordningen tillämpas på enskilda bolag och inte koncerner. Den reglerar i synnerhet inte förhållandet mellan moder- och dotterbolag. Enligt förordningens systematik föreligger domstolsbehörighet avseende varje gäldenär som utgör en egen

juridisk person. Både dotterbolag och moderbolag utgör separata rättssubjekt. Av detta följer därför att varje dotterbolag inom en concern måste betraktas för sig. Detta bekräftar i artikel 3.1 där det stadgas att ett bolags säte "skall anses vara platsen där de huvudsakliga intressena finns, om inte annat visas" och i skäl 13 i ingressen till förordningen där det föreskrivs att platsen för huvudsakliga intressen "bör motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar *sina* intressen"<sup>27</sup>.

118. Av denna definition, och detta är av betydelse i förevarande fall, eftersom kontroll över verksamhet har påståtts utgöra förvaltning, kan man inte sluta sig till vad det är för beståndsdelar som skall anses ingå i förvaltning. Det har emellertid framförts att valet av platsen för (gäldenärens) huvudsakliga intressen<sup>28</sup> som det avgörande anknytningskriteriet vid bestämningen av vilken medlemsstat som skall anses ha behörighet avseende ett insolvent bolag, har motiverats med behovet av att få fram ett test vars främsta kännetecken är öppenhet och objektiv fastställbarhet<sup>29</sup>. Dessa begrepp framstår för mig som fullt ändamålsenliga beståndsdelar när man skall bestämma vilken domstol som är behörig i samband med insolvens, eftersom det givetvis är väsentligt för potentiella borgenärer att i förväg veta enligt

vilken rättsordning eventuell insolvens som påverkar deras intressen kommer att regleras. Det är, enligt min uppfattning, särskilt betydelsefullt att investerarna när det gäller gränsoverskridande skuldeförbindelser (av det slag som är föremål för tvisten vid den nationella domstolen) redan vid tidpunkten för investeringen har klart för sig vilken domstol som är behörig när det gäller borgenärens rättigheter och anspråk.

119. Om ett dotterbolag som är gäldenär "vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som är fastställbart för tredje man och helt i överensstämmelse med bolagets egen företagsidentitet i den medlemsstat där det har sitt säte", får kraven på öppenhet och fastställbarhet enligt ovannämnda definition anses vara uppfyllda.

120. Däremot anser jag inte att den omständigheten (vilket den nationella domstolen utgår ifrån i sin fråga) att gäldenärsbolagets moderbolag "på grund av sitt aktieinnehav och sin befogenhet att utse företagsledningen intar en ställning som gör att det kan utöva och de facto också utövar kontroll över dotterbolagets verksamhet" tillgodoser dessa krav.

121. Enbart den omständigheten att ett bolag genom sitt aktieinnehav och befogenhet att utse företagsledningen intar en ställning som möjliggör för den att kontrollera

27 — Min kursivering. Se även Virgós-Schmit-rapporten, punkt 76, Virgós och Garcimartín, punkt 61, och Balz, s. 503.

28 — Se, för en intressant redogörelse för bakgrunden till begreppet "platsen för huvudsakliga intressen", Virgós och Garcimartín, punkt 46.

29 — Virgós-Schmit-rapporten, punkt 75, Moss, Fletcher och Isaacs, punkt 3.10, samt Virgós och Garcimartín, punkt 53.

ett dotterbolags verksamhet, oaktat att detta må vara fastställbart för tredje man,<sup>30</sup> utgör inget bevis på att bolaget faktiskt kontrollerar den ifrågavarande verksamheten. Om det förhåller sig så att ett moderbolag verkligen kontrollerar sitt dotterbolags verksamhet är det i gengäld inte säkert att detta är enkelt fastställbart för tredje man.<sup>31</sup> Av den nationella domstolens fråga framgår inte huruvida förekomsten av sådan kontroll kan fastställas på detta vis.

skall bestämmas på grundval av sätet, måste emellertid styrka att de grunder man åberopar tillgodoser kraven på öppenhet och fastställbarhet. Eftersom insolvens är en förutsebar risk är det viktigt att internationell behörighet (som innebär att insolvenslagstiftningen i en given stat tillämpas) fastställs avseende en plats som är känd för gäldenärens potentiella borgenärer så att de rättsliga risker de sistnämnda skulle löpa vid eventuell insolvens kan bedömas.<sup>33</sup>

122. Med detta inte sagt att det rent formella kriteriet om lokaliseringen av ett dotterbolags säte nödvändigtvis är helt avgörande för vilken medlemsstats domstolar som skall anses ha behörighet avseende en viss insolvens. Ett av de grundläggande syftena med begreppet "platsen för huvudsakliga intressen" är att se till att funktionella sakomständigheter beaktas i stället för de rent formella kriterierna<sup>32</sup>. Den part som önskar få till stånd en hävning av presumtionen om att domstolsbehörighet i fråga om insolvens

123. I förevarande fall skall, enligt min uppfattning, den omständigheten att den nationella domstolen i sin fråga utgår ifrån att dotterbolaget vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som är fastställbart för tredje man tillmätas betydelse. En sådan beskrivning tillgodoser definitionen i skäl 13. Jag anser att det skulle krävas starka bevis om en allt överskuggande och fastställbar kontroll från ett moderbolags sida för att man skulle sluta sig till att platsen för ett dotterbolags huvudsakliga intressen var belägen någon annanstans än vad som följer av den uttryckliga formuleringen i skäl 13.

30 — Det uppställs en rad krav, som har sitt ursprung i EG-lagstiftning, när det gäller bolagens skyldighet att redovisa förfaranden som tillämpas vid tillsättningen av företagsledning och de förhållanden som råder mellan moder- och dotterbolag. Emellertid tillämpas inte samtliga dessa krav på alla bolag. Kraven varierar beroende på huruvida de aktuella bolagen är statliga eller privata, och vad beträffar de statliga bolagen också beroende av huruvida dessa är börsnoterade eller inte. Dessutom är det ofrånkomligt att ett bolags offentliggjorda årsredovisning får en återblickande karaktär, eftersom redovisningen av naturliga skäl förbereds och offentliggörs efter det att den tidsperiod dessa avser har löpt ut. Följaktligen är inte redovisningarna till någon hjälp för bolagets potentiella borgenärer när de sistnämnda skall avgöra var platsen för det aktuella bolagets huvudsakliga intressen faktiskt finns eller var det påstås vara lokaliserat.

31 — Detta är kanske anledningen till att Virgós och Garcimartín intar följande ståndpunkt: "när det gäller dotterbolag skall den relevanta anknytningen anses finnas på den plats (t.ex. ett huvudkontor) där dotterbolagets huvudsakliga förvaltning sker. Den omständigheten att beslut i dotterbolaget fattas på grundval av instruktioner från dess moderbolag eller från dess aktieinnehavare som har hemvist på annan ort, inverkar inte på regeln om internationell behörighet avseende bolaget" (punkt 51). Se också Virgós och Garcimartín, punkt 61.

32 — Moss, Fletcher och Isaacs, punkt 3.11.

124. Om detta däremot kunde bevisas skulle man möjligen, om det var styrkt att gäldenärens moderbolag utövade sådan kontroll över den förstnämndas verksamhet och att situationen vid den aktuella tidpunkten (och således inte enbart i efterhand) hade präglats av öppenhet och fastställbarhet, kunna avstå från att tillämpa det sedvanliga testet.

33 — Virgós-Schmit-rapporten, punkt 75.

125. Slutligen skulle jag vilja tillägga att bestämningen av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen givetvis måste ske utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Av denna anledning kan jag inte se att de avgöranden av nationella domstolar som de olika parterna har hänvisat till i sina inlagor, skulle vara till någon hjälp vid bestämningen av regler med allmän räckvidd.

126. Således drar jag slutsatsen att presumptionen om att platsen för ett dotterbolags huvudsakliga intressen finns i den medlemsstat där bolagets säte finns, i ett fall där gäldenären är ett dotterbolag vars säte finns i en annan medlemsstat än den där dess moderbolag har sitt och där dotterbolaget vanligtvis och på ett sätt som är fastställbart för tredje man samt regelmässigt och helt i överensstämmelse med bolagets egen företagsidentitet förvaltar sina intressen i den medlemsstat där det har sitt säte, inte kan hävas av enbart den anledningen att moderbolaget på grund av sitt aktieinnehav och sin befogenhet att utse företagsledningen intar en ställning som gör att moderbolaget kan utöva kontroll och de facto också utövar kontroll över dotterbolagets verksamhet.

#### **Den femte tolkningsfrågan: grunderna för rättsordningen (*ordre public*)**

127. Den femte tolkningsfrågan handlar om artikel 26 i förordningen, där det föreskrivs

att en medlemsstat får vägra erkänna ett insolvensförfarande som har inletts i en annan medlemsstat om verkningarna av ett sådant erkännande "skulle vara uppenbart oförenliga med grunderna för den statens rättsordning (*ordre public*), särskilt vad gäller statens grundläggande rättsprinciper och individens grundlagsenliga fri- och rättigheter".

128. Den hänskjutande domstolen söker särskilt få klarhet huruvida, i ett fall där det är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i en medlemsstat att låta ett domstolsbeslut eller ett förvaltningsbeslut få rättsverkan gentemot personer eller organ vars rätt till en opartisk rättegång och rätt att höras åsidosattes när det aktuella beslutet fattades, nämnda medlemsstat skall anses skyldig att erkänna ett beslut som fattats av en domstol i en annan medlemsstat som är ägnat att inleda ett insolvensförfarande mot ett bolag, om domstolen i den första medlemsstaten har medgett att det aktuella beslutet har fattats i strid med nämnda principer och särskilt om svaranden i den andra medlemsstaten, trots förfrågningar och i strid med föreläggande från domstolen i den andra medlemsstaten, har vägrat att förse den för bolaget i enlighet med den första medlemsstatens lagstiftning interimistiskt utsedde förvaltaren med kopior av handlingar som är väsentliga till stöd för ansökan.

129. Jag skulle redan från början vilja anföra att den femte frågan, förutsatt att min tolkning av den första tolkningsfrågan varit

riktig, enligt min uppfattning inte kommer att aktualiseras, eftersom förfarandet i Italien inleddes senare än förfarandet i Irland och således under inga förhållanden behöver erkännas (i vart fall inte i egenskap av huvudförfarande) enligt förordningen.

att ”undantaget vad gäller *ordre public* endast får tillämpas i extraordinära fall”<sup>34</sup>.

130. Dr Bondi och den italienska regeringen intar ståndpunkten att den femte frågan skall besvaras jakande, vilket innebär att den första medlemsstaten under de angivna omständigheterna skulle vara skyldig att erkänna beslut som fattats av den andra medlemsstatens domstolar. Bank of America, Director for Corporate Enforcement, de aktuella fordringsägarna, de tjeckiska, franska, tyska, ungerska och irländska regeringarna samt kommissionen intar däremot en i huvudsak motsatt inställning.

132. Svårigheter uppstår emellertid då nämnda parter — och för den delen också många av de parter som lämnat in skriftliga yttranden avseende den femte frågan — söker tillämpa kraven i artikel 26 på omständigheterna i förevarande fall.

133. Jag skulle, mot bakgrund av hur den femte tolkningsfrågan har formulerats, vilja påstå att varken dessa parter eller Europeiska gemenskapernas domstol får avvika från de faktiska antaganden som är inbakade i frågan.

134. Frågan åsyftar ett fall där domstolar i två medlemsstater gör anspråk på att ha inlett ett insolvensförfarande och där beslut i medlemsstat B görs gällande vid domstolen i medlemsstat A. Frågan utgår från de uttryckliga antagandena om att,

131. Jag anser att det för det första är klart, och detta har betonats av dr Bondi och den italienska regeringen, att undantaget i artikel 26 för *ordre public* är avsett att ha en begränsad omfattning. Detta följer av att det i bestämmelsen uppställs ett krav på att verkningarna av erkännandet skall vara ”uppenbart” oförenliga med grunderna för rättsordningen, vidare av följande formulering i skäl 22 i ingressen till förordningen ”bör grunderna för icke-erkännande reduceras till ett nödvändigt minimum” och slutligen av Virgós-Schmit-rapporten där det föreskrivs

- i) det är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i medlemsstat A att låta ett domstolsbeslut eller ett förvaltningsbeslut få rättsverkan gentemot personer eller organ vars rätt till opartisk rättegång och rätt att höras åsidosattes när nämnda beslut fattades samt

<sup>34</sup> — Punkt 204.

ii) att domstolen i medlemsstat A är övertygad om att beslutet i medlemsstat B har fattats i strid med nämnda principer.

konventionsstat "om ett erkännande skulle strida mot grunderna för rättsordningen (*ordre public*) i den stat där domen görs gällande".<sup>36</sup> Frågan till domstolen gällde huvudsakligen huruvida, i ett fall där en domstol hade vägrat höra en svarande, erkännande av denna domstols beslut kunde vägras med stöd av artikel 27.1 enbart av den anledningen att svaranden inte varit närvarande vid den muntliga förhandlingen.

135. Därmed framstår det för mig som irrelevant att diskutera de två berörda medlemsstaternas olika rättskulturer och att pröva huruvida den interimistiskt utsedde förvaltarens rättigheter har tillvaratagits.

136. Jag håller också med dr Bondi och den italienska regeringen om att domstolens dom i målet Krombach<sup>35</sup> tyder på att domstolen både kan och bör kontrollera vad som lämpligen kan omfattas av undantaget för *ordre public* så att de grundläggande målsättningsarna med erkännande och samarbete inte äventyras.

138. Domstolen slog fast att artikel 27.1 skall tolkas restriktivt, eftersom den utgör ett hinder för genomförandet av ett av de grundläggande syftena med konventionen samt att klausulen om *ordre public* endast skall tillämpas i extraordinära fall.<sup>37</sup> Domstolen slog vidare fast följande:

"Även om det i princip står konventionsstaterna fritt att ... i enlighet med sin nationella begreppsbildning bestämma de krav som grunderna för rättsordningen

137. Målet rörde artikel 27.1 i Brysselkonventionen, enligt vilken konventionsstaterna är skyldiga att vägra erkännande av ett beslut som meddelats av en domstol i en annan

36 — Motsvarande bestämmelse i rådets förordning nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttsens område (EGT L 12, 2001, s. 1), återfinns i artikel 34.1. Denna bestämmelse skiljer sig emellertid från artikel 27.1 i konventionen, eftersom det däri, precis som i artikel 26 i förordningen om insolvensförfaranden, föreskrivs att erkännande av ett beslut måste vara "uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen" för att på den grunden kunna vägras.

35 — Dom av den 28 mars 2000 i mål C-7/98, Krombach (RFG 2000, s. I-1935), se vidare nedan punkt 138. Se även domen av den 11 maj 2000 i mål C-38/98, Renault (REG 2000, s. I-2973).

37 — Punkt 21 i domskalen.

ställer, skall gränserna för detta begrepp omfattas av tolkningen av konventionen.

Även om det inte ankommer på domstolen att definiera innehållet i grunderna för rättsordningen i en konventionsstat, är det alltså domstolens uppgift att kontrollera gränserna inom vilka domaren i en konventionsstat kan tillämpa detta begrepp för att inte erkänna en dom som har meddelats av en domstol i en annan konventionsstat.

...

Det framgår emellertid av den rättspraxis som domstolen har utvecklat ... att iakttagandet av rätten till försvar i alla förfaranden som inleds mot en person och som kan leda till en rättsakt som går denna person emot utgör en grundläggande gemenskapsrättslig princip som skall säkerställas även i avsaknad av reglering av förfarandet i fråga.”<sup>38</sup>

139. I förevarande mål har den hänskjutande domstolen i sin femte tolkningsfråga anført att det, under de däri angivna förhållandena,

skulle stå i uppenbar strid med grunderna för den berörda medlemsstatens rättsordning att låta ett beslut som har fattats på sådana grunder få verkan. Det framgår klart av begäran om förhandsavgörande att denna slutsats baseras på den noggranna och genomgående granskning som Supreme Court of Ireland genomförde av Parma-domstolens agerande.

140. Dr Bondi och den italienska regeringen har åberopat Virgós-Schmit-rapporten och hävdar att den tolkning av *ordre public* som den hänskjutande domstolen ger uttryck för i den femte tolkningsfrågan är orimligt vidsträckt och inte faller inom ramen för artikel 26.<sup>39</sup>

141. Även om jag håller med nämnda parter om att det av målet Krombach följer att det ankommer på domstolen att kontrollera hur grunderna för nationell rättsordning avgränsas, anser jag att deras argument varken tar hänsyn till ovannämnda besluts räckvidd eller huvudpunkten i Virgós-Schmit-rapporten.

142. I målet Krombach fastslog domstolen sin uppgift att kontrollera de gränser inom vilka domaren i en konventionsstat kan

38 — Punkterna 22, 23 och 42.

39 — Punkt 205.



använda begreppet *ordre public* som grund för att inte erkänna en dom som har meddelats av en domstol i en annan konventionsstat.<sup>40</sup> I direkt anslutning till detta hänvisade domstolen till den allmänna gemenskapsrättsliga principen att envar skall ha rätt till en opartisk rättegång, vilken hämtar inspiration från grundläggande rättigheter som utgör en enhetlig del av de grundläggande rättsliga principer vars efterlevnad domstolen har att säkerställa, och vilka garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.<sup>41</sup> Den betydelse dessa grundläggande rättigheter tillmäts präglar domstolens hela beslut.<sup>42</sup> Mot denna bakgrund finner jag att kravet på att en rättegång skall ske i föreskriven ordning i princip måste anses falla inom ramen för det undantag för *ordre public* som föreskrivs enligt artikel 26 i förordningen.

143. I Virgós-Schmit-rapporten har man eftersträvat att ge begreppet *ordre public* en tolkning som innefattar både materiella och processuella regler men som enbart avser grundlagsskyddade fri- och rättigheter samt grundläggande principer i den berörda staten. Det stämmer att det i rapporten, vad gäller grunderna för rättsordningen, har anförts att dessa kan tjäna som en "garanti för parter i ett förfarande och de som berörs

av det sistnämnda, för att rättegång sker i föreskriven ordning. Grunderna för rättsordningen kan inte åberopas till stöd för någon övergripande kontroll av huruvida förfarandet gått rätt till i en annan konventionsstat utan endast till stöd för en granskning av huruvida grundläggande processuella principer, som exempelvis rätten att bli hörd och rätten att delta vid förhandling, har iakttagits". Därvid omnämns uttryckligen hindrande av borgenärs närvaro.<sup>43</sup>

144. Kravet på att ett förfarande sker i föreskriven ordning bör ses som särskilt betydelsefullt, eftersom det i förordningen inte ges någon möjlighet till kontroll av det materiella innehållet i ett beslut som man söker erkännande för.<sup>44</sup>

145. Enligt min uppfattning, är det helt klart att de grunder för rättsordningen som avses i artikel 26 i förordningen, skall anses innefatta sådana brister i det föreskrivna förfarandet som innebär att grundläggande processuella principer som rätten att bli hörd och rätten att delta vid förhandlingen har åsidosatts. Om det agerande som påstås strida mot grunderna i en rättsordning i princip omfattas av nämnda bestämmelse är det, och detta framgår klart av bestämmelsens ordalydelse, upp till respektive med-

40 – Punkt 23 i domskälen, som jag redogjort för ovan under punkt 138.

41 – Punkterna 25--27 i domskälen.

42 – Se särskilt punkterna 38, 39 och 42-44 i domskälen.

43 – Punkt 206.

44 – Se Virgós och Garcimartín, punkt 406.

lemsstat att avgöra huruvida ett beslut fattat i en annan medlemsstat skall anses oförenligt med grunderna i den förstnämnda medlemsstatens rättsordning. Skulle man komma fram till att så är fallet, skall frågan om huruvida det eventuella åsidosättandet är tillräckligt grovt för att ifrågavarande domstol, med stöd av artikel 26, skall få vägra erkänna beslutet avgöras enligt nationell lagstiftning.<sup>45</sup>

146. Dr Bondi och den italienska regeringen har vidare gjort gällande att artikel 26 endast skall tillämpas om "verkningarna" av ett sådant erkännande skulle vara "uppenbart oförenliga" med grunderna för den statens rättsordning (*ordre public*). I förevarande fall leder innebörden av "verkningarna" till att de irländska domstolarna blir skyldiga att medge att deras insolvensförfarande är ett sekundärförfarande och inte ett huvudförfarande. Ovannämnda parter menar att det är svårt att tänka sig att sådana begränsade "verkningar" skulle stå i strid med grunderna för Irlands rättsordning.

147. Än en gång tycks det mig som om argumentet inte tar hänsyn till hur frågan är formulerad. Den nationella domstolen har uttryckligen anfört att det är uppenbart oförenligt med grunderna för den berörda medlemsstatens rättsordning att låta ett domstolsbeslut eller ett förvaltningsbeslut få *rättsverkan* gentemot personer eller organ

vars rätt till en opartisk rättegång och rätt att höras åsidosatts när detta beslut fattades, och nämnda domstol anser att ifrågavarande beslut har fattats i strid med dessa principer.

148. Slutligen har dr Bondi och den italienska regeringen anfört att den hänskjutande domstolen tycks ha missat att ta i beaktande att den medlemsstat vars *ordre public* berörs, även om ett visst fall skulle omfattas av artikel 26, inte har någon skyldighet att vägra erkännande. Ordet "får" i artikel 26 gör det möjligt för medlemsstaten att välja om erkännande skall vägras eller inte. Detta står i motsats till formuleringen "skall" som återfinns i artikel 27 i Brysselkonventionen. Om det förhåller sig så som de ovannämnda parterna har påstått och Pearse Farrell på det hela taget har fått en opartisk rättegång i Italien, och under förutsättning att han om så inte har varit fallet kunde ha försökt avhjälpa de eventuella processuella bristerna genom att överklaga, bör den hänskjutande domstolen inte få undergräva den ordning för erkännande som fastställs i förordningen genom att utöva sin rätt att godtyckligt vägra erkännande.

149. Än en gång framstår emellertid den första punkt som jag redogjort för ovan och som avser den påstått opartiska rättegången, för mig som ett försök att ompröva sakomständigheter som den hänskjutande domstolen redan har fastslagit och gett uttryck för i sin tolkningsfråga, nämligen att nämnda domstol anser att Parma-domstolens beslut

45 — Virgós-Schmit-rapporten, punkt 207.

har fattats i strid med rätten till en opartisk rättegång och rätten att bli hörd.

är uppfyllt, exempelvis det om möjligheten att få till stånd en omprövning.<sup>47</sup> I rapporten betonas det att frågan om huruvida sådana åtgärder kan erkännas "är beroende av om de kan anses förenliga med grunderna för rättsordningen i den stat där beslutet är avsett att få verkan".<sup>48</sup>

150. Vad beträffar den andra punkten, det vill säga möjligheten till omprövning genom överklagande, måste vi hålla i minnet att tiden ofta är av avgörande betydelse i den inledande fasen av ett insolvensförfarande, vilket gör att ett visst förfarande måste utvärderas i varje givet ögonblick. Detta tillvägagångssätt stämmer överens med kommentarerna i Virgós-Schmit-rapporten om de lika brådskande *ex parte*-skyddsåtgärderna. I rapporten noteras att sådana åtgärder skall vara tillgängliga i samtliga konventionsstater och vidare att "dessa åtgärder för att vara grundlagsenliga i de flesta stater givetvis måste vara förenade med särskilda villkor så att opartisk rättegång garanteras (att exempelvis följande kumulativa villkor är uppfyllda: det skall röra sig om ett fall som helt klart vid första anblicken ter sig vara av mycket brådskande natur, att sökanden ställer säkerhet, att den berörde (gäldenären) omedelbart underrättas samt att det föreligger en faktisk möjlighet att få till stånd en omprövning av de föreslagna åtgärderna)".<sup>46</sup> Kravet på att samtliga dessa kriterier skall vara uppfyllda samtidigt tyder på att bristande uppfyllelse av något av dem, exempelvis det om att den berörda personen omedelbart skall underrättas, inte nödvändigtvis kan kompenseras genom att ett annat

151. Slutligen stämmer det, vad beträffar ordalydelsen av artikel 26, att det i nämnda bestämmelse till skillnad från artikel 27.1 i Brysselkonventionen föreskrivs att det är den domstol vid vilken erkännande söks som med stöd av nämnda bestämmelse förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning. Den omständigheten att nämnda domstol får välja att erkänna ett insolvensförfarande som har inletts i en annan medlemsstat också om verkningarna av ett sådant erkännande skulle vara uppenbart oförenliga med grunderna för den förstnämnda statens rättsordning kan däremot inte anses innebära att det alternativet alltid skulle vara att

47 — Det bör noteras att den hänskjutande domstolen i sin begäran om förhandsavgörande har anfört att det i själva verket förhåller sig så vad gäller irländsk rätt: "I en liknande situation skulle den ifrågavarande domstolen inte upprätthålla ett sådant beslut som en domstol eller ett förvaltningsorgan inom dess jurisdiktion hade fattat. Domstolen skulle ha bedömt att åsidosättandet av kravet på opartisk rättegång i sig måste betraktas som så uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen att den skulle slå fast att beslutet inte behöriigen hade fattats och därmed förklara det som ogiltigt. Denna situation skulle heller inte kunna avhjälpas av den omständigheten att beslutet kunde ha tagits upp till ny prövning vid samma domstol. Ett sådant gravt åsidosättande av principen om en opartisk rättegång skulle ha fordrat hela förfarandet."

48 — Punkt 207.

46 — Punkt 207.

föredra, eftersom artikel 26 genom en sådan tolkning helt skulle urholkas. I förevarande fall kan jag inte, mot bakgrund av de premisser frågan har ställts under, vilka i sin tur har antagits på grundval av den

sakprövning som den hänskjutande domstolen utförde, se att det skulle finnas något som tyder på att nämnda domstol skulle ha missbrukat sitt utrymme för skönsmässig bedömning genom att vägra erkännande.

## Förslag till avgörande

152. Med ledning av det ovanstående föreslår jag att den första, den tredje, den fjärde och den femte tolkningsfrågan som hänskjutits till domstolen av Supreme Court of Ireland skall besvaras på följande sätt:

”1) Om en begäran framställs vid behörig domstol i Irland om att försätta ett insolvent bolag i likvidation och denna domstol fattar ett beslut, i avvaktan på konkursbeslut, om att interimistiskt utse en förvaltare med befogenhet att ta bolagets egendom i besittning, handha dess angelägenheter, öppna bankkonto och anlita juridiskt ombud, och därigenom lagligen beröva företagets ledning handlingsförmågan, skall ett sådant beslut i förening med en framställd begäran anses utgöra ett avgörande varigenom ett insolvensförfarande inleds i enlighet med artikel 16 i rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden.

2) Om ett insolvensförfarande först inleds av en domstol i den medlemsstat där bolaget har sitt säte och där bolaget vanligtvis förvaltar sina intressen på ett för

tredje man fastställbart sätt, kan domstolar i andra medlemsstater inte anses ha behörighet att med stöd av artikel 3.1 i förordning nr 1346/2000 få inleda huvudinsolvensförfarandet.

- 3) Om gäldenären är ett dotterbolag med säte i en annan medlemsstat än där moderbolaget har sitt och dotterbolaget vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som är fastställbart för tredje man och helt i överensstämmelse med bolagets egen företagsidentitet i den medlemsstat där den har sitt säte, skall den presumtion i artikel 3.1 i förordning nr 1346/2000 om att platsen för dotterbolagets huvudsakliga intressen skall anses ligga i den medlemsstat där det har sitt säte inte kunna hävas enbart av den anledningen att moderbolaget på grund av sitt aktieinnehav och befogenhet att utse företagsledningen intar en ställning som gör att moderbolaget kan kontrollera och de facto också kontrollerar dotterbolagets verksamhet när förekomsten av sådan kontroll inte är fastställbar för tredje man.
  
- 4) Om det är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i en medlemsstat att låta ett domstolsbeslut eller förvaltningsbeslut få rättsverkan gentemot personer eller organ vars rätt till en opartisk rättegång och rätt att höras åsidosatts när sådant beslut fattades, skall nämnda medlemsstat inte anses skyldig att, med stöd av artikel 16 i förordning nr 1346/2000, erkänna ett beslut som fattats av domstol i en annan medlemsstat som gör anspråk på att ha inlett insolvensförfarande mot ett bolag i en situation där domstolen i den första medlemsstaten har medgett att det ifrågavarande beslutet har fattats i strid med dessa principer.”