Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
föredraget den 24 januari 2019 [1]

Mål C-603/17

Peter Bosworth,
Colin Hurley
mot
Arcadia Petroleum Limited m.fl.

(begäran om förhandsavgörande från Supreme Court of the United Kingdom (Förenade kungarikets högsta domstol))

”Begäran om förhandsavgörande – Domstols behörighet och erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område – Lugano II-konventionen – Avdelning II, avsnitt 5 – Behörighet vid tvister om anställningsavtal – Skadeståndstalan som väckts av flera bolag i samma koncern mot tidigare bolagsledare – Begreppen anställningsavtal respektive arbetsgivare – Talan väckt med stöd av rättsliga grunder som i materiell rätt anses avse skadestånd utanför avtalsförhållanden – Förutsättningarna för att en sådan talan enligt Lugano II-konventionen ska anses ’avse’ avtal i allmänhet och/eller individuella anställningsavtal”

I. Inledning

1. Supreme Court of the United Kingdom (Förenade kungarikets högsta domstol) har genom en begäran om förhandsavgörande ställt fyra frågor om tolkningen av konventionen om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, undertecknad den 30 oktober 2007 [2] (nedan kallad Lugano II-konventionen).

2. Frågorna har ställts i en tvist mellan, å ena sidan, den enda aktieägaren och flera bolag i en multinationell koncern Arcadia och, å andra sidan, tidigare bolagsledare inom koncernen. Tvisten avser ersättning för skada som orsakats av ett bedrägeri, vilket påstås ha begåtts mot bolagen i koncernen och vilket bolagsledarna påstås ha legat bakom och dragit den största nyttan av.

3. I det aktuella skedet av det nationella målets handläggning måste den hänskjutande domstolen avgöra huruvida domstolarna i England och Wales är behöriga att pröva denna talan eller om det i stället är schweiziska domstolar, i egenskap domstolar i den stat där de tidigare bolagsledarna har sitt hemvist, som helt eller delvis ska pröva talan. Svaret är beroende av frågan om talan avser anställningsavtal i den mening som avses i avdelning II avsnitt 5 i Lugano II-konventionen (nedan kallad avsnitt 5).

1 Originalspråk: franska.

2 EUT L 339, 2007, s. 1. Konvention som godkändes på unionens vägnar genom rådets beslut 2009/430/EG av den 27 november 2008 (EUT L 147, 2009, s. 1).

4. I detta sammanhang ger den hänskjutande domstolens frågor upphov till komplicerade rättsliga spörsmål angående tolkningen av centrala begrepp i avsnitt 5, nämligen begreppen ”anställningsavtal”, ”arbetstagare” och ”arbetsgivare”). Frågorna föranleder även spörsmålet om, och i förekommande fall under vilka förutsättningar, detta avsnitt kan omfatta en talan som väcks mellan parterna i ett sådant ”avtal” med stöd av en rättslig grund som enligt materiell rätt avser skadestånd utanför avtalsförhållanden.

5. I detta förslag till avgörande kommer jag att redogöra för skälen till att en bolagsledare, som utför sitt arbete med fullständig självständighet, inte är bunden till det bolag som bolagsledaren utför arbetet åt genom ett sådant anställningsavtal som avses i avsnitt 5. I andra hand kommer jag att förklara dels varför en talan mellan parterna i ett sådant avtal, vilken väcks med stöd av en rättslig grund som avser skadestånd utanför avtalsförhållanden omfattas av detta avsnitt eftersom tvisten har uppstått i samband med anställningsförhållandet, dels varför en arbetsgivare, i den mening som avses i nämnda avsnitt, inte enbart behöver vara den person som arbetstagaren formellt har ett anställningsavtal med.

II. Lugano II-konventionen

6. Avsnitt 5 har rubriken ”Behörighet vid tvister om anställningsavtal” och omfattar bland annat artiklarna 18 och 20 i Lugano II-konventionen.

7. I artikel 18.1 i konventionen anges följande: ”Om talan avser anställningsavtal gäller i fråga om behörigheten, om inte annat följer av artikel 4 och artikel 5.5, bestämmelserna i detta avsnitt.”

8. I artikel 20.1 i konventionen föreskrivs att ”[e]n arbetsgivare får väcka talan endast vid domstolarna i den konventionsstat där arbetstagaren har hemvist.”

III. Målet vid den nationella domstolen, tolkningsfrågorna och förfarandet vid EU-domstolen

9. Arcadiakoncernen omfattar bland annat bolagen Arcadia London, Arcadia Switzerland och Arcadia Singapore. Bolaget Farahead Holdings Ltd (nedan kallat Farahead) är ensam ägare till hela koncernen. Vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet var Peter Bosworth och Colin Hurley (nedan kallade svarandena i det nationella målet), numera med hemvist i Schweiz, *chief executive officer* (CEO) respektive *chief financial officer* (CFO) i koncernen. De var också bolagsledare i de tre aktuella Arcadiabolagen. Var och en av dem hade dessutom ett anställningsavtal med ett av dessa bolag. Detta avtal hade upprättats av dem själva eller under deras ansvar.

10. Den 12 februari 2015 väckte de tre Arcadiabolagen och Farahead (nedan tillsammans kallade Arcadia) talan vid High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Commercial Court) (Överdomstolen (England & Wales), avdelningen Queen’s Bench (avdelning för handelsmål), Förenade kungariket) om skadestånd mot flera personer, däribland svarandena i det nationella målet. Talan avsåg ersättning för den skada som koncernen hade lidit till följd av en rad bedrägliga transaktioner avseende Arcadiabolagen, vilka hade utförts under tiden april 2007–maj 2013.

11. Arcadiakoncernen menar att svarandena i det nationella målet är de som främst legat bakom och dragit största fördelen av bedrägeriet. I egenskap av CEO och CFO i koncernen påstås de tillsammans med andra utpekade personer ha förskingrat huvuddelen av vinsterna från transaktioner som är omtvistade och ha dolt dessa transaktioner för Farahead. De berörda parterna har bestämt bestritt och tillbakavisat dessa anklagelser.

12. I den ursprungliga ansökan anförde Arcadiakoncernen att det vållande som svarandena i det nationella målet gjort sig skyldiga till bestod i: 1) ett delikt (*tort*) i form av otillbörlig samverkan genom olagliga medel (*unlawful means conspiracy*), 2) ett delikt i form av åsidosättande av förvaltarförpliktelser avseende lojalitet och ärligt uppsåt (*breach of fiduciary duty*) och 3) ett åsidosättande av uttryckliga eller underförstådda avtalsförpliktelser (*breach of express and/or implied contractual duties*) enligt anställningsavtalen.

13. De berörda anförde den 9 mars 2015 en invändning om rättegångshinder på grund av bristande behörighet och gjorde gällande att domstolarna i England och Wales i enlighet med Lugano II-konventionen inte var behöriga att pröva Arcadias talan mot dem. Talan avsåg anställningsavtal och omfattades därmed av avsnitt 5. Följaktligen var det endast domstolar i den stat där de hade hemvist, det vill säga schweiziska domstolar, som var behöriga.

14. Arcadia ändrade därefter sin talan. Arcadia avstod från att göra gällande ett åsidosättande av förpliktelser enligt anställningsavtalen för de svarande i det nationella målet och strök alla hänvisningar till ett åsidosättande av dessa skyldigheter som ett olagligt medel vid den otillbörliga samverkan.

15. High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) (Överdomstolen (England & Wales), avdelningen Queen's Bench (avdelning för handelsmål)) slog genom en dom av den 1 april 2015 fast att domstolar i England och Wales var behöriga att pröva Arcadias talan i den del den grundades på otillbörlig samverkan genom olagliga medel (*unlawful means conspiracy*). Överdomstolen slog också fast att dessa domstolar även var behöriga att pröva talan i den del den grundades på deliktet åsidosättande av förvaltarförpliktelser om lojalitet och ärligt uppsåt (*breach of fiduciary duty*), men att de inte var behöriga att pröva Arcadia London och Arcadia Singapores talan i denna del avseende omständigheter som inträffade under den tid då respektive bolag var bundet av ett anställningsavtal med Peter Bosworth eller Colin Hurley. I denna del och enbart i denna del avsåg Arcadias talan nämligen anställningsavtal i den mening som avses i avsnitt 5.

16. Svarandena i det nationella målet överklagade denna dom till Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Appellationsdomstolen (England & Wales) (avdelningen för civilmål), Förenade kungariket). Överklagandet ogillades genom dom av den 19 augusti 2016. Prövningstillstånd meddelades emellertid av Supreme Court of the United Kingdom (Förenade kungarikets högsta domstol).

17. Under dessa omständigheter beslutade den sistnämnda domstolen att vilandeförklara målet och hänskjuta följande frågor till EU-domstolen för ett förhandsavgörande:

”1) Vad är det korrekta testet för att avgöra om en talan som väckts av en arbetsgivare mot en arbetstagare eller tidigare arbetstagare (nedan kallad en arbetstagare) utgör en talan som 'avser' anställningsavtal i den mening som avses i avsnitt 5 (artiklarna 18–21) i [Lugano II-konventionen]?

a) Räcker det för att en talan som väckts av en arbetsgivare mot en arbetstagare ska omfattas av artiklarna 18–21 i konventionen att arbetsgivaren också kunde ha gjort gällande att det klandrade agerandet utgjorde avtalsbrott mot anställningsavtalet – även om den talan som faktiskt väckts inte grundar sig på, angriper eller gör gällande något brott mot det avtalet utan (exempelvis) har väckts med stöd av en eller flera av de grunder som anges i [i det nationella målet]?

b) Är, alternativt, det korrekta testet att en talan som väckts av en arbetsgivare omfattas av artikel 18–21 bara om den skyldighet som ligger till grund för talan är en skyldighet enligt anställningsavtalet? Om detta är det korrekta testet, följer det då att en talan som grundar sig

enbart på åsidosättande av en skyldighet som uppkom fristående från anställningsavtalet (och, för det fall det är relevant, inte är en skyldighet som arbetstagaren frivilligt samtyckt till) inte omfattas av avsnitt 5 i konventionen?

c) Om inget av de ovanstående alternativen är det korrekta testet, vad är då det korrekta testet?

2) Om ett bolag och en fysisk person ingår ett ’avtal’ (i den mening som avses i artikel 5.1 i [Lugano II-konventionen]), i vilken utsträckning måste det då föreligga ett hierarkiskt förhållande mellan bolaget och den fysiska personen för att det avtalet ska vara ett anställningsavtal i den mening som avses i [avdelning II] avsnitt 5 i konventionen? Kan ett sådant förhållande existera när den fysiska personen själv kan diktera (och också faktiskt dikterar) villkoren för sitt avtal med bolaget och har kontroll över och autonomi vad gäller bolagets löpande affärsverksamhet och utförandet av de egna uppgifterna, samtidigt som bolagets aktieägare dock fortfarande har möjlighet att avsluta relationen?

3) Om avdelning II avsnitt 5 i [Lugano II-konventionen] bara gäller talan i sådana fall som om det inte var för avsnitt 5 skulle omfattas av artikel 5.1 i konventionen, vad är då det korrekta testet för att avgöra om en talan omfattas av artikel 5.1?

a) Är det korrekta testet för om en talan omfattas av artikel 5.1 [att] det klandrade agerandet skulle kunna göras gällande som ett avtalsbrott, även om den talan som arbetsgivaren faktiskt väckt inte grundar sig på, angriper eller gör gällande något brott mot det avtalet?

b) Är, alternativt, det korrekta testet att en talan som väckts av en arbetsgivare omfattas av artikel [5.1] bara om den skyldighet som ligger till grund för talan är en skyldighet enligt anställningsavtalet? Om detta är det korrekta testet, följer det då att en talan som grundar sig enbart på åsidosättande av en skyldighet som uppkom fristående från avtalet (och, för det fall det är relevant, inte är en skyldighet som svaranden frivilligt samtyckt till) inte omfattas av artikel 5.1?

c) Om inget av de ovanstående alternativen är det korrekta testet, vad är då det korrekta testet?

4) I en situation där

a) bolagen A och B båda ingår i en koncern,

b) svaranden X de facto fungerar som koncernchef (som Peter Bosworth gjorde för Arcadia-koncernen…), X är anställd av ett bolag i koncernen, bolag A (och alltså är arbetstagare hos bolag A) (som Peter Bosworth var av och till…), och inte enligt nationell rätt är anställd av bolag B,

c) bolag A väcker talan mot X, och den talan omfattas av artiklarna 18–21 i [Lugano II-konventionen], och

d) det andra bolaget i koncernen, bolag B, också väcker talan mot X med anledning av motsvarande agerande som ligger till grund för bolaget A:s talan mot X,

vad är då det korrekta testet för att avgöra om bolag B:s talan omfattas av avsnitt 5 i [Lugano II-konventionen]? I synnerhet önskar den hänskjutande domstolen därvidlag få klarlagt följande:

– Beror svaret på om det förelåg ett ’anställningsavtal’ i den mening som avses i avsnitt 5 [i avdelning II i Lugano II-konventionen] mellan X och bolag B och, om så var fallet, vad är då det korrekta testet för att avgöra om det förelåg ett sådant avtal?

– Ska bolag B ses som X:s ’arbetsgivare’ vid tillämpningen av avdelning II avsnitt 5 i [Lugano II-konventionen], och/eller omfattas bolaget B:s talan mot X [enligt fråga 4 d ovan] av artiklarna 18–21 i [Lugano II-konventionen] på samma sätt som bolag A:s talan mot X omfattas av artiklarna 18–21? I synnerhet önskar den hänskjutande domstolen därvidlag få klarlagt följande:

  a) Omfattas bolaget B:s talan av artikel 18 [i Lugano II-konventionen] bara om den skyldighet som talan grundar sig på är en skyldighet enligt anställningsavtalet mellan bolaget B och X?

  b) Alternativt, omfattas talan av artikel 18 [i Lugano II-konventionen] om det klandrade agerandet skulle ha utgjort ett avtalsbrott enligt anställningsavtalet mellan bolaget A och X?

– Om inget av de ovanstående alternativen är det korrekta testet, vad är då det korrekta testet?”

18. Beslutet om hänskjutande inkom till domstolens kansli den 20 oktober 2017. Svarandena i det nationella målet, Arcadia, Schweiziska edsförbundet och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden till domstolen. Samma parter, med undantag av Schweiziska edsförbundet, var företrädda vid förhandlingen den 13 september 2018.

IV. Bedömning

A. Inledande synpunkter

19. Lugano II-konventionen är en internationell konvention mellan unionen, de stater som är parter i Europeiska frihandelssammanslutningen (Efta) och Schweiziska edsförbundet. Domstolen har sällan haft att besvara frågor om denna konvention. Konventionen utgör dock ett parallellt instrument till förordning (EG) nr 44/2001 [3], som har samma syfte och innehåller samma behörighetsregler som denna förordning. Därmed kan domstolens rika praxis angående denna förordning överföras på motsvarande bestämmelser i Lugano II-konventionen, och vid tolkningen av konventionen bör hänsyn också tas till nationella avgöranden om båda dessa instrument. [4]

20. De frågor som ställts av den hänskjutande domstolen ingår i följande rättsliga sammanhang: Arcadia anser att engelska domstolar med stöd av artikel 6.1 i Lugano II-konventionen är behöriga att pröva koncernens talan mot svarandena i det nationella målet. Talan har nämligen ett nära samband med mål avseende en liknande talan som väckts mot tre andra personer med hemvist i England och Wales. [5]

21. De berörda har emellertid bestritt dessa domstolars behörighet. De har anfört att talan ”avser anställningsavtal” och följaktligen omfattas av avsnitt 5.

3 Rådets förordning av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EGT L 12, 2001, s. 1) (nedan kallad Bryssel I-förordningen). Denna förordning ersatte konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, undertecknad i Bryssel den 27 september 1968 (EGT L 1972, 299, s. 32) (nedan kallad Brysselkonventionen). Förordningen har nyligen ersatts av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EGT L 351, 2012, s. 1).

4 Vid tolkningen av konventionen ska det även tas hänsyn till nationella avgöranden angående dessa instrument. Se artikel 1 i protokollet om en enhetlig tillämpning av [Lugano II-konventionen] och om den ständiga kommittén (EUT L 339, 2007, s. 27), dom av den 2 april 2009, Gambazzi (C-394/07, EU:C:2009:219, punkt 36), och dom av den 20 december 2017, Schlömp (C-467/16, EU:C:2017:993, punkterna 46–51).

5 I denna bestämmelse föreskrivs att talan får väckas mot en person som är en av flera svarande, ”vid domstol där någon av svarandena har hemvist, förutsatt att det finns ett tillräckligt nära samband mellan käromålen för att en gemensam handläggning och dom ska vara påkallad för att undvika att oförenliga domar meddelas som en följd av att käromålen prövas i olika rättegångar”.

22. Enligt artikel 18.1 i Lugano II-konventionen är frågan om domsrätt i fråga om talan som avser tvister vid anställningsavtal reglerad av bestämmelserna i avsnitt 5. Enligt artikel 20.1 i konventionen får en arbetsgivare endast väcka talan mot en arbetstagare vid domstolar i den stat där arbetstagaren har hemvist. Enligt EU-domstolen är bestämmelserna i avsnitt 5 uttömmande.[6] Om detta avsnitt är tillämpligt kan Arcadia således inte göra gällande artikel 6.1 i konventionen.

23. Avsnitt 5 syftar nämligen särskilt till att[7] *skydda arbetstagaren*, som betraktas som den svagare parten i anställningsavtalet, genom behörighetsbestämmelser som är förmånligare för arbetstagarens intressen.[8] Detta avsnitt fråntar därför arbetsgivaren från varje möjlighet att välja behörig domstol för att väcka talan och ger arbetstagaren fördelen att talan endast kan väckas mot denne vid de domstolar som arbetstagaren typiskt sett känner bättre till.

24. Utgången av prövningen av den invändning om rättegångshinder som svarandena i det nationella målet har framställt beror på hur omfattande tillämpningsområdet för avsnitt 5 är. I detta avseende vill jag vill erinra om att artikel 18.1 i Lugano II-konventionen gäller talan som ”avser anställningsavtal”. Två villkor följer av denna formulering: dels ska det finnas ett avtal mellan parterna, dels ska talan ha något slags anknytning till detta avtal.

25. Den hänskjutande domstolens andra och fjärde fråga avser huvudsakligen det första av dessa villkor, medan den första och den tredje frågan avser det andra villkoret. Jag undersöker först hur begreppet anställningsavtal ska tolkas (B) och sedan frågan om det samband som måste finnas mellan talan och avtalet (C), innan jag går in på begreppet arbetsgivare, i den mening som avses i avsnitt 5 (D).

B. Begreppet anställningsavtal (den andra frågan)

26. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida sådana avtal som de avtal som ingåtts mellan svarandena i det nationella målet och vissa av bolagen i koncernen Arcadia kan kvalificeras som anställningsavtal i den mening som avses i avsnitt 5. Den hänskjutande domstolen söker klarhet i vilken utsträckning som det för denna kvalificering krävs att en enskild har en underordnad ställning i förhållande till det bolaget som anlitar dennes tjänster. Den hänskjutande domstolen frågar sig om en sådan underordnad ställning kan föreligga när det är den enskilde själv som bestämmer villkoren i sitt avtal, som har oberoende kontroll över bolagets löpande verksamhet och utförandet av sina egna uppgifter, men det är aktieägarna i bolaget som har rätt att häva avtalet. Den hänskjutande domstolen vill även få reda på vilka möjligheter som gör det möjligt att sluta sig till att det enligt detta avsnitt föreligger sådana ”avtal” mellan svarandena i det nationella målet och de Arcadiabolag som svarandena i det nationella målet formellt inte hade ingått något avtal med.[9]

6 Se dom av den 22 maj 2008, Glaxosmithkline och Laboratoires Glaxosmithkline (C-462/06, EU:C:2008:299, punkterna 19 och 20), dom av den 14 september 2017, Nogueira m.fl. (C-168/16 och C-169/16, EU:C:2017:688, punkt 51), och dom av den 21 juni 2018, Petronas Lubricants Italy (C-1/17, EU:C:2018:478, punkt 25).

7 Det övergripande syftet med behörighetsreglerna i Lugano II-konventionen och Bryssel I-förordningen är att garantera rättssäkerheten. Reglerna måste därför vara förenade med en hög grad av förutsebarhet. Käranden ska med lätthet kunna avgöra vid vilka domstolar talan kan väckas, och svaranden ska rimligen kunna förutse vid vilka domstolar talan kan väckas mot honom eller henne. Behörighetsreglerna är också avsedda att bidra till god rättskipning. Se dom av den 19 februari 2002, Besix (C-256/00, EU:C:2002:99, punkt 26), och dom av den 10 april 2003, Pugliese (C-437/00, EU:C:2003:219, punkt 16).

8 Se skäl 13 i Bryssel I-förordningen och dom av den 19 juli 2012, Mahamdia (C-154/11, EU:C:2012:491, punkt 44), och dom av den 21 juni 2018, Italien tillsammans Lubricants (C-1/17, EU:C:2018:478, punkt 23).

9 Denna aspekt har berörts av den hänskjutande domstolen i den fjärde frågan. Jag anser emellertid att den bör prövas redan nu.

1. Upptagande till prövning

27. Arcadia har såsom den hänskjutande domstolen angett inte bestritt vid de lägre nationella instanserna att svarandena i det nationella målet var arbetstagare hos respektive bolag som de formellt hade ingått ett anställningsavtal med. De berörda menar således att ett svar från EU-domstolen avseende denna problematik inte är nödvändigt för att kunna avgöra det nationella målet.

28. Jag är av en annan uppfattning. Inom ramen för samarbetet mellan domstolen och de nationella domstolarna, som införts i artikel 267 FEUF, ankommer det uteslutande på den nationella domstolen att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje mål bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen.[10]

29. Orsaken till att detta inte har bestritts tycks vara att Arcadia först ansåg att den omständigheten att det fanns ett anställningsavtal i den mening som avses i materiell rätt i sig innebar att det skulle kvalificeras som anställningsavtal i den mening som avses i avsnitt 5. Koncernen har sedan dess omprövat sin ståndpunkt och bestämt bestritt denna kvalificering. Parterna har dessutom under alla stadier av det nationella målets handläggning varit oense i frågan huruvida det förelåg sådana avtal mellan de svarandena i det målet och de bolag i koncernen som de inte formellt hade ingått något avtal med.[11] Det är således uppenbart att det krävs ett svar från domstolen.

2. Prövning i sak

30. Svarandena i det nationella målet hade vid tidpunkten för omständigheterna i målet *ledande ställningar* i Arcadiakoncernen, i den mening som avses i bolagsrätten. Peter Bosworth var i praktiken[12] *chief executive officer* (CEO) för koncernen och Colin Hurley var dess *chief financial officer* (CFO). De berörda hade dessutom rättsligt och/eller faktiskt[13] ledande ställningar i Arcadia London, Arcadia Switzerland och Arcadia Singapore.

31. Svarandena i det nationella målet hade också var och en ett anställningsavtal (*contract of employment*), i den mening som avses i materiell rätt,[14] med ett särskilt bolag i Arcadiakoncernen. Vilket detta bolag var varierade emellertid med tiden. De var bland annat anställda av Arcadia London och av Arcadia Singapore, men inte av Arcadia Switzerland. I de olika avtalen angavs att de berörda skulle utföra specifika ledningsuppdrag enbart för det bolag vid vilket de var anställda. Den enda ersättning som de uppbar från koncernen var den som var angiven i dessa avtal, vilken utbetalades av arbetsgivarbolaget för bestämda arbetsuppgifter.

32. I ett sådant sammanhang finns det anledning att först fråga sig, med avseende på tillämpningen av behörighetsreglerna i Lugano II-konventionen, om det ska göras en åtskillnad mellan de förhållanden som svarandena i det nationella målet hade med de bolag i Arcadiakoncernen som de formellt hade ingått ett avtal med, i den mening som avses i materiell rätt, och de förhållanden som svarandena hade med andra bolag i Arcadiakoncernen. Jag har två skäl till att inte vara övertygad om det.

10 Se bland annat dom av den 14 mars 2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 19 och där angiven rättspraxis).

11 Se Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Appellationsdomstolen för England & Wales (Tvistemålsavdelningen)), den 19 augusti 2016, Peter Miles Bosworth and Colin Hurley mot Arcadia Petroleum Ltd m.fl., (2016) EWCA Civ 818, punkterna 90 och 91.

12 Med faktiskt ledande ställning avses en person som, utan att formellt ha utsetts till att bolagsledare, i praktiken utför sådana uppgifter.

13 Peter Bosworth utnämndes till styrelseledamot i Arcadia Singapore för en viss tid, och Colin Hurley utsågs till styrelseledamot i Arcadia London och sedan Arcadia Singapore. Oberoende av dessa utnämningar utförde de berörda i praktiken dessa uppgifter för samtliga berörda Arcadiabolag och under hela den period som berörs av de faktiska omständigheterna i det nationella målet.

14 Det framgår inte tydligt av beslutet om hänskjutande om denna kvalificering företogs enligt *lex causae* eller enligt *lex fori*.

33. För det första ska begreppet anställningsavtal i den mening som avses i artikel 18.1 i Lugano II-konventionen tolkas självständigt, inte utifrån *lex causae* eller *lex fori*. Syftet är att säkerställa en enhetlig tillämpning av konventionens behörighetsregler i alla stater som är bundna av konventionen. [15]

34. När det gäller denna självständiga definition framgår det av domen Holterman att ett sådant anställningsavtal föreligger när en person under en viss tid utför arbete åt en annan person under ledning av denna person och får ersättning för detta arbete. [16] Ett sådant avtal föreligger därmed när särdragen hos ett *anställningsförhållande* – arbetsinsats, ersättning och underordnad ställning – föreligger i praktiken. Som svarandena i det nationella målet, Schweiziska edsförbundet och kommissionen har gjort gällande kan ett sådant ”avtal” således föreligga mellan två personer även om något avtal inte ingåtts, i den mening som avses i tillämplig materiell rätt, och det rör sig om ett de facto anställningsförhållande. [17]

35. Jag vill klargöra att denna tolkning iakttar avsnitt 5, eftersom begreppet anställningsavtal inte förutsätter att ett anställningsavtal formellt ska ha ingåtts, i den mening som avses i materiell rätt. Begreppet har för övrigt använts i de instrument som medlemsstaterna och/eller unionen varit bundna av i fråga om internationell privaträtt allt sedan konventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, som öppnades för undertecknande i Rom den 19 juni 1980. [18] När denna konvention antogs föredrog man detta uttryck i stället för anställningsförhållande, som hade föreslagits i utkastet till nämnda konvention, huvudsakligen av det skälet att det sistnämnda uttrycket var okänt i vissa nationella rättsordningar. [19] Det vore således fel att ställa avtal och förhållande mot varandra i avsnitt 5. [20]

36. Den omständigheten att det inte fanns något formellt avtal mellan svarandena i det nationella målet och ett visst bolag utesluter följaktligen inte att ett avtal, i den mening som avses i avsnitt 5, kan härledas ur de faktiska omständigheterna. Omvänt behöver det formella avtalet mellan dem och andra bolag inom koncernen inte nödvändigtvis betraktas som ett anställningsavtal i den mening som avses i detta avsnitt.

37. Vidare framgår det av beslutet om hänskjutande att – oberoende av avtalsklausulerna i de aktuella avtalen – de olika placeringarna av svarandena i det nationella målet, i egenskap av anställda för det ena eller det andra Arcadiabolaget, och deras förflyttningar inom koncernen i praktiken inte ändrade arten av deras uppdrag och inte heller påverkade deras respektive roll som CEO och CFO för

15 Se dom av den 10 september 2015, Holterman Ferho Exploitatie m.fl. (C-47/14, EU:C:2015:574, punkterna 35–37) (nedan kallad dom Holterman).

16 Se dom Holterman, punkterna 39–45 och 49. Domstolen hänvisade även i två förstnämnda punkterna till den omständigheten att arbetstagaren och arbetsgivaren var bundna av ett varaktigt band, genom vilket arbetstagaren ges en viss plats i företagets eller arbetsgivarens verksamhetsorganisation. Det faktum att domstolen inte återgav denna omständighet i sitt svar i punkt 49 och i domslutet talar enligt min mening för att den inte ansåg att omständigheten var ett *villkor* kvalificeringen som anställningsavtal, i den mening som avses i avsnitt 5, utan endast som en *beskrivning* av denna typ av avtal.

17 Se, analogt, rapport om konventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, av Mario Giuliano, professor vid Milanos universitet, och Paul Lagarde, professor vid Université de Paris I (EGT C 282, 1980, s. 1), särskilt s. 25. Se även Baker Chiss, C., ”Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale – Compétence – Règles de compétences spéciales – Règles de compétence protectrices des parties faibles – Contrat de travail – Articles 20 à 23 du règlement (UE) n° 1215/2012 ”, *JurisClasseur Droit international*, fasc. 584–155, 15 september 2014, § 29–38 och 46; Merrett, L., *Employment Contracts in Private International Law*, Oxford University Press, 2011, s. 62–77, och Grušić, U., *The European Private International Law of Employment*, Cambridge University Press, 2015, s. 78–83.

18 EGT L 266, 1980, s. 1.

19 Se Grušić, U., a.a., s. 61–62.

20 Det är för övrigt väsentligt att göra en sådan tolkning för att uppfylla det skyddsmål som eftersträvas genom avsnitt 5. Begreppet anställningsavtal, i den mening som avses i detta avsnitt, bör tolkas tillräckligt extensivt för att det ska kunna omfatta samtliga arbetstagare med ett skyddsbehov, däribland arbetstagare i ett atypiskt anställningsförhållande, som saknar egentligt avtal men är lika beroende av sin arbetsgivare.

samtliga Arcadiabolag och för själva koncernen. De erhöll ingen separat ersättning från de andra bolagen i koncernen. Placeringarna var med andra ord ren formalia. Avtalen utarbetades av de berörda eller enligt deras anvisningar och de *valde* själva inte bara vad som skulle stå i avtalen utan också *att de skulle ha ett sådant avtal med ett visst bolag i stället för ett annat*.[21]

38. Nästa steg blir att fastställa om förhållandet mellan svarandena i det nationella målet, i egenskap av bolagsledare, och *vart och ett av Arcadiabolagen*, oberoende av om det förelåg något formellt avtal mellan dem vid en viss tidpunkt kan bedömas som ett anställningsavtal i den mening som avses i avsnitt 5.

39. Den som säger ja till arbetet som bolagsledare gör det fria valet att acceptera de förpliktelser som följer med detta. På samma sätt åtar sig bolaget frivilligt vissa förpliktelser i förhållande till personen genom att anförtro vederbörande ett sådant uppdrag i bolaget. Arbetet som bolagsledare utförs därför som huvudregel mot ersättning.[22] Det finns således *frivilliga åtaganden* mellan bolaget och dess ledare som ”avser avtal” i den mening som avses i artikel 5.1 i Lugano II-konventionen och Bryssel I-förordningen. Jag menar att så är fallet oavsett om bolagsledaren har utnämnts formellt (rättslig bolagsledare) eller om vederbörande, utan att ha utnämnts formellt, i praktiken uppträder som bolagets ledare (faktisk bolagsledare).[23]

40. Inom ramen för ”avtalsförpliktelserna” mellan en bolagsledare och ett bolag tillhandahåller bolagsledaren med andra ord bolaget en tjänst i utbyte mot en ersättning. Såsom förklaras ovan i punkt 34 ska förhållandet mellan bolagsledaren och bolaget endast kvalificeras som ”anställningsavtal”, i den mening som avses i avsnitt 5, endast om bolagsledaren när denne utför sitt arbete har en underordnad ställning i förhållande till bolaget.

41. I Holtermandomen har domstolen i detta avseende slagit fast att med avseende på avsnitt 5 ska bedömningen av huruvida det ska anses föreligga en underordnad ställning ”göras i varje enskilt fall med beaktande av samtliga omständigheter som kännetecknar förhållandet mellan parterna”. Domstolen har även förklarat att en företagsledare som innehar en tillräckligt stor andel av aktierna i företaget för att ha ”ej oansenliga möjligheter” att påverka de personer som normalt sett har befogenhet att ge företagsledaren anvisningar och kontrollera hur dessa genomförs, inte har en underordnad ställning i förhållande till företaget.[24]

42. Det skulle vara fel att tolka detta resonemang *e contrario*, i den betydelsen att en bolagsledare som inte innehar några andelar i bolaget, vilket är fallet med svarandena i det nationella målet, enbart på grund av denna omständighet skulle ha en underordnad ställning i förhållande till bolaget. Domstolen har visserligen i den domen angett en omständighet som innebär att en underordnad ställning är utesluten, men den har inte uttalat sig om vad som kännetecknar en sådan ställning.

43. Beträffande de omständigheter som kännetecknar en underordnad ställning går det att söka ledning i domstolens praxis beträffande begreppet arbetstagare i den mening som avses i artikel 45 FEUF och i vissa harmoniseringsdirektiv. Enligt denna praxis kännetecknas en underordnad ställning vanligtvis av att en arbetstagare lyder under en annan person som ställer krav både på vilket arbete

21 Arcadia gjorde för övrigt gällande vid de nationella domstolarna att skälet till att svarandena i det nationella målet valde att formellt vara anställda av Arcadia London eller Arcadia Singapore, men inte av Arcadia Switzerland, helt enkelt var att de betalade skatt i Schweiz enligt en skatteordning som förbjöd lönearbete i denna stat. Se Court of Appeal England & Wales (Civil Divison) (Appellationsdomstolen för England & Wales (Tvistemålsavdelningen)), 19 augusti 2016, Peter Miles Bosworth och Colin Hurley mot Arcadia Petroleum Ltd m.fl., (2016) EWCA Civ 818, punkt 71.

22 Det förhöll sig på detta sätt i det aktuella målet. Det faktum att ersättningen till svarandena i det nationella målet betalades endast av vissa bolag i Arcadiakoncernen saknar enligt min uppfattning betydelse. Ersättningens form och det sätt på vilket den utbetalas är inte av betydelse. Se, analogt, dom av den 19 december 2013, Corman-Collins, (C-9/12. EU:C:2013:860, punkterna 39 och 40).

23 Se dom Holterman, punkterna 53 och 54. Se även, beträffande uttrycket ”avser avtal” i den mening som avses i artikel 5.1 i Bryssel I-förordningen, dom av den 17 juni 1992, Handte (C-26/91, EU:C:1992:268, punkt 15), och dom av den 17 september 2002, Tacconi (C-334/00, EU:C:2002:499, punkt 23).

24 Se dom Holterman, punkt 46 och 47.

som ska utföras och framför allt på hur det ska utföras – exempelvis tid, plats och metod – varvid arbetstagaren måste rätta sig efter vederbörandes instruktioner och efter interna regler. För att avgöra om det rör sig om en sådan underordnad ställning bör utgångspunkten vara vilken självständighet och flexibilitet som arbetstagaren har när det gäller att välja tid och plats samt sättet för genomförandet av sina uppgifter och/eller hur arbetsgivaren övervakar och kontrollerar det sätt på vilket arbetstagaren utför sitt arbete. [25]

44. Av detta följer, såsom Arcadiakoncernen och Schweiziska edsförbundet har gjort gällande, att en bolagsledare endast är underställd bolaget om han eller hon är underställd en annan persons faktiska ledning avseende utförandet och organisationen av arbetet. Frågan huruvida en sådan ledning är för handen ska bedömas utifrån det aktuella arbetets beskaffenhet, det sammanhang i vilket det utförs, omfattningen av den berörda personens befogenheter och den kontroll som vederbörande är föremål för inom bolaget. [26]

45. I det hypotetiska fallet att bolagsledare, såsom svarandena i det nationella målet, enligt vad som framgår av den hänskjutande domstolens uppgifter i egenskap av CEO och CFO har *mycket omfattande befogenheter att leda bolaget och agera i dess namn och för dess räkning* samt har *full kontroll och full självständighet* vad gäller bolagets löpande förvaltning – vilket i föreliggande fall är visat av den omständigheten att deras på varandra följande anställningsavtal hade upprättats av dem själv eller under deras ansvar och att de själv valt villkoren i avtalen och den formella arbetsgivaren – har sådana bolagsledare inte en underordnad ställning i förhållande till bolaget.

46. I motsats till vad svarandena i det nationella målet har gjort gällande är en underordnad ställning inte samma sak som de generalla anvisningar om inriktningen på bolagets angelägenheter som en bolagsledare får från aktieägarna. Dessa generella anvisningar *avser inte själva utförandet av arbetet som bolagsledare eller det sätt som han eller hon organiserar utförandet av arbetet*. En bolagsledare har befogenhet att handla för bolaget och kan för detta ändamål motta rimliga anvisningar angående sitt uppdrag. Av samma skäl kännetecknas inte de kontrollmekanismer som föreskrivs i lag i förhållande till aktieägare i sig av en underordnad ställning. Varje syssloman är skyldig att lämna redovisning till sin huvudman. Den omständigheten i sig att aktieägarna har rätt att entlediga bolagsledaren är inte i sig tillräckligt för att utgöra kännetecken på en underordnad ställning. Den omständigheten att aktieägarna har en sådan befogenhet att entlediga bolagsledaren betyder inte att de lagt sig i det sätt på vilket bolaget leds. Här, liksom avseende sysslomannaskap i allmänhet, får huvudmannen ensidigt avsluta förhållandet med sysslomannen, utan att denna omständighet i sig styrker en underordnad ställning.

47. Med hänsyn till vad som anförs ovan anser jag att det i det nu aktuella fallet visserligen fanns ömsesidiga ”avtalsförpliktelser” mellan svarandena i det nationella målet och respektive Arcadiabolag, vilka omfattas av artikel 5.1 i Lugano II-konventionen. Dessa förpliktelser har i vissa fall formaliserats i avtal, i andra fall inte. Dessa förpliktelser kan i vart fall emellertid inte bedömas som anställningsavtal i den mening som avses i bestämmelserna i avsnitt 5.

25 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 juli 1986, Lawrie-Blum (66/85, EU:C:1986:284, punkt 18), dom av den 13 januari 2004, Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18, punkt 72), dom av den 4 december 2014, FNV Kunsten Informatie en Media (C-413/13, EU:C:2014:2411, punkterna 36 och 37), och dom av den 20 november 2018, Sindicatul Familia Constanța m.fl. (C-147/17, EU:C:2018:926, punkt 45).

26 Se, analogt, dom av den 11 november 2010, Danosa (C-232/09, EU:C:2010:674, punkt 47) och, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokat Cruz Villalón i målet Holterman Ferho Explotatie m.fl. (C-47/14, EU:C:2015:309, punkt 32).

48. Denna tolkning påverkas inte av domen Danosa [27] och domen Balkaya [28], tvärtemot vad svarandena i det nationella målet har gjort gällande. I den förstnämnda domen slog domstolen fast, beträffande direktiv 92/85/EEG, [29] att det visserligen ”inte [kan] uteslutas” att bolagsledare, ”på grund av det speciella uppdrag som de getts samt det sammanhang och det sätt på vilket uppdraget utförs” inte omfattas av begreppet arbetstagare, i den mening som avses i direktivet, men att en bolagsledare har en underordnad ställning i förhållande till bolaget i och med att bolagsledaren 1) utgör en integrerad del av bolaget, 2) är skyldig att redogöra för sin förvaltning till ett annat ledningsorgan och samarbeta med detta och 3) kan entledigas. [30] I domen Balkaya [31] överförde domstolen detta resonemang på direktiv 98/59/EG [32] och grundade sig på liknande indicier för att betrakta en bolagsledare som en arbetstagare i den mening som avsågs i det direktivet.

49. En tolkning som domstolen gjort av ett begrepp inom ett område av unionsrätten kan emellertid inte automatiskt överföras till ett annat område. [33] Såsom jag har angett kan en sådan tolkning endast tjäna som ledning. Begreppet anställningsavtal i den mening som avses i avsnitt 5 ska tolkas huvudsakligen utifrån Lugano II-konventionens och Bryssel I-förordningens systematik och syften [34] samt till de allmänna principer som går att utläsa ur de nationella rättssystemen. [35] Försiktighet ska iakttas vid en överföring av dessa tidigare fall på dessa instrument. I domen Holterman tillämpade domstolen för övrigt inte denna rättspraxis ordagrant, utan hänvisade endast till den på vissa punkter.

50. De tre indicier som domstolen grundade sig på i domen Danosa, [36] när den slog fast att en bolagsledare utgjorde en arbetstagare i den mening som avsågs i direktiv 92/85, förekommer när det gäller det stora flertalet bolags- eller företagsledare. En bolagsledare är nämligen som huvudregel i viss mån 1) en integrerad del av bolaget, 2) skyldig att lämna redovisning inför ett annat bolagsorgan – exempelvis styrelse och bolagsstämma – och 3) kan entledigas, i allmänhet när som helst, av ett sådant organ.

51. I domen Danosa [37] och domen Balkaya [38] beslutade således domstolen visserligen att utvidga skyddet mot avskedande i unionens harmoniseringsdirektiv till att omfatta bolagsledare. Om samma resonemang överfördes på behörighetsreglerna i Bryssel I-förordningen och i Lugano II-konventionen skulle följden emellertid bli att en stor del av tvisterna mellan ett bolag och dess ledning skulle bedömas utifrån begreppet anställningsavtal och därmed omfattas av bestämmelserna i avsnitt 5.

27 Dom av den 11 november 2010 (C-232/09, EU:C:2010:674).

28 Dom av den 9 juli 2015 (C-229/14, EU:C:2015:455).

29 Rådets direktiv av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (tionde särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG) (EGT L 348, 1992, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 6, s. 3).

30 Dom av den 11 november 2010, Danosa (C-232/09, EU:C:2010:674, punkterna 48–51).

31 Dom av den 9 juli 2015 (C-229/14, EU:C:2015:455, punkterna 37–41).

32 Rådets direktiv av den 20 juli 1998 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar (EGT L 225, 1998, s. 16).

33 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 april 2009, Falco Privatstiftung och Rabitsch (C-533/07, EU:C:2009:257, punkterna 33–40), och mitt förslag till avgörande i de förenade målen Nogueira m.fl. (C-168/16 och C-169/16, EU:C:2017:312, punkt 112).

34 Se förslaget till avgörande av generaladvokat Cruz Villalón i målet Holterman Ferho Exploitatie m.fl. (C-47/14, EU:C:2015:309, punkt 25).

35 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 oktober 2013, Schneider (C-386/12, EU:C:2013:633, punkt 18), dom av den 19 december 2013, Corman-Collins (C-9/12, EU:C:2013:860, punkt 28), och dom av den 14 juli 2016, Granarolo (C-196/15, EU:C:2016:559, punkt 23).

36 Dom av den 11 november 2010 (C-232/09, EU:C:2010:674).

37 Dom av den 11 november 2010 (C-232/09, EU:C:2010:674).

38 Dom av den 9 juli 2015 (C-229/14, EU:C:2015:455).

52. I medlemsstaternas nationella system omfattas förhållandet mellan ett bolag och bolagets ledning inte av arbetsrätten, utan av *bolagsrätten*. Bolagsledare är bolagsorgan. En bolagsledares uppdrag och de befogenheter och förpliktelser som följer av detta uppdrag framgår av bolagsordningen och tillämpliga rättsliga bestämmelser. I vissa medlemsstater, bland annat i Förenade kungariket, får en bolagsledare och ett bolag visserligen reglera sina rättigheter och förpliktelser genom ett avtal – som kan vara ett förvaltningsavtal, ett uppdragsavtal eller ett anställningsavtal.[39] Bolagsrätten står emellertid i centrum för förhållandet.

53. Tvister om bolagsledares skadeståndsansvar gentemot bolaget och dessa aktieägare, som utgör bakgrunden till detta mål, är tvister som omfattas av bolagsrätten och i allmänhet är föremål för särskilda bestämmelser i medlemsstaternas lagstiftning, som reglerar villkoren för och vidden av detta ansvar.[40]

54. En sådan uppenbar brist på samstämmighet mellan de nationella kvalificeringarna och den kvalificering som används i Lugano II-konventionen och Bryssel I-förordningen skulle inte underlätta tillämpningen av dessa instrument och den förutsebarhet som föreskrivs i behörighetsreglerna. De praktiska nackdelar som skulle bli följden om avsnitt 5 tillämpades generellt på bolagsledare skulle vara illa lämpade för de särdrag som kännetecknar tvister om bolagsledares skadeståndsansvar och stämma föga överens med målet om en god rättsskipning. En vanlig lösning i frågan är att de olika bolagsledarna har ett kollektivt eller till och med solidariskt ansvar för skador som bolaget vållats genom det sätt på vilket dess ledning skötts.[41] Enligt avsnitt 5 skulle talan behöva väckas mot var och en av dessa personer separat vid en domstol där vederbörande har hemvist och det skulle inte vara möjligt att samla dessa processer vid en enda domstol.

55. Behörighetsreglerna i Bryssel I-förordningen och därmed, i förlängningen, i Lugano II-konvention ska dessutom tolkas enhetligt med lagvalsreglerna i Rom I-förordningen.[42] I den förordningen finns visserligen, i artikel 8, bestämmelser om ”individuella anställningsavtal”, men i förordningen anges även, i artikel 1.2 f, att den inte ska tillämpas på ”frågor som underkastas lagreglerna om bolag”, om bland annat bolagens ”interna organisation”.

56. I detta avseende medges i allmänhet att i denna kategori ingår frågor som rör bolagsorganens, däribland bolagsledarnas, befogenheter och funktionssätt, och fastställer deras skadeståndsansvar gentemot aktieägare eller delägare i händelse av ett utövande av dessa befogenheter som innebär vållande.[43] Med hänsyn till det undantag som är föreskrivet i Rom I-förordningen ska denna lag som är tillämplig på dessa frågor fastställas *enligt varje medlemsstats lagvalsregler*.

39 Se förslaget till avgörande av generaladvokat Cruz Villalón i målet Holterman Ferho Exploitatie m.fl. (C-47/14, EU:C:2015:309, fotnot 28). Se Companies Act 2006, Part 10, Chapter 5, § 227 med rubriken *”Director's service contracts ”*. I andra medlemsstater däremot, bland annat i Frankrike, kan ett uppdrag som bolagsföreträdare endast kumuleras med ett anställningsavtal om bolagsledaren utför separata tekniska uppgifter som kan särskiljas från ett sådant uppdrag. Den berörda har då *två oberoende ställningar*: uppdraget som bolagsledare omfattas av bestämmelserna i bolagsrätten, medan uppdraget som arbetstagare omfattas av bestämmelserna om arbetarskydd, och bolagsledaren erhåller då två separata ersättningar. Se Bavozet, F., ”Dirigeants salariés et assimiliés – Affiliation au régime des salariés – Conditions de cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social”, *JurisClasseur*, fasc. S-7510, 7 februari 2018.

40 Se till exempel artikel L 223–22 i Code de commerce (den franska handelslagen), artiklarna 236 och följande i Ley de Sociedades de Capital (den spanska aktiebolagslagen) av den 2 juli 2010 (BOE nr 161 av den 3 juli 2010, s. 58472) och artiklarna 361 och 363–365 i Selskabsloven (den danska bolagslagen). Dessa regler har delvis harmoniserats genom artiklarna 106 och 152 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2017/1132 av den 14 juni 2017 om vissa aspekter av bolagsrätt (EUT L 169, 2017, s. 46). Se även artikel 51 i rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag (EGT L 294, 2001, s.1).

41 Se exempelvis artikel L 223–22 i den franska handelslagen och artikel 237 i den spanska aktiebolagslagen.

42 Europaparlamentets rådets och förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I) (EUT L 177, 2008, s. 6). Se skäl 7 i den förordningen och dom av den 21 januari 2016, ERGO Insurance och Gjensidige Baltic (C-359/14 och C-475/14, EU:C:2016:40, punkterna 43–45).

43 Det är även allmänt godtaget att dessa frågor omfattas av *lex societatis*. Se ovan angiven rapport av Giuliano och Lagarde, s. 12, Cour de Cassation (Högsta domstolen, Frankrike), första avdelningen för civilmål, 1 juli 1997, nr 95–15.262, M. X mot Société Africatours; Cohen, D., ”La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 2003, s. 585, och Menjucq, M., *Droit international et européen des sociétés*, L.G.D.J, Paris, 2011 3:e utgåvan, s. 116 och 117.

57. Med hänsyn till det anförda tvivlar jag således starkt på att unionslagstiftaren och upphovsmännen till Lugano II-konventionen hade för avsikt att utvidga tillämpningen av avsnitt 5 till att omfatta tvistemål om bolagsledares skadeståndsansvar. De intressen som står på spel i frågan skiljer sig för övrigt i hög grad från de intressen som rör en arbetstagares ansvar gentemot sin arbetsgivare. Den jämvikt som ska nås är en annan, och reglerna i internationell privaträtt bidrar till denna jämvikt. [44]

58. Med andra ord kan begreppet underordnad ställning, såvitt avser avsnitt 5, inte ges samma tolkning som i domen Danosa [45] och domen Balkaya [46] utan att förvirring uppstår kring de arbetsrättsliga och de bolagsrättsliga reglerna. Domstolens tolkning må ha varit berättigad i det sammanhang som dessa domar meddelades i men skulle vara särskilt olämplig inom ramen för behörighetsreglerna i Lugano II-konventionen.

59. Den tolkning som föreslås ovan i punkterna 45–47 påverkas inte heller av det argument som svarandena i det nationella målet fört fram, att det inte görs någon åtskillnad mellan olika kategorier av arbetstagare i avsnitt 5. Mitt förslag innebär nämligen inte att domstolen ska göra någon åtskillnad, som inte förutsågs av upphovsmännen till Lugano II-konventionen, mellan arbetstagare i underordnad ställning. Jag föreslår endast att domstolen, när det gäller detta avsnitt, ska ge begreppet underordnad ställning en innebörd som tar hänsyn till bolagsrättens särdrag och till realiteten beträffande bolagsuppdrag.

60. Mot bakgrund av ovanstående föreslår jag att domstolen ska besvara den andra frågan enligt följande. En bolagsledare som har full och självständig kontroll över den löpande verksamheten i det bolag som han eller hon företräder och över utförandet av sitt eget arbete har inte en underordnad ställning i förhållande till detta bolag och har följaktligen inte har ett anställningsavtal, i den mening som avses i artikel 18.1 i Lugano II-konventionen, med bolaget. Denna tolkning påverkas inte av att aktieägarna i bolaget har rätt att entlediga bolagsledaren.

C. Test för att avgöra om en talan ”avser” ett anställningsavtal (första och tredje frågan)

61. Jag framhåller inledningsvis att om domstolen, i enlighet med vad jag föreslår, skulle slå fast att det inte kan vara fråga om anställningsavtal, i den mening som avses i artikel 18.1 i Lugano II-konventionen, mellan sådana allsmäktiga bolagsledare som svarandena i det nationella målet och de bolag för vilka de arbetar, behöver den hänskjutande domstolens första och tredje fråga inte besvaras. Därför behandlar jag dessa endast i andra hand.

62. Jag vill också erinra om att talan som Arcadia väckt mot svarandena i det nationella målet huvudsakligen vilar på deliktet samverkan genom olagliga medel (*unlawful means conspiracy*) och på deliktet åsidosättande av förvaltarförpliktelser om lojalitet och ärligt uppsåt (*breach of fiduciary duty*). I engelsk rätt avser dessa rättsliga grunder *skadestånd utanför avtalsförhållanden* (*tort*).

63. Mot den bakgrunden vill den hänskjutande domstolen med den första och den tredje frågan få klarhet i huruvida en talan, som väckts mellan parter i ett ”anställningsavtal” och som vilar på sådana rättsliga grunder som avser skadestånd utanför avtalsförhållanden, kan omfattas av avsnitt 5 och, om så är fallet, enligt vilka kriterier.

44 Det gäller att göra en känslig avvägning mellan å ena sidan syftet att skydda delägarnas intressen och garantera det förtroende som krävs för att ett företag ska fungera väl, genom att säkerställa, vid äventyr av skadeståndsansvar, att bolagsledningen agerar omdömesgillt och, å andra sidan, behovet av att inte lamslå bolagsledningen genom ett systematiskt och alltför omfattande ansvar, eftersom ett bolag inte kan ledas utan risktagande. Se Guyon, Y., ”Responsabilité civile des dirigeants”, *JurisClasseur Sociétés Traité*, § 1 och där angiven doktrin.

45 Dom av den 11 november 2010 (C-232/09, EU:C:2010:674).

46 Dom av den 9 juli 2015 (C-229/14, EU:C:2015:455).

64. Arcadia menar att avsnitt 5 inte är tillämpligt på den talan som bolaget väckt, eftersom *den inte är grundad på en förpliktelse som följer av svaranden i det nationella målets anställningsavtal*,[47] utan på åsidosättande av rättsliga skyldigheter som *föreligger oberoende av dessa avtal*. Avsnitt 5 är nämligen till sin art en underavdelning till kategorin ”avser avtal”, i artikel 5.1 i Lugano II-konventionen. En talan som vilar på en sådan rättslig grund avser enligt Arcadia ”skadestånd utanför avtalsförhållanden”, i den mening som avses i artikel 5 punkt 3 i denna konvention, omfattas därför inte avsnitt 5.

65. Svarandena i det nationella målet har däremot anfört att det avgörande kriteriet för tillämpningen av avsnitt 5 är huruvida det handlande som arbetsgivaren åberopar *kan utgöra ett åsidosättande av avtalsförpliktelserna* i anställningsavtalet, vilket han skulle ha kunnat åberopa[48], oberoende av vilken regel i materiell rätt som arbetsgivaren grundar sin talan på. Detta är dock fallet här. Det är i denna del utrett att Arcadia skulle ha kunnat grunda sin talan på ett åsidosättande av uttryckliga eller underförstådda avtalsförpliktelser (*breach of express and/or implied contractual duties*) till följd av de berördas anställningsavtal.[49] Nämnda avsnitt är således tillämpligt i det nationella målet.

66. Med hänsyn till de argument som har anförts av parterna i det nationella målet och för att lämna ett uttömmande svar på den hänskjutande domstolens frågar, anser jag därför att det är ändamålsenligt att först behandla frågan om talan om utomobligatoriskt skadestånd mellan avtalsparter ur en allmän synvinkel och att bedöma de lösningar som kan tillämpas inom ramen för artikel 5.1 och artikel 5.3 i Lugano II-konventionen (1). Därefter kommer jag att förklarar jag varför jag anser att avsnitt 5 kräver en annan lösning (2).

1. Talan om utomobligatoriskt skadestånd som väcks mellan avtalsparter

67. När det gäller skadeståndsansvar är åtskillnaden, teoretiskt sett, mellan vad som avser skadestånd på grund av avtalsbrott och vad som avser skadestånd på grund av utomobligatoriskt skadeståndsansvar i allmänhet beroende av arten av den förpliktelse som käranden gör gällande gentemot svaranden. I korthet gäller det att fastställa om denna förpliktelse följer av ett åsidosättande av en skyldighet som är en direkt följd av lag och som kan göras gällande mot alla (förpliktelsen är i ett sådant fall deliktuell) eller följer av ett frivilligt avtal mellan två personer (förpliktelsen är i ett sådant fall obligationsrättslig).[50]

68. Det förekommer emellertid att ett och samma skadevållande agerande samtidigt utgör både ett åsidosättande av en avtalsförpliktelse och ett åsidosättande av en rättslig skyldighet som kan göras gällande mot alla. Det är då fråga om *konkurrerande skadeståndsansvar* (eller konkurrens mellan obligationsrättsliga och deliktuella förpliktelser).

69. I det nu aktuella fallet ger det bedrägeri som Arcadiakoncernen klandrat svarandena i det nationella målet för upphov till sådant konkurrerande skadeståndsansvar. I engelsk rätt finns nämligen en allmän skyldighet att inte sammansvärja sig i syfte att vålla någon annan skada. Åsidosättande av denna skyldighet utgör ett civilrättsligt delikt (*tort of conspiracy*). Oberoende av detta utgör den omständigheten att en arbetstagare vållar sin arbetsgivare skada ett åsidosättande av arbetstagarens avtalsmässiga lojalitetsförpliktelse. Det skadevållande handlandet kan således ge upphov till två olika former av skadeståndsansvar.

47 Kriteriet berörs i tolkningsfrågorna 1 och 3 b.

48 Kriteriet berörs i tolkningsfrågorna 1 och 3 a.

49 Vilket koncernen för övrigt gjorde i sin ursprungliga ansökan, för att sedan ändra sig efter det att svarandena anfört att avsnitt 5 var tillämpligt.

50 Eftersom den *primära källan* till alla förpliktelser är lagen, i och med att ingen förpliktelse skulle föreligga om den inte möjliggjordes genom lag (till exempel genom regler om avtals bindande verkan och giltighet).

70. När det rör sig om ett sådant konkurrerande skadeståndsansvar kan käranden i vissa nationella system, däribland engelsk rätt, *välja* att grunda sin talan mot sin avtalspart på utomobligatoriskt skadeståndsansvar och/eller på skadeståndsansvar på grund av avtalsbrott.[51] I andra system, bland annat i fransk rätt, *är en sådan valmöjlighet i princip utesluten* i enlighet med den så kallade regeln om förbud mot sammanträffande av skadeståndsansvar. Där kan en kärande inte göra gällande en utomobligatorisk förpliktelse mot sin avtalspart när de omständigheter som åberopas även utgör ett avtalsbrott.

71. Samma åtskillnad görs i Bryssel I-förordningen och Lugano II-konventionen mellan ”avser avtal” (artikel 5.1) och ”skadestånd utanför avtalsförhållanden” (artikel 5.3), och olika behörighetsregler föreskrivs beroende på om talan avser den ena eller den andra av dessa kategorier. Frågan om konkurrerande skadeståndsansvar omfattar således även dessa instrument. I detta sammanhang är frågan huruvida kärandens val att som grund för talan mot sin avtalspart åberopa utomobligatoriskt skadeståndsansvar eller skadestånd på grund av avtalsbrott är avgörande för frågan vilken domstol som är behörig.

72. Domstolen berörde denna fråga för första gången i domen Kalfelis.[52] Denna dom meddelades i ett mål som avsåg en enskild som väckt talan mot sin bank i syfte att erhålla ersättning för en skada som vederbörande vållats i samband med börstransaktioner. Grunden för talan var en kombination av följande: 1) skadeståndsansvar på grund av avtalsbrott, 2) utomobligatoriskt skadeståndsansvar och 3) obehörig vinst (kvasikontraktuell förpliktelse). Bland annat ställdes frågan om den domstol som enligt artikel 5.3 i Brysselkonventionen var behörig att pröva frågan om utomobligatoriskt skadeståndsansvaret även var behörig i fråga om de grunder som avsåg avtalsbrott och kvasikontraktuell förpliktelse.

73. Domstolen slog först fast att begreppet skadestånd utanför avtalsförhållanden ska betraktas som ett autonomt begrepp och anses omfatta ”varje talan som syftar till att gentemot en svarande göra gällande ett ansvar som inte är hänförligt till ett avtal enligt artikel 5.1” i Brysselkonventionen. Betraktat för sig tycks detta textstycke ange att kärandens val att grunda sin talan mot sin avtalspart på utomobligatoriskt skadeståndsansvar inte är relevant när det gäller domstols behörighet. Talan kommer under alla omständigheter att hamna i kategorin ”som avser avtal”. Domstolen preciserade emellertid att ”den domstol som i enlighet med artikel 5.3 [i samma konvention] är behörig att pröva en talan i den del denna grundas på utomobligatoriskt skadeståndsansvar inte [ska] anses behörig att pröva [den aktuella] talan i den del den inte grundas på ett sådant ansvar.”[53]

74. Trots att domstolens svar är något tvetydigt tycks domstolen i den domen ha funnit att respektive rättslig grund som åberopats av käranden, det vill säga de regler i materiell rätt som utgör grunden för dennes yrkanden, ska kvalificeras antingen som hänförlig till ”skadestånd på grund av avtalsbrott” eller som hänförlig till ”utomobligatoriskt skadeståndsansvar”, Frågan om domstols behörighet således kan variera, beroende på vilken materiell regel som käranden åberopar.[54] Jag preciserar att det inte är fråga om att använda sig av den kvalificering som är föreskriven i nationell rätt vid tillämpningen av Bryssel I-förordningen eller Lugano II-konventionen. Enligt domstolens uppfattning hänvisar den åberopade regeln i själva verket till en förpliktelse. Det är denna förpliktelse som vid tillämpningen av Bryssel I-förordningen eller Lugano II-konventionen *på ett fristående sätt* ska kvalificeras som avseende

51 I medlemsstaternas materiella rätt kan reglerna för avtalsrättsligt ansvar och för skadeståndsansvar utanför avtalsförhållanden vara olika med avseende på exempelvis bevisbörda, storleken på den tillgängliga ersättningen och preskriptionstid. Det kan därför ligga i kärandens intresse att välja den ena eller den andra vägen.

52 Dom av den 27 september 1988 (189/87, EU:C:1988:459).

53 Dom av den 27 september 1988, Kalfelis (189/87, EU:C:1988:459, punkterna 16–19).

54 Domstolen har för övrigt bekräftat detta i senare domar. Se, bland annat, dom av den 16 maj 2013, Melzer (C-228/11, EU:C:2013:305, punkt 21). Se även Zogg. S, ” Accumulation of Contractual and Tortious Causes of Action Under the Judgments Regulation”, *Journal of Private International Law*, 9:1, s. 39-–76, särskilt s. 42–43

”avtal” – om parterna frivilligt åtagit sig den[55] – eller som avseende ”skadestånd utanför avtalsförhållanden” – om den inte hänför sig till den förstnämnda kategorin. När käranden till stöd för samma talan åberopar olika rättsliga grunder, åberopar denna olika förpliktelser (avtalsmässiga, deliktuella, etcetera), vilka kan omfattas av lika många domstolars respektive behörighet.[56]

75. Samma fråga behandlades också av domstolen i domen Brogsitter.[57] Den domen meddelades i ett mål där en enskild väckt talan om bland annat skadestånd utanför avtalsförhållanden mot sina avtalsparter med stöd av regler i tysk rätt om förbud mot illojal konkurrens. Käranden anklagade dem särskilt för att ha åsidosatt en förpliktelse om ensamrätt som följde av avtalet. Domstolen anmodades då att svara på frågan hur dessa yrkanden skulle kvalificeras enligt Bryssel I-förordningen.

76. Domstolen slog fast, med utgångspunkt i dom Kalfelis,[58] enligt vilken ett ”skadestånd utanför avtalsförhållanden” omfattar varje talan som syftar till att gentemot en svarande göra gällande ett ansvar som inte är hänförligt till ett avtal, att det för att hänföra ett visst yrkande till någon av dessa kategorier skulle prövas ”huruvida de, oberoende av hur de kvalificeras i den nationella lagstiftningen, har *anknytning till ett avtal*”.[59]

77. Domstolen menade att så var ”fallet enbart när det påtalade agerandet kan betraktas som ett åsidosättande av avtalsförpliktelserna, såsom dessa låter sig bestämmas utifrån avtalets syfte”[60] och att ett ”exempel på detta skulle vara när det visar sig absolut nödvändigt att tolka avtalet… för att fastställa huruvida [det] påtalade agerande[t] är rättsenligt eller inte.”[61] Det ankom därför på den nationella domstolen ”att avgöra huruvida [yrkandena har framställts] i syfte att utverka ersättning för något[62] som rimligen skulle kunna betraktas som ett åsidosättande av rättigheter och skyldigheter i avtalet…, vilket gör det absolut nödvändigt att fästa avseende vid detta avtal för att avgöra målet.”[63]

78. Jag ser domen Brogsitter[64] som ett tecken på att domstolen intagit ett flexiblare förhållningssätt än i domen Kalfelis.[65] Domstolen förefaller ha bytt perspektiv vid kvalificeringen av yrkandena med avseende på behörighetsreglerna i artikel 5.1 och 5.3 i Bryssel I-förordningen och i Lugano II-konventionen. I stället för att utgå från *den materiella rättsliga grund* som käranden gjort gällande grundade domstolen sin kvalificering på *de faktiska omständigheter som anförts till stöd för talan*. Det sätt på vilket käranden utformat sin talan förefaller inte vara relevant vid en sådan bedömning.

55 Dom av den 17 juni 1992, Handte (C-26/91, EU:C:1992:268, punkt 15).

56 I enlighet med detta synsätt vilar de olika *claims* som Arcadia har framställt mot svarandena i det nationella målet på lika många rättsliga grunder – *breach of fiduciary duty, conspiracy*, etcetera – vilka måste kvalificeras separat. I detta hänseende hänvisar deliktet *conspiracy*, såsom jag har förklarat ovan, till åsidosättande av en rättslig plikt som kan göras gällande mot envar och avser således ”skadestånd utanför avtalsförhållanden”. Deliktet *breach of fiduciary duty* är en grund som avser ”avtal”. Svarandena i det nationella målet hade nämligen frivilligt åtagit sig de aktuella sysslomannaförpliktelserna i förhållande till Arcadia (se punkt 39 i detta förslag till avgörande).

57 Dom av den 13 mars 2014 (C-548/12, EU:C:2014:148).

58 Dom av den 27 september 1988 (189/87, EU:C:1988:459, punkt 17).

59 Dom av den 13 mars 2014, Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148, punkterna 20 och 21) (min kursivering).

60 Dom av den 13 mars 2014, Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148, punkt 24). Denna punkt återges i punkt 29 i domen och i domslutet.

61 Dom av den 13 mars 2014, Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148, punkt 25).

62 Domstolen förefaller har gett begreppet ”sak” en innebörd som inte hänför sig till den regel i materiell rätt som käranden har åberopat till stöd för sitt yrkande (vilket är den innebörd av detta begrepp som används i punkt 74 i detta förslag till avgörande), utan till de omständigheter som är angivna i stämningsansökan.

63 Dom av den 13 mars 2014, Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148, punkt 26).

64 Dom av den 13 mars 2014 (C-548/12, EU:C:2014:148).

65 Dom av den 27 september 1988 (189/87, EU:C:1988:459).

79. Den exakta räckvidden av domen Brogsitter [66] är emellertid oklar. Arcadia har i detta avseende gjort gällande att ”Brogsitter-testet” framgår av punkt 25 i domen. En talan avser avtal när det framstår som *nödvändigt att tolka avtalet för att fastställa huruvida det aktuella handlande ur en skadeståndsrättslig synvinkel är att anse som lovligt eller olovligt*. Jag gör samma bedömning. Jag menar att det var domstolens avsikt att som yrkanden avseende ”avtal” kvalificera samtliga yrkanden avseende utomobligatoriskt skadeståndsanvar där frågan huruvida yrkandet ska bifallas eller inte beror på innehållet i de avtalsförpliktelser som binder parterna i tvisten. [67]

80. Svarandena i det nationella målet anser däremot att ”Brogsitter-testet” beskrivs i punkterna 24 och 29 i domen, nämligen att en talan avser ”avtal” när det aktuella agerandet *kan betraktas som – det vill säga kan utgöra – ett åsidosättande av avtalsförpliktelser*, oavsett om detta har gjorts gällande av käranden eller inte. Enligt svarandena i det nationella målet är det i detta sammanhang inte fråga om huruvida det framstår som nödvändigt att fastställa innehållet i avtalsförpliktelserna för att avgöra det aktuella handlandets lagenlighet med avseende på förutsättningarna för utomobligatoriskt skadeståndsansvar, utan huruvida det finns ett potentiellt samband mellan detta handlande och förpliktelsernas innehåll. Eftersom handlandet, med hänsyn till omständigheterna i målet, både kan utgöra ett vållande vilket föranleder utomobligatoriskt skadeståndsansvar och ett avtalsbrott – och käranden skulle ha kunnat åberopa det ena eller det andra – är det kvalificering som ”avtal” som ska ha företräde i fråga om domstols behörighet.

81. Domstolen tycks i vissa domar som meddelats nyligen ha tolkat domen Brogsitter [68] på samma sätt som svarandena i det nationella målet. Särskilt i domen Holterman, som alltså också avsåg en situation där olika rättsliga grunder hade åberopats till stöd för ett och samma skadeståndsyrkande, slog domstolen fast att det för att avgöra om detta yrkande avsåg avtal eller skadestånd utanför avtalsförhållanden, endast behövde prövas om det påtalade agerandet *kunde betraktas som ett avtalsbrott*. [69] Domstolen gjorde emellertid ingenting annat än att upprepa detta kriterium, utan att verkligen tillämpa det (eller förklara det). Därför är det svårt att säkert veta vilken innebörd domstolen avsåg att ge kriteriet.

82. Som jag ser det framgår det av vad som anförs ovan att domstolens praxis är minst sagt tvetydig när det gäller hur artikel 5.1 och artikel 5.3 i Bryssel I-förordningen och Lugano II-konventionen ska tillämpas i händelse av konkurrerande skadeståndsansvar. Det är önskvärt att domstolen klargör sin uppfattning i denna fråga.

83. För att bestämma förhållandet mellan artikel 5.1 i Bryssel I-förordningen och artikel 5.3 i Lugano II-konventionen anser jag att det med hänsyn till de målsättningar avseende rättssäkerhet, förutsebarhet och god rättsskipning som förordningen och konventionen vilar på, är lämpligast att tillämpa det resonemang som domen Kalfelis [70] bygger på. En talan ska således kvalificeras så, att den avser ”avtal” eller ”skadestånd utanför avtalsförhållanden” beroende på vilken grund avseende materiell rätt som käranden har åberopat. Domstolen borde som absolut minimum hålla sig till den strikta tolkning av domen Brogsitter [71] som anges i punkt 79 i detta förslag till avgörande. Annorlunda

66 Dom av den 13 mars 2014 (C-548/12, EU:C:2014:148).

67 Se, för ett liknande synsätt, förslag till avgörande av generaladvokat Cruz Villalón i målet Holterman Ferho Exploitatie m.fl. (C-47/14, EU:C:2015:309, punkt 48) samt förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i målet Granarolo (C-196/15, EU:C:2015:851, punkterna 14 och 18). Generaladvokat Cruz Villalón föreslog sålunda i sitt förslag till avgörande att detta test skulle överföras till avsnitt 5.

68 Dom av den 13 mars 2014 (C-548/12, EU:C:2014:148).

69 Dom Holterman, punkterna 32 och 71, i vilka hänvisas till punkterna 24–27 i dom av den 13 mars 2014, Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148). Domstolen avsåg visserligen dessa fyra punkter, men fäste sig slutligen endast vid den första av dem. Se även dom av den 14 juli 2016, Granarolo (C-196/15, EU:C:2016:559, punkt 21).

70 Dom av den 27 september 1988 (189/97, EU:C:1988:459, punkt 20)

71 Dom av den 13 mars 2014 (C-548/12, EU:C:2014:148).

uttryckt innebär detta att om en talan mellan avtalsparter inte grundar sig på en förpliktelse som följer av avtalet, utan på reglerna om utomobligatoriskt skadeståndsansvar, och det inte framstår som nödvändigt att fastställa innehållet i avtalsförpliktelserna för att avgöra lagenligheten av det aktuella handlandet, borde talan omfattas av artikel 5.3 i förordningen respektive konventionen.[72]

84. Jag medger förvisso att det att låta en domstols behörighet vara beroende av vilken grund avseende materiell rätt som åberopats av käranden innebär att man tillåter ett visst mått av *forum shopping*, eftersom käranden i viss mån kan välja domstol genom att rikta in sig på lämpliga regler. Olika domstolar skulle teoretiskt sett kunna vara behöriga i fråga om ett och samma skadeståndgrundande handlande som en kärande angriper på olika rättsliga grunder, vilket medför en risk för uppsplittring av tvisten. I detta sammanhang innebär en sådan lösning som den som har föreslagits av svarandena i det nationella målet att sådant *forum shopping* är uteslutet och den har också den fördelen att flera tvister som uppstått i samband med ett avtalsförhållande kan samlas vid forum contractus.

85. Ovan angivna problem är dock relativa. Författarna till Lugano II-konventionen och Bryssel I-förordningen möjliggjorde själva en viss form av *forum shopping* genom att ge käranden några behörighetsalternativ. I fall av konkurrerande skadeståndsansvar har både *forum contractus* och *forum delicti* ett nära samband med tvisten och *varken i konventionen eller förordningen föreskrivs det någon hierarki mellan dessa forum*. När det gäller risken för en uppsplittring av tvisten skulle käranden, såsom domstolen själv framhållit i domen Kalfelis,[73] alltid i enlighet med artikel 2 i konventionen respektive förordningen kunna väcka talan vid en domstol där svaranden har hemvist, vilken domstol då blir behörig att uttala sig om hela talan.

86. Jag medger att det också finns en praktisk aspekt som ska vägas in. Vissa rättsordningar, däribland den engelska, innehåller nämligen regler om *strict pleading* som innebär att en kärande måste ange i sin ansökan såväl de faktiska omständigheterna och föremålet för talan som de rättsliga grunderna för sin talan. Samtidigt finns det andra rättsordningar, bland annat fransk rätt, som inte ställer några sådana krav på kärandena. Också i detta avseende krävs dock en viss relativisering. Den omständigheten att en kärande inte är skyldig att ange vilken rättslig grund som görs gällande betyder inte att hänsyn inte behöver tas till en rättslig grund som käranden ändå kan ha angett.

87. Utöver dessa överväganden är emellertid min uppfattning i första hand motiverad av nödvändigheten av enkla behörighetsregler. Jag erinrar om att rättssäkerhetsintresset kräver att den nationella domstolen utan svårighet kan ta ställning till sin egen behörighet, utan att behöva göra någon materiell prövning av målet.[74]

88. Att i detta avseende låta frågan om domstols behörighet vara beroende på den grund avseende materiell rätt (eller den förpliktelse) som käranden åberopat får den domstol vid vilken talan väckts en enkel logik att tillämpa. Som jag anger ovan är det denna förpliktelse som domstolen ska anse ”avser avtal” eller ”avser skadeståndsansvar utanför avtalsförhållanden” i den mening som avses i Bryssel I-förordningen eller Lugano II-konventionen. Att däremot kräva att domstolen i stället ska kvalificera talan mot bakgrund av de faktiska omständigheterna – föreligger det ett avtalsbrott som käranden skulle ha kunnat åberopa – blir dess uppdrag betydligt mer komplicerat. Som Arcadia har gjort gällande skulle den aktuella domstolen då vara tvungen att föra ett hypotetiskt resonemang om hur *talan i målet skulle kunna föras*. Att i samband med behörighetsprövningen, utifrån i omständigheterna i målet, kontrollera huruvida det föreligger ett eventuellt samband mellan det aktuella handlandet och innehållet i avtalsförpliktelserna är ofta en grannlaga uppgift. I många fall

72 Med detta synsätt skulle Arcadias talan i den del den grundar sig på deliktet *conspiracy* falla i denna kategori, under förutsättning att avsnitt 5 inte är tillämpligt. Det är nämligen inte nödvändigt att fastställa innehållet i de avtalsförpliktelser som binder svarandena i det nationella målet till Arcadia för att det handlande som motsvarar deliktet är rättsstridigt.

73 Dom av den 27 september 1988 (189/87, EU:C:1988:459, punkt 20).

74 Dom av den 3 juli 1997, Benincasa (C-269/95, EU:C:1997:337, punkt 27), och dom av den 28 januari 2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, punkt 61).

skulle det vara särskilt krävande för en domstol att redan i detta skede fastställa, eller ens föreställa sig, innebörden av dessa förpliktelser. Det skulle behöva fastställas vilken lag som är tillämplig på avtalet, vilket avgör både vilken metod som ska användas för att tolka avtalet – vilket är väsentligt för att klargöra dess innebörd – men även vad denna lag får för följder (*implied terms*) för ett avtal av denna typ. Detta skulle kunna leda till att förutsebarheten i behörighetsreglerna blir lidande.

89. Jag vill erinra om att en domstol i princip utan svårigheter måste kunna fastställa sin behörighet på *enbart grundval av kärandens påståenden*.[75] Att i stället tvinga en domstol att göra en helhetsbedömning av de faktiska omständigheterna skulle i praktiken innebära att svaranden skulle kunna sätta behörighetsregeln i artikel 5.3 i Bryssel I-förordningen respektive Lugano II-konventionen (”skadestånd utanför avtalsförhållanden”) ur spel genom att helt enkelt åberopa förekomsten av ett avtal mellan parterna och en möjlig samstämmighet mellan det aktuella handlandet och de förpliktelser som ingår i avtalet.[76]

90. Jag vill slutligen än en gång erinra om att behörig domstol i fråga om ”avtal” enligt artikel 5.1 i Bryssel I-förordningen och Lugano II-konventionen utom när det gäller särskilda avtal enligt led b, är *domstolen i den ort där den förpliktelse som talan avser har uppfyllts eller skall uppfyllas*. Jag ställer mig undrande till hur denna regel skulle kunna genomföras om kärandens talan inte grundade sig exakt på en viss avtalsförpliktelse men talan ändå skulle anses avse avtal mot bakgrund av de faktiska omständigheterna.

2. Överföring av denna problematik på avsnitt 5

91. Såsom jag redan har angett tidigare anser jag att problematiken angående talan om utomobligatoriskt skadestånd mellan avtalsparter kräver en annan lösning när det är fråga om tillämpningen av avsnitt 5.

92. Med hänsyn bland annat till att det finns en språklig skillnad mellan den tyska, den engelska och den franska versionen av artikel 18.1 i Lugano II-konventionen och Bryssel I-förodningen,[77] ska det först och främst läggas vikt vid systematiken i konventionen respektive förordningen och det skyddssyfte som eftersträvas genom avsnitt 5.[78]

93. Den självständiga och bindande arten av detta avsnitt i konventionen respektive förordningen samt ovannämnda skyddssyfte innebär enligt min mening att arbetsgivaren inte kan kringgå det genom att utforma sin talan så, att den avser skadestånd utanför avtalsförhållanden.[79] I detta sammanhang kan arbetsgivaren inte ha något val. I annat fall skulle avsnittet förlora sin ändamålsenliga verkan.[80] Dessa faktorer talar för att kvalificeringen inte ska grundas på de grunder avseende materiell rätt som åberopats av käranden, utan på de faktiska omständigheterna i målet.

75 Se dom av den 28 januari 2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, punkt 62).

76 Se, analogt, dom av den 4 mars 1982, Effer (38/81, EU:C:1982:79, punkt 7).

77 Ordalydelsen i de båda sistnämnda språkversionerna är relativt bred (”in matters relating to individual contracts of employment”; ”en matière de contrat individuel de travail”), är ordalydelsen i den första språkversionen betydligt mer inskränkt (” [b]ilden ein individueller Arbeitsvertrag oder Ansprüche aus einem individuellen Arbeitsvertrag den Gegenstand des Verfahrens ”).

78 Se, analogt, dom av den 30 maj 2013, Genil 48 och Comercial Hostelera de Grandes Vinos (C-604/11, EU:C:2013:344, punkt 38 och där angiven rättspraxis). Domstolen underströk att skyddssyftet måste tas i beaktande vid tolkningen av bestämmelserna i avsnitt 5. Se dom av den 19 juli 2012, Mahamdia (C-154/11, EU:C:2012:491, punkt 60).

79 Det blir särskilt tydligt vilka strategiska käromål ett sådant förhållningssätt skulle leda till när käranden som i det nu aktuella målet först åberopar ett åsidosättande av avtalet och sedan ändrar sin talan och drar tillbaka allt som kan beröra avtalet.

80 Domstolarna i England och Wales har meddelat många prejudicerande domar som kan bli vägledande. High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Commercial Court) (Överdomstolen (England & Wales), avdelningen Queen’s Bench (avdelning för handelsmål)) har i dom i målet Swithenbank Foods Ltd mot Bowers, domare McGonigal ((2002) 2 All ER (Comm) 974, punkterna 24–26), slagit fast att avsnitt 5 endast är tillämpligt när en arbetsgivare grundar sin talan mot en arbetstagare på anställningsavtalet. Denna dom ändrades av Court of Appeal England & Wales (Civil Division) (Appellationsdomstolen för England & Wales (Tvistemålsavdelningen) i domen Alfa Laval Tumba v Separator Spares ((2012) EWCA Civ 1569, punkterna 24 och 25) som valde ett brett angreppssätt som fokuserade på saken i målet, just för att inte riskera att avsnittet skulle kringgås.

94. Jag anser således att en talan ”avser anställningsavtal”, i den mening som avses i avsnitt 5, när det mot bakgrund av de faktiska omständigheterna finns en viss materiell koppling mellan denna talan och ett sådant avtal. Detta är fallet när talan hänför sig till en tvist som *uppstått i anledning av anställningsförhållandet*, oavsett om käranden grundar sin talan på anställningsavtalet eller inte och oberoende av om det framstår som nödvändigt att fastställa avtalsförpliktelsernas innehåll för att kunna pröva om det finns fog för talan. Detta villkor ska ges en vid bedömning. Annorlunda uttryckt skulle även ett yrkande som grundar sig på reglerna om utomobligatoriskt skadeståndsansvar (såsom Arcadias *conspiracy claim*) som i princip faller inom av tillämpningsområdet för artikel 5.3 i Bryssel I-förordningen respektive Lugono II-konventionen omfattas avsnitt 5, under förutsättning att detta villkor är uppfyllt. [81]

95. När det gäller den underliggande frågan bakom den hänskjutande domstolens tolkningsfrågor, det vill säga frågan om en skadeståndstalan mellan arbetsgivare och arbetstagare, anser jag att en sådan fråga omfattas av avsnitt 5 om arbetsgivaren, i enlighet med vad domstolen slagit fast i domen Holterman, grundar sig på *vållande som arbetstagaren påstås ha begått vid fullgörandet av sina arbetsuppgifter*. [82]

96. Jag ska dock sträcka mig längre än så. Det finns nämligen många gråzoner, utöver de fall där ett påtalat fel tydligt hänför sig till själva fullgörandet av de uppgifter som tilldelats arbetstagaren eller, omvänt, de fall där felet inte har någon som helst anknytning till dessa uppgifter. [83] Så är fallet när en arbetstagare genom att begå det omtvistade vållandet inte handlade i syfte att fullgöra sina uppgifter men vållandet ändå kan kopplas till arbetstagarens uppgifter med en tids- eller platsanknytning eller med andra medel. [84] Behöver det test som föreslås i föregående punkt därmed förfinas?

97. Jag anser inte det. Även om det vore möjligt att förfina det i materiell rätt, i form av villkor för arbetstagarens skadeståndsansvar, menar jag att det vore olämpligt med en ännu mer komplicerad bedömning i samband med prövningen av domstols behörighet. Det ska i detta sammanhang erinras om att den aktuella domstolen utan svårighet måste kunna avgöra om den är behörig, utan att behöva göra en ingående bedömning av de faktiska omständigheterna

98. Mot bakgrund av vad som anförs ovan föreslår jag att enbart talan som väcks av en arbetsgivare mot en arbetstagare angående skadevållande handlande som inte genom någon objektiv omständighet – plats, tid, medel eller syfte – har anknytning till fullgörandet av arbetstagarens arbetsuppgifter ska undantas från tillämpningsområdet för avsnitt 5. [85]

99. Denna tolkning påverkas inte av Arcadias argument att enligt domstolens praxis ska de särskilda behörighetsreglerna tolkas restriktivt och de kan inte ges en tolkning som går utöver de fall som de är avsedda att omfatta. [86]

81 Se, för ett liknande resonemang, Hess, B., Pfeiffer, T., och Schlosser, P., *The Brussels I Regulation 44/2001: Application and Enforcement in the EU* (Heidelberg-rapporten), C.H. Beck, München, 2008, punkterna 356–359; Merrett, L., ”Jurisdiction over individual contracts of employment” i Dickinson, A., och Lein, E. (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 242–243; Grušić, U., a,a,, s. 92; Baker Chiss, C., a.a., § 49 och 50. Den omständigheten att en talan skulle ha kunnat grundats på avtalsbrott är en god indikation i detta hänseende. Med hänsyn till komplexiteten kan denna omständighet emellertid inte tjäna som ett test i sig, vilket jag har påpekat i punkt 88 i detta förslag till avgörande.

82 Dom Holterman, punkt 49. Eftersom en och samma person kan ha flera uppdrag i ett företag, är det de uppdrag som utövas inom ramen för anställningsförhållanden som ska vara avgörande.

83 Två extremfall kan ställas mot varandra. Å ena sidan en lastbilschaufför som under en leverans vållar en olycka på grund att i berusat tillstånd ha framfört en av företagets lastbilar. Å andra sidan en annan arbetstagare som vållar en olycka som innebär en skada för arbetsgivaren på en ledig dag, utanför arbetsplatsen, med sin privata bil.

84 Jag avser sådana fall där vållandet har begåtts på arbetstid eller på arbetsplatsen, eller sådant vållande som endast har kunnat begås på grund av arbetsuppgifterna eller som underlättats av arbetsuppgifterna.

85 I en situation där en arbetstagare utför uppgifter i egenskap av arbetstagare, och andra uppgifter genom en annan ställning, ska det prövas vilka uppgifter det påtalade felet hänför sig till. Avsnitt 5 ska endast vara tillämpligt om det rör sig om uppgifter som arbetstagaren utför i egenskap av arbetstagare.

86 Se, bland annat, dom av den 27 september 1988, Kalfelis (189/87, EU:C:1988:459, punkt 19), dom av den 20 januari 2005, Engler (C-27/02, EU:C:2005:33, punkt 43) samt dom av den 22 maj 2008, Glaxosmithkline och Laboratoires Glaxosmithkline (C-462/06, EU:C:2008:299, punkt 28).

100. Jag anser att denna rättspraxis endast innebär att det inte är möjligt att avlägsna sig från de särskilda behörighetsreglernas tydliga ordalydelse, även om detta skulle peka i riktning mot den målsättning som dessa regler eftersträvar.

101. Den tolkning som jag föreslår avlägsnar sig inte från lydelsen i artikel 18.1 i Lugano II-konventionen, vars betydelse för övrigt är relativ i detta avseende, med hänsyn till de ovan angivna språkliga skillnaderna. I en situation där en arbetstagare orsakar sin arbetsgivare en skada vid fullgörandet av sina arbetsuppgifter är anställningsförhållandet i regel en avgörande omständighet i sammanhanget. Detta anställningsförhållande är skälet till att arbetstagaren befunnit sig på den plats där vållandet har begåtts – till exempel arbetsgivarens lokaler – eller har erbjudit arbetstagaren medel för att begå vållandet – såsom tillgång till vissa sekretessbelagda uppgifter som tillhör arbetsgivaren. Sammanfattningsvis finns det, utom i de fall där varje form av anknytning till arbetstagarens arbetsuppgifter kan uteslutas, en tillräcklig materiell anknytning mellan en arbetsgivares talan om skadestånd och de förpliktelser som följer av ett anställningsavtal för att motivera att talan hänförs till ”anställningsavtal” i enlighet med lydelsen i den bestämmelsen.

102. Denna tolkning påverkas inte heller av Arcadias argument att endast en talan som till sin beskaffenhet avser ”avtal”, i den mening som avses i artikel 5.1 i Lugano II-konventionen och Brysssel I-förordningen kan avse ”anställningsavtal” i den mening som avses i avsnitt 5. Det är visserligen riktigt att ”anställningsavtal” är en avtalskategori som ingår bland ”avtal”. Avsnitt 5 utgör i denna utsträckning *lex specialis* i förhållande till artikel 5.1 i konventionen respektive förordningen. Detta konstaterande utgör dock inte hinder för att göra en mer generös bedömning av sambandet mellan talan och ”avtalet” med avseende på avsnitt 5, eftersom detta krävs för att säkerställa avsnittets tvingande beskaffenhet.

103. Mot bakgrund av det anförda föreslår jag att domstolen besvarar den första och den tredje frågan enligt följande. En talan som en arbetsgivare väcker mot en arbetsgivare avser ”anställningsavtal”, i den mening som avses i artikel 18.1 i Lugano II-konventionen, när den är hänförlig till en tvist som *uppstått i anledning av anställningsförhållandet*, oberoende av de grunder avseende materiell rätt som arbetsgivaren har åberopat i sin stämningsansökan. En talan om skadestånd som en arbetsgivare har väckt mot en arbetstagare omfattas av avsnitt 5, när det påstått skadeståndsgrundande handlandet, med hänsyn till de faktiska omständigheterna, har anknytning till arbetstagarens arbetsuppgifter.

D. Begreppet ”arbetsgivare”, särskilt inom en bolagskoncern (fjärde frågan)

104. Talan mot svarandena i det nationella målet har som anges ovan väckts vid domstolar i England och Wales av Arcadia London, Arcadia Singapore och Arcadia Switzerland samt av Farahead, ensam aktieägare i koncernen. De berörda har emellertid endast haft ett anställningsavtal, i den mening som avses i materiell rätt, med ett av Arcadiabolagen, och detta bolags identitet har varierat under tiden. Den hänskjutande domstolen har därför ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida en talan som väcks mot en arbetstagare av en person som inte är arbetstagarens arbetsgivare i den mening som avses i materiell rätt – som var fallet med de andra bolagen i koncernen, utöver det bolag som var arbetsgivaren – kan omfattas av avsnitt 5 och, i så fall, under vilka förutsättningar.

105. Domstolen behöver inte heller besvara denna fråga om den, såsom jag föreslår, finner att svarandena i det nationella målet inte hade något anställningsavtal, i den mening som avses i bestämmelserna i avsnitt 5, med något av Arcadiabolagen. Således besvarar jag även denna fråga i andra hand, för det fallet att de berörda är arbetstagare, i den mening som avses i dessa bestämmelser.

106. Efter detta klargörande vill jag erinra om att en talan endast omfattas av avsnitt 5, i enlighet med bestämmelserna i avsnittet, om den väckts av en av parterna i ett anställningsavtal, en arbetstagare eller en arbetsgivare mot den andra parten. Arbetsgivaren är i normalfallet en fysisk eller juridisk person för vilken arbetstagaren under en viss tid utför arbete, åt och under ledning av arbetsgivaren, i utbyte mot en ersättning.

107. En talan som väcks mot arbetstagaren eller arbetsgivaren av en utomstående till nämnda avtal, eller en talan som väcks av någon av dessa parter mot en utomstående omfattas inte av detta avsnitt. Denna ståndpunkt måste emellertid nyanseras i två avseende, i synnerhet när det är fråga om en koncern.

108. För det första innebär den självständiga kvalificeringen av ett anställningsavtal och, i detta avseende, testet avseende en underordnad ställning, såsom anges ovan i bedömningen av den andra frågan, att ett bolag med vilket en arbetstagare inte har ingått något avtal, i den mening som avses i materiell rätt, ändå kan anses ha ett sådant avtal med bolaget. Inom koncern kan arbetsgivaren till en arbetstagare, som formellt har ett anställningsavtal med bolag A, kan således vara bolag B, eller till och med båda dessa bolag, beroende på var den faktiska ledningsfunktionen finns. [87]

109. Om en arbetstagare enligt detta test har ett anställningsavtal enbart med bolag A, men bolag B väcker talan mot arbetstagaren, motiverar skyddssyftet med avsnitt 5 att man väljer ett förhållningssätt som avspeglar tvistens realitet. Om bolag B:s talan avser arbetstagarens agerande vid fullgörandet av arbetstagarens avtal med avseende på bolag A, borde även bolag B betraktas som arbetsgivare i den mening som avses i artikel 20.1 i Lugano II-konventionen. Bolag i samma koncern borde vara bundna av samma restriktioner när det gäller domstols behörighet. [88] I annat fall fruktar jag att internationella arbetsgivare även i detta fall ges en viss möjlighet att kringgå avsnitt 5. Om det finns ett organiskt och ekonomiskt samband mellan dessa bolag och det andra bolaget har intresse av att fullgöra avtalet på ett riktigt sätt, skulle detta inte strida mot rättssäkerhetssyftet. [89] Detta skulle för övrigt också göra det möjligt att på ett lämpligt sätt förhindra att det finns flera behöriga forum för samma anställningsförhållande och skulle således bidra till god rättsskipning.

110. Mot bakgrund av det anförda föreslår jag att domstolen besvarar den fjärde frågan enligt följande. När en arbetstagare i en koncern har ett anställningsavtal, i den mening som avses i materiell rätt, med ett bolag, men ett annat bolag väcker talan mot arbetstagaren, kan det andra bolaget anses vara arbetstagarens arbetsgivare, i den mening som avses i avsnitt 5, om

– arbetstagaren i praktiken utför sina arbetsuppgifter under det andra bolagets ledning, eller

– det andra bolaget har väckt talan mot arbetstagaren för ett handlande som begåtts i anledning av fullgörandet av dennes avtal med det första bolaget.

87 Se, analogt, dom av den 15 december 2011, Voogsgeerd (C-384/10, EU:C:2011:842, punkterna 59–65).

88 Se, för ett liknande resonemang, Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Appellationsdomstolen (England & Wales) (avdelningen för civilmål), Samengo-Turner v J & H Marsh & McLennan (Services) Ltd, (2007) EWCA Civ 732, punkterna 32–35, och James Petter mot EMC Europe Limited, EMC Corporation (2015) EWCA Civ 828, punkterna 20 och 21.

89 Se, analogt, dom av den 10 april 2003, Pugliese (C-437/00, EU:C:2003:219, punkterna 23 och 24).

V. Förslag till avgörande

111. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara tolkningsfrågorna från Supreme Court of the United Kingdom (Förenade kungarikets högsta domstol) på följande sätt:

1) Artikel 18.1 i konventionen om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, vilken undertecknades den 30 oktober 2007 och vars ingående på gemenskapens vägnar godkändes genom rådets beslut 2009/430/EG av den 27 november 2008 (Lugano II-konventionen) ska tolkas så, att en bolagsledare som har full och självständig kontroll över den löpande verksamheten i det bolag som han eller hon företräder och över utförandet av sitt eget arbete inte har en underordnad ställning i förhållande till detta bolag och följaktligen inte har ett anställningsavtal, i den mening som avses i den bestämmelsen, med bolaget. Denna tolkning påverkas inte av att aktieägarna i bolaget har rätt att entlediga bolagsledaren.

2) En talan som en arbetsgivare väcker mot en arbetstagare avser ”anställningsavtal”, i den mening som avses i artikel 18.1 i Lugano II-konventionen, när den är hänförlig till en tvist som *uppstått i anledning av anställningsförhållandet*, oberoende av de grunder avseende materiell rätt som arbetsgivaren har åberopat i sin stämningsansökan. En talan om skadestånd som en arbetsgivare har väckt mot en arbetstagare omfattas av avsnitt 5 i avdelning II i Lugano II-konventionen, när det påstått skadeståndsgrundande handlandet, med hänsyn till de faktiska omständigheterna, har anknytning till arbetstagarens arbetsuppgifter.

3) När en arbetstagare i en koncern har ett anställningsavtal, i den mening som avses i materiell rätt, med ett bolag, men ett annat bolag väcker talan mot arbetstagaren, kan det andra bolaget anses vara arbetstagarens arbetsgivare, i den mening som avses i avsnitt 5 i avdelning II i Lugano II-konventionen, om

   – arbetstagaren i praktiken utför sina arbetsuppgifter under det andra bolagets ledning, eller

   – det andra bolaget har väckt talan mot arbetstagaren för ett handlande som begåtts i anledning av fullgörandet av dennes avtal med det första bolaget.