

Gränsöverskridande insolvens

En studie av den internationella domsrätten
för insolvensförfaranden inom EU

Gränsöverskridande insolvens

En studie av den internationella domsrätten
för insolvensförfaranden inom EU

Anna Warberg

Juridiska institutionens skriftserie

Handelshögskolan vid Göteborgs universitet

Skrift 020

2017

© Anna Warberg, Göteborg 2017

ISBN: 978-91-87869-04-4

Omslag: Jeffrey Johns

Tryck: Ineko AB, Göteborg

Förord

Då är det dags att sätta punkt. Innan jag gör det vill jag passa på att rikta ett stort tack till alla som har hjälpt mig under årens gång.

Först och främst vill jag tacka min huvudhandledare Rolf Dotevall. Rolf inspirerade mig att börja doktorera och har stöttat mig i allt, alltid varit tillgänglig och läst manus i tid och otid. Han introducerade mig tidigt för sitt nordiska insolvensrättsliga nätverk, som jag har haft stor behållning av. Jag vill också särskilt tacka min biträdande handledare, Joachim Åhman, för att alltid ha varit tillgänglig, för våra givande diskussioner och för hans hjälp och stöd.

Jag har mycket att tacka Annina H. Persson för. Annina har bidragit med värdefulla synpunkter på manus och hennes värme och vänlighet har betytt mycket för mig. Stort tack också till Jakob Heidbrink, inte minst för att outtröttligt ha läst och kommenterat manus.

Det har varit roligt att gå till jobbet med så trevliga kollegor. Särskilt tack till Anna Wallerman, Lars-Göran Malmberg, Trisha Rajput, Christer Ranch, Pernilla Rendahl, Ann-Sophie Sallander, Marie Karlsson-Tuula och Mikael Baaz för givande diskussioner och uppmuntande ord. Tack likaså till mina doktorandkollegor, inte minst Gabriela Arguello, Jannice Käll, Erik Björling, Sebastian Wejedal, Mikael Bernardini och Jeanette Andersson.

Forskningsprojektet har finansierats genom ett generöst bidrag från PRI Pensionsgaranti. Jag har även fått resebidrag från Adlerbertska Stipendiestiftelsen och tryckningsbidrag från Emil Heijnes Stiftelse. Stort tack för alla dessa bidrag.

Avslutningsvis, ett stort tack till Carl och Axel, som har sett till att hålla mina fötter på jorden, och till mina föräldrar Christina och Jan för allt stöd och all hjälp, inte minst i slutet av avhandlingsskrivandet. Tack Daniel och Eric, mormor, Tina och Henry. Nu ska det bli skönt med semester.

Göteborg den 27 februari 2017

Innehållsförteckning

Förord 5

Lista över förkortningar 13

1 Inledning 15

- 1.1 Avhandlingens ämne 15
- 1.2 Syfte och frågeställningar 22
- 1.3 Metod och material 23
- 1.4 Disposition 31
- 1.5 Avgränsningar 33

2 EU:s insolvensförordning, tillämpningsområde m.m. 35

- 2.1 Introduktion 35
 - 2.1.1 *Bakgrund* 35
 - 2.1.2 *Allmänt om insolvensförordningens innebåll* 38
 - 2.1.3 *Universalitets- och territorialprincipen* 40
- 2.2 Insolvensförordningens tillämpningsområde 42
 - 2.2.1 *Tillämplighet i tid och rum* 42
 - 2.2.2 *Gäldenärer* 49
 - 2.2.3 *Insolvensförfaranden* 52
 - 2.2.4 *Besläktad talan* 63
- 2.3 Internationell domsrätt när insolvensförordningen inte ska tillämpas 72
- 2.4 Insolvensförordningens lagvalsregler och behovet av en harmoniserad materiell insolvensrätt inom EU 77

2.4.1	<i>Inledandelandets lag tillämpas som huvudregel</i>	77
2.4.2	<i>Tillämplig lag för vissa rättigheter, avtal och egendom</i>	79
2.4.3	<i>Bristen på enbetydig nationell materiell insolvensrätt</i>	81
2.4.4	<i>Problematiska lagvals konflikter och nationell anpassning till den harmoniserade internationella insolvensrätten</i>	92
2.5	Sammanfattande kommentar	97
3	Domsrätten för huvudförfaranden	101
3.1	Prövningen av en domstols internationella behörighet	101
3.2	Domsrättsregeln i art 3.1	104
3.3	Anknytningskravet för bolag och andra juridiska personer	111
3.3.1	<i>Introduktion</i>	111
3.3.2	<i>Sätespresumtionen</i>	112
3.3.2.1	Anknytningskravet gäldenärens säte	112
3.3.2.2	När sätespresumtionen ska brytas	116
3.3.2.3	Tre månader karenstid om sätet har flyttats	120
3.3.3	<i>Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen</i>	122
3.3.3.1	Platsen för de huvudsakliga intressena avser en specifik plats	122
3.3.3.2	Huvudkontoret som relevant anknytning	124
3.3.3.3	Betydelsen av anknytning i form av tillgångar, avtal och verksamhet	129
3.3.3.4	Betydelsen av anknytning i form av ett moderbolags påverkan eller annan typ av extern kontroll	135
3.3.3.5	Anknytningen ska vara objektivt fastställbar för tredje man	143
3.3.4	<i>Sammanfattande kommentar</i>	149

- 3.4 Anknätningskravet för egenföretagare och fria yrkesutövare 154
 - 3.4.1 *Introduktion* 154
 - 3.4.2 *Presumtionen gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe* 158
 - 3.4.3 *Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* 162
- 3.5 Anknätningskravet för övriga fysiska personer 165
 - 3.5.1 *Introduktion* 165
 - 3.5.2 *Hemvistpresumtionen* 165
 - 3.5.3 *Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* 174
- 3.6 Den relevanta tidpunkten för bedömningen av gäldenärens anknätning 177
- 3.7 Ett allmänt förbud mot missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis 180
 - 3.7.1 *Allmänt om EU-domstolens praxis angående förbud mot missbruk av EU-rätt* 180
 - 3.7.2 *EU:s insolvensförordning och förbudet mot missbruk av EU-rätt* 190
 - 3.7.3 *Bedömningen av domsrätten enligt art 3.1 i ljuset av förbudet mot missbruk av EU-rätt* 195
 - 3.7.4 *Sammanfattande kommentar* 200
- 3.8 Utrymmet för en rättslig prövning av inledandebeslut 202
 - 3.8.1 *Rätten att väcka talan mot ett inledandebeslut på grundval av internationell behörighet* 202
 - 3.8.2 *Kravet på erkännande av inledandebeslut* 206
 - 3.8.2.1 *Automatiskt erkännande som huvudregel* 206
 - 3.8.2.2 *Ordre public* 213
- 3.9 Sammanfattande kommentar 217

- 4 Utrymmet att styra var ett huvudförfarande kan inledas inom EU 227**
- 4.1 En syftesbeskrivning som inte följs upp av något uttryckligt förbud 227
 - 4.1.1 *En allmän målsättning att motverka forum shopping och rättsmissbruk* 227
 - 4.1.2 *Inget uttryckligt förbud mot forum shopping* 231
 - 4.1.3 *Inget uttryckligt förbud mot rättsmissbruk* 234
 - 4.1.4 *Regleringar i insolvensförordningen som kan motverka motiv till forum shopping och rättsmissbruk* 239
 - 4.1.5 *Sammanfattande kommentar* 240
 - 4.2 Gälldenärens utrymme att styra var ett huvudförfarande kan inledas 243
 - 4.3 Borgenärens utrymme att styra var ett huvudförfarande kan inledas 247
 - 4.4 Förvaltares utrymme att styra var ett huvudförfarande kan inledas 248
 - 4.5 Sammanfattande kommentar 251
- 5 Domsrätten för sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden 257**
- 5.1 Prövningen av en domstols internationella behörighet 257
 - 5.2 Kravet på anknytning enligt art 3.2 265
 - 5.2.1 *Kravet att gälldenären ska ha ett driftställe i landet* 265
 - 5.2.2 *Anknytningen ska vara objektivt fastställbar för tredje man* 274
 - 5.2.3 *Driftstället som en verksamhetsplats, filial eller koncernbolag?* 277
 - 5.2.4 *Sammanfattande kommentar* 278
 - 5.3 Den relevanta tidpunkten för bedömningen av gälldenärens anknytning 280

- 5.4 Tillgångar som omfattas av förfarandet 281
 - 5.5 EU-domstolens praxis om förbud mot missbruk av EU-rätt 286
 - 5.5.1 *Inledande kommentar* 286
 - 5.5.2 *Domsrätten när ett driftställe har avvecklats, etablerats eller flyttats* 288
 - 5.5.3 *Domsrätten när gäldenärens tillgångar har flyttats eller realiserats* 293
 - 5.5.4 *Sammanfattande kommentar* 299
 - 5.6 Vissa särskilda bestämmelser som berör beslutet att inleda ett sekundärförfarande utöver domsrättsregeln i art 3 301
 - 5.6.1 *Kravet att nationella domstolar ska erkänna den bedömning av gäldenärens insolvens som har gjorts i huvudförfarandet* 301
 - 5.6.2 *Rätten att yttra sig över begäran att inleda ett sekundärförfarande och att kräva att förfarandet skjuts upp eller ändras till ett annat nationellt insolvensförfarande* 305
 - 5.6.3 *Möjligheten att göra ett åtagande som kan förhindra att det inleds ett sekundärförfarande* 308
 - 5.7 Utrymmet för en rättslig prövning av inledandebeslutet 310
 - 5.7.1 *Rätten att väcka talan mot ett inledandebeslut på grundval av internationell behörighet* 310
 - 5.7.2 *Kravet på erkännande av inledandebeslut* 312
 - 5.8 Sammanfattande kommentar 316
- 6 Utrymmet att styra var ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande kan inledas inom EU 325**
- 6.1 En allmän målsättning att motverka motiv till forum shopping och rättsmissbruk som inte följs upp av ett uttryckligt förbud 325
 - 6.2 Gäldenärens utrymme att styra var ett insolvensförfarande kan inledas 335

6.3	Borgenärens utrymme att styra var ett insolvensförfarande kan inledas	337
6.4	Förvaltares utrymme att styra var ett insolvensförfarande kan inledas	340
6.5	Sammanfattande kommentar	344
7	Avslutning	351
7.1	Sammanfattning av studiens resultat	351
7.1.1	<i>Studiens syfte</i>	<i>351</i>
7.1.2	<i>Domsrätten för insolvensförfaranden inom EU</i>	<i>352</i>
7.1.3	<i>Utrymmet för forum shopping och rättsmissbruk</i>	<i>357</i>
7.1.4	<i>Gäldenärens utrymme att styra var ett insolvensförfarande kan inledas inom EU</i>	<i>362</i>
7.1.5	<i>Borgenärens utrymme att styra var ett insolvensförfarande kan inledas inom EU</i>	<i>366</i>
7.1.6	<i>Förvaltares utrymme att styra var ett insolvensförfarande kan inledas inom EU</i>	<i>369</i>
7.2	Avslutande kommentar	373
7.2.1	<i>En farlig valfrihet eller ett ömsesidigt förtroende?</i>	<i>373</i>
7.2.2	<i>Vägen mot en harmoniserad insolvensrätt inom EU</i>	<i>377</i>
7.2.3	<i>Framåtblick</i>	<i>380</i>
	Summary	389
	Käll- och litteraturförteckning	399
	Rättsfall	417

Lista över förkortningar

2000 års insolvensförordning	Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden
2015 års insolvensförordning	Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/848 av den 20 maj 2015 om insolvensförfaranden (omarbetning)
Bryssel I-förordningen	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
EG-fördraget	Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Nordiska konkurskonventionen	Konventionen mellan Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige angående konkurs under tecknad i Köpenhamn den 7 november 1933
Rom II-förordningen	Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II)

Successionsförordningen

Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 650/2012 av den 4 juli 2012 om behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt godkännande och verkställighet av officiella handlingar i samband med arv och om inrättandet av ett europeiskt arvsintyg

UNCITRAL

Förenta nationernas kommission för internationell handelsrätt (United Nations Commission on International Trade Law)

1 Inledning

1.1 Avhandlingens ämne

Frågor som rör gränsöverskridande insolvens har blivit föremål för allt större intresse de senaste åren.¹ En förklaring till detta är att EU-domstolen genom framför allt rättsfallen *Centros*, *Überseering* och *Inspire Art* har tolkat regleringen om etableringsrätt i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) så att den ger bolag och andra juridiska personer ett betydande utrymme att etablera sig i andra medlemsländer.² Etableringsrätten möjliggör exempelvis för ett svenskt aktiebolag att driva all affärsverksamhet i något eller några av de andra medlemsländerna.³ Även fysiska personer omfattas av etableringsrätten enligt EUF-fördraget.⁴

Ett insolvensförfarande kan ge upphov till komplicerade rättsliga problem alldeles oavsett om gäldenären i fråga har internationella kopplingar eller inte.⁵ Om gäldenären exempelvis har tillgångar, driver verksamhet eller bådadera i flera länder inom EU, eller har ingått avtal med personer som har sin hemvist i ett annat medlemsland än det

¹ Se exempelvis Latella (2014), Aasaru (2011), Berends (2010), Szydlo (2010), Eidenmüller (2009), McCormack (2014) s 819, McCormack (2009), Mevorach (2009), Paulus (2007) och Wood (2007) s 3.

² Se EUD mål C-212/97 *Centros*, EUD mål C-208/00 *Überseering*, EUD mål C-167/01 *Inspire Art*. Jfr även EUD mål C-81/87 *Daily Mail*, EUD mål C-210/06 *Cartesio*. Se exempelvis Ringe och Bernitz (2010) s 16. Se Mason (2012) s 105 f, Aasaru (2011) s 363, Erk (2010) s 438, Wessels (2009) s 175, Van Eck och Roelofs (2014) s 210 ff och Engsig Sorensen (2014) s 178 ff.

³ Se Dotevall (2008) s 23. Se även exempelvis McCahery (2006) s 456 ff, Morgell (2010) s 436 och Hellner (2011) s 405 ff.

⁴ Se EUF-fördraget kap 2, särskilt art 49 och 54.

⁵ Jfr Aasaru (2011) s 1 och Bogdan (1997) s 12-13. Se även Mucciarelli (2016) s 44 och Van Calster (2013) s 183.

som gäldenären har sin närmaste anknytning till, blir dock problemen än fler och svårare. En central fråga är vilket lands domstol eller annan nationell myndighet som är internationellt behörig att inleda ett insolvensförfarande avseende gäldenären. Det är denna fråga som är föremålet för denna avhandling.

Det är inte alltid så att en svensk domstol, eller en annan rätts-tillämpande myndighet, är behörig att inleda ett insolvensförfarande på begäran av en svensk borgenär gällande en gäldenär som är etablerad i ett annat land. Även om ett insolvensförfarande inleds av svensk domstol är det inte heller så att svensk rätt alltid blir tillämplig i sin helhet.

Ur ett borgenärsperspektiv behöver det dock inte nödvändigtvis innebära en fördel eller nackdel att ett insolvensförfarande inleds i ett annat medlemsland än det som borgenären har sin främsta anknytning till. Den avgörande frågan är vilket nationellt insolvensförfarande som aktualiseras och i vilken utsträckning borgenärens intressen gynnas eller missgynnas av att detta förfarande inleds istället för att ett annat nationellt insolvensförfarande inleds i ett annat land.⁶ Det faktum att en borgenär kan behöva sätta sig in i ett utländskt rättssystem kan dock onekligen i sig innebära att borgenären missgynnas av att förfarandet inleds i ett annat land än det som borgenären har sin egen anknytning till.

Frågor som rör internationell domsrätt hänförs till den internationella privat- och processrätten, eller mer specifikt den internationella processrätten.⁷ Den internationella privat- och processrätten kan mycket kortfattat beskrivas som ett rättsområde som omfattar de regler som syftar till att lösa rättsliga problem som uppkommer i situationer där det finns en internationell anknytning.⁸ Det handlar således om nationella domstolars och andra rättstillämpande myndigheters internationella behörighet, tillämplig lag, staters erkännande av beslut fattade av en nationell domstol eller annan rättstillämpande myndighet i ett annat land och nationell verkställighet av sådana beslut. Den de-

⁶ Jfr Ds 2007:6 s 20-25, Gullifer, Ringe och Théry (2009) s 111, Mellqvist (2002) s 31, Paulus (2007) s 821 samt Wood (2007). Se även Mason (2012) s 106.

⁷ Se Bogdan (2014) s 29.

⁸ Jfr Bogdan (2014) s 18.

len av den internationella privat- och processrätten som behandlar rättsliga frågor rörande insolvens kallas ibland för internationell insolvensrätt.⁹

Namnet till trots räknas den internationella privat- och processrätten som ett nationellt rättsområde.¹⁰ Det är internationellt så till vida att det reglerar rättsliga förhållanden där det finns en anknytning till flera länder. När det exempelvis gäller svensk internationell processrätt har dessutom lagregler på området till stor del sitt ursprung i EU-rätten, vilket också ger ämnet en internationell prägel.¹¹ Detta är särskilt tydligt inom den delen av den internationella insolvensrätten som studeras i denna avhandling eftersom domsrätten numera huvudsakligen regleras inom EU genom Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 om insolvensförfaranden (2000 års insolvensförordning). Förordningen antogs i en reviderad version år 2015 genom Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/848 av den 20 maj 2015 om insolvensförfaranden, omarbetning (insolvensförordningen).

Utöver internationell domsrätt reglerar insolvensförordningen tillämplig lag för insolvensförfaranden liksom erkännande och verkställighet av beslut om att inleda ett insolvensförfarande inom EU. Förordningen reglerar även exempelvis samordning och koordination av flera insolvensförfaranden inom EU.

Denna avhandling behandlar den internationella domsrätten inom EU för insolvensförfaranden inom insolvensförordningens tillämpningsområde. 2015 års insolvensförordning kommer att ersätta 2000 års förordning och därför ligger fokus i denna studie på regleringen i 2015 års förordning, även om denna senare förordning i skrivande stund ännu inte ska tillämpas. 2015 års insolvensförordning ska enligt dess art 84.1 börja tillämpas för insolvensförfaranden som har inletts efter den 26 juni 2017.

Insolvensförordningen ska tillämpas beträffande just *insolvensförfaranden* inom EU.¹² Mycket kortfattat avser detta enligt insolvens-

⁹ Se Bogdan (1997) s 13.

¹⁰ Jfr Larsson (2002) s 22, Van Calster (2013) s 2 och Symeonides (2014) s 291.

¹¹ Jfr Larsson (2002) s 22.

¹² Med undantag för Danmark, som inte deltog i antagandet av insolvensförordningen, jfr insolvensförordningens ingresspunkt 88.

förordningen art 1.1 offentliga kollektiva förfaranden som grundar sig på lagstiftning om insolvens. För svensk del rör det sig om konkurs, företagsrekonstruktion och skuldsanering.¹³ Förordningen omfattar gäldenärer som är såväl juridiska som fysiska personer, men med undantag för kreditinstitut, försäkringsföretag och liknande.¹⁴

När det gäller frågan om vilken domstol som är behörig att inleda ett insolvensförfarande skiljer insolvensförordningen mellan behörigheten att inleda så kallade *huvudförfaranden*, som är avsedda att omfatta gäldenärens samtliga tillgångar, och *sekundärförfaranden* respektive *självständiga territoriella förfaranden*, som endast har verkningar på gäldenärens tillgångar i det land där förfarandet har inletts.¹⁵ Enligt insolvensförordningen art 3.1 är domstolarna i det medlemsland inom vars territorium *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* finns behöriga att inleda ett huvudförfarande. När det gäller sekundärförfaranden respektive självständiga territoriella förfaranden är domstolarna i det medlemsland där gäldenären har ett *driftställe* behöriga att inleda ett förfarande enligt art 3.2, förutsatt att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland.¹⁶ Anknätningskraven har blivit föremål för en omfattande diskussion inom den rättsvetenskapliga litteraturen då de uppfattas som vaga och skulle kunna tolkas på olika sätt.¹⁷

¹³ Jfr EU:s insolvensförordning bilaga A. Vad som kan eller bör räknas som ett insolvensförfarande generellt är en omdebatterad fråga, jfr Mellqvist (2002) s 18-19. Jfr även Wessels (2016) s 131.

¹⁴ Jfr insolvensförordningen art 1.2.

¹⁵ 2015 års insolvensförordning art 3.1, 3.2 och 34. Jfr även 2000 års insolvensförordning art 3.1, 3.2 och 27 samt ingresspunkt 12.

¹⁶ Insolvensförordningen art 3.2-3.4, 34 och ingresspunkt 24. Jfr 2000 års insolvensförordning art 3.2-3.4 och 27 samt ingresspunkt 14.

¹⁷ Diskussionen har visserligen hittills främst rört anknätningskraven enligt 2000 års insolvensförordning, men eftersom domsrättsreglerna enligt den förordningen i stora delar liknar domsrättsreglerna enligt 2015 års insolvensförordning är kritiken, åtminstone i viss utsträckning, även relevant för anknätningskriterierna enligt 2015 års insolvensförordning. Se till exempel Berends (2006) s 341, Gullifer, Ringe och Théry (2009) s 116, Moss (2009) s 251 och 255-259, Omar (2008) s 178-183, Paulus (2007) s 824, Szydło (2010) s 258 samt Wessels (2011) och återigen i Wessels (2009) s 123-126. Se även Ds 2007:6 s 31 samt Aasaru (2011) s 362-363 och Erk (2010) s 438. Jfr

Domsrättsreglerna i insolvensförordningen ersätter nationella regler avseende internationell domsrätt inom förordningens tillämpningsområde i respektive medlemsland. Detta medför att det, genom förordningen, har skapats en enhetlig reglering i denna del av den internationella processrätten inom EU.

Internationell processrätt kan studeras ur flera olika perspektiv.¹⁸ Ett givet perspektiv i denna avhandling är domstolens, det vill säga när exempelvis en svensk domstol ska fastställa svensk domsrätt och sin egen internationella behörighet att inleda ett insolvensförfarande inom EU.¹⁹ Ett annat perspektiv som också behandlas i denna avhandling är några av de frågeställningar som en gäldenär eller borgenär, eller deras juridiska rådgivare, kan ställas inför och som är relaterade till domsrätten beträffande ett eventuellt insolvensförfarande.

En gäldenär eller borgenär kan behöva göra en prognos över vilket medlemslands domstolar som skulle kunna tänkas inleda ett insolvensförfarande. Denna bedömning kan även inkludera exempelvis vilket lands lag som domstolen eller förvaltaren kommer att tillämpa och vilka konsekvenserna blir av en sådan tillämpning. Frågan om tillämplig lag ligger dock utanför ämnet för denna avhandling.

Om även en annan domstol i ett annat medlemsland bedöms kunna inleda ett insolvensförfarande behöver samma undersökning göras avseende domsrätten och tillämplig lag samt möjliga konsekvenser av tillämpningen av denna lag. Det kan även vara nödvändigt att bedöma vilka de ekonomiska för- eller nackdelarna kan vara av att ett förfarande inleds i ett land istället för ett annat, exempelvis för att en borgenär ska kunna bedöma den ekonomiska risken det innebär att ingå avtal med en viss gäldenär. För att kunna göra en korrekt bedöm-

Weiss (2015) s 192 f., Timmermans (2010), Szydlo (2009) s 749 f., Payne (2013) s 1 ff. och Wood (2007) s 19 ff., 87-88, 114.

¹⁸ Inom rättsvetenskapen kan lagstiftning studeras ur en mängd olika perspektiv, genom olika raster. Domsrätten skulle exempelvis kunna studeras ur lagstiftarens perspektiv, ur ett rättsekonomiskt eller rättspolitiskt perspektiv och liknande. Som framgår längre fram i detta kapitel har jag dock valt att studera domsrätten ur en nationell domstols, gäldenärers, och borgenärers perspektiv samt när det gäller förvaltare under ett redan pågående insolvensförfarande.

¹⁹ Jfr Bogdan (2014) s 30.

ning krävs kunskap både om internationell insolvensrätt och om olika medlemsländers insolvensrättsliga reglering.²⁰

En gäldenär eller borgenär kan också behöva bedöma om det finns något utrymme att påverka var ett insolvensförfarande inleds eller kan inledas. Denna fråga är särskilt relevant om det exempelvis är mer förmånligt för gäldenären eller borgenären att ett förfarande inleds i ett visst land och att lagen i det landet blir tillämplig beträffande förfarandet.

Det att en part utnyttjar att det är möjligt att väcka en talan hos domstolar i olika länder samtidigt genom att välja att väcka talan vid den domstol i det land där det är mest förmånligt för parten brukar benämnas *forum shopping* inom den internationella privat- och processrätten.²¹ *Forum shopping* förutsätter dock att flera domstolar kan vara behöriga samtidigt. Om endast en domstol i ett medlemsland är behörig finns det inte utrymme för något val.

Forum shopping behöver inte ses som ett direkt negativt eller illojalt beteende i sig, även om sökandens skäl till valet av forum inte är att domstolen objektivt sett är bäst lämpad att pröva tvisten.²² Om sökanden kan vända sig till olika behöriga domstolar måste sökanden, om sökanden vill ansöka om att ett förfarande ska inledas, göra ett val i alla fall och det är knappast något fel i om valet då baseras endast på vad som är bäst för sökanden.²³ Ibland väcker dock *forum shopping* ne-

²⁰ Jfr Bogdan (2014) s 30.

²¹ Se exempelvis 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 4, 2015 års insolvensförordnings ingresspunkt 5. Se Bogdan (2014) s 31, Paschalidis (2012) s 212, Moss (2009) s 261-263. Se även Bodgan (2012) s 258 ff, Ringe (2008) s 581, Cebotari (2014) s 5 och Nielsen (2013) s 269.

²² För en vidare diskussion, se exempelvis Bogdan (2014) s 31-32 och Moss (2009) s 361-262.

²³ Det finns exempel på fall då EU-domstolen har bedömt att en aktör, när han eller hon har ställts inför två val, inte har behövt välja det mest betungande alternativet. Se exempelvis EU-domstolens resonemang i EUD mål C-255/02 Halifax p 73, där EU-domstolen konstaterar att när en skattskyldig har rätt att välja mellan att vidta två transaktioner är personen inte skyldig att välja den transaktion som innebär högst skatt. Domstolen menar att den skattskyldige tvärtom kan ha en rätt att utforma sin verksamhet så att skatteskulden begränsas.

gativa associationer.²⁴ Så kan exempelvis vara fallet när det sker för att en gäldenär vill undandra borgenärskollektivet egendom genom att en domstol i ett visst land inleder förfarandet istället för en domstol i ett annat land, särskilt om det innebär att en annan lag blir tillämplig gällande egendomen.²⁵

Ett annat sätt att försöka påverka domsrätten är när en person vidtar vissa åtgärder för att en domstol i ett visst land ska bli behörig att inleda ett insolvensförfarande eller för att vissa tillgångar ska omfattas av ett förfarande i ett visst land. De åtgärder personen vidtar syftar då till att de villkor som ställs för att ett visst lands domstolar ska bli behöriga, eller att tillgångar ska omfattas av ett förfarande i ett visst land, ska uppfyllas i det valda landet. När det gäller insolvensförfordningen kan det handla om att gäldenären flyttar platsen för sina huvudsakliga intressen eller sitt driftställe före det att ett insolvensförfarande inleds eller att gäldenären flyttar tillgångar från ett medlemsland till ett annat i syfte att påverka domsrätten beträffande tillgångarna. Likaså skulle det kunna tänkas att en förvaltare som har utnämnts under ett huvudförfarande försöker förhindra att andra insolvensförfaranden kan inledas samtidigt beträffande samma gäldenär i andra medlemsländer genom att vidta åtgärder som påverkar den internationella domsrätten enligt insolvensförfordningen i dessa andra länder.

Ett sådant agerande, där således de omständigheter som ligger till grund för domsrätten verkligen föreligger i ett visst land men det beror på att vissa åtgärder har vidtagits i syfte att just åstadkomma detta, brukar benämnas *rättsmissbruk* eller *fraude à la loi* inom den internationella privat- och processrätten.²⁶ Bogdan konstaterar att det är

²⁴ Se exempelvis Bogdan (2014) s 31-32, Moss (2009) s 361-262, McCormack (2014) s 815, 822 och Mellqvist (2005) s 450. Jfr även Salles (2014) s 16-17 och Cebotari (2014) s 7.

²⁵ Jfr 2015 års insolvensförfordnings ingresspunkt 5. Se även Mevorach (2013) s 523 ff.

²⁶ Se Bogdan (2014) s 83 och även i Bogdan (2012) s 258 ff. Jfr De la Feria och Vogenauer (2011) s 33 ff. För en vidare diskussion om rättsmissbruk, se exempelvis Evald (2001) s 145 ff.

vedertaget att det är en negativ företeelse, men att åsikterna är delade angående om och i så fall hur det ska förhindras.²⁷

Rättsmissbruk får dock inte sammanblandas med bedrägeri i straffrättslig mening, det vill säga då en person framställer omständigheter på ett sätt som inte är sanningsenligt.²⁸ Vid rättsmissbruk föreligger verkligen de omständigheter som kan grunda domsrätt. En domstol ska alltid grunda sin internationella behörighet på de rätta omständigheterna.²⁹

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna avhandling är att undersöka insolvensförordningens domsrättsregler och vilket utrymme som finns för en gäldenär, gäldenärens förvaltare i ett insolvensförfarande eller en borgenär att i enlighet med dessa regler påverka var ett insolvensförfarande kan inledas inom EU. Undersökningen syftar till att ge en ökad förståelse för domsrättsreglerna och om, och i så fall hur, de bidrar till ett behov av en harmonisering av medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningar.

För det första behandlas följaktligen den internationella domsrätten enligt insolvensförordningen art 3.1 och 3.2. Vilket medlemslands domstolar är behöriga att inleda ett huvudförfarande respektive sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande inom EU?

För det andra undersöks vilket utrymme som finns för en *gäldenär* att påverka var ett huvudförfarande, sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande kan inledas enligt insolvensförordningen art 3.1 eller 3.2. Kan en gäldenär genom exempelvis olika åtgärder innan insolvensförfarandet inleds styra att en viss domstol blir behörig att inleda förfarandet och vilka tillgångar som omfattas av förfarandet?

²⁷ Se Bogdan (2014) s 83.

²⁸ Jfr Brottsbalken 9 kap.

²⁹ Att så är fallet när det gäller EU-rättsliga bestämmelser, se särskilt EUD mål C-196/04 Cadbury Schweppes p 35, EUD mål C-212/97 Centros p 24, EUD mål C-373/97 Diamantis p 33, EUD mål C-255/02 Halifax p 68 och EUD mål C-167/01 Inspire Art. Jfr även Eidenmüller (2009) s 13 f.

För det tredje undersöks vilket utrymme gäldenärens *förvaltare* i ett insolvensförfarande har att påverka var ett insolvensförfarande beträffande samma gäldenär kan inledas enligt insolvensförordningens domsrättsregler. Kan exempelvis förvaltaren i huvudförfarandet, genom olika åtgärder före det att sekundärförfarandet inleds, påverka medlemslandets domstolars internationella behörighet att inleda förfarandet och vilka tillgångar som omfattas av respektive förfarande? Hur kan förvaltaren i huvudförfarandet styra vilken typ av nationellt sekundärförfarande som inleds, det vill säga om det exempelvis ska inledas en konkurs eller en företagsrekonstruktion?

För det fjärde undersöks även vilket utrymme gäldenärens *borgensnärer* har att påverka var ett huvudförfarande, sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande kan inledas inom EU enligt insolvensförordningen art 3.

1.3 Metod och material

Avhandlingens frågeställningar besvaras genom en traditionellt rättsvetenskaplig analys av den internationella domsrätten inom EU, så som denna är reglerad genom EU:s insolvensförordning.³⁰ Detta innebär att det material som ligger till grund för undersökningen framför allt utgörs av ett EU-rättsligt material. Materialet består av EU-rättsliga rättsakter och då i synnerhet EU:s insolvensförordning, praxis från EU-domstolen, publicerade förarbeten till insolvensförordningen, så kallade *travaux préparatoires*, och EU-rättslig litteratur.³¹ Den primära forskningsaktiviteten består i att tolka och systematisera detta material.³²

De EU-rättsliga källorna läses genom etablerade tolkningsmetoder för att klarlägga innebörden av EU-rätten.³³ Särskilt fyra tolk-

³⁰ Jfr Strömholm (1996) s 72 ff, Doublet och Bernt (1993) s 20 ff., Sandgren (2005) s 656, Sandgren (2007), Jareborg (2004) s 4, Agell (1997) s 35 ff. Jfr även Cryer, Hervey och Sokhi-Bulley (2011) s 16 ff.

³¹ Jfr Bernitz och Kjellgren (2014) s 178 ff. och Hettne och Eriksson (2011) s 40.

³² Jfr Strömholm (1996) s 474 f och Peczenik (1995) s 335 f.

³³ Jfr Bernitz och Kjellgren (2014) s 178 ff., Korling och Zamboni (2013) s 109 ff., Hettne och Eriksson (2011). Jfr även Hellner (2011) s 393 ff.

ningsprinciper brukar anges som centrala vid tolkningen av EU-rättsliga bestämmelser.³⁴ Det rör sig till att börja med om en *språklig tolkning*.³⁵ En språklig tolkning innebär att en bestämmelse tolkas utifrån dess ordalydelse för att fastställa den språkliga innebörden av bestämmelsen. Vidare fastställs bestämmelsens innebörd genom en *systematisk tolkning*.³⁶ Detta innebär att bestämmelsen tolkas mot bakgrund av dess uppbyggnad, utformning och sammanhang, det vill säga bestämmelsens placering i rättsakten och dess relation till andra närliggande bestämmelser i den aktuella rättsakten men också i andra rättsakter. Det handlar även om att tolka bestämmelsen på så sätt att motstridiga lösningar på rättsliga problem undviks.³⁷

Vidare används en *syftestolkning* när det EU-rättsliga materialet studeras.³⁸ Detta innebär att en viss bestämmelse tolkas mot bakgrund av angivna målsättningar med den aktuella bestämmelsen. Unionsrättens syften framgår till stor del av bestämmelser i fördragen, men för sekundärrättsliga bestämmelser, såsom insolvensförordningen, framgår de mer konkreta målsättningarna ofta av ingressen i den aktuella lagstiftningen. Slutligen är en central tolkningsprincip den *ändamålsenliga tolkningen*.³⁹ Denna innebär att en bestämmelse tolkas mot bakgrund av det EU-rättsliga regelverket i sin helhet. Det handlar om att bedöma innebörden av en viss bestämmelse utifrån dess funktion inom EU-rätten.

EU-rättens källor har vissa särdrag jämfört med motsvarande svenska rättskällor.⁴⁰ En betydelsefull skillnad är att EU-rätten finns översatt till samtliga medlemsländers språk och varje språkversion är

³⁴ Se Bernitz och Kjellgren (2014) s 185 ff.

³⁵ Se Bernitz och Kjellgren (2014) s 186. Jfr Hettne och Eriksson (2011) s 160 f.

³⁶ Se Bernitz och Kjellgren (2014) s 186. Hettne och Eriksson (2011) s 167 f.

³⁷ Se Hettne och Eriksson (2011) s 167 f, Bernitz och Kjellgren (2014) s 185 f. Jfr Strömholm (1996) s 475, Sandgren (2004) s 322 f, Peczenik (2005) s 259 och Agell (1997) s 43.

³⁸ Se Bernitz och Kjellgren (2014) s 186. Hettne och Eriksson (2011) s 168 ff.

³⁹ Se Bernitz och Kjellgren (2014) s 186 f.

⁴⁰ Gällande den EU-rättsliga metodens särdrag, se särskilt Bernitz och Kjellgren (2014) s 194 ff. och Neergaard och Nielsen (2012) samt Wallerman (2015) s 31 ff.

lika giltig.⁴¹ Det kan dock finnas skillnader mellan olika språkversioner. Ibland kan detta bero på felaktigheter.⁴² Om så är fallet brukar felet bortses ifrån och bestämmelsen tolkas istället med ledning av andra språkversioner.⁴³ Detta medför att det är nödvändigt att studera olika språkversioner för att undvika risken för en felaktig tolkning. Det kan dock lika väl handla om att skillnaderna beror på nyanser i de olika språken. Eftersom en juridisk term inte behöver ha samma innebörd när den förekommer i en EU-rättslig lagstiftning som den har i nationell rätt är det hjälpsamt att studera olika språkversioner för att, med hjälp av skillnaderna i språkversionerna, förstå innebörden av en viss bestämmelse.⁴⁴

Det är dock inte möjligt att studera samtliga språkversioner av det EU-rättsliga materialet av praktiska skäl. Insolvensförordningen läses därför i denna studie som utgångspunkt i den svenska språkversionen, men denna jämförs även med den engelska, franska och tyska versionen. Övriga EU-rättsliga rättsakter som behandlas i denna avhandling läses i sin svenska och engelska språkversion. När det gäller EU-domstolens praxis och förarbeten läses dessa i texternas svenska språkversion och vid behov, när innehållet i en viss text är oklar, även i den engelska språkversionen.

Ett annat särdrag inom EU-rätten är användningen av ingresser i EU-rättsliga rättsakter. Ingresser anses inte vara juridiskt bindande och det kan diskuteras vilket värde de har som rättskälla.⁴⁵ Ingresspunkterna utgör dock en del av rättsakten och där preciseras ofta vilka målsättningar rättsakten har. Ingressen är därför betydelsefull för att tolka bestämmelser i en rättsakt. Ibland kan en ingresspunkt till och med innehålla en förklaring till hur en text eller ett begrepp i rättsakten ska förstås.⁴⁶ Ingresser används i denna studie för att tolka bestämmelser i EU-rättsliga rättsakter och bedöma vilka målsättningar en viss rättsakt har.

⁴¹ Se EUD mål C-283/81 Sri CILFIT vs hälsoministeriet. Se även Hettne (2005) s 158 ff., Moss (2009) s 27 ff. samt Lenaerts och Van Nuffel (2011) s 813-814.

⁴² Se Hettne och Eriksson (2011) s 160 f och Bernitz och Kjellgren (2014) s 189 f.

⁴³ Se Bernitz och Kjellgren (2014) s 190.

⁴⁴ Se Bernitz och Kjellgren (2014) s 189 f.

⁴⁵ Se Bernitz och Kjellgren (2014) s 189 f.

⁴⁶ Se Moss (2009) s 253. Jfr Mellqvist (2002) s 46 och Berends (2006) s 349.

När det gäller EU-rättsliga förarbeten kan det också diskuteras vilket värde de har som rättskällor. Klart är att de inte kan användas på samma sätt som svenska förarbeten eftersom lagstiftningsarbetet inom EU i en högre utsträckning än det svenska präglas av kompromisser.⁴⁷ Den slutliga EU-lagstiftningen kan därför skilja sig betydligt från det förslag till reglering som framgår i förarbetena, vilket medför att uttalanden i förarbetena angående hur en viss bestämmelse ska förstås inte alltid är relevanta.⁴⁸ I den utsträckning ett förarbete utvisar intentionerna bakom regleringen på ett logiskt och övertygande sätt är det dock användbart för att förstå den EU-rättsliga lagstiftningen och vilka målsättningar en viss bestämmelse har.⁴⁹ I denna studie behandlas publicerade EU-rättsliga förarbeten till EU:s insolvensförordning i den utsträckning de befins vara vägledande för att besvara studiens forskningsfrågor.

Huvudföremålet för studien är som nämnts domsrättsreglerna i EU:s insolvensförordning. Insolvensförordningen inleds med 89 ingresspunkter och innehåller därutöver 92 artiklar och 4 bilagor. Särskilt art 3.1 och 3.2 behandlar frågan om internationell domsrätt.

I insolvensförordningens ingress framgår förordningens mer konkreta målsättningar. När det gäller utrymmet att påverka var ett insolvensförfarande inleds inom EU är särskilt uttalandet i ingresspunkt 5 av intresse för denna studie. Där anges nämligen att det är nödvändigt för den inre marknadens funktion att undvika att parter motiveras att välja jurisdiktion för att få en mer förmånlig rättslig ställning till skada för borgenärskollektivet. Även i ingresspunkt 40 anges en konkret målsättning som är av särskilt intresse för studien. Där uttalas nämligen att sekundära insolvensförfaranden bland annat syftar till att skydda lokala intressen. Samtliga delar av förordningen och dess ingresspunkter som är relaterade till internationell domsrätt behandlas dock i avhandlingen.

⁴⁷ Se Hettne och Eriksson (2011) s 113 ff. och Öberg (2000) s 492 ff samt Bernitz och Kjellgren (2014) s 187 f.

⁴⁸ Se Hettne och Eriksson (2011) s 113 ff.

⁴⁹ Se Moss (2009) s 32, Lenaerts och Van Nuffel (2011) s 814, Mellqvist (2002) s 46, Berends (2006) s 349 samt Mevorach (2009) s 91. Jfr Hettne och Eriksson (2011) s 114. Se även Bork och Mangano (2016) s 6-9.

2000 års insolvensförordning ingår i 2015 års insolvensförordning tillkomsthistoria på så sätt att 2015 års insolvensförordning antogs som en reviderad version av 2000 års insolvensförordning. Detta innebär att 2000 års insolvensförordning är användbar för att förstå regleringen i 2015 års insolvensförordning.⁵⁰ Domsrättsreglerna uppvisar stora likheter i respektive förordning och det kan därför konstateras att de inte har omfattats av någon större revidering. EU-domstolen har dessutom tillämpat 2000 års insolvensförordning i ett antal rättsfall. Dessa rättsfall är, med beaktande av de skillnader som finns mellan förordningarna, relevanta för att förstå även 2015 års insolvensförordning och därför omfattas av denna studie.

Innan 2000 års insolvensförordning antogs var det nära att medlemsländerna träffade en överenskommelse om en insolvenskonvention, som i så fall hade reglerat internationell domsrätt för insolvensförfaranden inom EU.⁵¹ Konventionen skrevs dock aldrig under av samtliga medlemsländer och arbetet med den avbröts.⁵² Till konventionen författades dock en så kallad *förklaranderapport*.⁵³ Förklaranderapporten är inte officiellt antagen inom EU och det kan diskuteras om den alls ska betraktas som en rättskälla.⁵⁴ Den har dock använts av generaladvokater vid EU-domstolen och i rättsvetenskaplig

⁵⁰ Jfr Bernitz och Kjellgren (2014) s 186.

⁵¹ Konvention om insolvensförfaranden, Rådet den 23 november 1995.

⁵² Se Moss (2009) s 2 samt Wood (2007) s 896.

⁵³ *Report on the Convention on Insolvency Proceedings* av Miguel Virgos och Etienne Schmit. Rapporten finns i en reviderad upplaga av Rådet, Bryssel den 3 maj 1996, 6500/96 LIMITE DRS 8 (CFC). Rapporten återfinns dessutom i engelsk översättning i Moss (2009) och i svensk översättning i Mellqvist (2002).

⁵⁴ Förklaranderapporter är inte formellt upptagna bland de instrument som EU:s organ kan använda sig av vid lagstiftning, se EUF-fördraget art 288. EU:s organ har dock en möjlighet att använda sig av instrument vars juridiska verkan bedöms från fall till fall, se EUF-fördraget art 288. Se även Lenaerts och Van Nuffel (2011) som diskuterar denna fråga på s 884 f. och s 919 ff. Den aktuella förklaranderapporten är dock inte antagen av något av EU:s organ och följer inte de formella krav som uppställs i EUF-fördraget, se bland annat art 288, 296-297. Jfr Lenaerts och Van Nuffel (2011) s 884 ff. Rapporten antogs aldrig av medlemsländerna, se Berends (2006) s 340. EU-domstolen har heller inte nämnt förklaranderapporten i något av sina avgöranden avseende 2000 års insolvensförordning. Jfr även Bork och Mangano (2016) s 7.

litteratur för att tolka 2000 års insolvensförordning.⁵⁵ Den allmänna uppfattningen verkar vara att eftersom insolvenskonventionen och 2000 års insolvensförordning uppvisar stora likheter kan konventionen och dess förklaranderapport vara användbar som vägledning vid tolkningen av 2000 års förordning.⁵⁶

2015 års insolvensförordning uppvisar också likheter med insolvenskonventionen. Det kan därför diskuteras om konventionen och dess förklaranderapport kan vara användbara även vid tolkningen av 2015 års förordning. Förklaranderapporten används också i denna avhandling för att tolka 2015 års förordning, men med viss försiktighet just med tanke på att det rör sig om ett dokument som inte är officiellt antaget och faktiskt inte heller var avsett för denna förordning.

Materialet i avhandlingen består även av rättsvetenskaplig litteratur inom ämnet internationell insolvensrätt.⁵⁷ Litteraturen används för att finna argument för eller emot en viss tolkning av de regler som behandlas i studien.⁵⁸ Olika möjliga tolkningar diskuteras.⁵⁹ EU:s insolvensförordning, men i synnerhet 2000 års insolvensförordning, har behandlats i en betydande omfattning inom rättsvetenskaplig litteratur internationellt, i synnerhet i artikelform, och det är inte praktiskt möjligt att uttömmande behandla all litteratur på alla språk inom området.

⁵⁵ Se exempelvis Förslag till avgörande av generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer föredraget den 6 september 2005 EUD mål C-1/04 Staubitz-Schreiber, särskilt vid p 62 samt Förslag till avgörande av generaladvokat Francis G. Jacobs, föredraget den 27 september 2005 EUD mål C-341/04. Se även Berends (2006) s 340, Mellqvist (2002) s 46 f., Mevorach (2009) s 91. Jfr exempelvis även hovrättens användning av förklaranderapporten i Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål nr T 3054-14, 2016-11-24.

⁵⁶ Denna slutsats drog även generaladvokat Francis G. Jacobs i sitt förslag till avgörande, föredraget den 27 september 2005 EUD mål C-341/04 Eurofood. Detta verkar också vara den allmänna slutsatsen bland rättsvetare, se exempelvis Berends (2006) s 340 och Berends (2010) samt Mellqvist (2002) s 46 f., Mevorach (2009) s 91 och Moss (2009) s 10. Jfr även Bewick (2015) s 172.

⁵⁷ Se Bernitz och Kjellgren (2014) s 193.

⁵⁸ Jfr Doublet och Bernt (1993) s 21, Peczenik (2005) s 249 samt Wahlgren (2002) s 297-300. Se även Sandström (2002) s 290 och Sandgren (2007) s 404 samt Sandgren (2005) s 650-653 och Jareborg (2004) s 4-8.

⁵⁹ Se Agell (1997) s 38 och s 55.

Avsikten är dock att de mest citerade verken som finns publicerade på svenska och engelska och som berör avhandlingens frågeställningar ska behandlas i så stor utsträckning som möjligt.

Ämnet internationell privat- och processrätt är speciellt på det sättet att regler inom området inte behandlar de sakförhållanden som ska bedömas. De utgör inte materiella normer.⁶⁰ Reglerna är istället formella på så sätt att de exempelvis utgör domsrätts- och lagvalsregler. Insolvensförordningen innehåller i princip inte heller någon materiell insolvensrätt. Genomgående i avhandlingen ges därför exempel grundade i svensk rätt. Syftet med dessa exempel är att konkretisera avhandlingens frågeställningar genom att ange hur domsrättsreglerna kan tillämpas i Sverige och vad det innebär för svenska förhållanden. Fokus för avhandlingen är dock just insolvensförordningens domsrättsregler. Svensk materiell insolvensrätt och de rättsliga problem som kan uppkomma vid en tillämpning av insolvensförordningen i Sverige behandlas följaktligen inte uttömmande.

Även det svenska materialet analyseras genom en traditionellt rättsvetenskaplig metod.⁶¹ Materialet utgörs till att börja med av lagregler inom ämnesområdena insolvensrätt och internationell processrätt. Det rör sig om 10 kap. rättegångsbalken (1942:740), konkurslagen (1987:672), lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion, skuldsaneringslagen (2016:675), lagen (2016:676) om skuldsanering för företagare samt lag (2005:1046) med kompletterande bestämmelser till insolvensförordningen. Lagarnas innehåll tolkas mot bakgrund av uttalanden i lagförarbeten, svensk praxis från Högsta domstolen och i mycket begränsad utsträckning hovrättspraxis, samt rättsvetenskaplig litteratur. Syftet är dock som nämnts inte att göra en heltäckande studie av detta material. Materialet används enbart för att belysa insolvensförordningens domsrättsregler.

Även andra medlemsländers materiella insolvensrättsliga lagstiftningar behandlas i avhandlingen för att belysa insolvensförordningens domsrättsregler, men endast i begränsad utsträckning. Materialet be-

⁶⁰ Jfr Bogdan (2014) s 20. Jfr även EU-domstolens resonemang i EUD mål C-116/11 Bank Handlowy p 48. Jfr även Van Calster (2016) s 735.

⁶¹ Se Strömholm (1996) s 72 ff, Doublet och Bernt (1993) s 20 ff. Jfr Sandgren (2005) s 656, Sandgren (2007), Jareborg (2004) s 4, Agell (1997) s 35 ff.

står av nedslag i utländsk lagstiftning, som läses mot bakgrund av rättsvetenskaplig litteratur för att undvika missuppfattningar och fel-tolkningar. Urvalet av material sker enbart baserat på mina egna kunskaper om utländsk rätt eller på exempel som förekommer i den rättsvetenskapliga litteraturen. Det rör sig således inte om en fullständig komparativ analys eller en systematisk studie av utländsk rätt. Syftet är istället att nedslagen ska tjäna en pedagogisk roll genom att belysa de frågor som studeras i avhandlingen.⁶²

Domsrättsreglerna i EU:s insolvensförordning analyseras först ur en domstols perspektiv, det vill säga exempelvis en svensk domstols internationella behörighet att inleda ett insolvensförfarande i Sverige. Därefter studeras domsrättsreglerna utifrån vilket utrymme som gäldenären, gäldenärens förvaltare i ett insolvensförfarande och gäldenärens borgenärer har att påverka vilket medlemslands domstolar som inleder ett insolvensförfarande inom EU.

Den första aktören som har valts är således *gäldenären*. Skälet för att gäldenären har valts är kanske inte särskilt anmärkningsvärt eftersom gäldenären är den person som insolvensförfarandet avser. Gäldenären har dessutom normalt möjlighet att påverka sin egen anknytning till ett visst land och kan på så sätt också påverka domsrätten.

Den andra aktören som har valts är gäldenärens *förvaltare i ett insolvensförfarande*. Förvaltaren i huvudförfarandet kan exempelvis ha ett intresse av att sekundärförfaranden i andra länder förhindras för att förenkla en enhetlig förvaltning av gäldenärens egendom. Så behöver dock inte alltid vara fallet. Om gäldenärens egendom är komplex kan sekundärförfaranden också underlätta förvaltningen.⁶³

Det tredje och sista perspektivet som studeras är vilket utrymme en *borgenär* har att påverka domsrätten inom EU. Med borgenär avses en person vars fordringar på gäldenären kan omfattas av ett insolvensförfarande enligt EU:s insolvensförordning.⁶⁴ Borgenärer har typiskt sett ett betydande intresse av var ett insolvensförfarande inleds inom EU, inte minst eftersom det kan påverka vilket typ av nationellt förfarande

⁶² Se Strömholm (1996) s 498 ff och Peczenik (2005) s 255. Jfr även Larsson (2002) s 42 och Arvidsson (2010) s 28.

⁶³ Jfr insolvensförordningen ingresspunkt 40.

⁶⁴ Jfr EU:s insolvensförordning art 2.11-2.12.

rande som aktualiseras och därigenom exempelvis borgenärernas rätt till utdelning.

1.4 Disposition

Utöver förevarande kapitel 1 där ämnet för avhandlingen, studiens syfte, metod och material beskrivs, består avhandlingen av ytterligare totalt sex kapitel. Varje kapitel, förutom kapitel 1 och 7, avslutas med en sammanfattande diskussion av de slutsatser som dras i respektive kapitel. I kapitel 7 finns en sammanfattning av studiens resultat i form av svar på studiens forskningsfrågor.

I kapitel 2 ges till att börja med en introduktion till EU:s insolvensförordning och i synnerhet förordningens domsrättsregler. Därefter behandlas förordningens tillämpningsområde. Vidare beskrivs översiktligt gränsdragningen mellan förordningens tillämpningsområde och tillämpningsområdena för andra regelverk inom svensk internationell insolvensrätt. Det rör sig om den nordiska konkurskonventionen⁶⁵, 10 kap. rättegångsbalken och Bryssel I-förordningen.⁶⁶

Ett betydande skäl bakom att en gäldenär eller borgenär vill påverka domsrätten kan vara att på så sätt även påverka vilket medlemslands lag som ska tillämpas avseende insolvensförfarandet. I kapitel 2 behandlas därför översiktligt insolvensförordningens lagvalsregler och hur domsrätten påverkar tillämplig lag enligt EU:s insolvensförordning. Här beskrivs kortfattat även något om hur medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningar skiljer sig åt, behovet av och det pågående arbetet med en harmoniserad nationell materiell insolvensrätt inom EU.

I kapitel 3 behandlas domsrätten för huvudförfaranden enligt EU:s insolvensförordning art 3.1. Kapitlet behandlar nationella domstolars prövning av sin egen behörighet i enlighet med insolvensförordningen. I kapitlet läggs särskilt fokus vid att analysera insolvens-

⁶⁵ Konventionen mellan Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige angående konkurs undertecknad i Köpenhamn den 7 november 1933.

⁶⁶ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av det 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område.

förordningens krav på att gäldenären ska ha viss anknytning till ett medlemsland för att en nationell domstol i det landet ska vara behörig att inleda ett förfarande enligt förordningen art 3.1, nämligen att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska finnas i landet. Domsrättsreglerna skiljer sig dock något åt för insolvensförfaranden när gäldenären är en juridisk person, en fysisk person som är egenföretagare eller en fri yrkesutövare respektive för andra typer av fysiska personer. Domsrätten för dessa olika typer av gäldenärer behandlas därför i skilda avsnitt i kapitlet.

I kapitlet behandlas även vilket utrymme som finns för en rättslig prövning av ett beslut fattat av en domstol om att den domstolen är behörig att inleda ett huvudförfarande enligt insolvensförordningen. Det rör sig dels om vem som är behörig att överklaga ett sådant beslut, dels om insolvensförordningens reglering om att övriga medlemsländer inom EU ska erkänna beslutet samt vilken betydelse detta har för domsrätten.

I kapitel 4 behandlas vilket utrymme som finns för en gäldenär att påverka var ett huvudförfarande inleds inom EU i enlighet med EU:s insolvensförordning. Här analyseras om och hur en gäldenär kan vidta åtgärder innan förfarandet inleds för att styra att en viss domstol blir behörig att inleda förfarandet. I kapitlet behandlas även vilket utrymme som finns för en förvaltare i ett insolvensförfarande och för en borgenär att påverka var ett huvudförfarande inleds inom EU i enlighet med insolvensförordningens domsrättsregler.

Kapitel 5 påminner till sitt upplägg om kapitel 3. Här behandlas dock domsrätten för sekundärförfaranden och territoriellt begränsade förfaranden enligt EU:s insolvensförordning art 3.2 istället för domsrätten för huvudförfaranden. I kapitlet behandlas nationella domstolars prövning av sin egen behörighet och vilka förutsättningar som måste vara uppfyllda för att en nationell domstol ska kunna inleda ett förfarande. Särskilt fokus läggs på det krav på viss anknytning till ett medlemsland som ställs enligt förordningen för att en nationell domstol i det landet ska vara behörig att inleda förfarandet. Till skillnad från vad som gäller huvudförfaranden är anknytningskravet detsamma för alla typer av gäldenärer och det behandlas därför sammanhängande för samtliga gäldenärer. I kapitlet behandlas även vilka tillgångar som omfattas av förfarandet. Dessutom behandlas utrymmet

för en rättslig prövning av ett att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande på grundval av internationell behörighet enligt insolvensförordningen samt vilket betydelse detta har för domsrätten inom EU.

I kapitel 6 behandlas slutligen vilket utrymme som finns att påverka vilken domstol inom EU som är behörig att inleda ett sekundärförfarande eller territoriellt förfarande samt vilka tillgångar som ingår i förfarandet enligt insolvensförordningen. Till att börja med behandlas vilket utrymme som finns för en gäldenär att påverka var ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande kan inledas enligt insolvensförordningen art 3.2. Här analyseras om en gäldenär genom exempelvis olika åtgärder innan förfarandet inleds kan styra att en viss domstol blir behörig att inleda förfarandet eller vilka tillgångar som ingår, eller inte ingår, i förfarandet. Därefter behandlas vilket utrymme en förvaltare i ett huvudförfarande har att påverka var, eller förhindra att, ett sekundärförfarande kan inledas och vilka tillgångar som omfattas av huvudförfarandet. Vidare behandlas vilket utrymme som samma förvaltare har att styra vilket nationellt sekundärförfarande som inleds i medlemslandet. Sist behandlas även vilket utrymme en borgenär har att påverka var ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande inleds inom EU i enlighet med insolvensförordningen.

1.5 Avgränsningar

Frågan om vilket medlemslands lag som ska tillämpas beträffande ett insolvensförfarande inom EU, det vill säga lagvalsbestämmelserna i insolvensförordningen, behandlas endast översiktligt i denna studie. Istället läggs fokus på just domstolars internationella behörighet. Frågan om en domstols internationella behörighet har visserligen ett nära samband med frågan om vilket lands rättsordning som ska tillämpas, men det är i princip först när en domstol är behörig som frågan om vilken lag som ska tillämpas uppkommer.⁶⁷ Enligt insolvensförordningen är dessutom huvudregeln att det är lagen i det land där förfarandet inleds som ska tillämpas beträffande förfarandet, vilket följakt-

⁶⁷ Jfr Bogdan (2014) s 29.

ligen innebär att domsrättsfrågan får stor betydelse för vilken lag som ska tillämpas.⁶⁸ Frågan om vilket medlemslands lag som blir tillämplig och vilka motiv det ger till *forum shopping* och rättsmissbruk kan dock mycket väl bli föremål för vidare forskning i andra sammanhang.

Avhandlingen innehåller inte heller någon större komparativ analys av nationell materiell insolvensrätt inom EU:s medlemsländer. Skälet för detta är just att fokus istället har lagts på frågor som rör den internationella domsrätten och inte specifikt vilket medlemslands lag som ska tillämpas i den nationella domstol som är behörig. Forskningsfrågorna analyseras dock som nämnts med exempel ur svensk materiell insolvensrättslig lagstiftning. Studien syftar dock inte till att ge en fullständig analys av svensk materiell insolvensrätt på området. Tanken är istället endast att exemplen ska belysa insolvensförordningens reglering av internationell domsrätt inom EU.

Det hade visserligen varit möjligt att ge mer omfattande exempel från även andra medlemsländers materiella insolvensrättsliga lagstiftningar eller jämföra olika medlemsländers lagstiftningar på området. Syftet är dock som nämnts inte att avhandlingen ska innehålla en fullständig komparativ studie av medlemsländernas materiella lagstiftningar på området. Det saknas dessutom större svenska studier av svensk internationell domsrätt enligt 2015 års insolvensförordning, vilket också motiverar att just svensk rätt har valts som exempel när domsrätten studeras i denna avhandling.

⁶⁸ Se insolvensförordningen art 7, jfr även art 8-18.

2 EU:s insolvensförordning, tillämpningsområde m.m.

2.1 Introduktion

2.1.1 Bakgrund

EU:s insolvensförordning utgör ett betydelsefullt bidrag inom den internationella insolvensrättens område eftersom den innebär att den internationella domsrätten inom EU:s medlemsländer omfattas av en enhetlig reglering.⁶⁹ När ett och samma regelverk blir tillämpligt för att reglera domsrätten blir det enklare att fastställa vilken domstol som är behörig att inleda ett insolvensförfarande när en gäldenär har anknytning till mer än ett medlemsland.

Före det att 2000 års insolvensförordning antogs fick domsrätten istället fastställas genom att studera respektive medlemslands internationella insolvensrätt.⁷⁰ Medlemsländerna hade ofta också ingått bilaterala avtal för att lösa rättsliga problem rörande gränsöverskridande insolvens.⁷¹ De olika domsrättsreglerna i medlemsländerna innebar

⁶⁹ Danmark är undantaget från insolvensförordningens tillämpningsområde, jfr insolvensförordningens ingresspunkt 88. Se också Latella (2014) s 479 ff.

⁷⁰ Se Ds 2007:6 s 17-18 och 25-26, Gullifer, Ringe och Théry (2009) s 111 samt Mellqvist (2002) s 31.

⁷¹ Se exempelvis 2015 års insolvensförordning art 85 för en lista på tidigare konventioner mellan olika medlemsländer. Se även 2000 års insolvensförordning art 44. Ett par exempel på bilaterala avtal som rör gränsöverskridande insolvensrätt är den Nordiska konkurskonventionen från 1933, konventionen mellan Belgien och Frankrike om domstolars behörighet från 1899 och konventionen mellan Tyskland och Österrike om konkurs m.m. från 1925. För en genomgång av vissa historiska konventioner, se även exempelvis Ds 2007:6 s 26 och 75. Se även Bogdan (2008) s 348. För fler historiska och aktuella exempel på bilaterala avtal avseende gränsöverskridande insolvensrätt se Wessels (2009) s 71-100 samt Wood (2007) s 29 ff och s 891 f.

dock en risk för att domstolar i flera länder kunde anse sig vara behöriga att inleda ett insolvensförfarande samtidigt gällande samma gäldenär, vilket i sin tur innebar en risk för motstridiga beslut angående inte minst fördelningen av gäldenärens tillgångar. Det fanns också en risk att ett beslut fattat av en domstol eller förvaltare i ett medlemsland i samband med ett insolvensförfarande inte skulle erkännas eller verkställas i andra medlemsländer. Genom insolvensförordningen har det blivit betydligt mer förutsebart hur den internationella insolvensrätten regleras.

Det har dock inte varit helt bekymmersfritt att få till EU:s insolvensförordning. Frågan om att harmonisera medlemsländernas lagstiftningar inom den internationella insolvensrättens område har diskuterats länge.⁷² EU och dessförinnan EEG, har arbetat med att utforma gemensamma regler sedan åtminstone 1960-talet och det har varit svårt för medlemsländerna att komma överens.⁷³ År 1996 var det nära att medlemsländerna antog en insolvenskonvention, men projektet misslyckades när Storbritannien valde att inte skriva under konventionen inom den stipulerade tiden.⁷⁴ Några år senare, år 2000, antog dock till slut Rådet 2000 års insolvensförordning, som trädde i kraft år 2002. År 2012 inleddes arbetet med att revidera förordningen och sommaren 2015 antogs så en omarbetad version av EU:s insolvensförordning.

Det är inte helt klarlagt exakt vad svårigheterna att komma överens har berott på och troligtvis är det en kombination av flera olika orsaker. Medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga regleringar skiljer sig åt.⁷⁵ Om domsrätten även är avgörande för vilket

⁷² Se Mellqvist (1996) samt även i Mellqvist (2002) s 39 f, Moss (2009) s 1 ff, Bogdan (2008) s 346 och Wood (2007) s 897.

⁷³ Arbetet fram till dagens insolvensförordning har beskrivits väl av andra. Se exempelvis Mellqvist (1996), Mellqvist (2002) s 39-40, Moss (2009) s 1-16, Bogdan (2008) s 346 och Wood (2007) s 897. Se även Bork och Mangano (2016) s 13 ff, Van Calster (2016) s 735 ff samt Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 1 ff.

⁷⁴ Se Moss (2009) s 2 samt Wood (2007) s 896.

⁷⁵ Att medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningar skiljer sig åt konstateras redan i insolvensförordningens ingress, se p 22. Se även exempelvis den komparativa studien i *Harmonisation of Insolvency Law at EU Level*, Policy Department C – Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels

medlemslands lag som ska tillämpas på förfarandet kan det tänkas att medlemsländerna har haft ett intresse av att knyta domsrätten till de egna nationella domstolarna för att skydda lokala intressen och då i synnerhet lokala borgenärer i det medlemslandet. Detta kan ha varit en möjlig orsak till att det har dröjt så länge för medlemsländerna att komma överens. Medlemsländerna lär också ha haft olika uppfattningar om hur långt den internationella regleringen ska gå och hur mycket reglering som alls behövs inom EU.⁷⁶

Svårigheterna att komma överens behöver dock inte nödvändigtvis enbart ha varit relaterade till den internationella insolvensrätten. Det har angetts i litteraturen att orsaken till att konventionen från 1996 inte skrevs under var de då aktuella politiska problemen relaterade till den så kallade galna ko-sjukan.⁷⁷ Sedan 60-talet när arbetet med en gemensam internationell insolvensrätt påbörjades har dessutom EU fått fler medlemmar, vilket också kan ha bidragit till att lagstiftningsprocessen har dragit ut på tiden då fler medlemsländer har behövt komma överens.

Insolvensförordningen utgör dock i huvudsak ett regelverk inom den internationella privat- och processrättens område, det vill säga ett regelverk som främst är inriktat på att reglera vilket lands domstol som är behörig, vilket lands lag som ska tillämpas och medlemsländers erkännande och verkställighet av beslut om att inleda ett insolvensförfarande inom EU och liknande frågor. Förordningen innehåller i princip ingen harmonisering av nationell materiell insolvensrätt, vilket motiveras i ingresspunkt 22 av att det just inte är möjligt eftersom den nationella materiella insolvensrätten i medlemsländerna skiljer sig åt för mycket.⁷⁸ Insolvensförordningen utgör resultatet av en slags gyl-

2010. Se även exempelvis Wood (2007), Wessels (2007) s 253 ff., Ringe (2008) s 597. Se också Timmermans (2010). Bachner jämför engelsk och tysk insolvensrätt i Bachner (2009). Jfr även Block-Lieb (2013) s 323 ff.

⁷⁶ Ds 2007:6 s 76, Dotevall (2006) s 885 samt Omar (2008) s 64-67. Se även Wessels (2009) s 10 ff och Moss (2009) s 1-16.

⁷⁷ Se exempelvis Moss (2009) s 2 samt Wood (2007) s 896.

⁷⁸ Jfr 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 11. Jfr även Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om ”Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, rådet och Europeiska ekonomiska och sociala kommittén – En ny europeisk strategi för att hantera misslyckade företagssatsningar och insolvens”

lene medelväg eller kompromiss om det som länderna trots allt till slut har kunnat enas om.

2.1.2 Allmänt om insolvensförordningens innehåll

Det främsta syftet med förordningen framgår av förordningens ingress och är att gränsöverskridande insolvensförfaranden ska fungera mer effektivt och smidigt. Det anses vara en förutsättning för att den inre marknaden ska fungera väl.⁷⁹

Förutom internationell domsrätt för insolvensförfaranden inom EU reglerar EU:s insolvensförordning som nämnts även vilket medlemslands lag som ska tillämpas på förfarandet. Utgångspunkten är att det är lagen i det land där förfarandet inleds som ska tillämpas.⁸⁰ Insolvensförordningen reglerar vidare hur beslut om att inleda ett insolvensförfarande och beslut i samband med förfarandet ska erkännas av och verkställas i EU:s medlemsländer. Här är också utgångspunkten att ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande ska erkännas automatiskt inom EU och att domstolar i övriga medlemsländer inte ska pröva den första domstolens beslut om sin egen behörighet.⁸¹ Denna bestämmelse ger förordningen ett starkt genomslag i medlemsländerna då den ger den domstol som har inlett ett förfarande en exklusiv behörighet. Regeln baseras enligt insolvensförordningens ingresspunkt 65 på principen om medlemsländernas ömsesidiga förtroende.

Insolvensförordningen innehåller även bestämmelser om hur insolvensförfaranden gällande samma gäldenär ska samordnas samt

COM(2012) 742 final och ”Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av rådets förordning (EG) nr 1346/2000 om insolvensförfaranden” COM(2012) 744 final – 2012/0360 (COD) 2013/C 271/10 p 1.3, 4.1 och 7-9.

⁷⁹ Se insolvensförordningens ingress, särskilt p 1-5, 8. Jfr 2000 års förordning som innehåller samma syftesbeskrivning i sin ingress, särskilt p 2 och 8. Jfr även Rådets motivering: Rådets ståndpunkt (EU) nr 7/2015 vid första behandlingen inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om insolvensförfarande (omarbetning) (2015/C 141/02) p 10. Se även Mucciarelli (2016) s 44.

⁸⁰ Jfr insolvensförordningen art 7.

⁸¹ Jfr insolvensförordningen art 19-20. Se EUD mål C-341/04 Eurofood p 42 och EUD mål C-444/07 MG Probud p 29. Se den reviderade förordningens ingresspunkt 65, särskilt sista meningen. Vad gäller 2000 års förordning, se ingresspunkt 22.

bestämmelser som ställer krav på samarbete och kommunikation mellan förvaltare och domstolar i olika medlemsländer. Förordningen innehåller också bestämmelser om samordning och kommunikation mellan förvaltare och domstolar när det gäller insolvensförfaranden för gäldenärer som är medlemmar i samma koncern.

Förordningen innehåller vidare bestämmelser om att det ska inrättas insolvensregister inom medlemsländerna som ska finnas tillgängliga via en europeisk e-juridikportal för att förhindra att flera huvudförfaranden inleds parallellt i flera medlemsländer avseende samma gäldenär. Förordningen klargör också att varje borgenär har rätt att anmäla sina fordringar i varje insolvensförfarande, såväl huvudförfarande som sekundärförfarande inom EU.⁸²

När det gäller insolvensförordningens reglering av domsrätten inom EU skiljer förordningen som nämnts mellan insolvensförfaranden som är så kallade huvudförfaranden respektive sekundärförfaranden eller självständiga territoriella förfaranden. Huvudförfaranden har allmän räckvidd och omfattar gäldenärens samtliga tillgångar. Sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden har däremot endast verkningar på de av gäldenärens tillgångar som finns inom det medlemslands territorium där förfarandet inleds.⁸³ Förfarandena är med andra ord territoriellt begränsade i jämförelse med ett huvudförfarande som är universellt.

Ett självständigt territoriellt förfarande kan inledas i ett medlemsland utan att det samtidigt sker ett huvudförfarande. Ett sekundärförfarande sker däremot parallellt med ett huvudförfarande men i ett annat medlemsland än huvudförfarandet. Om ett självständigt territoriellt förfarande har inletts och det senare inleds ett huvudförfarande ska det självständiga territoriella förfarandet omvandlas till ett sekundärförfarande.⁸⁴

⁸² Jfr insolvensförordningen art 45.

⁸³ 2015 års insolvensförordning art 3.2, 34. Se även 2000 års insolvensförordning art 3.2 och 27 och ingresspunkt 12.

⁸⁴ Det medför i princip att de regler i insolvensförordningen som gäller sekundärförfarande tillämpas istället i den mån förfarandets förlopp tillåter det, se insolvensförordningen art 51. Motsvarande reglering finns i 2000 års insolvensförordning art 36.

Ett huvudförfarande kan enligt insolvensförordningen art 3.1 inledas i det medlemsland inom vars territorium *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* finns. Ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande kan inledas i ett medlemsland om gäldenären har ett *driftställe* i landet och platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland.⁸⁵

2.1.3 Universalitets- och territorialprincipen

I litteraturen brukar lagstiftning och avtal som reglerar domsrätten för insolvensförfaranden beskrivas genom att jämföra dem i ljuset av den så kallade *universalitetsprincipen* och *territorialprincipen*.⁸⁶ Principerna är tänkta att representera två helt olika grundläggande idéer för hur internationell domsrätt kan vara reglerad, inte enbart inom den internationella insolvensrättens område utan även inom den internationella processrätten generellt. Principerna kan vara användbara för att förstå regleringen i EU:s insolvensförordning som en internationellt processrättslig reglering i ett större sammanhang.⁸⁷

Universalitetsprincipen innebär att den lagstiftning som reglerar internationell domsrätt i ett visst land anger att ett insolvensförfarande ska omfatta samtliga av gäldenärens tillgångar och fordringar oavsett var tillgångarna eller borgenärerna finns samt att förfarandet endast ska ske i ett visst land.⁸⁸ Insolvensförfarandet ska dessutom, enligt denna princip, ges rättsverkningar i alla andra länder. Det brukar förutsättas att en domsrättsbestämmelse som baseras på denna princip innehåller ett krav på att gäldenären har en viss anknytning till det land där ett insolvensförfarande kan inledas, till exempel att det är gäldenärens hemland.

⁸⁵ Insolvensförordningen art 3.2-3.4, 34 och ingresspunkt 24. Jfr 2000 års insolvensförordning art 3.2-3.4 och 27 samt ingresspunkt 14 som är formulerade på motsvarande sätt.

⁸⁶ Se Ds 2007:6 s 35 ff, Omar (2008) s 42, Wessels (2009) s 40-48, McCormack (2012) s 1 f, Van Calster (2016) s 735 f, Stone (2014) s 521, Cebotari (2014) s 8-10 samt Bork och Mangano (2016) s 230-231. Jfr dock även Bogdan som kritiserar principerna och ifrågasätter om de alls är relevanta, Bogdan (1997) s 16 ff.

⁸⁷ Jfr dock Bogdan (1997) s 16 ff.

⁸⁸ Se McCormack (2012) s 3 f.

En nackdel med universalitetsprincipen är att det kan vara svårt att finna ett anknytningskriterium som även accepteras och respekteras av andra länder. För att universalitetsprincipen ska fungera i praktiken krävs i princip att samtliga länders domsrättsregler innehåller samma anknytningskrav, annars finns det en risk att domstolar i olika länder inleder insolvensförfaranden som ska ges universella verkningar samtidigt.

Det kan dessutom vara svårt för en nationell lagstiftare i ett annat land än gäldenärens hemland att acceptera att domstolarna i gäldenärens hemland ska ha en exklusiv behörighet att inleda ett insolvensförfarande om gäldenären exempelvis bedriver verksamhet och har tillgångar i det andra landet, särskilt om domsrätten även avgör vilket lands lag som ska tillämpas. Det vore förmodligen enklare att acceptera en sådan ordning om samtliga länders materiella insolvensrättsliga lagstiftningar var helt harmoniserade eftersom förfarandet då hade omfattats av samma bestämmelser oavsett vilket lands domstol som inledde förfarandet, något som inte är fallet idag.⁸⁹

Domsrättsregler som baseras på territorialprincipen innebär istället att endast den egendom som finns inom en jurisdiktions territorium ingår i ett insolvensförfarande. Detta betyder att om en gäldenär har egendom i flera länder kan enbart en del av egendomen ingå i ett förfarande. Om insolvensförfaranden inleds i flera jurisdiktioner är det inte heller säkert att förfarandena samordnas.⁹⁰

Det finns inget land som i praktiken har valt att basera sina domsrättsregler endast i enlighet med en av dessa principer.⁹¹ Ofta handlar det istället om att domsrättsreglerna utgör olika typer av kombinationer av principerna.⁹² Insolvensförordningen är just en sådan kombination mellan territorial- och universalitetsprincipen eftersom det är möjligt att inleda både territoriellt begränsade förfaranden och

⁸⁹ 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 3 och 11, Ds 2007:6 s 36-38 samt Omar (2008) s 45-49. Se även Wood (2007) s 802 ff.

⁹⁰ Ds 2007:6 s 37-38 samt Omar (2008) s 42-45.

⁹¹ Se McCormack (2012) s 4 f.

⁹² Se Mellqvist (1996) s 7 ff. och Wood (2007) s 802, Cebotari (2014) s 9 samt Omar (2008) s 50-53.

universella förfaranden.⁹³ Ett huvudförfarande enligt art 3.1 är universellt eftersom det är tänkt att omfatta samtliga av gäldenärens tillgångar. Ett självständigt territoriellt förfarande och ett sekundärförfarande enligt art 3.2 omfattar i enlighet med territorialprincipen däremot endast en del av gäldenärens tillgångar.

De svenska allmänna reglerna om domsrätten för konkurs, utöver de fall då insolvensförordningen ska tillämpas, utgör också en sammansättning av både universalitetsprincipen och territorialprincipen. Enligt dessa regler är det möjligt att inleda ett insolvensförfarande som är universellt när gäldenären har sin hemvist i Sverige, en domicilkonkurs, men det är dessutom möjligt att inleda ett territoriellt insolvensförfarande när gäldenären exempelvis enbart har tillgångar inom svensk jurisdiktion, en särkonkurs.⁹⁴

2.2 Insolvensförordningens tillämpningsområde

2.2.1 Tillämplighet i tid och rum

2000 års insolvensförordning är direkt tillämplig i EU:s medlemsländer sedan den 31 maj 2002.⁹⁵ Detta gäller dock inte i Danmark, som inte är bunden av förordningen eller omfattas av dess tillämpning.⁹⁶ Förordningen är endast tillämplig avseende förfaranden som

⁹³ Se Ds 2007:6 s 39 samt Mellqvist (2002) s 48, Berends (2010) s 424 och Cebotari (2014) s 11-12.

⁹⁴ Svensk domsrätt för konkurs behandlas mer utförligt längre fram. Jfr konkurslagen 2 kap 1 §, rättegångsbalken 10 kap 1-4 §§, prop. 2005/06:37 s 29 och NJA 1974 s 311. Jfr även NJA 1980 s. 340, NJA 1998 s. 361 och RH 1990:96. Se även Mellqvist (2002) s 29 ff. och Bogdan (1997) s 26 ff.

⁹⁵ 2000 års insolvensförordning art 47. Se även förordningens ingresspunkt 8. 2000 års förordning har kompletterats i Sverige genom lag (2005:1046) med kompletterande bestämmelser till insolvensförordningen. Se även exempelvis Moss (2009) s 21, 24 och Aasaru (2011) s 354 och Bewick (2015) s 172 ff. Det är mig veterligen inte känt när eller hur det beslut som fattats genom folkomröstning i Storbritannien om utträde ur EU får effekt beträffande tillämpningen av förordningen i förhållande till och i Storbritannien. Jfr även EUD mål C-527/10 ERSTE beträffande hur förordningen blir tillämplig i ett nytt medlemsland. Fallet kommenteras även i Bogdan (2013) s 977.

⁹⁶ 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 33.

har inletts efter det att förordningen trädde i kraft, det vill säga den 31 maj 2002.⁹⁷

2015 års insolvensförordning är tillämplig från och med den 26 juni 2017, med vissa undantag som rör artiklar om informationsdelgivning och upprättande av insolvensregister som träder i kraft senare.⁹⁸ Förordningen ersätter då 2000 års insolvensförordning, som upphör att gälla.⁹⁹ Bestämmelserna i 2015 års förordning gäller dock enbart för insolvensförfaranden som har inletts efter den 26 juni 2017.¹⁰⁰ För förfaranden som har inletts före detta datum gäller fortfarande 2000 års insolvensförordning eller annan relevant tillämplig lagstiftning.¹⁰¹ 2015 års förordning är liksom den äldre insolvensförordningen inte heller bindande för och ska inte tillämpas i Danmark.¹⁰²

Förutom att insolvensförordningen som nämnts är direkt tillämplig i EU:s medlemsländer ersätter den dessutom, vad gäller de frågor som förordningen omfattar och efter det att 2000 års förordning trädde i kraft, ett antal konventioner inom den internationella insolvensrättens område som olika medlemsländer har ingått med varandra.¹⁰³

För exempelvis Sveriges del har Sverige ingått en konvention på den internationella insolvensrättens område med Danmark, Finland,

⁹⁷ 2000 års insolvensförordning art 43. Enligt EU-domstolen får *beslutet* om att inleda ett insolvensförfarande inte ha fattats före det aktuella datumet för att insolvensförordningen ska bli tillämplig. Om däremot enbart en begäran om att inleda ett insolvensförfarande har framställts före den 31 maj kan ett insolvensförfarande ändå inledas enligt förordningen, förutsatt att beslut om att inleda förfarandet fattats tidigast den 31 maj 2002, se EUD mål C-1/04 Staubitz-Schreiber p 21. Frågan om utifrån vilket exakt datum förordningen ska tillämpas lär dock inte ge upphov till några problem i praktiken längre eftersom förordningen har varit tillämplig sedan 2002.

⁹⁸ 2015 års insolvensförordning art 92.

⁹⁹ 2015 års insolvensförordning art 91-92.

¹⁰⁰ 2015 års insolvensförordning art 84.

¹⁰¹ Jfr 2015 års insolvensförordning art 84 och 91.

¹⁰² 2015 års insolvensförordnings ingresspunkt 88.

¹⁰³ 2015 års insolvensförordning art 85 respektive 2000 års insolvensförordning art 44.

Island och Norge, nämligen den nordiska konkurskonventionen.¹⁰⁴ Eftersom Sverige och Finland är medlemmar i EU ersätter insolvensförordningen den nordiska konkurskonventionen i Sverige i förhållande till Finland.¹⁰⁵ Eftersom Danmark inte omfattas av insolvensförordningens tillämpningsområde bör Danmark däremot inte räknas som ett medlemsland i detta avseende. I förhållande till Danmark ersätter således insolvensförordningen inte den nordiska konkurskonventionen.

Förordningens tillämpningsområde i förhållandet mellan medlemsländer inom EU och länder utanför EU, tredje land, regleras i 2015 års insolvensförordning art 85.3 respektive 2000 års insolvensförordning art 44.3. Där framgår att insolvensförordningen inte är tillämplig i ett medlemsland i den utsträckning som förordningen är oförenlig med förpliktelser som uppstår i samband med konkurs och som härrör från en konvention som medlemslandet har slutit med ett eller flera tredje länder före det att 2000 års insolvensförordning trädde i kraft.

En förutsättning för att insolvensförordningen, både den reviderade och 2000 års version, ska vara tillämplig är dock att gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom EU, förutom Danmark.¹⁰⁶ Om gäldenärens huvudsakliga intressen befinner sig utanför unionen eller i Danmark är förordningen med andra ord inte tillämplig.

Det framgår däremot inte uttryckligen av insolvensförordningen om en nationell domstol inom medlemsländerna behöver konstatera att gäldenären har en anknytning till mer än ett land för att insolvensförordningen ska tillämpas. En förutsättning för att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande är dock att gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland än det där förfarandet inleds. Det innebär att gäldenären måste ha en anknytning till mer än ett medlemsland för att det ska vara möjligt att in-

¹⁰⁴ Konventionen mellan Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige angående konkurs undertecknad i Köpenhamn den 7 november 1933.

¹⁰⁵ 2015 års insolvensförordning art 85.1 j) respektive 2000 års insolvensförordning art 44.1 j).

¹⁰⁶ 2015 års insolvensförordning art 3 och ingresspunkt 25. 2000 års insolvensförordning art 3 och ingresspunkt 14.

leda sådana förfaranden enligt insolvensförordningen art 3.2. Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen måste nämligen vara i ett medlemsland samtidigt som gäldenären har ett driftställe i ett annat medlemsland. Något sådant krav saknas däremot gällande huvudförfaranden, där framgår endast att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska finnas inom EU.

EU-domstolen har dock fått tillfälle att pröva om det finns något krav på en internationell anknytning för att insolvensförordningen ska vara tillämplig, i fallet *Schmid*.¹⁰⁷ Fallet rörde visserligen 2000 års insolvensförordning, men eftersom reglerna är desamma i den reviderade förordningen bör domstolens tolkning även användbar vid tolkningen av den reviderade förordningen. Målet rörde en återvinningstalan i ett tyskt huvudinsolvensförfarande mot en svarande bosatt i Schweiz. Domstolen uttalade sig då generellt i frågan om insolvensförordningen alls kan tillämpas när gäldenären, såvitt känt, saknar någon anknytning till ett annat medlemsland inom EU. Domstolen konstaterade att insolvensförordningen inte innehåller något generellt villkor på ett utländskt anknytningsmoment för att vara tillämplig.¹⁰⁸ Förordningen ska således tillämpas även om gäldenären bara har anknytning till *ett* medlemsland, så länge platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i det medlemslandet.

EU-domstolen fick även tillfälle i fallet *Schmid* att uttala sig om insolvensförordningen kan tillämpas även då det rör sig om en talan där svaranden just var bosatt i ett land utanför EU.¹⁰⁹ Schweiz är som bekant inte medlem i EU. Frågan var om den tyska domstolen kunde basera sin behörighet att pröva talan, som riktades mot en svarande som inte hade sin hemvist inom EU, på insolvensförordningen art 3.1.¹¹⁰ EU-domstolen konstaterade att insolvensförordningen omfattar behörigheten att pröva en talan, inklusive en återvinningstalan i samband med ett insolvensförfarande, även i förhållande till länder utanför EU. Förordningen reglerar således inte enbart medlemsländernas internationella domsrätt internt inom EU, det vill säga mellan med-

¹⁰⁷ EUD mål C-328/12 Schmid.

¹⁰⁸ EUD mål C-328/12 Schmid p 20-29.

¹⁰⁹ EUD mål C-328/12 Schmid.

¹¹⁰ EUD mål C-328/12 Schmid p 30-39.

lemsländerna, utan också i förhållande till länder som inte är medlemmar i EU, förutsatt att gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom EU.

När det gäller förhållandet till tredje land är det dock viktigt att upprepa att om ett medlemsland har slutit en konvention före 2000 års insolvensförordnings ikraftträdande med ett land som inte är medlem i EU, och förordningens domsrättsregler inte är förenliga med de förpliktelser som uppstår i enlighet med konventionen i samband med konkurs, ska domsrättsreglerna inte tillämpas enligt 2015 års insolvensförordning art 85.3 respektive 2000 års insolvensförordning art 44.3.

För att ta Sverige som exempel innebär detta att insolvensförordningen som utgångspunkt reglerar svensk domsrätt för insolvensförfaranden inom förordningens tillämpningsområde när platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom EU, även gentemot länder som inte är medlemmar inom EU. Eftersom Sverige har ingått den nordiska konkurskonventionen med länder som inte är medlemmar i EU, nämligen Norge och Island, och konventionen slöts före 2000 års insolvensförordnings ikraftträdande ska insolvensförordningen dock inte tillämpas i Sverige i förhållande till dessa länder. Detta gäller i de delar som förordningen är oförenlig med den nordiska konkurskonventionen, enligt 2015 års insolvensförordning art 85 respektive 2000 års insolvensförordning art 44.¹¹¹ Det torde även gälla i förhållande till Danmark eftersom insolvensförordningen inte ska tillämpas i Danmark och eftersom Danmark också är part i den nordiska konkurskonventionen.

Den nordiska konkurskonventionen innehåller dock ingen direkt reglering av nordisk domsrätt gällande konkurs, utöver att konventionen inte är tillämplig när gäldenären inte har sin hemvist, eller säte för juridiska personer, i det land där en konkurs inleds.¹¹² Detta

¹¹¹ 2015 års insolvensförordning art 85.3 respektive 2000 års insolvensförordning art 44.3.

¹¹² Den nordiska konkurskonventionen art 13. Den nordiska konkurskonventionen reglerar dock andra frågor relaterade till konkurs inom Norden såsom tillämplig lag. Konventionens lagvalsregler, så som de har införlivats i svensk rätt, ska därför i enlighet med insolvensförordningen tillämpas före insolvensförordningens lagvals-

medför att i förhållande till Norge, Danmark och Island reglerar EU:s insolvensförordning i praktiken ändå svensk internationell domsrätt, även vid konkurs, eftersom insolvensförordningens domsrätsregler inte är oförenliga med de förpliktelser som uppkommer enligt den nordiska konkurskonventionen. Detta förutsätter dock att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett medlemsland inom EU. Om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i Norge, Danmark eller Island blir insolvensförordningen i alla fall inte tillämplig.

Denna tolkning av insolvensförordningens tillämpningsområde stämmer dock inte överens med den svenska Högsta domstolens bedömning i NJA 2013 s. 22.¹¹³ Domen behandlar en återvinningstalan under en svensk konkurs riktad mot en svarande i Norge. Högsta domstolen konstaterar att svensk domsrätt saknas för denna talan enligt rättegångsbalken 10 kap. och konstaterar dessutom att insolvensförordningen inte kan ge stöd för svensk domsrätt generellt gentemot Norge. Här skiljer sig domstolens tolkning av förordningens tillämpningsområde från min tolkning eftersom jag tolkar förordningen så att den kan ge stöd för svensk domsrätt även gentemot Norge. Domstolen gör dock ett ganska långtgående resonemang som går ut på att eftersom Norge är medlem i EES och återvinningstalan ska prövas enligt svensk lag ska svensk domstol ändå vara behörig att ta upp återvinningstalan till prövning i linje med en analogisk tolkning av insolvensförordningen eftersom det är mest effektivt. På så sätt kunde domstolen ändå grunda svensk domsrätt på insolvensförordningen indirekt trots att domstolen menade att den inte är tillämplig gentemot Norge. Utgången blev således densamma.

Den nordiska konkurskonventionen är inte tillämplig när gäldenären inte har sin hemvist eller sitt säte i det land där konkursen inleds. Det innebär att det endast är nödvändigt att ta hänsyn till de förpliktelser som uppkommer enligt konventionen vid tillämpningen av

regler i den utsträckning som förordningens regler är oförenliga med regleringen i den nordiska konkurskonventionen.

¹¹³ Domen har även kommenterats av Bogdan i Bogdan (2015) s 618 ff. Jfr även NJA 2016 s. 779 och NJA 2010 s. 734. Se även Hovrättens resonemang i RH 2008:9, kommenterad av Bogdan i Bogdan (2010) s 75.

insolvensförordningen då det rör sig om en konkurs och gäldenären har sitt säte eller hemvist i Sverige. Det kan vara möjligt att inleda ett insolvensförfarande i form av en konkurs i Sverige utan att gäldenären har hemvist eller säte i Sverige enligt insolvensförordningen art 3.1 respektive 3.2. I så fall aktualiseras den nordiska konkurskonventionen inte.

Sverige har inte slutit några andra konventioner med tredje land som innebär förpliktelser i samband med konkurs, annat än den nordiska konkurskonventionen. Det innebär att insolvensförordningen reglerar svensk domsrätt för insolvensförfaranden inom förordningens tillämpningsområde i förhållande till övriga tredje länder, förutsatt att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom EU. Om insolvensförordningen inte är tillämplig, exempelvis för att gäldenärens huvudsakliga intressen just inte finns inom EU, får däremot andra regler inom svensk internationell privat- och processrätt tillämpas.

Fallet NJA 2013 s. 31 rörde, liksom det tidigare nämnda fallet från svenska Högsta domstolen, en återvinningstalan i en svensk konkurs men den här gången mot ett bolag med säte i Saint Kitts och Nevis.¹¹⁴ Även i detta fall konstaterade Högsta domstolen att EU:s insolvensförordning inte är direkt tillämplig på domsrätsfrågan eftersom Saint Kitts och Nevis inte är medlem i EU. Denna tolkning av förordningens tillämpningsområde stämmer följaktligen inte heller överens med EU-domstolens tolkning av förordningen. EU-domstolen konstaterade nämligen i fallet *Schmid* att domsrätsreglerna i insolvensförordningen just är tillämpliga när gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom EU, även gentemot tredje land. Högsta domstolen bedömde dock att svensk domsrätt ändå förelåg i fallet genom en analogisk tillämpning av rättegångsbalken 10 kap. Utgången blev således i alla fall densamma.

¹¹⁴ Fallet diskuteras även av Bogdan i Bogdan (2015) s 619.

2.2.2 Galdenärer

Insolvensförordningen är tillämplig avseende galdenärer som är såväl juridiska som fysiska personer inom EU.¹¹⁵ I 2015 års insolvensförordning art 1.2 regleras dock att galdenärer som är försäkringsföretag, kreditinstitut, värdepappersföretag och andra företag eller institut som omfattas av direktiv 2001/24/EG samt företag för kollektiva investeringar inte omfattas av förordningens tillämpningsområde. Dessa företag och institut omfattas istället av annan särskild reglering.¹¹⁶

När det till att börja med gäller värdepappersföretag och andra företag eller institut som omfattas av direktiv 2001/24/EG, framgår det av detta direktiv art 1.1 att direktivet omfattar kreditinstitut inklusive institutets filialer i enlighet med art 1.1 och 1.3 i direktiv 2000/12/EG, men med de undantag som framgår i detta senare direktiv art 2.3. I direktiv 2000/12/EG definieras kreditinstitut som "...ett företag vars verksamhet består i att från allmänheten ta emot insättningar eller andra återbetalbara medel och att bevilja krediter för egen räkning." Filialer definieras i art 1.3, och kan sammanfattas som driftställen som är legalt beroende delar av institutet men som själv-

¹¹⁵ Se 2000 års insolvensförordning art 3 och 2015 års insolvensförordning art 3. Vad som avses med en juridisk person och även en fysisk person torde vara en fråga för nationell rätt.

¹¹⁶ Se vidare i 2015 års insolvensförordning art 1.2 och ingresspunkt 19. Se även exempelvis Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/59/EU av den 15 maj 2014 om inrättande av en ram för återhämtning och resolution av kreditinstitut och värdepappersföretag och om ändring av rådets direktiv 82/891/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU och 2013/36/EU samt Europaparlamentets och rådets förordningar (EU) nr 1093/2010 och (EU) nr 648/2012. Se även Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 806/2014 av den 15 juli 2014 om fastställande av enhetliga regler och ett enhetligt förfarande för resolution av kreditinstitut och vissa värdepappersföretag inom ramen för en gemensam resolutionsmekanism och en gemensam resolutionsfond och om ändring av förordning (EU) nr 1093/2010. Vad gäller försäkringsföretag, se Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/138/EG av den 25 november 2009 om upptagande och utövande av försäkrings- och återförsäkringsverksamhet (Solvens II). För en mer komplett diskussion angående dessa företag och institut, se Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 213 ff.

ständigt utför transaktioner som är hänförliga till kreditinstitutet. I direktiv 2000/12/EG art 2.3 framgår dock att direktivet inte gäller medlemsländernas centralbanker, postgiroinstitut samt ett antal särskilt undantagna kreditinstitut i respektive medlemsland. I Sverige undantas exempelvis enligt artikeln Svenska Skeppshypotekskassan.

För att ett värdepappersföretag ska vara undantaget från insolvensförordningens tillämpningsområde torde det således krävas att det rör sig om en sådan typ av kreditinstitut i enlighet med direktiv 2001/24/EG med hänvisning till direktiv 2000/12/EG. Även övriga typer av företag och institut, som omfattas av direktivets tillämpningsområde, omfattas dock följaktligen inte heller av insolvensförordningens tillämpningsområde, vilket torde innebära att det egentligen inte behövs en definition av värdepappersföretag i sig. Det torde vara tillräckligt att konstatera att det rör sig om ett sådant kreditinstitut.

När det gäller företag för kollektiva investeringar framgår det av insolvensförordningen art 2.2 att det som avses är fondföretag, det vill säga företag för kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper, i enlighet med den definition som förekommer i rådets direktiv 2009/65/EG samt alternativa investeringsfonder enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/61/EU. Direktiven innehåller mer definierade definitioner av företagen. Sådana företag omfattas inte av insolvensförordningens tillämpningsområde.

Vad gäller försäkringsföretag och kreditinstitut i övrigt innehåller insolvensförordningen inte någon mer specifik definition eller hänvisning till annan lagstiftning för att det ska gå att fastställa vilka företag och institut som avses. Insolvensförordningen torde dock förstås så att dessa företag och institut inte omfattas av förordningens tillämpningsområde eftersom de istället ska omfattas av annan särskild lagstiftning. Definitionerna av företagen och instituten torde framgå av den EU-rättsliga reglering som de omfattas av.¹¹⁷

¹¹⁷ Jfr 2000 års insolvensförordning art 1.2 och ingresspunkt 9. Se även Mellqvist (2002) s 90 ff. Moss, Fletcher och Isaacs konstaterar dock att definitionerna av företagen och instituten i regelverken är ganska vaga, se Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 217 ff. Jfr även SOU 2016:17 s 78-79. Se vidare i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/59/EU av den 15 maj 2014 om inrättande av en ram för återhämtning

När det exempelvis gäller försäkringsföretag framgår det av Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/138/EG av den 25 november 2009 om upptagande och utövande av försäkrings- och återförsäkringsverksamhet (Solvens II) art 2 att de definieras som företag som är verksamma med direkt liv- och skadeförsäkring. Det krävs dessutom att företaget är etablerat inom ett medlemsland eller vill etablera sig där. Vad gäller kreditinstitut torde samma definition som i ovan angivna direktiv 2000/12/EG vara relevant. Motsvarande definition av kreditinstitut förekommer även i annan EU-rättslig lagstiftning, även om denna inte är direkt insolvensrättslig. Exempelvis kan nämnas Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 575/2013 av den 26 juni 2013 om tillsynskrav för kreditinstitut och värdepappersföretag och om ändring av förordning (EU) nr 648/2012 där kreditinstitut definieras i art 4 som ett företag vars verksamhet består i att ta emot insättningar eller andra återbetalbara medel från allmänheten och att bevilja krediter för egen räkning. Dessa typer av försäkringsföretag och kreditinstitut torde följaktligen inte omfattas av insolvensförordningens tillämpningsområde.

EU har även arbetat för att åstadkomma gemensamma regler för så kallat återhämtning och resolution av kreditinstitut och värdepappersföretag.¹¹⁸ De företag och institut som omfattas av denna regle-

och resolution av kreditinstitut och värdepappersföretag och om ändring av rådets direktiv 82/891/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU och 2013/36/EU samt Europaparlamentets och rådets förordningar (EU) nr 1093/2010 och (EU) nr 648/2012. Se även Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 806/2014 av den 15 juli 2014 om fastställande av enhetliga regler och ett enhetligt förfarande för resolution av kreditinstitut och vissa värdepappersföretag inom ramen för en gemensam resolutionsmekanism och en gemensam resolutionsfond och om ändring av förordning (EU) nr 1093/2010.

¹¹⁸ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/59/EU av den 15 maj 2014 om inrättande av en ram för återhämtning och resolution av kreditinstitut och värdepappersföretag och om ändring av rådets direktiv 82/891/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU och 2013/36/EU samt Europaparlamentets och rådets förordningar (EU) nr 1093/2010 och (EU) nr 648/2012, det så kallade krishanteringsdirektivet. Se även prop. 2015/16:5 s 1 och 195 ff. och SOU 2016:17 s 78-79, samt lag (2015:1016) om resolution.

ring torde likaså vara undantagna från insolvensförordningens tillämpningsområde.

Domsrättsreglerna i insolvensförordningen art 3, inklusive förutsättningen att gäldenärens huvudsakliga intressen ska finnas i ett medlemsland för att förordningen ska vara tillämplig, påverkar också vilka typer av gäldenärer som omfattas av förordningen. Reglerna innebär nämligen att gäldenärens nationalitet i princip inte spelar någon avgörande roll för domsrätsfrågan. Däremot omfattas endast gäldenärer som faktiskt har sina huvudsakliga intressen inom EU. Exempelvis omfattas en gäldenär som är en juridisk person med säte i ett land utanför EU av förordningens tillämpningsområde när gäldenären har sina huvudsakliga intressen i ett medlemsland, men en gäldenär med säte i ett medlemsland inom EU omfattas däremot inte av förordningens tillämpningsområde om gäldenärens huvudsakliga intressen finns utanför EU.

2.2.3 Insolvensförfaranden

I insolvensförordningen art 1 framgår vilka typer av förfaranden som förordningen omfattar. Enligt art 1.1 ska förordningen tillämpas på offentliga kollektiva förfaranden, inbegripet interimistiska förfaranden, vilka grundar sig på lagstiftning om insolvens. Vidare framgår det av artikeln att förfarandet också ska innebära att, för räddnings-, skuldsanerings-, omstrukturerings- eller likvidationsändamål, a) en gäldenär helt eller delvis berövas rådigheten över sina tillgångar och en förvaltare utses, b) en gäldenärs tillgångar eller verksamhet är föremål för kontroll eller övervakning av en domstol, eller c) ett tillfälligt uppskjutande av enskilda verkställighetsförfaranden beviljas av en domstol eller på grund av lag i syfte att möjliggöra förhandling mellan gäldenären och dennes borgenärer, förutsatt att det förfarande där uppskjutande beviljas tillhandahåller lämpliga åtgärder för att skydda borgenärskollektivets intressen och, om ingen överenskommelse nåtts, efterföljs av ett förfarande i led a) eller b).

Tillämpningsområdet för 2000 års förordning anges mer kortfattat än 2015 års förordning. I 2000 års insolvensförordning art 1 framgår att förordningen ska tillämpas på kollektiva insolvensförfaranden

som innebär att gäldenären helt eller delvis berövas rådigheten över sina tillgångar och att en förvaltare utses. 2015 års insolvensförordning omfattar enligt art 1 till skillnad från motsvarande definition i 2000 års version art 1 enbart offentliga förfaranden men dessutom två nya typer av förfaranden genom led b) och c).

I 2015 års insolvensförordning art 2.4 definieras insolvensförfaranden som de förfaranden som förtecknas i förordningens bilaga A.¹¹⁹ Definitionen i art 1.1 verkar snarast syfta till att visa nationella lagstiftare vilka typer av nationella förfaranden som skulle kunna ingå i bilaga A, om de uppfyller kraven i art 1.1.¹²⁰ Detta innebär att art 1.1 är av begränsad betydelse i den rättsliga praktiken eftersom de förfaranden som omfattas listas i förordningens bilaga.¹²¹

I 2000 års insolvensförordning listas på motsvarande sätt som i 2015 års insolvensförordning de förfaranden som den förordningen omfattar i bilaga A och B.¹²² EU-domstolen har bekräftat i fallet *Radziejewski* att de förfaranden som anges i den förordningens bilaga är uttömmande, åtminstone gällande huvudförfaranden som var föremål för prövning i det aktuella fallet.¹²³ Fallet rörde en person som hade ansökt om skuldsanering i Sverige men fått avslag på sin ansökan med hänvisning till att en svensk skuldsanering bland annat förutsätter att gäldenären har hemvist i Sverige.¹²⁴ Skuldsanering omfattas inte av 2000 års förordnings tillämpningsområde enligt bilaga A, eftersom det förfarandet inte listas där, och EU-domstolen konstaterar helt kort att 2000 års förordning endast är tillämplig på de huvudförfaranden som räknas upp i den bilagan. Detta innebar följaktligen att domsrätten inte

¹¹⁹ I 2000 års förordning finns två sådana bilagor. Vad gäller huvudförfaranden, se 2000 års insolvensförordning art 2a och bilaga A. För sekundärförfaranden se art 27 och bilaga B.

¹²⁰ Jfr dock Weiss (2015) s 196 och Bogdan (2015) s 5 som konstaterar att vissa medlemsländer verkar ha valt att exkludera vissa nationella insolvensförfaranden från förordningens tillämpningsområde, eller att alla förfaranden som skulle kunna omfattas av definitionen i art 1.1 åtminstone inte är inkluderade i bilaga A.

¹²¹ Jfr Bogdan (2015) s 4 f.

¹²² Se 2000 års insolvensförordning art 1.1, 2a, 3.1, ingresspunkt 9 och bilaga A.

¹²³ EUD mål C-461/11 *Radziejewski* p 24. Se även 2000 års insolvensförordning art 1.1, 2a, 3.1, ingresspunkt 9 och bilaga A. Vad gäller den reviderade förordningen, se art 1.1, 2.4 och ingresspunkt 9.

¹²⁴ EUD mål C-461/11 *Radziejewski* p 18.

skulle bedömas i fallet enligt insolvensförordningens domsrättsregler helt enkelt eftersom skuldsanering inte omfattas av 2000 års insolvensförordnings tillämpningsområde. Eftersom 2015 års insolvensförordnings reglering och 2000 års insolvensförordnings reglering av vilka insolvensförfaranden som omfattas motsvarar varandra när det gäller att förfarandena listas i bilaga är domstolens uttalande även relevant för 2015 års förordning. Bilaga A i 2015 års förordning bör följaktligen vara uttömmande på samma sätt.

Domstolen uttalade sig däremot inte i fallet *Radziejewski* om även de sekundärförfaranden eller självständiga territoriella förfaranden som listas i 2000 års insolvensförordning bilaga B är uttömmande beträffande förordningens tillämpningsområde. Det verkar dock rimligt att samma bedömning skulle göras gällande dessa typer av insolvensförfaranden eftersom regleringen ser likadan ut, det vill säga de förfaranden som avses listas i bilaga även vad gäller sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden, förutom den skillnaden att förfarandena listas i olika bilagor. I 2015 års förordning skiljs däremot inte mellan vilka förfaranden som kan utgöra huvudförfaranden respektive sekundärförfarande eller självständiga territoriella förfaranden i olika bilagor. Där listas istället samtliga typer av förfaranden i förordningens bilaga A. Det talar för att bilaga A till 2015 års insolvensförordning är uttömmande för samtliga typer av insolvensförfaranden inom förordningens tillämpningsområde, det vill säga lika väl huvudförfaranden som sekundärförfaranden eller självständiga territoriella förfaranden.

Detta innebär också att de nationella insolvensförfaranden som inte finns listade i insolvensförordningens bilaga A inte bör omfattas av insolvensförordningens tillämpningsområde. Detta torde även gälla om de uppfyller definitionen av ett insolvensförfarande i förordningens art 1.1. Det framgår dessutom av insolvensförordningens ingresspunkt 9 att förfaranden som inte framgår av bilaga A inte bör inkluderas i insolvensförordningens tillämpningsområde.

Uttalandet i ingresspunkt 9, ordvalet ”bör” istället för ”ska” kan visserligen tolkas så att det öppnar upp för att även andra förfaranden kan omfattas av förordningens tillämpningsområde. Med tanke på innebörden av uttalandet i ingressen, nämligen att andra förfaranden faktiskt inte bör omfattas samt hänvisningen till bilaga A i art 2.4 ver-

kar det dock långsökt att förordningen ska förstås på det sättet att andra förfaranden kan omfattas av förordningens tillämpningsområde. Det kan dock naturligtvis inte helt uteslutas.

När det gäller svenska förfaranden inom insolvensförordningens tillämpningsområde omfattas konkurs, företagsrekonstruktion och skuldsanering enligt förordningens bilaga A. Det svenska regelverket om skuldsanering har dock nyligen genomgått en större förändring genom tillkomsten av skuldsaneringslagen (2016:675) och det helt nya regelverket i lagen (2016:676) om skuldsanering för företagare. Eftersom skuldsanering för företagare inte är ett av de förfaranden som ingår i bilaga A omfattas det följaktligen inte av insolvensförordningens tillämpningsområde.

Skuldsanering för företagare kan dock komma att omfattas av insolvensförordningens tillämpningsområde genom en revidering av förordningens bilaga A, där förfarandet inkluderas. Förfarandet torde, lika väl som skuldsanering för övriga fysiska personer, definieras som ett insolvensförfarande enligt insolvensförordningen art 1.1. I propositionen till lagen om skuldsanering för företagare anges också att regeringen avser att säkerställa att skuldsanering för företagare även ska omfattas av insolvensförordningens tillämpningsområde, vilket får tolkas som att regeringen kommer att föreslå en ändring av bilaga A.¹²⁵

Polen har redan begärt att bilaga A och B till förordningen ska ändras.¹²⁶ Den polska insolvensrättsliga lagstiftningen har nämligen också genomgått en reform, men i det här fallet genom större ändringar i den nationella lagstiftningen gällande omstrukturering. Den polska begäran om att ändra bilagorna syftar till att se till att förordningen ändras för att överensstämma med denna reform.¹²⁷

¹²⁵ Se prop. 2015/16:125 s 181. Beträffande möjligheten för medlemsländerna att påverka vilka nationella insolvensförfaranden som utgör insolvensförfaranden i insolvensförordningens mening, se Wessels (2016) s 131.

¹²⁶ Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om ersättande av förteckningarna över insolvensförfaranden, likvidationsförfaranden och förvaltare i bilagorna A och B till förordning (EU) 2015/848 om insolvensförfaranden, Bryssel den 30.5.2016 COM(2016) 317 final, 2016/0159(COD).

¹²⁷ Se Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om ersättande av förteckningarna över insolvensförfaranden, likvidationsförfaranden och förvaltare i

Det kan även diskuteras vad som händer om ett insolvensförfarande som listas i förordningens bilaga A inte längre uppfyller kraven som ställs i art 1 för att utgöra ett insolvensförfarande, exempelvis på grund av en nationell lagändring. I fallet *Bank Handlowy* konstaterade EU-domstolen dock att denna fråga, huruvida ett insolvensförfarande som finns med i bilagorna faktiskt uppfyller kraven som ställs i art 1, inte kan bli föremål för en materiell domstolsprövning.¹²⁸ De förfaranden som finns i bilagan ska nämligen anses uppfylla kraven i art 1. Fallet gällde visserligen 2000 års insolvensförordning men eftersom regleringen på denna punkt är likadan i den reviderade förordningen bör domstolens uttalande även vara vägledande gällande den förordningen.

En fråga som Europeiska kommissionen uppmärksammade i samband med revideringen av insolvensförordningen är dock att det är oklart om ett förfarande som listas i förordningens bilaga fortfarande ska omfattas av förordningens tillämpningsområde om den lagstiftning som reglerar förfarandet ändras av ett medlemsland utan att bilagan revideras.¹²⁹ Med tanke på EU-domstolens uttalande i fallet *Radziejewski* torde ett sådant insolvensförfarande dock fortfarande kunna omfattas av förordningens tillämpningsområde så länge bilagan inte revideras eftersom domstolen menar att listan i bilagan inte kan bli föremål för domstolsprövning.¹³⁰ I den utsträckning som ett visst förfarande inte längre uppfyller kraven i art 1.1 bör dock bilagan till insolvensförordningen revideras.

2000 års insolvensförordning omfattar konkurs och företagsrekonstruktion men till skillnad från 2015 års insolvensförordning inte skuldsanering. Enligt 2000 års förordning kan dessutom ett sekundärt insolvensförfarande enbart vara ett likvidationsförfarande, vilket mot-

bilagorna A och B till förordning (EU) 2015/848 om insolvensförfaranden, Bryssel den 30.5.2016 COM(2016) 317 final, 2016/0159(COD).

¹²⁸ EUD mål C-116/11 *Bank Handlowy* p 31-35.

¹²⁹ Se Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final, s 7.

¹³⁰ EUD mål C-461/11 *Radziejewski* p 24.

svarar konkurs i Sverige.¹³¹ I den reviderade förordningen har detta krav tagits bort och det finns inte längre något hinder i insolvensförordningen mot att ett sekundärt förfarande exempelvis även kan vara en företagsrekonstruktion eller något annat förfarande som rymms inom förordningens tillämpningsområde.¹³² Det finns således vissa skillnader mellan vilka förfaranden som omfattas av tillämpningsområdet för 2015 års insolvensförordning jämfört med tillämpningsområdet för 2000 års insolvensförordning.

Dessa skillnader lär bero på att ett av målen med revideringen var att insolvensförordningen inte längre ska omfatta enbart likvidation av gäldenärens verksamhet och liknande. I den reviderade förordningens ingresspunkt 10 framgår att förordningen ska omfatta förfaranden med syfte att rädda ekonomiskt bärkraftiga företag och att ge entreprenörer en andra chans genom exempelvis rekonstruktion i ett tidigt skede där gäldenären helt eller delvis behåller rådigheten över sina tillgångar.¹³³ Där framgår också målet att stärka förutsättningarna för

¹³¹ Se 2000 års insolvensförordning art 3.3 samt bilaga B.

¹³² Se insolvensförordningen art 3.3. Jfr Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om ”Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, rådet och Europeiska ekonomiska och sociala kommittén – En ny europeisk strategi för att hantera misslyckade företagssatsningar och insolvens” COM(2012) 742 final och ”Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av rådets förordning (EG) nr 1346/2000 om insolvensförfaranden” COM(2012) 744 final – 2012/0360 (COD) 2013/C 271/10 p 5.4. samt Rådets motivering: Rådets ständpunkt (EU) nr 7/2015 vid första behandlingen inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om insolvensförfarande (omarbetning) (2015/C 141/02) p 15. Se även Eidenmüller och van Zwieten (2015) s 627 f.

¹³³ Jfr även Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om ”Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, rådet och Europeiska ekonomiska och sociala kommittén – En ny europeisk strategi för att hantera misslyckade företagssatsningar och insolvens” COM(2012) 742 final och ”Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av rådets förordning (EG) nr 1346/2000 om insolvensförfaranden” COM(2012) 744 final – 2012/0360 (COD) 2013/C 271/10 p 1.2.2 och 3.1., Rådets motivering: Rådets ständpunkt (EU) nr 7/2015 vid första behandlingen inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om insolvensförfarande (omarbetning) (2015/C 141/02) p 14 samt Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet enligt artikel 294.6 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt om rådets ständpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av rådets förordning (EG) nr

skuldsanering eller skuldnedläggning för konsumenter och egenföretagare.¹³⁴

Skillnaden mellan förordningarna återspeglas både i utvidgningen av tillämpningsområdet i 2000 års förordnings art 1 respektive 2015 års förordning art 1 samt i förordningarnas bilagor, där antalet förfaranden i bilaga A i 2015 års förordning är något fler än jämfört med bilagorna till 2000 års förordning, som listar motsvarande förfaranden.¹³⁵ När det gäller svenska förfaranden innebär utvidgningen att ett sekundärförfarande inte längre enbart kan vara en konkurs, men också tillkomsten av skuldsanering som insolvensförfarande i förordningens mening.¹³⁶

Både den nya skuldsaneringslagen och lagen om skuldsanering för företagare innehåller dock särskilda anknytningskrav som förhindrar att en skuldsanering inleds som ett sekundärförfarande i Sverige. Detta gäller följaktligen trots att det inte finns några hinder mot att en skuldsanering är ett sekundärförfarande eller territoriellt förfarande enligt förordningen art 3.2. Enligt 6 § skuldsaneringslagen och 10 § lagen om skuldsanering för företagare måste nämligen platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finnas i Sverige för att en domstol

1346/2000 om insolvensförfaranden, Bryssel den 13.4.2015 COM(2015) 173 final 2012/0360 (COD) p 2.

¹³⁴ Se insolvensförordningens ingresspunkt 10.

¹³⁵ För att ge några fler exempel på hur 2015 års förordning omfattar fler förfaranden än 2000 års förordning kan exempelvis nämnas att 2000 års förordning omfattar de franska förfarandena *Sauvegarde*, *Redressement judiciaire* och *Liquidation judiciaire* medan den reviderade förordningen, utöver dessa nämnda förfaranden, även omfattar *Sauvegarde accélérée* och *Sauvegarde financière accélérée*. Motsvarande tyska förfaranden som omfattas av 2000 års förordnings tillämpningsområde är *Konkursverfahren*, *Gesamtvollstreckungsverfahren* och *Insolvenzverfahren* och utöver dessa även *gerichtliche Vergleichsverfahren* i den reviderade förordningen. Se 2000 års insolvensförordning bilaga A respektive den reviderade förordningen bilaga A samt Kommissionens sammanställning i Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final, s 5. Kommissionen har i samma dokument även gjort en sammanställning av vilka förfaranden som *inte* omfattas av förordningen i medlemsländerna.

¹³⁶ 2000 års insolvensförordning bilaga A. Se mer om detta i Bogdan (2008) s 346.

ska kunna inleda förfarandet.¹³⁷ Om så är fallet ska ett huvudförfarande inledas i Sverige enligt insolvensförordningen och inte ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande. Ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande förutsätter nämligen att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland, jfr insolvensförordningen art 3.2.

Skälet för anknytningskravet, att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska finnas i Sverige för att en svensk domstol ska vara behörig att inleda en skuldsanering, diskuteras i propositionen till skuldsaneringslagen och lagen om skuldsanering för företagare.¹³⁸ Där anges att anknytningskravet säkerställer att det finns ett rättskipningsintresse i Sverige, det vill säga att saken har en tillräcklig anknytning till Sverige, samt minskar risken för att gäldenärer ägnar sig åt *forum shopping*.¹³⁹ Vidare anges att anknytningskravet ger Kronofogdemyndigheten möjlighet att kontrollera gäldenärens ekonomi och personliga förhållanden samt att skuldsaneringsinstitutet får ett fortsatt högt förtroende.¹⁴⁰

Det finns flera goda skäl till att det kan vara lämpligt att begränsa svenska skuldsaneringar till att enbart utgöra huvudförfaranden enligt insolvensförordningen. Själva syftet med en skuldsanering är, och det gäller även skuldsanering för företagare, att en gäldenär helt eller delvis ska befrias från betalningsansvar för de skulder som skuldsaneringen omfattar.¹⁴¹ Om det hade varit möjligt att inleda en skuldsanering i form av ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande skulle förfarandet enbart få verkningar beträffande gälde-

¹³⁷ I den tidigare skuldsaneringslagen stadgades i 4 § att gäldenären måste ha sin hemvist i Sverige för att få omfattas av ett skuldsaneringsförfarande. Kravet på hemvist är i den nya skuldsaneringslagens 6 § ändrat till att gäldenärens huvudsakliga intressen ska finnas i Sverige för att bättre överensstämma med EU-rätten. Se prop. 2015/16:125 s 180 ff. där det nya anknytningskravet diskuteras i detalj. Se även Ds 2015:32 samt Bogdan (2013) s 979-980. Hemvistkravet diskuteras vidare i prop. 2005/06:124 s 61-62, prop. 1993/94:123 s 91 och 197. Kravet på hemvist i den gamla lagen underkändes av EU-domstolen i EUD mål C-461/11 Radziejewski eftersom domstolen ansåg att det strider mot etableringsrätten.

¹³⁸ Prop. 2015/16:125 s 180 ff.

¹³⁹ Prop. 2015/16:125 s 181.

¹⁴⁰ Prop. 2015/16:125 s 181-182.

¹⁴¹ Se 1 § lagen om skuldsanering och 1 § lagen om skuldsanering för företagare.

närens tillgångar i Sverige. Övriga tillgångar i andra länder skulle fortfarande kunna omfattas av förfaranden i dessa länder, inte minst av ett huvudförfarande i det medlemsland där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns. Eftersom borgenärer har rätt att anmäla fordringar i såväl sekundärförfaranden som huvudförfaranden enligt insolvensförordningen art 45 är det möjligt att den svenska skuldsaneringen hade fått marginell effekt för gäldenären om det hade varit möjligt att inleda den som ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande. Det verkar följaktligen lämpligt att en skuldsanering enbart ska vara ett huvudförfarande.

När det gäller just skuldsanering bör det också nämnas att om en sådan har inletts förhindrar det däremot inte att andra insolvensförfaranden inleds i andra medlemsländer där gäldenären har ett driftställe enligt art 3.2. Det finns då en risk att skuldsaneringen i så fall hämmas eftersom tillgångarna i det land där ett sekundärförfarande inleds istället omfattas av det förfarandet och särskilt eftersom borgenärer har rätt att anmäla sina fordringar i vilket förfarande de vill enligt insolvensförordningen art 45. Ett sådant scenario förutsätter dock i princip att det rör sig om en gäldenär som är en fysisk person som är näringsidkare eftersom gäldenären måste bedriva verksamhet i andra medlemsländer, vilket inte torde vara en helt vanlig situation. I så fall kan en skuldsanering dessutom endast inledas enligt skuldsaneringslagens 8 § om gäldenärens ekonomiska förhållanden är enkla att utreda, vilket kan ifrågasättas om gäldenären just bedriver verksamhet i andra länder. Situationen kan dock uppkomma, särskilt om, eller kanske snarare när, skuldsanering för företagare omfattas av förordningens tillämpningsområde. Om denna situation skulle uppstå innehåller dock insolvensförordningen även bestämmelser som möjliggör att sekundärförfaranden kan samordnas med huvudförfarandet, vilket då kan mildra effekterna av att sekundärförfaranden inleds. Dessa bestämmelser behandlas längre fram.

Definitionen av vad som utgör ett insolvensförfarande enligt insolvensförordningen art 1.1 är vid. Den öppnar upp för att förordningen skulle kunna omfatta en mängd olika typer av förfaranden inom medlemsländerna. De nationella materiella kriterierna för att inleda ett insolvensförfarande kan dessutom skilja sig åt mellan medlemsländerna. Det innebär att det exempelvis kan vara möjligt inleda

ett insolvensförfarande enligt ett medlemslands lag medan detta inte hade varit möjligt om ett annat medlemslands domstolar hade varit behöriga att inleda insolvensförfarandet och detta lands lag hade tillämpats.¹⁴²

Förutsättningarna för att inleda ett insolvensförfarande enligt svensk rätt skiljer sig även åt mellan olika typer av förfaranden, men det kan således även finnas skillnader mellan de krav som ställs för att inleda förfaranden i ett annat medlemsland jämfört med svenska förfaranden. Det kan handla om något så grundläggande som skillnader i hur insolvens definieras i den svenska insolvensrätten jämfört med hur insolvens definieras i andra medlemsländers insolvensrättsliga lagstiftning.

När det exempelvis gäller en svensk konkurs krävs det att gäldenären är insolvent för att det ska vara möjligt att inleda förfarandet. I den svenska konkurslagens 1 kap. 2 § anges insolvens som en synonym till obestånd och definieras som att gäldenären inte kan betala sina skulder och att denna oförmåga inte är tillfällig.¹⁴³ I lagens förarbeten förtydligas att insolvens brukar anses föreligga när gäldenärens ekonomiska ställning medför att gäldenären inte kan betala sina skulder när de förfaller.¹⁴⁴ Även om gäldenären kan betala på kort sikt, kan personen således ändå vara insolvent på grund av en betalningsoförmåga på längre sikt. En gäldenär kan dock ha en oförmåga att betala på kort sikt men ändå vara solvent på längre sikt genom att exempelvis realisera sina tillgångar.¹⁴⁵

Insolvens kan jämföras med illikviditet och insufficiens, begrepp som också förekommer i svensk rätt. Insufficiens innebär enligt kon-

¹⁴² Se *Harmonisation of Insolvency Law at EU Level*, Policy Department C – Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels 2010 s 9 ff. Jfr även Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om "Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, rådet och Europeiska ekonomiska och sociala kommittén – En ny europeisk strategi för att hantera misslyckade företagssatsningar och insolvens" COM(2012) 742 final och "Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av rådets förordning (EG) nr 1346/2000 om insolvensförfaranden" COM(2012) 744 final – 2012/0360 (COD) 2013/C 271/10 p 7.

¹⁴³ Jfr även exempelvis Heuman (2014) s 181 ff.

¹⁴⁴ Se prop. 1986/87:90 s 132 och prop. 1975:6 s 66, 71 och 116.

¹⁴⁵ Se prop. 1975:6 s 71. Se även Welamson och Mellqvist (2013) s 13 ff.

kurslagens förarbeten att gäldenärens skulder överstiger värdet av de utmättningsbara tillgångarna och illikviditet att gäldenären saknar omedelbar tillgång till pengar eller lättrealiserade tillgångar som motsvarar gäldenärens behov av betalmedel.¹⁴⁶ En gäldenär kan således vara illikvid eller insufficient men ändå solvent på längre sikt, eller illikvid men ändå inte insufficient.

När det gäller företagsrekonstruktion är en förutsättning för att en rekonstruktion ska kunna inledas att gäldenären inte kan betala sina förfallna skulder eller att sådan oförmåga inträder inom kort, det vill säga illikviditet, 2 kap. 6 § lagen om företagsrekonstruktion. I lagens förarbeten konstateras att en rekonstruktion kan ske inom konkursinstitutets ram, det vill säga när gäldenären är insolvent.¹⁴⁷ En rekonstruktion ska dock enbart ske om gäldenärens verksamhet bedöms livskraftig. Enbart insufficiens är däremot inte tillräckligt för att en rekonstruktion ska komma i fråga.

En skuldsanering beviljas enligt 7 § skuldsaneringslagen endast om gäldenären inte kan betala sina skulder och denna oförmåga med hänsyn till samtliga omständigheter kan antas bestå under överskådlig tid, det vill säga gäldenären är så kallat kvalificerat insolvent.¹⁴⁸ Gäldenären får dock inte vara ålagd näringsförbud för att få genomgå skuldsanering. Det måste dessutom göras en skälighetsbedömning innan skuldsaneringen beviljas, jfr 9 § skuldsaneringslagen.¹⁴⁹ När det gäller skuldsanering för företagare beviljas denna för företagaren eller en närstående till företagaren också när gäldenären inte rätteligen kan betala sina skulder och denna oförmåga med hänsyn till samtliga omständigheter kan antas bestå under överskådlig tid, 8 § lagen om skuldsanering för företagare.¹⁵⁰ Även vad gäller skuldsanering för företagare

¹⁴⁶ Se prop. 1986/87:90 s 132 och prop. 1975:6 s 70 ff och s 116.

¹⁴⁷ Prop. 1995/96:5 s 53-54 och 60-63.

¹⁴⁸ Se prop. 2015/16:125 s 69-70. Jfr den äldre skuldsaneringslagen (2006:548) 4 §, prop. 2005/06: 124 s 41 samt prop. 1993/94:123 s 92.

¹⁴⁹ Se prop. 2015/16:125 s 52 där det framgår att det nya skälighetsvillkoret motsvarar samma bestämmelse i den äldre lagen, se skuldsaneringslagen (2006:548) 4 §, prop. 2010/11:31 s 16, prop. 2005/06:124 s 41-42. Jfr även prop. 1993/94:123 s 94 ff.

¹⁵⁰ Se prop. 2015/16:125 s 105 ff.

ska det dessutom göras en skälighetsbedömning innan skuld-sanereringen beviljas, se 10 §.

Begreppet insolvens finns definierat på olika, men ändå snarlika, sätt i lagstiftningar världen över. Själva ordet insolvens har sitt ursprung från latinet, där *solvere* betyder att betala och prefixet *in-* ger ordet betydelsen att inte betala, en oförmåga.¹⁵¹ Den gemensamma nämnaren för de flesta definitioner av insolvens verkar också vara att det är en oförmåga att göra rätt för sig, men vad det innebär mer specifikt har tolkats på olika sätt.¹⁵² Vad som är den mest lämpliga definitionen av insolvens har också diskuterats länge inom litteraturen.¹⁵³

Insolvensförordningen syftar dock som nämnts inte till att harmonisera den nationella materiella insolvensrätten.¹⁵⁴ Insolvensförordningen innehåller ingen definition av insolvens utan anger istället vilka insolvensförfaranden som omfattas av förordningens tillämpningsområde. På så sätt har EU-lagstiftaren sluppit hantera om det finns sådana eventuella skillnader mellan medlemsländernas lagstiftningar.

2.2.4 Besläktad talan

Insolvensförordningen reglerar utöver behörigheten att inleda ett insolvensförfarande även behörigheten att pröva en talan som är direkt hänförlig till ett insolvensförfarande och har ett nära samband till detta enligt insolvensförordningen art 6.¹⁵⁵ När det gäller 2000 års insolvensförordning saknas en uttrycklig reglering om detta, men behörigheten att pröva en sådan talan följer ändå enligt EU-domstolen av

¹⁵¹ Ordets ursprung från latinet diskuteras vidare av Mellqvist i Ds 2007:6 s 11. Se även Wood (2007) s 11-12, Welamson och Mellqvist (2013) s 14 f., Goode (2011) s 2 samt Fletcher (2009) s 1.

¹⁵² Se Mellqvist i Ds 2007:6 s 11-12, Welamson och Mellqvist (2013) s 13 ff., Gratzner och Stiefel (2008) s 5-6 samt Gelpi och Julien-Labruyère (2000) s 1. Se även Goode (2011) s 2, 9, Fletcher (2009) s 2, 5 samt Regis Noel (2012) s 3 ff.

¹⁵³ Jfr Welamson och Mellqvist (2013) s 13 ff., Gratzner och Stiefel (2008) s 5-6 samt Gelpi och Julien-Labruyère (2000) s 1. Se även Goode (2011) s 2, 9, Fletcher (2009) s 2, 5 samt Regis Noel (2012) s 3 ff.

¹⁵⁴ Jfr insolvensförordningens ingresspunkt 22.

¹⁵⁵ Se även Weiss (2015) s 202 f.

”fast rättspraxis”.¹⁵⁶ EU-domstolen benämner en sådan typ av talan för en *besläktad talan*. I 2015 års insolvensförordning art 6 exemplifieras en talan om återvinning såsom en besläktad talan.

Både domstolar som inleder huvudförfaranden och domstolar som inleder sekundära förfaranden eller självständiga territoriella förfaranden har behörighet att pröva en besläktad talan.¹⁵⁷ Eftersom ett sekundärförfarande enbart omfattar just tillgångar i landet torde den nationella domstolen dock enbart vara behörig att pröva en besläktad talan som avser tillgångar i landet.¹⁵⁸ Detta torde däremot inte hindra exempelvis en återvinningstalan i samband med ett sekundärförfarande, även om tillgången inte längre finns inom det medlemslands jurisdiktion där sekundärförfarandet inleds.

När det gäller 2000 års insolvensförordning har EU-domstolen tydligt markerat att behörigheten att pröva en besläktad talan inte ska tolkas som att insolvensförordningens tillämpningsområde är vitt omfattande.¹⁵⁹ Behörigheten begränsar sig enbart till just sådan talan som faktiskt har ett nära samband till insolvensförfarandet.¹⁶⁰

EU-domstolen menar att det avgörande kriteriet för en domstol när den fastställer vilket område en talan tillhör är vilken rättslig grund talan har, men däremot inte det processuella sammanhang som talan

¹⁵⁶ Se EUD mål C-649/13 Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl. p 31 och EUD mål C-213/10 F-Tex p 27 och EUD mål C-295/13 H p 17 samt EUD mål C-339/07 Seagon p 21. Jfr Bogdan (2011) s 925.

¹⁵⁷ Se EUD mål C-649/13 Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl. p 32-35, där EU-domstolen konstaterar att det framgår underförstått av 2000 års förordning art 25.1 och 3.2 att detta även gäller sekundärförfaranden.

¹⁵⁸ Vad gäller att den nationella domstol som har inlett ett sekundärförfarande är behörig att pröva en besläktad talan som avser tillgångar i landet, se EUD mål C-649/13 Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl. p 32-33. Domstolens uttalande torde även vara relevant för att tolka den reviderade förordningen eftersom förordningarna anger att verkningarna av ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande enbart får omfatta egendom som tillhör gäldenären i landet där förfarandet har inletts, jfr 2000 års insolvensförordning art 3.2.

¹⁵⁹ Se EUD mål C-649/13 Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl. p 27. EUD mål C-157/13 Nickel & Goeldner Spedition p 22-23.

¹⁶⁰ Se EUD mål C-649/13 Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl. p 27. EUD mål C-157/13 Nickel & Goeldner Spedition p 22-23. Jfr även McCormack (2014) s 309 ff.

ingår i.¹⁶¹ Det som är avgörande är enligt domstolen om den rätt eller skyldighet som ligger till grund för talan hänför sig till undantagsregler som är specifika för insolvensförfaranden, och som omfattas av EU:s insolvensförordning, eller till andra rättsregler som gäller i allmänhet, exempelvis privat- och handelsrättsliga regler.¹⁶² Det faktum att en viss talan skulle kunna väckas utan en talan om insolvensförfarande är enligt domstolen dock inte i sig ett hinder mot att den ska kunna anses ha nära samband med förfarandet om talan faktiskt har väckts i samband med förfarandet.¹⁶³ Om talan däremot väcks utan samband med ett insolvensförfarande ska behörigheten dock istället bedömas enligt andra regelverk inom den internationella privat- och processrättsens område.¹⁶⁴

Bedömningen av vad som utgör en besläktad talan torde vara densamma enligt den reviderade förordningen som enligt 2000 års insolvensförordning.¹⁶⁵ Skälet för detta är att regleringen i 2015 års insolvensförordning art 6 framstår som just en kodifiering av EU-domstolens praxis gällande 2000 års förordning.

När det gäller mer specifikt vad en besläktad talan kan vara anges till att börja med som nämnts direkt i 2015 års insolvensförordning art 6 att en talan om återvinning kan vara en besläktad talan. Detta följer även av EU-domstolens praxis gällande 2000 års förordning och kan inte vara särskilt överraskande eftersom en talan om återvinning normalt härrör från insolvensrättslig lagstiftning, om den inte redan ingår i själva insolvensförfarandet i enlighet med nationell rätt.¹⁶⁶ Talan om återvinning måste dock vara väckt i samband med insolvensförfaran-

¹⁶¹ Se EUD mål C-649/13 Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl. p 28. EUD mål C-157/13 Nickel & Goeldner Spedition p 27.

¹⁶² EUD mål C-649/13 Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl. p 28, EUD mål C-157/13 Nickel & Goeldner Spedition p 26 och EUD mål C-295/13 H p 18. Jfr förklaranderapporten p 196 som är överspelad åtminstone i denna fråga eftersom EU-domstolen har utvecklat kriterierna för vad som utgör en besläktad talan i sin praxis.

¹⁶³ EUD mål C-295/13 H p 20.

¹⁶⁴ Jfr EUD mål C-295/13 H p 25.

¹⁶⁵ Jfr den reviderade insolvensförordningen art 6, ingresspunkt 35. Jfr även ingresspunkt 16.

¹⁶⁶ EUD mål C-339/07 Seagon p 16.

det för att insolvensförordningen ska bli tillämplig för att reglera domsrätten.

Medlemsländernas nationella lagstiftning gällande återvinning skiljer sig dock åt, i likhet med nationell materiell insolvensrätt generellt. Persson beskriver hur återvinning regleras olika i olika länder och menar att det finns en risk att alla typer av nationell lagstiftning, som visserligen kan ses som återvinning i nationell rätt, kanske inte alltid ska förstås som återvinning i insolvensförordningens mening.¹⁶⁷ Syftet med återvinning vid exempelvis en svensk konkurs är att återfå betalningar, som gynnar en viss borgenär framför andra och har skett på ett oegentligt sätt, till konkursboet, jfr konkurslagen 4 kap. En svensk talan om återvinning i samband med en konkurs torde således ha sitt ursprung i rättsregler om insolvensförfarande och det är därför oproblematiskt att konstatera att åtminstone en svensk talan om återvinning utgör en besläktad talan.

Vidare framgår i den reviderade förordningens ingresspunkt 35 att en talan som avser skyldigheter som uppkommer under insolvensförfarandet, såsom förskottsbetalning av förfarandekostnaderna, kan vara en besläktad talan. Insolvensförordningen kan därför reglera behörigheten att pröva en sådan talan.

När det däremot gäller en talan om att fullgöra skyldigheter enligt ett avtal som gäldenären ingick före det att förfarandet inleddes utgör det enligt vad som framgår av insolvensförordningens ingresspunkt 35 inte en talan som är besläktad med ett insolvensförfarande. Skälet för detta anges vara att talan inte utgör en direkt följd av insolvensförfarandet. Behörigheten att pröva en sådan talan regleras således inte genom insolvensförordningen.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Se Persson (2010) s 269 ff. Jfr även Bogdan (2010) s 75.

¹⁶⁸ Behörigheten lär istället regleras av Bryssel I-förordningen. Det framgår dock vidare av insolvensförordningen art 18 att verkningarna av ett insolvensförfarande på en pågående rättegång regleras uteslutande av lagen i det land där rättegången pågår när det gäller egendom eller rättigheter som ingår i den egendom som insolvensförfarandet avser. I den svenska konkurslagen regleras exempelvis i 3 kap. 9 § att konkursboet får ta över gäldenärens talan om det pågår en rättegång mellan gäldenären och någon annan om egendom som hör till konkursboet. Jfr även 10 §.

I insolvensförordningens ingresspunkt 36 framgår också att en domstol som är behörig att inleda ett huvudförfarande även bör ha rätt att besluta om interimistiska åtgärder och skyddsåtgärder från den tidpunkt då det begärdes att förfarandet skulle inledas. Behörigheten omfattar således åtgärder för såväl tiden före som tiden efter att förfarandet har inletts och bör enligt ingresspunkten även omfatta tillgångar i andra medlemsländer. Förvaltare som utses interimistiskt bör också enligt vad som framgår av samma ingresspunkt kunna begära säkerhetsåtgärder innan förfarandet inleds i de medlemsländer där gäldenären har ett driftställe i den mån det är möjligt enligt dessa medlemsländers lagstiftning. Syftet med detta anges vara att garantera förfarendets effektivitet.

Det framgår inte uttryckligen om dessa typer av talan ska ses som en talan inom insolvensförfarandet eller en besläktad talan. Det får dock ingen avgörande betydelse för domsrättsfrågan eftersom den domstol som inledde huvudförfarandet torde vara behörig att pröva talan i alla fall. Detta innebär att exempelvis en fråga om kvarstad eller gäldenärens reseförbud enligt konkurslagen 2 kap. 11-13 och 6 kap. 6-13 §§ torde utgöra åtminstone en besläktad talan, om den inte omfattas av insolvensförfarandet i sig enligt insolvensförordningen.¹⁶⁹

I fallet *Nortel Networks* konstaterade EU-domstolen att en talan med yrkande om fastställelse av att vissa tillgångar ska omfattas av ett sekundärt förfarande utgör en besläktad talan.¹⁷⁰ Domstolarna i den medlemsstat där ett sekundärt insolvensförfarande har inletts är följaktligen enligt EU-domstolen behöriga att avgöra vilka av gäldenärens tillgångar som omfattas av verkningarna av förfarandet i enlighet med insolvensförordningen. EU-domstolen uttalade vidare att domstolarnas behörighet i denna fråga är alternativ med den behörighet som domstolarna i det medlemsland där huvudförfarandet har inletts. Detta innebär att dessa senare domstolar också är behöriga att avgöra

¹⁶⁹ Jfr även insolvensförordningen art 8 vad gäller tillämplig lag samt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 655/2014 av den 15 maj 2014 om inrättande av ett europeiskt förfarande för kvarstad på bankmedel i mål och ärenden av privaträttslig natur samt prop. 2015/16:148 om kvarstad på bankmedel inom EU. Se även Berglund (2017) s 63 ff. Beträffande tvångsåtgärder vid konkurs, se vidare i Heuman (2014) s 214 f.

¹⁷⁰ EUD mål C-649/13 Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl.

vilka av gäldenärens tillgångar som omfattas av verkningarna av det sekundära förfarandet och således inte omfattas av huvudförfarandet.

EU-domstolen fick även tillfälle att pröva om en talan kan anses utgöra en besläktad talan i fallen *H* och *Kornbaas*.¹⁷¹ Frågan rörde en talan som väckts av konkursförvaltaren mot en företagsledare för en gäldenär, ett bolag, gällande ersättning för betalningar som hade utförts efter det att bolaget blivit insolvent eller överskuldssatt. Domstolen konstaterade då att även om den aktuella regeln som behandlades i målet ska ses som en bolagsrättslig bestämmelse kan en talan som baseras på regeln utgöra en besläktad talan om den har väckts inom ramen för ett insolvensförfarande. Detta eftersom regeln avviker från privaträttens allmänna regler på grund av gäldenärens insolvens.¹⁷²

För svenska förhållanden kan noteras att EU-domstolens tolkning av insolvensförordningen i fallen *H* och *Kornbaas* torde innebära att exempelvis en talan angående styrelseledamöters eller aktieägares personliga ansvar vid tvångslikvidation vid kapitalbrist enligt aktiebolagslagen (2005:551) 25 kap kan utgöra en besläktad talan, om den väcks av förvaltaren i samband med ett insolvensförfarande. Dessamma torde gälla en talan om återbäring eller bristtäckningsansvar vid en olovlig värdeöverföring enligt aktiebolagslagen 17 kap respektive en talan om återbäring vid olagligt lämnande av lån eller ställande av säkerhet enligt aktiebolagslagen 21 kap.

Dessa typer av talan enligt aktiebolagslagen har visserligen, precis som talan som var aktuell i målen ovan, inte nödvändigtvis samma processuella sammanhang som ett insolvensförfarande och är inte heller beroende av att det samtidigt sker ett insolvensförfarande. Talan torde dock ändå ha ett direkt samband med insolvensförfarandet.¹⁷³ Den syftar nämligen till att öka eller återföra tillgångar till gäldenären i

¹⁷¹ EUD mål C-295/13 *H* och EUD mål C-594/14 *Kornhaas*. Fallet har även kommenterats av Wessels i Wessels (2016) s 82-83.

¹⁷² Se EUD mål C-594/14 *Kornhaas* p 16 samt EUD mål C-295/13 *H* p 23-24. Se liknande resonemang i EUD mål C-157/13 *Nickel & Goeldner Spedition* p 24 och EUD mål C-133/78 *Gourdain v Nadler* p 4-6.

¹⁷³ Jfr EUD mål C-157/13 *Nickel & Goeldner Spedition* p 24 och EUD mål C-133/78 *Gourdain v Nadler* p 4-6.

borgenärernas intresse och har således ett samband med gäldenärens insolvens.

Intressant att notera är att fallet *Kornhaas* rörde en tysk bolagsrättslig bestämmelse som ansågs omfatta företagsledningens ansvar i bolag generellt och inte enbart bolag bildade enligt tysk rätt.¹⁷⁴ En talan enligt de ovan nämnda regleringarna i den svenska aktiebolagslagen omfattar endast svenska aktiebolag och inte andra bolagsformer eller utländska bolagsformer, även om det inleds ett insolvensförfarande i Sverige. Det torde därför inte vara möjligt att utkräva ansvar med stöd av den svenska aktiebolagslagen beträffande en företagsledning i ett utländskt bolag eller svenskt bolag som inte är ett aktiebolag.

I fallet *German Graphics* konstaterade EU-domstolen vidare att en talan rörande en klausul i ett avtal gällande ett äganderättsförbehåll inte är tillräckligt direkt hänförlig till ett insolvensförfarande eller har ett tillräckligt nära samband med ett sådant förfarande för att utgöra en besläktad talan. Talan var inte heller beroende av att det hade inletts ett insolvensförfarande och kunde därför inte utgöra en besläktad talan enligt EU-domstolen.¹⁷⁵

EU-domstolen har också fått tillfälle att pröva en komplicerad fråga beträffande en talan rörande fordringar på tredje man som härrörde från en förvaltarens rätt att begära återvinning men som hade överlåtits av förvaltaren till en borgenär, i fallet *F-tex*.¹⁷⁶ Frågan var om talan utgjorde en besläktad talan då borgenären krävde betalning från tredje man. EU-domstolen konstaterade dock att detta inte heller utgör en besläktad talan. Domstolen menar nämligen att borgenärens utövande av sin förvärvade rättighet styrs av andra regler än de som gäller inom ramen för ett insolvensförfarande.¹⁷⁷

Ett annat fall där EU-domstolen ansåg att talan inte skulle ses som en besläktad talan är fallet *Nickel & Goeldner Spedition* som rörde en talan angående betalning för tillhandahållande av tjänster till följd

¹⁷⁴ EUD mål C-594/14 *Kornhaas vs Dithmar* p 9. Jfr även Wessels (2016) s 83.

¹⁷⁵ EUD mål C-292/08 *German Graphics* p 30-32. Se även EUD mål C-157/13 *Nickel & Goeldner Spedition* p 25.

¹⁷⁶ EUD mål C-213/10 *F-Tex*.

¹⁷⁷ EUD mål C-213/10 *F-Tex* p 41-42. Jfr även EUD mål C-157/13 *Nickel & Goeldner Spedition* p 25.

av ett transportavtal.¹⁷⁸ Talan hade väckts av en förvaltare i ett insolvensförfarande och i borgenärens intresse. EU-domstolen konstaterade dock att gäldenären hade kunnat väcka talan angående betalningen innan gäldenären frångått rådigheten över sin egendom och att de ordinarie bestämmelserna om domstols behörighet på privaträttsområdet i så fall hade gällt i målet. Att talan om betalning väckts av förvaltaren påverkade enligt domstolen inte fordrans karaktär, som fortfarande styrdes av samma materiella regler, och domstolen menar därför att talan inte har ett direkt samband med insolvensförfarandet.

EU-domstolens praxis innebär följaktligen att vad som utgör en besläktad talan ska tolkas snävt. Hur en talan ska klassificeras måste dock avgöras från fall till fall. Ett insolvensförfarande kan ge upphov till många olikartade rättsliga frågeställningar, men enbart det faktum att ett insolvensförfarande har inletts innebär inte att samtliga frågor rörande gäldenären utgör en besläktad talan till insolvensförfarandet och således omfattas av insolvensförordningens tillämpningsområde. Den avgörande frågan för om talan är besläktad med insolvensförfarandet är vilken rättslig grund talan har, men inte talans processuella sammanhang. Det förutsätts även ett faktiskt samband med förfarandet.

Exempelvis torde frågor gällande bevakning av fordringar i en konkurs, förutsättningarna för kvittning och förmånsrättsordningen omfattas av insolvensförordningens tillämpningsområde. En talan gällande en sådan fråga torde utgöra, om inte en talan inom själva insolvensförfarandet, så åtminstone en besläktad talan. En talan angående exempelvis huruvida ett visst förmögenhetsobjekt tillhör gäldenären, om en viss bevakad fordran är ogiltig eller har preskriberats på civilrättsliga grunder eller om en säkerhetsrätts giltighet, exempelvis huruvida en panträtt har tillkommit på ett giltigt sätt, torde däremot inte utgöra en besläktad talan. Skälet för det är att de inte torde ha ett direkt samband med insolvensförfarandet, även om talan har väckts i samband med förfarandet.¹⁷⁹ Behörigheten att pröva en sådan talan

¹⁷⁸ EUD mål C-157/13 Nickel & Goeldner Spedition p 26-32.

¹⁷⁹ Jfr Bogdans diskussion i Bogdan (1997) s 39 ff som visserligen inte gäller insolvensförordningens tillämplighet, men dock om distinktionen mellan insolvensrätt och allmän privaträtt. Jfr även förklaranderapporten p 196. Se även Bogdan (2011) s 925.

torde istället prövas i enlighet med andra regelverk inom den internationella privat- och processrätten.¹⁸⁰

Insolvensförordningen innehåller också regler som anger att en besläktad talan kan väckas även i ett annat medlemsland än det där insolvensförfarandet har inletts. I art 6.2 stadgas att när en besläktad talan har samband med en talan på privaträttens område mot samma svarande kan förvaltaren väcka talan i båda målen inför domstolarna i det medlemsland där svaranden har sin hemvist, även om insolvensförfarandet har inletts i ett annat medlemsland.¹⁸¹ Om talan väcks mot flera svaranden kan talan väckas vid domstolarna i det medlemsland där någon av dem har hemvist om domstolarna är behöriga enligt Bryssel I-förordningen.¹⁸² En talan anses ha samband med en annan talan om det är påkallat med en gemensam handläggning och ett gemensamt avgörande för att undvika att det meddelas oförenliga avgöranden i separata förfaranden enligt art 6.3. Som exempel på ett sådant fall anges i ingresspunkt 35 att förvaltaren kan kombinera en talan om ställföreträdaransvar på grundval av insolvenslagstiftning med en talan grundad på bolagslagstiftning eller allmänna skadeståndsregler i den medlemsstat där svaranden har sin hemvist, om förvaltaren anser det mer effektivt.

¹⁸⁰ Se Bryssel I-förordningen exempelvis art 1, 4, 63, jfr art 24. Se även EUD mål C-212/97 Centros p 29, EUD mål C-208/00 Überseering, EUD mål C-167/01 Inspire Art. Se Van Den Braak (2008) s 232.

¹⁸¹ Jfr insolvensförordningens ingresspunkt 35.

¹⁸² 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.

2.3 Internationell domsrätt när insolvensförordningen inte ska tillämpas

EU:s insolvensförordning ska inte tillämpas beträffande insolvensförfaranden gällande alla typer av gäldenärer även om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom EU.¹⁸³ Förfaranden som rör försäkringsföretag, kreditinstitut, värdepappersföretag och andra företag eller institut som omfattas av direktiv 2001/24/EG samt företag för kollektiva investeringar omfattas som nämnts av annan särskild reglering inom EU.¹⁸⁴

EU-rätten innehåller även andra regelverk som reglerar internationell domsrätt när insolvensförordningen inte är tillämplig.¹⁸⁵ Bryssel I-förordningen reglerar exempelvis domsrätt och erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område.¹⁸⁶ I Bryssel I-förordningen artikel 1 framgår emellertid uttryckligen att konkurs, ackord och liknande förfaranden är undantagna från förordningens tillämpningsområde. Tanken är att istället EU:s insolvensförordning ska vara tillämplig gällande dessa förfaranden.¹⁸⁷ Under ett insolvens-

¹⁸³ Insolvensförordningen art 1.

¹⁸⁴ Se EU:s insolvensförordning art 1 och ingresspunkt 19. Se bland annat Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/59/EU av den 15 maj 2014 om inrättande av en ram för återhämtning och resolution av kreditinstitut och värdepappersföretag och om ändring av rådets direktiv 82/891/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU och 2013/36/EU samt Europaparlamentets och rådets förordningar (EU) nr 1093/2010 och (EU) nr 648/2012. För svenska förhållanden, se lagen (2005:1047) om internationella förhållanden rörande finansiella företags insolvens, jfr prop. 2015/16:5 s 165 ff.

¹⁸⁵ Jfr EU:s insolvensförordning art 1, 3 och bilaga A. Se även Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/94/EG av den 22 oktober 2008 om skydd för arbetstagare vid arbetsgivarens insolvens och Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 655/2014 av den 15 maj 2014 om inrättande av ett europeiskt förfarande för kvarstad på bankmedel för att underlätta gränsöverskridande skuldindrivning i mål och ärenden av privaträttslig natur. Jfr även Berglund (2017) s 63 ff, Hellner (2011) s 388 ff och Strömholm (2003) s 523 ff.

¹⁸⁶ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av det 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EUT L 351, 20.12.2012, s 1).

¹⁸⁷ Jfr insolvensförordningens ingresspunkt 7.

förfarande kan det dock uppkomma frågor som inte är direkt relaterade till insolvensförfarandet och som därför kan komma att omfattas av just Bryssel I-förordningens tillämpningsområde. Bryssel I-förordningen kan därför aktualiseras beroende på vilken typ av fråga som är aktuell i ett specifikt fall.

Det finns även andra regleringar inom den internationella privat- och processrättens område som kan bli tillämpliga när EU:s insolvensförordning eller Bryssel I-förordningen inte ska tillämpas för att reglera domsrätten. Om exempelvis platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns utanför EU och det rör sig om en svensk domstols internationella behörighet att inleda en konkurs, företagsrekonstruktion, skuldsanering eller skuldsanering för företagare blir svensk internationell processrätt tillämplig.¹⁸⁸ I Sverige regleras den internationella domsrätten för konkurs och företagsrekonstruktion genom en analogisk tillämpning av rättegångsbalken 10 kap. Den internationella domsrätten för skuldsanering regleras istället genom den nya skuldsaneringslagens 6 § respektive lagen om skuldsanering för företagare 7 §.¹⁸⁹

Svensk nationell domsrätt för konkurs regleras till att börja med i konkurslagen 2 kap 1 §. Där stadgas att ansökan om konkurs görs skriftligen hos den tingsrätt där gäldenären bör svara i tvistemål som

¹⁸⁸ Jfr Bogdan (2014) s 308. Se prop. 2005/06:37 s 29, prop. 1994/95:189 s 31, prop. 1980/81:35 s 18, prop. 1975:6 s 166 samt exempelvis NJA 2001 s 339, NJA 1956 s 1, NJA 1998 s 767 och NJA 1980 s 340. Se även Bogdan (2008) s 116, 340 ff och Mellqvist (2002) s 31-32, Mellqvist (1996) s 7 ff., samt DS 2007:6 s 30 ff. Se även något om detta i Ekelöf (2004) och Wood (2007) s 815 och 892. Jfr också Konventionen mellan Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige angående konkurs undertecknad i Köpenhamn den 7 november 1933. Den nordiska konkurskonventionen innehåller inga direkta domsrättsregler. I art 13 framgår dock att konventionen inte ska tillämpas när gäldenären saknar hemvist, om gäldenären är en fysisk person, eller säte, om gäldenären är en juridisk person, i staten. Förutom detta indirekta krav på hemvist i länderna godkänns de nordiska ländernas egna forumbestämmelser genom konventionen. Jfr NJA 2013 s 22 vid p 10-11. Konventionen innehåller däremot regler om tillämplig lag samt om erkännande och verkställighet av beslut inom staterna. Det pågår diskussioner om ett nordiskt samarbete även på området skuldsanering, se SOU 2016:17 s 233 ff. Jfr även Hellner (2011) s 388 ff.

¹⁸⁹ Se prop. 2015/16:125 s 180 ff. I den äldre skuldsaneringslagen reglerades svensk domsrätt i 4 §.

angår betalningsskyldighet i allmänhet. I rättegångsbalken 10 kap 1 § framgår vilken domstol som är behörig i tvistemål i allmänhet, nämligen den där svaranden har sin hemvist. Regeln anger visserligen endast nationell behörighet, men den har tolkats analogt så att den även reglerar internationell behörighet.¹⁹⁰ En konkurs kan således, genom en analogisk tillämpning av rättegångsbalken 10 kap 1 §, inledas i Sverige om gäldenären har sin hemvist här. En sådan konkurs, baserad på hemvist, brukar benämnas *domicilkonkurs*.¹⁹¹ För fysiska personer motsvarar hemvist att personen är folkbokförd i landet och för juridiska personer motsvarar hemvist att styrelsen har sitt säte i Sverige eller i andra hand att förvaltningen förs i Sverige. Om en person som har sin hemvist i Sverige har platsen för sina huvudsakliga intressen här, eller för den delen i något annat medlemsland inom EU, ska dock insolvensförordningens domsrättsregler tillämpas istället för rättegångsbalken vad gäller den internationella domsrätten.

Nationell domsrätt regleras dock fortfarande i svensk nationell rätt. Vad gäller situationen då det finns svensk internationell domsrätt men någon behörig nationell domstol saknas får denna lösas genom att Stockholms tingsrätt i så fall anses behörig, enligt förarbetena till kompletteringslagen till 2015 års insolvensförordning.¹⁹²

Svensk internationell domsrätt för konkurs har också baserats på en analog tillämpning av rättegångsbalken 10 kap 3-4 §§, så att en svensk domstol är behörig att inleda en konkurs när gäldenären har tillgångar eller fordringar som har uppkommit i landet.¹⁹³ En konkurs baserad på dessa anknytningskriterier, och inte gäldenärens hemvist,

¹⁹⁰ Se exempelvis prop. 2005/06:37 s 29 och NJA 1974 s 311. Jfr även 1980 s. 340, NJA 1998 s. 361 och RH 1990:96. Se även Mellqvist (2002) s 29 ff. och Bogdan (1997) s 28 f. Se även Heuman (2014) s 17.

¹⁹¹ Se Bogdan (1997) s 26 f. En domicilkonkurs är tänkt att omfatta samtliga av gäldenärens tillgångar, även sådan tillgångar som befinner sig utomlands.

¹⁹² Se SOU 2016:17 s 24.

¹⁹³ Jfr NJA 1980 s. 340, NJA 1998 s. 361. Se även NJA 2013 s. 31, NJA 2013 s. 22. Se även hovrättens resonemang i RH 2008:9, kommenterad av Bogdan i Bogdan (2010) s 75. Se Mellqvist (2002) s 32 och Bogdan (1997) s 33 ff. Se även prop. 1986/87:90 s 189. Jfr också NJA 2010 s. 734, kommenterad i Bogdan (2011) s 925..

brukar benämnas *särkonkurs*.¹⁹⁴ Även här kan noteras att denna regel är överspelad om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom EU, vad gäller den internationella domsrätten.

När det gäller svensk internationell domsrätt för företagsrekonstruktion torde domsrätten i enlighet med lagens förarbeten bedömas på motsvarande sätt som för konkurs.¹⁹⁵ I lagen om företagsrekonstruktion 2 kap 1 § regleras nämligen den nationella domsrätten på liknande sätt som i konkurslagen. Där stadgas att en ansökan om företagsrekonstruktion ska göras hos den tingsrätt där gäldenären bör svara i tvistemål som angår betalningsskyldighet i allmänhet. Vilken domstol detta är framgår av rättegångsbalken 10 kap., vilket medför att samma analoga tillämpning torde aktualiseras gällande svensk internationell domsrätt för företagsrekonstruktion som för konkurs.

Mellqvist beskriver den svenska internationella insolvensrätten, åtminstone vad gäller konkurs och företagsrekonstruktion, som tämligen outvecklad.¹⁹⁶ Med tanke på att det saknas direkta regler på området är denna iakttagelse närmast en underdrift.¹⁹⁷ Tillkomsten av EU:s insolvensförordning innebär att de svenska reglerna om domsrätt i princip är överspelade idag. De blir dock tillämpliga när förordningen inte är tillämplig, såsom när gäldenärens huvudsakliga intressen finns utanför EU.

Svensk internationell domsrätt för skuldsanering regleras som nämnts i lagen om skuldsanering 6 § respektive lagen om skuldsanering för företagare 7 §. Där framgår att svensk domstols behörighet baseras på huruvida gäldenärens huvudsakliga intressen finns i Sverige. I lagarnas förarbeten framgår att anknytningskravet ska bedömas i enlighet med motsvarande reglering i insolvensförordningen.¹⁹⁸ Anknytningskravet innebär följaktligen att svenska nationella internationella domsrättsregler aldrig kan aktualiseras eftersom

¹⁹⁴ Till skillnad från en domicilkonkurs torde i princip enbart egendom i Sverige omfattas av konkursen, jfr Bogdan (1997) s 28 f och 54 f.

¹⁹⁵ Jfr prop. 2005/06:37.s 29, prop. 1995/96:5 s 175-176 och SOU 1992:113 s 424.

¹⁹⁶ Ds 2007:6 s 33 och 39. Jfr Bogdan (1997) s 13-15.

¹⁹⁷ Bristen på en lagstadgad reglering har dock, såvitt mig känt, inte orsakat några större problem i praxis, jfr Ds 2007:6 s 33-34 och Bogdan (1997) s 27. Jfr även Hellner (2011) s 388 ff.

¹⁹⁸ Se prop. 2015/16:125 s 180 ff.

insolvensförordningen ska tillämpas då platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i Sverige. Detta gäller dock, än så länge, med undantag för skuldsanering för företagare. Detta regelverk omfattas nämligen ännu inte av insolvensförordningens tillämpningsområde.

Det innebär dock också att skuldsaneringslagarna innehåller ett starkare anknytningskrav för internationell domsrätt än vad som gäller för konkurs respektive företagsrekonstruktion. Till skillnad från konkurs respektive företagsrekonstruktion är det nämligen inte möjligt att inleda en skuldsanering om gäldenären enbart har ett driftställe i Sverige.

På senare år har flertalet internationella organisationer, utöver EU, intresserat sig för gränsöverskridande insolvens. FN, Världsbanken och INSOL Europe är enbart några exempel.¹⁹⁹ FN:s kommission för internationell handelsrätt (UNCITRAL) har exempelvis arbetat fram en modellag för gränsöverskridande insolvens. Modellagen är tänkt som en mall för lagstiftare som vill harmonisera internationell insolvensrätt utan att harmonisera materiell nationell insolvensrätt.²⁰⁰ Länderna väljer dock själva i vilken mån de vill göra avsteg från modellagen.²⁰¹ Den har, helt eller delvis, antagits av 42 länder, inklusive länder som USA och Japan samt några medlemsländer inom EU såsom exempelvis Storbritannien, Grekland och Polen, men däremot inte av Sverige.²⁰² Modellagen konkurrerar inte med den EU-rättsliga regleringen, den ger snarare förutsättningar för ett ökat internationellt samarbete på det insolvensrättsliga området även utanför EU.

¹⁹⁹ Se även Ds 2007:6 s 25 och 27.

²⁰⁰ Se UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997), part two, Guide to enactment of the UNCITRAL model law on Cross-Border insolvency I.1-3. Jfr SOU 2016:72 s 146 ff.

²⁰¹ Se UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997), part two, Guide to enactment of the UNCITRAL model law on Cross-Border insolvency I.12.

²⁰² Siffrorna gäller per 2017-03-16.

2.4 Insolvensförordningens lagvalsregler och behovet av en harmoniserad materiell insolvensrätt inom EU

2.4.1 Inledandelandets lag tillämpas som huvudregel

När det gäller insolvensförordningens reglering av tillämplig lag är huvudregeln den att det är lagen i det land där förfarandet har inletts, så kallat *lex concursus*, som ska vara tillämplig på förfarandet och verkningarna av förfarandet, jfr insolvensförordningen art 7 och 35. Detta gäller avseende såväl huvudförfaranden som sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden.²⁰³ Lagen i inledandelandet reglerar således förutsättningarna för att inleda, genomföra och slutföra ett förfarande, om inget annat framgår av insolvensförordningen enligt insolvensförordningen art 7 och 35.²⁰⁴

I art 7 anges ett antal exempel när lagen i inledandelandet alltid är tillämplig. Motsvarande lagvalsregel och lista förekommer även i 2000 års insolvensförordning och gällande den har EU-domstolen uttalat att listan över exempel inte är uttömmande utan just enbart ska ses som exempel.²⁰⁵ Detta får även anses gälla listan i 2015 års insolvensförordning. Utgångspunkten är således att lagen i inledandelandet är tillämplig om inget annat framgår av insolvensförordningen.

Inledandelandets lag är följaktligen tillämplig enligt art 7 när det gäller vilka slags gäldenärer ett förfarande kan inledas mot, gäldenärens rådighet över sina tillgångar samt förvaltarens behörighet. Inledandelandets lag är också tillämplig gällande vilka tillgångar som förfarandet avser, hur tillgångar ska behandlas om de har förvärvats av gäldenären efter det att förfarandet har inletts, förutsättningarna för kvittning samt vilka verkningar förfarandet har på gäldenärens gällande avtal. Inledandelandets lag är vidare tillämplig gällande vilka verkningar förfarandet har på förfaranden som har inletts av enskilda borgenärer. Detta gäller dock inte avseende pågående rättegångar.

²⁰³ Se insolvensförordningen art 7 och 35 och ingresspunkt 66. Jfr 2000 års insolvensförordning art 4, 28, ingresspunkt 23 och EUD mål C-444/07 MG Probud p 25.

²⁰⁴ Jfr 2000 års insolvensförordning art 4 och 28.

²⁰⁵ Se EUD mål C-444/07 MG Probud p 25.

Vidare fastställer lagen i inledandelandet vilka fordringar som ska anmälas i insolvensförfarandet samt hur dessa ska anmälas, styrkas och godtas. Om det uppkommer fordringar efter förfarandet reglerar inledandelandets lag även hur dessa ska behandlas.

Andra viktiga frågor som regleras av inledandelandets lag är hur gäldenärens tillgångar ska fördelas, företrädesordningen och borgenärernas rättigheter efter det att eventuellt sakrättsligt skydd eller kvittning har tillgodosetts. Inledandelandets lag reglerar även förutsättningarna för att slutföra ett insolvensförfarande och vilka verkningar detta får, bland annat när det rör sig om att förfarandet avslutas genom ett ackord. Dessutom reglerar inledandelandets lag vilken ställning borgenärerna har efter ett slutfört förfarande, vem som står för förfarandets kostnader samt vilka bestämmelser om återvinning som är tillämpliga.²⁰⁶

Dessa exempel på vilka frågor som regleras av inledandelandets lag visar på betydelsen av att ett insolvensförfarande inleds i ett visst land, särskilt för borgenärerna. Eftersom den insolvensrättsliga lagstiftningen skiljer sig åt mellan medlemsländerna kan det få ekonomiska konsekvenser för både gäldenären och borgenärer om det inleds exempelvis en svensk konkurs eller ett annat förfarande i ett annat land. För borgenärer medför exempelvis skillnader i medlemsländernas reglering av förmånsordningen och vilken ställning borgenärer har efter att förfarandet har avslutats att de kan gynnas eller missgynnas beroende på vilken lag som blir tillämplig. Insolvensförordningarnas lagvalsregler är således en av de mer betydelsefulla reglerna i insolvensförordningen eftersom de ersätter nationella lagvalsregler inom förordningens tillämpningsområde.²⁰⁷

När det gäller en talan som är besläktad med ett insolvensförfarande är det dock oklart hur tillämplig lag ska bestämmas. I insolvensförordningen art 7 framgår endast att inledandelandets lag ska

²⁰⁶ Jfr dock insolvensförordningen art 16.

²⁰⁷ Se insolvensförordningens ingresspunkt 66. Jfr 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 23 och EUD mål C-116/11 Bank Handlowy p 47.

vara tillämplig på insolvensförfarandet och dess verkningar, men inte om detta även gäller en besläktad talan.²⁰⁸

I fallet *Nortel Networks* konstaterade EU-domstolen gällande 2000 års insolvensförordning att denna förordning endast ersätter nationella internationellt privaträttsliga regler inom förordningens tillämpningsområde. Det framgår även av 2015 års insolvensförordning ingresspunkt 66. Med hänvisning till proportionalitetsprincipen menar domstolen att detta innebär att det i princip inte är uteslutet att den domstol som prövar en besläktad talan tillämpar nationell internationell privaträtt, såvida insolvensförordningen inte innehåller en enhetlig bestämmelse som reglerar den aktuella situationen.²⁰⁹

Detta medför att lagvalsreglerna i insolvensförordningen är begränsade till frågor inom förordningens tillämpningsområde och omfattar inte nödvändigtvis en besläktad talan. Om en besläktad talan rör en fråga som är reglerad genom insolvensförordningen, exempelvis vilka tillgångar som omfattas av ett insolvensförfarande, torde förordningens lagvalsregler dock tillämpas avseende denna fråga i den besläktade talan.

2.4.2 Tillämplig lag för vissa rättigheter, avtal och egen- dom

Insolvensförordningen art 8-18 anger ett antal undantag avseende frågor som inte nödvändigtvis ska regleras av lagen i det land där ett insolvensförfarande har inletts.²¹⁰ Syftet med dessa undantag är enligt förordningens ingress att skydda berättigade förväntningar och säker-

²⁰⁸ Jfr insolvensförordningens ingresspunkt 66. Jfr Van Den Braak (2008) s 234 som diskuterar vilka typer av talan som omfattas av 2000 års insolvensförordning art 4.

²⁰⁹ Se EUD C-649/13 *Nortel Networks* p 49.

²¹⁰ Lex concursus är som nämnts tillämplig om inget annat föreskrivs i insolvensförordningen. I 2000 års insolvensförordning föreskrivs i art 5-15 ett antal specifika undantag till denna huvudregel, motsvarande undantag regleras i 2015 års insolvensförordning art 8-18.

heten i transaktioner som sker i andra medlemsländer än det land där insolvensförfarandet har inletts.²¹¹

I art 8 framgår att om en borgenär eller tredje man har sakrättsligt skydd avseende egendom som tillhör gäldenären och som finns inom ett medlemslands territorium när ett insolvensförfarande inleds inte ska påverkas av att ett insolvensförfarande inleds i ett annat medlemsland. Detta torde innebära att rättigheterna ska bedömas utifrån den lag som ska tillämpas enligt andra lagvalsregler än dem som finns i insolvensförordningen. Det gäller sakrättsligt skydd i såväl fast som lös egendom samt materiell och immateriell egendom. Art 8 hindrar dock inte att egendomen omfattas av en återvinningstalan.

Det sakrättsliga skydd som avses i art 8 exemplifieras även i artikeln. Där framgår att detta särskilt avser den rätt som en borgenär eller tredje man kan ha att förfoga över en viss tillgång eller ta ut sin fordran ur denna genom retentionsrätt eller panträtt. Likaså avser sakrättsligt skydd den ensamrätt som en borgenär eller tredje man kan ha att driva in en fordran på grund av pant eller säkerhetsöverlåtelse. Det rör sig även om det sakrättsliga skydd som kan finnas i form av nyttjanderätt till tillgångar.

I art 9-10 framgår att borgenärers rätt att kvitta en fordran liksom säljares återtaganderätt inte påverkas av att det inleds ett insolvensförfarande. I art 11-15 framgår vidare särskilda lagvalsregler när det gäller avtal avseende fast egendom, de rättigheter och skyldigheter som åvilar parter på en finansiell marknad och liknande, anställningsavtal, rätten till fast egendom samt skepp eller luftfartyg som är föremål för offentlig registrering. Verkan av ett insolvensförfarande på dessa tillgångar regleras i enlighet med den lag i det land där den fasta egendomen finns, lagen i det land som är tillämplig på marknaden eller anställningsavtalet samt lagen i det land där registret avseende den sistnämnda egendomen förs. I art 16-18 regleras slutligen vissa särskilda lagvalsregler gällande återvinning, skydd för tredje mans förvärv och verkningarna av ett insolvensförfarande gällande egendom som är föremål för en pågående rättegång eller ett skiljeförfarande.

²¹¹ Insolvensförordningens ingresspunkt 66-74. Jfr 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 24, se även ingresspunkt 25-30.

Dessa regler, som anger att tillämplig lag inte nödvändigtvis är lagen i det land där förfarandet har inletts, innebär att det inte alltid är av avgörande betydelse för en enskild borgenär att ett insolvensförfarande inleds i ett visst medlemsland eller i ett annat. Borgenären kan ändå exempelvis omfattas av ett sakrättsligt skydd enligt insolvensförordningen. Huvudregeln är dock att insolvensförfarandet omfattas av lagen i det land där förfarandet har inletts enligt insolvensförordningen art 7. En person som är väl insatt i skillnaderna mellan medlemsländernas lagstiftningar kan därför ha en del att vinna på att försöka påverka var insolvensförfarandet inleds, även om lagen i inledandelandet inte blir tillämplig avseende alla typer av frågor relaterade till förfarandet.²¹²

2.4.3 Bristen på enhetlig nationell materiell insolvensrätt

EU:s övriga medlemsländer har i likhet med Sverige kommit att utveckla egna rättsliga system för att hantera gäldenärsers insolvens.²¹³ Idag rör det sig om 28 medlemsländer.²¹⁴ Det är inte särskilt anmärkningsvärt att dessa länders insolvensrättsliga lagstiftningar i olika grad och på olika sätt skiljer sig åt mellan varandra, men att det också finns vissa likheter. Det finns dock inte särskilt många svenskspråkiga komparativa studier av den nationella insolvensrätten i EU:s medlemsländer.²¹⁵ Internationellt har det däremot genomförts ett antal större sådana studier.²¹⁶

²¹² Se Lennarts (2010) s 107 ff.

²¹³ Se exempelvis EU:s insolvensförordning bilaga A som innehåller en lista av EU:s medlemsländers olika typer av insolvensförfaranden. Listan är dock inte uttömmande. Jfr också Mellqvist som konstaterar att insolvensrättslig lagstiftning finns i alla civiliserade länder., Mellqvist (2002) s 19-20.

²¹⁴ Storbritanniens beslut om utträde ur EU sommaren 2016, fattat genom en folkomröstning, är ej beaktat. Storbritannien har mig veterligen ännu (per 2017-03-16) inte formellt ansökt om utträde, även om det enbart lär vara en tidsfråga.

²¹⁵ Se dock exempelvis Persson (1998), Bogdan (1997) samt Mellqvist (2002). Se även den komparativa studien i SOU 2010:2 s 47 ff. och Ds 2007:6 s 33 ff. Jfr också Persson och Karlsson Tuula (2012) samt Persson (2010). Se även SOU 2016:72 s 113 ff.

²¹⁶ Se särskilt den nyligen publicerade komparativa studien *Study on a new approach to business failure and insolvency comparative legal analysis of the Member States*

År 2010 publicerade INSOL Europe på uppdrag av Europaparlamentet en komparativ studie där flera skillnader mellan medlemsländernas insolvensrättsliga lagstiftningar belystes i syfte att undersöka behovet av harmonisering av nationell insolvensrätt inom EU.²¹⁷ Studien resulterade i slutsatsen att det finns flera viktiga punkter där medlemsländernas lagstiftningar skiljer sig åt betydligt. Studiens resultat har även bekräftats i en nyligen publicerad komparativ studie från år 2016, författad på uppdrag av Europeiska kommissionen.²¹⁸ Det rör sig exempelvis om skillnader i kriterierna för att inleda ett insolvensförfarande, där medlemsländerna bland annat har olika former för att bedöma insolvens och hur det definieras, vem som kan ansöka om att inleda ett förfarande och vilka typer av fordringar som kan göras gällande samt när förfarandet ska inledas. Det finns även betydande skillnader i medlemsländernas reglering av hur nationella insolvensförfaranden ska förvaltas och av vem.²¹⁹

Vidare finns det enligt båda dessa studier skillnader mellan utformningen av de förmånsrätter som vissa borgenärer har, vilket antas bero åtminstone delvis på olika politiska ställningstaganden i medlemsländerna.²²⁰ Skillnaderna anses vara så stora att det inte är möjligt med

relevant provisions and practices Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075 2016 som har gjorts på uppdrag av Europeiska kommissionen samt Harmonisation of Insolvency Law at EU Level, Policy Department C – Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels 2010. Se även exempelvis Wood (2007), Wessels (2007) s 253 ff., Ringe (2008) s 597. Se även Timmermans (2010). Bachner jämför engelsk och tysk insolvensrätt i Bachner (2009).

²¹⁷ Se Harmonisation of Insolvency Law at EU Level, Policy Department C – Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels 2010. Se även Mucciarelli (2016) s 44.

²¹⁸ Se Study on a new approach to business failure and insolvency Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075 2016, särskilt s 15.

²¹⁹ Se Harmonisation of Insolvency Law at EU Level, Policy Department C – Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels 2010 s 9 ff. Jfr Study on a new approach to business failure and insolvency Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices, Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075 januari 2016 s 16-17.

²²⁰ Study on a new approach to business failure and insolvency comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices, Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075 januari 2016 s 15.

harmonisering inom det området.²²¹ Denna slutsats dras även i insolvensförordningens ingresspunkt 22.

Båda studierna visar också på skillnader i ländernas lagstiftningar gällande hur fordringar kan göras gällande mot en gäldenär, skillnader i regleringar gällande rekonstruktionsplaner vid en rekonstruktion samt skillnader i regler om återvinning, uppsägning samt fullföljande av avtal under ett insolvensförfarande.²²² Studierna visar även på skillnader i hur och i vilken utsträckning gäldenärens företagsledning kan ställas till ansvar om gäldenären är en juridisk person eller ett bolag liksom regleringen gällande ansvar för andra parter som är involverade i gäldenärens verksamhet, m.m.²²³

Rapporten från INSOL liksom Europeiska kommissionens studie från 2016 klargör sammanfattningsvis att skillnaderna mellan medlemsländernas insolvensrättsliga lagstiftningar är betydande. Samtidigt visar också båda studierna att samtliga medlemsländer faktiskt har insolvensförfaranden som kan liknas vid en svensk konkurs och att det på det stora hela även finns likheter mellan medlemsländernas materiella insolvensrättsliga regleringar. Det konstateras även att de flesta medlemsländer på senare tid även har infört nationella regler

²²¹ Se Harmonisation of Insolvency Law at EU Level, Policy Department C – Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels 2010 s 9 ff. Se även European Commission Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, Strasbourg 22.11.2016, COM(2016) 723 final, 2016/0359 (COD) s 16.

²²² Se Harmonisation of Insolvency Law at EU Level, Policy Department C – Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels 2010 s 10 ff. Jfr Study on a new approach to business failure and insolvency Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices, Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075 januari 2016 s 16.

²²³ Se Harmonisation of Insolvency Law at EU Level, Policy Department C – Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels 2010 s 10 ff. Jfr Study on a new approach to business failure and insolvency Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices, Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075 januari 2016 s 13.

motsvarande företagsrekonstruktion.²²⁴ Vid en närmare studie av de nationella regelverken innebär dock de skillnader som framgår av dessa båda studier att medlemsländernas lagstiftningar ändå skiljer sig åt på ett grundläggande plan. INSOL föreslår också i sin rapport att lagstiftningarna bör genomgå en harmonisering även om det, på grund av de stora skillnaderna mellan länderna, inte är en enkel uppgift.²²⁵

Både Europeiska kommissionens studie och INSOL:s rapport behandlar främst insolvensförfaranden för juridiska personer eller fysiska personer som bedriver näringsverksamhet. Det torde dock finnas motsvarande skillnader mellan medlemsländernas lagstiftningar även för förfaranden som gäller fysiska personer. Europaparlamentet och Rådet konstaterar exempelvis i ingressen till EU:s insolvensförordning att det finns stora skillnader i materiell rätt.²²⁶ I ingresspunkt 22 uttalas att det finns mycket skiftande nationella lagar om säkerhetsrätter i medlemsländerna och att nationella regleringar om förmånsrätter för borgenärer vid insolvensförfaranden ibland skiljer sig åt fullständigt.

Ett praktiskt exempel på en grundläggande fråga där medlemsländernas lagstiftningar skiljer sig åt för fysiska personer är huruvida en gäldenär kan få sina skulder avskrivna efter ett insolvensförfarande. I en engelsk *bankruptcy*, i princip motsvarande svensk konkurs, kan en gäldenär som är en fysisk person bli befriad från sina skulder, så kallat *discharge*, ett år efter att förfarandet har inletts enligt *Insolvency Act 1986* section 278-281.²²⁷ I den tyska *Insolvenzordnung* regleras också skuldavskrivning för tyska *Insolvenzverfahren*, men där framgår det att en gälde-

²²⁴ Jfr Study on a new approach to business failure and insolvency Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices, Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075 januari 2016 s 17.

²²⁵ Se Harmonisation of Insolvency Law at EU Level, Policy Department C – Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels 2010 s 26 ff.

²²⁶ Jfr även 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 11 som innehåller samma formulering som den reviderade förordningen.

²²⁷ Se även Insolvency Act 1986 Schedule 4 A, Insolvency Rules 1986 as amended by The Insolvency (Amendment) Rules 2010 Rules 6.217 - 6.220 och Insolvency Rules 1986 amended by The Insolvency (Amendment) Rules 2013, Rules 3-4.

när som är en fysisk person kan befrias från sina skulder (*Restschuldbefreiung*) först sex år efter att förfarandet har inletts.²²⁸

I den svenska konkurslagen saknas däremot motsvarande regler. En svensk konkursgäldenär befrias inte från sina skulder genom konkursen i sig, såvida det inte visar sig att gäldenären har tillräckligt med tillgångar så att skulderna kan betalas. För att en fysisk person ska bli fri från sina skulder måste personen genomgå en skuldsanering. I just frågan om skuldavskrivning skiljer sig följaktligen dessa regelverk åt betydligt.²²⁹

Wood visar i sin komparativa studie på skillnaderna mellan flera länders insolvensrätt med fokus på främst tysk, fransk och engelsk insolvensrättslig lagstiftning.²³⁰ Han menar att dessa tre länder har gett upphov till tre skilda insolvensrättsliga familjer, eller huvudgrupper, internationellt eftersom de historiskt har haft ett betydande inflytande när andra länder har utformat sina insolvensrättsliga lagstiftningar.²³¹ Woods slutsatser är liknande dem som INSOL drar i sin rapport. Han konstaterar dock också att det, utöver vad som behandlas i INSOL:s rapport, finns stora skillnader i andra regler än dem som kan benäm-

²²⁸ Se Insolvenzordnung section 286-303.

²²⁹ I Europeiska kommissionens förslag till direktiv om harmonisering av nationell materiell insolvensrätt finns även en, icke obligatorisk, rekommendation att medlemsländerna får utvidga en eventuell harmonisering till att även omfatta fysiska personers rätt till avskrivning av sina skulder i samband med ett insolvensförfarande, se European Commission Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frame-works, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, Strasbourg 22.11.2016, COM(2016) 723 final, 2016/0359 (COD) se s 6 och 14.

²³⁰ Wood menar att det går att se fransk, tysk och engelsk insolvensrättslig reglering som tre poler som principiellt står emot varandra. De tre ländernas regleringar har exporterats och inspirerat andra nationella lagstiftare till att anta liknande insolvensrättsliga regleringar, se Wood (2007), särskilt på s 19 ff.

²³¹ Wood (2007) s 55 ff, se även s 87 ff. Wood konstaterar dock att uppdelningen mellan de tre huvudgrupperna enbart är generell och inte menad för något annat än att visa bilden i stora penseldrag. På detaljnivå kan naturligtvis fler distinktioner mellan lagstiftningarna göras. Komparativa studier mellan de tre insolvensrättsliga huvudgrupperna har även gjorts av Wessels (2011) som diskuterar skillnaderna mellan de europeiska medlemsländerna mer i detalj. Även Dalhuisen (2010) beskriver de tre huvudgruppernas utveckling, men inte enbart vad gäller insolvensrätt.

nas rent insolvensrättsliga, såsom exempelvis om ett land har eller inte har regler om så kallade *trusts* och hur fordringar kan överlätas enligt nationell rätt. Wood menar att sådana regler samspelar med de insolvensrättsliga regelverken och medför att olikheterna mellan länderna blir desto större.²³²

Skillnaderna i nationell lagstiftning kan naturligtvis motivera en gäldenär eller borgenär att försöka påverka insolvensforum och tillämplig lag för ett insolvensförfarande inom EU. Det är inte märkligt att en gäldenär som är en fysisk person exempelvis vill flytta till England för att kunna genomgå ett engelskt insolvensförfarande för att få sina skulder avskrivna genom så kallat *discharge*, istället för att genomgå en svensk konkurs eller ett motsvarande tyskt förfarande.

Det engelska insolvensförfarandet *Company Voluntary Arrangement* pekas ibland ut som ett förfarande som lockar insolventa bolag från andra medlemsländer till England.²³³ Förfarandet motsvarar ett svenskt ackord på så sätt att det bygger på en uppgörelse mellan gäldenären och borgenärerna angående betalningen av gäldenärens skulder. Förfarandet regleras i *Insolvency Act 1986* och de revideringar som följer av *Insolvency Act 2000*. Förfarandet kan inledas efter ett förslag från bolagets ledning till bolaget eller av motsvarande likvidatorn vid ett insolvensförfarande (*winding up* eller *administration*). En särskild person (*nominee*, kvalificerad som *insolvency practitioner*) övervakar förfarandet och arbetar fram ett förslag till gäldenärens borgenärer om hur mycket av skulderna som kan betalas och när. Förslaget godkänns av borgenärerna genom en omröstning.

Ett skäl till att *Company Voluntary Arrangement* pekas ut som populärt för gäldenärer kan vara att det ibland kan vara en utväg ur ett annat insolvensförfarande, exempelvis *winding up* eller *administration*. Re-

²³² Wood analyserar inte enbart de europeiska medlemsländernas lagstiftning. Han jämför flera av världens nationella insolvensrättsliga lagstiftningar med utgångspunkt i ett begränsat antal frågeställningar, se Wood (2007).

²³³ Se exempelvis Impact Assessment Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, Strasbourg, 12.12.2012, SWD(2012) 416 final s 20. Se även exempelvis Wessels (2011), Aasaru (2011), Wood (2007) s 114 och Fletcher (2009) s 477 ff. Jfr De Weijs och Breeman (2014) s 495 ff och Payne (2013).

gleringen i Insolvency Act kan också ge möjligheter för en gäldenär att få till ett visst betalningsanstånd (*moratorium*).²³⁴

I INSOL:s rapport, liksom i en rapport från Europeiska kommissionen från 2012 samt en rapport från Europaparlamentet, konstateras att skillnaderna i medlemsländernas materiella insolvensrättsliga lagstiftningar uppmuntrar till så kallad insolvensrättslig turism, det vill säga att gäldenärer och borgenärer försöker påverka vilken lagstiftning och vilket förfarande som gäldenären omfattas av inom EU.²³⁵ Skillnaderna i lagstiftningarna innebär också en betydande osäkerhet för borgenärer eftersom utdelningen vid ett insolvensförfarande kan bli olika beroende på vilket lands lagstiftning som blir tillämplig och vilket förfarande som blir aktuellt för gäldenären.²³⁶

Med tanke på skillnaderna mellan medlemsländernas insolvensrättsliga lagstiftning kan det tyckas märkligt att området ännu inte har omfattats av någon högre grad av harmonisering inom EU. I samband med arbetet med den senaste revideringen av EU:s insolvensförordning föreslog Europaparlamentet, efter att ha beaktat INSOL:s rapport, en harmonisering av medlemsländernas insolvensrättsliga lag-

²³⁴ För en vidare diskussion om varför förfarandet *Company Voluntary Arrangement* kan motivera bolag att flytta till England, se Wood (2007) s 114 och Fletcher (2009) s 477 ff. Se även Wessels (2011), Aasaru (2011). Jfr även Cebotari (2014) s 6-7.

²³⁵ Harmonisation of Insolvency Law at EU Level, Policy Department C – Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels 2010 s 22. Impact Assessment Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, Strasbourg, 12.12.2012, SWD(2012) 416 final s 20 samt Europaparlamentets resolution av den 15 november 2011 med rekommendationer till Kommissionen om insolvensförfarande inom ramen för EU:s bolagsrätt (2011/2006(INI)). Jfr även Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om ”Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, rådet och Europeiska ekonomiska och sociala kommittén – En ny europeisk strategi för att hantera misslyckade företagssatsningar och insolvens” COM(2012) 742 final och ”Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av rådets förordning (EG) nr 1346/2000 om insolvensförfaranden” COM(2012) 744 final – 2012/0360 (COD) 2013/C 271/10 p 7.

²³⁶ Jfr även Renssen (2016) s 92 ff som diskuterar om möjligheten för bolag att genomgå en snabb likvidation enligt nederländsk lagstiftning till och med utgör en öppen inbjudan för gäldenärer att komma undan ett förestående insolvensförfarande.

stiftning i vissa delar.²³⁷ Europeiska kommissionen svarade dock att en harmonisering, även om den vore välbehövlig, skulle kräva en mer fördjupad studie av medlemsländernas nationella lagstiftning för att se vilka områden som alls är lämpade att harmonisera utan att påverka nationell rätt mer än nödvändigt.²³⁸ Europeiska kommissionen antog därefter, år 2014, en rekommendation med förslag på harmonisering av regelverk gällande rekonstruktionsförfaranden som medlemsländerna på frivillig basis kan implementera i sin nationella lagstiftning.²³⁹ Detta kan ses som ett försiktigt steg mot harmonisering.

Nyligen, i november 2016, lade Europeiska kommissionen dessutom fram ett förslag till ett nytt direktiv, som syftar till att harmonisera vissa aspekter av insolvensrättsliga bestämmelser rörande gäldenärer som är bolag och fysiska personer som är egenföretagare.²⁴⁰ Förslaget har lagts fram för att Europeiska kommissionen menar att den nyss nämnda rekommendationen från 2014 inte har fått den effekt i med-

²³⁷ Europaparlamentets resolution av den 15 november 2011 med rekommendationer till Kommissionen om insolvensförfarande inom ramen för EU:s bolagsrätt (2011/2006(INI)).

²³⁸ Impact Assessment Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, Strasbourg, 12.12.2012, SWD(2012) 416 final s 46.

²³⁹ Kommissionens rekommendation av den 12.3.2014 om en ny strategi för att hantera konkurs och insolvens, Bryssel den 12.3.2014, C(2014) 1500 final. Jfr Eidenmüller och van Zwieten (2015) s 625 ff. Se även SOU 2016:72 del 2 s 139 ff. Jfr även The European Model Company Act, en modellag som är framtagen av akademiker från flera medlemsländer inom EU och som kan ses som ytterligare ett försiktigt steg mot en frivillig harmonisering av bland annat regelverk rörande rekonstruktion av företag, se <http://law.au.dk/forskning/projekter/europeanmodelcompany-actemca/>. Jfr Teichmann (2016) s 277 ff., Perakis (2016) s 201 ff., Patakyova (2016) s 322 ff. Det finns även ett nordiskt/baltiskt insolvensnätverk som arbetar för en harmonisering av insolvensrätten inom Norden och Baltikum, se Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law från 2016.

²⁴⁰ European Commission Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, Strasbourg 22.11.2016, COM(2016) 723 final, 2016/0359 (COD).

lemsländerna som Europeiska kommissionen hade tänkt.²⁴¹ Kommissionen konstaterar dock att det fortfarande inte är möjligt att harmonisera medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningar i stort, men att man har identifierat några frågor som ändå kan bli föremål för viss begränsad harmonisering. Det rör sig kortfattat om minimiregler beträffande lagstiftningar om rekonstruktion samt en harmonisering av bestämmelser beträffande avskrivning av så kallade ärliga entreprenörers skulder för att möjliggöra en ”andra chans”.²⁴² Det ska bli intressant att följa om detta förslag kommer att leda till en rättsakt.

När det däremot gäller kreditinstitut, värdepappersföretag och liknande har EU arbetat fram harmoniserade minimiregler för så kallad *resolution* av sådana företag och institut. Särskilt efter finanskrisen år 2008/2009 blev det uppenbart inom EU att dessa företag och institut behöver en särskild reglering och tillsyn.²⁴³ Det EU-rättsliga regelverket syftar därför bland annat till att harmonisera resolutionsregler inom medlemsländerna och ge nationella tillsynsmyndigheter långtgå-

²⁴¹ European Commission Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, Strasbourg 22.11.2016, COM(2016) 723 final, 2016/0359 (COD) s 7-8.

²⁴² European Commission Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, Strasbourg 22.11.2016, COM(2016) 723 final, 2016/0359 (COD) s 6.

²⁴³ Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/59/EU av den 15 maj 2014 om inrättande av en ram för återhämtning och resolution av kreditinstitut och värdepappersföretag och om ändring av rådets direktiv 82/891/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU och 2013/36/EU samt Europaparlamentets och rådets förordningar (EU) nr 1093/2010 och (EU) nr 648/2012. Se även prop. 2015/16:5 s 165. Mason och Aasaru diskuterar också hur finanskrisen medförde att insolvensrätten hamnade på EU-lagstiftarens agenda, se Mason (2012), Aasaru (2011). Jfr också Ds 2007:6 s 20 ff.

ende befogenheter att ingripa vid sådana företags och instituts insolvens.²⁴⁴ Detta har även lett till svensk lagstiftning på området.²⁴⁵

Bortsett från regler rörande kreditinstitut och motsvarande, gör EU-lagstiftaren säkerligen klokt i att gå varsamt fram med harmonisering av den nationella insolvensrätten. De nationella insolvensrättsliga regelverken är som nämnts ett resultat av de olika medlemsländernas interna politik och utgör i grunden en avvägning om vem som anses skyddsvärd vid insolvens. Det är svårt att uttala sig om ett insolvensrättsligt system skulle vara bättre än ett annat eftersom det beror på vilka värderingar den som utvärderar systemet har och det övriga rättsliga sammanhang som systemet är en del av.

Nationella lagstiftare har gjort olika val angående hur gäldenärens situation ska hanteras, om fokus exempelvis ska vara på att ”straffa” gäldenären eller att försöka rädda en livskraftig verksamhet. Lagstiftaren har också valt vem eller vilka som ska få betalt om det inte finns tillräckligt med pengar för att täcka gäldenärens samtliga skulder. Detta val, det vill säga prioriteringen av borgenärer, är en tydlig värdering av vem som ska bära risken för gäldenärens insolvens.²⁴⁶ Den får

²⁴⁴ Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/59/EU av den 15 maj 2014 om inrättande av en ram för återhämtning och resolution av kreditinstitut och värdepappersföretag och om ändring av rådets direktiv 82/891/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU och 2013/36/EU samt Europaparlamentets och rådets förordningar (EU) nr 1093/2010 och (EU) nr 648/2012.

²⁴⁵ Jfr lag (2015:1016) om resolution och Lag (2015:1017) om förebyggande statligt stöd till kreditinstitut. Se prop. 2015/16:5.

²⁴⁶ Det kan diskuteras vad det kan bero på att olika lagstiftare har kommit fram till olika lösningar för att hantera insolvens. Insolvensrätten har dock djupa historiska rötter i EU:s medlemsländer. Det innebär att så grundläggande saker som skillnader i ländernas religion, kultur och historia har påverkat lagstiftare i olika riktningar vid olika tider och på olika sätt. På senare år har också den amerikanska insolvensrättsliga lagstiftningen influerat både EU och flera, om inte de flesta, av medlemsländerna inom EU inklusive Sverige att införa regler för att möjliggöra att rädda bärkraftiga företag i kris genom exempelvis företagsrekonstruktion. Wood (2007) s 3, 19 ff. För en grundlig historisk genomgång av insolvens i Europa och USA, se exempelvis Safley (2013). Gratzner och Stiefel beskriver i sin studie exempelvis hur kristna värderingar om moral under medeltiden innebar att långivning mot ränta blev förbjudet i de flesta kristna länderna eftersom det ansågs vara en synd. Detta påverkade även synen på insolvens, men i varierande grad i olika länder. Eftersom det var en synd att

en betydande effekt på rättsförhållanden eftersom den påverkar möjligheterna att få betalt.²⁴⁷

Wessels menar att medlemsländerna historiskt inte har varit särskilt intresserade av att arbeta för en harmonisering av nationell insolvensrätt, men tycker sig se en förändring i medlemsländernas inställning. Han menar att det skulle kunna bli aktuellt att närma sig frågan i framtiden.²⁴⁸ Mucciarelli är mer pessimistisk och menar att det ligger närmare verkligheten att säga att medlemsländerna i ren protektionistisk anda kommer fortsätta att hålla fast vid sina nationella regler och förfaranden.²⁴⁹ Ringe och Bernitz menar att finanskrisen dessutom kan ha bidragit till en ökad protektionism och att EU:s medlemsländer i en högre utsträckning än före krisen vill skydda nationella intressen.²⁵⁰ Detta talar emot en möjlig harmonisering av den nationella insolvensrätten inom EU. Samtidigt kan en harmonisering ske genom små steg såsom exempelvis genom regleringar likt den rekom-

ge lån mot ränta kunde den som krävde in lånet riskera straff, både moraliskt och straffrättsligt, om låntagaren angav långgivaren. Läs mer om insolvens och lån mot ränta under medeltiden i Gratzer och Stiefel (2008) s 41 ff. Se även MacDonald och Gastmann (2001) s 3 ff. Vad gäller bolags insolvens, se Fletcher (2009) s 12 och Werlauff (2010) s 183. Se även Dotevall (2009) s 14, Welamson och Mellqvist (2013) s 15 ff. och Szydlo (2009) s 749 f. Se även i European Commission Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, Strasbourg 22.11.2016, COM(2016) 723 final, 2016/0359 (COD) s 16.

²⁴⁷ Jfr Wood (2007) s 3 och Mucciarelli (2013) s 175 ff. Jfr också SOU 2010:2 s 47 f. och den reviderade insolvensförordningens ingresspunkt 10.

²⁴⁸ Wessels (2011). Wessels menar exempelvis att det sedan början av 2000-talet kan anas en tendens bland medlemsländerna till attitydförändring avseende gränsöverskridande insolvens och att länderna börjar närma sig varandra inom den insolvensrättsliga regleringen. Wessels anger några gemensamma principer som återkommer i de nationella lagstiftningarna och menar att det kanske finns, inom en inte alltför avlägsen framtid, möjligheter till harmonisering av insolvensrättsliga regleringar. Se Wessels (2011). Se även Moss (2009) s 1 och 10, Aasaru (2011) s 1-2.

²⁴⁹ Se Mucciarelli (2016) s 2-3.

²⁵⁰ Se Ringe och Bernitz (2010) s 1-3 som diskuterar i vilken mån finanskrisen kan ha bidragit till en ökad protektionism, exempelvis genom att stater vill skydda nationella intressen såsom exempelvis bilindustrin. De diskuterar även extern protektionism inom EU, exempelvis hur vissa stater försöker förhindra att nationella bolag tas över av icke-europeiska aktörer.

mendation gällande rekonstruktionsförfaranden som Europeiska kommissionen antog 2014.²⁵¹ Det ska även bli intressant att följa om och hur kommissionens förslag till harmonisering genom ett nytt direktiv blir verklighet.

Någon mer djupgående harmonisering av den nationella materiella insolvensrätten kanske inte ligger inom den närmaste framtiden. Det är dock inte omöjligt att en harmonisering kan ske på längre sikt och då kanske i mindre steg.

2.4.4 Problematiska lagvalskonflikter och nationell anpassning till den harmoniserade internationella insolvensrätten

Det har framförts farhågor att EU:s regelverk medför att det exempelvis kan förekomma fall då nationella domstolar saknar behörighet att pröva en talan relaterad till nationella regler som har som syfte att skydda borgenärer och att en sådan talan rent av kan falla mellan medlemsländernas jurisdiktion.²⁵² Problemet kan illustreras genom exempelvis nationella indelningar mellan insolvensrätt och bolagsrätt. Gränsen mellan dessa rättsområden är vag.²⁵³ I olika medlemsländer kan borgenärsskyddande bestämmelser vara reglerade på olika sätt.²⁵⁴

Dotevall beskriver bland annat hur medlemsländers lagstiftare har placerat just regler som har som syfte att skydda borgenärer på olika sätt i insolvensrättslig lagstiftning respektive i bolagsrättslig lag-

²⁵¹ Kommissionens rekommendation av den 12.3.2014 om en ny strategi för att hantera konkurs och insolvens, Bryssel den 12.3.2014, C(2014) 1500 final.

²⁵² Se Eidenmüller (2009) s 12, Dotevall (2015) s 58, Paschalidis (2012) s 225 samt Lennarts (2010) s 106 ff.

²⁵³ Se exempelvis Eidenmüller (2009) s 12 och Wessels (2016) s 83.

²⁵⁴ Se exempelvis Van Den Braak (2008) s 229 och Wessels (2005) s 50. Se även McCormack (2014) s 308 ff. och Couwenberg och de Jong (2014) s 58 ff. Detta problem har också identifierats i Study on a new approach to business failure and insolvency comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices, Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075 januari 2016 s 14.

stiftning och att reglerna i sig dessutom kan skilja sig åt.²⁵⁵ Ett exempel på detta är de svenska reglerna om tvångslikvidation vid kapitalbrist i aktiebolagslagen som innebär att bolagets ledning kan drabbas av personligt betalningsansvar om de inte agerar på visst sätt när det finns skäl att anta att det finns kapitalbrist i bolaget.²⁵⁶ Den engelska lagen *Insolvency Act* innehåller liknande regler om visst personligt ansvar för bolagets ledning vid så kallat *wrongful trading*, när ledningen har fortsatt att handla för bolaget trots kännedom om att bolaget var insolvent.²⁵⁷

Wrongful trading torde liksom regleringen om tvångslikvidation vid kapitalbrist härröra från lagstiftning om insolvensförfarande, men till skillnad från de svenska aktiebolagsrättsliga reglerna återfinns regleringen om *wrongful trading* i den insolvensrättsliga *Insolvency Act*. *Wrongful trading* kan enbart aktualiseras när bolaget omfattas av ett insolvensförfarande, så kallat *insolvent liquidation*. Reglerna om personligt ansvar vid kapitalbrist enligt aktiebolagslagen blir tillämpliga oavsett om bolaget omfattas av ett insolvensförfarande eller inte.

För en juridisk person som har bildats, bedriver verksamhet, har tillgångar och även likvideras i samma land spelar det knappast någon större roll om de regler som gäller personen återfinns i regelverk som kan definieras som insolvensrättsliga eller bolagsrättsliga. Skyddsreglerna för borgenärer blir ändå tillämpliga.²⁵⁸ När det gäller en konkurs som har inletts i Sverige avseende en gäldenär som är ett svenskt aktiebolag kan som nämnts reglerna om kapitalskydd i aktiebolagslagen aktualiseras genom att det väcks en talan som då kan utgöra en besläktad till insolvensförfarandet i insolvensförordningens mening.

När gäldenären däremot har anknytning till flera länder kan det bli betydelsefullt hur en viss bestämmelse, exempelvis rörande borgenärsskydd, är reglerad i olika medlemsländer för att avgöra om bestämmelsen kan tillämpas. Om vi tänker oss att det inleds en konkurs i form av ett huvudförfarande enligt insolvensförordningen art 3.1 i

²⁵⁵ Se Dotevall (2015) s 57. Se även Van Den Braak som ger ett antal exempel på hur borgenärsskyddet är fördelat mellan bolagsrätt och insolvensrätt i nederländsk lagstiftning i Van Den Braak (2008) s 229 ff.

²⁵⁶ Se aktiebolagslagen 25 kap, särskilt 13 § och 18-20 §§.

²⁵⁷ *Insolvency Act* 1986 part IV, chapter X, section 214.

²⁵⁸ För ett liknande resonemang se Van Den Braak (2008) s 229.

Sverige för ett engelskt *limited liability company*, då är det möjligt att olika rättsliga frågor som uppstår i tidsmässigt samband med förfarandet ska regleras genom en tillämpning av olika regelverk inom den internationella privaträttens område. EU:s insolvensförordning tillämpas gällande behörigheten att inleda insolvensförfarandet och en besläktad talan till förfarandet samt tillämplig lag beträffande förfarandet. Exempelvis kan Bryssel I-förordningen bli tillämplig när det gäller behörigheten att pröva andra privaträttsliga frågor. Det är inte säkert att den svenska domstolen är behörig att pröva alla rättsliga frågor som uppstår.²⁵⁹

Låt oss exempelvis säga att bolagets ledning i exemplet har agerat på ett sätt som enligt både den svenska aktiebolagslagen och de engelska reglerna om *wrongful trading* i *Insolvency Act* skulle kunna leda till ett visst personligt betalningsansvar om reglerna var tillämpliga. Den svenska aktiebolagslagens reglering om personligt ansvar för bolagets styrelse tillämpas dock för just svenska aktiebolag. Eftersom det inte rör sig om ett svenskt aktiebolag kan den svenska aktiebolagslagen inte tillämpas för att utkräva ansvar från bolagsledningen i det engelska bolaget.

Den svenska domstolens behörighet att inleda konkursen är exklusiv, det vill säga en engelsk domstol kan inte inleda ett huvudförfarande avseende en gäldenär samtidigt som ett huvudförfarande pågår i Sverige. Om gäldenären har ett driftställe i Storbritannien kan dock en engelsk domstol vara behörig att inleda ett sekundärförfarande. I detta sammanhang kan den engelska domstolen också vara behörig att pröva en talan om ansvar för *wrongful trading* i enlighet med insolvensförordningens domsrättsregler.²⁶⁰ Skälet för detta är en sådan talan åtminstone borde kunna ses som en talan som är besläktad med det insolvensförfarandet, om den inte redan omfattas av det förfarandet i sig. Om gäldenären däremot inte har ett driftställe i Storbritannien saknar domstolarna där behörighet att inleda ett sekundärförfarande och torde således också sakna behörigheten att pröva en besläktad talan, enligt insolvensförordningens domsrättsregler.

²⁵⁹ Jfr Van Den Braak (2008) s 229.

²⁶⁰ Jfr uttalandet insolvensförordningens ingresspunkt 47.

Eftersom en talan om personligt ansvar för *wrongful trading* återfinns i *Insolvency Act* och utgör en insolvensrättslig reglering torde den inte omfattas av Bryssel I-förordningens tillämpningsområde.²⁶¹ En talan om *wrongful trading* torde därför inte heller kunna prövas i en engelsk domstol med stöd av Bryssel I-förordningens domsregler.

Det är dock möjligt att reglerna om ansvar för *wrongful trading* enligt *Insolvency Act* skulle kunna aktualiseras i samband med det svenska huvudförfarandet eftersom en sådan talan bör ha ett nära samband med det förfarandet, det vill säga vara besläktad talan. I enlighet med EU-domstolens praxis torde den engelska lagstiftningen i så fall kunna tillämpas av den svenska domstolen med hänvisning till svenska lagvalsregler eftersom det rör sig om ett engelskt bolag.²⁶²

Om det skulle vara så att reglerna om *wrongful trading* enligt *Insolvency Act* inte kan tillämpas av den svenska domstolen med hänvisning till svenska lagvalsregler och gäldenären inte har ett driftställe i Storbritannien finns det en risk att det inte går att utkräva ansvar för just *wrongful trading* enligt *Insolvency Act*. Det innebär att frågan om ansvar, så att säga, skulle kunna falla mellan medlemsländernas domstolars behörighet.²⁶³ Det kan dock inte uteslutas att någon form av ansvar ändå skulle kunna utkrävas enligt en annan nationell bestämmelse, exempelvis allmänt skadeståndsansvar eller liknande, som kan bli tillämplig i enlighet med en i det sammanhanget tillämplig internationellt privat- och processrättslig bestämmelse.

Det går dessutom inte att av detta dra slutsatsen att det är ett stort eller utbrett problem att en talan kan falla mellan domstolars jurisdiktion inom EU.²⁶⁴ Det torde snarare utgöra ett undantagsfall att

²⁶¹ Se EU:s förordning 1215/2012 art 1, 4, 63, jfr art 24. Jfr EUD mål C-212/97 Centros p 29, EUD mål C-208/00 Überseering, EUD mål C-167/01 Inspire Art. Se även Van Den Braak (2008) s 232.

²⁶² Se EUD C-649/13 Nortel Networks p 49. Jfr Bogdan (1997) s 48 f.

²⁶³ Jfr Paschalidis (2012) s 225. Se även Study on a new approach to business failure and insolvency Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices, Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075 januari 2016 s 14 där detta problem diskuteras allmänt.

²⁶⁴ Jfr Van Den Braak (2008) s 235. Se även Enriques och Gelter (2006) s 450 och Lennarts (2010) s 109 f. Jfr Study on a new approach to business failure and insol-

en talan faktiskt inte omfattas av någon domstols jurisdiktion eller att det inte går att tillämpa en viss borgenärsskyddande bestämmelse enligt ett visst medlemslands lag. Icke desto mindre innebär det faktum att frågan är oklar, och att problemet skulle kunna uppstå, en osäkerhet för borgenärer. Det kan vara svårt att förutse vilka nationella skyddsregler som blir tillämpliga i alla möjliga typer av fall.

Vissa författare menar att nationella lagstiftare inom medlemsländerna på senare år har börjat anpassa sin lagstiftning på grund av denna osäkerhet för att skydda nationella intressen.²⁶⁵ Detta kallas i litteraturen för *insolvensifikation*, det vill säga att lagstiftare flyttar exempelvis borgenärsskydd från annan nationell reglering till den insolvensrättsliga lagstiftningen för att garantera att denna blir tillämplig vid ett insolvensförfarande i landet.²⁶⁶

Det finns naturligtvis en poäng i att lagstiftare ser över hur de har strukturerat sin lagstiftning i detta avseende för att undvika oklarheter, även om problemet som nämnts kanske inte ska överdrivas.²⁶⁷ Det kan exempelvis vara lämpligt att lagstiftare ser till att regler om ansvar för en företagsledning som har agerat på ett skadligt sätt omfattar både nationella och utländska bolag vid insolvens. Ett smidigare sätt att komma undan problemet vore naturligtvis om medlemsländernas insolvensrättsliga och borgenärsskyddande lagstiftningar harmoniserades inom EU.²⁶⁸

vency Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices, Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075 januari 2016 s 14.

²⁶⁵ Se Enriques och Gelter (2006) s 449 ff, Van Den Braak (2008) s 235, Hopt (2010) s 52 och Lennarts (2010) s 106 f.

²⁶⁶ Se Lennarts (2010) s 109 f., Enriques och Gelter (2006) s 449 ff., Van Den Braak (2008) och Dorresteyn (2004).

²⁶⁷ För ett liknande resonemang, se Van Den Braak (2008) s 235. Se även Enriques och Gelter (2006) s 450.

²⁶⁸ Se Lombardo (2009) s 634 ff och Bogdan (2015) s 8. Jfr även Wessels (2011), De Weijs och Breeman (2014) s 495 ff och Mucciarelli (2013) s 196 ff. Jfr även Dotevall (2016) som diskuterar en möjlig harmonisering av bolagsledningens skyldigheter inom EU. Jfr även Engsig Sorensen (2015) s 85 ff. och Gergely Szabó och Engsig Sorensen (2013) s 781 ff., Baert (2015) s 581 ff., Weiss (2015) s 213, Gelter (2015) och Gerner-Beuerle och Schuster (2014) s 191 ff.

2.5 Sammanfattande kommentar

EU:s insolvensförordning innebär sammanfattningsvis att den internationella domsrätten för domstolar inom EU:s medlemsländer är helt harmoniserad när det gäller insolvensförfaranden inom förordningens tillämpningsområde. Domsrätten omfattas således numera av en enhetlig reglering inom medlemsländerna.

Samtidigt som den internationella insolvensrätten har genomgått denna betydande harmonisering saknas motsvarande harmonisering på den materiella insolvensrättens område, åtminstone inom förordningens tillämpningsområde. Skillnaderna mellan medlemsländernas materiella insolvensrättsliga lagstiftningar kvarstår. Insolvensförordningen innehåller i princip inte heller någon harmonisering av nationell materiell insolvensrätt utan pekar istället ut vilket medlemslands domstolar som är behöriga att inleda ett förfarande och exempelvis vilket lands lag som ska tillämpas.

Definitionen av vad som utgör ett insolvensförfarande i insolvensförordningens mening är visserligen vid och skulle kunna omfatta en mängd olika förfaranden. Det kan enligt art 1.1 röra sig om allt ifrån likvidationsförfaranden, där gäldenären berövas rådigheten över sina tillgångar, till förfaranden som syftar till att rädda gäldenärens verksamhet vid risk för insolvens. I det senare fallet ska det röra sig om förfaranden som innebär att gäldenärens tillgångar och verksamhet är föremål för övervakning av en domstol, men utan att gäldenären förlorar rådigheten över sina tillgångar. Denna vida definition till trots ska förordningen dock endast tillämpas beträffande de förfaranden som listas i förordningens bilaga A. Det innebär att ett visst förfarande i ett medlemsland inte nödvändigtvis behöver omfattas av förordningens tillämpningsområde, även om det skulle kunna uppfattas som ett insolvensförfarande.²⁶⁹

²⁶⁹ Europeiska kommissionen har gjort en sammanställning av förfaranden som *inte* omfattas av 2000 års insolvensförordning, se Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final, s 5. Exempelvis är engelska *schemes of arrangement* undantaget från 2015 års förordnings tillämpningsområde, även om det skulle kunna ses som ett insolvensförfarande.

För sådana förfaranden eller gäldenärer som inte omfattas av förordningens tillämpningsområde får domsrätten istället bedömas genom en tillämpning av ett annat regelverk inom den internationella processrättens område, förutsatt att detta andra regelverk är tillämpligt. Detta innebär också att insolvensförordningen enbart utgör en harmonisering av den internationella domsrätten inom EU beträffande de förfaranden som medlemsländerna har kommit överens ska omfattas av förordningens tillämpningsområde.

De vidare förutsättningarna för att inleda ett förfarande, tillämplig lag för förfarandet, regleras enligt insolvensförordningen i huvudsak genom lagstiftningen i det land där förfarandet inleds. Vad ett förfarande innebär för gäldenären men också vilka krav som ställs i enlighet med den nationella materiella insolvensrätten i respektive medlemsland för att inleda ett förfarande, skiljer sig dock åt mellan medlemsländerna. Detta kan naturligtvis även gälla i respektive medlemsland, där de materiella förutsättningarna för att inleda olika typer av nationella insolvensförfaranden också kan skilja sig åt. Det kan dock exempelvis vara så att det hade varit möjligt att inleda ett insolvensförfarande i ett land om det landets domstolar var behöriga att inleda förfarandet samtidigt som det inte hade varit möjligt att inleda ett annat insolvensförfarande i ett annat medlemsland om det medlemslandets domstolar hade varit behöriga att inleda det förfarandet, exempelvis för att gäldenären inte kan anses insolvent eller för att någon annan förutsättning för att inleda förfarandet saknas enligt lagstiftningen i det senare landet.

De eventuella skillnaderna i materiell nationell insolvensrätt mellan medlemsländerna medför att det kan vara av stor betydelse för en gäldenär och gäldenärens borgenärer vilket medlemslands domstolar som är behöriga att inleda ett insolvensförfarande. Insolvensförordningens domsrättsregler innebär dock åtminstone ett förtydligande när det gäller vilket lands domstolar som kan vara behöriga att inleda ett insolvensförfarande och vilka nationella insolvensförfaranden inom förordningens tillämpningsområde som kan aktualiseras beträffande gäldenären, även om medlemsländernas materiella insolvensrätt kan skilja sig åt.

Om exempelvis en borgenärsskyddande bestämmelse regleras på olika sätt i olika medlemsländers lagstiftning finns det dock en risk att

det kan förekomma fall då ingen av domstolarna i de aktuella medlemsländerna är behörig att pröva en talan baserad på denna bestämmelse. Skälet för detta är att insolvensförordningen enbart reglerar den internationella behörigheten att pröva en talan som omfattas av ett insolvensförfarande eller en talan som är besläktad med insolvensförfarandet, det vill säga en talan som har en insolvensrättslig grund och som har ett nära samband med ett insolvensförfarande. Om en viss talan kan klassificeras som insolvensrättslig enligt ett medlemslands rättssystem medan motsvarande regler i ett annat medlemsland klassificeras som allmänt privaträttsliga eller kanske till och med bara ska tillämpas på vissa typer av gäldenärer, finns det en risk att den borgenärsskyddande bestämmelsen inte kan tillämpas om ingen av medlemsländernas domstolar är behöriga att pröva en talan baserad på bestämmelsen. Risken för att en sådan situation ska uppkomma torde dock vara begränsad, men den kan inte uteslutas.

En lösning på skillnaderna mellan medlemsländernas nationella materiella insolvensrätt är att den materiella insolvensrätten inom EU blir föremål för mer omfattande harmonisering. Som framgår av detta kapitel verkar det dock inte vara en praktiskt möjlig lösning eftersom den materiella insolvensrätten skiljer sig åt i för hög utsträckning mellan medlemsländerna, även om det på senare tid har gjorts vissa framsteg. Medlemsländernas materiella insolvensrättsliga lagstiftningar bör dock åtminstone ses över för att täppa till eventuella luckor mellan medlemsländernas nationella lagstiftningar, exempelvis när det gäller bestämmelser i syfte att skydda borgenärer i samband med gäldenärens insolvens.

Syftet med insolvensförordningen är dock som nämnts inte att harmonisera den nationella materiella insolvensrätten. Det lär dock alltid finnas ett intresse bland gäldenärer och borgenärer att försöka påverka var ett insolvensförfarande inleds, så länge den nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningen skiljer sig åt mellan medlemsländerna.

3 Domsrätten för huvudförfaranden

3.1 Prövningen av en domstols internationella behörighet

Den internationella behörigheten att inleda ett huvudförfarande inom EU regleras som nämnts i insolvensförordningen art 3.1. Där framgår att det är domstolarna i det medlemsland där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns som är behöriga att inleda ett huvudförfarande.

En nationell domstol som har fått in en ansökan om ett huvudförfarande ska pröva om den är behörig att inleda förfarandet på eget initiativ, *ex officio*, enligt insolvensförordningen art 4.1.²⁷⁰ Domstolen måste således ta ställning till om anknytningskraven i insolvensförordningen art 3.1 är uppfyllda i landet och ska dessutom ange i sitt beslut att förfarandet, i förekommande fall, är ett huvudförfarande

²⁷⁰ Motsvarande reglering saknas i 2000 års version av förordningen. Enligt en rapport från Kommissionen verkar inte samtliga nationella domstolar i medlemsländerna vara medvetna om att de även enligt 2000 års förordning är skyldiga att undersöka sin behörighet *ex officio* och att de särskilt ska notera den grund de har för att inleda förfarandet, se Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final, s 10. Bestämmelsen i den reviderade förordningen innebär således ett förtydligande för de nationella domstolarna om att de faktiskt har denna skyldighet. Jfr Weiss (2015) s 199 och Bogdan (2015) s 7. Jfr även Rådets motivering: Rådets ståndpunkt (EU) nr 7/2015 vid första behandlingen inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om insolvensförfarande (omarbetning) (2015/C 141/02) p 17. Beträffande 2000 års insolvensförordning konstaterade Hovrätten över Skåne och Blekinge i RH 2006:25 att det inte bör komma ifråga att en domstol självmant beslutar om att inleda ett huvudförfarande om sökanden yrkat om ett självständigt territoriellt förfarande. Fallet är även kommenterat av Bogdan i Bogdan (2010) s 74-75.

och att behörigheten just grundas på art 3.1. Detta gäller följaktligen även om gäldenären inte har någon gränsöverskridande verksamhet. Även då ska en nationell domstol ange grunden för den egna behörigheten i enlighet med insolvensförordningen.²⁷¹

Ett medlemsland kan även överlåta åt en förvaltare att pröva den internationella behörigheten att inleda ett förfarande enligt art 3.1 i enlighet med förordningen art 4.2. Detta gäller förutsatt att det rör sig om ett sådant förfarande som inte kräver att ett beslut fattas av en domstol enligt nationell rätt. Ett beslut om att inleda en svensk konkurs, företagsrekonstruktion respektive skuldsanering ska dock fattas av en domstol i insolvensförordningens mening, nämligen en tingsrätt respektive Kronofogdemyndigheten, jfr skuldsaneringslagen 4 och 17 §§, lagen om skuldsanering för företagare 4 och 19 §§, konkurslagen 2 kap. 1 och 14 §§ samt lagen om företagsrekonstruktion 1 kap. 1 §. Det innebär följaktligen att en förvaltare inte kan pröva den internationella behörigheten att inleda ett förfarande enligt art 3.1 i enlighet med svensk rätt.

Insolvensförordningen reglerar inte vem som är behörig att ansöka om att ett huvudinsolvensförfarande inleds i en nationell domstol. I insolvensförordningen art 7.2 framgår dock att lagen i det land som förfarandet inleds i ska bestämma förutsättningarna för att inleda ett insolvensförfarande, förutsatt att en nationell domstol i det aktuella landet har internationell behörighet att inleda förfarandet enligt art 3.1.²⁷² Art 7.2 torde således förstås så att lagen i det aktuella medlemslandet avgör inte enbart vilka materiella krav som ställs enligt nationell materiell insolvensrätt för att inleda ett nationellt insolvensförfarande utan dessutom vem som är behörig att ansöka om att förfarandet inleds och vilka krav som ställs på denna ansökan.²⁷³

²⁷¹ Jfr EUD mål C-328/12 Schmid p 20-29.

²⁷² 2015 års förordning art 7. Jfr motsvarande reglering i 2000 års insolvensförordning art 4.2.

²⁷³ Jfr EUD mål C-341/04 Eurofood p 43. EU-domstolen har som nämnts även konstaterat att nationella villkor och formaliteter för att ett insolvensförfarande ska kunna inledas skiljer sig åt en hel del mellan medlemsländerna, se särskilt p 51 i samma fall.

Vad gäller exempelvis en svensk konkurs eller företagsrekonstruktion kan gäldenären eller en borgenär göra ansökan om att inleda förfarandet.²⁷⁴ Detta framgår av konkurslagen 1 kap. 2 § och 2 kap respektive lagen om företagsrekonstruktion 1 kap. 2 §. När det gäller skuldsanering och skuldsanering för företagare görs ansökan av gäldenären, jfr skuldsaneringslagen 11 § och lagen om skuldsanering för företagare 12 §.²⁷⁵

I förarbetena till den nya lagen med kompletterande bestämmelser till 2015 års insolvensförordning anges vidare att en ansökan om att ett förfarande ska inledas anses avse ett huvudförfarande om inget annat anges i ansökan.²⁷⁶ Det är vidare sökanden som ska styrka de omständigheter som ligger till grund för svensk domstols behörighet.²⁷⁷ Om grunden för ansökan inte framgår och sökanden inte avhjälpes bristen efter ett föreläggande ska ansökan avvisas. Detta gäller även enligt lag (2005:1046) med kompletterande bestämmelser till 2000 års insolvensförordning 2 §.²⁷⁸ Det är följaktligen den som ansöker om att ett huvudförfarande ska inledas av en svensk domstol eller av Kronofogdemyndigheten som måste visa att svensk domstol är behörig att inleda förfarandet enligt insolvensförordningen art 3.1.

²⁷⁴ Se vidare om vem som är behörig att begära en konkurs i exempelvis Heuman (2014) s 187 ff, 192 ff.

²⁷⁵ Jfr Heuman (2014) s 293.

²⁷⁶ SOU 2016:17 s 23. Jfr RH 2006:25 där hovrätten konstaterade beträffande 2000 års insolvensförordning att en ansökan om att ett territoriellt förfarande skulle inledas inte kunde utvidgas till att gälla ett huvudförfarande genom ett överklagande av en annan borgenär än sökanden. Borgenären kunde dock ansöka på nytt om ett huvudförfarande. Jfr även prop. 2005/06:37 s 30.

²⁷⁷ SOU 2016:17 s 23.

²⁷⁸ Denna lag omfattar dock enbart 2000 års förordning och inte skuldsanering.

3.2 Domsrättsregeln i art 3.1

I art 3.1 definieras platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen som den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som kan fastställas av tredje man. Utöver detta saknar förordningen dock någon ytterligare tydlig definition av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Anknytningskravet går att tolka på olika sätt, i synnerhet eftersom det kan finnas olika uppfattningar om vad som faktiskt utgör platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen.²⁷⁹ Det råder ingen tvekan om att anknytningskravet är vagt och öppet för en mängd olika tolkningar.

EU-domstolen har dock uttalat att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska tolkas specifikt för insolvensförordningen.²⁸⁰ Detta betyder enligt domstolen att anknytningskravet ska tolkas oberoende av andra rättsakter eller vad som framgår av EU-domstolens avgöranden i andra rättsliga frågor. Kravet på anknytning svarar enligt EU-domstolen dessutom mot behovet att avgöra vilken ort som gäldenären har närmast anknytning till och EU-domstolen menar att det är mot bakgrund av detta som domsrättsregeln i art 3.1 ska förstås.²⁸¹

EU-domstolen har vidare uttalat att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska tolkas enhetligt inom unionen och oberoende av nationell lagstiftning.²⁸² Domstolen menar att det ska användas en systematisk tolkningsmetod för att tolka anknytningskravet. Tolkningen ska göras mot bakgrund av förordningens systematik och med beaktande av syftet med den aktuella bestämmelsen. Vidare måste tolk-

²⁷⁹ Jfr Bewick (2015) s 178, Cebotari (2014) s 16-17 och Weiss (2015) s 192 f.

²⁸⁰ EUD mål C-341/04 Eurofood p 31. Motsvarande uttalande återkommer även i EUD mål C-396/09 Interedil p 43 och EUD mål C-191/10 Rastelli p 31.

²⁸¹ Se EUD mål C-396/09 Interedil p 58. Se även Mevorach (2009) s 91-92 samt Mevorach (2008) s 439.

²⁸² EUD mål C-341/04 Eurofood p 31, EUD mål C-396/09 Interedil p 43 och EUD mål C-191/10 Rastelli p 31. Domstolen förklarar att det saknas en uttrycklig hänvisning till medlemsländernas rättsordningar och att medlemsländernas lagstiftning därför inte ska påverka tolkningen av begreppet platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen, se EUD mål C-396/09 Interedil p 44. Se motsvarande motivering i EUD mål C-191/10 Rastelli p 31. Se även EUD mål C-116/11 Bank Handlowy p 49.

ningen enligt EU-domstolen stå i samklang med grundläggande principer i unionsrätten.²⁸³

Dessa allmänna uttalanden från EU-domstolen får förstås så att även om anknytningskravet i art 3.1 saknar en tydlig definition i förordningen är tanken att det ska vara fråga om just en bestämd plats. Anknytningskravet är med andra ord inte öppet för en alltför vidlyftig tolkning i de nationella domstolarna, trots att det är vagt formulerat i förordningen.

Insolvensförordningen art 3.1 innehåller tre presumtioner för var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska anses vara beläget beroende på om gäldenären är ett bolag eller en annan juridisk person, en fysisk person som bedriver verksamhet som egenföretagare eller fri yrkesutövare, respektive fysiska personer i övrigt. Presumptionerna för fysiska personer har tillkommit genom den reviderade insolvensförordningen. De saknar helt motsvarighet i 2000 års insolvensförordning.

Presumptionsreglerna i art 3.1 anger att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen presumeras vara i samma jurisdiktion som gäldenären har sitt säte, huvudsakliga verksamhetsplats respektive hemvist beroende på vilken typ av gäldenär det rör sig om. Presumptionerna gäller dock enbart så länge det inte visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i en annan jurisdiktion eller att gäldenären har ändrat platsen för sitt säte, sin huvudsakliga verksamhetsplats eller hemvist inom tre eller sex månader före ansökan om insolvensförfarande. Tre månader gäller för gäldenärer som är bolag eller andra juridiska personer samt för fysiska personer som bedriver verksamhet som egenföretagare eller är fria yrkesutövare. Sex månader gäller för gäldenärer som är fysiska personer i övrigt.

Begreppet *presumtion* är dock inte nödvändigtvis helt klart och behöver preciseras för att vara användbart i detta sammanhang.²⁸⁴ Pre-

²⁸³ EUD mål C-396/09 *Interedil* p 42, EUD mål C-116/11 *Bank Handlowy* p 67. Enligt förklaranderapporten p 43 ska hänsyn tas till insolvensförordningens mål och system samt "... de allmänna principer som följer av de fördragsslutande staternas samlade nationella lagstiftning".

²⁸⁴ Bolding (1951) s 132 samt Ekelöf (1992) s 73-74 skiljer exempelvis mellan så kallade *praesumptiones hominis*, *praesumptiones juris et de jure* och *praesumptiones juris*. Pre-

sumtionerna i insolvensförordningen art 3.1 är motbevisbara. De ska nämligen brytas om det visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland. Insolvensförordningen art 3.1 får rimligen förstås så att respektive presumtion innebär att vissa omständigheter ges ett större värde genom att omständigheterna ska läggas till grund för en domstols beslut om sin behörighet om inte motbevisningen är av högre styrka.²⁸⁵ Det rör sig således om rättsregler som anger var bevisbördan ska placeras förutsatt att en viss omständighet föreligger, snarare än regler för hur bevisvärderingen ska göras.²⁸⁶

Detta konstaterande vad gäller presumtionerna i art 3.1 kompliceras dock av uttalandet i insolvensförordningens ingresspunkt 32, där det framgår att om den nationella domstolen är tveksam angående sin behörighet bör domstolen kräva ytterligare bevisning av gäldenären. Om det finns utrymme för det enligt tillämplig lag i det land där förfarandet ska inledas kan domstolen också ge gäldenärens borgenärer möjlighet att ge sina synpunkter angående domstolens behörighet, enligt ingresspunkt 32. Om det då visas, baserat på de uppgifter som gäldenären eller i förekommande fall borgenärerna lämnar, att gäldenärens huvudsakliga intressen inte finns inom domstolens jurisdiktion ska domstolen, vilket även framgår av ingresspunkt 33, inte inleda ett huvudförfarande, presumtionen ska brytas.

Detta torde gälla oavsett vem sökanden är, det vill säga även om sökanden är gäldenären eller en borgenär. I förarbetena till den svenska kompletteringslagen till 2015 års insolvensförordning anges dock att det är sökanden som har att visa att den svenska domstolen är internationellt behörig enligt insolvensförordningen art 3.1.²⁸⁷ Om sökanden och gäldenären inte är samma person och domstolen har krävt bevisning av gäldenären och denna visar att domstolen inte är behörig torde således även sökanden ges tillfälle att motbevisa de uppgifter gäldenären lämnar, för att sökanden ska kunna styrka svensk

sumtionerna i insolvensförordningen art 3.1 torde definieras såsom *praesumptiones juris* eftersom det rör sig om rättsregler som inte utesluter motbevisning.

²⁸⁵ Jfr Bolding (1951) s 140.

²⁸⁶ Jfr Bolding (1951) s 139.

²⁸⁷ Jfr SOU 2016:17 s 23.

domstols behörighet. Lyckas sökanden inte med detta torde ansökan om att inleda ett huvudförfarande slutligen avvisas.

Uttalandet i ingresspunkt 32, att den nationella domstolen bör kräva ytterligare bevisning om domstolen är tveksam angående sin behörighet, säger något om presumptionernas styrka. Insolvensförordningen art 3.1 torde nämligen, med tanke på uttalandet i ingresspunkt 32, inte förstås så att presumptionerna är absoluta. Om en sökande exempelvis visar att gäldenärens säte finns i samma land som domstolen ska domstolen följaktligen inte per automatik besluta att den är behörig att inleda ett huvudförfarande bara för att detta är den enda information som domstolen har fått av sökanden om även andra omständigheter är kända för domstolen. Presumptionerna i art 3.1 får, i ljuset av ingresspunkt 32 och att domstolen ska pröva sin behörighet *ex officio* enligt art 4, istället snarare förstås som en utgångspunkt vid bedömningen av domstolens behörighet. Det torde således inte vara nödvändigt att någon, exempelvis gäldenären, visar att sökandens uppgifter om domstolens behörighet inte stämmer för att domstolen ska bryta presumptionen. Det är istället tillräckligt att domstolen själv bedömer att det är tveksamt att domstolen är behörig på grund av att omständigheterna i det enskilda fallet talar för att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen kan finnas i ett annat medlemsland.

Denna tolkning av insolvensförordningens domsrättsregler kan dock vara problematisk att tillämpa i praktiken. Om en sökande, exempelvis gäldenären, visar att svensk domstol är behörig för att en presumtion enligt art 3.1 är uppfylld och det inte framgår av ansökan att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland kan det vara svårt för den nationella domstolen att bli ”tveksam” om att presumptionen verkligen utvisar platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen i ett enskilt fall. Den nationella domstolen får i praktiken utgå ifrån sökandens uppgift.²⁸⁸ Insolvensförordningen innehåller ingen uttrycklig regel om att domstolen ska höra andra än sökanden, annat än just den nämnda rekommendationen i ingressen att höra gäldenärens borgenärer. Om sökanden enbart visar att en presumtion är uppfylld får förordningen helt enkelt förstås så att domstolen ska basera sin behörighet att inleda ett huvudförfarande på att

²⁸⁸ Jfr SOU 2016:17 s 23.

presumtionen just är uppfylld, förutsatt att domstolen bedömer att omständigheterna i fallet inte ger upphov till tvivel om domstolens behörighet.

När det exempelvis gäller en ansökan om att inleda svensk konkurs som är gjord av en gäldenär är det inte obligatoriskt att lämna in en bouppteckning i samband med ansökan.²⁸⁹ Den nationella domstolen ska även godta gäldenärens uppgift om att gäldenären är insolvent enligt 2 kap. 7 § konkurslagen. Eftersom en konkursansökan ska prövas skyndsamt, enligt 2 kap. 14 § konkurslagen, finns det inte mycket spelrum för en domstol till vidare efterforskningar beträffande gäldenärens anknytning till andra medlemsländer. Om gäldenären enbart visar att en presumtion är uppfylld och domstolen inte har fler uppgifter att tillgå blir det följaktligen i praktiken svårt för domstolen att bli tveksam i enlighet med uttalandet i insolvensförordningens ingresspunkt 32, om det inte är så att domstolen råkar ha kännedom om att gäldenären har viss anknytning till ett annat medlemsland.

När det däremot gäller en ansökan om skuldsanering ska en sådan innehålla fler uppgifter, bland annat om gäldenärens bosättning, tillgångar, skulder och verksamhet.²⁹⁰ Även en ansökan om företagsrekonstruktion ska innehålla vissa uppgifter om gäldenären som kan visa att gäldenären har anknytning till ett annat medlemsland.²⁹¹ Om det av dessa uppgifter också framgår att gäldenären har anknytning till ett annat medlemsland, bör den nationella domstolen följaktligen kunna bli tveksam beträffande om en presumtion i art 3.1 verkligen utvisar platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen.

Den nationella domstolen torde lätt drabbas av tvivel angående sin egen behörighet om gäldenären har någon form av anknytning till ett annat medlemsland, åtminstone i enlighet med hur förordningen får tolkas i ljuset av uttalandet i ingresspunkt 32. Domstol behöver i så fall i princip alltid bedöma om omständigheterna i fallet talar för att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom domstolens

²⁸⁹ Se 2 kap. 3 § konkurslagen, jfr 7 kap. 13 § och prop. 1975:6 s 168, där det dock framgår att det undantagsvis kan finnas behov av att ha förteckningen omedelbart tillgänglig.

²⁹⁰ Se lag om skuldsaneringslagen 12 §. Jfr lag om skuldsanering för företagare 13 §.

²⁹¹ Se lag om företagsrekonstruktion 2 kap. 3-4 §§.

jurisdiktion, även om en presumptionsregel är uppfylld. Presumptionerna i insolvensförordningen art 3.1 torde med andra ord förstås så att de är svaga. Eftersom domstolen måste ha blivit medveten om att gäldenären kan ha anknytning till andra medlemsländer på så sätt att domstolen blir tveksam om sin behörighet för att de ska brytas lär de ändå ges en betydande styrka i praktiken, beroende på vilka uppgifter som sökanden bifogar ansökan.²⁹²

Om gäldenären har flyttat sitt säte, huvudsakliga verksamhetsställe eller hemvist inom karenstiden ska presumptionerna dock brytas automatiskt. I så fall, liksom om sätet inte finns i landet vid ansökningsstillfället, måste sökanden visa att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i landet och är objektivt fastställbar för tredje man där. Det torde följaktligen ställas som krav på en ansökan att det framgår att gäldenärens säte, huvudsakliga verksamhetsställe respektive hemvist har funnits i ansökningslandet under karenstiden.

I en rapport från Europeiska kommissionen från år 2012 angående hur 2000 års insolvensförordning har tillämpats i medlemsländerna framgår att de olika nationella domstolarna har bedömt sin egen behörighet enligt art 3.1 på olika sätt.²⁹³ Domstolarna har därför kunnat komma fram till olika slutsatser angående sin internationella behörighet att inleda ett huvudförfarande. Detta är problematiskt eftersom det innebär att domsrättsregeln i art 3.1 inte tillämpas uniformt inom EU. För enskilda kan det också vara oförutsebart vilken bedömning

²⁹² Jfr Aasaru (2011) s 367, Geva (2007) s 610, Wessels (2006) s 184 f. och Ringe (2008) s 589 som diskuterar sätespresumtionens styrka i 2000 års insolvensförordning. 2000 års insolvensförordning saknar dock motsvarande uttalande i ingresspunkt 32 och presumtionens styrka har därför blivit föremål för en mer omfattande diskussion och olika tolkningar. Vad gäller 2015 års insolvensförordning och presumptionernas styrka, jfr Ringe (2016) s 190. Jfr även Rådets motivering: Rådets ståndpunkt (EU) nr 7/2015 vid första behandlingen inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om insolvensförfarande (omarbetning) (2015/C 141/02) p 17 och 19.

²⁹³ Se Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final, s 10. Denna slutsats drar även EU-domstolen i EUD mål C-341/04 Eurofood p 51.

en viss domstol kommer göra när det finns utrymme för domstolen att göra olika tolkningar av art 3.1.²⁹⁴

Det är dock inte särskilt märkligt att nationella domstolar kan tolka art 3.1 på olika sätt med tanke på hur vagt formulerat anknytningskravet är i artikeln. När det gäller 2000 års insolvensförordning saknas dessutom motsvarande uttalande som i 2015 års insolvensförordning ingresspunkt 32 och domstolarna har därför kunnat komma fram till mer skiftande slutsatser angående hur stark sätespresumtionen ska vara enligt 2000 års insolvensförordning.²⁹⁵ När det nu har tillkommit presumtioner i 2015 års insolvensförordning för platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen även för fysiska personer lär olika nationella domstolar även kunna göra olika bedömningar av styrkan i dessa nya presumtioner i art 3.1, beroende på vilken vikt domstolar lägger vid ingresspunkt 32 för att tolka art 3.1.

EU-domstolen har kommit med ett flertal avgöranden, särskilt fallen Eurofood och Interdil, som klargör hur EU-domstolen menar att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska förstås, åtminstone när det gäller gäldenärer som är bolag och andra juridiska personer.²⁹⁶ 2015 års insolvensförordnings ingress innehåller dessutom uttalanden som i viss utsträckning klargör hur anknytningskraven bör förstås. I de följande avsnitten analyseras anknytningskraven för bolag och andra juridiska personer, fysiska personer som är egenföretagare och fria yrkesutövare samt fysiska personer i övrigt i egna separata avsnitt i ett försök att klargöra domsrättsreglerna i art 3.1. Problemet med den praktiska tillämpningen av presumptionsreglerna i art 3.1 kvarstår dock.

²⁹⁴ Wessels konstaterar vidare att detta inte är i borgenärernas intresse och att det går emot förordningens syfte eftersom det inte leder till en effektiv förvaltning av insolvensförfaranden med gränsöverskridande inslag, se Wessels (2006) s 186.

²⁹⁵ Jfr Bogdan (2010) s 74, Aasaru (2011) s 367, Geva (2007) s 610, Wessels (2006) s 184 f. och Ringe (2008) s 589.

²⁹⁶ EUD mål C-341/04 Eurofood och EUD mål C-396/09 Interdil.

3.3 Anknytningskravet för bolag och andra juridiska personer

3.3.1 Introduktion

I detta avsnitt behandlas domsrättsregeln i insolvensförordningen art 3.1 när det gäller gäldenärer som är bolag och andra juridiska personer mer i detalj. Precis som för övriga gäldenärer gäller att det är domstolarna i det medlemsland där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns som är behöriga att inleda ett huvudförfarande, vilket motsvarar den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som kan fastställas av tredje man.²⁹⁷

Till skillnad från gäldenärer som är fysiska personer presumeras dock platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen vara vid gäldenärens säte enligt insolvensförordningen art 3.1. Om det visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i en annan jurisdiktion än sätet ska presumptionen brytas. Presumptionen gäller dessutom endast om sätet inte har flyttats till ett annat medlemsland inom tre månader före ansökan om huvudförfarande.

²⁹⁷ I 2000 års insolvensförordning framgår definitionen av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen istället i förordningens ingresspunkt 13. Detta har gett upphov till en del problem för tolkningen av art 3 eftersom ingresspunkter inte har samma juridiska status som förordningstext och därför måste tolkas med extra försiktighet. Enligt Mellqvist kan ingressen dessutom ge uttryck för en ”begrävd oenighet” mellan medlemsländerna och ska därför tolkas försiktigt, Mellqvist (2002) s 46. Se även motsvarande resonemang i Berends (2006) s 349. Moss menar att ingresspunkt 13 måste tolkas med stor försiktighet eftersom EU-domstolen har använt regeln för att *klargöra* platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen, men domstolen har inte angett att ingresspunkt 13 ger en definition av denna plats, Moss (2009) s 253. Eftersom att den aktuella definitionen av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen numera istället finns i art 3 i den reviderade förordningen har dock detta problem lösts.

3.3.2 Sätespresumtionen

3.3.2.1 Anknytningskravet gäldenärens säte

Insolvensförordningen innehåller ingen definition av begreppet *säte*. Någon sådan definition finns inte heller i den tidigare versionen av förordningen. Anknytningskravet har dessutom inte förtydligats genom EU-domstolens praxis.

Ett problem med att anknytningskravet säte inte finns definierat i insolvensförordningen är att ordet kan föra tankarna till både gäldenärens *verkliga* säte, i meningen gäldenärens faktiska huvudkontor, och gäldenärens *formella* säte, det vill säga det säte som normalt finns registrerat i nationella bolagsregister eller liknande.²⁹⁸ Regleringen i art 3.1 är inte tillräckligt precis för att det ska framgå vad som avses med *säte*.

I den engelska språkversionen av insolvensförordningen motsvaras säte av *the place of the registered office*. Om den engelska språkversionen skulle översättas till svenska hade säkerligen sätet istället översatts till *den plats där det registrerade sätet (huvudkontoret) finns*. Den engelska språkversionen kan motivera att sätet, även i den svenska språkversionen, ska förstås som gäldenärens säte i formell bemärkelse snarare än gäldenärens materiellt verkliga säte.

Den svenska språkversionen innehåller dock inte ordet *registrerade sätet*. Eftersom varje språkversion av en EU-rättslig förordning är likvärdig går det inte att direkt avgöra om den engelska versionen stämmer bättre överens med vad som avses med begreppet än den svenska.²⁹⁹ Den svenska versionen utesluter dock inte en sådan tolkning att sätet ska förstås på så sätt att det motsvarar gäldenärens formella, registrerade, säte. Det torde således inte vara särskilt problema-

²⁹⁸ Angående förekomsten av nationella bolagsregister, se exempelvis Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/101/EG av den 16 september 2009 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 48 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom EU.

²⁹⁹ Se EUD mål C-283/81 Sri CILFIT vs hälsoministeriet. Se även Hettne och Eriksson (2011) s 158 ff., Moss (2009) s 27 ff. samt Lenaerts och Van Nuffel (2011) s 813-814. Se även Chuah (2011) s 427-428.

tiskt att tolka den svenska versionen så att sätet också avser denna plats och inte gäldenärens verkliga säte.

Den engelska språkversionen av säte har lett till att detta begrepp i engelsk rätt har ansetts avse den plats som finns registrerad enligt de nationella regler där gäldenären bildades.³⁰⁰ Sätet fastställs med andra ord genom att vända sig till det nationella bolagsregister i det land där bolaget är eller var inkorporerat.

I den franska språkversionen av insolvensförordningen motsvaras *säte* av *le lieu du siège statutaire*, vilket fritt kan översättas till stadgeenligt säte. I den tyska språkversionen av 2000 års insolvensförordning motsvarar sätet *der Ort des satzungsmässigen Sitzes ist*, men detta har ändrats till *der Ort ihres Sitzes ist* i den reviderade förordningen, fritt översatt till stadgeenligt säte respektive i den reviderade förordningen enbart säte. Det är oklart om förändringen i den tyska språkversionen faktiskt är avsedd att innebära någon skillnad för tolkningen när det gäller vad som avses med säte.

Den senaste tyska språkversionen motsvarar dock den svenska språkversionen och ger därför ingen närmare ledning i vad som avses med gäldenärens säte. Både den franska och de tyska versionerna skiljer sig dock från den engelska så till vida att de liksom den svenska språkversionen inte anger det *registrerade* sätet.

Den franska och 2000 års förordnings tyska språkversion antyder dock, liksom den engelska versionen, att det är en formell plats som avses med säte. Språkversionerna torde förstås så att de avser den plats som gäldenären har angett som sitt säte i sina stadgar och därigenom möjligen i det nationella register i det land där gäldenären finns registrerad som juridisk person. Det torde således kunna uteslutas att gäldenärens säte ska definieras som gäldenärens *verkliga* säte. Om sätet motsvarade gäldenärens verkliga säte torde den franska språkversionen av säte ha varit *siège réel* eller liknande.³⁰¹

Regleringen i insolvensförordningen art 3.1 skulle dock också kunna jämföras med Bryssel I-förordningen. I Bryssel I-förordningen art 63 anges att ett bolag eller annan juridisk person ska anses ha sin

³⁰⁰ Se exempelvis Moss (2009) s 46-47 och 253 ff.

³⁰¹ Jfr franska *Code Civil* art 1837.

hemvist i orten för dess stadgeenliga säte, huvudkontor eller huvudsakliga verksamhet. I Irland, Cypern och Förenade kungariket avses enligt art 63.2 med stadgeenligt säte bolagets *registered office* eller om sådant saknas, orten för stiftandet (*place of incorporation*) eller om sådan ort saknas den ort enligt vars lag bildandet ägde rum (*formation*). Detta förtydligande för irländska, cypriotiska och engelska bolag är intressant eftersom det uppenbarligen innebär att stadgeenligt säte kan anses motsvara det registrerade sätet, åtminstone om det anges i lagtexten. Det anges dock inte i insolvensförordningen art 3.1, men antyds genom skillnaderna i ordalydelse mellan de olika språkversionerna av förordningen. Det är märkligt att lagstiftaren inte har valt att inkludera en reglering likt den i Bryssel I-förordningen art 63.2 i insolvensförordningen art 3.1 för tydlighetens skull, om förordningen är avsedd att läsas på detta sätt.

Att en domstol ska bedöma var gäldenärens säte finns utifrån formella kriterier stöds även till viss del av EU-domstolens praxis. EU-domstolen har nämligen uttalat att om det framgår av faktorer som är objektiva och fastställbara för tredje man att den faktiska situationen är en annan än sätet antas återspegla kan sättespresumtionen brytas.³⁰² Domstolen menar att så är fallet om gäldenärens huvudkontor finns på en annan plats än gäldenärens säte.³⁰³ Sätet i förordningens mening och gäldenärens huvudkontor i domstolens mening är således i enlighet med EU-domstolens praxis inte nödvändigtvis på samma plats. Sätet avser följaktligen inte den plats där gäldenärens verkliga faktiska huvudkontor är beläget och alltså inte, med andra ord, det verkliga sätet. Sätet enligt insolvensförordningen art 3.1 har dock till syfte att återspegla var huvudkontoret och således var det verkliga sätet normalt är beläget. Domstolens uttalande torde förstås så att gäldenärens säte avser sätet i formell mening, det vill säga den plats som finns registrerad eller framgår av den juridiska personens stadgar.

Om gäldenären har angett ett formellt säte i ett nationellt register eller i sina stadgar i form av exempelvis enbart adressen till en postbox som inte är densamma som adressen till gäldenärens verkliga säte ska

³⁰² EUD mål C-396/09 Interedil.

³⁰³ EUD mål C-396/09 Interedil p 51.

sätospresumtionen följaktligen ändå avse det säte som gäldenären har angett, även om det inte motsvarar det verkliga sätet. I ett sådant fall finns det dock anledning att pröva om sätospresumtionen ska brytas eftersom platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen sannolikt inte finns vid detta formellt angivna säte.

I insolvensförordningens ingresspunkt 3 framgår att ett av syftena bakom insolvensförordningen är att insolvensförfaranden med gränsöverskridande inslag ska fungera mer effektivt och smidigt.³⁰⁴ En presumtion som innebär att ett insolvensförfarande ska inledas i det land där gäldenären har registrerat sitt säte torde uppfylla syftet med effektivare och smidigare insolvensförfaranden eftersom det bör vara enklare att visa var gäldenärens formella säte finns, exempelvis genom att visa vad som finns registrerat i nationella bolagsregister, jämfört med att visa var sätet faktiskt, fysiskt, verkligen är beläget.

I svenska förarbeten har frånvaron av definition av gäldenärens säte i insolvensförordningen inte ansetts medföra några större praktiska problem.³⁰⁵ Istället anges en pragmatisk lösning som går ut på att det i praktiken ”torde räcka” att lämna in ett registreringsbevis som utvisar gäldenärens säte till domstolen.³⁰⁶ Samma ställning verkar svenska hovrätter ha tagit.³⁰⁷

Mellqvist menar i sin kommentar till 2000 års insolvensförordning att det sällan är förenat med några svårigheter att fastställa en juridisk persons säte.³⁰⁸ Det är också en rimlig slutsats med tanke på att sätet, i synnerhet i ljuset av den engelska språkversionen av insolvensförordningen, torde definieras som den plats som finns angiven i det nationella bolagsregistret i det land där gäldenären finns registrerad som bolag alternativt i enlighet med den franska språkversionen det säte som gäldenären har angett i sina stadgar.

³⁰⁴ Jfr motsvarande motivering i 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 2.

³⁰⁵ Prop. 2005/06:37 s 48.

³⁰⁶ Se prop. 2005/06:37 s 48.

³⁰⁷ Se exempelvis Hovrätten Övre Norrland Ö 929-05, 2006-02-14, samt Hovrätten för Skåne/Blekinge Ö 21-05, 2005-02-03. I fallen anges att sätet får anses vara i det land där bolaget är registrerat.

³⁰⁸ Se Mellqvist (2002) s 106.

EU-domstolen har förklarat att varje enskild gäldenärs insolvensforum ska bedömas självständigt förutsatt att gäldenären är en fristående juridisk person.³⁰⁹ Uttalandet torde förstås så att varje juridisk person, som är en egen fristående ekonomisk enhet, har sitt eget specifika insolvensforum. Varje sådan gäldenär har sitt eget säte som ska bedömas för sig. När det gäller koncernbolag är det dock möjligt att ett moderbolag och dotterbolag har sina respektive säten i samma jurisdiktion och kanske till och med på samma adress. Detta innebär dock inte att de har samma säte enligt insolvensförordningen art 3.1 eftersom bolagens respektive säte och insolvensforum följaktligen ska bedömas separat.

3.3.2.2 När sätespresumtionen ska brytas

I avsnitt 3.2 ovan konstaterades att presumtionerna i insolvensförordningen art 3.1 enbart utgör utgångspunkter för att bedöma var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns. I ingresspunkt 32 framgår som nämnts att om omständigheterna i ärendet ger upphov till tvivel om den nationella domstolens behörighet bör domstolen i alla händelser kräva att gäldenären lämnar ytterligare bevisning till stöd för sina påståenden om domstolens behörighet, vilket även torde gälla när sökanden är en borgenär. I ingresspunkten framgår också att borgenärerna bör ges möjlighet att lägga fram sina synpunkter gällande domstolens behörighet om det finns utrymme för det enligt nationell rätt.

I 2015 års insolvensförordning ingresspunkt 29-30 uttalas vidare att den nationella domstolen bör göra en ingående bedömning av om gäldenärens huvudsakliga intressen faktiskt finns i samma land som gäldenärens säte. Skälet för detta anges vara att det ska garantera att *forum shopping* inte används i bedrägligt syfte, det vill säga att en sökande vänder sig till en viss domstol för att det passar sökandens syften bäst och sökanden bedömer att det finns flera domstolar som skulle kunna anse sig behöriga att inleda ett förfarande.

³⁰⁹ Se EUD mål C-341/04 Eurofood p 30.

I ingresspunkt 31 framgår att:

I fråga om företag bör det vara möjligt att bryta denna presumtion om företagets huvudkontor är beläget i en annan medlemsstat än den där det har sitt säte, och när en övergripande bedömning av alla relevanta faktorer på ett sätt som kan fastställas av tredje part visar att centrum för företagets ledning och övervakning samt för tillvaratagande av företagets intressen finns i denna andra medlemsstat.

Uttalandena i denna ingresspunkt och ingresspunkterna 29-30 och 32, kan svårligen förstås på annat sätt än att sätespresumtionen inte är särskilt stark. Eftersom domstolen i enlighet med förordningens ingress bör kräva ytterligare bevisning redan vid enbart *tvivel* om sin behörighet utgör sätespresumtionen i själva verket snarast en utgångspunkt vid bedömningen av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Även om sökanden har visat att sätet är i ansökningslandet måste sökanden således vara beredd på att också behöva visa omständigheter som styrker att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i säteslandet om det finns omständigheter i fallet som kan göra den nationella domstolen tveksam angående sin behörighet i enlighet med uttalandet i ingresspunkt 32.

En nationell domstol bör i princip alltid kräva ytterligare bevisning och inte enbart nöja sig med ett registreringsbevis från sökanden när domstolen är medveten om att det rör sig om ett bolag eller juridisk person med betydande gränsöverskridande verksamhet. Skälet är att det då inte sällan torde uppstå tvivel angående huruvida sätet verkligen motsvarar platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen.

Det finns dock anledning att göra en försiktig tolkning av ingressen eftersom den just är en ingress och särskilt då formuleringen i ingresspunkt 32 inte återkommer i artikeltexten i förordningen. Förordningens artiklar innehåller dock inte någon bestämmelse om hur stark sätespresumtionen är, vilket innebär att ingresspunkterna bör anses vara vägledande för tolkningen av art 3.1.

2000 års insolvensförordning innehåller inte heller någon uttrycklig bestämmelse om vad som krävs för att sätespresumtionen ska kunna brytas. EU-domstolen har dock uttalat angående denna äldre version av förordningen att det bara går att avvika från ”den grundläggande” sätespresumtionen om det framgår av objektiva omständigheter som är fastställbara för tredje man att den faktiska situationen är en annan än den som platsen för sätet antas återspegla.³¹⁰ Detta kan tala för att sökanden har en betydande bevisbörda enligt 2000 års insolvensförordning om sökanden vill att ett förfarande ska inledas i ett annat land än säteslandet.³¹¹ Uttalandet är dock inte helt klart, det kan också läsas så att sätespresumtionen är just en utgångspunkt, men att presumtionen enbart ska brytas när platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen inte finns vid sätet.

Med tanke på att 2000 års insolvensförordning inte innehåller något uttalande som motsvarar 2015 års förordnings ingresspunkt 32 kan dock domstolens uttalande angående 2000 års insolvensförordning vara överspelad när det gäller sätespresumtionens styrka, oavsett hur domstolens uttalanden i denna fråga ska tolkas. Det torde vara så att EU-lagstiftaren har tänkt sig att 2015 års insolvensförordning ska tolkas i linje med uttalandet i ingresspunkt 32, oavsett hur 2000 års insolvensförordning har tolkats beträffande sätespresumtionens styrka.

Europeiska kommissionen konstaterar dock i sin rapport angående hur 2000 års förordning har tillämpats att EU-domstolens praxis medför att en korrekt bedömning av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen kräver en genomgripande bedömning av omständigheterna i varje enskilt fall.³¹² I rapporten anges att sätet är en utgångspunkt men att när omständigheter som är objektivt fastställbara för tredje man visar att gäldenärens huvudsakliga intressen finns någon

³¹⁰ Se EUD mål C-341/04 Eurofood p 34 även EUD mål C-191/10 Rastelli p 35 EUD mål C-444/07 MG Probud p 37.

³¹¹ Jfr Wessels (2006) s 185.

³¹² Se Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final, s 9-10.

annanstans ska presumptionen brytas.³¹³ Europeiska kommissionens tolkning av domstolens praxis tycks följaktligen också vara att sätespresumptionen inte ska ses som särskilt stark. Kommissionens tolkning av 2000 års insolvensförordning är således mer i linje med min tolkning av 2015 års insolvensförordning och denna förordnings ingresspunkt 32.

2000 års insolvensförordning ger följaktligen inte någon större hjälp i att förstå 2015 års förordning i detta avseende. Presumptionen är dock trots allt en utgångspunkt som måste motbevisas för att den ska brytas och den har på så sätt en viss styrka. I praktiken kan det dessutom som nämnts vara svårt för en domstol att bli medveten om omständigheter som ska göra domstolen tveksam beträffande sin behörighet. Om inga omständigheter framgår som gör den nationella domstolen tveksam beträffande sin behörighet får nämligen förordningen förstås så att presumptionen står fast och på så sätt kan presumptionen få avgörande betydelse vid bedömningen av domstolens internationella behörighet. En sökande lär knappast vara motiverad att visa på omständigheter som gör en domstol tveksam beträffande sin behörighet om sökandens syfte inte är att presumptionen just ska frångås.

Om omständigheterna i fallet dock gör den nationella domstolen tveksam angående sin behörighet, men domstolen, efter att ha krävt mer bevisning av sökanden, kan konstatera att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom domstolens jurisdiktion, är domstolen behörig att inleda huvudförandet. Domstolen ska dock inte inleda något huvudförande om det visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen inte finns i landet.

³¹³ Se Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final, s 9-10.

3.3.2.3 Tre månader karenstid om sätet har flyttats

Karenstiden för sätespresumtionen innebär som nämnts att presumtionen ska brytas automatiskt om sätet har flyttats till ett annat medlemsland inom en tremånadersperiod före ansökan om insolvensförfarande enligt art 3.³¹⁴ Då ska forum istället fastställas direkt utifrån var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns enligt art 3.1.

Syftet bakom karenstiden är enligt vad som framgår av ingresspunkt 31 att förhindra att *forum shopping* används i bedrägligt syfte eller missbrukas. Det ska således inte vara möjligt för en gäldenär att flytta sitt säte för att därigenom påverka sätespresumtionen alldeles inför ett insolvensförfarande. Karenstiden innebär dock inte att sätespresumtionen ska gälla en tidpunkt tre månader tillbaka i tiden, den innebär istället enbart att presumtionen ska brytas. Har platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen flyttats till det nya landet där även sätet finns blir insolvensforum i det nya landet, trots att flytten har skett inom karenstiden. Regeln innebär således inget generellt hinder mot att en gäldenär försöker påverka insolvensforum genom att flytta sätet till ett annat medlemsland så länge en eventuell flytt även omfattar platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen.

Karenstiden kan även förstås i ljuset av att sätespresumtionen enbart torde ses som ett hjälpmedel, eller en utgångspunkt, för att finna den plats som gäldenären har sin huvudsakliga, eller snarare främsta, koppling till. När sätet är flyttat alldeles inför ett insolvensförfarande är det inte särskilt anmärkningsvärt att det då kan ifrågasättas om gäldenären alls kan ha hunnit få sin främsta anknytning till den nya platsen. Det verkar rimligt att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen torde undersökas mer noggrant i ett sådant fall och att en nationell domstol då följaktligen inte enbart ska förlita sig på att gäldenärens nya säte motsvarar denna plats.

Det kan naturligtvis ifrågasättas om det alls behövs en karenstid om nationella domstolar ändå ska bryta sätespresumtionen när omständigheterna i målet gör den nationella domstolen tveksam beträffande sin behörighet. Om sätet har flyttats inom tre månader före ansökan torde säkerligen en nationell domstol bli tveksam beträffande

³¹⁴ Se även 2015 års insolvensförordnings ingresspunkt 31.

sin behörighet i alla fall. I 2000 års förordning saknas motsvarande reglering om en karenstid. Regleringen om karenstid i den reviderade förordningen innebär likväl ett förtydligande angående hur sätespresumtionen ska förstås. Den förhindrar nämligen, på ett mer uttryckligt sätt än vad som anges i 2000 års förordning, nationella domstolar från att tillämpa sätespresumtionen i ett sådant fall och anger att de istället faktiskt måste bedöma var gäldenärens huvudsakliga intressen finns.³¹⁵

Frågan är dock varför EU-lagstiftaren inte helt enkelt tar bort sätespresumtionen helt och hållet och istället tillåter en fri bevisprövning, där sökanden får visa att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ansökningslandet i varje enskilt fall. Sättespresumtionen fyller dock som nämnts en funktion i att vara en utgångspunkt för bedömningen av insolvensforum. Sätet torde normalt vara i en jurisdiktion som gäldenären har en faktisk koppling till och därför är det även rimligt att utgå från den platsen när platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen enligt insolvensförordningen art 3.1 ska bedömas. Karenstiden tydliggör dock att sätespresumtionen ska brytas när det är tveksamt om gäldenären ännu har hunnit få en stark koppling till det nya landet och att domstolens behörighet då måste undersökas vidare.

Vad gäller syftet att motverka att *forum shopping* missbrukas i enlighet med ingresspunkt 31 kan det dock diskuteras om en tre månader karenstid verkligen innebär att detta syfte uppnås. En gäldenär torde normalt vara medveten om sin ekonomiska situation mer än tre månader före en ansökan om huvudförfarande och skulle således kunna planera en flytt av sätet och försöka påverka var ett insolvensförfarande inleds utanför karenstiden. Tre månader torde därför vara en mycket kort karenstid och frågan är om den kan ge någon större effekt för att motverka att gäldenären försöker påverka insolvensforum genom att flytta sätet.³¹⁶ Enligt min mening hade det varit mer motiverat med en längre karenstid på exempelvis åtminstone sex månader eller kanske till och med ett år.

³¹⁵ Jfr även Weiss (2015) s 201 f.

³¹⁶ Se Weiss (2015) s 201 f. Se även Latella (2014) s 479 ff.

Det finns dock inget som hindrar att en nationell domstol bryter sätespresumtionen även utanför karenstiden om domstolen är tveksam angående sin behörighet på grund av att domstolen har blivit medveten om att sätet exempelvis har flyttats före ansökan om insolvensförfarande. Domstolen torde i ett sådant fall åtminstone kräva ytterligare bevisning från gäldenären för att säkerställa att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen verkligen finns i det aktuella medlemslandet.

I art 3.1 framgår dock endast att karenstiden omfattar situationer då sätet har flyttats till ett annat medlemsland. Vad som händer om flytten däremot har skett till ett land som inte är ett medlemsland framgår inte. Troligtvis gäller då ingen karenstid eftersom det, för att insolvensförordningen alls ska vara tillämplig i ett sådant fall, ändå måste visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom EU. Då måste presumtionen brytas i alla fall för att den nationella domstolen ska vara behörig.

3.3.3 Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen

3.3.3.1 *Platsen för de huvudsakliga intressena avser en specifik plats*

Sätespresumtionen ska som nämnts brytas om det visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland inom EU enligt insolvensförordningen art 3.1. Anknätningskravet platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen tar rimligen sikte på *en* specifik plats.³¹⁷ Detta inte minst eftersom platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen står i bestämd form singular, *platsen*, i art 3.1.³¹⁸ Ordet *huvudsakliga* antyder också just att det är en viss plats som avses.

³¹⁷ Denna tolkning görs även i prop. 2005/06:37 s 24 och HovR Ö 10582-10, 2011-05-11, se även Asaru (2011) s 356.

³¹⁸ Detta gäller även 2000 års insolvensförordning art 3.1. EU-domstolen har även angett att varje gäldenär har sin specifika behöriga domstol förutsatt att gäldenären är en fristående juridisk person, se EUD mål C-341/04 Eurofood p 30. Detta uttalande gällde dock en annan fråga och det är därför tveksamt om domstolen även avsåg att uttala sig om huruvida platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen kan finnas på flera platser samtidigt.

Det verkar inte rimligt att en gäldenär kan ha två platser som samtidigt kan utgöra platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen.

Insolvensförordningens ingresspunkt 30 ger även viss ledning i var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns enligt art 3.1. Där framgår att sätespresumtionen ska brytas:

... om företagets huvudkontor är beläget i en annan medlemsstat än den där det har sitt säte, och när en övergripande bedömning av alla relevanta faktorer på ett sätt som kan fastställas av tredje part visar att centrum för företagets ledning och övervakning samt för tillvaratagande av företagets intressen finns i denna andra medlemsstat.

Hänvisningen i ingresspunkt 30 till gäldenärens huvudkontor och centrum för bolagets ledning får också förstås så att förordningen avser en viss specifik plats eftersom en gäldenär, åtminstone i normalfallet, inte har flera huvudkontor. Det är möjligt att gäldenären har flera administrativa kontor i olika länder, men regleringen i insolvensförordningen art 3.1 torde ändå förstås så att flera av dessa kontor inte samtidigt ska utgöra platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen utan att just ett av dem, gäldenärens verkliga huvudkontor, ska motsvara denna plats.

EU-domstolen har som nämnts uttalat att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen svarar mot behovet att avgöra vilken ort gäldenären har närmast anknytning till.³¹⁹ Det kan knappast vara möjligt att ha *närmast* anknytning till flera olika platser. I normalfallet torde det därför gå att göra en avvägning mellan olika jurisdiktioner och avgöra vilken som gäldenären har just närmast anknytning till.

Insolvensförordningens ingresspunkt 65 visar dock på att det är möjligt att två domstolar samtidigt gör bedömningen att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom deras jurisdiktion base-

³¹⁹ Se EUD mål C-396/09 *Interdil* p 58. För ett liknande resonemang, se *Mevorach* (2009) s 91-92 samt *Mevorach* (2008) s 439.

rat på omständigheterna i ett enskilt fall.³²⁰ Det kan exempelvis handla om att den ena domstolen bedömer att sätospresumtionen ska brytas medan den andra domstolen inte gör samma bedömning. En sådan situation måste dock särskiljas från frågan om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen faktiskt kan bedömas finnas på flera platser samtidigt i enlighet med insolvensförordningen art 3.1. Det faktum att art 3.1 i praktiken kan ge upphov till olika tolkningar i medlemsländernas domstolar betyder inte att anknytningskravet i sig pekar mot flera olika alternativa platser.

Om två nationella domstolar i olika medlemsländer trots allt samtidigt kommer fram till att de själva är behöriga att inleda ett huvudförfarande får situationen lösas enligt rekommendationen i ingressen, det vill säga att den domstol som först fattar beslut om att inleda förfarandet får exklusiv behörighet. Detta kan dock medföra att ett beslut som skulle kunna ha bedömts vara felaktigt enligt ett medlemslands domstol om frågan hade prövats i den domstolen, ändå ska erkännas av denna och samtliga andra medlemsländers domstolar, förutsatt att ett sådant erkännande inte är uppenbart oförenligt med grunderna för respektive medlemslands rättsordning enligt insolvensförordningen art 33. Beslutet kan dock som nämnts även prövas enligt nationella processrättsliga regler i inledandelandet.³²¹ Denna möjlighet till trots innebär insolvensförordningens reglering om automatiskt erkännande att medlemsländernas domstolar har ett betydande ansvar att kontrollera om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen faktiskt finns i medlemslandet för att garantera att det ömsesidiga förtroendet mellan medlemsländerna som insolvensförordningen bygger på inte minskas.

3.3.3.2 Huvudkontoret som relevant anknytning

I insolvensförordningens ingresspunkt 30 framgår som nämnts att sätospresumtionen ska brytas om det visas att gäldenärens huvudkontor finns i ett annat medlemsland än det där gäldenärens säte finns. Det krävs då, enligt vad som framgår av ingresspunkten, att det visas att centrum för företagets ledning, övervakning och för tillvaratagande

³²⁰ Se motsvarande formulering i 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 22.

³²¹ Jfr insolvensförordningen art 5 och 7.

av företagets intressen finns i det aktuella landet på ett sätt som kan fastställas av tredje part. Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen torde således normalt förstås som gäldenärens huvudkontor.

EU-domstolen har gjort en i princip identisk tolkning av var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska vara belägen beträffande 2000 års insolvensförordning jämfört med vad som framgår av ingresspunkt 30 i 2015 års insolvensförordning, särskilt i fallen Eurofood och Interedil.³²² Ingresspunkt 30 i 2015 års insolvensförordning kan därför mycket väl ses som en kodifiering av EU-domstolens praxis gällande 2000 års förordning och domstolens praxis torde följaktligen vara vägledande för att tolka 2015 års insolvensförordning i denna del.

Enligt EU-domstolens praxis klargörs räckvidden för platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen av att det just bör motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man.³²³ EU-domstolen menar att de objektiva omständigheterna, som ska kunna kontrolleras av tredje man, måste visa att det föreligger en annan faktisk situation än den som platsen för sätet antas återspegla för att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska finnas i en annan jurisdiktion än den där sätet finns.³²⁴ Sättespresumtionen, i kombination med ingresspunkt 13 i 2000 års förordning, visar enligt domstolen nämligen på lagstiftarens vilja att särskilja gäldenärens huvudkontor som anknytningspunkt när frågan om behörig domstol fastställs.³²⁵

Gäldenärens huvudkontor definieras av EU-domstolen som den plats där bolagets styrande och kontrollerande organ finns och där besluten om bolagets förvaltning fattas.³²⁶ Om huvudkontoret är beläget på samma plats som gäldenärens säte och detta är fastställbart för

³²² EUD mål C-396/09 Interedil p 48, EUD mål C-341/04 Eurofood samt EUD mål C-191/10 Rastelli p 32.

³²³ EUD mål C-341/04 Eurofood p 32 samt EUD mål C-191/10 Rastelli p 32 och EUD mål C-396/09 Interedil p 47.

³²⁴ EUD mål C-444/07 MG Probud Gdynia p 37.

³²⁵ EUD mål C-396/09 Interedil p 48. Domstolens uttalande i detta fall förstärks ytterligare i ett senare fall där domstolen återanvänder samma resonemang och hänvisar till sig själv, se EUD mål C-191/10 Rastelli p 32.

³²⁶ EUD mål C-396/09 Interedil p 50.

tredje man är det enligt domstolen uteslutet att bedöma att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns på en annan plats än vid gäldenärens säte.³²⁷ Då står sätespresumtionen med andra ord fast, vilket beror på just att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen då finns i säteslandet.

EU-domstolen anger dock att sätespresumtionen är ”enkel” och att om det visas att gäldenärens huvudkontor inte är beläget vid exempelvis gäldenärens registrerade säte på ett sätt som är objektivt fastställbart för tredje man kan presumtionen brytas.³²⁸ I ett sådant fall framgår det nämligen för tredje man att den faktiska situationen är en annan än den som registreringen av sätet kan antas återspegla, det vill säga det framgår att huvudkontoret inte finns på samma plats som det registrerade sätet.³²⁹

Inom den rättsvetenskapliga litteraturen har det pågått en diskussion om hur uttalandet i ingresspunkt 13 i 2000 års insolvensförordning ska förstås i detta sammanhang. I ingresspunkten uttalas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen bör motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man. Frågan som har diskuterats är om detta avser den plats varifrån beslut om gäldenärens verksamhet *fattas* eller den plats där besluten *verkställs*.³³⁰ Det handlar således om huruvida platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen kan motsvara en plats där gäldenären bedriver verksamhet även om besluten angående denna verksamhet fattas på annat håll eller om denna plats alltid måste vara den där besluten fattas. Här har dock EU-domstolen uttalat att huvudkontoret motsvarar bolagets styrande och kontrollerande organ samt den plats varifrån beslut om bolagets förvaltning fattas. Domstolens uttalande sätter således punkt för diskussionen genom att domstolen anger att det är den plats där besluten fattas som är relevant vid bedömningen. I den reviderade förordningens ingresspunkt 30 framgår

³²⁷ EUD mål C-396/09 Interedil p 50, återkommer i EUD mål C-191/10 Rastelli p 34.

³²⁸ EUD mål C-396/09 Interedil p 51.

³²⁹ EUD mål C-396/09 Interedil p 51, EUD mål C-191/10 Rastelli p 34-35.

³³⁰ Se exempelvis Berends (2006) s 341 och Wessels (2006) s 187 samt Wessels (2009) s 171 ff. Jfr även Szydlo (2010) s 258 och Ringe (2008) s 589.

dessutom att det ska röra sig om den plats där gäldenärens intressen tillvaratas, vilket också torde förstås som den plats varifrån besluten fattas snarare än där de verkställs.

De flesta juridiska personer torde normalt ha ett administrativt centrum som kan uppfattas som ett huvudkontor i förordningens mening. Placeringen av detta blir således avgörande för domsrätten. Förklaringarna i insolvensförordningens ingresspunkt 30 i kombination med EU-domstolens praxis torde därför normalt vara tillräckligt tydliga för att det i de allra flesta fall ska vara klart vad som avses med platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen för gäldenärer som är bolag eller andra juridiska personer. Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är följaktligen inte nödvändigtvis ett vagt begrepp när det gäller bolag och andra juridiska personer.

Om gäldenären däremot exempelvis har olika administrativa kontor i flera medlemsländer med snarlik betydelse för verksamheten och där företagets ledning träffas regelbundet kan tolkningen att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen avser gäldenärens huvudkontor ge upphov till frågetecken. Både formuleringen i ingressen, centrum för företagets ledning och övervakning samt för tillvaratagande av intressen, och EU-domstolens definition, där huvudkontoret motsvarar bolagets styrande och kontrollerande organ och där besluten om bolagets förvaltning fattas, är fortfarande ganska vida.³³¹ Vad är gäldenärens styrande och kontrollerande organ? Vilka typer av beslut om bolagets förvaltning ska fattas på platsen för att platsen ska anses utgöra gäldenärens huvudkontor?

När det exempelvis gäller svenska aktiebolag torde bolagets styrande och kontrollerande organ förstås som bolagets styrelse eller möjligen den verkställande direktören om en sådan finns. Bolagsstämman är visserligen bolagets högsta beslutande och kontrollerande organ. Eftersom platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska vara den plats varifrån gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och bolagsstämman normalt endast träffas ungefär en gång per år, är det dock mer rimligt att det är den plats där styrelsen träffas som är avsedd att motsvara gäldenärens huvudkontor. Det är dock möjligt att

³³¹ Jfr Wessels (2006) s 189-190 som diskuterar vad ett huvudkontor kan vara.

bolagsstämman kan ha en mer framträdande roll i ett enskilt fall och därför måste naturligtvis varje enskild gäldenärs huvudkontor fastställas beroende på de aktuella omständigheterna i just det fallet.³³²

I insolvensförordningen art 3.1 framgår vidare att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska motsvara den plats där gäldenären *vanligtvis* förvaltar sina intressen. Det antyder att det är en plats som gäldenären använder löpande och att det kanske till och med kan röra sig om en plats där även vardagliga beslut om gäldenärens verksamhet fattas.³³³ Det behöver dock inte nödvändigtvis tolkas som att det rör sig om en plats där helt *alldagliga* beslut fattas angående gäldenärens verksamhet. Gäldenärens huvudkontor torde när allt kommer omkring förstås som den plats där gäldenären har sin ledning och sina eventuella tillsynsorgan, beslut fattas och strategier beslutas.³³⁴ Det torde således inte enbart röra sig om vilket kontor som helst.

Det går att tänka sig att ett bolags ledning väljer att ses alternativt i olika kontor i olika länder eller på andra platser i världen beroende på vad som passar dem bäst. Ledningen kanske till och med väljer att inte ses fysiskt utan istället har möten via videolänk från olika platser i olika medlemsländer. Om ledningen tillfälligtvis eller en enstaka gång väljer att mötas på en viss plats torde det dock inte påverka bedömningen av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. För att kunna konstatera att gäldenärens huvudkontor finns i ett visst land torde det krävas att ledningen vanligtvis, det vill säga löpande, möts och fattar beslut avseende gäldenärens verksamhet på denna plats.

I enlighet med insolvensförordningen art 3.1 och ingresspunkt 30 är det dock avgörande för bedömningen av insolvensforum vad som framstår som platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen för tredje man. Att huvudkontoret finns på en annan plats än den där sätet är beläget måste således vara objektivt fastställbart för tredje man för att sättespresumtionen ska kunna brytas. EU-domstolen har dock uttalat att kravet på fastställbarhet och objektivitet är uppfyllt när de konkreta omständigheter som har beaktats för att bestämma platsen för gälde-

³³² För ett liknande resonemang se Mevorach (2009) s 91-92 samt även i Mevorach (2008) s 439.

³³³ Se Szydło (2010) s 258.

³³⁴ Jfr Gullifer, Ringe och Théry (2009) s 111 ff.

närens huvudsakliga intressen är offentliggjorda eller åtminstone har varit tillräckligt transparenta för att tredje man ska ha kunnat få kännedom om dem.³³⁵ Jag återkommer strax till denna praxis och när platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är objektivt fastställbart för tredje man, men det räcker följaktligen inte att styrelsen regelbundet möts på en viss plats och fattar beslut för att insolvensforum ska påverkas. Det krävs dessutom att detta är objektivt fastställbart för tredje man.

Detta innebär också att när det exempelvis gäller en styrelse som möts och fattar beslut via videolänk från olika platser kan det vara problematiskt att fastställa att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns vid en av dessa platser eller att sätespresumtionen ska brytas på grund av denna omständighet. Det kan vara näst intill omöjligt för utomstående att fastställa dels att styrelsen faktiskt ofta möts och fattar beslut via videolänk, dels var ledamöterna då befinner sig. Personer utanför bolaget har normalt inte den typen av insyn i gäldenärens verksamhet. Om detta inte är synligt för tredje man innebär det att sätespresumtionen i så fall normalt inte heller torde kunna brytas, om inga andra omständigheter tyder på att gäldenärens huvudkontor finns i ett av dessa aktuella medlemsländer.

3.3.3.3 *Betydelsen av anknytning i form av tillgångar, avtal och verksamhet*

Insolvensförordningen art 3.1 hindrar inte uttryckligen att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i en annan jurisdiktion än den där gäldenärens huvudkontor finns. I insolvensförordningens ingresspunkt 30 uttalas enbart att sätespresumtionen kan brytas när huvudkontoret finns i en annan jurisdiktion än sätet, men inte att detta är det enda tillfället då presumtionen kan brytas.

EU-domstolen har dock uttalat att huvudkontoret ska ha en särställning vid bedömningen av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen.³³⁶ Ordet *särställning* antyder att huvudkontoret är det mest relevanta anknytningskriteriet när insolvensforum ska bedömas, men utesluter naturligtvis inte att något annat skulle kunna gälla under vissa

³³⁵ EUD mål C-396/09 Interedil p 49.

³³⁶ EUD mål C-396/09 Interedil p 48, EUD mål C-191/10 Rastelli p 32.

omständigheter. Domstolen har dock även uttalat att om gäldenärens huvudkontor finns vid gäldenärens säte är det uteslutet att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns på en annan plats. Med tanke på detta uttalande verkar det osannolikt att det faktum att gäldenären har tillgångar och bedriver verksamhet i ett annat land än säteslandet blir relevant vid bedömningen av insolvensforum. Möjligen skulle så kunna vara fallet om huvudkontoret inte finns vid sätet och det inte går att fastställa var gäldenärens huvudkontor finns.

Eftersom sätespresumtionen ska frångås när gäldenärens huvudkontor inte finns i säteslandet torde det dock vara tillräckligt att visa att huvudkontoret finns i det andra landet för att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska anses finnas där. Det är då följaktligen inte nödvändigt att hänvisa till att tillgångar och verksamhet eventuellt också finns i det aktuella landet eftersom det räcker att konstatera att huvudkontoret finns där.

Vikten av omständigheten att gäldenären har tillgångar och verksamhet i ett annat medlemsland än sätet får dock inte förminsкас helt. Enligt EU-domstolen ska det göras en samlad bedömning av omständigheterna i varje enskilt fall när platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen fastställs.³³⁷ Exempelvis anger domstolen att de orter där gäldenären bedriver ekonomisk verksamhet och de orter där gäldenären har tillgångar ska beaktas när denna plats bedöms, om dessa konkreta omständigheter är fastställbara för tredje man.³³⁸

EU-domstolens uttalanden kan verka tvetydiga. Å ena sidan särskiljs huvudkontoret som platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen men å andra sidan kan tillgångar och verksamhet få betydelse vid bedömningen av insolvensforum. Domstolens uttalanden torde förstås så att om det visas att gäldenären har tillgångar eller verksamhet eller bådadera i ett annat land än säteslandet ska en nationell domstol i säteslandet bli tveksam beträffande sin egen behörighet att inleda ett huvudförfarande. Domstolen bör då kräva ytterligare bevisning av sökanden eller gäldenären för att kunna fastställa om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen verkligen finns i säteslandet.

³³⁷ EUD mål C-396/09 Interedil p 52.

³³⁸ EUD mål C-396/09 Interedil p 52.

Det verkar rimligt att en företagsledning behöver en viss närhet till sin verksamhet för att kunna kontrollera denna effektivt. Det verkar därför troligt att huvudkontoret kan finnas i tillgångs- och verksamhetslandet. En nationell domstol i säteslandet kan därför inte helt bortse från att det är möjligt att gäldenären kanske har sitt huvudkontor i detta andra land och inte i säteslandet. På så sätt kan tillgångar eller verksamhet i ett annat land få betydelse vid en domstols bedömning av sin egen behörighet. Tillgångar och verksamhet i sig räcker dock inte för att sätespresumtionen ska brytas annat än som nämnts möjligen när det inte går att fastställa var gäldenärens huvudkontor finns.³³⁹

EU-domstolens praxis avseende insolvensförordningen art 3.1 ger ett antal konkreta exempel på när domstolen menar att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns på en annan eller samma plats som gäldenärens säte. Eftersom domstolen har bedömt varje fall beroende på omständigheterna i de enskilda fallen går det inte att dra alltför långtgående slutsatser av dem, men exemplen ger en fingervisning om hur insolvensforum bedöms av EU-domstolen.

I fallet *Eurofood* uttalade EU-domstolen att sätespresumtionen kan brytas när det gäller så kallade brevlådebolag, det vill säga bolag som inte bedriver någon verksamhet alls vid platsen för bolagets säte.³⁴⁰ EU-domstolen menar nämligen att när det gäller brevlådeföretag framgår det av objektiva omständigheter som är fastställbara för tredje man att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen inte finns vid gäldenärens säte, förutsatt att gäldenären faktiskt bedriver verksamhet någon annanstans.³⁴¹ Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska då istället anses vara i detta andra land där gäldenären faktiskt bedriver verksamhet. Fallet är följaktligen ett exempel på när verksamhet är tillräckligt för att fastställa insolvensforum.

I fallet *Interedil* ägde gäldenären fastigheter, hade ingått hyresavtal och ett avtal med en finansiell institution i en annan jurisdiktion än

³³⁹ Jfr även diskussionen om betydelsen av tillgångar i ett annat land än säteslandet i Berends (2006) s 339-341, Mevorach (2008) s 438 och Omar (2008) s 176.

³⁴⁰ EUD mål C-341/04 Eurofood p 35. Jfr Engsig Sorensen (2015) s 85 ff.

³⁴¹ Jfr EUD mål C-341/04 Eurofood.

den där gäldenärens säte var beläget.³⁴² EU-domstolen menar att detta är sådana objektiva faktorer som ska beaktas när platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska bestämmas och att de, eftersom de torde vara offentliga, är fastställbara för tredje man.³⁴³ Domstolen menar dock att tillgångar och avtal i ett annat medlemsland i sig inte är tillräckligt för att sätespresumtionen ska brytas.³⁴⁴ För detta krävs enligt domstolen, återigen, att gäldenären faktiskt leds och kontrolleras samt att bolagets intressen förvaltas från det andra medlemslandet. Detta ska i så fall framgå av en samlad bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet och vara fastställbart för tredje man.³⁴⁵ EU-domstolen angav dock inte i fallet *Interedil* att tillgångar och verksamhet aldrig kan innebära att sätespresumtionen kan brytas, utan enbart att tillgångar och avtal inte i sig var tillräckligt för det i detta fall. Till skillnad från i fallet *Eurofood* rörde det sig inte om ett brevlådeföretag.

EU-domstolen har även uttalat något om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen för en gäldenär vars tillgångar inte har hållits åtskilda från en annan gäldenärs tillgångar.³⁴⁶ I fallet *Rastelli* hade två gäldenärer med säten i olika medlemsländer sammanblandat sina tillgångar.³⁴⁷ Domstolen hade att besvara frågan om ett insolvensförfarande avseende den ena gäldenären kunde utvidgas att även gälla den andra gäldenären i enlighet med en nationell lagregel.

EU-domstolen anger till att börja med att även om gäldenärerna faktiskt utgör en enhet eftersom tillgångarna inte har hållits åtskilda ska behörig domstol bedömas för varje gäldenär var för sig eftersom de ändå är separata juridiska enheter.³⁴⁸ Det skulle enligt domstolen

³⁴² EUD mål C-396/09 *Interedil*.

³⁴³ EUD mål C-396/09 *Interedil* p 53.

³⁴⁴ EUD mål C-396/09 *Interedil* p 53.

³⁴⁵ Betydelsen av tillgångar, avtal och verksamhet i andra länder har dessutom bedömts i ett antal svenska hovrättsfall, men samtliga fall avgjordes före EU-domstolens första domar avseende begreppet platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Se Hovrätten över Skåne och Blekinge mål Ö 21-05, 2005-02-03, Svea Hovrätt mål nr Ö 4105-03, 2003-05-30 Hovrätten för Övre Norrland mål nr Ö 929-05, 2006-02-14 och Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål nr Ö 55-07, 2007-05-04. Målen kommenteras även av Morgell i Morgell (2010) s 436 ff.

³⁴⁶ EUD mål C-191/10 *Rastelli*.

³⁴⁷ EUD mål C-191/10 *Rastelli*.

³⁴⁸ EUD mål C-191/10 *Rastelli* p 24-25.

vara ett kringgående av insolvensförordningen om talan i den ena gäldenärens insolvensförfarande utvidgades till att omfatta den andra gäldenären utan att först bedöma behörig domstol avseende den andra gäldenären.³⁴⁹ För att talan i den ena gäldenärens insolvensförfarande ska kunna utvidgas till att även omfatta den andra gäldenären krävs enligt EU-domstolen att den nationella domstolen är behörig att inleda huvudförfaranden avseende båda gäldenärerna, det vill säga att platsen för båda gäldenärernas huvudsakliga intressen finns i samma land.³⁵⁰ Skälet för detta krav är att det för den andra gäldenären går att likställa beslutet att utvidga förfarandet med att inleda ett insolvensförfarande avseende denna gäldenär.³⁵¹

Tillgångarna som aktualiserades i fallet *Rastelli* var i form av kon-ton som inte hållits åtskilda respektive onormala finansiella förhållanden mellan bolagen med överföringar av tillgångar mellan bolagen utan vederlag.³⁵² EU-domstolen menar att detta är omständigheter som tredje man kan ha svårt att fastställa.³⁵³ Den omständigheten att tillgångar har sammanblandats behöver dessutom enligt domstolen inte heller innebära att platsen för gäldenärernas huvudsakliga intressen finns på samma plats. Gäldenärernas styrande och kontrollerande organ kan trots sammanblandningen av tillgångar vara belägna i olika medlemsländer.³⁵⁴ Domstolen konstaterar därför att sammanblandning av tillgångar inte i sig är tillräckligt för att en gäldenärs huvudsakliga intressen ska finnas i en annan jurisdiktion än sätet. För att sättespresumtionen ska brytas krävs nämligen som nämnts att det mot bakgrund av samtliga relevanta omständigheter framgår för tredje man att gäldenären faktiskt styrs och kontrolleras från en annan medlemsstat än den där sätet är beläget.³⁵⁵

Om det visas att gäldenären har tillgångar eller verksamhet i ett annat land än sätetslandet innebär det således inte i sig att sättespresumtionen ska brytas, men det är en sådan omständighet som medför

³⁴⁹ EUD mål C-191/10 *Rastelli* p 26-28.

³⁵⁰ EUD mål C-191/10 *Rastelli* p 18-19, 26, 29.

³⁵¹ EUD mål C-191/10 *Rastelli* p 25-26.

³⁵² EUD mål C-191/10 *Rastelli* p 37.

³⁵³ EUD mål C-191/10 *Rastelli* p 38.

³⁵⁴ EUD mål C-191/10 *Rastelli* p 38.

³⁵⁵ EUD mål C-191/10 *Rastelli* p 39.

att en nationell domstol kan behöva kräva ytterligare bevisning för att fastställa att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen faktiskt finns i säteslandet.³⁵⁶ Den nationella domstolen måste dock enligt EU-domstolen göra en samlad bedömning av omständigheterna i varje enskilt fall.³⁵⁷

Om det exempelvis rör sig om ett brevlådeföretag, som inte bedriver någon verksamhet i det land där bolaget är registrerat, kan det dock tänkas att den omständigheten att gäldenären har tillgångar och verksamhet i ett annat medlemsland kan få en viss betydelse för domsrätten. Sätespresumtionen skulle då möjligen kunna brytas eftersom det just rör sig om ett brevlådeföretag. Om gäldenären bedriver verksamhet i ett annat land än sätet torde en domstol i det landet kunna fastställa att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns där, förutsatt att det inte visas att gäldenärens huvudkontor finns i ett annat medlemsland. I andra fall, det vill säga när det inte rör sig om brevlådeföretag, torde det dock inte vara tillräckligt med tillgångar eller verksamhet i ett land för att sätespresumtionen ska kunna brytas, om det inte visas att gäldenärens verksamhet faktiskt leds, kontrolleras och gäldenärens intressen förvaltas från ett annat medlemsland än säteslandet.³⁵⁸

En intressant aspekt när det gäller huvudkontoret som anknytningspunkt är att det inte framgår uttryckligen av 2000 års insolvensförordning att sätespresumtionen ska brytas när huvudkontoret finns i en annan jurisdiktion. Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen kom istället att definieras i EU-domstolens nämnda praxis gällande 2000 års insolvensförordning. EU-domstolen har på så sätt fått ett betydande utrymme att precisera var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns. Det hade lika väl varit möjligt för domstolen att definiera platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen som något annat eller mer än gäldenärens huvudkontor i enlighet med förordningen, exempelvis den plats där gäldenären bedriver huvuddelen av sin verksamhet på ett sätt som är fastställbart för tredje man. I den reviderade förordningen har som nämnts EU-domstolens praxis gäl-

³⁵⁶ EUD mål C-396/09 Interedil p 52.

³⁵⁷ EUD mål C-396/09 Interedil p 52.

³⁵⁸ EUD mål C-396/09 Interedil p 53.

lande 2000 års förordning dock kodifierats genom ingresspunkt 30 och domstolens praxis står på så sätt fast. EU-domstolen har därigenom fått inflytande inte bara när det gäller att definiera detta EU-rättsliga begrepp, men också över EU-lagstiftaren vid revideringen av förordningen.

3.3.3.4 *Betydelsen av anknäytning i form av ett moderbolags påverkan eller annan typ av extern kontroll*

Även om gäldenärens huvudkontor har en särställning när det gäller att fastställa var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns, kan det diskuteras om den omständigheten att gäldenären är ett dotterbolag till ett moderbolag kan påverka bedömningen av domsrätten.³⁵⁹ Det kan nämligen tänkas att ett moderbolag faktiskt leder och organiserar en gäldenärs verksamhet på ett sätt som motsvarar den ledning som sker från ett huvudkontor. Insolvensförordningens domsrättsregel i art 3.1 ska visserligen tillämpas för varje gäldenär var för sig och inte på basis av företagsgrupperingar.³⁶⁰ Varje gäldenär har följaktligen sitt eget specifika insolvensforum, förutsatt att gäldenären är en fristående juridisk person.³⁶¹ Detta hindrar dock inte att en domstol bedömer att gäldenärens huvudkontor finns i samma jurisdiktion som moderbolaget.³⁶²

Insolvensförordningen innehåller en mycket kortfattad definition av begreppet *koncern*. I art 2.13-2.14 anges att en koncern är ett moderföretag med tillhörande dotterbolag, där moderbolaget direkt eller indirekt kontrollerar dotterföretaget eller dotterföretagen. Enligt insolvensförordningen art 2.14 utgör ett företag som utarbetar koncernredovisning enligt EU:s direktiv om koncernredovisning ett moderföretag.³⁶³ Direktivets definition av koncern är snarlik förordningens

³⁵⁹ EUD mål C-396/09 *Interdil* p 48 och EUD mål C-191/10 *Rastelli* p 32.

³⁶⁰ Se EUD mål C-396/09 *Interdil* p 58. Se även Aasaru (2011) s 360, Wessels (2006) s 186 f. samt Wessels (2009) s 169. Se även Hirte (2008) s 214 ff och Van Calster (2016) s 746 ff.

³⁶¹ EUD mål C-341/04 *Eurofood* p 30.

³⁶² Jfr även uttalandet i insolvensförordningens ingresspunkt 53.

³⁶³ Insolvensförordningen art 2.14. Europaparlamentets och Rådets direktiv 2013/34/EU av den 26 juni 2013 om årsbokslut, koncernredovisning och rapporter i

definition, men dotterföretag tydliggörs något genom att definieras som sådana företag som står under *bestämmande inflytande* av ett moderföretag.³⁶⁴

Företagsgrupper kan vara organiserade på en mängd olika sätt i praktiken, utöver vad som framgår av insolvensförordningens definition av koncerner.³⁶⁵ Mevorach har gjort en studie av hur företagsgrupper kan se ut och menar att det särskilt finns två större typer av sådana grupper.³⁶⁶ Den första typen är företag som knyts samman genom ägande i olika former och den andra typen är företag som är organiserade genom kontrakt mellan företagen.³⁶⁷ Enstaka tillfälliga samarbeten, kollektiv dominans eller kreditförhållanden mellan företag, utgör enligt Mevorach däremot inte en företagsgrupp i denna mening.³⁶⁸ Skälet för detta är enligt Mevorach att det, för att det ska vara fråga om en företagsgrupp, bör finnas ett mått av kontroll eller koordination mellan bolagen genom just exempelvis ägande eller kontrakt.³⁶⁹

Oavsett om det rör sig om en koncern i insolvensförordningens mening eller en företagsgrupp utifrån en mer generell definition kan det ändå konstateras att det kan förekomma i den praktiska verklig-

vissa typer av företag, om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/43/EG och om upphävande av rådets direktiv 78/660/EEG och 83/349/EEG.

³⁶⁴ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2013/34/EU av den 26 juni 2013 om årsbokslut, koncernredovisning och rapporter i vissa typer av företag, om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/43/EG och om upphävande av rådets direktiv 78/660/EEG och 83/349/EEG art 2.9-12.

³⁶⁵ Jfr Wessels (2009) s 172, Ensig Sorensen (2016) s 393 ff, Teichmann (2016) s 150 och van Galen (2015) s 241 ff. Jfr även UNCITRAL:s modellag som gäller företagsgrupper vid gränsöverskridande insolvens, UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. Modellagen innehåller en definition av så kallade grupper av företag. För att få kallas en grupp av företag enligt UNCITRAL krävs det att det rör sig om två eller fler företag som är sammankopplade genom kontroll eller betydande ägande. Kontroll innebär här att ha förmågan att direkt eller indirekt bestämma operativa eller finansiella strategier för ett annat företag. Se även exempelvis Mevorachs studie i Mevorach (2009) s 32 ff. samt Hirte (2008) s 235 f.

³⁶⁶ Se Mevorach (2008) s 429 ff.

³⁶⁷ Se Mevorach (2008) s 429 ff.

³⁶⁸ Se Mevorach (2008) s 429 ff. samt Mevorach (2009) s 14-24.

³⁶⁹ Se Mevorach (2007) s 186 samt Mevorach (2009) s 21.

heten att företag har kontroll över andra företag i varierande utsträckning. Beroende på hur genomgripande samarbetet mellan företagen är kan det faktum att gäldenären ingår i en koncern eller företagsgrupp påverka bedömningen av var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns.³⁷⁰

Om gäldenärens verksamhet leds, kontrolleras och beslut fattas avseende gäldenärens verksamhet på ett sätt som är fastställbart för tredje man vid exempelvis moderbolagets huvudkontor torde insolvensförordningen art 3.1 förstås så att sätespresumtionen kan brytas. Domstolarna i det land där moderbolagets huvudkontor finns är då istället behöriga att inleda förfarandet, om ledningen sker från denna plats.³⁷¹ Det måste således i så fall även visas att det för tredje man framstår som att gäldenärens verkliga huvudkontor, det vill säga centrum för gäldenärens ledning och övervakning samt för tillvaratagande av gäldenärens intressen, är i samma jurisdiktion som moderbolaget och inte i det land där gäldenärens säte finns.

I ett av de tidigaste rättsfallen från EU-domstolen som berör 2000 års insolvensförordning, målet *Eurofood*, har dock domstolen uttalat något om var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns när gäldenären har ett moderbolag i en annan jurisdiktion än den där gäldenärens säte är beläget.³⁷² För det första menar EU-domstolen som nämnts att sätespresumtionen ska brytas när gäldenären är ett brevlådeföretag som inte bedriver någon verksamhet vid sitt säte.³⁷³ Om gäldenären är ett brevlådeföretag och ett moderbolag kontrollerar gäldenären på ett sätt som är objektivt fastställbart för tredje man, kan detta medföra att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i samma jurisdiktion som moderbolaget.

För det andra uttalar EU-domstolen i fallet *Eurofood* att enbart det faktum att det finns ett moderbolag i ett annat land och att moderbolaget kontrollerar eller kan kontrollera gäldenärens ekonomiska val inte

³⁷⁰ Se Sexton (2012) s 11 f och McCormack (2009) s 186 f. Se även Paulus (2007) s 821 ff.

³⁷¹ EUD mål C-396/09 *Interedil* p 50. Jfr även Ensigt Sorensen (2016) s 393 ff., men särskilt s 408-410.

³⁷² EUD mål C-341/04 *Eurofood*.

³⁷³ Se även exempelvis EUD mål C-396/09 *Interedil* p 58.

i sig är tillräckligt för att sätespresumtionen ska brytas, när gäldenären *bedriver verksamhet* vid sitt säte.³⁷⁴ Detta gäller följaktligen fall då gäldenären inte är ett brevlådeföretag.

Domstolen anger här inte att sätespresumtionen ska brytas om gäldenärens huvudkontor inte finns vid sätet. Istället anger domstolen just att sätespresumtionen inte kan brytas om gäldenären bedriver verksamhet vid sätet i ett sådant fall. Detta uttalande i *Eurofood* kan verka ologiskt i jämförelse med domstolens senare praxis där gäldenärens huvudkontor särskiljs som anknytningspunkt.³⁷⁵ Visserligen har domstolen uttalat att när gäldenärens huvudkontor finns vid sätet och detta är fastställbart för tredje man är det uteslutet att sätespresumtionen ska brytas.³⁷⁶ Orden att bedriva verksamhet behöver dock inte nödvändigtvis betyda detsamma som att gäldenären faktiskt leds och att verksamheten kontrolleras från platsen, det vill säga att huvudkontoret finns där.

Här måste dock noteras att det redan i förutsättningarna i fallet *Eurofood* var utrett att gäldenären faktiskt vanligtvis förvaltade sina intressen på ett sätt som var fastställbart för tredje man i den jurisdiktion där gäldenärens säte fanns.³⁷⁷ Det var med andra ord inte vilken typ av verksamhet som helst som bedrevs vid gäldenärens säte.³⁷⁸ Dessutom var den typen av kontroll som prövades i målet den som följer av moderbolagets aktieinnehav och möjligheten att utse före-

³⁷⁴ EUD mål C-341/04 Eurofood p 37. Se även samma resonemang i EUD mål C-444/07 MG Probud p 37.

³⁷⁵ Jfr Wessels (2009) s 169 f.

³⁷⁶ EUD mål C-396/09 Interredil p 50.

³⁷⁷ EUD mål C-341/04 Eurofood p 27.

³⁷⁸ Generaladvokat Jacobs menar i sitt förslag till avgörande att det redan av frågeställningen som EU-domstolen ska bedöma framgår att gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen i den medlemsstat där gäldenärens säte finns. Detta är dessutom fastställbart för tredje man samt helt i överensstämmelse med *bolagets egen företagsidentitet*. Jacobs drar därför slutsatsen att kraven i insolvensförordningen på öppenhet och objektiv fastställbarhet avseende platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är uppfyllda. Detta innebär enligt Jacobs att sätespresumtionen redan utifrån förutsättningarna i målet står fast. Här kan observeras att EU-domstolen inte nämner gäldenärens företagsidentitet i bedömningen av var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i sitt avgörande, även om domstolen kommer till samma slutsats som Generaladvokat Jacobs. Se Generaladvokat Jacobs förslag till avgörande p 108-126.

tagsledningen. Det rörde sig följaktligen inte om ett särskilt genomgripande samarbete mellan gäldenären och moderbolaget och samarbetet torde inte motsvara att gäldenärens huvudkontor i själva verket fanns hos moderbolaget. Redan utifrån dessa omständigheter kan det verka naturligt att domstolen kom fram till att moderbolagets kontroll inte var tillräckligt för att sätespresumtionen skulle brytas i fallet, särskilt eftersom det som nämnts är uteslutet att bryta sätespresumtionen när huvudkontoret finns vid gäldenärens säte.³⁷⁹

Om det dock är så att EU-domstolen faktiskt menar att ett moderbolags kontroll inte är tillräckligt för att sätespresumtionen ska brytas när gäldenären bedriver verksamhet vid sätet blir framför allt två frågor relevanta. Det är dels vilken typ av verksamhet som det måste röra sig om för att moderbolagets kontroll inte är tillräcklig och dels om typen av kontroll som moderbolaget har över gäldenärens verksamhet skulle kunna påverka bedömningen av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Annorlunda formulerat, får det någon betydelse för bedömningen av insolvensforum om huvudkontorets funktioner helt eller delvis utövas av moderbolaget eller åtminstone i samma jurisdiktion som moderbolagets huvudkontor istället för om moderbolagets kontroll enbart består av aktieinnehav?

Om tyngdpunkten i domstolens bedömning av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ligger på just den omständigheten att gäldenären bedriver verksamhet vid sitt säte kan det tolkas som att EU-domstolen menar att då, oavsett typ eller storlek på verksamheten, är inte kontroll från ett moderbolag tillräckligt för att sätespresumtionen ska brytas. Sätespresumtionen kan i sådana fall i princip endast brytas när gäldenären är ett brevlådeföretag, det vill säga när gäldenären *inte alls* bedriver någon verksamhet vid sitt säte. En sådan tolkning innebär att det faktum att gäldenären kontrolleras av ett moderbolag i sig är en mycket svag faktor som endast i undantagsfall kan påverka sätespresumtionen.

Som nämnts var omständigheterna i fallet *Eurofood* sådana att frågan om gäldenärens huvudkontor var hos moderbolaget aldrig behövde behandlas och därför kan det vara problematiskt att tolka dom-

³⁷⁹ EUD mål C-396/09 Interedil p 50.

stolens uttalande för vitt. Syftet med anknytningskraven i förordningen är just att finna den plats som gäldenären har närmast anknytning till. Eftersom EU-domstolen har valt att särskilja gäldenärens huvudkontor som anknytningspunkt verkar det märkligt om det skulle göras undantag just för att det rör sig om ett moderbolags kontroll. Fokus torde istället ligga på att finna gäldenärens verkliga huvudkontor, oavsett om det är hos ett moderbolag eller någon annanstans. Om huvudkontoret är beläget vid moderbolagets säte på ett sätt som är fastställbart för tredje man torde det inte spela någon roll om gäldenären bedriver verksamhet vid sitt säte.³⁸⁰ Insolvensforum ska ändå vara i samma jurisdiktion som moderbolaget.

EU-domstolens senare praxis torde tolkas så att det som är avgörande för om kontroll från moderbolaget kan påverka insolvensforum är vad det är för beslut avseende gäldenären som moderbolaget har kontroll över och om kontrollen, eller kanske snarare beslutsfattandet, sker vanligtvis. Dessutom måste denna kontroll vara fastställbar för tredje man. Om det kan fastställas objektivt att de funktioner som normalt utövas av ett huvudkontor utövas av moderbolaget eller i vart fall i den jurisdiktion där moderbolaget finns, i en annan jurisdiktion än gäldenärens säte, torde sätespresumtionen brytas.³⁸¹ Domstolens

³⁸⁰ Jfr insolvensförordningens ingresspunkt 53. Något som ytterligare tyder på att domstolen inte menade att bedriver verksamhet ska tolkas som något annat än att huvudkontoret även finns på platsen är att EU-domstolen i sina domskäl kan ha inspirerats av formuleringar i förklaranderapporten. Detta ska dock endast ses som en spekulering. I förklaranderapporten punkt 75 framgår att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen för en yrkesverksam person som utgångspunkt ska vara på den plats där personen bedriver sin verksamhet, vilket förutsätts vara platsen för gäldenärens säte, eller huvudkontor. Förklaranderapporten verkar utgå från att huvudkontoret finns på den plats där gäldenären bedriver sin (sic!) verksamhet, även om meningen är ganska illa formulerad och kan tolkas på flera sätt. Det kan hända att EU-domstolen har tagit upp formuleringen från förklaranderapporten utan att faktiskt mena något annat än att huvudkontoret finns i samma jurisdiktion som sätet om gäldenären bedriver (sin) verksamhet där. I så fall torde formuleringen att moderbolagets kontroll inte är tillräcklig för att sätespresumtionen ska brytas när gäldenären bedriver verksamhet vid sätet inte tolkas alltför vitt. Domstolen kan ha menat att moderbolagets kontroll inte är tillräcklig när gäldenärens huvudkontor finns vid gäldenärens säte.

³⁸¹ För ett liknande resonemang se Moss (2009) s 255. Moss menar att det relevanta är att finna den plats varifrån de funktioner som ett huvudkontor utövar utövas och

slutsats i fallet *Eurofood* att det måste krävas något ytterligare än enbart kontroll i form av moderbolagets aktieinnehav och möjligheten att utse företagsledningen verkar då rimlig.³⁸² Ägande i sig och en möjlighet att utse gäldenärens ledning är inte ett bevis för att moderbolaget faktiskt kontrollerar gäldenärens verksamhet.

Om det kan konstateras att moderbolaget faktiskt kontrollerar gäldenären och fattar beslut om gäldenärens verksamhet måste det som nämnts dessutom visas att detta är objektivt fastställbart för tredje man. Det räcker inte att tredje man kan uppfatta att gäldenären har ett moderbolag, det måste dessutom objektivt framstå för tredje man att gäldenären vanligtvis förvaltas från moderbolagets jurisdiktion.³⁸³ Det kan dock vara svårt för tredje man att ha en sådan fullständig insyn i var beslut fattas.³⁸⁴ Om kontroll från ett moderbolag är osynlig för tredje man kan denna kontroll inte påverka bedömningen av gäldenärens insolvensforum. Wessels menar att EU-domstolen kom fram till att ekonomisk kontroll inte är tillräckligt för att sätospresumtionen ska brytas just på grund av att kontroll i sig inte är objektivt fastställbart för tredje man.³⁸⁵ Om det däremot är offentliggjort eller det åtminstone är tillräckligt transparent att gäldenärens huvudkontor verkligen finns hos moderbolaget på så sätt att tredje man ska ha kunnat få kännedom om det torde denna omständighet påverka bedömningen av domsrätten.

att det är denna plats som motsvarar platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Detta innebär att om en koncern har en gemensam plats som koncernbolagens intressen vanligtvis förvaltas från, kan denna plats enligt Moss vara platsen för varje koncernbolags huvudsakliga intressen, även om varje bolag har ett eget huvudkontor i det land bolaget har sitt säte. Denna tolkning torde dock vara överspelad i och med EU-domstolens avgörande i EUD mål C-396/09 *Interedil*, där domstolen slog fast att när gäldenärens huvudkontor finns vid gäldenärens säte är det uteslutet att anse att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns någon annanstans än vid sätet. Moss analys att det är den plats där de funktioner som huvudkontoret utövar utövas som är relevant att finna är dock rimlig än idag. Se även Gullifer, Ringe och Théry (2009) s 116 och Paulus (2007) s 824 f.

³⁸² EUD mål C-341/04 *Eurofood*.

³⁸³ Se 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 13. Detta påpekas även av Generaladvokat Jacobs i förslaget till avgörande i EUD mål C-341/04 *Eurofood* p 108-126.

³⁸⁴ Se Berends (2006) s 342 f.

³⁸⁵ Se Wessels (2009) s 115 vid not 66.

EU-domstolen bedömer som nämnts varje fall beroende på omständigheterna i det enskilda fallet och eftersom samarbetet mellan bolagen i *Eurofood* inte var särskilt genomgripande är det som nämnts svårt att dra alltför generella slutsatser av målet. Vad som dock kan konstateras är att det torde krävas en betydande integration mellan koncernbolag för att insolvensforum för ett av bolagen ska påverkas av att bolaget är just ett koncernbolag och detta i synnerhet när bolaget bedriver verksamhet vid sitt säte.³⁸⁶ Eftersom bolag kan vara organiserade på olika sätt är det möjligt att det faktum att gäldenären ingår i en koncern kan påverka en domstols bedömning av insolvensforum. På motsvarande sätt som vad gäller tillgångar i andra länder ska dock den nationella domstolen alltid göra en samlad bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet.

Som ett sidospår kan dessutom noteras att även om insolvensförordningen förutsätter att domsrätten för varje enskild gäldenär bedöms var för sig och varje enskild gäldenär ska omfattas av ett eget huvudförfarande saknar insolvensförordningen inte helt regler som gäller koncerner. Förordningen innehåller nämligen regler som rör samarbete och kommunikation mellan förvaltare och berörda domstolar gällande insolvensförfaranden för gäldenärer som är medlemmar i samma koncern. Förordningen reglerar hur dessa insolvensförfaranden kan samordnas, exempelvis för att kunna genomföra en rekonstruktion av koncernen.³⁸⁷ Det framgår uttryckligen i insolvensförordningens ingress att dessa regler syftar till att underlätta en ändamålsenlig förvaltning av insolvensförfarandena för koncernföretagen och

³⁸⁶ Denna slutsats drar även Generaladvokat Jacobs i sitt förslag till avgörande i EUD mål C-341/04 *Eurofood*. Berends diskuterar dessutom om det kan vara så att ju mindre verksamhet gäldenären bedriver i sitt sätesland, desto större möjlighet finns att ekonomisk kontroll från moderbolaget kan göra att sätespresumtionen kan brytas, se Berends (2006) s 347-349. Se även Ringe (2008). Fokus i den nationella domstolens bedömning av sin egen behörighet torde dock snarare ligga på var gäldenärens huvudkontor finns.

³⁸⁷ Se insolvensförordningen art 56-77 och ingresspunkt 51-62. Jfr Bewick (2015) s 185 ff. och Weiss (2015) s 192 ff. Se även Reumers (2013) s 554 ff., Wessels (2016) s 134 och Bogdan (2015) s 12 ff. Jfr även Rådets motivering: Rådets ståndpunkt (EU) nr 7/2015 vid första behandlingen inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om insolvensförfarande (omarbetning) (2015/C 141/02) p 26-27.

ha en allmänt positiv verkan för borgenärerna.³⁸⁸ Om det inte är lämpligt att samordna förfarandena för att kostnaderna för en samordning överstiger fördelarna med den behöver samordningen inte genomföras.³⁸⁹

Insolvensförordningens reglering om samarbete och kommunikation påverkar dock inte bedömningen av domsrätten beträffande ett insolvensförfarande för en enskild gäldenär. Behörigheten att inleda ett insolvensförfarande fastställs enligt art 3.1 på vanligt sätt i alla fall.

3.3.3.5 Anknytningen ska vara objektivt fastställbar för tredje man

En förutsättning för att en viss plats ska utgöra platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är att platsen kan fastställas av tredje man, enligt insolvensförordningen art 3.1.³⁹⁰ I förordningens ingresspunkt 28 anges att när det bedöms vad som är fastställbart för tredje man ska särskild hänsyn tas till borgenärernas uppfattning om var gäldenären förvaltar sina intressen. Det finns dock inget uttalande i ingressen som anger att tredje man uteslutande avser gäldenärens borgenärer, men det är tydligt att borgenärernas uppfattning väger tungt i bedömningen av om en plats utgör platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen.

Denna tolkning stärks också av insolvensförordningens ingresspunkt 32, där det som nämnts framgår att om den nationella domstolen är tveksam angående sin behörighet bör gäldenärens borgenärer ges möjlighet att lägga fram sina synpunkter beträffande behörigheten, förutsatt att medlemslandets lag tillåter detta. Det framgår således av ingresspunkten att borgenärernas synpunkter är särskilt viktiga för att bedöma var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns.

Insolvensförordningen innehåller dock ingen uttrycklig bestämmelse som innebär att den nationella domstolen måste eller ens kan höra gäldenärens borgenärer i behörighetsfrågan, det framgår endast som en rekommendation i ingressen. Något sådant krav finns inte

³⁸⁸ Se insolvensförordningens ingresspunkt 56-59.

³⁸⁹ Jfr insolvensförordningen art 56-57 och ingresspunkt 56-59.

³⁹⁰ Se motsvarande reglering i 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 13 samt exempelvis EUD mål C-341/04 Eurofood och EUD mål C-396/09 Interedil. Jfr Wessels (2006) s 184 och Szydło (2010) s 258.

heller i den svenska konkurslagen, tvärt om anges det i lagen att ansökan ska prövas skyndsamt och det finns endast undantagsvis möjlighet att skjuta upp beslutet.³⁹¹ I skuldsaneringslagen 15-16 §§ regleras visserligen att Kronofogdemyndigheten ska kontrollera att gäldenärens uppgifter i sin ansökan om skuldsanering är korrekta, men det finns inget uttryckligt krav på att höra gäldenärens borgenärer beträffande den internationell behörigheten. Inte heller lagen om företagsrekonstruktion innehåller någon bestämmelse om att domstolen ska eller kan höra gäldenärens borgenärer beträffande domstolens internationella behörighet att inleda rekonstruktionen enligt insolvensförordningen art 3.1 före det att beslutet om att inleda förfarandet fattas. Rekommendationen i förordningens ingress kan följaktligen vara svår att omsätta i praktiken, åtminstone beträffande ett svenskt förfarande.

Det framgår däremot uttryckligen av art 3.1 att den nationella domstolen ska bedöma gäldenärens anknytning baserat på vad som är objektivt fastställbart för tredje man. EU-domstolen har också fastställt, beträffande 2000 års insolvensförordning, att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska bestämmas utifrån kriterier som är objektiva och fastställbara för tredje man.³⁹² Anledningen till att detta är så viktigt är enligt EU-domstolen för att kunna garantera rättssäkerheten och förutsebarheten när en domstols behörighet att inleda ett förfarande bestäms.³⁹³ Domstolen menar att det är särskilt angeläget att garantera att domsrätten är förutsebar just eftersom huvudregeln är att lagen i det land där förfarandet inleds ska tillämpas beträffande insolvensförfarandet enligt 2000 års insolvensförordning art 4, en bestämmelse som har sin motsvarighet i 2015 års förordning art 7.³⁹⁴ Bedömningen av domsrätten blir således betydelsefull för alla som påverkas av gäldenärens insolvensförfarande.

EU-domstolen har också uttalat sig om vem som avses med tredje man enligt 2000 års insolvensförordning. Domstolen menar att

³⁹¹ Se konkurslagen 2 kap 14-20 §§.

³⁹² EUD mål C-341/04 Eurofood p 33.

³⁹³ Se exempelvis EUD mål C-341/04 Eurofood och EUD mål C-396/09 Interedil p 49.

³⁹⁴ EUD mål C-341/04 Eurofood p 33, EUD mål C-191/10 Rastelli p 33.

tredje man bland annat avser gäldenärens borgenärer.³⁹⁵ Domstolen begränsar dock inte heller gruppen tredje män. Gruppen kan följaktligen definieras vidare än enbart borgenärer. Domstolens uttalande motsvarar således även vad som framgår av den reviderade insolvensförordningens ingresspunkt 28.

Tredje man torde följaktligen förstås som utomstående med särskild vikt på borgenärskollektivet.³⁹⁶ Det kan följaktligen avse alla som på något sätt påverkas av gäldenärens insolvens men som inte själv är den som är insolvent.³⁹⁷ Ett sådant exempel kan vara gäldenärens affärskontakter eller familj och andra närstående.

Borgenärer utgör dock en grupp tredje man som har ett särskilt intresse av att veta var ett insolvensförfarande kan komma att inledas för att kunna försäkra sig om vilka lagar som kommer att gälla och därmed förutse bland annat vilken risk det innebär att ingå avtal med gäldenären. Att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska vara objektivt fastställbar för tredje man innebär dock inte att det blir mer förutsebart för borgenärer var ett insolvensförfarande kan komma att inledas. Skälet för detta är att gäldenären, efter det att gäldenären har ingått ett avtal med en viss borgenär, fortfarande kan ändra sin anknytning till ett nytt medlemsland på ett sätt som återigen är objektivt fastställbart för tredje man, så länge något insolvensförfarande inte har inletts. Icke desto mindre torde borgenärernas intresse av att kunna fastställa insolvensforum dock medföra att just deras objektiva uppfattning om var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns är av något större vikt vid bedömningen av insolvensforum jämfört med övriga typer av tredje mäns uppfattning.³⁹⁸

Aasaru diskuterar om det ska vara den grupp borgenärer som har störst fordran på gäldenären vars uppfattning om platsen för gäldenären

³⁹⁵ EUD mål C-396/09 Interedil p 49.

³⁹⁶ Denna fråga har även varit föremål för diskussion inom den rättsvetenskapliga litteraturen, där samma slutsats dras, jfr Berends (2006) s 340 och Jönzén och Möller (2009) s 81, jfr Mellqvist (2002). Jfr även Wessels (2006) s 184 samt Omar (2008) s 58 not 215 samt s 59, 180.

³⁹⁷ Tredje man som begrepp kan generellt definieras som en person som inte är part i ett avtal eller en tvist men ändå kan beröras av avtalet/tvistens genom att ha en rätt som konkurrerar med en avtalspartners rätt, se Bergström et al. (2004) s 189.

³⁹⁸ Se Szydlo (2010) s 259 samt Omar (2008) s 177.

rens huvudsakliga intressen ska vara avgörande eller om tredje mans uppfattning ska bedömas utifrån andra kriterier.³⁹⁹ Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen torde dock snarast bedömas utifrån var platsen är objektivt fastställbar för borgenärer och tredje man generellt. Storleken på borgenärernas respektive fordringar bör inte påverka denna bedömning. Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen får istället utgöra den plats som är just objektivt fastställbar för utomstående, med särskilt fokus på just vad borgenärerna som kollektivt objektivt sett uppfattar om var gäldenären förvaltar sina intressen.

Insolvensförordningen ger dock inga helt klara svar på när platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är objektivt fastställbar för tredje man på en annan plats än vid gäldenärens säte. I ingresspunkt 28 anges dock att om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen har ändrats måste borgenärerna informeras om detta vid en lämplig tidpunkt och på ett lämpligt sätt, exempelvis genom att adressändringen påpekas av gäldenären i affärskorrespondens eller att platsen offentliggörs av gäldenären på andra lämpliga sätt för att platsen ska vara objektivt fastställbar i det nya landet.⁴⁰⁰ Detta antyder att det inte ställs särskilt höga krav för att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska gå att fastställa för tredje man på en annan plats än sätet, det kanske till och med är tillräckligt att ange huvudkontorets adress på företagets hemsida.

I fallet *Interedil* konstaterar EU-domstolen att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är objektivt fastställbart för tredje man när de konkreta omständigheter som har beaktats för att bestämma denna plats är offentliggjorda eller åtminstone har varit tillräckligt transparenta för att tredje man ska ha kunnat få kännedom om dem.⁴⁰¹ I fallet behandlades som nämnts bland annat frågan om fastigheter samt avtal med en finansiell institution kan betraktas som sådana faktorer som är objektivt fastställbara.⁴⁰² Domstolen uttalade att fastigheterna och

³⁹⁹ Se Aasaru (2011) s 357, 367.

⁴⁰⁰ Jfr även Rådets motivering: Rådets ståndpunkt (EU) nr 7/2015 vid första behandlingen inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om insolvensförfarande (omarbetning) (2015/C 141/02) p 17.

⁴⁰¹ EUD mål C-396/09 *Interedil* p 49. Jfr även Szydlo (2010) s 258.

⁴⁰² Se EUD mål C-396/09 *Interedil*.

avtalet torde vara offentliga och därför kunde de också enligt domstolen anses vara fastställbara för tredje man. För att sätespresumtionen ska brytas krävs dock som nämnts mer än tillgångar och avtal i ett annat land. Det måste framgå för tredje man att gäldenären faktiskt leds och kontrolleras och dess intressen förvaltas från det andra landet, det vill säga att situationen är en annan än den som gäldenärens säte antas återspegla.⁴⁰³ Det intressanta med fallet i detta avseende är dock just domstolens konstaterande att bolagets borgenärer inte behöver ha informerats om de aktuella fastigheterna och avtalet, det var tillräckligt att dessa var offentliggjorda.

Anknytningskravet i art 3.1 förutsätter att det efter en övergripande bedömning av samtliga relevanta omständigheter och på ett sätt som kan fastställas av tredje man visas att centrum för företagets ledning, övervakning samt för tillvaratagande av företagets intressen finns i det aktuella medlemslandet. Enbart affärskorrespondens som anger att huvudkontoret finns på en viss plats i sig, utan att huvudkontoret också finns på den nya adressen, räcker således inte för att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska finnas på den aktuella adressen. En gäldenär som vill påverka domsrätten kan följaktligen inte helt enkelt ange offentligt att huvudkontoret är i ett visst land för att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen också ska anses vara på den platsen. Det måste nämligen dessutom vara möjligt att visa att huvudkontoret faktiskt också finns där.

Omständigheterna att gäldenärens verksamhet leds och övervakas samt att gäldenärens intressen tillvaratas i ett visst land kan dock vara svåra att uppfatta för tredje man. Tredje man torde dessutom normalt inte ha den typen av insyn i gäldenärens verksamhet eller ens tillträde till den plats där beslut fattas och där gäldenärens verksamhet faktiskt leds för att kunna bedöma om besluten faktiskt fattas i ett visst kontor i ett visst land.⁴⁰⁴ Kontroll kan vara svårt att fastställa för tredje man eller vara en tillräckligt transparent omständighet för att tredje man ska ha någon kännedom om den.⁴⁰⁵

⁴⁰³ EUD mål C-396/09 Interedil p 53.

⁴⁰⁴ Se Berends (2006) s 341 och McCormack (2009) s 187.

⁴⁰⁵ Jfr Wessels (2006) s 187.

Insolvensförordningen torde dock förstås så att tredje man inte behöver ha en fullständig insyn i gäldenärens verksamhet på så sätt att tredje man faktiskt kan uppfatta var specifika beslut fattas för att det ska kunna konstateras att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett visst medlemsland. Däremot måste det kunna visas att tredje man kan uppfatta att verksamheten faktiskt leds och kontrolleras från platsen. Uttalandet i ingresspunkt 28, att det är fullt tillräckligt att det visas att gäldenärens verkliga huvudkontor faktiskt finns i ett visst medlemsland och att detta är offentliggjort, talar även för att tredje man inte behöver ha full insyn i exakt vilka beslut som fattas var, men att det ska framstå att gäldenären just kontrolleras från ett visst medlemsland. Det kan exempelvis ha framgått genom gäldenärens korrespondens till utomstående, på gäldenärens offentliga hemsida eller liknande.

Det kan dock även förekomma situationer där det objektivt för tredje man framstår som att gäldenärens huvudkontor finns någon annanstans än vid gäldenärens säte, exempelvis i ett sådant fall då det tydligt framstår för utomstående att gäldenärens hela verksamhet styrs av ett moderbolag. Kravet för att ett huvudkontor ska anses vara objektivt fastställbart för tredje man hos moderbolaget torde inte heller i ett sådant fall ställas särskilt högt eftersom det torde vara tillräckligt att omständigheten är tillräckligt transparent för att tredje man ska ha kunnat få kännedom om den. Det torde således vara fullt tillräckligt att det framstår för gäldenärens borgenärer att gäldenärens verksamhet styrs från moderbolaget, exempelvis för att kontakterna med borgenärer sker från samma adress som moderbolagets huvudkontor, för att detta ska vara objektivt fastställbart för tredje man enligt art 3.1.

Frågan om var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns blir dock mer komplicerad om gäldenären har kommunicerat att gäldenärens verkliga huvudkontor finns i ett visst medlemsland, men gäldenärens verksamhet faktiskt styrs och kontrolleras från gäldenärens moderbolags huvudkontor. Om gäldenärens verksamhet till att börja med inte styrs och kontrolleras från det kommunicerade huvudkontoret utgör detta inte platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Om det dessutom inte är objektivt fastställbart för tredje man att gäldenärens verksamhet styrs och kontrolleras från moderbolagets huvudkontor utgör inte heller detta platsen för gäldenärens huvudsak-

liga intressen. I ett sådant fall torde sätespresumtionen inte kunna brytas eftersom en förutsättning för att bryta presumtionen är att det går att fastställa att gäldenärens huvudkontor finns i ett annat land än säteslandet. Rör det sig dock om ett brevlådeföretag torde dock presumtionen som nämnts kunna brytas om gäldenären bedriver verksamhet i ett annat medlemsland än det där sätet finns.

3.3.4 Sammanfattande kommentar

Domsrättsregeln i insolvensförordningen art 3.1 klargörs betydligt genom förordningens ingresspunkt 30 i kombination med EU-domstolens praxis angående 2000 års insolvensförordning. Ingresspunkten och domstolens praxis får nämligen förstås så att platsen för gäldenärens huvudsakliga intresse utgör den plats där gäldenärens verkliga huvudkontor finns på ett sätt som är fastställbart för tredje man.⁴⁰⁶ Huvudkontoret är den plats varifrån gäldenärens verksamhet leds och där gäldenärens intressen tillvaratas. Gäldenärens verkliga huvudkontor kan visserligen också kritiseras för att vara ett vagt anknytningskrav, särskilt då det inte är helt klart var gäldenärens verksamhet verkligen leds ifrån, men det är i alla fall tydligare än platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen, som kan tolkas på olika sätt.⁴⁰⁷

När en nationell domstol ska pröva sin egen internationella behörighet att inleda ett insolvensförfarande ska domstolen följaktligen utgå från att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns vid gäldenärens registrerade säte alternativt, om inget säte är registrerat, det säte som framgår av gäldenärens stadgar eller liknande. Denna uppgift ska dock enbart ses som en utgångspunkt för att bedöma platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Den nationella domstolen måste nämligen i enlighet med uttalandena i insolvensförordningen

⁴⁰⁶ Denna tolkning stöds av flertalet forskare på området, se exempelvis Mevorach (2009) s 91-92 samt Mevorach (2008) s 439 och Gullifer, Ringe och Théry (2009) s 116. Armour menar att det viktiga inte är att finna var gäldenärens faktiska säte finns. Istället är det tredje mans objektiva uppfattning om var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns som är avgörande, se Gullifer, Ringe och Théry (2009) s 124-125.

⁴⁰⁷ Begreppet kan dock med rätta konstateras vara vagt i 2000 års insolvensförordning, jfr Wessels (2006) s 189. Jfr Weiss (2015) s 192 ff.

ingresspunkt 30 och 32 alltid göra en övergripande bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Om domstolen är tveksam beträffande sin egen behörighet ska domstolen kräva ytterligare bevisning av sökanden eller gäldenären eller bådadera. Presumtionen ska dock endast frångås om det visas att gäldenärens verkliga huvudkontor finns i ett annat medlemsland än säteslandet.

Det kan diskuteras om gäldenärens huvudkontor är ett lämpligt anknytningskrav och om det faktiskt utgör vad som mer allmänt kan sägas vara platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Gäldenären kanske i praktiken har en närmare anknytning till exempelvis det land där gäldenären på ett synligt sätt bedriver verksamhet, där produktion, kontor och anställda finns, än det land där gäldenären har sitt huvudkontor om dessa platser finns i olika medlemsländer.⁴⁰⁸ En sådan tolkning av art 3.1 torde dock vara utesluten eftersom det uttalas i insolvensförordningens ingress och i EU-domstolens praxis att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen just ska förstås som gäldenärens verkliga huvudkontor. Omständigheten att gäldenären har tillgångar, verksamhet och anställda i ett annat medlemsland än det land där gäldenärens säte finns kan dock påverka bedömningen av insolvensforum på så sätt att sätespresumtionen då kan komma att brytas. Detta ska nämligen vara en omständighet som ska göra den nationella domstolen i säteslandet tveksam angående sin egen behörighet och därför kräva ytterligare bevisning för att säkerställa att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen verkligen finns i säteslandet. Om det visas att gäldenärens huvudkontor finns i samma land som gäldenärens säte är domstolen i säteslandet behörig att inleda huvudförandet.

Eftersom platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen, när det gäller gäldenärer som är bolag och andra juridiska personer, är tämligen väl definierat i insolvensförordningens ingress och genom EU-domstolens praxis torde nationella domstolars bedömning av sin egen behörighet kunna riktnas inom EU. Det innebär dock också att domsrättsregeln saknar flexibilitet. En nationell domstol kan nämligen inte göra en egen bedömning av vad som är att anse som gäldenärens huvudsakliga intressen i ett enskilt fall. Det torde exempelvis inte vara

⁴⁰⁸ Jfr Berends (2006) s 339-341 och Jönzén och Möller (2009) s 82-84.

möjligt att i en enskild situation bedöma att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är i en annan jurisdiktion än den där sätet och huvudkontoret är belägna för att gäldenären bedriver den huvudsakliga delen av sin verksamhet i ett annat medlemsland.

Det finns också en risk att nationella domstolar inom EU gör olika bedömningar beträffande när sätespresumtionen ska brytas. Domstolar i olika medlemsländer kan nämligen göra olika bedömningar vad gäller vad som krävs för att domstolen ska bli tveksam och kräva ytterligare bevisning. Det innebär att en domstol i ett medlemsland kan bedöma att den är behörig att inleda ett förfarande för att gäldenärens säte finns i landet och inte kräver att saken undersöks vidare. Så kan ske trots att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen skulle kunna bedömas vara i ett annat medlemsland om domstolen hade blivit medveten om detta. Om en domstol i det medlemsland där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns samtidigt hade bedömt att sätespresumtionen ska frångås och att den domstolen är behörig att inleda förfarandet innebär detta att domstolar i flera medlemsländer i praktiken kan bedöma att de är behöriga samtidigt. Detta gäller följaktligen trots att domsrättsregeln i art 3.1 ska förstås så att enbart domstolarna i ett medlemsland ska vara behöriga att inleda ett förfarande,

Uttalandena i insolvensförordningens ingresspunkt 30 och 32 innebär visserligen att nationella domstolar har ett betydande ansvar att faktiskt kontrollera att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom domstolens jurisdiktion. Även om domstolarna tar detta ansvar på allvar måste domstolarna dock ha en möjlighet att faktiskt bli tveksamma beträffande sin behörighet i praktiken. Detta problem hade säkerligen minskat betydligt om presumtionen i art 3.1 plockades bort helt och det istället ställdes som krav att sökanden direkt måste visa att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom domstolens jurisdiktion.

Det finns dock ytterligare en problematik som bör nämnas när det gäller bedömningen av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Problemet består i att bolag bildas på olika sätt i medlemsländerna och att det finns skillnader i vad som betraktas som en juridisk person samt var en juridisk person kan förlägga sitt huvudkontor

eller säte och fortfarande vara en juridisk person enligt nationell rätt. Det finns helt enkelt olika sätt att se på ett bolags säte inom EU.

Skillnaderna mellan medlemsländernas regleringar om hur bolag bildas och vad som erkänns som en juridisk person brukar inom den rättsvetenskapliga litteraturen på området ibland beskrivas genom att medlemsländernas bolagsrättsliga lagstiftningar delas in i två olika grupper. Det är lagstiftning som baseras på den så kallade registreringsprincipen och lagstiftning som baseras på den så kallade sätesprincipen.⁴⁰⁹ Uppdelningen mellan länder som tillämpar lagstiftning baserad på sätesprincipen respektive registreringsprincipen är dock en förenklad generalisering av ländernas lagstiftningar och det finns naturligtvis lokala variationer i medlemsländerna.

Exempel på länder som tillämpar registreringsprincipen är Sverige, Danmark, Finland, Norge, Nederländerna, Irland, Storbritannien och Schweiz.⁴¹⁰ Registreringsprincipen innebär att det är tillräckligt att bolaget är registrerat i landet för att det ska utgöra ett nationellt bolag. Det är således inte nödvändigt att bolagets verkliga säte eller huvudkontor finns i landet. Ett svenskt aktiebolag anses exempelvis bildat när stiftelseurkunden är undertecknad och bolaget blir en juridisk person när det har registrerats i enlighet med aktiebolagslagen 2 kap. För att aktiebolaget ska vara en juridisk person krävs alltså att bolaget är registrerat i Sverige. Att det svenska aktiebolaget har sitt verkliga säte i en annan jurisdiktion än den där sätet är registrerat, det vill säga i Sverige, får dock ingen egentlig betydelse för huruvida bolaget anses vara en juridisk person eller inte enligt svensk rätt. Ett svenskt aktiebolag kan alltså ha sitt verkliga säte i ett annat land än i Sverige.

I Frankrike, Tyskland, Österrike, Belgien och Spanien har däremot traditionellt gällt att ett bolag, förutom att vara registrerat i landet, även måste ha sitt verkliga säte i registreringslandet för att betraktas som en juridisk person, något som är kännetecknande för sätes-

⁴⁰⁹ Jfr Mucciarelli (2008) s 267 ff, Dotevall (2006) s 885. Jfr även Martin och Alogna (2007) och Borg-Barthet (2012) s 50 ff.

⁴¹⁰ För en mer omfattande jämförelse mellan medlemsländernas lagstiftningar, se Mucciarellis komparativa studie från 2008, Mucciarelli (2008). Se även Dotevall (2006) s 885.

principen.⁴¹¹ Detta innebär att om ett bolag som är bildat i ett land som tillämpar sätesprincipen flyttar sitt verkliga säte till ett annat medlemsland finns det en risk att bolaget inte längre erkänns som ett nationellt bolag och juridisk person och upphör genom flytten.

EUF-fördraget, liksom det tidigare EG-fördraget, ger medlemsländerna möjlighet att komma överens om en harmonisering av nationell lagstiftning vad gäller bolags status som juridiska personer och kraven för att behålla ett bolags status som juridisk person.⁴¹² Medlemsländerna har dock mig veterligen ännu inte kommit överens om en sådan harmonisering.⁴¹³ EU:s bolagsdirektiv har däremot i viss mån påverkat medlemsländernas nationella lagstiftning mot en harmonisering, exempelvis genom vissa krav på registrering av bolag i nationella register.⁴¹⁴ Trots direktivens krav på medlemsländernas lagstiftningar är det dock tydligt att skillnaderna mellan länderna vad gäller vad som erkänns som ett nationellt bolag kvarstår.⁴¹⁵

Sätes- och registreringsprincipen kan innebära att när platsen för en gäldenärs huvudsakliga intressen diskuteras inom EU finns det en risk att jurister i länder som tillämpar sätesprincipen gärna för över sin egen nationella tolkning av vad som utgör det verkliga sätet såsom detsamma som platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Khairallah menar att det har skapats en osäkerhet runt anknytningskravet platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen eftersom alla medlemsländers bolagsrättsliga lagstiftningar inte baseras på registreringsprincipen.⁴¹⁶

Här måste dock understrykas att EU-domstolen tydligt har markerat att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska bedömas

⁴¹¹ Se Dotevall (2006) s 885. Se även Martin och Alogna (2007).

⁴¹² Se EUF-fördraget art 273, det tidigare EG-fördraget art 239.

⁴¹³ Denna slutsats drar även EU-domstolen i EUD mål C-210/06 Cartesio p 108, 114. EUD mål C-81/87 Daily Mail p 21-23. Se även Cains (2010) och Timmermans (2010).

⁴¹⁴ EUD mål C-81/87 Daily Mail p 21-23. I detta avseende är första bolagsdirektivet mest intressant eftersom det kräver att *limited liability companies* ska registreras i offentligt register, se första bolagsdirektivet (68/151/EEC). Se även Mucciarelli (2008).

⁴¹⁵ EUD mål C-210/06 Cartesio p 114.

⁴¹⁶ Se Gullifer, Ringe och Théry (2009) s 113.

oberoende av hur liknande begrepp tolkas i nationell rätt.⁴¹⁷ Anknätningskravet är specifikt för insolvensförordningen och har därför en självständig innebörd. En domstol ska därför inte heller föra över den egna nationella tolkningen av verkligt säte för att tolka insolvensförordningen art 3.1. Det är dock möjligt att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen överensstämmer med en definition av verkligt säte i ett medlemsland, men enbart för att dessa platser i så fall råkar överensstämma.

Insolvensförordningens anknätningskrav är dock utformat på ett smidigt sätt eftersom förordningen erkänner att en juridisk person kan ha sitt verkliga huvudkontor i en annan jurisdiktion än vid gäldenärens registrerade säte, men samtidigt inte innebär något hinder mot en nationell lagstiftning som baseras på sätesprincipen. Anknätningskravet fungerar därför för samtliga typer av bolag inom EU. Ett bolag eller annan juridisk person kan dock stöta på svårigheter att flytta platsen för sina huvudsakliga intressen till ett annat medlemsland om bolaget inte kan flytta sitt verkliga säte enligt nationell rätt.

3.4 Anknätningskravet för egenföretagare och fria yrkesutövare

3.4.1 Introduktion

Domsrättsregeln i insolvensförordningen art 3.1 omfattar som nämnts även gäldenärer som är fysiska personer som bedriver verksamhet som egenföretagare och fria yrkesutövare. I 2000 års insolvensförordning görs ingen skillnad mellan dessa typer av gäldenärer och andra fysiska personer i art 3.1, men så är däremot fallet i 2015 års förordning. Precis som när det gäller övriga gäldenärer är det dock domstolarna i det land där gäldenärens huvudsakliga intressen finns som är behöriga att inleda ett huvudförfarande enligt art 3.1.

Förutom förtydligandet i art 3.1, att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska vara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som kan fastställas av tredje man, ger

⁴¹⁷ EUD mål C-341/04 Eurofood.

dock artikeln inte någon närmare ledning i var gäldenärens huvudsakliga intressen finns för dessa typer av gäldenärer. Eftersom det dessutom saknas praxis från EU-domstolen som tydliggör domsträttsregeln är det mer oklart hur behörig domstol ska bedömas när det gäller denna grupp gäldenärer än när det gäller gäldenärer som är bolag och andra juridiska personer.

Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen presumeras dock vara vid gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe enligt art 3.1. Presumtionen gäller så länge det inte visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland. Presumtionen gäller dessutom endast om gäldenären inte har flyttat sitt huvudsakliga verksamhetsställe till ett annat medlemsland inom tre månader före ansökan om att inleda ett huvudförfarande.

Vilka personer som avses med enskilda som bedriver verksamhet som egenföretagare eller fria yrkesutövare lämnas också utan vidare definition i insolvensförordningen. När det gäller *egenföretagare* verkar det dock rimligt att utgå ifrån att detta avser personer som tjänar sin inkomst genom egen verksamhet eller på uppdrag av någon. Det torde således inte röra sig om personer som tjänar sin huvudsakliga inkomst genom en anställning.⁴¹⁸ Skälet för denna tolkning är helt enkelt att detta torde ligga i själva betydelsen av ordet egenföretagare.

Frågan är då var gränsen går mellan arbetstagare och egenföretagare. Denna fråga har varit föremål för prövning i EU-domstolens praxis, men eftersom denna praxis har gällt andra EU-rättsliga rättsakter än insolvensförordningen är det viktigt att inte utgå ifrån att domstolen skulle bedöma insolvensförordningen på samma sätt.⁴¹⁹ EU-domstolen verkar dock lägga särskild vikt vid att en arbetstagare har en underordnad ställning jämfört med en egenföretagare i förhållande till sin uppdragsgivare beträffande arbets- och lönevillkor.⁴²⁰ En egenföretagare är enligt EU-domstolen en person som utövar sin för-

⁴¹⁸ Jfr Ringe (2016) s 152.

⁴¹⁹ Jfr Ringe (2016) s 152. Se även Bork och Mangano (2016) s 47 ff.

⁴²⁰ Jfr EUD C-268/99 Jany m.fl. p 34, 37. Jfr även Ringe (2016) s 152.

värvsverksamhet på eget ansvar och tar den ekonomiska risken för sin verksamhet.⁴²¹

Det kan tänkas att en person kan ha en anställning och yrkesarbetar deltid samtidigt som han eller hon driver viss näringsverksamhet övrig tid. Frågan är då om personen ska ses som en egenföretagare eller anställd i insolvensförordningens mening. Den avgörande frågan torde vara vilken av gäldenärens verksamheter som utgör gäldenärens huvudsakliga sysselsättning och inkomstkälla. Skälet för detta är att domsrättsregeln i art 3.1 torde syfta till att domstolarna i det land som gäldenären har sin främsta anknytning till ska vara behöriga att inleda ett huvudförfarande. Gäldenärens verksamhet som egenföretagare torde således enbart vara relevant för att bedöma gäldenärens anknytning till ett visst land om den också faktiskt utgör gäldenärens huvudsakliga verksamhet och inkomstkälla.

Vad som avses med *fria yrkesutövare* torde dock vara än mer oklart än vad som avses med en egenföretagare. Ringe beskriver emellertid hur vissa yrkeskategorier i vissa medlemsländer historiskt har organiserat sig på ett mer fritt sätt än vad som gäller vid en ”vanlig” anställning och därför kan förstås som just fria yrkesutövare i förordningens mening.⁴²² Ringe ger som exempel att läkare, jurister, ingenjörer, arkitekter och revisorer kan vara fria yrkesutövare.

När det gäller svenska förhållanden torde dock mig veterligen samtliga av dessa yrkeskategorier normalt bedriva sin verksamhet just inom en anställning, genom enskild näringsverksamhet eller genom att vara delägare i ett bolag där verksamheten bedrivs. Om personen är anställd torde personen som utgångspunkt inte ses som en fri yrkesutövare, även om personen ingår i en viss yrkeskategori. Det kan dock tänkas att en person som har en anställning men som får sin främsta inkomst genom provision skulle kunna vara en fri yrkesutövare. Här torde återigen distinktionen mellan en anställd och uppdragstagare aktualiseras. Om personen har ett mer självständigt uppdrag, arbetar under eget ansvar och tar den ekonomiska risken för sitt arbete torde

⁴²¹ EUD C-268/99 Jany m.fl. p 37, EUD C-3/87 The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd.

⁴²² Se Ringe (2016) s 153. Se även Bork och Mangano (2016) s 47 ff.

personen kunna vara en fri yrkesutövare, eller egenföretagare, i insolvensförordningens mening.⁴²³

En person som utför uppdrag genom enskild näringsverksamhet eller får sin inkomst genom att vara delägare i ett bolag där personen bedriver sin verksamhet torde också kunna definieras som en fri yrkesutövare. Frågan är dock om en sådan person kanske snarare ska ses som en egenföretagare, än en fri yrkesutövare. Om personen ska ses som en fri yrkesutövare verkar gränsen mellan vad som utgör en egenföretagare eller fri yrkesutövare, vad gäller svenska förhållanden, i så fall främst vara en fråga om vilken yrkeskategori personen tillhör. Utomlands kan dock arbetsförhållandena se annorlunda ut, vilket också kan vara ett skäl till att fria yrkesutövare anges som en särskild typ av gäldenär. För tillämpningen av insolvensförordningen spelar det dock ingen roll vilken kategori en gäldenär tillhör, så länge det kan konstateras att det just rör sig om en egenföretagare eller fri yrkesutövare.

I direktiv 2005/36/EC definieras så kallade fria yrken i ingresspunkt 43 såsom yrken som utövas av en person personligen på grund av särskilda yrkeskvalifikationer, under eget ansvar och yrkesmässigt självständigt.⁴²⁴ Ytterligare en förutsättning för att det ska röra sig om ett fritt yrke enligt ingresspunkten är att personen utför intellektuella tjänster i allmänhetens och uppdragsgivarens intresse. I ingresspunkten anges också att fria yrken normalt är underkastade viss reglering i medlemsländernas lagstiftningar och att det finns särskilda yrkesorganisationer för dessa yrken i medlemsländerna. Direktivet ger dock inte heller någon närmare förklaring vad gäller gränsen mellan vad som är en egenföretagare respektive fri yrkesutövare. Även om insolvensförordningen visserligen inte hänvisar till definitionen i detta direktiv verkar definitionen i direktivet överensstämma med den ovan nämnda tolkningen av fria yrkesutövare i förordningens mening.

⁴²³ Jfr EUD C-268/99 Jany m.fl. p 34, 37, EUD C-3/87 The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd.

⁴²⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer. Jfr även Ringe (2016) s 153.

3.4.2 Presumtionen gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe

Insolvensförordningen innehåller visserligen ingen definition av vilken plats som avses med gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe. Begreppet huvudsakligt verksamhetsställe förekommer dock i andra EU-rättsliga rättsakter, även om definitionerna också är bristfälliga.⁴²⁵ I Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/97 av den 20 januari 2016 om försäkringsdistribution (omarbetning) art 2.14 definieras dock huvudsakligt verksamhetsställe som *den plats där den huvudsakliga verksamheten bedrivs*. Det kan visserligen leda fel att tolka insolvensförordningen i enlighet med denna definition eftersom den berör en helt annan rättsakt.⁴²⁶ Eftersom insolvensförordningen saknar en egen definition måste dock någon tolkning göras och det verkar då rimligt att tolka förordningen i linje med denna definition.

Gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe torde i linje med denna definition förstås som den plats där gäldenären bedriver huvuddelen av sin verksamhet. Eftersom det uttryckligen anges att platsen ska vara gäldenärens *huvudsakliga* verksamhetsställe bör det, liksom platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen dessutom avse en bestämd plats. Det torde inte vara möjligt för en gäldenär att ha flera olika huvudsakliga verksamhetsställen och att presumtionen är uppfylld i deras medlemsland samtidigt. Ett av gäldenärens verksamhetsställen måste nämligen kunna bedömas vara just det huvudsakliga verksamhetsstället.

Enbart tillgångar i ett medlemsland kan dock inte vara detsamma som att bedriva verksamhet i landet. Det gäller oavsett hur mycket

⁴²⁵ Se exempelvis Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II) art 23. Jfr Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning) ingresspunkt 36. Där finns en detaljerad definition av personuppgiftsansvarigas huvudsakliga verksamhetsställe, vilket i korthet anges motsvara den plats där personen i fråga har sin centrala förvaltning. Även i Bryssel I-förordningen används orten för en persons huvudsakliga verksamhetsställe som anknytningskriterium, men utan någon vidare definition, se art 63.1.

⁴²⁶ Jfr EUD mål C-523/07 A p 34.

tillgångar det rör sig om. Tillgångar i sig är nämligen ingen verksamhet och kan därför inte vara tillräckligt för att gäldenären ska ha sitt huvudsakliga verksamhetsställe i ett visst land.

Eftersom platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska vara fastställbar för tredje man enligt insolvensförordningen art 3.1 torde det även ställas som krav att gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe är möjligt att fastställa för tredje man.⁴²⁷ Det innebär i så fall, i ljuset av EU-domstolens praxis, att platsen måste vara offentliggjord eller åtminstone tillräckligt transparent för att tredje man ska ha kunnat få kännedom om den.⁴²⁸

Gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe får följaktligen förstås som den plats där gäldenären, på ett objektivet sett synligt sätt och utifrån en sammanvägd bedömning av omständigheterna i varje enskilt fall, bedriver huvuddelen av sin verksamhet. Det måste följaktligen vara en plats som gäldenärens borgenärer är bekanta med.⁴²⁹

Denna tolkning av gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe skiljer sig följaktligen från gäldenärens säte och sätespresumtionen på så sätt att det huvudsakliga verksamhetsstället inte avser en formellt angiven plats. Till skillnad från gäldenärens säte behöver gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe inte nödvändigtvis finnas registrerat eller formellt angivet någonstans. Det torde istället vara en plats som beror på omständigheterna i varje enskilt fall, där det kan visas att gäldenären faktiskt bedriver huvuddelen av sin verksamhet.

Detta innebär också att det kan vara svårare att visa att gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe finns i ett visst medlemsland än att exempelvis visa att en juridisk persons säte finns i ett land. För att visa att sätet finns i ett visst land torde det nämligen normalt vara tillräckligt att visa ett registreringsbevis. För att visa att gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe finns i ett medlemsland måste sökanden däremot visa att gäldenären faktiskt bedriver huvuddelen av sin verksamhet i landet.

⁴²⁷ Jfr Ringe (2016) s 154.

⁴²⁸ Jfr EUD mål C-396/09 Interedil p 49.

⁴²⁹ Ringe gör en liknande bedömning, se Ringe (2016) s 154.

När det gäller platsen för juridiska personers huvudsakliga intressen konstaterades i avsnitten ovan att om gäldenären bedriver verksamhet i ett annat medlemsland än det där gäldenärens säte finns är det en sådan omständighet som ska göra den nationella domstolen i säteslandet tveksam angående sin behörighet. Domstolen bör då kräva ytterligare bevisning för att kunna fastställa att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom domstolens jurisdiktion. När det gäller enskilda som bedriver verksamhet som egenföretagare eller fria yrkesutövare utgör istället den omständigheten att gäldenären bedriver verksamhet i ett land en presumtion för att en domstol i det aktuella landet är behörig att inleda ett huvudförfarande, förutsatt att det är gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe. Betydelsen av att gäldenären bedriver verksamhet i ett medlemsland blir således olika när det gäller domsrätten för dessa typer av gäldenärer.

Eftersom syftet med domsrättsreglerna är att finna den plats som gäldenären har närmast anknytning till verkar presumtionen för den plats där gäldenären bedriver sin huvudsakliga verksamhet dock vara mer ändamålsenlig för att motsvara platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen än gäldenärens säte. Skälet för detta är att sätet just enbart utgör en formellt registrerad plats medan det huvudsakliga verksamhetsstället däremot utgör en plats som gäldenären har en faktisk också har en materiell anknytning till.

Fördelen med sätespresumtionen är dock att det inte bör vara särskilt svårt att visa var sätet finns. Eftersom presumtionen enbart utgör en utgångspunkt för att finna platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen verkar det mer tidseffektivt för en domstol att kunna utgå från denna plats, än att behöva fastställa var gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe finns. Det kan tänkas att EU-lagstiftaren hade valt ett motsvarande anknytningskriterium som gäldenärens säte om något sådant hade funnits att tillgå beträffande egenföretagare och fria yrkesutövare.

Presumptionernas styrka enligt art 3.1 har redan diskuterats i avsnitten ovan. Insolvensförordningen får, i ljuset av ingresspunkt 30 och 32 förstås så att presumptionerna enbart ska ses som utgångspunkter vid bedömningen av domsrätten. Så gäller även beträffande gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe. I ingresspunkterna anges nämligen att den nationella domstolen bör göra en noggrann bedömning

av om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom domstolens jurisdiktion och om den nationella domstolen är tveksam bör domstolen kräva ytterligare bevisning till stöd för sin egen behörighet. Uttalandena i ingresspunkterna pekar mot att art 3.1 måste förstås så att de nationella domstolarna har ett ansvar att göra en övergripande bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet och inte enbart stanna vid att presumptionen är uppfylld om domstolen är tveksam angående sin behörighet.

En nationell domstol bör bli tveksam angående sin behörighet om det framgår för domstolen att gäldenären har en gränsöverskridande verksamhet. Det kan exempelvis handla om att gäldenären har tillgångar eller bedriver verksamhet i ett annat medlemsland som domstolen har blivit medveten om. Då bör domstolen kräva ytterligare bevisning av sökanden för att fastställa att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen verkligen finns inom domstolens jurisdiktion. Som diskuterats tidigare finns det dock här en praktisk problematik i det att sökanden kanske inte visar på omständigheter som gör den nationella domstolen tveksam beträffande sin behörighet. Då kan följaktligen den nationella domstolen ha svårt att uppnå den nivå av tveksamhet som krävs för att frångå presumptionen. Det finns exempelvis inget krav enligt insolvensförordningen på att en nationell domstol ska höra gäldenärens borgenärer, även om detta framgår som en rekommendation i förordningens ingress.

Insolvensförordningen art 3.1 innehåller dock även en karenstid för presumptionen att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är i samma jurisdiktion som gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe. Karenstiden innebär presumptionen ska brytas automatiskt om gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe har flyttats inom tre månader före ansökan om huvudförfarande. I förordningens ingresspunkt 29-31 uttalas att syftet med karenstiden, precis som för karenstiden beträffande sätespresumptionen för juridiska personer, är att garantera att det förhindras att *forum shopping* används i bedrägligt syfte eller missbrukas.

Om gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe har flyttats inom karenstiden innebär detta således enbart att själva presumptionen ska brytas, men inte att domsrätten ska bedömas utifrån en tidpunkt tre månader tillbaka i tiden enligt insolvensförordningen art 3.1. Platsen

för gäldenärens huvudsakliga intressen ska följaktligen i ett sådant fall bedömas utan att presumtionen tillämpas.

När det gäller karenstiden aktualiseras egentligen samma frågeställningar och diskussion som redan har tagits upp i avsnittet om karenstiden för sätespresumtionen. Det kan diskuteras om en karenstid på enbart tre månader alls är adekvat för att förhindra att en gäldenär försöker påverka domsrätten genom att flytta sitt huvudsakliga verksamhetsställe. Det bör dock vara betydligt besvärligt för en gäldenär att flytta sitt huvudsakliga verksamhetsställe, än vad det exempelvis är för en juridisk person att enbart registrera sitt säte i ett nytt medlemsland. Denna omständighet torde, i sig, förhindra att gäldenärer försöker påverka presumtionen enligt art 3.1.

Tre månader är dock en mycket kort karenstid och den förhindrar naturligtvis inte en flytt av gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe utanför karenstiden. Eftersom karenstiden dessutom enbart innebär att presumtionen ska frångås om platsen nyligen har flyttats förhindrar den dessutom inte att gäldenärer flyttar platsen för sina huvudsakliga intressen i syfte att påverka domsrätten. Regeln förhindrar enbart att gäldenärens anknytning bedöms baserat på presumtionen i art 3.1.

3.4.3 Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen

Presumtionen i art 3.1 ska som nämnts brytas om det visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland inom EU än det där gäldenären har sitt huvudsakliga verksamhetsställe. I avsnittet ovan beträffande platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen för juridiska personer konstaterades att art 3.1 bör förstås så att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen tar sikte på *en* specifik plats. En gäldenär kan knappast ha två platser som samtidigt utgör platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Detta gäller även när gäldenären är en egenföretagare eller fri yrkesutövare.

Insolvensförordningen ger dock ingen ledning i var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns för personer som bedriver verksamhet som egenföretagare eller är fria yrkesutövare. Det verkar dock inte helt rimligt att platsen för gäldenärens huvudsakliga intres-

sen ska likställas med gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe. Om samma plats hade avsetts skulle det nämligen inte finnas något behov av en presumptionsregel, eftersom det då rimligen hade räckt med ett anknytningskrav.

Formuleringen i art 3.1, att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är den där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som är fastställbart för tredje man, talar också för att den plats som avses inte nödvändigtvis är den där gäldenären bedriver sin verksamhet. Den plats där gäldenären förvaltar sina intressen bör nämligen förstås som den plats där gäldenären fattar beslut om sin verksamhet och tillvaratar sina intressen.

Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen torde avse motsvarande samma plats som vad gäller juridiska personer, nämligen gäldenärens verkliga huvudkontor. Huvudkontoret för juridiska personer definierades i avsnitten ovan som den plats där gäldenärens ledning finns och de mer övergripande besluten om gäldenärens verksamhet fattas. Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen torde tolkas på samma sätt beträffande egenföretagare och fria yrkesutövare, nämligen den plats där viktiga beslut av mer övergripande betydelse fattas avseende gäldenärens verksamhet.

Det är dock inte nödvändigtvis så att en egenföretagare eller fri yrkesutövare alltid har ett faktiskt, fysiskt, huvudkontor där beslut om gäldenärens verksamhet fattas. Om gäldenären inte har ett huvudkontor finns det dock ändå alltid någon plats från vilken gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och det är denna, förutsatt att den är fastställbar för utomstående, som då får förstås utgöra platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Det kan vara så att gäldenären fattar beslut om sin verksamhet vid sitt huvudsakliga verksamhetsställe, som i så fall också utgör platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen.

Syftet bakom att platsen för gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe har angetts som presumtion för platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen verkar dock, i likhet med sätespresumtionen för juridiska personer, vara att denna plats just ska återspegla platsen där gäldenärens huvudsakliga intressen finns. Det kan tänkas att en person som bedriver näringsverksamhet vill ha en viss närhet till sin verksam-

het och att en sådan person därför också normalt fattar beslut om verksamheten vid sitt huvudsakliga verksamhetsställe. På så sätt torde det stämma att det huvudsakliga verksamhetsstället faktiskt normalt återspeglar den plats där gäldenärens verkliga huvudkontor finns, även om platserna inte nödvändigtvis alltid måste sammanfalla.

Beträffande gäldenärer som är juridiska personer har jag dock tidigare konstaterat att det kan vara svårt för utomstående att ha en sådan insyn i den juridiska personens verksamhet att det alls är möjligt att fastställa den plats där gäldenären fattar beslut om och leder sin verksamhet. Detta kan vara ännu svårare när det gäller enskilda som bedriver verksamhet som egenföretagare eller fria yrkesutövare eftersom det inte torde vara lika vanligt att dessa personer anger en viss plats såsom motsvarande huvudkontor, jämfört med att en juridisk person gör det. Som konstaterades beträffande juridiska personer torde dock tredje man inte behöva ha en sådan fullständig insyn i gäldenärens verksamhet att de kan fastställa hur enskilda beslut fattas. Däremot måste den omständigheten att gäldenären vanligtvis fattar beslut från en viss plats vara objektivt fastställbar för tredje man för att platsen ska utgöra platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen enligt insolvensförordningen art 3.1. Det är exempelvis möjligt att en gäldenär som är en egenföretagare eller fri yrkesutövare har offentliggjort en viss adress såsom verksamhetens adress dit utomstående ska vända sig för att komma i kontakt med gäldenären. Om gäldenären dessutom vanligtvis förvaltar sin verksamhet från denna angivna adress torde denna plats också kunna utgöra platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen.

Om gäldenären däremot inte har offentliggjort eller åtminstone inte har gjort det tillräckligt transparent för utomstående att gäldenären vanligtvis förvaltar sin verksamhet från en annan adress än den där den huvudsakliga verksamheten bedrivs kan presumtionen i art 3.1 svårigen brytas. Utan att ha gjort någon empirisk studie verkar det rimligt att det normala också är att en egenföretagare eller fri yrkesutövare faktiskt fattar beslut om sin verksamhet vid sitt huvudsakliga verksamhetsställe. Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen och det huvudsakliga verksamhetsstället torde följaktligen normalt sammanfalla. Presumtionen verkar på så sätt väl avvägd såsom en utgångspunkt för att fastställa var platsen för gäldenärens huvudsakliga

intressen finns. I linje med EU-domstolens praxis i fallet *Interedil*, som visserligen rör juridiska personer, torde det dessutom vara uteslutet att frångå presumtionen om det visas att gäldenärens huvudkontor finns i samma jurisdiktion som den där gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe finns.⁴³⁰

3.5 Anknytningskravet för övriga fysiska personer

3.5.1 Introduktion

Den tredje och sista typen av gäldenär som nämns särskilt i insolvensförordningen art 3.1 är fysiska personer. Precis som för juridiska personer, egenföretagare och fria yrkesutövare är det domstolarna i det medlemsland där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns som är behöriga att inleda ett huvudförfarande enligt art 3.1. Även gällande fysiska personer gäller att denna plats ska vara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som kan fastställas av tredje man.

Platsen för fysiska personers huvudsakliga intressen anses finnas vid gäldenärens hemvist, om inget annat visas. Presumtionen gäller dock endast om gäldenären inte har flyttat sin hemvist till ett nytt medlemsland inom sex månader före ansökan om att inleda ett huvudförfarande. Karenstiden är följaktligen längre för fysiska personer än för bolag eller andra juridiska personer samt för enskilda som bedriver verksamhet som egenföretagare eller fria yrkesutövare.

3.5.2 Hemvistpresumtionen

Begreppet hemvist är inte definierat i insolvensförordningen. Eftersom presumtionen saknas helt i 2000 års insolvensförordning är det inte heller möjligt att förstå vilken plats som avses i ljuset av den förordningen eller praxis gällande den förordningen.⁴³¹

⁴³⁰ Jfr EUD mål C-396/09 *Interedil* p 50 och EUD mål C-191/10 *Rastelli* p 34.

⁴³¹ Jfr Bork och Mangano (2016) s 89.

Anknytningskravet hemvist förekommer dock, liksom anknytningskravet huvudsakligt verksamhetsställe, i annan unionslagstiftning. I Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 650/2012 av den 4 juli 2012 om behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt godkännande och verkställighet av officiella handlingar i samband med arv och om inrättandet av ett europeiskt arvsintyg ingresspunkt 23-24 framgår att när en persons hemvist ska bedömas ska det göras en helhetsbedömning där hänsyn särskilt tas till hur varaktig och regelbunden personens vistelse i medlemslandet har varit. Om personen har uppehållit sig i andra länder av yrkesmässiga och ekonomiska skäl men haft kvar en nära och stabil koppling till ursprungslandet får personens hemvist bedömas beroende på var personen har sin familj och socialt umgänge alternativt var personen har sina tillgångar.

Begreppet hemvist förekommer också i Bryssel I-förordningen. I art 4 framgår exempelvis att hemvist inte är samma som en persons medborgarskap. Art 62 innehåller vidare en hänvisning till nationell lagstiftning för när en persons hemvist ska bedömas. Enligt Bryssel I-förordningen kan följaktligen hemvist förstås i enlighet med nationell lagstiftning och därför behövs inte någon direkt definition av begreppet i förordningen.

Det finns dock anledning att vara försiktig med att använda de definitioner av begreppet hemvist som förekommer i denna nämnda unionslagstiftning eller i medlemsländernas nationella lagstiftning för att förstå anknytningskriteriet i insolvensförordningen. EU-domstolen har nämligen uttalat i målet *A*, som rörde ett barns hemvist enligt Rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar, att om det saknas en uttrycklig hänvisning till nationell rätt ska begreppet hemvist inte tolkas i enlighet med nationell lagstiftning. Istället menar domstolen att begreppet ska ges en i förhållande till andra rättsakter självständig och enhetlig tolkning inom EU med beaktande av den aktuella bestämmelsens sammanhang och eftersträevade mål.⁴³² I det aktuella målet uttalade EU-domstolen dessutom att domstolens rättspraxis avseende

⁴³² EUD mål C-523/07 A p 34.

begreppet hemvist inom andra delar av unionsrätten inte direkt kunde överföras till bedömningen av barns hemvist enligt den aktuella bestämmelsen.⁴³³

EU-domstolens uttalanden i fallet *A* talar för att även gäldenärens hemvist i insolvensförordningen ska ges en autonom innebörd och att det är särskilt viktigt att inte tolka anknytningskravet i ljuset av andra EU-rättsliga bestämmelser. Det torde därför enbart tolkas i enlighet med insolvensförordningen och förordningens målsättningar och inte jämföras med hur begreppet har definierats i andra rättsakter eller praxis från EU-domstolen beträffande just sådana andra rättsakter. Eftersom det dessutom saknas en uttrycklig hänvisning till nationell rätt i insolvensförordningen torde inte heller nationell rätt tillämpas för att fastställa en gäldenärs hemvist enligt art 3.1 på det sätt som däremot är möjligt enligt Bryssel I-förordningen art 65. EU-domstolens uttalanden i fallet *A* gäller visserligen inte insolvensförordningen, men samma argument kan göras gällande även gällande insolvensförordningens art 3.1.

Insolvensförordningen saknar dock en definition av gäldenärens hemvist och därför verkar det ändå rimligt att som utgångspunkt tolka anknytningskravet i linje med hur det har tolkats i andra rättsakter och av EU-domstolen. Även om anknytningskravet ska ges en autonom innebörd måste någon tolkning göras, alldeles oavsett EU-domstolens ovan nämnda uttalanden i praxis. Det verkar följaktligen rimligt att art 3.1 ändå får förstås som den plats där gäldenären, utifrån en bedömning av samtliga omständigheter, är bosatt och bosättningen med hänsyn till omständigheterna får anses stadigvarande.⁴³⁴

Omständigheter som tyder på att gäldenären har sin hemvist i ett visst land kan vara att gäldenären bor och har sin familj i det aktuella landet. Eftersom bostadsorten torde vara den relevanta anknytningsplatsen i detta avseende torde bedömningen av gäldenärens hemvist inte påverkas av att gäldenären arbetar i ett annat medlemsland. Om gäldenären bor delvis i det land där gäldenären arbetar samtidigt som gäldenären delvis bor i sitt ursprungsland torde omständigheter som

⁴³³ EUD mål C-523/07 A p 35.

⁴³⁴ Jfr Bogdan (2014) s 134 f.

att gäldenärens barn bor i gäldenärens bostad i ett av länderna kunna tala för att detta land utgör gäldenärens hemvist.

I den engelska respektive franska språkversionen av insolvensförordningen motsvaras hemvist av *habitual residence* respektive *la résidence habituelle*, fritt översatt gäldenärens vanliga bosättning. Dessa språkversioner är belysande på så sätt att de talar för att gäldenärens hemvist just ska förstås som den plats där gäldenären vanligtvis är bosatt.⁴³⁵ Den tyska språkversionen anger hemvist som *der gewöhnliche Aufenthalt*, som fritt kan översättas till den vanliga hemvist.

2000 års förordning innehåller ingen hemvistpresumtion. I svenska förarbeten har det dock framförts att det torde räcka att ge in bevis som visar var gäldenären är mantalsskriven för att visa var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns när gäldenären är en fysisk person, gällande 2000 års insolvensförordning.⁴³⁶ Högsta domstolen i Sverige gjorde en liknande bedömning i NJA 2009 s. 383. Där uttalade domstolen att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska motsvara den plats där gäldenären är bosatt och att eftersom en person ska folkbokföras där personen är bosatt får folkbokföringsorten anses utvisa platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen, om inget annat visas.

Vad gäller 2015 års förordning torde den omständigheten att gäldenären är folkbokförd i Sverige också vara en sådan omständighet som talar för att gäldenären har sin hemvist i Sverige. Insolvensförordningen art 3.1 får dock förstås så att det inte nödvändigtvis är tillräckligt att den nationella domstolen enbart konstaterar att gäldenären är folkbokförd i Sverige för att gäldenären ska anses ha sin hemvist här. Det måste nämligen visas att gäldenären faktiskt också är bosatt i landet för att presumtionen ska vara uppfylld. Det verkar dock troligt att bestämmelsen i praktiken kommer tillämpas så att det räcker att visa gäldenärens folkbokföringsort för att visa att gäldenären har sin hemvist i Sverige, med tanke på Högsta domstolens uttalande i nämnda praxis. Det verkar också vara en tidseffektiv lösning som verkar rimlig, särskilt eftersom det enbart rör sig om en presumtionsregel.

⁴³⁵ Jfr även Weiss (2015) s 199 ff.

⁴³⁶ Prop. 2005/06:37 s 48.

Precis som presumtionerna beträffande juridiska personer, egenföretagare och fria yrkesutövare måste dock hemvistpresumtionen enbart ses som en utgångspunkt när en nationell domstol bedömer sin egen behörighet. Denna tolkning av insolvensförordningen art 3.1 baseras, återigen, på uttalandena i ingresspunkt 30 och 32. I ingresspunkterna anges att en domstol bör göra en noggrann bedömning av om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen verkligen finns inom domstolens jurisdiktion och om domstolen är tveksam angående sin behörighet bör domstolen kräva ytterligare bevisning. Uttalandena bör tolkas så att den nationella domstolen alltid behöver göra en övergripande bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet och vid tveksamhet angående sin egen behörighet frångå presumtionen.

Presumtionen ska dock även brytas automatiskt om gäldenären har flyttat sin hemvist inom sex månader före ansökan om huvudförfarande enligt insolvensförordningen art 3.1. Karenstiden motive-ras, liksom övriga karenstider i art 3.1, i förordningens ingresspunkt 31, med att förordningen syftar till att förhindra att *forum shopping* används i bedrägligt syfte eller missbrukas. Karenstiden är visserligen dubbelt så lång som den som gäller presumtionerna för juridiska personer, egenföretagare och fria yrkesutövare och begränsar på så sätt utrymmet för en gäldenär att påverka domsrätten genom att flytta sin hemvist. Karenstiden påverkar dock inte tidpunkten för bedömningen av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen enligt art 3.1. Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska bedömas utifrån samma tidpunkt oavsett om gäldenärens hemvist har flyttats eller inte.

I ingresspunkt 30 uttalas dock att hemvistpresumtionen även kan brytas om gäldenären har flyttat sin hemvist och:

... det kan fastställas att den huvudsakliga anledningen till att [gäldenären] flyttade var att ansöka om insolvensförfarande inom den nya jurisdiktionen och om en sådan ansökan påtagligt skulle vara till nackdel för de borgenärens intressen vilkas förehavanden med gäldenären ägde rum före förflyttningen.

Detta uttalande i ingressen kan verka förbryllande. Det förefaller medföra att hemvistpresumtionen kan brytas av även andra anledningar än att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland eller att gäldenärens hemvist har flyttats inom sex månader före ansökan om huvudförfarandet, nämligen om gäldenären har flyttat sin hemvist i syfte att påverka domsrätten och flytten innebär en påtaglig nackdel för gäldenärens borgenärer. Någon sådan regel framgår dock inte av insolvensförordningen art 3.1.

Uttalandet i ingressen torde dock förstås så att om det har skett en sådan flytt av gäldenärens hemvist kan det ses som en omständighet som innebär att den nationella domstolen i det nya hemvistlandet som bedömer sin egen behörighet ska bli tveksam om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen verkligen finns inom domstolens jurisdiktion. Detta förutsätter dock att domstolen blir medveten om flytten. Hemvistpresumtionen kan således brytas just för att domstolen då är tveksam angående sin behörighet, även om flytten av gäldenärens hemvist har skett utanför karenstiden. Den nationella domstolen får då istället bedöma insolvensforum utifrån var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns. Det kan dock ändå vara så att domstolen finner, efter en sammanvägd bedömning av samtliga omständigheter i fallet, att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen trots allt finns i samma land som gäldenärens nya hemvist.

För att hemvistpresumtionen ska brytas krävs dock enligt uttalandet i ingresspunkt 30 att det visas att det huvudsakliga syftet med flytten av gäldenärens hemvist var att gäldenären ville påverka insolvensforum. Ingresspunkten ger ingen ledning i om det måste visas att gäldenären faktiskt ville påverka insolvensforum eller om det räcker att det kan visas att transaktionerna som gäldenären vidtog objektivt sett kan anses ha syftat till att påverka insolvensforum, exempelvis för att gäldenären var nära att bli insolvent och inte har någon annan fastställbar anknytning till det nya landet.

Det torde dock vara mycket svårt för en sökande, som ansöker om ett insolvensförfarande beträffande gäldenären i det gamla hemvistlandet, att visa att det subjektiva syftet hos gäldenären var att just påverka insolvensforum. Skälet för detta är att gäldenären, om gäldenären faktiskt har flyttat sin hemvist i syfte att påverka insolvensforum, knappast lär samarbeta för att visa att detta också var syftet med

flytten. Detta innebär att det torde vara betydligt svårare att visa att gäldenärens subjektiva syfte med flytten var att påverka insolvensforum än att visa att det objektivt fastställbara syftet med transaktionerna var att påverka insolvensforum. Detta talar för att ingresspunkten ska förstås så att det är tillräckligt att visa att just det objektivt fastställbara syftet med transaktionerna var att påverka insolvensforum.

Även om det kan visas att det huvudsakliga syftet med flytten var att påverka insolvensforum måste det också visas att ansökan om huvudförfarande skulle vara till påtaglig nackdel för vissa borgenärens intressen efter flytten av gäldenärens hemvist. Det framgår dock inte av uttalandet i ingresspunkt 30 när det skulle kunna utgöra en påtaglig nackdel för borgenärerna att gäldenären har flyttat sin hemvist och att det därefter lämnas in en ansökan om huvudförfarande till en domstol i det nya hemvistlandet. Det framgår inte heller vad för typ av nackdel det måste röra sig om, det vill säga om det måste visas att borgenärerna drabbas av exempelvis en ekonomisk skada av att ett annat insolvensförfarande inleds och att andra nationella materiella insolvensrättsliga bestämmelser blir tillämpliga, eller om det är tillräckligt att visa att borgenärerna drabbas av en nackdel av en flytt på grund av den olägenhet det innebär att ett förfarande helt enkelt inleds i ett annat land, förutsatt att denna nackdel bedöms vara påtaglig.

Det kan dock tänkas att om ett huvudförfarande hade inletts i det gamla hemvistlandet och lagen i det landet innebär att insolvensförfarandet skulle ha hanterats på ett mer kostnadseffektivt sätt skulle en flytt av gäldenärens hemvist kunna innebära en nackdel för de borgenärer som, enligt uttalandet i ingresspunkt 30, hade förhåvanden med gäldenären före flytten av hemvisten. Så kan exempelvis vara fallet om ett förfarande i det gamla hemvistlandet hade lett till större utdelningsbara tillgångar för borgenärerna än i ett förfarande i det nya hemvistlandet. Likaså skulle det kunna innebära en nackdel för borgenärerna om en gäldenärs fordringar kan komma att skrivas av efter ett visst insolvensförfarande enligt ett lands lag och gäldenären har flyttat sin hemvist till det landet medan detta inte varit möjligt i ett insolvensförfarande enligt medlemslandets lag i det land där hemvisten fanns före flytten. Det kan också tänkas att om lagen i det nya hemvistlandet som reglerar utdelning av gäldenärens tillgångar efter ett insolvensförfarande innebär att dessa borgenärer får mindre utdelning jämfört

med motsvarande regelverk i det gamla hemvistlandet kan borgenärerna drabbas av en nackdel av att gäldenärens hemvist har flyttats.

Enbart mindre skillnader i utdelning eller tillämplig lag i övrigt torde dock inte kunna medföra att hemvistpresumtionen ska brytas bara för att gäldenären har flyttat sin hemvist. Skälet för detta är just att det krävs en påtaglig nackdel för borgenärerna i enlighet med uttalandet i ingresspunkt 30. Det ska dock också nämnas att de borgenärer som har sakrättsligt skydd beträffande tillgångar som tillhör gäldenären inte ska påverkas av att ett insolvensförfarande inleds i ett medlemsland istället för ett annat enligt insolvensförordningen art 8. Det kan följaktligen vara svårt att visa att borgenärer som exempelvis har panträtt i viss egendom drabbas av en nackdel av att ett förfarande inleds i ett land istället för ett annat eftersom de trots flytten ska kunna ta ut sin fordran ur denna egendom.

Det faktum att det finns olika typer av insolvensförfaranden i olika medlemsländer komplicerar dock också frågan om huruvida borgenärerna drabbas av en nackdel av att ett huvudförfarande inleds i det nya hemvistlandet jämfört med att ett huvudförfarande inleds i det gamla hemvistlandet. I det nya hemvistlandet kanske ett huvudförfarande som motsvarar en svensk skuldsanering skulle ha inletts, medan det i det gamla hemvistlandet kanske hade inletts motsvarande en svensk konkurs. Om gäldenären dock flyttar sin hemvist till ett medlemsland där de insolvensrättsliga regelverken inte är tillämpliga för gäldenären, exempelvis för att gäldenären inte anses vara insolvent i enlighet med det nya landets insolvensrättsliga lag, men det hade varit möjligt att inleda ett insolvensförfarande i ursprungslandet kan borgenärerna drabbas av en nackdel av att hemvistpresumtionen gäller för det nya landet. För att borgenärerna verkligen ska anses drabbas av en nackdel i ett sådant fall torde det dock också förutsätta att borgenärerna inte kan få ersättning för sina fordringar enligt annan tillämplig lagstiftning, vilket försvårar en bedömning av om borgenärerna drabbas av en nackdel.

Eftersom olika typer av förfaranden i olika länder kan tjäna olika syften är det svårt att konstatera att borgenärerna ska anses ha drabbats av en nackdel för att det ena förfarandet inleds istället för det andra. Det verkar dessutom orimligt att en nationell domstol ska behöva göra beräkningar av om ett eventuellt förfarande i ett land inne-

bär en fördel eller nackdel jämfört med det förfarande som ansökan avser, särskilt med tanke på att domstolen kan ha viss tidsbrist när domstolen ska avgöra om ett förfarande ska inledas eller inte.

Borgenärer kan också drabbas av en nackdel av att ett huvudförfarande inleds i ett nytt medlemsland av den anledningen att de då kan behöva sätta sig in i ett nytt medlemslands insolvensrättsliga lagstiftning. Frågan är dock om denna nackdel kan anses vara så påtaglig att hemvistpresumtionen enligt insolvensförordningen art 3.1 ska brytas.

Uttalandet i ingresspunkt 30 ska dock kanske inte läsas så bokstavligt. Uttalandet kan nämligen också istället helt enkelt förstås så att EU-lagstiftaren vill tydliggöra att hemvistpresumtionen just enbart utgör en utgångspunkt när en nationell domstol ska bedöma sin internationella behörighet. Denna tolkning av ingresspunkten innebär i så fall att kraven som ställs för att visa att gäldenären har flyttat sin hemvist på detta sätt inte är särskilt höga. Det kan räcka att visa att gäldenären har flyttat sin hemvist, att det innebär en påtaglig nackdel för borgenärerna och att det är möjligt att skälet för flytten just var att påverka insolvensforum för att den nationella domstolen ska bli så tveksam angående sin behörighet att den därför ska bryta hemvistpresumtionen.

Denna tolkning av uttalandet i ingresspunkt 30 ligger i linje med tidigare nämnda tolkning av uttalandet i ingresspunkt 32, nämligen att en nationell domstol bör kräva ytterligare bevisning om omständigheterna i fallet gör domstolen tveksam beträffande sin behörighet. Det verkar dock rimligt att denna tolkning även gäller övriga presumtioner i art 3.1, det vill säga även för sätespresumtionen för bolag och andra juridiska personer och presumtionen för gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe för enskilda som bedriver verksamhet som egenföretagare eller fria yrkesutövare och inte endast för andra fysiska personer. Om det kan visas att exempelvis gäldenärens säte eller det huvudsakliga verksamhetsstället kan ha flyttats i syfte att påverka insolvensforum, torde den nationella domstolen följaktligen ta hänsyn till detta och kräva ytterligare bevisning för att säkerställa att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen verkligen finns inom domstolens jurisdiktion.

I ingresspunkt 30 uttalas dessutom att det bör vara möjligt att bryta hemvistpresumtionen när det visas att huvuddelen av gäldenärens tillgångar finns i ett annat medlemsland än det där gäldenären har sin hemvist. Detta uttalande saknar dock en motsvarande reglering i insolvensförordningens artikeltext och stämmer inte överens med domsrättsregeln i art 3.1. När det gäller EU-domstolens praxis gällande domsrätten beträffande juridiska personer har domstolen dock konstaterat att tillgångar i ett annat medlemsland än sätelandet är en sådan omständighet som kan innebära att den nationella domstolen i sätelandet behöver undersöka sin behörighet vidare och bryta presumtionen, även om tillgångar i ett medlemsland inte innebär platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i det landet.⁴³⁷ Uttalandet i ingresspunkt 30 torde således, i ljuset av EU-domstolens praxis och ingresspunkt 32, förstås så att om det visas att gäldenären har tillgångar i ett annat medlemsland än i hemvistlandet innebär det att presumtionen ska brytas och platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen undersökas vidare. Det innebär däremot inte att tillgångar i sig kan utgöra platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen.

Även denna tolkning av insolvensförordningen kan dock bli svår att tillämpa i praktiken eftersom den förutsätter att en domstol faktiskt blir medveten om omständigheter som ska göra domstolen tveksam beträffande sin egen behörighet. Sökanden lär knappast vara motiverad att visa på sådana omständigheter, om sökandens syfte inte är att en presumtion just ska frångås.

3.5.3 Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen

Hemvistpresumtionen ska som nämnts brytas om det visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland eller gäldenären har flyttat sin hemvist inom sex månader före ansökan om huvudförfarande enligt art 3.1. Insolvensförordningen saknar dock en tydlig definition av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen även för fysiska personer. Av art 3.1 framgår endast att denna plats

⁴³⁷ Se EUD mål C-396/09 *Interdil* p 52. Jfr även diskussionen om betydelsen av tillgångar i ett annat land än sätelandet i Berends (2006) s 339-341, Mevorach (2008) s 438 och Omar (2008) s 176.

ska vara den där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som är fastställbart för tredje man.

Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen bör rimligen förstås på samma sätt som när det gäller juridiska personer och fysiska personer som är egenföretagare eller fria yrkesutövare. Skälet för detta är att det just framgår av art 3.1 att platsen ska vara den där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen. Eftersom detta har tolkats som den plats varifrån gäldenärens verksamhet leds och kontrolleras verkar det märkligt om en annan tolkning ska göras beträffande samma ordalydelse i samma artikel enbart för att det handlar om fysiska personer istället för en annan typ av gäldenär.

Insolvensförordningen art 3.1 får således förstås så att om det visas att gäldenären inte förvaltar sina intressen från det land där gäldenären har sin hemvist utan istället från annat medlemsland, är det domstolarna i det senare medlemslandet som är behöriga att inleda ett huvudförfarande och inte domstolarna i hemvistlandet. Insolvensförordningen art 3.1 torde följaktligen förstås så att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska bedömas utifrån var gäldenären vanligtvis leder och kontrollerar sin verksamhet på ett sätt som kan likställas med de funktioner som ett huvudkontor har när det gäller juridiska personer eller egenföretagare och fria yrkesutövare.

I ingresspunkt 30 framgår som nämnts att hemvistpresumtionen kan brytas när huvuddelen av gäldenärens tillgångar finns utanför det medlemsland där gäldenären har sin hemvist. Uttalandet i ingresspunkten torde dock inte tolkas så att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är den plats där gäldenären har huvuddelen av sina tillgångar utan enbart så att tillgångar i ett annat land än hemvistlandet är en omständighet som kan medföra att den nationella domstolen ska bryta hemvistpresumtionen. Tillgångar i sig torde inte vara tillräckligt för att konstatera att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i tillgångslandet om det inte även visas att gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen från detta land på ett sätt som är fastställbart för tredje man i enlighet med insolvensförordningen art 3.1.⁴³⁸

⁴³⁸ Jfr EUD mål C-396/09 Interedil p 52.

Enligt insolvensförordningen art 3.1 måste det dock vara fastställbart för tredje man att gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen från medlemslandet för att domstolarna i det landet ska vara behöriga att inleda ett huvudförfarande. Även här aktualiseras samma problematik som har belysts tidigare, nämligen att det torde vara svårt för tredje man att ha sådan insyn i gäldenärens beslutsfattande att det ska vara möjligt att visa att en viss plats är den där besluten fattas i förordningens mening. Detta torde vara särskilt svårt just när det gäller fysiska personer eftersom en fysisk person normalt inte har ett materiellt kontor som motsvarar ett verkligt huvudkontor på samma sätt som juridiska personer. Det kan dock tänkas att insolvensförordningen ska förstås så att den plats där gäldenären normalt brukar ingå avtal och sköta kontakten med utomstående utgör platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Skälet för denna tolkning är att det då kan framstå för tredje man att gäldenären också fattar beslut från denna plats.

Syftet med hemvistpresumtionen i art 3.1, liksom sätespresumtionen för juridiska personer, torde vara att den just ska återspegla platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen, även om platserna inte nödvändigtvis behöver överensstämma. Gäldenärens bostadsort torde normalt också vara den plats där gäldenären fattar sina ekonomiska beslut och ingår avtal med utomstående. Jag har dock inte gjort någon empirisk undersökning för att fastställa om så är fallet i praktiken, men anknytningskraven ligger nära varandra och lär i praktiken ofta peka mot samma plats, när det just gäller fysiska personer. Om inte annat lär det i alla fall vara svårt att visa att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland än gäldenärens hemvist, om gäldenären inte har tydliggjort för borgenärerna att gäldenären just fattar beslut från ett annat medlemsland. En nationell domstol kan dock i ljuset av uttalandena i ingresspunkt 30 och 32 inte fullt ut förlita sig på att så länge hemvistpresumtionen är uppfylld enligt art 3.1 är domstolen behörig att inleda förfarandet, om omständigheterna i fallet gör att domstolen blir tveksam beträffande om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen verkligen finns inom domstolens jurisdiktion.

3.6 Den relevanta tidpunkten för bedömningen av gäldenärens anknytning

En viktig aspekt när det gäller att fastställa domsrätten är utifrån vilken tidpunkt bedömningen av en gäldenärs anknytning till ett medlemsland ska göras. Gäldenären kan exempelvis ha registrerat sitt säte i ett nytt medlemsland eller flyttat sin hemvist i samband med ett eventuellt insolvensförfarande och frågan är då vilken jurisdiktion sätespresumtionen respektive hemvistpresumtionen avser, det gamla eller det nya medlemslandet. Det framgår dock inte av insolvensförordningen utifrån vilken tidpunkt som gäldenärens anknytning ska bedömas av en nationell domstol.

EU-domstolen har dock uttalat vad gäller 2000 års förordning att det är tidpunkten när ansökan om insolvensförfarandet kom in till den nationella domstolen som är relevant för bedömningen av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen enligt art 3.1.⁴³⁹ Det är följaktligen utifrån den tidpunkten som gäldenärens anknytning till ett land ska fastställas och det torde även gälla art 3.1 i den reviderade förordningen.

Om gäldenären har flyttat platsen för sina huvudsakliga intressen *efter* det att ansökan om huvudförfarande kom in till domstolen ska domstolen följaktligen bortse från flytten och bedöma sin behörighet utifrån de omständigheter som förelåg vid ansökan, det vill säga före flytten.⁴⁴⁰ Detta är en rimlig tolkning av art 3.1 eftersom den innebär, vilket EU-domstolen även nämner, att det förhindras att gäldenärer flyttar platsen för sina huvudsakliga intressen mellan medlemsländerna så snart en ansökan har kommit in till en nationell domstol och på så sätt undviker att ett insolvensförfarande kan inledas i något land. Om det hade varit möjligt skulle en situation kunna uppstå då borgenärer tvingas ”jaga” gäldenärer mellan EU:s medlemsländer, vilket inte upp-

⁴³⁹ EUD mål C-396/09 *Interedil* p 54-56. Den relevanta tidpunkten för att bedöma platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen har även tagits upp av EU-domstolen i fallet EUD mål C-1/04 *Staubitz-Schreiber*, se p 24-29. Jfr även *Szydlo* (2010) s 262 f. samt *Bogdan* (2013) s 975.

⁴⁴⁰ Se EUD mål C-396/09 *Interedil* p 54-56 och EUD mål C-1/04 *Staubitz-Schreiber*, se domen p 24-29. Jfr *Wessels* (2006) s 186.

fyller förordningens syfte att skapa mer effektiva och smidiga insolvensförfaranden inom EU.⁴⁴¹

EU-domstolen har i ett alldeles nyligen avgjort fall fått tillfälle att pröva utifrån vilken tidpunkt domsrätten ska bedömas om gäldenären däremot har flyttat till ett annat medlemsland *före* ansökan om huvudförfarande.⁴⁴² Fallet *Leonmobili och Leone* rörde en gäldenär, ett bolag, som ursprungligen var registrerat i Italien, men som hade registrerat om sitt säte i Bulgarien i syfte att starta en ny fas i sin verksamhet.⁴⁴³ Bolaget hade dessutom ändrat sin adress till en adress i Bulgarien samt hyrt en lokal med maskiner och utrustning för att ägna sig åt sin nya verksamhet med anställd personal i Bulgarien. Några av gäldenärens borgenärer ansökte dock strax efter flytten om att ett huvudförfarande skulle inledas av en domstol i Italien beträffande gäldenären med motiveringen att flytten till Bulgarien enbart skett i syfte att påverka domsrätten enligt insolvensförordningen 3.1.⁴⁴⁴

EU-domstolen konstaterar dock återigen att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska bedömas utifrån den tidpunkt när ansökan om insolvensförfarande lämnades in till den nationella domstolen som har att bedöma sin egen behörighet.⁴⁴⁵ Den omständigheten att gäldenären nyligen har flyttat sitt säte får enbart betydelse för domsrättsfrågan om det visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen inte har flyttat med sätet, eftersom sätespresumtionen ska frångås om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen inte finns i säteslandet.⁴⁴⁶ Om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen däremot finns i det nya säteslandet vid tidpunkten för ansökan är domstolarna i det landet behöriga att inleda huvudförfarandet alldeles oavsett att gäldenären nyligen före ansökan har flyttat dit.

⁴⁴¹ Detta övergripande syfte framgår i insolvensförordningens ingresspunkt 3. Jfr exempelvis även Bogdan (2010) s 72.

⁴⁴² Se EUD mål C-353/15 *Leonmobili och Leone*. Tidpunkten för bedömning av gäldenärens anknytning behandlas även i fallet EUD mål C-396/09 *Interedil*, se särskilt vid p 56.

⁴⁴³ EUD mål C-353/15 *Leonmobili och Leone* p 11.

⁴⁴⁴ EUD mål C-353/15 *Leonmobili och Leone* p 11-12, 14 och 39.

⁴⁴⁵ EUD mål C-353/15 *Leonmobili och Leone* p 39-41. Jfr EUD mål C-396/09 *Interedil* p 56.

⁴⁴⁶ EUD mål C-353/15 *Leonmobili och Leone* p 40.

Fallet *Leonmobili och Leone* rör dock tolkningen av 2000 års insolvensförordning. Till skillnad från denna äldre förordning innehåller 2015 års insolvensförordning som nämnts karenstider för presumptionerna i art 3.1. Karenstiderna torde dock inte ändra bedömningen av utifrån vilken tidpunkt gäldenärens anknytning till ett medlemsland ska fastställas. Visserligen ska presumptionerna brytas om gäldenären har flyttat sitt säte, huvudsakliga verksamhetsställe respektive hemvist inom tre respektive sex månader före ansökan om huvudförfarande. Detta innebär dock endast att presumptionerna ska brytas om platserna har flyttats inom dessa tidsrymder, inte att tidpunkten för bedömningen av gäldenärens anknytning ska ändras. Den relevanta tidpunkten för att fastställa platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen torde således fortfarande vara den då ansökan om huvudförfarande lämnades in till den nationella domstolen, även enligt 2015 års insolvensförordning.

Det kan också noteras att i fallet *Leonmobili och Leone* hade gäldenären flyttat sitt säte till Bulgarien mindre än ett år före första ansökan om insolvensförfarande.⁴⁴⁷ Eftersom karenstiden för gäldenärer som är bolag är tre månader enligt insolvensförordningen art 3.1 torde gäldenären ha flyttat sätet utanför karenstiden i fallet, förutsatt att beskrivningen ”mindre än ett år” faktiskt avser mer än tre månader. Det innebär att sätespresumtionen hade stått fast i fallet, om det inte visades att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen fanns i ett annat medlemsland än säteslandet.

EU-domstolen har även fått tillfälle att uttala sig om utifrån vilken tidpunkt gäldenärens anknytning ska bedömas om gäldenären, då det rör sig om ett bolag, har avvecklat sin verksamhet och till och med har avförts ur det nationella bolagsregistret där bolaget var registrerat före det att en ansökan om insolvensförfarande kom in till en nationell domstol i fallet *Interedil*.⁴⁴⁸ EU-domstolen konstaterar helt enkelt i detta fall att insolvensforum då ska bedömas utifrån den plats där gäldenären senast hade platsen för sina huvudsakliga intressen räknat

⁴⁴⁷ EUD mål C-353/15 *Leonmobili och Leone* p 14.

⁴⁴⁸ EUD mål C-396/09 *Interedil* p 57.

från den tidpunkt då gäldenären ströks ur bolagsregistret och upphörde med sin verksamhet.⁴⁴⁹

Om en fysisk person har avlidit och det exempelvis inkommer en ansökan till en domstol om att dödsboet ska försättas i konkurs torde platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen i linje med EU-domstolens uttalande i fallet *Interedil* på motsvarande sätt bedömas utifrån den tidpunkt då gäldenären avled. Detta torde följaktligen gälla oavsett om personen var en egenföretagare, fri yrkesutövare eller annan typ av fysisk person.

3.7 Ett allmänt förbud mot missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis

3.7.1 Allmänt om EU-domstolens praxis angående förbud mot missbruk av EU-rätt

I kapitel ett beskrevs rättsmissbruk som den situation då en person vidtar vissa åtgärder i syfte att en viss bestämmelse ska uppfyllas och att bestämmelsen därför kan tillämpas på ett sätt som bäst passar den personens intressen. I enlighet med uttalandena i insolvensförordningens ingresspunkt 5 och 29 syftar insolvensförordningen till att förhindra motiv till rättsmissbruk som sker till skada för borgenärskollektivet. Trots dessa uttalanden i ingressen bör art 3.1 dock förstås så att om en gäldenär har flyttat platsen för sina huvudsakliga intressen före det att ansökan om insolvensförfarande kom in till den nationella domstolen ska domstolarna i det nya landet vara behöriga att inleda ett huvudförfarande enligt insolvensförordningen. Detta gäller även om flytten skedde för att gäldenären ville påverka vilket medlemslands domstolar som skulle bli behöriga att inleda huvudförfarandet. En nationell domstol ska visserligen ta hänsyn till eventuellt rättsmissbruk vid sin tillämpning av presumptionerna i art 3.1, men så länge det visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i det nya landet ska domstolarna i det landet ändå vara behöriga.

⁴⁴⁹ EUD mål C-396/09 *Interedil* p 57-58.

Utöver insolvensförordningen finns det en del andra rättsakter på andra områden inom EU-rätten som också avser att, bland annat, förhindra *forum shopping* eller rättsmissbruk eller bådadera.⁴⁵⁰ I Bryssel I-förordningen art 8(2) regleras exempelvis ett undantag när en domstol inte är behörig att pröva en viss typ av talan på grund av *forum shopping*. I Rom II förordningen art 4.3 och 5.2 finns en reglering som inte uttryckligen innebär ett förbud mot rättsmissbruk, men som innebär att en domstol indirekt kan ta hänsyn till att exempelvis vissa omständigheter är konstruerade i syfte att en person ska omfattas av en viss bestämmelse vid bedömningen av tillämplig lag.⁴⁵¹ I artiklarna regleras tillämplig lag för vissa typer av frågor och där anges att om det framgår av samtliga omständigheter i fallet att det finns en närmare anknytning till ett annat land ska detta lands lag tillämpas. Domstolen kan då bedöma att det finns en närmare anknytning till ett annat land.

Av EU:s successionsförordning ingresspunkt 26 framgår att förordningen inte "... bör hindra en domstol från att tillämpa bestämmelser som är utformade för att förhindra kringgående av lagen, såsom *fraude à la loi* inom internationell privaträtt."⁴⁵² Detta är inte heller ett direkt förbud mot rättsmissbruk, men det innebär ett godkännande av nationell lagstiftning som förhindrar missbruk och utgör således indirekt en begränsning av möjligheterna att kringgå lagstiftning genom rättsmissbruk.

Utöver specifika regleringar som gäller i särskilda fall såsom dem som har beskrivits nyss finns däremot inga veterligen ingen lagstiftning som uttryckligen förbjuder *forum shopping* eller rättsmissbruk generellt inom EU-rätten. EU-domstolen har dock vid ett flertal tillfällen hänvisat till en princip om förbud mot missbruk av EU-rätt i sin praxis. Redan på 70-talet rörde domstolen mycket kortfattat vid ämnet i fallet

⁴⁵⁰ För en fördjupad analys av hur *forum shopping* och rättsmissbruk regleras inom andra rättsområden inom EU, se exempelvis De la Feria och Vogenauer (2011).

⁴⁵¹ Förordning (EG) nr 864/2007 – tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser.

⁴⁵² Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 650/2012 av den 4 juli 2012 om behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet av domar samt godkännande och verkställighet av officiella handlingar i samband med arv och om inrättandet av ett europeiskt arvsintyg. Bogdan (2014) beskriver denna formulering, särskilt s 86.

van Binsbergen, som handlade om rätten att tillhandahålla tjänster inom EU.⁴⁵³

Det är dock först på senare år som domstolen på ett mer uttryckligt sätt har hänvisat till ett förbud mot missbruk av EU-rätten. Fallet *Kofoed* från 2005 rörde en viss bestämmelse i ett direktiv som innebär att ett medlemsland får vägra tillämpa andra bestämmelser i direktivet i särskilda fall för att förhindra skatteflykt eller skatteundandragande.⁴⁵⁴ EU-domstolen uttalade i fallet att denna bestämmelse i direktivet åter- speglar:

... den allmänna gemenskapsrättsliga principen att rättsmissbruk är otillåtet. De rättssökande får inte utnyttja gemenskapsrätten genom bedrägeri eller missbruk. Tillämpningen av [bestämmelserna i direktivet] kan inte utsträckas till att även omfatta missbruk, det vill säga transaktioner som inte är affärsmässiga, utan endast sker i syfte att via missbruk dra nytta av de fördelar som föreskrivs i gemenskapsrätten.⁴⁵⁵

Fallet rörde visserligen en skatterättslig bestämmelse, men domstolens uttalande om ett förbud mot rättsmissbruk är så allmänt utformat att det torde aktualiseras för EU-rätten generellt.⁴⁵⁶

⁴⁵³ EUD mål 33-74 *van Binsbergen*, särskilt p 12-14. Se även ett annat tidigt fall, EUD mål 125/76 *Cremer* som också, bland annat, rörde missbruk.

⁴⁵⁴ Jfr EUD mål C-321/05 *Kofoed* p 37.

⁴⁵⁵ EUD mål C-321/05 *Kofoed* p 38. I fallet komplicerades dock frågan av att det inte var klart om bestämmelsen i direktivet var helt genomfört i medlemslandet och huruvida det således var möjligt att hänvisa till ett förbud mot rättsmissbruk i överensstämmelse med direktivet. EUD mål C-321/05 *Kofoed* p 46. Jfr Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-321/05 p 62-67.

⁴⁵⁶ Se *De la Feria och Vogenauer* (2011), särskilt s 521 ff, där *Vogenauer* diskuterar domstolens praxis på området och konstaterar att principen än så länge är i ett embryonalt stadie och är under utveckling, men att den ändock hänvisas till av EU-domstolen.

Hur domstolens uttalanden om förbud mot missbruk av EU-rätten ska förstås har gett upphov till mycket diskussion och meningarna har varit delade angående huruvida domstolens uttalanden om rättsmissbruk går att utsträcka även till andra fall, vad principen omfattar samt vad den konkret innebär vid en rättstillämpning.⁴⁵⁷ I fallet *Emsland-Stärke* utvecklade EU-domstolen dock ett test för när vissa transaktioner utgör missbruk av EU-rätten.⁴⁵⁸ Testet har inte besvarat alla frågor, men ger en klar fingervisning om hur domstolen kan komma att bedöma även andra fall av missbruk av EU-rätt.⁴⁵⁹

Fallet *Emsland-Stärke* rörde ett bolag i Tyskland som ville erhålla exportbidrag för att ha exporterat varor till Schweiz i enlighet med en EU-rättslig bestämmelse. Varorna hade dock återförts till EU och därför blev frågan om bidrag kunde nekas bland annat med hänvisning till missbruk av EU-rätt, det vill säga att exporten inte var genuin utan var konstruerad enbart för att just erhålla bidraget.

EU-domstolens test i fallet *Emsland-Stärke* innebär att särskilt två krav måste vara uppfyllda för att det ska röra sig om missbruk av EU-rätt.⁴⁶⁰ Det första kravet är att villkoren som uppställs i en EU-rättslig bestämmelse formellt sett är uppfyllda, men att det föreligger objektiva omständigheter som innebär att målsättningen med den aktuella bestämmelsen inte har uppnåtts.⁴⁶¹ Det andra kravet är enligt domstolen att det föreligger en subjektiv faktor, det vill säga en avsikt, ”... att erhålla en förmån som följer av bestämmelserna genom att konstruera de omständigheter som krävs för att få förmånen.”⁴⁶² Om dessa krav är uppfyllda kan missbruk av EU-rätt konstateras och, i det aktuella fallet, exportören fränkännas rätten till bidrag.⁴⁶³ EU-domstolen menar dock att det är upp till den nationella domstolen att fastställa om dessa två krav är uppfyllda i enlighet med nationella bestämmelser om

⁴⁵⁷ Jfr inte minst Saydé (2014) och De la Feria och Vogenauer (2011).

⁴⁵⁸ EUD mål C-110/99 *Emsland-Stärke*.

⁴⁵⁹ EU-domstolen har hänvisat till detta test i ett flertal fall. Se exempelvis EUD mål C-279/05 *Vonk Dairy Products* p 33, EUD mål C-456/04 *Agip Petroli* p 23.

⁴⁶⁰ Jfr EUD mål C-110/99 *Emsland-Stärke* p 54.

⁴⁶¹ EUD mål C-110/99 *Emsland-Stärke* p 52.

⁴⁶² EUD mål C-110/99 *Emsland-Stärke* p 53.

⁴⁶³ EUD mål C-110/99 *Emsland-Stärke* p 59.

bevisning och uttalade sig därför inte om det faktiskt kunde konstateras att missbruk av EU-rätt hade förekommit.⁴⁶⁴

I fallet *Emsland-Stärke* behandlade EU-domstolen även frågan om det kan strida mot legalitetsprincipen att återkräva det i fallet aktuella exportbidraget för att principen om förbud mot missbruk av EU-rätt inte utgör en sådan klar och entydig rättslig grund som krävs för en sådan åtgärd.⁴⁶⁵ EU-domstolen konstaterade dock att om det konstateras att rättsmissbruk har förekommit är en skyldighet att återbetala det aktuella bidraget inte en sådan sanktion som kräver en klar och entydig rättslig grund. Skälet för detta är att kravet att återbetala bidraget endast är en konsekvens av att de EU-rättsliga bestämmelserna har uppfyllts på ett konstruerat sätt, att bidrag därför har utbetalats utan grund och därför ska återbetalas.⁴⁶⁶ Domstolen ger således principen om förbud mot missbruk av EU-rätt ett starkt rättsligt genomslag. Det torde därför också vara svårt att bortse från den vid tillämpningen av EU-rättsliga bestämmelser enbart med en hänvisning till att principen är oklar.

EU-domstolen utvecklade testet för vad som utgör missbruk av EU-rätt från fallet *Emsland-Stärke* i fallet *Halifax*.⁴⁶⁷ Fallet *Halifax* rörde företag som hade vidtagit vissa transaktioner för att undgå mervärdesskatt. Frågan var bland annat om avdrag för mervärdesskatt kunde nekas med hänvisning till missbruk av EU-rätt, eller *förfarandemisbruk* som domstolen benämner det i detta fall.⁴⁶⁸ EU-domstolen anger dock att domstolen enbart uttalar sig om vad som gäller inom mervärdesskatteområdet och vad gäller näringsidkare. Det är därför inte helt enkelt att generalisera uttalandena och konstatera att de även kan tillämpas vid missbruk av EU-rätten generellt, inom andra rättsområden och av andra än just näringsidkare. Eftersom domstolen följde samma resonemang i *Halifax* som i fallet *Emsland-Stärke*, som inte rörde mervärdesskatter utan som nämnts exportbidrag, är det dock högst troligt att domstolen skulle använda samma eller liknande resonemang även i

⁴⁶⁴ EUD mål C-110/99 *Emsland-Stärke* p 54.

⁴⁶⁵ EUD mål C-110/99 *Emsland-Stärke* p 24.

⁴⁶⁶ EUD mål C-110/99 *Emsland-Stärke* p p 56.

⁴⁶⁷ EUD mål C-255/02 *Halifax*.

⁴⁶⁸ Jfr EUD mål C-255/02 *Halifax* p 61.

andra fall som rör missbruk av EU-rätt, åtminstone vad gäller domstolens uttalanden i *Halifax* som specifikt rör missbruk och i den mån de är av mer generell karaktär.

Domstolen konstaterar återigen i fallet *Halifax* att EU-rätten inte får missbrukas eller åberopas i bedrägligt syfte, men också att detta följer av ”fast rättspraxis”.⁴⁶⁹ Enligt domstolen kan tillämpningen av EU-rättsliga bestämmelser:

... inte utsträckas till att omfatta förfarandemissbruk från näringsidkares sida, det vill säga transaktioner som inte genomförs i samband med normala affärstransaktioner utan endast i syfte att genom missbruk erhålla förmåner som föreskrivs i [EU-rätten].⁴⁷⁰

Domstolen konstaterar dock också att EU-rätten ska vara entydig och tillämpningen av densamma måste vara förutsebar för enskilda.⁴⁷¹ Det är naturligtvis diskutabelt om tillämpningen av en princip som inte är helt klar och som endast är utvecklad i domstolens praxis ger en entydig och förutsebar tillämpning av EU-rätten för enskilda. Eftersom en förutsättning för att det ska röra sig om missbruk av EU-rätt är att omständigheterna just är konstruerade för att uppnå en fördel, det vill säga att det kan visas att det inte finns ett affärsmässigt syfte med dem, torde det dock inte vara oförutsebart för åtminstone den som har konstruerat omständigheterna att en domstol också tar hänsyn till det vid tillämpningen av en EU-rättslig bestämmelse i enlighet med EU-domstolens praxis. Det torde inte heller vara oförutsebart objektivt sett att hänsyn tas till att omständigheter är konstruerade när det bedöms huruvida villkor i en EU-rättslig bestämmelse är uppfyllda.

⁴⁶⁹ EUD mål C-255/02 *Halifax* p 68. Detta resonemang återkommer i EUD mål C-279/05 *Vonk Dairy Products* p 31, EUD mål C-456/04 *Agip Petroli* p 18-20, EUD mål C-251/06 *ING AUER* p 41.

⁴⁷⁰ EUD mål C-255/02 *Halifax* p 69.

⁴⁷¹ EUD mål C-255/02 *Halifax* p 72.

Domstolen uttalade dock i fallet *Halifax* att en skattskyldig har rätt att utforma sin verksamhet så att skatteskulden begränsas.⁴⁷² Om den skattskyldige har rätt att välja mellan två transaktioner måste den skattskyldige inte välja den transaktion som innebär högst skatt.⁴⁷³ Detta uttalande, även om det rör skatteområdet och inte EU-rätten generellt, får förstås så att domstolen inte alls är negativt inställd till *forum shopping*, åtminstone inom skatteområdet, men att det ska skiljas från åtgärder som utgör missbruk av EU-rätt, som däremot inte är tillåtna.

Vad gäller testet för vad som utgör missbruk av EU-rätt återkommer domstolen i fallet *Halifax* till samma två förutsättningar som måste vara uppfyllda för att missbruk ska konstateras som domstolen använde i fallet *Emsland-Stärke*. Domstolen anger dock i fallet *Halifax* att det *huvudsakliga* syftet som en person har när det gäller att vidta de aktuella transaktionerna måste ha varit att uppnå en fördel enligt en viss bestämmelse för att transaktionerna ska utgöra missbruk av EU-rätt.⁴⁷⁴ Det är således inte nödvändigt att detta är det enda syftet med transaktionerna.⁴⁷⁵ Domstolen anger dock att om transaktionerna kan motiveras av något annat skäl kan förfarandemissbruk inte aktualiseras.⁴⁷⁶ Det är enligt EU-domstolen upp till den nationella domstolen att pröva om det föreligger sådana omständigheter som visar på missbruk av EU-rätt i enlighet med nationella regler om bevisning.⁴⁷⁷

Domstolens uttalande i fallet *Emsland-Stärke* om att det krävs en subjektiv faktor, det vill säga en faktisk avsikt att konstruera omständigheter för att uppnå en fördel, skulle kunna förstås så att domstolen menar att den nationella domstolen måste uttyda en persons egna subjektiva och huvudsakliga avsikt med åtgärderna. I fallet *Halifax* förtydligade dock domstolen att det istället handlar om att den nationella domstolen måste fastställa transaktionernas verkliga innehåll och inne-

⁴⁷² EUD mål C-255/02 *Halifax* p 78.

⁴⁷³ EUD mål C-255/02 *Halifax* p 78.

⁴⁷⁴ EUD mål C-255/02 *Halifax* p 75.

⁴⁷⁵ Detta förtydligades även av EU-domstolen i EUD mål C-425/06 *Part Service* p 40-45.

⁴⁷⁶ EUD mål C-255/02 *Halifax* p 75.

⁴⁷⁷ EUD mål C-255/02 *Halifax* p 76.

börd och då beakta om transaktionerna är helt konstruerade.⁴⁷⁸ Det rör sig således om en objektiv bedömning av omständigheterna i fallet och huruvida de visar att transaktionerna var konstruerade för att uppfylla villkoren i en bestämmelse. En domstol behöver inte kräva att det ska visas vad en persons subjektiva avsikt med transaktionerna var. Detta innebär att kravet för att konstatera att missbruk av EU-rätt föreligger inte är lika betungande. Det är nämligen sannolikt svårare att bevisa en persons verkliga avsikt jämfört med att visa att transaktionerna objektivt sett är konstruerade för att uppfylla vissa villkor i en bestämmelse.⁴⁷⁹

EU-domstolen menar vidare att om missbruk av EU-rätt konstateras ska de transaktioner som omfattas av missbruket omdefinieras för att upprätta de förhållanden som skulle ha varit för handen om missbruket inte hade förekommit.⁴⁸⁰ Det innebar i just detta fall att vissa avdragna belopp eventuellt skulle behöva återbetalas till skattemyndigheten men också att skatt som inbetalats till myndigheten på grund av en konstruerad skattskyldighet också eventuellt behövde återbetalas.⁴⁸¹ Uttalandet innebär dessutom ett klargörande från EU-domstolens sida att en nationell domstol inte ska bortse från en viss EU-rättslig bestämmelse vid missbruk utan endast ska bedöma omständigheterna som om missbruket inte hade förekommit.

En svårighet med att göra den prövning som gjordes i fallen *Emsland-Stärke* och *Halifax* till ett allmänt test för när missbruk av EU-rätt föreligger är att båda fallen rörde en reglering om att erhålla en fördel, i fallet *Emsland-Stärke* ett bidrag och i *Halifax* avdrag för mervärdesskatt. EU-domstolen uttalade inget om vad som gäller vid rättsmissbruk då detta används för att uppnå en annan typ av fördel genom en EU-rättslig bestämmelse, det vill säga som inte rör en rättighet att erhålla något utan istället exempelvis beträffande insolvensförordningen handlar om att ett huvudförfarande inleds i ett visst medlemsland istället för i ett annat medlemsland för att det är mer fördelaktigt för gäldenären.

⁴⁷⁸ EUD mål C-255/02 Halifax p 81.

⁴⁷⁹ Se De la Feria och Vogenauer (2011) s 538-539.

⁴⁸⁰ EUD mål C-255/02 Halifax p 94.

⁴⁸¹ EUD mål C-255/02 Halifax p 95-97.

Frågan om rättsmissbruk aktualiserades dock även i fallet *Centros*, som rörde etableringsrätten inom EU.⁴⁸² Fallet handlade om danska medborgare som hade bildat ett engelskt bolag och därefter ville registrera en filial till bolaget i Danmark. Anmälan att registrera filialen avvisades dock av den danska myndigheten med hänvisningen att det inte bedrevs verksamhet i det engelska bolaget och att syftet med filialen var att bedriva all verksamhet i Danmark och på så sätt kringgå danska bestämmelser om lägsta aktiekapital som skulle ha varit tillämpliga om det istället hade bildats ett danskt bolag i Danmark.⁴⁸³ Det rörde sig således inte om att konstruera omständigheter för att erhålla ett bidrag eller liknande, men väl om att dra fördel av att en viss lag därigenom blev tillämplig istället för en annan.

Efter att ha konstaterat att bolaget omfattas av etableringsrätten, som reglerades i EG-fördraget art 52 och 58, som numera motsvaras av art 49 och 54 i EUF-fördraget, uttalade EU-domstolen, liksom i fallen *Emsland-Stärke* och *Halifax*, att det följer av domstolens praxis att ett medlemsland har rätt att vidta åtgärder för att förhindra att medborgare:

... på ett otillbörligt sätt försöker undandra sig den nationella lagstiftningen genom att använda sig av de möjligheter som ges i fördraget och att medborgarna inte har rätt att åberopa bestämmelser i gemenskapsrätten när det är fråga om missbruk eller bedrägeri.⁴⁸⁴

Vad gäller just frågan om rättsmissbruk använde domstolen inte uttryckligen det test för att pröva missbruk av EU-rätt som domstolen senare använde i fallet *Emsland-Stärke*, men resonemanget är liknande. Det första kravet enligt testet är som nämnts att ett villkor i en bestämmelse formellt sett är uppfyllt men att det innebär en fördel som strider mot bestämmelsens syfte. EU-domstolen konstaterar i fallet

⁴⁸² EUD mål C-212/97 *Centros*. Jfr Engsig Sorensen (2015) s 91 ff.

⁴⁸³ EUD mål C-212/97 *Centros* p 7.

⁴⁸⁴ EUD mål C-212/97 *Centros* p 24.

Centros att eftersom syftet med etableringsrätten är att kunna etablera verksamhet i ett annat medlemsland utgör det inte missbruk av etableringsrätten att en medborgare som önskar bilda ett bolag väljer att göra det i det medlemsland som medborgaren uppfattar har de minst restriktiva bolagsrättsliga reglerna och etablerar filialer i andra medlemsländer.⁴⁸⁵ Domstolen menar att etableringen då istället utgör *bruk* av etableringsrätten.⁴⁸⁶

Domstolen återkom till sitt resonemang i *Centros* i fallet *Inspire Art*, där domstolen återigen konstaterade att det inte utgör missbruk av etableringsrätten att etablera en verksamhet i ett medlemsland enbart för att dra fördel av en annan bolagsrättslig reglering eftersom det uppfyller etableringsrättens syfte.⁴⁸⁷ I fallet *Cadbury Schweppes* fick EU-domstolen även tillfälle att uttala att det inte heller utgör missbruk av etableringsrätten att bilda ett bolag i ett visst medlemsland enbart för att utnyttja ett mer förmånligt skattesystem.⁴⁸⁸

EU-domstolen har dock konstaterat i tidigare rättsfall att etableringsrätten enbart omfattar verkliga etableringar med en faktisk ekonomisk verksamhet och förankring i det nya landet.⁴⁸⁹ En etablering av ett brevlådeföretag, det vill säga företag som inte bedriver någon som helst ekonomisk verksamhet i etableringslandet, omfattas exempelvis inte av etableringsrätten enligt EUF-fördraget.⁴⁹⁰ Det hindrar dock i enlighet med domstolens resonemang i fallet *Centros* inte att ett

⁴⁸⁵ EUD mål C-212/97 *Centros* p 20, 27. Se även EUD mål C-167/01 *Inspire Art* p 95-98, 138. EUD mål C-79/85 *Segers* p 13, 16. Fallen beskrivs även av Edwards och Farmer (2008) s 208 och Loijestijn-Clearie (2004) s 393. Jfr EUD mål C-251/06 *ING AUER* p 41-44.

⁴⁸⁶ EUD mål C-167/01 *Inspire Art* p 98, 105, 138, EUD mål C-212/97 *Centros* p 27-29. Se även Erk (2010) s 440 ff. och Hansen (2013) s 12 f.

⁴⁸⁷ EUD mål C-167/01 *Inspire Art* p 95-98, 138, jfr EUD mål C-212/97 *Centros* p 20, 27. Se även EUD mål C-79/85 *Segers* p 13, 16. Domstolens bidrag till utvecklingen av principen av förbud mot missbruk genom dessa fall diskuteras även av Edwards och Farmer (2008) s 208 och Loijestijn-Clearie (2004) s 393.

⁴⁸⁸ EUD mål C-196/04 *Cadbury Schweppes* p 36-37. Jfr även Biermeyer (2013) s 571 ff.

⁴⁸⁹ Se EUD mål C-221/89 *Factortame II* p 20 och EUD mål C-246/89 *Kommissionen mot Förenade kungariket* p 21. Jfr Engsig Sorensen (2015) s 85 ff.

⁴⁹⁰ Se EU-domstolens uttalande i EUD mål C-196/04 *Cadbury Schweppes* p 35, 68.

brevlådeföretags rätt att i sin tur bilda filialer i andra medlemsländer omfattas av etableringsrätten.

Enligt domstolens resonemang i fallen *Centros*, *Cadbury Schweppes* och *Inspire Art* torde det inte heller utgöra missbruk av etableringsrätten att etablera ett bolag eller verksamhet i ett visst medlemsland i syfte att välja den mest fördelaktiga insolvensrättsliga regleringen. En flytt till ett land som sker enbart i syfte att bolaget omedelbart ska omfattas av ett likvidationsförfarande, som följaktligen medför att bolaget och verksamheten upphör, torde dock inte utgöra en sådan etablering som skyddas av etableringsrätten i EUF-fördragets mening. Skälet för detta är att etableringsrätten som nämnts syftar till att medborgare ska kunna bedriva ekonomisk verksamhet i ett annat medlemsland. En likvidation omedelbart i samband med en flytt innebär att bolaget inte kommer delta i det ekonomiska livet i medlemslandet. En sådan flytt skulle således kunna utgöra just missbruk av etableringsrätten.

3.7.2 EU:s insolvensförordning och förbudet mot missbruk av EU-rätt

EU-domstolen har ännu inte prövat en fråga som rör missbruk av insolvensförordningen, vare sig när det gäller den allmänna definitionen av rättsmissbruk som presenterades i kapitel ett eller sådan typ av missbruk som skulle kunna utgöra missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis i ovan nämnda rättsfall.⁴⁹¹ Det är dock troligt att även insolvensförordningen omfattas av principen om förbud mot missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis. Skälet för detta är att EU-domstolens uttalanden i samtliga ovan nämnda fall har varit så allmänna till sin karaktär och att domstolen talar om just om en princip om förbud mot missbruk av EU-rätt generellt. Denna slutsats är dock på intet sätt självklar.⁴⁹² Min bedömning är dock att principen så

⁴⁹¹ EU-domstolen avstod från att uttala sig i frågan i fallet EUD mål C-353/15 Leonmobili och Leone.

⁴⁹² Hur domstolens praxis ska förstås i förhållande till andra EU-rättsliga rättsakter har blivit föremål för omfattande diskussion, se inte minst De la Feria och Vogenauer (2011). Se även Bogdan (2010) s 38-39.

som den har utvecklats i EU-domstolens praxis bör ses som en allmän tolkningsprincip vid tillämpningen av EU-rättsliga rättsakter.

Det verkar också rimligt att en nationell domstol skulle kunna använda det test som EU-domstolen har utvecklat i fallen *Emsland-Stärke* och *Halifax* för att bedöma om en viss åtgärd utgör förbjudet missbruk av EU-rätt även vid tillämpningen av en bestämmelse i insolvensförordningen. Insolvensförordningen reglerar visserligen inte rätten till bidrag eller avdrag för skatt så som var fallet i dessa mål. Det torde dock heller inte vara en förutsättning för att tillämpa principen om förbud mot missbruk av EU-rätt i enlighet med EU-domstolens praxis i fallen *Centros*, *Cadbury Schweppes* och *Inspire Art*.

Missbruk av insolvensförordningen skulle således enligt testet i fallen *Emsland-Stärke* och *Halifax* kunna föreligga om ett villkor i en bestämmelse i insolvensförordningen formellt sett är uppfyllt men detta beror på att vissa transaktioner har skett som innebär att en tillämpning av bestämmelsen skulle innebära en fördel som strider mot bestämmelsens syfte. Det måste enligt EU-domstolens praxis framgå av objektiva omständigheter att det huvudsakliga syftet med transaktionerna var att just uppnå fördelen enligt bestämmelsen.

Som framgår av EU-domstolens uttalande i fallet *Halifax* är det dock inte tal om missbruk om det kan finnas en annan motivering för transaktionerna. Om det exempelvis finns ett verkligt affärsmässigt syfte med transaktionerna torde det inte röra sig om missbruk. Rör det sig däremot om transaktioner som uppfyller kraven för att utgöra missbruk av EU-rätt torde en nationell domstol i linje med EU-domstolens resonemang i fallet *Halifax* förhålla sig till omständigheterna så som de skulle ha förelegat och tillämpa den aktuella bestämmelsen som om transaktionerna inte hade skett. Det innebär exempelvis att om en tillgång, gäldenären huvudkontor eller hemvist har omlokiserats och omlokiseringen utgör missbruk av EU-rätt får tillgången, hemvisten eller huvudkontoret bedömas om de inte har flyttats, det vill säga utifrån var de fanns före flytten.

När det gäller en eventuell tillämpning av principen om förbud mot missbruk beträffande insolvensförordningen finns det dock en viktig skillnad mellan tillämpningen av detta regelverk och de bestämmelser som har varit föremål för EU-domstolens praxis i de ovan

nämnda fallen. Fallen rörde nämligen situationer när den person som konstruerade omständigheterna som innebär att villkor i en bestämmelse blev uppfyllda och sökanden eller parten i den nationella domstolen var samma person. Det framgår inte av domstolens uttalande hur domstolen skulle bedöma missbruk av EU-rätt om den som konstruerade omständigheterna i syfte att uppnå en fördel och sökanden däremot inte är samma person.

Gäldenären råder normalt över var gäldenären har sina tillgångar, verksamhet och var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns före det att ett insolvensförfarande inleds. Samtidigt är det inte nödvändigtvis alltid gäldenären som ansöker om att ett huvudförfarande ska inledas. Det kan mycket väl vara en borgenär som lämnar in en sådan ansökan till en nationell domstol, särskilt när det rör sig om en konkurs. Gäldenären skulle exempelvis kunna vidta åtgärder för att villkoren i en bestämmelse i insolvensförordningen ska uppfyllas, exempelvis vilken domstol som ska vara behörig att inleda ett insolvensförfarande enligt art 3.1 eller 3.2 eller vilken lag som ska tillämpas beträffande gäldenärens tillgångar enligt art 7-18. Det skulle kunna förekomma att en borgenär därefter ansöker om ett huvudförfarande i det aktuella medlemslandet, kanske ovetandes om att gäldenären har vidtagit dessa åtgärder. Om den nationella domstolen då skulle kunna besluta att avvisa ansökan eller tillämpa art 7-18 som om åtgärderna inte hade vidtagits med hänvisning till att missbruk av EU-rätt har förekommit skulle detta beslut kunna vara helt oförutsebart för borgenären, förutsatt att borgenären just var ovetandes om gäldenärens åtgärder. Beslutet att avvisa ansökan skulle då kunna innebära merkostnader för borgenären beroende på vilka kostnader som är associerade med en sådan ansökan eller att ett insolvensförfarande inte inleds så tidigt som möjligt. Denna konsekvens av en eventuell tillämpning av principen om förbud mot missbruk av EU-rätt är problematisk eftersom EU-lagstiftningen ska vara entydig och tillämpningen av densamma måste vara förutsebar för enskilda.⁴⁹³

Jag menar dock att om vissa åtgärder har vidtagits och åtgärderna uppfyller de krav som ställs för att utgöra missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis måste en nationell domstol, om den blir med-

⁴⁹³ EUD mål C-255/02 Halifax p 72.

veten om detta, ta hänsyn till det även om sökanden, exempelvis en borgenär, inte var medveten om missbruket. Om domstolen inte skulle ta hänsyn till missbruket skulle gäldenärer i praktiken kunna kringgå principen om förbud mot missbruk av EU-rätt genom att konstruera omständigheter och sedan avvakta att en borgenär ansöker om ett insolvensförfarande och att detta inleds.

Ett annat problem vid tillämpningen av principen om förbud mot missbruk av EU-rätt är att syftet bakom en viss bestämmelse måste kunna konstateras för att det ska vara möjligt att avgöra om missbruk av EU-rätt har förekommit, ett syfte som alltså inte uppfylls trots att bestämmelsens formella villkor är uppfyllda. Det rör sig således inte om att en nationell domstol enbart ska göra en ändamålsenlig tolkning av en bestämmelse utan domstolen ska läsa in syften bakom en bestämmelse som går emot bestämmelsens ordalydelse. Förutom praktiska svårigheter att konstatera en bestämmelses ”verkliga” syfte när det inte framgår av bestämmelsen problematiseras en tillämpning av principen dessutom av att EU-rätten just ska vara förutsebar.

Ytterligare ett problem när det gäller en tillämpning av EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt är hur eventuellt missbruk ska prövas i den nationella domstolen. Enligt EU-domstolens uttalanden i fallet *Halifax* ska eventuellt missbruk prövas i enlighet med nationella regler om bevisning.⁴⁹⁴ Om EU-domstolens praxis gällande missbruk av EU-rätt alls kan aktualiseras vid en tillämpning av insolvensförordningens domsrättsregler, ska den nationella domstolen pröva sin internationella behörighet *ex officio* enligt insolvensförordningen art 4. I enlighet med förarbetena till den svenska lagen med kompletterande bestämmelser till 2015 års insolvensförordning, är det dock sökanden som har att visa att den nationella domstolen är internationellt behörig.⁴⁹⁵ Det torde således vara upp till sökanden att visa om eller hur det eventuellt har förekommit missbruk av EU-rätt.

Sökanden kan dock i praktiken vara mer eller mindre välvilligt inställd till att visa att sådan typ av missbruk har förekommit. Sökanden

⁴⁹⁴ EUD mål C-255/02 Halifax p 76.

⁴⁹⁵ Se SOU 2016:17 s 23. Detta gäller även enligt lag (2005:1046) med kompletterande bestämmelser till 2000 års insolvensförordning 2 §.

kanske, som diskuterats ovan, inte ens är medveten om missbruket. Den nationella domstolen har visserligen som nämnts i enlighet med uttalandena i insolvensförordningens ingresspunkt 29-33 ett ansvar att göra en noggrann bedömning av om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom domstolens jurisdiktion och ska vid tveksamhet kräva ytterligare bevisning från sökanden beträffande domstolens behörighet. Om omständigheterna i fallet ger domstolen skäl att misstänka att missbruk har förekommit bör domstolen bli tveksam. Det finns dock naturligtvis en betydande risk att en nationell domstol inte blir medveten om eventuellt missbruk och följaktligen inte har någon möjlighet att bli tveksam. Detta innebär att det kan bli särskilt problematiskt att tillämpa EU-domstolens princip om förbud mot missbruk av EU-rätt i praktiken beträffande domsrättsreglerna i insolvensförordningen.

Om den nationella domstolen fattar ett beslut om att inleda förfarandet som, om alla omständigheter hade varit belysta skulle ha bedömts som felaktigt, finns det dock åtminstone en möjlighet för borgenärer att klandra inledandebeslutet enligt insolvensförordningen art 5, jfr uttalandet i ingresspunkt 34. De närmare bestämmelserna kring ett överklagande, hur det ska ske och när det kan ske samt de närmare rättsverkningarna av ett överklagande bestäms dock av nationell rätt, vilket, såsom kommer diskuteras närmare strax, kan påverka det faktiska utrymmet att förhindra eller begränsa verkningarna av det förfarande som ändå har inletts i praktiken.

När gäller andra bestämmelser i insolvensförordningen får missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis prövas i den nationella domstolen i enlighet med de regler om bevisning som då blir tillämpliga. Det framgår dock inte av insolvensförordningen vem som kan åberopa att missbruk har förekommit eller vem som ska bevisa vad. Detta får istället avgöras enligt tillämplig nationell rätt i enlighet med EU-domstolens praxis. Vilket medlemslands lag som reglerar detta torde avgöras genom en tillämpning av insolvensförordningens lagvalsregler i art 7-18.

Om en nationell domstol skulle tillämpa principen om förbud mot missbruk av EU-rätt alltför vidlyftigt skulle det dock kunna urholka EU-rättens genomslag i nationell rättstillämpning. EU-domstolens praxis om förbud mot missbruk av EU-rätt ger nämligen

nationella domstolar ett utrymme att tillämpa EU-rättsliga bestämmelser på ett sätt som faktiskt inte framgår av bestämmelsernas ordalydelse. Det innebär även att maktbalansen mellan den lagstiftande församlingen och domstolarna rubbas eftersom domstolar får ett utrymme att vara rättsskapande.⁴⁹⁶ Nationella domstolar bör därför använda sig av den allmänna principen om förbud mot missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis med viss försiktighet i sin tillämpning av EU-rättsliga bestämmelser.⁴⁹⁷ Det gäller i synnerhet vid en eventuell tillämpning av principen i samband med en bestämmelse i insolvensförordningen eftersom detta regelverk som nämnts skiljer sig åt från de regelverk som varit föremål för EU-domstolens praxis. Min bedömning är dock att den allmänna principen om förbud mot rättsmissbruk så som den har utvecklats i EU-domstolens praxis ska tillämpas beträffande insolvensförordningen.

3.7.3 Bedömningen av domsrätten enligt art 3.1 i ljuset av förbudet mot missbruk av EU-rätt

Principen om förbud mot missbruk av EU-rätt behöver dock inte nödvändigtvis aktualiseras vid en tillämpning av domsrättsreglerna i art 3.1, även om den ska tillämpas beträffande insolvensförordningen. Skälet för detta är att domsrättsreglerna i sig förhindrar den typ av missbruk av EU-rätt som är förbjuden enligt EU-domstolens praxis.

Om gäldenären registrerar sitt säte i ett nytt medlemsland, flyttar sin hemvist respektive sitt huvudsakliga verksamhetsställe beroende på vad det är för typ av gäldenär, och detta sker i syfte att påverka vilket medlemslands domstolar som blir behöriga att inleda ett huvudförfarande, är detta en åtgärd som innebär att en domstol i det nya medlemslandet ska bli tveksam angående om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom domstolens jurisdiktion, förutsatt att domstolen blir medveten om detta. Det innebär att domstolen kan bryta presumtionen i art 3.1 redan av denna anledning, utan att behöva tillämpa en allmän princip om förbud mot missbruk av EU-rätt.

⁴⁹⁶ Jfr De la Feria och Vogenauer (2011) s 563 ff.

⁴⁹⁷ Jfr De la Feria och Vogenauer (2011) s 571 som konstaterar att det även gäller EU-domstolen.

Om det däremot handlar om att gäldenären har flyttat platsen för sina huvudsakliga intressen till ett nytt medlemsland i syfte att en domstol i det landet ska bli internationellt behörig att inleda ett huvudförfarande ska domstolen i det nya landet också bli behörig att inleda förfarandet enligt insolvensförordningen art 3.1. I så fall måste dock gäldenären ha flyttat sitt verkliga huvudkontor, det vill säga sitt centrum för ledning och kontroll, till det nya landet på ett sätt som är fastställbart för utomstående. Enligt ordalydelsen i insolvensförordningen art 3.1 blir en domstol i det nya medlemsland där denna plats är objektivt fastställbar för tredje man behörig att inleda ett huvudförfarande, oavsett det faktum att omständigheterna har ändrats i syfte att välja insolvensforum.

En ändring av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen som sker i syfte att påverka vilket medlemslands domstolar som blir internationellt behöriga att inleda ett huvudförfarande och som är skadlig för borgenärskollektivet torde dock strida mot det allmänna syftet med art 3.1, även om villkoren för anknytning enligt art 3.1 följaktligen formellt sett är uppfyllda. Skälet för detta är att det som nämnts uttalas i ingresspunkt 5 att insolvensförordningen syftar till att det undviks att parter motiveras att välja jurisdiktion för att få en mer förmånlig rättslig ställning till skada för borgenärskollektivet. I ingresspunkt 29 uttalas dessutom att förordningen ska innehålla garantier mot att *forum shopping* används i bedrägligt syfte eller missbrukas. Även om insolvensförordningen saknar ett uttryckligt förbud mot rättsmissbruk måste dessa uttalanden i ingressen förstås så att insolvensförordningen just har ett allmänt syfte att förhindra dessa typer av ageranden.

Om en flytt av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen och att ett huvudförfarande inleds i det nya landet däremot *inte* är skadligt för borgenärskollektivet är det dock tveksamt om flytten strider mot syftet med art 3.1, även om den har skett i syfte att just påverka vilket medlemslands domstolar som blir internationellt behöriga att inleda ett huvudförfarande. I så fall kan det följaktligen inte bli tal om missbruk av insolvensförordningen enligt EU-domstolens praxis eftersom flytten inte står i strid med insolvensförordningens syfte.⁴⁹⁸

⁴⁹⁸ Jfr EUD mål C-110/99 Emsland-Stärke p 52.

Det kan också diskuteras om det faktum att *en* borgenär drabbas av en skada på grund av att insolvensforum har ändrats är tillräckligt för att flytten av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska strida mot förordningens syfte. I enlighet med uttalandet i ingresspunkt 5 krävs nämligen att borgenärskollektivet skadas av att domstolarna i det nya landet blir behöriga istället för domstolarna i ursprungslandet. Det skulle dock också kunna strida mot förordningens syfte om det innebär att den inre marknadens funktion skadas. Det kan dock vara mycket svårt att visa att en borgenärs skada i ett enskilt fall faktiskt också är skadligt för den inre marknadens funktion.

Frågan är också vad som skulle kunna utgöra en skada för borgenärskollektivet. Om nationella regler beträffande prioriteringen av borgenärer skiljer sig åt i ett huvudförfarande enligt lagen i det nya landet jämfört med enligt lagen i ursprungslandet bör det i sig inte innebära att borgenärskollektivet skadas av att insolvensforum har ändrats så länge de utdelningsbara tillgångarna är lika stora före som efter flytten. Om det däremot är så att en gäldenärs fordringar exempelvis skrivs av efter ett visst huvudförfarande i det nya landet men så inte hade varit fallet enligt lagen som hade tillämpats avseende ett huvudförfarande i gäldenärens ursprungsland skulle det eventuellt kunna bli tal om att borgenärskollektivet kan skadas av flytten.

Ett annat exempel på när borgenärskollektivet skulle kunna drabbas av en skada av en flytt kan vara om ett förfarande i det nya medlemslandet är mindre tids- och kostnadseffektivt när det gäller att förvalta gäldenärens tillgångar jämfört med om lagen i gäldenärens ursprungsland. Det skulle exempelvis kunna handla om att de utdelningsbara tillgångarna efter ett eventuellt huvudförfarande i det nya medlemslandet blir mindre. Det kan dock vara mycket svårt att utvärdera olika typer av insolvensförfaranden i olika medlemsländer eftersom de kan tjäna olika syften. Det kan vara svårt att konstatera om exempelvis en skuldsanering i ett medlemsland skulle skada borgenärskollektivet jämfört med en konkurs i ett annat medlemsland, inte minst eftersom en sådan bedömning då också måste baseras på en prognos över hur respektive förfarande skulle falla ut för borgenärskollektivet. Det låter sig dessutom knappast göras inom ramen för ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande.

Det är dock inte tillräckligt att konstatera att borgenärskollektivet, eller möjligen en enskild borgenär, skadas av att omständigheterna har ändrats för att detta ska utgöra missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis. I enlighet med EU-domstolens uttalanden i fallet *Halifax* krävs nämligen dessutom att det framgår av objektiva omständigheter att det huvudsakliga syftet med transaktionerna var att just uppnå en fördel, det vill säga att exempelvis domstolarna i det nya landet blir behöriga att inleda förfarandet.⁴⁹⁹ Detta måste inte vara det enda syftet bakom transaktionerna, men om de kan motiveras av något annat skäl än att exempelvis välja behörig domstol rör det sig inte om den typ av missbruk av EU-rätt som är förbjuden enligt EU-domstolens praxis.⁵⁰⁰ Om åtgärden att flytta platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen objektivt sett har genomförts i samband med normala affärstransaktioner torde det således inte röra sig om missbruk av EU-rätt, oavsett gäldenärens subjektiva syfte med flytten.⁵⁰¹

En nationell domstol måste således fastställa transaktionernas verkliga innehåll och innebörd och beakta om de, objektivt sett, är helt konstruerade för att uppfylla villkoren i bestämmelsen för att domstolen ska kunna konstatera missbruk av EU-rätt.⁵⁰² Detta krav torde dock innebära att det inte kan vara möjligt att fastställa att insolvensförordningen art 3.1 har missbrukats enligt EU-domstolens praxis. För att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen alls ska finnas inom en domstols jurisdiktion krävs nämligen att gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen i landet på ett sätt som är objektivt fastställbart för tredje man. Det innebär att anknytningskravet i art 3.1 förutsätter att det för tredje man framstår som att det främsta syftet med en flytt av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är att gäldenären faktiskt, objektivt sett, avser att förvalta sina intressen från en ny jurisdiktion. Det blir då följaktligen inte tal om att det objektivt fastställbara huvudsakliga syftet var att påverka vilket medlemslands domstolar som skulle bli behöriga att inleda ett huvudförfarande, även om

⁴⁹⁹ EUD mål C-255/02 *Halifax* p 75. Jfr EUD mål C-110/99 *Emsland-Stärke* p 53.

⁵⁰⁰ EUD mål C-255/02 *Halifax* p 75. Jfr även EUD mål C-425/06 *Part Service* p 40-45.

⁵⁰¹ Jfr EUD mål C-255/02 *Halifax* p 69.

⁵⁰² Jfr EUD mål C-255/02 *Halifax* p 81.

gäldenärens subjektiva syfte med åtgärderna faktiskt var att påverka vilken domstol som blir behörig att inleda ett huvudförfarande.

Även om det teoretiskt sett skulle kunna konstateras att det objektivt fastställbara huvudsakliga syftet med att flytta platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen var att påverka vilken domstol som blir behörig att inleda ett huvudförfarande innebär det faktum att gäldenärens huvudsakliga intressen finns i det nya landet att det objektivt sett även finns *andra* syften med flytten. Ett sådant objektivt fastställbart syfte måste nämligen vara att gäldenärens intressen faktiskt ska förvaltas från det nya landet, annars kan heller inte platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finnas i det nya landet. Eftersom det måste finnas andra objektivt fastställbara syften bakom att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett land än att enbart påverka domsrätten förhindrar det följaktligen en tillämpning av den allmänna principen om förbud mot missbruk av EU-rätt i enlighet med EU-domstolens praxis.⁵⁰³

Om gäldenären däremot flyttar sitt huvudkontor till ett nytt medlemsland enbart för att omedelbart likvideras och omfattas av ett huvudförfarande i form av en konkurs i det medlemslandet torde som nämnts tidigare flytten inte utgöra en flytt av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen enligt art 3.1. Skälet för detta är att art 3.1 förutsätter att gäldenären på ett objektivt fastställbart sätt förvaltar sina intressen, det vill säga leder sin verksamhet, från landet, vilket inte är fallet om gäldenären avvecklar sin verksamhet i samband med en flytt. Då är det således inte heller aktuellt att vända sig till EU-domstolens praxis angående förbud mot missbruk av EU-rätt eftersom anknytningskravet i art 3.1 i sig inte är uppfyllt.

Bedömningen hade blivit en annan om anknytningskravet i art 3.1 istället hade gällt en plats som gäldenären i praktiken inte behöver ha någon verklig anknytning till, såsom exempelvis gäldenärens registrerade säte eller det land som gäldenären är medborgare i. Om gäldenären då exempelvis har registrerat sitt säte i ett visst medlemsland enbart i syfte att domstolarna i det medlemslandet ska bli internationellt behöriga att inleda ett huvudförfarande, och detta skulle innebära

⁵⁰³ EUD mål C-255/02 Halifax p 75.

en skada för borgenärskollektivet, skulle det kunna bli tal om missbruk av insolvensförordningen art 3.1 enligt EU-domstolens praxis. Det kan dock vara problematiskt att visa att gäldenärens objektiva syfte med att registrera sätet i det nya landet var just att domstolarna i det landet skulle bli behöriga eftersom det också skulle kunna finnas andra godtagbara skäl bakom att en gäldenär registrerar sig i ett visst land men inte bedriver verksamhet där, såsom skattemässiga eller bolagsrättsliga skäl. Så som anknytningskravet nu är utformat i art 3.1 är det dock inte tillräckligt att gäldenären är registrerad i ett medlemsland för att en domstol i registreringslandet ska vara behörig att inleda ett huvudförfarande om det kan visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen inte finns i det landet.

3.7.4 Sammanfattande kommentar

Rättsmissbruk är inte generellt förbjudet inom EU. Det har dock vuxit fram en allmän princip om förbud mot missbruk av EU-rätt inom EU genom EU-domstolens praxis. Principen om förbud mot missbruk av EU-rätt utgör dock inte heller ett förbud mot rättsmissbruk generellt utan enbart ett förbud mot vissa typer av åtgärder, som uppfyller de krav som EU-domstolen har utvecklat i bland annat fallen *Emsland-Stärke* och *Halifax*.

Insolvensförordningen bör omfattas av denna allmänna princip om förbud mot missbruk av EU-rätt så som den har utvecklats i EU-domstolens praxis. Skälet för detta är att EU-domstolens uttalanden beträffande principen har varit av generell karaktär och att insolvensförordningen också just utgör en EU-rättslig rättsakt. Anknytningskraven i insolvensförordningen art 3.1 garanterar dock i sig att det inte finns något utrymme för den typ av missbruk av EU-rätt som är förbjuden enligt EU-domstolens praxis beträffande domsrätten för huvudförfaranden. När en nationell domstol ska bedöma sin egen internationella behörighet enligt insolvensförordningen art 3.1 torde således principen inte behöva tillämpas direkt. En åtgärd i form av att gäldenärens huvudsakliga intressen flyttas till ett nytt medlemsland i syfte att påverka vilket medlemslands domstolar som blir behöriga att inleda ett huvudförfarande uppfyller nämligen inte samtliga krav för att utgöra missbruk av EU-rätt enligt denna praxis.

Domsrättsreglerna i insolvensförordningen art 3.1 stämmer således väl överens med denna allmänna princip om förbud mot missbruk av EU-rätt eftersom missbruk av insolvensförordningen art 3.1 inte kan förekomma i den mening som avses i EU-domstolens praxis. Det kan till och med tänkas att EU-lagstiftaren faktiskt har haft EU-domstolens praxis i åtanke när art 3.1 kom till, även om detta inte framgår av insolvensförordningen.

Det hade dock varit betydligt mer tydligt om det också framgick av insolvensförordningen, exempelvis i förordningens ingress, hur förordningen ska tolkas i ljuset av EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt. Jag menar visserligen att principen ska tillämpas beträffande förordningen, även om detta inte är nödvändigt när det gäller tillämpningen av art 3.1, men det baserar jag enbart på att EU-domstolen har uttryckt sig allmänt när domstolen har uttalat sig om principen. Det skulle vara betydligt mer tydligt vad principen innebär, vad den omfattar, vem som har att visa att missbruk har förekommit och inte minst om principen omfattar insolvensförordningen, om detta också framgick av insolvensförordningen eller av en annan EU-rättslig rättsakt, det vill säga om principen blev föremål för lagreglering inom EU. Så har dock inte skett.

Skälet till att EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt inte har blivit föremål för EU-rättslig lagstiftning kan tänkas bero på svårigheter att få till en konkret reglering. Det kanske också helt enkelt har varit lättare för EU-domstolen att fastställa en allmän princip än vad det har varit för medlemsländerna att komma överens om en sådan reglering. Icke desto mindre skulle tillämpningen av EU-rättsliga rättsakter, inklusive EU:s insolvensförordning, bli mer förutsebar för enskilda om principen reglerades i en eller flera rättsakter istället för enbart genom EU-domstolens praxis på området.

3.8 Utrymmet för en rättslig prövning av inledandebeslut

3.8.1 Rätten att väcka talan mot ett inledandebeslut på grundval av internationell behörighet

En nationell domstols bedömning av sin egen behörighet och beslutet att inleda ett huvudförfarande i enlighet med insolvensförordningen art 3.1 kan enligt förordningens art 5 bli föremål för rättslig prövning. Enligt art 5.1 kan nämligen gäldenären eller en borgenär väcka talan mot en domstols beslut om att inleda ett huvudförfarande på grundval av internationell behörighet. Det faktum att insolvensförordningen säkerställer att gäldenären och borgenärer faktiskt ska kunna väcka en sådan talan är särskilt viktigt eftersom beslutet att inleda förfarandet för övrigt i princip ska erkännas av domstolarna i övriga medlemsländer, något som jag återkommer till.

De mer specifika förutsättningarna för hur den rättsliga prövningen ska ske, eller var den kan ske, framgår dock inte av art 5. I förordningens ingresspunkt 34 framgår att följderna av ett sådant överklagande bör regleras i nationell rätt. Det framgår inte heller om det som här avses är den nationella rätten i det land där beslutet om att inleda förfarandet fattades eller om beslutet även kan överklagas enligt nationell rätt i ett annat medlemsland.

I insolvensförordningen art 19 framgår dock att ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande ska erkännas i övriga medlemsländer så snart beslutet har verkan i inledandelandet.⁵⁰⁴ I EU-domstolens praxis gällande 2000 års förordning, som reglerar kravet på att övriga medlemsländer ska erkänna inledandebeslut på samma sätt som i 2015 års insolvensförordning, inkluderar kravet på att inledandebeslutet ska erkännas även den nationella domstolens bedömning av sin egen behörighet enligt art 3.⁵⁰⁵ Den nationella domstolens bedömning av sin

⁵⁰⁴ Se 2015 års insolvensförordnings ingresspunkt 65-67 och art 19-20 och 32-33. Motsvarande gäller även för 2000 års insolvensförordning, se ingresspunkt 22, art 16-17 samt art 25-26.

⁵⁰⁵ Se EUD mål C-341/04 Eurofood p 42. Domstolens resonemang upprepas i EUD mål C-444/07 MG Probud p 29. Se 2015 års insolvensförordnings ingresspunkt 65, särskilt sista meningen. Vad gäller 2000 års förordning, se ingresspunkt 22.

egen behörighet och gäldenären anknytning till domstolens jurisdiktion kan således i princip inte bli föremål för domstolsprövning i en domstol i något annat medlemsland än det där beslutet fattades, med vissa undantag som jag återkommer till.

Detta medför att insolvensförordningen art 5, i ljuset av ingresspunkt 34, får förstås så att utrymmet att kräva en rättslig prövning av beslutet att inleda ett huvudförfarande regleras enligt lagen i det medlemslands där beslutet fattades. Det ska dock, enligt art 5.1, alltid vara möjligt för gäldenären eller en borgenär att väcka talan vid en domstol mot beslutet att inleda förfarandet på grundval av internationell behörighet. Det gäller följaktligen även om detta inte medges enligt tillämplig nationell rätt.

Det kan också tänkas att denna tolkning av art 5 även stöds av insolvensförordningen art 7. Där anges nämligen att lagen i det land där beslutet om att inleda förfarandet har fattats bestämmer förutsättningarna för att inleda ett förfarande om inget annat föreskrivs i förordningen. Art 7 kan tolkas så att detta även omfattar förutsättningarna för en rättslig prövning av ett sådant beslut. Det är dock en vid tolkning av art 7 eftersom artikeln inte uttryckligen anger att så är fallet.

Om det finns utrymme för det enligt nationell rätt kan även andra parter än gäldenären och borgenärer överklaga beslutet om att inleda huvudförfarandet enligt insolvensförordningen art 5.2. Det gäller också på andra grunder än bristande internationell behörighet enligt art 3.1. Vilka parter det skulle handla om är dock högst oklart. Det kan däremot tänkas att de andra grunder som avses kan röra nationella reglerade förutsättningar för att inleda ett visst nationellt förfarande enligt lagen i det land där förfarandet inleddes.

I 2000 års insolvensförordning saknas motsvarande reglering angående vem som har rätt att överklaga ett nationellt beslut om att inleda ett huvudförfarande i 2015 års insolvensförordning art 5. Utrymmet att överklaga beslutet torde dock regleras genom rättsordningen i det land där beslutet fattats enligt en vid tolkning av 2000 års förord-

ning art 4.⁵⁰⁶ Eftersom 2000 insolvensförordning inte uttryckligen anger att gäldenären och borgenärer får överklaga beslutet innebär det dock att om ett medlemsland saknar sådana bestämmelser kan gäldenären eller borgenärer helt enkelt inte överklaga beslutet. EU-domstolen har konstaterat att berörda parter istället skyddas mot felaktiga beslut fattade av en nationell domstol genom att den nationella domstolen måste pröva sin behörighet i enlighet med de nationella processrättsliga skyddsregler som kännetecknar en rättvis rättegång, såsom rätten att motta rättegångshandlingar och rätten för exempelvis borgenärer att yttra sig.⁵⁰⁷

I en rapport från Europeiska kommissionen angående hur 2000 års förordning har tillämpats framgår att utländska borgenärer inte alltid verkar ha haft möjlighet enligt nationell rätt att överklaga ett beslut om att inleda ett huvudförfarande i alla medlemsländer alternativt att borgenärerna, om de medges en rätt att överklaga beslutet, inte har fått tillräckligt med tid för att faktiskt hinna göra det innan klagandefristen har löpt ut.⁵⁰⁸ Genom regleringen i 2015 års förordning art 5.1 är det dock tydligt att samtliga borgenärer måste ges möjligheten att överklaga ett beslut om att inleda ett förfarande på grundval av nationell behörighet. Regleringen kan således ses som ett svar på det problem som identifierades i Europeiska kommissionens rapport eftersom inhemska och utländska borgenärs rätt i denna del likställs.

Insolvensförordningen art 5 innehåller dock som nämnts inga regler angående hur den rättsliga prövningen ska ske. Det finns exempelvis inte någon tidsgräns angiven för rätten att överklaga beslutet. Det får istället förstås framgå av annan tillämplig nationell rätt. Det innebär att det möjliga problem som Europeiska kommissionen identifierade i sin rapport, att utländska borgenärer inte alltid ges tillräcklig

⁵⁰⁶ Jfr 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 22. Se EUD mål C-341/04 Eurofood p 42-43. Se även Generaladvokat Jacobs diskussion om detta i sitt förslag till avgörande i EUD mål C-341/04 Eurofood, p 102-104.

⁵⁰⁷ EUD mål C-341/04 Eurofood p 41, 65-67.

⁵⁰⁸ se Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final, s 10.

tid för att överklaga ett beslut om att inleda ett huvudförfarande, kan kvarstå även vid en tillämpning av 2015 års insolvensförordning.

I exempelvis den svenska konkurslagen regleras i 2 kap. 25 § visserligen att egendomen i konkursboet i princip ska återställas till gäldenären om högre rätt upphäver ett beslut om konkurs. Det får väl antas att en förvaltare som blir medveten om att beslutet om att inleda konkursen har överklagats avvaktar högre rätts avgörande innan förvaltaren börjar realisera gäldenärens tillgångar, åtminstone om förvaltaren bedömer att överklagandet är befogat. Om frågan om tingsrättens behörighet inte blir föremål för rättslig prövning förrän efter ett tag, kanske efter det att konkursen är avslutad, kan konkursen dock i sig medföra rättsverkningar som kan vara svåra att återställa. Detta innebär att rätten att överklaga enligt art 5.1 i så fall i praktiken kan bli verkningslös, åtminstone till viss del. Så gäller exempelvis om det rör sig om ett bolag som upphör i samband med konkursen. Möjligheten att få konkursbeslutet undanröjt på grundval av internationell behörighet kan i ett sådant fall vara föga hjälpsamt.

Insolvensförordningen får dock förstås så att om beslutet om att inleda en konkurs överklagas enligt art 5 och inledandebeslutet undanröjs för att svensk domsrätt inte förelåg behöver beslutet om att inleda förfarandet inte erkännas eller beslut i samband med förfarandet verkställas i övriga medlemsländer. Domstolen som fattade beslutet var ju inte behörig att inleda förfarandet, något som krävs för att beslut ska erkännas och verkställas enligt förordningen. Det innebär följaktligen att ett sådant överklagat konkursbeslut i alla fall inte kan ges rättsverkningar, åtminstone enligt insolvensförordningen, i andra medlemsländer. En tillämpning av förordningens art 5.1 möjliggör då att ett nytt huvudförfarande kan inledas i det land där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen faktiskt finns eller fanns.

Även om ett beslut om att inleda en konkurs kan ges vissa verkningar i Sverige får det därigenom inte verkningar i andra medlemsländer. Det felaktiga beslutet kan dock naturligtvis ändå innebära svårigheter i ett utländskt förfarande. Svenska domstolar ska dock erkänna ett beslut om att inleda ett nytt huvudförfarande i det land där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns och ge det förfarandet de verkningar som följer av det förfarandet enligt insolvensförordningen.

Här har nu diskuterats vilka verkningar en tillämpning av art 5.1 får vad gäller en svensk konkurs. Samma resonemang bör dock kunna göras gällande för skuldsanering och företagsrekonstruktion eller andra insolvensförfaranden i andra länder i den utsträckning dessa ges vissa rättsverkningar enligt nationell rätt även om beslutet om att inleda ett sådant förfarande överklagas och det visas att den domstol som fattade beslutet om att inleda förfarandet inte var internationellt behörig. Insolvensförordningen art 5.1 förhindrar nämligen inte uttryckligen att ett förfarande kan ges verkningar enligt nationell rätt när det första beslutet om att inleda ett sådant förfarande har fattats, även om beslutet överklagas på grundval av internationell behörighet. Artikeln ger dock borgenärer en möjlighet att överklaga inledandebeslutet och på så sätt åtminstone förhindra att ett förfarande som har inletts ges rättsverkningar i andra medlemsländer.

3.8.2 Kravet på erkännande av inledandebeslut

3.8.2.1 Automatiskt erkännande som huvudregel

Ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande fattat av en domstol i ett medlemsland ska i princip erkännas i övriga medlemsländer så snart beslutet har verkan i inledandelandet enligt insolvensförordningen art 19.⁵⁰⁹ Detta krav på erkännande av inledandebeslut ger insolvensförordningens domsrättsregler ett verkligt starkt genomslag i medlemsländerna.⁵¹⁰ Om övriga medlemsländers domstolar hade kunnat inleda ett huvudförfarande trots att det redan pågår ett förfarande i ett medlemsland och vägra erkänna det först inledda förfarandet skulle domsrättsreglerna inte vara riktigt lika betydelsefulla. Regleringen innebär dock att det blir särskilt viktigt för en gäldenär och gäldenärens borgenärer var ett huvudförfarande inledd eftersom det därefter, fram tills att huvudförfarandet är avslutat, enbart är möjligt att ansöka om

⁵⁰⁹ Se 2015 års insolvensförordnings ingresspunkt 65-67 och art 19-20 och 32-33. Motsvarande gäller även för 2000 års insolvensförordning, se ingresspunkt 22, art 16-17 samt 25-26.

⁵¹⁰ Moss menar att detta är ett stort framsteg för den internationella regleringen av insolvensförfaranden med gränsöverskridande inslag, se Moss (2009) s 105.

att sekundärförfaranden ska inledas andra medlemsländer där gäldenären har ett driftställe enligt art 3.2.

Vad det är för typ av inledandebeslut som ska erkännas förtydligas något i insolvensförordningen art 2.7. Där framgår att det är ett beslut av en domstol att inleda ett förfarande eller att bekräfta att det har inletts eller ett beslut att utse en förvaltare. I 2000 års förordning art 2 framgår snarlikt att det avser både beslut och avgöranden att inleda ett förfarande eller att utse en förvaltare av varje domstol som är behörig att göra det enligt art 3.

Begreppet domstol ska tolkas vitt och motsvarar enligt 2015 års insolvensförordning art 2.6 ett medlemslands dömande organ eller annat organ som har behörighet att inleda ett insolvensförfarande, bekräfta att det har inletts eller fatta beslut under förfarandet.⁵¹¹ Denna definition kan jämföras med 2000 års förordning där begreppet domstol anges något snävare som ett medlemslands rättsliga organ eller annan myndighet som är behörig att inleda ett insolvensförfarande eller fatta beslut under detta förfarande.⁵¹²

För exempelvis svensk del är det Kronofogdemyndigheten som beslutar om att inleda en skuldsanering enligt den nya skuldsaneringslagen 4, 15-17 §§ samt lagen om skuldsanering för företagare 4, 17, 19 §§. Beslut om att inleda en svensk konkurs eller företagsrekonstruktion fattas av tingsrätten enligt konkurslagen 2 kap. 1 § respektive lagen om företagsrekonstruktion 2 kap. 1 §. Både Kronofogdemyndigheten och tingsrätten är följaktligen domstolar i insolvensförordningens mening.⁵¹³

EU-domstolen har uttalat att det finns stora skillnader i nationell rätt avseende vilka villkor och formaliteter som måste vara uppfyllda för att inleda ett förfarande.⁵¹⁴ Domstolen menar därför att det är angeläget att beslut erkänns så tidigt som möjligt i ett förfarande och har därför tolkat 2000 års insolvensförordning så att det inte krävs att ett beslut formellt sett ska anses utgöra ett beslut enligt nationell lag-

⁵¹¹ Se även insolvensförordningens ingresspunkt 20. Jfr även Weiss (2015) s 198.

⁵¹² Se 2000 års insolvensförordning art 2.d.

⁵¹³ Detta konstateras även i SOU 2016:17 s 96.

⁵¹⁴ EUD mål C-341/04 Eurofood p 51.

stiftning för att det ska vara det enligt förordningen.⁵¹⁵ Däremot krävs det enligt EU-domstolen att beslutet har fattats efter en begäran om att det ska inledas ett insolvensförfarande och att det beslut som har fattats uppfyller samtliga villkor som anges i definitionen av ett insolvensförfarande i art 1.1. Beslutet måste alltså innebära att gäldenären helt eller delvis förlorar rådigheten över sina tillgångar och att en förvaltare utses.⁵¹⁶

Även om EU-domstolens uttalande från det ovan nämnda fallet gäller 2000 års insolvensförordning är det sannolikt att domstolen skulle göra en liknande bedömning angående 2015 års förordning eftersom regleringarna i förordningarna i denna del inte skiljer sig åt nämnvärt. Däremot är det inte ett nödvändigt krav för att ett nationellt insolvensförfarande ska omfattas av 2015 års insolvensförordnings tillämpningsområde att gäldenären helt eller delvis berövas rådigheten över sina tillgångar så som gällde enligt 2000 års insolvensförordning art 1.⁵¹⁷ Det torde inte längre vara en nödvändig förutsättning för att beslutet ska erkännas. Domstolens tolkning att ett beslut ska erkännas så tidigt som möjligt, men att beslutet måste kunna karaktäriseras som ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande, verkar dock även motiverad när det gäller 2015 års insolvensförordning.

När ett beslut uppfyller kraven måste således bedömas beroende på vilken typ av nationellt förfarande det rör sig om. För svensk del torde insolvensförordningen förstås så att det beslut om att inleda förfarandet som fattas av Kronofogdemyndigheten respektive av en tingsrätt gällande skuldsanering, skuldsanering för företagare, konkurs och företagsrekonstruktion är ett sådant beslut om att inleda förfarandet som ska erkännas. Beslut om säkerhetsåtgärder som fattas före det att beslutet om att inleda förfarandet fattas, såsom exempelvis kvarstad enligt konkurslagen, torde dock inte ses som ett beslut om att

⁵¹⁵ EUD mål C-341/04 Eurofood p 51-54. Jfr hovrättens resonemang i mål nr Ö 507-12.

⁵¹⁶ EUD mål C-341/04 Eurofood p 54.

⁵¹⁷ Jfr insolvensförordningen art 1.

inleda ett insolvensförfarande eftersom det varken är ett beslut om att inleda förfarandet eller en bekräftelse av att det inleds.⁵¹⁸

Beslutet om att inleda förfarandet ska som nämnts erkännas av övriga medlemsländer så snart det har verkan i det aktuella medlemslandet. Exakt vid vilken tidpunkt beslutet har verkan enligt förordningen är inte helt klart.⁵¹⁹ I ljuset av att EU-domstolen har konstaterat att beslutet inte formellt sett måste utgöra ett beslut i nationell rätt för att vara det enligt 2000 års insolvensförordning torde tidpunkten när det har verkan förstås så att det exempelvis inte är nödvändigt att beslutet har vunnit laga kraft för att det ska erkännas. Eftersom beslutet ska erkännas i ett så tidigt skedes om möjligt får det också anses ha verkan i medlemslandet så tidigt som möjligt.

I 2015 års insolvensförordning art 20 föreskrivs att ett beslut om att inleda ett huvudförfarande ska ha samma verkningar i alla medlemsländer som det har i inledandelandet utan ytterligare formaliteter, förutsatt att det inte inleds ett sekundärförfarande i ett annat land.⁵²⁰ Att det ska ske utan ytterligare formaliteter torde innebära att det inte behövs nationella, lokala, avgöranden för att beslutet ska få verkningar i ett annat medlemsland.⁵²¹

Det framgår dock inte vad som avses med att beslutet om att inleda förfarandet ska ha samma verkningar i övriga medlemsländer i insolvensförordningen. I förordningens ingresspunkt 65 uttalas dock att syftet med det automatiska erkännandet är att de verkningar som

⁵¹⁸ Vad gäller kvarstad, se också Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 655/2014 av den 15 maj 2014 om inrättande av ett europeiskt förfarande för kvarstad på bankmedel i mål och ärenden av privaträttslig natur. Jfr även Berglund (2017) s 63 ff.

⁵¹⁹ Se 2000 års insolvensförordning art 16 respektive 2015 års insolvensförordning art 19. Se även Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final, s 13. Domstolen som har fattat beslutet måste dock även vara behörig enligt art 3. Se även EU-domstolens resonemang i EUD mål C-341/04 Eurofood p 50.

⁵²⁰ Jfr motsvarande reglering i 2000 års insolvensförordning art 17.

⁵²¹ Denna tolkning stöds även av Moss (2009) s 104. Se även förklaranderapporten p 154.

ett förfarande får genom rättsordningen i det land där förfarandet inleds ska utsträckas till alla övriga medlemsländer. Förordningen torde således förstås så att ett nationellt beslut om att inleda ett förfarande får vissa rättsverkningar enligt nationell rätt ska det även få samma verkningar i övriga medlemsländer.⁵²² Om det rör sig om ett huvudförfarande där beslutet om att inleda förfarandet också innebär en rådighetsförlust för gäldenären, till exempel vad gäller vid en svensk konkurs, torde insolvensförordningens reglering förstås så att detta innebär att gäldenären också förlorar rådigheten över sina tillgångar i övriga medlemsländer. Det innebär också att individuella verkställighetsåtgärder kan hindras i andra medlemsländer om det inte följer av den lag som ska tillämpas beträffande huvudförfarandet att en sådan åtgärd kan vidtas eller ett sekundärförfarande inleds i det medlemslandet.⁵²³

Ett beslut om att inleda ett huvudförfarande innebär följaktligen i princip att domstolar i andra medlemsländer hindras från att själva inleda ett huvudförfarande. Om ett förfarande inleds i ett annat land är förfarandet istället att betrakta som ett sekundärförfarande.⁵²⁴ Ett huvudinsolvensförfarande i ett medlemsland hindrar dock givetvis inte att sekundärförfaranden inleds i andra medlemsländer.⁵²⁵

En intressant situation som dock skulle kunna uppkomma är när två domstolar i olika medlemsländer anser sig behöriga att inleda ett huvudförfarande samtidigt. Även om insolvensförordningen art 3.1 bör förstås så att endast domstolarna i ett visst medlemsland är internationellt behöriga att inleda ett huvudförfarande, eftersom gäldenärens huvudsakliga intressen bara ska vara på en plats, kan omständigheterna i ett enskilt fall vara sådana att domstolarna i praktiken bedö-

⁵²² Vilka verkningarna är mer specifikt följer enligt 2015 års insolvensförordning art 7 som huvudregel av inledandelandets lag. Jfr 2000 års insolvensförordning art 4 och ingresspunkt 23. Se även Moss (2009) s 104.

⁵²³ Jfr Mellqvist (2002) s 147 som för ett liknande resonemang.

⁵²⁴ Se EUD mål C-116/11 Bank Handlowy p 40 och insolvensförordningen art 3.

⁵²⁵ Den reviderade insolvensförordningen art 19. Jfr motsvarande reglering i 2000 års insolvensförordning art 16.

mer att gäldenärens huvudsakliga intressen finns i just deras jurisdiktion.⁵²⁶

I insolvensförordningens ingress diskuteras denna situation.⁵²⁷ Där konstateras att problemet får lösas genom principen om ömsesidigt förtroende, det vill säga att den domstol som först fattar beslut om att inleda ett huvudförfarande utesluter behörigheten i andra jurisdiktioner eftersom beslutet som huvudregel ska erkännas av de andra domstolarna. Om två domstolar i olika medlemsländer bedömer att gäldenärens huvudsakliga intressen finns på olika platser faller behörigheten följaktligen på den domstol som först hann fatta beslut om att inleda förfarandet.⁵²⁸ Det är på så sätt följaktligen inte möjligt att inleda två huvudförfaranden samtidigt, även om båda domstolarna anser sig behöriga.

Det som nu har sagts rör insolvensförordningens krav att domstolar i andra medlemsländer ska erkänna en nationell domstols beslut om att inleda förfarandet, inklusive domstolens bedömning av sin egen internationella behörighet. I insolvensförordningen art 32 regleras vidare att beslut som rör förfarandets genomförande, slutförande och ackord och som har fattats av samma domstol också ska erkännas utan krav på ytterligare formaliteter.⁵²⁹ Detta gäller likaså beslut som är beslätade med insolvensförfarandet, även om beslutet har fattats av en annan domstol än den som beslutade om att inleda förfarandet.⁵³⁰ Detsamma gäller också beslut som har fattats efter det att en begäran om att ett insolvensförfarande ska inledas har framställts och som rör säkerhetsåtgärder, såsom exempelvis kvarstad vid en svensk konkurs.⁵³¹ Samtliga av dessa senare beslut ska dock verkställas i enlighet

⁵²⁶ Tolkningen att insolvensförordningen ska förstås så att gäldenärens huvudsakliga intressen bara ska finnas i en jurisdiktion görs även i prop. 2005/06:37 s 24 och HovR Ö 10582-10, 2011-05-11. Se även Aasaru (2011) s 356.

⁵²⁷ Se den reviderade förordningen ingresspunkt 65. Jfr motsvarande samma formulering i 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 22.

⁵²⁸ Detta beslut kan dock givetvis klandras i enlighet med reglerna i det land där beslutet fattades.

⁵²⁹ 2015 års insolvensförordning art 32. Jfr 2000 års insolvensförordning art 25 som innehåller en liknande bestämmelse.

⁵³⁰ 2015 års insolvensförordning art 32. Jfr 2000 års insolvensförordning art 25.

⁵³¹ 2015 års insolvensförordning art 32. Jfr 2000 års insolvensförordning art 25.

med Bryssel I-förordningen art 39-44 och 47-57, vilket innebär att det ställs vissa formella krav för verkställandet till skillnad mot vad gäller beslut om att inleda insolvensförfaranden enligt insolvensförordningen.⁵³² Övriga beslut än de nu nämnda ska erkännas och verkställas i enlighet med Bryssel I-förordningen.⁵³³

Insolvensförordningens regler om att medlemsländers domstolar ska erkänna en domstols beslut om att inleda ett huvudförfarande baseras som nämnts på den EU-rättsliga principen om medlemsländernas ömsesidiga förtroende enligt uttalandet i förordningens ingresspunkt 65.⁵³⁴ Även den mest förtroendeingivande domstolen kan dock fatta felaktiga beslut. Detta gäller särskilt med tanke på svårigheterna att tillämpa domsreglerna i art 3.1 i praktiken, exempelvis när det gäller när och hur en domstol ska ha en möjlighet att bli tveksam

⁵³² Se 2015 års insolvensförordning art 32. Enligt 2000 års insolvensförordning ska dessa beslut istället verkställas i enlighet med 1968 års Brysselkonvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, som till stor del är ersatt av Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, se denna förordning art 68 och därefter förordning (EU) nr 1215/2012 art 31-51 med undantag för art 34.2. Enligt 2000 års insolvensförordning behöver dessutom medlemsländerna enligt art 25.3 varken erkänna eller verkställa något av dessa nu nämnda typer av beslut om det skulle kunna innebära en kränkning av den personliga friheten eller posthemligheten. Denna reglering har tagits bort i 2015 års förordning. Se även RH 2009:72 beträffande tillämpningen av art 25 i 2000 års insolvensförordning.

⁵³³ Se 2000 års insolvensförordning art 25.2 respektive 2015 års insolvensförordning art 32.2. Numera är Brysselkonventionen i stort sett ersatt av förordningen nr 1215/2012, se denna senare förordning art 68. Vad gäller gränsen mellan insolvensförordningens och Brysselkonventionen/förordning 1215/2012 tillämpningsområde är tanken att förordning 1215/2012 ska vara tillämplig när inte insolvensförordningen är det, se förordning 1215/2012 art 1.1 jfr 2000 års insolvensförordning art 1 jfr art 25, ingresspunkt 7, 2015 års insolvensförordning art 1 jfr art 6, ingresspunkt 7. Jfr EUD mål C-649/13 Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl. p 26 och EUD mål C-157/13 Nickel & Goeldner Spedition p 21. Var denna gräns går mer i detalj har behandlats i ett antal rättsfall, se EUD mål C-133/78 Gourdain v Nadler, EUD mål C-339/07 Seagon, EUD mål C-292/08 German Graphics. Se även exempelvis Sheldon (2011) s 67-71.

⁵³⁴ Se 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 22 och EUD mål C-341/04 Eurofood p 39. Se även Generaladvokat Jacobs resonemang i förslaget till avgörande i EUD mål C-341/04 Eurofood p 102.

så att en presumtion ska frångås. Eftersom andra medlemsländers domstolar i princip exkluderas från att själva pröva sin egen internationella behörighet och inleda ett huvudförfarande kan följaktligen även ett objektivt sett felaktigt beslut få betydande rättsverkningar inom medlemsländerna.

Den första domstolens beslut kan dock som nämnts klandras i det land där beslutet fattades enligt art 5, men det förutsätter naturligtvis att någon också väljer att begära en överprövning. En gäldenär eller en borgenär som inte är nöjd med en nationell domstols beslut måste dock som utgångspunkt i första hand söka hjälp enligt den inhemska rättsordningen i det land där beslutet har fattats och ytterst ansöka om att frågan prövas av EU-domstolen, snarare än att vända sig till ett annat medlemslands domstol och kräva att beslutet inte ska erkännas.⁵³⁵ Det kan dock ta tid att få till en överprövning, inte minst om att EU-domstolen ska pröva frågan. Eftersom förfarandet kan pågå trots ett överklagande enligt nationell rätt under tiden innebär det automatiska erkännandet av inledande beslut följaktligen att det första beslutet ändå kan få stor betydelse för alla inblandade parter.

3.8.2.2 *Ordre public*

Det finns dock ett undantag till kravet på att domstolarna i medlemsländerna ska erkänna beslut som har fattats av en domstol i ett annat medlemsland om att inleda ett huvudförfarande. Undantaget innebär att en domstol inte alltid behöver erkänna beslutet och kan vägra verkställa det i enlighet med insolvensförordningen. Det gäller enligt insolvensförordningen art 33 när verkningarna av ett erkännande eller verkställighet av beslutet skulle vara uppenbart oförenliga med grunderna för det landets rättsordning, så kallat *ordre public*.⁵³⁶ I artikeln anges att detta särskilt gäller om beslutet eller verkställigheten är oför-

⁵³⁵ Se 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 22 och EUD mål C-341/04 Eurofood p 42-43. Se även Generaladvokat Jacobs diskussion om detta i sitt förslag till avgörande i EUD mål C-341/04 Eurofood, p 102-104. Se den reviderade förordningen art 5.

⁵³⁶ Jfr 2000 års insolvensförordning art 26. *Ordre public* behandlas i EUD mål C-341/04 Eurofood, se särskilt vid p 41 och 60-68. Jfr också Bogdan (2014) s 65 som konstaterar att ickeerkännande med hänvisning till *ordre public* även anses vara en

enlig med statens grundläggande rättsprinciper och individens grundlagsenliga fri- och rättigheter.

Motsvarande regel återfinns även i 2000 års insolvensförordning art 26. I 2000 års insolvensförordning art 25.3 finns det dock även en möjlighet att vägra erkänna eller verkställa ett beslut om beslutet innebär att den personliga friheten eller posthemligheten kränks. Det undantaget till erkännande är dock borttaget i 2015 års insolvensförordning.

Av insolvensförordningens ingresspunkt 65 framgår att undantaget till erkännande och verkställighet ska tillämpas restriktivt eftersom förordningens reglering om erkännande av beslut som nämnts baseras på just principen om ömsesidigt förtroende mellan EU:s medlemsländer.⁵³⁷ Det anges till och med i ingresspunkten att grunderna för ett icke-erkännande därför bör reduceras till ett nödvändigt minimum.

EU-domstolen fick tillfälle att uttala sig om hur hänvisningen till *ordre public* som grund för icke erkännande i insolvensförordningen ska förstås i fallet *Eurofood*.⁵³⁸ Fallet rörde fler frågor än denna, men i just denna del var frågan om en interimistisk förvaltare hade fått en tillräcklig möjlighet att yttra sig och om ett annat medlemslands domstol än den där beslutet om att inleda förfarandet fattats därför kunde vägra att erkänna beslutet.

EU-domstolen konstaterade i målet att den är behörig att kontrollera gränserna för när en domstol kan vägra erkänna ett beslut med hänvisning till *ordre public* och att detta undantag endast ska tillämpas i extraordinära fall.⁵³⁹ Enligt domstolen, som hänvisar till sin praxis vad

allmän princip inom den svenska internationella privat- och processrätten. Bogdan diskuterar svensk *ordre public* vidare på s 65 ff.

⁵³⁷ Jfr 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 22. Arnold diskuterar detta i Sheldon (2011) s 72-73. Se även Moss (2009) s 106 och förklaranderapporten p 206 där det också diskuteras när ett medlemsland skulle kunna vägra erkänna ett beslut.

⁵³⁸ EUD mål C-341/04 Eurofood. Jfr även EUD mål Probud, särskilt vid på 32-33 och 46, där EU-domstolen dock konstaterar att det inte hade getts in någon handling till domstolen som visade på någon avslagsgrund enligt varken 2000 års insolvensförordning art 25.3 eller art 26 och att erkännande och verkställighet därför inte fick hindras.

⁵³⁹ EUD mål C-341/04 Eurofood p 62-64.

gäller Brysselkonventionen, ska vägran att erkänna respektive verkställa ett beslut begränsas till fall när erkännandet eller verkställandet på ett oacceptabelt sätt skulle innebära en konflikt med rättsordningen i det land där beslutet görs gällande genom att det kränker en grundläggande princip.⁵⁴⁰ Kränkningen måste enligt domstolen:

... innebära ett klart åsidosättande av en rättsregel som anses vara fundamental i rättsordningen i den stat där domen görs gällande eller av en rättighet som erkänns som grundläggande i denna rättsordning.

EU-domstolen ger även ett exempel på en grundläggande princip som, om den kränks, kan innebära att ett medlemsland kan vägra erkänna ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande. Exemplet är rätten till en rättvis rättegång. Denna rätt innefattar enligt domstolen rätten att motta rättegångshandlingar och rätten att yttra sig.⁵⁴¹ Domstolen menar att:

... dessa rättigheter är centrala för hur ett rättvist förfarande skall organiseras och genomföras. I ett insolvensförfarande är det särskilt viktigt att borgenärerna eller deras företrädare kan delta på ett sätt som är förenligt med principen om jämlikhet i medel. Även om rätten att yttra sig kan anta olika konkreta former beroende på hur skyndsamt ett avgörande måste meddelas, skall alla inskränkningar av utövandet av denna rätt vara vederbörligen motiverade och omgärdade av processrättsliga skyddsregler som ger de personer som berörs av ett sådant förfarande en faktisk möjlighet att bestrida de åtgärder som vidtagits skyndsamt.⁵⁴²

⁵⁴⁰ EUD mål C-341/04 Eurofood p 63.

⁵⁴¹ Se mer om detta i EUD mål C-341/04 Eurofood p 65-67.

⁵⁴² EUD mål C-341/04 Eurofood p 66.

Det är dock enligt EU-domstolen upp till den aktuella nationella domstolen i varje medlemsland att avgöra vad som utgör en kränkning i varje enskilt fall.⁵⁴³ Vad som anses vara *ordre public* framgår nämligen av nationell rätt och det behöver inte nödvändigtvis vara samma i varje medlemsland inom EU.⁵⁴⁴ Domstolen uttalade sig därför inte heller om huruvida förvaltaren hade fått tillräckligt utrymme att yttra sig i målet utan lämnade den frågan till den nationella domstolen.

Även om den reviderade förordningen har tillkommit efter domstolens dom är det högst sannolikt att domstolen även skulle göra samma bedömning enligt den reviderade förordningen om en liknande fråga skulle bli aktuell igen. Skälet för detta är att regeln har samma utformning i 2000 års förordning som i 2015 års insolvensförordning och det skulle därför vara märkligt om domstolen gjorde en annan bedömning.

Det är tydligt att EU-domstolen menar att huvudregeln att medlemsländerna ska erkänna och verkställa beslut enligt förordningen är mycket stark. Det finns därför goda skäl att anta att undantaget sällan ska tillämpas. Eftersom förordningen bygger på medlemsländernas förtroende för varandra skulle dessutom en mer allmän tillämpning av undantaget vara ett tecken på att detta förtroende inte är särskilt stort eller har minskat.⁵⁴⁵ Det kan därför även av den anledningen finnas skäl att tillämpa undantaget restriktivt, det vill säga för att undvika att det EU-rättsliga samarbetet skadas.

⁵⁴³ EUD mål C-341/04 Eurofood p 68. Se mer om detta i Sheldon (2011) s 72-73 och Moss (2009) s 106. Svensk *ordre public* har analyserats av Bogdan, Bogdan (2014) s 65 ff.

⁵⁴⁴ Moss (2009) diskuterar detta på s 106. Se även Sheldon (2011) s 72-73.

⁵⁴⁵ Jfr Mellqvist (2002) s 161-162 som diskuterar *ordre public* i ljuset av principen om ömsesidigt förtroende.

3.9 Sammanfattande kommentar

Det finns många fördelar med att knyta den internationella behörigheten att inleda ett huvudförfarande till den plats som gäldenären har sin närmaste, fastställbara, anknytning till. En fördel är att om gäldenären har en stark anknytning till det land där förfarandet inleds ökar det sannolikheten för att gäldenärens tillgångar, fordringar och borgenärer finns inom denna jurisdiktion. Det underlättar förvaltningen av gäldenärens egendom för en förvaltare eftersom denna, åtminstone vad gäller tillgångar som finns i landet, inte nödvändigtvis måste hantera de rättsliga frågor som är relaterade till att en tillgång finns i ett annat land. En annan fördel är att det dessutom torde öka sannolikheten för att gäldenären och eventuellt även gäldenärens borgenärer har en sådan koppling till landet att de är bekanta med det landets rättsliga system och språk. Detta kan innebära att dessa personer lättare kan tillvarata sina intressen under ett insolvensförfarande.⁵⁴⁶

Frågan om vad en gäldenärs närmaste anknytning är och vilket medlemslands domstolar som borde vara behöriga att inleda ett huvudförfarande kan dock diskuteras. I insolvensförordningen art 3.1 anges gäldenärens närmaste anknytning såsom den plats där gäldenärens huvudsakliga intressen finns. Denna plats ska förstås som den plats där gäldenären kontrollerar, leder och fattar viktiga beslut i sin verksamhet på ett sätt som är objektivt fastställbart för tredje man. När det gäller juridiska personer är det någorlunda klart vad som här avses, nämligen, och i enlighet med insolvensförordningens ingress och EU-domstolens praxis gällande 2000 års insolvensförordning, den plats där gäldenärens verkliga huvudkontor finns och är objektivt fastställbar för tredje man.

När det gäller fysiska personer är det däremot inte alltid riktigt lika enkelt att fastställa platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Precis som för juridiska personer får dock insolvensförordningen art 3.1 förstås så att det som avses är den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen, det vill säga fattar sådana typer av beslut som normalt fattas vid ett huvudkontor, på ett sätt som är objektivt fastställbart för tredje man. Detta gäller oavsett om gäldenären är en egen-

⁵⁴⁶ Jfr Aasaru (2011) s 365 f. Se även Moss (2009) s 105.

företagare, fri yrkesutövare eller annan typ av fysisk person. Det torde dock inte vara lika vanligt förekommande att en fysisk person, särskilt när personen inte är en egenföretagare eller fria yrkesutövare, faktiskt har ett huvudkontor, som dessutom är objektivt fastställbart för tredje man. Det kan därför vara svårare att visa var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen faktiskt finns.

Presumptionerna i insolvensförordningen art 3.1 är dock användbara för att finna platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen på så sätt att de ger nationella domstolar en utgångspunkt för var denna plats ska anses finnas. Presumptionerna är också särskilt värdefulla när det gäller fysiska personer eftersom det generellt sett kan vara svårare att fastställa var platsen för dessa typer av gäldenärens huvudsakliga intressen finns.

För fysiska personer som är egenföretagare och fria yrkesutövare ska platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen anses finnas vid gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe om inget annat visas enligt insolvensförordningen art 3.1. Eftersom gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe får förstås som den plats där gäldenären bedriver huvuddelen av sin verksamhet, är det möjligt att presumptionen faktiskt också återspeglar platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Det torde nämligen inte vara helt ovanligt att en egenföretagare eller fri yrkesutövare faktiskt också fattar beslut vid sitt huvudsakliga verksamhetsställe som motsvarar de beslut som fattas vid en juridisk persons huvudkontor. Gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe och platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen behöver dock naturligtvis inte nödvändigtvis vara på samma plats.

Vad gäller övriga fysiska personer presumeras platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen vara vid gäldenärens hemvist enligt insolvensförordningen art 3.1, vilket får förstås som den ort där det kan visas att gäldenären är bosatt. Likaså här torde presumptionen normalt också återspegla den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen eftersom det kan tänkas att en fysisk person, som inte är egenföretagare eller fri yrkesutövare, också normalt fattar beslut om sin verksamhet från sin bosättningsort. Så behöver dock naturligtvis inte alltid vara fallet.

När det gäller juridiska personer presumeras platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen vara vid gäldenärens säte. En juridisk persons säte i insolvensförordningens mening, som får förstås som gäldenärens registrerade säte eller också den plats som gäldenären har angett i sina stadgar eller motsvarande som sin hemvist, är dock enbart vad jag skulle vilja kalla en formellt angiven plats. Det kan vara så att sätet exempelvis har registrerats i en viss jurisdiktion enbart av bolags- eller skatterättsliga skäl och att gäldenären inte bedriver någon som helst verksamhet på den plats där sätet bedöms vara beläget. Det är därför inte lika sannolikt att sätet faktiskt överensstämmer med platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen som när det gäller fysiska personer. Gäldenärens verkliga huvudkontor kan i själva verket lika väl vara i ett annat medlemsland än sätet.

Sättespresumtionen är dock ändå en hjälpsam utgångspunkt när en domstols internationella behörighet ska bedömas. Skälet för detta är att det väl ändå får antas att den plats som finns angiven som gäldenärens säte är tänkt att motsvara den plats där gäldenären också har sitt verkliga huvudkontor, även om den i praktiken inte gör det.

Presumtionerna i art 3.1 för samtliga typer av gäldenärer ska dock endast ses som utgångspunkter när en domstol ska bedöma sin egen internationella behörighet att inleda ett huvudförfarande. Skälet för detta är att uttalandena i insolvensförordningens ingress måste förstås så att nationella domstolar har ett ansvar att faktiskt undersöka om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom domstolens jurisdiktion. Om den nationella domstolen är tveksam angående sin egen behörighet ska den kräva ytterligare bevisning för att styrka behörigheten, även om en viss presumtion är uppfylld, och om det visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen inte finns inom domstolens jurisdiktion ska domstolen inte inleda något huvudförfarande.

Det kan visserligen framföras viss kritik mot att en nationell domstol ska behöva lägga ytterligare tid på att fastställa var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns när en presumptionsregel är uppfylld. Domstolen behöver dock endast göra detta om det framgår av omständigheterna i fallet, exempelvis för domstolen har blivit medveten om att gäldenären har tillgångar, bosättning, ingått avtal, har anställd personal eller verksamhet i ett eller flera andra medlemsländer,

att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen kan finnas i ett annat medlemsland. Det är dock viktigt att den nationella domstolen tar denna uppgift på allvar och, om den är tveksam angående sin behörighet, undersöka sin behörighet vidare. Domstolens beslut, om domstolen beslutar att inleda ett huvudförfarande, ska nämligen erkännas i andra medlemsländer. Domstolar i dessa andra länder exkluderas därigenom från att själva inleda ett huvudförfarande. Om en nationell domstol inte undersöker sin behörighet vidare, trots att domstolen är tveksam, riskerar det att underminera det ömsesidiga förtroendet mellan medlemsländerna som insolvensförordningen bygger på och därigenom också, i förlängningen, det EU-rättsliga samarbetet.

I detta kapitel har jag dock pekat på att denna tolkning av insolvensförordningen kan vara svår att tillämpa i praktiken. Detta gäller särskilt om sökanden enbart visar på omständigheter som innebär att en presumtion är uppfylld inom domstolens jurisdiktion och inte på sådana omständigheter som kan ge upphov till tvivel om att presumtionen utvisar platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. En person som ansöker om att ett insolvensförfarande ska inledas lär inte ha något större intresse av att visa på omständigheter som gör den nationella domstolen tveksam beträffande sin egen internationella behörighet. Eftersom insolvensförordningen inte reglerar ett uttryckligt krav att domstolen ska höra gäldenärens borgenärer, det framgår endast som en rekommendation i ingressen, kan det följaktligen bli svårt för en nationell domstol att uppnå den nivå av tveksamhet beträffande sin behörighet i praktiken.

Om en nationell domstol fattar ett felaktigt beslut, baserat på sökandens uppgift om att en presumtion är uppfylld men det senare visar sig att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen fanns i ett annat land, kan inledandebeslutet visserligen överklagas enligt insolvensförordningen art 5.1. Det förutsätter dock att en berörd part faktiskt väljer att just överklaga beslutet. Även om beslutet överklagas kan beslutet dessutom ges rättsverkningar i det land där beslutet fattades enligt nationell rätt, vilket minskar betydelsen av ett eventuellt överklagande.

Karenstiderna i insolvensförordningen art 3.1 lär dock säkerställa att en nationell domstol faktiskt bryter presumtionerna om sätet, det huvudsakliga verksamhetsstället respektive gäldenärens hemvist har

flyttats inom viss tid före ansökan om huvudförfarande. Karenstiderna tydliggör på så sätt att den nationella domstolen måste undersöka sin behörighet vidare om omständigheterna i fallet ger upphov till tvivel beträffande om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom domstolens jurisdiktion. Sådant tvivel ska uppstå om flytten har skett inom karenstiderna. Det skulle givetvis även kunna uppstå sådant tvivel om flytten skett utanför karenstiderna, men det förutsätter som nämnts att domstolen blir medveten om flytten.

Även om domstolen bestämmer att domsrätten ska undersökas vidare är det dock inte omöjligt att det ändå visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i det medlemsland som en presumption pekar mot. Så är exempelvis fallet om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen flyttades till det ett land i samband med att gäldenärens säte, huvudsakliga verksamhetsställe eller hemvist flyttades dit.

Karenstiderna är dock inte desamma för gäldenärer som är bolag, andra juridiska personer, fysiska personer som bedriver verksamhet som egenföretagare eller fria yrkesutövare jämfört med karenstiden för fysiska personer i övrigt. För den första kategorin av gäldenärer är som nämnts karenstiden tre månader. För den andra kategorin, det vill säga fysiska personer i övrigt, är den sex månader. Skillnaden motiveras inte i insolvensförordningen och det är inte helt klart varför den finns där.⁵⁴⁷

En anledning, som anges i den rättsvetenskapliga litteraturen som en möjlig orsak för den längre karenstiden för fysiska personer, är att fysiska personer kan vara mer benägna att försöka ändra sin hemvist för att påverka vilket medlemslands domstol som blir behörig att inleda ett huvudförfarande.⁵⁴⁸ Den längre karenstiden kan då vara motiverad för att gäldenärens hemvist inte nödvändigtvis motsvarar plat-

⁵⁴⁷ I Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet enligt artikel 294.6 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt om rådets ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av rådets förordning (EG) nr 1346/2000 om insolvensförfaranden, Bryssel den 13.4.2015 COM(2015) 173 final 2012/0360 (COD) p 3. anges, utan någon vidare motivering, att det under arbetet med revideringen har gjorts vissa ändringar för att förhindra ”konsumenter” från vad som beskrivs som ”otillbörlig forum shopping”.

⁵⁴⁸ Jfr Ringe (2016) s 158-160.

sen för gäldenärens huvudsakliga intressen och att nationella domstolar behöver uppmärksammas på detta genom att det just anges en längre karenstid. Samtliga typer av gäldenärer kan dock vara motive-
rade att försöka påverka vilket medlemslands domstolar som är behö-
riga att inleda ett huvudförfarande för att omfattas av ett för gäldenä-
ren mer gynnsamt regelverk. Detta är följaktligen inte skäl nog för
olika karenstider.

Precis som Ringe konstaterar kan det dock vara svårare att fast-
ställa att en fysisk person har flyttat sin hemvist till ett nytt medlems-
land jämfört med att konstatera att en juridisk person har flyttat sitt
säte eller att en egenföretagare eller fri yrkesutövare har flyttat sitt
huvudsakliga verksamhetsställe.⁵⁴⁹ Gäldenärens flytt av sin hemvist
skulle kunna gå borgenärerna obemärkt förbi eftersom det är tillräck-
ligt att gäldenären faktiskt bosätter sig i ett nytt medlemsland. Detta
kan dock vara nog så besvärligt för en fysisk person eftersom perso-
nen behöver finna en ny bostad och eventuellt även flytta sin familj till
ett nytt medlemsland, men det är klart att en ny bosättning kanske inte
nödvändigtvis uppmärksammas av gäldenärens borgenärer.

Detta skäl till att fysiska personer ska omfattas av en längre ka-
renstid verkar dock ändå tveksamt eftersom en flytt inom karenstiden
enbart innebär att hemvistpresumtionen just ska frångås. Om det kan
visas att den fysiska personen även har platsen för sina huvudsakliga
intressen i samma land som det där gäldenären har sin nya hemvist är
domstolarna i det nya landet i alla fall internationellt behöriga att in-
leda huvudförfarandet, förutsatt att flytten skedde före det att ansökan
om förfarandet lämnades in till den nationella domstolen. Gäldenärens
hemvist och platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen bör nor-
malt sammanfalla eftersom en fysisk person normalt torde förvalta
sina intressen från samma adress som sin hemvist. Det innebär att
karenstiden inte är särskilt användbar för att motverka att gäldenären
vidtar åtgärder för att påverka domsrätten.

Karenstiden innebär dock ett tydliggörande vad gäller att den
omständigheten att en gäldenär har ändrat sin hemvist inom sex må-
nader före ansökan om huvudförfarande ska göra en nationell domstol

⁵⁴⁹ Se Ringe (2016) s 158.

tveksam beträffande om hemvistpresumtionen verkligen motsvarar platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Tveksamheten innebär att domstolen istället ska bedöma sin behörighet utifrån var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns. Den längre karenstiden är på så sätt ett klagörande av en regel som även torde gälla juridiska personer, egenföretagare och fria yrkesutövare, nämligen att om omständigheterna i fallet gör den nationella domstolen tveksam angående sin internationella behörighet ska domstolen undersöka sin behörighet vidare. Det motiverar däremot inte, återigen, att karenstiden är olika för olika typer av gäldenärer.

Kriteriet att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska vara objektivt fastställbart för tredje man vid tidpunkten när ansökan om insolvensförfarande lämnades in till den nationella domstolen skyddar gäldenären, borgenärer och andra från att insolvensforum blir i en jurisdiktion som är helt överraskande. Insolvensförordningen torde således förstås så att den syftar till att säkerställa att det åtminstone objektivt sett ska vara klart för alla inblandade parter när en ansökan har lämnats in till en nationell domstol om detta är rätt insolvensforum.

Det behöver dock inte vara förutsebart vilket medlemslands domstol som beslutar att inleda ett huvudförfarande i praktiken. Det finns inte minst ett utrymme för domstolar i olika medlemsländer att göra olika bedömningar av när presumptionerna ska frångås, men även beträffande var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns.⁵⁵⁰ När det gäller gäldenärer som är fysiska personer har dessa dessutom typiskt sett sällan ett verkligt materiellt huvudkontor där det är objektivt fastställbart för utomstående att gäldenären fattar de övergripande besluten och kontrollerar sin verksamhet. En nationell domstol kan därför behöva göra svåra avvägningar om var en fysisk person vanligtvis förvaltar sina intressen, om det finns omständigheter i fallet som gör att domstolen är tveksam om detta sker vid gäldenärens hemvist eller presumtionen ska brytas på grund av en flytt inom karenstiden. Olika domstolar kan göra olika bedömningar beträffande när en dom-

⁵⁵⁰ Se exempelvis Berends (2006), Gullifer, Ringe och Théry (2009) s 116, Moss (2009) s 251 och 255-259, Omar (2008) s 178-183, Paulus (2007) s 824, Szydlo (2010) s 258 samt Wessels (2009) s 123-126. Se även Ds 2007:6 s 31.

stol bedöms vara tveksam angående om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom domstolens jurisdiktion för att de ska bryta en presumtion i insolvensförordningen art 3.1. Detta innebär att en viss nationell domstols bedömning beträffande sin egen internationella behörighet att inleda ett huvudförfarande inte alltid behöver överensstämma med den bedömning som en annan domstol skulle ha gjort och beslutet kan därför vara svårt att förutse för alla inblandade parter.

Även om det skulle vara möjligt att fastställa att gäldenären har sin närmaste anknytning till ett visst medlemsland vid just den tidpunkt då ansökan lämnas in till den nationella domstolen är det dock inte heller nödvändigtvis helt förutsebart på längre sikt för gäldenärens borgenärer att den domstolen ska vara behörig att inleda ett huvudförfarande. Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska nämligen endast vara fastställbar vid just den specifika tidpunkt när ansökan lämnas in till domstolen. För en borgenär som har ingått avtal med gäldenären vid en tidpunkt när gäldenären hade sina huvudsakliga intressen i ett visst land men gäldenären därefter har flyttat sina huvudsakliga intressen till ett nytt land, före ansökan om huvudförfarande, verkar domsrätten däremot inte särskilt förutsebar.

Utöver svårigheten att tillämpa domsrättsreglerna i praktiken är detta en av de främsta svagheter med domsrättsreglerna i insolvensförordningen art 3.1, nämligen att de inte säkerställer att insolvensforum går att fastställa för borgenärer i förväg, före ansökan om insolvensförfarande. Samtidigt kan denna svaghet i själva verket utgöra ett erkännande av fysiska och juridiska personers rätt att etablera sig i och flytta mellan olika medlemsländer. Etableringsrätten är en grundläggande rättighet inom EU och följer av EUF-fördraget. Eftersom domsrättsregeln inte hindrar gäldenärer från att påverka sin anknytning till ett medlemsland genom använda sin etableringsrätt och etablera sig i ett nytt medlemsland torde regeln just stå i överensstämmelse med etableringsrätten.

Det har också konstaterats i detta kapitel att insolvensförordningens reglering att ett beslut om att inleda ett huvudförfarande i princip ska erkännas automatiskt, inklusive den nationella domstolens bedömning av sin egen internationella behörighet, innebär att domsrättsreglerna får ett starkt genomslag i medlemsländerna. Regeln innebär näm-

ligen att det förhindras att flera huvudförfaranden kan pågå samtidigt i olika medlemsländer eftersom den första nationella domstolens beslut beträffande domsrätten blir exklusivt.

Eftersom nationella domstolar kan göra olika bedömningar angående sin internationella behörighet innebär dock insolvensförordningens regler om krav på erkännande av inledande beslut att en domstol som själv skulle ha bedömt sig vara behörig att inleda ett huvudförfarande i princip exkluderas från att inleda förfarandet om en annan domstol har fattat beslut om att inleda förfarandet först. Eftersom ett inledande beslut fattat av en domstol i ett annat medlemsland inte kan prövas av andra domstolar annat än i exceptionella fall blir det särskilt viktigt att den domstol som fattade beslut om att inleda förfarandet gjorde det på goda grunder.

Insolvensförordningens reglering om att ett inledande beslut kan klandras på grundval av internationell behörighet av åtminstone gäldenären eller borgenärer garanterar dock att beslutet kan bli föremål för någon form av rättslig prövning, även om det får ske enligt lagen i det land där beslutet fattades. I praktiken kan det dock följa av nationell rätt att ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande inte kan återkallas, eller att beslut som fattats i samband med förfarandet ska ges vissa rättsverkningar, vilket betydligt begränsar rättsverkningarna av ett överklagande enligt art 5.1. Förordningen får dock i alla fall förstås så att det felaktiga beslutet om att inleda ett insolvensförfarande på grund av avsaknad av internationell behörighet åtminstone inte ska erkännas av övriga medlemsländer.

Med tanke på att ett inledande beslut inte nödvändigtvis kommer att överklagas och att det i alla fall kan ges rättsverkningar i nationell rätt kan domsrättsreglerna i art 3.1 motivera en person att ansöka om att ett huvudförfarande ska inledas i den jurisdiktion där det passar sökandens intressen bäst. Eftersom ett beslut om att inleda ett huvudförfarande ska erkännas inom EU:s medlemsländer kan nämligen sökanden, om förfarandet inleds och beslutet inte överklagas, utesluta att ett huvudförfarande kan inledas i ett annat medlemsland.

4 Utrymmet att styra var ett huvudförfarande kan inledas inom EU

4.1 En syftesbeskrivning som inte följs upp av något uttryckligt förbud

4.1.1 En allmän målsättning att motverka *forum shopping* och rättsmissbruk

I föregående kapitel analyserades domsrätten främst ur en nationell domstols perspektiv, nämligen när en nationell domstol är internationellt behörig att inleda ett huvudförfarande enligt insolvensförordningen art 3.1. I detta kapitel studeras istället domsrätten för huvudförfaranden utifrån vilket utrymme som insolvensförordningen ger gäldenärer, borgenärer och gäldenärens förvaltare i ett insolvensförfarande att påverka vilket medlemslands domstolar som inleder eller blir internationellt behöriga att inleda ett sådant förfarande enligt art 3.1.

I kapitel 1 beskrevs *forum shopping* som den situation då en aktör väljer att begära att ett insolvensförfarande ska inledas i ett visst medlemsland för att detta bäst passar aktörens intressen. *Forum shopping* förutsätter dock att flera medlemsländers domstolar faktiskt är internationellt behöriga att inleda ett insolvensförfarande samtidigt.

I kapitel 1 beskrevs dessutom den situation då en aktör vidtar åtgärder i syfte att åstadkomma att de omständigheter som ligger till grund för en domstols internationella behörighet föreligger i ett visst land, något som brukar benämnas rättsmissbruk.⁵⁵¹ Det kan vara så att en domstol i ett valt medlemsland kanske inte var internationellt behö-

⁵⁵¹ Jfr Bogdan (2014) s 83. Jfr även De la Feria och Vogenauer (2011) s 33 ff.

rig att inleda ett förfarande före det att åtgärderna vidtogs, men genom åtgärderna blir domstolen följaktligen internationellt behörig att inleda ett insolvensförfarande. Aktören kan därefter, om aktören vill, ansöka om att ett förfarande inleds i det nya landet. Rättsmissbruk är på så sätt nära förknippat med *forum shopping*.

I insolvensförordningens ingresspunkt 5 uttalas att det, i syfte att den inre marknaden ska fungera väl, måste undvikas att parterna motiveras att föra över tillgångar från ett medlemsland till ett annat eller att välja jurisdiktion för att få en mer förmånlig rättslig ställning till skada för borgenärskollektivet. Uttalandet kan inte rimligen förstås på något annat sätt än att insolvensförordningen har ett allmänt syfte att just motverka *forum shopping* och missbruk av domsrättsbestämmelserna i art 3, åtminstone när det sker till skada för borgenärskollektivet.⁵⁵²

I 2000 års insolvensförordning finns ett motsvarande uttalande som i 2015 års insolvensförordning ingresspunkt 5 i ingresspunkt 4, men där anges inte att detta enbart gäller när borgenärskollektivet skadas. Istället anges generellt att motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk bör förhindras för att den inre marknaden ska fungera väl. Ändringen av ingresspunkten i 2015 års förordning får således förstås så att förordningen efter revideringen inte längre syftar till att undvika motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk i alla typer av fall, annars verkar det märkligt att formuleringen i ingresspunkten har ändrats.

Ändringen i insolvensförordningen har den fördelen att förordningen nu erkänner att alla former av *forum shopping* och rättsmissbruk inte nödvändigtvis behöver vara negativa företeelser som måste förhindras. Det framgår dock inte mer specifikt hur uttalandet ska förstås och uttalandet återkommer inte i artikeltexten. Det framgår exempelvis inte vad det ska röra sig om för typ av skada eller vilka typer av *forum shopping* eller rättsmissbruk som faktiskt alls kan anses medföra en skada för borgenärskollektivet. Det framgår inte exakt vilka typer av åtgärder som är så negativa i förordningens mening för borgenärskollektivet att de ska förhindras.

Forum shopping och rättsmissbruk som är neutralt eller positivt för borgenärskollektivet skulle dock, särskilt om det leder till mer effektiva

⁵⁵² Jfr exempelvis Morgell (2010) s 448.

och smidiga förfaranden i enlighet med uttalandet i ingresspunkt 2, faktiskt kunna vara helt i enlighet med de målsättningar som insolvensförordningen har som syfte att uppnå.⁵⁵³ Ibland skulle i själva verket *forum shopping* kunna motiveras av effektivitets- och smidighets-skäl och vara gynnsamt för den inre marknadens funktion.⁵⁵⁴ Det kan exempelvis vara mer kostnadseffektivt att ett huvudförfarande inleds i en viss jurisdiktion för att ett visst nationellt förfarande och det medlemslandets insolvensrättsliga lagstiftning innebär att gäldenärens utdelningsbara tillgångar maximeras genom ett snabbt och billigt förfarande.⁵⁵⁵ Ett visst lands insolvensrättsliga lagstiftning skulle dessutom kunna vara bättre anpassat för en enskild gäldenärs situation jämfört med lagstiftningen i ett annat medlemsland, beroende på vad förfarandet är tänkt att uppnå.⁵⁵⁶

Forum shopping eller rättsmissbruk som innebär att de utdelningsbara tillgångarna blir mindre genom ett förfarande i ett visst medlemsland jämfört med om förfarandet istället hade inletts i ett annat medlemsland kan dock innebära att borgenärskollektivet skadas av eventuell *forum shopping* eller rättsmissbruk.⁵⁵⁷ Likaså skulle borgenärskollektivet kunna skadas om gäldenären försöker undandra borgenärerna tillgångar genom att flytta till ett medlemsland där det inte är möjligt att inleda ett förfarande eller på andra sätt ”komma åt” gäldenärens tillgångar genom en tillämpning av annan tillämplig lagstiftning.

Insolvensförfaranden kan dock tjäna olika syften, inom ett medlemsland men också mellan olika medlemsländer. Exempelvis kan insolvensförfaranden syfta till att distribuera gäldenärens tillgångar till gäldenärens borgenärer eller också att rädda gäldenärens verksamhet och således inte direkt att gäldenärens tillgångar ska delas ut till borgenärer. Det kan därför vara svårt att jämföra olika förfaranden i olika

⁵⁵³ Jfr även De Weijs och Breeman (2014) s 495 ff.

⁵⁵⁴ Se exempelvis Moss (2009) s 261 ff och Enriques och Gelter (2006) s 443.

⁵⁵⁵ Aasaru (2011) och Eidenmüller (2009) diskuterar vad som kan vara gynnsamt för den inre marknadens funktion och om det främst är en fråga om att maximera (utdelningsbara) tillgångar. Se även Moss (2009) s 261 ff, Paschalidis (2012) s 223 samt De la Feria och Vogenauer (2011) s 162.

⁵⁵⁶ Se Moss (2009) s 262 ff. De la Feria och Vogenauer (2011) s 162. Se även Enriques och Gelter (2006) s 44.

⁵⁵⁷ Se Mellqvist (2005) s 450-451.

medlemsländer och konstatera om *forum shopping* är ”bra” eller ”dåligt” för borgenärskollektivet i alla typer av fall. En sådan utvärdering kräver dessutom i så fall dessutom egentligen en prognos över utfallet av olika förfaranden i olika länder, vilket kan vara både kostsamt och tidsödande.

Enbart en förändring av var ett huvudförfarande kan inledas och tillämplig lag beträffande det förfarandet i sig behöver inte nödvändigtvis vara skadlig för borgenärerna som kollektiv, även om det kan vara skadligt för en enskild borgenär. För att ta ett exempel behöver nämligen eventuella skillnader i regler om utdelning under konkurs mellan olika medlemsländer inte drabba borgenärskollektivet negativt, även om olika bestämmelser kan påverka enskilda borgenärs utdelning. Enligt uttalandet i ingresspunkt 5 är det just motiv till sådan typ av *forum shopping* och rättsmissbruk som skadar borgenärskollektivet som ska förhindras.

Uttalandet i ingresspunkt 5 följs dock inte upp av något absolut hinder eller förbud mot just *forum shopping* eller rättsmissbruk i insolvensförordningens artiklar. 2000 års insolvensförordning innehåller inte heller något sådant förbud.⁵⁵⁸ I ingresspunkt 5 uttalas dock inte att *forum shopping* eller rättsmissbruk ska förbjudas utan enbart att motiv till detta ska förhindras. Insolvensförordningen torde således förstås så att syftet att förhindra *forum shopping* och rättsmissbruk är tänkt att uppnås genom att förordningens regelverk i sig ska motverka just motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk, istället för att syftet ska uppnås genom ett uttryckligt förbud.

⁵⁵⁸ Även 2000 års insolvensförordning innehåller uttalande ingresspunkt 4 som i stora delar liknar uttalandet i 2015 års insolvensförordnings ingresspunkt 5. Angående 2000 års insolvensförordning och ingresspunkt 4, se Moss (2009) s 261 ff. som också konstaterar att 2000 års insolvensförordning saknar ett förbud mot *forum shopping* och rättsmissbruk.

4.1.2 Inget uttryckligt förbud mot *forum shopping*

Eftersom platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen bör förstås så att den avser en specifik plats är följaktligen enbart domstolar i ett visst medlemsland internationellt behöriga att inleda ett huvudförfarande enligt insolvensförordningen art 3.1. Detta innebär att det egentligen inte ska vara möjligt att ägna sig åt *forum shopping* enligt art 3.1 eftersom *forum shopping* som nämnts förutsätter att flera domstolar kan vara behöriga att inleda ett förfarande samtidigt.

I det föregående kapitlet konstaterades dock att det faktiskt kan vara möjligt att domstolar i olika medlemsländer i praktiken skulle kunna bedöma att de är behöriga att inleda ett huvudförfarande samtidigt gällande samma gäldenär.⁵⁵⁹ Skälet för detta är att domstolar i olika medlemsländer kan göra olika bedömningar beträffande om de ska bryta en presumtion i art 3.1 och att det dessutom finns ett visst tolkningsutrymme för var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns enligt art 3.1. Detta gäller trots det att art 3.1 ska förstås så att endast ett visst medlemslands domstolar ska vara internationellt behöriga att inleda ett huvudförfarande.

Om gäldenären är ett bolag kanske gäldenären exempelvis har ett kontor, som kan bedömas utgöra gäldenärens huvudkontor, i ett annat medlemsland än sätet, men gäldenären bedriver samtidigt viss verksamhet vid sitt säte. Domstolen i sätetslandet kan då bedöma att sättespresumtionen ska stå fast, kanske på grund av att domstolen bedömer att sättespresumtionen ska stå fast eller för att verksamheten bedöms vara av sådan omfattning att presumtionen inte kan brytas i det aktuella fallet. Domstolen kan således bedöma att den är behörig att inleda ett huvudförfarande. Samtidigt skulle en domstol i det medlemslandet där kontoret finns kunna bedöma att gäldenären har sitt verkliga huvudkontor i detta medlemsland och att presumtionen därför ska brytas. Även den domstolen skulle följaktligen kunna bedöma att den är behörig att inleda ett förfarande samtidigt som domstolen i sätetslandet.

Det kan också exempelvis vara så att en viss gäldenär som är en fysisk person arbetar och har en bostad samtidigt i två olika medlems-

⁵⁵⁹ Jfr även Bewick (2015) s 179.

länder. En nationell domstol i ett av medlemsländerna skulle då kunna bedöma att gäldenären är bosatt och förvaltar sina intressen inom dess jurisdiktion samtidigt som en domstol i det andra medlemslandet skulle kunna bedöma att gäldenären istället är bosatt och förvaltar sina intressen i det landet. Då skulle således båda domstolarna kunna anse sig behöriga att inleda ett huvudförfarande samtidigt.

I fallen *Eurofood* och *Interdil* bedömde parterna i målet och nationella domstolar att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen fanns i olika medlemsländer.⁵⁶⁰ EU-domstolen gjorde visserligen en egen bedömning av vilken domstol som gäldenären hade närmast anknytning till och tydliggjorde därigenom anknytningskravet platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen i dessa fall, men fallen är ett exempel på när nationella domstolar faktiskt har gjort olika bedömningar vid sin tillämpning av samma domsrättsregel.

Det finns följaktligen i praktiken ett visst utrymme för *forum shopping* enligt insolvensförordningen art 3.1 eftersom flera nationella domstolar inom EU skulle kunna anse sig behöriga att inleda ett huvudförfarande samtidigt beroende på omständigheterna i ett enskilt fall.⁵⁶¹ Det innebär dock inte att de nationella domstolarnas tolkning av insolvensförordningen art 3.1 är den ”rätta”. Eftersom platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen faktiskt ska finnas på en viss plats ska endast domstolarna i denna jurisdiktion vara internationellt behöriga att inleda ett huvudförfarande.

Nationella domstolar har visserligen ett ansvar att undersöka huruvida gäldenären faktiskt har sin närmaste anknytning till domstolens jurisdiktion när de får in en ansökan om att inleda ett huvudförfarande enligt insolvensförordningen. I enlighet med uttalandena i insolvensförordningens ingresspunkt 30 och 32 ska en nationell domstol, om den är osäker, undersöka sin egen behörighet vidare. Om varje domstol inom EU som får in en ansökan om huvudförfarande tar detta ansvar på allvar torde utrymmet för *forum shopping* vara ytterligare begränsat eftersom det då är mer sannolikt att domstolarna i

⁵⁶⁰ EUD mål C-341/04 *Eurofood* p 17 ff. samt EUD mål C-396/09 *Interdil* p 10-17.

⁵⁶¹ Se exempelvis Geva (2007) s 610 f., Wessels (2006) s 185. Se även Hirte (2008) s 220.

medlemsländerna även i praktiken kommer fram till att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen bara finns på en plats, i ett medlemsland. Presumptionerna i art 3.1 försvårar dock en sådan bedömning betydligt eftersom de innebär att en nationell domstol kanske inte ens gör en vidare undersökning än att konstatera att en presumtion är uppfylld.

Om det visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen faktiskt finns inom domstolens jurisdiktion kan den omständigheten att ansökan har föregåtts av *forum shopping* dessutom inte i sig hindra en nationell domstol från att inleda förfarandet med motiveringen att det skulle strida mot förordningens syfte så som det finns uttalat i ingresspunkt 5.⁵⁶² Uttalandet i ingresspunkt 5 kan nämligen inte förstås så att art 3.1 ska tolkas innehålla något uttryckligt förbud mot eller konsekvens av *forum shopping*.

Det verkar dessutom naturligt att en gäldenär eller borgenär, om det framstår för denna att det finns utrymme att ansöka om att ett huvudförfarande inleds i olika länder beträffande en viss gäldenär, också väljer att ansöka om ett huvudförfarande i den jurisdiktion som bäst främjar sökandens intressen beträffande förfarandet. Det kan knappast vara klandervärt. Om sökandens motiv till att ansöka om huvudförfarande i en viss jurisdiktion dessutom är att ett förfarande i det landet skulle innebära att de tillgångar som kan delas ut till borgenärskollektivet efter att förfarandet har avslutats maximeras kanske sökandens *forum shopping* i själva verket bör uppmuntras.⁵⁶³ Om valet också innebär att de utdelningsbara tillgångarna maximeras torde det åtminstone inte vara tal om *forum shopping* som är skadlig för borgenärskollektivet och som förordningen har som målsättning att förhindra enligt uttalandet i ingresspunkt 5.

⁵⁶² Jfr insolvensförordningens ingresspunkt 29. Jfr även Förslag till avgörande av generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer föredraget den 16 oktober 2008 i EUD mål C-339/07 Seagon vid not 49.

⁵⁶³ Jfr Förslag till avgörande av generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer föredraget den 16 oktober 2008 i EUD mål C-339/07 Seagon vid not 49 samt Förslag till avgörande av generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer föredraget den 6 september 2005 i EUD mål C-1/04 p 70-77.

Anknytningskravet platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen i sig i art 3.1 torde dock motverka *forum shopping* i en betydande utsträckning eftersom det innebär att det krävs en faktisk och fastställbar anknytning till flera medlemsländer för att domstolarna i flera länder ska kunna bedöma att de är internationellt behöriga att inleda ett huvudförfarande samtidigt. Om gäldenären inte har någon anknytning till flera medlemsländer finns det inte något utrymme för *forum shopping*, om gäldenären inte väljer att skapa en sådan anknytning innan ansökan om insolvensförfarande lämnas in till en nationell domstol.

4.1.3 Inget uttryckligt förbud mot rättsmissbruk

Insolvensförordningen innehåller inte heller något uttryckligt förbud mot rättsmissbruk. Gäldenären kan flytta platsen för sina huvudsakliga intressen före det att en ansökan om huvudförfarande lämnas in till någon domstol och på så sätt påverka vilket medlemslands domstolar som blir internationellt behöriga att inleda ett huvudförfarande enligt insolvensförordningen art 3.1.⁵⁶⁴

Det framgår dock av uttalandet i ingresspunkt 30 att det är viktigt vid bedömningen av domsrätten att det säkerställs att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen faktiskt finns i det aktuella medlemslandet där den domstol finns som ska inleda ett huvudförfarande. Detta uttalande, eller det faktum att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska bedömas utifrån vissa objektivt fastställbara omständigheter, innebär dock inte att det inte är möjligt att flytta platsen till ett annat land, det innebär snarare att om denna plats har flyttats till ett nytt medlemsland ska domstolarna i det landet vara behöriga att inleda förfarandet.⁵⁶⁵

Denna slutsats verkar även stödjas av EU-domstolens praxis i fallet *Leonmobili och Leone*, där EU-domstolen just konstaterar att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska bedömas utifrån den tidpunkt då ansökan om insolvensförfarande lämnades in till domstolen, även om gäldenärens säte eller platsen för gäldenärens huvudsakliga

⁵⁶⁴ Se Szydlo (2010) s 253 ff. Se även Aasaru (2011) s 362.

⁵⁶⁵ Jfr Wessels (2006) s 186, Eidenmüller (2009) s 4 f., McCormack (2009) s 191 och Ringe (2008) s 581. Se även Latella (2014) s 479 ff.

intressen har flyttats före ansökan.⁵⁶⁶ Insolvensförordningens reglering om domsrätten enligt art 3.1 tycks således bygga på antagandet att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen faktiskt utvisar den jurisdiktion som gäldenären har närmast anknytning till, även om platsen har flyttats nyligen före ansökan.⁵⁶⁷ Insolvensförordningen verkar därför också utgå ifrån att det exempelvis inte behövs någon karenstid innan platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen kan bestämmas.

En möjlig begränsning när det gäller utrymmet för rättsmissbruk skulle dock kunna följa av att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska vara den plats där gäldenären *vanligtvis* förvaltar sina intressen på ett sätt som är fastställbart för tredje man. Det kan nämligen ifrågasättas om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen alls kan anses finnas i ett nytt land om flytten har avslutats precis i samband med att ansökan om insolvensförfarande lämnas in till en nationell domstol. Det kan nämligen argumenteras för att platsen då inte har funnits i det nya medlemslandet tillräckligt länge för att gäldenären vanligtvis kan anses förvalta sina intressen därifrån.⁵⁶⁸ En gäldenär som precis har flyttat till ett visst medlemsland kan kanske fortfarande, ur tredje mans synvinkel, ha sin främsta anknytning till det land som gäldenären flyttade från.⁵⁶⁹

EU-domstolen har dock som nämnts slagit fast att det som är avgörande för domsrätten är just hur platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen framstår objektivt för tredje man.⁵⁷⁰ Är det objektivt fastställbart för tredje man att gäldenären just vanligtvis förvaltar sina intressen från det nya landet vid tidpunkten för ansökan om huvudförfarande är domstolarna i det landet internationellt behöriga att inleda förfarandet, även om flytten avslutades precis före ansökan.

⁵⁶⁶ EUD mål C-353/15 Leonmobili och Leone p 40-41.

⁵⁶⁷ Denna tolkning delas av Eidenmüller (2009). Jfr även Szydlo (2010) s 253 ff. och McCormack (2009) s 169 ff.

⁵⁶⁸ För en liknande diskussion, se Aasaru (2011) s 377.

⁵⁶⁹ EU-domstolen har som nämnts kommit fram till att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska finnas i det land som gäldenären har närmast anknytning till objektivt sett och fastställbart för tredje man, se EUD mål C-396/09 Interedil p 58. Jfr Szydlo (2010) s 258 ff. och McCormack (2009) s 184 f. samt Ringe (2008) s 589. Jfr Engsig Sorensen (2015) s 85 ff.

⁵⁷⁰ Se exempelvis EUD mål C-396/09 Interedil p 58. Jfr Szydlo (2010) s 260.

Tidsaspekten, det vill säga hur länge platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen har funnits i landet, torde således inte vara av avgörande betydelse. Besluten måste följaktligen inte ha fattats från platsen en längre tid så länge det kan visas att tredje man kan uppfatta att gäldenären förvaltar sina intressen från platsen efter flytten.⁵⁷¹

I insolvensförordningens ingresspunkt 28 uttalas dessutom att det till och med är tillräckligt att borgenärskollektivet har informerats om en flytt, exempelvis genom att adressändringen påpekas i affärs-korrespondens för att platsen ska vara objektivt fastställbar för tredje man i det nya landet. En flytt av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen torde därför kunna avslutas precis före ansökan om huvudförfarande, så länge tredje man har informerats om flytten. Om det däremot kan visas att gäldenären inte förvaltar sina intressen från den nya jurisdiktionen på ett sätt som är objektivt fastställbart för tredje man ska den nya platsen naturligtvis inte utgöra platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen i enlighet med insolvensförordningen art 3.1.

En ändring av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen måste dock ha skett före eller åtminstone ha avslutats senast i samband med ansökan om huvudförfarande. Skälet för detta är att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska bedömas utifrån den tidpunkt då ansökan om huvudförfarande kom in till den nationella domstolen.⁵⁷² Rättsmissbruk *efter* ansökan om huvudförfarande ger således ingen effekt vid bedömningen av domsrätten enligt art 3.1. Denna tidsgräns utgör följaktligen en viss begränsning av utrymmet för rättsmissbruk enligt förordningen.

Av uttalandena i insolvensförordningens ingress framgår även att insolvensförordningens bestämmelser syftar till att förhindra rättsmissbruk. I insolvensförordningens ingresspunkt 29-30 uttalas exempelvis att möjligheten att bryta presumptionerna enligt art 3.1 syftar till att garantera att rättsmissbruk förhindras. I ingresspunkt 30 uttalas vidare att en nationell domstol bör göra en noggrann bedömning av om de huvudsakliga intressena faktiskt finns i det aktuella medlems-

⁵⁷¹ Jfr även EUD mål C-396/09 Interedil p 49.

⁵⁷² Se EUD mål C-396/09 Interedil p 54-55 och EUD mål C-1/04 Staubitz-Schreiber p 24-29.

landet enligt art 3.1 för att, återigen, garantera att insolvensförordningen inte missbrukas.

I ingresspunkt 31 motiveras även karenstiden i art 3.1 med att den, liksom möjligheten att bryta presumptionerna för platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen, ska förhindra rättsmissbruk.⁵⁷³ Ingresspunkt 32 innehåller dessutom en rekommendation att domstolar bör kräva in ytterligare bevisning gällande sin internationella behörighet från gäldenären om domstolen på grund av omständigheter i målet är tveksam beträffande sin behörighet. En domstol skulle kunna bli tveksam i denna bemärkelse om det visas att det har vidtagits vissa åtgärder i syfte att påverka domstolens internationella behörighet enligt art 3.1.

I ingresspunkt 33 framhålls vidare att om en nationell domstol anser att gäldenärens huvudsakliga intressen inte finns inom dess jurisdiktion bör domstolen inte inleda ett huvudförfarande. Det framgår visserligen redan av art 3.1 att en sådan domstol inte är behörig att inleda ett huvudförfarande, just eftersom platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen inte finns inom domstolens jurisdiktion. Uttalandet i ingresspunkten får dock förstås så att en nationell domstol inte kan stödja sig enbart på presumptionerna i art 3.1 om domstolen faktiskt anser att gäldenärens huvudsakliga intressen inte finns i den jurisdiktion som en viss presumtion pekar mot.

Utrymmet att bryta presumptionerna i art 3.1 vid misstänkt *forum shopping* eller rättsmissbruk liksom karenstiderna för presumptionerna innebär följaktligen att insolvensförordningen också innehåller bestämmelser som begränsar utrymmet för rättsmissbruk beträffande huvudförfaranden. Karenstiden i art 3.1 medför exempelvis att det inte ska vara möjligt för en gäldenär att påverka domsrätten genom att

⁵⁷³ Jfr Rådets motivering: Rådets ståndpunkt (EU) nr 7/2015 vid första behandlingen inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om insolvensförfarande (omarbetning) (2015/C 141/02) p 18 där det framgår att karenstiderna syftar till att förhindra vad som beskrivs som ”otillbörlig forum shopping”. Jfr även Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet enligt artikel 294.6 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt om rådets ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av rådets förordning (EG) nr 1346/2000 om insolvensförfaranden, Bryssel den 13.4.2015 COM(2015) 173 final 2012/0360 (COD) p 3.

flytta sitt säte, huvudsakliga verksamhetsställe eller sin hemvist, beroende på vilken typ av gäldenär det rör sig om, alldeles före ansökan om huvudförfarande, inom karenstiden.

Inget av dessa uttalanden i insolvensförordningens ingress eller i insolvensförordningens artiklar innebär dock att förordningen innehåller något direkt förbud mot just rättsmissbruk genom en flytt av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Karenstiderna gäller oavsett om det kan visas att sätet, det huvudsakliga verksamhetsstället respektive gäldenärens hemvist flyttades i syfte att påverka vilken domstol som blir behörig att inleda ett huvudförfarande eller inte. De kan därför innebära att presumptionerna ska brytas i fall då inget rättsmissbruk har förekommit, även om syftet med karenstiderna just är att motverka motiv till dessa förfaringsätt.

Karenstiderna förhindrar dessutom inte rättsmissbruk längre tillbaka i tiden. Presumptionerna i art 3.1 gäller nämligen fortfarande om gäldenären har flyttat sitt säte eller det huvudsakliga verksamhetsstället mer än tre månader före ansökan, eller gäldenären flyttar sin hemvist mer än sex månader före ansökan. Om det visas att *forum shopping* eller rättsmissbruk har förekommit ska dock domstolen i enlighet med uttalandet i ingresspunkt 30 och 32 göra en noggrann undersökning av om presumptionerna, det vill säga sätet, det huvudsakliga verksamhetsstället respektive gäldenärens hemvist, verkligen överensstämmer med var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns. Varken presumptionerna eller karenstiderna hindrar dock rättsmissbruk genom att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen flyttas till ett nytt medlemsland.⁵⁷⁴

⁵⁷⁴ Jfr Bork och Mangano (2016) s 93.

4.1.4 Regleringar i insolvensförordningen som kan motverka motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk

I insolvensförordningens ingresspunkt 5 framgår som nämnts just att insolvensförordningen syftar till att motverka motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk. Insolvensförordningen innehåller också regler som torde medföra att aktörers motiv till både *forum shopping* och rättsmissbruk minskas åtminstone i viss utsträckning.

Enligt art 45 samt 53 har exempelvis borgenärer rätt att anmäla fordringar oavsett var ett förfarande inleds, även om anmälan ska ske i enlighet med de krav som ställs enligt inledandelandets lag. Detta torde innebära att motiv att påverka var ett huvudförfarande inleds är mindre jämfört med om borgenärens rätt att anmäla fordringar hade kunnat påverkas av att ett huvudförfarande inleds i ett visst medlemsland istället för ett annat.

Likaså finns det vissa undantag i insolvensförordningen för när ett annat lands lag än inledandelandets lag ska tillämpas på frågor rörande huvudförfarandet. Dessa undantag torde också minska eventuella motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk. I enlighet med insolvensförordningen art 8-18 omfattas exempelvis vissa rättigheter och vissa typer av tillgångar av lagen i ett visst land oavsett om ett förfarande inleds i ett medlemsland eller i ett annat. Det går således inte att påverka tillämplig lag för alla typer av tillgångar och rättigheter enbart genom att påverka vilken domstol som är internationellt behörig att inleda förfarandet. För att ändra tillämplig lag måste även tillgångarna flyttas eller exempelvis de avtal som rättigheterna baseras på sägas upp eller ändras i enlighet med art 8-18. Det kan tänkas att motiven till *forum shopping* och rättsmissbruk hade varit större om tillämplig lag avseende gäldenärens egendom alltid var lagen det land där förfarandet inleds.

Enligt uttalandet i ingresspunkt 34 syftar även insolvensförordningen art 5, som ger borgenärer rätt att överklaga en domstols beslut om sin egen behörighet, till att motiv till rättsmissbruk ska motverkas. Utrymmet att överklaga ett sådant beslut torde dock knappast förhindra *forum shopping* eller rättsmissbruk i sig. Skälet för detta är att den nationella domstolens beslut om sin egen internationella behörighet att inleda ett huvudförfarande enligt insolvensförordningen art 3.1

faktiskt är korrekt om det visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom domstolens jurisdiktion, även om det har förekommit *forum shopping* eller rättsmissbruk före ansökan. Det kan dock tänkas att motiven att ägna sig åt *forum shopping* och rättsmissbruk hade varit större om det inte hade funnits något utrymme att få till en rättslig prövning av en nationell domstols beslut om att inleda ett huvudförfarande på grundval av bristande internationell behörighet.

4.1.5 Sammanfattande kommentar

Det finns en viss motsättning mellan att det å ena sidan uttalas i insolvensförordningens ingress att insolvensförordningen syftar till att motverka *forum shopping* och rättsmissbruk som är skadligt för borgenärskollektivet samtidigt som detta uttalande å andra sidan inte följs upp av något uttryckligt förbud i insolvensförordningen. Visserligen anges det inte i förordningens ingress att *forum shopping* och rättsmissbruk ska vara förbjudet utan enbart att motiv till detta ska förhindras. Det verkar dock svårt att förhindra just motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk när det fortfarande finns betydande skillnader mellan medlemsländernas insolvensrättsliga lagstiftningar. Så länge de materiella regelverken i medlemsländerna inte är harmoniserade och det därför faktiskt får betydelse för gäldenärer och borgenärer var ett insolvensförfarande inleds inom EU kommer det fortsätta att finnas motiv för *forum shopping* och rättsmissbruk.

I insolvensförordningens ingress uttalas dock också att förordningen har antagits i syfte att gynna den inre marknadens funktion genom att leda till att gränsöverskridande insolvensförfaranden fungerar mer effektivt och smidigt. Det främsta syftet med domsrättsreglerna för huvudförfaranden enligt art 3.1 torde vara att främja den inre marknadens funktion.

Forum shopping och rättsmissbruk måste inte nödvändigtvis ha en negativ effekt på den inre marknadens funktion. *Forum shopping* och rättsmissbruk kan exempelvis innebära att ett visst nationellt insolvensförfarande och insolvensrättslig lagstiftning kan väljas utifrån vad som passar den enskilda gäldenärens situation bäst. Det är följaktligen inte så att *forum shopping* och rättsmissbruk alltid är något negativt som

behöver förbjudas generellt.⁵⁷⁵ I enlighet med uttalandena i insolvensförordningens ingress verkar det snarare bara vara nödvändigt att förhindra *forum shopping* och rättsmissbruk i de fall då det skadar borgenärskollektivet och det därför skulle kunna missgynna den inre marknadens funktion.

För en enskild borgenär kan det dock vara problematiskt att inte kunna förutse vilket medlemslands domstolar som blir internationellt behöriga att inleda ett huvudförfarande, vilket nationellt insolvensförfarande som kan inledas eller vilken lag som blir tillämplig beträffande förfarandet. Detta gäller även om eventuell *forum shopping* eller rättsmissbruk sker för att ett förfarande i ett visst land är mer kostnadseffektivt eller smidigt för borgenärskollektivet som helhet. En enskild borgenär kan nämligen ha intressen som skiljer sig åt från de intressen som kollektivet har.

För borgenärskollektivet kanske det exempelvis är av intresse att ett förfarande inleds av en domstol i ett visst medlemsland istället för av en domstol i ett annat medlemsland om det innebär att gäldenärens sammanlagda utdelningsbara tillgångar maximeras. Ett förfarande i det medlemslandet innebär dock att det medlemslandets lag blir tillämplig beträffande förfarandet istället för det andra medlemslandets lag, exempelvis beträffande fördelningen av gäldenärens tillgångar. För kollektivet får detta kanske inte någon betydelse, men det skulle kunna skada en enskild borgenär om denna exempelvis hade varit prioriterad enligt det första medlemslandets lag men inte enligt det andra landets lag.

Enligt uttalandet i insolvensförordningens ingresspunkt 5 är det enbart *forum shopping* och rättsmissbruk till skada för just borgenärskollektivet som ska undvikas. Detta innebär dock inte att förordningen inte syftar till att förhindra *forum shopping* och rättsmissbruk till skada för en enskild borgenär. Förordningen verkar, med tanke på att den syftar till att gynna den inre marknadens funktion, även ha som syfte att motverka *forum shopping* och rättsmissbruk generellt i den utsträckning det just är skadligt för den inre marknadens funktion. Så

⁵⁷⁵ Jfr Szydlo (2010) s 270 f.

kan vara fallet om exempelvis kreditgivning försvåras inom EU för att enskilda borgenärer inte kan förutse utfallet vid gäldenärens insolvens.

Förutsatt att domsrättsregeln i art 3.1 är uppfylld i ett medlemsland innebär det dock att domstolarna i det landet också är behöriga att inleda ett huvudförfarande, alldeles oavsett om *forum shopping* eller rättsmissbruk har förekommit innan ansökan om att inleda förfarandet kom in till den nationella domstolen. Om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett visst medlemsland verkar det inte spela någon roll enligt insolvensförordningen att borgenärskollektivet eller en enskild borgenär kan skadas av att ett förfarande inleds i det landet. Kanske får borgenärer helt enkelt numera räkna med att det kan förekomma *forum shopping* och rättsmissbruk.⁵⁷⁶

Borgenärerna skyddas dock till viss del genom insolvensförordningens reglering om att borgenärer får anmäla sina fordringar i ett huvudförfarande oavsett var det inleds inom EU, att tillämplig lag beträffande vissa rättigheter och tillgångar inte nödvändigtvis alltid regleras av lagen i det land där förfarandet inleds och att borgenärer kan klandra ett beslut om att inleda förfarandet på grundval av internationell behörighet. Dessa regleringar innebär också att motiven till *forum shopping* och rättsmissbruk torde vara något mindre starka, även om regleringarna inte förhindrar *forum shopping* och rättsmissbruk i sig beträffande var ett huvudförfarande inleds eller vilket medlemslands domstolar som blir internationellt behöriga att inleda förfarandet.

⁵⁷⁶ Jfr Eidenmüller (2009) s 11 f.

4.2 Gälldenärens utrymme att styra var ett huvudförfarande kan inledas

Gälldenärens utrymme att påverka var ett huvudförfarande inleds inom EU framgår egentligen indirekt redan av föregående avsnitt och kapitel 3. Beträffande *forum shopping* får visserligen insolvensförordningen art 3.1 förstås så att endast ett medlemslands domstolar ska vara behöriga att inleda ett huvudförfarande. Eftersom domstolar som nämnts kan göra olika bedömningar av om presumptionerna ska frångås men också av var platsen för gälldenärens huvudsakliga intressen och därigenom sin egen internationella behörighet finns det dock följaktligen ändå utrymme för en gälldenär att ägna sig åt *forum shopping* i praktiken. En gälldenär kan då helt enkelt göra det genom att ansöka om att ett huvudförfarande ska inledas hos en domstol i ett visst medlemsland istället för hos en domstol i ett annat medlemsland om båda domstolarna i praktiken skulle kunna anse sig behöriga att inleda ett huvudförfarande enligt art 3.1.

Anknytningskravet i art 3.1 begränsar dock en gälldenärs utrymme till *forum shopping* betydligt. Skälet för detta är att det krävs att gälldenären faktiskt har en anknytning till flera medlemsländer samtidigt på så sätt att en nationell domstol i respektive medlemsland kan bedöma att de är behöriga att inleda ett huvudförfarande samtidigt. Gälldenären måste följaktligen vara en person med ganska betydande internationella kopplingar till flera medlemsländer. För en gälldenär som är ett bolag eller en annan typ av juridisk person krävs det att det är tveksamt om gälldenären har sitt verkliga huvudkontor i det land där gälldenären har sitt registrerade säte och att det kan visas att gälldenären fattar beslut och leder sin verksamhet från ett annat medlemsland på ett sätt som är objektivt fastställbart för tredje man. Det måste således finnas ett tolkningsutrymme i praktiken beträffande var platsen för gälldenärens huvudsakliga intressen finns så att nationella domstolar kan komma att göra olika bedömningar.

För en gälldenär som är en egenföretagare eller fri yrkesutövare krävs att gälldenären fattar beslut och leder sin verksamhet från ett eller flera andra medlemsländer än det där gälldenären har sitt huvudsakliga verksamhetsställe på ett sätt som är objektivt fastställbart för tredje man och som gör att en nationell domstol skulle kunna bli tvek-

sam om gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe verkligen utgör platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. För gäldenärer som är fysiska personer i övrigt krävs att gäldenären, återigen, är bosatt i flera länder, eller fattar viktiga beslut på ett sätt som är objektivt fastställbart i ett eller flera andra medlemsländer än det där gäldenären är bosatt på ett sätt som gör att en nationell domstol kan bli tveksam angående om gäldenärens hemvist verkligen utvisar platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen.

I samtliga dessa fall finns det visserligen ett utrymme för nationella domstolar att tolka omständigheterna på olika sätt och att komma fram till olika bedömningar avseende var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns. Som framgår är det dock fråga om gäldenärer som rör sig på ett internationellt plan och på ett särskilt sätt, vilket inte nödvändigtvis gäller för alla gäldenärer. Om domstolarna i medlemsländerna skulle göra exakt samma bedömning av var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns så finns det inget utrymme för *forum shopping*.

När det gäller rättsmissbruk har gäldenären däremot ett betydande utrymme att styra så att en domstol i ett visst valt medlemsland blir behörig att inleda ett huvudförfarande enligt insolvensförordningen art 3.1. Gäldenären råder nämligen normalt över var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns. Gäldenären kan därför också välja att flytta denna plats till ett nytt medlemsland, före det att ansökan om huvudförfarande lämnas in till en nationell domstol.⁵⁷⁷

Det är dock inte tillräckligt att gäldenären registrerar sitt säte, flyttar sitt huvudsakliga verksamhetsställe eller hemvist enligt insolvensförordningen art 3.1 för att en domstol i det nya landet ska bli internationellt behörig att inleda ett huvudförfarande, om det visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen inte har följt med i flytten till det nya landet. Om det visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns kvar i det ursprungliga medlemslandet ska pre-

⁵⁷⁷ Ringe menar att den här typen av *forum shopping* har blivit mer och mer vanlig, Ringe (2008) s 584. Se även McCormack (2009) s 191 f.

sumptionerna i art 3.1 nämligen brytas.⁵⁷⁸ I praktiken kan det dock vara så att en nationell domstol nöjer sig med att konstatera att en presumtion är uppfylld för att inga omständigheter i det enskilda fallet gör domstolen tveksam beträffande om presumptionen utvisar platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Då kan det följaktligen vara tillräckligt för gäldenären att ha flyttat dessa platser, förutsatt att inledande beslutet inte överklagas. Om det visas att sätet, det huvudsakliga verksamhetsstället eller gäldenärens hemvist har flyttats och att det kan ha skett i syfte att påverka domsrätten torde den domstol som har fått en ansökan om att inleda ett huvudförfarande dock bryta presumptionerna eftersom det är tveksamt om dessa nya platser verkligen utvisar platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Presumptionerna ska givetvis även brytas om dessa platser har flyttats inom respektive karenstid enligt art 3.1.

Det är dock tillräckligt för gäldenären att flytta platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen till en ny jurisdiktion på ett sätt som är objektivt fastställbart för tredje man för att påverka vilket medlemslands domstolar som blir internationellt behöriga att inleda ett huvudförfarande enligt art 3.1. Det förutsätter dock att sökanden också visar på att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i det nya landet och inte i det land som presumptionerna avser. Det är dock naturligtvis inte nödvändigt att enbart flytta det ena eller det andra. En gäldenär kan ha registrerat sitt säte, flyttat sitt huvudsakliga verksamhetsställe respektive hemvist beroende på vad det rör sig om för typ av gäldenär samtidigt som gäldenären flyttar platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen till samma medlemsland.⁵⁷⁹

För bolag och andra juridiska personer innebär en flytt av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen att styrelsen eller gäldenärens ledning regelbundet träffas i ett nytt medlemsland, att borgenärerna informeras om detta och att kontoret där styrelsen träffas i det nya medlemslandet presenteras utåt, för omvärlden och på ett transparent

⁵⁷⁸ Se EUD mål C-353/15 *Leonmobili* och *Leone* samt EUD mål C-396/09 *Interedil* p 56. Jfr *Wessels* (2006) s 185 och *Aasaru* (2011) s 365 och 632.

⁵⁷⁹ Jfr EUD mål C-396/09 *Interedil* p 56. *Aasaru* (2011) s 365 och 632 och *Wessels* (2006) s 185.

sätt, såsom gäldenärens nya huvudkontor.⁵⁸⁰ För gäldenärer som är egenföretagare, fria yrkesutövare och fysiska personer gäller det samma, nämligen att gäldenären kan flytta platsen för sina huvudsakliga intressen till ett nytt medlemsland genom att, på ett sätt som är objektivt fastställbart för tredje man, fatta beslut, leda och kontrollera sin egen verksamhet från ett nytt medlemsland. För samtliga fysiska personer är det dock förmodligen enklast att samtidigt flytta sitt huvudsakliga verksamhetsställe respektive bosättning till det nya medlemslandet eftersom det kan vara svårt att visa var gäldenären fattar sina beslut, såvida gäldenären inte faktiskt har ett verkligt huvudkontor som är objektivt fastställbart för tredje man.

Det kan nu låta som att det är enkelt för en gäldenär att påverka vilket medlemslands domstolar som blir behöriga att inleda ett huvudförfarande. Här bör dock även sägas att flytten måste ske före det att ansökan om huvudförfarande lämnas in till en nationell domstol. Flyttas platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen efter ansökan ger den ingen effekt beträffande domsrätten. Gäldenären kan därför ha en viss tidspress när det gäller att fullfölja en flytt beroende på när i tiden som gäldenären blir medveten om att ett insolvensförfarande kan bli aktuellt. Samtidigt har gäldenären naturligtvis goda möjligheter att förutse att gäldenären själv är på väg att bli insolvent och kan därför också planera en flytt före det att det alls kan tänkas vara aktuellt att någon ansöker om ett insolvensförfarande.

Anknytningskravet i art 3.1 innebär dock också i sig ett visst hinder mot rättsmissbruk av praktiska skäl. Det kan nämligen vara besvärligt för en gäldenär att faktiskt flytta platsen för sina huvudsakliga intressen, särskilt när det rör sig om en gäldenär som kanske inte har haft någon anknytning till det nya landet före flytten. För en fysisk person kan det exempelvis vara nödvändigt att ändra sin bosättningsort, vilket kanske inte är fullt så enkelt om gäldenären har familj och barn i sitt ursprungsland. Det torde dock vara betydligt enklare för en gäldenär som är en juridisk person att flytta platsen för sina huvudsakliga intressen eftersom det enbart kräver att ledningen träffas och fattar beslut i ett annat medlemsland och att borgenärer informeras om

⁵⁸⁰ Beträffande 2000 års insolvensförordning, jfr Wessels (2006) s 190 samt Wessels (2009) s 176 och McCahery (2006) s 455 ff.

detta. Ledningen torde fortfarande kunna vara bosatt i ursprungslandet. Detta kan dock vara mer eller mindre svårt att göra i praktiken beroende på omständigheterna i det enskilda fallet.

4.3 Borgenärers utrymme att styra var ett huvudförfarande kan inledas

Eftersom en borgenär i princip inte råder över var gäldenären väljer att förlägga platsen för sina huvudsakliga intressen är borgenärernas utrymme att påverka var ett huvudförfarande kan inledas självfallet mer begränsat. En borgenär kan endast påverka var förfarandet inleds genom det utrymme som ges till *forum shopping* i enlighet med insolvensförordningen art 3.1. Även om det visserligen finns ett visst utrymme för *forum shopping* i praktiken beträffande huvudförfarande förutsätter det dock att gäldenären har en betydande anknytning till flera olika medlemsländer samtidigt, vilket inte alltid behöver vara fallet.

En borgenär skulle också kunna komma överens med en gäldenär om att gäldenären ska flytta platsen för sina huvudsakliga intressen så att domsrätten påverkas. Det är dock trots allt gäldenären som bestämmer om gäldenären väljer att faktiskt också genomföra en sådan omlokalisering. I en rapport från Europeiska kommissionen framgår dock beträffande gäldenärer som är juridiska personer att en flytt av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ”ofta” föregås av en överenskommelse med bolagets ”seniora” borgenärer.⁵⁸¹ I praktiken kan det följaktligen vara så att vissa borgenärer har ett visst inflytande över var ett huvudförfarande kan inledas inom EU, men detta kräver dock som sagt en överenskommelse mellan borgenären och gäldenären.

Ringe har noterat att borgenärer har börjat anpassa kreditavtal och liknande genom att inkludera garantier mot att en gäldenär flyttar platsen för sina huvudsakliga intressen enligt insolvensförordningen

⁵⁸¹ Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final, s 10.

art 3.1 utan borgenärens godkännande.⁵⁸² Man kan dock fråga sig vad det är för garantier i ett sådant avtal som faktiskt kan hindra en gäldenär från att ändå flytta platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen eller vad följderna kan bli av att avtalet inte hålls. Förmodligen, utan att ha sett ett sådant avtal, skulle det kunna röra sig om ett avtal beträffande en gäldenär som är en juridisk person, men som ingås mellan borgenären och gäldenärens ledning eller ägare. Avtalet skulle exempelvis kunna innebära att gäldenärens ledning eller ägare drabbas av någon form av personligt skadeståndsansvar om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen flyttas. Ett sådant avtal hindrar visserligen inte gäldenären från att ändå flytta platsen för sina huvudsakliga intressen, men avtalet skulle kunna innebära att åtminstone ledningen inte blir särskilt motiverade att flytta denna plats i praktiken. När det gäller fysiska personer kanske ett sådant avtal skulle kunna handla om att någon närstående går i borgen för gäldenären men att borgensåtagandet enbart gäller om gäldenären flyttar platsen för sina huvudsakliga intressen. Inte heller ett sådant avtal hindrar dock gäldenären från att faktiskt flytta sina huvudsakliga intressen i insolvensförordningens mening och därigenom påverka vilket medlemslands domstolar som blir internationellt behöriga att inleda ett huvudförfarande.

4.4 Förvaltares utrymme att styra var ett huvudförfarande kan inledas

Det är kanske inte helt relevant att diskutera vilket utrymme en förvaltare i ett huvudförfarande, sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande beträffande gäldenären har att påverka var ett huvudförfarande inleds eller kan inledas inom EU. Dessa förvaltares intresse av att påverka var huvudförfarandet inleds torde nämligen vara begränsat eftersom de inte har något direkt personligt eller ekonomiskt intresse av var förfarandet inleds.

När det gäller en förvaltare i ett huvudförfarande kan denna dock dessutom som utgångspunkt inte påverka var ett huvudförfarande inleds eftersom förvaltaren normalt utses efter, eller i samband med,

⁵⁸² Se Ringe (2008) s 602.

att beslutet om att inleda förfarandet fattas. Förvaltaren utses med andra ord tidsmässigt efter det att den nationella domstolens internationella behörighet har fastställts.

Enligt insolvensförordningen kan ett medlemsland dock reglera att en förvaltare får fastställa den internationella behörigheten att inleda ett huvudförfarande enligt art 3.1 i enlighet med insolvensförordningen art 4.2. I så fall skulle förvaltaren i ett huvudförfarande i praktiken kunna påverka om ett huvudförfarande inleds i det landet helt enkelt genom sitt beslut om att inleda förfarandet eller att inte göra det på grundval av internationell behörighet. Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska dock bedömas utifrån var platsen fanns vid tidpunkten för ansökan, det vill säga i princip före det att förvaltaren utsågs. Beslutet om att inleda förfarandet ska dessutom trots allt baseras på insolvensförordningen art 3.1 och inte förvaltarens, eller domstolens, egna önskemål om vad som är mest förmånligt för förvaltaren respektive domstolen. I enlighet med uttalandena i insolvensförordningens ingresspunkt 30 och 32 har de nationella domstolarna, vilket då även torde gälla förvaltaren, ett ansvar att göra en noggrann undersökning av sin egen behörighet enligt art 3.1. Förvaltarens utrymme för *forum shopping* eller rättsmissbruk är således i praktiken obefintligt.

Det vore dessutom anmärkningsvärt om en förvaltare, eller en nationell domstol för den delen, medvetet skulle fatta ett *felaktigt* beslut om sin egen internationella behörighet i syfte att förfarandet ska inledas i just det landet istället för i ett annat medlemsland. Ett sådant beslut skulle kunna bli föremål för en rättslig prövning enligt lagen i det landet enligt insolvensförordningen art 5. Även om beslutet inte klandras på grundval av internationell behörighet torde ett sådant beslut säkerligen inte behöva erkännas av domstolar i övriga medlemsländer enligt art 33 med hänvisning till *ordre public*. Det skulle således inte bara vara anmärkningsvärt utan också vara ett beslut som inte får några verkningar i övriga medlemsländer.

En förvaltare i ett huvudförfarande har följaktligen inget utrymme för vare sig *forum shopping* eller rättsmissbruk beträffande insolvensförordningen art 3.1. Som jag konstaterade inledningsvis torde dock en förvaltare i ett huvudförfarande inte heller ha något intresse av att ägna sig åt *forum shopping* eller rättsmissbruk beträffande var hu-

vudförfarandet inleds eller vilka domstolar som är eller blir internationellt behöriga att inleda förfarandet inom EU.

När det gäller en förvaltare i ett sekundärförfarande kan denna i princip inte heller påverka vilket medlemslands domstolar som inleder ett huvudförfarande. Skälet för detta är helt enkelt att ett sekundärförfarande inleds, eller omvandlas till ett sekundärförfarande, efter det att ett huvudförfarande har inletts.⁵⁸³ Beslutet om att inleda huvudförfarandet, och bedömningen av var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns, torde följaktligen redan ha fattats då förvaltaren utses eller då hon eller han omvandlas till en förvaltare i sekundärförfarandet.

När det gäller gäldenärens förvaltare i ett självständigt territoriellt förfarande torde inte heller denna aktör i princip kunna, eller ha motiv att, påverka var ett huvudförfarande kan inledas enligt insolvensförordningen art 3.1. Skälet för detta är att det territoriella självständiga förfarandet omfattar gäldenärens tillgångar i det land där förfarandet inleds. Det verkar därför osannolikt att förvaltaren skulle vilja försöka se till att det inleds ett huvudförfarande i ett annat medlemsland beträffande tillgångar i andra medlemsländer. Det kan dock teoretiskt sett tänkas att förvaltaren i det territoriella självständiga förfarandet vill att ett huvudförfarande inleds, och att det sker i ett visst land, för att förvaltaren menar att det skulle bidra till en mer effektiv förvaltning av gäldenärens samlade tillgångar. Förvaltaren eventuella ansökan om ett huvudförfarande kan exempelvis ske i borgenärernas intresse.⁵⁸⁴ Om ansökan dock verkligen är i borgenärernas intresse skulle dessa aktörer lika väl kunna lämna in en sådan ansökan själva till domstolen i det land där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns, vilket också minskar sannolikheten för, och kanske till och med utesluter, att förvaltaren själv i praktiken faktiskt skulle framställa en sådan begäran.

Denna förvaltare torde inte heller ha någon behörighet att påverka var gäldenären har förlagt eller väljer att förlägga platsen för sina huvudsakliga intressen enligt insolvensförordningen art 3.1. Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska nämligen enligt art 3.2 finnas i ett annat medlemsland än det där självständiga territoriella för-

⁵⁸³ Se insolvensförordningen art 3.2. Jfr även förordningens art 50.

⁵⁸⁴ Jfr konkurslagen 7 kap 8 §.

farandet har inletts och det självständiga territoriella förfarandet får bara verkningar i andra medlemsländer beträffande tillgångar som finns i det land där förfarandet inleds. Den enda möjligheten som förvaltaren i ett självständigt territoriellt förfarande har att påverka var ett huvudförfarande inleds är således genom att själv ansöka om att ett huvudförfarande ska inledas i ett visst medlemsland i den utsträckning detta är möjligt enligt nationell rätt. Det verkar dock som nämnts inte helt sannolikt att en sådan förvaltare faktiskt skulle göra det i praktiken, om förvaltaren ens kan göra det.

Det kan även tänkas att en förvaltare i ett huvudförfarande beträffande en gäldenär (A) vill ansöka om att ett huvudförfarande inleds avseende *en annan gäldenär* (B) för att (A) har fordringar på (B). Om det dessutom är så att (A) är ett bolag som ingår i samma koncern som (B) kan det även tänkas att förvaltaren gärna ser att ett huvudförfarande inleds beträffande (B) för att huvudförfarandena ska kunna samordnas. Förvaltaren råder dock givetvis inte över var (B) väljer att förlägga platsen för sina huvudsakliga intressen före ansökan om huvudförfarande. Förvaltaren kan därför inte flytta denna plats för att påverka var ett huvudförfarande kan inledas. Förvaltaren kan endast försöka påverka var ett huvudförfarande inleds genom att, i den utsträckning det är möjligt enligt nationell rätt, ansöka om att förfarandet inleds i det medlemsland där en domstol i praktiken skulle kunna bedöm att den är behörig att inleda förfarandet enligt art 3.1. Återigen verkar det dock inte helt sannolikt att förvaltaren faktiskt skulle göra detta i praktiken även om det är möjligt i teorin.

4.5 Sammanfattande kommentar

Gäldenären, gäldenärens borgenärer och i förekommande fall gäldenärens förvaltare i ett självständigt territoriellt förfarande, kan samtliga ägna sig åt *forum shopping*, men endast i den utsträckning som det faktiskt är möjligt för domstolar i olika medlemsländer att bedöma att de är behöriga att inleda ett huvudförfarande samtidigt i praktiken enligt art 3.1. Insolvensförordningen ger inget utrymme för *forum shopping* i sig eftersom platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen endast är tänkt att finnas i ett medlemsland samtidigt. *Forum shopping* är enbart möjligt på grund av det tolkningsutrymme som finns beträffande var

platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns enligt art 3.1 och svårigheterna att avgöra när presumtionerna ska frångås enligt denna artikel.

Gäldenären kan också flytta platsen för sina huvudsakliga intressen före det att en ansöka om huvudförfarande lämnas in till en nationell domstol och på så sätt påverka vilket medlemslands domstolar som blir internationellt behöriga att inleda huvudförfarandet. Insolvensförordningen art 3.1 ger följaktligen gäldenärer ett betydande utrymme att ägna sig åt rättsmissbruk.

Även om insolvensförordningen inte innehåller något uttryckligt förbud mot *forum shopping* eller rättsmissbruk innebär dock anknytningskraven i art 3.1 i sig trots allt ett visst hinder mot dessa typer av åtgärder. Skälet för detta är att gäldenären, när det gäller *forum shopping*, måste ha en anknytning till flera medlemsländer för att domstolarna i dessa medlemsländer ska kunna anse sig behöriga att inleda förfarandet samtidigt. När det gäller rättsmissbruk måste gäldenären ändra sin anknytning på ett sätt som är objektivt fastställbart för utomstående till ett nytt medlemsland, vilket kan vara mer eller mindre svårt att åstadkomma i praktiken i ett enskilt fall.

När det gäller en gäldenär som är ett bolag eller annan juridisk person torde det dock vara tillräckligt att flytta gäldenärens ledning till ett nytt medlemsland och informera gäldenärens borgenärer om flytten för att domstolarna i det landet ska bli internationellt behöriga att inleda ett huvudförfarande. Om gäldenären vill säkerställa att även presumtionen i art 3.1 är uppfylld i ett nytt land får gäldenären även registrera sitt säte där.

När det gäller en gäldenär som är en egenföretagare eller fri yrkesutövare torde det vara tillräckligt att flytta platsen för sina huvudsakliga intressen helt enkelt genom att flytta eller skapa ett huvudkontor i det nya medlemslandet och meddela gäldenärens borgenärer om att gäldenären numera förvaltar sina intressen från detta land. För dessa typer av gäldenärer presumeras dock gäldenären ha platsen för sina huvudsakliga intressen vid sitt huvudsakliga verksamhetsställe. Om gäldenären vill säkerställa att presumtionen i art 3.1 ska vara uppfylld i det nya medlemslandet måste gäldenären även flytta sin verksamhet till det nya landet, om det huvudsakliga verksamhetsstället inte

redan finns i det nya medlemslandet. Detta skulle visserligen kunna vara besvärligare än vad det är för en juridisk person att registrera sitt säte i ett nytt medlemsland, men det är heller inte nödvändigt att flytta denna plats för att domsrättsregeln i art 3.1 ska vara uppfylld i det nya landet. Det är fullt tillräckligt att det just kan visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i det nya medlemslandet för att en domstol i det landet ska vara internationellt behörig att inleda ett huvudförfarande.

Även för en gäldenär som är en fysisk person i övrigt verkar det inte nödvändigtvis heller vara särskilt svårt att flytta platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen enligt insolvensförordningen art 3.1. Det bör vara tillräckligt för gäldenären att bosätta sig i ett annat medlemsland. Visserligen ska en nationell domstol bryta hemvistpresumtionen om gäldenären bytte bosättningsort inom sex månader före ansökan om insolvensförfarande alternativt om flytten skedde tidigare, om flytten gör domstolen tveksam angående sin internationella behörighet. Det kan dock vara svårt att visa att en fysisk person förvaltar sina intressen från en annan adress än gäldenärens bostadsort eftersom det normalt lär framstå för tredje man som att bosättningsorten också är den plats där gäldenären förvaltar sina intressen. Även om presumtionen ska brytas verkar det följaktligen troligt att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ändå kommer att bedömas vara vid gäldenärens bosättningsort.

Insolvensförordningen innehåller dock regler som syftar till att minska motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk. Exempelvis kan förordningens reglering om att borgenärer kan anmäla fordringar i ett insolvensförfarande oavsett var ett huvudförfarande inleds inom EU samt att tillämplig lag beträffande alla typer av rättigheter, avtal och tillgångar inte omfattas av lagen i det land där förfarandet inleds enligt insolvensförordningen faktiskt minska en aktörs motiv att just ägna sig åt *forum shopping* och rättsmissbruk.

Så länge skillnaderna mellan medlemsländernas olika insolvensförfaranden och insolvensrättsliga lagstiftningar består lär det dock finnas kvar motiv att ägna sig åt *forum shopping* och rättsmissbruk. Det uttalas visserligen i insolvensförordningens ingress att förordningen syftar till att förhindra motiv till *forum shopping* som är skadlig för borgenärskollektivet, men detta syfte kan knappast uppfyllas eftersom det

fortfarande finns betydande motiv att just ägna sig åt *forum shopping* och rättsmissbruk. Syftet att motverka motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk torde egentligen inte kunna uppfyllas fullt ut utan en harmonisering av medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningar.

Frågan är då om insolvensförordningens domsrättsregler i art 3.1 är ett misslyckande eftersom det i praktiken finns utrymme för *forum shopping* och rättsmissbruk samtidigt som insolvensförordningen syftar till att just förhindra *forum shopping* och rättsmissbruk, åtminstone när det sker till skada för borgenärskollektivet. Det kan dock tänkas att det i själva verket inte rör sig om ett misslyckande, utan att förordningen istället ska förstås så att *forum shopping* och rättsmissbruk i själva verket inte är något som ska förbjudas i alla typer av fall. Insolvensförordningen syftar nämligen också till att gynna den inre marknadens funktion genom att gränsöverskridande insolvensförfaranden fungerar mer effektivt och smidigt. Detta syfte kan uppfyllas genom att gäldenärer kan välja det insolvensförfarande som bäst passar den enskilda gäldenärens situation.

En gäldenär kan dock mycket väl vara av en annan åsikt beträffande vad som är det bästa sättet att hantera sin insolvenssituation jämfört med gäldenärens borgenärer. Visserligen kan en gäldenär komma överens med sina borgenärer om att flytta, eller att inte flytta, platsen för sina huvudsakliga intressen före det att ansökan om huvudförfarande lämnas in till den nationella domstolen. En sådan överenskommelse träffats dock kanske snarast mellan gäldenären och en eller vissa borgenärer, men inte samtliga borgenärer, vilket innebär att den inte nödvändigtvis gynnar varje enskild borgenärs eller borgenärskollektivets intressen. Det är dessutom upp till gäldenären att välja var gäldenären förlägger platsen för sina huvudsakliga intressen och gäldenären kan välja om gäldenären vill följa eller inte följa en sådan överenskommelse. Överenskommelsen påverkar nämligen inte i sig en nationell domstols bedömning av var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns enligt vad som framgår av insolvensförordningens art 3.1, om det kan visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett visst land.

I kapitel tre konstaterade jag att även om en gäldenär flyttar platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen enbart för att domstolarna

i det nya medlemslandet ska bli behöriga att inleda ett huvudförfarande utgör flytten ändå inte i sig en sådan typ av missbruk av insolvensförordningen som är otillåten enligt EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt. Detta, att en flytt inte uppfyller kraven för att vara en sådan åtgärd som är förbjuden enligt EU-domstolens praxis, skulle kunna vara en möjlig förklaring till motsättningen i insolvensförordningens ingress. Förordningen skulle nämligen kunna tolkas så att det egentligen enbart är den typen av missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis som bör förhindras. Rättsmissbruk av detta slag förhindras som jag ser det effektivt eftersom anknytningskravet enligt art 3.1 innebär att det inte ska finnas något utrymme enligt insolvensförordningen för den här typen av åtgärder. Detta skulle i så fall innebära att insolvensförordningen ska förstås så att andra typer av rättsmissbruk kan vara tillåtna. En sådan tolkning av insolvensförordningen art 3.1 är dock högst osäker eftersom den enbart är min tolkning av insolvensförordningen baserat på en analys av EU-domstolens praxis. Tolkningen stöds dock av det faktum att insolvensförordningen just inte innehåller något förbud mot rättsmissbruk.

Insolvensförordningens domsrättsregler kan också ses i ljuset av etableringsrätten. Etableringsrätten baseras på idén om att det ska vara möjligt att etablera sig och flytta mellan olika medlemsländer så länge det rör sig om en genuin, det vill säga verklig och objektivt fastställbar, etablering. Utrymmet för rättsmissbruk enligt insolvensförordningen art 3.1 kan ses som ett erkännande av etableringsrätten inom EU eftersom det innebär att en gäldenär faktiskt kan flytta sitt huvudkontor, verksamhet eller bosättningsort till ett nytt medlemsland och att detta får verkningar i form av att gäldenären även i insolvensrättsligt avseende får en anknytning till ett nytt medlemsland i enlighet med insolvensförordningen art 3.1. Domsrättsreglerna i art 3.1 och utrymmet för rättsmissbruk följer åtminstone samma logik som etableringsrätten. Med det synsättet får borgenärer dock helt enkelt räkna med att gäldenärer flyttar platsen för sina huvudsakliga intressen inom EU på samma sätt som de får räkna med att EU-medborgare etablerar sig i andra medlemsländer.

Ett beslut av en domstol i ett medlemsland om att inleda ett huvudförfarande ska erkännas i övriga medlemsländer. Detta krav på

erkännande bygger på principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsländer. Denna princip, det vill säga principen om ömsesidigt förtroende, säger kanske också något om hur insolvensförordningens domsrättsregler och utrymmet för *forum shopping* och rättsmissbruk ska förstås.⁵⁸⁵ I denna princip ligger nämligen att medlemsländerna får lita på att övriga medlemsländers insolvensrättsliga regleringar är fullgoda för att hantera en gäldenärs insolvens och acceptera att ett förfarande kanske inleds i ett medlemsland istället för i ett annat medlemsland, även om det i ett enskilt fall skulle kunna skada vissa borgenärer eller andra samhällsintressen. Det hade dock varit betydligt enklare att ha ett sådant förtroende, med tanke på utrymmet för *forum shopping* och rättsmissbruk, om de nationella lagstiftningarna var mer lika varandra.

Det ska också konstateras att insolvensförordningen även möjliggör territoriellt begränsade förfaranden enligt art 3.2 i de medlemsländer där gäldenären har ett driftställe. Om en gäldenär har ägnat sig åt rättsmissbruk genom att flytta platsen för sina huvudsakliga intressen till ett nytt medlemsland kan det således ändå vara möjligt för en borgenär att ansöka om att ett sekundärförfarande inleds i gäldenärens ursprungsland om det kan visas att gäldenären fortfarande har ett driftställe där. Även om ett sekundärförfarande enbart får verkningar beträffande tillgångar i det land där förfarandet har inletts innebär denna möjlighet åtminstone att de borgenärer som önskar det skulle kunna få till ett insolvensförfarande i ursprungslandet, vilket kan mildra konsekvenserna av eventuellt rättsmissbruk beträffande huvudförfarandet.

⁵⁸⁵ För ett liknande resonemang, men beträffande etableringsrätten och inte EU:s insolvensförordning, se Behme (2016) s 34 ff.

5 Domsrätten för sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden

5.1 Prövningen av en domstols internationella behörighet

I föregående kapitel studerades domsrätten beträffande huvudförfaranden inom EU. Ett insolvensförfarande kan dock även inledas i form av ett sekundärförfarande eller ett självständigt territoriellt insolvensförfarande enligt insolvensförordningen art 3.2. Till skillnad från huvudförfaranden får dock dessa typer av insolvensförfaranden enbart verkningar beträffande de av gäldenärens tillgångar som finns i det medlemsland där förfarandet inleds.⁵⁸⁶ Förfarandena är följaktligen på så sätt territoriellt begränsade jämfört med huvudförfaranden.⁵⁸⁷

En nationell domstol som har fått in en begäran om att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande ska på samma sätt som vad gäller huvudförfaranden på eget initiativ, *ex officio*, pröva om domstolen är internationellt behörig att inleda förfarandet

⁵⁸⁶ Se insolvensförordningen art 3.2. Se även Ringe (2016) s 160 och 171-173.

⁵⁸⁷ Det att förfarandet enbart får verkningar beträffande tillgångar i medlemslandet hindrar dock inte borgenärer, även från andra medlemsländer, från att anmäla fordringar i förfarandet. Borgenärerna har nämligen rätt att göra detta oavsett var förfarandet inleds enligt insolvensförordningen art 45. Rätten att anmäla fordringar är följaktligen på så sätt universell även om sekundärförfarandet eller det självständiga territoriella förfarandet enbart får verkningar beträffande tillgångar i det medlemsland där förfarandet inleds, jfr Ringe (2016) s 171.

enligt art 3 i enlighet med insolvensförordningen art 4.1.⁵⁸⁸ Domstolen ska dessutom ange i sitt beslut att det, i förekommande fall, rör sig om ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande samt att behörigheten just grundas på art 3.2.

Enligt insolvensförordningen art 3.2 är det domstolarna i det medlemsland där gäldenären har ett driftställe som är internationellt behöriga att inleda ett sekundärförfarande respektive ett självständigt territoriellt förfarande. Den nationella domstolen som har fått in begäran om att inleda förfarandet måste således fastställa om gäldenären har ett driftställe inom det aktuella medlemslandet enligt art 3.2 för att kunna inleda förfarandet, men också att övriga förutsättningar för att inleda förfarandet är uppfyllda enligt art 3.3-4.

Ett sekundärförfarande förutsätter enligt art 3.3 att det redan har inletts ett huvudförfarande i ett annat medlemsland medan ett självständigt territoriellt förfarande däremot inte kan inledas om det redan har inletts ett huvudförfarande i ett annat medlemsland.⁵⁸⁹ Vilket förfarande som kan inledas av den nationella domstolen beror följaktligen på när i tiden det inleds i förhållande till ett huvudförfarande. Om ett huvudförfarande inleds efter det att ett självständigt territoriellt förfarande har inletts blir det självständiga territoriella förfarandet ett sekundärförfarande enligt art 3.4.⁵⁹⁰

Ett sekundärförfarande respektive ett självständigt territoriellt förfarande kan vidare endast inledas av en domstol inom EU om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland enligt art 3.2.⁵⁹¹ Den nationella domstolen måste således även, *ex officio*, fastställa att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom EU för att den ska vara behörig att inleda förfarandet enligt art 3.2 i enlighet med art 4.1.

⁵⁸⁸ Motsvarande reglering saknas i 2000 års insolvensförordning. Jfr Weiss (2015) s 204 och Bogdan (2015) s 7. Se även Ringe (2016) s 186 ff och Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 450-451.

⁵⁸⁹ Jfr insolvensförordningen art 50. Jfr även Bork och Mangano (2016) s 236-237, Ringe (2016) s 160 och s 173 samt Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 448.

⁵⁹⁰ Se även Bork och Mangano (2016) s 236-237 och Ringe (2016) s 173 samt s 177.

⁵⁹¹ Jfr Ringe (2016) s 165.

När det rör sig om ett sekundärförfarande torde det dock vara tillräckligt att domstolen konstaterar att ett huvudförfarande har inletts i ett annat medlemsland för att detta krav ska vara uppfyllt. Den domstol som har inlett huvudförfarandet måste nämligen ha bedömt att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i det medlemslandet för att domstolen alls ska vara behörig att inleda huvudförfarandet enligt art 3.1. Den domstolens bedömning av sin egen behörighet kan som nämnts i princip inte bli föremål för rättslig prövning i andra medlemsländer, vilket även får förstås gälla det land där sekundärförfarandet ska inledas. Det innebär att den nationella domstolen som ska inleda ett sekundärförfarande inte heller ska pröva den domstolens beslut utan istället ska utgå ifrån att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen följaktligen finns i det medlemsland där huvudförfarandet har inletts.

När det däremot gäller självständiga territoriella förfaranden kan ett sådant förfarande enbart inledas om det inte redan har inletts ett huvudförfarande beträffande gäldenären. Det kan inte pågå något huvudförfarande för att den nationella domstolen ska kunna besluta om att inleda det självständiga territoriella förfarandet. Domstolen måste följaktligen själv fastställa huruvida platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland.⁵⁹²

Kravet enligt insolvensförordningen art 3.2 att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska finnas i ett annat medlemsland för att en domstol ska vara behörig att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande innebär dock också att dessa typer av förfaranden inte kan vara en skuldsanering enligt den svenska skuldsaneringslagen. Skälet för detta är helt enkelt att det framgår av skuldsaneringslagen 5-6 §§ att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen måste finnas i Sverige för att det ska vara möjligt att inleda en skuldsanering. Detta lär även gälla beträffande skuldsanering för företagare i enlighet med lagen om skuldsanering för företagare 5 § och 7 §. I enlighet med insolvensförordningen art 7.2 finns det inga hinder mot att det ställs sådana krav för att inleda ett insolvensförfarande enligt nationell rätt. Lagen i det land där förfarandet ska inledas

⁵⁹² Jfr kap 3 ovan beträffande bedömningen av var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns.

bestämmer nämligen enligt denna artikel förutsättningarna för att inleda ett insolvensförfarande.⁵⁹³ Det innebär följaktligen att ett svenskt sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande endast kan vara en konkurs eller en företagsrekonstruktion.⁵⁹⁴

I insolvensförordningen art 3.4 framgår vissa ytterligare förutsättningar för att inleda ett självständigt territoriellt förfarande. När det gäller dessa typer av förfaranden framgår det av ett uttalande i insolvensförordningens ingresspunkt 37 att de ska begränsas till vad som är absolut nödvändigt.⁵⁹⁵ EU-domstolen har även gjort ett liknande uttalande beträffande självständiga territoriella förfaranden enligt 2000 års insolvensförordning.⁵⁹⁶ Uttalandet i insolvensförordningens ingress liksom EU-domstolens uttalanden får förstås så att art 3.4 ska tolkas restriktivt.

Till att börja med framgår det av art 3.4 a) att ett självständigt territoriellt förfarande får inledas om ett huvudförfarande inte kan komma till stånd enligt de förutsättningar som gäller enligt lagen i det medlemsland där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns.⁵⁹⁷ Motsvarande förutsättning för att inleda ett självständigt territoriellt förfarande, nämligen att det får inledas när ett huvudförfarande inte kan inledas i det land där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns, förekommer även i 2000 års förordning och EU-domstolen har fått tillfälle att uttala sig om hur denna bestämmelse i 2000 års förordning ska förstås.

Enligt EU-domstolen måste hindret mot att inleda ett huvudförfarande vara ”objektivt” och det får inte variera beroende på omständigheterna då begäran om att inleda ett förfarande framställs.⁵⁹⁸ Detta betyder enligt domstolen att om en viss person, exempelvis en representant för åklagarmyndigheten i det land där gäldenären har sitt drift-

⁵⁹³ Se även insolvensförordningens art 35.

⁵⁹⁴ Jfr insolvensförordningen art 1.1 och 2.4 samt förordningens bilaga A, där det just framgår att svenska insolvensförfaranden i förordningens mening är skuldsanering, företagsrekonstruktion och konkurs.

⁵⁹⁵ Jfr även Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 448.

⁵⁹⁶ EUD mål C-112/10 *Zaza Retail* p 22.

⁵⁹⁷ Jfr Bork och Mangano (2016) s 236-238 och Ringe (2016) s 174. Se även Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 448-450.

⁵⁹⁸ EUD mål C-112/10 *Zaza Retail* p 21. Jfr även Ringe (2016) s 174.

ställe, eller en viss krets av personer inte är behöriga att ansöka om huvudförfarande är det inte i sig ett sådant hinder mot att inleda ett huvudförfarande som avses med bestämmelsen. Detta gäller dock förutsatt att det är möjligt för någon person, exempelvis borgenärer, att ansöka om ett huvudförfarande i det medlemsland där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns.⁵⁹⁹ Om det däremot inte finns någon som är behörig att ansöka om ett huvudförfarande torde dock domstolens praxis förstås så att art 3.4 a) kan vara uppfylld och en nationell domstol då kan vara internationellt behörig att inleda ett självständigt territoriellt förfarande i det land där gäldenären har ett driftställe.

EU-domstolen ger också några exempel på när ett huvudförfarande inte kan inledas enligt 2000 års förordning på grund av egenskaper hos gäldenären.⁶⁰⁰ Det kan enligt domstolen exempelvis vara så att en nationell lagstiftning ställer som krav att en gäldenär som är en fysisk person måste vara en affärsman för att ett insolvensförfarande ska kunna inledas i det landet. Om gäldenären har platsen för sina huvudsakliga intressen i landet men inte anses vara en affärsman är det följaktligen inte möjligt att inleda ett huvudförfarande där. Då är det enligt EU-domstolen möjligt att inleda ett självständigt territoriellt förfarande i ett annat medlemsland enligt art 3.4 a) om gäldenären har ett driftställe i det andra landet.⁶⁰¹

Ett annat av EU-domstolens exempel på när ett huvudförfarande inte kan inledas i insolvensförordningens mening är då ett medlemslands lagstiftning anger att en viss typ av publika bolag inte kan förklaras insolventa.⁶⁰² Även om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i det landet och gäldenären är insolvent är det således inte möjligt att inleda ett insolvensförfarande där om det rör sig om en sådan typ av gäldenär. Då handlar det enligt EU-domstolen om en sådan situation när ett huvudförfarande inte kan inledas enligt insolvensförordningen art 3.4 a) i 2000 års insolvensförordning och då kan

⁵⁹⁹ EUD mål C-112/10 Zaza Retail p 21, 24.

⁶⁰⁰ EUD mål C-112/10 Zaza Retail p 23. Jfr även Bogdan (2013) s 977 och Stone (2014) s 550.

⁶⁰¹ Jfr även Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 448.

⁶⁰² Se EUD mål C-112/10 Zaza Retail p 23.

det följaktligen vara möjligt att inleda ett självständigt territoriellt insolvensförfarande i ett annat medlemsland, återigen förutsatt att gäldenären har ett driftställe där.⁶⁰³

Om lagstiftningen i det land där gäldenären har sina huvudsakliga intressen exempelvis ställer krav på att gäldenären ska vara kvalificerat insolvent för att det ska vara möjligt att inleda ett huvudförfarande och gäldenären inte uppfyller detta krav kan det innebära att det inte är möjligt att inleda ett huvudförfarande i den mening som avses i art 3.4 a). Då torde det vara möjligt att inleda ett självständigt territoriellt förfarande i ett annat land där gäldenären har ett driftställe. Om det däremot är möjligt att inleda en annan typ av insolvensförfarande som listas i insolvensförordningens bilaga A torde dock kravet enligt art 3.4 a) inte vara uppfyllt. Skälet för detta är att det då faktiskt är möjligt att inleda ett huvudförfarande i det landet. I så fall torde det inte vara möjligt att inleda ett självständigt territoriellt förfarande eftersom ett huvudförfarande kan inledas. Detta innebär också att insolvensförordningen följaktligen ställer höga krav för att det ska vara möjligt att inleda ett självständigt territoriellt förfarande på den grunden att det inte är möjligt att inleda ett huvudförfarande.

Utöver detta, när ett huvudförfarande inte kan inledas, får ett självständigt territoriellt förfarande endast inledas om begäran att inleda förfarandet har gjorts av en lokal borgenär eller av en offentlig myndighet som får begära att ett sekundärförfarande inleds enligt lagen i det land där driftstället är beläget enligt insolvensförordningen art 3.4 b). En lokal borgenär är enligt art 3.4 b) i) en borgenär vars fordran på gäldenären har uppkommit till följd av eller i samband med verksamheten vid det aktuella driftstället. När sökanden är en sådan borgenär eller myndighet är det inte nödvändigt att fastställa att det inte går att inleda ett huvudförfarande för att en nationell domstol ska kunna inleda ett självständigt territoriellt förfarande, enligt art 3.4 b).⁶⁰⁴

Om en begäran om att inleda förfarandet däremot har gjorts av någon annan än de personer som räknas upp i art 3.4 b) kan en nationell domstol endast inleda ett självständigt territoriellt förfarande om

⁶⁰³ Se EUD mål C-112/10 *Zaza Retail* p 23.

⁶⁰⁴ Jfr även Bork och Mangano (2016) s 236-237 och Ringe (2016) s 174-176. Se även Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 449-450.

art 3.4 a) är uppfylld, det vill säga då ett huvudförfarande inte kan inledas i det land där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns. Detta gäller även om sökanden skulle vara behörig att begära att ett insolvensförfarande inleds i det land där gäldenären har ett driftställe enligt nationell lagstiftning.

Detta innebär följaktligen beträffande svensk rätt att en gäldenär, som förvisso är behörig att ansöka om att en svensk konkurs eller företagsrekonstruktion ska inledas enligt konkurslagen 1 kap. 2 § och 2 kap respektive lagen om företagsrekonstruktion 1 kap. 2 §, inte är behörig att begära att ett sådant förfarande inleds av en svensk domstol såsom ett självständigt territoriellt förfarande enligt insolvensförordningen, om det är möjligt att inleda ett huvudförfarande i ett annat land. Likaså innebär art 3.4 att en borgenär, vars fordran har uppkommit till följd av gäldenärens verksamhet i ett annat land än vid gäldenärens driftställe i Sverige, inte kan ansöka om att ett självständigt territoriellt förfarande ska inledas i Sverige, om det är möjligt att inleda ett huvudförfarande i ett annat medlemsland.

Insolvensförordningen innehåller följaktligen betydande begränsningar beträffande möjligheterna att inleda ett självständigt territoriellt förfarande. När det gäller sekundärförfaranden framgår det av ett uttalande i insolvensförordningens ingresspunkt 38 att förordningen däremot inte syftar till att begränsa rätten att begära att sekundärförfaranden inleds inom EU. Insolvensförordningen innehåller inte heller några sådana ytterligare begränsningar som gäller beträffande självständiga territoriella förfaranden i art 3.4.

När det exempelvis gäller vem som är behörig att begära att det ska inledas ett sekundärförfarande regleras detta i insolvensförordningen art 37. Enligt denna artikel kan förvaltaren i huvudförfarandet begära att ett sekundärförfarande inleds.⁶⁰⁵ Det kan dessu-

⁶⁰⁵ Förvaltare definieras i insolvensförordningen art 2.5 och listas även i förordningens bilaga B. Jfr även insolvensförordningens ingresspunkt 40 där det framgår att förvaltaren är behörig att begära att ett sekundärförfarande inleds när det krävs för en effektiv förvaltning av den egendom som förfarandet avser. Att förvaltaren måste göra en sådan bedömning före ansökan framgår dock inte av insolvensförordningens artiklar och uttalandet i ingresspunkten torde därför snarast förstås som en förklaring till varför en förvaltare kan tänkas begära att ett sekundärförfarande inleds snarare än ett krav för att få framställa en sådan begäran. Jfr även Ringe (2016) s 170-171.

tom alla andra personer eller myndigheter som är behöriga att begära att förfarandet ska inledas enligt lagen i det land där förfarandet begärs. Insolvensförordningen begränsar följaktligen inte kretsen behöriga sökanden mer än vad som följer av nationell rätt utan utvidgar snarare behörigheten genom att ange att även förvaltaren kan begära att ett sekundärförfarande inleds. Beträffande en svensk konkurs och företagsrekonstruktion regleras exempelvis att gäldenären eller gäldenärens borgenärer kan vara behöriga att ansöka om att ett sådant förfarande inleds enligt konkurslagen 1 kap. 2 § och 2 kap samt lagen om företagsrekonstruktion 1 kap. 2 §. Utöver dessa personer är följaktligen även förvaltaren i huvudförfarandet behörig att ansöka om ett sekundärförfarande i form av en svensk konkurs eller en svensk företagsrekonstruktion i Sverige beträffande den gäldenär som huvudförfarandet avser enligt insolvensförordningen art 37, förutsatt att gäldenären har ett driftställe här.

Bedömningen av om en domstol är internationellt behörig att inleda ett sekundärförfarande eller territoriellt självständigt förfarande ska som utgångspunkt göras av den domstol som har fått begäran om att förfarandet ska inledas enligt insolvensförordningen art 4.1. Ett medlemsland kan dock i nationell rätt och i enlighet med insolvensförordningen art 4.2 överlåta åt förvaltaren att pröva den internationella behörigheten att inleda förfarandet enligt art 3.⁶⁰⁶ Detta gäller dock endast förutsatt att det rör sig om ett sådant nationellt insolvensförfarande där det enligt nationell rätt inte finns något krav på att beslutet om att inleda förfarandet måste fattas av en domstol.

Beträffande svenska insolvensförfaranden ska beslut om att försätta någon i konkurs respektive inleda en företagsrekonstruktion fattas av en domstol i insolvensförordningens bemärkelse. Behörigheten att pröva den internationella behörigheten har inte överlåtit åt förvaltare i svensk rätt. En förvaltare kan följaktligen inte pröva den internationella behörigheten enligt art 3.2 istället för den nationella domstolen beträffande svenska insolvensförfaranden.

Den nationella domstolen ska som nämnts pröva sin internationella behörighet att inleda ett sekundärförfarande eller ett självständigt

⁶⁰⁶ Se Ringe (2016) s 191-193 och Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 451.

territoriellt förfarande *ex officio*. De närmare förutsättningarna för att inleda förfarandet regleras dock av lagen i det land där förfarandet inleds enligt insolvensförordningen art 7.2. I ett förarbete till den kommande svenska kompletteringslagen till 2015 års insolvensförordning framgår att det kommer åläggas sökanden att styrka de omständigheter som ligger till grund för svensk domstols internationella behörighet att inleda ett sekundärförfarande eller ett självständigt territoriellt förfarande enligt insolvensförordningen art 3.2.⁶⁰⁷ Om grunden för ansökan inte framgår och sökanden inte avhjälp bristen efter ett föreläggande ska ansökan avvisas.

När det gäller en svensk konkurs respektive företagsrekonstruktion kommer det följaktligen, på samma sätt som vad gäller huvudförfaranden, vara upp till sökanden att visa att den aktuella nationella domstolen är internationellt behörig att inleda sekundärförfarandet eller det självständiga territoriella förfarandet. Detta innebär att sökanden ska visa att gäldenären har ett driftställe i Sverige och att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland. När det gäller självständiga territoriella förfaranden behöver sökanden också visa att övriga förutsättningar för att inleda förfarandet är uppfyllda enligt art 3.3-3.4.

5.2 Kravet på anknytning enligt art 3.2

5.2.1 Kravet att gäldenären ska ha ett driftställe i landet

Anknytningskravet att gäldenären ska ha ett driftställe i medlemslandet gäller gemensamt för samtliga typer av gäldenärer, det vill säga för juridiska personer såväl som för fysiska personer. Alla typer av gäldenärer kan ha ett driftställe i förordningens mening. Begreppet driftställe definieras i art 2.10 som varje verksamhetsplats där gäldenären

⁶⁰⁷ SOU 2016:17 s 23. Detta gäller även beträffande 2000 års insolvensförordning, jfr lag (2005:1046) med kompletterande bestämmelser till insolvensförordningen 2 § där det anges att om grunden för ansökan inte framgår och sökanden inte avhjälp bristen efter ett föreläggande ska ansökan avvisas av domstolen.

annat än tillfälligt bedriver ekonomisk verksamhet med personella och materiella resurser.⁶⁰⁸

I art 2.10 framgår dessutom att driftstället även avser en plats där gäldenären tre månader före begäran om att inleda huvudförfarandet har bedrivit denna typ av verksamhet.⁶⁰⁹ Det är följaktligen möjligt att, förutom att inleda ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande i ett medlemsland där gäldenären har ett driftställe, inleda ett sekundärförfarande i ett medlemsland där ett driftställe har funnits, förutsatt att driftstället fanns i den aktuella jurisdiktionen inom en tremånadersperiod före ansökan om huvudförfarande. Eftersom tremånadersregeln i art 2.10 är relaterad till när huvudförfarandet begärs kan det följaktligen också vara möjligt att ansöka om ett sekundärförfarande även mer än tre månader efter begäran om att inleda huvudförfarandet. Insolvensförordningen art 2.10 kräver nämligen bara att driftstället just fortfarande fanns i landet under tremånadersperioden, det ställs inga krav på när i tiden som sekundärförfarandet begärs.

Även om insolvensförordningen innehåller en definition av driftställe i art 2.10 är det inte helt klart exakt vad som avses med detta anknytningskrav.⁶¹⁰ Det är inte tydligt definierat vad som avses med en verksamhetsplats i förordningen och det är inte heller tydligt definierat vad som avses med uttrycket att annat än tillfälligt idka ekonomisk verksamhet med personella och materiella resurser. Vad som dock framgår av art 2.10 är att gäldenären måste ha en särskild typ av verksamhetsplats i medlemslandet för att gäldenären ska anses ha ett driftställe där. Det framgår däremot inte hur stor verksamhet eller

⁶⁰⁸ Motsvarande reglering återfinns även i 2000 års insolvensförordning art 2 h. Jfr dock även hovrättens resonemang i mål nr Ö 507-12, där hovrätten också verkar lägga särskild vikt vid om verksamheten är registrerad i Sverige vid bedömningen av om den utgör ett driftställe enligt 2000 års insolvensförordning. Detta verkar dock inte överensstämma med hur förordningen har tolkats i litteraturen eller av förordningens ordalydelse i art 3.2, jfr exempelvis Ringe (2016) s 168. Se även Wessels (2016) s 132.

⁶⁰⁹ Detta är en utvidgning av begreppet driftställe jämfört med 2000 års förordning, där motsvarande karenstid saknas.

⁶¹⁰ Jfr även beträffande begreppet i 2000 års insolvensförordning Mellqvist (2002) s 113-114.

vilken typ av organisation som faktiskt krävs för att en plats ska utgöra ett driftställe, endast att verksamheten måste bedrivas annat än tillfälligt.⁶¹¹

Anknytningskravet driftställe motsvaras av *establishment*, *établissement* respektive *Niederlassung* i den engelska, franska och tyska språkversionen av insolvensförordningen. Ordalydelsen skiljer sig inte direkt åt mellan språkversionerna, åtminstone inte på ett sätt som är hjälpsamt för att förstå begreppets innebörd. Definitionen av driftställe i art 2.10 skiljer sig inte heller åt nämnvärt mellan språkversionerna. De olika språkversionerna ger således ingen direkt ledning i vilken plats som avses med ett driftställe.

I insolvensförordningens ingresspunkt 40 uttalas att sekundära insolvensförfaranden bland annat syftar till att skydda lokala intressen.⁶¹² Det verkar därför rimligt att anta att anknytningskravet driftställe inte ska tolkas restriktivt. En liknande tolkning har även gjorts i förklaranderapporten.⁶¹³ Det torde följaktligen inte krävas en särskilt utvecklad organisation för att det ska röra sig om ett driftställe enligt insolvensförordningen art 3.2. Anknytningskravet torde kunna avse olika typer av verksamhetsplatser med mer eller mindre väl utvecklad organisation och med få eller flera personella och materiella resurser.

I 2015 års förordnings ingresspunkt 24 finns en uttrycklig hänvisning till EU-domstolens praxis för tolkning av begreppet driftställe. Begreppet driftställe förekommer nämligen även i 2000 års insolvensförordning och EU-domstolen har beträffande denna förordning utvecklat hur anknytningskravet ska förstås.⁶¹⁴ I 2000 års insolvensför-

⁶¹¹ Jfr motsvarande bestämmelse i 2000 års insolvensförordning art 2 h. Se även Mellqvist (2002) s 114.

⁶¹² Jfr även insolvensförordningens ingresspunkt 23.

⁶¹³ I förklaranderapporten uttalas att begreppet driftställe inte ska tolkas restriktivt men att enbart tillgångar i sig inte kan utgöra ett driftställe, se förklaranderapporten p 70-71. Rapporten innehåller dessutom en egen definition av driftställe i p 71. Enligt rapporten innebär det faktum att det finns en egen definition i insolvensförordningen att driftställe bör tolkas som ett självständigt begrepp på samma sätt som vad gäller platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen, se vid p 71. Se även Mangano (2016) s 404.

⁶¹⁴ Se fallet EUD mål C-396/09 Interedil, jfr även EUD mål C-327/13 Burgo Group där domstolen bekräftar sin tolkning i fallet EUD mål C-396/09 Interedil.

ordning finns motsvarande definition av driftställe som i 2015 års insolvensförordning art 2.10 i den tidigare förordningens art 2 h.

Detta innebär att praxis gällande begreppet driftställe för 2000 års insolvensförordning följaktligen även får anses vägledande för begreppet i 2015 års insolvensförordning. Denna slutsats hade dock varit möjlig att dra oavsett uttalandet i 2015 års insolvensförordning ingress eftersom anknytningskravet driftställe är detsamma och definitionerna i respektive förordning ordagrant överensstämmer med varandra. Den enda skillnaden mellan förordningarna är att driftstället enligt 2000 års förordning art 2 h inte definieras som den plats där driftstället också fanns inom en tremånadersperiod före ansökan om huvudförfarande.⁶¹⁵ Denna reglering har tillkommit i 2015 års insolvensförordning, men den innebär dock ingen skillnad beträffande bedömningen av vad som utgör ett driftställe i sig.

EU-domstolen har uttalat att definitionen av driftställe i 2000 års insolvensförordning art 2 h innebär ett krav på ett minimum av organisation och viss stabilitet för att en verksamhetsplats ska utgöra just ett driftställe.⁶¹⁶ EU-domstolen har även tolkat artikel 2 h i 2000 års insolvensförordning *é contrario* och konstaterar att kravet på att idka ekonomisk verksamhet och att detta kopplas till just personella resurser medför att enstaka tillgångar eller bankkonton i ett medlemsland i princip inte räcker för att gäldenären ska anses ha ett driftställe i landet.⁶¹⁷

Domstolens uttalande beträffande att tillgångar inte är tillräckligt för att utgöra ett driftställe i insolvensförordningens mening gällde dock ett fall då det visserligen enbart handlade om förekomsten av just enstaka tillgångar och bankkonton. Uttalandet bör dock även kunna generaliseras till att gälla tillgångar i allmänhet eftersom en tillgång i sig inte är en ekonomisk verksamhet.⁶¹⁸ Med tillgångar torde här avses

⁶¹⁵ Jfr Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 65 och 448, Mangano (2016) s 406-407 samt Ringe (2016) s 166.

⁶¹⁶ Se EUD mål C-396/09 Interedil p 62. Jfr även Ringe (2016) s 166-167, Stone (2014) s 545-547, Van Calster (2013) s 199-200 och Bogdan (2013) s 975.

⁶¹⁷ EUD mål C-396/09 Interedil p 62. Se även Mellqvist (2002) s 114, Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 60, Mangano (2016) s 404 och Ringe (2016) s 166.

⁶¹⁸ EU-domstolens uttalanden skulle dock kunna tolkas så att domstolen inte helt utesluter att tillgångar i ett enskilt fall faktiskt kan tolkas som driftställe, men det är

fasta såväl som lösa saker, materiella eller immateriella tillgångar, avtal och bankmedel. I insolvensförordningen art 2.9 definieras var en tillgång finns i enlighet med förordningen beroende på vilken typ av tillgång det rör sig om. Uppräkningen i artikeln torde också vara en, om än icke uttömmande, definition av vad som också avses med en tillgång i både EU-domstolens och i insolvensförordningens mening.⁶¹⁹

Beträffande tillgångar som exempelvis en fastighet eller ett fartyg torde dessa utgöra tillgångar i denna mening, åtminstone när det är tal om fastigheten eller fartyget i sig. Om det dock bedrivs ekonomisk verksamhet i fastigheten eller genom fartyget, med personella resurser, kan dock verksamheten utgöra ett driftställe.⁶²⁰ Detta förutsätter dock att fastigheten eller fartyget också utgör en materiell resurs för verksamheten, eller att gäldenären i alla fall har materiella resurser som används på verksamhetsplatsen.

EU-domstolen har inte uttalat sig om vad som avses med materiella resurser enligt insolvensförordningen. Det torde dock röra sig om den typen av tillgångar som nyligen nämnts. Eftersom det dock framgår av art 2.10 att det just ska röra sig om en resurs kan det tänkas att gäldenären inte direkt måste "äga" tillgången så länge gäldenären kan utnyttja den som en resurs i sin verksamhet.⁶²¹ Det är följaktligen möjligt att en tillgång som exempelvis endast hyrs av gäldenären ändå utgör en materiell resurs i gäldenärens verksamhet. Eftersom ett sekundärförfarande och självständigt territoriellt förfarande dock endast får verkningar beträffande egendom som tillhör gäldenären enligt art 3.2 kan förfarandet, beroende på omständigheterna i fallet, få begränsade verkningar om gäldenären endast hyr egendom i medlemslandet.

Det kan också diskuteras om en immateriell tillgång kan utgöra en materiell resurs i insolvensförordningens mening. Det är en svår

högst oklart vad som krävs för detta i så fall. Eftersom en sådan tolkning går emot ordalydelsen i art 2.10 verkar den dessutom inte helt rimlig. Jfr Moss (2009) s 52, 241. Mellqvist kritiserar 2000 års insolvensförordning för att det inte är möjligt att inleda ett förfarande i ett land när det enbart finns tillgångar i landet ens när tillgångarna är betydande, se Mellqvist (2002) s 114. Jfr även Bork och Mangano (2016) s 239.

⁶¹⁹ Se Bork och Mangano (2016) s 240.

⁶²⁰ Jfr Bork och Mangano (2016) s 240.

⁶²¹ Se Bork och Mangano (2016) s 239.

fråga eftersom det just framgår av art 2.10 att det ska röra sig om en *materiell* resurs. En immateriell tillgång skulle dock kunna utgöra en resurs som kan vara materiell.⁶²² Frågan om en immateriell tillgång kan vara en materiell resurs torde dock inte skapa särskilt betydande problem i praktiken. Skälet för detta är att om gäldenären bedriver ekonomisk verksamhet med personal och immateriella tillgångar i landet lär gäldenären sannolikt även ha åtminstone några materiella tillgångar i landet. Det innebär att gäldenären har ett driftställe där alldeles oavsett eventuella immateriella tillgångar. Om den situationen skulle uppstå att gäldenären dock endast bedriver ekonomisk verksamhet utan materiella tillgångar, men med immateriella tillgångar och genom personal i landet, torde detta i alla fall kunna utgöra ett driftställe i insolvensförordningens mening, förutsatt att de immateriella tillgångarna har ett sådant värde att det alls kan vara av intresse att inleda ett insolvensförfarande i det landet.

EU-domstolen har inte heller uttalat sig om vad som avses med personella resurser i insolvensförordningens mening. En personell resurs torde dock avse att gäldenären faktiskt bedriver sin verksamhet genom fysiska personer på platsen.⁶²³ Det skulle kunna vara gäldenären själv om gäldenären är en fysisk person men också andra personer som arbetar på uppdrag av gäldenären oavsett om gäldenären är en fysisk eller juridisk person.⁶²⁴ Moss menar att personella resurser kan avse anställda, men även personer som gäldenären ansvarar för såsom uppdragsgivare.⁶²⁵ Så länge uppdraget utförs åt gäldenären torde personalen kunna ha en annan arbetsgivare än gäldenären och ändå utgöra en personell resurs. Moss menar dock att om gäldenären exempelvis äger en butik, men den drivs helt av någon annan än gäldenären i det aktuella medlemslandet, utgör detta inte ett driftställe i förord-

⁶²² Se Sheldon (2011) s 39.

⁶²³ Se även Weiss (2015) s 204. Jfr Engsig Sorensen (2015) s 85 ff. Se Bork och Mangano (2016) s 240-241.

⁶²⁴ Jfr dock Bork och Mangano (2016) s 240-241 som inte håller med om att gäldenären själv, eller gäldenärens ledning om gäldenären är en juridisk person, kan utgöra en personell resurs i förordningens mening. Se även Ringe (2016) s 167.

⁶²⁵ Se Moss (2009) s 241-244. Jfr Bork och Mangano (2016) s 240-241.

ningens mening eftersom det då inte är gäldenären som bedriver verksamheten.⁶²⁶

Om gäldenären har en tillgång som hyrs ut av gäldenären i medlemslandet är detta inte heller ett driftställe enligt Moss, om gäldenären inte också har ett uthyrningskontor eller liknande med personal i landet på så sätt att gäldenären har någon personell resurs och bedriver ekonomisk verksamhet i landet.⁶²⁷ Moss resonemang är rimligt med tanke på att ett driftställe just ska röra sig om en plats där gäldenären bedriver ekonomisk verksamhet med *både* personella och materiella resurser enligt insolvensförordningen art 2.10.

Det kan dock givetvis även diskuteras om en plats där gäldenären bedriver någon form av ekonomisk verksamhet, men enbart genom personella resurser och utan materiella resurser, kan utgöra ett driftställe i insolvensförordningens mening.⁶²⁸ Det framgår dock redan av art 2.10 att det krävs både materiella och personella resurser i medlemslandet för att en verksamhetsplats ska utgöra ett driftställe. Enbart personella resurser kan därför inte vara tillräckligt för att platsen där dessa resurser finns ska utgöra ett driftställe.⁶²⁹

Det skulle dock även kunna diskuteras om ett anställningsavtal kan utgöra en materiell resurs och den anställda personen samtidigt kan utgöra en personell resurs i insolvensförordningens mening. Det skulle i så fall medföra att om en gäldenär har en person anställd i ett medlemsland som bedriver ekonomisk verksamhet på uppdrag av gäldenären kan verksamheten utgöra ett driftställe enligt art 3.2. Begreppet driftställe torde kunna ges en sådan vid tolkning att den verksamhet som en anställd person bedriver också kan utgöra ett driftställe i förordningens mening. Det huvudsakliga skälet för detta är just att sekundärförfaranden bland annat syftar till att skydda lokala intressen i enlighet med uttalandet i ingresspunkt 40 och att begreppet driftställe

⁶²⁶ Se Moss (2009) s 241-244. Jfr Bork och Mangano (2016) s 240-241.

⁶²⁷ Se Moss (2009) s 241-244. Jfr Bork och Mangano (2016) s 239.

⁶²⁸ Se förklaranderapporten p 71. Se även Sheldon (2011) s 40.

⁶²⁹ Jfr Bork och Mangano (2016) s 240 som också diskuterar att det skulle vara po-änglöst att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande i ett sådant land där gäldenären inte har någon egendom eftersom förfarandet just enbart får verkningar beträffande egendom i det landet.

därför inte bör tolkas restriktivt. Enligt svensk rätt kan åtminstone den anställde i fråga ha ett intresse av att kunna begära att en konkurs eller företagsrekonstruktion inleds i Sverige i form av ett självständigt territoriellt förfarande eller sekundärförfarande för att få ta del av den svenska statliga lönegarantin.⁶³⁰

Förutom att ett driftställe ska vara en verksamhetsplats med personella och materiella resurser måste verksamheten dock som nämnts dessutom vara av ekonomisk art och bedrivs annat än tillfälligt för att utgöra ett driftställe enligt insolvensförordningen art 2.10.⁶³¹ EU-domstolen har uttalat att kravet på personella resurser i landet innebär att det förutsätts att verksamheten ska ha en viss stabilitet för att den ska utgöra ett driftställe.⁶³² En helt tillfällig verksamhet kan därför inte utgöra ett driftställe.

Ett exempel på en helt tillfällig verksamhet skulle kunna vara om gäldenären någon enstaka gång har ett stånd på en marknad i ett medlemsland. Även om gäldenären då kan sägas ha en verksamhet med både personal och tillgångar i landet torde verksamhetens tillfälliga art innebära att den inte utgör ett driftställe i förordningens mening. Där emot torde exempelvis ett kontor eller butik med anställda och tillgångar kunna utgöra ett driftställe eftersom en sådan plats är av mer stabil art än ett stånd på en tillfällig marknad.⁶³³

Kravet på att verksamheten ska bedrivs annat än tillfälligt torde dock förstås avse hur verksamheten uppfattas utåt och inte gäldenärens egna avsikter i detta avseende.⁶³⁴ Uppfattas verksamheten ha viss stabilitet torde detta vara tillräckligt för att verksamheten ska utgöra

⁶³⁰ Jfr lönegarantilagen (1992:497), särskilt 1 §. Se även Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/94/EG av den 22 oktober 2008 om skydd för arbetstagare vid arbetsgivarens insolvens.

⁶³¹ Jfr motsvarande bestämmelse i 2000 års insolvensförordning art 2 h. Se även Bork och Mangano (2016) s 239, Mangano (2016) s 404 och Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 61.

⁶³² Se EUD mål C-396/09 Intereidil p 62. Jfr även Jfr Bork och Mangano (2016) s 240.

⁶³³ Jfr Moss (2009) s 241-244.

⁶³⁴ Jfr förklaranderapporten p 71 och Moss (2009) s 52. Jfr Mellqvist (2002) s 114.

ett driftställe oavsett hur länge verksamheten faktiskt har bedrivits på platsen.⁶³⁵

När det dock gäller en ansökan om ett sekundärförfarande grundad i att gäldenären hade ett driftställe i landet inom tre månader före ansökan om huvudförfarande framgår det inte av insolvensförordningen art 2.10 om gäldenären måste ha haft ett driftställe i medlemslandet under hela tremånadersperioden eller om det är tillräckligt att driftstället fanns där någon gång under denna tid.⁶³⁶ Det verkar dock rimligt att art 2.10 ska förstås så att det är tillräckligt att gäldenären hade driftstället i medlemslandet någon gång under tremånadersperioden. Moss diskuterar nämligen att ett syfte att inrätta denna tremånadersregel kan ha varit att förhindra att gäldenärer eller gäldenärens förvaltare avvecklar ett driftställe för att på så sätt förhindra att en domstol i det landet ska kunna inleda ett sekundärförfarande.⁶³⁷ Det talar för att själva syftet med regeln är att det, även om driftstället avvecklas, ska vara möjligt att inleda ett sekundärförfarande i det land där driftstället fanns före ansökan om huvudförfarande. I så fall verkar det också följdriktigt att gäldenären inte måste ha haft driftstället i landet under hela tremånadersperioden eftersom det annars lätt är möjligt för gäldenären att utsläcka möjligheten att inleda förfarandet genom att se till att avveckla verksamheten någon gång inom tremånadersperioden.

Beträffande vad som avses med att verksamheten ska vara ekonomisk får art 2.10 förstås så att det inte ställs krav på att syftet med gäldenärens verksamhet är att gå med vinst.⁶³⁸ Däremot torde en helt ideell verksamhet utan varken ekonomisk verksamhet eller vinstsyfte inte kunna utgöra ett driftställe enligt art 3.2.⁶³⁹

EU-domstolen har även prövat frågan om gäldenärens säte kan utgöra ett driftställe när platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland och ett huvudförfarande har inletts i

⁶³⁵ Jfr Moss (2009) s 53 och Mellqvist (2002) s 114. Jfr även Bork och Mangano (2016) s 239.

⁶³⁶ Se Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 66. Jfr även Ringe (2016) s 169.

⁶³⁷ Se Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 441 ff. Jfr även Mangano (2016) s 406-407.

⁶³⁸ Jfr Bork och Mangano (2016) s 238.

⁶³⁹ Jfr även Ringe (2016) s 166-167.

detta andra land i fallet *Burgo Group*.⁶⁴⁰ Domstolen konstaterar dock endast mycket kortfattat att det inte är uteslutet att sätet i ett sådant fall kan utgöra ett driftställe, men det förutsätter att sätet faktiskt uppfyller villkoren enligt förordningen för att utgöra ett driftställe. Domstolens uttalande får förstås så att den omständigheten att gäldenären har sitt säte i ett visst medlemsland inte utesluter att gäldenären också kan ha ett driftställe där, förutsatt att anknytningskravet enligt art 3.2, med hänvisning till definitionen i art 2.10, är uppfyllda, om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland. Om en gäldenär exempelvis har flyttat platsen för sina huvudsakliga intressen till ett nytt medlemsland men gäldenären har kvar verksamhet i sätetslandet skulle denna verksamhet kunna utgöra ett driftställe, om den uppfyller kraven enligt art 3.2 och 2.10.

5.2.2 Anknytningen ska vara objektivt fastställbar för tredje man

Enligt EU-domstolen måste driftstället vara objektivt fastställbart för tredje man för att det ska utgöra ett driftställe i insolvensförordningens mening.⁶⁴¹ Sökanden måste därför, utöver att visa att driftstället finns i medlemslandet, även visa att driftstället är just objektivt fastställbart för utomstående.

När det gäller huvudförfaranden och platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen framgår kravet på fastställbarhet för tredje man direkt av insolvensförordningen art 3.1. Motsvarande reglering saknas dock i art 3.2 respektive art 2.10 angående gäldenärens driftställe och det framgår inte någonstans i insolvensförordningen att det finns ett sådant krav för att en plats ska utgöra ett driftställe. EU-domstolen motiverar dock kravet med att rättssäkerheten och förutsebarheten måste garanteras när behörig domstol fastställs.⁶⁴²

⁶⁴⁰ EUD mål C-327/13 *Burgo Group*. Jfr även Bork och Mangano (2016) s 242, Ringe (2016) s 168 samt Bogdan (2015) s 620.

⁶⁴¹ Se EUD mål C-396/09 *Interedil* p 63. Jfr hovrättens resonemang i mål nr Ö 507-12. Se även Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 61-62, Mangano (2016) s 404-405, Van Calster (2013) s 200 och Ringe (2016) s 166.

⁶⁴² EUD mål C-396/09 *Interedil* p 63.

Kravet på att platsen ska vara objektivt fastställbart för tredje man stämmer dessutom väl överens med vad som konstaterades nyss beträffande att det som är relevant när ett driftställe ska fastställas är hur verksamheten framstår objektivt för utomstående och inte gäldenärens subjektiva syfte med verksamheten. Det verkar rimligt att driftstället måste vara objektivt fastställbart för utomstående eftersom verksamhetens varaktighet och stabilitet ska bedömas utifrån den uppfattning som utomstående har beträffande verksamheten.

Det kan dock vara mer betungande för sökanden att visa att gäldenärens driftställe är objektivt fastställbart för tredje man än att enbart behöva visa att driftstället just finns eller fanns i det aktuella landet. Eftersom ett av syftena med sekundärförfaranden i enlighet med uttalandet i ingresspunkt 40 just är att skydda lokala intressen kan det verka märkligt att EU-domstolen menar att en ansökan om sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande ska försvåras på detta sätt genom att det ska ställas ett sådant krav på gäldenärens driftställe, när detta krav inte framgår av insolvensförordningen.⁶⁴³

EU-domstolen förtydligar dock inte mer specifikt när driftstället är objektivt fastställbart för tredje man. Eftersom kravet är formulerat på samma sätt som beträffande platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen verkar det dock sannolikt att domstolen avser att det är samma krav som ska ställas på driftstället. Domstolens praxis beträffande när platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är objektivt fastställbar för tredje man torde därför även vara användbar för att bedöma när driftstället ska anses objektivt fastställbart för tredje man.

När det gäller platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen har EU-domstolen som nämnts konstaterat att denna plats är objektivt fastställbar för tredje man när de konkreta omständigheterna är offentliggjorda eller åtminstone har varit tillräckligt transparenta för att tredje man ska ha kunnat få kännedom om dem.⁶⁴⁴ Detta antyder att kraven för att driftstället ska anses fastställbart inte heller ställs särskilt högt. Det torde följaktligen räcka att omständigheterna som driftstället baseras på är offentliggjorda eller tillräckligt transparenta för att tredje man ska ha kunnat få kännedom om dem.

⁶⁴³ Jfr Moss (2009) s 53.

⁶⁴⁴ EUD mål C-396/09 Interedil p 49.

EU-domstolen har vidare uttalat beträffande art 3.1 att begreppet tredje man bland annat avser gäldenärens borgenärer.⁶⁴⁵ I 2015 års insolvensförordning ingresspunkt 28 uttalas även, beträffande art 3.1, att särskild hänsyn bör tas till borgenärernas uppfattning om var gäldenären förvaltar sina intressen. Detta talar för att EU-domstolens praxis beträffande 2000 års insolvensförordning art 3.2 ska förstås så att tredje man främst avser gäldenärens borgenärer. När en domstol fastställer huruvida driftstället är objektivt fastställbart för tredje man ska domstolen ta särskild hänsyn till gäldenärens borgenärers uppfattning om var driftstället finns.

Domstolens uttalande beträffande tredje man, liksom ingresspunkt 28, avser dock just huvudförfaranden, som till skillnad från sekundärförfaranden och territoriellt begränsade förfaranden är universella. Eftersom syftet med sekundärförfaranden respektive självständiga territoriella förfaranden är att skydda lokala intressen i det medlemsland där gäldenären har ett driftställe torde begreppet tredje man främst avse lokala borgenärer i det aktuella medlemslandet när det rör sig om att bedöma om gäldenärens driftställe är fastställbart i landet. Lokala borgenärer definieras i 2015 års insolvensförordning art 2.11 som borgenärer vars fordringar har uppkommit till följd av eller i samband med gäldenärens verksamhet vid driftstället. Det är dock naturligtvis inte nödvändigtvis så att det alltid finns en skillnad mellan vad gäldenärens borgenärer i generell bemärkelse uppfattar i jämförelse med vad lokala borgenärer kan uppfatta objektivt.⁶⁴⁶

⁶⁴⁵ EUD mål C-396/09 *Interedil* p 49.

⁶⁴⁶ Se insolvensförordningens ingresspunkt 23 och 40. Jfr 2000 års insolvensförordningens ingresspunkt 12 och 19. Jfr även EUD mål C-327/13 *Burgo Group* p 34-37. Se Moss (2009) s 51.

5.2.3 Driftstället som en verksamhetsplats, filial eller koncernbolag?

Om en viss verksamhet utgör en separat ekonomisk enhet på så sätt att den är ett bolag eller annan självständig juridisk person kan den knappast utgöra ett driftställe till en annan juridisk person, eller för den delen en fysisk person, i insolvensförordningens mening.⁶⁴⁷ Då torde insolvensforum istället bedömas för denna ekonomiska enhet i sig.⁶⁴⁸ EU-domstolen har nämligen uttalat beträffande 2000 års insolvensförordning att varje gäldenär som är en självständig juridisk person har sitt specifika insolvensforum.⁶⁴⁹

Detta medför också att domsrätten beträffande sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden för gäldenärer som exempelvis är koncernbolag ska bedömas separat, det vill säga för varje gäldenär för sig. En filial kan dock utgöra ett driftställe om den uppfyller kraven enligt art 3.2 för att utgöra ett driftställe.⁶⁵⁰ För att ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande ska kunna inledas i ett visst land måste det dock givetvis också fastställas att driftstället just är den aktuella gäldenärens driftställe och inte ett driftställe som exempelvis härrör från ett dotterbolag eller ett moderbolag till gäldenären.⁶⁵¹

⁶⁴⁷ Jfr Bork och Mangano (2016) s 241-242 samt Mangano (2016) s 405-406. Jfr även NJA 1980 s. 164.

⁶⁴⁸ Jfr EUD mål C-341/04 Eurofood. Jfr även Bogdan (2013) s 977 samt i Bogdan (2015) s 620. Se även NJA 1980 s. 164.

⁶⁴⁹ Se EUD mål C-341/04 Eurofood.

⁶⁵⁰ Jfr Morgell (2010) s 446 f som diskuterar om en filial kan försättas i konkurs enligt konkurslagen och svensk praxis. Se också NJA 1980 s. 164. Insolvensförordningen art 3.2 får dock förstås så att det är gäldenären, inte enbart filialen eller driftstället, som försätts i konkurs när ett insolvensförfarande inleds enligt art 3.2, men att det att konkursen är ett sekundärförfarande får rättsliga konsekvenser på så sätt att konkursen enbart omfattar tillgångar i det medlemsland där förfarandet inleds.

⁶⁵¹ Se Sheldon (2011) s 39 och Moss (2009) s 243.

5.2.4 Sammanfattande kommentar

Anknytningskravet i insolvensförordningen art 3.2 innebär sammanfattningsvis att det endast är domstolarna i det land där gäldenären har ett driftställe som är internationellt behöriga att inleda ett sekundärförfarande eller ett självständigt territoriellt förfarande. Detta gäller dock förutsatt att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland inom EU. Den omständigheten att gäldenären har tillgångar i ett medlemsland är dock inte tillräckligt för att gäldenären ska anses ha ett driftställe i landet. Det krävs nämligen enligt art 2.10 att gäldenären har både materiella och personella resurser i landet för att en domstol där ska vara behörig att inleda förfarandet.

Regleringen i art 2.10, som anger att ett driftställe även ska anses finnas i det land där gäldenären hade ett driftställe tre månader före ansökan om huvudförfarande, gör det dock även möjligt att inleda ett sekundärförfarande i ett medlemsland där gäldenären inte längre har ett driftställe. Skälet för denna reglering verkar vara att förhindra att gäldenären eller förvaltaren i huvudförfarandet avvecklar ett driftställe i ett medlemsland för att på så sätt förhindra att ett sekundärförfarande kan inledas där, vilket också uppnås med denna reglering. Regleringen i art 2.10 hindrar dock inte gäldenären eller förvaltaren från att istället flytta gäldenärens tillgångar från det land där gäldenären har ett driftställe och på så sätt minska omfattningen av de verkningar som sekundärförfarandet får.

Det kan tyckas märkligt att det inte är möjligt att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande i ett land där gäldenären enbart har tillgångar. I ingresspunkt 38 uttalas att insolvensförordningen inte begränsar utrymmet att inleda ett sekundärförfarande, men det gäller endast då gäldenären just har ett driftställe i medlemslandet. Sekundärförfaranden syftar dock i enlighet med uttalandet i förordningens ingresspunkt 23 till att skydda lokala intressen. Lokala intressen torde vara skyddsvärda inte bara när gäldenären har ett driftställe i landet utan också när gäldenären har tillgångar i landet, särskilt om det rör sig om tillgångar till ett betydande ekonomiskt värde.

Det kan tänkas att anknytningskravet i art 3.2 syftar till att faktiskt begränsa utrymmet att inleda sekundärförfaranden och självstän-

diga territoriella förfaranden inom EU. Skälet för detta skulle då kunna vara att undvika att det inleds flera typer av insolvensförfaranden samtidigt för att huvudförfarandet i den utsträckning som det är möjligt ska ges universella verkningar. Anknypningskravet i art 3.2 visar på så sätt att insolvensförordningen i grund och botten ska ses som ett regelverk som baseras på universalitetsprincipen, även om det trots allt ges vissa möjligheter att inleda sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden.⁶⁵² I ljuset av en sådan tolkning av insolvensförordningen blir det kanske också lättare att förstå anknypningskravet i art 3.2. Samtidigt kan det då också ifrågasättas om anknypningskravet är väl valt eftersom det inte begränsar möjligheten att inleda ett sekundärförfarande eller ett självständigt territoriellt förfarande så länge gäldenären bedriver ekonomisk verksamhet i landet, om än med både tillgångar och personal. Det skulle även kunna handla om en ganska outvecklad verksamhet.

Det kan även tyckas märkligt att gäldenärens driftställe i enlighet med EU-domstolens praxis ska vara objektivt fastställbart för tredje man, trots att detta krav inte följer av insolvensförordningens ordalydelse. Kravet verkar dock väl motiverat eftersom det innebär ett visst skydd mot att ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande inleds i ett visst medlemsland på ett sätt som är helt oväntat för gäldenärens borgenärer.

⁶⁵² Jfr även Ringe (2016) s 120-121 och Van Calster (2016) s 750.

5.3 Den relevanta tidpunkten för bedömningen av gäldenärens anknytning

Insolvensförordningen innehåller ingen direkt regel som anger utifrån vilken tidpunkt gäldenärens driftställe ska bedömas, förutom regeln i art 2.10 som anger att driftstället även är den plats där gäldenären hade ett driftställe i det aktuella medlemslandet under den tremånadersperiod som föregick begäran om att inleda ett huvudförfarande. När driftstället bedöms utifrån denna bestämmelse torde art 2.10 som nämnts förstås så att bedömningen ska göras utifrån var driftstället fanns någon gång under denna tremånaders tidsperiod.⁶⁵³

När det däremot gäller en begäran om att inleda ett sekundärförfarande eller ett självständigt territoriellt förfarande saknar insolvensförordningen någon bestämmelse om utifrån vilken tidpunkt bedömningen av var driftstället finns ska göras. Orden som beskriver driftstället i art 2.10 och 3.2 står visserligen i presens, vilket skulle kunna tolkas så att den nationella domstolen som har att bedöma driftstället ska utgå från de omständigheter som ligger för handen vid just den tidpunkt när bedömningen av domsrätten faktiskt sker av den nationella domstolen.⁶⁵⁴ Anknytningskravet platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen står dock också i presens i art 3.1 och det hindrade inte EU-domstolen från att tolka förordningen så att den relevanta tidpunkten för bedömning av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är när ansökan om huvudförfarande lämnades in till den nationella domstolen.⁶⁵⁵

I ljuset av hur EU-domstolen har tolkat art 3.1 bör gäldenärens driftställe dock bedömas utifrån den tidpunkt då ansökan om förfarandet lämnades in till den nationella domstolen samt, i förekommande fall, utifrån den tremånadersperiod som föregick begäran om huvudförfarande.⁶⁵⁶ Om ett driftställe flyttas eller avvecklas *efter* ansökan om ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande torde den nationella domstolen behålla behörigheten att

⁶⁵³ Jfr Weiss (2015) s 204 f. Se även Bork och Mangano (2016) s 242-243.

⁶⁵⁴ Se Sheldon (2011) s 39. Jfr även Bork och Mangano (2016) s 243.

⁶⁵⁵ Se EUD mål C-1/04 Staubitz-Schreiber p 29. Jfr även Weiss (2015) s 204, Stone (2014) s 546 och Bogdan (2013) s 975.

⁶⁵⁶ Arnold gör samma bedömning, se i Sheldon (2011) s 39.

inleda förfarandet på samma sätt som vad gäller om gäldenären flyttar platsen för sina huvudsakliga intressen efter det att ansökan om huvudförfarande lämnades in till en nationell domstol. Likaså behåller den nationella domstolen i det land där driftstället fanns inom en tremånadersperiod före begäran om att inleda ett huvudförfarande behörigheten att inleda ett sekundärförfarande även om gäldenären, eller i förekommande fall, förvaltaren flyttar eller avvecklar driftstället efter denna tremånadersperiod enligt art 2.10.

Detta innebär att gäldenären eller förvaltaren i huvudförfarandet inte kan förhindra ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande genom att helt enkelt lägga ner verksamheten i landet när en begäran om att inleda ett insolvensförfarande har lämnats in till en nationell domstol.⁶⁵⁷ Det blir dessutom mer förutsebart för den som begär att förfarandet inleds huruvida den aktuella domstolen är behörig att inleda förfarandet eller inte eftersom sökanden kan förlita sig på de omständigheter som föreligger vid tiden för ansökan och inte behöver beakta huruvida driftstället kan komma att avvecklas eller flyttas till ett annat medlemsland efter det att ansökan har lämnats in till den nationella domstolen.⁶⁵⁸

5.4 Tillgångar som omfattas av förfarandet

Ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande får som nämnts enbart verkningar på de tillgångar som finns i det land där förfarandet har inletts enligt insolvensförordningen art 3.2 och 34.⁶⁵⁹ Den nationella domstolen som kan besluta om att inleda sekundärförfarandet eller det självständiga territoriella förfarandet är behörig att fastställa vilka av gäldenärens tillgångar som finns inom domsto-

⁶⁵⁷ Jfr insolvensförordningens ingresspunkt 4. Se EUD mål C-1/04 Staubitz-Schreiber p 23-25.

⁶⁵⁸ Jfr insolvensförordningens ingresspunkt 2 och 8. Se EUD mål C-1/04 Staubitz-Schreiber p 26-27.

⁶⁵⁹ Jfr även insolvensförordningens ingresspunkt 23. Se även Ringe (2016) s 171-172.

lens jurisdiktion.⁶⁶⁰ I art 2.9 framgår i vilket medlemsland som gäldenärens tillgångar finns.⁶⁶¹

Beträffande registrerade aktier finns dessa i det medlemsland där det företag som har utfärdat aktierna har sitt säte. Detta gäller dock inte om det rör sig om sådana finansiella instrument där äganderätten framgår av uppgifter som finns införda i ett register eller på ett konto som förs av, eller förs på uppdrag av, en mellanhand. Dessa finansiella instrument finns enligt art 2.9 istället i det land där detta register eller konto förs. När det gäller andra typer av egendom och rättigheter som har registrerats i ett offentligt register finns de i det medlemsland under vars överinseende registret förs.

Europeiska patent finns enligt insolvensförordningen art 2.9 i det medlemsland som patentet har beviljats för. Upphovsrätt och andra liknande rättigheter finns däremot i det medlemsland där den som innehar rättigheten har sin hemvist eller sitt säte.

Likvida medel på ett konto hos ett kreditinstitut finns enligt art 2.9 i det medlemsland som finns angivet vid det internationella bankkontonumret (IBAN) för kontot. Om kreditinstitutet saknar IBAN finns medlen istället i det medlemsland där huvudkontoret för det kreditinstitut som för bankkontot finns. Om kontot förs av en filial, agentur eller en annan etablering anses medlen finnas i det medlemsland där filialen, agenturen eller etableringen är belägen. Övriga typer av fordringar på tredje man finns enligt art 2.9 i det medlemsland där den som ska fullgöra prestationen har sina huvudsakliga intressen enligt art 3.1.

I övrigt finns materiell egendom i det medlemsland där egendomen finns enligt insolvensförordningen art 2.9. Bestämmelsen torde

⁶⁶⁰ Jfr EUD mål C-649/13 *Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl.* p 32-33. EU-domstolen uttalade även i målet att domstolar i det land där sekundärförfarandet har inletts är alternativt behöriga med domstolarna i det land där huvudförfarandet har inletts att avgöra vilka tillgångar som omfattas av verkningarna av respektive förfarande. När en domstol väl har fattat ett beslut ska det dock erkännas i enlighet med principen om ömsesidigt förtroende, något som i de flesta fall torde förhindra konkurrerande beslut om var en tillgång finns. Se EUD mål C-649/13 *Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl.* p 38, 42, 45-46.

⁶⁶¹ EUD mål C-649/13 *Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl.* Jfr även *Bogdan* (2015) s 7 och *Moss* (2009) s 137 ff, 240. Se även *Mellqvist* (2002) s 130.

förstås så att egendomen faktiskt behöver vara belägen inom medlemslandets territorium för att den ska finnas där.

Insolvensförordningen reglerar i princip uttömmande var gälldenärens tillgångar ska anses finnas. Det kan dock finnas vissa luckor. Ringe har exempelvis påpekat att art 2.9 inte reglerar var en tillgång i form av ett avtal finns.⁶⁶² EU-domstolen har dock tydligt uttalat beträffande motsvarande bestämmelse i 2000 års insolvensförordning att regleringen om var tillgångar finns i insolvensförordningen innebär att nationell rätt inte ska användas för att fastställa var en tillgång finns.⁶⁶³ Detta torde gälla även om det skulle röra sig om en tillgång som inte listas i art 2.9.

Insolvensförordningen reglerar dock inte utifrån vilken tidpunkt tillgångens placering ska bedömas. EU-domstolen har fått tillfälle att uttala sig om detta beträffande 2000 års insolvensförordning.⁶⁶⁴ Tillgångarna ska enligt domstolen bedömas utifrån den tidpunkt då förfarandet inleddes, vilket får förstås som tidpunkten för beslutet om att inleda sekundärförfarandet eller det självständiga territoriella förfarandet.⁶⁶⁵ Flyttas tillgångar efter denna tidpunkt ska en nationell domstol bortse från flytten.⁶⁶⁶

Enligt 2015 års förordning kan dock som nämnts ett sekundärförfarande även inledas i ett medlemsland där gälldenären hade sitt säte inom en tremånadersperiod före ansökan om huvudförfarande, vilket inte är möjligt enligt 2000 års förordning. Frågan är därför om gälldenärens tillgångar även i ett sådant fall ska bedömas utifrån den tidpunkt då förfarandet inleddes enligt 2015 års förordning eller kanske istället utifrån den tidpunkt då driftstället fanns i landet.

Det verkar dock rimligt att den relevanta tidpunkten för bedömningen av var gälldenärens tillgångar finns är vid den tidpunkt då förfarandet inleddes i enlighet med EU-domstolens praxis, även vad gäller ett sekundärförfarande som har inletts på den grunden att gälldenären

⁶⁶² Se Ringe (2016) s 172.

⁶⁶³ EUD mål C-649/13 Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl. p 50.

⁶⁶⁴ EUD mål C-649/13 Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl. Jfr även Moss (2009) s 137 ff, 240. Se även Mellqvist (2002) s 130.

⁶⁶⁵ EUD mål C-649/13 Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl. p 48, 53.

⁶⁶⁶ EUD mål C-649/13 Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl. p 53.

hade ett driftställe i landet före ansökan om huvudförfarande enligt 2015 års förordning.⁶⁶⁷ Skälet för detta är att det inte framgår av insolvensförordningens art 2.9 att någon annan bedömning ska göras. Det bör dessutom vara mer förutsebart för tredje man var gäldenärens tillgångar finns när sekundärförfarandet inleds, alldeles oavsett var driftstället finns eller fanns, än vid en tidpunkt längre tillbaka i tiden.

En betydande nackdel med en sådan tolkning av art 2.9 är dock att den ger gäldenärer, förutsatt att de har kvar rådigheten över sina tillgångar, och förvaltaren i ett huvudförfarande ett utrymme att flytta eller realisera gäldenärens tillgångar på så sätt att de inte längre finns i det land där gäldenären hade eller har sitt driftställe före det att sekundärförfarandet inleds för att på så sätt förhindra att tillgångarna kan omfattas av sekundärförfarandet. Som diskuterades tidigare verkar dock syftet med regleringen i art 2.10, att det är möjligt att inleda ett sekundärförfarande där gäldenären hade ett driftställe före ansökan om att inleda ett huvudförfarande, just vara att förhindra att gäldenären eller en förvaltare i huvudförfarandet avvecklar driftstället och på så sätt förhindrar att ett sekundärförfarande kan inledas i landet. Om tillgångar flyttas från det land där driftstället finns innebär det visserligen inte nödvändigtvis att det inte längre är möjligt att inleda ett sekundärförfarande, åtminstone så länge gäldenären fortfarande har kvar några materiella resurser i medlemslandet, men eftersom sekundärförfarandet därigenom får mer begränsade verkningar verkar det inte helt i linje med detta syfte.

I ingresspunkt 40 uttalas vidare att ett av syftena med möjligheten att inleda ett sekundärförfarande är att skydda lokala intressen. I insolvensförordningens ingresspunkt 46 uttalas dessutom att förvaltaren i ett huvudförfarande inte "... bör [...] kunna realisera eller omlokalisera tillgångar, på ett oegentligt sätt, i den medlemsstat där ett driftställe är beläget..." Detta gäller enligt vad som framgår av ingresspunkten särskilt om det sker för att motverka möjligheterna att faktiskt kunna tillgodose lokala intressen om ett sekundärförfarande inleds därefter.

⁶⁶⁷ EUD mål C-649/13 Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl. p 48, 53.

Insolvensförordningen innehåller dock inte någon bestämmelse om ett uttryckligt förbud mot att tillgångar flyttas eller realiseras så att de inte längre finns i samma medlemsland som gäldenärens driftställe. Uttalandena i förordningens ingress ger heller ingen ledning i om bedömningen av var tillgångarna finns enligt art 2.9 ska göras på något annat sätt om förvaltaren i huvudförfarandet eller gäldenären faktiskt har flyttat eller realiserat en tillgång så att den inte längre finns i samma land som driftstället. Uttalandet i ingresspunkt 46 talar snarare för min tolkning att bedömningen av var tillgångarna finns ska göras utifrån den tidpunkt då sekundärförfarandet inleds, men att förvaltaren i huvudförfarandet helt enkelt ändå inte ”bör” flytta tillgångarna. Tillgångarna torde i princip bedömas just utifrån var de fanns vid den tidpunkt då beslutet om att inleda förfarandet fattades.⁶⁶⁸

Uttalandet i ingresspunkt 46 blir därigenom snarast en upplysning till förvaltare i huvudförfaranden inom EU om vilka möjligheter de faktiskt har att påverka huruvida tillgångar kan omfattas av ett sekundärförfarande eller inte enligt insolvensförordningen.⁶⁶⁹ Det kan tyckas märkligt men det är ändå den naturliga konsekvensen av att insolvensförordningen i princip inte innehåller något uttryckligt förbud mot att gäldenärens tillgångar flyttas inom EU.⁶⁷⁰

⁶⁶⁸ Se dock nästa avsnitt om hur bedömningen kan påverkas av en tillämpning av EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt.

⁶⁶⁹ De möjligheter förvaltare faktiskt har att realisera eller flytta tillgångar på så sätt att de inte längre finns i det land där gäldenären har ett driftställe kan dock begränsas i medlemsländernas nationella lagstiftningar, se mer om detta i nästa kapitel. Beträffande tillämplig lag, se insolvensförordningen art 7-18. Se även nästa avsnitt om EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt.

⁶⁷⁰ Jfr dock den begränsning som följer av EU-domstolens praxis om förbud mot missbruk av EU-rätt.

5.5 EU-domstolens praxis om förbud mot missbruk av EU-rätt

5.5.1 Inledande kommentar

I kapitel fyra konstaterades att EU-domstolens praxis om en allmän princip om förbud mot missbruk av EU-rätt kan tillämpas beträffande EU:s insolvensförordning. Det finns dock skäl att understryka att denna bedömning inte är helt säker eftersom den praxis där EU-domstolen har uttalat sig om denna allmänna princip inte har gällt tillämpningen av just EU:s insolvensförordning och dessutom rörde andra typer av bestämmelser än just internationella domsrättsregler eller insolvensrätt. Jag bedömer dock att principen även omfattar insolvensförordningen, liksom övrig EU-rätt, eftersom EU-domstolens uttalanden i denna praxis är av allmängiltig karaktär.

När en nationell domstol ska bedöma om gäldenären har ett driftställe i ett visst medlemsland eller vilka tillgångar som omfattas av ett sekundärförfarande eller ett självständigt territoriellt förfarande kan den nationella domstolen följaktligen tillämpa EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt. Hur detta ska ske utvecklas ytterligare i detta avsnitt.

EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt går som nämnts kortfattat ut på att om vissa transaktioner uppfyller vissa krav utgör de missbruk av EU-rätt och är då förbjudna. Det innebär att transaktionerna ska bedömas som om de inte har skett, exempelvis som om driftstället inte har avvecklats eller en tillgång inte har flyttats eller realiserats, beroende på vilka åtgärder som omfattas av missbruket. De krav som ska vara uppfyllda framgår i fallen *Halifax* och *Emsland-Stärke*. I dessa fall har EU-domstolen följaktligen uttalat att om vissa transaktioner har skett som innebär att en bestämmelse uppfylls, men transaktionerna har skett enbart för att villkoren i denna bestämmelse ska uppfyllas kan det röra sig om otillåtet missbruk av EU-rätt.⁶⁷¹ Det krävs dock också enligt EU-domstolen att en tillämp-

⁶⁷¹ Se EUD mål C-255/02 Halifax p 75 och EUD mål C-110/99 Emsland-Stärke p 53.

ning av bestämmelsen trots det eventuella missbruket skulle innebära att målsättningarna med den aktuella bestämmelsen inte uppnås.⁶⁷²

En nationell domstol ska i enlighet med EU-domstolens praxis bedöma om missbruk av EU-rätt har förekommit i enlighet med tillämpliga bestämmelser om bevisning.⁶⁷³ När det gäller domsrättsreglerna i art 3 ska som nämnts en nationell domstol pröva sin egen behörighet att inleda ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande på eget initiativ. I svensk rätt gäller dock att det är den som begär att förfarandet ska inledas som ska visa att domstolen är behörig.⁶⁷⁴ Det är följaktligen sökanden som får visa huruvida missbruk har förekommit, även om den nationella domstolen ändå på eget initiativ ska behandla frågan som en del av bedömningen av sin egen internationella behörighet enligt insolvensförordningen. Här återkommer samma problematik som har diskuterats tidigare beträffande presumtionerna i art 3.1. En sökande lär nämligen inte vara motiverad att visa omständigheter som gör den nationella domstolen tveksam beträffande sin behörighet, om syftet inte just är att göra domstolen tveksam. Det kan därför bli svårt att faktiskt få en möjlighet att tillämpa EU-domstolens praxis i praktiken i sådana fall.

När det gäller bedömningen av var gäldenärens tillgångar finns framgår det däremot inte av insolvensförordningen vem som har att visa att tillgångarna finns, eller inte finns, i det land där sekundärförfarandet respektive det självständiga territoriella förfarande inleds och hur denna fråga ska behandlas i den nationella domstolen. Det får istället framgå av lagen i det land där förfarandet inleds i enlighet med insolvensförordningen art 7 och 35, förutom när det gäller de typer av avtal, tillgångar och rättigheter där tillämplig lag regleras särskilt i förordningens art 8-18. Frågan om det har förekommit missbruk av EU-rätt får följaktligen prövas i enlighet med de därigenom tillämpliga nationella bestämmelserna om bevisning.

⁶⁷² EUD mål C-110/99 Emsland-Stärke p 52.

⁶⁷³ EUD mål C-255/02 Halifax p 76 samt EUD mål C-110/99 Emsland-Stärke p 54.

⁶⁷⁴ SOU 2016:17 s 23. Detta gäller även beträffande 2000 års insolvensförordning enligt lag (2005:1046) med kompletterande bestämmelser till 2000 års insolvensförordning 2 §.

5.5.2 Domsrätten när ett driftställe har avvecklats, etablerats eller flyttats

Fram till tre månader före det att ett huvudförfarande har inletts kan en gäldenär som fortfarande har rådighet över sina tillgångar och verksamhet påverka domsrätten genom att avveckla verksamheten vid sitt driftställe i ett visst medlemsland på så sätt att anknytningskravet enligt art 3.2 inte längre är uppfyllt. Gäldenären kan även påverka domsrätten genom att flytta ett befintligt driftställe eller etablera ett nytt driftställe i ett nytt medlemsland före det att ansökan om sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande lämnas in till en nationell domstol. Även en förvaltare i ett huvudförfarande kan, om det är möjligt enligt tillämplig nationell rätt, flytta eller etablera ett driftställe på detta sätt för att styra att anknytningskraven i art 3.2 är uppfyllda. Om sådana åtgärder enbart sker för att just påverka domsrätten enligt art 3.2 kan de utgöra missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis.⁶⁷⁵

Det att ett driftställe skulle nyetableras i ett visst medlemsland på detta sätt verkar dock inte särskilt sannolikt. Gäldenären torde nämligen inte ha något större intresse av att det ska vara möjligt att inleda flera insolvensförfaranden än nödvändigt inom EU. Gäldenären kan dock motiveras att agera på detta sätt efter en överenskommelse med en eller flera borgenärer om att just påverka domsrätten och därför kan situationen inte uteslutas. Det verkar inte heller särskilt troligt att en förvaltare i ett huvudförfarande skulle ha något intresse av att etablera en verksamhet för gäldenärens räkning i ett nytt medlemsland, om det inte sker för att det faktiskt anses vara nödvändigt för förvaltningen av gäldenärens egendom i det landet eller att ett sekundärförfarande anses främja denna förvaltning eller bådadera.⁶⁷⁶

Det finns inget uttryckligt förbud i insolvensförordningen mot att avveckla, flytta eller nyetablera ett driftställe i syfte att påverka en domstols internationella behörighet enligt art 3.2. Insolvensförordningen får dock förstås så att förordningen syftar till att just motverka

⁶⁷⁵ Jfr EUD mål C-255/02 Halifax p 75 och EUD mål C-110/99 Emsland-Stärke p 53.

⁶⁷⁶ Jfr exempelvis konkurslagen 7 kap. 8 § där det framgår att det åligger en förvaltare att vidta alla de åtgärder som främjar en förmånlig och snabb *avveckling* av boet.

rättsmissbruk som sker till skada för borgenärskollektivet i enlighet med uttalandet i insolvensförordningens ingresspunkt 5. I ingresspunkt 29 uttalas också att förordningen ska innehålla garantier mot att *forum shopping* används i bedrägligt syfte eller missbrukas. Detta innebär att om driftstället avvecklas, flyttas eller nyetableras i syfte att påverka domsrätten strider det mot målsättningarna med insolvensförordningen art 3.2, åtminstone om det sker till skada för borgenärskollektivet.

Eftersom varje borgenär har rätt att anmäla sina fordringar i såväl huvudförfarandet som i sekundärförfaranden enligt insolvensförordningen art 45 kan det dock vara svårt att påvisa att borgenärskollektivet skadas av att ett sekundärförfarande kan inledas i ett land eller inte längre kan inledas i ett visst land. Borgenärerna kan nämligen anmäla sina fordringar i huvudförfarandet eller i förekommande fall i sekundärförfarandet. Det att en annan lag blir tillämplig beträffande sekundärförfarandet jämfört med huvudförfarandet och att förfarandena är olika typer av nationella insolvensförfaranden kan dock i sig innebära att en enskild borgenär och kanske till och med borgenärskollektivet kan gynnas eller missgynnas av att ett sekundärförfarande kan eller inte kan inledas i ett visst medlemsland. Om gäldenärens samlade tillgångar förvaltas på ett mer effektivt sätt om ett sekundärförfarande inleds i ett visst medlemsland, eller inte inleds där, kan det följaktligen beroende på omständigheterna vara betydelsefullt för borgenärskollektivet var förfarandena kan inledas.

I ingresspunkt 40 framgår vidare att sekundära insolvensförfaranden kan tjäna olika syften, däribland att skydda lokala intressen. En avveckling av ett driftställe i ett visst medlemsland som innebär att en domstol i det landet inte längre är behörig att inleda ett insolvensförfarande torde följaktligen strida mot detta syfte eftersom lokala intressen därigenom inte längre kan skyddas genom ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande. Detta gäller alldeles oavsett det faktum att även lokala borgenärer har rätt att anmäla sina fordringar i insolvensförfaranden i andra medlemsländer. En avveckling av ett driftställe i syfte att påverka domsrätten enligt art 3.2 torde följaktligen strida mot insolvensförordningens syfte även om det inte kan konstateras att borgenärskollektivet skadas av denna åtgärd.

När det gäller självständiga territoriella förfaranden kan borgenärskollektivet dock skadas av att gäldenären avvecklar ett driftställe

om det inte är möjligt att inleda ett huvudförfarande i det medlemsland där gäldenären har platsen för sina huvudsakliga intressen. Det skulle nämligen innebära att borgenärerna hindras från att ansöka om ett insolvensförfarande beträffande gäldenären inom EU. Även om det skulle vara möjligt att inleda ett huvudförfarande kan det också tänkas att borgenärskollektivet i ett enskilt fall hade gynnats bättre av att det endast inleds ett visst lokalt nationellt insolvensförfarande såsom ett självständigt territoriellt förfarande i ett visst medlemsland där gäldenären har vissa tillgångar, vilket omöjliggörs om gäldenären styr så att driftstället inte längre finns i det landet.

En åtgärd i form av att en gäldenär eller förvaltare i huvudförfarandet avvecklar, flyttar eller etablerar ett driftställe skulle följaktligen kunna strida mot syftet med art 3.2, vilket är ett krav för att en sådan åtgärd ska utgöra missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis. När det rör sig om en nyetablering av ett driftställe måste det dock fastställas att borgenärskollektivet skadas av att det blir möjligt att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande i det landet för att det ska strida mot förordningens syfte. Det lär dock inte generellt sett vara så att borgenärskollektivet alltid drabbas av skadas av möjligheten att inleda ett lokalt förfarande och i så fall kan etableringen av driftstället inte utgöra missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis. När det rör sig om att gäldenären har avvecklat ett driftställe bör detta, i ljuset av uttalandena i insolvensförordningens ingress, dock kunna strida mot insolvensförordningens syfte om det sker just för att uppfylla villkoren i art 3.2 eftersom lokala borgenärsers möjlighet att tillvarata sina intressen följaktligen inte kan tillgodoses.

För att det ska röra sig om missbruk av EU-rätt i enlighet med EU-domstolens praxis måste det dock även fastställas att det huvudsakliga syftet med de aktuella transaktionerna var att just uppfylla villkoren i art 3.2 och därigenom påverka vilket medlemslands domstolar som blir, eller inte blir, behöriga att inleda förfarandet. För att kunna konstatera om en åtgärd utgör missbruk av insolvensförordningen måste följaktligen åtgärdens verkliga innebörd fastställas.⁶⁷⁷ I enlighet med EU-domstolens praxis rör det sig dock inte om att fastställa gäldenärens egna subjektiva motiv. Det ska istället fastställas om det hu-

⁶⁷⁷ Jfr EUD mål C-255/02 Halifax p 81.

vudsakliga syftet med åtgärderna objektivt sett var att uppfylla domsrättsregeln i insolvensförordningen art 3.2.⁶⁷⁸ Om det kan fastställas att det finns ett annat syfte bakom att driftstället har avvecklats, flyttats eller nyetablerats rör det sig inte om den förbjudna typen av missbruk av EU-rätt i enlighet med EU-domstolens uttalande i fallet Halifax.⁶⁷⁹

Här återkommer samma problematik som vad gäller att fastställa att domsrättsregeln i art 3.1 har missbrukats i enlighet med EU-domstolens praxis om förbud mot missbruk av EU-rätt. Själva anknyningskravet driftställe i sig torde nämligen i likhet med platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen garantera att det inte finns något utrymme för missbruk genom att etablera ett driftställe i ett nytt medlemsland av domsrättsregeln i art 3.2 på det sätt som är förbjudet enligt EU-domstolens praxis. Det kan dock fortfarande vara missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis att avveckla ett driftställe.

Vad beträffar just en nyetablering av ett driftställe måste som nämnts driftstället vara en verksamhetsplats som är objektivt fastställbar för tredje man. Det innebär att det omöjliga kan fastställas att det huvudsakliga syftet med en etablering av ett driftställe är att påverka insolvensforum. För tredje man måste det objektivt fastställbara huvudsakliga syftet med etableringen av ett driftställe i ett land nämligen vara att gäldenären ska bedriva verksamhet med personella och materiella resurser, annars rör det sig inte om ett driftställe enligt art 3.2. Även om det skulle kunna fastställas att det huvudsakliga syftet med etableringen var att välja insolvensforum innebär driftstället i sig att det åtminstone även kan fastställas att det finns *andra* objektivt fastställbara syften bakom etableringen, nämligen att faktiskt bedriva verksamhet på platsen. Om ingen verksamhet bedrivs på platsen på ett sätt som är objektivt fastställbart uppfylls inte anknyningskriteriet i art 3.2.

Bedömningen skulle ha blivit en annan om anknyningskravet i art 3.2 hade baserats på en plats där gäldenären inte nödvändigtvis bedriver verksamhet på ett sätt som är objektivt fastställbart för tredje man, såsom en plats där gäldenären har en registrerad filial eller lik-

⁶⁷⁸ EUD mål C-255/02 Halifax p 81.

⁶⁷⁹ EUD mål C-255/02 Halifax p 75.

ande. Om det då inte bedrivs någon verksamhet i registreringslandet skulle det kunna konstateras att det objektivt fastställbara huvudsakliga syftet med registreringen var just att välja insolvensforum, i synnerhet om registreringen skett i nära tidsmässigt samband med en ansökan om insolvensförfarande i det landet.

Så som anknytningskravet i art 3.2 nu är utformat torde det följaktligen inte finnas utrymme att tala om att en etablering av ett driftställe kan utgöra missbruk av EU-rätt så som missbruk är definierat i EU-domstolens praxis. Detta gäller även om gäldenärens subjektiva huvudsakliga syfte med att etablera ett driftställe i ett visst land har varit att påverka insolvensforum.⁶⁸⁰

Om det däremot kan fastställas att gäldenären har avvecklat verksamheten vid ett driftställe i syfte att ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt inte ska kunna inledas i landet skulle det dock möjligen kunna bli tal om missbruk av EU-rätt i enlighet med EU-domstolens praxis, förutsatt att det kan fastställas att det objektivt fastställbara huvudsakliga syftet med avvecklingen av verksamheten var att just påverka domsrätten. Det kan dock bli problematiskt att fastställa att det inte fanns även andra objektivt fastställbara syften bakom att gäldenären avvecklade sin verksamhet. Det torde nämligen inte vara särskilt ovanligt att en gäldenär avvecklar verksamhet i andra länder när gäldenären står inför ekonomiska svårigheter, exempelvis för att stärka gäldenärens övriga verksamhet. Det objektivt fastställbara syftet bakom att driftstället har avvecklats i landet kan därför vara något annat än att gäldenären ville påverka möjligheten att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande i landet, nämligen att just likvidera den aktuella verksamheten. Det innebär att EU-domstolens praxis angående förbud mot rättsmissbruk sällan torde kunna tillämpas beträffande art 3.2, även om det inte helt kan uteslutas.

EU-domstolens praxis skulle dock sammanfattningsvis kunna aktualiseras om gäldenären har avvecklat sitt driftställe före ansökan om sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande, avvecklingen skedde före tre månader innan ansökan om huvudförfarande,

⁶⁸⁰ Se Moss (2009) s 53. Jfr även Mellqvist (2002) s 114.

samt att det visas att det huvudsakliga syftet just var att förhindra att ett sådant förfarande skulle kunna inledas. I så fall ska en nationell domstol bedöma omständigheterna som om driftstället inte hade avvecklats och att en nationell domstol i det medlemsland där driftstället fanns följaktligen fortfarande kan vara behörig att inleda ett insolvensförfarande.⁶⁸¹ Domstolen skulle dock kunna bedöma att driftstället ändå hade avvecklats vid ett senare skede beroende på omständigheter som inte är relaterade till missbruket. I så fall är domstolen ändå inte behörig att inleda förfarandet.

5.5.3 Domsrätten när gäldenärens tillgångar har flyttats eller realiserats

Det skulle även kunna förekomma att en gäldenär flyttar eller realiserar tillgångar inom EU före det att ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande inleds. Likaså skulle det kunna förekomma att en förvaltare i ett huvudförfarande flyttar eller realiserar gäldenärens tillgångar inom EU under förvaltningen i huvudförfarandet, före det att ett sekundärförfarande inleds, vilket kan påverka vilka tillgångar som omfattas av verkningarna av ett sekundärförfarande som inleds därefter. Om gäldenären eller förvaltaren har agerat på detta sätt i syfte att tillgången ska finnas i ett annat land än det där gäldenären har ett driftställe för att tillgången inte ska kunna omfattas av ett sekundärförfarande i det landet skulle det kunna utgöra missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis.⁶⁸² Detta gäller även när gäldenären har flyttat eller realiserat en tillgång från det land där gäldenären hade ett driftställe före det att något insolvensförfarande har inletts, om det sker i syfte att tillgången inte ska omfattas av ett självständigt territoriellt förfarande som inleds efter denna åtgärd.

För att det ska röra sig om missbruk av EU-rätt måste det dock i enlighet med EU-domstolens praxis dessutom konstateras att en tillämpning av insolvensförordningen art 3.2 och 2.9 som baseras på var gäldenärens tillgångar finns efter det att dessa åtgärder har vidtagits

⁶⁸¹ Se EUD mål C-255/02 Halifax p 94.

⁶⁸² Se EUD mål C-255/02 Halifax p 75 och EUD mål C-110/99 Emsland-Stärke p 53.

medför att målsättningarna med art 3.2 och 2.9 inte uppnås.⁶⁸³ Så kan vara fallet i enlighet vissa uttalanden i insolvensförordningens ingress.

I ingresspunkt 40 uttalas nämligen att sekundära insolvensförfaranden bland annat syftar till att skydda lokala intressen. Om en tillgång flyttas eller realiseras så att tillgången inte ska kunna omfattas av ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande innebär flytten av tillgången att lokala intressen inte längre kan tillgodoses genom ett insolvensförfarande i ursprungslandet. En flytt eller realisering av en tillgång i syfte att tillgången inte ska finnas i det land där gäldenären har ett driftställe medför att denna målsättning inte uppnås.⁶⁸⁴

I insolvensförordningens ingresspunkt 46 uttalas vidare att en förvaltare i huvudförfarandet inte bör realisera eller omlokalisera gäldenärens tillgångar på ett oegentligt sätt i det medlemsland där gäldenären har ett driftställe. Detta gäller enligt vad som framgår av ingresspunkten särskilt om ändringen av tillgångarna innebär att lokala intressen inte kan tillgodoses i landet om ett sekundärförfarande inleds efter flytten. Ett sådant förfaringsätt är visserligen inte uttryckligen förbjudet i insolvensförordningen, men det strider åtminstone mot förordningens syfte.

För att en sådan realisering eller omlokalisering av en tillgång ska strida mot förordningens syfte måste den dock vara just oegentlig i enlighet med uttalandet i ingresspunkten. Det att en förvaltare i ett huvudförfarande realiserar eller omlokaliserar tillgångar behöver inte vara en oegentlig åtgärd i den utsträckning som åtgärden är en del av den normala förvaltningen av gäldenärens egendom i det insolvensförfarandet. I exempelvis den svenska konkurslagen regleras just att förvaltaren ska vidta de åtgärder som främjar en snabb och förmånlig avveckling av boet, vilket kan inkludera att realisera eller möjligen omlokalisera gäldenärens tillgångar.⁶⁸⁵ Uttalandet i ingresspunkt 46 får snarast förstås så att åtgärden är oegentlig om den just sker i syfte att förhindra att tillgången ska omfattas av ett förfarande i det land där gäldenären har eller hade ett driftställe.

⁶⁸³ Jfr EUD mål C-110/99 Emsland-Stärke p 52.

⁶⁸⁴ Jfr Moss (2009) s 274.

⁶⁸⁵ Jfr konkurslagen 7 kap 8 och 12 §§.

Det lär dock vara svårt att visa att syftet just var att förhindra att egendomen skulle omfattas av ett sådant förfarande eftersom en normal förvaltning just kan inkludera en flytt av en tillgång. Det torde dessutom normalt åligga en förvaltare att ta tillvara borgenärernas intressen.⁶⁸⁶ Enligt konkurslagen 17 kap kan förvaltaren drabbas av skadeståndsansvar om förvaltaren uppsåtligen eller av oaktsamhet tillfogar en konkursborgenär skada. Det verkar följaktligen inte troligt att en förvaltare skulle agera på detta sätt i praktiken om förvaltaren inser att det skulle skada borgenärerna.

Slutligen framgår det även av uttalandet i insolvensförordningens ingresspunkt 5 att förordningen, även om den inte innehåller ett uttryckligt förbud, ändå måste förstås så att den syftar till att motverka att parter får motiv att flytta gäldenärens tillgångar för att påverka domsrätten. En flytt eller realisering av en tillgång i syfte att tillgången inte längre ska omfattas av verkningarna av ett visst insolvensförfarande står följaktligen i strid med insolvensförordningens syfte. Detta gäller åtminstone om flytten eller realiseringen innebär att borgenärskollektivet skadas.

Uttalandena i insolvensförordningens ingress får sammanfattningsvis förstås så att en flytt eller realisering av en tillgång i syfte att tillgången inte ska omfattas av ett sekundärförfarande eller av ett självständigt territoriellt förfarande i det land där tillgången fanns före denna åtgärd strider mot insolvensförordningens syfte. Likaså torde en flytt av en tillgång till ett land utanför EU i syfte att tillgången ska undandras borgenärskollektivet också strida mot insolvensförordningens syfte i enlighet med uttalandet i ingresspunkt 5.

Det kan också diskuteras om en flytt eller realisering av en tillgång på så sätt att tillgången i enlighet med insolvensförordningen art 3.2 och 2.9 ska omfattas av verkningarna av ett sekundärförfarande som inleds efter flytten istället för av huvudförfarandet strider mot insolvensförordningens syfte. En förvaltare i ett huvudförfarande skulle exempelvis kunna flytta en tillgång på detta sätt för att förvaltaren bedömer att gäldenärens tillgångar exempelvis är för komplexa för att förvaltas som en enhet i huvudförfarandet.⁶⁸⁷ För att en sådan flytt

⁶⁸⁶ Se exempelvis konkurslagen 7 kap 8 §.

⁶⁸⁷ Jfr insolvensförordningens ingresspunkt 40.

av tillgången ska strida mot förordningens syften torde det dock krävas att åtgärden sker till skada för borgenärskollektivet i enlighet med uttalandet i ingresspunkt 5. Om en förvaltare flyttar tillgångar på detta sätt torde dock flytten, i förekommande fall, ske i borgenärskollektivets intresse, vilket innebär att flytten knappast kan anses stå i strid med insolvensförordningens syfte så som det är uttalat i ingresspunkt 5.⁶⁸⁸

Det kan också tänkas att en gäldenär försöker flytta en tillgång så att den ska omfattas av verkningarna av ett eventuellt sekundärförfarande istället för av ett huvudförfarande. Enligt art 45 har samtliga borgenärer dock rätt att anmäla sina fordringar i sekundärförfarandet såväl som i huvudförfarandet, vilket innebär att det kan argumenteras för att borgenärskollektivet inte skulle kunna skadas av en sådan flytt. Det är dock lagen i det land där förfarandet inleds som avgör vilka tillgångar som ingår i den egendom som förfarandet avser enligt art 7.2 b) och det kan, åtminstone teoretiskt sett, förekomma något fall då en gäldenär har flyttat en tillgång så att den inte kan omfattas av något insolvensförfarande i insolvensförordningens mening. I så fall kan flytten givetvis innebära att borgenärskollektivet drabbas av en skada av flytten.

Även om tillgången kommer att omfattas av sekundärförfarandet skulle borgenärskollektivet även kunna skadas av att gäldenären har den för att tillgången kommer att omfattas av ett visst sekundärförfarande istället för av huvudförfarandet. Så kan vara fallet om sekundärförfarandet hämmar förvaltningen av gäldenärens egendom i huvudförfarandet, tar lång tid så att tillgången hinner minska i värde på ett sätt som inte hade skett om den hade förvaltats i huvudförfarandet eller innebär ökade processuella kostnader som minskar värdet på gäldenärens samlade tillgångar. Det kan dock vara svårt att göra en sådan jämförelse mellan olika förfaranden i olika medlemsländer och om en flytt av en tillgång faktiskt innebär att borgenärerna skadas.

En flytt av en tillgång kan följaktligen innebära en skada för borgenärskollektivet, men det måste inte heller nödvändigtvis alltid vara så. Det kan dessutom vara så att tillämplig lag beträffande tillgången är

⁶⁸⁸ Jfr exempelvis konkurslagen 7 kap 8 och 12 §§.

densamma oavsett en flytt enligt insolvensförordningen art 8-18, vilket i så fall innebär att borgenärskollektivet, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, inte alls skadas eller direkt påverkas av flytten. Om borgenärskollektivet inte skadas av en flytt eller realisering av en tillgång som innebär att tillgången ska omfattas av ett sekundärförfarande istället för ett huvudförfarande enligt art 3.2 och 2.9 torde åtgärden inte strida mot insolvensförordningens syfte så som det är uttalat i ingresspunkt 5.

För att det ska röra sig om missbruk av EU-rätt i enlighet med EU-domstolens praxis krävs dock, förutom att den aktuella bestämmelsens målsättningar inte uppnås, att det visas att den objektivt fastställbara avsikten bakom åtgärderna var att uppfylla de villkor som ställs i bestämmelsen.⁶⁸⁹ Åtgärdernas objektivt fastställbara verkliga innehåll och innebörd måste således fastställas för att konstatera huruvida de utgör missbruk av EU-rätt.⁶⁹⁰ Om det visas att det finns andra skäl för att tillgångarna har flyttats eller realiserats på så sätt att de ska finnas i ett nytt land enligt art 2.9 bör åtgärden inte utgöra missbruk av EU-rätt i enlighet med EU-domstolens praxis.⁶⁹¹

Om tillgången exempelvis inte används, och kanske inte heller kan användas, i gäldenärens verksamhet i det land dit tillgången har flyttats och flytten har skett i tidsmässigt nära samband med ansökan om ett insolvensförfarande talar det för att flytten, objektivt sett, har skett enbart i syfte att tillgången ska omfattas, eller inte omfattas, av ett förfarande i ett visst land. Då kan flytten av tillgången utgöra missbruk av EU-rätt i enlighet med EU-domstolens praxis.

Om det däremot finns andra objektivt fastställbara skäl för åtgärden, det vill säga flytten eller realiseringen av tillgången kan motiveras av andra skäl än att påverka vilket insolvensförfarande som tillgången omfattas av, torde åtgärden däremot inte utgöra missbruk av EU-rätt. Så kan exempelvis vara fallet om det objektivt för tredje man framstår som att tillgången faktiskt används, eller är tänkt att användas, i gäldenärens verksamhet i det nya landet eller om det framstår som att flyt-

⁶⁸⁹ Jfr EUD mål C-255/02 Halifax p 75 och EUD mål C-110/99 Emsland-Stärke p 53.

⁶⁹⁰ EUD mål C-255/02 Halifax p 81.

⁶⁹¹ EUD mål C-255/02 Halifax p 75.

ten har skett som ett naturligt led i förvaltarens förvaltning av gäldenärens egendom i huvudförbandet. Detta gäller i enlighet med EU-domstolens praxis alldeles oavsett vad gäldenärens eller förvaltarens subjektiva motiv faktiskt var bakom att tillgången flyttades eller realiserades.

EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt innebär således att en nationell domstol, när den ska bedöma om en tillgång finns i ett visst medlemsland enligt insolvensförordningen 2.9, och därför omfattas av ett visst förfarande enligt art 3.2, kan behöva ta hänsyn till huruvida tillgången har flyttats eller realiserats i syfte att tillgången just ska anses finnas i landet enligt art 2.9. Om gäldenären eller förvaltaren i ett huvudförband har flyttat tillgången från ett land där gäldenären har eller hade ett driftställe före det att ett sekundärförfarande har inletts kan det nämligen utgöra missbruk av EU-rätt eftersom denna åtgärd innebär att lokala intressen i det landet där driftstället finns eller fanns inte kan tillgodoses genom detta förfarande. Likaså kan en flytt eller realisering av en tillgång från ett land där gäldenären har ett driftställe utgöra missbruk av EU-rätt om den innebär att lokala intressen inte kan tillgodoses i det landet genom ett självständigt territoriellt förfarande i det landet efter flytten. En flytt av en tillgång från ett land där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns till ett land där gäldenären har ett driftställe och det därefter inleds ett insolvensförfarande skulle också kunna utgöra missbruk av EU-rätt, men endast om flytten innebär en skada för borge-närskollektivet. I samtliga dessa fall krävs dock dessutom att flytten eller realiseringen av tillgången objektivt sett har skett för att just påverka så att tillgången ska omfattas eller inte omfattas av verkningarna av ett visst insolvensförfarande, och det inte kan konstateras att åtgärden kan ha vidtagits av något annat skäl.

Om det rör sig om missbruk av EU-rätt ska tillgången bedömas som om flytten eller realiseringen inte hade skett.⁶⁹² EU-domstolens praxis får förstås så att tillgången då följaktligen ska anses finnas i det land där tillgången fanns enligt art 2.9 före flytten eller före det att den blev realiserad, men med hänsyn till att tillgången därefter även kan ha

⁶⁹² Jfr EUD mål C-255/02 Halifax p 75.

flyttats eller realiserats på ett sätt som inte utgör missbruk av EU-rätt.⁶⁹³

5.5.4 Sammanfattande kommentar

EU-domstolens praxis om en princip om förbud mot missbruk av EU-rätt torde även omfatta EU:s insolvensförordning, inklusive dess art 3.2. När det gäller art 3.1 konstaterade jag dock i kap 3 att principen, även om den omfattar förordningen, knappast kan tillämpas vid en bedömning av var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns. Principen skulle däremot kunna aktualiseras vid en tillämpning av domsrättsreglerna för sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden.

Så skulle exempelvis kunna vara fallet när det gäller en gäldenär som har avvecklat sitt driftställe före det att ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande begärs och det kan fastställas att det objektiva syftet med denna åtgärd var att just undvika att ett sådant förfarande ska kunna inledas. Det skulle även kunna bli tal om missbruk av EU-rätt då en gäldenär eller en förvaltare i ett huvudförfarande har flyttat eller realiserat tillgångar i ett medlemsland där gäldenären har ett driftställe och det går att fastställa att det objektiva syftet med denna åtgärd var att tillgångarna inte skulle omfattas av ett sekundärförfarande. Detsamma gäller om gäldenären vidtar åtgärder för att se till att en viss tillgång inte omfattas av ett självständigt territoriellt förfarande.

Även om insolvensförordningen visserligen inte innehåller något uttryckligt förbud mot att gäldenären eller förvaltaren vidtar dessa typer av åtgärder innebär således EU-domstolens praxis att åtgärderna ändå kan vara förbjudna. En nationell domstol som har att bedöma om den är behörig att inleda ett sekundärförfarande eller ett självständigt territoriellt förfarande samt vilka tillgångar förfarandet omfattar

⁶⁹³ Det skulle dock kunna uppstå praktiska svårigheter för förvaltaren i sekundärförfarandet att faktiskt återfå tillgången, även om domstolens beslut ska erkännas av domstolar i andra medlemsländer, jfr insolvensförordningen art 32 samt förordning (EU) nr 1215/2012 art 39-44 och 47-57 som reglerar hur beslutet ska verkställas.

måste nämligen beakta EU-domstolens praxis om förbud mot missbruk av EU-rätt.

Det kan dock uppstå svårigheter att tillämpa denna tolkning av insolvensförordningen och EU-domstolens praxis i praktiken. Det förutsätter nämligen att någon, som är behörig att göra det, faktiskt visar att det har förekommit missbruk. När det gäller ett driftställe som har avvecklats kan man visserligen tänka sig att detta uppmärksammas av sökanden, exempelvis en borgenär som ansöker om att ett förfarande ska inledas i det land där gäldenärens driftställe fanns. När det däremot gäller gäldenärens tillgångar, vilka tillgångar som omfattas av vilket förfarande, och eventuell förekomst av missbruk får detta istället bedömas enligt tillämpliga nationella bestämmelser om bevisning. Om sökanden exempelvis inte har något intresse att visa att missbruk har förekommit finns det en risk att den nationella domstolen inte blir medveten om eventuellt missbruk och följaktligen inte tillämpar principen i praktiken.

Det ska också sägas att det inte är helt säkert hur EU-domstolens praxis ska förstås eller principen tillämpas, inte minst eftersom EU-domstolen inte har uttalat sig om den alls ska tillämpas beträffande insolvensförordningen. Det är därför inte helt säkert att principen faktiskt kan tillämpas på detta sätt.

5.6 Vissa särskilda bestämmelser som berör beslutet att inleda ett sekundärförfarande utöver domsrättsregeln i art 3

5.6.1 **Kravet att nationella domstolar ska erkänna den bedömning av gäldenärens insolvens som har gjorts i huvudförfarandet**

Utöver domsrättsregeln i art 3.2 innehåller insolvensförordningen även andra regler som påverkar en nationell domstols möjlighet att inleda ett sekundärförfarande. Enligt exempelvis insolvensförordningen art 34 ska den nationella domstolen som har att bedöma om den ska inleda ett sekundärförfarande inte pröva gäldenärens insolvens på nytt om huvudförfarandet förutsätter att gäldenären är insolvent. Domstolen ska då istället utgå ifrån den bedömning som har gjorts i huvudförfarandet. En svensk domstol ska följaktligen inte pröva om gäldenären är insolvent när domstolen får in en ansökan om att inleda exempelvis ett sekundärförfarande i form av en konkurs om det redan pågår ett insolvensförfarande som är ett huvudförfarande i ett annat medlemsland där det redan har bestämts att gäldenären är insolvent.

Visserligen begränsar art 34 inte den nationella domstolens internationella behörighet att inleda ett sekundärförfarande i sig enligt art 3.2. Bestämmelserna innebär dock ändå en indirekt påverkan på den internationella domsrätten inom EU eftersom bestämmelserna reglerar den nationella domstolens möjligheter att faktiskt inleda sekundärförfarandet, även om domstolen är internationellt behörig att inleda förfarandet enligt art 3.2.

2000 års insolvensförordning innehåller en liknande bestämmelse som 2015 års insolvensförordning art 34, men enligt den bestämmelsen ska bedömningen av gäldenärens insolvens i huvudförfarandet erkännas även om huvudförfarandet inte förutsätter att gäldenären är insolvent. EU-domstolen fick tillfälle att uttala sig om hur denna bestämmelse i 2000 års insolvensförordning ska förstås i fallet *Bank Handlowy*.⁶⁹⁴ Fallet rörde en ansökan om att ett sekundärförfarande

⁶⁹⁴ EUD mål C-116/11 *Bank Handlowy*. Fallet kommenteras av Bogdan (2013) s 978.

skulle inledas i Polen då det redan hade inletts ett huvudförfarande i form av en fransk företagsrekonstruktion (*procédure de sauvegarde*). Domstolen i huvudförfarandet hade fastställt att gäldenären inte var på obestånd och en av de frågor som ställdes till EU-domstolen var om denna bedömning innebar något hinder mot att inleda sekundärförfarandet, som i enlighet med 2000 års insolvensförordning var ett likvidationsförfarande.⁶⁹⁵ Det framgår inte tydligt av domskälen, men det verkar som att gäldenärens samtliga tillgångar fanns i det land där sekundärförfarandet skulle inledas, vilket innebar att ett eventuellt sekundärförfarande skulle få betydande konsekvenser för huvudförfarandet.⁶⁹⁶

EU-domstolen konstaterar i fallet till att börja med att domsrättsregeln i art 3.2 inte ställer något krav på att syftet med sekundärförfarandet ska vara något särskilt i förhållande till det syfte som huvudförfarandet har för att en domstol ska kunna inleda sekundärförfarandet.⁶⁹⁷ Om sekundärförfarandet har ett syfte som strider mot det syfte som huvudförfarandet har hindrar det enligt EU-domstolen inte att sekundärförfarandet inleds i det land där gäldenären har ett driftställe.⁶⁹⁸ Istället får förfarandenas motstridiga syften hanteras genom insolvensförordningens reglering om lojalt samarbete och koordinat-ion mellan insolvensförfaranden inom EU.⁶⁹⁹

Problemet med motstridiga syften mellan huvudförfaranden och sekundärförfaranden kan även uppstå enligt 2015 års insolvensförordning. Som Bogdan konstaterar beträffande 2000 års insolvensförordning får vi helt enkelt hoppas att samarbetet inom EU också i praktiken är så väl utvecklat som EU-domstolen och insolvensförordningen föreställer sig.⁷⁰⁰

Vidare uttalar EU-domstolen i fallet *Bank Handlowy* att den bedömning av gäldenärens insolvens som har gjorts i huvudförfarandet och som är baserad på det landets nationella insolvensrättsliga lagstift-

⁶⁹⁵ EUD mål C-116/11 *Bank Handlowy* p 24.

⁶⁹⁶ Jfr EUD mål C-116/11 *Bank Handlowy* p 53.

⁶⁹⁷ EUD mål C-116/11 *Bank Handlowy* p 55-59.

⁶⁹⁸ EUD mål C-116/11 *Bank Handlowy* p 63.

⁶⁹⁹ EUD mål C-116/11 *Bank Handlowy* p 60-63.

⁷⁰⁰ Se Bogdan (2013) s 978.

ning är bindande för alla domstolar i andra medlemsländer som kan få in en ansökan om ett sekundärförfarande.⁷⁰¹ På så sätt ska det enligt domstolen undvikas att medlemsländerna tillämpar sinsemellan avvikande nationella uppfattningar av begreppet insolvens.⁷⁰² Domstolen konstaterar att den nationella domstolen som har att pröva om den ska inleda ett sekundärförfarande inte får bedöma om gäldenären är på obestånd när ett huvudförfarande har inletts beträffande gäldenären i ett annat medlemsland, även om huvudförfarandet har ett syfte att rädda gäldenärens verksamhet. EU-domstolen betonar dock samtidigt att den nationella domstolen som ska bedöma om den ska inleda ett sekundärförfarande ska beakta vilket syfte huvudförfarandet har samt ta hänsyn till insolvensförordningens systematik och de principer som förordningen baseras på när den ”drar konsekvenserna av” att det har slagits fast att gäldenären är insolvent i huvudförfarandet.⁷⁰³

Genom revideringen av 2015 års insolvensförordning har dock kravet på att de nationella domstolarna alltid ska erkänna den bedömning som har gjorts i huvudförfarandet beträffande gäldenärens insolvens ändrats. Enligt 2015 års förordning art 34 ska nämligen domstolen i sekundärförfarandet enbart erkänna den bedömning som har gjorts beträffande gäldenärens insolvens i huvudförfarandet om huvudförfarandet förutsätter att gäldenären är insolvent. Detta innebär att om det som i fallet *Bank Handlowy* handlar om ett huvudförfarande som inte förutsätter att gäldenären är insolvent men det istället är 2015 års insolvensförordning som ska tillämpas, är domstolen som har att bedöma om den ska inleda ett sekundärförfarande följaktligen fri att själv bedöma om gäldenären är insolvent enligt nationell rätt.⁷⁰⁴ Om det däremot rör sig om ett huvudförfarande som förutsätter att gäldenären är insolvent är domstolen som har att bedöma om den ska inleda ett sekundärförfarande precis som vad gäller 2000 års insolvensförordning förhindrad att bedöma gäldenärens insolvens på nytt i enlighet med 2015 års insolvensförordning art 34.

⁷⁰¹ Jfr EUD mål C-116/11 *Bank Handlowy* p 68, 74. Se även Bogdan (2013) s 978 samt diskussionen i SOU 2016:17 s 167.

⁷⁰² EUD mål C-116/11 *Bank Handlowy* p 70-71.

⁷⁰³ EUD mål C-116/11 *Bank Handlowy* p 73.

⁷⁰⁴ Se Bork och Mangano (2016) s 246-247. Beträffande tillämplig lag, jfr insolvensförordningen art 7.2.

Enligt INSOLs komparativa studie från 2010 finns det betydande skillnader mellan medlemsländernas insolvensrättsliga lagstiftningar beträffande när en gäldenär ska anses insolvent.⁷⁰⁵ Detta verkar dock i enlighet med EU-domstolens uttalande i fallet *Bank Handlowy* inte spela någon roll vid tillämpningen av insolvensförordningen art 34.⁷⁰⁶ Om domstolen i huvudförfarandet har bedömt att gäldenären är insolvent får domstolens uttalande nämligen förstås så att gäldenärens insolvens ändå inte får prövas på nytt i ett annat medlemsland, åtminstone så länge huvudförfarandet ännu inte har avslutats.

Det framgår visserligen av insolvensförordningen art 7.2 att det är lagen i det land där förfarandet inleds som bestämmer förutsättningarna för att inleda förfarandet, men detta torde inte gälla själva bedömningen av om gäldenären är insolvent enligt art 34. Det kan exempelvis vara möjligt att inleda ett sekundärförfarande i form av en svensk konkurs även om en svensk domstol, om den hade fått bedöma gäldenärens insolvens, inte hade bedömt att gäldenären var insolvent enligt konkurslagen.

Regleringen i art 34 och EU-domstolens tolkning av motsvarande bestämmelse i 2000 års insolvensförordning torde även innebära att domstolar kan hindras från att inleda ett sekundärförfarande som enligt nationell rätt enbart kan inledas vid risk för insolvens och inte då gäldenären redan är insolvent om det har inletts ett huvudförfarande i ett medlemsland som förutsätter att gäldenären är insolvent. Skälet för detta är just att bedömningen av gäldenärens insolvens i huvudförfarandet ska erkännas enligt art 34 och att det därför inte torde finnas något utrymme för en nationell domstol att bedöma att gäldenären inte skulle vara insolvent.⁷⁰⁷ Det verkar dock inte särskilt troligt att detta lär förekomma som en fråga i praktiken eftersom det torde vara poänglöst att inleda ett sekundärförfarande som syftar till att rädda gäldenärens verksamhet om det redan pågår ett huvudförfarande som syftar till att likvidera gäldenärens verksamhet. Det att den

⁷⁰⁵ Se Harmonisation of Insolvency Law at EU Level, Policy Department C – Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels 2010 s 9-10.

⁷⁰⁶ Jfr även diskussionen i SOU 2016:17 s 167-168. Jfr även Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 472 samt Mangano (2016) s 407. Se även Bogdan (2013) s 978.

⁷⁰⁷ Jfr EUD mål C-116/11 *Bank Handlowy* p 73.

nationella domstolen inte kan inleda ett sekundärförfarande i ett sådant fall medför snarast att förordningen, genom art 34, förhindrar att det fattas motstridiga beslut beträffande gäldenärens insolvens inom EU.

Regleringen i art 34 rör visserligen som nämnts inte domsrätten i strikt bemärkelse eftersom den nationella domstolen i det land där gäldenärens driftställe finns fortfarande är internationellt behörig att inleda ett sekundärförfarande enligt art 3.2. Insolvensförordningen art 34 medför dock att det kan vara möjligt att inleda ett sekundärförfarande i ett medlemsland där det inte hade varit möjligt att inleda förfarandet om det inte samtidigt pågick ett huvudförfarande i ett annat medlemsland. Samtidigt minskar också art 34 utrymmet att inleda ett sekundärförfarande som förutsätter att gäldenären inte är insolvent, när huvudförfarandet förutsätter att gäldenären är insolvent. Även om art 34 inte direkt rör den internationella domsrätten påverkar artikeln följaktligen ändå utrymmet för en nationell domstol att fatta beslut om att inleda ett sekundärförfarande och påverkar på så sätt den internationella domsrätten indirekt.

5.6.2 Rätten att yttra sig över begäran att inleda ett sekundärförfarande och att kräva att förfarandet skjuts upp eller ändras till ett annat nationellt insolvensförfarande

En annan reglering som berör beslutet om att inleda ett sekundärförfarande framgår av insolvensförordningen art 38.1. Där regleras att förvaltaren i huvudförfarandet eller gäldenären, förutsatt att gäldenären fortfarande råder över sina tillgångar, måste ges möjlighet att yttra sig över begäran att inleda ett sekundärförfarande.⁷⁰⁸ Kravet underlättar möjligheten till samordning mellan sekundärförfarandet och huvudförfarandet.⁷⁰⁹

⁷⁰⁸ Jfr Mangano (2016) s 441-442, Bork och Mangano (2016) s 247 och Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 479-481.

⁷⁰⁹ Jfr Mangano (2016) s 443.

Om kravet enligt art 38 inte har tillgodosetts kan förvaltaren i huvudförfarandet överklaga beslutet om att inleda det sekundära förfarandet vid en domstol i det land där förfarandet har inletts och få beslutet upphävt enligt art 39. Förvaltaren får då just hänvisa till att den nationella domstolen inte har iakttagit de villkor som ställs för att fatta beslut om att inleda ett sekundärförfarande. Den nationella domstolen som mottar begäran om att inleda sekundärförfarandet måste således underrätta dessa nämnda personer om förfarandet för att undvika att beslutet om att inleda förfarandet ska upphävas. Under rättelsen ska ske ”omedelbart” då domstolen har mottagit begäran enligt art 38.1.

På begäran av förvaltaren i huvudförfarandet eller den gäldenär som fortfarande råder över sina tillgångar får den nationella domstolen som beslutar om sekundärförfarandet besluta om att skjuta upp inledandet av det sekundära förfarandet under högst tre månader, enligt art 38.3.⁷¹⁰ Detta kan ge förvaltaren eller gäldenären ett visst utrymme att förhandla med borgenärerna innan sekundärförfarandet inleds.⁷¹¹ Domstolen måste dock ha vidtagit ”lämpliga åtgärder” för att skydda lokala borgenärers intressen för att kunna skjuta upp beslutet om att inleda sekundärförfarandet. Enligt insolvensförordningen art 2.11 avser lokala borgenärer de borgenärer vars fordringar på gäldenären har uppkommit till följd av eller i samband med verksamheten vid driftstället.

Det framgår inte av insolvensförordningen exakt vilka åtgärder som den nationella domstolen ska ha vidtagit för att just skydda dessa lokala borgenärers intressen, annat än att de just ska vara lämpliga.⁷¹² Det skulle exempelvis kunna röra sig om att domstolen, på begäran av en borgenär, ska förordna om kvarstad.⁷¹³ På så sätt skulle domstolen

⁷¹⁰ Jfr insolvensförordningens ingresspunkt 41 och 45. Jfr även Rådets motivering: Rådets ståndpunkt (EU) nr 7/2015 vid första behandlingen inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om insolvensförfarande (omarbetning) (2015/C 141/02) p 22. Jfr även Ringe (2016) s 163, Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 480 och Mangano (2016) s 445-446.

⁷¹¹ Mangano (2016) s 445-446.

⁷¹² Se Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 480-481.

⁷¹³ Jfr konkurslagen 2 kap. 11 § samt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 655/2014 av den 15 maj 2014 om inrättande av ett europeiskt förfarande för

nämligen kunna förhindra att gäldenärens egendom flyttas från det land där driftstället finns så att den inte längre omfattas av verkningarna av sekundärförfarandet.

Förutom en begäran om att förfarandet skjuts upp kan förvaltaren i huvudförfarandet dessutom begära att den nationella domstolen ska inleda en annan typ av insolvensförfarande än det förfarande som ansökan om sekundärförfarandet avser, enligt art 38.4.⁷¹⁴ Även efter det att den nationella domstolen i det land där gäldenären har ett driftställe har beslutat om att inleda ett sekundärförfarande kan förvaltaren i huvudförfarandet begära att sekundärförfarandet omvandlas till en annan typ av nationellt insolvensförfarande i det landet, enligt art 51.⁷¹⁵ I båda dessa fall får förfarandet dock endast omvandlas om det nya förfarandet finns upptaget i den uppräknig som återfinns i insolvensförordningens bilaga A och villkoren för att inleda denna typ av förfarande är uppfyllda enligt nationell rätt. Dessutom krävs det att förfarandet är det lämpligaste för att tillgodose de lokala borgenärernas intressen samt för att uppnå en samstämmighet mellan huvudförfarandet och sekundärförfarandet.

I svensk rätt kan ett sekundärförfarande som nämnts enbart vara konkurs eller företagsrekonstruktion. Det kan således endast förekomma att ett svenskt sekundärförfarande omvandlas till just en konkurs eller en företagsrekonstruktion enligt art 38.4 eller art 51.

Dessa bestämmelser i insolvensförordningen påverkar visserligen inte direkt den internationella domsrätten enligt art 3.2 eftersom domstolarna i det land där gäldenären har ett driftställe fortfarande är internationellt behöriga att inleda ett sekundärförfarande. De innebär dock att förvaltaren i huvudförfarandet, och en gäldenär som har kvar rådhjgheten över sina tillgångar, ändå kan påverka beslutet om att inleda förfarandet i viss utsträckning. Domsrätten kan på så sätt påverkas

kvarstad på bankmedel i mål och ärenden av privaträttslig natur. Se även prop. 2015/16:148 om kvarstad på bankmedel inom EU. Jfr även Berglund (2017) s 63 ff.

⁷¹⁴ Se Mangano (2016) s 448-449 och Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 481. Se även SOU 2016:17 s 169-170.

⁷¹⁵ Se Bork och Mangano (2016) s 268-269.

indirekt genom bestämmelserna, som också tydliggör huvudförfarandets dominerande ställning över sekundärförfarandet.⁷¹⁶

5.6.3 Möjligheten att göra ett åtagande som kan förhindra att det inleds ett sekundärförfarande

En annan bestämmelse som påverkar en nationell domstols möjlighet att inleda ett sekundärförfarande följer av insolvensförordningen art 36. Enligt denna bestämmelse kan nämligen förvaltaren i huvudförfarandet göra ett ensidigt åtagande för konkursboets räkning gentemot lokala borgenärer i det land där gäldenären har ett driftställe för att undvika att ett sekundärförfarande inleds där.⁷¹⁷ Åtagandet går ut på att borgenärerna ska behandlas på samma sätt i huvudförfarandet som om ett sekundärförfarande hade inletts och avser tillgångarna i det medlemsland där ett sekundärförfarande kan inledas. Åtagandet innebär enligt art 36 i korthet att förvaltaren förbinder sig att följa reglerna om utdelning och förmånsrätt enligt den nationella rätt som tillgångarna skulle ha omfattats av om ett sekundärförfarande hade inletts. Vilka tillgångar som omfattas av åtagandet avgörs enligt art 36 utifrån den tidpunkt då åtagandet görs.

Ett åtagande enligt insolvensförordningen art 36 måste godkännas av gäldenärens kända lokala borgenärer. Lokala borgenärer definieras som nämnts i art 2.11 såsom borgenärer vars fordringar på gäldenären har uppkommit till följd av verksamheten vid det aktuella driftstället eller i samband med verksamheten där. Själva godkännandet ska enligt art 36 ske i enlighet med reglerna om kvalificerad majoritet och omröstning som är tillämpliga på antagande av rekonstruktionsplaner enligt lagen i det land där sekundärförfarandet hade kunnat inledas. I ett förarbete till den svenska kompletteringslagen till 2015

⁷¹⁶ Jfr Mangano (2016) s 449.

⁷¹⁷ Jfr insolvensförordningens ingresspunkt 41-43. Se även Bewick (2015) s 181 ff., Mucciarelli (2016) s 26 ff., Weiss (2015) s 205 f., Bogdan (2015) s 10 f och Wessels (2016) s 132-133. Jfr även Rådets motivering: Rådets ståndpunkt (EU) nr 7/2015 vid första behandlingen inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om insolvensförfarande (omarbetning) (2015/C 141/02) p 21. Se även SOU 2016:17 s 170-172.

års insolvensförordning uttalas att denna bestämmelse i svensk rätt ska förstås så att ett åtagande är godkänt om tre femtedelar av de röstande har godkänt åtagandet, förutsatt att de fordringar som dessa röstande personer har uppgår till tre femtedelar av de röstberättigande fordringarnas sammanlagda belopp.⁷¹⁸

När ett åtagande enligt art 36 har blivit bindande, genom att det har godkänts av borgenärerna, kan en begäran om att inleda ett sekundärförfarande endast göras inom 30 dagar från det att godkännandet för åtagandet har meddelats enligt art 37.2. Gör ansökan senare torde art 37.2 förstås så att åtagandet hindrar domstolar från att inleda ett sekundärförfarande i det land som åtagandet avser.⁷¹⁹ Om sekundärförfarandet ändå inleds kan förvaltaren i huvudförfarandet överklaga det beslutet enligt art 39. Har ansökan om att inleda förfarandet däremot lämnats till den nationella domstolen inom de 30 dagarna ska den nationella domstolen enligt art 38.2 endast inleda sekundärförfarandet om domstolen bedömer att åtagandet inte ger tillräckligt skydd för de lokala borgenärernas intressen.⁷²⁰ Så skulle exempelvis kunna vara fallet om de lokala borgenärernas utdelning trots åtagandet blir lägre om ett sekundärförfarande inte inleds jämfört med om det skulle inledas. Den nationella domstolen måste således fastställa om det är nödvändigt att inleda ett sekundärförfarande och endast inleda förfarandet om så är fallet.

Möjligheten för en förvaltare att göra ett åtagande enligt art 36 är ny, den fanns inte enligt 2000 års insolvensförordning. Trots det verkar det ha förekommit fall då förvaltare har försökt göra liknande typer av åtaganden även under den tid då 2000 års insolvensförord-

⁷¹⁸ SOU 2016:17 s 24.

⁷¹⁹ Se Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 476 och Bork och Mangano (2016) s 248-250. Jfr SOU 2016:17 s 171.

⁷²⁰ Jfr Rådets motivering; Rådets ståndpunkt (EU) nr 7/2015 vid första behandlingen inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om insolvensförfarande (omarbetning) (2015/C 141/02) p 21 där det anges att domstolen kan vägra att inleda ett sekundärförfarande om domstolen är förvissad om att åtagandet innebär att borgenärernas intressen är tillgodosedda. Jfr även Mangano (2016) s 443-445. Wessels är skeptisk till hur denna bedömning ska ske i praktiken, se Wessels (2016) s 133.

ning har varit tillämplig i medlemsländerna.⁷²¹ Det bli intressant att följa hur dessa nya bestämmelser i 2015 års insolvensförordning kommer att tillämpas i praktiken och om de faktiskt kommer att tillämpas i någon större utsträckning.

5.7 Utrymmet för en rättslig prövning av inledandebeslutet

5.7.1 Rätten att väcka talan mot ett inledandebeslut på grundval av internationell behörighet

Insolvensförordningen saknar någon reglering av rätten att väcka talan mot ett beslut om att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande på grundval av internationell behörighet.⁷²² Förvaltaren i huvudförfarandet har visserligen rätt att överklaga ett beslut att inleda ett sekundärförfarande enligt art 39, men det ska i så fall ske på den grunden att kraven och villkoren i insolvensförordningen art 38 inte har uppfyllts. Art 39 reglerar däremot inte rätten att väcka talan mot ett beslut som rör en domstols internationella behörighet enligt art 3. Beträffande huvudförfaranden regleras rätten till rättslig prövning av ett inledandebeslut som nämnts i art 5, men den bestämmelsen gäller just enbart huvudförfaranden.

Av insolvensförordningen art 7 framgår dock att lagen i det land där insolvensförfarandet inleds ska vara tillämplig beträffande insolvensförfarandet om inget annat föreskrivs i insolvensförordningen. Artikeln får förstås så att rätten till en rättslig prövning av beslutet att inleda förfarandet enligt art 3 följaktligen avgörs av lagen i det land där förfarandet har inletts.

I en rapport från Europeiska kommissionen angående hur 2000 års förordning har tillämpats i medlemsländerna framgår att utländska borgenärer inte alltid verkar ha haft rätt att överklaga ett beslut om att

⁷²¹ Se exempelvis Moss, Fletcher och Isaacs (2016) s 474-475 och Mangano (2016) s 421-424.

⁷²² Jfr Bork och Mangano (2016) s 250, 254.

inleda ett huvudförfarande enligt lagen i alla medlemsländer.⁷²³ Även om de har haft rätt att överklaga beslutet enligt lagen i ett medlemsland har det enligt rapporten förekommit att borgenärerna inte alltid får tillräckligt med tid enligt den nationella lagstiftningen för att faktiskt ha en reell möjlighet att överklaga beslutet i praktiken.⁷²⁴ Om detta problem gäller för huvudförfaranden torde det också kunna gälla beträffande sekundärförfaranden respektive självständiga territoriella förfaranden. Eftersom 2015 års insolvensförordning saknar en bestämmelse om rätten att väcka talan mot ett inledandedebeslut kan det följaktligen innebära att detta problem som kommissionen identifierade i sin rapport kvarstår när det just gäller sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden enligt 2015 års insolvensförordning.

I insolvensförordningens ingresspunkt 34 uttalas att borgenärer bör ha tillgång till ett effektivt rättsmedel mot beslutet om att inleda ett insolvensförfarande och att medlemsländerna bör reglera följderna av ett överklagande av ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande. Detta uttalande i ingressen blir dock tämligen intetsägande beträffande sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden eftersom insolvensförordningen saknar någon reglering om en rätt att överklaga ett sådant beslut. Uttalandet kan dock också ses som en slags allmän rekommendation till medlemsländerna att se över sin nationella lagstiftning och, om så inte redan har skett sedan det att Europeiska kommissionens rapport författades, se till att det ska finnas en praktisk möjlighet att begära en rättslig prövning av beslutet att inleda ett sekundärförfarande respektive ett självständigt territoriellt förfarande, även för utländska borgenärer.

Det är anmärkningsvärt att insolvensförordningen inte innehåller någon bestämmelse på motsvarande sätt som för huvudförfaranden

⁷²³ Se Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final, s 10.

⁷²⁴ Se Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final, s 10.

om att ett inledandebeslut kan bli föremål för överprövning på grundval av just internationell behörighet. Detta gäller särskilt eftersom inledandebeslutet som stark huvudregel ska erkännas av domstolar i andra medlemsländer. Ett sekundärförfarande får dessutom verkningar för huvudförfarandet på så sätt att huvudförfarandet inte längre är helt universellt och det bör därför vara av intresse att det ska finnas reella möjligheter att få beslutet om att inleda det förfarandet överprövat.

Det framgår visserligen av insolvensförordningens ingress att kravet på erkännande baseras på principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsländer, men det torde inte i sig behöva medföra att utrymmet för en rättslig prövning enligt lagen i det land där förfarandet inleddes ska begränsas. Om det saknas reella möjligheter att få beslutet överprövat skadar det snarare detta ömsesidiga förtroende mellan medlemsländerna eftersom då finns en risk att felaktigt fattade beslut står fast.

Insolvensförordningen innehåller dock bestämmelser som syftar till att samordna sekundärförfaranden med huvudförfarandet.⁷²⁵ Förvaltaren i huvudförfarandet har dessutom vissa möjligheter att påverka sekundärförfarandet och huruvida detta inleds.⁷²⁶ Dessa bestämmelser innebär att eventuella brister i ett visst medlemslands nationella lagstiftning beträffande exempelvis utländska borgenärsers möjlighet att väcka en talan mot ett beslut om att inleda ett sekundärförfarande kan mildras eftersom det åtminstone finns en viss möjlighet för förvaltaren i huvudförfarandet att påverka sekundärförfarandet.

5.7.2 Kravet på erkännande av inledandebeslut

I insolvensförordningen art 19.1 framgår att ett beslut om att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande ska erkännas i alla andra medlemsländer inom EU, inklusive i det land där det i förekommande fall har inletts ett huvudförfarande. Detta krav på erkännande ger, vilket redan konstaterades tidigare beträffande huvudförfaranden, insolvensförordningens domsregler ett starkt genomslag i medlemsländerna i praktiken.

⁷²⁵ Se 2015 års insolvensförordning art 41-43.

⁷²⁶ Se 2015 års insolvensförordning art 36 och 38.

Det framgår dock inte uttryckligen när beslutet om att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande ska erkännas, annat än att det gäller från den tidpunkt då det har verkan i medlemslandet enligt art 19.1.⁷²⁷ Beträffande själva beslutet framgår det av art 2.7 att ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande är ett beslut fattat av en domstol om att inleda ett förfarande eller bekräfta att ett förfarande har inletts samt ett beslut att utse en förvaltare. Begreppet domstol definieras i art 2.6 som ett medlemslands dömande organ eller annat organ som har behörighet att inleda ett insolvensförfarande, bekräfta att det har inletts eller fatta beslut under förfarandet.⁷²⁸

För svensk del ska beslutet att inleda en svensk konkurs eller företagsrekonstruktion fattas av tingsrätten, vilket framgår av konkurslagen 2 kap. 1 § respektive lagen om företagsrekonstruktion 2 kap. 1 §. Tingsrätten är med andra ord en domstol i insolvensförordningens mening och beslutet om att inleda förfarandet är följaktligen ett beslut fattat av en sådan domstol.⁷²⁹

Det finns betydande skillnader i nationell rätt avseende vilka villkor och formaliteter som måste vara uppfyllda för att inleda ett insolvensförfarande.⁷³⁰ Beträffande huvudförfaranden har EU-domstolen därför tolkat 2000 års insolvensförordning så att det inte krävs att ett beslut formellt sett ska anses utgöra ett beslut enligt nationell lagstiftning för att det ska vara det enligt förordningen.⁷³¹ Beslutet måste dock ha fattats efter en begäran om att det ska inledas ett insolvensförfarande och beslutet måste dessutom uppfylla samtliga villkor för att vara ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande enligt art 1.1, vilket enligt domstolen innebär att beslutet innebär att gäldenären helt eller delvis förlorar rådigheten över sina tillgångar och att en förvaltare utses.⁷³²

⁷²⁷ Jfr Bork och Mangano (2016) s 237 samt 256-257.

⁷²⁸ Se även insolvensförordningens ingresspunkt 20. Jfr även Weiss (2015) s 198.

⁷²⁹ Detta konstateras även i SOU 2016:17 s 96.

⁷³⁰ Jfr även domstolens uttalande i EUD mål C-341/04 Eurofood p 51.

⁷³¹ EUD mål C-341/04 Eurofood p 51-54. Jfr hovrättens resonemang i mål nr Ö 507-12.

⁷³² EUD mål C-341/04 Eurofood p 54.

Enligt 2015 års insolvensförordning är det dock inte ett nödvändigt krav enligt art 1.1 att gäldenären helt eller delvis berövas rådigheten över sina tillgångar för att förfarandet ska utgöra ett insolvensförfarande så som gällde enligt 2000 års insolvensförordning art 1.⁷³³ Det bör inte heller längre vara en nödvändig förutsättning för att beslutet ska erkännas. Domstolens tolkning att ett beslut ska erkännas så tidigt som möjligt, men att beslutet ändå ska kunna karaktäriseras som ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande, torde dock även vara motiverad när det gäller 2015 års insolvensförordning och sekundärförfaranden respektive självständiga territoriella förfaranden. För svensk del får insolvensförordningen förstås så att tingsrättens beslut om att inleda en konkurs eller företagsrekonstruktion är ett sådant beslut om att inleda förfarandet som ska erkännas enligt art 19.1.

Beslutet om att inleda sekundärförfarandet respektive det självständiga territoriella förfarandet ska som nämnts erkännas av övriga medlemsländer så snart det har verkan i det aktuella medlemslandet enligt art 19.1. Exakt vid vilken tidpunkt beslutet har verkan enligt förordningen är dock inte helt klart.⁷³⁴ I ljuset av EU-domstolens uttalande om att beslutet inte formellt sett måste utgöra ett beslut i nationell rätt för att vara det enligt 2000 års insolvensförordning torde även art 19.1 i 2015 års insolvensförordning förstås så att det exempelvis inte är nödvändigt att beslutet har vunnit laga kraft för att det ska erkännas. Eftersom beslutet ska erkännas så tidigt som möjligt får det följaktligen också anses ha verkan i medlemslandet så tidigt som möjligt.

Det att beslutet om att inleda sekundärförfarandet respektive det självständiga territoriella förfarandet ska erkännas innebär dock endast enligt art 20.2 att beslutet inte får angripas i andra medlemsländer.⁷³⁵

⁷³³ Jfr insolvensförordningen art 1.

⁷³⁴ Se 2000 års insolvensförordning art 16 respektive 2015 års insolvensförordning art 19. Se även Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final, s 13. Domstolen som har fattat beslutet måste dock även vara behörig enligt art 3. Se även EU-domstolens resonemang i EUD mål C-341/04 Eurofood p 50.

⁷³⁵ Jfr även insolvensförordningen art 32.

Om förfarandet innebär begränsningar i borgenärers rättigheter, såsom exempelvis betalningsansånd eller nedsättningar av fordringar, ska förfarandet enligt samma artikel enbart ha verkan på egendom i ett annat medlemslands territorium än det där förfarandet har inletts gentemot borgenärer som har gått med på detta.⁷³⁶ Sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden omfattar nämligen som nämnts enbart tillgångar i det medlemsland där förfarandet har inletts enligt art 3.2 och inte egendom som befinner sig i andra medlemsländer.⁷³⁷ Ett sekundärförfarande påverkar dock naturligtvis ett huvudförfarande på så sätt att huvudförfarandet i princip inte får verkningar beträffande den egendom som sekundärförfarandet omfattar.⁷³⁸

I likhet med vad som gäller kravet på att erkänna ett beslut om att inleda ett huvudförfarande finns det dock ett undantag då domstolar inte behöver erkänna beslutet om att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande. Så gäller följaktligen om

⁷³⁶ 2015 års insolvensförordning art 20.2, se även art 32. Jfr 2000 års insolvensförordning art 17.2. I litteraturen diskuteras, vad gäller 2000 års förordning, om varje enskild borgenär måste gå med på begränsningen eller om det räcker att en majoritet av en viss typ av borgenärer godkänner den för att den ska gälla kollektivet, se exempelvis Förklaranderapporten p 157, Sheldon (2011) s 65-66. Det framgår dock av förordningen att begränsningen endast ska gälla dem som har medgett detta, vilket får förstås så att majoriteten inte kan binda kollektivet. Regeln verkar nämligen skydda de borgenärer som inte frivilligt går med på att undantas och detta skydd skulle minska drastiskt om en majoritet kan sätta sig över minoriteten.

⁷³⁷ Jfr 2015 års insolvensförordning art 20. Jfr även 2000 års insolvensförordning art 3.2, 17.2. Se även Moss (2009) s 105.

⁷³⁸ Jfr EUD mål C-649/13 *Comité d'entreprise de Nortel Networks* m.fl. p 32-33. EU-domstolen har som nämnts även uttalat att domstolar i det land där sekundärförfarandet har inletts är alternativt behöriga med domstolarna i det land där huvudförfarandet har inletts att avgöra vilka tillgångar som omfattas av verkningarna av respektive förfarande. När en domstol väl har fattat ett beslut om vilka tillgångar som omfattas av förfarandet ska det dock erkännas i enlighet med principen om ömsesidigt förtroende, något som i de flesta fall torde förhindra konkurrerande beslut om var en tillgång finns. Se EUD mål C-649/13 *Comité d'entreprise de Nortel Networks* m.fl. p 38, 42, 45-46. Se även EUD mål C-116/11 *Bank Handlowy* p 40 och EUD mål C-191/10 *Rastelli* p 15. Jfr 2000 års insolvensförordning art 4, ingresspunkt 19-20 samt Moss (2009) s 105 och förklaranderapporten p 155. Jfr även Bork och Mangano (2016) s 256-257 samt Veder (2016) s 314.

verkningarna av ett sådant erkännande skulle vara uppenbart oförenliga med grunderna för det medlemslandets rättsordning, enligt insolvensförordningen art 33. Detta gäller enligt samma artikel särskilt om beslutet är oförenligt med medlemslandets grundläggande rättsprinciper och de fri- och rättigheter som individer har enligt det landets grundlag. Detta undantag i art 33 har redan diskuterats i kapitlet ovan beträffande huvudförfarande och det torde tillämpas på samma sätt för sekundärförfarande respektive självständiga territoriella förfarande.

5.8 Sammanfattande kommentar

Det finns flera fördelar med domsrättsreglerna i art 3 beträffande sekundärförfarande och självständiga territoriella förfarande. Till att börja med ger de ett visst skydd för lokala intressen i det land där gäldenären har ett driftställe eftersom det just kan inledas ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande som omfattar gäldenärens egendom i det landet. Detta skydd förstärks också genom att lagen i det landet som huvudregel blir tillämplig beträffande förandet. Det skulle visserligen kunna vara lika eller till och med mer fördelaktigt för exempelvis vissa eller samtliga lokala borgenärer att gäldenärens egendom omfattas av ett huvudförfarande i ett annat medlemsland, beroende på vilket nationellt förfarande som aktualiseras och vilken nationell lagstiftning som blir tillämplig i respektive förfarande. Insolvensförordningens domsrättsregler innebär dock att det, om det finns ett intresse av detta, åtminstone finns en möjlighet att inleda ett förfarande i det land där gäldenären har ett driftställe.

En annan fördel med insolvensförordningens domsrättsregler är att de möjliggör ett insolvensförfarande, i form av ett självständigt territoriellt förfarande, i sådana fall då det inte går att inleda ett huvudförfarande i det land där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns. Detta innebär att borgenärer åtminstone kan få sina intressen tillgodosedda genom ett territoriellt begränsat förfarande i det land där gäldenären, i förekommande fall, har ett driftställe.

En negativ aspekt med möjligheten att inleda sekundärförfarande och självständiga territoriella förfarande inom EU är dock att

sådana förfaranden riskerar att hämma förvaltningen av gäldenärens egendom i ett huvudförfarande. Detta gäller dock särskilt beträffande sekundärförfaranden eftersom de inleds samtidigt som det har inletts eller då det redan pågår ett huvudförfarande i ett annat medlemsland. Självständiga territoriella förfaranden påverkar inte ett eventuellt huvudförfarande i lika hög utsträckning då de inleds före huvudförfarandet.

Insolvensförordningen ger dock ett visst skydd mot att huvudförfarandet ska påverkas negativt av att det inleds ett sekundärförfarande. Förvaltaren i huvudförfarandet har nämligen möjligheter att påverka sekundärförfarandet på så sätt att hon eller han kan kräva att sekundärförfarandet skjuts upp, ändras till ett annat nationellt förfarande eller till och med göra ett åtagande för att förhindra att sekundärförfarandet alls inleds. Eftersom den domstol som har att bedöma om den ska inleda ett sekundärförfarande dessutom måste erkänna den bedömning av gäldenärens insolvens som har gjorts i huvudförfarandet, om huvudförfarandet förutsätter att gäldenären är insolvent, förhindras dessutom åtminstone i viss utsträckning motstridiga beslut beträffande gäldenärens insolvens i de olika förfarandena.

Trots dessa bestämmelser kan det dock inte uteslutas att sekundärförfarandet, eller det syntetiska sekundärförfarande som förvaltarens åtagande enligt insolvensförordningen art 36 innebär, kan påverka förvaltningen i huvudförfarandet på ett negativt sätt jämfört med om det inte hade varit möjligt att inleda sekundärförfaranden inom EU. Ett sekundärförfarande skulle dock även i enlighet med uttalandet i insolvensförordningens ingresspunkt 40 kunna gynna förvaltningen i huvudförfarandet om gäldenärens egendom är för komplex för att förvaltas som en enhet i huvudförfarandet. I ingresspunkten uttalas också att skillnaderna mellan medlemsländernas lagstiftningar ibland kan vara så stora att det kan uppstå svårigheter då verkningarna av huvudförfarandet utsträcks till att gälla tillgångar i andra medlemsländer, vilket kan motivera att sekundärförfaranden inleds i andra länder. Det är följaktligen inte helt enkelt att konstatera att ett sekundärförfarande, eller självständigt territoriellt förfarande för den delen, alltid skulle påverka ett huvudförfarande negativt.

När det gäller anknytningskravet i art 3.2, att gäldenären måste ha ett driftställe i landet för att domstolarna där ska vara internationellt

behöriga att inleda ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande, kan först och främst konstateras att kravet medför att gäldenären måste ha en faktisk och verklig anknytning till det aktuella medlemslandet för att det ska vara möjligt att inleda ett förfarande där. Ett förfarande kan följaktligen inte inledas var som helst, gäldenären måste nämligen bedriva en ekonomisk verksamhet med materiella och personella resurser i landet för att verksamhetsplatsen ska utgöra ett driftställe. Eftersom driftstället ska vara objektivt fastställbart för tredje man ska gäldenärens borgenärer dessutom kunna förutse att ett förfarande kan komma att inledas i det aktuella landet.

För de av gäldenärens borgenärer som själva har sin främsta anknytning till det land där gäldenären har ett driftställe och som dessutom kanske har ingått avtal och haft huvuddelen av sina kontakter med gäldenären i det landet kan det vara smidigt att kunna begära att ett insolvensförfarande ska inledas beträffande gäldenären i samma land. Det är nämligen mer sannolikt att en sådan borgenär har större kunskaper om det landets insolvensrättsliga lagstiftning än lagen i ett annat land där gäldenären har platsen för sina huvudsakliga intressen, även om så inte alltid behöver vara fallet. Det kan således vara fördelaktigt för borgenärer att det är möjligt att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande i det land där gäldenären har ett driftställe.

Insolvensförordningens domsrättsregler kan dock kritiseras för att det inte är möjligt att inleda ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande i ett medlemsland där gäldenären enbart har tillgångar. Inom exempelvis den delen av den svenska internationella processrätten som har sitt ursprung i svensk lagstiftning regleras som nämnts att det är möjligt att inleda en så kallad särkonkurs på den grunden att gäldenären enbart har tillgångar eller fordringar i Sverige. Detta är dock följaktligen inte möjligt enligt insolvensförordningen. De svenska reglerna innebär på så sätt ett större skydd för lokala intressen i Sverige än insolvensförordningens domsrättsregler eftersom de medger fler grunder för att inleda ett insolvensförfarande. Om det exempelvis inte är möjligt att inleda ett huvudförfarande i det land där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns och gäldenären inte har ett driftställe i ett annat medlemsland kan ett insol-

vensförfarande inte inledas inom EU, vilket däremot hade kunnat vara möjligt enligt nationella svenska internationella domsrättsregler, som dock inte är tillämpliga när förordningen ska tillämpas.

Om insolvensförordningens domsrättsregler hade möjliggjort insolvensförfaranden i medlemsländer där gäldenären enbart har tillgångar eller fordringar skulle det dock sannolikt medföra att fler medlemsländers domstolar inom EU hade kunnat vara internationellt behöriga att inleda ett förfarande beträffande samma gäldenär samtidigt. Det torde nämligen vara mer vanligt att gäldenärer har tillgångar i andra länder än att gäldenären har driftställen i flera länder. Just eftersom det inte är möjligt att inleda förfaranden i andra länder än där gäldenären har platsen för sina huvudsakliga intressen eller ett driftställe verkar insolvensförordningen snarast syfta till att faktiskt begränsa antalet insolvensförfaranden som inleds samtidigt. Vad gäller självständiga territoriella förfaranden ställs det dessutom ytterligare krav än att gäldenären ska ha ett driftställe i landet för att en domstol ska vara internationellt behörig att inleda ett förfarande i förordningens art 3.4. När det gäller sekundärförfaranden har förvaltaren i huvudförfarandet också möjligheter att påverka om eller när ett sådant förfarande inleds. Dessa bestämmelser stärker intrycket av att förordningen ska förstås som ett regelverk som främst är baserat på universalitetsprincipen, det vill säga att det egentligen enbart ska inledas ett förfarande, huvudförfarandet, som ska få universella verkningar, även om förordningen ger ett visst utrymme för territoriella förfaranden.

Denna utveckling av den internationella domsrätten är dock enligt min mening något som bör bejakas, även om den också innebär en begränsning av möjligheterna att inleda insolvensförfaranden inom EU. Fördelen med insolvensförordningen, att den medför en harmonisering av den internationella domsrätten inom EU och rättslikhet inom EU, väger nämligen upp för nackdelen att det kanske inte längre är möjligt att inleda ett insolvensförfarande i ett visst land. Domsrättsreglerna förutsätter dock ett ömsesidigt förtroende mellan medlemsländerna, vilket, återigen, hade varit enklare att uppnå om medlemsländernas nationella insolvensrättsliga lagstiftningar överensstämde bättre med varandra. Då hade nämligen motiven att skydda lokala intressen genom lokala insolvensförfaranden sannolikt inte varit lika stora.

Insolvensförordningen innehåller dock en bestämmelse om att ett driftställe även ska anses finnas i det land där gäldenären hade ett driftställe inom en tremånadersperiod före ansökan om huvudförfarande, vilket utvidgar möjligheten att inleda sekundärförfaranden jämfört med enligt 2000 års insolvensförordning. Syftet med denna bestämmelse verkar dock främst vara att förhindra att det inte längre ska vara möjligt att inleda ett sekundärförfarande för att ett driftställe har avvecklats alldeles före eller efter ansökan om huvudförfarande. Det kan visserligen vara en naturlig följd av ett huvudförfarande att förvaltaren i huvudförfarandet avvecklar gäldenärens driftställen, men en sådan avveckling ska följaktligen åtminstone inte påverka huruvida det kan inledas ett sekundärförfarande i landet eller inte efter avvecklingen.

Enligt min mening utgör tillkomsten av tremånadersregeln i 2015 års insolvensförordning en betydlig förbättring av domsrättsreglerna. Bestämmelsen innebär nämligen att den som vill ansöka om ett sekundärförfarande inte längre måste skynda sig med att lämna in ansökan innan förvaltaren i huvudförfarandet eller gäldenären, i förekommande fall, hinner avveckla driftstället.

Tremånadersregeln innebär dock att det kan förekomma att ett sekundärförfarande inleds i en jurisdiktion där det inte längre är objektivt fastställbart för tredje man att gäldenären, vid tidpunkten för ansökan om sekundärförfarande, har ett driftställe. Beroende på när begäran om att inleda ett huvudförfarande gjordes kan det ha passerat en viss tid fram till dess att begäran om att inleda sekundärförfarandet görs och under denna tid kan det ha tillkommit borgenärer som inte är medvetna om att gäldenären hade ett driftställe i landet. Insolvensförordningen får dock förstås så att det inte är av någon avgörande betydelse att nya borgenärer inte kan förutse att sekundärförfarandet kan inledas i ett visst land vid tidpunkten för ansökan eftersom sekundärförfaranden just syftar till att skydda lokala intressen i det land där gäldenären har eller hade ett driftställe. Så länge driftstället var objektivt fastställbart för tredje man under tremånadersperioden är domstolarna i det landet internationellt behöriga att inleda sekundärförfarandet.

Tremånadersregeln förhindrar inte att ett driftställe som har etablerats efter det att huvudförfarandet begärdes avvecklas och att det

därigenom inte är möjligt att inleda ett sekundärförfarande i det landet. Det verkar dock inte särskilt troligt att verksamheter etableras i andra länder efter en ansökan om huvudförfarande. Det kan dock naturligtvis inte uteslutas, i synnerhet i fall då huvudförfarandet inte är ett likvidationsförfarande. Tremånadersregeln förhindrar inte heller en gäldenär från att avveckla ett driftställe och på så sätt utsläcka möjligheten att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande före tre månader innan begäran om huvudförfarande.

Om en gäldenär, eller i förekommande fall förvaltaren i huvudförfarandet, har avvecklat ett driftställe på så sätt att det inte är möjligt att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande, kan den åtgärden utgöra missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis. Detsamma gäller om det istället är en tillgång som har flyttats eller realiserats så att tillgången inte längre finns i det land där gäldenären har eller hade sitt driftställe. För att det ska röra sig om missbruk av EU-rätt krävs det dock att det kan fastställas att det huvudsakliga syftet bakom avvecklingen av driftstället respektive flytten eller realiseringen av tillgången var att just påverka det landets domstolars internationella behörighet att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande respektive vilka tillgångar förfarandet omfattar. Om så är fallet ska driftstället och tillgången bedömas som om avvecklingen, flytten eller realiseringen av tillgången inte har skett.

Eftersom det som nämnts kan vara en naturlig del av förvaltningen av gäldenärens egendom i huvudförfarandet att förvaltaren realiserar egendom eller avvecklar verksamhet kan det vara svårt att visa att en viss åtgärd har skett i huvudsakligt syfte att ett sekundärförfarande inte ska kunna inledas eller att vissa tillgångar inte ska omfattas av ett sekundärförfarande. Likaså kan det vara svårt att visa att gäldenärens objektivt fastställbara huvudsakliga syfte med att avveckla driftstället var att förhindra ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande eftersom det är naturligt att gäldenären avvecklar verksamhet i ekonomiskt svåra tider. Det kan dock inte uteslutas att det i ett enskilt fall faktiskt kan visas att insolvensförordningen har missbrukats.

Om gäldenären däremot flyttar eller realiserar en tillgång så att den inte längre finns vid driftstället verkar det dock mer troligt att det

skulle kunna visas att flytten objektivt sett har skett enbart för att påverka så att tillgången inte ska omfattas av ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande. Flytten eller realiseringen av tillgången skulle således kunna utgöra missbruk av EU-rätt i enlighet med EU-domstolens praxis. Så kan exempelvis vara fallet om det kan visas att gäldenären inte har någon användning av tillgången i det land dit tillgången har flyttats och att gäldenären gynnas av flytten på så sätt att tillgången undandras verkningarna av insolvensförfarandet. För att en flytt eller en realisering av en tillgång ska vara en åtgärd som utgör missbruk av EU-rätt krävs det dock i enlighet med min tolkning av EU-domstolens praxis att det kan visas att det inte fanns några andra objektivt fastställbara skäl bakom den aktuella åtgärden.

Förutom anknytningskravet i insolvensförordningen art 3.2 begränsas den internationella behörigheten att inleda ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande som nämnts även genom andra bestämmelser i insolvensförordningen. Beträffande självständiga territoriella förfaranden får ett sådant förfarande enbart inledas om begäran har gjorts av vissa behöriga personer eller ett huvudförfarande inte kan inledas i ett annat medlemsland där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns. När det gäller sekundärförfaranden saknas en sådan begränsning, men beträffande denna typ av förfaranden har förvaltaren i huvudförfarandet en viss makt att påverka om förfarandet inleds, att det eventuellt skjuts upp eller att det inleds som en annan typ av insolvensförfarande än det som den ursprungliga begäran avsåg. Ett sekundärförfarande ska dessutom samordnas med huvudförfarandet i enlighet med insolvensförordningen art 41-43. Dessa bestämmelser visar inte bara på att antalet sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden ska begränsas inom EU utan även på huvudförfarandets dominerande ställning över sekundärförfaranden respektive självständiga territoriella förfaranden.

Insolvensförordningen innehåller dock inga bestämmelser om rätten att väcka en talan mot beslutet att inleda ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande på grundval av internationell behörighet. Däremot innehåller förordningen bestämmelser om att medlemsländerna ska erkänna ett beslut i ett medlemsland om att inleda förfarandet. Domstolarna i övriga medlemsländer är följaktligen

förhindrade att själva pröva den första domstolens bedömning av sin egen internationella behörighet enligt insolvensförordningen art 3.

Det kan inte uteslutas att det finns brister i medlemsländernas lagstiftningar beträffande möjligheten att väcka talan mot beslutet att inleda ett sekundärförfarande eller ett självständigt territoriellt förfarande, åtminstone när det gäller utländska borgenärens möjlighet att väcka en sådan talan i praktiken. Det innebär att det är särskilt viktigt att nationella domstolar inte gör en lättvindig bedömning av sin internationella behörighet när de har att besluta om de ska inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande. Insolvensförordningens reglering om att inledandebeslutet ska erkännas baseras nämligen i enlighet med insolvensförordningens ingress på principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsländerna. En lättvindigt gjord och kanske dessutom felaktig bedömning av en nationell domstols internationella behörighet skulle därför kunna undergräva och i förlängningen skada detta ömsesidiga förtroende.

6 Utrymmet att styra var ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande kan inledas inom EU

6.1 En allmän målsättning att motverka motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk som inte följs upp av ett uttryckligt förbud

Gäldenärer kan ha driftställen i flera olika länder enligt art 3.2. Det innebär att det faktiskt kan vara möjligt för en behörig sökande att välja att begära att ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande inleds i det land där det passar sökanden bäst, förutsatt att gäldenären har driftställen i flera medlemsländer. Insolvensförordningens domsrättsregler ger således utrymme för *forum shopping* när det gäller sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden.

Insolvensförordningen innehåller inte heller något uttryckligt förbud mot att en gäldenär, eller i förekommande fall gäldenärens förvaltare i ett huvudförfarande, vidtar åtgärder, exempelvis etablerar, omlokaliserar eller avvecklar driftställen inom EU så att ett visst medlemslands domstolar blir behöriga att inleda, eller inte längre är behöriga att inleda, ett förfarande beträffande en viss vald del av gäldenärens egendom. Det saknas likaså förbud mot att dessa personer omlokaliserar eller realisera tillgångar i syfte att villkoren för var en tillgång ska finnas enligt art 2.9 och 3.2 ska uppfyllas i ett visst valt medlemsland. Insolvensförordningen förbjuder följaktligen inte aktörer, eller åtminstone inte uttryckligen, från att ägna sig åt rättsmissbruk.

Insolvensförordningens ingress innehåller dock uttalanden som talar för att förordningen trots detta inte ska tolkas så att *forum shopping* och rättsmissbruk är tillåtet. I ingresspunkt 5 uttalas, vilket även disku-

terades i kapitel 4, att insolvensförordningen syftar till att det undviks att parter motiveras att föra över tillgångar mellan medlemsländerna eller att parter väljer jurisdiktion för att få en mer förmånlig rättslig ställning till skada för borgenärskollektivet. Denna syftesbeskrivning får förstås så att ändamålet med insolvensförordningen är att *forum shopping* och rättsmissbruk ska motverkas, vilket även torde gälla beträffande självständiga territoriella förfaranden och sekundärförfaranden. Detta syfte gäller enligt uttalandet i ingresspunkten åtminstone i den utsträckning som *forum shopping* och rättsmissbruk innebär en nackdel för borgenärskollektivet. Om borgenärskollektivet däremot inte skadas av att domstolarna i ett medlemsland blir behöriga att inleda ett förfarande istället för domstolarna i ett annat medlemsland antyder uttalandet i ingresspunkten att det inte strider mot förordningens målsättningar att ägna sig åt *forum shopping* eller rättsmissbruk.

Även uttalandet i ingresspunkt 29, där det framgår att insolvensförordningen bör innehålla garantier för att undvika att *forum shopping* används i vad som beskrivs som bedrägligt syfte eller missbrukas, talar för en sådan tolkning av insolvensförordningen. Uttalandet återfinns i ingressen i samband med uttalanden om huvudförfaranden, men torde ändå förstås så att det även omfattar sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden. Denna ingresspunkt gör dock enligt sin ordalydelse ingen åtskillnad mellan *forum shopping* respektive rättsmissbruk som skadar eller inte skadar borgenärskollektivet. I ljuset av uttalandet i ingresspunkt 5 torde dock även ingresspunkt 29 förstås så att uttalandet just avser sådan typ av *forum shopping* och rättsmissbruk som sker till skada för borgenärskollektivet.

Uttalandena i ingresspunkt 5 och 29 följs dock inte upp av något uttryckligt förbud mot varken *forum shopping* eller rättsmissbruk i insolvensförordningen.⁷³⁹ Det framgår heller inte av ingresspunkterna att förordningen ska innehålla ett förbud utan snarare att förordningen just syftar till att motverka motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk till skada för borgenärskollektivet.

I ingresspunkt 40 framgår att sekundärförfaranden bland annat syftar till att skydda lokala intressen. Detta uttalande kan tala för att

⁷³⁹ Jfr Moss (2009) s 274 och Bork och Mangano (2016) s 91 ff.

insolvensförordningen ska förstås så att det faktiskt inte är önskvärt att förbjuda alla typer av *forum shopping*.⁷⁴⁰ Om gäldenären har ett driftställe i ett visst medlemsland kan uttalandet i ingresspunkten i själva verket förstås så att en sökande faktiskt i själva verket har rätt att begära att ett sekundärförfarande ska inledas där för att ta tillvara sina intressen i det landet, det vill säga sökanden har rätt till *forum shopping*.⁷⁴¹

I ingresspunkt 46 uttalas vidare att en förvaltare i ett huvudförfarande inte bör kunna omlokalisera tillgångar på ett oegentligt sätt i ett medlemsland där gäldenären har ett driftställe. Det gäller enligt uttalandet i ingresspunkten särskilt om det sker för att motverka möjligheterna att tillgodose lokala intressen genom att ett sekundärförfarande inleds i det landet. I ljuset av uttalandet i ingresspunkt 5 torde en omlokalisering vara oegentlig i den mening som avses i ingresspunkt 46 då den sker i syfte att förhindra att de aktuella tillgångarna kan omfattas av ett sekundärförfarande och att borgenärskollektivet eller lokala intressen i det land där förfarandet skulle kunna inledas kan skadas av detta. Inte heller uttalandet i ingresspunkt 46 följs dock upp av något uttryckligt förbud mot att förvaltaren i huvudförfarandet vidtar sådana typer av åtgärder.

Så länge medlemslänternas insolvensrättsliga lagstiftningar fortfarande skiljer sig åt lär det finnas kvar motiv hos aktörer att faktiskt ägna sig åt *forum shopping* och rättsmissbruk. Insolvensförordningens syfte, att motverka motiv till skadlig *forum shopping* och rättsmissbruk, kan därför knappast uppfyllas fullt ut utan en harmonisering av medlemslänternas materiella insolvensrätt alternativt genom ett uttryckligt förbud mot dessa typer av ageranden.

Insolvensförordningen innehåller dock även bestämmelser som betydligt begränsar eventuella motiv till, liksom det faktiska utrymmet för, såväl *forum shopping* som rättsmissbruk. På så sätt torde förordningens målsättning, att motverka sådana motiv, ändå kunna uppfyllas,

⁷⁴⁰ Jfr EUD mål C-327/13 Burgo Group p 36. Jfr Moss (2009) s 51 och Mellqvist (2002) s 113.

⁷⁴¹ Jfr insolvensförordningens ingresspunkt 40 och motsvarande uttalande i 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 12, 19 och EUD mål C-327/13 Burgo Group p 34-37. Jfr även Moss (2009) s 52 och s 274.

åtminstone i viss utsträckning. Bestämmelserna förhindrar dock inte motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk generellt.

Till att börja med regleras i art 3.2 att ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande endast får verkningar beträffande tillgångar i det land där förfarandet inleds. Eventuell *forum shopping*, eller rättsmissbruk i form av enbart en omlokalisering av ett driftställe, innebär således inte enbart ett val beträffande var ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande kan inledas. Det innebär följaktligen också ett val beträffande vilka av gäldenärens tillgångar som omfattas av förfarandet. Denna bestämmelse torde avsevärt begränsa motiven för både *forum shopping* och rättsmissbruk, om dessa åtgärder inte kompletteras med en omlokalisering av tillgångar.⁷⁴²

Insolvensförordningens bestämmelser i art 38, 46-47 och 51 kan också motverka motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk. Bestämmelserna reglerar nämligen huvudförfarandets dominerande ställning över ett sekundärförfarande. De innebär som nämnts i kapitel 5 bland annat att förvaltaren i huvudförfarandet kan begära att sekundärförfarandet omvandlas till en annan typ av insolvensförfarande enligt nationell rätt eller att sekundärförfarandet skjuts upp. En aktör torde typiskt sett vara mindre motiverad att försöka se till att ett visst sekundärförfarande inleds i ett visst medlemsland när huvudförfarandet har en sådan dominerande ställning över eventuella sekundärförfaranden.

Bestämmelsen i art 34, som innebär att den bedömning av gäldenärens insolvens som har gjorts i huvudförfarandet ska erkännas av den domstol som har att inleda sekundärförfarandet om huvudförfarandet förutsätter att gäldenären är insolvent, begränsar också utrymmet för *forum shopping* och rättsmissbruk. Detta gäller åtminstone för de fall en aktör ägnar sig åt *forum shopping* eller rättsmissbruk för att ett sekundärförfarande ska kunna inledas som just förutsätter att gäldenären inte är insolvent.

Vidare regleras i art 41-43 krav på samarbete och kommunikation mellan domstolar och förvaltare inom EU beträffande insolvensförfaranden rörande samma gäldenär. Bestämmelserna kan minska incita-

⁷⁴² Se Aasaru (2011) s 355.

ment till *forum shopping* och rättsmissbruk hos en aktör som har förhoppningar om att ett sekundärförfarande exempelvis ska hämma förvaltningen i huvudförfarandet. För att bestämmelserna ska fungera krävs det dock att det i praktiken också finns ett väl fungerande samarbete mellan medlemsländerna.⁷⁴³ Om något sådant saknas eller är bristfälligt mellan de medlemsländer som är inblandade i ett enskilt fall kan bestämmelserna knappast minska motiven till *forum shopping* och rättsmissbruk.

En annan bestämmelse i insolvensförordningen som kan begränsa eventuella motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk är bestämmelsen i art 45, som ger borgenärer rätt att anmäla fordringar i samtliga insolvensförfaranden som inleds enligt EU:s insolvensförordning. Det är dock inte helt enkelt att konstatera att denna bestämmelse helt förhindrar sådana motiv. Skälet för detta är att lagen i det land där förfarandet inleds ska tillämpas när det gäller att avgöra vilka fordringar som kan anmälas och hur detta ska ske, enligt art 7. Eventuella motiv kan följaktligen bero på vilket medlemslands lagstiftning som blir tillämplig.

Insolvensförordningens övriga lagvalsregler i art 8-18 kan också begränsa motiv till just *forum shopping*. Skälet för detta är att vissa typer av tillgångar, rättigheter och avtal ska regleras av ett visst medlemslands lag oavsett eventuell *forum shopping* enligt insolvensförordningen art 8-18.

Utöver dessa bestämmelser, som torde begränsa motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk, innehåller insolvensförordningen även bestämmelser som kan medföra betydande hinder mot dessa typer av åtgärder. Hindren utgör visserligen inte något formellt förbud, men försvårar *forum shopping* och rättsmissbruk och kan därför också på så sätt motverka att en gäldenär vidtar dessa åtgärder.

För det första ska gäldenärens driftställe fastställas utifrån en specifik tidpunkt, som är beroende av när sökanden väljer att lämna in ansökan om insolvensförfarande till en nationell domstol. Efter ansökan finns det följaktligen inte längre något utrymme att påverka var

⁷⁴³ Jfr uttalandet i insolvensförordningens ingresspunkt 48.

förfarandet inleds.⁷⁴⁴ Om driftstället exempelvis avvecklas efter denna tidpunkt ska driftstället ändå bedömas utifrån var det fanns vid denna tidpunkt. Detta innebär att det finns utrymme för rättsmissbruk och *forum shopping* enbart under tiden innan ansökan om att inleda ett förfarande har gjorts.

Vidare ska gäldenärens driftställe även anses vara i det medlemsland där gäldenären hade ett driftställe inom en tremånadersperiod före ansökan om huvudförfarande enligt insolvensförordningen art 2.10. Det är följaktligen inte möjligt att avveckla ett driftställe i syfte att förhindra att ett sekundärförfarande ska kunna inledas i det landet där driftstället fanns om driftstället fanns i landet inom tre månader före ansökan om huvudförfarande.

Tremånadersregeln förhindrar dock inte att ett driftställe avvecklas innan denna tremånadersperiod i syfte att det inte längre ska vara möjligt att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande i det landet enligt art 3.2. I ett sådant fall skulle dock EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt kunna aktualiseras. Om ett driftställe har avvecklats enbart för att anknytningskravet i art 3.2 inte längre ska uppfyllas i landet och det inte finns några andra objektivt fastställbara motiv bakom avvecklingen, kan den nämligen utgöra ett missbruk av EU-rätt. I så fall ska den nationella domstolen som har att bedöma om den ska inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande bortse från att driftstället har avvecklats. Som konstaterades i kapitel fem är det dock inte särskilt anmärkningsvärt att en gäldenär avvecklar verksamhet när gäldenären är eller är på väg att bli insolvent, vilket innebär att det ofta torde finnas andra objektivt fastställbara motiv bakom en avveckling än att uppfylla villkoren enligt art 3.2. Det kan följaktligen vara problematiskt att konstatera att missbruk av EU-rätt har förekommit i dessa fall i den mening som avses i EU-domstolens praxis, men det kan dock heller inte uteslutas. EU-domstolens praxis innebär således ett visst hinder mot att gäldenärens driftställe avvecklas då avvecklingen sker enbart i syfte att uppfylla villkoren i art 3.2.

⁷⁴⁴ Jfr Moss (2009) s 273-274.

Tremånadersregeln förhindrar dock inte heller att ett driftställe etableras i ett visst medlemsland före ansökan om sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande i syfte att det ska vara möjligt att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande i det landet. Denna situation verkar dock inte heller särskilt sannolik eftersom en gäldenär normalt inte torde vara motiverad att etablera ny verksamhet när gäldenären står inför ekonomiska svårigheter.

Vidare bör det också tilläggas att den nyss nämnda tremånadersregeln faktiskt också ger ett visst utrymme för *forum shopping*. I 2000 års insolvensförordning finns inte denna reglering. Där gäller istället att driftstället måste finnas i landet vid tidpunkten för ansökan om sekundärförfarande för att domstolarna där ska vara internationellt behöriga att inleda förfarandet. Jämfört med 2000 års insolvensförordning är det följaktligen möjligt att fler medlemsländers domstolar kan vara internationellt behöriga att inleda ett sekundärförfarande enligt 2015 års insolvensförordning, vilket också möjliggör *forum shopping* i högre utsträckning enligt den reviderade förordningen.

Även anknytningskravet driftställe i art 3.2 i sig innebär ett hinder mot både *forum shopping* och rättsmissbruk. Skälet för detta är att det krävs att gäldenären har eller etablerar en ekonomisk verksamhet med materiella och personella resurser i ett medlemsland för att gäldenären ska ha ett driftställe i landet.⁷⁴⁵ Eftersom det krävs en viss organisation och verksamhet i landet som gäldenärer kanske sällan har i flertalet länder inom EU, begränsas också utrymmet för *forum shopping*. Anknytningskravet innebär också att en aktör som vill ägna sig åt rättsmissbruk följaktligen behöver lägga viss tid på att etablera, eller avveckla, en sådan ekonomisk verksamhet.

Det kan möjligen ifrågasättas om en verksamhet som precis har etablerats i ett land verkligen har sådan stabilitet som krävs för att utgöra ett driftställe. EU-domstolen har dock uttalat att om verksamheten objektivt sett i tredje mans ögon har viss stabilitet utgör den plats där verksamheten bedrivs ett driftställe, förutsatt att övriga kriterier är uppfyllda. Gäldenärens egen avsikt med verksamheten får knappast någon betydelse vid bedömningen av om gäldenären har ett

⁷⁴⁵ Jfr Engsig Sorensen (2015) s 85 ff.

driftställe i landet.⁷⁴⁶ Så länge sökanden kan visa att gäldenären har, eller har haft, ett driftställe i medlemslandet är således en nationell domstol där behörig att inleda ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande, även om driftstället etablerades nyligen.

Om det däremot kan visas att gäldenären har etablerat sig i ett visst medlemsland men inte bedriver någon verklig ekonomisk verksamhet där kan etableringen knappast utgöra ett driftställe i insolvensförordningens mening.⁷⁴⁷ Det måste nämligen röra sig om en verksamhetsplats där gäldenären faktiskt bedriver eller i förekommande fall har bedrivit ekonomisk verksamhet på ett sätt som är objektivt fastställbart för tredje man. Anknytningskravet *driftställe* ger således inget utrymme för en helt artificiell etablering, vilket också begränsar utrymmet för *forum shopping* och rättsmissbruk.

En annan betydande begränsning av utrymmet för åtminstone gäldenärer att ägna sig åt *forum shopping* följer av insolvensförordningen art 36, som reglerar möjligheten för en förvaltare i ett huvudförfarande att göra ett åtagande för att förhindra att det inleds ett sekundärförfarande. Ett åtagande kan nämligen innebära att domstolarna i det land där gäldenären har sitt driftställe är förhindrade att inleda ett sekundärförfarande, vilket följaktligen också förhindrar en eventuell sökandes begäran att ett sekundärförfarande ska inledas i det landet. Bestämmelsen ger dock förvaltare i huvudförfarandet och gäldenärens lokala borgenärer ett utrymme till *forum shopping*. Dessa aktörer har nämligen en möjlighet att just förhindra att ett sekundärförfarande inleds i ett visst medlemsland och därigenom ett vidare utrymme för just *forum shopping*. Bestämmelsen har dock ännu inte prövats i praxis och det är inte säkert i vilken utsträckning eller i vilka typer av fall den kommer att tillämpas.

Eftersom det enbart är de tillgångar som finns i ett visst medlemsland som omfattas av ett eventuellt sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande kan en aktör som vill ägna sig åt rättsmissbruk även behöva se till att gäldenärens tillgångar flyttas om aktö-

⁷⁴⁶ Se förklaranderapporten p 71. Jfr Moss (2009) s 53.

⁷⁴⁷ Jfr Moss (2009) s 274.

ren vill att de ska omfattas, eller inte omfattas, av förfarandet.⁷⁴⁸ I insolvensförordningen art 2.9 framgår var en tillgång ska anses finnas och villkoren i denna bestämmelse måste följaktligen uppfyllas för att en tillgång ska anses finnas i ett valt land och omfattas av ett förfarande där. Denna bestämmelse innebär både ett hinder mot rättsmissbruk, eftersom den ställer krav för att en tillgång ska omfattas av ett insolvensförfarande, men också en viss förenkling av rättsmissbruk då den tydliggör vad som krävs för att en tillgång ska finnas i ett visst land. Om medlemsländerna istället hade tillämpat egna nationella bestämmelser för att fastställa var en tillgång finns hade det också kunnat försvåra rättsmissbruk, särskilt om olika medlemsländer hade reglerat detta på olika sätt.

Vad gäller en eventuell flytt av en tillgång ska också sägas att det faktum att en viss tillgång omfattas av verkningarna av ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande inte alltid behöver påverka vilket medlemslands lag som ska tillämpas beträffande tillgången. Tillämplig lag kan nämligen bestämmas på annat sätt enligt insolvensförordningen art 8-18, vilket kan minska motiv till en omlokalisering av en tillgång i den utsträckning denna åtgärd sker för att just påverka tillämplig lag.

Dessutom begränsar även EU-domstolens praxis utrymmet för rättsmissbruk genom en omlokalisering eller realisering av en tillgång. Om detta har skett enbart för att villkoren för var tillgången ska anses finnas i insolvensförordningen art 2.9 ska vara uppfyllda så att tillgången ska, eller inte ska, omfattas av ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande enligt art 3.2, innebär nämligen EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt att en nationell domstol kan bortse från omlokaliseringen eller realiseringen av tillgången. Detta förutsätter dock att det inte kan fastställas några andra motiv bakom den aktuella realiseringen eller omlokaliseringen av tillgången. Domstolens praxis innebär dock ett betydande hinder mot sådan typ av missbruk av art 3.2 genom art 2.9.

I övrigt finns det dock inget förbud enligt insolvensförordningen mot att tillgångar flyttas mellan medlemsländer eller realiserar i syfte

⁷⁴⁸ Jfr Moss (2009) s 278.

att påverka var tillgången ska anses finnas enligt art 2.9 och därigenom påverka vilket förfarande som tillgångarna omfattas av.⁷⁴⁹ Tillgångar ska dock bedömas utifrån den tidpunkt då sekundärförfarandet respektive det självständiga territoriella förfarandet inleds. Detta krav begränsar följaktligen också utrymmet att flytta tillgångar tidsmässigt.⁷⁵⁰ Den nationella domstolen ska nämligen bortse från en flytt av en tillgång som sker efter det att förfarandet har inletts. Det finns följaktligen enbart utrymme för rättsmissbruk vid tiden före beslutet om att inleda ett sekundärförfarande respektive ett självständigt territoriellt förfarande.

Även om insolvensförordningen saknar ett uttryckligt förbud mot *forum shopping* eller rättsmissbruk innebär insolvensförordningens regelverk följaktligen att det ändå finns betydande hinder som begränsar utrymmet för en aktör att agera på detta sätt. Bestämmelserna i insolvensförordningen begränsar motiven att ägna sig åt *forum shopping* eller rättsmissbruk. Insolvensförordningens målsättning, så som det står uttalat i ingresspunkt 5 och 29, får följaktligen anses uppfyllt i viss utsträckning, även om det som nämnts alltid lär finnas motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk så länge de materiella insolvensrättsliga regelverken fortfarande skiljer sig åt.

Ett sekundärförfarande kan dock även ge ett visst skydd för lokala intressen mot eventuellt *forum shopping* eller rättsmissbruk som har skett beträffande ett huvudförfarande.⁷⁵¹ Om gäldenären exempelvis har flyttat platsen för sina huvudsakliga intressen till ett nytt medlemsland men fortfarande har kvar ett driftställe i ursprungslandet är det nämligen möjligt att inleda ett sekundärförfarande i det landet. Sekundärförfarandet får dock enbart verkningar beträffande tillgångar som finns i det aktuella medlemslandet, vilket naturligtvis begränsar det skydd för lokala intressen som uppnås genom det förfarandet.

⁷⁴⁹ Jfr Mellqvist (2002) s 223-224.

⁷⁵⁰ EUD mål C-649/13 Comité d'entreprise de Nortel Networks m.fl. p 48, 53.

⁷⁵¹ Se Aasaru (2011) samt Enriques och Gelter (2006) s 443.

6.2 Gälldenärens utrymme att styra var ett insolvensförfarande kan inledas

Vilket utrymme som en gälldenär har att ägna sig åt *forum shopping* och rättsmissbruk enligt insolvensförordningen framgår egentligen indirekt av avsnittet ovan. En gälldenär kan som nämnts ha driftställen i flera medlemsländer enligt förordningens art 3.2, vilket innebär att domstolar i olika medlemsländer kan vara internationellt behöriga att inleda ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande samtidigt. Gälldenären kan följaktligen då välja vilket av dessa medlemsländers domstolar som gälldenären vill lämna in sin ansökan om att ett förfarande ska inledas till, inklusive det medlemslands domstolar där gälldenären i förekommande fall hade ett driftställe inom tre månader före ansökan om huvudförfarande. Insolvensförordningen art 3.2 innehåller inget förbud mot att en sökande gör ett sådant val i samband med en ansökan om insolvensförfarande och en nationell domstol kan svårligen avvisa ansökan enbart på den grunden att ansökan har föregåtts av *forum shopping*.⁷⁵²

Beträffande självständiga territoriella förfaranden kan det dock förekomma att gälldenären inte är behörig att ansöka om att ett sådant förfarande ska inledas, enligt insolvensförordningen art 3.4. Denna bestämmelse kan följaktligen innebära ett hinder mot *forum shopping* för gälldenären. När det gäller sekundärförfaranden kan förvaltaren i huvudförfarandet ha gjort ett åtagande enligt insolvensförordningen art 36, som i så fall kan förhindra att ett sekundärförfarande kan inledas i det land som åtagandet avser och därigenom gälldenärens faktiska utrymme att ägna sig åt *forum shopping*.

Gälldenären har dock även ett visst utrymme att ägna sig åt rättsmissbruk i enlighet med insolvensförordningens domsrättsregler. Exempelvis hindrar insolvensförordningen art 3 inte en gälldenär, som fortfarande har rådighet över sina tillgångar och verksamhet, från att avveckla ett driftställe tre månader före en eventuell ansökan om huvudförfarande, alternativt i förekommande fall, avveckla ett driftställe

⁷⁵² Jfr insolvensförordningens ingresspunkt 29. Jfr även Förslag till avgörande av generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer föredraget den 16 oktober 2008 i EUD mål C-339/07 Seagon vid not 49. Jfr även EUD mål C-255/02 Halifax p 73.

som har etablerats i ett medlemsland efter ansökan om huvudförfarande, för att på så sätt förhindra att ett sekundärförfarande ska kunna inledas i det landet.

Likaså innehåller art 3 inget hinder mot att en gäldenär avvecklar ett driftställe i ett medlemsland före ansökan om självständigt territoriellt förfarande för att förhindra att ett sådant insolvensförfarande inleds i det landet. En gäldenär kan dessutom välja att etablera ett driftställe i ett visst medlemsland för att det ska vara möjligt att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande i det landet, även om det är svårt att tänka sig varför en gäldenär skulle vara motiverad att göra det. Likaså hindrar insolvensförordningen art 3 en gäldenär från att omlokalisera eller realisera en tillgång så att den inte längre finns i ett visst medlemsland i syfte att den ska, eller inte ska, omfattas av ett visst sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande i det eller ett annat medlemsland.

Även om insolvensförordningen inte uttryckligen hindrar dessa typer av åtgärder innebär dock EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt ett visst hinder. EU-domstolens praxis måste nämligen förstås så att gäldenären inte helt enkelt kan avveckla ett driftställe eller omlokalisera eller realisera en viss tillgång så att den ska finnas i ett visst medlemsland enligt art 2.9 enbart för att uppfylla villkoren enligt bestämmelsen. Det måste även finnas andra objektivt fastställbara motiv med avvecklingen av driftstället eller omlokaliseringen respektive realiseringen av tillgången än att just uppfylla anknytningskraven. Det kan dock finnas anledningar att avveckla gäldenärens driftställen i samband med gäldenärens insolvens. En avveckling kan nämligen vara en naturlig konsekvens av gäldenärens ekonomiska situation. Det kan därför vara svårt att visa att det inte fanns andra skäl bakom en avveckling än att just anknytningskravet enligt art 3.2 inte längre ska vara uppfyllt i landet. Detta innebär att en gäldenär ändå har ett betydande utrymme att ägna sig åt rättsmissbruk genom att avveckla ett driftställe, men utrymmet är dock följaktligen begränsat på så sätt att det endast är möjligt i den utsträckning det inte kan visas att det är objektivt fastställbart att det inte fanns några andra motiv med en avveckling än att just uppfylla villkoren enligt art 3.2.

När det däremot gäller en omlokalisering eller realisering av en tillgång i syfte att den inte ska omfattas av ett sekundärförfarande eller

självständigt territoriellt förfarande är det desto mer sannolikt att villkoren för missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis ska vara uppfyllda. Gälldenärens insolvenssituation motiverar nämligen inte i sig att gälldenären flyttar tillgångar mellan medlemsländer. Det får dock ändå konstateras att gälldenären faktiskt kan ägna sig åt rättsmissbruk i form av att gälldenären omlokaliserar eller realiserar tillgångar. Detta är nämligen möjligt så länge det kan fastställas att det även finns andra objektiva fastställbara skäl bakom omlokaliseringen eller realiseringen av tillgången än att just uppfylla villkoren enligt art 2.9.

6.3 Borgenärens utrymme att styra var ett insolvensförfarande kan inledas

Gälldenärens borgenärer, eller snarare vissa av borgenärerna, har ett något större utrymme än gälldenären att ägna sig åt *forum shopping* enligt insolvensförordningen art 3. När det gäller självständiga territoriella förfaranden är nämligen enligt art 3.4 de borgenärer som har en fordran på gälldenären som har uppkommit i samband med eller till följd av verksamheten vid det aktuella driftstället behöriga att begära att ett självständigt territoriellt förfarande ska inledas. Dessa borgenärer kan då vara behöriga att begära att detta förfarande ska inledas enligt insolvensförordningen art 3.4 samtidigt som gälldenären inte är behörig att göra en sådan ansökan. Denna situation kan dock enbart uppkomma då det är möjligt att ansöka om ett huvudförfarande i det land där platsen för gälldenärens huvudsakliga intressen finns. Gälldenären är följaktligen inte förhindrad att ansöka om ett insolvensförfarande utan enbart just att begära att ett självständigt territoriellt förfarande ska inledas där gälldenären har ett driftställe.⁷⁵³ Borgenären kan då däremot, till skillnad från gälldenären, välja om borgenären vill begära att ett självständigt territoriellt förfarande ska inledas i det land där gälldenären har detta driftställe eller begära att ett huvudförfarande inleds i det andra landet, där platsen för gälldenärens huvudsakliga intressen finns.

⁷⁵³ Det framgår också av ingresspunkt 37 att självständiga territoriella förfaranden endast bör inledas i den utsträckning som det är absolut nödvändigt. Jfr även motsvarande formulering i 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 17.

Gäldenärens lokala borgenärer i det land där gäldenären har ett driftställe kan dessutom ägna sig åt *forum shopping* genom att i förekommande fall välja att anta eller att inte anta ett åtagande från förvaltaren i huvudförfarandet enligt insolvensförordningen art 36. Lokala borgenärer definieras i art 2.11 på samma sätt som de borgenärer som är behöriga att begära ett självständigt territoriellt förfarande i art 3.4, nämligen så som borgenärer vars fordringar har uppkommit till följd av eller i samband med gäldenärens verksamhet vid driftstället. Om dessa borgenärer godkänner åtagandet kan domstolarna i det medlemsland som åtagandet avser bli förhindrade att inleda ett sekundärförfarande. På så sätt har följaktligen dessa borgenärer ett större utrymme att ägna sig åt *forum shopping* än det som gäldenären har.

EU-domstolen har uttalat att när ett huvudförfarande har inletts i ett annat land än det där gäldenärens säte är beläget kan gäldenärens borgenärer i säteslandet ha berättigade förväntningar att kunna utkräva sin rätt till viss egendom i säteslandet enligt nationella regler i det landet om det finns ett driftställe där.⁷⁵⁴ Detta uttalande rör visserligen ett mycket specifikt fall där gäldenären hade platsen för sina huvudsakliga intressen i ett annat medlemsland än det där sätet var beläget. Det är dock tydligt att domstolen menar att borgenärer inte bara kan ha en möjlighet att ansöka om ett sekundärförfarande, de har även en välgrundad rätt att faktiskt ägna sig åt *forum shopping* genom att välja att ansöka om ett sekundärförfarande i det land där gäldenären har ett driftställe för att skydda sina intressen i det landet.⁷⁵⁵

Det kan dock också vara så att ett sekundärförfarande kan hämma en effektiv förvaltning av den egendom som förfarandet avser.⁷⁵⁶ Moss beskriver exempelvis att borgenärer som inte vill omfattas av ett huvudförfarande som är ett rekonstruktionsförfarande skulle kunna underminera huvudförfarandet genom att ansöka om att ett

⁷⁵⁴ Se EUD mål C-327/13 Burgo Group p 36-37.

⁷⁵⁵ Jfr Moss (2009) s 278.

⁷⁵⁶ Insolvensförordningens ingresspunkt 41. Jfr 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 20. Jfr även Mellqvist (2002) s 124, 128-129.

sekundärförfarande, i form av en konkurs eller liknande, inleds i ett land där gäldenären har ett driftställe.⁷⁵⁷

Insolvensförordningen innehåller dock som nämnts en del skydd för huvudförfarandet i ett sådant fall. Exempelvis kan en förvaltare göra ett åtagande för att ett sekundärförfarande inte ska inledas eller ansöka om att sekundärförfarandet skjuts upp tillfälligt enligt art 38.3. Insolvensförordningens bestämmelser om samordning mellan ett huvudförfarande och sekundärförfaranden innebär visserligen inte någon begränsning i utrymmet för *forum shopping*, men de innebär att en eventuell underminering av ett huvudförfarande genom att ett sekundärförfarande inleds kan förhindras.⁷⁵⁸ Förvaltaren i huvudförfarandet kan exempelvis enligt art 51 begära att en domstol i det medlemsland där ett sekundärförfarande har inletts omvandlar sekundärförfarandet till en annan typ av förfarande som ingår i insolvensförordningen bilaga A. Då kan exempelvis en konkurs i Moss exempel omvandlas till ett rekonstruktionsförfarande som bättre överensstämmer med huvudförfarandet. Insolvensförordningen innehåller på så sätt betydande hinder mot att en borgenär ägnar sig åt *forum shopping* för att underminera eller hämma ett huvudförfarande, men dessa regler förutsätter dock som nämnts ett gott samarbete mellan förvaltare och domstolar i medlemsländerna.

När det däremot gäller borgenärens utrymme att vidta åtgärder för att påverka vilket medlemslands domstolar som blir behöriga att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande eller vilka tillgångar detta förfarande omfattar är utrymmet begränsat på samma sätt som vad gäller huvudförfaranden. En borgenär som vill ägna sig åt rättsmissbruk måste nämligen komma överens med gäldenären, eller i förekommande fall med förvaltaren i huvudförfarandet, så att någon av dessa aktörer väljer att etablera eller avveckla ett driftställe respektive omlokalisera eller realisera en tillgång.⁷⁵⁹ Det kan na-

⁷⁵⁷ Se Moss (2009) s 51. Se även Mellqvist (2002) s 124, 128-129, Van Calster (2016) s 751 och Ringe (2016) s 162.

⁷⁵⁸ Jfr insolvensförordningen 40-52 samt ingresspunkt 23 och 48-62. Jfr Mellqvist (2002) s 224.

⁷⁵⁹ Det skulle möjligen kunna förekomma att en borgenär som har gäldenärens egendom i sin besittning kan försöka flytta egendomen till ett annat medlemsland för att den ska omfattas av ett förfarande i det landet. De rättsliga verkningarna av en sådan

turligtvis inte uteslutas att borgenärer ingår avtal med gäldenärer med detta syfte, i synnerhet som det redan verkar förekomma beträffande huvudförfaranden.

6.4 Förvaltares utrymme att styra var ett insolvensförfarande kan inledas

Förvaltaren i ett huvudförfarande kan inte påverka var ett självständigt territoriellt förfarande inleds eller kan inledas. Skälet för detta är helt enkelt att huvudförfarandet ännu inte har inletts när begäran om självständigt territoriellt förfarande görs. När huvudförfarandet inleds ska det självständiga territoriella förfarandet omvandlas till ett sekundärförfarande.⁷⁶⁰

När det däremot gäller sekundärförfaranden framgår det redan av uttalandet i ingresspunkt 40 att förvaltaren i huvudförfarandet kan begära att ett sådant förfarande ska inledas om det krävs för en effektiv förvaltning av gäldenärens egendom.⁷⁶¹ Detta uttalande ligger i linje med uttalandet i ingresspunkt 2, där det just framgår att insolvensförordningen syftar till att leda till smidigare och mer effektiva förfaranden inom EU. Det innebär dock också ett slags indirekt erkännande av att *forum shopping* kan främja just en effektiv förvaltning av gäldenärens egendom.⁷⁶²

Förvaltaren i huvudförfarandet kan följaktligen ägna sig åt *forum shopping* beträffande sekundärförfaranden. Det lär dock normalt inte direkt ske i förvaltarens egna personliga intresse utan just för att det

omlokalisering kan dock bero på tillämplig lag, jfr insolvensförordningen art 8. En sådan åtgärd skulle dessutom eventuellt kunna utgöra missbruk av EU-rätt i enlighet med EU-domstolens praxis.

⁷⁶⁰ Jfr insolvensförordningen art 3.3.

⁷⁶¹ Jfr Förslag till avgörande av generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer föredraget den 16 oktober 2008 i EUD mål C-339/07 Seagon vid not 49 samt Förslag till avgörande av generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer föredraget den 6 september 2005 i EUD mål C-1/04 p 70-77.

⁷⁶² Se uttalandet i 2015 års insolvensförordnings ingresspunkt 3. Jfr uttalandet i 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 2. Jfr även Mellqvist (2002) s 113.

ska gynna en effektiv förvaltning.⁷⁶³ När det exempelvis gäller ett huvudförfarande i form av en svensk konkurs framgår det av konkurslagen 7 kap. 8 § att det åligger förvaltaren att ta till vara borgenärernas gemensamma rätt och bästa samt att vidta alla de åtgärder som främjar en förmånlig och snabb avveckling av konkursboet.⁷⁶⁴ Detta skulle också kunna inkludera att begära att ett sekundärförfarande ska inledas i ett medlemsland där gäldenären har ett driftställe.

Det kan naturligtvis diskuteras om det alls rör sig om *forum shopping* om en förvaltare agerar på detta sätt och det inte sker för att förvaltaren själv ska få en mer förmånlig rättslig ställning. Alldeles utan att gå in på denna problematik kan det dock konstateras att det inte finns något uttryckligt hinder i insolvensförordningen mot att en förvaltare just väljer att begära att ett sekundärförfarande ska inledas, oavsett förvaltarens motiv. Uttalandet i ingresspunkt 40 innebär inget förbud mot att förvaltare ansöker om att ett sekundärförfarande ska inledas av andra skäl än för att det skulle bidra till en effektiv förvaltning av gäldenärens egendom. Det kan dock finnas sådana hinder enligt lagen i det land där huvudförfarandet har inletts som torde bli tillämplig i denna fråga.

Förvaltaren i huvudförfarandet kan dock även välja att förhindra att ett sekundärförfarande inleds, exempelvis för att förvaltaren anser att det förfarandet skulle hämma en effektiv förvaltning av den egendom som förfarandet avser.⁷⁶⁵ Förvaltaren kan göra ett åtagande enligt art 36 som förhindrar ett sekundärförfarande i det land som åtagandet avser, men det förutsätter givetvis att lokala borgenärer godtar åtagandet. Förvaltaren kan dessutom påverka ett sekundärförfarande genom att som nämnts exempelvis begära att det skjuts upp eller ändras till en annan typ av nationellt insolvensförfarande enligt art 38 och 51.⁷⁶⁶

⁷⁶³ Jfr uttalandet i 2015 års insolvensförordnings ingresspunkt 40 och motsvarande uttalande i 2000 års insolvensförordnings ingresspunkt 19. Beträffande förvaltarens skadeståndsansvar se konkurslagen 17 kap. 1 §. Jfr även NJA 1996 s. 700, NJA 2006 s. 420 samt Heuman (2014) s 261 f.

⁷⁶⁴ Jfr även konkurslagen 7 kap. 12 §. Se även Heuman (2014) s 252 ff och s 261 f.

⁷⁶⁵ Jfr uttalandet i insolvensförordningens ingresspunkt 41.

⁷⁶⁶ Jfr även insolvensförordningen art 41-43 och 46-47.

Förvaltaren i huvudförfarandet kan däremot inte förhindra att ett sekundärförfarande inleds genom att avveckla gäldenärens driftställe i det aktuella landet om driftstället fanns där före det att huvudförfarandet inleddes. Skälet för detta är just som nämnts att ett driftställe även anses vara i det medlemsland där gäldenären hade ett driftställe inom en tremånadersperiod före ansökan om huvudförfarande.

Förvaltaren skulle dock kunna förhindra att ett sekundärförfarande inleds genom att avveckla ett driftställe som har etablerats i ett medlemsland efter ansökan om huvudförfarande, men före begäran om sekundärförfarande. Om det kan visas att skälet till denna avveckling var att just förhindra att ett sekundärförfarande inleds i det landet kan avvecklingen dock innebära missbruk av EU-rätt enligt vad som följer av EU-domstolens praxis. Det torde dock normalt kunna visas att det också kan finnas andra skäl till att en förvaltare i ett huvudförfarande avvecklar gäldenärens verksamhet i andra länder, nämligen att det är en normal följd av huvudförfarandet. Det innebär att det sällan kan röra sig om missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis när en förvaltare har avvecklat ett driftställe på detta sätt. Förvaltaren torde därför ha ett betydande utrymme att agera på detta sätt.

En förvaltare i huvudförfarandet skulle teoretiskt sett, och i den utsträckning förvaltaren är behörig enligt nationell rätt, även kunna etablera ett driftställe i ett visst land för att det ska vara möjligt att inleda ett sekundärförfarande i det landet. Även om det inte verkar vara en särskilt realistisk situation att en förvaltare etablerar verksamheter i andra medlemsländer kan det naturligtvis inte uteslutas att en förvaltare vidtar en sådan åtgärd för att främja en effektiv förvaltning av gäldenärens egendom beroende på vilken typ av insolvensförfarande som huvudförfarandet utgör.

Förvaltaren i huvudförfarandet skulle även, i den utsträckning som förvaltaren är behörig att göra detta enligt nationell rätt, kunna realisera eller omlokalisera gäldenärens tillgångar på så sätt att de anses vara i ett visst land enligt insolvensförordningen art 2.9 före det att ett sekundärförfarande inleds.⁷⁶⁷ Motivet bakom en sådan omlokalisering eller realisation kan vara att undvika att tillgången ska omfattas av

⁷⁶⁷ Jfr insolvensförordningen art 38.3.

verkningarna av ett sekundärförfarande som inleds i det land där tillgången fanns före flytten eller realiseringen. Det framgår dock som nämnts av uttalandet i ingresspunkt 46 att en förvaltare inte ”bör” agera på detta sätt om omlokaliseringen eller realisationen är ”oegentlig”.

Det behöver dock inte nödvändigtvis finnas något otillbörligt motiv bakom att en förvaltare omlokaliserar eller realiserar gäldenärens tillgångar. Det kan helt enkelt ha skett som ett naturligt led i huvudförfarandet, nämligen att gäldenärens tillgångar just ska realiseras, och att detta råkar innebära att tillgången efter åtgärden finns i ett nytt medlemsland.⁷⁶⁸

Om det däremot kan fastställas att omlokaliseringen eller realisationen av tillgången just har skett i syfte att tillgången inte ska omfattas av ett sekundärförfarande i det land där tillgången fanns kan flytten vara ”oegentlig” i enlighet med uttalandet i ingresspunkt 46. Det torde då också krävas att flytten innebär att lokala intressen inte kan tillgodoses genom ett sekundärförfarande i det landet. Insolvensförordningen innehåller dock inte något uttryckligt förbud eller hinder mot att tillgångar omlokaliseras eller realiseras på detta sätt.

Om en sådan åtgärd uppfyller villkoren för att utgöra missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis kan den dock ändå vara förbjuden. För att åtgärden ska utgöra missbruk av EU-rätt krävs det dock att det inte finns några andra objektivt fastställbara skäl för flytten. Eftersom det som nämnts kan vara en naturlig konsekvens av själva huvudförfarandet att tillgångar omlokaliseras eller realiseras kan det följaktligen vara mycket svårt att visa att det inte fanns några andra syften med åtgärden än att uppfylla villkoren enligt art 2.9 och 3.2. Detta gäller även om förvaltarens subjektiva syfte faktiskt just var att påverka vilka tillgångar som omfattas av huvudförfarandet eller sekundärförfarandet. Kort sagt verkar det inte troligt att villkoren för missbruk av EU-rätt uppfylls, varför förvaltaren i huvudförfarandet helt enkelt verkar ha ett betydande utrymme att ägna sig åt sådana

⁷⁶⁸ Jfr Heuman (2014) s 252 ff.

typer av transaktioner.⁷⁶⁹ Förvaltarens behörighet att omlokalisera eller realisera tillgångar kan dock naturligtvis även vara begränsade enligt det landets lag som är tillämplig beträffande förfarandet och förvaltarens motiv att ägna sig åt sådana transaktioner kan vara begränsade inte minst genom eventuell skadeståndsskyldighet gentemot borgenärer.⁷⁷⁰

När det däremot gäller en förvaltare i ett sekundärförfarande eller ett självständigt territoriellt förfarande har denna knappast något utrymme att påverka var förfarandet inleds eftersom förvaltaren utses just i samband med att förfarandet inleds. Det finns följaktligen ett tidsmässigt hinder mot *forum shopping* och rättsmissbruk. Likaså torde en sådan förvaltare i princip inte ha någon möjlighet att påverka var ett annat sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande inleds eller vilka tillgångar som omfattas av vilket förfarande inom EU eftersom verkningarna av sekundärförfarandet respektive det självständiga territoriella förfarandet är begränsade till gäldenärens tillgångar i det land där förfarandet inleds. Förvaltare i ett sekundärförfarande eller ett självständigt territoriellt förfarande har således inget utrymme att påverka var ett insolvensförfarande inleds vilka tillgångar som omfattas av förfarandet, alldeles bortsett från frågan om de alls kan ha motiv att ägna sig åt dessa typer av åtgärder.

6.5 Sammanfattande kommentar

Själva anknytningskravet i insolvensförordningen art 3.2 utgör det främsta hindret i insolvensförordningen mot *forum shopping* och rättsmissbruk rörande domsrätten för sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden. Anknytningskravet innebär nämligen att gäldenären faktiskt måste ha driftställen, det vill säga bedriva ekonomisk verksamhet, i flera medlemsländer för att det alls ska vara möjligt att begära att dessa typer av förfaranden ska inledas i ett visst medlemsland istället för i ett annat medlemsland. Om gäldenären inte har

⁷⁶⁹ Även utrymmet för återvinning i dessa situationer verkar åtminstone enligt svensk rätt begränsade, jfr konkurslagen 4 kap och förutsättningarna för återvinning. Jfr även Persson (2010) s 267 ff och Lennander (2013).

⁷⁷⁰ Jfr exempelvis konkurslagen 17 kap. 1 §. Se Heuman (2014) s 261-262.

ett driftställe i ett visst medlemsland och gäldenären, eller i förekommande fall gäldenärens förvaltare i huvudförfarandet, vill att domstolarna i det landet ska bli internationellt behöriga att inleda ett förfarande måste gäldenären eller förvaltaren etablera ett driftställe där.

Anknytningskravet i art 3.2 innebär dessutom att det främst kan vara möjligt att påverka vilket medlemslands domstolar som blir internationellt behöriga att inleda förfarandet när det rör sig om en gäldenär som är ett internationellt eller multinationellt företag eller liknande. Det torde nämligen inte vara lika vanligt att gäldenärer som är fysiska personer eller juridiska personer som enbart bedriver en mindre omfattande ekonomisk verksamhet, bedriver sådan gränsöverskridande verksamhet att de har driftställen, eller kan tänkas etablera sådan verksamhet, i flera medlemsländer. För gäldenärer som inte bedriver ekonomisk verksamhet i andra medlemsländer, det vill säga för flertalet gäldenärer inom EU, blir huvudförfarandet det enda insolvensförfarande som kan inledas inom EU enligt insolvensförordningen.

Anknytningskravet begränsar på så sätt i sig antalet insolvensförfaranden som kan inledas inom EU samtidigt, genom att ställa krav på att gäldenären har ett driftställe i landet. Dessutom begränsar anknytningskravet i sig även vilka typer av gäldenärer som lär omfattas av ett sådant förfarande.

Det att anknytningskravet i art 3.2 faktiskt begränsar antalet insolvensförfaranden som kan inledas inom EU blir särskilt tydligt vid en jämförelse mellan insolvensförordningens domsrättsregler och de svenska nationella domsrättsreglerna i rättegångsbalkens 10 kap. De svenska reglerna ger nämligen betydligt fler möjligheter att inleda en så kallad särkonkurs i Sverige än enbart när gäldenären har ett driftställe i Sverige, såsom exempelvis när gäldenären har tillgångar i Sverige. Det är klart att om det hade varit möjligt att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande i ett land där gäldenären enbart har tillgångar även enligt insolvensförordningen hade utrymmet att inleda förfaranden inom EU också varit betydligt större än enligt den nuvarande art 3.2. Skälet för detta är att det torde vara mer vanligt att en gäldenär, även när det inte rör sig om ett multinationellt bolag, har tillgångar i flera medlemsländer än att gäldenären bedriver ekono-

misk verksamhet i flera länder. I så fall hade naturligtvis även utrymmet för *forum shopping* varit större eftersom det, om det är möjligt att begära att ett förfarande ska inledas i flera länder, finns ett större utrymme att också göra ett val beträffande vilket lands domstolar som erhåller en sådan begäran.

Alla typer av gäldenärer kan dock ha driftställen i flera olika medlemsländer samtidigt i enlighet med insolvensförordningen art 3.2. Domsrättsregeln skiljer nämligen inte mellan olika typer av gäldenärer, även om anknytningskravet i sig följaktligen innebär att det är mer sannolikt att sådana förfaranden lär inledas beträffande just en viss typ av gäldenärer. Om en gäldenär har driftställen i flera medlemsländer möjliggör då art 3.2 ett val. Sökanden, det vill säga exempelvis gäldenären, gäldenärens borgenärer eller i förekommande fall förvaltaren i huvudförfarandet, kan nämligen välja att begära att ett insolvensförfarande inleds i det medlemsland där det bäst passar sökandens intressen.

Insolvensförordningen innehåller inte heller något uttryckligt förbud mot att gäldenären, eller i förekommande fall förvaltaren i huvudförfarandet, etablerar eller avvecklar ett driftställe i syfte att påverka domsrätten. Detta gäller dock med undantag för regleringen i art 2.10, som anger att ett driftställe även ska anses finnas i det medlemsland där det fanns inom tre månader före ansökan om huvudförfarande. Denna bestämmelse innebär nämligen att domsrätten inte påverkas av att ett driftställe avvecklas om driftstället fanns i landet under denna tremånadersperiod.

Förordningen innehåller inte heller något uttryckligt förbud mot att gäldenärens tillgångar omlokaliseras eller realiserats för att de ska omfattas, eller inte längre omfattas, av verkningarna av ett visst insolvensförfarande enligt insolvensförordningen art 3.2. Denna möjlighet begränsas inte heller genom tremånadersregeln i art 2.10 eftersom frågan om var gäldenärens tillgångar finns torde bedömas utifrån var de fanns då förfarandet inleddes och inte utifrån var de fanns under denna tremånadersperiod.

Om ett driftställe har avvecklats eller en tillgång har omlokaliserats för att påverka domsrätten och åtgärden uppfyller kraven för att utgöra missbruk av EU-rätt i enlighet med EU-domstolens praxis

måste en nationell domstol ta hänsyn till att sådant missbruk har förekommit och bortse från avvecklingen eller omlokaliseringen vid bedömningen av sin internationella behörighet. För att det ska röra sig om missbruk av EU-rätt förutsätts dock att det kan visas att den aktuella åtgärden objektivt sett har skett just i syfte att uppfylla villkoren enligt art 3.2. Det kan dock vara svårt att visa att en åtgärd har skett i detta syfte, åtminstone när det gäller en åtgärd i form av en avveckling av ett driftställe då gäldenären står inför ekonomiska svårigheter. Det kan därför vara svårt att visa att en sådan åtgärd just utgör missbruk av EU-rätt i enlighet med EU-domstolens praxis och därför begränsar EU-domstolens praxis inte heller rättsmissbruk generellt i dessa fall.

Utöver anknytningskravet i art 3.2 innehåller dock insolvensförordningen fler bestämmelser som begränsar utrymmet för, men även motiv till, *forum shopping* och rättsmissbruk ytterligare. I art 3.2 framgår exempelvis att ett sekundärförfarande och självständigt territoriellt förfarande endast får verkningar beträffande tillgångar i det land där förfarandet inleds. Det innebär att ett val att begära att ett sådant förfarande ska inledas även innebär ett val beträffande vilka tillgångar förfarandet ska omfatta, såvida begäran inte också föregås av en flytt av tillgången. Eftersom tillämplig lag kan komma att bedömas på annat sätt än enbart baserat på var tillgången finns enligt art 2.9 i enlighet med art 8-18, kan även insolvensförordningens lagvalsregler i viss utsträckning motverka motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk. Detta gäller dock endast i den utsträckning som eventuellt rättsmissbruk inte även omfattar åtgärder för att påverka tillämplig lag utöver domsrätten.

När det gäller självständiga territoriella förfaranden innehåller art 3.4 dessutom betydande begränsningar beträffande när ett sådant förfarande kan inledas och vem som är behörig att begära detta, vilket också påverkar utrymmet för *forum shopping* och rättsmissbruk. När det gäller sekundärförfaranden kan vidare insolvensförordningens bestämmelser om krav på samordning och koordination mellan huvudförfarandet och sekundärförfaranden innebära ett visst hinder mot *forum shopping* och rättsmissbruk. Även om en viss borgenär eller gäldenären exempelvis vill ägna sig åt *forum shopping* kan detta nämligen förhindras om förvaltaren i huvudförfarandet har gjort ett åtagande enligt insolvensförordningen art 36 som har blivit bindande och som

innebär att den nationella domstolen i det landet där driftstället finns inte kan inleda ett sekundärförfarande. Likaså kan eventuellt rättsmissbruk i form av en nyetablering av ett driftställe motverkas genom att förvaltaren gör ett åtagande enligt art 36.

Samtliga bestämmelser i insolvensförordningen som har nämnts i detta kapitel och som i praktiken begränsar utrymmet för *forum shopping* och rättsmissbruk har dock det gemensamt att de faktiskt inte enbart förhindrar just *forum shopping* och rättsmissbruk. Bestämmelserna begränsar själva utrymmet att inleda andra insolvensförfaranden än huvudförfaranden inom EU generellt sett och att huvudförfarandet i förekommande fall, om det faktiskt inleds andra förfaranden, ska ha en dominerande ställning över dessa förfaranden. Det att bestämmelserna även hindrar *forum shopping* och rättsmissbruk framstår därför snarast som en konsekvens av just detta, nämligen att antalet självständiga territoriella förfaranden och sekundärförfaranden som kan inledas just är begränsat. Denna slutsats blir dessutom särskilt tydlig i ljuset av att ingen av dessa bestämmelser i insolvensförordningen gör någon skillnad mellan om en begäran om att ett förfarande ska inledas har föregåtts av *forum shopping*, rättsmissbruk eller helt utan någon sådan åtgärd. De ska tillämpas i alla fall. Även om det framgår av uttalandena i ingresspunkt 5 och 29 att insolvensförordningen syftar till att motverka motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk, verkar detta syfte följaktligen snarast uppfyllas genom ett generellt hinder mot att inleda dessa förfaranden och inte genom ett hinder mot *forum shopping* och rättsmissbruk i sig.

Insolvensförordningen ger dock trots allt en möjlighet att inleda sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden. Denna möjlighet kan förstås så att den just syftar till att skydda lokala intressen i enlighet med uttalandet i ingresspunkt 40, särskilt då medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningar skiljer sig åt. När gäldenären har ett driftställe i ett visst medlemsland får insolvensförordningen följaktligen förstås så att det ger upphov till berättigade förväntningar om att det ska vara möjligt att inleda ett insolvensförfarande i det landet. Detta verkar gälla alldeles oavsett om en begäran om att inleda ett förfarande i det landet har föregåtts av *forum shopping* eller rättsmissbruk, trots uttalandena i ingresspunkt 5 och 29.

Motiven att ägna sig åt just *forum shopping* och rättsmissbruk lär som nämnts kvarstå så länge medlemsländernas nationella materiella insolvensrätt fortfarande skiljer sig åt. Det innebär följaktligen att insolvensförordningens målsättning att förhindra motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk egentligen endast kan uppfyllas genom en harmonisering av medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningar, alternativt genom ett uttryckligt förbud mot just *forum shopping* och rättsmissbruk. Eftersom någon djupgående harmonisering inte verkar ligga inom den närmaste framtiden verkar det då märkligt att insolvensförordningen saknar bestämmelser om förbud mot *forum shopping* och rättsmissbruk. Den enda förklaringen som jag kan se är att förordningen helt enkelt får förstås så att *forum shopping* och rättsmissbruk, genom domsrätsreglerna i art 3, är förbjudet i den utsträckning som det har bedömts vara tillräckligt. Från politiskt håll verkar man inte tycka att borgenärskollektivet skadas på ett sätt som anses skyddsvärt när *forum shopping* eller rättsmissbruk sker inom insolvensförordningens ramar.

7 Avslutning

7.1 Sammanfattning av studiens resultat

7.1.1 Studiens syfte

Insolvensförordningen innebär att den internationella domsrätten för insolvensförfaranden har harmoniserats inom EU. Förordningen utgör ett betydande framsteg inom den internationella privat- och processrätten. Harmoniseringen, och den rättslikhet som denna innebär, gör att det blir mer förutsebart vilket medlemslands domstolar som är behöriga att inleda ett insolvensförfarande inom EU, jämfört med vad som gällde före förordningens tillkomst. Då reglerades den internationella domstolen i medlemsländerna i princip genom nationella domsregler samt genom bilaterala eller multilaterala avtal. Harmoniseringen innebär dock också att det är mer tydligt för gäldenärer, borgenärer och en gäldenärs förvaltare under ett insolvensförfarande, vad som krävs för att styra vilket medlemslands domstolar som blir behöriga att inleda ett insolvensförfarande.

Samtidigt som den internationella domsrätten har blivit föremål för en gemensam reglering inom EU saknas motsvarande harmonisering av medlemsländernas nationella materiella insolvensrätt. Nationella insolvensförfaranden och nationella materiella insolvensrättsliga regler skiljer sig åt i en sådan utsträckning att det kan motivera en aktör, exempelvis en gäldenär, borgenär eller förvaltare, att försöka styra var ett förfarande inleds inom EU för att på så sätt vinna rättsliga fördelar. EUF-fördragets bestämmelser om etableringsrätt skapar dessutom förutsättningar för gäldenärer att etablera sig i andra medlemsländer. På så sätt kan gäldenären påverka sin anknytning till ett medlemsland och därigenom även domsrätten för ett insolvensförfarande enligt insolvensförordningen.

Syftet med denna avhandling har varit att försöka bringa klarhet i insolvensförordningens domsrättsregler och diskutera vilket utrymme som de ger gäldenärer, borgenärer eller förvaltare att styra var insolvensförfaranden kan inledas inom EU. Undersökningen har syftat till att försöka öka förståelsen för domsrättsreglerna, men också att belysa om, och i så fall hur, domsrättsreglerna bidrar till ett behov av en harmonisering av medlemsländernas nationella materiella insolvensrätt.

7.1.2 Domsrätten för insolvensförfaranden inom EU

En nationell domstol som har fått in en begäran om att inleda ett insolvensförfarande, inom insolvensförordningens tillämpningsområde, ska på eget initiativ fastställa om domstolen är internationellt behörig att inleda förfarandet enligt förordningens art 3. För svensk del är det sökanden som har att visa att domstolen är behörig. Insolvensförordningens domsrättsregler skiljer sig åt beroende på vilken typ av insolvensförfarande som det rör sig om. De har dock det gemensamt att det måste visas att gäldenären har en genuin och objektivt fastställbar anknytning till ett visst medlemsland för att domstolarna i det landet ska vara internationellt behöriga att inleda ett insolvensförfarande.

När det gäller huvudförfaranden regleras i art 3.1 att ett sådant förfarande enbart kan inledas i det land där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns. Denna plats, som utgör den plats varifrån gäldenären fattar beslut, leder och organiserar sin verksamhet på ett sätt som är objektivt fastställbart för tredje man, presumeras för juridiska personer vara vid gäldenärens säte. För fysiska personer som är egenföretagare eller fria yrkesutövare presumeras den vara vid gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe och för övriga fysiska personer presumeras den vara vid gäldenärens hemvist.

Dessa presumtioner måste dock enbart ses som utgångspunkter vid en bedömning av domstolens behörighet. Om den nationella domstolen är tveksam beträffande om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom domstolens jurisdiktion ska domstolen nämligen på eget initiativ frångå presumptionen, åtminstone enligt vad som framgår av uttalanden i insolvensförordningens ingress.

Insolvensförordningen innehåller dock inget uttryckligt krav som gör gällande att den nationella domstolen exempelvis måste höra någon annan än sökanden, såsom gäldenärens borgenärer, för att förvissa sig om sin internationella behörighet. En person som ansöker om ett insolvensförfarande lär inte nödvändigtvis vara motiverad att ange omständigheter i sin ansökan som kan göra den nationella domstolen tveksam om sin behörighet. Det innebär att tolkningen, att en presumtion ska frångås när domstolen är tveksam, kan bli svår att upprätthålla i praktiken. Det förutsätter dock att det heller inte ställs sådana krav på en ansökan enligt nationell rätt som innebär att den nationella domstolen har en möjlighet att bli tveksam. Om det inte ställs några sådana krav kan domstolen knappast frångå presumtionerna i art 3.1 av just detta skäl.

Vad gäller svensk rätt kan detta problem uppstå beträffande en svensk konkursansökan som är gjord av gäldenären. Om gäldenären enbart visar att en presumtion är uppfylld i Sverige och inga uppgifter i själva ansökan visar att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen kan finnas i ett annat medlemsland har den nationella domstolen ingen möjlighet att bli tveksam och frångå presumtionen när domstolen beslutar om att inleda förfarandet, om domstolen inte råkar vara medveten om omständigheter som talar för att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland.

Presumtionerna ska dock frångås automatiskt om gäldenären är en juridisk person, en egenföretagare eller fri yrkesutövare som har flyttat sitt säte respektive huvudsakliga verksamhetsställe inom tre månader före begäran om huvudförfarande. För övriga fysiska personer, som inte är egenföretagare eller fria yrkesutövare, gäller en motsvarande karenstid på sex månader om gäldenären har flyttat sin hemvist. Skillnaderna i karenstid tycks bero på att man från politiskt håll ser mer skeptiskt på fysiska personers flytt mellan medlemsländer än när flytten gäller en gäldenär som är en juridisk person, en egenföretagare eller en fri yrkesutövare.

Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen kan knappast finnas i mer än ett medlemsland samtidigt. Skälet för detta är att anknytningskravet just avser platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Ibland kan det dock vara svårt att fastställa var denna plats finns i praktiken. Anknytningskravet, i kombination med presumptionsregler-

na i art 3.1, medför därför att domstolar i olika medlemsländer ändå faktiskt kan komma fram till att de är behöriga att inleda ett förfarande samtidigt i enskilda fall. En domstol i ett medlemsland kan exempelvis bedöma att en presumtionsregel är uppfylld och inte ska frångås medan en domstol i ett annat medlemsland samtidigt kommer fram till att presumptionen ska frångås och att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom den domstolens jurisdiktion.

Det råder ingen tvekan om att en sådan situation, då flera domstolar i olika medlemsländer bedömer att de är behöriga samtidigt, måste lösas så att det beslut som först fattas om att inleda ett huvudförfarande ska erkännas inom EU:s medlemsländer. Den domstolens bedömning av sin egen internationella behörighet kan sedan inte bli föremål för en ny prövning i andra medlemsländer. Domstolarna i andra medlemsländer är därmed förhindrade från att själva inleda ett huvudförfarande så länge det först inledda förfarandet ännu pågår. Det kan på så sätt i alla fall inte pågå mer än ett huvudförfarande samtidigt inom EU, även om flera medlemsländers domstolar kan bedöma att de är behöriga samtidigt i praktiken.

När det gäller sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden anges i art 3.2 att domstolarna i ett visst medlemsland är behöriga att inleda ett sådant förfarande om gäldenären har ett driftställe i landet och platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland inom EU. Om driftstället har upphört, men det fanns i medlemslandet inom tre månader före ansökan om huvudförfarande, anses driftstället fortfarande finnas i det landet vid en tillämpning av art 3.2. Det medlemslandets domstolar är då fortfarande behöriga att inleda ett sådant förfarande.

Anknytningskraven i art 3 förhindrar dock exempelvis att en skuldsanering kan inledas i Sverige i form av ett sekundärförfarande eller ett självständigt territoriellt förfarande. En förutsättning för att inleda en skuldsanering är nämligen att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i Sverige. Denna plats måste däremot finnas i ett annat medlemsland för att det ska vara möjligt att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande här. Även om svensk domsrätt föreligger enligt insolvensförordningen kan följaktligen nationella krav för att inleda ett visst insolvensförfarande begränsa utrymmet att inleda ett sådant förfarande i landet.

Insolvensförordningens domsrättsregler begränsar däremot inte möjligheten att inleda sekundärförfaranden i andra medlemsländer samtidigt som en svensk skuldsanering pågår som ett huvudförfarande i Sverige beträffande samma gäldenär. Detta kan få konsekvenser för möjligheterna att alls genomföra det svenska skuldsaneringsförfarandet. Ett sekundärförfarande förutsätter dock att gäldenären just har ett driftställe i det medlemsland där det förfarandet begärs, vilket inte torde vara helt vanligt när det gäller fysiska personer som kan bli föremål för en skuldsanering. Problemet bör därför inte överdrivas.

Gäldenärens driftställe utgör en sådan plats där gäldenären bedriver ekonomisk verksamhet med både personella och materiella resurser. Det motsvarar i princip en sådan plats där gäldenären bedriver näringsverksamhet med en viss nivå av organisation och varaktighet samt med både tillgångar och personal. Det är inte tillräckligt att enbart ha tillgångar i ett medlemsland för att det medlemslandets domstolar ska vara behöriga att inleda ett sekundärförfarande eller ett självständigt territoriellt förfarande. Eftersom det samtidigt krävs att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat medlemsland innebär anknytningskravet i art 3.2 en betydande begränsning av utrymmet att inleda sekundärförfaranden respektive självständiga territoriella förfaranden generellt inom EU. Det kan egentligen bara förekomma sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden beträffande gäldenärer som är företag med betydande gränsöverskridande verksamhet. För andra typer av gäldenärer är det i princip enbart möjligt att inleda ett insolvensförfarande inom EU, nämligen ett huvudförfarande.

Insolvensförordningen innehåller dock även, utöver själva anknytningskravet i art 3.2 i sig, bestämmelser som ytterligare begränsar utrymmet att inleda sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden inom EU. När det gäller självständiga territoriella förfaranden kan sådana förfaranden endast inledas på begäran av vissa särskilt angivna typer av personer eller då det inte är möjligt att inleda ett huvudförfarande, enligt art 3.4. När det gäller sekundärförfaranden finns det inga sådana begränsningar som i art 3.4, men en nationell domstol i det land där gäldenären har ett driftställe kan däremot vara förhindrad att inleda ett sekundärförfarande om förvaltaren i huvud-

förfarandet har gjort ett åtagande gentemot lokala borgenärer enligt art 36 och detta åtagande har blivit bindande.

En gäldenär kan dock ha driftställen i flera medlemsländer samtidigt enligt insolvensförordningen. Domsrättsreglerna i art 3 förhindrar nämligen inte i sig att domstolar i flera medlemsländer inom EU kan inleda sekundärförfaranden eller självständiga territoriella förfaranden samtidigt beträffande samma gäldenär, till skillnad från vad som gäller beträffande huvudförfaranden. Detta gäller samtidigt som förordningen dock följaktligen begränsar utrymmet att inleda sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden generellt och dessutom i praktiken förhindrar att sådana förfaranden kan inledas beträffande flertalet gäldenärer, nämligen dem som inte bedriver ekonomisk verksamhet i andra medlemsländer.

Domsrättsreglerna i insolvensförordningen kan sammanfattningsvis sägas innebära en slags vinst för universalitetsprincipen inom EU, det vill säga idén om att det enbart ska vara möjligt att inleda ett enda insolvensförfarande som ska ges universella verkningar. Utrymmet att inleda ett sekundärförfarande respektive självständigt territoriellt förfarande innebär dock att det ändå finns vissa möjligheter att inleda lokala insolvensförfaranden. På så sätt kan inte minst lokala intressen skyddas i ett sådant medlemsland där gäldenären har ett driftställe. Denna möjlighet är betydelsefull, inte minst mot bakgrund av att medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningar inte har blivit föremål för någon omfattande harmonisering.

Utrymmet att inleda sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden är dock som nämnts betydligt begränsat i praktiken. Denna omständighet måste ses som ett bevis för medlemsländernas betydande ömsesidiga förtroende och utgör ett viktigt avsteg från nationalism och isolationism. Insolvensförordningen hade nämligen lika väl kunnat reglera domsrätten så att det gavs fler möjligheter att inleda lokala insolvensförfaranden för att skydda lokala intressen, exempelvis i medlemsländer där gäldenären har tillgångar. En sådan reglering hade i så fall istället talat för att medlemsländerna inte har ett större förtroende för varandras insolvensrättsliga system. Domsrättsreglerna i insolvensförordningen antyder i själva verket att medlemsländerna godtar varandras insolvensrättsliga regleringar. Det är ett slags erkännande av att gäldenärens insolvens kommer att hanteras på

ett godtagbart sätt oavsett var förfarandet inleds inom EU. Ett sådant ömsesidigt förtroende skulle dock sannolikt vara mer realistiskt och enklare att upprätthålla om medlemsländernas insolvensrättsliga system var mer lika varandra, eller åtminstone om det inte gavs något utrymme för *forum shopping* och rättsmissbruk beträffande domsrätten.

7.1.3 Utrymmet för *forum shopping* och rättsmissbruk

Domsrättsreglerna i art 3, både beträffande huvudförfaranden och beträffande sekundärförfaranden respektive självständiga territoriella förfaranden, möjliggör i praktiken *forum shopping*. Med detta menas att en aktör, som är behörig att begära att ett förfarande ska inledas, kan, när domstolar i flera medlemsländer kan bedöma att de är behöriga att inleda ett insolvensförfarande enligt insolvensförordningen art 3.1 eller 3.2 samtidigt, välja att lämna in sin begäran i det medlemsland där det bäst passar sökandens intressen och på så sätt styra vilken domstol som inleder förfarandet.

Insolvensförordningen innehåller inte heller något uttryckligt förbud mot rättsmissbruk, det vill säga mot att en aktör vidtar åtgärder för att anknätningskraven enligt art 3 ska uppfyllas i ett visst medlemsland istället för i ett annat. Detta gäller även om det huvudsakliga syftet med dessa åtgärder är att påverka vilket medlemslands domstolar som, efter åtgärderna, blir internationellt behöriga att inleda ett insolvensförfarande. Sådana åtgärder måste dock ha vidtagits före begäran om insolvensförfarande för att räknas med vid bedömningen av en domstols behörighet enligt art 3. Det är inte heller möjligt att påverka domsrätten beträffande ett sekundärförfarande genom att avveckla ett driftställe, om driftstället fanns i landet inom tre månader före begäran om huvudförfarande. Då ska driftstället nämligen fortfarande anses finnas i landet och domstolarna där fortfarande vara behöriga att inleda ett sådant förfarande.

EU-domstolen har utvecklat en princip i sin praxis om ett allmänt förbud mot missbruk av EU-rätt. Domstolens praxis torde förstås så att om det visas att ett driftställe har avvecklats, så att det inte längre är möjligt att inleda ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande i ett visst medlemsland, kan avvecklingen utgöra

missbruk av insolvensförordningen art 3.2. Detta förutsätter att det visas att det enda syftet med avvecklingen just var att förhindra att det ska vara möjligt att inleda ett sådant förfarande i det landet och att det innebär att lokala intressen i det landet inte längre kan tillgodoses. I så fall ska, vid en tillämpning av art 3.2, en nationell domstol bortse från missbruket, det vill säga att driftstället har avvecklats.

Likaså kan en omlokalisering eller realisering av en tillgång utgöra missbruk av EU-rätten enligt EU-domstolens praxis. Om det visas att det huvudsakliga syftet med omlokaliseringen eller realiseringen av en tillgång är att tillgången inte ska omfattas av ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande i ett visst medlemsland torde en nationell domstol bortse från denna åtgärd vid bedömningen av var en tillgång ska anses finnas i insolvensförordningens mening. EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt begränsar följaktligen i viss utsträckning utrymmet att påverka domsrätten inom EU.

Det kan dock uppstå praktiska svårigheter att tillämpa EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt beträffande insolvensförordningen. Det förutsätter nämligen att någon, som är behörig att göra det, faktiskt visar den nationella domstolen att missbruk har förekommit. Min tolkning av domstolens uttalanden är dessutom inte helt säkert. EU-domstolen har inte uttalat sig om insolvensförordningen alls omfattas av principen om förbud mot missbruk av EU-rätt och hur principen ska förstås i detta sammanhang. Domstolens praxis rör andra EU-rättsliga rättsakter. Det verkar dock troligt att domstolen skulle bedöma att förordningen omfattas, särskilt eftersom domstolens uttalanden är av så allmän karaktär. Det är dock viktigt att poängtera att det inte är helt säkert vilken bedömning domstolen skulle göra beträffande insolvensförordningens domsrättsregler.

Även om insolvensförordningen inte innehåller något uttryckligt förbud mot *forum shopping* och rättsmissbruk är det dock inte hur enkelt som helst att styra vilket medlemslands domstolar som blir behöriga att inleda ett insolvensförfarande. Anknypningskraven i art 3 är nämligen konstruerade på så sätt att det just krävs en verklig, objektivt fastställbar, anknypning till ett medlemsland för att domstolarna i det landet ska vara behöriga att inleda ett förfarande. Anknypningskravet

begränsar därigenom i sig utrymmet för *forum shopping* och rättsmissbruk.

När det gäller huvudförfaranden måste det som nämnts vara objektivt fastställbart att gäldenären verkligen förvaltar sina intressen från det aktuella medlemslandet för att domstolarna i det landet ska vara behöriga enligt art 3.1. Om det visas att gäldenären faktiskt fattar beslut, leder och organiserar sin verksamhet från ett visst medlemsland är det domstolarna i det landet som är behöriga att inleda huvudförfarandet. Anknypningskravet innebär med andra ord att det förutsätts att gäldenären har betydande anknytning till ett eller flera andra medlemsländer för att det över huvud taget ska finnas något utrymme för *forum shopping* när en presumtion är uppfylld i ett visst medlemsland. Det är inte heller möjligt att endast konstruera ett huvudkontor i ett visst medlemsland för att påverka domsrätten enligt insolvensförordningen, om det inte kan visas att det är objektivt fastställbart att verksamheten också faktiskt leds och kontrolleras från denna konstruerade plats.

På samma sätt innebär anknypningskravet driftställe i art 3.2 att eventuell *forum shopping* förutsätter att det kan visas att gäldenären faktiskt bedriver ekonomisk verksamhet i det valda landet, eller bedrev sådan verksamhet där tre månader innan ansökan om huvudförfarande. Rättsmissbruk förutsätter att en sådan verksamhet etableras eller avvecklas i ett nytt medlemsland på ett sätt som gör att driftstället är, eller inte längre är, objektivt fastställbart i landet. Det är inte alla gäldenärer som bedriver sådan verksamhet i flera länder eller har någon möjlighet att etablera ett driftställe i ett nytt medlemsland. Anknypningskravet innebär följaktligen i sig att det inte är helt enkelt att ägna sig åt *forum shopping* eller rättsmissbruk.

Även om anknypningskraven i art 3 visserligen begränsar utrymmet för *forum shopping* och rättsmissbruk i praktiken innehåller förordningen dock inte något förbud mot att en aktör ägnar sig åt sådana åtgärder. Snarare är det så att de begränsningar som finns mot *forum shopping* och rättsmissbruk i insolvensförordningen ska tillämpas generellt, det vill säga oavsett om *forum shopping* eller rättsmissbruk har förekommit eller inte. Till och med karenstiderna i art 3.1, som i enlighet med uttalanden i insolvensförordningens ingress syftar till att motverka just *forum shopping* och rättsmissbruk, ska frångås oavsett om

gäldenärens säte, hemvist eller huvudsakliga verksamhetsställe har omlokaliserats i syfte att påverka domsrätten eller inte. En ”genuin” flytt innebär likaledes att presumtionerna ska frångås.

Kraven som ställs för att inleda ett självständigt territoriellt förfarande enligt art 3.4 och utrymmet för en förvaltare i ett huvudförfarande att förhindra att ett sekundärförfarande inleds genom att göra ett åtagande enligt art 36, innebär ytterligare begränsningar, utöver anknytningskraven, mot att påverka var ett förfarande inleds inom EU. Dessa bestämmelser syftar dock likaledes snarare till att begränsa utrymmet att inleda sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden generellt sett, för att säkerställa huvudförfarandets dominerande ställning, än till att motverka *forum shopping* och rättsmissbruk. Det att bestämmelserna även förhindrar *forum shopping* och rättsmissbruk tycks främst vara en konsekvens av en tillämpning av bestämmelserna.

I insolvensförordningens ingress uttalas dock att insolvensförordningen faktiskt syftar till att motverka motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk som sker till skada för borgenärskollektivet. Där framgår också att medlemsländernas domstolar därför har ett betydande ansvar att göra en noggrann undersökning av om gäldenären verkligen har en sådan anknytning till landet som krävs för att en domstol där ska vara behörig att inleda förfarandet. Om en domstol bedömer att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen eller gäldenärens driftställe inte finns inom domstolens jurisdiktion ska domstolen inte heller inleda förfarandet. Detta är särskilt viktigt, inte minst eftersom insolvensförordningen baseras på principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsländerna och eftersom ett beslut om att inleda ett förfarande ska erkännas i övriga medlemsländer.

Det förhållandet att domsreglerna faktiskt medger viss *forum shopping* och rättsmissbruk innebär dock att det inte spelar någon roll om en nationell gör en grundlig undersökning av sin behörighet och förekomsten av eventuell *forum shopping* och rättsmissbruk. Om det visas att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i landet är nämligen domstolarna där behöriga att inleda ett huvudförfarande, alldeles oavsett om ansökan har föregåtts av *forum shopping* eller rättsmissbruk.

Utrymmet att ägna sig åt *forum shopping* och rättsmissbruk innebär att det kan vara oförutsebart för enskilda var ett visst insolvensförfarande faktiskt kommer att inledas inom EU, annat än vid just tidpunkten för ansökan. Denna nackdel kan visserligen motiveras med att all *forum shopping* och rättsmissbruk inte nödvändigtvis måste vara negativa företeelser. För den som föredrar förutsebarhet är det dock fortfarande en betydande nackdel. Detta gäller särskilt eftersom medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningar skiljer sig åt i en sådan utsträckning att det kan få betydande konsekvenser för en gäldenär om ett insolvensförfarande inleds i ett visst medlemsland istället för ett annat.

Det lär alltid finnas motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk så länge medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningar inte har blivit föremål för någon mer långtgående harmonisering, eller insolvensförordningen inte uttryckligen förbjuder sådana typer av åtgärder. Det innebär att insolvensförordningens uttalande målsättning att motverka motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk knappast kan uppnås fullt ut, om inte medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningar just harmoniseras eller genom att förordningen revideras.

De harmoniserade domsrätsreglerna inom EU, genom EU:s insolvensförordning, och det utrymme som domsrätsreglerna ger för *forum shopping* och rättsmissbruk, tydliggör behovet av en harmoniserad nationell materiell insolvensrätt inom EU. Ju större skillnaderna är mellan medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningar desto större blir nämligen motiven att ägna sig åt just *forum shopping* och rättsmissbruk. En ökad rättslikhet inom även den nationella materiella insolvensrätten inom EU skulle säkerligen minska motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk. Olika aktörer kan dock naturligtvis fortfarande drivas av andra motiv än skillnader i insolvensrättsliga lagstiftningar när det gäller att ägna sig åt dessa typer av åtgärder, såsom att aktören föredrar att förfarandet inleds i ett land som aktören är bekant med och där det talas ett visst språk. Detta kan dock vara svårt att motverka, åtminstone utan ett uttryckligt förbud mot *forum shopping* och rättsmissbruk.

Anknytningskraven i insolvensförordningens art 3.1 och 3.2 garanterar dock åtminstone att domstolar i ett medlemsland, som gälde-

nären faktiskt saknar någon verklig anknytning till, inte är internationellt behöriga att inleda ett insolvensförfarande. Insolvensförordningen får kanske helt enkelt förstås så att det får räcka såsom skydd mot *forum shopping* och rättsmissbruk.

7.1.4 Gälldenärens utrymme att styra var ett insolvensförfarande kan inledas inom EU

En gälldenär har typiskt sett ett betydande intresse av att påverka var ett insolvensförfarande inleds, vilket nationellt förfarande som aktualiseras och vilket medlemslands lag som blir tillämplig för att reglera förfarandet. En gälldenär är dessutom den aktör som har störst möjlighet att påverka sin egen anknytning till ett visst land. Det innebär att gälldenären också kan styra vilket medlemslands domstolar som blir behöriga att inleda ett insolvensförfarande enligt insolvensförordningen art 3, så länge det aktuella insolvensförfarandet ännu inte har inletts beträffande gälldenären.

Om nationella domstolar i flera medlemsländer kan bedöma att de är behöriga att inleda ett huvudförfarande samtidigt kan gälldenären styra var förfarandet inleds genom att begära att det inleds i det land där det bäst passar gälldenärens intressen. Så kan exempelvis vara fallet när gälldenären är en juridisk person som har administrativa kontor i ett eller flera andra medlemsländer än säteslandet och domstolarna i medlemsländerna därför kan göra olika bedömningar beträffande var gälldenärens huvudkontor finns och huruvida sätespresumtionen ska frångås eller inte.

Beträffande gälldenärer som är fysiska personer är det likaså möjligt för gälldenären att ägna sig åt *forum shopping* när omständigheterna i fallet gör att nationella domstolar kan göra olika bedömningar beträffande om en presumtion i art 3.1 ska frångås eller inte. En fysisk person som är egenföretagare eller är en fri yrkesutövare har kanske sin huvudsakliga verksamhet i ett land men driver samtidigt verksamhet i ett annat medlemsland. Om det inte är helt säkert var gälldenären faktiskt leder sin verksamhet från kan domstolarna i respektive land göra olika bedömningar av om presumtionen ska frångås och i så fall var platsen för gälldenärens huvudsakliga intressen finns.

När det gäller en gäldenär som är en fysisk person, som inte är en egenföretagare eller fri yrkesutövare, kan gäldenären ägna sig åt *forum shopping* om gäldenären exempelvis till viss del är bosatt i ett medlemsland men även är bosatt och yrkesarbetar i ett annat medlemsland. Om det inte är helt klart vilket medlemsland som utgör gäldenärens huvudsakliga bosättningsort eller huruvida gäldenären faktiskt förvaltar sina intressen från ett land där gäldenären yrkesarbetar snarare än från det land där gäldenären är bosatt, kan nämligen domstolar i båda medlemsländer bedöma att de är behöriga att inleda ett huvudförfarande.

En gäldenär kan också påverka var ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande inleds genom att begära att det inleds i ett medlemsland där gäldenären har ett driftställe. Gäldenären kan ha driftställen i flera medlemsländer i enlighet med insolvensförordningen art 3.2 och det finns inget förbud i förordningen mot att gäldenären då väljer att begära att ett förfarande inleds i det land där det bäst passar gäldenärens intressen.

Insolvensförordningen innehåller dock vissa begränsningar utöver anknätningskravet i art 3.2 för när ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande kan inledas i ett visst medlemsland. En gäldenär är exempelvis endast behörig att begära att ett självständigt territoriellt förfarande inleds då det inte är möjligt att inleda ett huvudförfarande enligt art 3.4. Likaså kan en begäran om att inleda ett sekundärförfarande hindras om förvaltaren i huvudförfarandet har gjort ett åtagande enligt art 36 som har blivit bindande i det aktuella medlemslandet. Om något sådant hinder finns mot att inleda ett förfarande innebär det givetvis också att utrymmet för en gäldenär att ägna sig åt *forum shopping* begränsas.

Gäldenären kan som nämnts också vidta åtgärder för att styra var ett insolvensförfarande kan inledas inom EU. Gäldenären kan nämligen välja var gäldenären förlägger sin hemvist, sitt säte och huvudkontor, sitt huvudsakliga verksamhetsställe respektive bedriver ekonomisk verksamhet, beroende på vilken typ av gäldenär eller insolvensförfarande det rör sig om. Detta innebär att gäldenären kan påverka domsrätten, före det att ett förfarande inleds.

När det gäller mer specifikt för huvudförfaranden, kan en gäldenär påverka en domstols behörighet genom att vidta åtgärder så att både presumptionerna i art 3.1 och anknytningskravet platsen för gäldenärens huvudsakliga intresse är uppfyllda i det medlemsland som gäldenären önskar. Gäldenären kan även välja att förlägga dessa platser utanför EU eller i Danmark och på så sätt förhindra en tillämpning av insolvensförordningen.

Det är dock inte nödvändigt för gäldenären att vidta åtgärder så att både presumptionen och platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är uppfyllda i det valda landet. Det är nämligen tillräckligt enligt insolvensförordningen att gäldenären ser till att det är objektivt fastställbart att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns i det valda medlemslandet för att domstolarna i det landet ska vara exklusivt behöriga att inleda ett huvudförfarande. Om gäldenären vill säkerställa att ett visst lands domstolar blir behöriga att inleda förfarandet kan gäldenären dock se till att även presumptionerna uppfylls. Med tanke på att domstolar i olika medlemsländer i praktiken kan komma att bedöma presumptionernas styrka på olika sätt kan det också vara nödvändigt att även presumptionerna uppfylls för att verkligen säkerställa att endast ”rätt” medlemslands domstolar kan anse sig behöriga att inleda förfarandet.

Vad gäller sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden kan gäldenären etablera eller avveckla ett driftställe för att på så sätt påverka vilket medlemslands domstolar som blir behöriga, eller inte längre blir behöriga att inleda ett sådant förfarande. Detta måste dock ske före det att begäran om att inleda ett sådant förfarande görs. Gäldenären är dessutom förhindrad från att påverka domsrätten genom att avveckla ett driftställe om gäldenärens driftställe fanns i medlemslandet inom tre månader före ansökan om huvudförfarande. Driftstället anses då fortfarande finnas i medlemslandet, även om det avvecklas efter denna tidpunkt. EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt får dessutom som nämnts förstås så att gäldenären inte kan påverka domsrätten genom att avveckla ett driftställe. Det gäller dock enbart i de fall då det kan visas att det inte fanns något annat objektivt fastställbart syfte med avvecklingen än att förhindra att lokala intressen i det land där driftstället fanns ska kunna tillgodoses genom ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt

förfarande i det landet. Då ska nämligen den nationella domstolen bortse från avvecklingen.

EU-domstolens praxis om förbud mot missbruk av EU-rätt torde vidare förstås så att en gäldenär inte helt enkelt kan styra vilka av gäldenärens tillgångar som ett insolvensförfarande omfattar genom att omlokalisera eller realisera dessa tillgångar. Om det kan visas att det inte fanns något annat objektivet fastställbart syfte bakom en sådan åtgärd än att lokala intressen i det land där tillgången fanns före omlokaliseringen inte ska kunna tillgodoses genom ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande i det landet eller att omlokaliseringen sker till skada för borgenärskollektivet ska åtgärden nämligen bortses från vid bedömningen av i vilket medlemsland gäldenärens tillgångar finns.

Även om det följaktligen finns utrymme för *forum shopping* och rättsmissbruk innehåller insolvensförordningen dock bestämmelser som åtminstone bör minska en gäldenärs eventuella motiv att ägna sig åt sådana typer av åtgärder. Gäldenärens borgenärer har exempelvis rätt att anmäla sina fordringar i samtliga insolvensförfaranden som inleds inom EU. Detta bör minska incitament till *forum shopping* och rättsmissbruk i syfte att undandra sig fordringar. Även om huvudregeln är att lagen i det land där förfarandet inleds blir tillämplig beträffande förfarandet korresponderar dessutom domsrätten inte alltid med bedömningen av tillämplig lag. Detta kan likaså minska drivkraften att påverka domsrätten åtminstone i viss utsträckning, om det huvudsakliga syftet är att påverka tillämplig lag. Insolvensförordningens bestämmelser om samordning och koordination mellan huvudförfaranden och sekundärförfaranden torde också minska motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk, i alla fall då det sker för att ett sekundärförfarande ska hämma en effektiv förvaltning av den egendom som förfarandet avser.

Forum shopping och rättsmissbruk behöver dock inte alltid vara skadligt. En gäldenär kan exempelvis välja att styra så att ett förfarande inleds i det land vars insolvensrättsliga lagstiftning och nationella typer av insolvensförfaranden objektivet sett är mest väl anpassade för att hantera gäldenärens ekonomiska situation. Frågan är dock om det alls kan konstateras vilket medlemslands lagstiftning som objektivet sett är

”bäst” i ett enskilt fall utan att göra ett politiskt ställningstagande eller en utvärdering av medlemsländernas insolvensrättsliga system.

Det verkar dessutom inte helt realistiskt att utgå ifrån att gäldenärer generellt sett agerar på detta sätt. Det verkar mer realistiskt att utgå ifrån att gäldenärer i princip alltid handlar i sitt eget intresse. Jag har svårt att se att en gäldenär som får utrymme att påverka var ett insolvensförfarande ska inledas och därigenom vilket nationellt insolvensförfarande och nationell lagstiftning som kommer hantera gäldenärens ekonomiska situation kommer att agera altruistiskt eller i borgenärernas intresse. Det som gäldenären uppfattar som det mest lämpliga regelverket för att hantera gäldenärens situation behöver inte vara det mest lämpliga för att ta tillvara exempelvis borgenärskollektivets intressen eller vad som kan definieras som ”samhällsnyttan”. Det är därför märkligt att insolvensförordningen faktiskt alls ger gäldenärer utrymme att påverka var ett insolvensförfarande kan inledas inom EU.

7.1.5 Borgenärers utrymme att styra var ett insolvensförfarande kan inledas inom EU

Borgenärer har också, typiskt sett, ett betydande intresse av var ett insolvensförfarande inleds inom EU. Det gäller särskilt eftersom det påverkar vilket nationellt insolvensförfarande som kan aktualiseras och vilket medlemslands lag som blir tillämplig på insolvensförfarandet. Detta påverkar nämligen borgenärernas möjlighet att få betalt för sina fordringar. En borgenär har dock inget särskilt stort utrymme att påverka en nationell domstols behörighet att inleda ett förfarande enligt insolvensförordningen. Det främsta skälet för detta är att en borgenär normalt inte kan råda över gäldenärens anknytning till ett visst medlemsland.

På samma sätt som vad gäller gäldenärer kan en borgenär dock påverka var ett huvudförfarande inleds om nationella domstolar i flera medlemsländer i praktiken kan bedöma att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom deras jurisdiktion. En borgenär kan då begära att förfarandet inleds i det land där det bäst passar borgenärens intressen.

Så snart en domstol har beslutat om att inleda ett huvudförfarande kan en borgenär inte längre påverka var förfarandet inleds eftersom övriga medlemsländers domstolar då ska erkänna inledandebeslutet. En domstol i ett annat medlemsland kan då inte besluta om att inleda ett sådant förfarande så länge det första huvudförfarandet pågår. Finns det ett utrymme för *forum shopping* gäller det följaktligen för en borgenär att vara först framme med sin ansökan och att ett beslut fattas om att inleda ett förfarande så snart som möjligt, för att undvika att ett huvudförfarande inleds i ett annat medlemsland som utsläcker utrymmet att inleda ett förfarande i det första landet. En borgenär har dock alltid rätt att överklaga den första domstolens beslut på grundval av internationell behörighet i enlighet med insolvensförordningen.

En borgenär kan också påverka var ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande inleds om gäldenären har driftställen i flera medlemsländer. Då kan borgenären styra var förfarandet inleds genom att begära att det inleds i det land där det bästa passar borgenärens intressen. Precis som för gäldenärer är dock detta utrymme begränsat genom de krav som ställs för att inleda ett självständigt territoriellt förfarande enligt art 3.4 samt i de fall förvaltaren i huvudförfarandet har gjort ett åtagande för att undvika att det inleds ett sekundärförfarande enligt art 36 som har blivit bindande.

Borgenärer, vars fordran på gäldenären har uppkommit till följd av eller i samband med verksamheten vid gäldenärens driftställe, har dock större möjligheter än andra borgenärer samt gäldenären att påverka var ett självständigt territoriellt förfarande inleds. Skälet för detta är att ett sådant förfarande kan inledas efter en begäran av en sådan borgenär även när det är möjligt att inleda ett huvudförfarande i ett annat medlemsland enligt art 3.4.

Gäldenärens borgenärer kan däremot i princip inte vidta några åtgärder för att styra var ett insolvensförfarande kan inledas inom EU. Borgenärerna råder nämligen normalt inte över var gäldenären väljer att förlägga platsen för sina huvudsakliga intressen eller driftställe. En borgenär kan dock givetvis komma överens med en gäldenär om att gäldenären ska vidta åtgärder för att anknytningskraven ska uppfyllas i ett visst valt medlemsland, men det är ändå upp till gäldenären att fullfölja en sådan överenskommelse. Överenskommelsen i sig påverkar inte domsrätten enligt art 3.1 eller 3.2.

Lokala borgenärer i det land där gäldenären har ett driftställe har dock ytterligare en möjlighet att påverka domsrätten enligt insolvensförordningen. De kan nämligen i förekommande fall välja att godkänna ett åtagande från förvaltaren i huvudförfarandet enligt art 36 och därigenom förhindra att ett sekundärförfarande kan inledas i det landet. På så sätt kan borgenärerna styra var ett sådant förfarande kan inledas, eller kanske snarare, inte kan inledas inom EU.

Borgenärernas begränsade utrymme att påverka var ett insolvensförfarande kan inledas inom EU står i kontrast mot det utrymme som gäldenären har att styra så att domstolarna i ett visst medlemsland blir internationellt behöriga att inleda ett förfarande. Gäldenären kan flytta platsen för sina huvudsakliga intressen fram till den tidpunkt då begäran om huvudförfarande lämnas in, vilket kan göra det svårt för borgenärerna att förutse vilket medlemslands domstolar som faktiskt blir behöriga att inleda ett förfarande inom EU.

Det faktum att gäldenärer kan komma att flytta mellan medlemsländer bör dock inte komma som en fullständig överraskning för borgenärer, i synnerhet då denna rätt garanteras genom EUF-fördragets bestämmelser om etableringsrätt inom EU. Borgenärer kanske helt enkelt bör räkna med att gäldenärer rör sig över landsgränser inom EU och att ett nytt medlemslands domstolar därigenom kan bli behöriga att inleda ett förfarande. Anknypningskraven i art 3.1 och 3.2 garanterar visserligen att ett insolvensförfarande inte inleds i ett medlemsland som gäldenären inte har någon anknytning till alls, men om en gäldenär vill styra var ett insolvensförfarande ska inledas inom EU har borgenärerna inte mycket att sätta emot, åtminstone inte enligt insolvensförordningens domsrättsregler.

7.1.6 Förvaltares utrymme att styra var ett insolvensförfarande kan inledas inom EU

En förvaltare i ett huvudförfarande har typiskt sett ett visst intresse av att huvudförfarandet omfattar samtliga av gäldenärens egendom och fordringar. Skälet för detta är att en sådan förvaltare kan se fördelar med att gäldenärens egendom förvaltas på ett enhetligt sätt och att huvudförfarandet får verkningar inom hela EU. Förvaltaren kan därför ha ett intresse av att förhindra att det inleds sekundärförfaranden i andra medlemsländer beträffande samma gäldenär. Det gäller dock under den förutsättningen att sådana förfaranden inte skulle underlätta förvaltningen av gäldenärens tillgångar i huvudförfarandet. Förvaltaren kan i alla fall ha ett intresse av att styra om, och var, ett annat förfarande inleds.

Förvaltaren i huvudförfarandet kan dock i princip inte styra över var det egna huvudförfarandet inleds. Skälet för detta är att begäran om att inleda ett sådant förfarande kom in till den nationella domstolen före det att förvaltaren ens utsågs. Likaså kan en sådan förvaltare knappast påverka var ett självständigt territoriellt förfarande inleds eftersom detta förfarande inleds före huvudförfarandet.

Förvaltaren kan däremot styra var ett sekundärförfarande inleds gällande gäldenären. Det gäller särskilt om förvaltaren har tagit över rådgivningen över gäldenärens egendom och verksamhet. Förvaltaren måste dock vara behörig att vidta sådana åtgärder i enlighet med nationell lagstiftning i det land där huvudförfarandet har inletts. Förvaltaren kan då exempelvis begära att ett sekundärförfarande inleds i det land där gäldenären har ett driftställe enligt art 3.2. Förvaltaren kanske just bedömer att ett sekundärförfarande skulle gynna en effektiv förvaltning av gäldenärens egendom, särskilt när gäldenärens samlade egendom är för komplex för att hanteras i huvudförfarandet.

Förvaltaren skulle också istället kunna bedöma att ett sekundärförfarande kan hämma en effektiv förvaltning av den egendom som förfarandet avser. Förvaltaren kan dock i så fall inte förhindra att ett sekundärförfarande ändå inleds i det medlemsland där gäldenären har ett säte genom att avveckla gäldenärens driftställe, om driftstället fanns i landet före det att huvudförfarandet inleddes. Skälet för detta är helt enkelt att driftstället då även anses finnas i det landet om det fanns där

inom tre månader före begäran om huvudförfarande. Syftet med bestämmelsen tycks vara att just skydda lokala intressen i det land där gäldenären har ett driftställe mot att driftställen avvecklas före det att någon hinner begära att ett sekundärförfarande inleds av en nationell domstol i det landet.

Förvaltaren kan däremot förhindra att ett sekundärförfarande inleds genom att göra ett ensidigt åtagande enligt insolvensförordningen art 36 gentemot gäldenärens lokala borgenärer i det land där gäldenären har sitt driftställe. Detta åtagande måste godkännas av borgenärer i det landet. Om åtagandet godtas är det dock ett enligt insolvensförordningen godtagbart sätt för förvaltaren att styra var ett sekundärförfarande kan inledas inom EU.

Om ett åtagande enligt art 36 inte har gjorts, eller inte har blivit bindande, och ett sekundärförfarande begärs i det land där gäldenären har ett driftställe, ger insolvensförordningen förvaltaren i huvudförfarandet dessutom betydande möjligheter att påverka sekundärförfarandet. Förvaltaren kan nämligen begära att förfarandet skjuts upp, men också att ett annat förfarande som listas i insolvensförordningens bilaga A inleds än det som ansökan om sekundärförfarande avser. Förvaltaren kan exempelvis begära att det inleds en företagsrekonstruktion istället för en konkurs i landet och har på så sätt en möjlighet att samordna sekundärförfarandet med huvudförfarandet.

Insolvensförordningen innehåller inte heller något förbud mot att förvaltaren i huvudförfaranden helt enkelt omlokaliserar eller realiserar gäldenärens egendom på så sätt att egendomen inte längre finns i det land där gäldenären har ett driftställe. På så sätt kan förvaltaren styra så att egendomen inte omfattas av ett sekundärförfarande som inleds i det landet efter det att dessa åtgärder har vidtagits. Detta förutsätter dock att förvaltaren också är behörig att vidta sådana åtgärder enligt nationell rätt i det land där huvudförfarandet har inletts.

Om det visas att en sådan omlokalisering har skett enbart för att lokala intressen i det land där gäldenären har ett driftställe inte ska kunna tillgodoses genom ett sekundärförfarande, kan åtgärden dock utgöra missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis. Det verkar dock högst tveksamt att det alls är möjligt att visa att detta var det objektivt fastställbara huvudsakliga syftet med en sådan omlokali-

sering. Om en tillgång realiseras eller omlokaliseras av en förvaltare under ett huvudförfarande lär det nämligen snarare framstå som, och kanske normalt även vara, ett naturligt led i förvaltarens förvaltning av gäldenärens egendom i huvudförfarandet. Det torde följaktligen normalt finnas andra objektivt fastställbara skäl bakom en sådan åtgärd än att enbart uppfylla villkoren för vilka tillgångar som omfattas av sekundärförfarandet enligt insolvensförordningen. I så fall rör det sig heller inte om sådan typ av missbruk av EU-rätt som är förbjuden enligt EU-domstolens praxis.

Det kan diskuteras om det över huvud taget kan bli tal om missbruk av EU-rätt enligt EU-domstolens praxis när förvaltaren omlokaliserar eller realiserar tillgångar under ett huvudförfarande, även om det innebär att tillgången inte längre finns i det land där gäldenären har ett driftställe. En förvaltare i ett huvudförfarande torde nämligen knappast vidta dessa åtgärder för att personligen uppnå en rättslig fördel utan snarare just för att det är en del av förvaltningen i huvudförfarandet. Det är följaktligen högst tveksamt om EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt över huvud taget kan tillämpas i dessa fall.

Enligt uttalandet i insolvensförordningens ingresspunkt 5 syftar insolvensförordningen dessutom till att förhindra motiv till *forum shopping* och rättsmissbruk hos ”parter”. En förvaltare är inte en part. Det framgår inte heller att förordningen syftar till att förhindra att en förvaltare styr var insolvensförfaranden inleds inom EU. Snarare verkar förordningen just ge förvaltare denna möjlighet, i viss utsträckning, för att kunna samordna förfaranden inom EU.

I insolvensförordningens ingresspunkt 46 framgår dock att förvaltare i huvudförfarandet inte ”bör” omlokalisera tillgångar så att lokala intressen inte kan tillgodoses i det land där gäldenären har ett driftställe. I brist på ett uttryckligt förbud mot att förvaltare agerar på detta sätt blir dock detta uttalande i ingressen snarast att se som en rekommendation till förvaltare. Denna rekommendation bör följas, särskilt med tanke på att insolvensförordningen just baseras på medlemsländernas ömsesidiga förtroende. Förvaltare bör därför ta hänsyn till lokala intressen i medlemsländerna i de länder där gäldenären har ett driftställe när förvaltaren bedömer om en tillgång ska flyttas från

det landet eller inte. Om förvaltare inte gör det lär det ömsesidiga förtroendet mellan medlemsländerna på sikt undermineras.

Insolvensförordningens bestämmelse om att ett driftställe anses finnas i ett visst medlemsland även efter det att det har avvecklats, om det fanns i landet inom tre månader före det att huvudförfarandet begärdes, tycks som nämnts syfta till att skydda lokala intressen. Denna bestämmelse är dock i praktiken ett magert skydd för lokala intressen eftersom förordningen inte förhindrar att förvaltaren i huvudförfarandet realiserar eller omlokaliserar gäldenärens egendom på så sätt att de inte längre finns kvar i det landet när sekundärförfarandet väl ska inledas. Bestämmelsen säkerställer visserligen möjligheten att inleda sekundärförfarande men garanterar däremot inte att gäldenärens tillgångar finns kvar i det landet. Den tycks snarare befästa huvudförfarandets dominerande ställning över sekundärförfarandet.

En förvaltare i ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande kan visserligen också tänkas ha ett visst intresse av om och var andra insolvensförfaranden inleds inom EU. Dessa typer av förvaltare har dock, till skillnad från förvaltaren i huvudförfarandet, av naturliga skäl i princip inte något utrymme att påverka var ett annat förfarande inleds. Vad gäller själva huvudförfarandet inleds detta nämligen före det att ett sekundärförfarande inleds, vilket normalt även borde vara före det att förvaltaren i sekundärförfarandet har utsetts eller i alla fall i samband med detta. Det innebär att förvaltaren i sekundärförfarandet inte har en tidsmässig möjlighet att påverka var huvudförfarandet inleds.

En förvaltare i ett självständigt territoriellt förfarande utses visserligen före det att ett huvudförfarande inleds. Eftersom det självständiga territoriella förfarandet enbart får verkningar beträffande gäldenärens tillgångar som finns inom det territorium där förfarandet inleds har denna förvaltare dock i princip inte heller ha något utrymme att styra vilket medlemslands domstolar som blir behöriga att inleda ett huvudförfarande. Förvaltaren ska nämligen inte kunna påverka gäldenärens anknytning till det land där huvudförfarandet kan inledas. Det torde av samma skäl i princip inte heller finnas något utrymme för en förvaltare i ett sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande att påverka var ett annat sekundärförfarande eller självständigt territoriellt förfarande inleds.

7.2 Avslutande kommentar

7.2.1 En farlig valfrihet eller ett ömsesidigt förtroende?

Frågan om *forum shopping* och rättsmissbruk i samband med en gäldenärs insolvens är något som bör godtas eller inte, om sådana förfaringsätt är ”bra” eller ”dåliga”, har inte behandlats särskilt djupgående i denna studie. Det är visserligen vedertaget att rättsmissbruk generellt ses bör som en negativ företeelse, men om och i så fall hur det ska förbjudas råder det delade meningar om. Det kan dock diskuteras om det utrymme som insolvensförordningen ger till just *forum shopping* och rättsmissbruk innebär en farlig, eller kanske snarare skadlig, valfrihet för gäldenärer, borgenärer och förvaltare, och i så fall för vem.

I USA har det genomförts en hel del studier av *forum shopping* och rättsmissbruk i samband med insolvens beträffande gäldenärer som är bolag och som är verksamma i USA.⁷⁷¹ Studierna behandlar ofta både om och hur *forum shopping* och rättsmissbruk förekommer i praktiken men också huruvida det är skadligt samt vem det är skadligt för. *Forum shopping* och rättsmissbruk vid insolvens är nämligen ett välkänt fenomen i USA.⁷⁷² Gäldenärer har särskilt kommit att söka sig till domstolar i de södra distrikten i New York och Delaware för att hantera sin förestående insolvens.⁷⁷³ Enligt en amerikansk studie föregås så mycket som 70 % av större bolags insolvens i USA av *forum shopping*.⁷⁷⁴

Resultaten av de amerikanska studierna är dock tvetydiga. Det finns inget klart svar på om *forum shopping* och rättsmissbruk i sig ska ses som något positivt eller negativt. En del forskare menar att Delawares domstolar är bättre på att finna ”mer flexibla lösningar”, som är anpassade efter gäldenärens situation, än vad andra amerikanska dom-

⁷⁷¹ Se LoPucki och Kalin (2001), McCormack (2014) s 815 ff. Se Martin och Alognas sammanfattning av forskningen på området i Martin och Alogna (2007). Se även Rasmussen och Thomas (2001) s 283 ff., Cole (2002) s 1850 ff. och Zywicki (2006) s 1142 ff.

⁷⁷² Se exempelvis McCormack (2014) s 815 ff., Martin och Alogna (2007) s 18 ff., Eidenmüller (2009) s 7, Ringe (2008) s 603 och Enriques och Gelter (2006) s 443.

⁷⁷³ Se McCormack (2014) s 823. Se även Martin och Alogna (2007) s 18 ff., LoPucki och Kalin (2001), Rasmussen och Thomas (2001) 283 ff., Skeel (2001) s 309 ff., Miller (2002) s 1987 ff. Se också Armour, Black och Cheffins (2012) s 605 ff.

⁷⁷⁴ Se McCormack (2014) s 823.

stolar är och att domstolarna i Delaware, eftersom de ofta hanterar insolvens, har byggt upp en kunskap som andra domstolar kanske saknar.⁷⁷⁵ Det finns dock också de som menar att den flexibilitet som erbjuds i Delaware, vilket exemplifieras med överenskommelser som sker bakom stängda dörrar, inte kommer anställda och fackföreningar eller andra borgenärer till del och att det därför urholkar allmänhetens förtroende för hur bolags insolvens hanteras.⁷⁷⁶

Det har även diskuterats om *forum shopping* i USA leder till ett så kallat *race to the bottom* genom att lagstiftare försöker locka gäldenärer till en viss stat, eller till och med till USA, genom en allt mer gäldenärsvänlig insolvensrättslig reglering.⁷⁷⁷ Vissa menar dock att en sådan negativ regelkonkurrens på sikt kan jämnas ut av marknadskrafter eftersom borgenärer inte vill handla med gäldenärer som kan tänkas omfattas av alltför mild reglering.⁷⁷⁸ Kraven från marknaden medför kanske då istället ett *race to the top* eftersom lagstiftare därigenom får incitament till hårdare, mindre gäldenärsvänlig insolvensrättslig reglering för att locka investerare till en viss region.⁷⁷⁹ Det kan dock vara så att det inte blir något *race* över huvud taget på grund av Delawares, *de facto*, monopolställning som bolagsrättsligt forum i USA.⁷⁸⁰

Det är dock högst tveksamt om det alls går att använda slutsatserna i de amerikanska studierna för att också dra slutsatser om *forum shopping* och rättsmissbruk inom EU. Situationen i USA skiljer sig nämligen betydligt från den i EU eftersom de insolvensrättsliga syste-

⁷⁷⁵ Se McCormack (2014) s 823 f., Rasmussen och Thomas (2001) s 283 ff., Skeel (2001) s 310 ff., Miller (2002) s 1989 ff., Ringe (2008) s 603, McCahery (2006) s 457 f. och Enriques och Gelter (2006) s 447 f. Se även McCormack (2009) s 179 f.

⁷⁷⁶ Se McCormack (2014) s 823 f., Rasmussen och Thomas (2001) s 283 ff. och Skeel (2001) s 311 ff. Se även McCormack (2014) s 817 ff. och Ringe (2008) s 597 som båda diskuterar att om det är möjligt att i en specifik situation välja att inte omfattas av en viss nationell reglering utan istället omfattas av en reglering i ett annat land, sk *cherry picking*, snedvrids de rättsliga systemen i länderna eftersom rättsystem baseras på att gäldenärer omfattas av hela systemet och inte enbart valda delar.

⁷⁷⁷ Se Martin och Alogna (2007) s 24 f. Se även Mucciarelli (2008) och Ringe (2008) s 603.

⁷⁷⁸ Se Martin och Alogna (2007) s 24 f.

⁷⁷⁹ Se Martin och Alogna (2007) s 24 f. och LoPucki och Kalin (2001) s 271.

⁷⁸⁰ Se Martin och Alogna (2007) s 24 f. Se även Cole (2002) s 1850 för en fördjupad studie av *forum shopping* i USA.

men här också skiljer sig åt i högre utsträckning än de amerikanska.⁷⁸¹ Det är dessutom inte bara olika typer av nationella insolvensförfaranden och materiell insolvensrättslig lagstiftning som skiljer sig åt mellan EU:s medlemsländer på ett annat sätt än i USA utan även ländernas rättsliga system och språk. Eventuella konsekvenser av *forum shopping* respektive rättsmissbruk måste följaktligen vara större i EU än i USA, på flera plan.

Enligt en rapport från Europeiska kommissionen till Europaparlamentet är *forum shopping*, eller insolvensrättslig turism som det också benämns i rapporten, en realitet idag och oftast handlar det om att gäldenärer försöker styra så att domstolarna i Frankrike, Storbritannien eller Lettland blir behöriga att inleda insolvensförfaranden istället för domstolar i andra länder inom EU i syfte att slippa undan skulder.⁷⁸² Rapporten visar att särskilt tyska och irländska gäldenärer har lockats att flytta platsen för sina huvudsakliga intressen till Storbritannien för att utnyttja det engelska insolvensrättsliga regelverket.⁷⁸³ Det behövs dock fler studier och empirisk data för att avgöra vilka och hur stora effekter *forum shopping* respektive rättsmissbruk har inom EU.⁷⁸⁴ Enligt insolvensförordningen art 90.4 ska kommissionen lägga fram en undersökning om så kallat missbruk av *forum shopping* senast den 27 juni 2020. Det ska bli intressant att följa vad kommissionen kommer fram till.

Ett annat sätt att se på utrymmet för *forum shopping* och rättsmissbruk inom EU är att det ger prov på just det ömsesidiga förtroende mellan medlemsländerna som insolvensförordningen baseras på. Som

⁷⁸¹ Se Aasaru (2011). Detta gör även att det är svårt att jämföra effekterna av *forum shopping* i EU jämfört med USA, se Mörsdorf (2012). Se även McCormack (2014) s 815 ff. och Enriques och Gelter (2006) s 448 f.

⁷⁸² Se Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final, s 9.

⁷⁸³ Se Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final, s 9-10. Jfr också Aasaru (2011) s 362.

⁷⁸⁴ Se Eidenmüller (2009) och McCahery (2006) s 458 f. Se även De Weijs och Breeman (2014) s 495 ff och Cebotari (2014) s 32.

har antytts innefattar nämligen detta ömsesidiga förtroende även ett förtroende för att en gäldenärs insolvens hanteras på ett tillfredsställande sätt oavsett var förfarandet inleds inom EU eller vilket medlemslands lag som blir tillämplig. Om förordningen ska tolkas på detta sätt bör eventuell *forum shopping* eller rättsmissbruk i princip inte spela någon roll i det stora hela, gäldenärens insolvens hanteras ju på ett godtagbart sätt oavsett var det sker.

Mot bakgrund av en sådan tolkning av insolvensförordningen skulle ett önskemål om att harmonisera den materiella insolvensrätten i medlemsländerna kunna ses som ett tecken på ett minskat förtroende mellan medlemsländerna. Detta gäller åtminstone om en harmonisering, eller för den delen ett förbud mot *forum shopping* eller rättsmissbruk, baseras på en rädsla att lokala intressen eller borgenärer skadas av att ”fel” nationell lagstiftning blir tillämplig eller ”fel” nationella insolvensförfarande inleds. Om medlemsländerna verkligen har ett förtroende för varandras insolvensrättsliga system ska det rimligen inte finnas något rätt eller fel.

Samtidigt finns det naturligtvis gränser även för ett ömsesidigt förtroende mellan medlemsländerna. Det vore rimligen dessutom enklare för medlemsländerna att ha ett sådant förtroende för varandras insolvensrättsliga system om de materiella insolvensrättsliga lagstiftningarna inom EU var mer lika varandra.

Oron för att *forum shopping* och rättsmissbruk skulle skada borgenärer eller den inre marknadens funktion kan dock vara obefogad. Det krävs som nämnts ytterligare studier av vilka effekter *forum shopping* och rättsmissbruk har för att uttala sig om det faktiskt är negativt, eller i själva verket positivt och också för vem.

Oavsett hur man ska se på utrymmet för *forum shopping* och rättsmissbruk finns det dock ändå särskilt ett problem med insolvensförordningens domsrättsregler. Det utrymme för *forum shopping* och rättsmissbruk som domsrättsreglerna ger lär nämligen främst utnyttjas av den som faktiskt har en reell möjlighet att sätta sig in i medlemsländernas insolvensrättsliga lagstiftningar, jämföra regelverken och konstatera vilket medlemslands insolvensförfarande eller insolvensrättsliga lagstiftning som är mest gynnsam för den personens intressen. De aktörer som har en reell möjlighet att göra detta lär snarare

vara de som redan har starka ekonomiska förutsättningar och kanske inte samhällets svagaste individer eller mindre kapitalstarka borgenärer. Utrymmet att påverka var ett insolvensförfarande inleds eller kan inledas inom EU är följaktligen på intet sätt jämlikt i praktiken.

Det kan dessutom konstateras att man från politiskt håll inom EU verkar se mer skeptiskt på gäldenärer som är fysiska personer som ägnar sig åt *forum shopping* och rättsmissbruk än när sådana åtgärder vidtas beträffande en gäldenär som är en företagare eller en juridisk person. Detta ställningstagande tycks bero på en grundläggande positiv syn på företag och marknadens roll att reglera sådana gäldenärsförehavanden inom EU. Frågan är dock om en sådan syn på företag är realistisk. Det behöver inte vara så att företag faktiskt agerar på ett mer försvarligt sätt vid insolvens än vad fysiska personer gör.

7.2.2 Vägen mot en harmoniserad insolvensrätt inom EU

Redan i insolvensförordningens ingress uttalas att skillnaderna mellan medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningar är så stora att det inte finns utrymme för en harmonisering. I insolvensförordningens förarbeten framgår dock att det ändå gjordes vissa försök till en harmonisering vid revideringen av 2000 års insolvensförordning, även om dessa försök inte blev särskilt framgångsrika.⁷⁸⁵ Förordningen tycks dock i själva verket vara uppbyggd på en tanke om en framtida harmonisering, även om det konstateras i förordningens ingress att en sådan inte är möjlig just nu.

Inom EU, men även genom andra typer av samarbeten i och mellan medlemsländerna, görs dock vissa försök att närma sig en harmonisering på området.⁷⁸⁶ Europeiska kommissionens alldeles nyligen

⁷⁸⁵ Se Europaparlamentets resolution av den 15 november 2011 med rekommendationer till Kommissionen om insolvensförfarande inom ramen för EU:s bolagsrätt (2011/2006(INI)). Se även Impact Assessment Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, Strasbourg, 12.12.2012, SWD(2012) 416 final, s 46.

⁷⁸⁶ Kommissionens rekommendation av den 12.3.2014 om en ny strategi för att hantera konkurs och insolvens, Bryssel den 12.3.2014, C(2014) 1500 final. Jfr Eidenmüller och van Zwieten (2015) s 625 ff och Wessels (2016) s 135. Se även SOU 2016:72 del 2 s 139 ff. Jfr även *The European Model Company Act*, en modellag som är

föreslagna direktiv om harmonisering av vissa aspekter av nationell materiell insolvensrätt, rörande rekonstruktion och bestämmelser om avskrivning av skulder för entreprenörer, utgör ett viktigt sådant bidrag.⁷⁸⁷ Det ska bli intressant att se om detta förslag accepteras och om det i så fall kommer att följas av fler förslag till harmonisering av den materiella insolvensrätten inom EU.

Eftersom vägen mot en harmonisering av de nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningarna inom EU:s medlemsländer har varit så svår framstår harmoniseringen av den internationella insolvensrätten genom EU:s insolvensförordning som ett särskilt betydande framsteg för det internationella samarbetet inom EU. Harmoniseringen av den internationella domsrätten innebär nämligen att det åtminstone är förutsebart hur ett medlemslands domstolars internationella behörighet att inleda ett insolvensförfarande regleras, även om skillnaderna mellan medlemsländernas materiella insolvensrätt består.

Harmoniseringen av domsrätsreglerna framhäver dock också skillnaderna mellan medlemsländernas lagstiftningar. Genom att de olika insolvensförfarandena i medlemsländerna listas i förordningens bilaga A och omfattas av samma domsrätsregler tydliggörs nämligen vilket förfarande som kan komma att inledas istället för ett annat, vilket förenklar en jämförelse mellan förfarandena och de materiella insolvensrättsliga lagstiftningarna. Domsrättsreglerna gör det som nämnts även tydligt för aktörer, såsom gäldenärer och borgenärer, vad som krävs för att styra var ett insolvensförfarande inleds eller kan inledas inom EU och följaktligen även vilket nationellt insolvens-

framtagen av akademiker från flera medlemsländer inom EU och som kan ses som ytterligare ett försiktigt steg mot en frivillig harmonisering av bland annat regelverk rörande rekonstruktion av företag, se <http://law.au.dk/forskning/projekter/europeanmodelcompanyactemca/>. Jfr Teichmann (2016) s 277 ff., Perakis (2016) s 201 ff., Patakyova (2016) s 322 ff. Det finns även ett nordiskt/baltiskt insolvensnätverk som arbetar för en harmonisering av insolvensrätten inom Norden och Baltikum, se Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law från 2016.

⁷⁸⁷ European Commission Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, Strasbourg 22.11.2016, COM(2016) 723 final, 2016/0359 (COD).

förfarande som kan aktualiseras. Skillnaderna mellan olika typer av nationella förfaranden och materiella insolvensrättsliga lagstiftningar kan då vara ett fullgott motiv för en aktör att också ägna sig åt *forum shopping* och rättsmissbruk.

En mer djupgående harmonisering av den nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningen i medlemsländerna skulle innebära att det blir mer transparent och förutsebart hur en gäldenärs insolvens hanteras eftersom den lagstiftning som tillämpas i så fall blir densamma oavsett i vilket land förfarandet inleds.⁷⁸⁸ Det faktum att insolvensförfarandet ger aktörer ett visst utrymme att påverka var ett insolvensförfarande inleds inom EU bör dessutom motivera medlemsländerna att komma överens om en harmonisering av den materiella insolvensrätten. Detta gäller särskilt eftersom insolvensförfarandens domsregler innebär att det i många fall, åtminstone beträffande gäldenärer som är fysiska personer, endast är möjligt att inleda ett insolvensförfarande inom EU, nämligen ett huvudförfarande. Ju större skillnader som finns mellan medlemsländernas materiella insolvensrättsliga lagstiftningar desto större blir konsekvenserna av eventuellt *forum shopping* och rättsmissbruk.

Det kan dock diskuteras om en mer djupgående harmonisering av medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningar alls är önskvärd, om den över huvud taget är möjlig. I föregående avsnitt diskuterades om skillnaderna mellan medlemsländernas lagstiftningar, och utrymmet för *forum shopping* och rättsmissbruk, kanske snarare borde erkännas under en paroll av ömsesidigt förtroende. De rättsliga och kulturella skillnader som finns mellan medlemsländerna skulle då istället kunna bejakas. Harmonisering har inte ett egenvärde i sig. En harmonisering måste dessutom medföra ett politiskt ställningstagande om vilka regelverk och typer av förfaranden som är de ”bästa” för att hantera en gäldenärs insolvens. Vi kanske istället borde acceptera att det inte finns ett ”rätt” svar och faktiskt se den diversitet av de olika insolvensrättsliga systemen inom EU:s medlemsländer som ett bevis för detta.

⁷⁸⁸ Se Wessels (2011) och Weiss (2015) s 213.

Domsrättsreglerna i insolvensförordningen synliggör dock ett behov av att se över medlemsländernas insolvensrättsliga lagstiftning och i synnerhet hur borgenärsskyddet är reglerat i olika insolvensrättsliga regelverk. En eventuell harmonisering skulle, istället för att åstadkomma en komplett rättslikhet inom EU, kunna inriktas på att säkerställa att det inte finns luckor mellan medlemsländernas lagstiftningar på grund av att domsrätten och tillämplig lag regleras genom olika regelverk inom den internationella privat- och processrätten.

Medlemsländerna, inklusive Sverige, kan också självmant se över hur exempelvis borgenärsskyddet är reglerat i nationell materiell rätt och se till att borgenärsskyddande bestämmelser definieras som hänförliga till insolvensrätten för att på så sätt säkerställa att det finns en möjlighet att tillämpa bestämmelserna även beträffande exempelvis insolvensförfaranden som rör utländska gäldenärer. När det gäller svensk rätt kan det handla om att föra in rent insolvensrättsliga bestämmelser i konkurslagen om visst personligt betalningsansvar för utländska bolags ledning vid insolvens. Det kan vara en väg mot en harmoniserad insolvensrätt, även om den följaktligen blir mer inriktad mot att skydda lokala intressen och inte utgör en komplett harmonisering inom EU.

7.2.3 Framåtblick

Europeiska kommissionen ska lägga fram en rapport om hur insolvensförordningen har tillämpats senast den 27 juni 2027 och därefter var femte år enligt förordningen art 90.1. Vid behov ska denna rapport dessutom följas av förslag till ändringar av förordningen. Den förra utvärderingen av insolvensförordningen, då 2000 års förordning, ledde till en hel del förändringar genom tillkomsten av 2015 års förordning och det är möjligt att även nästa utvärdering kommer leda till en ny revidering.⁷⁸⁹ Det kan tänkas att en sådan revidering även kan komma att omfatta insolvensförordningens domsrättsregler, men kanske också ett nytt försök till en harmonisering av medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningar.

⁷⁸⁹ Jfr Weiss (2015) s 203.

Det verkar däremot inte särskilt sannolikt att en eventuell framtida revidering av insolvensförordningen kommer att inkludera ett uttryckligt förbud mot *forum shopping* och rättsmissbruk. Skälet för detta är helt enkelt att domsättsreglerna måste förstås så att de redan i sig förhindrar sådana åtgärder i den utsträckning som det uppfyller förordningens målsättningar. Domsrättsreglerna förhindrar *forum shopping* och rättsmissbruk i princip i samma utsträckning som det är förbjudet enligt EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt. Insolvensförordningen verkar inte ha en målsättning att förhindra aktörer från att påverka var ett insolvensförfarande inleds eller kan inledas inom EU i någon större utsträckning än vad som följer av denna praxis. Så länge förordningens målsättningar inte ändras i denna del lär det följaktligen inte heller införas något förbud. Europeiska kommissionen ska dock lägga fram en rapport om missbruk av *forum shopping* som kanske kan komma att påverka en eventuell revidering i denna del om det exempelvis visas att *forum shopping* och rättsmissbruk förekommer på ett sätt som skadar den inre marknadens funktion.

En betydande fördel med insolvensförordningens domsrättsregler är att de ställer krav på att gäldenären ska ha en objektivt fastställbar och genuin anknytning till ett medlemsland för att domstolarna i det landet ska vara internationellt behöriga att inleda ett insolvensförfarande. Anknytningskraven innebär därigenom att det blir förutsebart för utomstående och särskilt gäldenärens borgenärer var ett insolvensförfarande kan inledas, även om detta endast gäller vid tidpunkten då ett insolvensförfarande begärs. De innebär dessutom att det inte är möjligt att helt konstruera en anknytning, så länge den inte uppfyller de krav som ställs enligt art 3.

Domsrättsreglerna är dock inte helt oproblematiske och det finns en del förbättringar som kan göras. Till att börja med skulle domsrättsreglerna beträffande huvudförfaranden bli betydligt mer tydliga om presumptionerna i art 3.1 togs bort och domsrätten istället helt baserades på om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom en domstols jurisdiktion. Presumptionerna är inte mycket till presumtioner eftersom de i enlighet med uttalandena i insolvensförordningens ingress ska brytas redan då den nationella domstolen är tveksam beträffande om presumptionerna verkligen utvisar platsen för gäl-

gäldenärens huvudsakliga intressen. I praktiken lär presumptionerna snarast försvåra tillämpningen av insolvensförordningen eftersom det är högst oklart när och hur en nationell domstol ska kunna bli så tveksam beträffande om en presumtion verkligen utvisar platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen i ett enskilt fall att presumptionen ska frångås. Presumptionerna ska dessutom frångås automatiskt om gäldenären har flyttat sitt säte, hemvist respektive huvudsakliga verksamhetsställe inom karenstiden. De skulle därför lika väl kunna tas bort helt ur insolvensförordningen.

Presumptionerna innebär dock en förenkling av bedömningen för nationella domstolar när de ska fastställa var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns. De kan därför vara motiverade av effektivitetsskäl. Denna fördel vägs dock inte upp av det faktum att presumptionerna snarare verkar bidra till att bedömningen av domsrätten blir mer oklar än om de inte hade funnits eftersom nationella domstolar kan komma att göra olika bedömningar av när omständigheterna i fallet ska göra domstolen tveksam angående sin egen behörighet för att just bryta en presumtion. En domstol i ett medlemsland kanske bedömer att en presumtion ska brytas medan andra domstolar i andra medlemsländer, om de hade ställts inför samma situation, skulle bedöma att presumptionen inte ska brytas. Presumptionerna innebär följaktligen att domsrättsreglerna kan komma att tillämpas på olika sätt inom EU, men också att en domstols beslut om huruvida presumptionen ska brytas eller inte blir oförutsebart för enskilda. Om det finns ett sådant behov av förenklade domsrättsregler vore det rimligen bättre att göra presumptionerna till huvudregler och ta bort anknytningskravet platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen.

En annan möjlig förbättring av domsrättsreglerna beträffande juridiska personer och fysiska personer som är egenföretagare eller fria yrkesutövare, skulle vara om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ändrades till gäldenärens huvudsakliga verksamhetsplats istället för att utgöra gäldenärens ”verkliga” huvudkontor. Det verkar nämligen troligt att huvudkontoret i alla fall finns vid gäldenärens huvudsakliga verksamhetsplats och denna plats bör dessutom vara enklare att fastställa för gäldenärens borgenärer än den plats där gäldenären styr sin verksamhet. Det verkar dessutom mer rimligt att inleda ett huvudförfarande i det land där gäldenären bedriver sin huvudsakliga

verksamhet än i det land där gäldenärens huvudkontor finns eftersom huvuddelen av gäldenärens tillgångar normalt också bör finnas i det landet. En sådan plats torde dessutom normalt vara svårare att flytta än gäldenärens huvudkontor, ibland kanske den inte alls kan flyttas, beroende på vilken typ av verksamhet som gäldenären bedriver i landet. Ett sådant anknytningskrav skulle följaktligen kunna begränsa utrymmet för rättsmissbruk av praktiska skäl i högre utsträckning än ett anknytningskrav i form av gäldenärens huvudkontor.⁷⁹⁰ Ett huvudkontor kan dessutom finnas i ett visst land av andra skäl än att det just är det bäst lämpade landet att leda verksamheten från, såsom exempelvis av skattemässiga eller bolagsrättsliga skäl, varför det inte heller nödvändigtvis korresponderar med det land där gäldenärens huvudsakliga intressen faktiskt verkligen finns.

Det har även föreslagits att det skulle kunna införas en karenstid för platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen i likhet med den som gäller för presumptionerna i art 3.1 på exempelvis ett halvår eller ett år.⁷⁹¹ Karenstiden skulle då innebära att platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen ska bedömas utifrån var den fanns sex månader före ansökan om huvudförfarande om det kan visas att gäldenären har flyttat denna plats inom denna tidsperiod. På så sätt skulle det kunna förhindras att gäldenären försöker påverka var ett insolvensförfarande kan inledas ”i sista minuten” och på så sätt kan utrymmet för rättsmissbruk begränsas. Aasaru menar att det också skulle vara mer förutsebart för tredje man var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns vid en given tidpunkt.⁷⁹²

Det finns dock även nackdelar med en sådan karenstid. Platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen baseras nämligen på vad som är objektivt fastställbart för tredje man när ansökan lämnas in. Det kan därför vara problematiskt om en domstol ska bortse detta och istället bedöma domsrätten utifrån gäldenärens anknytning till en plats där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen en gång fanns, men som inte är objektivt fastställbar för tredje man längre. Behörig dom-

⁷⁹⁰ Jfr även Wessels (2006) s 187 som är av en liknande åsikt. Jfr även Szydlo (2009) s 753 ff.

⁷⁹¹ Se Aasaru (2011) s 349 ff.

⁷⁹² Se Aasaru (2011) s 349 ff.

stol ska dessutom vara en domstol i den jurisdiktion som gäldenären har närmast anknytning till. Om det finns en verkligt genuin koppling till den nya jurisdiktionen borde det också innebära att domsrätten knyts till det landet.

En karenstid kan också innebära att bedömningen av domsrätten blir betydligt mer komplex eftersom en domstol måste fastställa var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen fanns vid olika tidpunkter, vilket skulle kunna medföra en onödig försening av ett insolvensförfarande, särskilt om bedömningen drar ut på tiden. En karenstid innebär dessutom enbart att en gäldenär får planera eventuellt rättsmissbruk längre i förväg.

Anknytningskravet platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen har kritiserats för att det förutsätter att nationella domstolar bedömer var gäldenären förvaltar sina intressen och att det då finns en risk att olika domstolar i olika medlemsländer gör olika bedömningar.⁷⁹³ Kritiken har gått ut på att det kanske inte alls är möjligt att uppnå en enhetlig tillämpning av domsrättsreglerna i praktiken när det rör sig om ett anknytningskrav som kan tolkas på olika sätt. Om anknytningskravet gavs en helt tydlig och klar definition i insolvensförordningen skulle det dock på ett mer direkt och tydligt sätt förenkla de nationella domstolarnas bedömning. Då skulle sannolikt även behovet av en presumtion minska.

En del forskare har dock föreslagit att anknytningskravet platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen istället ska fasas ut ur insolvensförordningen och istället ersättas med ett mer formellt anknytningskrav.⁷⁹⁴ Beträffande gäldenärer som är bolag och andra juridiska personer har det föreslagits att anknytningskravet ska ersättas med ett anknytningskrav i form av gäldenärens registrerade säte.⁷⁹⁵ För gäldenärer som är fysiska personer skulle anknytningskravet på motsvarande sätt kunna ändras till personens medborgarskap, möjligen i kombination med gäldenärens hemvist för de fall då gäldenären har dubbelt medborgarskap.

⁷⁹³ Se Gullifer, Ringe och Théry (2009) s 112, 119 samt s 124 f.

⁷⁹⁴ Se Ringe (2008) s 589 f. samt Szydlo (2010) s 270.

⁷⁹⁵ Se Lennarts (2010) s 112.

Ett sådant mer formellt anknytningskrav som gäldenärens säte eller medborgarskap torde vara enklare att fastställa än platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Eftersom det inte krävs en bedömning av olika omständigheter i det enskilda fallet innebär ett sådant anknytningskrav dessutom att bedömningen av domsrätten kan ske på samma sätt i varje medlemsland. Det innebär följaktligen att en nationell domstols beslut om sin egen behörighet, åtminstone i teorin, skulle kunna bli mer förutsebart.⁷⁹⁶

Ett formellt anknytningskrav motsvarar dock inte nödvändigtvis den plats som gäldenären faktiskt har sin främsta, objektivt fastställbara, verkliga anknytning till. Det faktum att det är enklare att fastställa i praktiken betyder därför inte att ett beslut om att inleda ett huvudförfarande i det landet blir mer förutsebart för borgenärskollektivet i praktiken. Gäldenärer som är bolag eller andra juridiska personer kan dessutom då fortfarande påverka domsrätten genom att låta omregistrera sig i ett annat medlemsland, vilket dock kan vara mer eller mindre problematiskt i praktiken beroende på tillämplig nationell lagstiftning.⁷⁹⁷

För egen del föredrar jag anknytningskravet platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen framför ett mer formellt anknytningskrav. Det huvudsakliga skälet för detta är att det säkerställer att gäldenären faktiskt har en genuin anknytning till det medlemsland vars domstolar blir behöriga att inleda ett huvudförfarande.

När det gäller domsrätsreglerna beträffande sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden skulle dessa kunna förbättras genom att det ges ett utrymme att inleda sådana förfaranden i medlemsländer där gäldenären har tillgångar. Det skulle innebära att lokala intressen i dessa länder kan skyddas genom ett lokalt insolvensförfarande i det landet, mot de konsekvenser det kan innebära att ett

⁷⁹⁶ Se Ringe (2008) s 589 f. samt Szydlo (2010) s 270.

⁷⁹⁷ Se Wessels (2006) s 190. Jfr även McCahery (2006) s 455 ff, Eidenmüller (2009) s 4 ff., och Menéndez (2010) s 99 ff. Szydlo (2010) som menar att när det blir mer klart och förutsebart var platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns blir det också enklare att ägna sig åt missbruk eftersom gäldenären då vet vilka omständigheter som behöver ändras.

insolvensförfarande enbart kan inledas i ett annat land där den lag som ska tillämpas skiljer sig åt från lagen i det land där tillgången finns.

Detta är inte en ny tanke. Domsrättsreglerna i insolvensförordningen innebär i själva verket att utrymmet för en svensk domstol att inleda ett insolvensförfarande har minskats något. Anknypningskraven i art 3.1 och 3.2 är snävare än de anknypningskrav som ställs för att en svensk domstol ska vara internationellt behörig att inleda en konkurs eller företagsrekonstruktion genom en analog tillämpning av rättegångsbalken 10 kap. När det gäller fysiska personer som inte bedriver någon ekonomisk verksamhet är det till exempel enbart möjligt att inleda ett huvudförfarande enligt insolvensförordningen i det land där platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen finns, men det finns fler möjligheter att inleda ett sådant förfarande vid en tillämpning av rättegångsbalken.

En sådan utvidgning av insolvensförordningens domsrättsregler verkar dock högst osannolik. Skälet för detta är att förordningen i själva verket måste förstås så att den just syftar till att begränsa utrymmet att inleda sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden inom EU. Inte minst det snäva anknypningskravet driftställe talar för en sådan tolkning av förordningen. I insolvensförordningens ingress uttalas det till och med att sekundärförfaranden kan hämma förvaltningen av gäldenärens egendom i huvudförfaranden och därför ska undvikas, även om det ändå ges en möjlighet att inleda sådana förfaranden då gäldenären har ett driftställe i ett medlemsland. Då, men inte när gäldenären enbart har egendom i ett medlemsland, anses lokala intressen i det landet vara skyddsvärda enligt insolvensförordningen. En förändring av domsrättsreglerna så att det även kan inledas lokala insolvensförfaranden i medlemsländer där gäldenären enbart har tillgångar verkar följaktligen strida mot insolvensförordningens målsättning om att begränsa antalet insolvensförfaranden som pågår samtidigt inom EU.

En revidering av domsrättsreglerna i form av ett utrymme att inleda förfaranden där gäldenären enbart har tillgångar skulle dock även kunna ses som en tillbakagång för det EU-rättsliga samarbetet eftersom det antyder ett minskat förtroende mellan medlemsländerna och en återgång till nationalism och isolationism. Domsrättsreglernas konstruktion talar som nämnts för att medlemsländerna har ett förtro-

ende för att gäldenärens insolvens hanteras på ett godtagbart sätt oavsett var ett förfarande inleds inom EU. Det innebär, åtminstone i teorin, att medlemsländerna har bedömt att behovet att skydda lokala intressen genom nationella insolvensförfaranden inte är särskilt stort, bortsett från när gäldenären har platsen för sina huvudsakliga intressen eller ett driftställe i ett medlemsland.

Så länge skillnaderna mellan medlemsländernas materiella insolvensrätt består och insolvensförordningen ger utrymme för *forum shopping* och rättsmissbruk kan det dock ändå vara en lämplig lösning att utvidga domsrätten till att även domstolar i medlemsländer där gäldenären har egendom blir behöriga att inleda ett förfarande. Detta gäller inte minst för att just kunna skydda lokala intressen och borgenärer mot eventuella konsekvenser av *forum shopping* och rättsmissbruk.

Istället för att utvidga utrymmet att inleda sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden skulle domsreglerna också kunna ändras så att det enbart är möjligt att inleda huvudförfaranden inom EU. Anknytningskravet driftställe begränsar redan i sig utrymmet att inleda sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden eftersom det enbart är möjligt att inleda sådana förfaranden beträffande gäldenärer som bedriver ekonomisk verksamhet inom EU.

En sådan revidering av insolvensförordningen verkar dock inte vara rätt väg att gå, åtminstone så länge medlemsländernas nationella materiella insolvensrättsliga lagstiftningar inte har blivit föremål för en omfattande harmonisering. Fram till dess finns det nämligen just ett behov av att kunna inleda lokala insolvensförfaranden i andra medlemsländer för att skydda lokala intressen, men även för att det, vilket också motiveras i insolvensförordningens ingress, kan vara så att gäldenärens egendom är för komplex för att förvaltas som en enhet i huvudförfarandet. Detta gäller särskilt då olika medlemsländers lagstiftningar kan komma att tillämpas beträffande vissa typer av rättigheter, avtal och tillgångar under ett insolvensförfarande. Det verkar följaktligen troligt att insolvensförordningens domsregler inte kommer att ändras i den riktningen att utrymmet att inleda förfaranden begränsas ytterligare. Domsreglerna lär även fortsättningsvis reglera en möjlighet att inleda sekundärförfaranden och självständiga territoriella förfaranden, åtminstone under en överskådlig framtid.

Det är inte enkelt att finna en domsrättsregel eller ett anknytningskrav som helt förhindrar *forum shopping* eller rättsmissbruk. Oavsett hur domsrättsreglerna hade sett ut skulle aktörer säkerligen finna vägar att styra var ett insolvensförfarande inleds eller kan inledas inom EU. En betydande fördel med insolvensförordningens domsrättsregler, både beträffande huvudförfaranden och beträffande sekundärförfaranden respektive självständiga territoriella förfaranden, är då just att domsrätten baseras på gäldenärens verkliga och fastställbara koppling till ett medlemsland. Det i sig förhindrar alltför vidlyftig *forum shopping* eller rättsmissbruk.

Jag menar visserligen att EU-domstolens praxis ska förstås så att domstolen menar att det finns ett generellt förbud mot viss typ av missbruk av EU-rätt, även beträffande insolvensförordningen. Det är dock inte helt säkert att EU-domstolens praxis ska tolkas på detta sätt, särskilt eftersom domstolens uttalanden beträffande missbruk av EU-rätt har rört andra EU-rättsliga rättsakter än just insolvensförordningen, eller 2000 års insolvensförordning. En eventuell framtida revidering av insolvensförordningen skulle därför med fördel innehålla ett förtydligande, åtminstone genom ett uttalande i förordningens ingress, om hur insolvensförordningen ska tolkas i ljuset av EU-domstolens praxis beträffande förbud mot missbruk av EU-rätt.

Det måste också sägas att insolvensförordningen i princip inte omfattar alla typer av förfaranden som skulle kunna definieras som insolvensförfaranden inom EU. Förordningen ska endast tillämpas beträffande de förfaranden som finns uppräknade i förordningens bilaga A, med undantag för gäldenärer som är försäkringsföretag och kreditinstitut och liknande enligt art 1. Utrymmet för en aktör att påverka var ett insolvensförfarande inleds eller kan inledas beträffande gäldenärer eller förfaranden utanför insolvensförordningens tillämpningsområde framgår istället av de internationella privat- och processrättsliga regelverk som ska tillämpas beträffande dessa. Förordningens tillämpningsområde skulle kunna utökas i denna del så att den omfattar flera typer av insolvensförfaranden. Det skulle vara fördelaktigt eftersom det skulle klargöra domsrätten för insolvensförfaranden ytterligare inom EU.

Summary

Background and aim of the thesis

Questions regarding cross-border insolvency have become the subject of increasing interest in recent years. This is partly due to the ever ongoing globalization and internationalization, the economic crisis in 2008 as well as the interpretations made by the European Court of Justice regarding the freedom of establishment, regulated in the Treaty on the Functioning of the European Union. Legal persons often have connections to more than one Member State within the EU and natural persons can choose to live, work and do business in more than one Member State.

Insolvency proceedings can give rise to complex legal issues regardless of whether the debtor in question has connections to other countries or not. If the debtor, for example, has assets, conducts his business, or both, in several Member States within the EU at the same time or has entered into agreements with persons domiciled in a Member State other than the State which the debtor has the closest connection to, issues related to insolvency can become more complicated. A key issue is which Member State's courts or other national authority has international jurisdiction to open an insolvency proceeding regarding the debtor. This issue is the focus of this thesis.

International jurisdiction has historically been regulated by national legislation and bilateral or multilateral agreements. In 2000, however, a regulation was adopted within the EU which harmonized national rules regarding international jurisdiction for insolvency proceedings in the Member States. The Insolvency Regulation was recast in 2015 and the revised version will replace the current regulation by the summer of 2017.

The rules regarding international jurisdiction in the Insolvency Regulation ensure that international jurisdiction, within the scope of

the regulation, is regulated in the same way in each Member State. Since the first Regulation was adopted, it has become more clear which Member State's courts have jurisdiction to open insolvency proceedings. The Insolvency Regulation also make it more clear for debtors, creditors and, where applicable, insolvency practitioners, where and when an insolvency proceeding can be opened.

While the question of international jurisdiction has been subject to harmonization within the EU, the corresponding harmonization of the Member States' national substantive insolvency law is missing. Various types of national insolvency proceedings and substantive national insolvency law differ to such an extent that it may warrant a debtor or creditor to try to influence in what Member State a procedure is opened within the EU. The freedom of establishment also gives debtors who are nationals of a Member State the possibility to establish themselves in another Member State and thus influence which court is competent to open an insolvency proceeding.

The aim of this thesis is to investigate the rules regarding international jurisdiction in the Insolvency Regulation and how these rules give a debtor, creditor or insolvency practitioner a possibility to influence in which Member State a proceeding is opened or where it can be opened within the EU. The thesis aims to provide a greater understanding of the jurisdiction rules and how they contribute to a need for harmonization of the Member States' national substantive insolvency laws.

International jurisdiction regarding insolvency proceedings within the EU

The provisions in the Insolvency Regulation are binding and directly applicable in the Member States, with the exception of Denmark. The Regulation is however not applicable regarding insolvency proceedings for credit institutions, insurance undertakings, and the like. These types of creditors are instead covered by other legal acts within the EU. The Regulation also only covers the national insolvency proceedings which are listed in its Annex A. In Sweden these are *konkurs*, *företagsrekonstruktion* and *skuldsanering*. *Skuldsanering för företagare* is still

outside of the scope of the Insolvency Regulation, but will probably be included after a revision of Annex A.

The Insolvency Regulation distinguishes between insolvency proceedings that are the main proceedings, which are given universal effects and includes all of the debtor's property, and independent territorial proceedings and secondary proceedings, which are restricted to assets in the Member State where the proceedings are opened. They are in other words territorially limited proceedings as opposed to the main proceedings which are universal proceedings. The primary difference between the secondary proceedings and independent territorial proceedings is that they are opened at different times in relation to a main proceeding. Secondary proceedings are opened after the opening of a main proceeding and independent territorial proceedings may only be opened when no main proceeding has yet been opened.

A national court in a EU member state that has received a request to open an insolvency proceeding covered by the Insolvency Regulation must, on its own initiative, determine if it is competent to initiate the proceeding under the Regulation article 3. The rules of jurisdiction differ depending on the type of insolvency proceeding, but what they have in common is that the debtor must have a real, i.e. ascertainable by third parties, connection to the Member State where the application to open the proceeding has been made.

Main proceedings can only be opened in the country where the debtor has its centre of main interests, in accordance with the Insolvency Regulation art 3.1. This place, which is the place where the debtor makes decisions, directs and organizes its operations in a way that is objectively ascertainable by third parties, is for legal persons presumed to be same place as the debtor's registered office. For individuals who are self-employed or independent professionals, it is presumed to be the debtor's principal place of business and for other natural persons the place of the debtor's habitual residence.

The presumptions in art 3.1 should, however, only be seen as starting points rather than as strong presumptions. If the national court is in doubt as to whether the location of the debtor's main interests is located within the jurisdiction of the court, then the court should on its own initiative depart from the presumption, in accord-

ance with the statements in the preamble of the Insolvency Regulation. This assumes, however, that the court finds reason to be doubtful, which could be difficult to achieve in practice if the court in accordance with national law will have to rely on the evidence submitted by the applicant. The presumptions must, however, also be departed from automatically if the debtor is a legal or natural person who has transferred its registered office or principal place of business within three months before the request to open the main proceeding. For other natural persons the corresponding period is instead six months. The reason for these differences in time for different debtors seems to be that a move made by a natural person is seen with more skepticism than when legal persons or natural persons who are self-employed move between Member States.

The centre of the debtor's main interests should be understood to only be in one Member State at a time. However, in practice there may be occasions when courts in different Member States could decide that this place is within their jurisdiction at the same time. A court can for example deem that a presumption is applicable while another court would deem that the presumption should not be applied and that the location of the debtor's main interests is within that court's jurisdiction. In such a case the situation should be resolved by the rules of recognition in the Insolvency Regulation. This means that the decision made by the court who is first to decide to open a main proceeding must be recognized by the courts in other EU Member States. Other Member States' courts are consequently prevented from opening a main proceeding as long as the first procedure is still ongoing. Thus, it should not be possible to open more than one main proceeding at the same time within the EU, although courts in different Member States could in theory deem that they are competent to open main proceedings at the same time.

When it comes to secondary proceedings and independent territorial proceedings, the courts of a particular Member State are competent to open such proceedings if the debtor has an establishment in the Member State and the centre of the debtor's main interests is in another EU Member State, according to art 3.2. If the establishment has been closed down, but it was in operation within three months prior to the application to open the main proceeding, the debtor is

considered to still have an establishment in that Member State. The courts of the Member State are consequently still competent to open a secondary proceeding.

A prerequisite for opening a *skuldsanering* under Swedish law is however that the centre of the debtor's main interests is in Sweden. This requirement thus prevents courts from opening a *skuldsanering* in Sweden in the form of a secondary proceeding or independent territorial proceeding since these can only be opened when the centre of the debtor's main interests is in another Member State.

An establishment is to be understood as a place where the debtor carries, or has carried out, a non-transitory economic activity with both human means and assets. This definition significantly limits the possibility to open secondary proceedings and independent territorial proceedings generally within the EU as it requires that the debtor actually is engaged in economic activities in Member States other than the Member State where the debtor has its centre of main interests. It is not possible to open a proceeding in a State where the debtor only has assets but no such economic activity.

The Insolvency Regulation also contains other provisions that further restrict the possibility to open secondary proceedings and independent territorial proceedings within the EU. For instance, independent territorial proceedings can only be opened at the request of certain specified persons or when it is not possible to open a main proceeding. There are no such limitations regarding secondary proceedings, but a national court in the Member State where the debtor has an establishment may instead be hindered from opening a secondary insolvency proceeding if the insolvency practitioner in the main proceeding has made a commitment to prevent a local proceeding with local creditors under the Insolvency Regulation art 36 and this commitment has become binding.

It is possible for a debtor to have establishments in several Member States at the same time. The rules of jurisdiction in art 3 do not prevent the courts in such Member States from opening secondary proceedings or independent territorial proceedings simultaneously regarding the same debtor. The rules do however restrict the possibility to open such proceedings generally because of this requirement.

The ability of a creditor, debtor or insolvency practitioner to influence the international jurisdiction regarding insolvency proceedings

The rules of jurisdiction in the Insolvency Regulation art 3, both regarding main proceedings and secondary proceedings and independent territorial proceedings, enable forum shopping. This means that a debtor, creditor or an insolvency practitioner, who is authorized to request that proceedings be initiated, can choose to submit its request to open a proceeding to a court in the Member State where this best suits their interests. This is however only possible if the courts in several Member States actually would deem that they are competent to open the insolvency proceeding in accordance with the Insolvency Regulation art 3.1 or 3.2 at the same time.

The Insolvency Regulation does not contain any explicit prohibition against a debtor, creditor or insolvency practitioner taking measures to make sure that the requirements under art 3 are met in a certain Member State rather than in another Member State and thereby influence which Member State's courts are competent to open a certain insolvency proceeding. Both creditors and insolvency practitioners have, unlike the debtor, limited possibilities to influence the debtor's connection to a Member State in accordance with art 3 because they typically have no control over where the debtor chooses to have its main interests or an establishment. Creditors may however make an agreement with the debtor to the effect that the debtor takes measures to move, or keep, such connections to a certain Member State. Such measures must be in place before the request to open the insolvency proceeding in order to be of any effect with regard to international jurisdiction under art 3. It is not possible to influence jurisdiction regarding secondary proceedings by closing down an establishment if the establishment was located in the relevant Member State within three months prior to the request to open the main proceeding.

The European Court has developed a principle in its case law regarding a prohibition of abuse of EU law. In my view, this case law should be understood to be applicable with regard to the Insolvency Regulation. This means that if an establishment has been closed down so that it is no longer possible to open a secondary proceeding or an

independent territorial proceedings in a certain Member State and it can be shown that the sole purpose of closing the establishment down was to prevent the proceeding to the detriment of local interests in that Member State, this action can constitute abuse of the insolvency Regulation art 3.2. If so, the national courts should ignore the abuse when applying art 3.2, namely the fact that the establishment has been closed down. Likewise, a relocation or selling of an asset can constitute abuse of EU law in accordance with the case law of the European Court of Justice. If it can be shown that the main purpose of a relocation or realization of an asset was that it would not be included by a secondary proceeding or independent territorial proceeding in a given Member State, a national court should thus ignore the measure when assessing where the asset is located in accordance with the Insolvency Regulation. The case law of the European Court of Justice regarding prohibition of abuse of EU law restricts therefore the possibility to influence international jurisdiction to some extent. It is however not certain that the case law should be interpreted in this way.

Although the Insolvency Regulation does not contain an explicit prohibition of forum shopping and abuse of law, the possibility to engage in such actions should not be exaggerated. There is still the requirement in art 3 that the debtor has to have a real, objectively ascertainable, connection to a Member State in order for the courts of that State to be competent to open an insolvency proceeding.

This requirement implies that the debtor will have to have significant links to several Member States in order for there to be any possibility to engage in forum shopping. Debtors, especially natural persons, may not always have such international connections making forum shopping possible. The requirements also hinders, for example, the debtor from constructing a headquarter or an establishment in a certain Member State with the object of making the courts in this Member State competent to open a main or secondary proceeding in accordance with art 3, unless the debtor actually manages its activities from this new place or conducts an objectively ascertainable economic activity in that Member State.

Although the requirements for international jurisdiction in art 3 thus limit the possibility to engage in forum shopping and abuse, the Insolvency Regulation does not contain any rule prohibiting such

measures. There are however rules in the Regulation that restrict the possibility to engage in such measures, but they are to be applied generally, that is, whether forum shopping or abuse of rights has occurred or not. Even the rule in art 3.1, which states that the presumptions should be disregarded when the debtor has moved within a certain amount of time, is to be applied even when no forum shopping or abuse has taken place.

There are rules in the Insolvency Regulation, such as the requirements for initiating an independent territorial proceeding under art 3.4 and the possibility for an insolvency practitioner to make a commitment under art 36, which further limits the possibility to engage in forum shopping or abuse. These provisions, however, actually limit the possibility to open secondary proceedings and independent territorial proceedings generally. The provisions seem to guarantee the dominant position of the main proceedings rather than prohibiting forum shopping or abuse. When these provisions prevent forum shopping and abuse this is simply a consequence of the application of the rules. Art 36 does however give the insolvency practitioner in the main proceeding as well as the debtor's creditors a possibility to influence in which Member States secondary proceedings can be initiated.

It is stated in the preamble to the Insolvency Regulation that the Regulation aims to counter incentives for parties to engage in forum shopping and abuse to the detriment of the general body of creditors. The courts of the Member States have thus an important responsibility to carefully examine their competence in accordance with art 3. If a court deems that the centre of the debtor's main interests is not within the court's jurisdiction, the court shall consequently not open the procedure. This is particularly important as the Insolvency Regulation is based on the principle of mutual trust between Member States and a decision to open a proceeding has to be recognized in other Member States.

The national substantive insolvency laws of the Member States do however differ significantly, giving debtors and creditors incentives to engage in forum shopping or abuse. The goal to avoid incentives for forum shopping as stated in the preamble of the Insolvency Regulation can therefore hardly be satisfied, as long as the national substantive insolvency laws have not been the subject of more far-reaching

harmonization. The Insolvency Regulation could also be revised to expressly prohibit forum shopping and abuse.

Concluding remarks

The Insolvency Regulation and its rules regarding international jurisdiction constitute a major advance in the area of international private and procedural law. If these rules had not been the subject of harmonization, each Member State would instead have had to apply various national rules of jurisdiction. It would then have been far less predictable for debtors and creditors where a proceeding would actually be opened within the EU.

The fact that the Insolvency Regulation allows for forum shopping and abuse, at least to some extent, does however mean that it can still be unpredictable for individuals where a certain insolvency proceeding will be opened, except at the time of application. This possibility can admittedly be justified by the fact that all forum shopping does not necessarily have to be a negative phenomenon. For those who prefer predictability, it is however still a significant disadvantage.

The Member States' national substantive insolvency laws have, unlike the rules of international jurisdiction, not been the subject of any far-reaching harmonization, although there have been some moves forward in this area in recent times. The harmonized rules of jurisdiction through the EU insolvency regulation, but also the possibility for forum shopping and abuse of law, however, make it clear that there is a need for harmonization of the national substantive insolvency law within the EU. The greater the differences between the Member State's national substantive insolvency laws, the greater the motives will be to engage in forum shopping and abuse. A harmonization would certainly reduce the motives to engage in forum shopping and abuse, even though debtors and creditors, of course, can still be driven by other motives to engage in these types of actions than simply differences in national insolvency laws.

While a harmonization would reduce the motive to engage in forum shopping and abuse, it is important to point out that harmonization does not necessarily have an intrinsic value in itself. The differences between national substantive insolvency laws are due to differ-

ences in cultural and legal traditions, and should perhaps, just like our different languages, be accepted for what they are rather than be subject to harmonization.

Even if we accept the possibility given by the Insolvency Regulation to engage in forum shopping and abuse, there is still one unresolved issue. This possibility will namely primarily be used by those who actually have a real opportunity to familiarize themselves with the insolvency laws of the Member States, compare these laws and establish which Member State's insolvency laws are the most favorable to them. The persons who have a real opportunity to do this would probably be those who already have strong economic positions in society. The possibility to influence where a proceeding is opened is thus in no way equal in practice.

It must also be pointed out that the Insolvency Regulation does not include all kinds of proceedings within the Member States that could, more generally speaking, be defined as insolvency proceedings. The Regulation should only be applied regarding the proceedings listed in its Annex A. The possibility to influence where an insolvency proceeding is opened regarding other types of proceedings or regarding debtors outside of the scope of the Regulation depends on the international private and procedural rules that are applicable to them.

Käll- och litteraturförteckning

Källförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 2015/16:5 *Genomförande av krishanteringsdirektivet*

Prop. 2015/16:125 *Skuldsanering - förbättrade möjligheter för överskuldssatta att starta om på nytt*

Prop. 2015/16:148 *Kvarstad på bankmedel inom EU*

Prop. 2010/11:31 *Bättre möjlighet till skuldsanering*

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

Prop. 2005/06:124 *Ett enklare och snabbare skuldsaneringsförfarande*

Prop. 2003/04:112 *Europabolag*

Prop. 1995/96:5 *Lag om företagsrekonstruktion*

Prop. 1994/95:189 *Konkursgäldenären*

Prop. 1993/94:123 *Skuldsaneringslag*

Prop. 1986/87:90 *om ny konkurslag*

Prop. 1980/81:35 *om internordiska konkurser*

Prop. 1975:6 *om ändring i konkurslagen (1921:225) m.m.*

Statens offentliga utredningar

SOU 2016:72 *Entreprenörskap i det tjugoförsta århundradet, del 1 och del 2*

SOU 2016:17 *EU:s reviderade insolvensförordning m.m.*

SOU 2010:2 *Ett samlat insolvensförfarande - förslag till ny lag*

SOU 1992:113 *Lag om företagsrekonstruktion*

Departementsserien

Ds 2015:32 *Anknytningskravet i skuldsaneringslagen*

Ds 2007:6 *Internationell Insolvens - en diskussionspromemoria*

EU-dokument

European Commission Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, Strasbourg 22.11.2016, COM(2016) 723 final, 2016/0359 (COD)

Europeiska kommissionen: Study on a new approach to business failure and insolvency Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices, Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075 januari 2016

Rådets motivering: Rådets ståndpunkt (EU) nr 7/2015 vid första behandlingen inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om insolvensförfarande (omarbetning) (2015/C 141/02)

Meddelande från Europeiska kommissionen till Europaparlamentet enligt artikel 294.6 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt om rådets ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av rådets förordning (EG) nr 1346/2000 om insolvensförfaranden, Bryssel den 13.4.2015 COM(2015) 173 final 2012/0360 (COD)

Europeiska kommissionens rekommendation av den 12.3.2014 om en ny strategi för att hantera konkurs och insolvens, Bryssel den 12.3.2014, C(2014) 1500 final

Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om ”Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, rådet och Europeiska ekonomiska och sociala kommittén – En ny europeisk strategi för att hantera misslyckade företagssatsningar

och insolvens” COM(2012) 742 final och ”Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av rådets förordning (EG) nr 1346/2000 om insolvensförfaranden” COM(2012) 744 final – 2012/0360 (COD) 2013/C 271/10

Impact Assessment Accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, Strasbourg, 12.12.2012, SWD(2012) 416 final.

Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final

Europaparlamentets resolution av den 15 november 2011 med rekommendationer till kommissionen om insolvensförfarande inom ramen för EU:s bolagsrätt (2011/2006(INI))

Harmonisation of Insolvency Law at EU Level, Policy Department C – Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels 2010

Smit, E, Virgos, M, *Rapport angående konventionen om insolvensförfaranden*, 1996, återfinns på svenska i Mellqvist (2002) s 313 ff. samt på engelska i Moss (2009) s 381 ff (cit. förklaranderapporten)

Litteraturförteckning

- Aasaru, E, *The Desirability of "Centre of Main Interests" as a Mechanism for Allocating Jurisdiction and Applicable Law in Cross-Border Insolvency Law*, European Business Law Review 2011, s 349-378
- Agell, A, *Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap*, I: Festskrift till Stig Strömholm, Iustus 1997, s 35-62
- Armour, J, Ringe, W-G, *European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis*, Common Market Law Review 2011, s 125-174
- Armour, J, Black, B, Cheffins, B, *Is Delaware Losing its Cases?*, Journal of Empirical Legal Studies 2012, s 605-656
- Arvidsson, N, *Aktieägaravtal*, Thomson Reuters Professional 2010
- Bachner, T, *Creditor Protection in Private Companies*, Cambridge University Press 2009
- Baert, A, *Crossing Borders: Exploring the Need for a Fourteenth EU Company Law Directive on the Transfer of the Registered Office*, European Business Law Review 2015, s 518-612
- Behme, C, *The Principle of Mutual Recognition in the European Internal Market With Special Regard to the Cross-Border Mobility of Companies*, European Company and Financial Law Review 2016, s 31-54
- Berends, A J, *The Eurofood Case: One company, two main insolvency proceedings: which one is the real one?*, Netherlands International Law Review 2006, s 331-361
- Berends, A J, *The EU Insolvency Regulation: Some Capita Selecta*, Netherlands International Law Review 2010, s 423-442
- Berglund, M, *EU:s kvarstadsförordning på bankmedel*, JT 2017, s 63
- Bergström, S, Andersson, T, Hästad, T, Lindblom, P H, *Juridikens termer*, Liber 2004
- Bernitz, U, Kjellgren, A, *Europarättens grunder*, Norstedts Juridik 2014

- Bewick, S, *The EU Insolvency Regulation, Revisited*, INSOL International Insolvency Review 2015, s 172-191
- Biermeyer, T, *Shaping the Space of Cross-border Conversions in the EU*, Common Market Law Review 2013, s 571-590
- Block-Lieb, S, *Representing the Interests of Unsecured Creditors*, I: International Insolvency Law, Ashgate Publishing Limited 2013, s 323-362
- Bogdan, M, *Svensk och EU-domstolens rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2013-2014*, SvJT 2015, s 573-624
- Bogdan, M, *EU:s omarbetade insolvensförordning*, JT 2015, s 3-14
- Bogdan, M, *Svensk internationell privat- och processrätt*, Norstedts Juridik 2014
- Bogdan, M, *Svensk och EU-domstolens rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2011-2012*, SvJT 2013, s 937-984
- Bogdan, M, *Private International Law as Component of the Law of the Forum*, Hague Academy of International Law 2012
- Bogdan, M, *EG/EU-domstolens och svensk rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2009-2010*, SvJT 2011, s 873-929
- Bogdan, M, *EG-domstolens och svensk rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2006-2008*, SvJT 2010, s 33-77
- Bogdan, M, *Svensk internationell privat- och processrätt*, Norstedts Juridik 2008
- Bogdan, M, *Sveriges och EU:s internationella insolvensrätt*, Norstedts Juridik 1997
- Bolding, P O, *Bevisbördan och den juridiska tekniken*, Appelbergs Boktryckeri 1951
- Borg-Barthet, J, *The Governing Law of Companies in EU Law*, Hart Publishing 2012
- Bork, R, Mangano, R, *European Cross-Border Insolvency Law*, Oxford University Press 2016

- Bouloukos, M, *The European Company (SE) as a Vehicle for Corporate Mobility within the EU: A Breakthrough in European Corporate Law?*, European Business Law Review 2007, s 535-557
- Bruun, N, Wilhelmsson, T, Rätten, *moralen och det juridiska paradigmet*, SvJT 1983, s 701-713
- Cains, W, *Case Note on Cartesio Decision by the European Court of Justice, Case C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató*, European Review of Private Law 2010, s 569-578
- Cebotari, V, *The Enduring Forum Shopping Phenomenon*, LAP Lambert Academic Publishing 2014
- Cerioni, L, *The "Abuse of Rights" in EU Company Law and EU Tax Law: A Re-reading of The ECJ Case Law and the Quest for a Unitary Notion*, European Business Law Review 2010, s 783-813
- Chuah, J, *Resolving Unresolved Relationship Problems - the Case of Cross Border Insolvency and Pending Arbitrations*, European Company and Financial Law Review 2011, s 423-444
- Cole, M, *"Delaware is Not a State": Are We Witnessing Jurisdictional Competition in Bankruptcy?*, Vanderbilt Law Review 2002, s 1850-1916
- Couwenberg, O, de Jong, G T, *Redeeming Art, 13 of the European Insolvency Regulation*, European Journal of Comparative Law and Governance 2014, s 58-74
- Craig, P, De Burca, G, *EU Law*, Oxford University Press 2015
- Cryer, R, Hervey, T, Sokhi-Bulley, B, *Research Methodologies in EU and International Law*, Hart Publishing 2011
- Cygan, A, Szyszczak, E, *Understanding EU Law*, Sweet & Maxwell Limited 2008
- Dalhuisen, J, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, Hart Publishing 2010
- De la Feria, R, Vogenauer, S, *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing 2011

- De Weijs, R J, Breeman, M S, *Comi-migration: Use or Abuse of European Insolvency Law?*, European Company and Financial Law Review 2014, s 495-530
- Dorresteijn, A F M, *Xenophobia or Competition?*, European Company Law 2004, s 152
- Dotevall, R, *Is a Common Structure of Company Directors' Duties Evolving in EU?*, European Business Law Review 2016, s 285-294
- Dotevall, R, *Aktiebolagsrätt - fördjupning och komparativ belysning*, Norstedts Juridik 2015
- Dotevall, R, *Samarbete i bolag*, Norstedts juridik 2009
- Dotevall, R, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, Norstedts Juridik 2008
- Dotevall, R, *Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer*, SvJT 2006, s 885-899
- Doublet, D R, Bernt, J F, *Retten og vitenskapen*, Alma mater forlag 1993
- Drinhausen, F, Nohlen, N, *The Limited Freedom of Establishment of an SE*, European Company Law 2009, s 14-19
- Edwards, V, Farmer, P, *Continuity and Change in EU Law*, I: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs, Oxford Scholarship Online 2008
- Eidenmüller, H, van Zwieten, K, *Restructuring the European Business Enterprise: the European Commission's Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency*, European Business Organization Law Review 2015, s 625-667
- Eidenmüller, H, *Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law*, European Company and Financial Law Review 2009, s 1-28
- Eidenmüller, H, *Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe*, European Business Organization Law Review 2005, s 423-447
- Ekelöf, P O, *Rättegång Andra häftet*, Norstedts Juridik 2004
- Ekelöf, P O, *Rättegång Fjärde häftet*, Norstedts Juridik 1992

- Engsig Sorensen, K, *Groups of Companies in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, European Business Law Review 2016, s 393-420
- Engsig Sorensen, K, *The Fight Against Letterbox Companies in the Internal Market*, Common Market Law Review 2015, s 85-118
- Engsig Sorensen, K, *Company Law as a Restriction to Free Movement: Examination of the Notion of "Restriction" Using Company Law as the Frame of Reference*, European Company Law Review 2014, s 178-188
- Enriques, L, Gelter, M, *Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection*, European Business Organization Law Review 2006, s 417-453
- Erk, N K, *The Cross-Border Transfer of Seat in European Company Law: A Deliberation about the Status Quo and the Fate of the Real Seat Doctrine*, European Business Law Review 2010, s 413-450
- Evald, J, *Retsmisbrug i formueretten*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001
- Fletcher, I F, *The Law of Insolvency*, Sweet & Maxwell 2009
- Garcia-Riestra, M, *The Transfer of Seat of the European Company v Free Establishment Case Law*, European Business Law Review 2004, s 1295-1323
- Gelpi, R-M, Julien-Labruyère, F, *The History of Consumer Credit*, St, Martin's Press 2000
- Gelter, M, *Centros, the Freedom of Establishment for Companies, and the Court's Accidental Vision for Corporate Law*, I: EU Law Stories, Cambridge University Press 2015
- Gergely Szabó, D, Engsig Sorensen, K, *Integrating Corporate Social Responsibility in Corporate Governance Codes in the EU*, European Business Law Review 2013, s 781-828
- Gerner-Beuerle, C, Schuster, E-P, *The Evolving Structure of Directors' Duties in Europe*, European Business Organization Law Review 2014, s 191-233

- Geva, E Z, *National Policy Objectives from an EU Perspective: UK Corporate Rescue and the European Insolvency Regulation*, European Business Organization Law Review 2007, s 605-619
- Goode, R, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Sweet & Maxwell 2011
- Gratzer, K, Stiefel, D, *History of Insolvency and Bankruptcy from an International Perspective*, Södertörns Högskola 2008
- Gullifer, L, Ringe, W-G, Théry, P, *Current Issues in European Financial and Insolvency Law*, Hart Publishing 2009
- Hansen, J L, *The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies*, European Company and Financial Law Review 2013, s 1-17
- Hellner, M, *Sverige, EU och den internationella privaträtten*, SvJT 2011, s 388-412
- Hettne, J, Eriksson, I O, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts Juridik 2011
- Hettne, J, *EU-rättslig metod*, Norstedts Juridik 2005
- Heuman, L, *Specialprocess*, Norstedts Juridik 2014
- Hirte, H, *Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups' Insolvencies*, European Company and Financial Law Review 2008, s 213-236
- Hopt, K J, *European Company Law Action Plan Revisited*, Leuven University Press 2010
- Jareborg, N, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004, s 1-10
- Jönzén, J, Möller, M, *Insolvensrättsligt Forum 2007*, Iustus 2009
- Kirchner, C, Painter, R W, Kaal, W A, *Regulatory Competition in EU Corporate Law after Inspire Art: Unbundling Delaware's Product for Europe*, European Company and Financial Law Review 2005, s 159-206
- Korling, F, Zamboni, M, *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur 2013

- Kubmaul, H , Richter, L, Ruiner, C, *Corporations on the Move, the ECJ off Track*, European Company Law 2009, s 246-256
- Larsson, M, *Konsumentskyddet över gränserna - särskilt inom EU*, Iustus 2002
- Latella, D, *The "COMI" Concept in the Revision of the European Insolvency Regulation*, European Company and Financial Law Review 2014, s 479-494
- Lenaerts, K, Van Nuffel, P, *European Union Law*, Sweet & Maxwell 2011
- Lennander, G, *Återvinning i konkurs*, Norstedts Juridik 2013
- Lennarts, L, *EU Corporate Insolvency Law in the Wake of the ECJ's Deko Marty Judgment*, European Company Law 2010, s 106-112
- Loijestijn-Clearie, A, *Have the Dikes Collapsed? Inspire Art a further breakthrough in the freedom of establishment of companies?*, European Business Organization Law Review 2004, s 389-418
- Lombardo, S, *Regulatory Competition in Company Law in the European Union after Cartesio*, European Business Organization Law Review 2009, s 627-648
- LoPucki, L M, Kalin, S D, *The Failure of Public Company Bankruptcies in Delaware and New York: Empirical Evidence of a "Race to the Bottom"*, Vanderbilt Law Review 2001, s 231-282
- Lundberg, J, Nilsson, M, *Europarätten*, Jure 2010
- MacDonald, S B, Gastmann, A L, *A History of Credit and Power in the Western World*, Transaction Publishers 2001
- Mangano, R, *Secondary Insolvency Proceedings. I: Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford University Press 2016, s 397-456
- Martin, D, Alogna, F G, *A European Delaware: The Nascent Regulatory Market in Europe*, Corporate Finance & Capital Markets Law Review 2007, s 1-40

- Mason, R, *Cross-border Insolvency and Legal Transnationalisation*, International Insolvency Review 2012, s 105-126
- McCahery, J A, *Creditor Protection in a Cross-Border Context*, European Business Organization Law Review 2006, s 455-459
- McCormack, G, *Bankruptcy Forum Shopping: The UK and US As Venues of Choice For Foreign Companies*, International and Comparative Law Quarterly 2014, s 815-842
- McCormack, G, *Reconciling European Conflicts and Insolvency Law*, European Business Organization Law Review 2014, s 309-336
- McCormack, G, *Universalism in Insolvency Proceedings and the Common Law*, Oxford Journal of Legal Studies 2012, s 1-23
- McCormack, G, *Jurisdictional Competition and Forum Shopping in Insolvency Proceedings*, Cambridge Law Journal 2009, s 169-197
- Mellqvist, M, *Europeisk internationell insolvensjurisdiktion*, SvJT 2005, s 449-477
- Mellqvist, M, *EU:s insolvensförordning mm, En kommentar*, Norstedts Juridik 2002
- Mellqvist, M, *Gränsöverskridande konkurshantering - EU:s konvention om insolvensförfaranden*, Ny Juridik 1996
- Menéndez, Á E, *The Ancillary Insolvency Proceeding*, INSOL International Insolvency Review 2010, s 99-132
- Mevorach, I, *Forum Shopping in Times of Crisis: A Directors' Duties Perspective*, European Company and Financial Law Review 2013, s 523-553
- Mevorach, I, *Insolvency Within Multinational Enterprise Groups*, Oxford University Press 2009
- Mevorach, I, *The "Home Country" of a Multinational Enterprise Group Facing Insolvency*, International and Comparative Law Quarterly 2008, s 427-448

- Mevorach, I, *Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View*, European Business Organization Law Review 2007, s 179-194
- Miller, H R, *Chapter 11 Reorganization Cases and the Delaware Myth*, Vanderbilt Law Review 2002, s 1987-2018
- Miller, S K, *Piercing the Corporate Veil Among Affiliated Companies in the European Community and in the US*, American Business Law Journal 2008, s 74-151
- Morgell, N B, *EU:s insolvensförordning - svensk domstolspraxis*, SvJT 2010, s 436
- Moss, G, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings, a Commentary and Annotated Guide*, Oxford University Press 2009
- Moss, G, Fletcher, I F, Isaacs, S, *The EU Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford University Press 2016
- Mucciarelli, F, *A New Insolvency Regulation at Last*, European Company Law 2016, s 44-45
- Mucciarelli, F, *Private International Law Rules in the Insolvency Regulation Recast: A Reform or a Restatement of the Status Quo?*, European Company and Financial Law Review 2016, s 1-30
- Mucciarelli, F M, *Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension*, European Business Organization Law Review 2013, s 175-200
- Mucciarelli, F M, *Company "Emigration" and EC Freedom of Establishment: Daily Mail Revisited*, European Business Organization Law Review 2008, s 267-303
- Munukka, J, *Rättsmissbruk, en rättsfigur under framväxt*, Stockholm Centre of Commercial Law, Iustus 2008
- Mörsdorf, O, *The Legal Mobility of Companies Within the European Union Through Cross-Border Conversion*, Common Market Law Review 2012, s 629-670
- Neergaard, U B, Nielsen, R, *European Legal Method In a Multi-level EU Legal Order*, DJOF Publishing 2012

- Nielsen, P A, *Libel Tourism: English and EU Private International Law*, Journal of Private International Law 2013, s 269-288
- Omar, P J, *International Insolvency Law*, Ashgate Publishing Limited 2008
- Omar, P J, *The Convergence of Company and Insolvency Initiatives within the European Union*, European Company Law 2005, s 59-65
- Paschalidis, P, *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*, Oxford University Press 2012
- Patakyova, M, *Bankruptcy and Liquidation: Current Legal Situation in Europe and International Context, Solutions under the European Model Company Act (EMCA)*, European Company and Financial Law review 2016, s 322-350
- Paulus, C, *Group Insolvencies - Some Thoughts About New Approaches*, Texas International Law Journal 2007, s 819-830
- Payne, J, *Cross-Border Schemes of Arrangement and Forum Shopping*, European Business Organization Law Review 2013, s 563-589
- Peczenik, A, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005, s 249-272
- Peczenik, A, *Vad är rätt?*, Fritzes Förlag 1995
- Perakis, E, *The EMCA: General Principles and Main Content*, European Company and Financial Law review 2016, s 200-214
- Persson, A, *Återvinning och EU:s insolvensförordning*. I: Festskrift till Gertrud Lennander, Jure 2010, s 267-281
- Persson, A, *Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem*, Elanders Gotab 1998
- Persson, A, Karlsson Tuula, M, *National Report from Sweden*. I: Commencement of Insolvency Proceedings, Oxford University Press 2012
- Petronella, V, *The Cross-Border Transfer of the Seat after Cartesio and the Non-Portable Nationality of the Company*, European Business Law Review 2010, s 245-265

- Rasmussen, R K, Thomas, R S, *Whither the Race? A Comment on the Delamarization of Corporate Reorganizations*, *Vanderbilt Law Review* 2001, s 283-307
- Regis Noel, F, *A History of the Bankruptcy Law*, General Books LLC 2012
- Renssen, S, *Turbo Liquidation of a Company: An Open Invitation to Commit Fraud?*, *European Company Law* 2016, s 92-97
- Reumers, M, *Cooperation between Liquidators and Courts in Insolvency Proceedings of Related Companies under the Proposed Revised EIR*, *European Company and Financial Law Review* 2013, s 554-592
- Ringe, W G, *General Provisions. I: Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford University Press 2016, s 118-215
- Ringe, W G, Bernitz, U, *Company Law and Economic Protectionism*, Oxford University Press 2010
- Ringe, W G, *Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation*, *European Business Organization Law Review* 2008, s 579-620
- Safley, T M, *The History of Bankruptcy*, Routledge 2013
- Salles, L E, *Forum Shopping in International Adjudication*, Cambridge University Press 2014
- Sandgren, C, *Framtidens doktorsavhandlingar i rättsvetenskap*, *Tidskrift for Rettsvetenskap* 2007, s 388-407
- Sandgren, C, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, *Tidsskrift for Rettsvetenskap* 2005, s 648-656
- Sandgren, C, *Om teoribildning och rättsvetenskap*, *JT* 2004, s 297-333
- Sandström, M, *Rätt eller vetenskap? Till frågan om rättsvetenskapens nytta*, *SvJT* 2002, s 282-292
- Saydé, A, *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, Hart Publishing 2014
- Sexton, A V, *Current Problems and Trends in the Administration of Transnational Insolvencies involving Enterprise Groups*, *Chicago Journal of International Law* 2012, s 1-26

- Sheldon, R, *Cross-Border Insolvency*, Bloomsbury Professional 2011
- Silkenat, J, Schmerler, C, *The Law of International Insolvencies and Debt Restructuring*, Oxford University Press 2006
- Skeel, D A J, *What's So Bad About Delaware?*, Vanderbilt Law Review 2001, s 309-331
- Steiner, J , Woods, L, Twigg-Flesner, C, *EU Law*, Oxford University Press 2006
- Stone, P, *EU Private International Law*, Edward Elgar Publishing 2014
- Strömholm, S, *En gemenskapsrättslig internationell privaträtt? Konsekvenser för nordiskt samarbete, lagstiftning och juristutbildning?*, SvJT 2003, s 521
- Strömholm, S, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning, en lärobok i allmän rättslära*, Norstedts Juridik 1996
- Symeonides, S C, *Codifying Choice of Law Around the World*, Oxford University Press 2014
- Szydlo, M, *Prevention of Forum Shopping in International European Insolvency Law*, European Business Organization Law Review 2010, s 253-272
- Szydlo, M, *The Notion of COMI in European Insolvency Law*, European Business Law Review 2009, s 747-766
- Teichmann, C, *Corporate Restructuring under the EMCA*, European Company and Financial Law review 2016, s 277-300
- Teichmann, C, *Towards a European Framework for Cross-Border Group Management*, European Company Law 2016, s 150-157
- Timmermans, C, *Impact of EU Law on International Company Law*, European Review of Private Law 2010, s 549-567
- Van Calster, G, *COMIng, and Here to Stay: The Review of the European Insolvency Regulation*, European Business Law Review 2016, s 735-753
- Van Calster, G, *European Private International Law*, Hart Publishing 2013

- Van Den Braak, S, *Creditor Protection at the Crossroads of Company and Insolvency Law: The Dutch Example*, European Company Law 2008, s 229-236
- Van Eck, G C, Roelofs, E R, *Moving Into, Through and Out of the EU with Corporate Continuity*, European Company Law 2014, s 210-213
- Van Galen, R, *The Recast Insolvency Regulation and Groups of Companies*, ERA Forum 2015, s 241-253
- Van Nielen, W J B, *European Communication and Cooperation ("CoCo") Guidelines for Cross-border Insolvency Proceedings*, European Company Law 2007, s 260-264
- Veder, M, *Recognition of Insolvency Proceedings. I: Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford University Press 2016, s 307-367
- Wahlgren, P, *Syfte och nytta med rättsvetenskapliga arbeten*, SvJT 2002, s 293-303
- Wallerman, A, *Om fakultativa regler*, Iustus 2015
- Weiss, M, *Bridge over Troubled Water: The Revised Insolvency Regulation*, INSOL International Insolvency Review 2015, s 192-213
- Welamson, L, Mellqvist, M, *Konkurs och annan insolvensrätt*, Norstedts Juridik 2013
- Werlauff, E, *Principles of European Company Law*, European Company Law 2010, s 183-186
- Werlauff, E, *Relocating a Company within the EU*, European Company Law 2008, s 136-139
- Wessels, B, *CJEU Case Note: CJEU 10 December 2015, C-594/14 (Kornhaas v, Dithmar)*, European Company Law 2016, s 82-83
- Wessels, B, *The European Union Regulation on Insolvency Proceedings (Recast): The First Commentaries*, European Company Law 2016, s 129-135
- Wessels, B, *Harmonization of Insolvency Law in Europe*, European Company Law 2011, s 27-31

- Wessels, B, *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, Oxford University Press 2009
- Wessels, B, *The Ongoing Struggle of Multinational Groups of Companies under the EC Insolvency Regulation*, European Company Law 2009, s 169-176
- Wessels, B, *Europe Deserves a New Approach to Insolvency Proceedings*, European Company Law 2007, s 253-259
- Wessels, B, *The Place of the Registered Office of a Company: a Cornerstone in the Application of the EC Insolvency Regulation*, European Company Law 2006, s 183-190
- Wessels, B, *The EC Insolvency Regulation: Three Years in Force*, European Company Law 2005, s 50-58
- Wisniewski, A W, Opalski, A, *Companies' Freedom of Establishment after the ECJ Cartesio Judgment*, European Business Organization Law Review 2009, s 595-625
- Wood, P R, *Principles of International Insolvency*, Sweet & Maxwell 2007
- Woods, L, Watson, P, *EU-Law*, Oxford University Press 2014
- Wymeersch, E, *Is a Directive on Corporate Mobility Needed?*, European Business Organization Law Review 2007, s 161-169
- Zywicki, T J, *Is Forum Shopping Corrupting America's Bankruptcy Courts?*, Georgetown Law Journal 2006, s 1142-1195
- Öberg, U, *Några anteckningar om användningen av förarbeten inom gemenskapsrätten*, JT 2000, s 492-507

Rättsfall

EU-domstolen

- C-353/15 Leonmobili och Leone ECLI:EU:C:2016:374
- C-594/14 Kornhaas ECLI:EU:C:2015:806
- C-649/13 Nortel Networks ECLI:EU:C:2015:384
- C-295/13 H ECLI:EU:C:2014:2410
- C-327/13 Burgo Group ECLI:EU:C:2014:2158
- C-157/13 Nickel & Goeldner Spedition ECLI:EU:C:2014:2145
- C-116/11 Bank Handlowy och Adamiak ECLI:EU:C:2012:739
- C-461/11 Radziejewski ECLI:EU:C:2012:704
- C-527/10 ERSTE Bank Hungary ECLI:EU:C:2012:417
- C-213/10 F-tex Sia ECLI:EU:C:2012:215
- C-191/10 Rastelli Davide e C. ECLI:EU:C:2011:838
- C-112/10 Zaza Retail ECLI:EU:C:2011:743
- C-396/09 Interedil ECLI:EU:C:2011:671
- C-292/08 German Graphics Graphische Maschinen
ECLI:EU:C:2009:544
- C-444/07 MG Probud Gdynia ECLI:EU:C:2010:24
- C-523/07 A ECLI:EU:C:2009:225
- C-339/07 Seagon ECLI:EU:C:2009:83
- C-210/06 Cartesio ECLI:EU:C:2008:723
- C-321/05 Kofoed ECLI:EU:C:2007:408
- C-196/04 Cadbury Schweppes ECLI:EU:C:2006:544
- C-341/04 Eurofood ECLI:EU:C:2006:281
- C-1/04 Staubitz-Schreiber ECLI:EU:C:2006:39
- C-255/02 Halifax m.fl. ECLI:EU:C:2006:121

C-167/01 Inspire Art ECLI:EU:C:2003:512
C-208/00 Überseering ECLI:EU:C:2002:632
C-373/97 Diamantis ECLI:EU:C:2000:150
C-212/97 Centros ECLI:EU:C:1999:126
C-246/89 Kommissionen mot Förenade kungariket
ECLI:EU:C:1991:375
C-221/89 Factortame II ECLI:EU:C:1991:320
C-81/87 Daily Mail ECLI:EU:C:1988:456
C-79/85 Segers ECLI:EU:C:1986:308
C-283/81 Sri CILFIT vs Hälsoministeriet ECLI:EU:C:1982:335
C-133/78 Gourdain v Nadler ECLI:EU:C:1979:49

Högsta domstolen

NJA 2016 s. 779
NJA 2013 s. 31
NJA 2013 s. 22
NJA 2010 s. 734
NJA 2009 s. 383
NJA 2006 s. 420
NJA 2001 s. 339
NJA 1998 s. 767
NJA 1998 s. 361
NJA 1996 s. 700
NJA 1980 s. 340
NJA 1980 s. 164
NJA 1974 s. 311
NJA 1956 s. 1

Hovrätten

Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål nr T 3054-14, 2016-11-24

Hovrätten för Övre Norrland, mål nr Ö 507-12, 2013-11-05

Svea hovrätt, mål nr Ö 10582-10, 2011-05-11

Svea hovrätt, RH 2009:72, 2009-11-11

Hovrätten för Övre Norrland, RH 2008:9, 2008-01-15

Hovrätten över Skåne och Blekinge, RH 2006:25, 2006-05-05

Hovrätten för Övre Norrland, mål nr Ö 929-05, 2006-02-14

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

Svea hovrätt, mål nr Ö 4105-03, 2003-05-30

Svea hovrätt, RH 1990:96, 1989-12-15