



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Li Axrup

EG:s förordning om insolvensförfaranden

- dess innehåll och konsekvenser för svensk
rättstillämpning

20 poäng

Ralf G. Larsson

Insolvensrätt

VT 2001

Innehåll

| | |
|--|-----------|
| ABSTRACT | 1 |
| FÖRKLARINGAR | 3 |
| 1 INLEDNING | 4 |
| 1.1 Introduktion till ämnet | 4 |
| 1.2 Uppsatsens syfte | 4 |
| 1.3 Avgränsning | 5 |
| 1.4 Metod och material | 5 |
| 1.5 Disposition | 6 |
| 2 EU-RÅDETS FÖRORDNING | 7 |
| 2.1 Förordningens bakgrund | 7 |
| 2.2 Förordningens tillämpningsområde | 8 |
| 2.2.1 Grundläggande krav på insolvensförfaranden | 9 |
| 2.2.2 Allmänt om huvudförfaranden | 10 |
| 2.2.3 Allmänt om territoriella förfaranden | 10 |
| 2.3 Konkursjurisdiktion | 12 |
| 2.3.1 Behörig domstol vid huvudförfaranden | 12 |
| 2.3.2 Behörig domstol vid territoriella förfaranden | 14 |
| 2.4 Erkännade och verkställighet | 15 |
| 2.4.1 Erkännande av insolvensförfaranden | 15 |
| 2.4.2 Verkställighet i samband med insolvensförfaranden | 17 |
| 2.5 Tillämplig lag | 19 |
| 2.5.1 Lex Concursus | 19 |
| 2.5.2 Undantagsregler | 19 |
| 2.5.2.1 Undantag som begränsar förfarandets rättsverkan | 20 |
| 2.5.2.2 Undantag som innebär specifika lagvalsregler | 21 |
| 2.6 Förvaltarens befogenheter och skyldigheter | 25 |
| 2.6.1 Befogenheter att agera i ett annat medlemsland | 25 |
| 2.6.2 Skyldighet att informera kända borgenärer | 26 |
| 2.6.3 Regler om samordning och informationsskyldighet | 27 |
| 3 FÖRORDNINGEN OCH SVENSK RÄTT | 30 |

| | | |
|-----|--|----|
| 3.1 | Inledande kommentarer | 30 |
| 3.2 | Svensk konkursjurisdiktion | 30 |
| 3.3 | Utökat erkännade och nya verkställighetsgrunder | 33 |
| 3.4 | Lex concursus och nya undantagsregler | 35 |
| 3.5 | Utländsk förvaltare i Sverige och nyheter för svenska förvaltare | 39 |
| 3.6 | Några andra frågor för svensk rättstillämpning | 40 |
| 4 | AVSLUTANDE KOMMENTARER | 44 |
| | LITTERATURFÖRTECKNING | 46 |

Abstract

The work towards a uniform system within the EU on how to handle international insolvency proceedings has taken more than 37 years. The council regulation on insolvency proceedings, adopted on May the 29th 2000, seeks to create a basis for mutual recognition of insolvency proceedings, to clarify which national rules apply to different issues within these proceedings and to give the liquidator international powers. This thesis aims at giving details of the rules and application of the regulation and at investigating how these new rules might affect Swedish law, including what changes might be caused by the regulation in Sweden, *de lege ferenda* as well as *de sententia ferenda*. The regulation covers two kinds of insolvency proceedings, main proceedings and secondary proceedings. A main proceeding is universal and covers all creditors and can be opened by the courts of the state where the debtor has his main interest. Secondary proceedings, however, only cover the property of the debtor within the state of the opening of the secondary proceeding, and can only be opened by the courts in the country where the debtor has an establishment, hence excluding physical persons. Secondary proceedings are subordinated to the main proceeding. If a main proceeding has not been opened, the right to open secondary proceedings is restricted, all creditors can however lodge claims in any proceeding. A decision to open an insolvency proceeding, and any decision relating to this proceeding, as long as it is derived from insolvency law, is to be directly and automatically recognised in all other member states. The opening of an insolvency proceeding shall have the same effects in any other member state as in the opening state. Decisions shall be enforced in other member countries, unless public policy causes for an exception. The liquidator can also request measures directly under the law where enforcement is to take place. The regulation gives the liquidator power to act according to the law of the opening state, in another member state. The regulation also contains some rules of coordination and exchange of information between liquidators in parallel proceedings, giving the liquidator of the main proceeding powers to affect secondary proceedings. Furthermore the regulation provides rules on applicable law. The main rule is set out in article 4 and points out the law of the opening state as the applicable law to insolvency proceedings. This rule is however revised by quite some exceptions. Articles 5, 6 and 7 restrict the effects of the insolvency proceedings not to cover rights in rem, right to demand set-off and seller's right based on a reservation of title. Articles 8, 9, 10, 11, 14 and 15 exclude the law of the opening state as the only law applicable to different legal situations. Contracts relating to immovable property, financial markets, contracts of employment and effects on lawsuits pending, are to be governed solely by the law appointed in these articles. Article 11 governs effects on rights of the debtor that are subject to registration, pointing out the law in the country of the registration as the applicable law. The last exceptions in article 13 and article 14 limits the possibility to challenge detrimental acts and sets

up rules to protect third party purchasers of immovable assets or some registered assets.

In Sweden, the courts have wide jurisdiction as regards secondary proceedings. In this aspect, the regulation narrows the Swedish jurisdiction to a considerable extent. Due to the fact that no secondary proceedings opened against physical persons will be recognised in other member states, it might, in my opinion, be motivated to restrict opening of such proceedings when the debtor has his centre of main interest in another member state. Between the Nordic countries the Nordic bankruptcy convention has been in force since 1933. For the relations between Sweden and Finland the regulation will be applied instead. Due to a difference between the convention and the law implementing the convention in Sweden, insolvency proceedings opened in accordance with the regulation, might not be recognised by the convention in Norway and Iceland. Furthermore under Swedish law liens, in immovable property are not subject to obligatory registration. This results in article 8 not covering liens, in Swedish immovable property, held by a debtor. The applicable law should therefore be the law of the opening state. According to article 15 of the regulation, Swedish law will govern the effects of an insolvency proceeding on a pending lawsuit in Sweden. This means, according to Swedish law, a right for the liquidator to take over the debtor's position in a trial. This right should also be given to the liquidator of an insolvency proceeding opened in another member state, notwithstanding that the powers of the liquidator shall be decided upon by the law of the opening state. In my opinion, the regulation also affects the debtor's obligation to actively contribute to the realisation of assets in other countries. There is, in my opinion, no need to obligate the debtor to contribute to the realisation of foreign assets, since the regulation gives other means to realising foreign property. There is, for the same reason, no need to exclude foreign property when deciding on insolvency, as long as the property is situated in another member state. The Swedish government's guaranteed payment for workers' claims does not cover any claims in insolvency proceedings outside the Nordic countries. I would recommend a Swedish rule, similar to the one in the Nordic bankruptcy convention, stating that claims raised due to work with a substantial connection to Sweden should be covered by the Swedish guarantee. The regulation clarifies that foreign governmental claims can be lodged in any insolvency proceeding opened in accordance with the regulation. However, the law of the opening state decides the ranking of claims. Due to the rules on applicable law in the regulation, these claims will be unprioritised in Swedish proceedings. This situation cannot be solved by international private law, since the regulation excludes these rules when it talks about applicable law. I would therefore suggest a rule saying that governmental claims, in main insolvency proceeding, enjoy priority in the assets of the debtor in the state lodging the claim.

Förklaringar

Följande begrepp används genomgående i uppsatsen med här angiven betydelse.

Förordningen: Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden.

Huvudförfarande: Insolvensförfarande inlett mot en gäldenär, i enlighet med förordningen, i det land gäldenären har sitt huvudsakliga intresse.

Huvudförvaltare: Förvaltaren i ett förfarande inlett i den stat gäldenären har sitt huvudsakliga intresse.

Inledningsstat: Den stat i vilken beslut om ett insolvensförfarandes öppnande tagits.

Konventionen: I de fall ej annat anges avses med ”konventionen” det utkast till en för EU länderna gemensam konvention på insolvensrättens område som preliminärt undertecknades i september 1995.

Oberoende territoriellt förfarande: Ett förfarande inlett, i enlighet med förordningen, före inledandet av ett huvudförfarande i den stat gäldenären har ett driftställe.

Rapporten: EU-rådets dokument 6500/96, Report on the Convention of Insolvency Proceedings, by Miquel Virgos och Etienne Schmit. Rapport avseende den konvention som preliminärt undertecknades i september 1995.

Sekundärförvaltare: Förvaltaren i ett förfarande inlett, i enlighet med förordningen, i den stat gäldenären har ett driftställe, såväl i oberoende territoriella förfaranden som territoriella sekundärförfaranden.

Territoriellt sekundärförfarande: Ett förfarande inlett efter inledandet av ett huvudförfarande i den stat gäldenären har ett driftställe, samt oberoende territoriella förfaranden som pågår ännu efter inledandet av ett huvudförfarande.

1 Inledning

1.1 Introduktion till ämnet

I 37 år har arbetet pågått i Europa för att få ett enhetligt dokument som reglerar insolvensförfaranden inom EU. Det har länge ansetts vara av stor vikt att skapa ett samhällsekonomiskt optimalt klimat också för de fall då företag hamnar i ekonomiska svårigheter. Det gör man bäst genom förutsebara och klara regler.¹ 1995 undertecknades preliminärt en konvention² på området men det är inte förrän nu som vi står inför ett rättsligt dokument med bärkraft. EU rådets förordning om insolvensförfaranden³ utgör visserligen en i det närmaste exakt kopia av konventionen från 1995, men trots detta är den unik och har ett stort nyhetsvärde. Den utgör nämligen ett för alla EU:s medlemsstater bindande rättsligt dokument. Det är av stor vikt att veta vilka nya möjligheter och skyldigheter som denna förordning innebär. Juridiska såväl som fysiska personer rör sig alltmer på den internationella arenan och många internationella aspekter gör sig gällande även inom insolvensrätten. I Uppsala 1995 beskrev Mikael Mellqvist syftet med den konvention som EU:s medlemsstater just stod i begrepp att preliminärt underteckna. Han angav tre syften; konventionen avsåg att skapa grund för ömsesidigt erkännande av konkurser, klargöra vilka nationella regler som gäller för olika frågor som uppkommer under konkursen och ge konkursförvaltarna en internationell behörighet.⁴ Även EU:s förordning har som mål att uppfylla dessa syften.

1.2 Uppsatsens syfte

Uppsatsens syfte är att redogöra för EU:s förordning om internationella insolvensförfaranden samt att peka på några av de förändringar som förordningen medför eller kan medföra för svensk rättstillämpning. Frågeställningarna tar sin utgångspunkt i de syften som Mellqvist angav för arbetet med konventionen. Hur skapar förordningen möjlighet för ömsesidigt erkännande av konkurser, vem är behörig att fatta beslut om insolvensförfarande enligt förordningen och när skall sådana beslut verkställas och erkännas? Vilka lagvalsregler har man valt och hur skall dessa tillämpas? Hur påverkar förvaltarens nya internationella befogenhet dennes möjligheter och skyldigheter? Slutligen ställer jag mig frågan hur

¹ Se gärna Fura Sandström [1995], s. 111 ff. där hon bl.a. tar upp frågan kring huruvida internationella överenskommelser löser de praktiska problem som förvaltare och domstolar står inför vid gränsöverskridande konkurser.

² EU:s konvention om insolvensförfaranden. Den i Bryssel den 23 november undertecknade svenska konventionstexten finns återgiven i Bogdan [1997:II], s. 196 ff.

³ Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden.

⁴ Beträffande Mellqvist uttalande i Uppsala se vidare Mellqvist [1995], s. 117 ff.

förordningen och dess konsekvenser kan komma att påverka svensk rättstillämpning.

1.3 Avgränsning

Jag är medveten om ämnets breda karaktär. Jag har valt att förhålla mig redogörande till förordningen och fokusera på att ge läsaren en heltäckande bild av rättsläget eftersom jag anser att det är det som är mest välbehövligt idag när förordningens ikraftträdande närmar sig. Den infallsvinkel som jag har valt, och försökt upprätthålla genomgående i min redogörelse, är domarens och förvaltarens, och uppsatsen syftar främst till att klargöra rättsläget i de avseenden som är relevanta för dessa yrkesgrupper. Således har jag i stor utsträckning valt bort frågor som relaterar till borgenärens och gäldenärens intressen.

Beträffande den del av uppsatsen som behandlar Sverige har jag inte för avsikt att redogöra för svensk insolvensrätt som sådan, utan endast att peka på de förändringar som jag anser att förordningen innebär eller bör innebära för svenskt vidkommande. De nedslag jag gör har främst valts på grundval av de insikter jag har kommit till under arbetets gång. På vissa ställen redogörs för det svenska rättsläget för att säkra förståelsen av förordningens påverkan och innehållet i mina resonemang. Förordningen är till stor del ett internationellt privaträttsligt dokument och reglerar flera frågor som hör just till den internationella privaträtten. Jag har försökt fokusera på de insolvensrättsliga konsekvenserna mer än de konsekvenser förordningen har på svensk internationell privaträtt. För att ge en övergripande bild av förordningens påverkan på svensk insolvensrätt måste dock framställningen täcka vissa delar av den internationella privaträtten.

1.4 Metod och material

Arbetet har huvudsakligen följt en sedvanlig juridisk metod. Det tar sin början i en redogörelse för det nya rättsläge som förordningen innebär och avslutas med några konsekvenser av och slutsatser kring detta nya rättsläge. Något material kring förordningen finns i princip inte. Eftersom förordningen till sitt innehåll utgör en i det närmaste exakt kopia av EU:s konvention från 1995 grundas redogörelsen av förordningens innehåll på konventionens material. Att detta material är relevant och i högsta grad aktuellt framgår framför allt av att förordningens innehåll i princip är detsamma som konventionens. Det material som jag tillmätt störst betydelse är EU-rådets rapport⁵ som utformades i samband med tillkomsten av EU:s konkurskonvention. Denna rapport är visserligen skriven av endast två personer men hela den expertgrupp som utformade konventionen står bakom rapporten.⁶ Övrigt material består i huvudsak av artiklar skrivna av

⁵ EU-rådets dokument 6500/96.

⁶ Beträffande rapportens vikt som sekundär rättskälla se Mellqvist [1996], s. 18 f.

Manfred Balz, Michael Bogdan och Mikael Mellqvist. Balz var ordförande för den expertgrupp som utformade konventionen och Mellqvist var Sveriges representant i denna expertgrupp. I uppsatsen förekommer det att jag uttrycker mig som om dessa författare uttalat sig direkt om förordningen, detta främst för att förenkla för läsaren. Jag anser det legitimt att tillförskriva författarnas kommentarer till konventionen samma betydelse för förordningen, till de delar som konventionen och förordningen exakt överensstämmer med varandra. Avseende svensk rätt är det främst Bogdans bok om Sveriges och EU:s internationella insolvensrätt som fått agera ledstjärna.

1.5 Disposition

I kapitel 2 behandlas förordningen och dess regler. Inledningsvis redogörs för förordningens bakgrund och tillämplighetsområde, särskilt avseende vilka insolvensförfaranden förordningen omfattar samt vilka krav som ställs på dessa förfaranden. Framställningen fortsätter sedan där ett insolvensförfarande inleds. Kapitel 2.3 behandlar förordningens jurisdiktionsregler vilket uppföljs i kapitel 2.4 med en redogörelse för förordningens regler om erkännande och verkställighet. Därefter redogörs i kapitel 2.5 för de lagvalsregler som förordningen innehåller, medan jag i kapitel 2.6 fokuserar på vilka befogenheter och skyldigheter förordningen innebär för förvaltaren. I kapitel 3 behandlas konsekvenserna för svenskt vidkommande. Kapitelindelningen följer i huvudsak den i kapitel 2, med undantag för en avslutande del med allmänna anmärkningar kring frågor som svårligen låter sig placeras i den tidigare indelningen. Uppsatsen avslutas i kapitel 4 med några avslutande reflektioner kring huruvida förordningen uppfyller de syften som den avser att uppfylla.

2 EU-Rådets förordning

2.1 Förordningens bakgrund

Behovet av internationella regler för insolvensförfaranden har länge varit stort. I dagens Europa regleras företags verksamhet i stor utsträckning av EG-rätten och EU-rådet har ansett det orimligt att nationell rätt ensamt avgör frågor som uppstår när dessa företag får ekonomiska problem.⁷ Gällande rätt tillhandahåller ingen enhetlig lösning på de lagkonflikter som uppstår vid insolvensförfaranden med internationella aspekter. Vikten av förutsebara och enhetliga regler på området ökar, eftersom privata överenskommelser inom insolvensrätten inte kan tillgodose de behov som finns av klara regler. Det är dessutom väsentligt att förhindra både gäldenärer och borgenärer från att utnyttja systemet, eller snarare bristen på ett system, för att uppnå en bättre position.⁸

Visserligen finns sedan tidigare Brysselkonventionen⁹, som reglerar internationell jurisdiktion, erkännande och verkställighet av vissa domar, men från dess tillämpningsområde undantas konkurser och insolvensförfaranden beträffande juridiska personer. Arbetet inom EU för att skapa en gemensam konvention på insolvensrättens område påbörjades redan 1963. En EG-kommitté med experter träffades mellan 1963 och 1980 för att lägga fram ett utkast till en konvention för insolvensförfarande. Utkastet¹⁰ granskades av en arbetsgrupp men i brist på enhällighet förblev detta arbete resultatlöst. Samtidigt hade Europarådet inlett förhandlingar om en konkurskonvention och 1990 låg Istanbulkonventionen¹¹ färdig för undertecknande. Istanbulkonventionens betydelse har dock förblivit minimal. EG-ländernas justitieministrar gav, år 1989, instruktioner till en arbetsgrupp bestående av nationella experter som skulle utarbeta vidare förslag på en konvention. 1995 kom arbetsgruppen fram till ett slutgiltigt förslag. I det utkast som lades fram 1995 hade EG-kommittén i stor utsträckning iakttagit de problem som uppstått vid tidigare förhandlingar. Tidigare konventionsutkast innebar ett försök att genomföra universalitetsprincipen och tillät endast ett insolvensförfarande i ett land. Att så strikt iaktta universalitetsprincipen vållade problem. Komplexa regler kring skydd för säkerheter och förmåner i andra medlemsländer skapades och systemet visade sig alltför komplicerat och

⁷ EU-rådets dokument 6500/96, p. 1.

⁸ EU-rådets dokument 6500/96, p. 7-8.

⁹ Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Bryssel 1968, Konventionen har ändrats 1978, 1982 samt 1989, se Official Journal of the European Communities, No C 189 of July 1990.

¹⁰ Utkastet till konvention och dess rapport publicerades i Bulletin of the European Communities, Supplement 2/82.

¹¹ European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy. Denna konvention och dess rapport återfinns i Council of Europe, International Aspects of Bankruptcy, Strassbourg, 1990.

ambitiöst. I det utkast som lades fram 1995 sökte EG-kommittén därför lösningar som var enklare och mer flexibla. Konventionsutkastet utgick ifrån universalitetsprincipen men med möjlighet för territoriella förfaranden. Detta system undvek en alltför strikt centralisering vilket torde vara en av anledningarna till att EU:s konvention om insolvensförfaranden kunde paraferas den 25 september 1995. Konventionen kom dock aldrig att träda i kraft.¹² Storbritannien som, på grund av importrestriktioner av brittiskt nötkött till följd av BSE förhöll sig synnerligen negativt till EU samarbete, omöjliggjorde konventionens ikraftträdande.¹³

Det kom att dröja ytterligare några år innan EU:s regelverk kompletterades med en välbehövlig reglering på insolvensrättens område. Den 29 maj 2000 antogs EU-rådets förordning om insolvensförfaranden. Därmed har en för EU:s medlemsstater bindande rättsakt tillkommit. Detta är ett stort steg framåt för den internationella insolvensrätten. Förordningen träder i kraft den 31 maj 2002. Dess målsättning är att inom europeiska gemenskapen införa den s. k. universalitetsprincipen. Förordningen försöker, liksom EU:s konvention om insolvensförfaranden, balansera universalitetsprincipens tillämpning gentemot behovet av skydd för lokala intressen.¹⁴ Metoden är densamma som i EU:s konkurskonvention och förordningen utgör i det närmaste en exakt kopia av konventionen.¹⁵

2.2 Förordningens tillämpningsområde

Förordningen reglerar endast EU:s medlemsstaters förhållande till i andra medlemsstater inledda insolvensförfaranden. Vidare måste centrum för gäldenärens huvudsakliga intresse befinna sig inom en medlemsstat för att förordningen skall bli tillämplig.¹⁶ Förordningen reglerar således ej insolvensförfarandes effekter i tredje land och varje medlemsstat är fri att i förhållande till tredje land tillämpa de regler som de finner lämpliga.¹⁷ Ingenting hindrar en medlemsstat från att tillämpa förordningens regler även gentemot tredje land.¹⁸

¹² EU-rådets dokument 6500/96, p. 1-5.

¹³ Bogdan [1997:I] s. 174 f.

¹⁴ Balz [1996:I], s. 948. EU-rådets dokument 6500/96, p. 12-14.

¹⁵ Förordningen reglerar ej EG-domstolens behörighet, vilket konventionen gjorde. Detta är enbart resultatet av förordningens EG-rättsliga karaktär, som gör EG-domstolen behörig oavsett reglering därom i förordningen.

¹⁶ EU-rådets dokument 6500/96, p. 44. Balz [1996:I], s. 948.

¹⁷ EU-rådets dokument 6500/96, p. 11 samt p. 44 (b).

¹⁸ EU-rådets dokument 6500/96, p. 45.

2.2.1 Grundläggande krav på insolvensförfaranden

Kriterierna för att ett insolvensförfarande skall omfattas av förordningen upptas i artikel 1 (1) och omfattar "[...] kollektiva insolvensförfaranden som innebär att gäldenären helt eller delvis berövas rådigheten över sina tillgångar och att en förvaltare utses." Termen kollektivt avser främst att skilja insolvensförfarande från individuell verkställighet som ej omfattas av förordningen.¹⁹ Det krävs inte att gäldenären förlorar besittningen över sin egendom utan för partiellt rådighetsavskärning räcker det att gäldenären vidkänns inskränkningar i sin förfoganderätt.²⁰ Enligt denna definition omfattar förordningen inte bara konkurser utan även frivilliga insolvensförfaranden som sker utanför en domstol så länge domstol fastställer insolvensen som grund för ett sådant frivilligt förfarande.²¹ Förordningens artikel 1 (1) ställer inga krav på gäldenärens juridiska status, det kan vara såväl fysiska som juridiska personer och vem som kan bli föremål för ett insolvensförfarande regleras i nationell rätt.²²

Det krävs att en förvaltare utses för att insolvensförfarandet skall omfattas av förordningen. Förvaltare definieras närmare i förordningens artikel 2 (b) där det sägs att en person eller ett organ som fungerar som administratör och som övervakar gäldenärens verksamhet är att se som förvaltare. Denna definition är mycket vidsträckt.²³ En lista över förvaltare som omfattas av förordningen upptas i bilaga C till förordningen.

I förordningens artikel 1 (2) anges undantag för insolvensförfarande som rör försäkringsföretag, kreditinstitut och de flesta investmentföretag. Anledningen till detta är att det finns särskild gemenskapsrättslig reglering på dessa områden och att dessa typer av företag står under övervakning av nationella tillsynsmyndigheter.²⁴ Dessa företag definieras ej närmare i förordningen utan definieras istället med hjälp av andra EG-rättsliga regler.²⁵

De insolvensförfaranden som omfattas av förordningen upptas i en bilaga till förordningen. Denna bilaga utgör en integrerad del av förordningen och förordningen omfattar endast insolvensförfarande som tas upp i bilagan.²⁶ Denna

¹⁹ Mellqvist [1996], s. 20.

²⁰ EU-rådets dokument 6500/96, p. 49 (c). Bogdan [1997:I], s. 176. Se även Mellqvist [1996], s. 21, där han diskuterar huruvida företagsrekonstruktionen uppfyller kravet på rådighetsavskärning och kommer fram till att så torde vara fallet.

²¹ Som exempel på sådana förfaranden kan nämnas möjligheterna i England och Irland till *creditors' voluntary winding-up of a company* när sådant förfarande bekräftas av en domstol. Förfaranden som inträffar före insolvensen fastställts, såsom t.ex. franska *règlement amiable*, omfattas ej av förordningen.

²² EU-rådets dokument 6500/96, p. 74.

²³ EU-rådets dokument 6500/96, p. 49 (d) och p. 63. Mellqvist [1996], s. 21.

²⁴ Bogdan [1997:I], s.177. EU-rådets dokument 6500/96, p. 54. Mellqvist [1996], s. 22.

²⁵ EU-rådets dokument 6500/96, p. 56. Se närmare p. 57-60 där de regler som var aktuella 1996 räknas upp.

²⁶ EU-rådets dokument 6500/96, p. 48.

bilaga kunde i den ursprungliga konventionen justeras genom ett förenklat anmälningförfarande²⁷, något som dock ej tycks vara fallet i förordningen. I förordningens artikel 45 sägs att dess bilagor ändras efter anmälan från en medlemsstat eller kommissionen, genom beslut av rådet med kvalificerad majoritet.

Själva insolvensbegreppet definieras inte i förordningen utan förblir varje lands angelägenhet. I grunden ligger dock en gemensam ståndpunkt att insolvens skall omfatta ett element av betalningskris eller förmögenhetsinsufficiens.²⁸ Det är avgörande att en domstol övervakar insolvensbedömningen.²⁹ Då ett huvudförfarande inletts får en annan domstol, vid beslut om inledande av ett territoriellt sekundärförfarande, inte göra någon insolvensprövning. Den prövning som gjordes när huvudförfarandet inleddes utsträcks alltså till att gälla även territoriella sekundärförfaranden.³⁰

2.2.2 Allmänt om huvudförfaranden

Ett huvudförfarande är alltid universellt inom EU, vilket får flera viktiga konsekvenser. För det första omfattar ett huvudförfarande all gäldenärens egendom, även sådan egendom som är belägen i utlandet. Vidare skall alla borgenärer, oavsett deras hemvist eller fordrans lokalisering, ersättas. Förordningens artikel 39 slår fast en rätt för alla borgenärer med hemvist/säte i en medlemsstat att bevaka sina fordringar i ett insolvensförfarande inlett enligt förordningen. Detta omfattar även skattemyndigheter och sociala myndigheter. Universalitetsprincipen innebär vidare att ett huvudförfarande har effekt i alla medlemsstater och erkännandet av dess effekter sker per automatik, d.v.s. utan något krav på exekvatur³¹ eller liknande. Genom universalitetsprincipen får förvaltaren befogenhet att agera i alla medlemsstater, även detta utan krav på exekvatur.³²

2.2.3 Allmänt om territoriella förfaranden

Effekterna av ett huvudförfarande kan begränsas genom ett territoriellt förfarande. Tillgångarna i det land där ett territoriellt förfarande inleds omfattas endast av detta förfarande. Huvudförfarandets universella karaktär återkommer dock i ett krav på koordination och informationsutbyte mellan territoriella förfaranden och

²⁷ Bogdan [1997:I], s. 176.

²⁸ EU-rådets dokument 6500/96, p. 49 (b). Balz [1996:I], s. 948. Mellqvist [1996], s. 20.

²⁹ Beslutet om att inleda ett insolvensförfarande kan fattas av annan än domstol men för de fall så sker måste en domstol göra insolvensbedömningen enligt ovan.

³⁰ Artikel 27 i förordningen. Mellqvist [1996], s. 15. Balz [1996:I], s. 953.

³¹ En exekvatur är ett besked från domstol enligt vilken en dom kan verkställas, och erhålles efter ett särskilt förfarande.

³² EU-rådets dokument 6500/96, p. 19 och p. 75.

huvudförfarande.³³ Ett territoriellt förfarande kan inledas såväl före som efter inledandet av ett huvudförfarande. Ett territoriellt förfarande som inleds före ett huvudförfarande blir ett oberoende territoriellt förfarande medan förfaranden inledda efter huvudförfarandet blir sekundära³⁴ i förhållande till huvudförfarandet och föremål för regler om koordination. Flera territoriella förfaranden kan inledas.³⁵ Territoriella förfaranden kan, så länge dessa är oberoende, utgöra så väl likvidations- som rekonstruktionsförfaranden. När ett huvudförfarande väl inleds kan det territoriella förfarandets karaktär dock komma att ändras så att det blir ett likvidationsförfarande om huvudförvaltaren så begär. Om huvudförvaltaren ej gör en sådan begäran kan det territoriella förfarandet fortsätta vara ett rekonstruktionsförfarande. Inleds det territoriella förfarandet efter det att huvudförfarandet inletts måste det vara ett likvidationsförfarande.³⁶ Förordningens artikel 2 (c) definierar likvidationsförfarande och sätter på så vis gränserna för vilka förfaranden som kan utgöra sekundära insolvensförfaranden när ett huvudförfarande inletts. Avgörande blir det huvudsakliga syftet med förfarandet, d.v.s. även om ett förfarande kategoriseras som ett likvidationsförfarande är det de rättsliga effekterna som skall avgöra bedömningen enligt förordningen. De förfaranden som kvalificerar som territoriella förfaranden i denna mening upptas i bilaga B. Förfaranden som ej upptas i denna bilaga, utan endast i bilaga A, kan enbart meddelas före inledandet av ett eventuellt huvudförfarande.³⁷

Territoriella förfaranden tillkom för att skydda lokala intressen. En borgenär kan välja att öppna ett territoriellt förfarande för att skydda sig från effekterna av ett huvudförfarande. På så vis kan borgenärer vara säkra på att deras rättigheter enligt inhemska rätt är skyddad så länge gäldenären har ett driftställe i landet. Det territoriella förfarandet fyller även andra funktioner, såsom att en huvudförvaltare kan välja att öppna ett territoriellt förfarande för att underlätta administrationen av tillgångar och skulder i ett visst land.³⁸ Mellqvist förhåller sig skeptisk till behovet av skydd för lokala intressen av den anledningen att det egna rättssystemet inte nödvändigtvis är det effektivaste och ger den bästa utdelningen. Han påpekar dessutom att detta protektionistiska synsätt leder till att man begränsar förfarandet till att omfatta endast vissa tillgångar och därmed kanske minskar värdet på tillgångarna som borgenärerna har att dela på. Trots att Mellqvist förespråkar ett starkt inslag av universalism påpekar han att detta system först blir effektivt när man har i huvudsak samma materiella regler i de olika medlemsstaterna.³⁹ Eftersom så ingalunda är fallet i EU idag kan man rimligen anta att Mellqvist trots sin kritik finner den valda lösningen med territoriella förfaranden praktisk.

³³ EU-rådets dokument 6500/96, p. 20.

³⁴ Se artikel 3 (3) i förordningen.

³⁵ EU-rådets dokument 6500/96, p. 25 och p. 83.

³⁶ EU-rådets dokument 6500/96, p. 29-31, p. 83 och p. 259. Mellqvist [1995], s. 119.

³⁷ EU-rådets dokument 6500/96, p. 64.

³⁸ EU-rådets dokument 6500/96, p. 32-33.

³⁹ Mellqvist [1996], s. 12 f.

Rätten att lägga fram krav på ersättning i ett insolvensförfarande begränsas som nämnts under kapitel 2.2.2 ej endast till borgenärer i det land förfarandet inletts. Om det är omöjligt att inleda ett huvudförfarande i det land som är behörigt därtill kan oberoende territoriella förfaranden dessutom inledas fritt.⁴⁰ I normalfallet, d.v.s. när ett huvudförfarande kan inledas i behörig stat, kan dock ett oberoende territoriellt förfarande endast initieras av ”lokala” borgenärer eller borgenärer med anspråk på aktuellt driftställe. Denna regel tillkom för att förhindra okoordinerade parallella territoriella förfaranden. När ett huvudförfarande väl har öppnats förändrar sig dock detta och borgenärens rätt att begära att ett territoriellt förfarande inleds, begränsas inte längre territoriellt.⁴¹ Se vidare kap. 2.3.2.

Det territoriella förfarandets geografiska begränsning gör frågan om egendoms placering central. En hjälpregel finns i Artikel 2 (g) i förordningen som i huvudsak fastslår traditionella lösningsförslag. Materiell egendom anses vara där egendomen fysiskt befinner sig. Rättigheter som registreras i offentliga⁴² register anses befinna sig i det land registret förs. Artikel 12 slår fast att gemenskapspatent och gemenskapsvarumärken endast kan omfattas av huvudförfarande varför frågan om placering ej blir lika avgörande i detta avseende.⁴³ Fordringar anses befinna sig i det land där den förpliktade har sitt huvudsakliga intresse.⁴⁴

2.3 Konkursjurisdiktion

2.3.1 Behörig domstol vid huvudförfaranden

Förordningen fastställer i artikel 3 domsregler som ger medlemsländernas domstolar direkt behörighet att inleda ett insolvensförfarande. Domsreglerna i förordningen reglerar endast internationell jurisdiktion, d.v.s. pekar ut det land som har behörighet att inleda ett förfarande. Vilken domstol inom ett land som är behörig att ta upp frågan regleras av aktuellt lands nationella rätt.⁴⁵

Behörighet tillkommer ”[d]omstolarna i den medlemsstat inom vars territorium platsen där gäldenärens huvudsakliga intresse finns [...]”. Här avses behörighet att inleda ett huvudförfarande. När man talar om intresse åsyftas främst ekonomiskt intresse. Huvudsakligt intresse skall tolkas som det land där

⁴⁰ D.v.s. att reglerna för vem som får inleda ett förfarande uppställs i nationell rätt.

⁴¹ EU-rådets dokument 6500/96, p. 27-28 och p. 31.

⁴² Det krävs endast att registret är offentligt tillgängligt, således uppställs inget krav på att registret förs av myndigheter. Även privata register som erkänns av ett lands rättsordning omfattas. Se EU-rådets dokument 6500/96, p. 69.

⁴³ Denna artikel medför en ändring av tidigare rättsläge. EG:s förordning 40/94, artikel 21, anger att gemenskapsvarumärken endast får ingå i det insolvensförfarande som först inleds enligt nationell lagstiftning eller gällande konventioner. Denna artikel gäller dock endast fram till dess att för medlemsstaterna gemensamma bestämmelser på området träder i kraft, d.v.s. fram till dess att förordningen träder i kraft.

⁴⁴ EU-rådets dokument 6500/96, p. 69.

⁴⁵ EU-rådets dokument 6500/96, p. 72.

gäldenären administrerar sina intressen regelbundet på ett sådant sätt att det framgår för tredje man. Kravet på synlighet för tredje man grundar sig i att det anses viktigt att fordringsägare kan förutse de rättsliga konsekvenserna av ett insolvensförfarande. Den behörighet som tillfaller domstolarna genom förordningen är obligatorisk och innebär således att en medlemsstat ej kan avstå från sin konkursjurisdiktion.⁴⁶ Beträffande juridiska personer presumeras det huvudsakliga intresset vara i det land där den juridiska personen har sitt säte. Detta är dock en presumtion som kan brytas.⁴⁷ Enskilda näringsidkare bör anses ha sitt huvudsakliga intresse i det land där de har sitt huvuddriftställe.⁴⁸ Fysiska personer torde normalt anses ha sitt huvudsakliga intresse i hemvistlandet.⁴⁹ Det är viktigt att notera att en gäldenär endast kan ha sitt huvudsakliga intresse på en plats, således inte i flera länder.⁵⁰ Problem kan uppstå för de fall då flera domstolar anser att gäldenären har sitt huvudsakliga intresse i respektive land. Förordningen säger inget om hur dessa situationer skall lösas.⁵¹ Förordningen slår alltså inte fast innehållet i begreppet huvudsakligt intresse utan tillhandahåller endast en presumptionsregel. Turing, som undersöker reglernas påverkan på det praktiska affärlivet, påpekar att en presumtion såsom denna kan komma att få ett nytt innehåll, särskilt som bedömningen högst troligen kommer att göras av den domstol som först har att ta hänsyn till frågan.⁵² Detta kan tyckas olämpligt ur förutsebarhetssynpunkt.

Har gäldenären sitt huvudsakliga intresse utanför EU-området är det fortfarande varje lands nationella domsrättsregler som avgör jurisdiktionsfrågan eftersom förordningen inte är direkt tillämplig i dessa fall.

Förordningen sätter inga gränser för jurisdiktionens omfattning, men avgränsningen torde göras genom en *e contrario*-tolkning av artikel 1 (2) i 1968 års Brysselkonvention och därtill hörande praxis. De beslut som är en direkt följd av insolvensförfarandet och nära anknyter till detta förfarande omfattas av jurisdiktionen enligt denna tolkning av förordningen. Artikel 3 i förordningen ger domstolen behörighet att meddela interimistiska åtgärder så väl som säkerhetsåtgärder. Sådana åtgärder är mycket viktiga för att garantera förfarandets framgång. Det bör noteras att en domstol med konkursjurisdiktion har befogenhet att besluta om sådana åtgärder även om egendomen befinner sig i ett annat medlemsland. Åtgärderna meddelas då enligt lagen i det land som beslutet meddelas. Den givna behörigheten i artikel 3 i förordningen hindrar dock inte förvaltaren från att vända sig till domstol i det land som egendomen befinner sig för att där begära ett beslut av domstol enligt det landets lag. Sådant beslut

⁴⁶ Bogdan [1997:I], s. 178 ff.

⁴⁷ Se artikel 3 (1) i förordningen och EU-rådets dokument 6500/96, p. 75.

⁴⁸ Bogdan [1997:I], s. 178

⁴⁹ Bogdan [1997:I], s. 178. Balz [1996:II], s. 327. Balz [1996:I], s. 949. EU-rådets dokument 6500/96, p. 75.

⁵⁰ Mellqvist [1996], s. 13. Balz [1996:I], s. 949.

⁵¹ Bogdan [1997:II], s. 163.

⁵² Turing, [1996], s. 57.

förblir dock underordnat ett beslut av domstolen i det land där huvudförandet inletts, denna domstol kan därmed upphäva eller ändra ett beslut meddelat i ett annat land.⁵³

2.3.2 Behörig domstol vid territoriella förfaranden

Domsrättsreglerna för territoriella förfaranden återfinns i artikel 3 (2) i förordningen. Om en gäldenär har sitt huvudsakliga intresse i en medlemsstat har andra länder domsrätt ”[...] endast om gäldenären har ett driftställe i den [...] medlemsstaten.” Även denna domsrätt torde vara obligatorisk för medlemsländerna.⁵⁴ Effekterna av ett insolvensförfarande grundat på denna behörighet begränsas dock till ”[...] gäldenären tillhörig egendom som finns inom denna medlemsstats territorium.”⁵⁵ Driftställe skall tolkas extensivt. Detta innebär att det är otillräckligt att gäldenären innehar egendom i landet, oavsett hur betydande egendomen är. Kravet innebär att gäldenären måste ha en verksamhetsplats vid vilken han utför ekonomisk aktivitet på en icke tillfällig basis. Vidare krävs det att gäldenären på denna verksamhetsplats har anställda och i förekommande fall varor. Det krävs således en viss stabilitet i verksamheten.⁵⁶ Denna definition tycks utesluta territoriella förfaranden beträffande fysiska personer när personen har sitt huvudsakliga intresse i en annan medlemsstat.

Möjligheterna att inleda ett oberoende territoriellt förfarande, d.v.s. innan ett huvudförfarande har inletts, begränsas i förordningens artikel 3 (4) och det kan tyckas som om förordningen söker undvika dylika förfaranden.⁵⁷ Det uppställs i dessa fall krav på att ett territoriellt förfarande begärs av en borgenär som har sitt hemvist eller säte i det land som det aktuella driftstället är beläget. Även en borgenär från ett annat land än inledningslandet, som har en fordran som härrör från det aktuella driftstället, kan begära ett oberoende territoriellt förfarande. Om ett huvudförfarande enligt artikel 3 (1) ej kan inledas på grund av lagen i det land som gäldenären har sitt huvudsakliga intresse begränsar dock inte förordningen möjligheterna att öppna oberoende territoriella förfaranden. Föreligger ingen av de i artikel 3 (4) angivna förutsättningarna har domstolen ej rätt att öppna ett oberoende territoriellt förfarande.⁵⁸ Det bör påpekas att, förutom i de fall en gäldenär ej kan bli föremål för ett insolvensförfarande där han har sitt huvudsakliga intresse, möjligheten för gäldenären att själv ansöka om ett oberoende territoriellt förfarande utesluts.⁵⁹ Om gäldenären begär ett territoriellt

⁵³ EU-rådets dokument 6500/96, p. 77-78.

⁵⁴ Bogdan [1997:I], s. 179.

⁵⁵ Artikel 3 (2) i förordningen.

⁵⁶ EU-rådets dokument 6500/96, p. 70-71 och p. 80-81. Se även Mellqvist [1996], s. 14 och Balz [1996:I], s. 949. Noteras bör även att tolkningen skiljer sig från den tolkning som görs i Brysselkonventionen.

⁵⁷ Balz [1996:II], s. 328.

⁵⁸ EU-rådets dokument 6500/96, p. 85. Balz [1996:I], s. 949 f.

⁵⁹ Bogdan [1997:II], s. 167.

förfarande innan ett huvudförfarande har inletts kommer ett på denna grund inlett förfarande således ej att omfattas av förordningen.

När ett huvudförfarande inletts kan ett territoriellt sekundärförfarande begäras av dem som har en sådan rätt enligt rättsordningen i aktuellt land, eller, enligt förordningens artikel 29, av förvaltaren i huvudförfarandet. Domstolen har då att undersöka förordningens tillämplighet, huruvida domsrätt föreligger enligt förordningen, om sökanden är behörig och om ett insolvensförfarande kan inledas mot gäldenären. Domstolen får dock ej ifrågasätta den bedömning som gjorts av den domstol som inledde huvudförfarandet, t.ex. avseende centrum för gäldenärens huvudsakliga intresse. Den enda fråga som får prövas är huruvida huvudförfarandet skall erkännas enligt förordningens artikel 16, d.v.s. är inlett i enlighet med förordningen. Någon prövning av gäldenärens insolvens skall ej heller göras.⁶⁰

2.4 Erkännade och verkställighet

2.4.1 Erkännande av insolvensförfaranden

De insolvensförfaranden som omfattas av och inleds i enlighet med förordningen måste erkännas av andra medlemsstater som kollektiva insolvensförfaranden. Beslutet om inledande av insolvensförfarandet erkänns automatiskt och kräver inte exekvatur.⁶¹ Erkännande innebär att ett lands beslut/domslut i insolvensärende tillerkänns samma verkningar i andra medlemsstater som i inledningsstaten. Detta erkännande skall ske per automatik.⁶² Den allmänna principen om erkännande återfinns i förordningens artikel 16 och omfattar endast sådana förfaranden som faller under förordningens tillämpningsområde. Principen gäller alla förfaranden enligt förordningen, d.v.s. både huvudförfaranden och territoriella förfaranden. För det fall att en medlemsstat inte kan öppna ett insolvensförfarande mot en viss borgenär på grund av dennes rättsliga ställning, måste ändå medlemsstaten erkänna ett insolvensförfarande öppnat mot denna gäldenär i ett annat land.⁶³ Bogdan påpekar att det är ett problem att förordningen inte ålägger domstolarna att i ett beslut om inledande av ett insolvensförfarande ange huruvida det rör sig om ett huvudförfarande, ett territoriellt förfarande eller ett förfarande som ej omfattas av förordningen. Visserligen är inledningsdomstolens yttrande i detta avseende inte bindande, men det kan tjäna ett gott syfte för enklare handläggning av erkännande och verkställighet.⁶⁴

⁶⁰ EU-rådets dokument 6500/96, p. 211-220 och p. 226-227.

⁶¹ Mellqvist [1996], s. 41 f.

⁶² Artikel 17 (2) i förordningen. Balz [1996:I], s. 951.

⁶³ EU-rådets dokument 6500/96, p. 143-149.

⁶⁴ Bogdan [1997:II], s. 176.

Erkännandet av insolvensförfarande får lite olika innebörd beroende på om det är ett huvudförfarande eller territoriellt förfarande som avses. Beträffande huvudförfarande så är det dess universella karaktär som garanteras genom förfarandets erkännande i andra medlemsstater. Eftersom erkännande sker per automatik blir det upp till den myndighet som stöter på ett främmande insolvensbeslut att bedöma om detta insolvensförfarande omfattas av förordningen eller skall nekas erkännande eller verkställighet enligt artikel 26 i förordningen. Erkännandets verkningar bedöms enligt inledningslandets rätt på så vis att förfarandet tillerkänns de verkningar som inledningslandets lag fastställer. Detta gäller alla verkningar som förfarandet har i en annan medlemsstat och omfattar såväl processuella som substantiella frågor så länge någon av förordningens undantagsregler ej blir aktuella (artikel 5 ff).⁶⁵ Huvudförfarandet kan inte ha verkningar för de tillgångar och rättsliga frågor som omfattas av ett territoriellt förfarande. Huvudförfarandet, genom huvudförvaltaren, kan dock i stor utsträckning påverka det territoriella förfarandet enligt reglerna om koordination och subordination.⁶⁶ Erkännande av det territoriella förfarandet innebär att förfarandet ej kan ifrågasättas i andra medlemsstater. Detta aktualiseras främst i de fall då egendom har flyttats ur landet efter det territoriella förfarandets öppnande. Förvaltaren har då rätt att ta egendomen i anspråk.⁶⁷

Förordningen innehåller inte bara regler om erkännande av själva inledandet av ett insolvensförfarande utan även om erkännande av övriga domslut och beslut med anledning av ett insolvensförfarande. Det kan här röra sig om beslut med anledning av förfarandets gång eller dess avslutande, liksom säkerhetsåtgärder. Även sådana beslut skall erkännas per automatik.⁶⁸ Den sista kategori beslut som erkänns av förordningen är beslut som direkt grundas i insolvensrättsliga regler och är nära sammankopplade med insolvensförfarandet, men som inte faller in under själva insolvensförfarandet. Det avgörande är att beslutet fattas på insolvensrättsliga grunder; beslut som grundar sig i andra regler omfattas ej, t.ex. dom på en tvistig fordran.

En fråga som anknyter till erkännande av beslut i samband med ett insolvensförfarande är huruvida ett i ett land meddelat ackord eller liknande blir bindande för borgenärerna även i andra medlemsstater. Ett ackord meddelas enligt förordningens artikel 4, för att föregripa kapitel 2.5, enligt inledningslandets lag. Inledningslandets lag skall avgöra förutsättningarna för och verkningarna av ett sådant ackordsbeslut. Ett ackord meddelat i ett huvudförfarande skall alltså erkännas även i andra medlemsländer och får verkningar även för borgenärer från dessa länder. Förordningen räknar även med förekomsten av ackord i territoriella förfaranden, s.k. särackord. Frågan uppstår då om vem som skall omfattas av dessa ackord och om ackordet är bindande t.ex. för det fall att en borgenär söker

⁶⁵ EU-rådets dokument 6500/96, p. 150-154.

⁶⁶ EU-rådets dokument 6500/96, p. 155.

⁶⁷ Balz [1996:I], s. 951

⁶⁸ Mellqvist [1996], s. 42 f.

individuell verkställighet i Sverige för att få full ersättning för sin fordran.⁶⁹ Enligt artikel 17 (2) i förordningen skall ett särackord endast ha verkan på egendom som befinner sig i ett annat land om borgenärerna medgivit det. Om jag har tolkat förordningen rätt innebär detta att om borgenärerna ej medgivit att ackordet skall omfatta egendom även i Sverige kan de söka ersättning för sin fordran genom individuell verkställighet i Sverige. Om ett särackord skall beslutas i ett territoriellt sekundärförfarande får sådant beslut, enligt förordningens artikel 34 (1), endast fattas om huvudförvaltaren samtycker därtill, eller det ej påverkar det ekonomiska intresset hos borgenärerna i huvudförandet. Enligt artikel 34 (2) får ackordet omfatta annan egendom än den som ingår i det territoriella sekundärförfarandet endast om alla berörda borgenärer samtycker.

Ett beslut om att inleda ett huvudförfarande i ett land hindrar individuell verkställighet gentemot gäldenären i andra medlemsstater, beslutet har alltså hinderverkan.⁷⁰ Denna hinderverkan är dock ej absolut. Som nämnts tidigare finns en möjlighet att inleda territoriella förfaranden i andra medlemsstater.

2.4.2 Verkställighet i samband med insolvensförfaranden

Tvångsåtgärder och intermistiska åtgärder är som nämdes ovan en viktig del i säkrandet av ett insolvensförfarande. Sådana beslut kan tas av behörig domstol även beträffande egendom i annat land. För att säkra effektiva åtgärder krävs dock inte bara internationell behörighet och ömsesidigt erkännande utan även möjlighet att effektivt verkställa domar och beslut. Förordningen medger ej verkställighetsbeslut direkt verkan eller erkännande utan hänvisar till Brysselkonventionen artiklarna 31 - 51. Liksom tidigare tillfaller verkställande behörighet endast den stat inom vilken aktuell egendom eller person finns. Exekvatur krävs således fortfarande men förordningen ålägger medlemsstaterna att, om vissa krav uppfylls, ge sådan och samma modell som i Brysselkonventionen från 1968 har alltså valts. Själva verkställigheten måste i sin tur skötas av myndigheterna i den medlemsstat som verkställighet skall ske.⁷¹ Noteras bör att förordningen ej hänvisar till artikel 34 (2) i Brysselkonventionen vilket skall tolkas så att inga andra möjligheter att neka exekvatur än de som upptas i förordningen är giltiga, d.v.s. främst ordre public.⁷²

Bogdan påpekar att det ej är helt klart huruvida beslutet om inledande av ett insolvensförfarande i sig kan tjäna som exekutionstitel direkt eller om exekvatur krävs för det fall att gäldenären motsätter sig att egendomen utlämnas.⁷³

⁶⁹ Exemplet avser fall då en gäldenär omfattas av ett oberoende territoriellt förfarande. Ett sådant hindrar ej individuell verkställighet i Sverige och en borgenär kan därför komma att ansöka om full betalning av sin fordran genom en svensk utmätning.

⁷⁰ Mellqvist [1996], s. 30.

⁷¹ EU-rådets dokument 6500/96, p. 189-193. Mellqvist [1996], s. 42 f. Balz [1996:I], s. 953.

⁷² Balz [1996:I], s. 953.

⁷³ Bogdan [1997:II], s. 177.

Rapporten nämner att förvaltaren för dessa fall skall vända sig till myndighet i aktuellt land och få ett beslut om tvångsåtgärder direkt.⁷⁴ Bogdan skriver att Balz anser att exekvatur krävs för tyskt vidkommande.⁷⁵ Balz talar här om inledningsbeslutet till den del det innebär ett beslut om verkställighet.⁷⁶ I Sverige är konkursbeslut omedelbart verkställbara i den meningen att förvaltaren kan vända sig till kronofogdemyndigheten för ett beslut om t.ex. tvångsåtgärder. Kronofogdemyndigheten kan meddela sådant beslut även beträffande egendom i ett annat medlemsland. Ett sådant beslut kräver då exekvatur för att verkställas i aktuellt land. Frågan är vad som gäller om förvaltaren vänder sig direkt till myndigheterna i aktuellt land. Kan förvaltaren då använda sig av det svenska konkursbeslutet som grund för sin begäran om tvångsåtgärder? Konkursbeslutet skall tillerkännas de verkningar som beslutet har i inledningslandet. Förvaltaren har fått rådighet över egendomen och enligt svensk rätt utgör ett konkursbeslut en exekutionstitel. Om det i aktuellt land är tillräckligt att förvaltaren har fått rådighet över gäldenärens egendom för att meddela tvångsåtgärder, blir det svenska konkursbeslutet tillräckligt för att bifalla förvaltarens begäran. Om däremot aktuellt lands lag, liksom svensk rätt, kräver exekutionstitel för att meddela tvångsåtgärder, är det tveksamt om konkursbeslutet skall erkännas denna verkan även i andra länder enbart på den grund att inledningslandets lag ger det sådan verkan. Denna verkan tangerar nämligen verkställighetsområdet. Rimligtvis är det så att i de länder en exekutionstitel krävs kan konkursbeslutet ej erkännas som sådant utan exekvatur. Situationen är inte helt tillfredställande. Det skulle, enligt min mening, underlätta om man ansåg att konkursbeslutets egenskap av exekutionstitel hänförs till frågan om beslutets verkningar och därför skall bedömas enligt inledningslandets lag.

Det finns vissa fall då en medlemsstat kan neka erkännande eller verkställighet av de domar och beslut som omfattas av förordningen. Först och främst finns ingen skyldighet att erkänna eller verkställa domar som kan innebära en kränkning av gäldenärens personliga frihet eller posthemligheten.⁷⁷ Vidare finns en möjlighet att helt eller delvis neka erkännande eller verkställighet då en dom eller ett beslut strider mot ordre public i ett land. Någon prövning av innehållet i domen eller av domstolens jurisdiktion får ej göras.⁷⁸ Ordre public i förordningen torde ha samma innebörd som i övrig EU-rättslig reglering och det kan rimligtvis endast tillämpas i undantagsfall. Det är inte bara fråga om huruvida domen som sådan strider mot ordre public utan även om de effekter ett erkännande får kan anses strida mot ordre public. Det kan vara en processuell fråga kring beslutet lika väl som en fråga om beslutets substantiella innehåll. En helhetsbedömning måste göras från fall till fall och även faktorer såsom relationen mellan medlemsstaterna kan

⁷⁴ EU-rådets dokument 6500/96, p. 164.

⁷⁵ Bogdan [1997:II], s. 177.

⁷⁶ Se Balz [1996:I], s. 953.

⁷⁷ Artikel 25 (3) i förordningen.

⁷⁸ Dessa frågor skall avgöras i inledningslandet och den som vill få det prövat är hänvisad till den instansordning som råder i aktuellt land. Se EU-rådets dokument 6500/96, p. 202 (2).

vägas in. Ordre public definieras enligt nationell rätt och något enhetligt begrepp finns ej men det handlar om fundamentala principer i landets rättssystem.⁷⁹ Mellqvist anmärker att denna artikel troligtvis aldrig kommer att tillämpas, ”i vart fall inte så länge gemenskapen består av de nuvarande 15 medlemsstaterna”⁸⁰. Det förekommer inget krav i förordningen att erkänna insolvensförfarande från ett land som har tillämpat förordningens regler gentemot ett tredje land.⁸¹

2.5 Tillämplig lag

2.5.1 Lex Concursus

Till skillnad från tidigare konventioner såsom Brysselkonventionen innehåller förordningen inte bara regler om konkursjurisdiktion utan även regler om tillämplig lag⁸². Huvudregeln om tillämplig lag återfinns i artikel 4 i förordningen. Som huvudregel skall lagen i det land där insolvensförfarandet inleddes, lex concursus, tillämpas. Detta gäller såväl huvudförfarande som territoriella förfaranden. Inledningsstatens lag skall avgöra frågan om insolvensförfarandets inledande, förfarandets gång och dess avslutande, se artikel 4 (2). Artikel 4 (2) fortsätter med en icke uttömmande uppräknning av frågor som mera specifikt skall avgöras av lagen i inledningsstaten. Här nämns bland annat avgöranden om huruvida gäldenären kan bli föremål för ett insolvensförfarande, konkursborgenärerna och deras ställning samt förmånsrättsordningen, vilken egendom som ingår i boet, förvaltarens befogenheter och fördelning av inlutna medel. Artikel 4 (2) nämner vidare att inledningslandets lag skall avgöra vilka återvinningsbestämmelser som är tillämpliga. Även beträffande territoriella förfaranden gäller enligt förordningens artikel 28 lagen i det land förfarandet inleds. Denna artikel kan ses som en upprepning av artikel 4, som skall tolkas så att den omfattar såväl huvudförfarande som territoriella förfaranden.⁸³

2.5.2 Undantagsregler

I förordningen anges ett flertal undantag från huvudregeln om lex concursus. Undantagen återfinns i artiklarna 5-15 i förordningen och syftar huvudsakligen till att ”[...] skydda legitima borgenärs- och tredjemansförväntningar, knutna till en annan rättsordning än inledningslandets.”⁸⁴ Undantagsreglerna innebär antingen att insolvensförfarandet ej kan tillerkännas vissa rättsverkningar, t.ex. att viss rättighet i utlandet inte skall omfattas av förfarandet (t.ex. artiklarna 5, 6 och 7) eller att

⁷⁹ EU-rådets dokument 6500/96, p. 202-210.

⁸⁰ Mellqvist [1996], s. 43.

⁸¹ Bogdan [1997:I], s. 178.

⁸² EU-rådets dokument 6500/96, p. 42.

⁸³ EU-rådets dokument 6500/96, p. 225.

⁸⁴ Bogdan [1997:I], s. 180.

förfarandet tillerkänns rättsverkningar men att dessa rättsverkningar bedöms enligt ett annat lands lag än inledningsstatens (t.ex. artiklarna 8, 9, 10, 11, 14 och 15).⁸⁵

2.5.2.1 Undantag som begränsar förfarandets rättsverkan

Artikel 5, 6 och 7 innebär alltså att vissa förhållanden inte skall påverkas av att ett insolvensförfarande inleds i ett annat land. Artikel 5 i förordningen utgör en mycket viktig undantagsregel. Denna artikel reglerar frågor kring sakrättsligt skydd för borgenär eller tredje man. Under förutsättning att det sakrättsliga skyddet uppkommit innan insolvensförfarandet inleddes och det sakrättsliga skyddet avser gäldenären tillhörig egendom som befinner sig i en annan stat än inledningsstaten skall sakrätten inte påverkas av att ett insolvensförfarande inletts. Undantagsregeln innebär att förvaltaren, även om han skulle ha egendomen i sin besittning ej kan fatta några beslut som påverkar sakrätten utan sakrättsinnehavarens samtycke.⁸⁶ Om den lag som anses tillämplig på sakrätten tillåter att sakrätten dras in i en konkurs kan huvudförvaltaren öppna ett territoriellt sekundärförfarande om gäldenären har ett driftställe i aktuellt land.⁸⁷ Förvaltaren kan även komma åt egendomen om han väljer att lösa ut egendomen genom att betala den säkrade fordringen.⁸⁸

Förordningen säger i detta sammanhang ingenting om vilken lag som skall tillämpas för sakrätten. Mellqvist skriver att egendomen som det sakrättsliga skyddet avser fortfarande omfattas av ett eventuellt huvudförfarande men frågor kring sakrättens uppkomst, giltighet och omfattning bedöms enligt den lag som är tillämplig på den sakrättsliga frågan. Medför denna lag en rätt för t.ex. en borgenär att separera egendomen står sig denna rätt oavsett vad som hade blivit resultatet enligt inledningslandets lag.⁸⁹ Att själva egendomen får påverkas av huvudförfarandet framgår även av rapporten.⁹⁰ Det är endast sakrätten som måste lämnas opåverkad. Sakrättsinnehavaren kan alltså bli skyldig att överlämna eventuellt överskott av en försäljning. Huruvida huvudförvaltaren kan realisera egendomen utan att dessförinnan betala den därtill hörande fordringen är oklart. Rapporten säger att förvaltaren kan vilja lösa ut egendomen för att undvika den förlust som kan göras vid en separat försäljning av egendomen.⁹¹ Detta tolkar jag så att förvaltaren, om han ej överenskommer om annat med sakrättsinnehavaren, måste lösa ut egendomen för att få realisera den som en del i huvudförfarandet. Begreppet sakrätt definieras inte i förordningen då detta visade sig i det närmaste omöjligt. I stället anges i artikel 5 (2) ett minimikrav och artikel 5 (3) tar upp registrerade rättigheter. Undantagsreglerna för sakrätter påverkar inte frågan om

⁸⁵ Bogdan [1997:I], s. 181. EU-rådets dokument 6500/96, p. 21 och p. 92.

⁸⁶ EU-rådets dokument 6500/96, p. 95.

⁸⁷ Balz [1996:I], s. 950.

⁸⁸ Bogdan [1997:II], s. 170.

⁸⁹ Mellqvist [1996], s. 33 ff.

⁹⁰ EU-rådets dokument 6500/96, p. 99.

⁹¹ Se EU-rådets dokument 6500/96, p. 99.

återvinning av den rättshandling som gav upphov till sakrätten.⁹² För de sakrätter som kan uppstå efter insolvensförfarandets inledande blir artikel 5 ej aktuell utan lex concursus gäller.⁹³ Om det i detta fall rör sig om sakrätter som uppstår i fast egendom eller värdepapper som är föremål för registrering kan även artikel 14 aktualiseras.

En regel liknande den som uppställs i artikel 5 återfinns i förordningens artikel 7 och avser återtagandeförbehåll. Här sägs att om en säljare blir föremål för ett insolvensförfarande påverkas inte köparens rätt till varan om varan finns i en annan stat än inledningsstaten.⁹⁴

En annan fråga som, trots att den enligt huvudregeln avgörs av inledningslandets lag, är föremål för ett undantag är kvittning. Det är enligt huvudregeln oväsentligt om borgenären inte har kvittningsrätt enligt den lag som är tillämplig på fordringsförhållandet. Om inledningslandets lag tillåter kvittning har också borgenären en sådan rätt. Är förhållandet däremot det motsatta, d.v.s. inledningslandets lag tillåter ej kvittning men den lag som är tillämplig på fordringsförhållandet gör det, aktualiseras undantagsregeln i artikel 6 (1) som ger borgenären kvittningsrätt även i detta fall.⁹⁵ Förordningen får anses uppställa ett krav på att det rör sig om ömsesidiga fordringar som uppkommit innan insolvensförfarandet inleddes.⁹⁶ Undantagsregeln innebär att en svensk borgenär, som enligt svensk rätt har kvittningsrätt, tillförsäkras samma kvittningsrätt i ett utländskt förfarande när svensk rätt är tillämplig på fordringsförhållandet. Detta gäller oavsett om inledningslandets lag tillerkänner honom en sådan rätt.

2.5.2.2 Undantag som innebär specifika lagvalsregler

Även frågor som hur av gäldenären ingångna avtal skall behandlas regleras normalt av inledningslandets lag oavsett vilken rättsordning som är tillämplig på avtalet. För dessa fall finns en undantagsregel som begränsar sig till vissa avtal som rör fast egendom. Frågor som rör insolvensförfarandets verkan på överlåtelse eller upplåtelse av fast egendom skall enligt förordningens artikel 8 uteslutande regleras av rättordningen i det land där egendomen är belägen.⁹⁷ Undantagsregler finns även för anställningsavtal, vilka skall behandlas enligt på anställningsförhållandet tillämplig lag. Lagvalet görs i dessa fall enligt Romkonventionen från 1980. Undantaget gäller dock endast frågor som rör anställningsavtalets bestånd, upphörande och parternas rättigheter och skyldigheter gentemot varandra. Övriga insolvensrättsliga frågor regleras av inledningslandets rättsordning. Detta kan vara ytterst avgörande för arbetstagaren

⁹² EU-rådets dokument 6500/96, p. 106.

⁹³ EU-rådets dokument 6500/96, p. 96.

⁹⁴ Mellqvist [1996], s. 33 ff. Se även Balz [1996:I], s. 950 och EU-rådets dokument 6500/96, p. 101-104.

⁹⁵ Mellqvist [1996], s. 31. EU-rådets dokument 6500/96, p. 107-109.

⁹⁶ Bogdan [1997:II], s. 171.

⁹⁷ Mellqvist [1996], s. 31. EU-rådets dokument 6500/96, p. 116-119.

eftersom det här rör sig om frågor såsom t.ex. eventuell förmånsrätt. Avseende lönegaranti skall dock dessa frågor avgöras enligt lagen i det land som ger garantin.⁹⁸

Vad gäller finansiella marknader så regleras dessa uteslutande av den rättsordning som är tillämplig på systemet eller marknaden i fråga enligt artikel 9 i förordningen. Undantaget innebär att även frågor kring återvinning av rättshandlingar knutna till en finansiell marknad skall avgöras enligt den rättsordning som är tillämplig på systemet.⁹⁹ Hänvisningen till artikel 5 avser att poängtera att sakrätter alltid skall behandlas på ett enhetligt sätt och att dessa därför behandlas enligt artikel 5 och inte artikel 9.¹⁰⁰ Bogdan påpekar att förordningen ej anger vilken lag som skall anses tillämplig på de finansiella marknaderna utan att detta lämnas till domstolslandets internationella privaträtt.¹⁰¹ Detta kan tyckas något förvirrande eftersom lagvalsreglerna när de talar om tillämplig lag syftar till att undanta ländernas internationella privaträtt.¹⁰² En sådan tillämpning av artikel 9 tycks i princip omöjlig eftersom det ej framgår vilken lag som avses. Den tolkning som Bogdan gör anser jag lämplig, men vill påpeka att förutsebarheten, som artikel 9 avser att skapa beträffande finansiella marknader, blir lidande eftersom lösningen blir beroende av dels var förfarandet inleds, dels vilka lagvalsregler det landet uppställer för finansiella marknader. Rapporten säger endast helt kort att när tillämplig lag avgörs skall man beakta utvecklingen av samarbetet inom EU beträffande olika finansiella system.¹⁰³

I förordningens artikel 11 uppställs undantag för frågor kring gäldenärens rätt till fast egendom, skepp eller luftfartyg som är föremål för registrering. Gäldenärens rätt skall här avgöras utifrån lagen i det land där aktuellt register förs. Enligt rapporten avses med registrering, i artikel 11, inte registrering av tillgångarna som sådana utan av rättigheten hänförlig till sådan egendom, t.ex. en panträtt. Noteras bör att här endast avses gäldenärens rätt, borgenärs rätt i gäldenären tillhörig egendom regleras av artikel 5.¹⁰⁴ Förordningen säger dock inte uttryckligen, som i artikel 8, 9 och 10, att rätten uteslutande skall regleras av denna rättsordning. Enligt rapporten innebär detta att lagen i inledningslandet bibehåller sin allmänna tillämplighet, d.v.s. registerlandets lag avgör vilka av insolvensförfarandets verkningar enligt lex concursus som skall godtas.¹⁰⁵

Som nämndes ovan avgör inledningslandets lag vilka återvinningsbestämmelser som är tillämpliga. Regeln kan verka något oklar då den tycks syfta till inledningslandets lagvalsregler. Även denna regel är dock försedd med ett

⁹⁸ Artikel 10 i förordningen. Mellqvist [1996], s. 31. EU-rådets dokument 6500/96, p. 125-128.

⁹⁹ Se vidare Mellqvist [1996], s. 36 och Balz [1996:I], s. 950 f.

¹⁰⁰ EU-rådets dokument 6500/96, p. 124.

¹⁰¹ Bogdan [1997:II], s. 172.

¹⁰² EU-rådets dokument 6500/96, p. 87.

¹⁰³ EU-rådets dokument 6500/96, p. 123.

¹⁰⁴ EU-rådets dokument 6500/96, p. 131.

¹⁰⁵ EU-rådets dokument 6500/96, p. 130.

undantag som faktiskt kan förtydliga formuleringen av huvudregeln beträffande återvinning. I förordningens artikel 13 sägs att huvudregeln i artikel 4 (2) ej skall tillämpas om återvinningsvaranden kan visa att rättshandlingen som skall återvinnas i sig faller under en annan jurisdiktion och den rättsordningen ej tillåter att rättshandlingen angrips på något sätt. För att freda rättshandlingen på detta sätt krävs det att rättshandlingen inte, på vare sig insolvensrättsliga eller civilrättsliga grunder, kan angripas enligt den rättsordning som är tillämplig på rättshandlingen.¹⁰⁶ I rapporten poängteras att en konkret bedömning av det särskilda fallet måste göras, det räcker således ej att rättshandlingen enligt en abstrakt bedömning synes återvinningsbar. Det bör även noteras att artikel 13 endast gäller återvinning av rättshandlingar företagna före insolvensförfarandets inledande.¹⁰⁷ Vid tillämpningen av artikel 13 uppstår samma problem som vid tillämpningen av artikel 9, d.v.s. vilket lands lag som skall avgöra vilken rättsordning som är tillämplig på rättshandlingen i fråga. Jag skulle vilja hävda att den något underliga formuleringen av huvudregeln i artikel 4 (2) syftar till att peka ut inledningslandets lag som den lag som avgör vilket lands lag som skall anses tillämpligt på rättsförhållandet i fråga.

Artikel 14 i förordningen söker skydda tredje man i den situationen då gäldenären efter det att insolvensförfarandet inletts, kommit att disponera över bl.a. fast egendom eller värdepapper vars bestånd är beroende av registrering. Åtgärden som medförde dispositionen skall bedömas enligt rättsordningen i det land där den fasta egendomen är belägen eller registret förs. Eftersom gäldenären förlorat rådgigheten över hela eller delar av sin egendom kan han ej fritt förfoga över densamma. De flesta rättsordningar möjliggör dock för tredje man att göra godtrosvärv. Artikel 14 avser att skapa förutsebarhet. En förvärvare skall kunna räkna med att frågan om huruvida han har gjort ett godtrosvärv görs enligt lagen där egendomen är belägen, eller registerlandet, istället för lagen i framtida inledningsländer. Artikel 14 omfattar emellertid inte alla fall av godtrosvärv utan begränsar sig till dispositioner av visst slags egendom.¹⁰⁸ Rapporten nämner att de dispositioner som avses inte enbart omfattar överföring av äganderätt utan även de fall då en sakrätt uppstår.¹⁰⁹ Sakrätter som avses i artikel 14 skall ha uppkommit efter insolvensförfarandets inledande varför någon konflikt med artikel 5 inte kan uppkomma. En annan regel i förordningen som visserligen inte utgör en lagvalsregel men som är relevant för frågor kring godtrosskydd är artikel 24. Denna artikel reglerar betalning av skuld i ett annat medlemsland än inledningslandet, som skulle inbetalts till förvaltaren men infriats hos gäldenären. Sådan betalning skall anses som befriande under förutsättning att betalaren var i god tro beträffande förfarandets inledande.

¹⁰⁶ Balz [1996:I], s. 951. Bogdan [1997:II], s. 174. Mellqvist [1996], s. 39 f.

¹⁰⁷ EU-rådets dokument 6500/96, p. 137-138.

¹⁰⁸ Mellqvist [1996], s. 35.

¹⁰⁹ EU-rådets dokument 6500/96, p. 141.

För det fall att det pågår en rättegång beträffande egendom som gäldenären genom insolvensförfarandet har mist rådigheten över skall, enligt artikel 15 i förordningen, verkan av insolvensförfarandet på rättegången avgöras uteslutande enligt rättegångslandets lag. Det bör noteras att det rör sig om rättegång och ej om individuell verkställighet. Insolvensförfarandets påverkan på individuell verkställighet skall bedömas enligt inledningslandets lag.¹¹⁰ Artikel 15 omfattar endast rättegång som påbörjats innan insolvensförfarandet inleds. Frågan om hur rättegångar som inleds därefter skall behandlas torde därför, enligt min uppfattning, besvaras med att inledningslandets lag blir avgörande för insolvensförfarandets verkningar. Detta kan tyckas något olämpligt men logiskt. Eftersom gäldenären har förlorat rådigheten över aktuell egendom inleds en eventuell tvist beträffande sådan egendom efter insolvensförfarandets inledande med förvaltaren/boet.

Bogdan anser att flera av undantagsreglerna är diskutabla och som exempel tar han upp just artikel 13 som, enligt honom, innebär att återvinning endast kan ske om det är möjligt enligt såväl inledningsstatens lag som lagen i det land som reglerar rättshandlingen i fråga. Bogdan anmärker att denna undantagsregel öppnar möjligheter för att parternas lagval inverkar negativt på borgenärskollektivet då återvinning försvåras eller omöjliggörs.¹¹¹ Eftersom undantagsregeln i artikel 13, som jag ser det, ej kan åberopas om lagen i ett icke EU-land anses tillämplig på rättsförhållandet begränsas möjligheterna till välplanerade lagval. Detta utesluter i och för sig inte att problemet kan komma att uppstå, beroende på innehållet i EU-ländernas återvinningsbestämmelser. Även Turing kritiserar i viss mån undantagsreglerna. Turing efterfrågar tydliga regler på vilka de kommersiella aktörerna kan förlita sig och anser att de försök som görs för att bestämma viss egendom till viss jurisdiktion är bristfälliga. Dels avviker reglerna från traditionella lösningar i en del fall, dels lämnas flera viktiga egendomsslag till en tillämpning av huvudregeln, vilket Turing tycks missnöjd med. Turing hävdar vidare att bristen på en materiell reglering, t.ex. avseende begreppet sakrätt, ger ett osäkert rättsläge. Förordningen avser visserligen att väga upp detta genom att lista särskilda sakrätter, men enligt Turing skapar detta endast ett rättsläge som blir än mer förvirrat än det är idag.¹¹² Mellqvist betonar att många av undantagsreglerna leder till att de allmänna IP-rättsliga reglerna blir avgörande för lagvalet och att någon materiell harmonisering i det närmaste är omöjlig.¹¹³

Trots flera undantag av stor praktisk betydelse skall de flesta frågor som hänför sig till insolvensförfarandet avgöras utifrån inledningsstatens lag. När förordningen talar om tillämplig lag hänvisar detta endast till inledningsstatens interna rättssystem varför inledningsstatens internationella privaträtt undantas och man undviker

¹¹⁰ EU-rådets dokument 6500/96, p. 142. Bogdan [1997:II], s. 175.

¹¹¹ Bogdan [1997:I], s. 181.

¹¹² Turing [1996], s. 57.

¹¹³ Mellqvist [1995], s. 120 f.

återförvisning (renvoi).¹¹⁴ Denna regel är nödvändig för att undvika att avgöranden skickas fram och tillbaka mellan olika länders rättssystem. Tyvärr är situationen något förvirrande eftersom förordningens lagvalsregler i flera fall inte anger vilken lag som betraktas som tillämplig, t.ex. artiklarna 9 och 13. Begränsningen att förordningen, när den talar om tillämplig lag, undantar nationella lagvalsregler måste, enligt mig, därför tolkas så att den endast gäller i de fall förordningen anger exakt vilken lag som skall tillämpas. De undantag som räknas upp i förordningen gäller, liksom huvudregeln i förordningens artikel 4, endast till förmån för rättssystem i andra medlemsländer.

2.6 Förvaltarens befogenheter och skyldigheter

2.6.1 Befogenheter att agera i ett annat medlemsland

Utnämmandet av en förvaltare samt dennes befogenheter måste per automatik erkännas även i andra medlemsländer. Förvaltares befogenheter och skyldigheter bestäms alltså enligt inledningslandets lag, även då dessa utövas i en annan medlemsstat.¹¹⁵ Förordningens artikel 18 poängterar att detta innebär en rätt att flytta egendom från en medlemsstat till inledningslandet, dock med beaktande av undantagsreglerna i förordningen, särskilt artikel 5 och 7. Vidare anges att en förvaltare måste beakta vissa regler i den medlemsstat han avser utöva sina befogenheter.¹¹⁶ Särskilt anmärkningsvärt är att förvaltaren endast kan ådra sig massaansvar enligt den lag som gäller på orten i fråga.¹¹⁷ Erkännande av förvaltarens befogenheter ger ingen direkt möjlighet att utöva tvångsåtgärder i en annan medlemsstat. Detta innebär att i det fall någon motsätter sig förvaltarens agerande, och tvångsåtgärder krävs, måste förvaltaren vända sig till myndigheterna i den stat där den aktuella egendomen befinner sig för att få till stånd ett beslut enligt landets lag. Förvaltaren blir då begränsad till de tvångsåtgärder som finns att tillgå i det land där egendomen befinner sig.¹¹⁸ Visserligen kan, som jag förstår det, en dom om verkställighet meddelas i inledningsstaten även beträffande egendom i annat land men en sådan verkställighetsdom kräver exekvatur. Det är även myndigheterna i det land egendomen befinner sig som genomför verkställigheten och det är det landets regler kring procedur m.m. som skall tillämpas. Det kan därför vara praktiskt att vända sig direkt till myndigheterna i det aktuella landet.

Vidare måste förvaltaren iaktta lagar och regler i det land egendomen befinner sig, så till vida att egendom som är föremål för t.ex. exportförbud på grund av kulturellt eller historiskt värde inte får föras ur landet i strid med detta förbud. Om

¹¹⁴ Bogdan [1997:I], s. 180. EU-rådets dokument 6500/96 p. 87.

¹¹⁵ EU-rådets dokument 6500/96, p. 52, 158-161. Mellqvist [1996], s. 25. Balz [1996:I], s. 951.

¹¹⁶ Artikel 18 (3) i förordningen.

¹¹⁷ Balz [1996:I], s. 952.

¹¹⁸ Mellqvist [1996], s. 26.

förvaltaren avser att realisera tillgångar i ett annat land så avgör inledningslandets rätt förvaltarens befogenhet att realisera och formen för realisationen (t.ex. om det krävs en offentlig auktion eller ej). När väl detta fastställts är det dock lagen i det land egendomen befinner sig som avgör de processuella frågorna kring realisationen. Förvaltare i ett territoriellt förfarande har endast befogenheter inom det territorium som förfarandet sträcker sina verkningar med undantag för det fall då egendom flyttats till en annan medlemsstat. Motsätter sig någon förvaltarens befogenhet kan frågan om insolvensförfarandet omfattas av förordningen och frågan om förvaltaren utsetts i enlighet därmed tas upp av myndighet i det land som förvaltaren avser att utöva sin befogenhet. Frågor som rör förvaltarens beslut och dess innebörd skall dock prövas av inledningslandets myndigheter.¹¹⁹ Förvaltaren i ett territoriellt förfarande har exklusiv rätt i detta förfarande. Huvudförvaltaren kan alltså ej utöva befogenheter i en medlemsstat där ett territoriellt förfarande pågår.¹²⁰ Det åligger förvaltaren i ett huvudförfarande att vidarebefordra de anmälningar om fordringar som har gjorts i huvudförfarandet, om detta är till fördel för borgenärerna i huvudförfarandet.

Förordningen innehåller även regler om vilka certifikat som accepteras som bevis för förvaltarens utnämning.¹²¹ Det uppställs inget krav på enhetligt certifikat. Förordningen innehåller inte heller några regler kring bevis på förvaltarens befogenheter. Uppstår fråga kring befogenheten bör den som hävdar sig ha viss befogenhet (förvaltaren) ha bevisbördan.¹²²

2.6.2 Skyldighet att informera kända borgenärer

Förvaltaren (eller domstolen som inleder insolvensförfarandet) har en skyldighet att utan dröjsmål informera kända borgenärer med hemvist/säte i en annan medlemsstat.¹²³ Artikel 40 (2) i förordningen uppställer vissa krav på sådan information¹²⁴ som skall tillsändas ovan nämnda borgenärer. Förordningen ställer inget krav på publicering av inlett insolvensförfarande för att förfarandet skall godkännas. Publiceringens syfte att bidra till säkrare handel och ge borgenärerna information om gäldenärens rättsliga situation måste dock tillgodoses. Förvaltaren måste därför utvärdera varje fall för att se om en publicering i en annan medlemsstat kan vara nödvändig, t.ex. för att finna enskilda borgenärer eller säkra att ett driftställe i en annan medlemsstat ej drivs vidare. Publicering kan aktualiseras också med anledning av att personen som omfattas av ett

¹¹⁹ EU-rådets dokument 6500/96, p. 161-166.

¹²⁰ Mellqvist [1996], s. 26.

¹²¹ Artikel 19 i förordningen.

¹²² Balz [1996:I], s. 952.

¹²³ EU-rådets dokument 6500/96, p. 271.

¹²⁴ Denna information skall författas på det officiella språket i inledningsstaten. Informationen skall dock ha rubriken "Anmodan att anmäla fordran. Tidsfrister att iakttä." på samtliga officiella EU-språk. Denna rubrik skall publiceras av EU-rådets sekretariat. Borgenärer kan i sin tur använda det officiella språket i den medlemsstat de har sitt hemvist/säte.

insolvensförfarande har fordringar på andra gäldenärer i andra medlemsländer. Publicering i aktuellt land medför nämligen att dessa gäldenärer ej längre i god tro kan infria sin fordran till borgenären (d.v.s. gäldenären i insolvensförfarandet).¹²⁵ Publicering skall i sådana fall ske i enlighet med de regler som gäller i den medlemsstaten. Förordningen innehåller även den vissa regler kring vad en publicering skall innehålla som ett minimum.¹²⁶ Något krav på registrering i offentliga register ställs ej heller, men förvaltaren kan begära att registrering sker i en annan medlemsstat enligt reglerna i den medlemsstaten. Uppmärksammas bör att även om publicering eller registrering ej får utgöra ett krav för erkännande, så kan ett land uppställa sådana krav och förena detta med lämplig sanktion, t.ex. för förvaltaren. Kravet påverkar dock inte erkännandet av insolvensförfarandet eller förvaltarens befogenheter.¹²⁷

En situationen kan, även om den inte bör göra det, uppkomma där en borgenär efter att ett huvudförfarande inletts får betalt ur gäldenärens egendom i en annan medlemsstat, t.ex. genom individuell verkställighet. Enligt artikel 20 skall borgenären i detta fall återbära vad han erhållit till huvudförvaltaren om ej annat följer av reglerna om sakrättsligt skyddade rättigheter i artikel 5 och 7.

2.6.3 Regler om samordning och informationskyldighet

Eftersom två parallella förfaranden kan komma att pågå samtidigt är det möjligt att en konflikt uppstår mellan konkursförvaltarna i de respektive förfarandena. Mellqvist tar upp problemet men anser att det troligtvis inte kommer att ställas på sin spets så ofta eftersom det sekundära territoriella förfarandet är just territoriellt begränsat och regler för samordning finns. Huvudförvaltaren får dessutom delta i det territoriella förfarandet i egenskap av borgenär.¹²⁸

Samordning av olika förfaranden är en uppgift som faller på respektive förvaltare. Förordningen föreskriver utbyte av information och samarbete. Artikel 31 (3) nämner särskilt kravet på information och samarbete för sekundärförvaltaren. Förvaltaren i ett territoriellt förfarande måste ge huvudförvaltaren möjlighet att lägga fram förslag avseende realisationen av boets tillgångar.¹²⁹ Huvudförvaltaren kan t. o. m. motsätta sig en realisation, t.ex. i det fall huvudförfarandet är en rekonstruktion och det finns ett intresse i att avvakta med en realisation.¹³⁰ Förordningen ger alltså huvudförvaltaren rätt att helt eller delvis stoppa likvidationsprocessen i ett sekundärförfarande så länge en sådan begäran ej är utan intresse för de borgenärer som ingår i huvudförfarandet. Domstolen kan kräva av huvudförvaltaren att denne uppställer garanti för borgenärerna i det

¹²⁵ Se artikel 24 (2) i förordningen.

¹²⁶ EU-rådets dokument 6500/96, p. 177-181.

¹²⁷ EU-rådets dokument 6500/96, p. 182-185.

¹²⁸ Mellqvist [1995], s. 121.

¹²⁹ EU-rådets dokument 6500/96, p. 229-233.

¹³⁰ Artikel 33 i förordningen. EU-rådets dokument 6500/96, p. 233.

territoriella sekundärförfarandet. Likvidationsprocessen får hållas vilande i maximalt tre månader, men förvaltaren kan begära ytterligare förlängning så snart dessa tre månader löpt ut.¹³¹

Pågår ett oberoende territoriellt förfarande när huvudförfarandet inleds och detta är ett rekonstruktionsförfarande (listat i bilaga A men ej i bilaga B) har huvudförvaltaren rätt att begära att detta förfarande omvandlas till ett likvidationsförfarande. En medlemsstat kan dock införa regler som begränsar huvudförvaltarens rätt så till vida att han enbart kan begära att det oberoende territoriella förfarandet avslutas, och inte att det omvandlas. Huvudförvaltarens begäran måste endast godkännas om det är av intresse för borgenärerna i huvudförfarandet. För det fall ett territoriellt förfarande inletts som ej omfattas av förordningen, har huvudförfarandet obegränsad universell karaktär inom EU. Detta gäller även gentemot det territoriella förfarandet som måste avslutas.¹³²

Förordningens artikel 32 ger förvaltaren en rätt att anmäla de fordringar som anmälts i det egna förfarandet även i övriga förfaranden. Om det är i några eller alla borgenärernas intresse är förvaltaren skyldig att göra en sådan anmälan. Förvaltarens anmälan har då samma innebörd som en anmälan av en borgenär och förvaltaren får samma rättigheter som en bevakande borgenär. En borgenär har rätt att motsätta sig att förvaltaren anmäler deras fordran i ett annat förfarande. Enligt artikel 32 (3) har förvaltare rätt att delta i andra förfaranden och syftet är att förvaltaren skall tillvarata och företräda borgenärernas intresse.¹³³ Förordningen reglerar inte innebörden av förvaltarens deltagarrätt och det är upp till nationell rätt att sätta gränserna för densamma. Förvaltaren tillerkänns således ej någon rösträtt i sekundärförfarandet genom förordningen. I rapporten nämns att förvaltarens möjlighet att rösta för de fordringar han bevakar avslögs under förhandlingarna.¹³⁴ Bogdan ifrågasätter nyttan med att förvaltaren skall anmäla fordringar även i andra förfaranden då bevakningarna i ett större antal förfaranden kan komma att bli oöverskådliga och försvåra förfarandena.¹³⁵

Förordningen ger även huvudförvaltaren rätt att föreslå ett territoriellt sekundärförfarandes avslutande genom rekonstruktionsplan, förlikning eller liknande i enlighet med lagen i det land där det territoriella förfarandet pågår. Om någon annan än huvudförvaltaren begär sådant avslutande uppställs ett krav på huvudförvaltarens samtycke. Huvudförvaltaren skall här beakta intresset för borgenärerna i huvudförfarandet, och eventuellt rekonstruktionsintresse. Om huvudförvaltaren inte ger sitt samtycke kan förfarandet ändå avslutas under förutsättning att det ej skadar borgenärernas finansiella intresse i

¹³¹ EU-rådets dokument 6500/96, p. 242-247. Balz [1996:I], s. 954. Balz [1996:II], s. 329.

¹³² EU-rådets dokument 6500/96, p. 256-261.

¹³³ EU-rådets dokument 6500/96, p. 236-240.

¹³⁴ EU-rådets dokument 6500/96, p. 240.

¹³⁵ Bogdan [1997:II], s. 183 f. Som Bogdan nämner kan det teoretiskt förekomma ett huvudförfarande och 14 territoriella sekundärförfaranden!

huvudförfarandet. Finansiellt intresse är mer begränsat än borgenärens intresse enligt t.ex. förordningens artikel 33, och bedöms genom en utvärdering av effekterna av ett avslutande av det territoriella förfarandet. Om boets fördelbara massa minskar i förhållande till vad som blivit fallet om man ej avslutade det territoriella förfarandet på ovan angivet sätt anses det finansiella intresset skadas.¹³⁶

Förvaltaren i ett territoriellt sekundärförfarande skall överföra ett eventuellt överskott i det förfarandet till huvudförvaltaren. I sammanhanget bör påminnas om borgenärens rätt att anmäla sina fordringar samt huvudförvaltarens skyldighet att anmäla fordringar. Detta innebär att endast fordringar som ej anmälts i det territoriella sekundärförfarandet kan dra fördel av en eventuell överföring av ett överskott.¹³⁷

¹³⁶ EU-rådets dokument 6500/96, p. 248-251.

¹³⁷ EU-rådets dokument 6500/96, p. 252-253.

3 Förordningen och svensk rätt

3.1 Inledande kommentarer

Förordningen avser inte att skapa gemensamma materiella regler inom EU utan samarbetet har istället fått formen av enhetliga regler vilka ger medlemsstaterna, domstolar såväl som förvaltare, möjlighet att agera enligt nationell rätt. Den direkta påverkan förordningen får på nationell rätt är främst avseende internationellt privaträttsliga regler. Generellt kan sägas att förordningen får ses som en helt ny rättskälla inom såväl svensk insolvensrätt som svensk internationell privaträtt. För det fall svensk rätt ej korresponderar med förordningen är det förordningens regler som obetingat har företräde.

Det nya rättsläge som förordningen skapar kan komma att påverka flera frågor som visserligen inte direkt berörs av förordningen men vars lösningar kan behöva ses över i ljuset av de förändringar som förordningen för med sig. I det följande avser jag att peka på några av de förändringar som förordningen innebär för svenskt vidkommande. I ett försök att skapa en helhetsbild av det nya rättsläget och dess konsekvenser följer även några resonemang kring frågor som inte direkt regleras genom förordningen.

För Sveriges del omfattas konkurser såväl som svenska företagsrekonstruktioner av förordningen, medan svensk skuldsanering lämnats utanför förordningen eftersom detta förfarande inte är att betrakta som ett förfarande i förordningens mening. Såväl domicilkonkurser som särkonkurser omfattas principiellt av förordningen. I Sverige har sedan 1933 den Nordiska konkurskonventionen¹³⁸ varit ett avgörande dokument för internationella insolvensrättsliga frågor. I förhållandet mellan Finland och Sverige har förordningens regler företräde framför denna konvention.¹³⁹ Den nordiska konkurskonventionen gäller dock fortfarande gentemot Norge och Island samt Danmark som ej omfattas av förordningen.

3.2 Svensk konkursjurisdiktion

I nuläget är den svenska konkursjurisdiktionen ej reglerad genom lag utan grundas på en analogisk tillämpning av forumreglerna. Konkurslagen (1987:672) 2 kap. 1 § 1 st. och lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion 2 kap. 1 § 1 st. säger att konkursansökan, respektive ansökan om företagsrekonstruktion, skall göras vid

¹³⁸ Konventionen mellan Sverige, Danmark, Finland, Island och Norge angående konkurs. Konventionen har införlivats i svensk rätt genom lag (1981:6) om konkurs som omfattar egendom i annat nordiskt land och lag (1981:7) om verkan av konkurs som inträffat i annat nordiskt land.

¹³⁹ Bogdan [1997:II], s. 143.

den tingsrätt där gäldenären bör svara i tvistemål som angår betalningsskyldighet i allmänhet. Avgörande blir därför rättegångsbalken, RB, 10 kap. Enligt RB 10 kap. 1 § föreligger svensk konkursjurisdiktion när gäldenärens hemvist respektive statutenliga säte är i Sverige. Från och med förordningens ikraftträdande skall dock förordningens artikel 3 (1) bli avgörande. Som framgått ovan kan huvudsakligt intresse presumeras vara där gäldenären har sitt hemvist eller säte varför förordningen ej föranleder någon större förändring.¹⁴⁰ Forumreglerna i RB 10 kap. 1 § kan bli otillräckliga för det sällsynta fall då gäldenären anses ha sitt huvudsakliga intresse i Sverige man saknar hemvist eller säte i landet.¹⁴¹ Förordningen ger dock domstolarna internationell jurisdiktion även i dessa fall. Som Bogdan påpekar torde denna jurisdiktion vara obligatorisk.¹⁴² Sverige kan därför inte avvisa en konkursansökan på den grund att domstolen saknar behörighet enligt svensk rätt. Jag anser det lämpligt att i dessa fall avgöra den interna forumfrågan med hjälp av forumreglerna i RB 10 kap. 3-5 §§ för att fastställa vilken svensk domstol som har att pröva frågan om inledandet av ett insolvensförfarande.

Konkurslagen 2 kap. 1 § 1 st. anses även hänvisa till RB 10 kap. 3 § 1 st. som ger svensk jurisdiktion då gäldenären har egendom i landet. Detta förmögenhetsforum kommer efter förordningens ikraftträdande inte att kunna användas för de fall då gäldenären har sitt huvudsakliga intresse i en medlemsstat. Detsamma gäller jurisdiktion grundad på gäldsforum enligt RB 10 kap. 4 §.¹⁴³ Så kallat vagabondforum enligt RB 10 kap. 1 § sista stycket borde enligt Bogdan kunna användas även genom en tillämpning av förordningen då en person torde anses ha sitt huvudsakliga intresse där han uppehåller sig "[...] resp. där han senast haft hemvist [...]"¹⁴⁴. Bogdan poängterar dock att det svenska medborgarskapets betydelse bör begränsas, på grund av icke-diskrimineringskravet inom EU, särskilt i de fall gäldenären själv ansöker om konkurs.¹⁴⁵ Jag håller med Bogdan om att gäldenären kan anses ha sitt huvudsakliga intresse där han uppehåller sig eller där han senast hade sitt hemvist, men jag vill poängtera att denna bedömning måste göras med försiktighet eftersom huvudsakligt intresse endast kan avse ett land. Eftersom lagen om företagsrekonstruktion använder samma forumregel som konkurslagen kan det inte uteslutas att en rekonstruktion inleds i Sverige oaktat att den juridiska personen ej har sitt huvudsakliga intresse här. Om så sker och den juridiska personen saknar driftställe i Sverige, omfattas den svenska rekonstruktionen ej av förordningen. RB 3 kap. 5 § ger svensk domstol behörighet när gäldenären har ett driftställe i Sverige.

¹⁴⁰ Bogdan [1997:II], s. 26 f.

¹⁴¹ Bogdan [1997:II], s. 168.

¹⁴² Bogdan [1997:I], s. 178 ff.

¹⁴³ Bogdan [1997:II], s. 32 ff.

¹⁴⁴ Bogdan [1997:II], s. 36.

¹⁴⁵ Bogdan [1997:II], s. 36 f.

De svenska jurisdiktionsgrunderna skapar tämligen vidsträckta möjligheter att inleda särkonkurser i Sverige. Genom förordningen kommer en hel del förändringar att ske i detta avseende beträffande borgenärer med huvudsakligt intresse i ett annat EU-land. Som framgått av kapitel 2.3.2 ovan är endast domstolarna i den stat där gäldenären har ett driftställe behöriga att inleda territoriella förfaranden. Detta gäller såväl oberoende som sekundära territoriella förfaranden. Eftersom detta enligt min mening utesluter att fysiska personer omfattas av ett territoriellt förfarande kommer svenska domstolar inte att ha internationell behörighet att inleda en särkonkurs för en fysisk person med huvudsakligt intresse i ett annat medlemsland. Detta påstående bör kompletteras med att svensk domstol visserligen har en sådan behörighet enligt svensk rätt men om en särkonkurs inleds gentemot en fysisk person i Sverige kommer denna ej att erkännas i övriga medlemsstater. Förordningen avser som bekant endast att reglera den internationella behörigheten. Huruvida förfarandet erkänns i andra stater kan tyckas oväsentligt då förfarandet endast omfattar egendom i Sverige. Så länge vi kan realisera och effektivt genomföra förfarandet nationellt kan man fråga sig om det blir något problem. Jag anser att övriga medlemsstaters befogenheter leder till att viss försiktighet bör vidtas vid inledande av särkonkurser mot fysiska personer, om situationen är sådan att gäldenären kan komma att omfattas av ett huvudförfarande i ett annat land. Om ett huvudförfarande inleds gentemot gäldenären i ett annat medlemsland måste nämligen den svenska särkonkursen avslutas. Samma resonemang gäller även juridiska personer som saknar driftställe i Sverige. Med gällande svenska regler kan situationer uppstå där svenska regler ger svensk domstol nationell behörighet, medan en sådan internationell behörighet inte tillkommer Sverige enligt förordningen. Jag förespråkar försiktighet i tillämpningen. Kanske en sådan försiktighet är orimlig eller rent av omöjlig, eftersom det innebär att domstolarna skulle neka inledandet av ett insolvensförfarande, på den grund att de saknar internationell behörighet, trots att svensk rätt ger nationell behörighet. Man kan fråga sig om rättslig grund för ett sådant nekande finns. Förordningen hindrar inte inledande av insolvensförfarande utanför ramarna för dess tillämpning. Effekten blir dock att dessa förfaranden inte erkänns i andra medlemsstater.

Eftersom svensk lag kräver en analogisk tillämpning av forumreglerna för att grunda konkursjurisdiktion kan förordningen ses som ett välkommet inslag i den svenska rättsordningen då den skapar förutsebarhet och klarare regler för de fall som omfattas av förordningen.

Nordiska konkurskonventionen innehåller inga regler om internationell jurisdiktion. I nordiska konkurskonventionens artikel 13 finns dock en regel som indirekt påverkar domstolens jurisdiktion. Artikel 13 säger att om man beslutar om konkurs i ett land där gäldenären saknar hemvist respektive säte skall detta anges i konkursbeslutet. För dessa fall är nordiska konkurskonventionen ej tillämplig. Konkursdomstolens uppfattning att gäldenären inte har sitt hemvist eller säte i konkurslandet blir alltså avgörande och bindande för domstolarna i andra

nordiska länder vid frågan om konkursens erkännande och verkställighet. Motsvarande regel återfinns i lag (1981:6) om konkurs som omfattar egendom i annat nordiskt land 13 §, som föreskriver att lagen ej tillämpas på sådana svenska konkurser där domstolen angett att den grundat sin behörighet på annan omständighet än gäldenärens hemvist respektive säte. Konkursförordningen (1987:916) 9 § 1 st. fastslår en skyldighet för domstolarna att ange detta i domslutet. Bogdan påpekar att innebörden av dessa lagregler kan bli att en svensk domstol anger att den grundar sin behörighet på annan omständighet än gäldenärens svenska hemvist utan att för den skull ha gjort en prövning av huruvida gäldenären faktiskt också hade hemvist i Sverige. Nordiska konkurskonventionen blir då ej tillämplig trots att en närmare granskning kan visa att gäldenären faktiskt hade sitt hemvist/säte i Sverige. Bogdan påpekar att denna skillnad mellan nordiska konkurskonventionen och den svenska regleringen kan vålla problem i och med EG-förordningens ikraftträdande eftersom den svenska konkursdomsrätten inte nödvändigtvis kommer att grunda sig på svenskt hemvist. För juridiska personer kan problemet bli mindre då huvudsakligt intresse enligt förordningen presumeras vara där den juridiska personen har sitt säte. Svenska konkurser meddelade för fysiska personer med huvudsakligt intresse som jurisdiktionsgrund kommer därför att falla utanför konventionen och därmed ej erkännas i Norge, Island och Danmark. Bogdan anser det angeläget att de svenska reglerna ses över och anpassas till ordalydelsen i nordiska konkurskonventionen.¹⁴⁶ Som jag nämnt ovan anses fysiska personer normalt ha sitt huvudsakliga intresse i hemvistlandet men problemet, som Bogdan påpekar, kvarstår eftersom själva konkursgrunden är huvudsakligt intresse och ej hemvist. Av denna anledning anser jag att samma problem uppstår även för de fall då presumptionsregeln för juridiska personer i förordningens artikel 3 (1) används. Även om domstolen här utgår från säte som grund för sin behörighet är det huvudsakligt intresse som är den formella jurisdiktionsgrunden. Den svenska domstolen är, som jag förstår det, enligt konkursförordningen (1987:916) 9 § 1 st. i dess nuvarande ordalydelse, skyldig att ange att den grundar sin behörighet på huvudsakligt intresse och ej på hemvist respektive säte och förfarandet hamnar därmed enligt svensk rätt utanför den nordiska konkurskonventionen. En direkt tillämpning av nordiska konkurskonventionens artikel 13 hade dock undvikit problemet då det faktum att domstolen grundar sin behörighet på huvudsakligt intresse inte innebär att gäldenären anses sakna hemvist i Sverige. I de flesta fall torde dessutom gäldenären ha sitt hemvist respektive säte i Sverige. En lagändring synes välmotiverad i sammanhanget.

3.3 Utökat erkännande och nya verkställighetsgrunder

Ett utländskt konkursbo som äger rättskapacitet och partshabilitet enligt inledningslandets lag anses även idag tillerkännas dessa egenskaper i Sverige.

¹⁴⁶ Bogdan [1997:II], s. 144 ff.

Frågan om konkursboets egentliga rätt till egendom som befinner sig i Sverige är dock något mer komplicerad. För egendom som vid tidpunkten för konkursutbrottet befann sig i konkurslandet men senare förts till Sverige är den idag allmänt vedertagna lösningen tämligen lik förordningens regler. Frågor relaterade till denna egendom bedöms enligt *lex concursus* med undantag för eventuellt godtrosförvärv som bedöms enligt *lex rei sitae*. Egendom som befunnit sig i Sverige redan före konkursutbrottet förhåller det sig däremot annorlunda med och i normalfallet omfattas denna egendom inte av ett utländskt insolvensförfarande.¹⁴⁷ Eftersom förordningen innebär att gäldenären vid ett huvudförfarande förlorar rådigheten över egendom även i Sverige, och ett sådant förfarande skall erkännas här får konkursboet genom förordningen rätt till egendom som befann sig i Sverige redan innan huvudförfarandet inleddes.

Beträffande utländska beslut om verkställighet gäller ej Utsökningsbalken 3 kap., som endast behandlar svenska exekutionstitlar. Verkställighet av utländska domar och beslut regleras i andra lagar.¹⁴⁸ Ett utländskt insolvensförfarande utgör enligt svensk rätt inte en direkt exekutionstitel annat än för de fall som omfattas av den nordiska konkurskonventionen. Den till synes rådande uppfattningen är vidare att ett främmande insolvensförfarande varken tillerkänns beslagsverkan eller inverkar på gäldenärens rådighet över egendom belägen i Sverige. I nuläget kan tillgångar i Sverige således endast tillfalla borgenärerna genom att de begär en svensk särkonkurs eller svensk utmätning. Utmätning och parallell konkurs kan idag sökas av utländska såväl som svenska borgenärer.¹⁴⁹ Förordningen medför alltså omfattande förändringar för verkan av utländska insolvensförfaranden. Konkursgäldenären förlorar härnäst rådigheten också över egendom belägen i Sverige och denna egendom tillfaller konkursboet. Förvaltaren kan ta egendomen i anspråk, och om verkställighetsbeslut krävs skall svensk domstol meddela ett sådant beslut under i förordningen angivna förutsättningar, d.v.s. i enlighet med Brysselkonventionen.

Som framgått av möjligheterna att inleda särkonkurs eller ansöka om utmätning i Sverige hindrar utländsk konkurs inte utmätning eller parallell konkurs i Sverige idag, utländska konkurser saknar således hinderverkan.¹⁵⁰ Genom förordningen kommer insolvensförfaranden inledda i andra medlemsstater att tillerkännas hinderverkan i Sverige och borgenärer kan därför inte begära utmätning eller inleda en konkurs i Sverige annat än enligt förordningens regler om territoriella sekundärförfaranden. Förordningen innebär en skyldighet för medlemsstaterna att tillämpa sina nationella regler i enlighet med förordningen och även om nationell

¹⁴⁷ Bogdan [1997:II], s. 80 ff.

¹⁴⁸ Gregow [1990], s. 56.

¹⁴⁹ Bogdan [1997:II], s. 80 ff. Bogdan föreslår här en ny lösning där en utländsk förvaltare efter ansökan vid svensk domstol, inom vissa gränser, kan bli tillerkänd rådighet över borgenärens egendom. Förslaget behandlas ej närmare här då förordningen innebär en direkt ändring av rättsläget inom EU. Förslagets vikt förblir dock oförändrad gentemot länder utanför EU.

¹⁵⁰ Bogdan [1997:II], s. 80 ff.

rätt inte skulle medge hindersverkan för utländska insolvensförfaranden påtvingas ett sådant av förordningen. Mellqvist nämner att de nationella reglerna om hindersprövning vid individuell verkställighet kan vara så utformade att det kan vara svårt att tillämpa dem på insolvensförfarande som pågår utomlands och att den nationella rättsordningen kan innehålla lagvalsregler som försvårar tillämpningen.¹⁵¹ Tillämpas lagen i inledningsstaten kommer samtliga insolvensförfaranden som inletts i enlighet med förordningen att medföra hindersverkan. Detta framgår av artikel 1 (1) i förordningen som kräver att insolvensförfarande skall vara kollektivt, således utesluta specialekutioner. Frågan om enligt vilket lands lag hindersprövningen bedöms, blir därför avgörande. Ett insolvensförfarande skall i andra medlemsländer ha samma verkningar som i inledningsstaten. Jag tolkar detta så att även frågan om hindersprövning vid specialekution skall avgöras enligt inledningslandets lag. Något problem torde därför ej uppstå beträffande reglerna om hindersverkan eftersom inledningslandets lag måste utesluta individuell verkställighet för att förfarandet skall omfattas av förordningen. Mellqvist nämnde även att rättsordningen kan innehålla lagvalsregler som försvårar hindersprövningen. Artikel 17 (1) anger inledningslandets lag som den lag som skall avgöra vilka verkningar ett förfarande har även i andra medlemsländer. Jag anser att denna regel utesluter såväl inledningslandets lagvalsregler som lagvalsreglerna i det land som har att pröva frågan om individuell verkställighet. Förordningen kan sägas uppställa en lagvalsregel och därigenom utesluta nationella lagvalsregler som strider mot förordningen.

Vad gäller ackord som meddelas i ett annat land synes den idag gällande uppfattningen vara att ackord som grundar sig på en överenskommelse behandlas som förmögenhetsrättsliga avtal i allmänhet och får verkan för borgenärerna även i Sverige. Frågan är mer komplicerad avseende tvångsackord. Troligtvis anses ett svenskt tvångsackord redan idag omfatta fordringar som tillhör utländska borgenärer och ackordet bör vara bindande även för utländska borgenärer. Frågan är dock om andra länder i nuläget tillerkänner det svenska ackordet bindande verkan eller om borgenären kan söka exekution i ett annat land motsvarande hela sin fordran.¹⁵² Genom förordningen blir det klart att ett svenskt ackord i ett svenskt huvudförfarande får verkan även för utländska borgenärer. Utländska särackord får, som nämnts ovan, verkan enligt förordningen beträffande egendom i Sverige endast om borgenärerna samtyckt därtill.

3.4 Lex concursus och nya undantagsregler

Rättsystemet i det land ett insolvensförfarande inletts har sedan tidigare varit det mest betydelsefulla för varje sådant förfarande, så även i Sverige. Frågor kring gäldenärens rådighetsavskärning, insolvensförfarandets hindersverkan, boets

¹⁵¹ Mellqvist [1996], s. 30.

¹⁵² Bogdan [1997:II], s. 120 ff.

omfattning, bevakning av fordringar, kvittning och förmånsrättsordningen samt förvaltarens befogenhet avgörs enligt svensk rätt i en svensk konkurs.¹⁵³ Några större förändringar beträffande lex concursus tillämplighet torde därför inte förordnas av förordningen. I det följande skall jag redogöra för några effekter av undantagsreglerna för svensk rätt.

Förordningens artikel 5 (3) sätter vissa minimikrav på vad som skall anses vara en sakrätt vid tillämpning av undantagsregeln i artikel 5. Rapporten nämner vidare att det ej står länderna helt fritt att avgöra vad som är en sakrätt i det avseendet att en orimligt vid tolkning av begreppet inte kan godtas.¹⁵⁴ För svenskt vidkommande torde detta inte vara något problem då sakrätt är ett väl avgränsat begrepp i svensk rätt.¹⁵⁵ Artikel 5 innebär vidare att vissa sakrätter ej påverkas av ett insolvensförfarande. Vill en svensk förvaltare dra in den sakrättsligt belastade egendomen i ett insolvensförfarande inlett i Sverige, står endast ett fåtal möjligheter till buds. Antingen måste han lösa ut egendomen eller, om det lands lag som är tillämplig på sakrätten tillåter att den dras in i ett insolvensförfarande, öppna ett territoriellt sekundärförfarande när driftställe finns i aktuellt land. Om egendomen har ett värde högre än sakrätten skall borgenären överlämna vinsten av en försäljning. Att öppna ett territoriellt förfarande, eller lösa ut egendomen torde därför endast vara aktuellt om en samlad försäljning kan förväntas generera ett större överskott. Ett tredje alternativ att angripa sakrätten kan vara genom återvinning, men då måste förvaltaren beakta undantagsregeln i artikel 13 i förordningen. Denna regel innebär att även om rättshandlingen genom vilken sakrätten uppkom kan återvinnas enligt svensk rätt krävs det dessutom att sakrätten på något sätt kan angripas enligt på rättshandlingen tillämplig lag. Om sakrätten kan återvinnas enligt svensk rätt krävs därför, enligt min mening, inget inledande av ett sekundärförfarande för att komma åt aktuell egendom, det räcker att rättshandlingen kan angripas enligt på rättshandlingen tillämplig lag, insolvensrättsligt eller civilrättsligt, för att pröva återvinningsfrågan i Sverige. Låt oss anta att gäldenären strax före konkursutbrottet, som säkerhet för en gammal fordran överlämnat sin lyxbåt till sin finske svåger, d.v.s. borgenären. Ställandet av säkerhet kan då troligtvis återvinnas enligt konkurslagen 4 kap. 5 §. Frågan om återvinning berörs ej av undantagsregeln i förordningens artikel 5. Förordningen uppställer dock, i artikel 13, ett krav på att sakrätten kan angripas även enligt finsk rätt. Om det enligt finsk rätt, civilrättslig eller insolvensrättslig, finns en möjlighet att i detta fallet angripa rättshandlingen, anser jag alltså att frågan om återvinning kan prövas inom ramen för det svenska konkursen. Om förutsättningarna i konkurslagen 4 kap. 5 § är uppfyllda omfattas då lyxbåten till sitt fulla värde av den svenska konkursen. Detsamma torde gälla beträffande säljares rätt till återtagandeförbehåll i köparens konkurs, enligt artikel 7 i förordningen.

¹⁵³ Bogdan [1997:I], s. 39 ff.

¹⁵⁴ EU-rådets dokument 6500/96, p. 102.

¹⁵⁵ Mellqvist [1996], s. 34.

Frågor om kvittning skall enligt huvudregeln i artikel 4 (2) avgöras enligt inledningslandets lag. För svenskt vidkommande blir det här reglerna i konkurslagen 5 kap. 15-17 §§ alternativt lagen om företagsrekonstruktion 2 kap. 21 § som blir tillämpliga.¹⁵⁶ Dessa regler får som framgått i kapitel 2.5.2.1 betydelse också för insolvensförfarande i utlandet för de fall svensk rätt är tillämplig på ett fordringsförhållande. Utländska borgenärer i ett svenskt insolvensförfarande tillförsäkras samma rätt, enligt de svenska reglerna om kvittning, även om lagen som är tillämplig på fordringsförhållandet inte medför en kvittningsrätt.

Artikel 10 i förordningen anger att lönegaranti skall bedömas enligt lagen i det land som ger garantin. Den svenska lönegarantilagen begränsar sig till att ersätta arbetstagares fordran hos en arbetsgivare som har försatts i konkurs i Sverige eller annat nordiskt land. Om arbetsgivaren försatts i konkurs i Sverige omfattar garantin även utländsk arbetstagares fordran oavsett var arbetet har utförts. Inträffar däremot konkursen i annat nordiskt land omfattar garantin endast sådan fordran som grundas i en anställning med övervägande anknytning till Sverige.¹⁵⁷ Detta innebär, som jag förstår det, att Sverige ej utfäst någon lönegaranti för konkurser utanför Norden varför en bedömning enligt den svenska lönegarantilagen aldrig blir aktuell i en utomnordisk konkurs. Förordningen som sådan uppställer inga krav på medlemsländerna att skydda arbetstagare i detta sammanhang.¹⁵⁸ Det finns dock andra regler som är relevanta i sammanhanget. EG:s direktiv 80/987/EEG uppställer krav på medlemsländerna att inrätta ett garantisystem för att säkra arbetstagares fordringar vid arbetsgivarens insolvens, och EG-domstolen¹⁵⁹ har fastslagit att en lönegaranti för konkurser i landet som ställer garantin ej får begränsas till inhemska arbetstagare. Jag anser det dock rimligt att en regel liknande den som gäller för konkurs i ett annat nordiskt land införs även i förhållande till övriga medlemsstater. EG:s direktiv garanterar inte att det i varje medlemsland finns ett system för lönegaranti som, med svenska mått mätt, ger arbetstagaren tillräckligt skydd. Det kan för dessa fall vara i Sveriges intresse att skydda arbetstagare med stark anknytning till Sverige. Om gäldenären har ett driftställe i Sverige är det kanske lämpligt att huvudförvaltaren inleder ett territoriellt sekundärförfarande i Sverige för att aktualisera en tillämpning av lönegarantilagen för arbetstagare knutna till detta driftstället. Detta under förutsättning att ett sådant förfarande ej skadar borgenärerna i huvudförfarandet.

Enligt svensk rätt registreras fast egendom samt av fastighetsägaren uttagna inteckningar. Pantsättningar och panthavare i fast egendom är däremot ej föremål för någon obligatorisk registrering. För det fall att konkursgäldenären innehar en panträtt i en svensk fastighet är det osäkert om artikel 11 i förordningen blir tillämplig. Om obligatorisk registrering hade skett av pantsättningen i Sverige

¹⁵⁶ Mellqvist [1996], s. 30 f.

¹⁵⁷ Gunnarsson, Carina och Malmberg, Jonas i Karnov 1999/2000, s. 2208.

¹⁵⁸ Mellqvist [1996], s. 32.

¹⁵⁹ EG-domstolens dom i mål C-117/96.

skulle, enligt artikel 11, registerlandets lag, d.v.s. svensk rätt bli tillämplig på den konkursdrabbade gäldenärens rätt i panten. Eftersom rapporten uttryckligen säger att artikel 11 avser registrerade rättigheter och inte rättigheter i registrerad egendom torde dock artikel 11 ej tillämpas på svenska gäldenärer som innehar en sådan panträtt. Mellqvist anser att detta inte bör spela någon större roll då det enligt allmänna kollisionsnormer torde vara svensk rätt som blir avgörande eftersom egendomen är belägen här.¹⁶⁰ Jag förhåller mig något tveksam till allmänna kollisionsnormers tillämplighet i sammanhanget, eftersom artikel 4 fastställer inledningslandets lag som tillämplig lag för insolvensförfarandets verkningar på gäldenärens avtal när undantag ej förekommer i förordningen. För svenska insolvensförfaranden kommer därför svensk rätt att tillämpas. Om en gäldenär, som är föremål för ett huvudförfarande i ett annat land, innehar en panträtt i en svensk fastighet kommer dock, såvitt jag kan förstå det, verkningarna av detta huvudförfarande på gäldenärens panträtt att regleras enligt inledningslandets lag. Detta gäller då oavsett om inledningslandets lagvalsregler skulle utpeka svensk rätt som tillämplig på panträten.

Nordiska konkurskonventionen fastställer, även den, *lex concursus* som huvudregel. Undantagsreglerna i förordningen och i nordiska konventionen skiljer sig åt en del, varför lagvalsfrågor kan komma att avgöras annorlunda i framtiden i förhållande till Finland.

Artikel 15 i förordningen behandlar rättegångar som inletts mot gäldenären före inledandet av ett insolvensförfarande. Insolvensförfarandet verkan på sådan rättegång skall avgöras enligt lagen i det land rättegången pågår. Detta aktualiserar en tillämpning av konkurslagen 3 kap. 9 §. I sammanhanget kan nämnas två problem. Det första problemet torde lösas genom förordningen. Första frågan som ställs är om gäldenären skall anses befinna sig i konkurstillstånd även i Sverige när han försatts i konkurs utomlands. Vid en tillämpning av förordningen får det anses stå klart att då ett huvudförfarande inletts skall gäldenären anses försatt i konkurs även i andra medlemsländer. Det andra problemet som uppstår är frågan huruvida en utländsk konkursförvaltare har rätt att överta gäldenärens talan enligt konkurslagen 3 kap. 9 §. Eftersom gäldenären vid ett främmande huvudförfarande enligt förordningen förlorar rådighet också över egendom i Sverige anser jag att förvaltaren bör ha samma rätt som en inhemsk förvaltare. Detta skulle innebära att förvaltaren kan överta gäldenärens talan enligt konkurslagen 3 kap. 9 §. Fråga uppstår då om detta kan komma i konflikt med artikel 18 i förordningen som säger att förvaltaren har samma behörighet i andra medlemsländer som han har i inledningsstaten. Det kan inte uteslutas att inledningslandets lag inte ger förvaltaren behörighet att överta gäldenärens talan. Syftet bakom artikel 18 måste vara att tillförsäkra förvaltaren vissa minimirättigheter. Att i denna situation säga att artikel 18 skulle hindra förvaltaren från att utöva en rätt som tillkommer honom enligt rättegångslandets lag anser jag

¹⁶⁰ Mellqvist [1996], s. 37.

orimligt. Den möjlighet att överta gäldenärens talan som finns enligt konkurslagen 3 kap. 9 § torde därför även tillkomma utländska huvudförvaltare. Sekundärförvaltare bör ha samma rätt i rättegång som omfattar egendom som flyttas ur inledningsstaten efter det territoriella sekundärförfarandets inledande.

3.5 Utländsk förvaltare i Sverige och nyheter för svenska förvaltare

Förordningen innebär som framgått av kapitel 2.6 ovan en hel del förändringar beträffande förvaltarens befogenheter och skyldigheter. Förändringarna medför dels befogenheter för utländska förvaltare i Sverige, dels nya skyldigheter och möjligheter för förvaltare i ett svenskt insolvensförfarande.

När det gäller utländska förvaltares befogenheter i Sverige är det i det närmaste omöjligt att avgöra exakt vilka konsekvenser dessa får eftersom gränserna för förvaltarens befogenheter sätts av inledningslandets lag. Problemet som kan uppstå är väl snarast att i Sverige bedöma utländsk förvaltares befogenhet eftersom detta kräver en tillämpning av och kunskap om utländsk rätt. I vissa avseenden tillskriver dock förordningen utländska förvaltare direkta befogenheter. Ett exempel är möjligheten att inleda ett territoriellt sekundärförfarande i Sverige. I nuläget har förvaltare ingen rätt att begära inledandet av en särkonkurs i Sverige eftersom konkurslagen 1 kap. 2 § endast talar om ansökan från gäldenär eller borgenär.

Som nämnts i kapitel 2.6.3 ovan kan en huvudförvaltare kräva att ett oberoende territoriellt förfarande skall omvandlas till ett likvidationsförfarande. Sverige har en möjlighet att begränsa förvaltarens möjligheter så till vida att han inte ges möjlighet att omvandla rekonstruktionen till en konkurs, utan istället enbart kan begära att rekonstruktionen avslutas. Nu torde det vara sällsynt, om inte omöjligt, att inleda en rekonstruktion enbart beträffande ett driftställe, och inte hela företaget, i Sverige. Om sådana möjligheter införs kanske det kan aktualiseras att begränsa utländsk förvaltares rätt. Är huvudförfarandet ett likvidationsförfarande torde det dock inte finnas någon större mening i att ha en sådan regel eftersom egendomen efter avslutandet kommer att omfattas av huvudförfarandet. I det fall att huvudförfarandet är en rekonstruktion kan det dock vara relevant att vägra huvudförvaltaren möjlighet att omvandla en svensk rekonstruktion till en särkonkurs. Även om möjlighet till territoriellt begränsade rekonstruktionsförfaranden införs i svensk rätt är situationen ovan tämligen teoretisk då huvudförvaltaren bör avstå från att omvandla den svenska rekonstruktionen redan på den grunden att huvudförfarandet är en rekonstruktion och att likvidera det svenska driftstället i normalfallet ej torde gagna varken huvudförfarandet, borgenärerna eller gäldenären.

De utökade befogenheter som svenska förvaltare får i och med förordningens ikraftträdande kan sammanfattas så att de har rätt att utöva de befogenheter de har enligt svensk rätt även i annat land. Jag vill här enbart påminna om några av de skyldigheter som denna utökade befogenhet medför. Förvaltaren måste beakta vissa regler och procedurer i det land där han avser att utöva sina befogenheter, se vidare kapitel 2.6.1 ovan. Eftersom ett huvudförfarande omfattar även i utlandet belägen egendom, och förvaltaren har möjlighet att realisera densamma, är det av stor vikt att förvaltaren i ett svenskt huvudförfarande verkligen undersöker vilka tillgångar som gäldenären har i utlandet och ser till att dessa omfattas av förfarandet och kommer borgenärerna till del.

Svensk förvaltare måste se till att utreda gäldenärens samtliga fordringsförhållanden och meddela kända borgenärer i alla medlemsländer i enlighet med förordningen. Dokument från borgenärer skall godtas på flera språk och anmodan att bevaka fordringar måste avfattas på ett särskilt sätt. Om förvaltaren har anledning att misstänka att det i ett medlemsland finns borgenärer som inte är kända bör han vidta publiceringsåtgärder i enlighet med det landets lag. Om icke förmånsberättigade fordringar förväntas få utdelning är det än mer väsentligt att tillse att okända borgenärer informeras om det inledda förfarandet. Något som är helt nytt är reglerna om samordning och informationsutbyte med förvaltare i förfaranden inledda i andra medlemsländer. Förordningen medför även en skyldighet för förvaltaren att anmäla och bevaka fordringar i det egna förfarandet även i andra förfaranden. Förvaltaren kan sägas åläggas vidare skyldighet att tillgodose borgenärernas intresse än vad som är fallet idag. Förordningen ger, som nämnts tidigare, förvaltaren möjlighet att inleda, begära vilande, omvandla och påverka territoriella förfaranden. Dessa befogenheter bör tas tillvara men utövas med beaktande av den samlade situationen, inte bara i det egna landet.

3.6 Några andra frågor för svensk rättstillämpning

Förordningens existens och tillämpning leder i sig till ett nytt rättsläge som ger nya perspektiv på många frågor kring internationella insolvensförfaranden. På så vis anser jag att förordningen även påverkar frågor som den inte direkt avser att reglera. Några exempel som illustrerar detta är frågan om gäldenärens samarbetskyldighet beträffande egendom i utlandet, insolvensbedömningen samt förmånsrätten för skattefordringar. Resonemangen nedan begränsar sig till gäldenärer och egendom inom EU. För de fall som inte omfattas av förordningen förblir rättsläget i huvudsak detsamma som tidigare.

Frågan om huruvida egendom omfattas även om den befinner sig i ett annat land blir, som framgått av kapitel 2.2.2 och 2.2.3, i och med förordningens ikraftträdande besvarad en gång för alla. Någon större förändring innebär

förordningen inte då en svensk domicilkonkurs även idag anses omfatta alla gäldenärens tillgångar, medan en särkonkurs endast omfattar egendom som finns i Sverige.¹⁶¹ En fråga som nära anknyter till detta är frågan om gäldenären är skyldig att medverka till att honom tillhörig egendom som befinner sig i utlandet tillförs konkursboet. Frågan aktualiseras främst med anledning av förvaltarens bristande möjligheter att agera i andra länder. I NJA 1991 s. 491 slog HD fast att konkurslagen ej innebär någon sådan skyldighet och att det inte heller kunde tolkas in i straffbestämmelserna om oredlighet mot borgenärer annat än i mycket speciella fall. Någon förändring i sak medför inte förordningen. Anledningen till att jag tar upp frågan är för att poängtera att syftet med en eventuell aktivitetsplikt för gäldenären minskar vid en tillämpning av förordningen eftersom denna ger förvaltaren ökade befogenheter. En eventuell aktivitetsplikt blir därför inte lika nödvändig för ett omhändertagande av aktuell egendom.

Som nämnts i kapitel 2.2.1 reglerar förordningen inte insolvensbegreppet utan lämnar detta till respektive land. I sammanhanget bör man fråga sig vilken påverkan förordningen kan ha på insolvensbedömningen avseende tillgångar i utlandet. Den allmänt godtagna lösningen är att utländska tillgångar som huvudregel skall beaktas vid insolvensprövningen. Undantag kan dock göras om gäldenären kan antas bli ovillig att medverka till att egendomen tillförs konkursboet och att den konkurssökande borgenären inte rimligen kan hänvisas till ett annat rättsligt förfarande i aktuellt land.¹⁶² Återigen medför förordningen ingen direkt ändring av denna regel men förordningen får konsekvenser som jag anser betydelsefulla i sammanhanget. Som framgått ovan blir gäldenärens ovilja långt ifrån avgörande för egendomens realisering i Sverige eftersom förvaltaren får utökade befogenheter. Det kan därför anses motiverat att ej tillmäta gäldenärens eventuella ovilja betydelse för det fall att egendomen befinner sig i ett annat medlemsland. Om gäldenären dessutom har ett driftställe i aktuellt land finns rimliga alternativa förfaranden, nämligen ett territoriellt sekundärförfarande. I de flesta fall torde borgenären kunna begära ett sådant förfarande och för de fall detta ej är möjligt är det rimligt att anta att förvaltaren kommer att begära ett sådant förfarande. Enligt min mening är konsekvenserna av förordningen därmed sådana att huvudregeln för insolvensbedömningen, vid ett huvudförfarande enligt förordningen, är att alla gäldenärens tillgångar inom EU skall omfattas av insolvensbedömningen och att denna huvudregel gäller utan undantag.

Som framgått av kapitel 2.2.2 innebär förordningen att även statliga fordringar kan anmälas och bevakas i konkurser i ett annat land. I svenska konkurser har skattefordringar en mycket god förmånsrätt enligt förmånsrättslagen 11 §. Denna paragraf gäller dock ej för fiskala fordringar i annat land enligt lag (1990:314) om

¹⁶¹ NJA 1991 s. 491. Prop. 1994/95:189, s. 32, 38 och 55. SOU 1992:78, s. 26. SOU 1996:30, s. 42-43. Bogdan [1997:II], s. 54 ff.

¹⁶² Bogdan [1981], 514. SOU 1996:30, s. 69 f. Ett lagförslag som införde denna regel i konkurslagen föreslogs i SOU 1992:78 men ledde ej till lagändring. Bogdan hävdade i sin artikel 1981 att en lagändring ej var nödvändig för tillämpning av denna regel.

ömsesidig handräckning i skatteärenden 12 §. Inom de nordiska länderna gäller enligt nordiska konkurskonventionen förmånsrätt för skatter och avgifter enligt lagen i det land där skatten eller avgiften pålagts. Är denna förmånsrätt en allmän förmånsrätt begränsas den så till vida att ersättning för fordran enbart får tas ur egendom som befinner sig i det land avgiften pålagts. Dessa regler har införts i lag (1981:6) om konkurs som omfattar egendom i annat nordiskt land 8 § 3 st.¹⁶³ Eftersom förordningen inte särskilt reglerar frågan om skattefordringars förmånsrätt torde förordningens artikel 4, som anger inledningslandets lag som avgörande för förmånsrätter utan undantag bli gällande. Samtliga rättsystem inom EU begränsar sannolikt skatteförmånsrätten på liknande sätt som Sverige gör.¹⁶⁴ Konsekvensen av en sådan regel blir att utländska fiskala fordringar lämnas helt utan förmånsrätt eftersom de skall bedömas enligt inledningslandets lag. Om så är fallet påpekar Bogdan att detta kommer att medföra att länder regelmässigt inleder territoriella sekundärförfaranden för att ”rädda” skattefordringarna, då så är möjligt, oavsett nyttan i övrigt med ett sådant förfarande.¹⁶⁵ Det bör påminnas om det faktum att territoriella sekundärförfaranden långt ifrån alltid kan inledas, t.ex. i de fall gäldenären är en fysisk person. Situationen är enligt min mening mycket olycklig. Syftet med förordningen är att få ett effektivt system där gäldenärens samlade ekonomiska situation kan lösas i ett förfarande, nämligen ett huvudförfarande¹⁶⁶. Jag anser det vara nödvändigt att alla länder söker skapa ett optimalt förfarande där gäldenärens samtliga rättsförhållanden utreds. Det vore därför önskvärt att finna en lösning där alla intressen tillgodoses. Kanske är den lösning som valts i nordiska konkurskonventionen lämplig även i förhållande till EU:s medlemsstater. Problemet med en sådan lösning är att den innebär att förmånsrätten skall avgöras enligt lagen i det land där den fiskala fordringen uppkommit. Eftersom förordningens lagvalsregler undantar inledningsstatens internationella privaträtt för att undvika renvoi får regeln ej avsedd effekt utan frågan om förmånsrätten lämnas återigen till inledningslandets lag. Lösningen måste därför vara att införa en direkt förmånsrätt för skattefordringar i annat land, som dock begränsas till egendom befintlig i det landet. På så vis undviks inledande av till synes omotiverade territoriella förfaranden och man ökar möjligheten att genom insolvensförfarandet lösa gäldenärens ekonomiska situation på ett samlat sätt. Visserligen kan det diskuteras huruvida fiskala fordringar överhuvudtaget skall ha en förmånsrätt, men de flesta stater torde vara måna om densamma. Att fiskala fordringar helt kommer att sakna förmånsrätt kan därför skapa ett missnöje som inte gagnar samarbetet beträffande internationella

¹⁶³ Beträffande nordiska konkurskonventionens regler kring fiskala fordringars förmånsrätt se vidare Bogdan [1997:II], s. 150 ff.

¹⁶⁴ Bogdan [1997:II], s. 186 f.

¹⁶⁵ Bogdan [1997:II], s. 189.

¹⁶⁶ Möjligheten till territoriella sekundärförfaranden bör nämnas. För det första kan dessa endast inledas då ett driftställe finns på aktuell plats, se vidare kap 2.3.2, för det andra är ett inlett territoriellt sekundärförfarande på intet sätt en motsats till ett huvudförfarande, utan snarare ett medel som effektiviserar handläggningen av gäldenärens samlade tillgångar och skulder. Jag anser därför inte att möjligheten att inleda territoriella förfaranden förändrar resonemanget ovan.

insolvensförfaranden. Skatteförmånsrätten bör därför enligt min mening ses över så att en regel införs som blir acceptabel för såväl Sverige som andra EU medlemsstater och som samtidigt säkrar huvudförfarandets syfte.

Svensk skuldsanering omfattas ej av förordningen. Detta innebär att en svensk skuldsanering ej erkänns i enlighet med förordningen och att om ett huvudförfarande inleds i ett annat land måste den svenska skuldsaneringen avslutas. Att så kan bli fallet framgår av skuldsaneringslagen (1994:334) 4 § 1 st. enligt vilken gäldenär kan beviljas skuldsanering i Sverige om han har hemvist här. Vid tillämpningen av skuldsaneringslagen skall den som är folkbokförd i Sverige anses ha sitt hemvist här varför en situation mycket väl kan uppstå där gäldenären har sitt huvudsakliga intresse i ett annat land och blir föremål för ett huvudförfarande där. Jag anser dock inte att Sverige skall vägra en gäldenär skuldsanering i Sverige enbart på den grund att han har sitt huvudsakliga intresse i ett annat medlemsland. Viss försiktighet bör dock iaktas i dessa fall. Det kan vara lämpligt att i möjligaste mån se till att samtliga borgenärer har ett intresse i att stödja gäldenärens skuldsanering. En borgenär kan annars, genom att inleda en konkurs, medföra att skuldsaneringen går om intet. Beslut om skuldsanering hindrar individuell verkställighet enligt skuldsaneringslagen 25 §. Enligt min uppfattning hindrar svensk skuldsanering ej individuell verkställighet i utlandet. Om gäldenären har egendom i utlandet kan därför situationen uppstå att en borgenär söker ersättning för sin fulla fordran genom utmätning i ett annat medlemsland. Detta kan möjligen förhindras vid frivilliga skuldsaneringar, där borgenären accepterat nedsättandet av sin fordran.

En domstol som har att inleda en territoriell sekundär konkurs är obehörig att vid inledandet av ett territoriellt sekundärförfarande göra en bedömning av gäldenärens insolvens, se ovan kap 2.2.1. Det finns idag ingen möjlighet enligt konkurslagen att inleda ett förfarande gentemot en gäldenär som inte anses insolvent enligt svenska regler. Förordningen ger dock domstolarna möjlighet och skyldighet att inleda dessa förfaranden utan prövning av gäldenärens insolvens. Man bör komma ihåg att det inte handlar om att försätta icke insolventa gäldenärer i konkurs utan om att erkänna den prövning av gäldenärens insolvens som gjorts i en annan medlemsstat. Frågan knyter alltså nära an till erkännande av utländska förfaranden.

4 Avslutande kommentarer

I min inledning angav jag följande syften för förordningen; att skapa grund för ömsesidigt erkännande av konkurser, att klargöra vilka nationella regler som gäller för olika frågor och att ge konkursförvaltarna en internationell behörighet. Jag har försökt visa vilka lösningar förordningen har valt och peka på några av de följder som detta kan ha för svensk rättstillämpning. Huruvida förordningen verkligen finner optimala lösningar på ovan angivna punkter har jag dock inte berört. Jag vill därför avsluta med några personliga reflektioner kring frågan om förordningen fyller sina syften.

Förordningen skapar onekligen möjligheter för ömsesidigt erkännande av insolvensförfaranden inom EU. Genom klara jurisdiktionsregler och ett i det närmaste obetingat krav på automatiskt erkännande tror jag att förordningen till denna del kommer att uppfylla sitt syfte. Problemet jag ser i sammanhanget har närmast att göra med den kritik som Turing riktade mot jurisdiktionsgrunderna. Att förordningen ej sätter klara regler för vad som avses med vissa begrepp, t.ex. huvudsakligt intresse, kan leda till tolkningar av dessa begrepp av de nationella domstolarna. Detta är naturligtvis olyckligt eftersom rättsläget kan komma att utformas olika i olika medlemsländer och konflikter kan uppkomma. EG-domstolen kan vara ett medel för att uppnå enhetlighet i tolkningsfrågor som dessa men frågan är hur ofta domstolarna i insolvensärenden har tid och möjlighet att efterfråga förhands- respektive tolkningsbesked. Jag hoppas emellertid att så sker för att skapa en gemensam praxis kring de begrepp som skall tolkas enhetligt. För verkställighet krävs fortfarande exekvatur. Det är lätt att önska att så ej vore fallet, men med tanke på det mått av suveränitet som gäller inom EU idag är detta nog den lösning som i nuläget för oss närmast målet med ”universellt” genomförbara insolvensförfaranden.

Genom att införa lagvalsregler i förordningen skapas ytterligare enhetlighet och förutsebarhet. Förordningen beträder så att säga ny mark och det är nog inte utan kompromissande som de slutliga lagvalsreglerna tog form. Kanske är det just därför som lagvalsreglerna är så lätta att kritisera. Förordningen innebär en kombination av lex concursus och regler som avgör lagvalet till förmån för rättsystemet i ett annat land. Till detta läggs sedan regler som begränsar ett insolvensförfarandes verkningar och även om förordningen inte siktar på att reglera materiella frågor förekommer en del materiellt relevanta artiklar i förordningen. Urvalet av egendomslag som regleras i förordningen kan tyckas godtyckligt. Trots detta något svårgreppade system av lagvalsregler anser jag att lösningarna är tillfredställande. Det må vara så att förordningen avviker från traditionella lösningsförslag och att reglerna kan tyckas svåröverskådliga, men förordningen tillhandahåller trots detta regler som blir allmänt kända och enhetligt tillämpliga inom EU. Detta resultat uppväger, enligt min mening, de problem som reglerna kan innebära. Att förordningen dessutom innehåller en huvudregel om lex

concursum, som täcker de fall som ej regleras särskilt i förordningen, är mycket positivt.

Genom förordningen har man dessutom lyckats skapa internationell behörighet för förvaltare, åtminstone i teorin. Det kommer att bli upp till förvaltarna att faktiskt utnyttja de möjligheter som förordningen ger. Möjligheterna kan även ses som skyldigheter, gentemot borgenärerna såväl som gäldenären. Det är av stor vikt att förvaltarna får kunskap om och efterlever dels de regler om samordning och informationsutbyte som förordningen uppställer dels de möjligheter som ges att agera i andra länder. Först när så sker kan vi få förvaltare med en faktisk internationell behörighet som kan få stor praktisk betydelse.

Jag anser inte att förordningen medför några betydande problem för svensk rättstillämpning. Framförallt är det en ökad försiktighet vid tillämpningen av forumreglerna som, i ett internationellt perspektiv, motiveras av förordningen. Förordningen medför en del förändringar men i och med dess direkta tillämplighet torde inga svårigheter uppkomma i att genomföra dessa förändringar. Jag anser det däremot viktigt att även i andra frågor, som ej direkt regleras av förordningen, beakta det nya rättsläge som förordningen skapar.

Huruvida förordningen skapar ett samhällsekonomiskt optimalt klimat är i nuläget omöjligt att bedöma. Att tro att alla problem relaterade till internationella aspekter på insolvensförfaranden löses genom förordningen är nog att vara alltför optimistisk. Jag vill t.o.m. påstå att många nya problem skapas genom förordningen. Förvaltare måste röra sig på en internationell arena, språkkunskaper och kunskap om andra rättssystem blir allt viktigare. Domstolar får tillämpa utländsk rätt i flera fall, inte minst beträffande utländska insolvensförfarandens verkningar. Lösningarna i förordningen överensstämmer dessutom inte alltid med de traditionella. Sist men inte minst sträcker sig förordningen inte utanför EU, vilket gäldenärens förehavanden ofta gör. Kanske innebär förordningen inte ett genomförande av optimala lösningar, men den innebär ett genomförande av enhetliga regler, som blir kända och därmed förutsebara. Redan det är ett stort framsteg.

Litteraturförteckning

Litteratur

- Balz, Manfred „Das neue Europäische Insolvenz-übereinkommen“ i Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1. Halbjahr 1996, s. 948 – 955. (Citeras Balz [1996:I].)
- Balz, Manfred „Das Übereinkommen der Europäischen Union über Insolvenzverfahren“ i Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 2/1996, s. 325 – 331. (Citeras Balz [1996:II].)
- Bogdan, Michael ”Obeståndsbegreppet och gäldenärens tillgångar i utlandet” i Svensk Juristtidning 1981, s. 500-518. (Citeras Bogdan [1981].)
- Bogdan, Michael ”Den nya konkurskonventionen”, i Festskrift till Stig Strömholm, Uppsala 1997, s. 173 – 189. (Citeras Bogdan [1997:I].)
- Bogdan, Michael Sveriges och EU:s Internationella insolvensrätt, Stockholm, 1997. (Citeras Bogdan [1997:II].)
- Fura-Sandström, Elisabet ”Den internationella insolvensrätten under utveckling. Från Istanbul-konvention till konvention och samarbete inom EU” i Insolvensrättsligt forum 25-26 januari 1995, Uppsala 1996, s. 111-117. (Citeras Fura-Sandström [1995].)
- Gregow, Torkel Utsökningsrätt, Lund, 1990. (Citeras Gregow [1990].)
- Mellqvist, Mikael ”Den internationella insolvensrätten under utveckling. Från Istanbul-konventionen till konvention och samarbete inom EU” i Insolvensrättsligt forum 25-26 januari 1995, Uppsala 1996, s. 117 – 122. (Citeras Mellqvist [1995].)
- Mellqvist, Mikael ”Gränsöverskridande konkurshantering - EU:s konvention om insolvensförfaranden” i Ny Juridik 1996 nr 4, s. 7-44. (Citeras Mellqvist [1996].)

Turing, Dermot “The European Convention on Insolvency Proceedings”, i Butterworths Journal of International Banking and Finance Law, nr 2 februari 1996, s. 56- 59. (Citeras Turing [1996].)

Svenskt offentligt tryck

Prop. 1994/1995:189

SOU 1992:78

SOU 1996:30

Rättsfall

NJA 1991 s. 491

EG domstolens mål C-117/96

Övrigt

Bulletin of the European Communities, Supplement 2/82

EU-rådets dokument 6500/96, Report on the Convention of Insolvency Proceedings, by Miquel Virgos och Etienne Schmit.

Council of Europe, International Aspects of Bankruptcy, Strassbourg, 1990.

Gunnarsson, Carina och Malmberg, Jonas i Karnov 1999/2000 s. 2208.

Official Journal of the European Communities, No C 189 of July 1990