



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Rickard Faivre

INSOLVENSFÖRORDNINGEN

Närmare om

HUVUDSAKLIGA INTRESSEN

Examensarbete
20 poäng

Birgitta Nyström

Insolvensrätt

VT 2006

Innehåll

SAMMANFATTNING	4
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och problemställning	9
1.3 Metod och material	10
1.4 Avgränsningar	10
1.5 Disposition	11
2 INSOLVENSFÖRORDNINGEN	12
2.1 Innehåll	12
2.1.1 Tillämpningsområde	12
2.1.2 Universella och territoriellt begränsade förfaranden – en översikt.	13
2.1.3 Lex fori concursus	14
3 EUROPEISK INTERNATIONELL INSOLVENSJURISDIKTION	16
3.1 Inledning	16
3.2 Forum shopping	16
3.3 Huvudinsolvensförfaranden och territoriellt begränsade insolvensförfaranden	17
3.3.1 Behörighetsbestämmelser	17
3.4 Anknytningsfaktumen ”huvudsakliga intressen” och ”driftställe”	18
3.4.1 Huvudsakliga intressen	18
3.4.2 Driftställe	19
4 ANKNYTNINGSKRITERIER I PRAXIS	21
4.1 Europeisk praxis	21
4.1.1 Daisytek-ISA	21
4.1.1.1 Daisytek – Frankrike	24
4.1.1.2 Daisytek – Tyskland	24
4.1.2 Collins & Aikman Automotive	25
4.1.2.1 Intenia Consulting	27
4.2 Svensk praxis	28
4.2.1 Radaflex OY	28

4.2.2	Dr. Baldweg Aktiengesellschaft DR	29
4.2.3	L.V.V.	29
4.2.4	Kosingen Ltd	30
4.2.5	Batteriservice & Transport Ltd	31
4.3	Diskussion	33
4.3.1	Daisytek	33
4.3.2	Collins & Aikman	34
4.3.3	Svensk praxis	35
5	HUVUDSAKLIGA INTRESSEN – ETT DEFINITIONSFÖRSÖK	36
5.1	”Huvudsakliga intressen” – konceptet	37
5.1.1	Juridiska personer	37
5.1.2	Juridiska personer – sätespresumtionen	39
5.1.3	Fysiska personer – hemvistpresumtion ?	43
5.1.4	Principen om ömsesidigt förtroende	43
5.2	Sammanfattning	44
6	SAMMANFATTANDE ANALYS	46
6.1	Europeisk internationell insolvensjurisdiktion universalitets- och territorialitetsprincipen	46
6.1.1	Anknytningskriterierna	47
6.1.1.1	Huvudsakliga intressen	47
6.1.1.2	Driftställe	49
6.2	Uppfyller förordningen sitt syfte?	49
6.3	De lege ferenda	50
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	54
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	56

Sammanfattning

Den 31 maj 2002 trädde rådets förordning om insolvensförfaranden (insolvensförordningen) i kraft.¹ Dagens företag inom EU har en allt mer gränsöverskridande verksamhet och deras eventuella insolvens påverkar den inre marknaden. Syftet med förordningen är att säkra den inre marknads goda funktion genom en gemenskapsrättsakt som effektivt och ändamålsenligt samordnar de åtgärder som vidtas vid ett gränsöverskridande insolvensförfarande. Bland annat har förordningen till huvudsyfte att motverka motiven för parterna att överföra tillgångar från en medlemsstat till en annan eller välja jurisdiktion för att få en förmånligare ställning (forum shopping).

Förordningen är fortfarande i sin begynnelse men frågan är om den fungerar som det var tänkt med tanke på den framväxande europeiska domstolspraxisen. Förordningen har inneburit förändringar för samtliga medlemsstater vad avser den egna gränsöverskridande insolvensjurisdiktionen.

Ett insolvensförfarande som inleds i en medlemsstat har i princip universell verkan och omfattar gäldenärens samtliga tillgångar inom gemenskapen, utom Danmark. Ett beslut om insolvensförfarande skall enligt förordningen ha direkt effekt i övriga medlemsstater utan vidare formaliteter. Det är lagen i inledningsstaten som är tillämplig på insolvensförfaranden i övriga medlemsstater.

För att förordningen skall vara tillämplig och för att den nationella domstolen i medlemsstaten skall ha behörighet att inleda ett insolvensförfarande krävs enligt artikel 3 att gäldenärens ”huvudsakliga intressen” finns inom någon av medlemsstaterna. Förordningen saknar dock en närmare definition av huvudsakliga intressen. Tanken är att de nationella domstolarna ska själva, genom praxis, skapa en definition. Detta har dock lett till skillnader emellan medlemsstaterna i hur man definierar huvudsakliga intressen. En konsekvens härav är att man misstror och ifrågasätter legaliteten av varandras beslut. Förordningens effektivitet är beroende av att domstolarna i medlemsstaterna respekterar och litar på varandras beslut.

Koncerner utgör ett eget problem då koncerner är ett okänt fenomen i förordningen. Förordningen förutsätter att dotterbolagen i de olika medlemsstaterna är enskilda rättssubjekt, men vissa domstolar, särskilt de brittiska, utropar nästan godtyckligt jurisdiktion över dotterbolag i andra medlemsstater.

¹ Som insolvensförfaranden räknas i svensk rätt konkurs och företagsrekonstruktion.

Uppsatsen har till syfte att belysa den europeiska och svenska gränsöverskridande insolvensjurisdiktionen som den uttrycks i artikel 3 i förordningen. För att uppnå detta syfte analyseras främst brittiska och svenska rättsfall för att se hur domstolarna resonerar för att bestämma vart de huvudsakliga intressena finns samt vilken inverkan förordningen har haft på forum shopping. Att just brittisk domstolspraxis analyseras beror på att de brittiska domstolarna har en anmärkningsvärd bred tolkning av konceptet ”huvudsakliga intressen” i artikel 3.1 InsF och bekräftar nästan alltid sin internationella behörighet och ignorerar sätespresumtionen.

Storbritannien är klart överrepresenterat i antalet rättsfall med internationell europeisk insolvensjurisdiktion, vilket kan förklaras med att avsaknaden av förutsebarhet av vart de huvudsakliga intressena skall finnas enligt förordningen har lett till att gäldenärer söker sig till brittisk domstol för att man vet att deras tolkning är bredare och generösare samt att den rikliga förekomsten av brittisk jurisprudence underlättar hänvisning till tidigare rättsfall.

En intressant observation är att amerikanska bolag under s.k. Chapter 11 i USA har lyckats få med sina dotterbolag i Europa i samma förfarande och med samma förvaltare, allt med hjälp av insolvensförordningen och de brittiska domstolarna.

Slutsatsen är att tanken bakom insolvensförordningen är ett steg i rätt riktning men att dess framtid står och faller på hur de nationella domstolarna tillämpar den. Den nuvarande utvecklingen att brittisk rätt ”lägger beslag” på allt fler insolvensförfaranden skadar den inre marknadens goda funktion gällande insolvensförfaranden.

Förkortningar

Ds	Departementsserien
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
ECJ	European Court of Justice
EU	Europeiska Unionen
EG	Europeiska Gemenskapen
FR	Förklarande Rapporten
HD	Högsta Domstolen
InsF	Insolvensförordningen
Prop	Proposition

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Ett välordnat insolvensförfarande förutsätter ett helhetsbegrepp om gäldenärens tillgångar och skulder utan hänsyn till de nationella gränserna. Dessvärre är varje stats maktbefogenheter i princip begränsat till just dess eget territorium. Utan internationella och överstatliga organ med universell behörighet kan man inte uppnå ett verkligt universellt insolvensförfarande.²

Det äldsta dokumenterade insolvensfallet är den s k Ammanati-affären år 1302.³ Ammanti var en bank i Republiken Pistoja i nuvarande Italien. Banken ägde både filialer och tillgångar utspridda över Europa i bl. a Storbritannien, Tyskland och Frankrike. När banken blev insolvent flydde bankens ägare. Bankens borgenärer i de olika länderna försökte lägga beslag på de lokala tillgångarna men även gäldenärerna genom att förfoga över densamma. Denna kapplöpning låg inte i borgenärernas intresse med tanke på den oordnade likvidationen som skulle ske. En av borgenärerna råkade vara Vatikanen. Påven själv ingrep för att organisera ett mer korrekt insolvensförfarande. Påvens territoriella makt var begränsad till Vatikanstaten men hans universella makt som han åtnjöt i egenskap av kyrkans överhuvud var desto större. Påven utövade sin auktoritet genom prästerskapet i de berörda länderna och kunde därmed förbjuda både gäldenärer och borgenärer att förfoga över tillgångarna. Enligt påvens plan skulle förfarandet administreras av kyrkan som sedan skulle distribuera tillgångarna bland borgenärerna. Om det lyckades förtäljs inte men det viktiga var att det fanns en förutsättning för ett effektivt insolvensförfarande med universell räckvidd, åtminstone inom det katolska tro området.

Först 700 år senare trädde EU:s insolvensförordning i kraft. Förordningens syfte är att ge medlemsländerna jurisdiktion vid gränsöverskridande insolvensförfaranden. Världen är visserligen betydligt mycket större än EU, men förordningen är ett steg i rätt riktning och det enda som har hänt av dignitet inom den europeiska internationella insolvensrätten sedan Ammanti-affären. Ursprungstanken bakom insolvensförordningen är ett enhetligt och universellt insolvensförfarande inom EU. Arbetet som ledde till insolvensförordningen påbörjades redan på 1960-talet. Mellan 1963-1980 fram ett utkast till en konvention som skulle reglera gränsöverskridande insolvensförfarande. I utkastet föreskrevs ett enda förfarande där domstolen i den stat där gäldenären har sin huvudsakliga verksamhet kunde förklara någon i konkurs. Beslutet skulle erkännas av de andra staterna och något parallellt lokalt förfarande var inte tillåtet.

² Se Bogdan, Micheal Internationell konkurs- och ackordsrätt sid. 22.

³ Se Bogdan, Micheal Internationell konkurs- och ackordsrätt sid. 23 ff.

Konventionen tillämpade strikt principen om universalitet och ett enda förfarande. Arbetet med utkastet avbröts 1985 när man inte kunde uppnå enighet.

Vid ett ministermöte 1989 konstaterades att avsaknaden av en konvention om insolvensförfarande inom gemenskapen var en allvarlig brist gällande den inre marknadens goda funktion. Arbetet återupptogs 1993-1996 men det föll igenom när Storbritannien inte undertecknade konvention i tid p.g.a. den politiska kris som galna ko-sjukan medförde.

Tyskland och Finland tog dock tag i saken i början av 1999 och presenterade ett förslag till en förordning vilket accepterades omedelbart av medlemsstaterna. Konventionen från 1995 låg till grund för förordningen och endast några språkliga justeringar erfordrades.⁴ Förordningen antogs av rådet den 29 maj 2000.⁵ Den främsta orsaken till att den tidigare konventionen inte gick igenom var svårigheten hos medlemsstaterna att acceptera konventionens principer om universalitet och enhet. Det har ifrågasatts om den nu valda lösningen i förordningen att ett huvudinsolvensförfarande kan ske parallellt med ett territoriellt förfarande är en bättre lösning.⁶

Förordningen i sig är inte någon fullständig insolvenslag. Den säger inget om hur en medlemsstats insolvensrätt är, eller bör vara, utformad. Förordningen förutsätter helt enkelt att de enskilda medlemsstaternas nationella insolvensrätt har den höga standard på rättssäkerhet och förutsebarhet som krävs för ett effektivt och väl fungerande insolvensförfarande. Förordningen reglerar därmed enbart gränsöverskridande frågor och har uppkommit utifrån behovet av att den inre marknaden skall fungera väl.⁷

Det som är intressant i sammanhanget är att förordningen inte har till syfte att harmonisera medlemsstaternas insolvenslagstiftning.⁸ Förordningen är mer till för att undanröja de nationella hinder som kan finnas som skulle hindra eller försvåra ett smidigt och effektivt insolvensförfarande.⁹

⁴ Initiativ från Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Finland inför antagandet av rådets förordning om insolvensförfarande (9178/1999 - C5-0069/1999 - 1999/0806(CNS)).

⁵ Den rättsliga grunden för förordningen återfinns i artikel 61c, 65 och 67.1 i EG-fördraget.

⁶ Mellqvist, Insolvensförordningen m.m. Sid. 42.

⁷ Se ingresspunkt 3.

⁸ Se ingresspunkt 11.

⁹ Se ingresspunkt 2.

Insolvensförordningen kan sägas reglera fem olika områden.¹⁰

- 1) Förutsättningarna för att inleda ett insolvensförfarande i någon av medlemsstaterna.
- 2) Omfattningen av insolvensförfarandet.
- 3) Verkningarna i övriga medlemsländer av att ett förfarande inleds i en stat.
- 4) Samordningen av flera samtidigt pågående förfarande.
- 5) Lagval.

1.2 Syfte och problemställning

I insolvensförordningens artikel 3 regleras de europeiska domstolarnas behörighet att inleda ett insolvensförfarande när gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom gemenskapen d v s i ett visst EU-land. Förordningen saknar en bestämd definition av anknytningskriteriet ”huvudsakliga intressen” och definitionen av ”driftställe” är vag. Förordningen har således gett de nationella domstolarna i uppgift att utveckla denna definition. Problemet är att en avsaknad av en uttrycklig definition leder till oförutserbarhet och rättsosäkerhet för både borgenärer och gäldenärer samt verkar mera uppmuntra än motverka forum shopping vilket är ett av de uttalade syftena med förordningen.

Mitt syfte är att analysera den begynnande europeiska och svenska domstolspraxisen rörande europeisk internationell insolvensjurisdiktion, så som den uttrycks i artikel 3 i insolvensförordningen, för att se hur domstolarna resonerar kring anknytningskriterierna ”huvudsakliga intressen” och ”driftställe”. Analysen är av främst brittiska och svenska rättsfall. Att inte övriga länders rättsfall omfattas av analysen beror till viss del på bristen av översatta rättsfall till ett språk som jag behärskar men främst på att de absolut flesta och viktigast rättsfallen har bedömts av brittisk domstol.

Jag ska utifrån rättsfallen analysera hur domstolarna har tillämpat insolvensförordningen och dess förarbeten när de har bestämt var de huvudsakliga intressena har funnits. Till viss del kommer jag även att titta på begreppet driftställe och dess tillämpning i förordningen. Tyngdpunkten kommer dock att ligga på just ”huvudsakliga intressen” eftersom det är det viktigaste anknytningskriteriet särskilt när gäldenären är en juridisk person. Förordningens syfte är att försäkra den inre marknadens goda funktion genom att bland annat motverka forum shopping. Jag ska försöka utröna om förordningen är rätt väg.

¹⁰ Mellqvist, Insolvensförordningen m.m. Sid. 44.

Problemställningen kan sammanfattas på följande sätt:

- Hur resonerar domstolen kring anknytningskriterierna när det gäller juridiska personer och vilken styrka tillmäts sätespresumtionen?
- Hur resonerar domstolen kring anknytningskriterierna när det gäller fysiska personer?
- Har förordningen önskad effekt på forum shopping?
- Är förordningen tillräckligt effektiv?

1.3 Metod och material

Metoden för uppsatsen är sedvanlig juridisk metod med genomgång och analys av förordningstexten, aktuella ingresspunkter, vissa uttalande i den förklarande rapporten och rättspraxis. Litteratur och artiklar i ämnet har också studerats. Förordningen är ganska ung och den svenska litteraturen på området är begränsad till en bok och en artikel av hovrättsrådet Mikael Mellqvist. Det finns i skrivande stund inga svenska rättsfall, eller brittiska för den delen, som har prejudikat verkan. Högsta domstolen har ännu inte beviljat något prövningstillstånd. ECJ håller på att behandla två mål, de har inte direkt relevans till mitt arbete men faktumet att endast två mål först nu finns hos ECJ säger något om den faktiska avsaknaden av prejudicerande mål inom gemenskapsrätten.¹¹

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen är avgränsad till att omfatta anknytningskriterierna i artikel 3 rådets förordning 2000/1346/EG från den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden (insolvensförordningen), som trädde ikraft den 31 maj 2002.¹² Därmed behandlas inte insolvensförfarande som rör försäkringsföretag,¹³ kreditinstitut, investmentföretag som tillhandahåller tjänster som innebär hantering av medel eller värdepapper för tredjemansräkning eller kollektiva investmentföretag.¹⁴ Vidare är uppsatsen avgränsad till i huvudsak brittisk och svensk domstolspraxis.

¹¹ The High Court 2004 No 33 Cos In The Matter Of Eurofood Ifsc Limited And In The Matter Of The Companies Acts 1963 - 2003 [Eurofood/ Parmalat]. Dom från ECJ väntas under 2006.

¹² EGT L 160/1, 30.6.2000

¹³ Se Folksam International i Konkurs för ett intressant studieobjekt.

¹⁴ Artikel 1.2

1.5 Disposition

Kapitel två handlar kort om insolvensförordningens uppkomst, syfte och tillämplighet.

Kapitel tre fokuserar på europeisk internationell insolvensjurisdiktion. Forum shopping, huvudinsolvensförfarande och territoriellt begränsade insolvensförfarande samt anknytningsfaktumen ”huvudsakliga intressen” och ”driftställe” behandlas.

Kapitel fyra behandlar europeisk och svensk domstolspraxis vid europeisk internationell insolvensjurisdiktion samt en diskussion om tillämpningen av praxisen.

I kapitel fem sker ett försök till en närmare definition av huvudsakliga intressen.

Kapitel sex innehåller den sammanfattande analysen samt en diskussion om förordningen uppfyller sitt syfte och ett de lege ferenda resonemang.

2 Insolvensförordningen

2.1 Innehåll

Den 31 maj 2002 trädde rådets förordning 2000/1346/EG av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden (insolvensförordningen) i kraft.¹⁵ Från denna dag gäller förordningen i EU:s samtliga medlemsstater som gällande rätt utom Danmark.¹⁶ Insolvensförordningen tar sikte på gränsöverskridande insolvensförfaranden inom EU.¹⁷ Insolvensförordningen innehåller bestämmelser om insolvensjurisdiktionen, erkännandet av insolvensförfaranden i andra medlemsstater, lagval inom ramen för ett insolvensförfarande samt samverkan mellan flera samtidigt pågående förfaranden.¹⁸ Insolvensförordningen är långt ifrån någon fullständig insolvenslag utan reglerar enbart gränsöverskridande frågor. Förordningen utgår från att de enskilda medlemsstaternas insolvensrätt är tillräckligt utformad för att uppfylla högt ställda krav på vad gäller rättssäkerhet, förutsebarhet och organisation. Därmed sägs inget i förordningen om hur de enskilda medlemsstaternas insolvensrätt är eller bör vara.

Insolvensförordningen består inledningsvis av 33 ingresspunkter. Därefter följer fem kapitel om sammanlagt 47 artiklar. Till förordningen hör också tre bilagor (A-C) med förteckningar över insolvenstermer på medlemslänternas språk. Till 1995 års konvention om insolvensförfaranden, som förordningen bygger på, finns en förklarande rapport (FR). Den förklarande rapporten liksom ingresspunkterna har betydelse för tolkningen av förordningens bestämmelser.

2.1.1 Tillämpningsområde

Förordningen är enligt artikel 1.1 tillämplig på kollektiva insolvensförfaranden som innebär att gäldenären helt eller delvis berövas rådgivningen över sina tillgångar och att en förvaltare utses.¹⁹ Vilka nationella förfaranden som omfattas av insolvensförordningen anges i bilaga A-B.²⁰ För svensk del omfattas konkurs och företagsrekonstruktion av förordningen.²¹ Avsikten med detta tillvägagångssätt är att fånga in alla de förfaranden som vid förordningens tillkomst i de olika medlemsstaterna var

¹⁵ EGT L 160/1, 30.6.2000.

¹⁶ Danmark deltar i enlighet med artikel 1 & 2 i det protokoll om Danmarks ställning som är fogat till Fördraget om Europeiska unionen och Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen inte i antagandet av denna förordning och är därför inte bundet av den och omfattas inte av dess tillämpning. Ingresspunkt 33 InsF. Danmark bortses fortsättningsvis i denna text.

¹⁷ Enligt svensk rätt räknas konkurs och företagsrekonstruktion som insolvensförfaranden. 1 § 2 st. Lag (2005:1046) med kompletterande bestämmelser till insolvensförordningen. 18 DS 2002:59

¹⁹ Se FR. 48-53.

²⁰ Bilagorna utgör en integrerad del av förordningen.

²¹ Artikel 1 InsF samt bilaga A.

att hänföra till insolvensförfaranden enligt nationellt sätt att se på saken. Definitionen i artikel 1 är således mycket vid och så avsedd att vara.²² Insolvensförordningen gäller samtliga kategorier av gäldenärer och bygger på principen om universalitet. Förordningen gäller inte försäkringsföretag och kreditinstitut artikel 1.2.²³

För att Insolvensförordningen skall vara tillämplig krävs bara en sak, nämligen att gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom en enskild medlemsstats territorium.²⁴ Därmed inte sagt att ett förfarande omfattar enbart egendom inom gemenskapen. En medlemsstats nationella rätt kan vara sådan att vissa nationella förfaranden gör anspråk på att omfatta egendom även utanför EU (jfr svensk domicilkonkurs). Förordningen förbjuder inte detta, men den är inte tillämplig på förhållanden i andra stater.

2.1.2 Universella och territoriellt begränsade förfaranden – en översikt.

Förordningen skiljer på så kallat huvudinsolvensförfaranden (artikel 3.1), sekundärförfarande (artikel 3.2) och territoriellt begränsade förfaranden (artikel 3.4).

Ett insolvensförfarande kan som huvudregel endast inledas i en enda stat inom gemenskapen och det är den medlemsstat där gäldenären har sina huvudsakliga intressen. Ett sådant insolvensförfarande benämns huvudinsolvensförfarande och bygger på principen om universalitet. Staten där ett huvudinsolvensförfarande beslutas kallas inledningsstaten. Ett huvudinsolvensförfarande är som huvudregel universell.²⁵ När ett huvudinsolvensförfarande inleds ingår alla tillgångar inom gemenskapen, inte bara de inom inledningsstaten och samtliga borgenärer omfattas. Verkan av ett erkännande av ett huvudinsolvensförfarande gäller automatiskt inom gemenskapen utan något särskilt exekvaturförfarande och oberoende av offentliggörande.²⁶

Ett begränsat territoriellt (nationellt) förfarande kan inledas i en stat där gäldenären i fråga har ett fast driftsställe. Om det inte samtidigt pågår ett huvudinsolvensförfarande kallas ett sådant förfarande för ett självständigt förfarande, annars är det fråga om ett sekundärförfarande (samtidigt pågående huvudinsolvensförfarande).

²² Ds 2002:59 s. 39.

²³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/17/EG av den 19 mars om rekonstruktion och likvidation av försäkringsföretag (försäkringsinsolvensdirektivet,) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/24/EG av den 4 april om rekonstruktion och likvidation av kreditinstitut (bankinsolvensdirektivet) är undantagna insolvensförordningen.

²⁴ Artikel 3.1

²⁵ Insolvensförordningen anger inte uttryckligen att ett huvudinsolvensförfarande, som har sin grund i artikel 3.1, omfattar gäldenärens samtliga tillgångar inom gemenskapen vilket anses följa av universalitetsprincipen. Det följer dock av artikel 17.2 att så normalt är fallet.

²⁶ Artikel 17.

Ett sekundärförfarande kan inte vara en rekonstruktionsåtgärd utan måste vara ett likvidationsförfarande. Ett sekundärförfarande är underordnat ett huvudinsolvensförfarande och förordningens regler för samordningen av dessa förfaranden är tvingande. De territoriellt begränsade förfarandena kan sägas fylla två funktioner. Dels att skydda lokala borgenärens intressen, dels verka understödande till ett huvudinsolvensförfarande. Baksidan är att sekundärförfaranden kan användas i ett fientligt syfte mot huvudinsolvensförfarandet.²⁷

Som sagts innan är ett huvudinsolvensförfarande i huvudregel universell men ingen regel utan undantag. Ett territoriellt begränsat insolvensförfarande är en begränsning av huvudinsolvensförfarandets universella räckvidd då endast tillgångarna i den medlemsstat där ett territoriellt begränsat insolvensförfarande inleds ingår i det förfarandet och således undantas från verkningarna av huvudinsolvensförfarandet.²⁸

2.1.3 Lex fori concursus

Artikel 4.1 – Tillämplig lag

Om inte annat föreskrivs i denna förordning skall lagen i den medlemsstat inom vars territorium insolvensförfarandet inleds, nedan kallad inledningsstaten, vara tillämplig på insolvensförfarandet och dess verkningar.

Formuleringen av principen lex fori concursus i förordningen ger den ett mycket vitt tillämpningsområde. Principen är inte begränsad till att enbart vara en presumptionsregel eftersom det vid sidan av förordningen helt saknas utrymme för att nationellt föreskriva att någon annan rättsordning än lex fori concursus skall tillämpas.²⁹ Endast undantag gjorda i förordningen berättigar ett frångående från lex fori concursus.

Lex fori concursus innebär att lagen i inledningsstaten skall bestämma förutsättningarna för att inleda ett förfarande, samt för att genomföra och slutföra det.³⁰ För att underlätta tolkningen av förordningen och konkretisera vilka frågor som bestäms av lex fori concursus finns ett antal uppräknade frågor i andra meningen av artikel 4.2 a-m som förordningen skall gälla.³¹

Uppräkningen har inte bara betydelse som exempel utan är både preciserande och klargörande till vad som anses gälla vid sidan av förordningen i de olika medlemsstaterna. Detta är av betydelse då lex fori concursus har ett vitt tillämpningsområde men gränserna för

²⁷ Mellqvist, EU:s Insolvensförordningen m.m. sid. 49 & 112.

²⁸ Artikel 17.1

²⁹ Se FR 87.

³⁰ Artikel 4.2 första meningen.

³¹ Se FR 91.

tillämpningsområdet kan vara mer eller mindre oklara i de olika medlemsstaterna.³²

För fullständighetens skull skall framhållas att lagvalsreglerna gäller i alla slags förfaranden, d.v.s. de är fullt ut tillämpliga när det gäller såväl huvudinsolvensförfaranden som självständiga och sekundära territoriella förfaranden enligt insolvensförordningen.

³² Mellqvist, EU:s insolvensförordning m.m. sid. 211.

3 Europeisk internationell insolvensjurisdiktion

3.1 Inledning

I insolvensförordningen artikel 3.1 och 3.2 regleras de europeiska domstolarnas behörighet att inleda ett insolvensförfarande när gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom gemenskapen. För Sveriges del omfattas konkurs och företagsrekonstruktion av begreppet insolvensförfaranden. Vad som omfattas av begreppet i andra medlemsstater framgår av artikel 1.1 och 2 a samt bilaga A. Av ingresspunkterna i förordningen framgår det att förordningen har till syfte att främja en väl fungerande inre marknad genom att säkerställa att gränsöverskridande insolvensförfaranden fungerar effektivt och smidigt. Ett hot mot en väl fungerande inre marknad är s.k. ”forum shopping” d.v.s. att parterna får motiv att överföra tillgångar från en medlemsstat till en annan eller att välja jurisdiktion för att få en förmånligare rättslig ställning. Förordningen har som huvuduppgift att stävja just forum shopping.³³

3.2 Forum shopping

Som nämnts är ett av insolvensförordningens uttalade syften att motverka forum shopping, eftersom det anses negativt för den inre marknadens goda funktion. Forum shopping är möjlig eftersom olika rättsordningar hanterar insolvensfrågor på olika sätt. Vissa rättsordningar kan vara mer gäldenärsvänliga som t.ex. Storbritannien och andra mera borgenärsvänliga som t.ex. Frankrike särskilt när det gäller löneborgenärer. Vill man helt förhindra forum shopping är en harmonisering av medlemsstaternas insolvenslagstiftning nödvändig. Märkligt nog slås det fast som utgångspunkt i förordningen att detta inte är praktiskt möjligt.³⁴ Man konstaterar att ett enda allmängiltigt insolvensförfarande inom hela gemenskapen knappast kan genomföras eftersom det finns så stora skillnader i materiell rätt mellan de olika medlemsstaterna. Förordningen kan istället ses som ett instrument för att förenkla gränsöverskridande förfarande genom att undanröja nationella hinder för att på så sätt uppnå ett snabbare och mer effektivt förfarande. Eftersom förordningen inte strikt följer universalitetsprincipen genom att erbjuda territoriellt begränsade förfarande och genom att tillämpa principen om lex fori concursus på förfaranden, öppnar man mer för forum shopping än man motverkar.

³³ Ingresspunkt 4.

³⁴ Ingresspunkt 11.

3.3 Huvudinsolvensförfaranden och territoriellt begränsade insolvensförfaranden

Den viktigaste skillnaden mellan huvudinsolvensförfarande och territoriellt begränsade insolvensförfarande (sekundära och självständiga) är att det senare förfarandet endast omfattar tillgångarna i det land som förfarandet inleds.³⁵ Ett huvudinsolvensförfarande omfattar som bekant alla tillgångar inom gemenskapen.

3.3.1 Behörighetsbestämmelser

Artikel 3.1

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

Artikel 3.2

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

h) driftställe: varje verksamhetsplats där gäldenären annat än tillfälligt idkar ekonomisk verksamhet med personella och materiella resurser.

Det framgår tydligt av artikel 3.1 att behörigheten för domstolen i en medlemsstat att inleda ett insolvensförfarande är exklusivt begränsat till två fall. Det första fallet är enligt artikel 3.1 då gäldenärens huvudsakliga intresse finns inom ansökningslandets territorium. Det andra fallet är enligt artikel 3.2 när gäldenären har ett driftställe inom ansökningslandets territorium *och* sina huvudsakliga intressen i ett annat medlemsland. Förordningen bestämmer endast den internationella behörigheten för medlemsstatens domstolar.³⁶ Vilka domstolar inom medlemsstaten som är behöriga att inleda ett insolvensförfarande bestäms av medlemsstatens nationella rätt.³⁷

³⁵ Ingresspunkt 12.

³⁶ Se FR 72.

³⁷ Ingresspunkt 15.

3.4 Anknytningsfaktumen ”huvudsakliga intressen” och ”driftställe”

Insolvensförordningen saknar en uttrycklig definition av anknytningskriteriet ”huvudsakliga intressen”. Vidare anges en presumtion vad anbelangar bolag och andra juridiska personer där det presumeras att sätet skall anses vara platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Förordningen anger inte uttryckligen hur mycket det krävs för att bryta denna presumtion. Anknytningskriteriet ”driftställe” definieras visserligen i förordningen men dess definition är tämligen vid och därmed svårtillämpad.³⁸

3.4.1 Huvudsakliga intressen

Ett insolvensförfarande som inleds i en medlemsstat med artikel 3.1 som grund är ett huvudinsolvensförfarande och medlemsstaten är inledningsstaten, under förutsättning att behörigheten grundar sig på att gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom medlemsstatens territorium. En gäldenär kan bara ha sina huvudsakliga intressen på en enda plats oavsett om gäldenären har verksamheter i flera andra medlemsstater. Endast ett huvudinsolvensförfarande kan öppnas inom gemenskapen.³⁹ Om två eller fler domstolar i olika medlemsstater samtidigt förklarar sig behöriga enligt artikel 3.1 att inleda ett insolvensförfarande saknar förordningen uttryckliga regler för att lösa behörighetskonflikten.⁴⁰

Vid bedömning av platsen för de huvudsakliga intressena ger ingresspunkt 13 viss vägledning genom att uppställa ett s.k. synbarhetskriterium.⁴¹

Ingresspunkt 13

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

Det är m.a.o. de för tredje man faktiskt synbara förhållanden som är avgörande vid bestämning av platsen för de huvudsakliga intressena.

I den förklarande rapporten anges anledningen till synbarhetskriteriet vara att insolvens är en risk som kan förutses och att det är således viktigt att den internationella behörigheten knyts till en plats som är känd av gäldenärens presumtiva borgenärer, vilket underlättar möjligheten att beräkna de rättsliga riskerna en insolvens skulle kunna medföra.

³⁸ Se FR 70-71.

³⁹ Se FR 15.

⁴⁰ Se FR 79.

⁴¹ Mellqvist, Mikael, SvJT 2005 sid. 454.

Syftet med att använda termen ”intressen” är att kunna inkludera fysiska personers allmänna ekonomiska aktiviteter och inte bara kommersiella, industriella eller professionella ekonomiska aktiviteter. Termen ”huvudsakliga” tjänar som urvalskriterium när intressena omfattar gränsöverskridande verksamheter. När det gäller bolag och andra juridiska personer presumeras platsen för de huvudsakliga intressena vara sätet, om inte annat visas.⁴² En liknande presumtion saknas för fysiska personer.

3.4.2 Driftställe

Driftställe används som ett kompletterande anknytningsfaktum avseende en viss medlemsstat när de huvudsakliga intressena finns i en annan medlemsstat.⁴³ Driftställe är alltså inte helt och hållet något självständigt anknytningsfaktum utan det uppställs ett s.k. dubbelt anknytningskrav, nämligen att de huvudsakliga intressena och driftstället finns inom gemenskapen dock inte i samma medlemsstat. Ett insolvensförfarande som inleds med driftställe som grund begränsar den universella princip som förordningen bygger på. Förfarandet blir territoriellt begränsat till att endast omfatta de tillgångar som finns i den berörda medlemsstaten. Syftet med ett territoriellt begränsat förfarande är att skydda intressen av olika slag i medlemsstaten.⁴⁴ Vad man främst har haft i åtanke är att en fordringsägare, inte minst löneborgenärer, har den bästa chansen att tillvarata sina intressen i det egna landet. Det kan t.ex. uppkomma fall när gäldenärens tillgångar är alltför komplexa för att förvaltas som en enhet eller när skillnaderna i de berörda rättssystemen är så stora att svårigheter kan uppstå genom att verkningarna av rättsordningen i den stat där förfarandet inleds utsträcks till att omfatta övriga stater där tillgångarna finns.⁴⁵

Begreppet ”driftställe” skall, enligt den Förklarande rapporten, tolkas självständigt och brett, därigenom blir begreppet även svårtillämpat. Orsaken till den vida definitionen redogörs i den förklarande rapporten, det bör nämnas att artikel 3.2 var då den mest omdiskuterade i konventionen.⁴⁶ Att begreppet är självständigt menas att det ska tolkas autonomt inom ramen för förordningen och att man inte ska fästa vikt vid hur begreppet eller liknande begrepp används och tillämpas inom ramen för andra rättsliga instrument.⁴⁷ Enligt den förklarande rapporten är ett driftställe en verksamhetsplats där gäldenären annat än tillfälligt idkar ekonomisk verksamhet med personella och materiella resurser på en marknad. Agerandet på marknaden måste kännetecknas av viss stabilitet och en viss organisatorisk miniminivå.

⁴² Se FR 75.

⁴³ Mellqvist, Mikael, SvJT 2005 sid. 454.

⁴⁴ Ingresspunkt 12 och FR 70-71. Se även Mellqvist EUs: insolvensförordningen, sid. 49.

⁴⁵ Ingresspunkt 19.

⁴⁶ Se FR 70-71.

⁴⁷ Mellqvist, Mikael, SvJT 2005 sid. 454 in fini.

Vidare krävs en viss varaktighet och uthållighet. Den avgörande faktorn är hur verksamheten uppfattas utåt och inte gäldenärens avsikter.⁴⁸

Definitionen är dock tydlig med vilka omständigheter som inte är att betrakta som anknytningsfakta. Exempelvis är av gäldenären pådragna förpliktelser eller tillgångar i ett land inte tillräckligt för att anses utgöra ett driftställe enligt förordningen, även om det är tillräckligt för att inleda en svensk särkonkurs.⁴⁹

Ett förfarande som inleds med driftställe som anknytningsgrund blir endera ett självständigt förfarande eller om det redan pågår ett huvudinsolvensförfarande i en annan medlemsstat, ett sekundärförfarande.

⁴⁸ Se FR 71.

⁴⁹ Se *Telia v Hillcourt*, EWIIC 2377 (Ch), No 6394 of 2002, 16 Okt 2002. även Mellqvist, EUs: insolvensförordningen, sid. 114.

4 Anknytningskriterier i praxis

Insolvensförordningen saknar som bekant en uttrycklig definition av begreppet ”huvudsakliga intressen” och begreppet ”driftställe” är svårtillämpat, utifrån den vida definition som ges i förordningen. Av intresse är därmed hur en begynnande europeisk domstolspraxis resonerar kring begreppen och vilken vikt de tillmäter presumtionen att sätet skall anses vara platsen för det huvudsakliga intresset.⁵⁰ Domstolarna inom gemenskapen har ju trots allt samma lag att tillämpa. Det skall nämnas att förordningen inte innehåller någon regel för koncerner (grupper av företag).⁵¹ Förordningen utgår från att varje företag är ett eget rättssubjekt.

4.1 Europeisk praxis

Brittisk domstol visade tidigt prov på jurisprudens aktivism och utsträckte gärna sin jurisdiktion till att omfatta betydande tillgångar inom andra medlemsländer. Något som visar sig genom antalet brittiska rättsfall vilket är klart överrepresenterat inom gemenskapen. Brittisk domstol har även, i fall där koncerner med sätet i USA, ansett att deras huvudsakliga intressen funnits i Storbritannien. Allt fler länder har nu börjat anamma, i synnerhet Italien, den brittiska modellen för att bestämma det huvudsakliga intresset i det egna landet för att skydda egna legala och ekonomiska intressen.

4.1.1 Daisytek-ISA⁵²

Daisytek-ISA Ltd [2003] B.C.C. 562

Daisytekkoncernen bestod av en amerikansk del och en europeisk del. I toppen av koncernen i USA fanns Daisytek Inc. som den sjunde maj 2003 lämnade, på egen begäran, in en ansökan om ett s.k. Chapter 11 förfarande i USA.⁵³ Den europeiska verksamheten bestod av 16 bolag varav tio i Storbritannien, tre i Tyskland, ett i Frankrike, ett i Irland och ett i Skottland.⁵⁴ Bolagen i Skottland och Irland undantogs från insolvensförfarande på begäran av sökande.⁵⁵

⁵⁰ Ett försök att samla europeisk domstols praxis finns på denna sida <http://www.eir-database.com>

⁵¹ Se FR 76.

⁵² Daisytek-ISA Ltd & Ors. High Court of Justice, Leeds District Registry, Chancery Division 16 Maj 2003, nr 861-876 / 03, Daisytek-ISA Ltd [2003] B.C.C. 562

⁵³ Chapter 11 är ett rekonstruktionsförfarande av gäldenärsbolaget enligt United States Code Title 11 (Bankruptcy code).

⁵⁴ Daisytek-ISA Ltd, ISA International Plc, Supplies Team Ltd, ISA Wholesale Plc, LRB Trading Ltd, O.S.T. Office Supplies Ltd, Raw the Real Alternative Wholesale Company Ltd, ISA International Holding Ltd, ISA Multimedia Ltd, Computant Corp. Ltd, Hundleby Computer Supplies Ltd, Source Supplies Ltd, Par Beteiligungs GmbH, ISA Deutschland GmbH, ISA Daisytek SAS.

⁵⁵ Hundleby Computer Supplies Ltd (Skottland) & Source Supplies Ltd (Irland).

De övriga fjorton koncernbolagen styrdes av det amerikanska moderbolaget Daisytek International Corporation genom holdingbolaget Daisytek-ISA Ltd som var registrerat i Storbritannien. Av de fjorton dotterbolagen till Daisytek-ISA var ISA International Plc. i Bradford, Storbritannien moderbolag till de övriga tretton europeiska bolagen. De tyska bolagen bestod av ett moderbolag och två dotterbolag samtliga med registrerade säten i Neuss, Tyskland. Det franska bolaget hade registrerat säte i Pontoise, Frankrike.

Daisytek-ISA Ltd samt de övriga dotterbolagen sökte hos High Court of Justice i Leeds om att det skulle inledas ett insolvensförfarande för vart och ett av bolagen. Enligt Insolvensförordningen finns det inga regler för koncerner, d.v.s. dotterbolagen till ett moderbolag ingår inte per automatik i ett insolvensförfarande bara för att moderbolaget försätts i administration.⁵⁶ De sökande angav därför i sin ansökan att det vore till fördel om insolvensförfarandet kunde inledas inom en och samma jurisdiktion och förvaltningsmässigt hållas samman. Detta skulle gynna borgenärerna då företaget skulle kunna helt eller delvis fortsätta som en s.k. going concern.

Den 16 maj 2003 beviljade Domstolen i Leeds samtliga ansökningar och försatte bolagen i gemensam administration, under brittisk lag, i enlighet med artikel 3.1 InsF. Att domstolen hade jurisdiktion över de i Storbritannien registrerade bolagen rädde det ingen tvekan om. Däremot att domstolen ansåg sig ha behörighet att enligt InsF inleda insolvensförfaranden över bolagen i Tyskland och Frankrike var överraskande. Presumtionen enligt artikel 3.1 InsF är att de huvudsakliga intressena finns där bolaget har sitt säte. För att bryta denna presumtion måste det visas att de huvudsakliga intressena finns i inledningsstaten.⁵⁷ High Court of Justice i Leeds anförde följande avseende de utländska bolagen.⁵⁸

- 1) Bolaget Daisytek ISA närmaste dotterbolag är ISA International Plc (Bradford) som i sin tur är holdingbolag till samtliga övriga bolag.
- 2) Den samlade finansfunktionen för alla bolagen fanns i Bradford, även om bolagen i Tyskland och Storbritannien hade egna bankkonton i respektive land. Factoring, som var en viktig komponent i finansieringen, sköttes från Bradford. Factoring fullgjordes enligt brittiska redovisningsprinciper.
- 3) Båda bolagen behövde godkännande från Bradford för all inköp överstigande 5000 euro.
- 4) Alla anställda i nyckelpositioner i Tyskland och Frankrike rekryterades i samråd med Bradford.
- 5) All informationsteknik och support sköttes ifrån Bradford.

⁵⁶ Se FR 76.

⁵⁷ Ingresspunkt 13.

⁵⁸ Punkterna är till viss del hämtade från Mellqvist, Mikael SvJT 2005 nr 5 s.462 och jämförda med Daisytek-ISA Ltd & Ors. High Court of Justice, Leeds District Registry, Chancery Division 16 Maj 2003, nr 861-876 / 03,

- 6) Samtliga kunder i Europa servades av Bradford som ensamt förhandlade och tecknade service avtalen. 15 % av försäljningen i Tyskland härrörde från avtalen i Bradford.
- 7) 70 % av de varor som levererades till Tyskland kom från avtal som Bradford hade förhandlat och tecknat.
- 8) Alla koncernrutiner och all varumärkes inriktad verksamhet sköttes av Bradford.
- 9) VD:n för Daisytek ISA Ltd Besökte Tyskland två gånger per månad och spenderade 30% av sin tid (huvudsakligen i Bradford) med frågor rörande Tyskland. Rörande Frankrike spenderade VD:n 40 % av sin tid med dess skötelse.

När domstolen skulle bestämma var det huvudsakliga intresset fanns resonerade man kring ingresspunkt 13 i förordningen ”begreppet platsen där de huvudsakliga intressena finns bör motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man”

Domstolen fäste särskild vikt vid begreppet ”fastställbar för tredje man”. Domstolen menade att det handlade om ett handelsbolag vars finansiärer och leverantörer var att anses som de viktigaste tänkbara borgenärerna. Dessa genomförde omfattande affärer med Tyskland och Frankrike genom Bradford och via ett factoring avtal där upp 70 % av varorna levererades till Tyskland och Frankrike. Majoriteten av tänkbara borgenärer visste således att det största värdet av handeln skedde via Bradford och att de viktigaste besluten rörande verksamheten i Tyskland och Frankrike fattades där. I kontrast fick bolagen i Tyskland och Frankrike söka tillåtelse av Bradford när något som kostade mer än 5000 euro skulle köpas in och endast 30 % av aktierna förhandlades lokalt. Dessa aktiviteter är av störst intresse då de sker mot tänkbara borgenärer. Visserligen skedde 85 % av försäljningen på grundval av avtal förhandlade lokalt i Tyskland men dessa var av mindre betydelse i sammanhanget för det skedde mot slutkunder d.v.s. de som var mest tänkbara som gäldenärer.

Domstolen fann att, bortsett från den formella bindningen av dotterbolag till moderbolag, att bolagen i Tyskland och Frankrike var självständiga rättssubjekt men att inflytandet från Bradford var skäl nog för att platsen för det huvudsakliga intresset skulle bestämmas till Storbritannien.

Ett beslut i en medlemsstat skall enligt artikel 16 & 17 gälla i övriga medlemsstater utan vidare formaliteter. Att man ändå hamnade i domstol i både Tyskland och Frankrike berodde på att direktörerna enligt nationell rätt var straffrättskyldiga att anmäla företagets insolvens.

4.1.1.1 Daisytek – Frankrike

Tribunal de Commerce Sergy Pontoise, Frankrike 26 maj 2003

Den 26 maj inställde sig de franska bolagens huvudmän inför fransk domstol för att anmäla att de franska bolagen var insolventa. Något de var tvungna att göra under fransk rätt. Den franska domstolen ansåg att det brittiska beslutet var utan effekt och utsåg sina egna förvaltare för de franska bolagen. Domstolen tog fasta på att grupper av företag (koncerner) var ett okänt fenomen i insolvensförordningen och därmed inte omfattades av förordningen.⁵⁹ Enligt den förklarande rapporten skall koncerner behandlas som självständiga rättssubjekt, något man ansåg att den brittiska domstolen inte hade gjort. Då de franska bolagen var egna företag kunde de inte heller anses som driftställen enligt förordningens definition.

Tribunal de Grand Instance Versaille 4 september 2003 - 03/05038

Domstolen i Versaille fann att den tidigare instansen inte hade varit behörig att pröva om den brittiska domstolen hade behörighet eller ej att inleda ett insolvensförfarande i Frankrike. Enligt artikel 22 skall ett insolvensförfarande, som den utfärdad i Storbritannien, erkännas utan dröjsmål eller andra formaliteter av de andra medlemsstaterna. Domstolen i Versaille framhöll att det handlade om ett huvudinsolvensförfarande enligt artikel 3.1 och att diskussionen om driftställen inte var relevant då driftställen endast omfattades av sekundära förfaranden enligt artikel 3.2. Vidare framhölls att domstolen i Storbritannien hade resonerat kring begreppet ”huvudsakliga intressen” och hade genom sitt resonemang visat att sätet inte var att anses som platsen för det huvudsakliga intresset.

4.1.1.2 Daisytek – Tyskland

AG Düsseldorf 6juni 2003 ref 502 IN 126/03

I enlighet med tysk rätt (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung- GmbHG) inställde sig de tyska företräderna för de tyska Daisytek bolagen inför Amtsgericht Düsseldorf och begärde att insolvensförfarande skulle inledas. Domstolen var införstådd med att ett huvudinsolvensförfarande hade inletts i Storbritannien men ansåg att eftersom de tyska bolagen var korrekt registrerade i Tyskland var de därmed att anses som egna rättssubjekt. Visserligen var den tyska domstolen redan enligt förordningen bunden att utan omsvep erkänna den brittiska domstolens beslut, men domstolen i Leeds hade inte, enligt den tyska domstolens uppfattning, fört något utvecklat resonemang om förordningens tillämplighet och varför bolagen i Tyskland skulle anses ingå i det brittiska insolvensförfarandet. Vidare ansåg den tyska domstolen att de tyska bolagen inte hade behörigen företrätts i Storbritannien vid beslutet om ett förfarande.

⁵⁹ Se FR 76.

Den brittiska domstolens beslut var, enligt den tyska domstolen, att anses som per incuriam. Beslutet i Leeds ansågs därmed strida mot tysk ordre public.⁶⁰ Man beslutade följaktligen att själva inleda ett huvudinsolvensförfarande och utnämnde en egen förvaltare.

De brittiska förvaltarna överklagade beslutet och målet återförvisades till domstolen i Düsseldorf. En ny domare hade då utsetts och domstolen fann nu att den brittiska domstolen hade jurisdiktion och att ett huvudinsolvensförfarande beträffande de tyska företagen hade behörigen inletts.

Det som är intressant i det tyska fallet är att den tyska domstolen inte var insatt hur ett beslut från en brittisk domstol ser ut. I tysk rätt följer domstolens resonemang med själva beslutet om insolvensförfarandet. När de tyska direktörerna hade inställt sig hade de bara själva beslutet med sig som de visade för rätten. Vad den tyska domstolen inte visste var att förutom själva beslutet och utnämning av förvaltare fanns det utförliga resonemang som den brittiska domstolen förde som grund för sitt beslut i ett separat beslut.⁶¹ Detta är vad som är brukligt i brittisk rätt där de ofta långa och utförliga resonemang, enligt praxis, inte inkorporeras i själva administrationsbeslutet. Om den tyska domstolen vetat detta kunde en hel del problem kunnat undvikas. I vart fall borde den tyska domstolen veta att ett beslut från en domstol i en medlemsstat ska, enligt förordningen, gälla i det egna landet utan vidare prövning.

4.1.2 Collins & Aikman Automotive

High court of Justice, Chancery division. [2005] EWHC 1754 (Ch)

Collins & Aikman (C&A) är det hittills största insolvensförfarandet inom gemenskapen. C&A tillverkar bilinredning till nio av tio av alla bilar och lastbilar som tillverkas i USA. I Europa omfattade verksamheten 24 fabriker i tio olika länder inom gemenskapen (två i Sverige) med 4500 anställda och miljardomsättning.

Den 17 maj 2005 ansökte C&A om ett s.k. Chapter 11 förfarande i USA och den 15 juli 2005 sökte den europeiska verksamheten om företagsrekonstruktion enligt artikel 3.1 InsF vid brittisk domstol. Fram till den 17 maj hade den europeiska verksamheten letts från USA därefter flyttades den operativa ledningen över till Storbritannien. C&A anförde följande :

⁶⁰ Artikel 26.

⁶¹ Någon översättning av det utförliga resonemanget hade inte gjorts under helgen, och det dröjde flera veckor innan det hade översatts.

- 1) All ekonomisk verksamhet styrs från Coleshill, Storbritannien. Samtliga ekonomiska händelser inom de europeiska bolagen måste sanktioneras från Coleshill.
- 2) Gemensamt bankkonto för alla bolagen finns hos J.P Morgan Chase Bank i London. Kontot styrs exklusivt från Coleshill.
- 3) Personal administration för samtliga 4500 anställda inom gemenskapen sköts ifrån Coleshill.
- 4) IT-systemen styrs från Warwick, Storbritannien.
- 5) Design och produktutveckling sker från två kontor i Essex, Storbritannien med ca 100 anställda.
- 6) Majoriteten av alla förhandlingar avseende försäljning sker i Storbritannien. Ford motor är C&A:s enskilt största kund och svarar för ca 60 % av de totala intäkterna. Ford business som sköter förhandlingarna med C&A är situerat i Storbritannien och förhandlingarna sker i Storbritannien.

Domstolen fann på grundval av det ovan anförda att de huvudsakliga intressena för C&A fanns i Storbritannien. Domstolen resonerade sedan om de europeiska bolagen som egna rättssubjekt och ansåg att de hörde ihop både administrativt och ekonomiskt. Domstolen beslöt därmed att försätta sex brittiska, två svenska, ett Luxemburgskt, ett spanskt, ett österrikiskt, fyra tyska, tre italienska, ett belgiskt, fyra holländska och ett tjeckiskt bolag inom koncernen i företagsrekonstruktion under brittisk lag.

Fallet har flera intressanta aspekter. Domstolen avgjorde på mindre än fyra timmar att de huvudsakliga intressena fanns i Storbritannien. Ford Motor Company, C&A:s största kund ville ha ett uppskov innan domstolen fattade ett beslut för att kunna gå igenom materialet och bilda sig en uppfattning om sin egen position. C&A framförde sin bevisning direkt till domstolen och hade vägrat lämna ut någon bevisning till Ford Motor Company innan med hänvisning till företags sekretess. Det var ganska uppenbart att det var ett taktiskt drag från C&A för att ingen skulle kunna ifrågasätta deras uppgifter. Intressant i sammanhanget är också att två borgenärer i Tyskland hade ansökt om att försätta C&A i Tyskland i konkurs bara timmar innan förhandlingar påbörjades vid den brittiska domstolen. Detta fick domstolen veta under pågående förhandling. Tydligt skulle det finnas ekonomiska fördelar för Ford Motor Company om förfarandet mot C&A inleddes i Tyskland. Det antyddes under förhandlingarna av C&A att Ford Motor Company hade bett dessa borgenärer att inleda förfarandet i ett sådant syfte.

C&A kom bara månader efter Daisytek målen och det är tydligt att C&A har lagt upp sina skäl, för att det huvudsakliga intresset skulle finnas i Storbritannien, enligt samma mall som i Daisytek målen. Domstolen hänvisar även till Daisytek målen i fallet. Man hade även lärt sig sin läxa från Daisytek att man var tvungen att agera snabbt för att undvika att andra domstolar inom gemenskapen fattade beslut i frågan. Ett beslut gäller per automatik inom hela gemenskapen och C&A pressade hårt att domstolen skulle fatta ett beslut innan domstolen i Tyskland gjorde det.

C&A framförde även betydelsen av att hålla samman bolagen för att kunna erbjuda en s.k. going concern vilket skulle öka värdet av koncernen. Även vikten av att stora företag som Daimler, Daimler-Chrysler, Ford, Fiat och General Motors skulle kunna fortsätta sin produktion framhölls. Det skall även tilläggas att de utsedda administratörerna från Kroll var utsedda av C&A i USA.

4.1.2.1 Intentia Consulting

Göteborgs tingsrätt 4 augusti 2005 mål nr Å 7496-05

Intentia Consulting (IC) ansökte hos Göteborgs tingsrätt om att Collins & Aikman Skövde (CAS), med säte i Göteborg, skulle försättas i företagsrekonstruktion i Sverige med undanröjande av den brittiska domstolens beslut. IC anförde att High Court of Justice (HCJ) inte hade behörighet att inleda ett insolvensförfarande mot CAS, att beslutet tillkommit på felaktig grunder och att CAS inte har sina huvudsakliga intressen i Storbritannien. IC menade att CAS inte hade varit behörigt representerat vid förhandlingen i Storbritannien och att domaren i målet hade grundat sitt beslut på ofullständiga och subjektiva grunder. Därmed ansåg IC att den brittiska domstolen hade brutit mot svensk ordre public enligt artikel 26 i förordningen och att det inledda insolvensförfarandet inte skulle erkännas i Sverige.

Tingsrätten avvisade IC ansökan. Tingsrätten konstaterade att det ostridigt fanns ett beslut från den brittiska domstolen att ett huvudinsolvensförfarande hade inletts enligt artikel 3.1. Ett sådant beslut skall erkännas utan vidare prövning inom gemenskapen. Då ett huvudförfarande har inletts kan endast ett sekundärförfarande inledas som avser ett likvidationsförfarande (konkurs). Tingsrätten var därmed förhindrad att pröva frågan om företagsrekonstruktion oavsett hur en prövning i sak hade utfallit.

Beträffande de påstådda felaktigheterna konstaterade tingsrätten att företagen hade representerats av ombud vid förhandlingen. Angående deras behörighet som ombud kunde inte tingsrätten ta ställning till, utan kunde bara förutsätta att domstolen gjort en korrekt bedömning. Vad anbelangar ordre public invändning kan endast en sådan invändning framföras till domstolen i inledningsstaten. Vidare ansåg inte tingsrätten att grundval av det framförda att beslutet uppenbart stred mot svensk ordre public och att en sådan invändning skall användas restriktivt.

Anledningen till att IC inte gick direkt till den brittiska domstolen med sin invändning var kostnadsskäl. Enligt uppgift från IC:s ombud skulle grundkostnaden vara 150 000 kr för en sådan invändning. IC anförde också att de vore en fördel om en rekonstruktion skedde enligt svensk rättsordning med svenska förmånsrättsregler, statlig lönegaranti, sakrättsliga principer och obeståndslagstiftning samt välutvecklad rättspraxis och doktrin.

IC angav dock inte i vilken mån de ansåg att en brittisk handläggning skulle vara till men för de svenska borgenärerna. Genom kungörelse i post och inrikes tidningar kallade CAS till möte med fordringsägarna i Göteborg. I annonsen hänvisades till regler i den brittiska lagstiftning om insolvens. Det är inte otänkbart att det är osäkerheten om vad den brittiska lagstiftning innebär som gör att svenska borgenärer föredrar svensk rättstillämpning vid sådana här insolvensförfaranden. IC angrep inte det faktum att koncernbolag är ett okänt fenomen i insolvensförordningen.

Det finns flera frågetecken i förfarandet gällande de svenska bolagen. I förvaltarförordnandet som den brittiska domstolen utfärdade finns endast bolaget i Skara omnämnt. Det sägs inget om bolagen i Åmotfors eller Säve. Vidare utnämndes S. Appell, A Beveredige och G. Squires till förvaltare. Förvaltningen har dock skötts av en Graham Green som inte har kunnat uppvisa någon fullmakt. Den bevisning som omnämns av domaren i HCJ är inte tillgänglig för "allmänheten" utan man hänvisar till företags sekretess och pågående rekonstruktionsförfarande. Detta omöjliggör för en borgenär att kontrollera den fakta gäldenärsbolaget hänvisar till när den påstår att dess huvudsakliga intressen finns i inledningsstaten. Det är tydligt att den brittiska rätten inte tål granskning av utomstående. Det har inte heller varit möjligt att utröna ägarförhållandet inom koncernen då den har bestått av ett komplicerat nätverk av holdingbolag. Vid samtal till bolagen i Sverige har man inte velat uppge vare sig ägarförhållanden eller hur den dagliga administrationen sköts, inte ens om den styrs från Sverige eller London.

I protokollet till beslutet att inleda huvudinsolvensförfarande redogörs inte uttryckligen varför de svenska bolagen ska ingå i insolvensförfarandet. Man konstaterar bara helt kort att deras administration påminner om den italienska.

4.2 Svensk praxis

Det finns ett fåtal rättsfall i svensk praxis där domstolen prövar sin behörighet enligt insolvensförordningen. I skrivande stund finns inget vägledande beslut från högsta domstolen.

4.2.1 Radaflex OY

Svea Hovrätt beslut 30 maj 2003 mål nr Ö 4105-03

Ett i Finland registrerat bolag med filial i Sverige ansökte hos tingsrätten i Eskilstuna om att försättas i konkurs. Bolaget bedrev enligt egen utsago ingen verksamhet i Finland och hade inte heller gjort det. Kopplingen till Finland bestod i ett leasingkontrakt på en bil och en deponerad säkerhet på 50 000 euro. Verksamheten vid filialen i Sverige bestod av industrientreprenad och var vid tidpunkten för konkursansökan under avveckling. Samtliga anställda var uppsagda och filialens tillgångar bestod i kundfordringar hos svenska bolag.

Hysesavtal med lokaler i Sverige var uppsagda. Tingsrätten ansåg att filialen vid tidpunkten för konkursansökan inte bedrev någon verksamhet i Sverige och därmed inte hade sina huvudsakliga intressen enligt artikel 3.1 insolvensförordning i Sverige.

Bolaget överklagade till hovrätten. Hovrätten ansåg, på samma grunder som anfördes i tingsrätten, att de huvudsakliga intressena fanns i Sverige och återförvisade målet till tingsrätten.

Hovrätten förde inget direkt resonemang om skälen till varför man ansåg att presumtionen, att sätet för en juridisk person är platsen för dess huvudsakliga intressen, hade brutits. Man konstaterade, grundat på sökandes uppgifter, att ingen verksamhet hade bedrivits i Finland och att det inte heller hade funnits någon besöksadress eller anställda i Finland. Att två instanser fattade två så olika beslut på grundval av exakt samma fakta utan att resonera om hur man kom fram till beslutet är anmärkningsvärt. När tingsrätten prövar sin behörighet att inleda ett insolvensförfarande skall den först uttryckligen ange i vilket land de huvudsakliga intressena finns. I tingsrätten nöjde man sig dock med att konstatera att de huvudsakliga intressena inte fanns i Sverige och avslog ansökan om konkurs.

4.2.2 Dr. Baldweg Aktiengesellschaft DR

Göteborgs tingsrätt beslut 26 september 2002 mål nr K 5973-02

Ett tyskt bolag med filial i Göteborg försattes i konkurs enligt artikel 3.1 vid Amstrecht Dresden Tyskland. En tidigare anställd (MH), vid filialen i Göteborg, ansökte vid Göteborgs tingsrätt om öppnandet av ett sekundärförfarande enligt artikel 3.2 avseende bolagets tillgångar i Sverige. Som grund anfördes fordran avseende lön. Tingsrätten fann att filialen var att jämställa med driftställe enligt definitionen i artikel 2 h i förordningen. Därmed var domstolen i Sverige behörig att inleda ett sekundärt insolvensförfarande i enlighet med artikel 3.2 i förordningen.

Det sekundära förfarandet syftade till att säkerställa egendomen i Sverige till förmån för de svenska fordringarna. Innan var egendomen en del av den tyska konkursen och således utmättningsbar för de tyska borgenärernas krav.

4.2.3 L.V.V.

Hovrätten över Skåne och Blekinge beslut den 17 juni 2003 mål nr Ö 817-03

En fysisk person (LVV) försattes i konkurs av tingsrätten i Helsingborg. LVV överklagade till hovrätten och yrkade att konkursansökan mot honom skulle avvisas med anledning av att han hade sina huvudsakliga intressen i Storbritannien. Domstolen i Sverige var enligt LVV obehörig att pröva en konkursansökan mot honom.

Hovrätten fastställde tingsrättens konkursbeslut. Det var enligt hovrätten inte möjligt att utröna var LVV hade sin hemvist. Bedömningen om vart LVV hade sina huvudsakliga intressen gjordes utifrån omständigheterna i övrigt. Enligt LVV hade han flyttat till Storbritannien och hade sina huvudsakliga där samt saknade driftställe i Sverige. Av utredning framkom att LVV hade anmält utflyttning från Sverige först efter konkursansökan. LVV medgav först efter sökandes utredning att den i Storbritannien uppgivna adressen var de facto en postbox. Ingen post som hade skickats till postboxen hade nått LVV. På kontraktet till boxen hade LVV uppgett sitt svenska mobilnummer. LVV vägrade uppge sin bostadsadress i Storbritannien. LVV:s fru bodde kvar i samma hus i Sverige som innan LVV anmälde sin utflyttning. Huset ägdes av ett företag, med samma postboxadress som den i Storbritannien, som ägdes av LVV. LVV var styrelsemedlem i flera företag i Sverige och hade medverkat i ett tv-program som representant för ett företag med huvudsakliga intressen i Sverige.

Hovrätten konstaterade först att LVV:s anknytning till Storbritannien inte varit tillräcklig (postbox och telefonnummer) för att hans huvudsakliga intressen skulle anses ha funnits där vid konkursansökan. Enligt RB 10 kap. 1 § 5 st. har motparten haft rätt att söka LVV inom riket där han senast haft hemvist eftersom LVV saknade känd hemvist såväl inom som utom riket, var svensk medborgare och hade okänd uppehållsort vid tingsrättens inledande av insolvensförfarandet.

4.2.4 Kosingen Ltd

Hovrätten över Skåne och Blekinge beslut den 3 februari 2005 mål nr Ö 21-05

Kosingen Ltd (Bolaget) yrkade att hovrätten skulle avvisa en konkursansökan mot bolaget alternativt upphäva ett beslut att försätta bolaget i konkurs. Bolaget anförde till stöd för sitt yrkande att Bolaget är ett brittiskt bolag med säte i Storbritannien och som aldrig bedrivit någon verksamhet i Sverige. Bolagets enda koppling till Sverige är ett begränsat engagemang i ett svenskt kommanditbolag (KB). Detta är enligt bolaget inte tillräcklig grund för att bolagets huvudsakliga intressen skall anses vara i Sverige. I vilket fall hade bolagets anknytning till Sverige upphört när konkursbeslutet meddelades.

Motparten (staten) gjorde gällande att Sverige är den stat där gäldenärens huvudsakliga intressen finns. Till stöd för sin ståndpunkt anförde staten att Bolaget var delägare i KB med en begränsad insats på 1000 kr. Enligt de brittiska räkenskapshandlingarna bedrevs verksamheten inte i något annat land än Sverige. Den person som var Bolagets kontaktman fram till sommaren 2004 uppgav att denne inte kände till någon annan verksamhet än den i Sverige. KB hade sitt säte i Malmö. Bolagets huvudsakliga intresse var som delägare i KB. KB:s verksamhet har genererat de vinster som varit Bolagets intäkter.

Bolaget lämnade in egna deklARATIONER och beskattades i Sverige. Det är genom Bolagets verksamhet i Malmö som skattskyldighet uppkommit.

Hovrätten prövade sin behörighet enligt insolvensförordningen artikel 3.1. Hovrätten fann att Bolagets, vid tidpunkten för konkursansökan, enda verksamhet var delägarskapet i KB. Bolaget hade inte heller gjort gällande att den hade någon annan verksamhet. Mot bakgrund av Statens utredning ansåg hovrätten att det var KB:s verksamhet som genererat Bolagets intäkter och att dessa intäkter beskattas i Sverige. Hovrätten fann att den faktiska verksamheten således bedrivits i Malmö samt att Malmö varit den plats där Bolaget förvaltat sina intressen och därmed varit fastställbar för tredje man. Att Bolaget avyttrat sina intressen i KB efter konkursansökan saknade betydelse i sammanhanget eftersom det är omständigheterna vid ansökningstillfället som är avgörande. Hovrätten ansåg att Bolagets huvudsakliga intressen fanns i Sverige och fastställde tingsrättens beslut.

I fallet bryts presumtionen i artikel 3.1 för att sätet för juridiska personer skall anses vara platsen för de huvudsakliga intressena. Frågan uppkommer dock hur hovrätten hade resonerat om Bolaget hade påstått viss verksamhet i Storbritannien t ex. förvaltning och administration av kommanditbolaget med tanke på den tyngd presumtionen ges i svensk rätt.

4.2.5 Batteriservice & Transport Ltd

Hovrätten för Nedre Norrlands beslut den 14 februari 2006 i mål nr Ö 929-05

Batteriservice & Transport Ltd (Bolaget) bolag yrkade att en konkursansökan rörande bolaget undanröjdes. Till stöd för sitt yrkande anförde bolaget att dess säte och huvudsakliga intressen fanns i Storbritannien och att svensk domstol därmed var obehörig att ta upp konkursansökan till prövning. Motparten (staten) har bevisbördan, enligt bolaget, för att bolaget har sina huvudsakliga intressen någon annanstans än Storbritannien. Någon sådan bevisning har inte framlagts av staten. Om svensk domstol skulle vara behörig utifrån insolvensförordningen gjorde bolaget gällande att rättmätig ställföreträdare eller firmatecknare för bolaget inte på något sätt blivit delgiven konkursansökan samt att det inte kunnat konstateras att Bolaget var insolvent då något sådant förfarande som anges i 4 kap. utsökningsbalken jämfört med 2 kap. 8 § konkurslagen inte kan anses tillämpligt då förfarandet inte skett mot det brittiska bolaget utan mot ett tidigare ombud (BV) . Fullmakt för den svenska verksamheten när det gäller redovisning av skatt har innehafts av BV. Denne har dock avregistrerats som ombud i samband med att Bolaget avregistrerade sin verksamhet i Sverige. Bolaget sade även upp hyresavtalet i samband med att det avvecklade hela sin verksamhet i Sverige den 31 augusti 2005. Hyresavtalets giltighetstid sträcker sig dock till den 30 september 2007 och avtalet var därmed också gällande vid den tidpunkt, den 11 oktober 2005, då Staten hämtade uppgifter i frågan.

Vid tidpunkten för konkursansökan, den 14 oktober 2005, hade bolaget varken verksamhet eller driftställe i Sverige.

Staten bestred bolagets yrkande och anförde att Bolaget bedriver eller har bedrivit näringsverksamhet från fast driftställe i Sverige. Verksamheten leddes av ombudet BV, bosatt i Umeå. Bolaget var registrerat att månadsvis redovisa mervärdesskatt i skattedeklarationen enligt bokslutsmetoden. Enligt uppgift från fastighetsägaren den 11 oktober 2005 var hyresavtalet för bolagets lokal, som föreskrev nio månaders uppsägningstid, inte uppsagt. Staten menade att det var ett driftställe enligt den mening som avses i artikel 2 h i insolvensförordningen. Bolaget har tidigare inte ens påstått att bolaget bedrev verksamhet i Storbritannien.

Hovrätten fann det ostridigt att gäldenärens huvudsakliga intressen fanns inom gemenskapen och att insolvensförordningen därmed var tillämplig. Hovrätten hänvisar till 2 § i lagen om kompletterande bestämmelser till insolvensförordningen (2005: 1046) att en ansökan om konkurs eller företagsrekonstruktion skall anses avse ett förfarande enligt artikel 3.1 insolvensförordningen (huvudinsolvensförfarande), om det inte anges att den avser ett förfarande enligt artikel 3.2 insolvensförordningen (territoriellt begränsat förfarande). Eftersom Tingsrätten inte angett på vilken grund den ansett sig vara behörig att uppta konkursansökan till prövning ansåg Hovrätten att beslutet måste anses innebära ett inledande av ett huvudinsolvensförfarande.

Hovrätten prövade först om de huvudsakliga intressena fanns i Sverige och hänvisade till synbarhetskriteriet i ingresspunkt 13 där ”huvudsakliga intressen” menas den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och detta går att uppfatta för tredjeman. Hovrätten ansåg trots att det visats att Bolaget bedrivit viss verksamhet och haft viss förvaltning i Sverige att det framkommit sådana faktiska förhållanden som bryter presumtionen att sätet skall anses vara platsen för de huvudsakliga intressena och hänvisar till Mellqvist.

Hovrätten prövade sedan om Bolaget var att anses som ett driftställe och om behörighet för svensk domstol i så fall förelåg. Av handlingarna framgick det att verksamheten var avvecklad vid tiden för ansökan. Hovrätten ansåg, med hänvisande till Michael Bogdan ”Sveriges och EU:s internationella insolvensrätt” s. 165, att det inte var tillräckligt att denne tidigare haft ett driftställe eller att sökandes fordran härstammar från det tidigare driftsställets verksamhet. Hovrätten måste gäldenären således ha ett driftställe vid tiden för ansökan.

Detta fall är intressant på flera sätt. I tingsrättens beslut nämns inget om att insolvensförordningen är tillämplig på gäldenären. Gäldenären söks i konkurs på sin adress i Sverige och med angivande av sitt svenska organisationsnummer. Vid förhandlingen i första instans uteblev gäldenären. Konkursansökan beviljades enlighet med 1 kap 2 § och 2 kap 8 § konkurslagen den 22 november 2005.

I Hovrätten prövar man svensk domstols behörighet enligt insolvensförordningen. Hovrätten konstaterar först att Bolagets huvudsakliga intressen finns inom gemenskapen. Sedan hänvisar Hovrätten till 2 § i lagen om kompletterande bestämmelser till insolvensförordningen (2005: 1046). Detta förefaller lite märkligt då lagen trädde i kraft den 1 januari 2006. Hovrätten resonerar att eftersom tingsrätten inte angett grunden för sitt beslut måste därmed beslutet anses innebära att ett huvudinsolvensförfarande har inletts.

Det finns ingen regel i insolvensförordningen som kräver att grunden skall anges.⁶² Den regeln finns i ovan nämnda lagen om kompletterande bestämmelser till insolvensförordningen (2005: 1046). Hovrätten prövar inte om driftsstället har varit att anses som ett driftställe enligt artikel 2 h insolvensförordningen utan konstaterar kort och gott att det inte fanns någon verksamhet i Sverige vid tillfället för ansökan om konkurs.

Domstolen skall ex officio pröva på vilken grund den grundar sin behörighet för att försätta en gäldenär i konkurs. Frågan är dock om det i det här fallet är hovrättens sak att besluta om eller om ärendet skall återförvisas till tingsrätten.

Målet är i skrivande stund överklagat till HD, mål nr Ö 1054-06.

4.3 Diskussion

4.3.1 Daisytek

Beslutet av High Court visar att engelsk rätt tar mer hänsyn till kommersiella och praktiska omständigheter än strikt juridiska. Detta ligger i linje med den brittiska traditionen att domare för fram rätten för att anpassa sig till evolutionen inom affärsvärlden.⁶³ Detta uppfattas dock av andra medlemsstater som ett sätt för engelsk rätt att för egen vinnings skull lägga beslag på jurisdiktionen över företag inom gemenskapen. Något som yttrades av Frankrike och Tyskland i detta fall. Lärdomen av detta fall, för att undvika meningsskiljaktigheter och en kostsam fördröjning av ett förfarande, är att ett beslut om förfarande skall medföljas av domskälen till beslutet. En enkel hänvisning till artikel 3.1, utan motivering, i ett förfarandeförordnande räcker inte som grund för de flesta europeiska rättsordningarna. Saken förbättrades inte av att de företag som det handlade om i Tyskland och Frankrike inte hade korrekt representation vid förhandling i High Court, åtminstone inte enligt rätten i de berörda länderna. Detta öppnade, tillsammans med den avsaknade motiveringen till varför Storbritannien hade jurisdiktion och att koncerner inte definieras i

⁶² Mellqvist, Insolvensförordningen m.m. sid. 107.

⁶³ Alderton, John. The EC Regulation on Insolvency Proceedings: Streamlining Cross-border Insolvency? The Contrasting Approaches of the Courts in Storbritannien and France. Hammonds, Finance Law, Leeds, UK. s. 2.

förordningen, till en ordre public invändning av borgenärerna i de berörda länderna. Att de berörda ländernas domstolar inte rättade sig efter ett beslut fattat av en medlemsstat gäller med direkt effekt i övriga medlemsstater och endast kan överklagas inför den beslutsfattande domstolen är ett bevis på både nationalism och legal protektionism.

Nu vet i alla fall brittisk rätt att domskälen skall medfölja beslutet och Tyskland och Frankrike vet att de ska erkännas utan dröjsmål.

4.3.2 Collins & Aikman

När man tittar på C&A är likheterna slående med Daisytek till varför Storbritannien har jurisdiktion. Än mer uppenbart när man läser domstolshandlingarna är att det uppenbart är ett fall av forum shopping. När den amerikanska verksamheten ansökte om chapter 11, påbörjades en tyst omstrukturering av de europeiska verksamheterna. För svensk del ändrades styrelsen till utländska medborgare från bl.a. USA men som arbetade i Storbritannien i förhållande till de svenska bolagen. Än mer märkligt är att High Court utsåg samma förvaltningsbolag (Kroll) som hanterar den amerikanska Chapter till att förvalta den europeiska verksamheten. Vad C&A har lyckats med är att i praktiken skapa amerikansk insolvensjurisdiktion över den europeiska verksamheten tack vare insolvensförordningen.

För svensk del kan nämnas att den förvaltare från Storbritannien som har förvaltat de svenska bolagen inte är omnämnd i det förfarandeförordnande som utfärdades av High Court. Förvaltaren har inte heller uppvisat någon fullmakt att han representerar Kroll och de omnämnda förvaltarna. Vid kontakt med förvaltaren uppgavs att någon sådan inte fanns och inte behövdes enligt brittisk lag. Vid kontakt med de svenska bolagen har man inte velat uppge hur verksamheten styrdes vare sig före eller efter förfarandebeslutet. Man har hänvisat till en advokatfirma i Stockholm som i sin tur har hänvisat till företagssekretess. Den svenska borgenären som ansökte till Göteborgs tingsrätt fick självklart sin ansökan avslagen med hänvisning till artikel 22. Borgenären hindrades av de höga rättskostnaderna att överklaga hos High Court. En kostnad på minst 150 000 kr. Det kan dessutom vara svårt att klaga när man inte kan angripa grunderna för förfarandet då dessa inte är tillgängliga för granskning.

De uppgifter som presenterades av C&A inför High Court har inte kunnat bekräftas, inte ens den största borgenären General Motors med ett 60 procentigt intresse i C&A fick granska uppgifterna närmare. Domaren företog ingen närmare granskning av fallet trots att den korta tiden mellan omorganisering och ansökan om förfarande talade för forum shopping. Beslutet grundar sig enligt min mening mer på ekonomiska än rättsliga aspekter. Man har argumenterat för ett samlat förfarande med hänvisning till att försäljningsvärdet på bolaget är högre om man kan omstrukturera som en s.k. going concern

4.3.3 Svensk praxis

Hittills finns inget fall i svensk praxis som rör koncernbolag. De fall som finns är för få eller vagt resonerade för att kunna ge någon närmare precisering av hur huvudsakliga intressen ska bedömas. Generellt sett hänvisar rätten flitigt till Mellqvist och dennes kommentarer i boken ”insolvensförordningen, en kommentar m.m. ”, författat av densamme. I avsaknad av prejudicerande domar får Mellqvist vara vägledande för de svenska domstolarna. HD kommer förhoppningsvis att ta upp fallet ”batterilagret” till prövning och ge ett utförligt resonemang kring huvudsakliga intressen på ett sätt som är brukligt från högre instans. Behovet är stort för rättsäkerheten och förutsebarheten att kriteriet närmare bestäms i prejudicerande instans.

5 HUVUDSAKLIGA INTRESSEN

– Ett definitionsförsök

I avsaknaden av en uttrycklig definition i insolvensförordningen av huvudsakliga intressen är det av stort intresse att se hur de europeiska domstolarna har tillämpat kriteriet. När gäldenären är en juridisk person presumeras det att sätet är platsen för det huvudsakliga intresset, en liknande legal presumtion saknas för fysiska personer. Det skall även nämnas att förordningen inte tar sikte på koncerner d.v.s. grupper av företag, något som komplicerar det hela eftersom domstolen måste visa behörighet för vart och ett av företagen, då de anses vara egna rättssubjekt.⁶⁴ Dotterbolagen ingår därmed inte per automatik i ett förfarande bara för att domstolen har fastslagit behörighet för moderbolaget.

I den fortsatta framställningen är det därmed av intresse att 1) se om och i så fall hur man skall närmare definiera kriteriet ”huvudsakliga intressen”. 2) Vilken betydelse sätespresumtionen för juridiska personer har eller bör ha samt om en liknande presumtion för fysiska personer kan utläsas ur förordningen. 3) Vilken betydelse, om någon, har det att koncernföretag anses vara egna rättssubjekt vid ett förfarande.

Vägen till en prejudicerande dom från ECJ är lång, fem år eller mer är inte otroligt. Först efter det att man har uttömt den nationella instansordningen kan den högsta instansen i medlemsstaten söka ett förhandsbesked från ECJ. Ett effektivt insolvensförfarande förutsätter en snabb handläggning. Den tid det kan ta att få ett besked från ECJ påverkar initiativtagandet av klagande gäldenär eller borgenär part negativt. Det finns därmed en klar risk att det kommer under förutsebar tid att finnas en brist på prejudicerande domar från ECJ. Under tiden har de nationella instanserna två verktyg till sin hjälp när de ska bedöma begreppet huvudsakliga intressen. Det första är de 33 ingresspunkterna i insolvensförordningen. Det andra är den s.k. Virgos / Schmit, förklarande rapporten, som härstammar från 1995 års konvention. Det är endast artiklarna i förordningen som utgör lagtext men ingresspunkterna och den förklarande rapporten kan anses ge en kortfattad och viktigt motivering av förordningsartiklarna.⁶⁵

Det första en nationell domstol måste bedöma är om förordningen överhuvudtaget är tillämplig, d.v.s. finns de huvudsakliga intressena inom gemenskapen och, i så fall, i vilken bestämd medlemsstat.⁶⁶

⁶⁴ Se FR 76.

⁶⁵ EGT C 73 av 7.3.1999, sid.1.

⁶⁶ Se Mellqvist, Mikael, SvJT 2005 Sid. 457. in fini. Att domstolen måste bestämma inom vilken medlemsstat de huvudsakliga intressena finns framgår inte uttryckligen i förordningen, men det är en slutsats som Mellqvist drar utifrån ingresspunkt 14 som verkar rimlig.

Därefter måste domstolen ta ställning till om de huvudsakliga intressena finns inom dess eget territorium för att kunna ha behörighet att inleda ett huvudinsolvensförfarande, eller inte. Om domstolen bedömer att de huvudsakliga intressena finns inom gemenskapen och inom det egna landet, bifalls ansökan. Skulle domstolen finna att de huvudsakliga intressena inte finns inom gemenskapen så är förordningen helt enkelt inte tillämplig och insolvensförfarandet regleras av landets egna internationella insolvensjurisdiktion. Finner domstolen att de huvudsakliga intressena finns inom gemenskapen dock inte i det egna landet Y utan i medlemsstaten X, är medlemsstaten X inte bunden av domstolens beslut i medlemsstaten Y. Domstolen i medlemsstaten X måste själv bedöma om de huvudsakliga intressena finns inom landet. Skulle medlemsstaten X mot förmodan finna att de huvudsakliga intressena inte heller finns hos dem heller har förordningen ingen lösning på detta problem. Gälldenären blir i sådana fall immun mot ett insolvensförfarande.

5.1 "Huvudsakliga intressen" – konceptet

I den förklarande rapporten nr 75 står det att begreppet "huvudsakliga intressen" skall tolkas som den plats där gälldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och där detta går att uppfatta även av tredje man. Författarna motiverar regeln med att insolvens är en risk som kan förutses och att det således är viktigt att den internationella behörigheten knyts till en plats som är känd av gälldenärens presumtiva borgenärer, vilket gör det möjligt att beräkna de rättsliga risker som en insolvens skulle kunna medföra.⁶⁷ Detta speglas även i ingresspunkt 13. Det bör påpekas att "intressen" inte endast avser kommersiella, industriella eller professionella aktiviteter utan även intressen av en allmän ekonomisk natur för att även omfatta fysiska personer. Uttrycket "huvudsakliga" är ett urvalskriterium när intressena omfattar verksamhet av annan art som drivs från olika platser. I princip skall centrum för de huvudsakliga intressena när det gäller yrkesverksamma vara den plats där de bedriver sin yrkesverksamhet och för övriga fysiska personer den plats där de har sin fasta hemvist.

5.1.1 Juridiska personer

För juridiska personer presumeras det enligt artikel 3.1 att platsen för det huvudsakliga intresset är densamma som sätet. Om man skall bryta presumtionen uppkommer frågan vilka omständigheter som skall beaktas och hur de skall värderas. Eftersom förordningen saknar en uttrycklig definition av hur huvudsakliga intressen skall bestämmas, förefaller det självklart att alla de omständigheter som kan anses relevanta vid bedömning skall beaktas. Men för att omständigheterna i sig själv ska betyda något vid en bedömning måste man försöka värdera och väga de åberopade omständigheterna mot varandra.

⁶⁷ Se även Virgos, *The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insiders View*, Forum Internationale, no 25, march 1998, p. 13.

De omständigheter som kan vara av relevans är de som utgör ett led i affärsverksamheten. Enligt Virgos är det stället där gäldenären utför själva administrationen av sin affärsverksamhet, där företagsledningen finns samt där den kontraktuella- och ekonomiska aktiviteten mot kunderna sker. Virgos anser inte att platsen där tillgångar finns (oavsett värde) eller där tillverkningen sker är en omständighet som skall beaktas.⁶⁸ Mellqvist anser dock att dessa omständigheter samt en del andra som t.ex. vart försäljningsställena är och hur serviceorganisationen är beskaffad skall anses vara omständigheter av relevans.⁶⁹

I diskussionen kring vart platsen för de huvudsakliga intressena ska anses vara, har man diskuterat vilka omständigheter är relevanta och avvägningen dem emellan. I SvJT 2005 återger Mellqvist ett antal omständigheter som enligt Michael Ferber särskilt bör beaktas vid bestämmande av platsen för de huvudsakliga intressena, nämligen följande.⁷⁰

- Den plats varifrån gäldenärens verksamhet på ett utåt synligt sätt till vardags styrs.
- Den plats där gäldenären regelmässigt har mycket täta kontakter.
- Den plats till vilket gäldenärens flesta kommersiella intressen är koncentrerade.
- Den plats där huvuddelen av gäldenärens tillgångar oftast befinner sig.
- Den plats där alla verkställande, strategiska och administrativa beslut i relation till ekonomiska och annan verksamhet fattas.
- Den plats där gäldenärens verksamhet finansieras.
- Den plats där flertalet avtal avseende gäldenärens varor har förhandlats fram och träffats.
- Den plats där den verkställande ledningen, administrationen, revisionen och andra funktioner finns.
- Den plats där gäldenärens företrädare (anställda) vardagligen utför sina arbetsuppgifter (normalt där de har sina kontor).
- Den plats där det övervägande antalet avtal med leverantörer har gjorts upp, oavsett var de formellt slutits eller hur faktureringen har skett.
- Den plats där flertalet av gäldenärens banktransaktioner genomförs.
- Den plats där en gäldenärs kommersiella verksamhet finns skall ha företräde framför den plats där den tekniska verksamheten finns.
- Den plats där företagsledarna har sin hemvist, om gäldenärsföretaget saknar fast kontor och den plats där någon rent faktiskt representerar gäldenären bedriver sin verksamhet, även om han eller hon saknar formell behörighet att företräda gäldenären.

⁶⁸ Virgos, The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insiders View, Forum Internationale, no 25, march 1998, p. 13. Se även Bob Wessels, International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against (groups of) Companies. Working Paper series no. 17.

⁶⁹ Mellqvist, SvJT 2005, Sid. 458.

⁷⁰ Översättningen är gjord av Mikael Mellqvist i SvJT 2005 sid. 459. Michael Ferber är en framstående tysk konkursförvaltare som har deltagit flitigt i diskussioner om insolvensförordningen. Jag har valt att använda Mellqvist ordalydelse för att få en så korrekt översättning som möjligt.

Dessa uppräknade omständigheter härrör från avgöranden från olika europeiska domstolar som Ferber redovisar i sin bok.⁷¹ Jag saknar tillgång till litteraturen och återger därmed Mellqvists översättning. De kommer inte ifrån någon prejudicerande instans och har därmed inte någon särskild betydelse i sig. Men de är av intresse eftersom de visar vilka omständigheter olika domstolar har beaktat vid sin bedömning av platsen för de huvudsakliga intressena. Det framgår inte av uppräknningen hur man skall värdera eller väga de uppräknade omständigheterna mot varandra, vilket man kanske kan utläsa genom att titta närmare på de enskilda fallen och studera rättens resonemang. Det som är intressant med uppräknningen är den vägledning de kan ge för de nationella domstolarna. Tanken är att de nationella domstolarna ska döma lika i lika fall, för att skapa förutsebarhet och rättsäkerhet för både gäldenärer och borgenärer.

5.1.2 Juridiska personer – sätespresumtionen

Förordningen presumerar i artikel 3.1 att sätet för en juridisk person skall anses vara platsen för de huvudsakliga intressena. Förutsättningen för en presumtion är att den kan brytas. Den som vill bryta presumtionen har även bevisbördan för densamma.⁷² Det behöver inte nödvändigtvis vara gäldenären som vill bryta presumtionen utan även borgenären kan ha intresse av att bryta den, allt beroende på omständigheterna.

Det åligger domstolen att ex officio pröva sin, enligt förordningen, internationella behörighet. Detta innebär dock inte att domstolen är skyldig att självmant införskaffa utredning i frågan, någon sådan bestämmelse finns inte i svensk rätt.⁷³ Vidare är en svensk domstol därmed inte heller förhindrad att utreda frågan. När en gäldenär, med säte i Sverige, lämnar in en ansökan om konkurs brukar det regelmässigt bifallas av domstolen. Gäldenären behöver bara styrka rättens behörighet, enligt sätespresumtionen, med ett utdrag från bolagsverket. Domstolen anger då i sitt beslut att förfarandet är ett huvudinsolvensförfarande med verkningar inom hela gemenskapen.⁷⁴ Någon reell prövning av domstolens internationella behörighet har inte skett och borgenärerna får först i efterhand yttra sig. Om sökande är en borgenär delges gäldenären konkursansökan. Gäldenären kan välja att invända att de huvudsakliga intressena finns någon annanstans än i Sverige. Frågan kan då bedömas i sak av domstolen, grundat på det material som parterna ingivit till domstolen. Domstolen kan nu även införskaffa egen utredning i frågan om den så önskar. Domstolen är ex officio skyldig att beakta alla relevanta omständigheter som parterna framför. Om gäldenären väljer att inte invända bifalls ansökan som om gäldenären själv ansökt.

⁷¹ Michael Martinez Ferber, "European Insolvency regulation. Substantive Consolidation, the threat of Forum Shopping and a German point of view". Osterspai, 2004, sid. 22 ff.

⁷² Vare sig insolvensförordningen, ingresspunkterna eller den förklarande rapporten berör frågan om vem som har bevisbördan vid brytande av sätespresumtionen.

⁷³ Mellqvist, SvJT 2005, Sid. 467.

⁷⁴ Lag (2005:1046) med kompletterande bestämmelser till insolvensförordningen.

Detta innebär att sätespresumtionen utan vidare får genomslag, vilket ur ett effektivitetsperspektiv för själva förfarandet är väldigt viktigt eftersom det ger en snabbare handläggning.

Förordningen har, i stort sett, gett de nationella rättsordningarna fria händer när det gäller att värdera och väga de omständigheter som åberopas för att bestämma platsen för de huvudsakliga intressena. Förordningen säger inget om hur stark sätespresumtionen är eller vad som krävs för att bryta den. Mellqvist anser att sätet skall ha en stark presumtion och argumenterar med ett antal punkter för sin åsikt.⁷⁵

- 1) Insolvensförordningens ändamål är att motverka forum shopping. Detta tillgodoses i de allra flesta fall av en tillämpning av presumtionen.
- 2) Ordalydelsen och strukturen i artikel 3.1 innebär att presumtionen skall tillämpas, om inte annat är visat, dvs. presumtionen gäller som huvudregel. För att en presumtion av detta slag skall vara effektiv bör höga krav ställas på motbevisningen för att den skall brytas. I annat fall fanns det inte någon anledning att välja den nu valda strukturen och ordalydelsen.
- 3) I insolvensrättsliga sammanhang är förutsebarhet, främst för borgenärerna, av avgörande vikt. Ett användande av presumtionen skapar en mycket god förutsebarhet, vilket talar för en regelmässig tillämpning av presumtionen.
- 4) Effektiviteten i ett insolvensförfarande är i hög grad beroende av en snabb handläggning. Detta krav tillgodoses tveklöst genom att presumtionen tillämpas. Man slipper i det ofta kritiska initialskedet ett förfarande som tyngs av utredningskrävande processande.
- 5) Av stor vikt är att kostnaderna för insolvenshantering kan hållas nere, Vilket talar för en regelmässig tillämpning av presumtionen.
- 6) Allmänna krav på rättssäkerhet och rättstrygghet talar med styrka för att presumtionen används i mycket stor utsträckning. En tillämpning där presumtionen inte ges ett starkt genomslag kan skapa osäkerhet och oro på marknaderna, vilket försvårar och fördyrar bedrivandet av kommersiell verksamhet.

Med dessa starka argument för sätespresumtionen uppkommer frågan under vilka och hur starka omständigheterna krävs för att lyckas bryta presumtionen. Det är även av intresse ur ett europeiskt likabehandlingsperspektiv vilken betydelse presumtionen tillmäts i andra medlemsstater. I Storbritannien t.ex. är det i praktiken vanligt att juridiska personer sköter alla sina förhållanden i landet men har sätet utomlands.⁷⁶ Här torde sätespresumtionen vara ganska svag och något som brittiska borgenärer är medvetna om. Frågan är hur en sådan uppfattning påverkar relationerna med t.ex. Sverige.

⁷⁵ Mellqvist, SvJT 2005, sid. 468.

⁷⁶ Wessels, Bob, International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against (groups of) Companies. Working Paper series no. 17.

Anta att en brittisk borgenär ansöker i Storbritannien om ett insolvensförfarande mot ett svenskt bolag med säte i Sverige, men som har sin verksamhet i Storbritannien. Det svenska bolaget sköter sina affärer i tron att brittisk rätt saknar behörighet p.g.a. den starka sätespresumtionen när det i själva verket är platsen för verksamheten i Storbritannien som är grunden för brittisk behörighet. Det svenska bolaget får då finna sig att omfattas av brittisk insolvenslagstiftning. Om en svensk borgenär ansöker om att försätta ett engelskt bolag i Sverige, med säte i Storbritannien, i konkurs kommer den starka sätespresumtionen i svensk rätt att medföra att en svensk domstol avvisar ansökan med hänvisning till presumtionen. Detta klingar illa med likabehandlingsprincipen.

Detta kan vara ett tillfälle då det är berättigat att bryta presumtionen för sätet. Det brittiska rättsfallet, Enron Directo Sociedad Limitada, belyser detta väl.⁷⁷ En brittisk borgenär ansökte inför brittisk domstol om ett huvudinsolvensförfarande mot ett, i Spanien registrerat, dotterbolag, Enron Directo. Enron Directo ingick i Enronkoncernen. Huvudkontoret var i London och domstolen fann att eftersom alla verkställande, ekonomiska och strategiska beslut avseende Enron Directo skedde på huvudkontoret var platsen för det huvudsakliga intresset i London. Därmed hade domstolen också behörighet att inleda ett huvudinsolvensförfarande mot Enron Directo. Wessels kritiserar detta beslut eftersom domstolen inte tar hänsyn till platsen för huvudsakliga intressen skall motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man. Wessels menar därmed att domstolen har förbisett synbarhetskriteriet.⁷⁸

Ett annat intressant scenario är när de huvudsakliga intressena finns inom EU, men sätet är utanför EU. Mellqvist menar att i de fall då sätet är beläget i en s.k. bekvämlighetsjurisdiktion skall presumtionen för sätet vara svagt till nästan obefintligt.⁷⁹ Befinner sig sätet inom en seriös jurisdiktion bör sätet tillmätas samma betydelse som om den vore belägen inom en medlemsstat. Frågan är vad som är en bekvämlighetsjurisdiktion och vad som är en seriös jurisdiktion. Delaware (USA), Hong Kong, Cayman Öarna, Jersey & Gibraltar är några exempel på jurisdiktioner utanför gemenskapen. Vad är det som säger att den ena jurisdiktionen är en s.k. bekvämlighetsjurisdiktion och den andra en s.k. seriös jurisdiktion? Är USA att anses som oseriös och Hong Kong seriös? Eller tvärtom? Som Mellqvist mycket riktigt påpekar får utredningen i det aktuella fallet utvisa vad som är vad och i praktiken betyder det bara att man inte ger presumtionen någon verkan, d.v.s. den ges inte någon särskilt förmånlig ställning. I det brittiska rättsfallet Re BRAC Rent-A-Car International Inc fanns sätet i Delaware.⁸⁰ BRAC UK:s verksamhet var hyrbilar och hade både driftställen och franchiseföretag över hela Europa.

⁷⁷ London High court, June 4, 2002 (unreported)

⁷⁸ Wessels, Bob, International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against (groups of) Companies. Working Paper series no. 17.

⁷⁹ Mellqvist, SvJT 2005, Sid. 473.

⁸⁰ High Court of Justice Chancery Division Companies Court (England) of 07.02.2003 EWHC (Ch) 128 - 0042/2003

Alla dess anställda fanns och arbetade i Storbritannien med anställningsavtal enligt brittisk lag vilket även omfattade franchiseföretagen. Moderbolaget BRAC Inc i USA var redan föremål för en s.k. chapter 11 insolvensförfarande. I syfte att skydda sig mot borgenärernas krav ansökte BRAC UK i Storbritannien om att försättas under administration för att kunna rekonstruera företaget. Borgenärerna invände att den brittiska domstolen saknade behörighet eftersom det redan hade påbörjats ett förfarande i Italien och att egendomen hade interimistiskt säkrats för borgenärernas räkning av det italienska beslutet. Förordningen reglerar inte fenomenet koncerner oavsett om deras säte är i eller utanför gemenskapen.⁸¹ Den brittiska domstolen analyserar ingående förutsättningarna för att öppna ett engelskt förfarande, utifrån att en borgenär som har sin hemvist eller sitt säte inom gemenskapen bör ha rätt att anmäla sina fordringar i vart och ett av de insolvensförfaranden som pågår i gemenskapen.⁸² Vidare anknyter domstolen till artikel 3.1 och konstaterar att det är platsen för de huvudsakliga intressena som är intressant och inte platsen för sätet som endast är en presumtion. Domstolen ansåg således att de huvudsakliga intressena fanns inom gemenskapen och i Storbritannien. Det intressanta i fallet är dock domarens resonemang kring syftet av artikel 3.1 och insolvensförordningen att motverka forum shopping.

” ... It would allow those who use corporate bodies to arrange that, although their business, assets and operations are based in a Member State, the relevant corporate body is incorporated outside the Community, so that the provisions of the Regulation would not apply to it or its assets. That would be inconsistent with the aim described in recital (3), and such an incentive for manipulation would be at least as inconsistent with the objectives of the Regulation as the examples of forum-shopping among Member States mentioned in recital (4). This is particularly the case since the Regulation contains no provisions dealing with affiliated companies or groups of companies, so that each debtor must be considered separately.”

Domaren bryter härmed presumtionen för sätet med hänvisning till förordningens syfte och säger att detta är särskilt viktigt då detta gäller koncerner eftersom de inte omfattas av förordningen utan varje enhet skall anses som ett eget rättssubjekt och behörigheten skall prövas av varje medlemsstat där en sådan enhet finns.

⁸¹ Se FR 76.

⁸² Se Ingresspunkt 21.

5.1.3 Fysiska personer – hemvistpresumtion ?

Förordningen saknar en legal presumtion för fysiska personer vad avser platsen för deras huvudsakliga intressen, men som Mellqvist skriver torde dock en fysisk persons hemvist få avgörande betydelse vid en sådan bedömning.⁸³ Vid en tillämpning av artikel 3.1 skulle detta kunna tolkas som en presumtion för att hemvisten skall anses vara platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen. Begreppet ”hemvist” ska ses i allmänhet som i ett internationellt-privaträttsligt sammanhang.⁸⁴ Wessels däremot ser hellre att man utgår ifrån ingresspunkt 13 ”... den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man” när man bedömer platsen för huvudsakliga intressen. Orsaken är att en person som t.ex. bor i Frankfurt men arbetar 3,4 och ibland 5 dagar i veckan i Amsterdam kan anses ha sina huvudsakliga intressen i Amsterdam och inte i Frankfurt. I ett engelskt rättsfall ansåg High Court att en icke-professionell fysisk persons ”intressen” vanligtvis återfinns där hemvisten är och en professionell fysisk persons ”intressen” återfinns på dennes ”professionella domicil” d.v.s. den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man.⁸⁵

5.1.4 Principen om ömsesidigt förtroende

Ingresspunkt 22

Enligt förordningen bör beslut som rör inledande, genomförande och slutförande av ett insolvensförfarande inom förordningens tillämpningsområde erkännas omedelbart, liksom beslut som har direkt samband med detta insolvensförfarande. Det automatiska erkännandet bör således leda till att de verkningar som förfarandet får genom rättsordningen i den stat där det inleds utsträcks till alla övriga medlemsstater. Erkännandet av de beslut som fattas av medlemsstaternas domstolar bör vila på principen om ömsesidigt förtroende. Därför bör grunderna för icke-erkännande reduceras till ett nödvändigt minimum. Enligt denna princip bör även konflikten lösas om domstolarna i två medlemsstater anser sig behöriga att inleda ett huvudinsolvensförfarande. Beslutet i den domstol som först inleder ett förfarande bör erkännas i de andra medlemsstaterna utan att de ges befogenhet att pröva denna domstols beslut.

Ett effektivt insolvensförfarande är ett förfarande som handläggs snabbt. För att det skall kunna realiseras måste ett beslut erkännas och verkställas inom gemenskapen utan dröjsmål. Detta kan endast uppnås om domstolarna i medlemsstaterna har ett ömsesidigt förtroende för varandras rättsordningar.

⁸³ I Sverige folkbokföringsadressen.

⁸⁴ Bogdan, Michael, Svensk Internationell Privat och Processrätt, 6 uppl. Stockholm 2004, s. 117.

⁸⁵ English High Court 11 November 2002 [2003] BCC 391. Gevean Trading Co.Ltd.v. Kjell Tore Skjevesland. Se även Court of Appeal Amsterdam June 17, 2003, JOR 2003/186.

Artikel 10 Romfördraget

Medlemsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av detta fördrag eller av åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner. Medlemsstaterna skall underlätta att gemenskapens uppgifter fullgörs. De skall avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås.

Enligt Wessels kan principen om ömsesidigt förtroende utläsas ur lojalitetsprincipen i artikel 10 i Romfördraget. Wessels menar att det inte bara är medlemsstaterna, utan även domstolarna, som ska sträva efter att säkerställa att de mål som sätts upp av gemenskapen fullföljs.⁸⁶ Vidare skall man avstå från åtgärder som kan äventyra att sådana mål realiserar. Principen om ömsesidigt förtroende kan därmed ses som fundamental för säkerställandet av syftet med insolvensförordningen.

5.2 Sammanfattning

När en domstol, enligt artikel 3, skall bedöma sin behörighet att inleda ett insolvensförfarande är det anknytningskriteriet ”huvudsakliga intressen” som ensamt bestämmer om behörighet föreligger, eller ej. Sättespresumtionen för juridiska personer och den eventuella hemvistpresumtionen för fysiska personer är just bara en presumtion, stark eller svag, så det ligger i sakens natur att den kan brytas. Kriteriet kan inte brytas i den meningen. Domstolen måste alltid bedöma kriteriet när den prövar en ansökan om insolvensförfarande. De huvudsakliga intressena måste finnas någonstans och kan bara finnas på en enda plats, endera inom gemenskapen eller utanför den. Förordningen definierar inte uttryckligen kriteriet, den är vag till sin karaktär och behöver definieras i praxis och doktrin. Den praxis och doktrin som hittills har tillkommit ger inte heller någon högre grad av precisering av kriteriet. Däremot, enligt Mellqvist & Wessels, måste ett bestämmande av kriteriet alltid grunda sig på de EG-rättsliga principerna om likabehandling och rättsäkerhet. Av största vikt i sammanhanget är ett ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaternas domstolar. Andra viktiga faktorer att ta hänsyn till är det uttalade ändamålet av förordningen att motverka forum shopping, synbarhetskriteriet d.v.s. ”intressen” bör motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man. Det ska poängteras att det ska vara gäldenärens ekonomiska intressen som åsyftas. Förutsebarhet är viktigt i insolvensrättsliga sammanhang, främst för borgenärerna.

⁸⁶ Wessels, Bob, International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against (groups of) Companies. Working Paper series no. 17. Punkt 10.

Att använda sätes- och hemvistpresumtion ger en god förutsebarhet. Även effektiviteten i ett förfarande är beroende av en stark presumtion då det ger en snabbare handläggning, eftersom man inte ödslar tid på onödiga utredningar. Det bör finnas ett krav på kontinuitet d.v.s. gäldenären får inte endast ha tillfälligt eller nyligen hamnat inom ifrågavarande jurisdiktion.

6 SAMMANFATTANDE ANALYS

6.1 Europeisk internationell insolvensjurisdiktion universalitets- och territorialitetsprincipen

Insolvensförordningen bygger till största delen, men inte fullständigt, på principen om universalitet. Huvudregeln är att ett huvudinsolvensförfarande endast skall kunna inledas i den medlemsstat där gäldenären har sina ”huvudsakliga intressen”. Ett sådant förfarande har i princip verkningar inom hela gemenskapen. Ingen princip utan undantag dock, förordningen tillåter under vissa förutsättningar att ett territoriellt begränsat insolvensförfarande löper parallellt med ett huvudinsolvensförfarande. Ett sådant förfarande har som namnet antyder endast verkningar inom territoriet. Universalitetsprincipen återspeglas i konceptet med huvudinsolvensförfarande och territorialitetsprincipen återspeglas i sekundära/territoriella förfaranden. Anledningen till detta är att insolvensförordningen är resultatet av en kompromiss. I det första utkastet till konventionen grundades tanken på universalitetsprincipen med syfte att harmonisera insolvensrätt.

Den renodlade universalitetsprincipen förblir ouppnåelig så länge man inte skapar en rad förutsättningar inom andra rättsområden: ensartade konkursgrunder och förmånsrättsordningar, sådana regler om fodringsbevakning vilka ger utländsk borgenär inte bara en formell utan också en reell likställdhet med konkurslandet bosatta borgenärer, en ny inställning till utländska offentligrättsliga anspråk, ensartade kollisionsregler eller materiella regler om fodringars giltighet och preskription och så vidare.⁸⁷ Anledningen till att det är svårt att tillämpa universalitetsprincipen fullt ut inom insolvensrätten är att man då måste ändra lagstiftningen i den stat inom vars territorium förfarandet inletts och det innebär en ändring av tidigare rättigheter som uppkommit före insolvensen i enlighet med de olika nationella rättsordningarna. Därför har man infört territorialitetsprincipen för att skydda nationella intressen. Orsaken till att man måste gå in och ändra i den nationella lagstiftningens rättigheter är att det inte finns någon enhetlig ordning för säkerhetsrätter i Europa och de stora skillnaderna mellan de nationella rättsordningarna med avseende på de kriterier som bestämmer förmånsrättsordningen mellan de olika kategorierna av borgenärer.⁸⁸

⁸⁷ Bogdan, Sveriges och EU:s internationella insolvensrätt, sid. 24.

⁸⁸ Se FR 12.

6.1.1 Anknytningskriterierna

Artikel 3.1

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

Den viktigaste artikeln i insolvensförordningen är utan tvekan artikel 3.1. Det är i denna artikel som den internationella behörigheten fastställs inom EU.⁸⁹ Förordningen säger inget om hur den nationella insolvensrätten är eller bör vara. Vilken av ett lands domstolar som är behörig att inleda ett insolvensförfarande regleras av nationell rätt.⁹⁰ Förordningen är begränsad till att endast omfatta fördragsslutande stater. Därmed inte sagt att en medlemsstat inte har jurisdiktion över en juridisk person som har sitt säte utanför EU men sina huvudsakliga intressen inom EU.

Insolvensförordningen ger ingen uttrycklig definition av ”huvudsakliga intressen”. Viss ledning ges i den förklarande rapporten men man har lämnat dess närmare tolkning och tillämpning till de nationella domstolarna. Förordningen utgår indirekt från att medlemsstaternas nationella rätt på området uppfyller en räckta tämligen högt ställda krav avseende rättssäkerhet, förutsebarhet och organisation m.m. samt förmåga att möta de marknadsekonomiska spelreglerna.⁹¹ Principen om ömsesidigt förtroende mellan domstolarna ska säkerställa att domstolarna inte hindrar eller ifrågasätter varandras beslut.

6.1.1.1 Huvudsakliga intressen

Det går inte i avsaknaden av prejudicerande domar från ECJ att närmare bestämma begreppet ”huvudsakliga intressen”. De omständigheter som omnämns i den förklarande rapporten angående huvudsakliga intressen säger inget om hur dessa skall vägas eller värderas mot varandra. Det är och förblir upp till domstolens diskretion i den inledande staten att ensamt bedöma om de faktiska omständigheterna är relevanta eller inte och i så fall hur de skall tillämpas i frågan om domstolen har behörighet eller ej att inleda ett förfarande. När det gäller fysiska personer kan man ganska enkelt konstatera om de huvudsakliga intressena finns på hemvisten eller inte. För juridiska personer ges sätet en stark presumtion, i vart fall i svensk rätt, för vart de huvudsakliga intressena skall anses vara belägen. I brittisk rätt däremot innehar presumtionen en svagare ställning. Där är det vanligare att företag har sitt säte utanför landet och sitt huvudkontor där man sköter den vardagliga administration och verksamheten inom landet.

⁸⁹ Se FR 72.

⁹⁰ Se FR 74.

⁹¹ Mellqvist, EUs: insolvensförordningen, sid. 43.

Detta kan leda till orättvisa förutsättningar för företag inom gemenskapen och strida mot likabehandlingsprincipen.

När det gäller koncerner är tendensen, i vart fall inom brittisk rätt, att det räcker med att huvudkontoret finns inom landet för att ett beslut om förfarande skall anses omfatta dotterbolagen inom gemenskapen. Domstolen gör en enskild prövning över sin behörighet för var enhet, om än summarisk. Saken kompliceras av att man inte kan granska de uppgifter som gäldenären lägger fram inför domstolen som grund för sin ansökan om ett förfarande. Detta sker med hänvisning till företagshemligheter. Domstolen gör heller ingen egen kritisk granskning av omständigheternas riktighet. Det är således svårt att yttra sig om domstolen gjort en korrekt bedömning eller inte. Inte för att det har någon direkt betydelse i det enskilda fallet eftersom ett beslut fattat av en behörig domstol står fast även om det är felaktigt.

Även om man inte i dagsläget kan närmare definiera kriteriet ”huvudsakliga intressen” utifrån praxis och doktrin är det ganska naturligt att en bestämmande av kriteriet alltid måste utgå från den rättsliga miljö från vilken den har skapats d.v.s. EG-rätten. Här ansluter jag mig till Mellqvist och hans uppräknade enligt nedan följande.⁹²

- 1) Principen om likabehandling.
- 2) Intresset av rättsäkerhet.
- 3) Ömsesidigt förtroende olika länders domstolar emellan.
- 4) Syftet med förordningen är att motverka och försvåra forum shopping.
- 5) En omständighet måste alltid bedömas utifrån synbarhetsrekvisitet.
- 6) Ett bedömande av gäldenärens intressen är i praktiken alltid gäldenärens ekonomiska intressen.
- 7) Trots att det är avgörande vart gäldenärens huvudsakliga intressen fanns vid tidpunkten för domstolens avgörande att inleda ett förfarande är det ändå viktigt att det sker mot bakgrund av ett krav på kontinuitet d.v.s. gäldenären får inte endast tillfälligt ha ”landat” inom ifrågasatt jurisdiktion.
- 8) Gäldenärens faktiska verksamhet är av stor vikt. Vad som bör undersökas är:
 - Ändamålet med företagets verksamhet.
 - Den bransch företaget är verksam inom.
 - Den marknad företaget verkar på.
 - Bedömning utifrån kund- och leverantörsperspektiv

⁹² Mellqvist, SvJT 2005, s. 475 - 476.

6.1.1.2 Driftställe

Driftställe definieras som ”verksamhetsplats där gäldenären annat än tillfälligt idkar verksamhet” d.v.s. det måste vara någon form av etablerad verksamhet samt att ”driftstället” måste vara permanent.

Förmögenhetsrättslig grund är inte tillräcklig för att en domstol ska ha jurisdiktion att inleda ett förfarande. I insolvensförordningen har man valt att exkludera förmögenhetsforum som behörighetsgrund för att begränsa möjligheterna för en borgenär att tillägna sig själv personliga och taktiska fördelar genom sekundära förfaranden.

Mellqvist kritiserar det faktum att det inte är tillräckligt att en gäldenär besitter tillgångar i ett land för att öppna ett insolvensförfarande, trots att gäldenären kan besitta mycket stora tillgångar, till exempel bankmedel eller fastigheter.⁹³ Syftet med driftställe i förordningen är att uttrycka en anknytning som är fast och stabil. Men dessa tillgångar, till exempel ett flertal fastigheter kan vara en mycket närmare och starkare anknytning till ett land än ett mycket litet och obetydligt ”driftställe”.

Att ett ”driftställe” skall vara permanent medför ett problem eftersom förordningen saknar regler för att avgöra hur lång tid som krävs för att driftställe inte skall anses som tillfällig verksamhet. Under svensk lag avgörs frågeställningen när tidsaspekten är oklar genom att ta hänsyn till gäldenärens syften. Om gäldenären exempelvis endast har haft driftstället en månad när han förklaras i konkurs, skall detta anses vara ett driftställe om hans avsikt var att etablera ett permanent driftställe. Men vad händer när en gäldenärs avsikt är att etablera ett permanent driftställe och gäldenären vidtar alla åtgärder för detta men blir insolvent efter en mycket kort tid? Denna fråga återstår att lösas av EG-domstolen.

6.2 Uppfyller förordningen sitt syfte?

Förordningens syfte är att säkerställa en väl fungerande inre marknad. För att uppnå detta måste det undvikas att parterna får motiv att överföra tillgångar från en medlemsstat till en annan eller att välja jurisdiktion för att få en förmånligare rättslig ställning s.k. forum shopping. Ett annat syfte av förordningen är förbättra insolvensförfaranden och kunna handlägga insolvensärenden med gränsöverskridande inslag effektivare. Detta uppnås genom att bestämmelserna om behörighet, erkännande och tillämplig lag blir föremål för gemenskapslagstiftning som är bindande och direkt tillämplig i medlemsstaterna.

Det är fortfarande alltför tidigt att säga definitivt att förordningen uppfyller sina syften där det viktigaste syftet är att motverka forum shopping.

⁹³ Mellqvist, EUs: insolvensförordningen, sid. 114.

Vad man kan se, enligt mig, är en tendens där i huvudsak koncerner flyttar sitt huvudkontor eller i vart fall omorganiserar den administrativa delen av sin verksamhet så det huvudsakliga intresset passar in i den brittiska rättens tolkning av begreppet för att sedan ansöka om ett förfarande. En bakomliggande avsikt till detta är den brittiska rättens benägenhet att inkludera de övriga bolagen inom i koncernen som är belägna inom gemenskapen i förfarandet. Rent ekonomiskt är detta ett sunt förfarande eftersom värdet på koncernen är högre om det är intakt. Detta har lett till en hel del kontroverser inom gemenskapen och frågan är vart det leder om fler domstolar börjar utöva legal protektionism för att skydda sina nationella intressen från ett t.ex. engelskt förfarande.

En intressant följd av insolvensförordningen och den brittiska rättens praxis är att det har öppnat för amerikansk insolvensjurisdiktion över europeiska bolag. I C&A fallet försattes den koncernstyrande amerikanska verksamheten under Chapter 11. En internationell förvaltningsbyrå med kontor i USA och Storbritannien anlätades av C&A själva. Den europeiska verksamheten flyttade, strax efter Chapter 11 beslutet, sina ”huvudsakliga intressen” till Storbritannien ifrån övriga medlemsstater. En månad senare ansökte C&A om ett rekonstruktionsförfarande i Storbritannien och valde att få samma förvaltningsbyrå till det europeiska förfarandet. Den amerikanska ledningen fick nu kontroll över de europeiska dotterbolagen genom sina förvaltare.

Det finns inte heller tillräckligt med praxis för att se hur domstolarna resonerar kring sätespresumtions styrka. Tendensen här är att svensk praxis följer Mellqvist åsikt och ger sätespresumtionen en stark ställning. Storbritannien å andra sidan ger sätespresumtionen en svagare ställning. Orsaken är att det är vanligare i Storbritannien med företag som har sitt säte utanför landet, men sitt kontor och verksamhet inom landet.

6.3 De lege ferenda

Insolvensförordningen är ett regelverk i sin barndom. Den har sina fördelar men är inte utan sina brister. Något man var medveten om vid dess tillkomst. Att man först år 2000 antog en förordning för att reglera gränsöverskridande insolvensförfarande, som man redan på 1960-talet påbörjade arbetet med, säger en del om komplexiteten bakom en sådan reglering. Det var nära att man än idag skulle stå utan en sådan reglering, eftersom man inte kunde enhälligt godta en förordning med ren universell verkan. Den inre marknaden kräver dock reglering för att kunna utvecklas och fungera. Företrädarna för medlemsstaterna visste detta mycket väl och man antog en förordning som var en kompromiss mellan universalitets- och territorialprincipen, inte reglerade medlemsstaternas nationella insolvensrätt, eller gav uttryckliga riktlinjer och definitioner om hur viktiga begrepp som ”huvudsakliga intressen” och ”driftställen” skulle tolkas.

Förordningen gör inte ens anspråk på att försöka harmonisera medlemsstaternas insolvenslagstiftning med hänvisning till skillnaderna i materiell rätt mellan staterna.⁹⁴ Mellqvist anser att just de stora materiella skillnaderna talar för att behovet av en harmonisering är stort, om syftet är att undanröja hinder för en väl fungerande inre marknad, men att en sådan harmonisering skulle vara ett mycket svårt projekt att genomföra.⁹⁵ Jag håller med Mellqvist om att en harmonisering på området vore önskvärd men jag tar på mig rollen som realist i detta avseende.⁹⁶ Faktum är att gemenskapen redan idag består av 25 medlemsstater alla med mer eller mindre olika rättsordningar.⁹⁷ Hade man redan på 1960-talet fått till en konvention om gränsöverskridande insolvensförfarande kanske det hade varit harmoniserat idag?

Förordningen är idag ett pragmatiskt verktyg för undanröjande av nationella hinder, vilket det är tänkt ska bidra till ett effektivt förfarande. Ett beslut i en medlemsstat gäller per automatik i hela gemenskapen. Lagen i det land som beslutet fattades gäller fullt ut i de medlemsstater som beslutet berör. Som borgenär är det inte ens säkert att man får veta om förfarandet förrän efter beslutet. Vill man överklaga beslutet måste man vända sig till domstolen där beslutet fattades. Det spelar ingen roll om beslutet är felaktigt, det skall ändå respekteras. Man kan försöka angripa beslutet inför nationell domstol med hänvisning till ordre public men chanserna att vinna är i stort sett obefintliga.

Problemet idag är att alla s.a.s. har samma spelregel att följa men var och en kan fritt tolka densamma. Den som hinner först med sin tolkning får sedan ensam bestämma spelets utgång. Problemet är inte så stort när det gäller fysiska personer som det är när det gäller juridiska personer och framför allt koncerner. Avsaknaden av en uttrycklig definition för kriterierna som avgör en domstols behörighet ger inte bara en rättsosäkerhet utan även oförutsebarhet för både gäldenär och borgenär. Man kan omöjligen veta i förväg hur och på vilka faktiska grunder domstolen kommer att grunda sin behörighet på eller inte. Detta har lett till forum shopping i det avseende att framför allt koncerner flyttar sina huvudkontor till t.ex. Storbritannien och sedan framför sin ansökan om insolvensförfarande med stora likheter till tidigare beslut. Orsaken är inter alia de brittiska domstolarnas benägenhet att även omfatta dotterbolagen i samma beslut. Det är givet att värdet av en koncern är större om det hålls intakt vid en konkurs eller företagsrekonstruktion men frågan är om det är ett argument för att grunda sin behörighet på.⁹⁸

⁹⁴ Ingresspunkt 11.

⁹⁵ Mellqvist, EUs: insolvensförordningen m.m. sid. 44 & 45.

⁹⁶ För att förtydliga så intar Mellqvist inte ståndpunkt som vare sig ”visionär” eller ”realist” utan konstaterar behovet och svårigheten med en harmonisering. Se Mellqvist, EUs: insolvensförordningen, sid. 44.

⁹⁷ Danmark ingår som vanligt inte i samarbetet vars medlemskap, enligt mig, kan liknas med den som tittar på tv utan att betala licens.

⁹⁸ Se FR. 76.

Det skall tilläggas att det är företagens ledning ensam som har insikt och kunskap om företagets faktiska ekonomiska status och organisation, inte borgenärerna. Det är därför gäldenären som är bättre rustad att välja när och på vilka grunder man ska ansöka om ett förfarande.

I Collins & Aikman sökte man på en fredag om ett förfarande som var den största i Europas historia och omfattade bolag och tusentals anställda inom flera medlemsstater. På måndagen var samtliga under brittisk insolvensjurisdiktion. Förhandlingen på fredagen tog 3 timmar och både bolaget och domstolen vägrade att låta den enda representerade borgenären få granska och invända mot materialet som bolaget framfört som grund för sin ansökan. Bolaget skyndade även på domstolen med hänvisning till att det samtidigt pågick förhandlingar inför tysk domstol och det var viktigt att få ett beslut innan så att man inte förlorade jurisdiktion över de tyska bolagen.

De finns flera ekonomiska fördelar för en stat att ha jurisdiktion över ett insolvensförfarande. En gäldenärsvänlig jurisdiktion kan anses gynna bolagen i det egna landet och därmed de anställda samt utdelningen till inhemska borgenärer. Själva förfarandet genererar även arbete för både inhemska förvaltare och dess organisation samt sätter landet på den världsliga kartan. Även sådant som att man slipper kostsamma avgångs vederlag i de arbetarevänliga staterna kan påverka bedömningen.

Ett av de uttalade syftena med insolvensförordningen är att motverka forum shopping. Att forum shopping ens är möjlig beror dels på det faktum att det finns olika rättsordningar inom gemenskapen men även på att förordningen inte är någon insolvenslag utan reglerar enbart gränsöverskridande frågor. Förordningen lägger sig inte i hur en medlemsstats insolvensrätt är eller bör vara utan man förutsätter att den nationella insolvensrätten uppfyller kraven på förutsebarhet, rättsäkerhet, organisation och förmågan att möta de marknadsekonomiska spelreglerna.⁹⁹

För att förordningen skall ha en chans är det viktigt att principen om ömsesidigt förtroende upprätthålls. Fortsätter t.ex. de brittiska domstolarna på den inslagna vägen att roffa åt sig förfarande genom sin breda tolkning av kriterierna för jurisdiktionell behörighet kommer snart andra domstolar att följa efter. Beslut kommer inte i så fall att grundas på principer som likabehandling, rättsäkerhet, förutsebarhet och synbarhet utan på legal protektionism.

Det är i dagsläget inte realistiskt med en insolvenslag som harmoniserar medlemsstaternas insolvensrätt, jag tror inte att det kommer att bli det heller. Skillnaderna är för stora. Vill medlemsstaterna ha en väl fungerande inre marknad måste det ske genom nationell lagstiftning där man ser till att domstolarna opartiskt dömer efter förordningens anda.

⁹⁹ Mellqvist, EUs: insolvensförordningen, sid. 43.

Vill man ha praxis av värde d.v.s. praxis med prejudicerande verkan är det kanske dags att ändra instansordningsprincipen inom gemenskapen. Vill en borgenär eller gäldenär överklaga ett beslut kanske denna skall få en gräddfil till ECJ och ett förhandsbesked innan förfarandet är över och bortglömt. Det kan låta drastiskt men en inre marknad utan fungerande reglering av insolvensförfarande är ett större problem.

Förordningen behöver vidare ta sikte på koncerner. Den begränsade insynen i hur en koncern är uppbyggd är ett allvarligt problem. En borgenär får svårt att förutse vart ett eventuellt förfarande kan komma att ske. Domstolen som ska besluta om ett förfarande får förlita sig på gäldenärens egna uppgifter om att ett dotterbolags "huvudsakliga intressen" finns inom domstolens jurisdiktion. Ett dotterbolag i en medlemsstat kanske inte borde få ingå i ett samlat förfarande innan den nationella domstolen i det berörda landet har fått sagt sitt, kanske genom ett förenklat förfarande.

Det förutsågs vid förordningens tillkomst att justeringar och ändringar kommer att bli nödvändiga i framtiden. Artikel 46 i förordningen lyder följande:

Kommissionen skall senast den 1 juni 2012 och vart femte år därefter, till Europaparlamentet, rådet och Ekonomiska och sociala kommittén, lägga fram en rapport om tillämpningen av denna förordning. Rapporten skall vid behov åtföljas av förslag till ändringar av denna förordning.

Ändringar kan ske både innan 2012 som efter om det skulle påkallas. Jag väntar med spänning på hur det hela kommer att utvecklas.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur och artiklar

- Bogdan, Michael Sveriges och EU:s internationella insolvensrätt, Norstedts Juridik, Stockholm, 1997.
- Bogdan, Michael Svensk internationell privat- och processrätt, Norstedts Juridik, Stockholm, 2004.
- Fletcher, Ian F Theory and Principle in Cross-Border Insolvency, Article in compendium II, Part II, International Enforcement and Insolvency Law, Autumn 2003, p. 115-126.
- Klempke, Edward The centre of main interest and the administration of DaisYTEK, Kluwer Law International, International corporate rescue, Vol 1, Issue 1, 2004.
- Mellqvist, Mikael EU:s insolvensförordning m.m. en kommentar, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002.
- Mellqvist, Mikael Europeisk internationell insolvensjurisdiktion, SvJT 2005 sid. 449-477.
- Shandro, Sandy Bankruptcy jurisdiction in the US and Europe: reconsideration needed. Freshfields Bruckhaus Derringer, October 2005.
- Van Galen, Robert The european insolvency regulation and groups of companies, INSOL Europe annual congress, Cork, Ireland, october 16-18, 2003. International Insolvency Institute, www.iiiglobal.org
- Wendler, Michael mfl. In the minefield of European insolvency law, Geneva group international, October 2005.
- Wessels, Bob International jurisdiction to open insolvency proceedings in Europe, in particular against (groups of) companies. International Insolvency Institute, www.iiiglobal.org

Willcock, John Collins & Aikman, Europes biggest COMI filing,
Globalturnaround, augusti 2005, nr 67.
www.globalturnaround.com

Willcock, John How Europe became the capital of forum
shopping (and how London hopes to become the
Delaware of Europe), INSOL World, Q3 2003.
www.globalturnaround.com

Offentligt tryck

Proposition 2005/06:37 EU:s insolvensreglering

Departementspromemoria Europeisk insolvens (DS 2002:59)

Rapport angående konventionen om insolvensförfaranden, 6500/1/96
REV 1, DRS 8 (CFC), ”Den förklarande rapporten”

Förordning

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

Övrigt:

www.insol.org

www.iiiglobal.org

www.eir-database.com

www.globalturnaround

www.cimejes.com

Rättsfallsförteckning

Hovrätten

Hovrätten för Nedre Norrlands beslut den 14 februari 2006 i mål nr Ö 929-05

Hovrätten över Skåne och Blekinge beslut den 3 februari 2005 mål nr Ö 21-05

Svea Hovrätt beslut 30 maj 2003 mål nr Ö 4105-03

Hovrätten över Skåne och Blekinge beslut den 17 juni 2003 mål nr Ö 817-03

Tingsrätten

Göteborgs tingsrätt beslut 4 augusti 2005 mål nr Ä 7496-05

Göteborgs tingsrätt beslut 26 september 2002 mål nr K 5973-02

Utländsk domstol

Collins & Aikman Corporation Group, High Court of Justice, London District Registry, Chancery Division, 15 July 2005, Case Nos. 4697-4712/05 and 4717-4725/05, [2005] EWHC 1754 (Ch)

Daisytek-ISA Ltd & Ors. High Court of Justice, Leeds District Registry, Chancery Division 16 May 2003, nr 861-876 / 03, Daisytek-ISA Ltd [2003] B.C.C. 562

Tribunal de Commerce Serigny Pontoise, Frankrike 26 maj 2003, okänt dom nr.

Tribunal de Grand Instance Versailles 4 september 2003 - 03/05038

Düsseldorf Regional Court decision of June 6, 2003 - 502 IN 126/03

Telia v Hillcourt, High Court of Justice, The Strand London, Chancery Division, 16 oktober 2002, No. 6394 of 2002, EWIIC 2377(Ch)