



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Bibbi Karlsson

Den praktiska tillämpningen av
EU:s insolvensförordning
- några problemområden

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Birgitta Nyström

Insolvensrätt, EG-rätt

VT 2007

Innehåll

SUMMARY	5
SAMMANFATTNING	7
FÖRORD	9
FÖRKORTNINGAR	10
1 INLEDNING	11
1.1 Bakgrund	11
1.2 Syfte, frågeställning och avgränsningar	12
1.3 Metod och material	13
1.4 Disposition	14
2 INSOLVENSFÖRORDNINGEN	16
2.1 Historik	16
2.2 Förordningens syfte	16
2.3 Förordningens utformning	17
2.3.1 Tillämpningsområde	17
2.3.2 Jurisdiktion - tre typer av förfaranden	17
2.3.3 Tillämplig lag	18
2.3.4 Erkännande och verkställighet av insolvensförfaranden	19
2.4 Den förklarande rapporten	19
2.5 Svensk kompletterande lagstiftning	20
3 IDENTIFIERADE PROBLEMOMRÅDEN	21
3.1 Jurisdiktion	21
3.1.1 Begreppet huvudsakliga intressen	21
3.1.2 Begreppet driftställe	22
3.1.3 Regler för företagsgrupper	23
3.2 Erkännande av insolvensförfaranden	23

3.3	Identifierade problemområden ur ett svenskt perspektiv	23
3.3.1	Den svenska företagsinteckningen	23
3.3.2	Filialer på svenskt territorium	24
3.4	Övriga problemområden	24
4	SÄRSKILT OM AVGÖRANDET AV BEHÖRIG DOMSTOL	27
4.1	Huvudförfaranden	27
4.1.1	Huvudsakliga intressen	27
4.1.1.1	Synbarhetsrekvisitet	28
4.1.1.2	EG-domstolens rättspraxis	30
4.1.1.3	Tidpunkten för avgörandet av domstolens behörighet	31
4.1.1.4	Begreppet huvudsakliga intressen i ett större perspektiv	32
4.1.1.5	Reflektioner	32
4.1.2	Sätespresumtionen	33
4.1.2.1	En svag eller stark sätespresumtion?	34
4.1.2.2	Nationell rättspraxis	35
4.1.2.3	EG-domstolens rättspraxis	36
4.1.2.4	Bevisning i behörighetsfrågan	37
4.1.2.5	Reflektioner	39
4.2	Territoriella förfaranden	40
4.2.1	Driftställe	40
4.2.2	Reflektioner	41
4.3	Särskilt om företagsgrupper	42
4.3.1	För- och nackdelar med en reglering av företagsgrupper	42
4.3.2	Några förslag till reglering av företagsgrupper	44
4.3.3	Reflektioner	47
4.4	Forum shopping – en icke önskvärd företeelse?	48
5	SÄRSKILT OM ERKÄNNANDE	49
5.1	Art. 16 IF	49
5.1.1	EG-domstolens rättspraxis och principen om ömsesidigt förtroende	49
5.1.2	EG-domstolens rättspraxis och ordre public-undantaget	50
5.2	Reflektioner	51
6	SÄRSKILT OM INSOLVENSFÖRORDNINGEN UR ETT SVENSKT PERSPEKTIV	53
6.1	Den svenska företagsinteckningen	53
6.1.1	Art. 5 IF	53
6.1.2	Bör företagsinteckningen omfattas av skyddet i art. 5 IF?	54
6.1.3	Reflektioner	56
6.2	Filialer på svenskt territorium	57
6.2.1	Är en svensk filial ett driftställe?	57

6.2.2	Reflektioner	58
7	AVSLUTNING	59
7.1	Ett osäkert rättsläge?	59
7.2	Det automatiska erkännandet	61
7.3	Den svenska debatten	62
7.4	De lege ferenda	62
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	64
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	66

Summary

The need for a regulation regarding cross-border insolvencies was discovered early within the European Union. The Member States commenced a negotiation for an EC regulation in order to facilitate these insolvency proceedings as early as in the 1960s. It would, however, take many years until a regulation was drafted. The European Insolvency Regulation entered into force on the 31 of May 2002. The purpose of the regulation is to create a proper functioning internal market where cross-border insolvency proceedings can operate effectively and efficiently. Another objective is to avoid forum shopping, i.e. to avoid incentives for the parties to transfer assets or judicial proceedings from one Member State to another to achieve a more favourable legal position.

The European Insolvency Regulation does not create a common insolvency law, but depends on the existence of an already well developed domestic insolvency law in all Member States. The regulation determines which court has jurisdiction to open insolvency proceedings and which law is applicable to the proceedings. Furthermore it is stated that a decision to open insolvency proceedings shall be recognized automatically in all Member States. The regulation contains other rules as well, for instance the powers and obligations of the liquidators.

Ever since the regulation entered into force, its efficiency has been debated. Questions have been brought up regarding the weaknesses of the regulation and whether the purpose of the regulation is fulfilled. One of the larger problems is that the regulation's main terms and expressions are uncertain and open up for different interpretations by the domestic courts. This may lead to an uncertainty regarding the outcome of the courts' decisions. One important function of the regulation is that creditors and others should be able to foresee which court that will have jurisdiction and which law that is applicable. In the present situation this is difficult.

Another question that has been discussed is how groups of companies where several companies is subject to insolvency proceedings will be handled. To administrate these kinds of proceedings jointly may have significant benefits such as reducing costs. At the present time it is not possible to administrate several companies jointly unless they all separately have their main interests in the same country. Each company has to be treated as separate legal entities. Despite the benefits that group provisions may bring about it seems difficult to find a suitable way to introduce such provisions without having to reduce the ability for creditors to foresee where the proceedings will be administrated.

Some problems particular to Swedish legal practice have been noticed in the Swedish legal literature. It has been observed that the Swedish equivalent to the floating charge may be worthless if main insolvency proceedings are

opened outside of Sweden. However, it is uncertain if this risk exists and if it does the situations where this would be at hand are probably not many. Another topic in the Swedish legal literature is whether earlier legal practice regarding a foreign company's branch is still valid; much indicates that this is not the case after the regulation has entered into force.

The European Insolvency Regulation is a step in the right direction towards a more efficient administration of cross-border insolvency proceedings, in spite of this there is still a lot more to be done.

Sammanfattning

Inom den europeiska unionen upptäcktes tidigt ett behov av att reglera gränsöverskridande insolvensförfaranden. Redan på 1960-talet började medlemsstaterna förhandla om en gemenskapsrättslig reglering med avsikten att underlätta hanteringen av dessa förfaranden. Det skulle dock dröja många år innan en sådan reglering blev verklighet. Insolvensförordningen trädde i kraft den 31 maj 2002. Syftet med förordningen är skapa en stabil inre marknad där gränsöverskridande insolvensförfaranden fungerar smidigt och effektivt. Ett ytterligare motiv till regleringen är att motverka forum shopping, d.v.s. att parterna överför tillgångar mellan medlemsstaterna eller väljer jurisdiktion för att få en förmånligare rättslig ställning.

Insolvensförordningen skapar ingen gemensam insolvensrätt utan bygger på att medlemsstaterna redan har en tillfredställande lagstiftning på området. Förordningen tar i stället sikte på att avgöra vilken domstol som är behörig att inleda ett insolvensförfarande och vilket lands lag som ska tillämpas på förfarandet. Vidare stadgas att ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande som fattats av en behörig domstol ska erkännas automatiskt av samtliga medlemsstater. Förordningen innehåller även en del regler om vilken behörighet och vilka skyldigheter som tillfaller förvaltarna.

Sedan förordningen trädde i kraft har dess effektivitet debatterats flitigt i doktrinen och bland verksamma praktiker. Man har frågat sig vilka brister som finns i förordningens utformning och om förordningens syfte uppfylls. Ett av de stora problemen är att förordningen lämnar ett väldigt stort utrymme åt de nationella domstolarnas egna tolkningar då de mest centrala begreppen är vagt formulerade. Risken är att förordningen inte tolkas enhetligt och att det råder en osäkerhet om hur utfallet kommer att bli. En viktig del är just att kreditgivare och andra intressenter ska kunna förutse vilken domstol som är behörig och vilken lag som kan komma att tillämpas för att kunna beräkna sina risker. I nuvarande läge är detta svårt.

En ytterligare fråga som diskuterats är hur företagsgrupper där flera bolag är föremål för insolvensförfaranden ska behandlas inom ramen för insolvensförordningen. Att handlägga sådana förfaranden vid samma domstol kan innebära kostnadsbesparingar och andra samordningsfördelar. I dagsläget går det dock inte att ta hänsyn till koncernförhållanden utan varje bolag ska behandlas som enskilda rättssubjekt när behörig domstol avgörs. Trots de fördelar som finns med att behandla bolag i en företagsgrupp gemensamt tycks det svårt att hitta en lämplig lösning på hur detta ska kunna genomföras. Problemet beror även här till stor del på den brist på förutsebarhet som en sådan reglering skulle innebära.

I svensk doktrin har en del tillämpningsproblem särskilt relevanta för svensk rätt uppmärksamats. Denna diskussion tar sikte på den svenska företagsinteckningens betydelse i ett europeiskt perspektiv och huruvida äldre rätts-

praxis angående filialer fortfarande är gällande. Det finns en viss risk att den svenska företagsinteckningen inte har något värde i ett utländskt huvudförfarande. Det är dock osäkert huruvida denna risk existerar i praktiken och skulle så vara fallet är situationerna där företagsinteckningen blir värdelös troligtvis mycket få. Äldre svensk rättspraxis angående filialer är troligen inte längre gällande rätt efter det att insolvensförordningen trätt i kraft.

Insolvensförordningen fungerar som en utmärkt grund för att på sikt förbättra hanteringen av gränsöverskridande insolvensförfarande, det finns dock fortfarande mycket som bör göras för att skapa en effektiv och funktionell reglering.

Förord

Med denna uppsats avslutar jag min studietid på juridiska fakulteten i Lund. Det har varit många terminer med tidvis hektiska och slitsamma studier. Framför allt har det dock varit otroligt lärorika och roliga år fyllda med nya vänner, erfarenheter och utmaningar.

Jag vill tacka alla mina nära och kära för deras stöd och uppmuntran under hela min utbildning. Ett tack även till min handledare Birgitta Nyström för tips och kommentarer som varit värdefulla för slutförandet av denna uppsats. Sist men inte minst vill jag tacka all personal på TSM i Malmö som bistått med material och givit mig möjlighet att ytterligare fördjupa mig inom den praktiska tillämpningen av insolvensrätten.

Malmö i juni 2007

Bibbi Karlsson

Förkortningar

EG	Europeiska gemenskapen
ERA	Academy of European Law
EU	Europeiska unionen
FR	Förklarande rapporten
HD	Högsta domstolen
IF	Insolvensförordningen
RB	Rättegångsbalken (SFS 1942:740)
SFS	Svensk författningssamling

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Allt eftersom den europeiska gemenskapens inre marknad har utvecklats och företags aktiviteter fått gränsöverskridande effekter i en allt större utsträckning har det uppstått ett behov av att reglera även gränsöverskridande insolvensförfaranden. Detta då risker förknippade med en handelspartners insolvens kan vara större om denna befinner sig i ett annat medlemsland än om båda parterna bedriver verksamhet i samma land.¹ En reglering har således ansetts nödvändig för att uppnå en väl fungerande inre marknad.²

Insolvensförordningen³ är först och främst ett internationellt privat- och processrättsligt instrument skapat för att samordna de åtgärder som måste genomföras vid handläggningen av gränsöverskridande insolvensförfaranden. Till stor del är förordningen inriktad på att avgöra jurisdiktionsfrågor, d.v.s. vilken domstol som är behörig att inleda och handlägga ett insolvensförfarande gentemot en juridisk eller fysisk person med anknytning till flera medlemsstater. Därutöver regleras också vilken lag som ska vara tillämplig när domstolen fattar beslut samt erkännandet av besluten i övriga medlemsstater. Det förutsätts således att den nationella lagstiftningen innehåller ett tillfredsställande insolvensrättsligt regelverk och att det finns ett förtroende mellan medlemsstaterna emellan att så är fallet.

Insolvensförordningen är i skrivande stund i kraft sedan fem år tillbaka.⁴ Arbetet med att ta fram förordningen och därmed skapa en gemensam grund för EU:s medlemsstater på insolvensrättens område startade dock för omkring ett halvt sekel sedan. Som alltid vid försök att samordna flera länders lagstiftning krävs det kompromisser. En sådan kompromiss mellan medlemsstaterna emellan syns bl.a. i utformningen av det begrepp som valts för att avgöra jurisdiktionsfrågan. Denna kompromiss speglar problematiken kring hur långt man på nationell nivå är villig att släppa kontrollen över möjligheten att inleda ett insolvensförfarande.

Genom insolvensförordningen har man velat skapa en inre marknad där gränsöverskridande insolvensförfaranden fungerar effektivt och smidigt och forum shopping; varvid parterna väljer jurisdiktion för att få en förmånligare rättslig ställning, motverkas.⁵ Detta motiv är enkelt att anamma. Svårare är dock att hitta lösningar till de problem som en förordning av detta slag kan ge upphov till. För att göra detta krävs först en identifiering av de problemområden som finns och en analys av hur och varför problemen uppstår.

¹ Torremans, P., Cross Border Insolvencies in EU, English and Belgian Law, 2002, s. 134.

² P. 2 i ingressen till insolvensförordningen.

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

⁴ Insolvensförordningen trädde i kraft den 31 maj 2002, art. 47 IF.

⁵ P. 2-4 i ingressen till insolvensförordningen.

Större delen av förordningen berör jurisdiktionsfrågan och en av de mest centrala frågorna i diskussionen kring förordningens effektivitet är huruvida det valda jurisdiktionsbegreppet fungerar på ett tillfredsställande sätt.

I takt med att rättspraxis och doktrin vuxit fram kring insolvensförordningens tillämpning har flertalet brister i dess utformning uppmärksammats. Utmaningen består nu av att utforma regler och tolkningssätt som uppfyller förordningens syfte, fungerar tillfredsställande i praktiken och som samtidigt är förenliga med väsentliga EG-rättsliga principer såsom krav på förutsebarhet, rättssäkerhet och likabehandling.

1.2 Syfte, frågeställning och avgränsningar

Mitt syfte med denna uppsats är att redogöra för och analysera de delar av insolvensförordningen som har väckt frågor och funderingar kring regleringens tillämpning och dess effektivitet. De övergripande frågorna som löper igenom hela uppsatsen kan formuleras som följer:

- Vilka problem och oönskade effekter leder den praktiska tillämpningen av insolvensförordningen till?
- Hur och varför uppstår tillämpningsproblemen?
- Uppfyller förordningen sitt syfte med utgångspunkt från de svagheter som kan konstateras? Om inte; hur kan förordningen förbättras för att uppnå målet med regleringen?

I en uppsats av denna omfattning finns det inte möjlighet att i detalj gå in på alla problemområden som kan identifieras. Jag har valt att fokusera på de frågor som har fått störst uppmärksamhet i doktrin och bland praktiker samt omständigheter särskilt relevanta ur ett svenskt perspektiv.

Då de centrala delarna av insolvensförordningen tar sikte på avgörandet av behörig domstol är det oundvikligen detta ämne som främst präglar debatten kring förordningen och dess tillämpning. Det är således naturligt att en stor del av denna framställning kommer att beröra just jurisdiktionsfrågor. Förutom svårigheten att tolka och tillämpa förordningens bestämmelser för en domstols behörighet tar frågan angående företagsgrupper, inom vilka flera bolag är föremål för insolvensförfarande, upp en stor del av jurisdiktionsdebatten. Jag vill dessutom kort titta på frågor om erkännandet av beslut att inleda ett insolvensförfarande. Detaljfrågorna kan således formuleras:

- Vilka omständigheter ligger till grund för avgörandet av behörig domstol?
- Hur ser rättspraxis ut vad gäller avgörandet av behörig domstol och vilken betydelse har den för tillämpningen av förordningen?

- Hur behandlas företagsgrupper när en domstol ska avgöra sin behörighet att inleda insolvensförfarande?
- Behövs en reglering av företagsgrupper inom ramen för insolvensförordningen? Om ja, hur skulle i så fall en sådan reglering kunna se ut?
- Hur fungerar förordningens regler angående erkännande av beslut?
- Går det att angripa ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande som är fattat på felaktiga grunder?

Diskussionen kring frågorna angående behörighet och erkännande är liknande om inte identisk i de olika medlemsländerna. För att ge denna framställning ett svenskt perspektiv vill jag dessutom göra nedslag i den svenska debatten. Förutom ovanstående frågor som är generella för de olika medlemsstaterna har den svenska företagsinteckningens betydelse i ett europeiskt sammanhang särskilt diskuterats i svensk doktrin. Dessutom har frågan uppkommit hur det svenska begreppet filial ska behandlas inom ramen för insolvensförordningen.

På grund av utrymmesskäl och då uppsatsen fokuserar på affärsjuridiska förhållanden såsom betydelsen av koncernstruktur, filialer och företagsinteckning kommer fysiska personer lämnas utanför framställningen. Insolvensförordningen är inte tillämplig på insolvensförfaranden som rör försäkringsföretag, kreditinstitut eller investmentföretag, dessa företag kommer således inte beröras i denna uppsats.⁶

1.3 Metod och material

Metoden som används i uppsatsen är den rättsdogmatiska metoden, d.v.s. studium av lagar, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Därutöver har en del utav den diskussion som förs bland verksamma praktiker inom EU studerats för att se vilka åsikter som framförts och på så sätt tillföra framställningen en ytterligare praktisk dimension.

I uppsatsen studeras förutom själva insolvensförordningen, dess ingress och relevant rättspraxis även den s.k. förklarande rapporten. Denna rapport är en kommentar till ett av de utkast som skrevs under framarbetandet av insolvensförordningen och kan på så sätt ses som förarbete till förordningen även om den inte officiellt har EG-rättslig status. Svenskt litteratur kring insolvensförordningen och dess tillämpning är relativt sparsamt. Hovrättsrådet Mikael Mellqvist, som medverkade i den expertgrupp som har framarbetat utkastet till insolvensförordningen, kan sägas vara ledande på området inom svensk doktrin då han har författat flertalet texter med anknytning till insolvensförordningen. Annina H. Persson, docent och universitets-

⁶ Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/17/EG av den 19 mars 2001 om rekonstruktion och likvidation av försäkringsföretag samt 2001/24/EG av den 4 april 2001 om rekonstruktion och likvidation av kreditinstitut.

lektor vid juridiska fakulteten i Stockholm, och Michael Bogdan, professor vid juridiska fakulteten i Lund, har också bidragit i betydande mån till den svenska litteraturen kring insolvensförordningen.

Mycket av de material jag studerat härrör dock från den diskussion som förs på ett europeiskt plan. En del av materialet har jag funnit genom INSOL Europe⁷, en europeisk organisation för praktiker verksamma på insolvensrättens område, och dess internationella motsvarighet, INSOL International⁸. INSOL Europe har tillsammans med EIR Conferences Ltd.⁹, utarbetat European Insolvency Regulation Database, ett sökregister med rättsfall från EG-domstolen och medlemsstaternas nationella domstolar med anknytning till insolvensförordningen. EIR Conferences Ltd. ger även ut tidskriften Insolvency Caselaw Alert där bl.a. utvecklingen av rättspraxis på området följs. Jag har i min materialsökning bl.a. utgått ifrån nämnda databas och tidskrift, samt material skrivet av medverkande vid de två europeiska motsvarigheterna till Insolvensrättsligt Forum i Uppsala som anordnas av INSOL Europe och ERA; Academy of European Law¹⁰.

De nedanstående utländska författarna är de jag bedömt vara mest relevanta utifrån att de ofta blir citerade i doktrinen, bl.a. av Mikael Mellqvist och Annina H. Persson. André J. Berends, rådgivare vid holländska finansdepartementet, har liksom Mellqvist medverkat i det arbete som ledde fram till den nu gällande insolvensförordningen och har även han skrivit en del om förordningens tillämpning. En grundläggande bok på området är ”The EC regulation on insolvency proceedings – A commentary and annotated guide” som sammanställts av Gabriel Moss, Ian F. Fletcher och Stuart Isaacs där flera professorer och praktiker bidragit till kommentarerna. De praktiker verksamma på insolvensrättens område som flitigast bidragit till den diskussion som förs är Bob Wessels och Robert van Galen, båda från Holland. Wessels är även professor vid juridiska fakulteten i Amsterdam. Jag har dessutom läst en artikel av Samuel L. Bufford, en amerikansk domare speciellt inriktad på europeisk insolvensrätt. När det gäller praktiker är det om möjligt ännu mer väsentligt att förhålla sig kritisk till det som framförs, av den anledningen har jag främst använt detta material som källa till inspiration och som grund för en diskussion om idéer och förslag till förbättringar och inte för återgivande av gällande rätt.

1.4 Disposition

Uppsatsen innehåller inte någon utförligare beskrivning av insolvensförordningens alla regler då syftet med framställningen är att redogöra för och analysera de tolknings- och tillämpningsproblem som förordningen ger

⁷ <http://www.insol-europe.org/>

⁸ <http://www.insol.org/>

⁹ <http://www.eir-database.com/>

¹⁰ ERA, en offentlig stiftelse med syfte att öka medvetenheten, förståelsen och en riktig tillämpning av den EG-rättsliga regleringen, grundades på initiativ av europaparlamentet. Se hemsida: <http://www.era.int/web/en/html/index.htm>

upphov till, samt diskutera förslag på lösningar till dessa. Det förutsätts således att läsaren har grundläggande kunskap om EG-rätten samt insolvensrättsliga och sakrättsliga frågor. För att ge viss bakgrund till uppsatsens ämne inleder jag dock med en kortare beskrivning av förordningens historiska bakgrund, syfte och utformning (avsnitt 2).

Därefter följer en genomgång av de problemområden som går att identifiera genom att studera förordningens utformning, doktrin och rättspraxis från EG-domstolen och medlemsstaternas nationella domstolar (avsnitt 3). Min förhoppning är att denna redovisning av problemområden ska vara kortfattad men uttömmande på det sätt att den tar upp alla aspekter av förordningens brister som mig veterligen framförts. Avsnittet fungerar som en inledning till den problematik som diskuteras i fördjupningsavsnitten. Sist i avsnittet redovisas kort de övriga problemområden som identifierats men som inte kommer att behandlas i denna uppsats. Vid de områden som inte kommer att tas upp i denna framställning har jag valt att hänvisa till litteratur dit läsaren kan vända sig för fortsatt fördjupning.

I fördjupningsdelen (avsnitt 4-6) fokuserar jag sedan på frågor kring behörig domstol, erkännande av domar och frågor sedda särskilt utifrån ett svenskt perspektiv. I sista avsnittet kommer jag att sammanfatta mina slutsatser samt lämna kommentarer de lege ferenda (avsnitt 7).

2 Insolvensförordningen

2.1 Historik

Arbetet med att ta fram en gemenskapsrättslig reglering angående gränsöverskridande konkurser startade så tidigt som på 1960-talet. Redan 1970 hade en grupp av experter på kommissionens uppdrag framarbetat ett preliminärt utkast till en konvention på området. Arbetet fortsatte under hela 1970-talet. Det ursprungliga utkastet kritiserades till vissa delar och modifieringar blev nödvändiga, bl.a. då nya medlemsstater hade trätt in i gemenskapen och nu ville ta del i förhandlingarna. De fortsatta förhandlingarna resulterade i ett nytt utkast 1980. Utkastet lades fram till ministerrådet men enighet kunde inte nås och arbetet lades därför på is under de närmast följande åren. 1989 sattes dock en ny expertgrupp ihop som lade fram ett nytt utkast 1995; EU Insolvency Proceedings Convention, som bättre uppfyllde medlemsstaternas krav än tidigare utkast.¹¹

Medlemsstaterna fick sex månader på sig att underteckna konventionen. Storbritannien godkände dock inte konventionen inom den förskrivna tiden och konventionens ikraftträdande var därför inte möjligt. Att Storbritannien nekade till att underteckna har givits olika förklaringar, en av dessa var att oenigheten mellan Storbritannien och övriga medlemsstater vad gällde den då härjande BSE-epidemin stoppade upp samarbetet. En annan omständighet som kan ha påverkat Storbritannien att underteckna konventionen var oenigheten kring huruvida Gibraltar skulle ingå i samarbetet.¹²

1999 togs ett initiativ av Tyskland och Finland att på nytt ta ställning till antagandet av regleringen. Den tidigare föreslagna konventionstexten ändrades endast marginellt. En av de större ändringarna var att samarbetet nu skulle regleras genom en förordning i stället för en konvention. Förordningen utfärdades i maj 2000 och trädde i kraft två år senare, den 31 maj 2002.

2.2 Förordningens syfte

Som nämnts ovan fanns det inom gemenskapen ett behov av att skapa en väl fungerande inre marknad. Det huvudsakliga syftet med insolvensförordningen är att reglera gränsöverskridande insolvensförfaranden så att dessa kan fungera effektivt och smidigt och således bidra till utvecklingen av den inre marknaden.¹³ Insolvensförordningen har som mål att samordna de åtgärder som vidtas när det gäller en insolvent gäldenärs tillgångar. Med en effektiv

¹¹ Torremans, P., Cross Border Insolvencies in EU, English and Belgian Law, 2002, s. 135.

¹² Moss, G., Fletcher, I., Isaacs, S., The EC regulation on insolvency proceedings: A commentary and annotated guide, 2002, s. 2 ff.

¹³ P. 2 i ingressen till insolvensförordningen.

samordning vill man eliminera förhållanden som uppmuntrar till att tillgångar överförs mellan medlemsstater eller att parterna väljer jurisdiktion för att få en förmånligare rättslig ställning (s.k. forum shopping).¹⁴

2.3 Förordningens utformning

2.3.1 Tillämpningsområde

Insolvensförordningen är enligt art. 1.1 IF tillämplig på kollektiva insolvensförfaranden där gäldenären helt eller delvis berövas rådigheten över sina tillgångar och en förvaltare utses. Förordningen utesluter helt insolvensförfaranden som rör försäkringsföretag, kreditinstitut, kollektiva investmentföretag och investmentföretag som hanterar medel eller värdepapper för tredje mans räkning, art. 1.2 IF. Begreppet insolvens i sig är inte definierat i förordningen, däremot finns en bilaga som räknar upp de nationella insolvensförfaranden som ligger inom förordningens tillämpningsområde (Bilaga A). Förvaltare finns uppräknade i Bilaga C.

Huruvida en domstol i en medlemsstat är behörig att inleda ett insolvensförfarande är beroende av om en viss anknytning till gäldenären finns i landet. Denna anknytning avgörs utifrån begreppen huvudsakliga intressen alternativt driftställe (se utförligare under avsnitt 2.3.2). I insolvensförordningens ingress finns ytterligare begränsningar och definitioner relevanta för att precisera förordningens tillämpningsområde. I p. 9 sägs att förordningen bör gälla insolvensförfarande oavsett om gäldenären är en fysisk eller juridisk person. Gäldenärens huvudsakliga intressen måste ligga innanför gemenskapen för att förordningen ska bli tillämplig, p. 14.¹⁵ I de fall förordningen inte är tillämplig utifrån de omständigheter som nämnts ovan, så är medlemsstaternas nationella regler tillämpliga. Skulle en gäldenärs huvudsakliga intressen enligt insolvensförordningen ligga utanför gemenskapen träder alltså den nationella lagstiftningen in och enligt denna kan det finnas en möjlighet att öppna ett förfarande i aktuell medlemsstat.

2.3.2 Jurisdiktion - tre typer av förfaranden

Insolvensförordningen reglerar tre typer av insolvensförfarande; ett så kallat huvudförfarande och två typer av territoriella förfaranden. Förekomsten av de olika typerna av förfaranden är en konsekvens av en kompromiss mellan förespråkare för territorialitet och förespråkare för universalitet när det gäller möjligheten att öppna ett insolvensförfarande. Ett insolvensförfarande som följer principen om universalitet innefattar alla gäldenärens tillgångar oavsett var dessa befinner sig. Förfarandet och alla gäldenärens tillgångar

¹⁴ P. 4 i ingressen till insolvensförordningen.

¹⁵ Att observera är att Danmark inte omfattas av insolvensförordningen, p. 33 i ingressen till IF.

ska behandlas enligt lagen i det land som förfarandet inletts. Skulle insolvensförfarandet följa principen om territorialitet slutar alla insolvensförfarandets effekter att verka vid gränsen för det land där förfarandet inletts.¹⁶

Det som i insolvensförordningen benämns huvudförfarande följer principen om universalitet. Ett sådant förfarande har allmän räckvidd, det omfattar alla gäldenärens tillgångar och påverkar alla gäldenärens borgenärer oavsett var dessa befinner sig.¹⁷ Enligt art. 3.1 IF avgör platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen i vilket medlemsland ett huvudförfarande kan inledas. Det finns ingen uttrycklig definition av begreppet huvudsakliga intressen i insolvensförordningen. I förordningens ingress sägs att platsen för ett företags huvudsakliga intressen ”bör motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man”. Detta anses vägledande men i övrigt är det praxis som kommer att visa vad som ska anses omfattas av begreppet. För juridiska personer presumeras det att sätet är platsen för de huvudsakliga intressena om inte annat visas (se vidare avsnitt 4.1).

I insolvensförordningen finns det som nämnts ovan även förfarande i enlighet med territorialitetsprincipen. Dessa kallas territoriella förfarande och regleras inledningsvis i art. 3.2-4 IF. Förutsättningen för att kunna inleda ett territoriellt förfarande är att det finns ett driftställe inom landets gränser och att gäldenärens huvudsakliga intressen finns i ett annat land. Till skillnad från huvudförfarandet så omfattar de bara tillgångar som gäldenären har i den aktuella medlemsstaten. Det finns två typer av territoriella förfaranden, fristående och sekundära. Det fristående territoriella förfarandet kan enbart inledas i de fall ett huvudförfarande inte är öppnat. Det sekundära territoriella förfarandet kan pågå samtidigt som ett huvudförfarande och kan enbart vara ett likvidationsförfarande (se Bilaga B). Om ett huvudförfarande inleds efter ett fristående territoriellt förfarande så blir det territoriella förfarandet sekundärt, art. 3.3 IF. I förordningens tredje kapitel regleras sekundära förfaranden särskilt. Om ett sekundärt förfarande inleds innebär detta att ett tidigare inlett huvudförfarande inte omfattar det land där det sekundära förfarandet har öppnats.

2.3.3 Tillämplig lag

Huvudregeln när det gäller lagval är att lagen i den stat där insolvensförfarandet har inletts ska tillämpas, *lex fori concursus*, art 4 IF. I samma artikel sägs att inledningsstatens lag ska följas vad gäller förutsättningarna för att inleda, genomföra och avsluta förfarandet. Art. 4.2 IF innehåller en uppräknning av frågor som inledningsstatens lag undantagslöst ska avgöra. Art. 5-15 IF innehåller särskilda omständigheter och frågor där huvudregeln inte ska tillämpas. Ett exempel på undantag är frågor angående egendom

¹⁶ Wessels, B., The EC Insolvency Regulation: Three years in force, European Company Law, June 2005, Issue 2, s. 51.

¹⁷ P. 12 i ingressen till insolvensförordningen.

tillhörande gäldenären som är belastade med sakrättsliga rättigheter, i dessa fall gäller att det sakrättsliga skyddet inte ska påverkas av att ett insolvensförfarande inleds i en annan medlemsstat (art. 5 IF). Andra exempel där huvudregeln frångås är bl a frågor gällande kvittning, återtagandeförbehåll, avtal gällande fast egendom och anställningsavtal.

2.3.4 Erkännande och verkställighet av insolvensförfaranden

Enligt art. 16 IF är utgångspunkten att ett insolvensförfarande som inleds av en behörig domstol skall erkännas i samtliga medlemsstater. Beslutet om att inleda ett förfarande ska ha samma verkningar i alla övriga medlemsstater som det har i inledningsstaten (art. 17 IF). Samma gäller för förvaltarens behörighet (art. 18 IF).

Beslut som är nära knutna till ett insolvensförfarande och som är fattat av en domstol vars beslut om att inleda förfarandet erkänns enligt art. 16 IF, ska också dessa erkännas utan ytterligare formaliteter (art. 25 IF). Verkställandet av dessa beslut sker i enlighet med Brysselkonventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (art. 25 IF).

En ordre public-regel finns i art. 26 IF. Skulle verkningarna av ett erkännande eller ett verkställande av ett beslut som fattats i ett annat medlemsland vara uppenbart oförenliga med grunderna för en stats rättsordning så kan denna stat vägra erkännande eller verkställande. I första hand ska det handla om oförenlighet med denna stats grundläggande rättsprinciper och individens grundlagsenliga fri- och rättigheter.

2.4 Den förklarande rapporten

I samband med att utkastet till 1995 års konvention förhandlades fram skrevs även en rapport om konventionen och dess tillämpning. Rapporten kallas "Virgos-Schmit rapporten" efter författarna eller "den förklarande rapporten". Texten fick kommenteras av alla medlemsländer och reviderades efter de kommentarer man fick. Eftersom förhandlingarna inte ledde fram till ett antagande av konventionen blev heller aldrig den tillhörande rapporten publicerad av ministerrådet. Texten har således inte någon EG-rättslig status men då den slutgiltiga utformningen av insolvensförordningen till största delen är identisk med den tidigare konventionen så har den förklarande rapporten ansetts fungera ungefär som förarbete till förordningen. Den fyller således en funktion som vägledning vid tolkningen och tillämpningen insolvensförordningen som den ser ut idag.

Rapporten består av 324 punkter som dels ger en introduktion till konventionen som helhet och dels kommenterar alla konventionens artiklar. Hän-

visningar till den förklarande rapporten görs nedan med förkortningen "FR" följt av punktens nummer.

2.5 Svensk kompletterande lagstiftning

Med anledning av insolvensförordningens ikraftträdande har lag (2005:1046) med kompletterande bestämmelser till insolvensförordningen utarbetats. Lagen består av fyra paragrafer som närmare berör praktiska frågor kring hur ansökan om inledande av insolvensförfarande ska utformas samt kungörelse och registrering av inledda förfaranden hos Bolagsverket.

Ett beslut fattat utomlands om inledande av ett huvudförfarande rörande en gäldenär som har ett driftställe i Sverige ska anmälas till Bolagsverket och kungöras i PoIT, 3 § 1st. Dessutom stadgas att en ansökan om inledande av ett insolvensförfarande ska anses avse ett huvudförfarande ifall det inte direkt anges att ansökan avser ett territoriellt förfarande, 2 § 1 st. I samma stycke anges att det är sökanden som ska bevisa att svensk domstol är behörig.

3 Identifierade problemområden

Nedan följer en redogörelse över problem och frågetecken som insolvensförordningen har givit upphov till. Avsnittet ska ses som en introduktion till de frågor och problemställningar som kommer att behandlas i fördjupningsavsnitten. Som ovan nämnts kommer jag dessutom att kortfattat ange de övriga problem som av utrymmesskäl inte kommer att beröras i denna uppsats.

3.1 Jurisdiktion

De två begrepp som är av avgörande betydelse i jurisdiktionsfrågor är huvudsakliga intressen och driftställe. Nedan beskrivs de frågor och problem som har uppmärksammats i samband med tillämpningen av dessa begrepp. De problem som inledningsvis nämns nedan kommer att analyseras i avsnitt 4.1 och 4.2. Företagsgrupper behandlas närmare i avsnitt 4.3.

3.1.1 Begreppet huvudsakliga intressen

Insolvensförordningens begrepp för att avgöra jurisdiktionsfrågan är väldigt brett. En domstol är tvungen att titta på och värdera ett otal kombinationer av omständigheter och anknytningspunkter för att hitta ett bolags huvudsakliga intressen. Men vilka är dessa omständigheter?

Osäkerheten vad gäller vilka kriterier och omständigheter som främst ska värderas kan oundvikligen leda till ett flertal problem. Då syftet med insolvensförordningen är att skapa förutsättningar för smidigare gränsöverskridande insolvensförfaranden kan det tyckas märkligt att tillämpningen av insolvensförordningen är beroende av ett begrepp som måste bedömas från fall till fall. Detta har framförts av flertalet författare och praktiker.¹⁸ Mot detta argument kan dock hävdas att förordningen tillhandahåller en presumtion vad gäller juridiska personer som klart och tydligt pekar ut att platsen för ett bolags säte är avgörande för vilken stats domstol som är behörig. Som med alla presumtioner uppkommer dock nästa problem; vad krävs för att bryta presumtionen?

¹⁸ Bl a Persson, A., Internationell insolvensrättslig jurisdiktion och forum shopping m.m., Insolvensrättsligt Forum 2007, s. 9 (stenc.) och Wessels, B., International Bankruptcy Law, Part II, The European Union Insolvency Regulation: An Overview with Trans-Atlantic Elaborations, 2002, s. 494.

En annan fråga som belysts i doktrinen gäller information och bevisning i domstolar när det gäller jurisdiktionsfrågan.¹⁹ Vilken grad av bevisning behövs för att avgöra var en gäldenärs huvudsakliga intressen befinner sig? Även här kommer sätespresumtionens styrka in i bilden då olika europeiska domstolar har bedömt presumtionens styrka på olika sätt då de värderat den aktuella bevisningen.²⁰

Frågan huruvida det åligger en domstol någon skyldighet att ex officio inhämta utredning för att avgöra behörighetsfrågan har också tagits upp i diskussionen kring förordningens tillämpning.²¹ Risker att domstolar inte gör en egentlig behörighetsprövning utifrån insolvensförordningen såvida inte en invändning har framförts av parterna i målet har därvid uppmärksamats. Även om en sådan prövning inte görs får ju beslutet verkan inom hela gemenskapen. Ovanstående problem och risker beror på att det har lämnats över till medlemsstaterna att avgöra flertalet processuella frågor och att tillämpningen här kan skilja sig åt.²²

Det kanske mest diskuterade ämnet vad gäller jurisdiktion är frågan om forum shopping. En av de främsta anledningarna med insolvensförordningen är just att förhindra forum shopping. Trots detta har flera, både praktiker och teoretiker, ställt sig frågan huruvida detta problem verkligen har undvikits i och med insolvensförordningens ikraftträdande. Mer konkret; går det att manipulera nuvarande lagstiftning och på så sätt välja var ett bolags huvudsakliga intressen ska finnas?

3.1.2 Begreppet driftställe

Begreppet driftställe är väsentligt i de sammanhang där det finns en önskan om att inleda ett territoriellt förfarande. Regeln har som nämnts ovan uppkommit som en kompromiss mellan förespråkare för universalitet och för territorialitet och var en av de mest debatterade reglerna under förhandlingarna som ledde fram till förordningen.²³ Syftet med regeln är att nationella och utländska aktörer verksamma i ett och samma land ska behandlas lika. Driftställe definieras i art. 2 (h) IF såsom en ”verksamhetsplats där gäldenären annat än tillfälligt idkar ekonomisk verksamhet med personella och materiella resurser”. Men vad krävs i praktiken för att en verksamhet ska anses utgöra ett driftställe? Precis som vid tolkningen av huvudsakliga intressen som redovisats ovan, uppkommer svårigheter även här på grund av att de olika medlemsländerna har olika regler och förhållningssätt när tolkningar ska göras på detaljnivå.²⁴

¹⁹ Wessels, B., Twenty Suggestions for a Makeover of the EU Insolvency Regulation, International Caselaw Alert No.12 – V/2006, s. 70 (fortsättningsvis: Wessels, International Caselaw Alert, 2006), Mellqvist, M., Europeisk internationell insolvensjurisdiktion, SvJT 2005 s. 449 (artikel s. 467) (fortsättningsvis Mellqvist, 2005).

²⁰ Wessels, International Caselaw Alert, 2006, s. 70.

²¹ Mellqvist, 2005, (artikel s. 467).

²² *ibid.*

²³ FR70.

²⁴ Mellqvist, 2005, (artikel s. 474).

3.1.3 Regler för företagsgrupper

Det centrala begreppet huvudsakliga intressen tar enbart sikte på självständiga rättssubjekt. Insolvensförordningen innehåller inga regler som inriktar sig på företagsgrupper och det kan ifrågasättas om detta är något som kan innebära problem vid tillämpningen av förordningen. Förespråkare för en reglering av företagsgrupper där flera bolag är föremål för insolvensförfaranden hävdar att stora kostnadsbesparingar kan göras om flera bolag i en koncern kan hanteras tillsammans. Det finns samtidigt de som anser att en sådan reglering är en omöjlighet. För att hitta en lösning måste för- och nackdelar med en reglering av företagsgrupper vägas emot varandra och samtidigt diskutera vilka olika lösningar som överhuvudtaget är möjliga.

3.2 Erkännande av insolvensförfaranden

Som framgår ovan ska ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande i ett visst land erkännas av övriga medlemsländers domstolar. Det har ifrågasatts om inte ett sådant automatiskt erkännande leder till en kapplöpning till domstolen för att inleda ett förfarande före en ansökan lämnas i ett annat land. Eftersom det finns en risk att domstolar då gör vidlyftiga tolkningar för att anse sig behöriga uppkommer frågan om vad som händer om en domstol anser sig behörig på felaktiga grunder och öppnar ett insolvensförfarande trots att ett annat land är behörigt. Vilka möjligheter finns för att angripa en sådan dom? Dessa frågor kommer att behandlas i avsnitt 5.

3.3 Identifierade problemområden ur ett svenskt perspektiv

De frågor som är specifika för tillämpningen av insolvensförordningen i Sverige kommer att behandlas särskilt i avsnitt 6. Nedan följer en introduktion till den diskussion som där kommer att föras.

3.3.1 Den svenska företagsinteckningen

Som nämnts under genomgången av insolvensförordningens lagvalsregler är huvudregeln att lagen i den stat där insolvensförfarandet har inletts ska tillämpas på förfarandet, art 4 IF. Ett av undantagen från denna huvudregel gäller sakrättsliga skydd för det fall egendomen finns i ett annat medlemsland än det där förfarandet inletts. Det finns ingen definition av begreppet sakrättsligt skydd i förordningen. Det sägs dock i art. 5.3 IF att en rättighet som upptagits i ett offentligt register, har verkan mot tredje man och som därigenom fått ett sakrättsligt skydd alltid ska anses ha sakrättsligt skydd

enligt art. 5.1 IF. En uppräknig av rättigheter som normalt betraktas som sakrättsliga skydd finns i art. 5.2 IF.

Det är således upp till nationell rätt att avgöra vad som ska innefattas i begreppet sakrättsligt skydd, men det har poängterats i doktrinen att förordningen inte får göras meningslös genom att låta alltför mycket omfattas av begreppet.²⁵ Frågan har därvid uppkommit huruvida den svenska företagsinteckningen ska anses falla inom begreppet sakrättsligt skydd enligt art. 5 IF. Skulle den svenska företagsinteckningen inte omfattas av insolvensförordningen kan resultatet bli att en borgenärs säkerhetsrätt blir värdelös, något som blir än mer problematiskt med tanke på att företagsinteckningen är vanligt förekommande i Sverige.

3.3.2 Filialer på svenskt territorium

Ur ett svenskt perspektiv har frågan ställts huruvida driftställe överensstämmer med begreppet filial. Skulle begreppen inte överensstämma med varandra kan detta betyda att tidigare svensk praxis vad gäller filialer inte längre är aktuell i de fall där insolvensförordningen är tillämplig. Som vi ska se nedan har det argumenterats både för och emot detta påstående.

3.4 Övriga problemområden

Nedan följer en redogörelse för övriga problemområden som inte närmare kommer att beröras inom ramen för denna uppsats. De är dock värda att nämna för att få en övergripande bild av förordningens svagheter och de frågor man valt att inte reglera i samarbetet. På så sätt får också den följande diskussionen en bredare grund att vila på.

- **Språkversioner**
Förordningens olika språkversioner innehåller skillnader som vid tolkning kan ge olika resultat beroende på i vilket land ett förfarande pågår.²⁶
- **Harmonisering av nationell lagstiftning**
Insolvensförordningen strävar inte mot en egentlig harmonisering av medlemsstaternas insolvensrättsliga lagstiftning. Tvärtom uttrycks i förordningens ingress att medlemsstaternas materiella rätt skiljer sig så pass mycket från varandra att en harmonisering och skapande av en gemensam insolvensrätt är en omöjlighet. Många av de tillämpningsproblem som kan konstateras beror, som vi kommer att se också i denna uppsats, på att medlemsländernas nationella lagar skiljer sig åt.

²⁵ Mellqvist, M., Persson, A., Internationell insolvensrättslig jurisdiktion och forum shopping m.m., Insolvensrättsligt Forum 2007, s 19 ff (stenc.).

²⁶ Se vidare Wessels, International Caselaw Alert, 2006, p.71.

- Förhållandet till icke EU-medlemmar
 - Insolvensförordningen tar inte upp förhållandet till utomstående. Frågan har dock kommit upp i rättspraxis huruvida förordningen kan ha en bindande verkan för bolag hemmahörande utanför EU. I *Re Brac*²⁷ togs denna fråga upp i engelsk domstol, målet rörde ett amerikanskt företag som hade större delen av sina anställda och sin verksamhet i Storbritannien. Brittisk domstol ansåg sig behöriga att inleda ett förfarande enligt insolvensförordningen då det amerikanska företaget ansågs ha sina huvudsakliga intressen i England. Att företaget inte hade sitt säte inom gemenskapen spelade således inte någon roll enligt domstolen. Frågan har dock inte prövats av EG-domstolen och huruvida den brittiska domstolen gjort en korrekt bedömning är således inte klart.
 - Potentiella jurisdiktionskonflikter mellan insolvensförordningen och UNICITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency 1997 har blivit uppmärksammade i diskussionen kring insolvensförordningen.²⁸ Sverige har än så länge inte undertecknat denna men vid ett eventuellt inträde kan frågor om konflikter mellan de olika instrumenten bli aktuella även här.

- Gränsöverskridande samarbete mellan nationella domstolar

Det har framförts att ett europeiskt webbaserat register där beslut om att inleda insolvensförfarande enkelt och snabbt kan göras tillgängliga skulle underlätta domstolarnas arbete på många sätt.²⁹ Detta skulle t.ex. göra det möjligt att undvika att två domstolar i olika länder inleder insolvensförfarande mot samma gäldenär.

- Gränsöverskridande samarbete mellan förvaltare

Förvaltarna i huvud- och sekundärförfaranden har en skyldighet enligt art. 31 IF att samarbeta och lämna upplysningar till varandra. Det åligger dessutom en förvaltare i ett sekundärförfarande att ge förvaltaren i huvudförfarandet möjlighet att yttra sig om användandet eller avyttrandet av tillgångar som ingår i sekundärförfarandet. Det har dock uppkommit önskemål om att utformandet av regeln om förvaltarens skyldigheter borde vara mer detaljerad för att skapa en medvetenhet bland förvaltare om deras roll i strävandet mot mer effektiva gränsöverskridande insolvensförfaranden.³⁰

- Tillämplig lag
 - Art. 4-15 IF som berör lagvalsfrågor har kritiserats då de ger upphov till flertalet tolkningsfrågor på grund av förekomsten av vaga termer.³¹

²⁷ *Re Brac Rent a Car International Inc*, [2003] EWHC 128 (Ch).

²⁸ Omar, P., *The Extra-Territorial Reach of the European Insolvency Regulation*, Seminariehandling vid INSOL Europe Conference, 28-30 september 2006 (stenc.).

²⁹ Se vidare Wessels., *International Caselaw Alert*, 2006, p. 71.

³⁰ Se vidare Wessels, *International Caselaw Alert*, 2006, p. 72.

³¹ Se vidare Wessels, *International Caselaw Alert*, 2006, p.70.

- Lagvalsreglerna i insolvensförordningen ger uttryck för politiska avväganden och ställningstaganden som kan ändras över tiden, exempelvis då nya medlemsstater träder in i gemenskapen.³² Exempel på sådana överväganden är art. 5 IF som innebär ett skydd för borgenärer och art. 8 IF som frångår huvudregeln i art. 4 IF när det gäller avtal avseende fast egendom. Konsumentskydd kan ges som exempel på ett motstridande intresse som hade kunnat ges högre prioritet i stället för de intressen man valt att skydda i de nämnda artiklarna.
- En ”dubbel reglering” i insolvensförordningen har även uppmärksamats när det kommer till lagvalsfrågor. Huvudregeln i art. 4.2(m) IF säger att inledningsstatens lag under alla förhållanden ska avgöra vilka återvinningsbestämmelser som ska tillämpas. I art. 13 IF finns dock ett undantag som säger att art. 4.2(m) IF inte ska tillämpas om ”den som haft vinning av en återvinningsgrundande handling” kan visa både att handlingen omfattas av lagen i en annan medlemsstat än inledningsstaten och att denna lag inte tillåter att handlingen angrips. Frågan uppkommer således huruvida en nationell domstol har skyldighet att tillämpa utländsk rätt i återvinningsfrågor.³³

³² *ibid.*

³³ Se vidare Internationell insolvensrättslig jurisdiktion och forum shopping m.m., Insolvensrättsligt Forum 2007, s. 27 ff (stenc.)

4 Särskilt om avgörandet av behörig domstol

4.1 Huvudförfaranden

4.1.1 Huvudsakliga intressen

Begreppet huvudsakliga intressen får sägas vara det mest centrala begreppet i insolvensförordningen då detta ligger till grund för bedömningen av vilket lands domstol som är behörig att inleda ett insolvensförfarande. Trots att det utgör regleringens kärna så är begreppet inte definierat i förordningen. Att begreppet är vagt och att det funnits en underlåthet att precisera det i förordningen beror med all säkerhet på en svårighet att enas om vilka omständigheter som ska läggas till grund för bedömningen.³⁴ För att alls få till stånd en gemensam reglering har det därför i stället lämnats över till praxis att närmare bestämma begreppets innebörd.

Flertalet författare har gjort listor på omständigheter som kan tas i beaktande vid avgörandet av vilken domstol som är behörig, med avsikten att ge en översikt över vad som är av vikt vid bedömningen och hur omständigheterna ska värderas sinsemellan.³⁵ Ett exempel på en sådan lista har gjorts av Michael Martinez Ferber. Mellqvist har gjort en fri översättning av Ferbers sammanställning av särskilt viktiga omständigheter vilken lyder som följer³⁶;

- ”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 vilken gäldenärens flesta kommersiella intressen är koncentrerade,
- den plats där huvuddelen av gäldenärens tillgångar oftast befinner sig,
- den plats där gäldenärens verksamhet har finansierats,
- den plats där den verkställande ledningen, administrationen, revision och andra funktioner finns,
- den plats där gäldenärens företrädare (anställda) vardagligen utför sina arbetsuppgifter (normalt där de har sina kontor),

³⁴ Berends, A., Judicial decisions involving questions of private international law: The Eurofood Case, One Company, two main insolvency proceedings: Which one is the real one?, *Netherlands International Law Review*, 2006, s. 359 (fortsättningsvis: Berends).

³⁵ Mellqvist, 2005, (artikel s. 459).

³⁶ Mellqvist, 2005, (artikel s. 459-460).

- 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 konto, och
- den plats där någon som rent faktiskt representerar gäldenären bedriver sin verksamhet, även om han eller hon saknar formell behörighet att företräda gäldenären.”

Mellqvist är dock något kritisk till Ferbers sammanställning. De rättsfall som Ferber grundar sin sammanställning på är inte prejudicerande och slutsatserna bör således inte ges alltför stor vikt. Mellqvist fortsätter dock med att påpeka att de uppräknade omständigheterna visserligen alla faller innanför begreppet huvudsakliga intressen, men då det inte framgår hur dessa förhåller sig till varandra går det inte att dra några slutsatser som för oss vidare mot målet att definiera begreppet som helhet.³⁷

4.1.1.1 Synbarhetsrekvisitet

Som sagts ovan finns ingenting skrivet om begreppet huvudsakliga intressen i förordningstexten, däremot har en viss vägledning intagits i ingressen. I punkt 13 sägs att platsen där de huvudsakliga intressena finns bör motsvara den plats där gäldenären förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man. Detta rekvisit kallas ofta för synbarhetsrekvisitet och formuleringen av detta är tagen direkt från den förklarande rapporten.³⁸ Där poängteras samtidigt vikten av att jurisdiktionen bestäms utifrån ett ställe som gäldenärens borgenärer känner till.³⁹ I ingressen till insolvensförordningen nämns inte uttrycket ”känna till” men det går i alla fall att dra slutsatsen att FR75 och ingressens punkt 13 tyder på att en potentiell borgenär måste kunna spåra detta ställe. Att borgenärerna måste kunna spåra platsen innebär dock inte nödvändigtvis att platsen för de huvudsakliga intressena måste förläggas till det ställe som de enklast fastställbara omständigheterna pekar ut.⁴⁰ Det är dock viktigt att konstatera att för tredje man synliga element väger tyngre än andra element.⁴¹

I det brittiska rättsfallet Daisytek-ISA Ltd diskuterades synbarhetsrekvisitet närmare.⁴² I målet berördes fjorton europeiska bolag som tillsammans bild-

³⁷ Mellqvist, 2005, (artikel s. 460).

³⁸ FR75.

³⁹ FR75.

⁴⁰ Berends, s. 340.

⁴¹ Berends, s. 341.

⁴² 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.

ade den europeiska delen av Daisytek-gruppen. I toppen av den europeiska gruppen fanns, International, ett bolag registrerat i England. Tre dotterbolag fanns i Tyskland och den brittiska domstolen fann i målet att dessa tre bolag hade sina huvudsakliga intressen i England. Detta mot bakgrund av att i princip alla administrativa beslut fattades i England och att majoriteten av borgenärerna fanns i England. Värt att notera är att den brittiska domstolen, i sin diskussion kring borgenärernas möjlighet att fastställa platsen för gäldenärens intressen, fokuserar på vad domstolen anser vara den viktigaste gruppen av borgenärer; finansiärer och leverantörer. Domstolen konstaterade att majoriteten av potentiella borgenärer kände till att det var i England som många av de viktiga besluten fattades medan de tyska bolagens funktioner i Tyskland var begränsade. Således ansåg den brittiska domstolen att de tyska bolagen hade sina huvudsakliga intressen i England. Den brittiska domstolen gick på samma linje i Ci4Net.Com Inc-målet⁴³ och pekade ut finansiärer och handelspartners som den viktigaste gruppen bland borgenärerna.

Enligt Wessels har den engelska domstolen i de båda fallen felaktigt använt sig av en subjektiv metod då den sökt efter en relevant borgenärsgrupp.⁴⁴ Författaren anser att den förklarande rapporten indikerar att ett objektiva test ska användas för att hitta den plats där gäldenären objektiva sett kan fastställas av samtliga borgenärer. Mellqvist verkar göra en liknande bedömning vad gäller relevant borgenärsgrupp då han i en artikel framför att den engelska domstolen i Daisytek-målen har övervärderat omständigheter som har att göra med verksamhetens finansiering och undervärderat kundrelationernas betydelse.⁴⁵ Mellqvist säger visserligen inte uttryckligen i sin artikel att samtliga borgenärer ska beaktas men kritiserar att kunder lämnats utanför bedömningen vilket indikerar att inte enbart en grupp ska tas i beaktande. EG-domstolens rättspraxis, främst Eurofood-målet som tas upp närmare nedan, har inte lämnat något svar på frågan huruvida alla borgenärer ska behandlas lika eller om en uppdelning ska göras mellan större eller mindre borgenärer.⁴⁶

Berends har uppmärksammat att formuleringen av art.3 IF och ingressens punkt 13 när det gäller huvudsakliga intressen skiljer sig något från varandra.⁴⁷ I art. 3 IF sägs att fokus ska ligga på den plats där de huvudsakliga intressena *finns* medan det i ingressen sägs att platsen där gäldenären *förvaltar* sina intressen är avgörande. Denna skillnad kan tyckas vara försumbar men en gäldenärs intressen behöver inte nödvändigtvis finnas där de förvaltas.⁴⁸ Trots att påståendet angående diskrepansen mellan platsen för en gäldenärs intressen och platsen för förvaltningen av dessa är korrekt

⁴³ Ci4Net.Com Inc., High Court of Justice, Leeds District Registry, Chancery Division 20 May 2004, nr. 556-557, [2004] IESC45.

⁴⁴ Wessels, B., The Place of the Registered Office of a Company: a Cornerstone in the Application of the EC Insolvency Regulation, European Company Law, 2006, Volume 3, Issue 4, s. 184 (fortsättningsvis: Wessels, European Company Law, 2006).

⁴⁵ Mellqvist, 2005, (artikel s. 464).

⁴⁶ Wessels, European Company Law, 2006, s. 189.

⁴⁷ Berends, s. 341.

⁴⁸ *ibid.*

kan jag tycka att slutsatsen att art. 3 och ingressen inte överensstämmer med varandra är något förhastad. I stället för att göra en strikt bokstavlig tolkning kan punkt 13 i stället ses som en precisering av vad som är viktigt för avgörandet av de huvudsakliga intressena och fästa blicken vid var gäldenärens intressen förvaltas. Dessa ställen torde i praktiken dessutom ofta sammanfalla.

Berends fortsätter dock med att ställa en praktiskt sett mer väsentlig fråga nämligen; var förvaltas egentligen gäldenärens intressen? Två alternativ kan ställas upp. Det ena är att gäldenärens intressen ska anses förvaltas där besluten fattas. Det andra alternativet utgörs av det ställe där besluten verkställs. Berends konstaterar att platsen där gäldenärens beslut verkställs är mest synlig för borgenärerna då de inte har insyn i beslutsfattandet men väl i de effekter som de fattade besluten leder till.⁴⁹ Platsen där gäldenärens intressen förvaltas ska således enligt författaren tolkas såsom platsen där beslut verkställs och får effekt.

Diskussionen kring vilken vikt platsen för företagsledningen ska tillmätas vid avgörandet av var de huvudsakliga intressen ska anses finnas är särskilt relevant när det rör sig om koncerner med bolag i olika länder, något som kommer att diskuteras mer ingående i avsnitt 5.1.3.

4.1.1.2 EG-domstolens rättspraxis

EG-domstolen fick tillfälle att i Eurofood-målet⁵⁰ lämna mer konkreta kriterier när det kommer till begreppet huvudsakliga intressen. Domstolen tog dock inte detta tillfälle i akt vilket har blivit kritiserat.⁵¹ Målet härrör från en konflikt mellan italiensk och irländsk domstol vilka båda ansåg sig behöriga att inleda förfarande gentemot det irländska bolaget Eurofood.

Eurofood var ett bolag som var bildat på Irland med säte i Dublin. Bolaget var ett helägt dotterbolag till det italienska bolaget Parmalat. Eurofoods verksamhet bestod av att tillhandahålla finansieringstjänster för bolagen i Parmalat-koncernen. I december 2003 inleddes ett extraordinärt förfarande mot Parmalat i Italien. En månad senare, i slutet av januari 2004, begärdes vid irländsk domstol att Eurofood skulle bli föremål för ett obligatoriskt likvidationsförfarande på Irland. Beslut fattades genast och en interimistisk förvaltare med behörighet att omhänderta boet utseddes samma dag. I början av februari 2004 beslutade Italiens näringsminister att Eurofood skulle omfattas av förfarandet som pågick i Italien. Den italienska domstolen förklarade sig kort därefter internationellt behörig att förklara Eurofood insolvent med hänvisning till att bolagets huvudsakliga intressen fanns i Italien. Bara tre dagar efter den italienska domstolens beslut slog irländsk domstol fast att ett insolvensförfarande hade inletts mot Eurofood enligt irländsk lag vid samma tidpunkt som begäran om detta hade framställts vid

⁴⁹ *ibid.*

⁵⁰ Domstolens dom av den 2 maj 2006, Eurofood ISFC Ltd, mål C-341/04 (fortsättningsvis Eurofood-målet).

⁵¹ Wessels, *European Company Law*, 2006, s. 189.

domstolen, d.v.s. i januari 2004. Den irländska domstolen ansåg att Eurofood hade sina huvudsakliga intressen i Irland och att domstolen med hänvisning till ordre public-undantaget i art. 26 IF var berättigade till att vägra erkänna den italienska domstolens beslut. Den italienska förvaltaren överklagade denna dom och irländsk domstol begärde då att EG-domstolen skulle ta ställning till vilken domstol som var behörig att inleda förfarandet.⁵²

Vad gäller de omständigheter som ligger till grund för avgörandet av huvudsakliga intressena konstaterade domstolen enbart att det faktum att ett dotterbolag kontrollerades av moderbolaget inte utgör en omständighet som i sig innebär att dotterbolaget har sina huvudsakliga intressen i landet där moderbolaget finns.⁵³ Detta stämmer överens med de resonemang kring synbarhetsrekvisitet som förts ovan.⁵⁴

4.1.1.3 Tidpunkten för avgörandet av domstolens behörighet

I sammanhanget är det även av vikt att ställa sig frågan huruvida alla fakta är relevanta vid avgörandet av behörig domstol eller enbart de fakta som existerar den dag då domstolen ska avgöra behörigheten. Vilken dag ska man utgå ifrån när en gäldenärs huvudsakliga intressen ska avgöras? Alternativen är enligt Wessels⁵⁵; 1) den dag då ansökan om att inleda ett insolvensförfarande inkommer till domstolen, 2) dagen för en domstols eventuella interimistiska beslut, t.ex. angående interimistisk förvaltare eller 3) dagen då domstolen beslutar att ett insolvensförfarande är inlett. EG-domstolen har i ett rättsfall från 2006 uttalat att en domstol som har behörighet att inleda ett insolvensförfarande när ansökan om detta görs, fortsätter att ha denna behörighet även om gäldenären efter ansökan, men innan förfarandet inletts, förflyttar platsen för sina huvudsakliga intressen.⁵⁶ Såsom Wessels påpekar tyder detta avgörande från EG-domstolen på att det är den dag som anges i alternativ 1 som avgör vilka omständigheter som ska tas med i bedömningen av gäldenärens huvudsakliga intressen. Denna lösning är ideal på det sättet att den motverkar illojal forum shopping.⁵⁷

⁵² Irländska domstolen ställde fem tolkningsfrågor, se Eurofood-målet p. 24. Två av frågorna tog sikte på huruvida ett beslut om att utse en interimistisk förvaltare innebär att ett insolvensförfarande har inletts och om så inte är fallet; innebär en begäran om tvångslikvidation att ett förfarande har inletts? Övriga tre frågor berörde behörigheten att inleda ett insolvensförfarande, huvudsakliga intressen i koncernförhållanden och ordre public-undantaget.

⁵³ Eurofood-målet, p. 37.

⁵⁴ Uttalandet kring ett moderbolags kontroll över ett dotterbolag och betydelsen av Eurofood-målet som helhet kommer att redogöras för ytterligare i diskussionen kring sättespresumtionen och företagsgrupper, avsnitt 5.1.2 och 5.1.3.

⁵⁵ Wessels, *European Company Law*, 2006, s. 186.

⁵⁶ Domstolens dom 17 januari 2006, Susanne Staubitz-Schreiber, C-1/04.

⁵⁷ Wessels, *European Company Law*, 2006, s. 186.

Mellqvist verkar dock anse att ovanstående alternativ 3 är den tidpunkt som är avgörande.⁵⁸ Han fortsätter detta konstaterande med att ställa upp ett krav på kontinuitet vilket enligt författaren innebär att gäldenären inte enbart tillfälligt ska befinna sig inom den aktuella jurisdiktionen.

4.1.1.4 Begreppet huvudsakliga intressen i ett större perspektiv

Under de fem åren som insolvensförordningen varit i kraft har begreppet huvudsakliga intressen berörts en hel del i doktrin och rättspraxis. Såsom framgår av ovanstående framställning går det dock inte att utifrån dessa kommentarer och rättsfall att dra några specifika slutsatser om hur begreppet ska tillämpas i praktiken. På ett generellt plan går det dock att se vissa hållpunkter.

Mellqvist anser att ett försök att ringa in huvudsakliga intressen måste inrikta sig på att avspegla ”den rättsliga miljö inom vilken [förordningen] har skapats, d.v.s. EG-rätten”⁵⁹. Här hänvisar Mellqvist även till Wessels som även han påpekat att EG-rättens principer om likabehandling, rättssäkerhet och ömsesidigt förtroende mellan olika länders domstolar alltid måste tas i beaktande vid tolkning av förordningen.⁶⁰ Mer specifikt är insolvensförordningens syfte att motverka forum shopping och detta ska givetvis också alltid beaktas. Vidare ska synbarhetsrekvisitet få genomslag vid avgörandet av behörig domstol. När det talas om huvudsakliga intressen är det alltid gäldenärens ekonomiska intressen som ska behandlas. Förutom de generella hållpunkter som nyss nämnts är det gäldenärens faktiska verksamhet, varvid särskilt nämns verksamhetens ändamål och vilken bransch och marknad som är aktuell, som ska undersökas. De omständigheter som framkommer vid en sådan undersökning ska sedan bedömas utifrån ett kund- och leverantörsperspektiv.⁶¹

4.1.1.5 Reflektioner

Synbarhetsrekvisitet utgör ett väsentligt kriterium i den bedömning som måste göras för att finna platsen för en gäldenärs huvudsakliga intressen. Som nämnts ovan har Berends konstaterat att gäldenärens intressen förvaltas där de fattade besluten verkställs och får effekt. Det är helt klart att detta resonemang följer kravet på synbarhet men det ger samtidigt upphov till andra svårigheter. Det problem jag ser med resonemanget är att beslut tagna i stora bolag med verksamheter i flertalet länder onekligen verkställs och får effekt i flera eller alla dessa länder, vi får således inget svar på var de huvudsakliga intressena finns på ett praktiskt plan. Berends tar inte upp denna problematik eller hur den skulle kunna lösas i sin fortsatta framställning vilket jag finner otillfredsställande.

⁵⁸ Mellqvist, 2005, (artikel s. 475).

⁵⁹ Mellqvist, 2005, (artikel ss 475).

⁶⁰ Wessels, European Company Law, 2006, s. 186.

⁶¹ Mellqvist, 2005, (artikel s. 476).

Om vi går tillbaka till Ferbers ovan redovisade lista så kan det konstateras att det inte är alla av omständigheterna som verkar överensstämma med synbarhetsrekvisitet. Det är t.ex. inte alltid möjligt för en borgenär att fastställa var huvuddelen av gäldenärens tillgångar befinner sig eller varifrån verksamheten har finansierats. Flera av kriterierna pekar dessutom mot den plats där företagsledningen verkar; den plats där den verkställande ledningen, administration, revision m.m. finns nämns uttryckligen och den plats där banktransaktioner genomförs pekas också ut. Detta talar emot Berends ståndpunkt angående var en gäldenärs intressen ska anses förvaltas; d.v.s. där besluten verkställs och inte där de fattas. De av Ferber uppräknade omständigheter som går i linje med Berends ståndpunkt är bl a platsen där avtal görs upp och platsen där personalen rent faktiskt utför sina arbetsuppgifter.

Under punkt 4.1.1.3 redovisades olika alternativ för vilken dag, och således vilka omständigheter, domstolen ska utgå ifrån när dess behörighet ska avgöras. Vid en första anblick kan det verka som om Mellqvist ståndpunkt, framförd innan EG-domstolens dom kom i början av 2006, inte är förenlig med EG-domstolens. Vid en närmare genomgång av domstolens uttalande ser det dock ut som om domstolen främst ställer upp ett krav på kontinuitet istället för att enahanda peka ut alternativ 1 såsom lösning på frågan om vilken dag som ska ligga till grund för avgörandet. Mellqvist krav på kontinuitet skulle troligen lett till samma resultat. Detta då kravet på kontinuitet inte bör anses uppfyllt i de fall en gäldenär flyttat sina huvudsakliga intressen mellan den dag då ansökan om ett insolvensförfarande görs och den dag beslutet fattats, illojal forum shopping motverkas således även här.

Insolvensförfarandets speciella karaktär, där hänsyn måste tas till bristen på resurser och att det alltid föreligger tidspress, passar inte väl ihop med den bedömning som redovisats i detta avsnitt. Dels då det som framkommit finns flertalet frågetecken kring hur begreppet huvudsakliga intressen ska tolkas och dels för att det helt enkelt tar tid och ekonomiska resurser i anspråk att genomföra en sådan undersökning som krävs för att hitta vilka omständigheter som är relevanta. Med anledning av detta finns sätespresumtionen intagen i förordningen när det kommer till juridiska personer. Nedan diskuteras hur denna fungerar och vad som bör krävas för att bryta presumtionen.

4.1.2 Sätespresumtionen

Som nämnts ovan har sätespresumtionen kommit till för att underlätta bedömningen av var en gäldenärs huvudsakliga intressen finns. Att presumtionen bygger på just en gäldenärs registrerade säte beror på att det ansetts att denna plats ofta överensstämmer med gäldenärens huvudkontor, något som också poängteras i den förklarande rapporten.⁶² Det finns dock de som

⁶² FR75.

anser att användandet av platsen för gäldenärens registrerade säte i presumptionen går emot huvudprincipen i art. 3 och i punkt 13 i förordningens ingress där vikten läggs på gäldenärens faktiska förvaltning av verksamheten.⁶³ Att just sätet används i presumptionen behöver dock inte innebära att det finns en motsättning i förordningens utformning, i stället kan vi se till presumptionens syfte att underlätta domstolarnas bedömning och dess funktion som bevisbörderegul.⁶⁴

Presumptionen kan tolkas på två olika sätt.⁶⁵ Ena alternativet innebär att sätespresumptionen är en stark presumption som man endast ska avvika ifrån då väldigt speciella omständigheter talar för att presumptionen ska brytas. Det andra alternativet innebär att presumptionen ska betecknas som svag, d.v.s. att presumptionen är en omständighet med samma vikt som alla andra omständigheter som föreligger i det aktuella fallet. Vilket alternativ man väljer får givetvis stor inverkan på domstolarnas praktiska arbete.

4.1.2.1 En svag eller stark sätespresumption?

Innan vi går närmare in på den rättspraxis som finns på området kan det vara lämpligt med en genomgång av de fördelar och nackdelar ett system med en stark respektive svag sätespresumption innebär. Som redan indikerats ovan kan en stark sätespresumption förespråkas eftersom en tidskrävande prövning kan ha en negativ inverkan på ett insolvensförfarandes fortsatta handläggning.⁶⁶ Ser man till borgenärernas ställning finns det ytterligare fördelar för denna grupp att tillämpa en stark presumption. En kreditgivare kan enklare göra riskbedömningar om denne med säkerhet vet var ett eventuellt insolvensförfarande kommer att handläggas och vilken lag som kommer att vara tillämplig på förfarandet, vilket bidrar till förutsebarhet och rätts-säkerhet på marknaden.⁶⁷ En stark sätespresumption kan således spela en viktig roll genom att verka kostnads- och tidsbesparande, vilket stämmer överens med insolvensförordningens effektivitetsmål.⁶⁸

Möjligheten att lämna ett interimistiskt beslut i väntan på att domstolens behörighet att inleda förfarandet utretts har framförts som ett motargument till att använda sätespresumptionen på den grunden att det är tidsbesparande. Detta motargument kan dock förkastas eftersom problemet med jurisdiktionsfrågan alljämt kvarstår; vi vet fortfarande inte vilken domstol som är behörig att fatta det interimistiska beslutet.⁶⁹ Ett tyngre vägande argument för en svag sätespresumption är att den förutsebarhet som en stark sätespresumption kan tyckas ha inte har så stor verkan i praktiken eftersom det är möjligt att ändra registreringen av sätet.⁷⁰ Förespråkare för en svagare sätespresumption brukar påpeka att presumptionens fördelar när det gäller tid

⁶³ Wessels, *European Company Law*, 2006, s. 185.

⁶⁴ Bevisbördan hamnar alltid på den som vill bryta presumptionen.

⁶⁵ Wessels, *European Company Law*, 2006, s. 185.

⁶⁶ Berends, s. 336.

⁶⁷ Mellqvist, M., *Insolvensrättsligt Forum* 2005, s. 99-100.

⁶⁸ Mellqvist, 2005, (artikel s. 468).

⁶⁹ Berends, s. 336.

⁷⁰ Berends, s. 337.

och förutsebarhet utgör formella kriterier som inte bör väga tyngre än möjligheten att genom en bedömning i varje enskilt fall hitta den plats som gäldenären faktiskt har närmast anknytning till. En plats som inte alltid behöver korrespondera med bolagets säte.⁷¹

Sammanfattningsvis kan det sägas att förespråkarna för en svag sätespresumtion får tåla att en tids- och kostnadskrävande utredning blir nödvändig, medan förespråkarna för en starkare presumtion får tåla att resultatet inte alltid blir att insolvensförfarandet handläggs i den medlemsstat som gäldenären har den närmaste anknytningen till.

4.1.2.2 Nationell rättspraxis

Inom doktrinen har det framförts att ett av de största problemen i sammanhanget utgörs av det faktum att sätespresumtionen behandlas olika i olika medlemsstater. Mellqvist påpekar i en av sina artiklar att ”presumtionens betydelse riskerar att bli beroende av att det nationellt ställs olika krav på utredningen av frågan var de huvudsakliga intressena är belägna”⁷². Detta kan i slutändan leda till ett resultat som strider mot likabehandlingsprincipen.

Det är inte svårt att hitta en diskrepans mellan olika medlemsländers syn på och tillämpning av sätespresumtionen. I den europeiska litteraturen kring insolvensförordningens tillämpning behandlas ofta brittiska rättsfall.⁷³ Ett av de mest uppmärksammade rättsfallen är Daisytek-ISA där den brittiska domstolen ansåg sig behörig att inleda insolvensförfaranden även vad gällde bolag som hade säte i Tyskland och Frankrike. Som nämnts under föregående avsnitt kan det ifrågasättas om domstolen gjorde en korrekt värdering av de föreliggande omständigheterna när de kom fram till att bolagens huvudsakliga intressen fanns i England. När vi nu tittar på sätespresumtionen kan det konstateras att domstolen inte gav presumtionen särskilt stort genomslag. Även i Ci4Net.Com Inc antog domstolen denna inställning och uttalade även uttryckligen att platsen för gäldenärens registrerade säte enbart ska ses som en av flera omständigheter i bevisningen.

I svensk rättspraxis har sätespresumtionen berörts i ett fåtal avgöranden från hovrätten. Mest omskrivet har Batteriservice-målet⁷⁴ blivit. Batteriservice & Transport LTD (Batteriservice) hade på ansökan av staten blivit försatt i konkurs vid Umeå tingsrätt varpå Batteriservice överklagade beslutet till hovrätten. Bolaget hade sitt säte i England och påstod sig ha avvecklat sin verksamhet i Sverige innan konkursansökan ingivits varför bolaget inte

⁷¹ ibid.

⁷² Mellqvist, 2005, (artikel s. 468).

⁷³ Att brittiska rättsfall är överrepresenterade i den europeiska litteraturen kring insolvensförordningen beror troligen till viss del på att engelska rättsfall kan läsas av fler, men efter en sökning i EIR-database står det även klart att brittisk domstol tagit upp många mål med anknytning till insolvensförordningen, t ex i jämförelse med Tyskland och Frankrike.

⁷⁴ Ö 929-05

skulle anses ha varken sina huvudsakliga intressen eller driftställe i Sverige. Skatteverket hävdade att Batteriservice hade sina huvudsakliga intressen i Sverige mot bakgrund av att bolaget var momspliktigt och att företaget efter att konkursansökan lämnats in fortfarande hade ett löpande hyreskontrakt på en lokal i Umeå. Batteriservice hade heller inte påstått sig bedriva någon verksamhet i England. Hovrätten anförde i domskälen att när osäkerhet råder om var en gäldenärs huvudsakliga intressen finns bör stor försiktighet råda när det gäller att frångå sätespresumtionen. Domstolen hänvisade till synbarhetsrekvisitet och konstaterade att även om det visas att viss verksamhet hade bedrivits i Sverige och det även kunde antas att viss förvaltning hade bedrivits härifrån så hade det inte framkommit sådana faktiska förhållanden att det för tredje man skulle framstå som klart att bolagets huvudsakliga intressen funnits i Sverige.

Dessa rättsfall har inte något högt prejudikatvärde men det kan sammanfattningsvis konstateras att det onekligen finns en risk för att presumtionen behandlas väldigt olika på nationell nivå. Frågan är om denna risk nu minskat i och med att EG-domstolen tagit upp frågan kring avgörandet av behörig domstol.

4.1.2.3 EG-domstolens rättspraxis

EG-domstolen berör sätespresumtionen i Eurofood-målet. Domstolen konstaterar i sin dom att det bara går att avvika från presumtionen om det framgår av omständigheter som är objektiva och fastställbara för tredje man att gäldenärens huvudsakliga intressen finns på annan plats än sätet.⁷⁵ Domstolen motiverar kravet på objektiva och för tredje man fastställbara omständigheter med att dessa kriterier behövs för att garantera rätts-säkerheten och förutsebarheten då det rör sig om jurisdiktionsfrågor och indirekt även lagvalsfrågor.

Två situationer kan särskiljas i EG-domstolens tolkning av sätespresumtionen; dels den då ingen verksamhet bedrivs i landet där företaget har sitt säte och den då företaget bedriver verksamhet i det land där sätet befinner sig. När ett företag inte bedriver någon verksamhet i det land där det har sitt säte kan det antas, mot bakgrund av EG-domstolens uttalande i Eurofood-målet, att det ska till relativt lite för att bryta presumtionen.⁷⁶ När det gäller den andra situationen; där verksamhet bedrivs i landet där sätet finns, utgår EG-domstolen i sin dom från de specifika omständigheter som var bakgrunden till den irländska domstolens tolkningsfråga. Domstolen konstaterar därmed att ”den omständigheten att gäldenärens ekonomiska val kontrolleras eller kan kontrolleras av ett moderbolag i en annan medlemsstat inte i sig är tillräcklig för att presumtionen i förordningen skall kullkastas”⁷⁷. Det kan tyckas svårt att enbart utifrån denna mening sluta sig till om presumtionen ska anses stark eller svag. Berends har tolkat EG-domstolens uttalande i Eurofood-målet vad gäller sätespresumtionen och

⁷⁵ Eurofood-målet, p. 34-37.

⁷⁶ Eurofood-målet, p 35. Se även Wessels European Company Law, 2006, s. 189.

⁷⁷ Eurofood-målet, p. 37.

sammanfattat analysen i tre ”slutsatser”.⁷⁸ Första slutsatsen säger att enbart objektiva och fastställbara omständigheter kan bryta presumtionen. Andra slutsatsen säger att om ett dotterbolag inte bedriver någon verksamhet i den stat där sätet är registrerat kan ett moderbolags kontroll bryta presumtionen. Motsatt förhållande konstateras i den tredje slutsatsen d.v.s. moderbolags kontroll över dotterbolag kan inte bryta presumtionen om dotterbolaget bedriver verksamhet i det land där dess säte finns.

Mot bakgrund av den diskussion om synbarhetsrekvisitet som förts i föregående avsnitt (4.1.1) kan det ifrågasättas om den andra slutsatsen i Eurofood-målet överensstämmer med den första. Är ett moderbolags kontroll en objektiv och utåt fastställbar omständighet? EG-domstolen ger inte den omständighet att ett moderbolag kontrollerar dotterbolaget särskilt stor vikt men frågan är om någon vikt överhuvudtaget bör ges till detta faktum eftersom detta är en omständighet som kan vara väldigt svår att fastställa för utomstående.⁷⁹ Detta är något som Berends har tagit fasta på och denne har också uttryckt att fastställbarhet bör värderas högre än objektivitet vilket illustreras med följande exempel.⁸⁰ Om ett företag ges sken av att en omständighet som kan bryta presumtionen, t.ex. förekomsten av tillgångar, finns i ett specifikt medlemsland medan tillgångarna i själva verket finns i ett annat land, vad avgör om presumtionen ska anses bruten, det verkliga förhållandet eller det som är synligt för utomstående? Enligt Berends bör inte presumtionen kunna brytas genom att endera parten visar på verkliga (objektiva) omständigheter om dessa tidigare är okända för utomstående. Vill någon bryta presumtionen ska denne således visa på vad tredje man kände till eller borde ha känt till snarare än de verkliga omständigheterna.

4.1.2.4 Bevisning i behörighetsfrågan

Förutom tolkningen av sätespresumtionens styrka är det i praktiken även relevant hur presumtionen behandlas rent processuellt. Mycket tyder på att sätespresumtionen direkt får genomslag utan att jurisdiktionsfrågan överhuvudtaget prövas i de fall ingen av parterna framställer några invändningar mot domstolens behörighet.⁸¹ Frågan är huruvida en domstol har en skyldighet att ex officio inhämta bevisning som kan bryta presumtionen. Som en huvudregel gäller att en domstol har att ex officio pröva frågan om huruvida det föreligger behörighet enligt insolvensförordningen.⁸² Med detta är det dock inte sagt att domstolen är ålagd att ex officio inhämta bevisning om var gäldenärens huvudsakliga intressen finns. Mellqvist har här framfört att en sådan skyldighet att inhämta bevisning inte finns.⁸³ Författaren tror dock att svensk domstol i framtiden kommer att anlägga ett mer europeiskt perspektiv på tillämpningen av inhemsk rätt mot bakgrund

⁷⁸ Berends, s. 349.

⁷⁹ Berends, s. 347.

⁸⁰ Berends, s. 346.

⁸¹ Mellqvist, 2005, (artikel s. 468-469).

⁸² Se FR79.

⁸³ Mellqvist, 2005, (artikel s. 467).

av att domstolen oavsett skyldighet har en möjlighet att självmant inhämta bevisning. Intressant är att Mellqvist antyder att skyldigheten att inhämta bevisning ex officio skulle kunna föreligga för det fall att gäldenärens säte inte finns i den aktuella domstolens medlemsstat.⁸⁴

En annan fråga knuten till utredningen i domstolen är vilken styrka det ska krävas på den bevisning som en part lägger fram i syfte att bryta sätespresumtionen. Enligt Mellqvist ska det troligen krävas olika styrka på motbevisningen beroende på om gäldenären har sitt säte och sina huvudsakliga intressen inom EU eller utanför. Fyra situationer kan således identifieras.⁸⁵

1. Gäldenärsbolaget har såväl säte som huvudsakliga intressen utanför EU
2. Gäldenärsbolaget har såväl säte som huvudsakliga intressen inom EU
3. Gäldenärsbolaget har säte inom EU men huvudsakliga intressen utanför EU
4. Gäldenärsbolaget har säte utanför EU men huvudsakliga intressen inom EU

Den första situationen är inte aktuell att diskutera eftersom insolvensförordningen inte är tillämplig. I den andra situationen är det enligt Mellqvist inte så viktigt vilket medlemsland som handhar förfarandet. Presumtionen bör på grund av detta enligt författaren i princip vara omöjlig att bryta med tanke på de fördelar som en stark presumtion för med sig. Snabbhet och förutsebarhet poängteras särskilt som anledningar till varför en väldigt stark presumtion ska tillämpas här. När förfarandet i vilket fall som kommer att handläggas inom EU är det viktigaste i sammanhanget att insolvensförfarandet fungerar snabbt och effektivt och att parterna i förväg vet vilken domstol som är behörig.⁸⁶

I de två sista situationerna bör man enligt Mellqvist anamma ett ”nyanserat synsätt”⁸⁷ vid bedömningen av bevisningen och sätespresumtionen. Med detta menar författaren att det bör skiljas mellan situationer där det huvudsakliga intressena finns inom en bekvämlighetsjurisdiktion eller inom en seriös jurisdiktion. I anledning av den tredje situationen ovan bör presumtionen i princip vara absolut i fall de huvudsakliga intressena, bortsett från sätet, skulle finnas inom en bekvämlighetsjurisdiktion. I en omvänd situation, där de huvudsakliga intressena finns i en seriös jurisdiktion, bör presumtionen normalt inte ges en lika stark ställning. Mellqvist anser dock att det i ett sådant fall krävs lika höga beviskrav som i situation nummer två ovan.⁸⁸

⁸⁴ Mellqvist, 2005, (artikel s. 467). Mellqvist hänvisar här till Ferber som (enligt Mellqvist) sagt att en domstol bör ha skyldighet att ex officio inhämta bevisningen om var gäldenärens huvudsakliga intressen finns om det finns någon omständighet som tyder på att dessa inte finns i samma land som sätet.

⁸⁵ Mellqvist, 2005, (artikel s. 471).

⁸⁶ *ibid.*

⁸⁷ Mellqvist, 2005, (artikel s. 472).

⁸⁸ *ibid.*

I den fjärde och sista situationen anser Mellqvist att presumtionen, om den överhuvudtaget ska vara tillämplig, bör vara svag i de fall där ett bolag har sitt säte i en bekvämlighetsjurisdiktion.⁸⁹ Finns sätet dock i en seriös jurisdiktion bör presumtionen behandlas på samma sätt som om sätet hade funnits inom ett EU-land, i enlighet med vad beskrivs i situation två.

4.1.2.5 Reflektioner

Berends resonemang om att man för att bryta sätespresumtionen ska visa på vad tredje man känt till eller borde känt till, snarare än verkliga omständigheter, verkar vid en första anblick rimligt. Detta främst eftersom det stämmer överens med synbarhetsrekvisitet. Jag anser dock att det finns en svårighet i det resultat som blir effekten av resonemanget eftersom vi då har att göra med en subjektiv bedömning; vad kände parterna till? Målet med presumtionen är ju bl.a. att skapa en effektiv tillämpning, en sådan subjektiv bedömning gör detta svårare att uppnå.

Att, såsom Mellqvist förespråkar, tillämpa sätespresumtionen olika i olika situationer mot bakgrund av huruvida en jurisdiktion betraktas som oseriös eller inte är tillfredställande på det sätt att förordningens syfte att motverka forum shopping upprätthålls. Men är det möjligt att genomföra en sådan tillämpning? Mellqvist ställer själv denna fråga i sin framställning och anser att en sådan distinktion utan tvekan kan göras i fall bekämpandet av illojal forum shopping sätts i första hand. Sammanfattningsvis framför författaren att för det fall det finns utredning som visar på att en jurisdiktion kan betraktas som oseriös bör denna jurisdiktion inte behandlas förmånligt och sätespresumtionen bör inte tillämpas i detta fall.⁹⁰ Det är onekligen så att en sådan lösning är positiv för bekämpandet av illojal forum shopping, jag ser dock ett problem med att detta inte intagits i förordningstexten. Eftersom ett av förordningens främsta syfte är att motverka illojal forum shopping hade ett undantag från sätespresumtionen när en bekvämlighetsjurisdiktion är inblandad med enkelhet kunnat intas i förordningen, att detta inte gjorts anser jag talar emot Mellqvists tolkning. Detta kan påpekas särskilt utifrån det faktum att Mellqvist som ett argument för en stark sätespresumtion hänvisat till ordalydelsen i art. 3 som enligt författaren inte tillåter en svag presumtion.⁹¹

Sammanfattningsvis går det att konstatera att flertalet av de författare som har varit inblandade i diskussionen kring insolvensförordningen; Mellqvist, Berends, Wessels, anser att tillämpningen av en stark presumtion innebär flest fördelar i jämförelse med en svag. Denna ståndpunkt backas upp av EG-domstolens dom i Eurofood-målet. Som Berends dock påpekat är detta den första domen från EG-domstolen och det är därför troligt att tolkningen

⁸⁹ Mellqvist, 2005, (artikel s. 473).

⁹⁰ Mellqvist, 2005, (artikel s. 474).

⁹¹ Mellqvist, M., Insolvensrättsligt Forum 2005, s. 99.

av denna del av förordningen kommer att utkristalliseras och möjligen även förändras i framtiden.⁹²

4.2 Territoriella förfaranden

4.2.1 Driftställe

Det driftställe-begrepp som används i insolvensförordningen ska tolkas autonomt, d.v.s. genom en tolkning som är självständig och inte påverkas av hur begreppet eller liknande begrepp tolkas i andra EG-rättsliga instrument⁹³. I den förklarande rapporten sägs att begreppet driftställe avskiltligen har givits en väldigt bred definition.⁹⁴ Anledningen till detta är att medlemsstaterna, som nämnts tidigare, inte gärna ville ge ifrån sig möjligheten att inleda ett förfarande mot en gäldenär som verkar på deras territorium. Flera stater ville dessutom ha en möjlighet att kunna inleda ett insolvensförfarande mot en gäldenär enbart mot bakgrund av att gäldenären hade egendom i landet. Detta krav ansågs dock inte kunna tillmötesgå om förordningen skulle vara effektiv men som kompensation för detta kom man överens om att ge begreppet driftställe en vid definition.⁹⁵

Driftställe definieras i art. 2(h) IF såsom en ”verksamhetsplats där gäldenären annat än tillfälligt idkar ekonomisk verksamhet med personella och materiella resurser”. I förordningen går det dock inte att utläsa vad som avses med en sådan verksamhetsplats. För vägledning kan man gå till den förklarande rapporten som pekar ut följande kriterier för att en verksamhetsplats ska vara för handen⁹⁶;

- bedrivande av ekonomisk verksamhet på marknaden (externt) oavsett om det är handels-, tillverknings- eller yrkesmässig verksamhet,
- en organisatorisk miniminivå,
- en viss stabilitet.

Att en organisatorisk miniminivå måste finnas går att utläsa i art. 2(h) IF eftersom verksamheten ska bedrivas med personella resurser. Stabiliteten är nödvändig eftersom verksamhetsplatsen inte får vara tillfällig om det ska utgöra ett driftställe i förordningens mening. Det sägs uttryckligen i rapporten att den avgörande faktorn huruvida en verksamhet utgör ett driftställe är hur verksamheten uppfattas utåt sett, gäldenärens avsikter spelar således inte någon roll. Detta går i linje med det synbarhetsrekvisit som finns vid bedömningen av huvudsakliga intressen. Syftet med regle-

⁹² Berends, s. 349.

⁹³ Med detta avses först och främst Bryssel förordningen.

⁹⁴ FR70.

⁹⁵ FR70.

⁹⁶ FR71.

ringen är underlätta för borgenärer som vill ingå avtal med den utländska aktören (se ovan främst 4.1.1.1.). Genom att samma regler gäller för utländska aktörer med driftställe i landet och för inhemska aktörer behöver inte borgenärernas kostnader och risker bli högre vid avtal med de utländska aktörerna och en effektivare marknad uppnås således. Huruvida borgenärerna har någon möjlighet att få utdelning i ett eventuellt insolvensförfarande beror ju i slutändan på omfattningen av gäldenärens tillgångar inom landets gränser. De tillgångar som gäldenären har inom landet behöver dock inte ha någon anknytning till just det aktuella driftstället för att de ska kunna tas i anspråk för betalningen av skulderna.⁹⁷

En omständighet som är något oklar och som inte har tagits upp i praxis från högre instanser är huruvida ett driftställe måste vara aktivt när förfarandet ska inledas. I Batteriservice-målet berörs frågan kort av hovrätten. Domstolen tolkar art. 3 (2) IF på så sätt att gäldenären ska ha ett driftställe i landet vid tiden för ansökan om inledande av insolvensförfarandet. Att gäldenären, som i Batteriservice-målet, tidigare har haft ett driftställe i det aktuella landet är inte tillräckligt för att ett förfarande ska kunna inledas mot bakgrund av förekomsten av driftstället. Det spelar således ingen roll att borgenärens fordran härstammar från den verksamhet som tidigare bedrevs.⁹⁸ I Batteriservice-målet hade gäldenären fortfarande en lokal kvar i Sverige men detta ledde inte till att denne fortfarande ansågs ekonomisk verksam i landet.

Att driftstället ska vara aktivt stöds av flera uttalanden i svensk och utländsk doktrin.⁹⁹ Det har dock även påpekats att denna fråga borde ha tagits upp av HD när hovrättens dom överklagades i Batteriservice-målet då den kan ses som en principiell fråga.¹⁰⁰ Något prövningstillstånd meddelades dock inte.

4.2.2 Reflektioner

Varken insolvensförordningen eller den förklarande rapporten nämner driftställets aktivitet uttryckligen. Om en bokstavstolkning görs av den förklarande rapporten så skulle detta innebära att driftstället måste vara aktivt; "...the debtor carries out...", "...where he uses..." och "...activities are exercised...".¹⁰¹ Denna lösning verkar också rimlig. Enda problemet jag ser är att det borde kunna uppstå många situationer där ett territoriellt förfarande inte kan inledas eftersom driftstället inte längre kan anses aktivt. Mitt intryck är att en ansökan om inledande av insolvensförfarande ofta lämnas in i ett skede då verksamheten redan börjat avvecklas eller till och

⁹⁷ FR71.

⁹⁸ Ö 929-05

⁹⁹ Mellqvist, M., Insolvensrättsligt Forum 2007, s. 18, Lightman, J. Commentary on council regulation 1346/2000 on insolvency proceedings, återgiven i Moss m fl, The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A commentary and annotated guide, 2002, s. 175, Bogdan, M., Sveriges och EU:s internationella insolvensrätt, 1997, s. 165.

¹⁰⁰ Persson, A., Insolvensrättsligt Forum 2007, s. 17 (stenc.).

¹⁰¹ FR71.

med avvecklats helt.¹⁰² Mig veterligen finns det dock inte någon studie gjord för att undersöka huruvida detta är fallet och om det innebär några negativa konsekvenser av vikt. En möjlig lösning skulle kunna vara att ta in en tidsgräns inom vilken en ansökan måste inkomma efter att verksamheten avvecklats. Problemet med bevissvårigheter gällande när och om verksamheten lagts ned kvarstår dock.

4.3 Särskilt om företagsgrupper

Som nämnts under avsnitt 3 innehåller insolvensförordningen inga regler som tar sikte på den situation där flera bolag inom en koncern blir föremål för insolvensförfarande. Detta går att läsa uttryckligen i den förklarande rapporten.¹⁰³ Där sägs att möjligheten att inleda insolvensförfaranden mot besläktade företag som medgäldenärer är beroende av huruvida domstolen har behörighet att inleda förfarande gentemot vart och ett av bolagen för sig, d.v.s. att varje rättssubjekt har sina huvudsakliga intressen i domstolens medlemsstat.

En stor del av debatten kring insolvensförordningen har dock handlat om huruvida det bör införas regler för hanteringen av situationer där gränsöverskridande insolvensförfaranden blir aktuellt för flera bolag inom en koncern. Frågor kring detta har väckts då det har ansetts finnas väsentliga fördelar med att samordna handläggningen av sådana förfaranden som inbegriper flera bolag i en företagsgrupp. Som vi kommer att se nedan har inte bara en samordning utan även möjligheten att hantera flera bolag i ett förfarande förespråkats. Vilka fördelar är det då dessa förespråkare vill uppnå?

4.3.1 För- och nackdelar med en reglering av företagsgrupper

I koncerner kan det uppstå situationer där de olika bolagens tillgångar är svåra att separera och säljas var för sig utan att värdet av tillgångarna minskas eller förstörs.¹⁰⁴ Ett exempel på detta kan vara immateriella rättigheter. Ett annat exempel tagit från ett verkligt fall är ledningar som var dragna över olika europeiska länder och där olika dotterbolag i en koncern ägde olika delar av ledningen. I sådana fall hade det varit möjligt att inbringa en större försäljningssumma om alla bolag kunde hanteras inom ett och samma förfarande eller i vart fall samordna handläggandet på ett sådant sätt att egendomen går att sälja intakt. Förutom fördelar vid försäljning av tillgångar kan det ofta rent generellt finnas möjlighet att effektivisera och

¹⁰² Detta grundar jag på egna iakttagelser under min praktik på TSM i Malmö.

¹⁰³ FR76

¹⁰⁴ Van Galen, R., The European Insolvency Regulation and Groups of Companies, INSOL Europe Annual Congress, October 16-18 2003, s. 3 (stenc.) (fortsättningsvis: Van Galen).

dra ner på kostnader när samma domstol och/eller samma förvaltare handhar insolvensförfaranden gentemot bolag inom samma koncern.

I fall som t.ex. Daisytek ISA har den brittiska domstolen tillämpat begreppet huvudsakliga intressen på ett sådant sätt att dotterbolagen inom en koncern ansåg ha sina huvudsakliga intressen där moderbolaget verkade och hade sitt säte. En sådan mindre strikt tolkning av begreppet öppnar således upp för en möjlighet att handlägga förfaranden gentemot bolagen i en koncern gemensamt men har samtidigt flera allvarliga nackdelar. Som vi sett i avsnitt 4.1.1 är det av vikt att platsen för en gäldenärs huvudsakliga intressen är synbar för tredje man vilket talar för en strikt tolkning av begreppet. Dessutom kan en mindre strikt tolkning av begreppet göra att det blir enklare att byta platsen för de huvudsakliga intressena, något som kan främja i stället för att motverka forum shopping, vilket ju är förordningens syfte.¹⁰⁵ I och med EG-domstolens dom i Eurofood-målet är det dessutom högst sannolikt att en mindre strikt tolkning av huvudsakliga intressen inte kan ligga till grund för att ge domstolen i det land där ett moderbolag har sitt säte behörighet att även inleda förfarande vad gäller dotterbolaget. Vill man ha en lösning där det går att inleda insolvensförfaranden gentemot bolag inom samma koncern måste det således till en ytterligare reglering. Vilka krafter är det då som hindrat en sådan reglering?

Den största nackdelen med en reglering av företagsgrupper och således anledningen till att en sådan reglering inte har tagits in i insolvensförordningen, verkar vara bristen på förutsebarhet som en sådan reglering onekligen kan ge upphov till.¹⁰⁶ Svårigheten ligger bl.a. i att skapa en lämplig definition av begreppet koncern. Om det införs en regel som innebär att platsen för ett bolags huvudsakliga intressen kan påverkas av dess eventuella moder- eller systerbolag, så måste det vara möjligt för utomstående att avgöra huruvida bolaget faller under denna regel, d.v.s. känna till huruvida det föreligger ett koncernförhållande. Finns det då ingen klar och entydig definition av begreppet koncern är det inte heller möjligt för presumtiva borgenärer att förutse var gäldenärens huvudsakliga intressen kommer att finnas.

Även med en klar definition av begreppet koncern kan det vara svårt att uppfylla kravet på förutsebarhet. Som vi sett ovan i diskussionen kring synbarhetsrekvisitet kan det vara vanskligt att låta ägarförhållande och kontroll ha en effekt över gäldenärens huvudsakliga intressen då det inte alltid är fastställbart för tredje man. Domen i Eurofood-målet pekar som tidigare konstaterats också i denna riktning.¹⁰⁷ Det har lagts fram ett antal olika förslag på hur en reglering av företagsgrupper skulle kunna se ut och jag ska nedan kortfattat redogöra för dessa och diskutera dess för- och nackdelar.

¹⁰⁵ Van Galen, s. 5.

¹⁰⁶ Mellqvist, M., Insolvensrättsligt Forum 2007, s. 10 (stenc.).

¹⁰⁷ Se ovan, bl.a. under 4.1.2.3.

4.3.2 Några förslag till reglering av företagsgrupper

En möjlighet att hantera insolvensförfaranden inom en företagsgrupp skulle kunna vara att platsen för de huvudsakliga intressena för det europeiska bolag som finns högst upp i koncernstrukturen ska gälla för alla bolag i koncernen. De fördelar som förknippats med denna lösning är att färre tvister uppstår angående var de huvudsakliga intressena finns och att det blir möjligt att samordna de olika bolagens insolvensförfarande.¹⁰⁸ En tredje fördel är att det på detta vis går att säkerställa att insolvensförordningen blir tillämplig även om bolaget i den absoluta toppen av koncernen har sina huvudsakliga intressen utanför gemenskapen. Problemen med denna lösning är i stort de generella nackdelar som nämnts ovan nämligen bristen på förutsebarhet och svårigheten att definiera begreppet koncern. En sådan här regel måste dessutom alltid vara tillämplig även om det enbart är ett ensamt bolag i en stor koncern som går i konkurs, annars skulle det absolut inte finnas någon förutsebarhet. Vad gäller begreppet koncern kan definitioner som grundar sig på ägarförhållanden göra det enklare att forumshoppa, eftersom ägarstrukturen går att förändra.

En variant av ovanstående förslag, inspirerat av amerikansk lagstiftning, innebär att om flera bolag i en företagsgrupp verkar som en ”integrerad ekonomisk enhet”¹⁰⁹ ska platsen för företagets gemensamma huvudsakliga intressen finnas och avgöra behörighetsfrågan.¹¹⁰ Detta förslag har presenterats av Samuel L. Bufford, ett förslag som Annina H. Persson har hänvisat till efter att ha konstaterat att ett införande av regler om företagsgrupper bör övervägas.¹¹¹ Med integrerad ekonomisk enhet avses att de olika bolagen är beroende av varandra för att verksamheten ska kunna fungera ekonomiskt. Om ett eller flera bolag i en koncern kan drivas självständigt och inte är beroende av något av de andra bolagens för att överleva ska detta eller dessa bolag således också behandlas självständigt i ett insolvensförfarande. De svårigheter som denna lösning ger upphov till är givetvis de bedömningar som måste göras; var går t.ex. gränsen för vad som ska anses som ett beroende? Ett bolag kan ju ha någon verksamhetsgren som inte kan fungera självständigt medan andra verksamhetsgrenar kan det. I sådana fall behövs det en ”default rule” som pekar ut ena eller andra hållet om ett bolag är delvis beroende, antingen ska ett sådant bolag ses som självständigt eller osjälvständigt.

Enligt Bufford kan det oundvikligen innebära svårare bedömningar att avgöra var platsen för de huvudsakliga intressena för en grupp än för en självständig juridisk person men anser samtidigt att detta uppvägs av de

¹⁰⁸ Van Galen, s. 6 f.

¹⁰⁹ Min översättning: ”integrated economic unit”, Bufford, s. 61.

¹¹⁰ Bufford, S. L., International Insolvency Case Venue in the European Union: the Parmalat and Daisytek Controversies, Columbia Journal of European Law, Spring 2006.s. 61 f (fortsättningsvis: Bufford).

¹¹¹ Persson, A., Insolvensrättsligt Forum 2007, s 9 (stenc.).

fördelar som förslaget för med sig, såsom kostnadsbesparingar.¹¹² Bufford anser dessutom att en bedömning av en koncerns gemensamma huvudsakliga intressen kan öka förutsebarheten då det är svårare att manipulera denna plats när det rör sig om stora koncerner än enstaka bolag.

De två ovanstående förslagen på reglering av företagsgrupper går båda ut på att bolagen i en koncern ges samma plats för de huvudsakliga intressena, det behöver dock inte betyda att bolagens insolvens ska hanteras inom samma förfarande. Ett problem med dessa lösningar som kan eliminera de fördelar som hade kunnat uppnås med en sådan reglering är att möjligheten finns att öppna ett sekundärt förfarande för det fall att ett driftställe existerar. Detta torde vara relativt vanligt förekommande och resultatet blir då att de problem med samordning och uppdelning av tillgångar man velat undvika uppkommer ändå.

Det finns dock ytterligare ett förslag som debatterats. Ett förslag som är mindre drastiskt än de två ovanstående eftersom det inte föreslår en förflyttning av platsen för dotterbolagens huvudsakliga intressen. Dessutom undviks problematiken med sekundära förfaranden. Förslaget har lagts fram av praktiskt verksamma Robert van Galen vid INSOL Europe Annual Congress 2003 och bygger något på de regler som redan finns angående förhållandet mellan huvudförfarande och sekundära förfarande.¹¹³ I de fall ett moderbolag och dess dotterbolag båda blir föremål för insolvensförfaranden så bör moderbolagets förvaltare, enligt van Galen, ha likadana befogenheter över dotterbolagets insolvensförfarande som förvaltaren i ett huvudförfarande har över ett sekundärt förfarande i enlighet med insolvensförordningens tredje kapitel. Van Galen utvecklar sitt resonemang och lämnar därmed flera konkreta förslag på hur denna lösning skulle fungera: Nedan följer en sammanfattning av de huvudsakliga delarna i förslaget.

För det första behövs det en definition av moder- och dotterbolag. I van Galens förslag utgörs ett moderbolag av ett bolag som har sina huvudsakliga intressen inom gemenskapen och som har majoriteten av aktieägarnas rösträtter i dotterbolaget.¹¹⁴ Förvaltaren av det konkursförsatta moderbolag som befinner sig högst upp i koncernen får enligt förslaget befogenheter i varje eventuella förfarande gentemot ett dotterbolag. Fördelen med denna lösning är att den är liknande de regler som redan finns och att ett antagande av sådana regler därför skulle vara enklare att genomföra än om ett helt nytt regelverk föreslås.¹¹⁵ En nackdel är att det fortfarande är olika domstolar och olika förvaltare som hanterar förfarandena. Om ett dotterbolag är föremål både för ett huvudförfarande och ett sekundärt förfarande kan det också uppkomma en kollision mellan de befogenheter som tillkommer moderbolagets förvaltare och de som tillkommer förvaltaren i dotterbolagets huvudförfarande. Enklaste sättet att lösa en sådan kollision skulle vara att förvaltaren i dotterbolagets huvudförfarande inte har några befogenheter

¹¹² Bufford, s. 66 f.

¹¹³ Van Galen, s. 8 ff.

¹¹⁴ Van Galen, s. 8.

¹¹⁵ Van Galen, s. 9.

över det sekundära förfarandet om ett moderbolag samtidigt är i konkurs, d.v.s. att befogenheterna alltid tillkommer förvaltaren av det bolaget som är högst upp i koncernen.¹¹⁶

De befogenheter som skulle tillkomma förvaltaren i moderbolagets insolvensförfarande är bl.a. möjligheten att få dotterbolagets insolvensförfarande vilandeförklarat (art. 33 IF), rätten att föreslå åtgärder för att avsluta sekundärförfarandet såsom en rekonstruktionsplan eller ett ackord och lämna sitt samtycke till sådana åtgärder för att det ska kunna genomföras (art. 34 IF). Utgångspunkten ska vara att en gemensam rekonstruktionsplan eller ett ackord ska kunna antas för moderbolaget och ett eller flera dotterbolag.¹¹⁷ Andra exempel på befogenheter som bör tillkomma förvaltaren av moderbolaget är rätten att begära omvandling av ett tidigare inlett förfarande i ett dotterbolag till ett likvidationsförfarande (art. 37 IF), rätten att begära att ett insolvensförfarande inleds gentemot ett dotterbolag (art. 29 IF) samt rätten att begära att säkerhetsåtgärder vidtas för att skydda tillgångar vid ett interimistiskt beslut om att inleda ett förfarande (art. 38 IF).

Genom van Galens lösning uppnås således flertalet samordningsfördelar utan att dotterbolagens huvudsakliga intressen förläggs till den plats där moderbolaget har sina huvudsakliga intressen eller att platsen bestäms utifrån samtliga bolag. Förslaget innebär således inte ett kompromissande med förutsebarheten på samma sätt som de andra förslagen. Berends har uttryckt att en lösning på problematiken kring företagsgrupper bör hittas i den riktning som van Galen förespråkar, d.v.s. genom samarbete mellan de olika bolagens förvaltare och regler angående förvaltarnas befogenheter.¹¹⁸

Det finns dock enligt van Galen situationer där det är omöjligt att hantera två bolags insolvensförfaranden separat; nämligen när bolagens verksamheter är så sammanbundna att det är omöjligt att avgöra vilken tillgång som hör till vilket bolag.¹¹⁹ Det kan också handla om situationer där bolagen har utfört arbeten åt varandra eller det finns andra transaktioner mellan bolagen och det saknas bokföring som kan tala om hur de ekonomiska förhållandena mellan bolagen ser ut. I dessa situationer förespråkar van Galen att en lösning liknande den amerikanska lagstiftningen om ”substantive consolidation”¹²⁰ införs i insolvensförordningen. Detta skulle innebära att om en begäran om konsolidering bifalles blir dotterbolagens huvudförfarande omvandlat till ett sekundärt förfarande för de konsoliderade bolagen och moderbolagets huvudförfarande omvandlas till huvudförfarandet för de konsoliderade bolagen.¹²¹ Skulle det redan ha inletts ett sekundärt förfarande gentemot moderbolaget i den stat där dotterbolagets huvudförfarande också är inlett, ska dock det sekundära förfarandet omvandlas till

¹¹⁶ *ibid.*

¹¹⁷ Van Galen, s. 13.

¹¹⁸ Berends, s. 360.

¹¹⁹ Van Galen, s. 15.

¹²⁰ Fortsättningsvis kallat ”konsolidering”.

¹²¹ Van Galen, s. 18.

sekundärt förfarande gentemot de konsoliderade bolagen medan dotterbolagets huvudförfarande upphör.¹²²

I USA kan en konsolidering ske när bolagens verksamhet inte kan uppdelas utan avsevärda kostnader men även i de fall där borgenärer har gjort affärer med bolagen och lämnat kredit såsom om det varit en och samma ekonomiska enhet.¹²³ I van Galens förslag är den senare situationen inte nödvändig som grund för konsolidering eftersom möjligheten fortfarande finns för en vilseledd borgenär att kräva ersättning från båda bolagen.¹²⁴ Konsolideringen av bolagen kan dock försämra utdelningen för vissa borgenärer då det ofta är oundvikligt att ena bolagets borgenärer missgynnas i förhållande till det andra bolagets borgenärer.¹²⁵ Frågan är dock om detta argument håller i längden eftersom det redan, i och med att bolagens verksamheten är omöjliga att separera, är svårt om inte omöjligt att uppskatta hur mycket var och en av borgenärerna har rätt till procentuellt sett.

Praktiskt sätt finns det fler frågor att besvara om en lösning liknande substantive consolidation skulle införas i insolvensförordningen; t ex måste det stadgas vilken domstol som är behörig att fatta beslut om konsolideringen och vilken domstol som ska övervaka densamma. Lämpligaste lösningen är troligen att det konsoliderade bolagens förfarande övervakas av den domstol som övervakar moderbolagens huvudförfarande, detta förfarandets förvaltare är ju den som har att se till att alla borgenärers intressen beaktas. Vad gäller beslutet att konsolidera förfarandena bör detta beslut fattas av den domstol som handlägger dotterbolagens huvudförfarande eftersom dessa förfaranden kommer att upphöra.¹²⁶

4.3.3 Reflektioner

Fyra, mer eller mindre liknande, förslag på reglering av företagsgrupper i insolvensförordningen har ovan berörts. Förutsebarhet är en viktig del av insolvensförordningen, något som framgår bl.a. i förekomsten av synbarhetsrekvisitet. Min åsikt är att borgenärernas möjlighet att förutse var ett förfarande kommer att handläggas är en aspekt som bör tas på största allvar. Bufford har framhållit att hans förslag till reglering skulle öka förutsebarheten då det är svårare att manipulera platsen för en hel koncerns huvudsakliga intressen än för ett enstaka bolag. En leverantör som är i färd med att ingå avtal med en handelspartner kan dock ha svårt att utreda ägarstrukturen i sin motparts koncern, något som kan vara både tids- och kostnadskrävande. Att Buffords lösning skulle främja förutsebarheten ställer jag mig därför tveksam till. Det kan däremot finnas större möjligheter att i enlighet med Van Galens förslag med utökade befogenheter för förvaltaren i ett moderbolags insolvensförfarande kunna öka chanserna för samordnings-

¹²² Van Galen, s. 19.

¹²³ Van Galen, s. 15.

¹²⁴ Van Galen, s. 16.

¹²⁵ Van Galen, s. 17.

¹²⁶ Van Galen, s. 18.

fördelar utan att göra avkall på förutsebarheten. Jag ställer mig däremot frågande till huruvida förslaget med konsolidering är nödvändigt att införa. Van Galens utgångspunkt för när detta bör tillämpas; när transaktioner mellan bolagen gör att det inte kan utrönas vilka tillgångar som tillhör vilket bolag, kan uppstå även mellan bolag där det inte finns något ägarförhållande och i dessa fall skulle inte en sådan lösning vara aktuell.

4.4 Forum shopping – en icke önskvärd företeelse?

I insolvensförordningens ingress går det att utläsa att ett av förordningens syften är att motverka att ”parterna får motiv att [...] välja jurisdiktion för att få en förmånligare rättslig ställning (forum shopping)”¹²⁷. Ovanstående redogörelse för den jurisdiktionsreglering som insolvensförordningen utgör tar hela tiden avstamp i detta syfte, men är egentligen forum shopping alltid av ondo? Nej, givetvis är det forum shopping med illojalt syfte som förordningen vill motverka.¹²⁸ Som exempel på detta kan nämnas förflyttning av de huvudsakliga intressena med avsikten att undandra egendom som bör komma borgenärskollektivet tillgodo. Däremot kan det ju finnas situationer där forum shopping är till fördel. Ett sådant exempel kan vara att det i en situation där två möjliga medlemsstater kan tänkas ha jurisdiktion finns ekonomiska fördelar med att förfarandet handläggs i det ena. Exempelvis om det är går att få mer ut vid en försäljning av den egendom som finns i boet eller att det går att behålla fler arbetstillfällen vid en försäljning av en igångvarande verksamhet i det ena av länderna.¹²⁹ I ett sådant fall kanske det finns anledning att försöka förlägga de huvudsakliga intressena i detta land så att förfarandet kan inledas där.

Men går det att på detta sätt skilja på illojal och icke illojal forum shopping? Insolvensförordningen tar ju inte hänsyn till vilket syfte det finns bakom förflyttningar. När en domstol ska avgöra sin behörighet kommer den att fästa vikt vid en del omständigheter medan andra inte ges lika stor vikt för att få ett svar på var de huvudsakliga intressena finns. Syftet bakom varför företaget har sitt säte i ett land, tillverkning i ett annat, styrelse i ett tredje och kundkrets i ett fjärde spelar ju inte någon roll utan den omständighet som väger tyngst kommer att avgöra vilket lands domstol som är behörig att inleda förfarandet.

¹²⁷ P. 4 i ingressen till insolvensförordningen.

¹²⁸ Mellqvist, 2005, s. 450.

¹²⁹ Taylor, S., *The Practical Implementation of the EU Insolvency Regulation: Pitfalls and Opportunities*, Insolvensrättsligt Forum 2005, s. 107.

5 Särskilt om erkännande

5.1 Art. 16 IF

Då reglerna angående avgörandet av en domstols behörighet är vaga och ger upphov till flera tolkningsfrågor är det inte svårt att tänka sig en situation där en domstol på felaktiga grunder inlett ett insolvensförfarande. Enligt huvudregeln i art. 16 IF ska ett beslut om att inleda ett förfarande automatiskt erkännas i samtliga medlemsstater. Mot bakgrund av denna regel uppkommer frågan om vad som händer när ett insolvensförfarande inleds i ett land trots att gäldenärens huvudsakliga intressen i själva verket finns i ett annat land.

5.1.1 EG-domstolens rättspraxis och principen om ömsesidigt förtroende

Den irländska domstolens tredje tolkningsfråga i Eurofood-målet verkar ta sikte på just den situation när en domstol inleder ett förfarande trots att de huvudsakliga intressena rätteligen finns i en annan stat. Frågan formuleras som följer;

”Skall artikel 3 jämförd med artikel 16 i nämnda förordning förstås så, att en domstol i en annan medlemsstat än den där företaget har sitt säte och annan än den där företaget vanligen förvaltar sina intressen på ett sätt som är fastställbart för tredje man, men där ett insolvensförfarande först inleds, anses ha behörighet att inleda huvudförfarandet?”¹³⁰

EG-domstolen omformulerade dock den irländska domstolens fråga till huruvida ett beslut av en domstol i en medlemsstat att den är behörig att inleda ett insolvensförfarande kan prövas av en domstol i en annan medlemsstat där det begärs att detta förfarande ska erkännas.¹³¹ Omtolkningen av frågan känns korrekt men det kan trots detta ifrågasättas av vilken anledning domstolen ansåg sig tvungen att besvara sin omformulerade fråga i stället för den irländska domstolens ursprungliga fråga. En möjlig förklaring är att svaret ”nej”, som tycks vara det korrekta svaret på den ursprungliga frågan, kan misstolkas på det sättet att svaret antyder att det finns situationer där en medlemsstat kan ompröva en annan domstols beslut.¹³² Denna risk ville domstolen uppenbarligen inte ta, i stället neutraliserades frågan och domstolen säger rakt ut att ett beslut om

¹³⁰ Eurofood-målet, p. 24.

¹³¹ Eurofood-målet, p. 38.

¹³² Berends, s. 351.

inledande av ett insolvensförfarande ska erkännas automatiskt i övriga medlemsländer.

Domstolen hänvisar i sina domskäl till ingresspunkt 22 som stadgar att erkännanderegeln i art. 16 IF grundar sig på principen om ömsesidigt förtroende.¹³³ Denna innebär att den domstol som mottar en ansökan om inledande av ett insolvensförfarande ska avgöra sin behörighet enligt insolvensförordningen och måste då uppfylla kraven på en rättvis rättegång. Övriga medlemsstaters måste i gengäld erkänna det beslut som en annan domstol meddelat utan att ompröva skälen för varför denna domstol ansett sig behörig.¹³⁴

Att principen om ömsesidigt förtroende ligger bakom erkännadereglerna går även att utläsa i den förklarande rapporten.¹³⁵ Insolvensförordningen, som internationellt privat- och processrätligt instrument, bygger ju också som helhet på denna princip. Principen ser väldigt bra ut på pappret men det är onekligen så att det i praktiken uppstår många situationer där flera medlemsstater anser sig behöriga att inleda ett huvudförfarande.¹³⁶ Det har således ifrågasatts vilken förankring principen om ömsesidigt förtroende har i praktiken.¹³⁷

Vad finns det då för möjligheter att angripa ett beslut om att inleda ett förfarande enligt insolvensförordningen om man anser att denna är felaktig? Enda möjligheten att angripa en sådan dom är att överklaga i den ordning som föreskrivs i lagen som gäller i landet där beslutet fattades. Detta kan vara tids- och kostnadskrävande och undviks säkerligen ofta just av denna anledning. En trolig effekt av detta är en kapplöpning till domstolen för att ansöka om och inleda ett insolvensförfarande. Att regleringen uppmuntrar nationella domstolar att dra sin behörighet så långt att ett förfarande inleds på tveksamma grunder har framförts i doktrinen.¹³⁸ Insolvensförordningen har kommit till bl.a. för att undvika att tillgångar tas från ett land till ett annat, men frågan är om inte effekten blir densamma nu; genom att ta jurisdiktionen från ett annat land kan förfarandet omfatta tillgångar som finns i det andra landet.¹³⁹ Möjligheten att inleda ett territoriellt förfarande gör dock att detta kan hindras.

5.1.2 EG-domstolens rättspraxis och ordre public-undantaget

Det finns dock ett undantag från det automatiska erkännandet av beslut. Detta undantag, en s.k. ordre public-regel finns intagen i art. 26 IF. En

¹³³ Eurofood-målet, p. 39.

¹³⁴ Eurofood-målet, p. 39-42.

¹³⁵ FR202, se även FR79 och 220.

¹³⁶ Se t ex bakgrunden till Daisytek-målen och Eurofood-målet.

¹³⁷ Berends, s. 351.

¹³⁸ Berends, s. 351.

¹³⁹ Berends, s. 352.

vägran att erkänna ett beslut är endast tillåtet om ”verkningarna av ett sådant erkännande skulle vara uppenbart oförenliga med grunderna för den statens rättsordning, särskilt vad gäller statens grundläggande rättsprinciper och individens grundlagsenliga fri- och rättigheter”¹⁴⁰. I Eurofood-målet togs denna regel upp då den irländska domstolen genom sin femte tolkningsfråga ville få klarhet i huruvida ett beslut måste erkännas i fall där en parts rätt till en opartisk rättegång och rätt att höras har åsidosatts när beslutet fattades.¹⁴¹

Liksom vid svaret på den tredje tolkningsfrågan som redogjorts för ovan hänvisar EG-domstolen till ingresspunkt 22 i sitt svar angående ordre public-undantaget.¹⁴² I denna sägs bl.a. att ”grunderna för ett icke-erkännande [bör] reduceras till ett nödvändigt minimum”. Domstolen säger vidare att den rättspraxis som utformats kring Brysselkonventionen vad gäller ordre public, är giltig även för tolkningen av art. 26 IF.¹⁴³ För att vägra ett erkännande ska det vara i avsikt att undvika en kränkning av en grundläggande princip som skulle innebära ”ett klart åsidosättande av en rättsregel som anses vara fundamental i rättsordningen i den stat där domen görs gällande eller av en rättighet som erkänns som grundläggande i denna rättsordning”¹⁴⁴. Vidare sägs att rätten till rättvis rättegång är en allmän gemenskapsrättslig princip och att rätten att yttra sig och att motta rättegångshandlingar är centralt för ett rättvist förfarande. Svaret på den femte tolkningsfrågan är således att en medlemsstat kan neka att erkänna ett beslut om inledande av ett förfarande om beslutet fattats i strid med den grundläggande rätten att yttra sig som en person som är berörd av förfarandet har.¹⁴⁵

EG-domstolen går inte in på huruvida omständigheterna i fallet utgjorde en grund för att vägra erkännande, detta är upp till den irländska domstolen att avgöra.¹⁴⁶ I det aktuella fallet blev detta dock inte aktuellt eftersom den irländska domstolen var rätt forum. Det går således inte att med säkerhet veta i fall den irländska domstolen hade haft rätt att vägra erkänna ett italienskt förfarande. Det är dock endast i exceptionella fall som det automatiska erkännandet i art. 16 IF får ge vika.

5.2 Reflektioner

Trots att förbudet mot att ompröva ett annat lands beslut kan leda till en kapplöpning och tvivelaktigt grundade domar är alternativet; en möjlighet att ompröva beslut, inte önskvärt. Förordningens effektivitetsmål skulle inte kunna uppnås om alla medlemsländer självmant fick avgöra huruvida de skulle erkänna ett beslut om inledande av ett insolvensförfarande. Borgenär-

¹⁴⁰ Art. 26 IF.

¹⁴¹ Eurofood-målet, p. 24.

¹⁴² Eurofood-målet, p. 61.

¹⁴³ Eurofood-målet, p. 64.

¹⁴⁴ Eurofood-målet, p. 63.

¹⁴⁵ Eurofood-målet, p. 67.

¹⁴⁶ Eurofood-målet, p. 68.

er skulle även de få lida av ett sådant förhållande.¹⁴⁷ Ett automatiskt erkännande är således den enda för närvarande tänkbara lösningen även om den har sina nackdelar.

För att komma ifrån den problematik som beskrivits behövs antingen en total harmonisering av ländernas insolvensrätt eller ett instiftande av ett gemensamt organ som beslutar om inledande av ett förfarande eller till vilket man skulle kunna överklaga ett beslut om inledande. Dessa förslag är dock inte genomförbara eller ens tänkbara inom en överskådlig framtid.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Berends, s. 352.

¹⁴⁸ P. 11 i ingressen till insolvensförordningen.

6 Särskilt om insolvensförordningen ur ett svenskt perspektiv

6.1 Den svenska företagsinteckningen

6.1.1 Art. 5 IF

Som nämnts i avsnittet om identifierade problemområden (3.5.1) har frågan uppkommit huruvida den svenska företagsinteckningen ska anses omfattas av undantaget i art. 5.1 IF. I doktrinen råder delade meningar om detta. Regleringen ger uttryck för en avsikt att skydda omsättningen på medlemsländernas nationella marknader. Detta genom att sakrättsliga skydd gentemot en gäldenärs tillgångar ska behandlas enligt lagen i det land där den relevanta tillgången finns även om den omfattas av ett insolvensförfarande som inleds i ett annat land.

En definition av sakrättsliga skydd har inte tagits in i förordningen då man inte velat inkräkta på staternas intresse av att skydda sina inre marknader, vad som ska anses som sakrättsligt skydd ska därför bestämmas av nationell rätt.¹⁴⁹ Trots detta finns det dock en viss definition av ett sakrättsligt skydd i art. 5.3 IF; en rättighet ska anses ha sakrättsligt skydd enligt förordningen om den upptagits i ett offentligt register, har verkan mot tredje man och därigenom får ett sakrättsligt skydd. Det finns vidare en icke uttömmande uppräkningslista i art. 5.2 IF av rättigheter som ska anses omfattas av sakrättsliga skydd enligt art. 5.1 IF. Följande rättigheter finns medtagna;

- ”rätten att förfoga över tillgången eller ta ut sin fordran ur den eller dess avkastning, särskilt vid retentionsrätt eller panträtt,
- ensamrätt att driva in fordran, särskilt på grund av pant eller säkerhetsöverlåtelse,
- rätten att begära egendomen åter från den som utan rättighetsinnehavarens samtycke har den i sin besittning eller använder den,
- en sakrättsligt skyddad nyttjanderätt till egendomen.”

Denna lista har sin bakgrund i huvudsakligen två ställningstaganden.¹⁵⁰ Det ena är att art. 5 IF inte skyddar en rättighet som enbart finns efter ett inledande av ett insolvensförfarande men inte före. Det andra ställnings-

¹⁴⁹ FR100.

¹⁵⁰ FR103.

tagandet bygger på att en sakrätt har två grundläggande kriterier. En sakrätt ska vara omedelbart knuten till en viss bestämd tillgång och ska vara absolut på det sätt att den ska gälla mot alla som kan tänkas hävda bättre rätt till egendomen.

Exemplifieringen i art. 5.2 IF har ansetts ha den betydelsen att en säkerhetsrätt måste uppfylla både de kriterier som uppställs i den nationella lagstiftningen och de kriterier som finns i art. 5.2 IF för att få åtnjuta det skydd som finns i art. 5.1 IF.¹⁵¹ Huruvida den svenska företagsinteckningen omfattas av skyddet i art. 5.1 IF är beroende på om det kan ses som en sakrätt enligt svensk rätt samtidigt som kriterierna i art. 5.2 IF måste uppfyllas.

6.1.2 Bör företagsinteckningen omfattas av skyddet i art. 5 IF?

Vid en första anblick på utformningen av art. 5.1 IF framgår det att egendomen som är belastad med en säkerhetsrätt måste kunna lokaliseras, detta eftersom utfallet är beroende på vilket land egendomen befinner sig i. Detta kan tyckas tala emot att företagsinteckningen ska anses omfattas eftersom det är en säkerhetsrätt som tar sikte på en egendoms massa.¹⁵² Tittar vi närmare på formuleringen av art. 5.1 IF framgår dock att skyddet även gäller ”en samling obestämda tillgångar som en helhet och som ändras vid olika tidpunkter”. I den förklarande rapporten utpekas den engelska säkerhetsrätten floating charge som exempel på detta.¹⁵³ Att företagsinteckningen tar sikte på en egendoms massa är således inget som talar emot att den skyddas av art. 5 IF.

Företagsinteckningen är förenad med allmän förmånsrätt, detta betyder dock inte nödvändigtvis att det är en sakrätt.¹⁵⁴ En sakrätt är enligt svensk rätt en säkerhet som står sig gentemot andra borgenärer.¹⁵⁵ Detta ska vara uppfyllt för vart och ett av de egendomsobjekt som ingår i inteckningsunderlaget. Företagsinteckningen uppfyller inte detta krav eftersom ett eller flera objekt i inteckningen kan vara föremål för en säkerhet med bättre rätt, t ex panträtt.¹⁵⁶ Mot denna bakgrund har Mellqvist hävdade att företagsinteckningen inte omfattas av art. 5 IF, eftersom den kräver att både de nationella reglerna och insolvensförordningens förutsättningar är uppfyllda.¹⁵⁷ Författaren sammanfattar företagsinteckningens värde i ett europeiskt perspektiv genom att ställa upp fyra typsituationer vari företagsinteckningen får olika värde beroende på i vilket land förfarandet äger rum;¹⁵⁸

¹⁵¹ Mellqvist, M., Företagsinteckningen och EU:s insolvensförordning, SvJT 2006 s. 453, (artikel s. 460) (fortsättningsvis Mellqvist, 2006).

¹⁵² Mellqvist, 2006, (artikel s. 458).

¹⁵³ FR104.

¹⁵⁴ Mellqvist, 2006, (artikel s. 461).

¹⁵⁵ *ibid.*

¹⁵⁶ *ibid.*

¹⁵⁷ Mellqvist, 2006, (artikel s. 462).

¹⁵⁸ *ibid.*

1. Insolvensförfarandet äger rum i Sverige och egendomen ingående i underlaget finns i Sverige,
2. Insolvensförfarandet äger rum i Sverige och egendomen ingående i underlaget finns i någon annan medlemsstat,
3. Insolvensförfarandet äger rum i en annan medlemsstat och egendomen ingående i underlaget finns i Sverige,
4. Insolvensförfarandet äger rum i annan medlemsstat och egendomen ingående i underlaget finns i samma medlemsstat (eller i vart fall i en annan medlemsstat än Sverige).

Med Mellqvist resonemang skulle följande effekter uppnås.¹⁵⁹ I situation 1 finns inget skillnad gentemot rättsläget före förordningens trädde ikraft, svensk rätt gäller utan undantag och art. 5 IF är inte tillämplig. I den andra situationen blir art. 5 IF tillämplig men om någon annan har en sakrättsligt skyddad rätt som kan göras gällande kommer denna att gå före företagsinteckningen i utdelningen. I de två sista situationerna, d.v.s. när förfarandet inte äger rum i Sverige hävdar Mellqvist att företagsinteckningen helt kommer att sakna värde. I båda situationerna kommer svensk rätt inte att tillämpas och skyddet i art. 5 IF blir inte aktuellt.

En sådan lösning som redogjorts för ovan är otillfredsställande. Företagsinteckningen kommer tappa sin betydelse i och med att ett förfarande inleds utomlands, något som i ett längre perspektiv kommer att leda till att det blir svårare och mer kostsamt för näringsidkare att låna pengar. Mellqvists ståndpunkt har dock mötts av kraftig kritik.¹⁶⁰ För det första kan det ifrågasättas ifall det är korrekt att helt avfärda företagsinteckningen som en säkerhetsrätt utan sakrättsligt skydd. Företagsinteckningen är mer av ”en hybrid mellan vad som gäller för pant och för fordringar med vilka följer allmän förmånsrätt”¹⁶¹. För det andra kan det vara på sin plats att tolka bestämmelsen ur en funktionell synvinkel istället för att göra en strikt bokstavstolkning där man håller sig till historiska uppdelningar av säkerhetsrätter.

Säkerhetsrätter som företagsinteckningen är vanliga i flertalet länder inom gemenskapen, ur den synvinkeln skulle det vara opraktiskt om denna inte ansågs falla innanför det skydd som finns i art. 5 IF.¹⁶² Floating charge som uttryckligen omfattas av skyddet motsvarar företagsinteckningen. Mellqvist har dock poängterat att floating charge i England betraktas som en sakrätt medan företagsinteckningen inte gör detta i Sverige. Om man ser till funktionen och effekterna av de båda säkerhetsrätterna är det dock överensstämmande, även floating charge får ibland ge vika för andra krav, t.ex.

¹⁵⁹ *ibid.*

¹⁶⁰ Persson, A., Millqvist, G., Omfattas företagsinteckning av artikel 5 i EU:s insolvensförordning? En kommentar till Mikael Mellqvist artikel, SvJT 2006 s. 464 (fortsättningsvis: Persson/Millqvist).

¹⁶¹ Persson/Millqvist, (artikel s. 465).

¹⁶² Persson/Millqvist, (artikel s. 469).

lönefordringar.¹⁶³ Mot detta resonemang talar dock att floating charge kan ses som ett undantag och inte alltför mycket bör således rymmas inom detta undantag.¹⁶⁴ Även art. 5 IF som helhet är ett undantag från huvudregeln, *lex fori concursus*, en snäv tolkning kan därför förespråkas.

Det främsta argumentet mot att låta företagsinteckningen skyddas av art. 5 IF är dock att den inte uppfyller det andra kriteriet i andra stycket i FR103. Som ovan nämnts handlar detta om att säkerhetsrätten ska stå sig emot eventuella krav från andra borgenärer. Mer specifikt går det att utläsa i den förklarande rapporten att rättighetsinnehavaren ”kan hävda den mot alla som åsidosätter eller skadar hans rättighet utan hans samtycke, att rättigheten kan hävdas gentemot en avyttring av tillgången till tredje man och att rättigheten på så sätt kan hävdas mot individuell verkställighet från tredje mans sida och i kollektiva insolvensförfaranden (genom separation eller särskild gottgörelse)”¹⁶⁵. Då den svenska företagsinteckningen inte gäller vid utmätning är detta krav inte uppfyllt.¹⁶⁶

6.1.3 Reflektioner

Mot bakgrund av ovanstående resonemang går det att konstatera att frågan huruvida företagsinteckningen omfattas av skyddet i art. 5 IF är beroende av om en strikt bokstavstolkning görs eller om regleringen ska ses i ett större och mer pragmatiskt perspektiv där företagsinteckningen är en vanligt förekommande säkerhetsrätt som bör skyddas. Vid en strikt tolkning av ordalydelsen i art. 5 IF och den förklarande rapporten går det inte att tillerkänna företagsinteckningen något skydd. Det är dock värt att här poängtera att den förklarande rapporten inte har någon EG-rättslig status utan främst är till för vägledning. Det kanske är värt att ta ett steg ifrån denna formulering för att uppnå en i ett praktiskt perspektiv mer lämplig lösning.

Givetvis är det viktigt att inte låta alltför många säkerhetsrätter omfattas av art. 5 IF som trots allt är ett undantag. Det har sagts att detta kan innebära en risk att förordningen blir meningslös.¹⁶⁷ Min uppfattning är dock att denna risk är så pass liten att företagsinteckningen bör kunna inkluderas utan att det blir skadligt för förordningens tillämpning och dess effekter. Slutligen är möjligheten att öppna ett sekundärt förfarande ett sätt att komma undan det problem som beskrivits. Om en företagsinteckning har uttagits i Sverige finns det med all sannolikhet ett driftställe inom landet och inleds ett territoriellt förfarande kommer svensk rätt att bli tillämplig och innehavaren av företagsinteckningen kan på så sätt skyddas.

¹⁶³ *ibid.*

¹⁶⁴ Mellqvist, M., *Insolvensrättsligt Forum* 2007, s. 25.

¹⁶⁵ FR103.

¹⁶⁶ Persson/Millqvist, (artikel s. 469).

¹⁶⁷ Mellqvist/Persson, *Insolvensrättsligt Forum* 2007, s. 20 (stenc.)

6.2 Filialer på svenskt territorium

6.2.1 Är en svensk filial ett driftställe?

I svensk rättspraxis har en rättsregel utvecklats som innebär att en filial i Sverige tillhörande ett utländskt bolag inte kan försättas i konkurs i Sverige. HD har anfört att en filial till ett utländskt bolag inte har en förmögenhetsmassa som gör att filialen kan anses vara en fristående enhet i förhållande till bolaget.¹⁶⁸ Det utländska bolaget kunde dock försättas i konkurs i Sverige (en s.k. särkonkurs omfattande tillgångar inom Sveriges gränser) eftersom det svarade för den skuld som uppkommit genom den verksamhet som bedrevs ifrån filialen. Frågan som nu uppkommer är huruvida en filial i Sverige ska betraktas som ett driftställe i insolvensförordningens mening. Om så är fallet; betyder detta att tidigare rättspraxis inte längre är aktuell i fall där insolvensförordningen är tillämplig? Kan en filial bli föremål för ett sekundärt eller fristående territoriellt insolvensförfarande om ett liknande mål tagits upp till prövning idag?

Om man utgår från det faktum att insolvensförordningen som direkt tillämpligt EG-rättsligt instrument har företräde framför svensk lagstiftning, i detta fall domsrättsreglerna i 10 kap RB, spelar det ingen roll huruvida det inte går att försätta en filial i konkurs enligt tidigare svensk rättspraxis.¹⁶⁹ Mot denna bakgrund kan det således förespråkas att NJA 1980 s. 164 inte längre har någon relevans i fall där insolvensförordningen är tillämplig. Även andra argument har framförts för denna tolkning. Ett sådant argument utgår från att driftställe ska ges en mycket vid tolkning och att en filial således alltid bör falla under detta begrepp. Hur filial ska tolkas enligt svensk rätt spelar därför inte någon roll eftersom en filial alltid kommer att kunna försättas i konkurs enligt art. 3.2 IF.¹⁷⁰ Argumentet att en filial i Sverige ska kunna försättas i konkurs stöds också av syftet med regeln om territoriella förfaranden, d.v.s. att skapa samma regler för utländska och inhemska aktörer för att underlätta för borgenärerna. Annina H. Persson som framfört dessa argument har ansett att det territoriella förfarandet annars skulle vara verkningslöst.¹⁷¹

Alla ovanstående resonemang har dock blivit bemötta med ett enda argument; insolvensförordningens regler om driftställe och territoriella förfaranden kan anses vara fullt förenligt med äldre svensk rättspraxis eftersom varken en filial eller ett driftställe kan bli föremål för ett insolvensförfarande. Driftstället är enbart ett anknytningskriterium som innebär att det utländska bolaget kan försättas i konkurs i Sverige, omfattande den egendom som finns i landet, precis som utgången var i NJA 1980 s. 164.¹⁷²

¹⁶⁸ NJA 1980 s. 164.

¹⁶⁹ Persson, Insolvensrättsligt Forum 2007, s. 14 (stenc.)

¹⁷⁰ *ibid.*

¹⁷¹ Persson, Insolvensrättsligt Forum 2007, s. 16 (stenc.).

¹⁷² Mellqvist, Insolvensrättsligt Forum 2007, s. 17 samt Ds 2007:6 s. 97 f.

6.2.2 Reflektioner

Enligt min mening bör det korrekta svaret på ovanstående problemställning finnas någonstans mittemellan de två ståndpunkter som redovisats ovan. Enbart ett rättssubjekt, en juridisk eller fysisk person, kan ingå avtal, inneha tillgångar och skulder och således försättas i konkurs. Ett driftställe eller en filial är inte ett sådant självständigt rättssubjekt. Jag håller således med om att varken en filial eller ett driftställe kan försättas i konkurs. Det bolag som innehar driftstället eller filialen är gäldenär och det är detta bolag som försätts i konkurs, i detta fall är det ett territoriellt begränsat förfarande som är aktuellt. Det kan således hävdas att den rättspraxis angående filialer som uttrycks i NJA 1980 s. 164 är överensstämmande med den reglering som nu finns i insolvensförordningen. De är som Mellqvist uttrycker det ”fullt ut förenliga med varandra”¹⁷³. Med detta dock inte sagt att NJA 1980 s. 164 fortfarande ska betraktas som gällande rätt när insolvensförordningen är tillämplig. Insolvensförordningens ikraftträdande har inneburit en förändring i svensk insolvensrätt med konsekvensen att nya begrepp och regler skapats för det fall att förordningen är tillämplig. Äldre termer såsom ”filial” har således ingen relevans i svensk rättspraxis såvida förordningen är tillämplig på ett förfarande. NJA 1980 s. 164 är dock fortfarande gällande rätt om insolvensförordningen inte går att tillämpa.

En annan fråga är huruvida kretsen av gäldenären som kan bli föremål för ett territoriellt begränsat förfarande i Sverige har ökat eller minskat i och med att förordningen trätt i kraft. Att begreppet driftställe ska ges en mycket vid tolkning verkar tala för att kretsen av gäldenärer, som kan bli föremål för ett förfarande som omfattar egendom inom landet, nu blivit större. Ser man dock till reglerna i 10 kap RB kan kretsen ha blivit mindre. Enligt de äldre reglerna (som fortfarande är gällande när insolvensförordningen inte är tillämplig) är det tillräckligt att en gäldenär har egendom eller har ingått avtal i Sverige för att kunna bli föremål ett insolvensförfarande.¹⁷⁴ Detta är inte möjligt enligt insolvensförordningen där en ekonomisk verksamhet av viss karaktär måste bedrivas. Möjligen kan alltså fler verksamheter som inte ansågs vara en filial nu omfattas av begreppet driftställe och därigenom ges domstolarna behörighet att inleda ett förfarande, medan andra anknytningsmoment som finns i 10 kap RB faller bort i fall där insolvensförordningen är tillämplig.

¹⁷³ *ibid.*

¹⁷⁴ RB 10:3-4.

7 Avslutning

7.1 Ett osäkert rättsläge?

Insolvensförordningen har varit gällande i fem år, trots detta råder fortfarande en viss osäkerhet kring hur förordningens mest centrala begrepp ska tolkas och tillämpas. Förordningens målsättning; smidiga och effektiva insolvensförfaranden, blir svår att nå utan en enhetlig och tydlig tillämpning. Konsekvensen av att en domstols behörighet är oklar är att det blir svårare för kreditgivare och andra intressenter att avgöra var ett eventuellt insolvensförfarande kommer att handläggas, vilket i sin tur leder till dyrare krediter. Förutom att förutsebarheten blir lidande leder osäkerheten också till att insolvensförfaranden kan dra ut på tiden vilket även detta leder till ökade kostnader och dessutom minskad effektivitet. Det finns också en stor risk att nationella domstolar tillämpar regleringen olika vilket är oönskat mot bakgrund av principen om likabehandling och dessutom skadligt för rättssäkerheten.

Att definiera begreppet huvudsakliga intressen är en svår om inte omöjlig uppgift. Bedömningen är beroende av en rad omständigheter och skiljer sig från fall till fall. En del hållpunkter finns dock. Synbarhetsrekvisitetet är en viktig sådan. Rekvisitetet innebär att de huvudsakliga intressena bör finnas där gäldenären förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man. Detta kriterium bygger givetvis på att alla borgenärer och andra intressenter ska kunna förutse var ett eventuellt framtida förfarande kommer att handläggas. För att överensstämja med synbarhetsrekvisitetet bör gäldenärens intressen anses förvaltas där besluten verkställs, hellre än där de fattas. Med detta sagt kvarstår dock många frågor. Ett problem är till exempel att ett beslut kan anses verkställas i flera länder. Resonemanget fungerar möjligen när ett enstaka småföretag eller mycket små företagsgrupper är föremål för insolvensförfaranden, men inte lika bra då det handlar om bolag med större och mer komplicerad koncernstruktur.

Det är således svårt att dra några slutsatser gällande hur huvudsakliga intressen ska bestämmas, fördelen med en stark sätespresumtion är mot denna bakgrund tydlig. Visserligen får vi då tåla att en del förfaranden kommer att handläggas i en viss stat trots att en större anknytning finns till en annan stat. Platsen för bolagets säte är dock enkel att fastställa för utomstående och vi slipper en utredning och bedömning som är kostsam och tidskrävande. Denna tids- och kostnadsbesparing samt synbarhet bör väga tyngre än att i varje fall hitta platsen där störst anknytning föreligger. Detta speciellt mot bakgrund av principen om ömsesidigt förtroende. Enligt denna princip så bör det ju inte spela någon roll i vilket land förfarandet handläggas, såvida det är inom gemenskapen. Att detta förtroende möjligen inte existerar i praktiken är ett ytterligare problem. Förhoppningsvis är detta

något som utvecklas i och med att tillämpningen av insolvensförordningen breder ut sig och kunskapen om samarbetet ökar.

Prejudicerande domar som tar upp ovanstående problematik är det ont om. Det enda egentliga prejudicerande rättsfallet är Eurofood-målet. Det går dock inte att få ut så mycket av detta fall vad gäller definitionen och tillämpningen av begreppet huvudsakliga intressen. EG-domstolen talar främst om den omständigheten att ett moderbolags kontroll över ett dotterbolag inte ska ha någon avgörande verkan på var dotterbolags huvudsakliga intressen finns. Vad gäller sätespresumtionens styrka tyder EG-domstolens dom på att denna bör betraktas som en stark presumtion. Det görs dock en distinktion mellan fall där ett bolag bedriver verksamhet i säteslandet och när så inte är fallet. Enligt domen ska det inte lika mycket till för att bryta presumtionen om bolaget inte bedriver någon verksamhet i det land vari det är registrerat.

Begreppet driftställe ska enligt den förklarande rapporten ges en vid definition. Det finns dock krav på en viss nivå av organisation, kontinuitet och stabilitet. I doktrinen har det framförts att ett driftställe måste vara aktivt vid tillfället för ansökan om inledande av ett insolvensförfarande för att ett territoriellt förfarande ska kunna inledas. Möjligen borde det dock införas en tidsgräns inom vilken det går att inleda ett insolvensförfarande trots att driftstället är nedlagt. Detta för att inte ett driftställe ska läggas ned skyndsamt innan en ansökan hinner lämnas in. I praktiken är problemet dock att alla tillgångar kan vara utsålda och vederlaget överfört till det utländska bolaget vid en snabb nedläggning vilket gör att ingenting finns kvar till utdelning. Förfarandet omfattar ju enbart de tillgångar som finns inom landet. Har gäldenären ett annat driftställe i landet eller andra tillgångar kan dock dessa tas i anspråk eftersom egendomen inte behöver ha något samband med det aktuella driftställe som borgenären ingått avtal med.

Som det ser ut idag finns inga möjligheter att hantera flera företag i en koncern i ett och samma förfarande. Varje bolag ska bedömas för sig som enskilda rättssubjekt när platsen för deras huvudsakliga intressen ska finnas, bedömningen kan inte påverkas av att företagen ingår i en koncern. Åsikterna om ett införande av en reglering av företagsgrupper går brett isär. En intressant iakttagelse är att förslag på regleringar av detta slag ofta kommer från praktiker medan det i doktrinen går att hitta flera röster emot en reglering. Detta får en att fråga sig om en reglering främst är problematisk i teorin.

Motivet för ett införande av regler för företagsgrupper är definitivt beaktansvärda. Möjligheten att dra ner på kostnader och försöka inbringa så höga försäljningssummor som möjligt för att gynna borgenärerna och samhället i stort bör givetvis eftersträvas. Problemet med en sådan reglering är dock bristen på förutsebarhet och således rättssäkerhet. Även om det införs en väl fungerande definition av begreppet företagsgrupp och på så sätt veta vilka bolag som faller under en sådan reglering, är det svårt för en enskild borgenär att ta reda på hur en koncernstruktur ser ut och om det

finns ett koncernförhållande överhuvudtaget. Frågan är också huruvida en reglering av företagsgrupper överensstämmer med synbarhetsrekvisitet i förordningens ingress. Det måste också poängteras att hela idén med en reglering av företagsgrupper spolieras om ett sekundärt förfarande inleds. Sammantaget verkar ett införande inte möjligt att genomföra. De kostnadsbesparingar som uppnås kan komma att tillintetgöras om leverantörer och kreditgivare blir dyrare på grund av att de tar större risker om de ingår avtal med utländska företag. Det finns därmed också en risk att handeln medlemsländer emellan minskar på grund av minskad förutsebarhet.

Ett av insolvensförordningens uttalade syften är att minska forum shopping. Av ovanstående framställning framgår det att denna dock inte motverkats nämnvärt. Frågan är om detta alls är möjligt. Begreppet huvudsakliga intressen är ett vagt begrepp som går att manipulera genom att ändra de omständigheter som ligger till grund för bedömningen. Även om sättespresumtionen är en stark presumtion går det även att omregistrera ett bolag och på andra sätt ändra koncernstrukturer. Som framgått ovan är forum shopping dessutom inte alltid av ondo. Är det då överhuvudtaget önskvärt att hindra forum shopping om de huvudsakliga intressena i vilket fall som finns inom EU? Med principen om ömsesidigt förtroende i åtanke torde svaret på denna fråga vara nej. Visst kan reglerna om genomförandet av ett insolvensförfarande, förmånsrättslagar m.m. skilja sig åt medlemsstaterna emellan, men det bör inte vara på ett sådant sätt att borgenärernas rättigheter helt går om intet. Det som är viktigast att motverka är att tillgångar försvinner helt från gemenskapen och att det inte går att inleda ett förfarande mot ett bolag som är beläget inom en bekvämlighetsjurisdiktion. Det senare av dessa två problem går att undvika i och med insolvensförordningen då det räcker att huvudsakliga intressena finns inom gemenskapen för att ett förfarande ska kunna inledas. Undandragandet av tillgångar är dock ett problem som tyvärr blir svårt att lösa även med insolvensförordningen.

7.2 Det automatiska erkännandet

Ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande och övriga beslut förknippade med detta beslut ska erkännas automatiskt i alla medlemsländer. Det går att angripa ett beslut som man finner felaktigt enligt den ordning i det land där beslutet fattats såvida beslutet inte faller under ordre public-undantaget då en stat kan vägra att erkänna det. Denna senare möjlighet blir dock troligen inte aktuell annat än i extrema fall.

Problematiken kring erkännandet är starkt knuten till jurisdiktionsfrågorna. Det finns som konstaterats ovan en risk för att de nationella domstolarna går långt i tolkningen av förordningen för att på så sätt erhålla behörighet att handlägga ett insolvensförfarande. Detta då ett beslut ska erkännas i samtliga medlemsstater utan att andra stater kan ompröva beslutet. Det går inte att få bukt med sådana tveksamma tolkningar genom att tillåta omprövning av beslut eftersom detta skulle strida mot hela syftet med förordningen. För att lösa problemet med förfaranden som inleds på tveksamma grunder krävs

i stället fler prejudicerande domar som tydligt ställer upp kriterier för domstolars behörighet och givetvis att dessa regler sedan efterlevs i praktiken.

7.3 Den svenska debatten

Det finns en risk för att den svenska företagsinteckningen inte omfattas av skyddet i art. 5 IF. Det som talar för detta är att den inte uppfyller ett av de krav som finns i art. 5.2 IF. Det finns dock indikationer på att inte heller floating charge, som uttryckligen omfattas av undantaget, uppfyller detta krav då även denna säkerhet i vissa situationer kan få ge vika för andra borgenärens krav. Om vi ser till detta faktum och gör en tolkning sett utifrån ett funktionellt perspektiv så bör även den svenska företagsinteckningen omfattas. Skulle den inte göra detta finns det möjlighet för svenska borgenärer att ansöka om inledande av ett sekundärt förfarande, detta förutsätter dock att det finns ett driftställe i Sverige.

Enligt tidigare svensk rättspraxis kunde inte en filial försättas i konkurs i Sverige. En filial bör i de allra flesta fall uppfylla kriterierna för ett driftställe enligt insolvensförordningen. Varken en filial eller ett driftställe är ett självständigt rättssubjekt och de kan därför inte försättas i konkurs i Sverige. De kan dock fungera som anknytningsmoment för att inleda ett förfarande som är begränsat till att omfatta de tillgångar som finns i samma land som driftstället. Ur denna synvinkel är tidigare rättspraxis och insolvensförordningen förenliga med varandra. Detta innebär dock inte att denna äldre rättspraxis som utvecklats fortfarande är gällande. I fall där insolvensförordningen är tillämplig är äldre rätt gällande filialer överspelad och domstolen ska nu tillämpa det driftställe-begrepp som förordningen tillhandahåller.

7.4 De lege ferenda

Som framgått i denna uppsats finns det många frågetecken kring insolvensförordningens tillämpning och effektivitet. Förordningens syften uppfylls inte fullt ut i dagsläget och det finns således en del att göra för att fortsätta det arbete mot effektivare gränsöverskridande insolvensförfarande som detta samarbete inlett. Vad kan då göras rent konkret för att förbättra samarbetet?

Sätespresumtionen spelar en viktig roll i den praktiska tillämpningen av insolvensförordningen. Det kan mot bakgrund av det material som anförts ovan konstateras att sätespresumtionen troligtvis bör betraktas som en stark presumtion. Som det ser ut idag är detta dock inte något som framgår tillräckligt tydligt vare sig i förordningstexten eller i EG-domstolens praxis. I näringslivet går det därför inte med säkerhet att veta vad man ska rätta sig efter och förutsebarheten är således inte så stor som den kunnat vara. Sätespresumtionens betydelse bör därför utvecklas, om inte i förordningstexten så i rättspraxis. Eurofood-målet pekar i denna riktning men inte tillräckligt.

Dessutom anser jag att det bör göras ett undantag från sätespresumtionens styrka i de fall där sätet befinner sig inom en bekvämlighetsjurisdiktion. Detta undantag bör skrivas ut i förordningstexten. Detta stämmer överens med förordningens syfte att motverka illojal forum shopping och genom att ta in detta i förordningen tydliggörs detta syfte ytterligare. Möjligen kan det även tas in i regleringen att sätespresumtionen är något svagare även i det fall där sätet finns i ett medlemsland men ingen näringsverksamhet bedrivs i detta land. Det är dock viktigt att ha i åtanke att detta öppnar upp för en utredning och bedömning som kan ta tid och resurser i anspråk och fördelarna kanske därför inte överväger nackdelarna.

Ett annat sätt att precisera den bedömning som de nationella domstolarna ska genomföra för att avgöra sin behörighet är att låta synbarhetsrekvisitet stå med i förordningstexten. Rekvisitet är liksom sätespresumtionen en viktig del av förordningen och bör därför inte enbart finnas med i förordningens ingress.

En reglering kring hur företagsgrupper ska behandlas vid handläggningen av gränsöverskridande insolvensförfaranden verkar önskvärd vid en första anblick. Som klargjorts i denna uppsats finns det dock många negativa aspekter med en sådan reglering. Möjligheten att inleda ett sekundärt förfarande skulle ändå göra en sådan reglering tandlös. Regeln om det territoriella förfarandet är ingenting som kommer att tas ur förordningen och enda lösningen på problemen som uppstår när flera bolag i en koncern går i konkurs är således att förbättra samarbetet och kommunikationen mellan nationella domstolar och förvaltare. Det skulle vara en bra idé att närmare reglera förutsättningarna för ett sådant samarbete i förordningen. En av de förslagen som redogjorts för i denna uppsats, nämligen att ge utökade befogenheter till förvaltaren av moderbolagets insolvensförfarande är en sådan lösning som bör utredas.

Svårigheten att komma fram till praktiskt användbara lösningar på de problem som beskrivits i denna framställning syns på det faktum att det tagit över 40 år att få en insolvensförordning antagen. Insolvensförordningen har skapat en utmärkt grund för arbetet med att effektivisera gränsöverskridande insolvensförfaranden och klargöra hur domstolarnas behörighet ska avgöras. Framöver behövs en korrekt och enhetlig tillämpning av förordningen vilket kräver en precisering och utveckling av regleringen. Detta tillsammans med ett förbättrat samarbete på nationell nivå är en förutsättning för att nå insolvensförordningens målsättning.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur och artiklar

Berends, André J., *Judicial decisions involving questions of private international law, The Eurofood case: One company, two main insolvency proceedings: Which one is the real one?*, Netherlands International Law Review (NILR), L:331-361, 2006.

Bogdan, Mikael, *Sveriges och EU:s internationella insolvensrätt*, 1997, Norstedts Juridik, Stockholm.

Bufford, Samuel L., *International Insolvency Case Venue in the European Union: the Parmalat and Daisytek Controversies*, 2005.
http://www.iiiiglobal.org/country/european_union/1_Bufford_Case_Venue.PDF

Mellqvist, Mikael, *Europeisk internationell insolvensjurisdiktion*, SvJT 2005 s. 449.

Mellqvist, Mikael, *EU:s insolvensförordning och forumshoping*, Insolvensrättsligt Forum 2005, Iustus Förlag, 2006, Uppsala.

Mellqvist, Mikael, *Företagsinteckningen och EU:s insolvensförordning*, SvJT 2006 s. 453.

Mellqvist, Mikael, Persson, Annina H., *Internationell insolvensrättslig jurisdiktion och forumshoping m.m. – EU:s insolvensförordning och det praktiska rättslivet*, Seminarieunderlag till Insolvensrättsligt Forum 2007 i Uppsala (stenc.)

Moss, Gabriel, Fletcher, Ian F., Isaacs Stuart, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings – A commentary and annotated guide*, 2002, Oxford University Press, Oxford.

Omar, Paul J., *The Extra-Territorial Reach of the European Insolvency Regulation*, Seminarieunderlag vid INSOL Europe Annual Congress, Bucharest, Romania, September 28-30 2006.
<http://www.insol-europe.org/downloads/congress/2006/papers/PaulOmarEIRExternal.pdf>

Persson, Annina H., Mellqvist, Göran, *Omfattas företagsinteckningen av artikel 5 i EU:s insolvensförordning?*, SvJT 2006 s. 464.

Taylor, Stephen, *The Practical Implementation of the EU Insolvency Regulation: Pitfalls and Opportunities*, Insolvensrättsligt Forum 2005, Iustus Förlag, 2006, Uppsala.

Torremans, Paul, *Cross Border Insolvencies in EU, English and Belgian Law*, 2002, Kluwer Law International, The Hague.

Van Galen, Robert, *The European Insolvency Regulation and Groups of Companies*, Seminarieunderlag vid INSOL Europe Annual Congress, Cork, Ireland, October 16-18 2003.

http://www.iiiglobal.org/country/european_union/Cork_paper.pdf

Wessels, Bob, *The EC Insolvency Regulation: Three Years in Force*, European Company Law, Issue 2, June 2005.

Wessels, Bob, *The European Union Regulation: An Overview with Trans-Atlantic Elaborations*, International Bankruptcy Law, Part II, 2002.

http://www.iiiglobal.org/country/european_union/Norton03Wessels.pdf

Wessels, Bob, *The Place of the Registered Office of a Company: a Cornerstone in the Application of the EC Insolvency Regulation*, European Company Law, Volume 3, Issue 4, August 2006.

Wessels, Bob, *Twenty Suggestions for a Makeover of the EU Insolvency Regulation*, International Caselaw Alert, No. 12 – V/2006.

<http://www.eir-database.com/download/caselaw/9/International-Caselaw---Alert-No-12-V-2006-October-31,-2006.pdf>

Offentligt tryck

Ds 2007:6 *Internationell insolvens – En diskussionspromemoria*.

Report on the convention on insolvency proceedings/Rapport angående konventionen om insolvensförfaranden, 6500/1/96, REV 1, DRS 8 (CFC), ”Den förklarande rapporten”.

Rättsfallsförteckning

EG-domstolen

Domstolens dom av den 2 maj 2006, *Eurofood ISFC Ltd*, mål C-341/04

Domstolens dom 17 januari 2006, *Susanne Staubitz-Schreiber*, mål C-1/04.

Svensk domstol

Hovrätten för Övre Norrland, beslut den 14 februari 2006, Mål nr Ö 929/05.

NJA 1980 s. 164

Utländsk domstol

Ci4Net.Com Inc., High Court of Justice, Leeds District Registry, Chancery Division 20 May 2004, nr. 556-557, [2004] IESC45.

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.

Re Brac Rent a Car International Inc., [2003] EWHC 128 (Ch).