

Europeisk internationell insolvensjurisdiktion¹

Av hovrättsrådet MIKAEL MELLQVIST

I artikeln belyses frågan om den europeiska (och därmed också den svenska) internationella insolvensjurisdiktionen så som den har uttryckts i artikel 3 i EU:s insolvensförordning. Därvid berörs en begynnande europeisk domstolspraxis och vissa kommentarer kring den. Mot bakgrund av intresset av att motverka illojal forumshoping framförs vissa synpunkter på hur det avgörande anknytningskriteriet "huvudsakliga intressen" kan bedömas och vilken betydelse som därvid bör tillmätas presumtionen till förmån för en juridisk persons säte. Som ett kompletterande anknytningskriterium används i insolvensförordningen "driftställe". Även det kriteriets betydelse för frågan om forumshoping berörs kort.

1. EU:s insolvensförordning och forumshoping

Rådets förordning (EG) nr 1346 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden (insolvensförordningen) trädde i kraft den 31 maj 2002.² Sedan den dagen är den gällande rätt i samtliga EU-stater utom Danmark.³

Tillkomsten av insolvensförordningen har inneburit förändringar — större eller mindre — för samtliga europeiska stater vad gäller frågan om den egna internationella insolvensjurisdiktionen. Insolvensförordningen hindrar i och för sig inte att en gäldenär som inte har sina huvudsakliga intressen inom EU blir föremål för ett insolvensförfarande i en EU-stat. Men förordningen är i så fall inte alls tillämplig.⁴

¹ Denna artikel utgör en bearbetad och utvecklad version av en PM jag presenterade under diskussionsavsnittet "Insolvensförordningen och forumshoping" vid Insolvensrättsligt forum i Uppsala i februari 2005.

² Insolvensförordningen innehåller 47 artiklar och tre bilagor. Den inleds med 33 s.k. ingresspunkter (eller ingressmeningar), som kan sägas utgöra en form av en kort kommentar till förordningen och de ändamål den är avsedd att tjäna. Insolvensförordningen har kommenterats av Mikael Mellqvist, EU:s insolvensförordning m.m. — En kommentar, Stockholm 2002 (cit. Kommentaren). I den finns också den Förklarande rapporten återgiven (se not 8). Se också Mikael Mellqvist i Ny Juridik 1:00 och 2:00 samt Insolvensrättsligt forum 2003.

³ Se ingresspunkt 33. Undantaget för Danmark bortses fortsättningsvis ifrån i den löpande texten.

⁴ Det bör dock observeras att även i dessa fall måste en europeisk domstol i sitt beslut att inleda ett insolvensförfarande konstatera att gäldenärens huvudsakliga intressen är belägna utanför gemenskapen. Man kan uttrycka det som att insolvensförordningen måste tillämpas för att slå fast att den inte är tillämplig, dvs. en sorts negativt prov. Det innebär t.ex. att insolvensförordningen utan undantag måste tillämpas så snart t.ex. en svensk domstol tar ställning till en ingiven konkursansökan. Mer om detta i det följande.

Ett av de uttalade syftena med insolvensförordningen är att motverka illojal forumshoping. Som bekant används forumshoping som ett allmängiltigt — och aningen negativt klingande — begrepp för att ”välja jurisdiktion” och det har inte enbart bäring inom den internationella insolvensrätten. Forumshoping behöver emellertid nödvändigtvis inte vara en negativ företeelse.⁵ Men i insolvensrättsliga sammanhang förknippas det vanligen med något som är av ondo och som därför bör bekämpas. Problemet med forumshoping bottenar givetvis i att olika rättsordningar hanterar insolvensfrågor på olika sätt. Förutom att det finns s.k. bekvämlighetsjurisdiktioner, dvs. rättsordningar där det över huvud taget inte går att komma åt en insolvent gäldenär på ett effektivt sätt, finns det även skillnader mellan i och för sig högst civiliserade rättsordningar som kan göra det attraktivt för en gäldenär att inför en förestående insolvenssituation (eller redan tidigare) placera såväl sig själv som sina tillgångar inom en viss bestämd jurisdiktion. Problemet är egentligen *att* det finns olika rättsordningar. Det problemet löser man knappast i en handvändning; om ens någonsin. En enda universell rättsordning framstår tvärtom som en utopi. En mer begränsad men någorlunda realistisk strävan blir då i andra hand att så långt som möjligt harmonisera de rättsordningar som finns. Trevande tendenser härtill finns på olika håll i världen — EU i stort kan tjäna som ett exempel — men några egentliga resultat kan inte visas upp någonstans. Det tredje steget blir att söka åstadkomma internationellt-privat och processrättsliga lösningar och/eller lösningar innefattande gränsöverskridande rättsligt samarbete. På den nivån har en del hänt (just EU:s insolvensförordning är ett exempel) och mer kommer säkert att hända.⁶

Det som redan har nämnts; att ett av insolvensförordningens uttalade syften just är att förhindra — eller i vart fall försvåra — forumshoping finns det anledning att särskilt betona. I ingresspunkten 4 anges att det med forumshoping avses att ”överföra tillgångar från en medlemstat till en annan eller att välja jurisdiktion för att få en förmånligare ställning”. Det bör enligt samma ingresspunkt undvikas att parter får motiv till sådan ”shoping”.⁷ Med det menas rimligen att insolvensförordningen är utformad så att *illojal* forumshoping förhind-

⁵ Se Michael Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, 6 uppl., Stockholm 2004, s. 37. En hisnande läsning rörande amerikanska förhållanden vad gäller illojal forumshoping erbjuder Lynn M. LoPucki, *Courting Failure — How Competition for Big Cases Is Corrupting the Bankruptcy Courts*, Ann Arbor, 2005.

⁶ Den internationella diskussionen är livaktig. Uncitral, Världsbanken, Internationella valutafonden, INSOL och IBA m.fl. bidrar på olika sätt till denna livaktighet. Användbara internetadresser när man söker material rörande internationell insolvensrätt är t.ex. www.iiiglobal.org, www.globalinsolvency.com, www.worldbank.org, och www.insol-europe.org. På www.uncitral.org/en-index.htm hittar man information rörande Uncitral's modellag och andra projekt Uncitral driver eller deltar i. www.ilf-frankfurt.de har mycket intressant tyskt material, varav en del engelskspråkigt. EU-relevant information hittar man på www.europa.eu.int.

⁷ Jfr Paul J. Omar, *European Insolvency Law*, Aldershot, 2004, s. 91 f.

ras eller försvåras.⁸ Det bör nämligen anmärkas att det knappast kan finnas anledning att i och för sig förhindra eller försvåra att någon genom att placera sina huvudsakliga intressen i ett visst land väljer vilken insolvensjurisdiktion som vederbörande underkastas. Det är först när så sker *i syfte* att göra egendomen (eller sig själv) oåtkomlig eller svårkomlig för berättigade anspråk, som det bör förhindras eller försvåras.⁹ Som redan har nämnts behöver emellertid forumshoping nödvändigtvis inte alltid vara ett tecken på ett illojalt förfarande.

2. Källorna

Inledningsvis skall här mycket kort några allmänna synpunkter redovisas vad gäller själva rättskällematerialet. Förordningstexten, aktuella ingresspunkter och vissa uttalanden i den Förklarande rapporten är som jag ser det de auktoritativa källor — i angiven ordning — man har att utgå ifrån. Av dessa är det, i vart fall av formella skäl, möjligt att degradera den Förklarande rapporten. Den diskussionen tänker jag inte föra här, utan min utgångspunkt är att rapporten allmänt anses ha den status jag här givit den. Det är för övrigt något som av hittills lämnade kommentarer inte synes vara ifrågasatt.¹⁰

Det är fortsättningsvis av intresse att se vilken status domstolsavgöranden i hithörande frågor från ett EU-land tillerkänns i de övriga EU-länderna. Det är ju här frågan om att de europeiska domstolarna har en och samma ”lag” att tillämpa. Under de cirka tre år som insolvensförordningen har varit i kraft har det hunnit att meddelas en del domstolsavgöranden. Avgörandena är dock för få, för spridda och fram för allt inte i någon större utsträckning härrörande från domstolar som har till uppgift att skapa prejudikat, för att man skall kunna tala om någon mer enhetligare, stabilare eller vägledande praxis.¹¹ Dessa tidiga avgöranden kan dock tjäna som fingervisningar om vilka frågor som kommer att finnas i blickpunkten när insolvensförordningens jurisdiktionskriterier successivt kommer att preciseras.

⁸ Jfr FR7. Till det konventionsutkast (1995 års konventionsutkast) som aldrig kom till stånd utan i stället ”transformerades” och blev insolvensförordningen finns en inofficiell Förklarande rapport (FR) utarbetad. Den finns som bilaga i Kommentaren. FR7 = punkt 7 i FR.

⁹ I detta ligger också i förlängningen — när ett förhinder, trots ett eventuellt försvårande — har misslyckats, att gäldenärens val av en viss jurisdiktion i illojalt syfte kanske inte behöver respekteras.

¹⁰ Det förefaller tvärtom som att rapportens status har bekräftats av domstolar och skilda författare, se Kommentaren s. 47, Annina H Persson i JT 2000–01 s. 331 f. och Bob Wessel, ”Moving House: Which Court Can Open Insolvency Proceedings?”, www.iiiglobal.org (cit Wessel I).

¹¹ För en svensk läsare — någon annan finns väl i och för sig inte — kan jämförelsen göras mellan referat av domar från å ena sidan hovrätterna och från den andra Högsta domstolen publicerade i RH respektive NJA. De förra utgör som bekant inte prejudikat som utan vidare manar till efterföljd, medan de senare — i vart fall antagligen — gör det; i Sverige vill säga. Den begynnande europeiska praxis som här avses är, med något undantag, inte något annat än kommentarer och analyser av och slutsatser dragna från enstaka ”tings- eller hovrättsavgöranden” från andra länder.

Frågan vilken gränsöverskridande betydelse nationell praxis kommer att få inbjuder givetvis till intressant spekulation. För svenskt vidkommande har som bekant avgöranden av Högsta domstolen prejudikatvärde, dvs. de manar utan vidare normalt till efterföljd här i Sverige. För att ett avgörande i en EU-rättslig fråga från Högsta domstolen skall beaktas — eller dess existens över huvud taget noteras — i något annat EU-land än Sverige krävs dock *för det första* mer — antagligen betydligt mer — än enbart publicering i NJA.¹² *För det andra* kan man utgå från att avgörandena inte utan vidare manar till efterföljd i andra länder. I konkurrens med avgöranden från prejudikatinstanser i övriga medlemsländer kan de givetvis tjäna som inspiration i den mån innehållet i avgörandet är övertygande. EG-domstolens avgöranden kan på sikt tänkas få betydelse. Med tanke på att förhandsbesked från EG-domstolen enbart måste begäras av (i Sverige) Högsta domstolen, och även till handläggningstiderna hos EG-domstolen, kan det komma att dröja många år innan det finns något avgörande därifrån.¹³ Ett annat ”problem” i sammanhanget är att ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande regelmässigt går i omedelbar verkställighet och att ändring efter överklagande vanligen saknar retroaktiv effekt. I det enskilda fallet kommer därför överrättsavgöranden — särskilt från tredje eller kanske fjärde instans — alltid *post festum*, vilket bl.a. innebär att det många gånger kan saknas incitament att föra saken vidare i instansordningen.

En annan — likaledes intressant — fråga är vilken roll den juridiska doktrinen kommer att spela. Kommer domstolar i London och Amsterdam i sin dömande verksamhet att fästa avgörande vikt vid insiktsfulla kommentarer på finska, portugisiska eller grekiska? Och hur är det med nederländska domstolars beredvillighet att låta sig imponeras av doktrinuttalanden på italienska och vice versa? Man behöver inte uppbåda alltför mycket fantasi för att inse att doktrinen riskerar att få begränsad gränsöverskridande betydelse, trots att det är den rättskälla som formellt sett är minst bunden av nationsgränser. Och det största hindret mot en gränsöverskridande doktrin är säkerligen språkförbistringen, inte det nationella ursprunget i sig. Sådant som har publicerats på andra språk än engelska, och i någon mån kanske även spanska och tyska, kommer inte annat än undantagsvis ge avtryck inom andra språkområden.

¹² Det skulle naturligtvis vara värdefullt om nationell praxis kring insolvensförordningen fångades upp och samlades på europeisk nivå och gjordes allmänt tillgänglig, jfr Bob Wessel, *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe*, in *Particular Against (Groups of) Companies*. Institute for Law and Finance, Working Paper Series No 17 (cit. Wessel II), p. 16, tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de.

¹³ Jfr Wessel II, 12 p. och NJA 2004 s. 735.

3. Anknypningskriterierna ”huvudsakliga intressen” och ”driftställe”

I insolvensförordningens artikel 3.1 och 3.2 regleras de europeiska domstolarnas behörighet att inleda en konkurs eller något annat insolvensförfarande (i Sverige konkurs och företagsrekonstruktion) när gäldenärens huvudsakliga intressen finns inom gemenskapen.¹⁴ Nämnade delar av artikel 3 lyder.

Artikel 3.1

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

Artikel 3.2

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

Behörigheten att inleda en konkurs eller något annat insolvensförfarande när gäldenären har sina huvudsakliga intressen inom EU, dvs. i ett visst bestämt EU-land (jfr ingresspunkten 14), är alltså exklusivt begränsad till två fall. För *det första* kan ett insolvensförfarande inledas när gäldenären har sina huvudsakliga intressen i det land där ansökan görs (artikel 3.1).¹⁵ För *det andra* kan ett insolvensförfarande inledas när gäldenären har ett driftställe i ansökningslandet (artikel 3.2) och sina huvudsakliga intressen i något annat EU-land.¹⁶ I det första fallet blir förfarandet ett s.k. huvudinsolvensförfarande, i det andra fallet blir det ett territoriellt (dvs. nationellt) begränsat förfarande. Det senare kan i sin tur vara ett självständigt förfarande eller, om det redan pågår ett huvudinsolvensförfarande i något annat EU-land, ett sekundärförfarande.¹⁷ Med att anknypningskriterierna är exklusiva avses att det inte är möjligt att inleda ett insolvensförfarande i något av EU-länderna på någon annan grund, om gäldenären har sina huvudsakliga intressen i ett EU-land.¹⁸ Anknypningsfaktumet ”huvudsakliga intressen” har alltså i teorin betydelse på två nivåer; *dels* för att avgöra om insolvensförordningen över huvud taget är tillämplig, *dels* för att

¹⁴ Vilka nationella insolvensförfaranden i övriga länder som omfattas av insolvensförordningen framgår av artikel 1.1 och 2 a samt bilaga A.

¹⁵ Kommentaren s. 104 f.

¹⁶ Kommentaren s. 112 f.

¹⁷ Ett sekundärförfarande är sam- och underordnat ett huvudinsolvensförfarande på vissa sätt, se artikel 27 och 29–38 samt Kommentaren s. 49 f. och s. 123 f.

¹⁸ För att nämna några drastiska exempel kan en svensk domstol vara förhindrad att försätta såväl ett svenskt aktiebolag med verksamhet i Sverige som en svensk medborgare med hemvist i Sverige i konkurs.

avgöra i vilket EU-land ett huvudinsolvensförfarande i så fall skall äga rum. Men i den praktiska tillämpningen går det inte att skilja de "två nivåerna" åt. Det är — och detta är viktigt — *endast en enda* bedömning som skall göras (se mer i det följande).

Platsen där de huvudsakliga intressena finns bör — sägs i det i ingresspunkten 13 — motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är fastställbar för tredje man. Det ställs med andra ord upp ett (i förordningen icke uttryckt på annat sätt än i nämnda ingresspunkt 13) *synbarhetskriterium*, dvs. för tredje man iakttagbara faktiska förhållanden är avgörande när intressena skall lokaliseras. Detta synbarhetskriterium är som ett övergripande kriterium viktigt i sammanhanget.

Vad som sägs i den Förklarande rapporten ger inte mycket mer vägledning.¹⁹ Där sägs att "syftet med att använda uttrycket *intressen* var att inte enbart kommersiella, industriella eller professionella aktiviteter skulle omfattas, utan också allmänna ekonomiska aktiviteter, för att privata individers (exempelvis konsumenters) aktiviteter också skulle inkluderas". Vidare sägs att "uttrycket *huvudsakliga* tjänar som urvalskriterium när intressena omfattar verksamhet av annan art som drivs från olika platser". Ordet "förvaltar" i ingresspunkt 13 kan inte användas för någon vidare bestämning. Det betyder inte annat än "har" i detta sammanhang.²⁰

I andra hand används alltså "*driftställe*" som anknytningsfaktum. Man kan uttrycka det som att "driftställe" tjänar som ett *kompletterande anknytningsfaktum* avseende ett visst EU-land när de huvudsakliga intressena finns i något annat EU-land. "Driftställe" är alltså inte helt och hållet något självständigt anknytningsfaktum. Med "driftställe" avses enligt definitionen i artikel 2 h "varje verksamhetsplats där gäldenären annat än tillfälligt idkar ekonomisk verksamhet med personella och materiella resurser."²¹ I den Förklarande rapporten redogörs för bakgrunden till att begreppet "driftställe" har valts och där framhålls *dels* att begreppet skall tolkas självständigt, *dels* att definitionen i artikel 2 h är mycket vid.²² Med att begreppet "driftställe" är självständigt avses att det skall tolkas autonomt inom ramen för förordningen och

¹⁹ Se FR75.

²⁰ Det arbete som har mynnat ut i insolvensförordningen inleddes redan på 1960-talet och 1982 förelåg ett väl bearbetat utkast till en konvention. I det utkastet användes i artikel 3 uttrycket "centre of administration" i stället för "centre of main interests" ("huvudsakliga intressen"). Och även där fanns en presumtion till förmån för en juridisk persons säte när detta anknytningsfaktum skulle bedömas. Någon sakligt sett avgörande skillnad föreligger inte i nu aktuellt hänseende mellan den nu gällande insolvensförordningen och 1982 års konventionsutkast. Se vidare Report on the draft Convention on bankruptcy, winding-up, arrangements, compositions and similar proceedings, Bulletin of the European Communities, supplement 2/82, s. 12 och s. 57 f. Jfr ang. ett tidigare utkast inom ramen för samma "projekt", Henry Montgomery, SvJT 1971 s. 380. Ang. insolvensförordningens tillkomsthistoria se vidare Kommentaren s. 39 f. och Ds 2002:59 s. 35 f.

²¹ Kommentaren s. 113 f.

²² FR70.

att man därvid inte skall fästa vikt vid hur begreppet eller liknande begrepp används och tillämpas inom ramen för andra rättsliga EU-instrument.²³ Med driftställe avses enligt den Förklarande rapporten *för det första* en verksamhetsplats där såväl personella som materiella resurser används för att agera på en marknad. Det krävs en viss stabilitet i närvaron på den marknaden och det krävs en viss organisatorisk miniminivå av verksamheten. *För det andra* krävs en viss tidsmässig varaktighet och uthållighet. Det bakomliggande syftet sägs i rapporten vara att samma regler skall gälla för utländska ekonomiska aktörer som utövar sin ekonomiska verksamhet via ett lokalt driftställe, som för nationella ekonomiska aktörer, så länge båda verkar på samma marknad. På så vis, fortsätter rapporten, behöver borgenärerna inte bekymra sig om man gör affärer med ett nationellt eller utländskt företag.²⁴

Av visst intresse för de fortsatta resonemangen är också frågan vem som kan initiera ett insolvensförfarande. Kretsen av behöriga sökande skiljer sig åt vad gäller ett huvudinsolvensförfarande respektive ett territoriellt begränsat förfarande. I det förra fallet regleras inte ansökningsbehörigheten alls i insolvensförordningen, utan den avgörs av nationell rätt. I svensk rätt finns bestämmelser härom i 1 kap. 2 § konkurslagen och i 2 kap. 1 § lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion. Dessa regler innebär att gäldenären själv eller en borgenär är behörig att ansöka om att ett förfarande skall inledas. När det gäller behörigheten att inleda ett territoriellt begränsat insolvensförfarande, innan ett huvudinsolvensförfarande har inletts i något annat land, tillkommer enligt artikel 3.4 b i insolvensförordningen kravet beträffande en sökande borgenär att han eller hon har hemvist eller säte inom ifrågavarande jurisdiktion eller har en fordran som härrör från verksamheten vid det aktuella driftstället (t.ex. en anställd löntagare där eller en leverantör av varor dit).²⁵ När det gäller möjligheten att inleda ett sekundärförfarande har enligt artikel 29, förutom de som är behöriga enligt nationell rätt, även förvaltaren i huvudinsolvensförfarandet sådan behörighet.²⁶

²³ Uttalandet om en självständig tolkning tar sikte på förhållandet till artikel 5.5 i Brysselkonventionen (numera Bryssel I-förordningen) där det föreskrivs att talan i fråga om tvist som hänför sig till *verksamheten vid en filial, agentur eller annan etablering* under vissa förutsättningar kan väckas vid domstol i den ort där denna är belägen. Se Lennart Pålsson, Brysselkonventionen, Luganokonventionen och Bryssel I-förordningen, Stockholm, 2002, s. 119 f.

²⁴ FR71.

²⁵ Regleringen i artikel 3.4 b *inskränker* alltså här vad som föreskrivs i konkurslagen och lagen om företagsrekonstruktion. Se vidare Kommentaren s. 120 f.

²⁶ Regleringen i artikel 29 *utvidgar*, eller *kompletterar*, här vad som föreskrivs i konkurslagen och lagen om företagsrekonstruktion. Se vidare Kommentaren s. 131 f.

4. Ett försök till en närmare precisering av kriteriet ”huvudsakliga intressen”

Den fortsatta framställningen

Mot den nu tecknade bakgrunden är det givetvis av största intresse att följa de europeiska domstolarnas tillämpning av kriteriet huvudsakliga intressen och också se vilken ställning den i artikel 3.1 angivna presumptionen beträffande juridiska personer därvid ges. I anledning av en begynnande europeisk praxis och kommentarer i anslutning till denna skall här kort diskuteras huvudsakligen två frågor; *för det första* kan man — och i så fall hur — närmare bestämma innebörden av kriteriet ”huvudsakliga intressen” och *för det andra* vilken betydelse kan man — eller bör man — tillmäta presumptionen i artikel 3.1 rörande juridiska personer. En sådan person skall som bekant anses ha sina huvudsakliga intressen där sätet är beläget, om inte annat visas. Någon motsvarande uttrycklig presumtion för fysiska personer finns inte i insolvensförordningen. I det följande tas dock *för det tredje* till diskussion upp frågan om det kanske ändå inte är möjligt att ställa upp en presumtion även för fysiska personer. Dessutom, *för det fjärde*, skall några kommenterande synpunkter lämnas rörande betydelsen av kriteriet ”driftställe” i ett perspektiv av forumshoping. Uppsatsen avslutas, *för det femte*, med en kort sammanfattning av mina egna synpunkter på frågan hur kriteriet huvudsakliga intressen bör bedömas och vilken betydelse som därvid bör tillmätas presumptionen till förmån för gäldenärens säte (beträffande juridiska personer) eller hemvist (beträffande fysiska personer).

Huvudsakliga intressen — en enda bedömning men på två nivåer

På ett teoretiskt plan kan man, som nämnts, säga att kriteriet huvudsakliga intressen skall bedömas på två nivåer. *För det första* skall domstolen avgöra om insolvensförordningen över huvud taget är tillämplig, dvs. om gäldenärens huvudsakliga intressen finns i någon EU-stat och *för det andra* om just den domstolen i den staten inom ramen för denna förordning har behörighet att inleda ett huvudinsolvensförfarande, dvs. om de huvudsakliga intressena finns i det egna landet (här bortses från möjligheten att inleda ett territoriellt begränsat förfarande). Även om det på ett teoretiskt plan alltså rör sig om bedömningar på två nivåer, är det i praktiken enbart frågan om en enda bedömning. Detta kan behöva utvecklas något.

I ingresspunkten 14 anges att det krävs att de huvudsakliga intressena ”finns i gemenskapen”. Detta måste enligt min uppfattning läsas som att dessa intressen ”finns inom en bestämd stat i gemenskapen”. Det talas också i förordningstexten i artikel 3.1 om *den medlemsstat* inom vars territorium gäldenärens huvudsakliga intressen finns och i artikel 3.2 om att de befinner sig inom *en medlemsstats* territorium. Det kan jämföras med vad som sägs i den Förklarande rapporten, nämligen att konventionen är tillämplig endast när gäldenärens huvudsakliga in-

tressen ”finns inom en *fördragsslutande stats* territorium (dvs. inom gemenskapen)”.²⁷ Detta kan inte innebära annat än att en domstol alltid måste avgöra om de huvudsakliga intressena finns i något *bestämt EU-land*. Detta för att avgöra om insolvensförordningen över huvud taget är tillämplig. Det duger då inte att slå fast att insolvensförordningen är tillämplig av det skälet att de huvudsakliga intressena finns i *något EU-land, oklart vilket*. Domstolen måste alltså gå ett steg längre och kunna slå fast, endera att de huvudsakliga intressena finns i ett visst bestämt EU-land eller annars att de finns utanför gemenskapen. Oavsett vad domstolen då kommer fram till är bedömningen vad insolvensförordningen anbelangar slutförd. Finns de huvudsakliga intressena i det egna landet bifalls ansökningen. Finns dessa inte i det egna landet, men i ett annat EU-land, avslås (alternativt avvisas) den.²⁸ Vad resultatet blir om domstolen kommer fram till att de huvudsakliga intressen inte finns i det egna landet och inte heller i något annat EU-land regleras inte alls i insolvensförordningen; det är i stället en fråga för varje EU-lands internationella insolvensrätt — insolvensförordningen förutan — att avgöra. Men även i detta fall har insolvensförordningen enligt min bestämda uppfattning betydelse på det sättet att domstolen i dessa fall måste ha konstaterat att den inte är tillämplig, dvs. att de huvudsakliga intressena inte finns i något bestämt land i gemenskapen. En domstol kan alltså inte bortse från insolvensförordningen och konstatera att man under alla förhållanden har internationell behörighet på någon annan än där angiven grund (t.ex. förekomsten av tillgångar i landet), även om det i och för sig skulle ha stöd i nationell rätt.

Anta t.ex. följande. Ett gäldenärsföretag har sina huvudsakliga intressen i Sverige eller Spanien. Någon tredje möjlighet finns i detta tänkta fall inte. En svensk domstol kan då inte nöja sig med att i ett avslagsbeslut konstatera att det inte går att fastställa i vilket av de två länderna de huvudsakliga intressena finns. Endera konstaterar domstolen att de finns i Sverige och bifaller ansökningen eller så avslår (alternativt avvisar) domstolen ansökningen med ett konstaterande att de huvudsakliga intressena finns i Spanien. Den svenska domstolen kan alltså inte stanna vid ett konstaterande att de huvudsakliga intressena under alla förhållanden inte finns i Sverige och på den grunden avslå ansökningen. I så fall har domstolen ju inte tagit ställning till om insolvensförordningen är tillämplig, vilket domstolen enligt min mening alltså alltid måste göra. En helt annan sak är att en bedömning av svensk domstol att de huvudsakliga intressena finns i

²⁷ Se FR11. En ”fördragsslutande stats” skall här alltså läsas som en ”medlemsstats”. Jfr FR82.

²⁸ Möjligheten att med stöd av anknytningsfaktumet ”driftställe” inleda ett territoriellt begränsat förfarande bortses alltjämt ifrån. Huruvida det enligt svensk processrätt är mest korrekt att *avslå* eller *avvisa* en sådan ansökan har jag här inte ägnat mer än en flyktig tanke. Svaret torde under alla förhållanden vara såväl teoretiskt som praktiskt helt utan intresse. Eller?

Spanien inte är bindande för en spansk domstol. En domstol i Spanien kan alltså i detta fall också avslå en ansökan beträffande samma gäldenär med motiveringen att gäldenärens huvudsakliga intressen finns i Sverige. Om två domstolar i två olika länder gör sådana diametralt motsatta bedömningar har de gemensamt lyckats skapa insolvensrättslig immunitet åt gäldenärsföretaget. Men så illa kan det väl inte gå i praktiken? Konkursimmunitet kan också skapas om en svensk domstol t.ex. avslår en ansökan med motiveringen att det är osäkert om de huvudsakliga intressena finns i någon EU-stat eller inte, men att de i vart fall inte finns i Sverige. Genom ett sådant beslut har domstolen bl.a. betagit sökanden möjligheten att få sin ansökan bifallen på något annat än i insolvensförordningen angivet anknytningsfaktum (t.ex. förekomsten av tillgångar i Sverige), vilket ju enligt svensk rätt är möjligt om den huvudsakliga intressena *inte* finns i någon EU-stat.

"Huvudsakliga intressen" — går det att ringa in?

Om man skall fastställa var en juridisk persons huvudsakliga intressen är belägna utan att använda sig av presumtionen till förmån för sätet, inställer sig frågan vilka omständigheter som skall beaktas och hur dessa skall värderas vid bedömningen. Begreppet "huvudsakliga intressen" är generellt; det såväl tillåter som kräver att man vid bedömningen tar hänsyn till samtliga relevanta omständigheter, vilket inte är ett särskilt hjälpsamt konstaterande. Det innebär egentligen inte annat än den självklarhet som ligger i att man inte får eller skall beakta irrelevanta omständigheter. Det är därför mer fruktbart att ställa sig frågan hur man skall värdera olika relevanta omständigheter och hur man skall väga dessa mot varandra.

Det skall genast erkännas att det är svårt, mycket svårt, att generellt ringa in och sätta ett "värde" på olika tänkbara omständigheter av relevans. Knapphändigheten och vagheten i förordningstext, ingresspunkter och förklarande rapport öppnar dörren till spekulationer, t.o.m. vidlyftiga sådana. Det är däremot inte svårt att räkna upp olika omständigheter som generellt sett under vissa förutsättningar *kan* tänkas vara av betydelse i sammanhanget. Hit kan höra egentligen alla sådana faktorer som utgör led i en affärsverksamhet, såsom t.ex. var tillverkning sker, var företagets ledning finns, hur kontorsorganisationen är utformad, var det finns försäljningsställen, hur företagets samlade kontraktbild ser ut, hur serviceorganisationen är beskaffad, var kunder finns m.m. Alla sådana omständigheter kan vara av betydelse, men endast under förutsättning att det övergripande och viktiga *synbarhetskriteriet* är uppfyllt. Om ett företag t.ex. i tio olika länder har kontor som tillhandahåller i stort samma service är det betydelseöst om ett av dessa kontor har ställning som huvudkontor, så länge detta inte framgår för någon utomstående. Och interna bestämmelser om uppdelningar av befogenheter och funktioner m.m. saknar i

sammanhanget betydelse. Beträffande fysiska personer tillkommer faktorer av icke-affärsmässig karaktär, såsom var personen i fråga vistas, var han eller hon har sin familj, sina sociala kontakter m.m.²⁹ Alla nu angivna exemplifierande faktorer *kan* vara av betydelse när det skall avgöras var gäldenären har sina ”intressen”.

Bland annat i anledning av en begynnande europeisk praxis har olika kommentatorer diskuterat kring frågor om värdering av skilda relevanta omständigheter och avvägningen dem emellan. Michael Martinez Ferber har punktat upp ett stort antal omständigheter som man enligt honom *särskilt* bör beakta vid bedömningen av till vilken plats de ”huvudsakliga intressen” skall knytas, nämligen följande.³⁰

— 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 alla verkställande, strategiska och administrativa beslut i relation till ekonomisk och annan verksamhet fattas,

— den plats där gäldenärens verksamhet har finansierats,

— den plats där flertalet avtal avseende gäldenärens varor har förhandlats fram och träffats,

— 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),

— 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 sitt hemvist, om gäldenärsföretaget saknar fast kontor och

²⁹ Jfr Wessel II, p. 16 och vad där kritiskt sägs om betydelsen av gäldenärens ”emotional ties”.

³⁰ Michael Martinez Ferber, ”European Insolvency Regulation. Substantive Consolidation, the threat of Forum Shopping and a German point of view”, Osterspai, 2004, s. 22 f. Översättning från engelska till svenska är gjord av mig. Ferber redogör kort för ett stort antal (27) avgöranden från olika europeiska domstolar, se s. 31 f. och boken är generös med hänvisningar till annan litteratur på området. Ferbers bok kan beställas från www.ditmar-weis.de.

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

Bortsett från att uppräkningsen synes innehålla vissa dubbleringar kan givetvis var och en av punkterna i och för sig vara av betydelse beroende på förutsättningarna i det enskilda fallet. Och av de rättsfall som Ferber redovisar framgår att nämnda omständigheter är föremål för diskussion i ett eller flera av fallen, om än inte särskilt ofta på något mer inträngande sätt. För min del anser jag att det är svårt — även bortsett från ”formaliteten” att avgörandena inte, med något undantag, härrör från prejudikatskapande instanser — att dra några mer principiellt betonade slutsatser av de angivna rättsfallen. Jag kan således inte se att någon av de angivna omständigheterna i och för sig skall beaktas på något *särskilt* sätt. I stället är de väl så att var och en av de uppräknade omständigheterna väl faller inom ramen för vad som kan tänkas rymmas inom det mycket generellt bestämda rekvisit ”huvudsakliga intressen” som insolvensförordningen tillhandahåller och vad som i anslutning därtill sagts i den förklarande rapporten. I uppräkningsen anges inte heller hur de angivna omständigheterna förhåller sig till varandra. Man kan t.ex. tänka sig att vissa av dem kan förstärka varandra så att ”ett plus ett blir tre” eller i stället att två av dem tar ut varandra. Även andra kombinationer av de uppräknade omständigheterna kan ge anledning till vissa principiella slutsatser. Sådana analyser saknas helt här. Det innebär att man alltså, även efter Ferbers uppräkningsen, befinner sig på ruta ett.³¹

Bob Wessel har i flera sammanhang kommenterat begreppet ”huvudsakliga intressen” och därvid även kommenterat andra kommentatorers kommentarer.³² Han har i sina analyser visat prov på ett öppet och ödmjukt förhållningssätt samt varit försiktig med att dra alltför bestämda slutsatser av generellt slag. Han lyfter dock fram några allmänna och grundläggande synpunkter av intresse. Han tar därvid sitt avstamp i insolvensförordningens rättsliga miljö, dvs. som en del av EG-rätten, och påminner om att man i grund och botten alltid måste hålla i minnet de EG-rättsliga principerna om a) *likabehandling*, b)

³¹ Som kan noteras har jag här mycket kortfattat och svepande ställt Ferbers uppräkningsen mot det stora antal rättsfall han redovisar. Det har bl.a. att göra med att Ferbers redogörelser för fallen är mycket kortfattade (och jag har med några enstaka undantag inte tillgång till dem i en fullständig version) och fram för allt för att jag i detta sammanhang inte vill låta ”enstaka träd skymma skogen”. Det är fullt tänkbart att en mer ingående och detaljerad analys av fallen skulle ge en mer nyansrik bild än vad jag här har tecknat. Men jag har svårt att tro att den generella slutsatsen skulle kunna bli så mycket annorlunda.

³² Se t.ex. Wessel I och II samt densamme ”Germany and Spain Lead Changes Towards International Insolvencies in Europe”, Institute for Law and Finance, Working Paper Series No 15. Den senare finns tillgänglig på www.ilf-frankfurt.de. Se också Wessels översikt, *International Bankruptcy Law. The European Union Insolvency Regulation: An Overview with Trans-Atlantic Elaborations*, tillgänglig på www.iiiglobal.com. Även Wessels artiklar är i denna uppsats översatta från engelska till svenska av mig.

rättssäkerhet och c) *ömsesidigt förtroende* olika länders domstolar emellan, när förordningen tolkas och tillämpas. Han framhåller också d) att *förhindrandet eller försvårandet av forumshöping* är ett av de uttalade ändamålen med förordningen. Han lyfter vidare fram det jag här benämnt e) *synbarhetsrekvisitet*, dvs. att "intressena" måste vara för tredje man iakttagbara faktiska förhållanden och nämner f) att det synes vara gäldenärens *ekonomiska* intressen som först och främst är av betydelse.³³ Dessa utgångspunkter är lätta att ansluta sig till och med dessa har man enligt min mening kommit en bit på väg, om än inte särskilt långt.

Daisytekmålen

Av de rättsfall som hittills har sett dagens ljus är det ett (egentligen flera som sakligt sett hör ihop på vissa sätt) som med fördel kan användas som ett konkret exempel för ett fortsatt resonemang. Inte för att det utan vidare manar till efterföljd utan för att det var flera frågor som ställdes på sin spets och fram för allt för att den inblandade engelska domstolens skäl var ovanligt innehållsrika och därmed inbjudande att kommentera. Det engelska avgörandet har också kommenterats av domstolar i Frankrike och Tyskland. Och Bob Wessel — och även andra kommentatorer — behandlar dessa fall tämligen ingående. De fall som avses är de s.k. *Daisytekmålen*.³⁴

I toppen på Daisytek-koncernen fanns ett amerikanskt bolag, Daisytek Inc., som i USA i maj 2003 lämnade in en egen ansökan om inledande av ett s.k. chapter-11-förfarande.³⁵ Ett av bolagets dotterbolag var Daisytek International Corporation som i sin tur var moderbolag till ett brittiskt bolag, Daisytek-ISA Ltd, som fungerade som holdingbolag för koncernens europeiska verksamhet. Daisytek-ISA Ltd hade fjorton dotterbolag i olika europeiska länder. Ett av dessa, det brittiska bolaget ISA International plc med 450 anställda, var moderbolag för den affärsdrivande verksamheten som alltså bestod av övriga tretton dotterbolag till Daisytek-ISA Ltd. Två av de senare bolagen var det tyskregistrerade bolaget PAR Beteiligungs GmbH och det fransktregistrerade bolaget ISA Daisytek SAS, med 150 anställda. PAR Beteiligungs GmbH hade i sin tur två tyska dotterbolag, ISA Deutschland GmbH och Supplies Team GmbH. Koncernen i Europa bedrev verk-

³³ Under förhandlingarna som ledde fram till insolvensförordningen diskuterades formuleringen "huvudsakliga ekonomiska intressen" som ett alternativ till enbart "huvudsakliga intressen". Ett av skälen till att den sistnämnda lokutionen slutligen valdes var — som antyds i FR75 — att även icke-näringsidkande privatpersoner skulle omfattas av förordningen.

³⁴ High Court of Justice Leeds, beslut den 16 maj 2003, nr 861–876/03, AG Düsseldorf ("regiondomstol") beslut den 6 juni 2003, 502 IN 126/03 och Court d'Appel de Versailles, 24ème Chambre, beslut nr 12 den 4 september 2003 (R.G. No. 03/05038). Redogörelserna för fakta i målen är här hämtade från Wessel II.

³⁵ "Chapter-11-förfarande" är ett insolvensförfarande enligt den amerikanska Bankruptcy Code, som är inriktat på rekonstruktion av gäldenärsföretaget, se vidare Marie Tuula, Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar, 2 uppl., Stockholm 2001, bl.a. s. 81 f., 99 f., 120 f. och 171 f.

samhet som till hälften bestod av lagerhållning och grossistverksamhet med försäljning avseende elektronikprodukter till återförsäljare och till den andra hälften av direkt försäljning av samma slags produkter till slutanvändare.

Av direkt intresse i fortsättningen är ISA International plc (ISA-England), de tre tyska bolagen (ISA-Tyskland) och det franska bolaget (ISA-Frankrike). ISA-England hade säte i Bradfoord, ISA-Tyskland hade säte i Neuss och ISA-Frankrike hade säte i Versailles. ISA-Tyskland och ISA-Frankrike bedrev verksamhet på flera olika platser i respektive land. I övrigt var följande klarlagt.

1) Den samlade finansfunktionen för alla bolagen fanns i Bradfoord, även om ISA-Tyskland och ISA-Frankrike hade egna bankkonton i respektive land. Factoring, som var en viktig komponent i finansieringen, sköttes från Bradfoord. Factoringen fullgjordes enligt bittiska redovisningsprinciper.

2) ISA-Tyskland och ISA-Frankrike behövde godkännande av ISA-England för alla inköp överstigande 5 000 euro.

3) Alla anställda i nyckelpositioner i ISA-Tyskland och ISA-Frankrike var rekryterade i samråd med ISA-England.

4) Alla IT-frågor inklusive teknik och service sköttes från ISA-England.

5) Alla kunder, oavsett var de befann sig, fick service från ISA-England; 15 procent av ISA-Tysklands försäljning härrörde från avtal ingångna av ISA-England.

6) 70 procent av den totala försäljningen härrörde från avtal tecknade av ISA-England.

7) Alla koncernrutiner och all varumärkesinriktad verksamhet sköttes av ISA-England.

8) Verksamheten vid ISA-Tyskland var styrd av ledningen för ISA-England, vars VD besökte ISA-Tyskland två gånger per månad och spenderade 30 procent av sin arbetstid (huvudsakligen i Bradfoord) med frågor rörande ISA-Tyskland. Det synes som om förhållandena rörande ISA-Frankrike i dessa hänseenden var ungefär desamma.

Här skall också nämnas att utgångspunkten i EU:s insolvensförordning är att koncerner är ett ”okänt” fenomen, dvs. förordningen utgår från identiteten hos varje enskild juridisk person.³⁶ Man kan alltså inte låta dotterbolag ”hänga på” ett insolvensförfarande som har inletts beträffande moderbolaget. Detta kan ur någon eller några — kanske många — aspekter vara en nackdel, men är till syvende og sidst en ofrånkomlig utgångspunkt — och vad gäller tillämpningen av insolvensförordningen också en odiskutabel utgångspunkt.

Vid High Court of Justice i Leeds ansökte ISA-England, ISA-Tyskland och ISA-Frankrike om att det för vart och ett av bolagen

³⁶ Se FR76.

skulle inledas ett insolvensförfarande ("administration"). I ansökningarna angav man att det skulle var till fördel, inte minst för borgenärerna, om dessa förfaranden kunde inledas inom en och samma jurisdiktion och förvaltningsmässigt hållas samman (samtidigt ansökte övriga dotterbolag till ISA-England, som alla hade säte i England, om inledande av samma slags förfarande). Domstolen i Leeds beviljade samtliga ansökningar och inledde begärda insolvensförfaranden, som faller under EU:s insolvensförordning.³⁷ Och domstolen prövade också sin internationella behörighet enligt förordningen. Att sådan behörighet förelåg beträffande ISA-England var inte alls överraskande, men däremot var det överraskande att domstolen ansåg sig ha behörighet enligt insolvensförordningen att inleda förfaranden avseende ISA-Tyskland och ISA-Frankrike. Domstolen tillämpade därvid, helt korrekt, artikel 3 i insolvensförordningen och ansåg att dessa bolag hade sina huvudsakliga intressen i England. Till stöd för detta hänförde sig domstolen till de faktiska omständigheter som ovan angetts, varvid de åtta angivna punkterna särskilt framhölls. När det gäller att bestämma var de huvudsakliga intressena finns, ansåg domstolen att man måste se till såväl *omfattningen* som *vikten* av den verksamhet som bedrivs på en viss ort och, i förekommande fall, jämföra detta med verksamhet på andra orter. Vid en sådan jämförelse är det enligt domstolen mycket viktigt att beakta synbarhetskriteriet. Domstolen angav vidare i sina skäl att det var frågan om ett handelsföretag och då är finansierarna och leverantörerna de viktigaste utomstående, dvs. de viktigaste tänkbara borgenärerna. Dessa hade sina kontakter med ISA-England till vilket omfattande och viktiga funktioner avseende såväl ISA-Tyskland som ISA-Frankrike på skilda sätt var knutna. De två senare hade förvisso de flesta kundkontakterna i respektive land, men dessa var enligt domstolen inte i detta sammanhang av samma vikt, eftersom kunder normalt sett är gäldenärer och inte borgenärer. Domstolen ansåg sammanfattningsvis att omständigheterna, även med beaktande av presumptionen i artikel 3.1 i insolvensförordningen, rörande såväl ISA-Tyskland som ISA-Frankrike var sådana att dessa bolags huvudsakliga intressen skulle anses vara i England. Och detta ställningstagande hade inte att göra med den *formella* bindningen till ISA-England.³⁸ Som ovan angetts är det inte under några förhållanden möjligt att låta dotterbolag "hänga på" ett insolvensförfarande avseende moderbolaget. Så gjorde inte heller domstolen i Leeds, utan den ansåg alltså att ISA-Tyskland och ISA-Frankrike som självständiga

³⁷ Se artikel 1.1 och 2 a samt under United Kingdom i bilaga A i insolvensförordningen ang. vilka nationella förfaranden som är att betrakta som insolvensförfaranden.

³⁸ Jfr Ferber, s. 87 f. och vad där sägs om "the Real Seat Theory" kontra "the Incorporation Theory". Det är alltså frågan om man skall beakta en juridisk persons "verkliga" säte eller det "formella" sätet, dvs. i mångt och mycket samma fråga som diskuteras i denna artikel; skall kriteriet "huvudsakliga intressen" bedömas "fritt" eller skall man tillåta att sätespresumptionen ges en dominerande roll?

rättssubjekt hade sina huvudsakliga intressen i England, även om anknytningen till ISA-England i sak spelade en viktig roll vid bedömningen.

Om man som tidigare i detta avsnitt helt bortser från presumptionen till förmån för en juridisk persons säte när de huvudsakliga intressena skall lokaliseras, kan man diskutera om domstolen i Leeds har gjort en välavvägd bedömning. *För det första* kan då konstateras att de omständigheter man har beaktat samtliga i och för sig är relevanta och stämmer väl överens med de omständigheter som t.ex. Ferber har räknat upp. Men som redan har påpekats när man inte särskilt långt med ett sådant konstaterande. *För det andra* tycker jag att domstolen har använt en ändamålsenlig metod, dvs. att väga omfattande och viktiga komponenter mot varandra, när den angriper jurisdiktionsfrågan. Och *för det tredje* har domstolen på ett riktigt sätt lyft fram betydelsen av det, även enligt min mening, viktiga synbarhetskriteriet. Det kanske mest intressanta är dock, *för det fjärde*, att ta ställning till hur domstolen värderat de olika omständigheterna som den fann föreliggande.

Enligt min uppfattning har domstolen därvid övervärderat omständigheter som har att göra med finansieringen av verksamheten. Även om det inte går att förneka att finansiärer är en viktig borgenärskategori kan man utan vidare utgå från att professionella långgivare har beaktat koncernbilden, har en mycket god insyn i verksamheten och inte gjort sin utlåning beroende av att eventuella insolvensförfaranden rörande ISA-Tyskland och ISA-Frankrike äger rum i England.³⁹ Man kan vidare konstatera att lånefinansiering i dag är en gränslös verksamhet och att riskbedömningen, innefattande även legala risker, görs vid utlåningen.⁴⁰ Av hänsyn till dessa borgenärer är det alltså inte på något sätt nödvändigt att lokalisera ISA-Tysklands och ISA-Frankrikes huvudsakliga intressen till England. Domstolen har enligt min mening också i någon mån övervärderat frågor som har att göra med vem som förhandlat fram kontrakt och var dessa kontrakt har slutits. Det förefaller också som att man övervärderat vissa koncerninterna funktionsuppdelningar. Man har däremot, tycker jag, undervärderat kundrelationernas betydelse. Kunder till ISA-Tyskland och ISA-Frankrike är normalt sett lika mycket borgenärer som gäldenärer, eftersom man kan utgå från att försäljningsavtalen som ingåtts i Tyskland och Frankrike är ömsesidigt förpliktande.

Enligt min uppfattning har domstolen sammantaget alltså vägt de förekommande omständigheterna på ett sätt som ger ISA-Tyskland och ISA-Frankrike för stark anknytning till England. Det är dock trots detta möjligt att dessa bolags huvudsakliga intressen vid en totalbe-

³⁹ "Finansiärer" används här i inskränkt mening och de som avses är enbart ett företags huvudsakliga bankkontakt och motsvarande.

⁴⁰ Detsamma gäller i och för sig riskkapitalförsörjningen, men riskkapitalet är här inte särskilt intressant eftersom det inte är skyddsvärt i en insolvenssituation.

dömning ändå skall anses vara i England, om man inte tar någon hänsyn till presumptionen i artikel 3.1. Men om man tar hänsyn till presumptionen — vilket man givetvis skall göra (mer om detta senare) — är det enligt min uppfattning helt klart att de huvudsakliga intressena för ISA-Tyskland är i Tyskland och för ISA-Frankrike i Frankrike. Jag skall, som sagt, återkomma till detta ställningstagande, men först sammanfatta min uppfattning om vilken vikt som bör tillmätas olika omständigheter när man skall bedöma var en juridisk persons huvudsakliga intressen skall anses vara lokaliserade *utan* hänsynstagande till presumptionen.

”Huvudsakliga intressen” — kort summering

Jag har ovan redan anslutit mig till Wessels avstamp. De EG-rättsliga principerna om a) *likabehandling*, b) *rättssäkerhet* och c) *ömsesidigt förtroende* olika länders domstolar emellan är i sammanhanget av stor betydelse, dock på ett principiellt och (i vart fall vad gäller a och b) tämligen abstrakt plan. Mer konkret är den allmänna vikten av att d) *förhindra och försvåra forumshoping*. Än mer konkretion kan tillskrivas e) *synbarhetsrekvisitet*. Jag instämmer också i synpunkten att det är f) *gäldenärens ekonomiska intressen* som först och främst är av betydelse när man skall bestämma var en juridisk persons huvudsakliga intressen är belägna. Det bör dock framhållas att det inte är särskilt särskiljande att här betona ”ekonomiska”. Under begreppet ”ekonomiska intressen” faller ju en mängd olika omständigheter som kan vara av relevans i detta sammanhang. ”Intressen” bortsett från ”ekonomiska” sådana, som det skulle kunna finnas anledning att beakta torde vara såväl svårfunna som, ändock hittade, lättviktiga. För egen del anser jag vidare att man bör g) *ställa ett krav på kontinuitet*. Med det avser jag att det inte är tillräckligt att det är utrett att gäldenärsföretaget för stunden har de huvudsakliga intressena förlagda inom en viss jurisdiktion, även om det formellt avgörande helt klart är var de huvudsakliga intressena finns vid en given tidpunkt — som är dagen för domstolens avgörande att inleda ett förfarande. Synsättet bör vid denna bedömning dock vara dynamiskt så att man beaktar såväl hur bilden kan se ut i framtiden, som hur den har sett ut i det förflutna. Det mycket tydligt uttryckta ändamålet med insolvensförordningen att förhindra eller försvåra (illojal) forumshoping motiverar tveklöst ett sådant synsätt. I samma riktning talar behovet av rättssäkerhet, inkluderande inte minst intresset av förutsebarhet och kommersiell stabilitet.

Vidare bör man undersöka ändamålet med gäldenärsföretagets verksamhet, den bransch inom vilken företaget verkar och på vilken marknad företaget agerar. Beroende av vilken bild som då framträder får man h) *göra en bedömning från ett kund- och leverantörsperspektiv*. Det betyder bl.a. att gäldenärsföretagets administrativa organisation i sig helt saknar betydelse. Till den administrativa organisationen hör frågor om beställnings- och faktureringsrutiner m.m. Även frågan var

företaget har finansierat sin verksamhet, t.ex. genom upplåning hos en bank i ett visst land, torde vara om inte betydelselöst, så i vart fall av underordnad betydelse. Vad gäller den senare punkten redovisade domstolen i Leeds ett helt motsatt synsätt. Det är enligt min uppfattning betydligt viktigare att vid bedömningen på ett övergripande sätt fokusera på det *kommersiella flödet*, dvs. i ena ändan hur kontakterna med leverantörer ser ut och i den andra ändan hur kontakterna med kunderna är beskaffade. Det betyder bl.a. att frågan om företagets marknadsföring och andra utåtriktade funktioner (butiker, service m.m.) är av stort intresse. Vad man däremot i och för sig inte bör fästa någon avgörande vikt är var företaget har sina tillgångar eller var avtal rent formellt har ingåtts. Att särskilt ta hänsyn till sådana omständigheter vore ju att s.a.s. ”bakvägen” tillämpa anknytningskriterier som man avsiktligt i och med insolvensförordningen valt att förkasta.

En bedömning av alla ovan nämnda faktorer, och kanske även vissa andra, och en avvägning av dem mot varandra skall leda fram till var intressenas tyngdpunkt ligger, eller m.a.o. inom vilken jurisdiktion de ”huvudsakliga” intressena är förlagda. Det är uppenbart att det i sak kan vara oerhört utredningskrävande och rättsligt osäkert vad utfallet av ett sådant tillvägagångssätt kan bli. Det är i det scenariot som presumptionen till förmån för en juridisk persons säte kommer in.

5. Presumtionen för juridiska personer

Presumtionens karaktär

I artikel 3.1 föreskrivs beträffande juridiska personer alltså att sätet skall anses vara platsen där de huvudsakliga intressena finns, *om inte annat visas*. Formulerad på detta sätt uttrycks i artikel 3.1 en *huvudregel* som innebär att gäldenärens huvudsakliga intressen finns där sätet är beläget. Denna huvudregel har formen av en presumtion som går att motbevisa. Det behöver inte nödvändigtvis vara så att bördan att bryta presumptionen alltid hamnar på gäldenären. Den hamnar givetvis *alltid på den som vill bryta presumptionen*. Annars har vi inte med en presumtion att göra. Intresse av att bryta presumptionen kan såväl gäldenären som någon borgenär ha, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. I så måtto är fördelningen av ”åberops- och bevisbördan” att betrakta som ”partsneutral”.⁴¹

Några processuella aspekter

Det kan här finnas anledning att lämna ytterligare några översiktliga synpunkter på de rent processuella förutsättningarna när domstolen

⁴¹ Citationstecknen har att göra med att det här inte är frågan om någon renodlad åberopsbörda eller bevisbörda. Domstolen är vid sin prövning i formell mening inte begränsad till att enbart ta hänsyn till omständigheter som har åberopats av part. I stället är det i den bemärkelsen frågan om s.k. officialprövning. Däremot kan en part i praktiken vara tvungen att *införa* omständigheter som gör det möjligt för domstolen — som alltså inte har någon primär utredningsskyldighet — att frångå presumptionen. Av samma skäl är det inte heller formellt frågan om att någon part bär en bevisbörda.

skall avgöra sin internationella behörighet.⁴² Utgångspunkten är därvid att det åligger domstolen att ex officio pröva om den har internationell behörighet, dvs. är behörig enligt EU:s insolvensförordning.⁴³ Det innebär emellertid enligt min uppfattning inte utan vidare att det åligger domstolen att självmant införskaffa utredning i frågan om var de huvudsakliga intressena för gäldenären är belägna, i vart fall inte om presumptionsregeln gör domstolen behörig.⁴⁴ Det innebär för t.ex. svenskt vidkommande att en eventuell utredningsskyldighet måste kunna grundas på bestämmelser i konkurslagen eller lagen om företagsrekonstruktion och allmänna processuella grundsatsar i anslutning härtill. Det är därvid inte svårt att konstatera att en sådan utredningsskyldighet inte finns enligt svensk rätt.⁴⁵ Hur rättsläget är i andra EU-länder är för mig inte bekant, men det är möjligt att skillnader länderna emellan i detta hänseende kan komma att innebära en tillämpning som skiljer sig åt — inte principiellt men väl i praktiken — från land till land inom EU. Att en svensk domstol *inte* har någon *skyldighet* att utreda frågan, innebär *inte* att den är *förhindrad* att göra det. Här tror jag att vi kan komma att möta en processuell nyordning i Sverige. En nyordning som i så fall är föranledd av att vi måste tolka och tillämpa vår inhemska reglering i ett vidare, dvs. europeiskt, perspektiv. Jag skall här uttrycka mig genom ett exempel. Anta att Solna tingsrätt får in en ansökan om konkurs beträffande det svenska aktiebolaget AB X. Sökanden — som kan vara gäldenären själv eller en borgenär — anger som rättens behörighet att AB X har sitt säte i Solna kommun och ger också in ett registreringsbevis som visar att så är fallet. Om det är gäldenären själv som är sökande beslutas regelmässigt omedelbart om försättande av AB X i konkurs. Domstolen bör därvid uttryckligen ange att detta konkursförfarande är ett huvudinsolvensförfarande enligt EU:s insolvensförordning.⁴⁶ I ett sådant fall har det inte skett någon egentlig prövning av den internationella behörigheten. Trots detta föreligger det ett konkursbeslut med vittgående verkningar inom hela EU. Om sökanden är en borgenär delges ansökningen med AB X som har möjlighet att invända att bolaget har sina huvudsakliga intressen någon annanstans än i Solna. Om en så-

⁴² Jag gör här inte anspråk på att mer än skrapa på ytan vad kan gälla tänkbara processuella aspekter på denna fråga. Det skulle kräva (minst) en egen uppsats att tränga under denna yta. Redogörelsen här syftar inte till annat än att utgöra en bakgrund till den fråga som diskuteras, dvs. vilken betydelse presumptionen bör tillmätas i samband med att kriteriet "huvudsakliga intressen" skall bedömas. Det skall också medges att jag drar ett antal egna slutsatser och framför egna synpunkter av processuellt slag. Dessa står jag givetvis för, men de grundar sig inte på några ingående utredningar eller analyser.

⁴³ Se FR 79, Wessel II, 12 p. och Ferber s. 16. Jfr även SOU 2002:59, s. 240.

⁴⁴ Jfr Ferber, s. 23, som synes vara inne på att domstolen har skyldighet att självmant undersöka var de huvudsakliga intressena är belägna så snart någon omständighet pekar mot att de huvudsakliga intressena inte finns där sätet är.

⁴⁵ Vad som föreslås i SOU 2002:59, se s. 11 och 239 f. kanske i någon mån — möjligen t.o.m. i tillräcklig mån — löser problemet (om det nu är något problem) för svenskt vidkommande.

⁴⁶ Jfr Ds 2002:59 s. 11, 148 f. och 239 f.

dan invändning framförs kommer frågan upp till bedömning i sak. Sökanden och gäldenären har därvid möjlighet att ge in utredning i saken. Och domstolen har enligt min mening möjlighet att införskaffa egen utredning. Även om domstolen inte skaffar in egen utredning måste den ta i beaktande sådant som kommit den till kännedom även utan parternas försorg. Det är bl.a. det som här är innebörden av domstolens skyldighet att ex officio beakta alla kända relevanta omständigheter. Men även i dessa fall, dvs. med en borgenär som sökande, är det tänkbart att gäldenären inte framför några invändningar i den aktuella frågan. Det är då uppenbart att "risken" är stor att den inte blir föremål för någon egentlig prövning av domstolen. Återigen har vi en situation där ett svenskt konkursförfarande har getts vittgående internationella verkningar utan att den internationella behörigheten har underkastats någon reell prövning. När jag i det föregående behandlat — och även i fortsättningen behandlar — frågan om hur man bör avgöra frågan om svensk domstols internationella behörighet, t.ex. betydelsen av presumtionen i artikel 3.1 i insolvensförordningen, skall man alltså vara medveten om att det kan uppstå situationer då man inte ens kommer "fram till" en sådan prövning i sak. I alla dessa fall får alltså presumtionen utan vidare genomslag. Och ett sådant genomslag är ett resultat just av att vi här har en presumtion. Man kan t.o.m. uttrycka det som att det är det som är styrkan i presumtionen och som innebär att en tillämpning av den är bl.a. tids- och kostnadsbesparande. Ur ett insolvensrättsligt effektivitetsperspektiv är detta mycket viktigt. Ur ett europeiskt likabehandlingsperspektiv kan detta emellertid vara en systematisk akilleshäl. Så är fallet om skilda nationella regleringar i processuellt hänseende angriper frågan på olika sätt, vilket de säkert gör. Detta är en konsekvens av att man på EU-nivå lämnat till den nationella lagstiftaren att bestämma över en stor del av de processuella frågorna. Det är det jag menar möjligen kan utgöra ett problem i sammanhanget, dvs. att presumtionens betydelse riskerar att bli beroende av att det nationellt ställs olika krav på utredningen av frågan var de huvudsakliga intressena är belägna.

Sätet — en stark presumtion

Efter dessa processuella utflykter finns det anledning att vända åter till frågan om presumtionens betydelse vid tillämpningen av kriteriet "huvudsakliga intressen". Som kommer att framgå av fortsättningen pläderar jag här för att presumtionen ges en mycket stark ställning vid tillämpningen av artikel 3.1 i insolvensförordningen. Och det gör jag även med bortseende från den här ovan antydda processuella problematiken. Min ståndpunkt är nämligen här inte betingad av att presumtionen enbart får ett starkt genomslag på grund av att den "slår till" i alla de fall (som säkert är många) utredningen i ärendet är sparsam eller t.o.m. obefintlig. Min uppfattning är att presumtionen bör ges ett starkt genomslag även i de fall det föreligger en fyllig och kvali-

tativt högstående utredning rörande omständigheter av betydelse för frågan var de huvudsakliga intressena är belägna.

Enligt min uppfattning är insolvensförordningen med tanke på den här redovisade strukturen väl lämpad för att motverka försök till illojal forumshoping, särskilt om man i tillämpningen ger presumtionen om att säte skall anses vara platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen genomslag. Jag anser det finns ett flertal argument som talar för att ge presumtionen ett starkt genomslag.⁴⁷

1. Till att börja med kan man slå fast att insolvensförordningens *ändamål* är att motverka forumshoping. Det är en given utgångspunkt att man då i tillämpningen skall se till detta ändamål. Och det ändamålet tillgodoses i de allra flesta fall bäst av en tillämpning av presumtionen.

2. *Ordalydelsen* och *strukturen* i artikel 3.1 innebär att presumtionen skall tillämpas, om inte annat är visat, dvs. presumtionen gäller primärt eller — om man så vill — som huvudregel. För att en presumtion av detta slag skall vara effektiv bör höga krav ställas på motbevisningen för att den skall brytas. I annat fall fanns det inte någon anledning att välja den nu valda strukturen och ordalydelsen. Och man kan — om det nu har någon betydelse — utgå från att detta är en mycket medvetet val.

3. I insolvensrättsliga sammanhang är *förutsebarhet*, främst för borgenärerna, av avgörande vikt. Ett användande av presumtionen skapar en mycket god förutsebarhet. Jag kan svårligen se att något alternativt sätt att bestämma kriteriet ”huvudsakliga intressen” skulle kunna komma ens i närheten av denna mycket goda förutsebarhet. Detta talar, egentligen bortsett från allt annat, för en regelmässig tillämpning av presumtionen.

4) Effektiviteten i ett insolvensförfarande är i hög grad beroende av en *snabb* handläggning. Detta krav tillgodoses tveklöst genom att presumtionen tillämpas. Man slipper i det ofta kritiska initialskedet ett förfarande som tyngs av utredningskrävande processande.

5) Av stor vikt är att *kostnaderna* för insolvenshanteringen kan hållas nere. Det talar för en tillämpning av presumtionen (jfr punkt 3 ovan).

6) Sammanfattningsvis kan man med fog hävda att, förutom vad som anges i punkt 1–5 ovan, allmänna krav på *rättssäkerhet* och *rättstrygghet* med styrka talar för att presumtionen tillämpas i mycket stor utsträckning. En tillämpning där presumtionen inte ges ett starkt genomslag kan riskera att skapa osäkerhet och oro på marknaderna, vil-

⁴⁷ High Court of Justice i Leeds ansåg att sökanden måste lägga fram tillräckliga bevis (”sufficient proof”) för att bryta presumtionen, se Wessel II, p. 13. ”Tillräckliga bevis” säger enligt min uppfattning inget om vilken styrka som krävs. Det är därför ett innehållslöst påstående. Tillräckliga bevis krävs alltid, men vad krävs för att det skall vara tillräckligt? — det är det som är den intressanta frågan. Jfr också Ferber s. 86 f.

ket försvårar och fördyrar bedrivandet av kommersiell verksamhet, vilket i sin tur är av ondo inte minst för hela idén om en gemensam marknad till konsumenternas fromma.

Om någon skulle lyckas bryta presumtionen har det alltså visats att gäldenären har sina huvudsakliga intressen endera utanför EU (bedömningen tar i teorin sikte på den första nivån) eller annars i något annat EU-land (bedömningen tar i teorin sikte på den andra nivån). I det förra fallet är insolvensförordningen inte tillämplig och domstolen kan då inte grunda internationell behörighet på den. Huruvida domstolen kan ha behörighet på någon annan grund är en fråga som regleras på nationell nivå. Om en europeisk domstol i ett sådant fall anser sig ha behörighet att inleda ett insolvensförfarande, faller hanteringen av detta förfarande helt och hållet utanför insolvensförordningen. I det andra fallet går det att få till stånd ett huvudinsolvensförfarande i någon annat EU-land (om en domstol där gör samma bedömning, vilket i och för sig enligt vad tidigare har berörts inte är säkert). I det egna landet kan det inledas ett territoriellt begränsat förfarande, om gäldenären har ett driftställe där. Om det inte finns något driftställe där saknas helt och hållet internationell behörighet, oavsett hur den aktuella staten har reglerat sin internationella insolvensjurisdiktion bortsett från insolvensförordningen.

6. Nyansering av kravet på motbevisning av presumtionen

Inledning

Vilka *berättigade* intressen kan det då finnas av att bryta presumtionen? För det första kan det vara frågan om att gäldenären har sitt säte i något avlägset land med paradiskt klimat, men sin verksamhet i EU. I så fall kan en eller flera borgenärer ha ett berättigat intresse av att bryta presumtionen för att få till stånd ett insolvensförfarande inom någon EU-jurisdiktion. För det andra kan man tvärtom tänka sig att ett visst gäldenärsföretag har sitt säte i ett EU-land, men all verksamhet förlagd utanför EU. I ett sådant fall kan en eller flera borgenärer ha ett berättigat intresse av att det inte inleds något insolvensförfarande i något EU-land. Även i ett sådant fall åligger det alltså den som hävdar ståndpunkten att presumtionen skall brytas — dvs. borgenären — att visa att så är fallet. I båda dessa typfall kan man tänka sig att borgenärerna har gjort sina dispositioner utifrån antagandet att gäldenärsföretaget har locus standi där det de facto är verksamt. Sådana antaganden *kan vara* skyddsvärda, men det är ingalunda givet att så är fallet. Det är lätt att tänka sig att andra borgenärer i sina mellanhanden med gäldenärsföretaget tvärtom har utgått från att ett eventuellt insolvensförfarande avseende det kommer att äga rum där företaget har sitt säte. Vi är alltså tillbaka till ruta ett. Det finns dock anledning att påpeka att intresset av att bryta presumtionen inte behöver vara förknippat med illojal forumshoping. Man kan t.o.m. tänka sig —

även om det är betydligt svårare — att det kan finnas fall där *gäldenären* har ett legitimt intresse av att bryta presumtionen.

I det föregående har jag pekat ut vilka omständigheter man kan ha anledning att lyfta fram när presumtionen skall motbevisas och hur man då kan värdera dessa. Det är därutöver svårt att i generella termer ange mer precist vilket krav — utöver att kravet bör ställs högt — man bör ställa på styrkan i den utredning som läggs fram i syfte att motbevisa presumtionen.² För att ytterligare komplicera detta finns det enligt min uppfattning dessutom anledning att överväga om man bör differentiera kravet på styrkan av motbevisningen beroende på a) var gäldenärsföretaget har sitt säte och b) var det har sina huvudsakliga intressen bortsett från sätet. Man kan då tänka sig följande fyra typfall.

1. Gäldenärsbolaget har såväl säte som de huvudsakliga intressena (bortsett från sätet) utanför EU

Detta typfall är i sammanhanget inte intressant. Insolvensförordningen är under inga omständigheter tillämplig. Det blir därför aldrig frågan om att diskutera innebörden av presumtionen här.

2. Gäldenärsbolaget har såväl säte som de huvudsakliga intressena (bortsett från sätet) inom EU

I dessa fall är det inte frågan om annat än att välja vilket EU-lands domstolar som har internationell behörighet. Jag menar att presumtionen i sådana fall bör vara nära nog omöjlig att bryta. De allmänna skäl som ovan redovisats till stöd härför gör sig samtliga gällande. Särskilt med tanke på att de kanske två viktigaste kriterierna på en effektiv insolvenshantering är *snabbhet* i förfarandet och *förutsebarhet* är det inte rekommendabelt att annat än i särpräglade undantagsfall ge sig in på bedömningar av var de huvudsakliga intressena finns med bortseende från sätespresumtionen. I dessa fall är det ju helt klart att ett insolvensförfarande kan inledas i något EU-land. När vi s.a.s. rör oss inom "familjen" spelar det i och för sig inte någon större roll vilken "familjemedlem" som handhar förfarandet. Det är dock av stor vikt att på förhand veta vilken familjemedlem som får detta ansvar. En tillämpning av presumtionen ger önskvärd förutsebarhet. Det är också helt i linje med ett av insolvensförordningens grundläggande ändamål att inte ge sig in på de komplicerade bedömningar en svag presumption skulle ge upphov till. Avsikten med den i insolvensförordningen valda konstruktionen — vilket som redan har nämnts också följer av ordalydelsen av artikel 3.1 — är att man *först och främst* skall välja att inleda ett insolvensförfarande där gäldenärsföretaget har sitt säte. I de fall där det står klart att de huvudsakliga intressena under alla förhållanden finns inom EU torde det vara närmast uteslutet att anse att de huvudsakliga intressena finns i något annat EU-land än det EU-land där gäldenärsföretaget har sitt säte. Det är alltså ett ren-

odlat och starkt rättssäkerhetsintresse som ligger bakom denna ståndpunkt. Med detta också sagt att domstolen i Leeds i Daisytekmålen enligt min uppfattning har gjort en felaktig bedömning.⁴⁸ Det är därvid intressant att ta del av vad domstolen i Versailles uttalat i anledning av avgörandena från Leeds (även om det är självklart); nämligen att även om man anser att en domstol i ett annat land felbedömt frågan om sin internationella behörighet innebär insolvensförordningens reglering (se artikel 16) att domstolar i övriga EU-länder är bundna av ett sådant beslut.⁴⁹ Jag skulle kanske vilja lyfta fram att det är *särskilt viktigt* att främmande beslut som bedöms som diskutabla eller t.o.m. direkt felaktiga respekteras.⁵⁰ Av Wessels framställning framgår att det i just det perspektivet har fällts ett antal märkliga kommentarer i anledning av Daisytekmålen, t.ex. att man i övriga EU-länder inte skulle vara tvungna att erkänna det engelska avgörandet eftersom det i artikel 16 sägs att insolvensförfarandet skall vara inlett av en domstol *som har behörighet enligt artikel 3*. I och med att den engelska domstolen vid sin tillämpning av artikel 3 bedömde frågan om sin egen behörighet fel skulle den, enligt vad som har påståtts, inte ha varit behörig.⁵¹ Lika märkligt är det att påstå att en felbedömning a la Leeds (om den nu är fel) skulle kunna angripas med stöd av bestämmelsen om ordre public i artikel 26.⁵² Det kan ju självfallet *inte* i något fall vara så att en sådan (eventuell) felbedömning ger upphov till konsekvenser som är *uppenbart* oförenliga med *grunderna* för rättsordningen i någon EU-stat.⁵³

3. Galdenärsbolaget har säte inom EU men de huvudsakliga intressena (bortsett från sätet) utanför EU

I dessa situationer finns det — enligt min uppfattning — anledning att anamma ett nyanserat synsätt. Om de huvudsakliga intressena, bortsett från sätet, skulle vara förlagda inom en bekvämlighetsjurisdiktion — vilket i och för sig torde vara mycket ovanligt — finns det anledning att så gott som utan undantag tillämpa presumtionen, dvs. presumtion bör — om möjligt — ges en än starkare ställning än enligt typfall 2 ovan.

Om däremot de huvudsakliga intressena, bortsett från sätet, finns inom en seriös jurisdiktion är det inte lika givet att presumtionen skall ges samma starka ställning, dvs. i det närmaste absolut status. Men det

⁴⁸ En bedömning som även Wessel synes göra, se Wessel II, p. 13–16.

⁴⁹ Se FR 79 och Wessel II, p. 15. Ang, artikel 16, se Kommentaren s. 145 f.

⁵⁰ Jfr vad som här tidigare sagts som en av de EU-rättsliga utgångspunkterna om ömsesidig respekt domstolar emellan och FR79. Jfr också P-O Ekelöf, Rättegång III, 6 uppl., Stockholm 1994, s. 108.

⁵¹ Upphovsman till detta resonemang — som väl knappast ens når upp till medelmåttig rättshaveristnivå — sägs enligt Wessel III, p. 14 vara Mankowski (EwiR 2003, p. 1767).

⁵² Jfr Ferber s. 75 f.

⁵³ Det synes tveksamt om artikel 26 över huvud taget i praktiken här kan användas i korrigerande syfte. Jfr Kommentaren, s. 160 f. Den sympati som där uttalas (s. 162) för artikel 26 gäller på intet sätt här.

finns ändå anledning att anse presumtionen vara en stark presumption. Det innebär alltså att man kan ställa samma höga krav på den utredning som krävs för att bryta presumtionen, som i de fall det är helt klart att man under alla förhållanden hamnar inom EU (typfall 2 ovan).

4. Gälldenärsbolaget har säte utanför EU men de huvudsakliga intressena (bortsett från sätet) inom EU

Även i dessa situationer — som måhända inte är så sällsynta — kan det finnas anledning att tillägna sig ett nyanserat synsätt i fråga om kraven på den motbevisning som krävs för att bryta presumtionen. Om ett bolag t.ex. har sitt säte i en jurisdiktion känd för sin avsaknad av fungerande rättslig infrastruktur och därmed ökänd för sin förmåga att bl.a. därigenom locka till sig vissa företagare, finns det inte någon större anledning att respektera detta val av jurisdiktion; i vart fall inte när det är uppenbart att det inom ifrågavarande jurisdiktion inte bedrivs någon verksamhet av betydelse. Presumtionen till förmån för ett sådant bolags säte bör vara svag eller t.o.m. obefintlig och kriteriet ”huvudsakliga intressen” bör i så fall bedömas (nästan) helt bortsett från presumtionen.

Om sätet däremot är förlagt inom en seriös jurisdiktion bör det respekteras på i stort sett samma sätt som om sätet vare beläget inom något av EU-länderna i enlighet med typsituationen 2 ovan.

Sammanfattning vad gäller nyanseringar

Kan man då verkligen — som jag förespråkar i typsituationerna 3 och 4 — göra denna nyansering på grundval av en bedömning av en främmande jurisdiktions seriositet? Mitt svar är ett tveklöst ja. Om man tar bekämpandet av illojal forumshoping på allvar (vilket insolvensförordningen uttryckligen uppmuntrar till) är det enligt min uppfattning nödvändigt att i vissa fall göra just ifrågavarande nyanseringar. Och jag har svårt att se att några legitima rättsskyddsanspråk i så fall skulle riskera att trädas för nära. En utgångspunkt är givetvis att det i det enskilda fallet finns utredning som ger vid handen att den jurisdiktion som inte vinner respekt verkligen är en ”bekvämlighetsjurisdiktion”. Och — som sagt — i praktiken innebär en sådan ståndpunkt inte annat än att man *inte* ger säte inom en bekvämlighetsjurisdiktion *presumtionsverkan*. ”Bekvämlighetsjurisdiktionen” negligeras alltså på intet sätt fullständigt. Men den ges inte någon särskilt förmånlig ställning.

7. En presumtion även för fysiska personer?

När det gäller *fysiska personer* finns det i insolvensförordningen inte någon legal legal presumtion för var deras huvudsakliga intressen skall anses vara belägna. Trots avsaknaden av en sådan uttrycklig presumtion torde en fysisk persons *hemvist* (och i Sverige därigenom folkbokfö-

ringen) många gånger få avgörande betydelse, varför det även i dessa fall kan sägas att det finns en presumtion, om än inte direkt uttryckt i insolvensförordningen.⁵⁴ ”Hemvist” är därvid att förstå som i allmänhet i internationellt-privaträttsliga sammanhang.⁵⁵ I ett stort antal fall skulle hemvist alltså vid tillämpningen av artikel 3.1 kunna användas som en presumtion på ett sätt som motsvarar den uttryckliga presumptionen för en juridisk persons säte. Med ett sådant synsätt kan man alltså säga att man vid tillämpning av insolvensförordningen har att göra med en *oskriven presumtion* rörande fysiska personer för att grunda behörighet att inleda ett insolvensförfarande i ett europeiskt land. Den presumptionen bör kunna ges samma — vanligtvis starka — ställning som här redogjorts för beträffande den uttryckliga presumptionen för juridiska personer.

8. ”Driftställeshopping”

En särskild fråga och ett särskilt problem följer med insolvensförordningens ”modifierade universalitet”, dvs. kompromissen mellan principerna om universalitet och territorialitet.⁵⁶ Denna ordning innebär — förutom att de huvudsakliga intressena finns i ett visst bestämt EU-land — att det är tillräckligt (i och för sig också nödvändigt) att gäldenären har ett driftställe inom en viss EU-jurisdiktion för att där få ett insolvensförfarande omfattande gäldenärens egendom inom den jurisdiktionen till stånd. För att en verksamhet (t.ex. kontor eller liknande) skall anses utgöra ett driftställe krävs inte särskilt mycket. Det innebär att en gäldenär utan större svårigheter kan se till att egendom i ett visst land (driftställelandet) undandras ett huvudinsolvensförfarande och i stället blir föremål för ett sekundärförfarande inom någon annan europeisk jurisdiktion. Det kan inte uteslutas att det kan vara vissa fördelar för gäldenären förenade med ett sådant förfaringsätt. Mot detta har förordningen inget verksamt vapen. Tvärtom är det helt i enlighet med förordningens utformning (och avsikten bakom denna utformning) att så kan bli fallet. Problemet begränsas dock till ett intraeuropeiskt problem, dvs. ”driftställeshopping” blir en fråga om forumshopping (beträffande viss del av egendomen) som begränsas till frågan vilken *europeisk rättsordning* som blir tillämplig på egendomen (sekundärförförfaranden kan ju inte äga rum inom jurisdiktioner utanför EU). Med tanke på att de europeiska rättsordningarna — inte minst när man kommer ned på detaljnivå — skiljer sig åt i den betydande utsträckning de faktiskt gör, kan detta många gånger vara ett nog så allvarligt problem.⁵⁷

⁵⁴ Jfr FR75.

⁵⁵ Se Michael Bogdan, *Svensk internationell privat- och processrätt*, 6 uppl. Stockholm 2004, s. 117, 133 och 148 f. samt jfr även SOU 1976:39 s. 109 f.

⁵⁶ Ang. dessa principer se Michael Bogdan, *Sveriges och EU:s internationella insolvensrätt*, Stockholm 1997, s. 16 f. Ang. modifikationen i insolvensförordningen se FR 12–39 och Kommentaren s. 48 f.

⁵⁷ Jfr Kommentaren, s. 128 f., och vad där sägs om ”fientliga” sekundärförförfaranden.

9. Sammanfattning

Bedömningen av anknytningskriteriet ”huvudsakliga intressen” i artikel 3.1 i insolvensförordningen är helt avgörande för om en domstol i en EU-stat över huvud taget har internationell jurisdiktion i insolvensrättsligt hänseende. Och kriteriet måste — som insolvensförordningen är utformad — *alltid* bedömas när en europeisk domstol prövar en ansökan om att ett insolvensförfarande skall inledas. Kriteriet är till sin karaktär vagt och rymligt och därför beroende av att preciseras i praxis och doktrin. Av hittillsvarande domstolsavgöranden kan man — enligt min uppfattning — inte läsa ut några mer bestämda riktlinjer för tolkningen och tillämpningen, även om man kan spåra vissa vaga tendenser. Det är inte heller en helt lätt uppgift att med krav på högre precision bestämma kriteriet ”huvudsakliga intressen”. Som jag ser det kan man emellertid närma sig ett inringande av kriteriet på följande sätt.

Ett bestämmande av kriteriet måste alltid ta avstamp i den rättsliga miljö inom vilken det har skapats, dvs. EG-rätten. Av betydelse är då

- 1) Principen om likabehandling.
- 2) Intresset av rättssäkerhet.
- 3) Ömsesidigt förtroende olika länders domstolar emellan.

Avgörande hänsyn måste på ett övergripande plan vidare tas till att

4) Ett klart uttalat syfte med insolvensförordningen är att *förhindra och försvåra illojal forumshoping*.

5) Oavsett vilken omständighet (se 6–8 nedan) som är föremål för bedömning måste den bedömas i ljuset av *synbarhetsrekvisitet*. Detta rekvisit är alltså att betrakta som ett övergripande rekvisit.

När kriteriet ”huvudsakliga intressen” i artikel 3 skall tillämpas bör man vidare fokusera på följande.

6) Vid bedömandet av gäldenärens intressen är det i praktiken — särskilt vad gäller juridiska personer — alltid gäldenärens *ekonomiska* intressen som avses.

7) Trots att bedömningen av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är momentan, dvs. det avgörande är var de huvudsakliga intressena finns vid tidpunkten för domstolens avgörande att inleda ett förfarande, måste den göras mot bakgrund av ett *krav på kontinuitet*, dvs. gäldenären får inte endast tillfälligt ha ”landat” inom ifrågavarande jurisdiktion.

8) Gäldenärens faktiska verksamhet är givetvis av stor vikt. Vad som då bör undersökas är

- *Ändamålet* med företagets verksamhet,
- den *bransch* företaget är verksamt inom och
- den *marknad* företaget verkar på.

Beroende av vilken bild man får av dessa omständigheter får man göra en bedömning från

- ett kund- och leverantörsperspektiv, och
- därvid fokusera på det kommersiella flödet.

Som redan har påpekats är det uppenbart att det i sak kan vara oerhört utredningskrävande och rättsligt osäkert vad utfallet kan bli vid en bedömning enligt riktlinjerna ovan. Det är därför presumtionen till förmån för en juridisk persons säte regelmässigt bör tillämpas. Följande skäl kan åberopas till stöd för denna ståndpunkt.

9) Här kan upprepas och ytterligare strykas under att ett av insolvensförordningens *ändamål* är att motverka forumshoping (jfr punkt 4 ovan). Det ändamålet tillgodoses bäst i de allra flesta fall av en tillämpning av presumtionen, eftersom sätet är synbart och inte kan flyttas hur som helst.

10) *Ordalydelsen* och *strukturen* i artikel 3.1 innebär att presumtionen skall tillämpas, om inte annat är visat, dvs. presumtionen gäller primärt eller — om man så vill — som huvudregel.

11) Beträffande intresset av *förutsebarhet* — kanske den enskilt allra viktigaste komponenten i sammanhanget — torde en tillämpning av presumtionen vara överlägsen tänkbara alternativ. Detta talar självfallet med särskild styrka för en tillämpning av presumtionen (jfr 9 ovan).

12) *Effektiviteten* i ett insolvensförfarande är i hög grad beroende av en *snabb* handläggning. Detta krav tillgodoses tveklöst genom att presumtionen tillämpas i och med att det inte är förenat med någon tidsutdräkt att avgöra var sätet är beläget.

13) Intresset av att hålla *kostnaderna* för insolvenshanteringen nere talar för en tillämpning av presumtionen, eftersom det med en sådan tillämpning inte följer någon kostnadskrävande utredning av var de huvudsakliga intressena är belägna. Och att slå fast var sätet är beläget kräver inte någon dyrbar utredning.

14) Sammanfattningsvis kan man med fog hävda att vad som anges i punkt 1–13 ovan innebär att man bäst tillgodoser allmänna krav på *rättssäkerhet* och *rättstrygghet* genom att regelmässigt tillämpa presumtionen och frångå den enbart i fall då utredningen ger vid handen att en tillämpning av den skulle förlägga de huvudsakliga intressena till en uppseendeväckande felaktig plats.

15) Ett annat synsätt än vad som anges i punkt 14 ovan kan dock med fördel anläggas i de fall sätet finns utanför EU och inom en s.k. bekvämlighetsjurisdiktion. Ett sådant annat synsätt innebär att man vid tillämpningen av insolvensförordningen inte ger säte inom en bekvämlighetsjurisdiktion presumtionsverkan.

16) Slutligen kan man med fördel använda den oskrivna presumtionen till förmån för en fysisk persons hemvist som presumtion för

var hans eller hennes huvudsakliga intressen är belägna på samma sätt som den uttryckliga presumtionen till förmån för juridiska personers säte.