

Konkursklassificering och partsautonomi — ett strukturförsök

Av f.d. lagmannen jur.dr h.c. MIKAEL MELLQVIST¹

En svensk konkurs ska alltid klassificeras på ett visst bestämt sätt. I denna artikel hävdas att det formellt sett finns fem tänkbara klassificeringar: 1) ett huvudinsolvensförfarande, 2) ett självständigt territoriellt begränsat insolvensförfarande och 3) ett sekundärt insolvensförfarande, allt enligt EU:s insolvensförordning, samt 4) en svensk domicilkonkurs och 5) en svensk särkonkurs. I artikeln behandlas hur prövningarna av domstolens såväl internationella som lokala behörighet kan gå till och hur dessa prövningar kan utfalla, liksom även parternas möjligheter att påverka klassificeringen.

Inledning

Med forumshopping menas — i konkurssammanhang — att en gäldenär väljer att placera sig i en jurisdiktion som gör henne eller honom oåtkomlig för borgenärerna, eller i vart fall svårare att nå med effektiva rättsliga åtgärder. Vad man då först och främst har haft i åtanke är att gäldenären byter hemvist, placerar sin egendom inom en viss jurisdiktion, ser till att genomföra sina affärer på en viss plats m.m. Det är alltså frågan om olika slags åtgärder som vidtas inför ett eventuellt kommande insolvensförfarande riktat mot gäldenären. Det är också i många fall frågan om åtgärder som måste vidtas med noggrann planering och i god tid före ett framtida insolvensförfarande. Det kan vara åtgärder som också är förenade med kostnader och besvär. Ett bekämpande av sådan forumshopping har främst varit inriktat på att eliminera eller förminska betydelsen av här nämnda (och vissa andra) åtgärder.²

Denna artikel handlar i direkt bemärkelse *inte* om det ovan sagda. I stället anläggs här ett processuellt, och nationellt betonat, perspektiv fokuserat på möjligheterna för en sökande eller i någon mån en gäldenär som svarande att — när väl ett insolvensförfarande står för dörren att inledas — genom sitt agerande inom ramen för insolvensförfarandet 1) påverka frågan om en svensk domstols konkursjurisdiktion och den därmed direkt sammanhängande frågan 2) hur konkursen i det aktuella fallet ska klassificeras.³

¹ Jag tackar advokaten Alex Ljungvall och lektorn Anna Warberg som har bistått med värdefulla synpunkter i anledning av denna artikel.

² I sin avhandling *Gränsöverskridande insolvens* — En studie av den internationella domsrätten för insolvensförfaranden inom EU, Göteborg 2015, behandlar Anna Warberg i 4 och 6 kap. möjligheterna för parter att bl.a. genom olika nu nämnda åtgärder styra över valet av konkursjurisdiktion.

³ I artikeln behandlas endast konkursförfarandet. Vad gäller förfarandena enligt de båda skuldsaneringslagarna är den internationella behörigheten för svensk domstol (vilket i Sverige som första instans är KFM) bestämd på ett sådant sätt att det där aldrig kan förekomma något annat än huvudinsolvensförfaranden enligt EU:s

Det handlar med andra ord om att det kan finnas möjligheter att på två olika nivåer påverka följderna av en konkurs. För *det första* är det frågan om att, genom faktiska åtgärder, påverka inom vilken jurisdiktion ett eventuellt kommande konkursförfarande handläggs (den internationella behörigheten). När väl en konkurs har styrts till en viss bestämd jurisdiktion är det, *för det andra*, frågan om att genom processuella dispositioner inom ramen för ett konkursförfarande påverka konkursens omfattning (den nationella klassificeringsfrågan). Det är, som redan nämnts, den senare frågan om utgör huvudfokus i denna artikel.

Med *klassificering* avses här hur konkursen ska betecknas utifrån vad svensk domstol lagt till grund för sin internationella behörighet att handlägga konkursen. Det är inte enbart en formell etiketteringsfråga, utan en fråga av ofta indirekt avgörande materiell vikt. Och i en alltmer rörlig — och rörlig — värld där människor, tjänster, varor och kapital snabbt kan förflyttas, kan man misstänka att behörighetsfrågan och den därmed förbundna klassificeringsfrågan successivt kan komma att få allt större betydelse.

Svensk konkursjurisdiktion — den historiska utgångspunkten

När det gäller frågan om internationell konkursjurisdiktion har det sedan lång tid tillbaka i svensk rätt (i likhet med många andra rättsordningar) gällt att man anser sig ha en tämligen omfattande behörighet att försätta någon i konkurs och handlägga konkursförfarandet här. Detta är i Sverige (och andra länder) parat med en betydande restriktivitet med att ge utländska konkursförfaranden ett erkännande här. Det säger sig själv att det i ett internationellt (och även nationellt) perspektiv är en ohållbar ekvation, som i ekvationens andra led inte gynnar någon annan än den som vill hålla sig undan från sina borgenärs rättmätiga krav.

I Sverige anses svensk domstol rent generellt ha behörighet att först och främst handlägga en konkurs när gäldenären har anknytning till Sverige i form av hemvist. För att bestämma det har sedan lång tid tillbaka analogier med 10 kap. 1 § rättegångsbalken använts. I så fall handläggs konkursen som en s.k. *domicilkonkurs*. Men även när gäldenärens anknytning till Sverige inte är av den styrkan, har svensk domstol ändå ansetts ha behörighet att försätta en gäldenär i konkurs och handlägga konkursen här i landet, t.ex. om gäldenären har egendom här i landet eller har ingått förbindelser här i landet (nu i analogi med 10 kap. 3 och 4 §§ rättegångsbalken). I sådana fall handläggs konkursen som en s.k. *särkonkurs*.⁴

insolvensförordning. Förfarandet enligt lagen om företagsrekonstruktion ställer sig i hithörande frågor i vissa avseenden väsentligt annorlunda jämfört med förfarandet enligt konkurslagen. Det behandlas inte här.

⁴ Genom att den internationella behörigheten i dessa fall grundas på analogier med forumbestämmelserna i 10 kap. rättegångsbalken kan det råda viss osäkerhet med vilka av kapitlets bestämmelser analogier tillåts och med vilka det inte gör det. Rätts-

Konkursbeslagets omfattning

Utgångspunkten i ett svenskt konkursförfarande är att konkursbeslaget omfattar

- 1) all gäldenärens utmätningsbara egendom per konkursdagen,
- 2) sådan egendom som tillfaller gäldenären under konkursen och
- 3) sådan egendom som återvinns till konkursboet (se 3 kap. 3 § konkurslagen).

I en domicilkonkurs finns ingen särskild begränsning vad gäller frågan om egendomens lokalisering. I linje med den s.k. *universalitetsprincipen* omfattas gäldenärens samtliga utmätningsbara tillgångar, oavsett var dessa befinner sig. Samtliga fordringsägare, oavsett nationalitet eller hemvist, ska ha möjlighet att delta i förfarandet genom att i det bevaka sina fordringar m.m.⁵ Med universalitetsprincipen följer också en — enligt svensk rätt — vittgående behörighet för konkursförvaltaren (eller motsvarande) att agera i andra stater än i den han eller hon har blivit utsedd. En annan sak är att förvaltarens behörighet kanske inte erkänns i andra rättsordningar. I en särkonkurs gäller i stället den s.k. *territorialitetsprincipen* som innebär att förfarandet omfattar enbart tillgångar som finns i Sverige.⁶ En svensk särkonkurs syftar över huvud taget inte till att egendom som finns utanför Sverige ska omfattas.⁷ En annan sak är att det ibland kan vara svårt att avgöra om viss egendom finns i Sverige eller utomlands.⁸ Sådana svårigheter inverkar dock inte på principerna; dvs. att domicilkonkurs omfattar all gäldenärens egendom, medan särkonkurs omfattar enbart egendom i Sverige.

Det ska dock påpekas att konkursgäldenären även i en svensk särkonkurs till följd av bestämmelserna i 6 kap. 2 § första stycket och 7 kap. 13 § andra stycket konkurslagen är skyldig att lämna uppgift om

läget får dock sägas vara tämligen säkert i det att 10 kap. 3 och 4 §§ rättegångsbalken kan användas, och kanske — till och med troligen — några av kapitlets andra forumbestämmelser. I NJA 1980 s. 340 har Högsta domstolen ansett att svensk domsrätt förelåg med hänvisning till 10 kap. 4 § rättegångsbalken. Michael Bogdan har i Sveriges och EU:s internationella insolvensrätt, Stockholm 1997 (s. 31 f.) riktat kritik mot det avgörandet och gjort gällande att Högsta domstolen i fallet har extenderat svensk domsrätt för mycket. Det lyser i rättsfallet igenom att hänsyn tagits till Skatteverkets önskan att kunna få till stånd en återvinningsprocess i Sverige. Gäldsforum (10 kap. 4 § rättegångsbalken) är dock numera att betrakta som ett allmänt accepterat anknytningsfaktum för en särkonkurs i svensk rätt. Se också fotnot 16.

⁵ Se Michael Bogdan, Sveriges och EU:s internationella insolvensrätt s. 54 f.

⁶ Se Michael Bogdan s. 26 f., SOU 1992:78 s. 26 f., Ds 2007:6 s. 39 f. Jfr också Ds 2002:59. Det är angeläget att här påpeka följande. Det subjekt, den fysiska eller juridiska person, som är försatt i konkurs är odelbar. I en särkonkurs eller ett territoriellt begränsat förfarande enligt insolvensförordningen, avseende t.ex. ett utländskt multinationellt bolag är det bolaget som är konkursgäldenär. Det som är begränsat är endast vilken av bolagets egendom som kan tas i anspråk i förfarandet, vilket påverkar rådighetsförlusten som sammanfaller med konkursbeslagets omfattning. Det är alltså det svenska synsättet. En helt annan fråga är hur man i andra länder (jurisdiktioner) ser på det. Vanligast är att en svensk särkonkurs inte tillmäts någon verkan alls i andra länder.

⁷ Se Michael Bogdan s. 55 f. och Lars Welamson, Konkursrätt s. 200 f. och prop. 1994/95:189 s. 38.

⁸ Se Michael Bogdan s. 57 f.

utomlands belägen egendom.⁹ Sådan uppgift ska bekräftas eller lämnas under ed, dvs. lämnas under straffansvar (6 kap. 2–5 b §§ konkurslagen och 11 kap. 2 § brottsbalken). Konkursgäldenären kan i en *domicilkonkurs* göra sig skyldig till brott enligt 11 kap. 1 § andra stycket brottsbalken (*oredlighet mot borgenärer*) om han eller hon inom ramen för konkursförfarandet, på konkursförvaltarens uppmaning, inte agerar aktivt för att göra utomlands belägen egendom tillgänglig för konkursboet.¹⁰ Av naturliga skäl är straffbestämmelsen inte tillämplig när det är frågan om en särkonkurs. Det kan möjligen ses som intressant att lagen här innehåller en straffsanktionerad informationskyldighet rörande något som saknar betydelse i det aktuella konkursärendet.

EU:s insolvensförordning har skakat om

I och med att det inom EU antogs en förordning om insolvensförfaranden den 29 maj 2000 (med ikraftträdande 2002), finns det i väsentlig mån anledning att revidera den ovan angivna historiska utgångspunkten. Den förordningen ersattes av en ny förordning om insolvensförfaranden av den 20 maj 2015 (med huvudsakligt ikraftträdande den 26 juni 2017; se artikel 91), som kan ses som en vidareutveckling av den tidigare.¹¹ Insolvensförordningen bygger — *internt* mellan de EU-länder som omfattas av den — på en kompromiss mellan de förhärskande principerna (universalitet och territorialitet) på området. I *externt* avseende — dvs. EU-ländernas förhållningssätt till länder utanför EU-kretsen — saknar förordningen helt begränsningar. Viss bestämd anknytning (se nedan) till något av EU-länderna innebär alltså att anspråk görs på exklusivitet och extraterritorialitet utanför EU. Med andra ord innebär en sådan anknytning att insolvensförordningen fullt ut är tillämplig på konkursen (eller annat insolvensförfarande) och det erkänns, utan krav på något särskilt förfarande, i alla EU-länder (se artikel 19–21).¹² Inte nog med det — en konkurs som EU:s insolvensförordning är tillämplig på gör (enligt svensk rätt och säkerligen enligt gällande rätt även i övriga EU-länder) anspråk på att respekteras även av länder i världen i övrigt.¹³ Den avgörande skillnaden är att det i för-

⁹ Se Ds 1994:96 s. 39 f. och prop. 1994/95:189 s. 23 f.

¹⁰ Se prop. 2004/05:69 s. 39 f. och s. 61 f. NJA 1991 s. 491 kan alltså till stora delar anses överspelat.

¹¹ Se SOU 2016:17 och prop. 2016/17:125. Jfr också Mikael Mellqvist, EU:s insolvensförordning m.m. s. 104 f. och Mikael Mellqvist i SvJT 2005 s. 449 och Ds 2002:59 samt Ds 2007:6. Se också Insolvensrättsligt forum 1995 s. 111, 2003 s. 94, 2005 s. 95 och 2007 s. 78. Och se framför allt Anna Warbergs avhandling Gränsöverskridande insolvens och hennes artikel i SvJT 2023 s. 928 där hon följer upp frågan om svensk internationell domsrätt enligt EU:s insolvensförordning.

¹² Danmark står dock utanför. Det utanförskapet kommer inte beröras i fortsättningen. När jag skriver ”alla EU-länder” exkluderas alltså Danmark.

¹³ Se EU-domstolens avgörande i mål C-328/12 (Schmid) och Anna Warberg, Gränsöverskridande insolvens s. 44 f. Schmid-avgörandet är bekräftat genom 2015 års insolvensförordning då det där i artikel 6 har införts en bestämmelse som uttrycker just det domstolen kom fram till. Det fallet gällde specifikt frågan om förande av en återvinningstalan. Egentligen måste det ses som så gott som självklart att ett huvudinsolvensförfarande enligt insolvensförordningen generellt sett gör

hållande till jurisdiktioner utanför EU inte finns några bindande mekanismer för automatiskt erkännande m.m. Tvärtom är man i det avseendet helt i händerna på den främmande jurisdiktionens regler.

EU:s insolvensförordning kompletteras i Sverige av lagen (2017:473) med kompletterande bestämmelser till insolvensförordningen (kompletteringslagen) och förordningen (2017:485) med kompletterande bestämmelser till 2015 års insolvensförordning (kompletteringsförordningen). Det är måhända självklart, men det ska ändå sägas att kompletteringslagen och kompletteringsförordningen enbart är tillämpliga på en konkurs som faller inom insolvensförordningens tillämpningsområde. Utanför det området saknar de relevans.

Det förhållandet att Sverige omfattas av EU:s insolvensförordning har kommit att innebära mycket viktiga undantag från vad som ovan nämnts som svenska huvudregler. I själva verket är det frågan om mer än ”undantag”. I praktiken har regleringen i EU:s insolvensförordning haft stor inverkan på frågan om svensk internationell domsrätt avseende konkurs rent allmänt. Samtidigt är det viktigt att påpeka att de ovan angivna svenska huvudreglerna i princip gäller orubbat i de fall EU:s insolvensförordning inte är tillämplig. Men av vikt är att det då först måste kunna *slås fast* att insolvensförordningen *inte* är tillämplig.

Insolvensförordningens anknytningskriterier (COMI och driftställe)

I insolvensförordningen har universalitetsprincipen kommit till uttryck i det att det där i artikel 3 bestämts att en domstol i den stat där gäldenären har sina huvudsakliga intressen (Centre Of Main Interest, COMI), har behörighet att inleda ett insolvensförfarande beträffande gäldenären. Till hjälp för bedömningarna har det i insolvensförordningen ställts upp ett antal presumtioner (som alla kan motbevisas), nämligen följande.

- För bolag och andra juridiska personer ställs det upp en presumptionsregel som anger att platsen för de huvudsakliga intressena ska anses vara den plats där företaget har sitt *säte*.¹⁴
- För en enskild företagare är motsvarande presumtion den berörda företagarens huvudsakliga *verksamhetsställe*.

anspråk på extraterritorialitet (dvs. att gälla utanför EU). EU:s insolvensförordning innehåller foljdriktigt *inte* heller några *begränsningar* vad gäller detta. Avsaknaden av ett positivt stöd för extraterritorialitet saknar betydelse. Jfr också vad Anna Warberg (s. 48) uttalar om att det som uttalar i NJA 2013 s. 22 inte stämmer överens med C 328/12. Se också fotnot 35.

¹⁴ Se rörande detta Nils-Bertil Morgell i JT 2010–11 s. 436. Se ang. praxis också SOU 2016:17 s. 83 f. Här talas om den juridiska personens (företagets) säte. I 10 kap. rättegångsbalken talas om den juridiska personens *styrelses säte*. I sak innebär det dock, enligt min mening, egentligen ingen skillnad. Men det hindrar inte att det ändå kan vara en betydelsemässig skillnad mellan begreppen i och med att såväl insolvensförordningen som rättegångsbalken i varierande mån gör anspråk på autonomitet, dvs. att använda begrepp ska tokas och tillämpas endast inom ramen för respektive rättsligt instrument utan sidoblickar på hur ett likalydande begrepp kan vara att tolka och tillämpa i andra sammanhang. Jag kommer dock här fortsättningsvis inte ”låtsas om” den här berörda skillnaden i uttryckssätt.

– För fysiska personer innehåller insolvensförordningen en motsvarande presumtionsregel varvid personens *hemvist* är avgörande.¹⁵

Ett huvudinsolvensförfarande omfattar alltså alltid gäldenärens samtliga tillgångar oavsett var i världen dessa befinner sig. En annan sak är att konkursbeslutet nödvändigtvis inte erkänns av stater utanför EU, vilket kan medföra att anspråket på att all gäldenärens egendom omfattas inte alltid kan genomdrivas i praktiken. Konkursbeslutet erkänns dock ”automatiskt”, utan krav på ytterligare formaliteter (och kan därför genomdrivas), i alla stater som omfattas av insolvensförordningen, dvs. samtliga EU-stater (se artikel 19 och 20). En konkursförvaltare har också som huvudregel behörighet att agera i alla dessa stater endast med de begränsningar som följer av rättsordningen i den stat han eller hon är utsedd (se artikel 21). Insolvensförordningen innehåller också en utmejslad reglering för lagvalet beträffande olika situationer som kan uppstå under förfarandet. Rent generellt tillerkänns dock *lex fori concursus* (konkurslandets lag) ett betydande utrymme.

Även EU:s insolvensförordning tillåter inledandet av särkonkurser (som då har andra benämningar). Sålunda kan ett territoriellt (dvs. nationellt) begränsat insolvensförfarande inledas i en stat där gäldenären har ett driftställe om gäldenären samtidigt har COMI i någon annan EU-stat.¹⁶ Ett territoriellt insolvensförfarande kan vara antingen ett *självtändigt territoriellt begränsat insolvensförfarande* eller ett *sekundärt insolvensförfarande*. I det senare fallet pågår det ett huvudinsolvensförfarande i någon annan jurisdiktion inom EU. I det förra fallet är det inte så.¹⁷ Sådana nationella insolvensförfaranden — som alltså är territoriellt begränsade — omfattar enbart de tillgångar som finns i den stat där förfarandet har inletts. Med nämnda begränsning erkänns dock sådana förfaranden med automatik i övriga EU-länder.

COMI och presumtionerna

Innan jag övergår till de processuella frågor som är denna artikels huvudfokus ska jag ”backa tillbaka” något och ge en skissartad betraktelse över varför jurisdiktions- och den därmed sammanhängande klassificeringsfrågan är viktig och de tankegångar som ligger bakom de formuleringar som olika rekvisit har givits, och då särskilt COMI. Inte minst ska jag här också kommentera hur de presumtioner som ges i insolvensförordningen förhåller sig till definitionerna av rekvisitet COMI

¹⁵ Se Mikael Mellqvist, EU:s insolvensförordning — En kommentar, Stockholm 2000. Kommentaren behandlar den äldre insolvensförordningen, men i allt väsentligt har vad som där sägs bäring också på den nu gällande insolvensförordningen, se vidare Mikael Mellqvist/Lars Welamson, Konkurs och annan insolvensrätt, 13 uppl., Stockholm 2022 samt SOU 2016:17 och prop. 2016/17:125. Se även Michael Bogdan i JT 2015–16 s. 3.

¹⁶ Förkortningen COMI ser inte bra ut i skrift och låter inte bra ”i öronen” när den uttalas (”KÅMI”). Men användningen av den kan vara funktionellt motiverad.

¹⁷ Om det senare inleds ett huvudinsolvensförfarande i någon EU-stat blir det först inledda självständiga territoriellt begränsade förfarandet, utan särskild prövning, ett sekundärt insolvensförfarande, se artikel 3.4 andra stycket i insolvensförordningen.

samt hur insolvensförordningens begrepp förhåller sig till begreppen i rättegångsbalken.

Begreppet COMI har i den svenska språkversionen av EU:s insolvensförordning alltså uttryckts som att det är ”platsen där gäldenärens huvudsakliga intressen finns”. Av betydelse är att den lydelsen är densamma såväl i 2015 års insolvensförordning som i föregångaren 2000 års insolvensförordning. För tillämpningen av det begreppet har det i ingresspunkten 13 till 2000 års insolvensförordning angetts att ”det bör motsvara den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och därför är uppfattbar för tredje man”.¹⁸ I den till 2000 års insolvensförordning fogade Förklarande rapporten uttalas i punkten FR75 följande.¹⁹

Begreppet *huvudsakliga intressen* skall tolkas som den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen och där detta går att uppfatta även av tredje man. Orsaken till denna regel är inte svår att förklara. Insolvens är en risk som kan förutses. Det är således viktigt att den internationella behörigheten (vilken, som vi skall se, innebär att den fördragsslutande statens insolvenslagstiftning skall tillämpas) knyts till en plats som är känd av gäldenärens presumtiva borgenärer. Detta gör det möjligt att beräkna de rättsliga risker som en insolvens skulle kunna medföra. Syftet med att använda uttrycket *huvudsakliga intressen* var att inte enbart kommersiella, industriella och professionella aktiviteter skulle omfattas, utan också allmänna ekonomiska aktiviteter, för att privata individers (exempelvis konsumenters) aktiviteter också skulle inkluderas. Uttrycket *huvudsakliga* tjänar som urvalskriterium när intressena omfattar verksamhet av annan art som drivs från olika platser. I princip skall centrum för de huvudsakliga intressena när det gäller yrkesverksamma vara den plats där de bedriver sin yrkesverksamhet och för övriga fysiska personer den plats där de har sitt fasta hemvist. När det gäller företag och andra juridiska personer förutsätts det i konventionen att gäldenärens huvudsakliga intressen, om inte motsatsen visas, finns där dennes säte finns. Det motsvarar normalt gäldenärens huvudkontor.

Vad som har uttalats i ingresspunkten 13 och i den Förklarande rapporten till 2000 års insolvensförordning har därefter inte frångåtts i praxis och inte heller i 2015 års reviderade insolvensförordning, men viktiga kompletterande och preciserande uttalanden har tillkommit. Vad som uttalats i praxis (och doktrin) återkommer jag till, men först

¹⁸ Av intresse för tolkningen är vidare ingresspunkterna 23–33 till 2015 års insolvensförordning och den Förklarande rapporten FR72–86 (ang. den rapporten se nästa fotnot). Att det här nämns även den äldre (2000 års) insolvensförordningen beror på att detta kriterium är identiskt i de båda förordningarna och att någon ändring i den reviderade förordningen inte är avsedd.

¹⁹ Den Förklarande rapporten har en aningen udda tillkomsthistoria och är en inofficiell rättskälla. Den är skriven i anslutning till en konvention som aldrig kom till stånd. Anledningen till att den inte kom till stånd var att man i ett sent skede av konventionsarbetet bestämde att det i stället för en konvention skulle bli en förordning, dvs. det som blev 2000 års insolvensförordning. Det sakliga innehållet var dock då redan i allt väsentligt bestämt. Se t.ex. Mikael Mellqvist, EU:s insolvensförordning m.m. s. 17 och s. 313 f.

ska här anges att det i ingresspunkterna 28–31 till 2015 års insolvensförordning har uttryckts vissa kompletteringar enligt följande.

(28) Vid bedömningen av huruvida platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är fastställbar för tredje man, bör man ta särskild hänsyn till borgenärerna och deras uppfattning om var gäldenären förvaltar sina intressen. Detta kan, om platsen för de huvudsakliga intressen ändras, innebära att borgenärerna vid lämplig tidpunkt måste informeras om den nya plats där gäldenären bedriver sin verksamhet, till exempel genom att adressändringen påpekas i affärskorrespondens eller genom att den nya platsen offentliggörs på andra lämpliga sätt.

(29) Denna förordning bör innehålla ett antal garantier för att förhindra att *forum shopping* används i bedrägligt syfte eller missbrukas.

(30) Det bör därför vara möjligt att bryta presumtionen att sätet, det huvudsakliga verksamhetsstället och hemvisten är platsen för de huvudsakliga intressena och den behöriga domstolen i en medlemsstat bör göra en noggrann bedömning av om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen faktiskt finns i den medlemsstaten. I fråga om företag bör det vara möjligt att bryta denna presumtion om företagets huvudkontor är beläget i en annan medlemsstat än den där det har sitt säte, och när en övergripande bedömning av alla relevanta faktorer på ett sätt som kan fastställas av tredje part visar att centrum för företagets ledning och övervakning samt för tillvaratagande av företagets intressen finns i denna andra medlemsstat. När det gäller en enskild person som inte bedriver verksamhet som egenföretagare eller fri yrkesutövare, bör det till exempel vara möjligt att bryta denna presumtion, om huvuddelen av gäldenärens tillgångar finns utanför den medlemsstat i vilken denne har sin hemvist eller om det kan fastställas att den huvudsakliga anledningen till att denne flyttade var att ansöka om insolvensförfarande inom den nya jurisdiktionen och om en sådan ansökan påtagligt skulle vara till nackdel för de borgenärers intressen vilkas förehavanden med gäldenären ägde rum för förflyttningen.

(31) Likaså i syfte att förhindra att *forum shopping* används i bedrägligt syfte eller missbrukas bör presumtionen att platsen där de huvudsakliga intressena finns där sätet, den enskilda personens huvudsakliga verksamhetsställe eller hemvist finns inte vara tillämplig, när det gäller bolag, andra juridiska personer, eller enskilda personer som bedriver verksamhet som egenföretagare eller fria yrkesutövare, om gäldenären har flyttat sitt säte eller huvudsakliga verksamhetsställe till en annan medlemsstat inom en period av tre månader för ansökan om att inleda ett insolvensförfarande, eller när det gäller en enskild person som inte bedriver verksamhet som egenföretagare eller fri yrkesutövare, om gäldenären har flyttat sin hemvist till en annan medlemsstat inom en period av sex månader före ansökan om att inleda ett insolvensförfarande.

Det som det i grund och botten handlar om är att, mer vardagligt uttryckt, avgöra ”var någon vanligtvis håller hus och pysslar med sina grejor”. Det är alltså i realiteten frågan om att en konkurs (eller annat insolvensförfarande) ska inledas inom den jurisdiktion där gäldenären huvudsakligen lever och är verksam. För att uttrycka och (kanske) pre-

cisera det har man myntat olika juridiska begrepp och (försökt) förse dessa begrepp med ett konkret innehåll. COMI är ett sådant begrepp. Det som — oavsett begrepp — eftersträvas är att kunna knyta en person (eller ett företag) till *en enda bestämd* plats (jurisdiktion) med uteslutande av alla andra platser. Den platsen ska helst vara bestående över lång tid, dvs. inte vara möjlig att ändra hur lätt och snabbt som helst och den ska var utåt synbar.

Det är å ena sidan av vikt att inte sträva efter att ”låsa” de *begrepp* som används med en exkluderande definition. Å andra sidan kan ett fixt begrepp skapa önskvärd förutsebarhet. I vilket fall som helst är det i allra högsta grad eftersträvansvärt att man funktionellt kan använda begreppen när man analyserar och bedömer de *faktiska förhållanden* som kan grunda internationell domsbehörighet. De begrepp som används ska i hög utsträckning tillåta en tillämpning som ger avgörande utrymme för att tillgodose ändamålet.

Avslutningsvis ska det här framhållas den stora praktiska betydelsen av de presumtioner som artikel 3 innehåller och som ovan angetts, dvs. 1) för bolag och andra juridiska personer ska COMI anses vara där bolaget har sitt säte, 2) för en enskild företagare är motsvarande plats där företagaren har sitt huvudsakliga verksamhetsställe och 3) för fysiska personer är vederbörandes hemvist avgörande.

Rättegångsbalken och legaldefinitionerna

I svensk rätt (insolvensförordningen förutan) är det grundläggande begreppet inte COMI utan *hemvist* (se 10 kap. 1 § rättegångsbalken). Hemvist är ett i svensk, och internationell, rätt allmänt använt begrepp. Hemvistsakkunniga gjorde i sitt betänkande SOU 1976:39 en grundlig genomgång av begreppet ”hemvist” och dess definition och användning inom olika rättsområden, liksom även förhållandet mellan hemvist och snarlika begrepp som t.ex. ”domicil”, ”residens”, ”vistelseort”, ”uppehållsort” och ”bosättning”.²⁰ Med avstamp i det romerskrättsliga domicilbegreppet påpekas att det består av ett objektiva (fakta) och ett subjektivt (avsikt) moment och det sägs att med domicil avses den ort som en person *av fri vilja har valt till sin förblivande vistelseort och därmed till medelpunkt för sina rättsförhållanden och affärer*. Det är alltså frågan om vad man för stunden objektiva kan iaktta, parat med vederbörandes syfte att dessa objektiva iakttagbara fakta ska vara bestående under över-skådlig tid. I samband med det lyfts det fram att en person kan ha fler än en bosättning (residens) och att domicilet i så fall är att placera på platsen för det *huvudsakliga, det som förefaller vara det mest varaktiga, fasta och permanenta, det som personen är mest knuten till*. I samband med det talas det också om ”intressecentrum”. Slutligen uttalas här att i svensk lagtext har ”hemvist” använts för att uttrycka ”domicil”.²¹

²⁰ Se SOU 1976:39 s. 109 f.

²¹ SOU 1976:39 s. 127 och s. 277 f. Se också s. 251 där de sakkunniga väljer att använda begreppet ”hemvist” för anknytning till riket och begreppet ”hemort” för

I svensk rätt generellt har man dock inte nöjt sig med ”hemvist” i ospecificerad form som anknytningsfaktum, eftersom det har ansetts för vagt. Vad gäller just konkurslagen (och rättegångsbalken) har man ställt upp två legaldefinitioner för vad som ska avses med hemvist. Med hemvist för en juridisk person avses där den juridiska personens styrelse har sitt *säte*. Hemvist för en fysisk person som är folkbokförd i Sverige anses vara den ort där vederbörande var *folkbokförd* den 1 november året före det att prövningen görs. I svensk rätt har alltså begreppet hemvist två *legaldefinitioner*, som till skillnad från vad som gäller enligt insolvensförordningens *presumtioner*, inte tillåter motbevisning.²² I den svenska ordningen har man med andra ord formaliserat anknytningskravet och låst det till en bestämt avgränsad omständighet. Realiteter saknar betydelse — styrelsens säte respektive folkbokföringen faller avgörandet, oavsett hur det i realiteten ser ut. Insolvensförordningens presumtion till förmån för en enskild företagares ”verksamhetsställe” är däremot ett reellt begrepp som i övrig svensk rätt saknar en formaliserad definition.

Kolliderar regelsystemen?

Om man utgår från de två grundbegreppen, dvs. å ena sidan insolvensförordningens COMI (”platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen”) och å den andra sidan rättegångsbalkens ”gäldenärens hemvist” är det klart att de avser att uttrycka detsamma, till och med exakt detsamma. Men det är ändå två olika begrepp som ska användas i två skilda kontexter och de båda begreppet behöver därför, trots allt, inte ha exakt samma innebörd. Tillämpningen av de båda begreppen kan emellertid mycket väl i ett mycket stort antal fall leda till ett och samma resultat. Men problemet är att det här kan finnas ”glipor”, dvs. smärre betydelseförskjutningar som innebär att det *inte alltid* behöver förhålla sig på det viset. Och det är just detta ”inte alltid” som kan initiera allehanda problem.

Av avgörande betydelse är att de båda regelverken (insolvensförordningen och rättegångsbalken) har skilda strukturer och använder begrepp på olika nivåer. Hemvist enligt 10 kap. 1 § rättegångsbalken är ett överordnat begrepp som ”under sig” har uppställt vissa legaldefinitioner. I EU:s insolvensförordning är COMI det överordnade begreppet som ”under sig” har vissa presumtioner, bl.a. ”hemvist” för fysiska personer. Denna skillnad är en nyckel till förståelsen av problematiken. I det förra fallet är det, som nämnts, frågan om ett begrepp försett med två legaldefinitioner som ska *användas när 10 kap. rättegångsbalken tillämpas*. I det senare fallet, dvs. vid tillämpningen av EU:s insolvensförordning, ska hemvist i den betydelsen *inte* användas. I stället är då hemvist en presumtion för var COMI ska anses beläget — och begreppet

lokal anknytning inom riket. Även begreppet ”fast hemvist” förespråkas som ett ”kvalificerat bosättningsbegrepp”.

²² Se Per Olof Ekelöf m.fl. Rättegång II, 9 uppl., Stockholm 2021 s. 29 f.

”hemvist” är då att tolka och tillämpa autonomt inom ramen för insolvensförordningen. Rättegångsbalkens legaldefinitioner är då *inte* relevanta.

Samma ”ord” har alltså två olika betydelser beroende på i vilket regelverk det återfinns. Det sagda innebär att en fysisk persons folkbokföring och en juridisk persons styrelses säte i rättegångsbalkens mening *saknar formell betydelse* när insolvensförordningens hemvistbegrepp ska tillämpas. Även ”ordet” *säte* kan alltså, på samma sätt som ”ordet” hemvist, ha olika status och betydelse beroende på vilket regelverk som tillämpas. En annan sak, som ska hållas isär från det redan sagda, är att *de faktiska omständigheter* som ger anledning till att t.ex. använda de ”svenska” begreppen *i realiteten* kan ha betydelse även vid tillämpningen av insolvensförordningen och vice versa.

Anledningen till att jag här ovan tämligen ingående har redogjort för de grundläggande uttalandena rörande COMI har att göra med att EU-domstolen i sin prejudikatbildning hållit fast vid dessa uttalanden och vid sina bedömningar — förvisso med viktiga åtföljande kompletteringar och preciseringar — troget har *utgått* från dessa uttalanden. Det förhållandet att man har utgått från dessa uttalanden har också inneburit att man i vissa avseenden kan sägas ha utvidgat definitionen av begreppet COMI. Med det menar jag att det i tidig praxis och doktrin (avseende 2000 års insolvensförordning) har framförts att det är ett närmast oändligt antal omständigheter som ska, eller kan, beaktas när man ska bedöma om kriteriet är uppfyllt.²³ I praktiken är de uppställda presumtionerna naturligtvis i många fall till god hjälp, men även presumtionerna är förenade med oklarheter. Och det har också uppstått spänningar i frågan om förutsättningarna för att bryta dessa presumtioner.²⁴ Det förefaller i och för sig som hemvistpresumtionen för fysiska personer har fått en stark ställning.²⁵ Och det hade den nog, kanske aningen märkligt, redan vid tillämpningen av 2000 års insolvensförordning, där hemvist *inte* var någon i förordningen angiven presumtion (vilket det alltså numera enligt 2015 års förordning är). För

²³ Belysande är den sammanfattning som min artikel i SvJT 2005 s. 449 avslutas med. Där anger jag i 16 (!) punkter omständigheter man ska hänsyn till — och då är var och en av punkterna omfattande. Jfr också Anna Warberg, Gränsöverskridande insolvens, som återkommande talar om att kriteriet ”saknar en tydlig definition” och är ”vagt formulerat” (s. 105, s. 110), att det ”inte tillämpas uniformt inom EU” (s. 109), att insolvensförordningen ger ”inga klara svar” när kriteriet är objektivt fastställbart för tredje man. Hon påpekar samtidigt att ingresspunkterna till 2015 års insolvensförordning innehåller uttalanden som ”i viss utsträckning klargör” hur rekvisitet ska förstås, men att ”problemet kvarstår”, med att det för att bestämma COMI krävs ”en genomgripande bedömning av omständigheterna i varje enskilt fall” (s. 118). Och — det är just det som enligt min mening är problemet. Den vällovlige strävan efter realiteter riskerar att mynna ut i osäkerhetens gungflyende träskmarker.

²⁴ Se Anna Warberg, Gränsöverskridande insolvens s. 111 f. med hänvisningar till praxis, särskilt beträffande de tre olika presumtionerna s. 149 f., s. 162 f. och s. 174.

²⁵ Rättsfallet C-253/19 är ett bra exempel på det. Av det fallet följer, som jag ser det, att det krävs mycket starka skäl för att bryta presumtionen för fysiska personer (hemvist). Men även de båda andra presumtionerna torde i grunden vara förhållandevis starka.

svenskt vidkommande där begreppet hemvist, i och med att det genom folkbokföringens avgörande betydelse är att se som statistiskt, måste det i termer av förutsebarhet anses vara en igenkännbar ordning. När det gäller sätespresumtionen för bolag förefaller den ha bytts ut till en "huvudkontorspresumtion". EU-domstolen har i en strävan att komma bort från en formell presumtion (sätet) till förmån för en reell presumtion (där de huvudsakliga intressena "verkligen" finns) landat i en ny formell presumtion (huvudkontorets belägenhet).²⁶ Det måste sägas vara en tendens (eller mer än så) till en mycket olycklig utveckling. Innebörden är nämligen att insolvensjurisdiktionen inte är förutsebar för någon annan än gäldenären själv. Och det är givetvis inte en förutsebarhet som är skyddsvärd.

Den breda utgångspunkten med krav på att göra helhetsbedömningar av samtliga relevanta omständigheter kan inte sägas vara annat än i och för sig vällovlig.²⁷ Men det är en inte särskilt effektiv ordning. För ett någorlunda stort företag är det lätt att hitta anknytningar, även starka anknytningar, till ett otal jurisdiktioner. Inte minst inom ramen för EU som syftar till en gemensam marknad med fritt utbyte av varor, tjänster och kapital kan ett företag ha stark anknytning till så gott som alla medlemsländer — och det är också något som av ekonomiska skäl allmänt uppmuntras. I hithörande sammanhang är det dessutom frågan om att dels hitta en anknytning till *en* jurisdiktion, dels hitta en anknytning till *en annan* jurisdiktion "inom" den första jurisdiktionen.²⁸

²⁶ Se om denna utveckling Anna Warberg i SvJT 2023 s. 928. Det ska påpekas att det i FR75 och ingresspunkten 30 till 2015 års insolvensförordning finns "glidningar" i formuleringarna som flyttar "säte" till "huvudkontor". För egen del vill jag hävda att platsen för styrelsens säte och platsen för huvudkontoret inte behöver ha något att göra med varandra. Ett bolag behöver inte ens ha något huvudkontor och har man ett sådant kan man ju från en minut till en annan ändra på det utan att någon annan kan hindra det eller "se" det. Att ändra säte (styrelsens säte) däremot i den formella betydelsen "registrerat" säte kräver vissa formaliteter som tar tid och ges offentlighet. I artikeln fokuseras mycket på rättsfallet C-253/19 som kan sägas sammanfatta en mångårig praxis.

²⁷ Ett belysande exempel är rättsfallet RH 2022:10. Hovrätten konstaterade där att hemvistpresumtionen inte var användbar för att bestämma COMI. Då övergick hovrätten till en bred bedömning av samtliga relevanta och kända omständigheter och kom till slutsatsen att COMI fanns i Sverige. Det var alltså möjligt att i Sverige inleda ett huvudinsolvensförfaranden enligt EU:s insolvensförordning. Principiellt är det alltså en helt korrekt tillämpning; COMI är ju det överordnade kriteriet och hemvist är "bara" en (motbevisbar) presumtion för var COMI är beläget. Ett alternativ — som alltså inte behövde tillgripas — hade varit att det inte hade ansetts visat att COMI fanns i Sverige och inte heller någon annanstans inom EU. En "EU-konkurs" hade alltså inte varit möjlig att inleda. Men man hade inte kunnat stanna med det, utan varit tvungen att gå vidare och undersöka om det hade funnits någon anknytning enligt 10 kap. rättegångsbalken som hade tillåtit att det hade inletts en svensk domicil- eller särkonkurs. I det aktuella fallet synes en särkonkurs ha varit tänkbar i och med att gäldenären hade egendom här (10 kap. 3 § rättegångsbalken). Se angående detta rättsfall också Anna Warberg i SvJT 2023 s. 928 (s. 938 f.).

²⁸ I grund och botten är detta ett fenomen (problem?) av generell karaktär i det att EU-rätten kan sägas vara en rättsordning som ingår i den svenska rättsordningen och den svenska rättsordningen som ingår i EU:s rättsordning. Om dessa båda rättsordningar skulle vara fullständigt synkroniserade skulle det inte existera något problem. Nu är så inte fallet — och så kan det knappast någonsin vara. Samtidigt är de båda rättsordningarna till stor del synkroniserade, vilket — måhända aningen

När man ska knyta företaget till *en enda* jurisdiktion — och det är ju det som är strävan — blir ”helhetsbedömningarna” lätt spekulativa och chansartade. I stället för att hänvisa till alla tänkbara omständigheter (i och för sig relevanta) handlar det om att hänvisa till *en enda* bestämd omständighet — och sedan ihärdigt och uthålligt hålla fast vid den. För juridiska personer skulle det, enligt min mening, vara att hänvisa till den rättsordning som har fött den juridiska personen, dvs. den stat enligt vars rättsordning den juridiska personen *är* en juridisk person. Det borde rimligen vara det *exklusiva* anknytningsfaktum som gäller.²⁹ Men nu är det inte så — och det får vi leva med.

Syftet med denna redogörelse för COMI och presumtionerna har varit att åskådliggöra de problem som begreppet COMI och definitionerna av presumtionerna är förknippade med samt hur detta förhåller sig till konkurslagen (och 10 kap. rättegångsbalken). Det som inte framkommer här — och som sällan lyfts fram — är att den gällande ordningen fungerar helt friktionsfritt i en överväldigande majoritet av alla insolvensfall, såväl i Sverige som i andra EU-länder. För svenskt vidkommande har EU:s insolvensförordningar inte berett domstolarna eller andra några mer beaktansvärda bekymmer under de snart 25 år de har varit gällande rätt här. En förkrossande majoritet av alla konkurser, företagsrekonstruktioner och skuldsaneringar kräver inte någon mer avancerad tillämpning av insolvensförordningen. I det perspektivet är det lätt att glömma bort att svenska domstolar m.fl. i alla dessa insolvensärenden faktiskt tillämpar EU:s insolvensförordning, trots att de kanske inte ens är medvetna om det. Men när det någon enstaka gång då och då aktualiseras problem knutna till insolvensförordningen är det givetvis av vikt att man orienterar sig rätt. Och vid sådana tillfällen har missöden inträffat och det är det lätt att se sådana risker även framöver.

COMI och svensk domicilkonkurs

Kravet för insolvensförordningens tillämplighet rent generellt är alltså att gäldenären ska ha COMI *någonstans inom EU*. Om så är fallet är det inte relevant att tala om en svensk domicil- eller särkonkurs. Om

paradoxalt — är själva upphovet till problemet. Vore de båda rättsordningarna klart åtskilda, skulle det inte vara några svårigheter förenade med att tillämpa dem helt separat. Den ”överlappande” ordning som i stället gäller innebär att det inte är uppenbart och givet när tolkning och tillämpning ska ske monistiskt eller när det ska ske dualistiskt — eller som i det aktuella fallet när båda synsätten är aktuella. Och — för att vara tydlig — detta har inget med normhierarki att göra.

²⁹ Det är den ordning — hemlandsprincipen — som gäller för de s.k. försäkrings- och bankinsolvensdirektiven (2001/17/EG av den 19 mars 2001 respektive 2001/24/EG av den 4 april 2001). Se om dessa Mikael Mellqvist, EU:s insolvensförordning m.m. s. 90 f. I 3 § i lagen (2005:1047) om internationella förhållanden rörande finansiella företags insolvens — i vilket de båda direktiven har införlivats — anges att svensk domsrätt finns om gäldenären är hemmahörande i Sverige eller utanför EES-området och har tillstånd att bedriva verksamhet genom filial i Sverige. Det ska samtidigt erkännas att detta inte löser problemet, eftersom de flesta större företag driver sin verksamhet genom nationella dotterbolag — och insolvensförordningens reglering av insolvens inom en koncern är tämligen rudimentär.

däremot gäldenärens COMI *inte* finns inom EU är det fullt tänkbart att det i Sverige kan förekomma svenska särkonkurser. En mer besvärlig fråga är om det under dessa förutsättningar kan förekomma en svensk domicilkonkurs. Det skulle kräva dels att gäldenären har sitt COMI utanför EU, dels har sitt hemvist i Sverige. Kan dessa båda rekvisit vara uppfyllda samtidigt? Eller innebär hemvist i Sverige ”per automatik” att också COMI är beläget i Sverige och vice versa?

Med hänsyn till att kriteriet (rekvisitet) enligt insolvensförordningen är *COMI*, försett med motbevisbara presumtioner i form av hemvist och säte och till att kriteriet (rekvisitet) i Sverige är *hemvist*, försett med två icke-motbevisbara legaldefinitioner i form av folkbokföring respektive säte, är det en naturlig utgångspunkt att se det som att svenska domicilkonkurser har en egen plats vid sidan av huvudinsolvensförfaranden enligt EU:s insolvensförordning. Det finns alltså, genom begreppsbyggnaden, teoretiska glipor som stödjer antagandet om att det kan förekomma en svensk domicilkonkurs som inte samtidigt är ett huvudinsolvensförfarande enligt insolvensförordningen och vice versa.³⁰ Och om det inte går att påvisa några mer betydelsefulla nackdelar med det, kan man låta diskussionen stanna där.

Med hänsyn till de båda smala och rent formella svenska legaldefinitionerna (folkbokföring respektive säte), är det inte heller särskilt svårt att föreställa sig att någon av dem är uppfylld samtidigt som en tillämpning av det reella begreppet COMI mynnar ut i att det finns utanför EU. Ett inte särskilt märkligt exempel skulle kunna vara ett svenskregistrerat aktiebolag med *all* sin verksamhet i USA. Om man först tillämpar EU:s insolvensförordning skulle med all säkerhet sätespresumtionen anses bruten och COMI anses finnas i USA, dvs. insolvensförordningen skulle inte alls vara tillämplig. Är det då ”fritt fram” för att med tillämpning av den inhemska legaldefinitionen rörande sätets avgörande betydelse inleda en svensk domicilkonkurs, med världsomfattande anspråk? Svaret blir givetvis jakande om man först tillämpar insolvensförordningen isolerad och sedan lika isolerat tillämpar svenska behörighetsregler (insolvensförordningen förutan). Och det är möjligt att man kan stanna med det. Det skulle också rent allmänt ligga i linje med vad som genomgående framförs i denna artikel; nämligen att hålla isär EU-rättsliga och ”helsvenska” bedömningar från varandra. Den ovan nämnda ”teoretiska glipan” kan alltså utan svårighet fyllas med praktiskt sett tänkbara fall.

Kan det då vara några betydande nackdelar förenade med att det ”utanför EU” inleds en svensk domicilkonkurs? En sådan ”helsvensk” domicilkonkurs skulle knappast vinna erkännande i andra jurisdiktioner; definitivt inte i andra EU-länder och med all säkerhet inte heller i USA. Frågan är om en sådan domicilkonkurs skulle erkännas i någon annan jurisdiktion. Jag sitter inte inne med det svaret, men tillåter mig hysa avsevärda tvivel på möjligheten att genomdriva ett extraterritori-

³⁰ Se Michael Bogdan s. 28.

torieellt anspråk för en sådan konkurs. Om det är på det viset skulle man kunna säga att det i praktiken är helt meningslöst med en sådan domicilkonkurs. Ett "avskaffande" av svenska domicilkonkurser (utanför insolvensförordningens tillämpningsområde) skulle alltså inte innebära att vi i praktiken avhänder oss några möjligheter till en effektiv insolvenshantering. Det är helt enkelt inte möjligt att med en sådan domicilkonkurs uppnå något mer eller något annat än vad som kan åstadkommas inom ramen för ett huvudinsolvensförfarande enligt EU:s insolvensförordning.

Ett alternativt sätt att attackera frågan är att se det som att *EU:s insolvensförordning uttömmande reglerar en svensk domstols möjlighet att inleda och genomföra en konkurs med extraterritoriell verkan*. Ett annat sätt att uttrycka samma sak är att säga att EU:s insolvensförordning *exklusivt* reglerar den svenska internationella domsbehörigheten att inleda en konkurs med anspråk att omfatta mer än egendom i Sverige. Ett starkt argument för detta angreppssätt är att EU:s insolvensförordning syftar till extraterritoriell verkan (alltså verkan utanför EU). Skulle vi i Sverige dessutom därutöver ha en möjlighet att — med andra kriterier — inleda en konkurs med samma verkningar, skulle det vara en "störande dubbelreglering". Å andra sidan kan det anföras att om det nu ändå är möjligt att såväl teoretiskt som praktiskt tänka sig en svensk domicilkonkurs som inte samtidigt är ett huvudinsolvensförfarande enligt insolvensförordningen, kan man väl låta det vara så. Även om det i praktiken inte skulle uppnås något med en sådan domicilkonkurs jämfört med vad som kan uppnås inom ramen för ett huvudinsolvensförfarande enligt insolvensförordningen, kan det knappast skada med en sådan möjlighet. Och på marginalen kanske det trots allt i vissa fall kan få praktiskt genomslag. Om det t.ex. i exemplet "Sverige-USA" ovan skulle vara så att man i USA, trots allt, tillerkänner en svensk domicilkonkurs verkan i *något* avseende finns det väl all anledning att ta tillvara på denna möjlighet.

Ett resonemang till stöd för att helt avskaffa svenska domicilkonkurser skulle vara att ovan nämnda "teoretiska glipor" bygger på ett utpräglat begreppsorienterat synsätt och den ändamålsorienterade juristen bör sträva efter att mura igen dessa glipor. Det kräver en tolkning och tillämpning som sker på ett harmoniserande sätt. Och en sådan tillämpning är inte heller förenad med några större svårigheter. Så som har redovisats ovan handlar det ju i grund och botten om att hitta *ett exklusivt reellt anknytningsfaktum*. Det är något som ligger bakom — eller till grund för — alla de begrepp som används för att uttrycka denna exklusivitet. Det saknas anledning att tillskriva begreppen "egna liv" separerade från den verklighet de är avsedda att appliceras på. Det är med andra ord frågan om att tillämpa regleringarna (insolvensförordningen och den svenska konkurslagen) på ett enhetligt sätt. Och i det perspektivet finns det helt enkelt inget utrymme för svenska domicilkonkurser vid sidan av svenska huvudinsolvensförfaranden enligt EU:s

insolvensförordning. Man kan också säga att ett svenskt huvudinsolvensförfarande enligt insolvensförordningen ”inkorporerar” vad som annars hade utgjort en svensk domicilkonkurs. Det kan vara ett tilltalande resonemang. Men det stupar på det som har anförts ovan, nämligen följande.

- 1) På marginalen kan det finnas ett behov (om än litet) av att klassificera en konkurs som en svensk domicilkonkurs som insolvensförordningen inte är tillämplig på.
- 2) Det är ändamålsenligt att tillgodose detta behov.
- 3) Det finns inte några nackdelar med eller svårigheter att hantera en sådan klassificeringsmöjlighet.

Det finns alltså sammanfattningsvis inte tillräckliga skäl för att avskaffa *svenska* domicilkonkurser som en egen klassificering av svenska konkurser.

Svensk särkonkurs

En självklarhet

Att svenska särkonkurser kan förekomma vid sidan av en ”EU-konkurs” tar jag utan vidare för givet. Motsatt ståndpunkt skulle ju innebära att man ansåg att EU:s insolvensförordningen *exklusivt* och *uttömmande helt och hållet* skulle reglera svensk internationell domsbehörighet på området. Stöd för en sådan ståndpunkt är svår (omöjlig?) att motivera. Det finns följdriktigt inte heller något i EU:s insolvensförordning som kan tas till intäkt för att nationella särkonkurser utanför insolvensförordningens tillämpningsområde skulle vara otänkbara eller icke önskvärda. Just i och med att sådana konkurser är nationellt begränsade berörs inte andra länder än konkurslandet. Det är dock viktigt att framhålla att en förutsättning för en nationell (t.ex. svensk) särkonkurs är att det är klarlagt att COMI finns utanför EU.

Särkonkurs och driftställe

På samma sätt som det beträffande COMI och hemvist finns begreppsglidningar, finns det motsvarande glidningar vad gäller hur begreppet *driftställe* i insolvensförordningen ska förstås och hur det begreppet gestaltar sig i förhållande till det särkonkursfora som med stöd av 10 kap. 5 § rättegångsbalken (även där ”driftställe”) är tänkbart.³¹ På samma sätt som begreppet ”hemvist” är ”driftställe” ett i vart och ett av regelverken insolvensförordningen och rättegångsbalken autonomt

³¹ Se dock Michael Bogdan s. 33 f. (och s. 163 f.) — och även densamme i SvJT 1980 s. 710 — som synes vara av uppfattningen att en svensk särkonkurs kan grundas enbart på 3 § (förmögenhetsforum) och 4 § (gäldsforum) bland behörighetsreglerna i 10 kap. rättegångsbalken, även om han ställer sig kritisk till det senare men medger att NJÄ 1980 s. 340 talar för det. Det s.k. vagabondforum i 10 kap. 1 § femte stycket rättegångsbalken anser han också vara behörighetsgrundande, men att konkursen då blir att klassificera som en domicilkonkurs. Slutligen anser han att driftställe enligt 10 kap. 5 § rättegångsbalken inte är (inte bör vara?) behörighetsgrundande. Det sistnämnda ser jag som möjligt att ifrågasätta, jfr Mikael Mellqvist i EU:s insolvensförordning m.m. — En kommentar s. 32.

begrepp. I praktiken innebär det att insolvensförordningens begrepp ”driftställe” kan vara relevant endast i de fall COMI finns i något EU-land. Rättegångsbalkens begrepp ”driftställe” kan enbart vara relevant i motsatt fall, dvs. gäldenärens COMI finns utanför EU (se vidare i det följande). Precis som med ordet ”hemvist” kan ordet ”driftställe” föras med olika betydelser beroende av den kontext där ordet förekommer.

Den nordiska konkurskonventionen — alljämt med i matchen

Den nordiska konkurskonventionen (och de svenska lagar som stiftats i anledning av den) har inte haft någon framträdande plats i den juridiska debatten eller som ett viktigt instrument i den vardagliga konkurshanteringen. Tillkomsten av EU:s insolvensförordning har emellertid inte minskat konventionens betydelse. Och det gäller givetvis även de lagar som i Sverige utfärdats i anledning av konventionen. Det har samband med att det endast är Finland och Sverige som av de nordiska länderna omfattas av EU:s insolvensförordning. Danmark, Island och Norge står utanför den. Rent formellt har insolvensförordningen företrädare framför konventionen vad gäller förhållandet mellan Sverige och Finland (se artikel 85 i EU:s insolvensförordning). Men där utanför har konventionen alljämt fullt ut tillämplighet. I korthet innebär konventionen att en domicilkonkurs i ett nordiskt land tillerkänns beslagsverkan även i övriga nordiska länder.³² Men konventionen innehåller inga regler rörande respektive konventionslands konkursjurisdiktion. I grund och botten är det naturligtvis beroende på en vidsträckt ömsesidig tillit inom den nordiska kultursfären; har det inletts en domicilkonkurs i ett av konventionsländerna respekteras det utan vidare i övriga konventionsländer.

En fråga som då möjligen kan uppstå är om det är möjligt att i Sverige inleda en konkurs som är att klassificera som ett huvudinsolvensförande enligt EU:s insolvensförordning *och* som en svensk domicilkonkurs, dvs. en *dubbelklassificering*. Svaret är emellertid ett definitivt nej. Det är inte möjligt. Här måste man bestämma sig. Är det ett huvudinsolvensförfarande enligt insolvensförordningen är det ett sådant — och inte samtidigt något annat. Är det inte ett sådant huvudinsolvensförande kan det kanske — efter särskild prövning — vara t.ex. ett svenskt domicilförfarande och inte samtidigt något annat. Rent formellt kan det *inte* samtidigt vara så att ett och samma förfarande kan klassificeras på mer än ett sätt. Man kan alltså inte i en och samma konkurs hoppa från en tuva (klassificering) till en annan tuva (klassificering) bara för det skulle underlätta lösningen av ett specifikt problem. Ett sådant hoppande skulle i slutändan innebära att möjligheterna till förutsebarhet gick förlorade och att kaos ersatte ordning och reda. Efter att sålunda ha uttalat mig som ”ordningsman” vill jag samtidigt framhålla att principfasthet inte behöver sätta upp hinder mot ett prag-

³² Se 1 § i lagen (1981:6) om konkurs som omfattar egendom i annat nordiskt land och 1 § lagen (1981:7) om verkan av konkurs som inträffat i annat nordiskt land.

matiskt förhållningsätt. Pragmatismen måste dock utövas inom vissa bestämda ramar.

I NJA 2013 s. 22 var det frågan om ett svenskt konkursbo som i Sverige väckte återvinningstalan mot ett norskt aktiebolag. Tingsrätten avvisade talan då den ansåg sig sakna internationell behörighet att ta upp talan. Hovrätten ansåg dock att svensk domstol hade sådan behörighet och återförvisade målet till tingsrätten.

Frågan i målet var alltså om svensk domstol var behörig att pröva den aktuella återvinningstalan. Målet handlade alltså *inte* om att avgöra svensk konkursjurisdiktion. Den aktuella konkursen var att klassificera som ett huvudinsolvensförfarande enligt EU:s insolvensförordning. Innebörden av det är att svensk domstol då är behörig att pröva en återvinningstalan som riktas mot en svarande med hemvist utanför EU. Det följer numera direkt av artikel 6 i 2015 års insolvensförordning. Vid den tidpunkt Högsta domstolen avgjorde målet gällde dock 2000 års insolvensförordning, i vilken det inte fanns någon motsvarighet till nuvarande artikel 6. Men av rättsfallet från EU-domstolen C-328/12 (Schmid) följer att detsamma gällde även då. Det rättsfallet meddelades dock den 16 januari 2014 och Högsta domstolens avgörande den 31 januari 2013; Högsta domstolen hade alltså inte möjlighet att beakta det. Än mindre var det möjligt för Högsta domstolen att beakta C-253/19.³³ Å andra sidan fanns det vid tidpunkten andra avgöranden från EU-domstolen som talade i samma riktning.³⁴ Trots det konstaterar Högsta domstolen (punkten 8) att EU:s insolvensförordning inte är tillämplig i det aktuella fallet. I stället uttalar Högsta domstolen (punkten 11) att frågan bör prövas med analogisk tillämpning av forumreglerna i 10 kap. rättegångsbalken. Men domstolen kommer fram till att det med en sådan tillämpning inte går att finna stöd för svensk domstols behörighet. Så långt har Högsta domstolen alltså avvisat såväl EU:s insolvensförordning som rättegångsbalken som möjligt stöd för svensk domstols behörighet. Där kan man tycka att det hela borde vara slutligt avgjort. Men Högsta domstolen fortsätter med att undersöka ”syftet bakom insolvensförordningen”, men kommer då fram till att inte heller det duger som stöd för svensk domsbehörighet (punkten 14). Men

³³ I C-339/07 (Seagon) uttalades att behörighet förelåg för domstol i COMI-landet att ta upp och pröva en återvinningstalan mot en svarande i en annan stat som omfattades av EU:s insolvensförordning. I C-253/19 sades att det gällde även mot en svarande utanför EU. Det sistnämnda kan nog detta rättsfall förutan ses som självklart. Det finns ju inga skäl att se det som att insolvensförordningen, gentemot världen utanför EU, skulle kunna inskränka de internationella verkningarna av en konkurs. Däremot var Seagon klagande. Nu är det dessutom — som nämnts — uttryckligen uttalat i artikel 6 i förordningen.

³⁴ I rättsfallet C-339/07 (Seagon) uttalar EU-domstolen att insolvensförordningen ger konkursboet rätt att väcka återvinningstalan i konkurslandet mot en svarande som finns i ett annat land inom EU. Det saknas dock helt anledning att av det rättsfallet dra slutsatsen att svaranden utanför EU skulle ha en ”bättre” ställning. Annorlunda uttryckt kan Seagon — i ett vidare perspektiv — ge stöd för en extensiv tillämpning av EU:s insolvensförordningen, men inte för en begränsande tillämpning.

inte heller nu ger man upp utan fortsätter. Och då hamnar vi i en "Norgehistoria" (punkten 15). Och det avgörande skälet för att vända det hela till att svensk domstol är behörig är följande. "En bedömning som innebär att det är mest effektivt att återvinningstalan prövas vid svensk domstol ligger i linje med skälen bakom insolvensförordningens reglering". Efter att ha avfärdat insolvensförordningen och även rättegångsbalken, återvänder Högsta domstolen alltså till något som "ligger i linje med skälen bakom insolvensförordningen". Då har man väl tillämpat insolvensförordningen? Möjligen väl extensivt kanske, men ändå? Utgången är enligt mitt förmenande i sin ordning, men resonemanget fram till den känns aningen vacklande.³⁵

I ett vidare perspektiv aktualiseras också förhållandet mellan 1) EU:s insolvensförordning, 2) den nordiska konkurskonventionen och 3) intern rätt i de fem nordiska länderna. Vad jag har förstått har den nordiska konkurskonventionen "i det tysta" tillämpats i inte obetydlig omfattning. Det har fungerat smärtfritt och inte avsatt några spår i form av rättsfall och doktrinära analyser. Utmaningen nu är att på ett lämpligt sätt "fasa in" konventionen så att den "går ihop med" EU:s insolvensförordning. Det kan med enkla medel åstadkommas om viljan finns. Ett icke-enkelt medel är att starta en formell revideringsprocess av konkurskonventionen. Det förefaller som att det är bättre att låta rättstillämpningen klara av detta.

Det finns inga auktoritativa uttalanden om det och det har mig veterligen aldrig prövats, men en inte alltför vild gissning är att man i Danmark, Island och Norge — utan att vara förpliktad till det — skulle erkänna ett finländskt eller svenskt huvudinsolvensförfarande enligt EU:s insolvensförordning just som ett sådant, och även att EU-länderna (vissa) — mer tveksamt dock — skulle erkänna (inte automatiskt utan efter prövning) en dansk, isländsk eller norsk domicilkonkurs som ett insolvensförfarande med samma verkningar som ett huvudinsolvensförfarande enligt EU:s insolvensförordning. Detta skulle på något sätt kunna sägas innebära att EU:s insolvensförordning i praktiken utvidgas till att i grundläggande avseenden gälla även Danmark, Island och Norge och omvänt att den nordiska konkurskonventionen i praktiken extenderas till att få ett betydligt vidare tillämpningsområde. Vad som anförts i detta stycke är alltså kortfattade spekulationer rörande vad som skulle kunna åstadkommas inom rättstillämpningen i olika länder, utan att det skulle behöva innebära att man gör "våld" på befintliga regelverk.

Lokal behörighet — en *aman* fråga

I praktiken simultant med den internationella behörighetsprövningen ska domstolen (tingsrätten) också pröva sin lokala behörighet. Och det

³⁵ NJA 2013 s. 22 finns kommenterat av Michael Bogdan i SvJT 2015 s. 573 (s. 618 f.) samt av Anna Warberg, Gränsöverskridande insolvens s. 47 f. Anna Warberg påpekar där att det finns anledning att kritisera avgörandet i NJA 2013 s. 22 — ett påpekande som synes ha fog för sig. Se också fotnot 13.

är viktigt att konstatera att det nu är frågan om en *annan* prövning utifrån *andra* förutsättningar än de som gällde för prövningen av den internationella behörigheten. EU:s insolvensförordning har inget att bidra med i frågan om lokal behörighet. Och det är en självklar ordning. Det vore för övrigt omöjligt att i en EU-förordning beakta alla medlemsstaters domstolsorganisationer och processordningar och reglera detta.³⁶ I stället ska prövningen *exklusivt* ske mot 10 kap. rättegångsbalken, även i de fall EU:s insolvensförordning är tillämplig. Det kan möjligen anses föra med sig vissa märkligheter. Anta t.ex. att COMI är beläget i Sverige och inte bara det utan mer bestämt i Stockholm. Den bedömningen grundar sig på att ett företags huvudkontor finns i Stockholm, all tillverkning finns i Stockholm och all försäljning utgår från Stockholm. Men styrelsen har sitt säte på Gotland. Då är det med stöd av 10 kap. 1 § rättegångsbalken primärt Gotlands tingsrätt som är behörig att handlägga konkursen. Men även Stockholms tingsrätt kan ha sådan behörighet (t.ex. med stöd av 10 kap. 3 § rättegångsbalken). Oavsett vilken av de båda behöriga tingsrätterna som handlägger konkursen är den att klassificera som ett huvudinsolvensförfarande enligt insolvensförordningen. Den klassificeringen avgörs av att COMI finns *i Sverige*, exakt var i Sverige spelar inte någon roll för klassificeringsfrågan (och inte för prövningen av om svensk domstol har internationell behörighet). Det jag vill ha sagt med detta är att frågan var någonstans *inom Sverige* COMI är beläget saknar helt relevans för den lokala behörighetsprövningen.

Partsautonomins omfattning

Inledning

Inledandet av en konkurs förutsätter att någon ansöker om det. Det är det initiala och avgörande tecknet på att parterna fritt disponerar över frågan om en konkurs ska inledas eller inte. En ansökan kan också fritt återkallas fram till dess beslut meddelas (2 kap. 22 § konkurslagen). En konkursansökan som ges in till en svensk domstol prövas exklusivt med tillämpning av svensk rätt, vilket inkluderar EU:s insolvensförordning.³⁷ Vad en ansökan ska innehålla och regleringen av förfarandet för prövningen av ansökan följer av konkurslagen, närmare bestämt av lagens 2 kap. Bestämmelser om ansökan finns också i 5–7 §§ konkursförordningen. I EU:s insolvensförordning finns i artikel 4–6 bestämmelser av intresse för domstolens behörighetsprövning (och klassificeringen) liksom även i 3 och 4 §§ i kompletteringslagen.

Den som ansöker om konkurs ska i sin ansökan ange a) på vilken grund *svensk* domstol och b) på vilken grund den *aktuella* tingsrätten, är behörig att handlägga ansökan och också styrka dessa två (olika) omständigheter. Det följer av konkurslagen. Det följer också — i de fall

³⁶ Se ingresspunkten 26 till 2015 års insolvensförordning.

³⁷ Se också artikel 7.2 och Anna Warberg, Gränsöverskridande insolvens s. 102 f.

insolvensförordningen är tillämplig — av artikel 4.1 i insolvensförordningen och 4 § i kompletteringslagen.

Av särskilt intresse för behörighetsfrågan är följande bestämmelser.

- 1) 2 kap. 1 § andra stycket konkurslagen där det anges att sökanden ska ange och styrka de omständigheter som gör rätten behörig (såväl internationellt som lokalt).³⁸
- 2) Behörigheten regleras i 10 kap. rättegångsbalken (2 kap. 1 § första stycket konkurslagen) och i EU:s insolvensförordning (artikel 3).
- 3) I 4 § kompletteringslagen föreskrivs att sökanden ska ange och styrka de omständigheter som ligger till grund a) för svensk domstols behörighet och b) för klassificeringen (huvudinsolvensförfarande, självständigt territoriellt begränsat förfarande eller sekundärförfarande). In dubio ska en ansökan anses avse ett huvudinsolvensförfarande (3 § i kompletteringslagen).
- 4) Av artikel 4.1 i insolvensförordningen följer att domstolen på eget initiativ (ex officio) alltid ska pröva sin internationella behörighet enligt artikel 3.
- 5) Av svensk rätt följer, utan att det direkt föreskrivs i någon enskild bestämmelse, att domstolen också ex officio ska pröva sin lokala behörighet.
- 6) En borgenärs ansökan ska prövas vid en förhandling om inte gäldenären medger ansökan (2 kap. 16 § konkurslagen).
- 7) En gäldenärs ansökan ska prövas genast (dvs. utan förhandling); dock med vissa undantag (2 kap. 14 § konkurslagen).

En ansökan om konkurs som i nu nämnda avseenden är ofullständig eller bristfällig ska alltid *avvisas*. Om ansökan i och för sig är korrekt och komplett, men tingsrätten vid sin ex officio-prövning kommer till slutsatsen att den inte är behörig, ska ansökan också — med ett undantag — *avvisas*. Undantaget är att bristen gäller den lokala behörigheten. I så fall ska ansökan lämnas över till den tingsrätt som kan vara lokalt behörig (2 kap. 2 a § konkurslagen). Längre fram i denna artikel kommer frågan tas upp om hur tingsrätten ska hantera en konkursansökan där huvudyrkandet (gäldenären ska försättas i konkurs) är villkorat av att konkursen klassificeras på ett visst bestämt sätt och det villkoret inte går att tillgodose. Redan nu kan dock sägas att det då blir frågan om att *avslå* konkursansökan.

³⁸ I denna artikel behandlas frågor rörande domstolens internationella och lokala behörighet att inleda och handlägga en konkurs. För ordningens skull ska nämnas att det i ett konkursmål förekommer även en prövning av en borgenärs behörighet (när en borgenär är sökande). En sökande borgenär måste visa att han eller hon är just borgenär (dvs. har en fordran), se 2 kap. 4 och 6 §§ konkurslagen. Det brukar också uttryckas som att borgenären måste för att få bifall till sin ansökan visa att han eller hon är saklegitimerad. Denna prövning av *borgenärens* behörighet är alltså något helt annat än frågan om prövningen av *domstolens* behörighet.

Några korta ord om bevisbördan

För att inleda ett konkursförfarande enligt EU:s insolvensförordning krävs alltså att COMI finns inom EU. Man kan skärpa det och säga att det krävs att det är *visat* att så är fallet. Det krävs med andra ord ett *positivt* konstaterande av att utredningen i målet är sådan att det kan slås fast att COMI finns inom EU. Detsamma gäller för att kunna inleda ett huvudinsolvensförfarande i ett visst bestämt EU-land. Ett huvudinsolvensförfarande i Sverige kräver alltså att det är visat att COMI finns i Sverige. Och det ankommer på sökanden att visa vad som nu har sagts. Man kan uttrycka det som att det är sökanden som bär bevisbördan. Det innebär motsatsvis att en svarande gäldenär aldrig behöver visa att han eller hon, för att undgå att bli föremål för ett ”europeiskt” insolvensförfarande, har sitt COMI utanför EU respektive utanför Sverige.

Anta att det i ett specifikt fall av sökanden har lagts fram utredning som visar att gäldenärens COMI finns i Sverige *eller* Finland, med utslutande av alla andra länder. För att inleda ett svensk huvudinsolvensförfarande enligt insolvensförordningen krävs då att även Finland kan uteslutas som COMI. Och för att i detta exempel inleda ett svenskt självständigt territoriellt insolvensförfarande krävs att det är visat a) att COMI finns i Finland och b) att ett driftställe finns i Sverige. I detta fall krävs det ju att COMI *inte* finns i Sverige, men i ett annat EU-land. Om exemplet varierar så att det inte är möjligt att positivt konstatera var COMI är beläget, är det inte möjligt att inleda ett konkursförfarande i Sverige på vilket EU:s insolvensförordning är tillämpligt. Det innebär emellertid inte att prövningen av en konkursansökan är avslutad.³⁹ I stället måste man nu övergå till nästa steg och ställa sig frågan om svensk domstol ändå är behörig att inleda en ”svensk” domicil- eller särkonkurs, som ju EU:s insolvensförordning inte är tillämplig på. Så kan vara fallet om gäldenären är en juridisk person som har sitt säte i Sverige; i så fall kan en domicilkonkurs inledas här (alldeles oavsett var — utanför EU — gäldenärens COMI kan finnas). Om så inte är fallet kan en svensk särkonkurs inledas om det finns något anknytningsfaktum som svarar mot någon relevant bestämmelse i 10 kap. rättegångsbalken. Och i förekommande fall ankommer det på sökanden att visa att respektive anknytningsfakta är för handen.

Det som nu har redogjorts för beträffande bevisbördan är — med ett undantag — i och för sig tämligen enkelt och självklart, men det kan trots det finnas anledning att här för sammanhangets skull redovisa det. I punktform gäller alltså följande.

- 1) För att inleda ett huvudinsolvensförfarande enligt EU:s insolvensförordning i Sverige krävs att *sökanden* har *visat* att gäldenärens COMI finns i Sverige.
- 2) För att inleda ett självständigt territoriellt begränsat konkursförfarande eller ett sekundärt konkursförfarande enligt EU:s insol-

³⁹ Se dock vad som i det följande uttalas om att partsautonomin kan innebära att prövningen är avslutad redan här.

vensförordning i Sverige krävs att *sökanden* har *visat* att a) COMI finns i något annat land än Sverige inom EU och b) driftställe finns i Sverige.

- 3) För att inleda en "helsvensk" domicil- eller särkonkurs krävs att *sökanden* har *visat* att det finns någon relevant omständighet som innebär att gäldenären har någon anknytning till Sverige med tillämpning av 10 kap. rättegångsbalken. Men inte bara det — sökanden måste *dessutom visa* att gäldenärens COMI finns utanför EU. Detta är det ovannämnda undantaget från vad som självklart gäller.⁴⁰ Jag återkommer till det längre fram, men jag vill redan här påpeka att såväl det svenska som det EU-rättsliga systemet på området bygger på denna utgångspunkt.

Prövning ska ske ex officio

Det har sedan lång tid tillbaka antagits att domstolen *ex officio* ska pröva sin behörighet; såväl den internationella som den lokala.⁴¹ Det gäller med all sannolikhet alltjämt rent generellt och har gott stöd i följande bestämmelser.

I insolvensförordningens artikel 4.1 första meningen i insolvensförordningen föreskrivs att "den domstol till vilken en ansökan om att inleda ett insolvensförfarande lämnas in ska på eget initiativ pröva om den är behörig enligt artikel 3".⁴²

I artikel 4.1 andra meningen i insolvensförordningen föreskrivs att "beslutet att inleda insolvensförfarandet ska ange vilka bestämmelser domstolens behörighet grundar sig på och särskilt om behörigheten grundar sig på artikel 3.1 eller 3.2".⁴³

Av betydelse för särkonkursfallet är också bestämmelsen i 9 § första stycket konkursförordningen som föreskriver följande. "Om rätten har grundat sin behörighet på någon annan omständighet än att gäldenären har eller vid sin död hade hemvist här i landet, skall det anges i konkursbeslutet."

Uttryckligen ställs det alltså inget krav på att det anges att behörigheten grundas på gäldenärens domicil. Det kan antas bero på att det har ansetts vara i sådan grad uppenbart att behörigheten grundas på

⁴⁰ Jag uttryckte det ovan som att dessa bevisregler är tämligen enkla och självklara. Det gäller dock knappast för detta undantag. Men det hindrar mig inte från att ändå uppställa denna bevisregel, dvs. att sökanden i dessa fall har att visa att COMI är beläget utanför EU.

⁴¹ Se Lars Welamson, Konkursrätt, Stockholm 1961 s. 86 f. med hänvisningar. Det ska dock anmärkas att Lars Welamson där inte själv särskilt behandlar frågan om internationell behörighet.

⁴² Denna artikel hade inte någon motsvarighet i 2000 års insolvensförordning. Inte heller de ingresspunkter som här citeras hade någon motsvarighet i den förordningen. I den förklarande rapporten nämndes dock i FR 213 och FR 219 att en domstol som stod i begrepp att inleda ett sekundärförfarande självant skulle undersöka dels behörigheten för den domstol som i ett annat EU-land hade inlett ett huvudinsolvensförfarande, dels den egna behörigheten att inleda ett sekundärförfarande.

⁴³ Hänvisningen till 3.1 och 3.2 avser ett huvudinsolvensförfarande respektive ett självständigt territoriellt begränsat förfarande.

gäldenärens domicil, när så är fallet. Om det är på det viset är det givet att en beslutande domstol också tydligt ger uttryck för denna uppenbarhet. Inte minst i internationella sammanhang kan en sådan (över)tydlighet ha sitt värde.

I frågan är också tre av ingresspunkterna i 2015 års insolvensförordning av särskilt intresse, nämligen följande.

(27) Innan ett insolvensförfarande inleds bör den behöriga domstolen på eget initiativ undersöka om platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen eller gäldenärens driftställe faktiskt befinner sig inom dess jurisdiktion.⁴⁴

(28) Vid bedömningen av huruvida platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen är fastställbar för tredje man, bör man ta särskild hänsyn till borgenärerna och deras uppfattning om var en gäldenär förvaltar sina intressen.⁴⁵

(32) Om omständigheterna i ärendet ger upphov till tvivel om domstolens behörighet, bör domstolen i alla händelser kräva att gäldenären lämnar ytterligare bevisning till stöd för sina påståenden och, om tillämplig rätt för insolvensförfarandet så tillåter, ge gäldenärens borgenärer möjlighet att lägga fram sina synpunkter beträffande behörighet.

Allra först kan slås fast att sökanden genom sitt angivande av behörighetsgrunder (internationell och lokal behörighet) initialt påverkar vilka omständigheter som kommer att ligga till grund för behörighetsbedömningarna. Därmed inte sagt att dessa angivanden av omständigheter också sätter upp en ram för vad tingsrätten får och ska beakta vid sin prövning. För behörighetsprövningen kan man nämligen inte utan vidare utgå från att detsamma gäller som vid prövningen av ett dispositivt tvistemål där ju rätten i kvalitativt hänseende är beroende av parternas åberopanden. Det hänger samman med att ett konkursbeslut (vid bifall) är ett statusbeslut med verkan även mot andra än sökanden och gäldenären.⁴⁶ Tingsrätten ska alltså självmant pröva sin behörighet — och det gäller såväl den internationella som den lokala behörigheten. Men den prövningen är i hög grad beroende av den information parterna (sökanden) har lämnat.⁴⁷ Tingsrätten har inte någon skyldighet att på eget bevåg efterforska ytterligare material. Om tingsrätten bedömer det som att underlaget är ofullständigt eller bristfälligt på något sätt, får den i stället förelägga sökanden om behövliga kompletteringar och förtydliganden. Tingsrätten kan, och ska, alltså genom processledning (förelägganden) framtinga att sökanden förser tingsrät-

⁴⁴ Det är aningen märkligt att det här ordagrant föreskrivs att den *behöriga* domstolen ska undersöka om den är behörig!

⁴⁵ När det här talas om att "man" bör ta särskild hänsyn, förstår jag det som att det är "domstolen" som ska göra det.

⁴⁶ Se Lars Welamson, Konkursrätt s. 86 f.

⁴⁷ Se Michael Bogdan s. 26 f., Mikael Mellqvist, EU:s insolvensförordning — En kommentar s. 104 f. samt Anna Warberg, Gränsöverskridande insolvens särskilt s. 101 f.

ten med ett så korrekt och komplett underlag som möjligt (2 kap. 5 § konkurslagen). Det underlag som sålunda efterfrågas kan vara av vilket slag som helst som tingsrätten anser vara relevant. För att det ska vara relevant krävs att det som efterfrågas faller inom den ram som sökanden genom sina yrkanden och åberopanden av omständigheter har dragit upp. Vanligen är det alltså av sökanden redan lämnad information som ger tingsrätten anledning att efterfråga ytterligare kompletterande underlag. Tingsrätten ska givetvis inte "leta efter" t.ex. helt andra omständigheter som skulle kunna grunda behörighet. Detsamma gäller det svar från gäldenären som kan ha följt på en borgenärs ansökan (se 2 kap. 16 § tredje stycket konkurslagen). Rättens skyldighet är alltså att se till att underlaget inom angiven ram blir så korrekt och komplett som möjligt, men rätten behöver inte själv införskaffa det underlaget.

Prövningen av klassificeringen

Inledning

Det hittills sagda gäller alltså inför tingsrättens prövning av sin behörighet (internationell och lokal). Frågan är då om detsamma gäller inför tingsrättens prövning av hur en konkurs vid bifall till ansökan ska klassificeras. Och i den frågan gör sig partsautonomin gällande — men på vissa begränsade sätt.

Följdyrkande eller villkorat yrkande

Frågan som fortsättningsvis ska avhandlas i denna artikel är om det har någon betydelse — och i så fall vilken — om sökanden (en borgenär eller gäldenären som svarande) framställer ett yrkande om att konkursen ska klassificeras på visst sätt (se 1–5 ovan i ingressen).

Ett sådant yrkande kan endera framställas som ett *följdyrkande*, dvs. ett yrkande som ska prövas *endast efter bifall* till huvudyrkandet. Med det menas att sökanden vill ha konkursyrkandet prövat och bifallet alldeles oavsett hur konkursen sedan kommer att klassificeras, men sökanden har ett yrkande om att konkursen helst ska klassificeras på visst bestämt sätt. Sökanden kan t.ex. 1) yrka att gäldenären försätts i konkurs och 2) att konkursen (helst) ska klassificeras som ett huvudinsolvensförfarande enligt EU:s insolvensförordning. Men om det senare inte bedöms möjligt att bifalla, nöjer sig sökanden med annan klassificering.

Annars kan huvudyrkandet vara *villkorat* av att klassificeringsyrkandet också vinner bifall. Om konkursen i exemplet inte kan klassificeras som ett huvudinsolvensförfarande enligt insolvensförordningen, vill sökanden inte ha bifall till konkursyrkandet. Huvudyrkandet villkoras alltså av att också klassificeringsyrkandet bifalls.

Det ställs däremot inte något krav på att sökanden framställer något yrkande rörande klassificeringen. Men när det framställs ett *följdyrkande* (se ovan) om klassificering kan det bifallas endast om det efter en ex officio-prövning bedöms som möjligt. I dessa fall kan utfallet alltså bli att gäldenären försätts i konkurs, men att den konkursen klassificeras

på ett sätt som sökanden inte önskat. Framställs det däremot ett *villkorat* konkursyrkande (enligt ovan) och det vidhängande klassificeringsyrkandet, enligt rättens bedömning, saknar rättslig grund leder det i stället till att ansökan avslås. Ett bifall till konkursyrkandet och ett samtidigt ogillande av klassificeringsyrkandet är alltså inte i dessa fall en tänkbar kombination.

Om det är en borgenär som är sökande uppkommer frågan om gäldenären i sitt svar kan styra över klassificeringsfrågan. Om gäldenären ”blankt” medger ansökan har gäldenären avstått från att ta särskild ställning i klassificeringsfrågan. Borgenärens ansökan prövas då enligt de förutsättningar som angetts ovan. Om gäldenären medger att försättas i konkurs, men villkorar medgivandet med att konkursen klassificeras på visst bestämt sätt, binder det rätten. Om gäldenärens klassificeringsbegäran inte efter prövning kan tillgodoses, ska ansökan ses som helt och hållet bestridd. Det är inte en möjlighet för rätten att då bifalla huvudyrkandet (konkursyrkandet) *på grund av medgivandet* och samtidigt — efter prövning — klassificera konkursen i strid mot gäldenären villkor. Ett villkorat medgivande har i princip samma processuella betydelse som ett villkorat konkursyrkande. Men här finns en betydelsefull subtilitet att beakta. Anta att gäldenären *erkänner* den sökande borgenärens insolvenspåstående (vilket inte är detsamma som att medge ansökan), men framställer ett yrkande i klassificeringsfrågan. I så fall ska insolvensprövningen (i de allra flesta fall) grundas på erkännandet av denna faktiska omständighet. Utgången i insolvensfrågan är då i de allra flesta fall (se 2 kap. 7 § konkurslagen) given, och det återstår för rätten att *ex officio* bedöma klassificeringsfrågan.⁴⁸ Gäldenärens yrkande i den frågan är då inte bindande för rätten. Detsamma gäller i den situationen, om den ens är tänkbar, att gäldenären skulle ha villkorat ett erkännande av insolvensen med att klassificeringen blir av visst bestämt slag. För egen del vill jag påstå att ett erkännande inte kan villkoras på detta sätt. I så fall ska rätten vid sin prövning helt och hållet bortse från villkoret. Men ett sådant villkorat erkännande skulle möjligen kunna tolkas som ett icke-erkännande. Resultatet av det blir inte något annat än att rätten i sak måste pröva frågan om insolvens.

⁴⁸ Det som föreskrivs i 2 kap. 7 § konkurslagen är att ”en uppgift av gäldenären att han är insolvent ska godtas”. Det är alltså i processuella termer frågan om ett *erkännande* av en faktisk omständighet. Här sägs alltså inget om att en ansökan kan medges och följdriktigt inte heller något om konsekvenserna av ett medgivande. I 2 kap. 16 § tredje stycket konkurslagen föreskrivs dock att en förhandling för prövning av en borgenärs konkursansökan kan ställas in om gäldenären före förhandlingen medger ansökan. Konsekvensen av medgivandet är alltså att förhandlingen kan ställas in — inget annat och inget mera. Ett medgivande av ansökan kan alltså inte utan vidare tolkas som ett erkännande av insolvensen. I ett sådant fall kan alltså en konkursansökan inte bifallas med stöd av bestämmelsen i 2 kap. 7 § konkurslagen. I stället måste insolvensfrågan i dessa fall sakprövas (varvid presumtionsbestämmelserna i 2 kap. 8 och 9 §§ ofta gör prövning enkel). I praktiken går det nog inte sällan till på det sättet att det i ett medgivande av en ansökan dock tolkas in ett erkännande av insolvensen. Men inte heller ett sådant erkännande gör det alltid motiverat att bifalla ansökan (se lydelsen av 2 kap. 7 §). Konkursfrågan är med andra ord aldrig dispositiv — tingsrätten måste formellt sett alltid pröva insolvensen.

Man kan också uttrycka det senast sagda som att en sökande borgenärs huvudyrkande alltid eliminerar betydelsen av gäldenärens villkorade medgivande/erkännande.

Man kan tänka sig olika kombinationer av villkorade yrkanden (villkorad inställning) när en borgenär är sökande. Oavsett sådana kombinationer finns svaren på utgången i framställningen ovan. Innebörden är alltså sammanfattningsvis att ett konkursyrkande aldrig kan vinna bifall, om det skulle gå emot sökandens villkor, och att insolvensprövningen aldrig kan avgöras formellt på grund av ett villkorat medgivande. Om däremot en svarande gäldenär erkänner insolvenspåståendet, blir just den prövningen enklare. Kontentan är att det för en svarande gäldenär i praktiken är meningslöst att villkora ett medgivande med viss bestämd klassificering och samtidigt erkänna insolvens. Det gäller även om gäldenärens klassificeringsvillkor skulle vara detsamma som den sökande borgenärens. I ett sådant fall ska ju borgenärens villkor prövas och anses det inte uppfyllt kommer — oavsett gäldenärens synpunkter på klassificeringsfrågan — konkursansökan att ogillas. Det enda gäldenären som svarande kan åstadkomma genom sina processuella dispositioner är alltså att hindra att ett bifall till en borgenärs konkursansökan grundas på ett eget medgivande/erkännande.

En måhända intressant fråga skulle kunna vara att den som ansöker om konkurs (gäldenären själv eller en borgenär) yrkar att gäldenären försätts i konkurs och ställer som villkor att den konkursen vid bifall klassificeras som en svensk domicilkonkurs, även om COMI skulle vara beläget i Sverige. Om rätten i ett sådant fall finner att COMI är beläget i Sverige uppstår frågan om huvudyrkandet (konkursyrkandet) kan bifallas. Svaret är nekande. I ett sådant fall ska ansökan avslås. Den *praktiska* innebörden av det är att en konkurs sökande för att få bifall till ett konkursyrkande *och* samtidigt ett yrkande om att konkursen ska klassificeras som en svensk domicilkonkurs, måste visa a) att anknytningsfakta enligt 10 kap. 1 § rättegångsbalken (hemvist) är för handen och b) att COMI finns utanför EU. Den *principiella* innebörden av detta är att regleringen i EU:s insolvensförordning har ett företräde framför inledandet av ”helsvenska” konkurser. Hur kan det motiveras? Det är knappast en framkomlig väg att vagt och aningen flummigt påstå att EU:s insolvensförordning skulle i generella termer vara hierarkiskt överordnad den svenska konkurslagen. Motiveringen måste i stället ha sin grund i ändamålsenliga insolvensrättsliga överväganden. Och då är det inte särskilt svårt att konstatera att det i allra högsta grad är ändamålsenligt — som genomgående hävdas i denna artikel — att se det som att en utvecklad ordning för att hantera gränsöverskridande insolvensförfaranden (som EU:s insolvensförordning utgör) rimligen måste vara en utgångspunkt för hanteringen av sådana förfaranden. Mot detta står enbart en ordning som kan ses som en ad hoc-artad ”nödlösning” (hänvisningen till allmänna processrättsliga regler om lokal behörighet). Det är dessutom på det viset att en primär tillämpning av

den senare ordningen skulle dra undan mattan för ordningen enligt EU:s insolvensförordning.

Det nu sagda innebär att man generellt kan — och bör — se det som att bestämmandet av internationell konkursbehörighet sker på två skilda plan. För *det första* prövas om en konkurs faller inom området för insolvensförordningens tillämpningsområde. Enbart vid ett nekande svar på denna fråga blir det, *för det andra*, aktuellt att gå in på en prövning om en konkurs ändå, på grund av interna behörighetsregler, kan handläggas i Sverige. Det kan med andra ord aldrig bli frågan om att man ställs inför valet att handlägga en konkurs som ett insolvensförfarande enligt insolvensförordningen eller som en svensk domicil- eller särkonkurs. Den första möjligheten måste vara helt utesluten för att det ska vara aktuellt att pröva den senare möjligheten. I det ligger att parterna inte i något fall, genom sina processuella dispositioner, kan åstadkomma något annat. Sådana försök från någon parts sida kan aldrig leda till något annat än att konkursansökan avslås.

Några exempel

En situation som kan uppkomma är alltså att någon (gäldenären själv eller en borgenär) ansöker om konkurs och yrkar att den ska handläggas som ett huvudinsolvensförfarande eller ett självständigt territoriellt insolvensförfarande enligt EU:s insolvensförordning. Sökanden hävdar att gäldenärens COMI är i Sverige, alternativt i vart fall i något EU-land (eventuellt preciserat till ett bestämt sådant land). Sökanden begär vidare att ansökan *inte* ska bifallas om tingsrätten kommer fram till att COMI finns utanför EU. Är tingsrätten bunden av det, på så sätt att ansökan ska avslås om tingsrätten anser att gäldenärens COMI finns utanför EU, men att det finns anknytningsfakta som ändå tillåter att det inleds en svensk domicil- eller särkonkurs? Svaret är ja. Inledandet av en konkurs kräver en ansökan (av någon med viss behörighet). Om vederbörande inte vill att det inleds en konkurs som skulle komma att klassificeras som en svensk domicil- eller särkonkurs, finns det inga bärande skäl för att mot sökandens uttryckliga begäran inleda en sådan konkurs.

Frågan är hur det blir om sökanden tvärtom villkorar sitt konkursyrkande med att konkursen blir en domicil- eller särkonkurs och tingsrätten kommer fram till att gäldenärens COMI finns i Sverige. Ska även en sådan ansökan avslås? Även här blir svaret ja, dvs. rätten saknar behörighet att inleda (enbart) en domicil- eller särkonkurs, när förutsättningarna för att inleda ett insolvensförfarande av något slag enligt EU:s insolvensförordning är uppfyllda.

Anta i stället att det är klart att gäldenärens COMI finns i Sverige och att gäldenären också har ett driftställe här. Båda dessa internationella behörighetsgrunder är alltså i och för sig för handen. Kan sökanden i ett sådant fall med för domstolen bindande verkan välja om det förfarande som inleds (om övriga förutsättningar är uppfyllda) ska klassi-

ficeras som ett huvudinsolvensförfarande eller som ett självständigt territoriellt begränsat förfarande? Svaret på frågan är att domstolen då endast kan inleda ett huvudinsolvensförfarande. Har sökanden begärt att förfarandet ska klassificeras som ett självständigt territoriellt begränsat förfarande ska ansökan avslås. I detta fall föreligger inte internationell behörighet att handlägga konkursen som ett territoriellt begränsat förfarande. Ett självständigt territoriellt begränsat insolvensförfarande kan alltså endast inledas i en stat där gäldenären har ett driftställe och COMI i en *annan* medlemsstat. Skulle båda dessa anknytningsfakta (COMI och driftställe) vara uppfyllda kan det *aldrig* bli en konkurs som klassificeras som något annat än ett huvudinsolvensförfarande. Sökanden har alltså i den frågan inte någon fri valrätt.⁴⁹

Processledning

Om sökanden inte angett något särskilt om klassificeringen av konkursen, uppkommer frågan om tingsrätten aktivt ska efterfråga sökandens synpunkter på klassificeringen. Mitt svar är nej och som stöd för det svaret kan starka processekonomiska skäl anföras. Utgångspunkten i ett sådant fall måste rimligen vara att sökandens begäran om att gäldenären ska försättas i konkurs är ett ovillkorat yrkande och vid bifall har sökanden inte några synpunkter på klassificeringen. Avsaknaden av sökandens synpunkter får alltså tolkas som att sökanden är angelägen om att en konkurs inleds, men inte bryr sig om klassificeringen. Med hänsyn till bestämmelsen i 3 § första stycket i kompletteringslagen får man luta sig mot presumtionen att konkursen då ska klassificeras som ett huvudinsolvensförfarande (och finns COMI i Sverige finns, som sagt, inget alternativ). Den bestämmelsen indikerar också att en sökande som önskar att den presumtionen ska frångås har att ange och motivera det i sin ansökan. När sökanden är en borgenär är det inte otänkbart att gäldenären har synpunkter på frågan om klassificeringen av en konkurs. På motsvarande sätt ankommer det då på tingsrätten, om det finns anledning till det, att processledningsvis utröna gäldenärens inställning och synpunkter.

I detta sammanhang finns det anledning att lyfta fram betydelsen av att en borgenärsansökan är tydlig och klar vad gäller de omständigheter som i ansökan åberopas som grund för såväl svensk internationell behörighet som lokal behörighet, liksom även sökandens inställning (och eventuella yrkanden) i frågan om klassificeringen av konkursen vid ett bifall. Ett ”medgivande” från gäldenären leder ju regelmässigt till att ansökan omedelbart bifalls. Det får då inte råda några tvivel om omfattningen av ”medgivandet”.⁵⁰ Det är fullt tänkbart att gäldenären i och för sig går med på att försättas i konkurs, men att medgivandet är

⁴⁹ I EU:s insolvensförordning m.m. — En kommentar har jag (s. 117) uttryckt det som att det är givet att ”de bakomliggande tankarna med förordningens systematik talar för en tillämpning av” vad jag där benämnt ”bästa anknytningsfaktum”.

⁵⁰ Jfr vad som här tidigare sagts om skillnaden mellan att *medge* en konkursansökan och att *erkänna* insolvens.

villkorat av att konkursen klassificeras på ett visst bestämt sätt. Det ankommer då på gäldenären att tydligt ange detta villkor. Det råder alltså överensstämmelse mellan sökandens möjligheter att villkora huvudyrkandet (försatt gäldenären i konkurs) med att klassificering bestäms på visst angivet sätt och gäldenärens möjligheter att nyansera ett medgivande på motsvarande sätt. Partsautonomin är med andra ord lika för båda parterna, vilket för övrigt rent generellt är en processuell grundprincip.

Vid en gäldenärsansökan ska samma bedömningar givetvis göras, men det blir då självklart endast frågan om att göra bedömningen visavi sökandens yrkanden. Det ankommer visserligen på gäldenären (oavsett om han eller hon är sökande eller inte) att själv tydligt ge uttryck för sin inställning, inte bara i huvudfrågan, utan även i klassificeringsfrågan. Men vad gäldenären uttrycker är, vid en borgenärsansökan, i hög grad beroende av vad sökanden i sin ansökan har yrkat eller annars framfört beträffande klassificeringsfrågan. I ett naket medgivande måste med andra ord otvetydigt kunna inläsas att det avser såväl huvudsom klassificeringsyrkanden, eller — om något klassificeringsyrkande inte framställts av sökanden — att gäldenären godtar den klassificering som kan följa tingsrättens *ex officio*-prövning. Det ska observeras att det nu sagda har betydelse endast för frågan om *insolvensen* i och för sig kan anses erkänd eller inte, dvs. en fråga som i de allra flesta fall med hänsyn till insolvenspresumtionerna i 2 kap. 8 och 9 §§ konkurslagen är lättbedömd oavsett gäldenärens inställning.

Svensk konkursklassificering — sammanfattning

I Sverige kan det förekomma konkurser som är att klassificera enligt följande.

- 1) Ett huvudinsolvensförfarande enligt EU:s insolvensförordning.
- 2) Ett självständigt territoriellt begränsat insolvensförfarande enligt EU:s insolvensförordning.
- 3) Ett sekundärt insolvensförfarande enligt EU:s insolvensförordning.
- 4) En svensk domicilkonkurs (EU:s insolvensförordning är inte alls tillämplig).
- 5) En svensk särkonkurs (EU:s insolvensförordning är inte alls tillämplig).

Av detta framgår att frågan om var gäldenären har sina huvudsakliga intressen, dvs. COMI, är en vattendelare. Om det är inom EU är EU:s insolvensförordning fullt ut tillämplig. Är så inte fallet är insolvensförordningen inte alls tillämplig.⁵¹ COMI är med andra ord en mycket betydelsefull ”antingen-eller-fråga”, som styr gestaltningen, omfattningen, handläggningen och utfallet i en konkurs.

⁵¹ Se också Anna Warberg, Gränsöverskridande insolvens s. 42 f. och densamma i SvJT 2023 s. 928 (s. 929).

Klassificeringen — en del av beslutet

En konsekvens av det sagda är att det är av särskilt stor vikt att domstolen i sitt konkursbeslut anger och motiverar sin behörighet. Det gäller såväl när EU:s insolvensförordning är tillämplig som när den inte är det. I EU-fallen ska det i beslutet anges om förfarandet är 1) ett huvudinsolvensförfarande, 2) ett självständigt territoriellt begränsat förfarande eller 3) ett sekundärt insolvensförfarande. Utanför insolvensförordningens tillämpningsområde ska det anges om det är en 4) domicilkonkurs eller 5) en särkonkurs.

Det nu sagda framgår av 9 § konkursförordningen, artikel 4.1 i insolvensförordningen (se också artikel 24.2) samt 14 § i kompletteringslagen. Det är alltså för en svensk domstol obligatoriskt att *alltid* i konkursbeslut ange konkursens klassificering enligt 1–5 ovan. Och inte nog med det. Det är *lika obligatoriskt* att ange grunden för denna klassificering, vilket följer av hur här angivna bestämmelser är utformade. I artikel 4.1 i insolvensförordningen föreskrivs t.ex. explicit att domstolen ska ange grunden a) för sin behörighet och — i förekommande fall — ange grunden b) för att förfarandet ska anses avse ett huvudinsolvensförfarande, ett självständigt territoriellt (nationellt) begränsat förfarande eller ett sekundärförfarande. Av 9 § i konkursförordningen följer explicit att det är obligatoriskt att i ett konkursbeslut ange att det är en särkonkurs (när så är fallet). Det inkluderar att ange grunden för det (som kan variera beroende på vilken bestämmelse i 10 kap. rättegångsbalken som har använts).

Det nu sagda, dvs. att ett svenskt beslut om konkurs alltid ska ange 1) klassificeringen enligt 1–5 ovan och 2) grunden (motiveringen) för den valda klassificeringen, är inte endast en ”formalitet”, utan tvärtom något av praktiskt sett stor vikt. Ett beslut om att försätta någon i konkurs påverkar gäldenärens status och förmåga att agera i olika sammanhang. Det har också betydelse för gäldenärens förhållande till sin egendom.

I förhållande till andra jurisdiktioner (stater) är det av vikt att konkursbeslutets klassificering klart och tydligt framgår. Det gäller inte minst visavi EU:s övriga medlemsstater, eftersom det svenska beslutet där ges direkta rättsliga verkningar. En unionslojal tillämpning av insolvensförordningen kan därför sägas ställa höga krav på en svensk domstol i dessa avseenden. Med andra ord måste *klassificeringen och grunden* för den tydligt anges i ett konkursbeslut. En felaktig klassificering och en ofullständig redovisning av grunden för denna klassificering i beslutet kan få långtgående konsekvenser. Kravet på tydlighet är särskilt betingat av att beslutet kan (på svenska eller i översatt skick) behöva läsas, förstås och tillämpas i andra jurisdiktioner. I en internationell kontext kan man därför räkna med att det fästes mycket stor vikt vid klassificeringen och att man förlitar sig på den. Det torde vara nära nog omöjligt att i en främmande jurisdiktion med framgång hävda att klassificeringen är felaktig. Och även om det skulle lyckas, är det frågan

vilken betydelse en uppdagad felaktighet skulle tillmätas. Det skulle skapa internationell oro om domstolen helt enkelt bortsåg från (den felaktiga) klassificeringen. Men oron skulle också sprida sig om en felaktig bedömning i ett land tillåts sprida sig till alla andra länder.

En lägeskoll

Efter att ha redogjort för hur frågan om klassificeringen av en konkurs ska ske och ha konkluderat hur detta ska framgå av varje konkursbeslut, kan det finnas anledning att ta ett kliv ut i verkligheten för att se hur konklusionen står sig.

I en överväldigande majoritet av alla egna ansökningar och ansökningar från staten som skatteborgenär bifogas ett registerutdrag som anger en juridisk persons styrelses säte respektive en fysisk persons folkbokföring och som visar att hemvistet finns i domsagan. I ansökan anges inget (därutöver) om domstolens internationella eller lokala behörighet. Regelmässigt efterfrågar inte heller tingsrätten något ytterligare i den frågan. Om övriga förutsättningar är uppfyllda tas ansökan upp till prövning och bifalles i de allra flesta fall. I beslutet anges då regelmässigt att förfarandet är ett huvudinsolvensförfarande enligt EU:s insolvensförordning. Det kan berättigas med att prövningen har mynnat ut i att det genom påståendet och registerutdraget är visat att COMI finns i Sverige (svensk domstol är behörig) och genom samma utdrag är det påstått och visat att hemvistet är inom domsagan (lokal behörighet föreligger). För tydlighetens skull kan läggas till att domstolen i detta fall inte behöver använda presumtionen i 3 § kompletteringslagen, om att en ansökan in dubio ska anses utgöra ett huvudinsolvensförfarande, för att göra sin klassificering — den behöver ju tillgripas endast i osäkra fall.⁵²

Det redan sagda förpackat i ett nötskal

Konkursansökan

Vad gäller frågan om underlaget för tingsrättens prövning av sin internationella och lokala behörighet ställs det alltså följande minimikrav på att en konkursansökan innehåller

⁵² I RH 2006:25 har Skatteverket — enligt min mening helt korrekt — inte ansetts kunna överklaga ett konkursbeslut för att få till stånd ett huvudinsolvensförfarande i stället för det beslutade territoriellt begränsade förfarandet. Att märka är att sökanden var någon annan än Skatteverket och den sökanden hade begärt att förfarandet skulle vara territoriellt begränsat. Vad hovrätten i rättsfallet uttalar om att det står Skatteverket fritt att ansöka om inledandet av ett (nytt) huvudinsolvensförfarande är i och för sig riktigt. *Ansöka* kan ingen hindra Skatteverket från att göra, men bifall till en sådan ansökan är inte möjlig så länge den (första) konkursen pågår. Den frågan regleras inte i insolvensförordningen utan helt och hållet i svensk intern rätt. Och enligt svensk rätt har en inledd konkurs s.k. hindersverkan, dvs. hindrar att en ny konkurs inleds när det redan pågår en. Jfr Mikael Mellqvist/Lars Welamson, Konkurs och annan insolvensrätt s. 80 (not 80), där frågan om en bifallden konkursansökan utgör hinder mot att pröva en ny konkursansökan kommenteras. Det ska läggas till att konkurssökanden enligt min mening har rätt att överklaga ett konkursbeslut som enligt sökanden har bifallits i strid mot ett villkorat konkursyrkande. Det torde då till och med vara frågan om ett grovt rättegångsfel.

- 1) ett påstående om och
- 2) bevisning för
 - a) internationell och
 - b) lokal behörighet.
- 3) En ansökan kan i detta avseende också innehålla ett följdtyckande eller ett villkorat konkursryckande beträffande konkursens klassificering.

I nästa steg är det beroende av omständigheterna i det enskilda fallet hur mycket som bör krävas vad gäller utvecklande av dessa påståenden och den bevisning som i anslutning till dessa som presenteras. Det är tingsrättens uppgift att bedriva den processledning som kan behövas för att få ett korrekt och komplett underlag.

Den första prövningen

Hur kan man då lämpligen gå till väga när man ska pröva en konkursansökan vad gäller internationell och lokal behörighet? Ett sätt — ett bra sätt, tycker jag — är att allra först ställa sig frågan var den aktuella gäldenären har sitt COMI. Den prövningen sker uteslutande med tillämpning av EU:s insolvensförordning och kan resultera i att

- a) COMI finns i Sverige,
- b) COMI finns i ett annat land som omfattas av insolvensförordningen eller
- c) COMI finns utanför insolvensförordningens tillämpningsområde.

Denna prövnings utfall är av avgörande betydelse för *alla* ytterligare prövningar.

COMI finns i Sverige

Finns COMI i Sverige kan konkursen *aldrig* klassificeras som något annat än ett huvudinsolvensförfarande enligt EU:s insolvensförordning. Frågan vad den lokala behörighetsprövningen leder till saknar i sammanhanget betydelse; den avgör ju inte något annat än vilken svensk tingsrätt som har behörighet, vilket inte är en fråga som insolvensförordningen bekymrar sig om.

COMI finns i annat EU-land som omfattas av insolvensförordningen

Finns COMI i ett annat EU-land än Sverige kan det i Sverige *aldrig* bli frågan om ett huvudinsolvensförfarande. Det kan inte heller bli frågan om en svensk domicil- eller särkonkurs. Klassificeringen kan i detta fall *endast* bli endera a) ett självständigt territoriellt begränsat insolvensförfarande eller annars b) ett sekundärt insolvensförfarande (EU:s insolvensförordning är tillämplig på båda förfarandena). En förutsättning i detta fall är att gäldenären har ett driftställe någonstans i Sverige. För frågan om lokal behörighet saknar det betydelse var i Sverige det driftstället är beläget. Det kan läggas till att det inte av en svensk domstol behöver bestämmas i *vilket* annat EU-land COMI är beläget; det är

tillräckligt (och nödvändigt) att komma till slutsatsen att det i vart fall *inte* är i Sverige.

COMI finns utanför insolvensförordningens tillämpningsområde

I detta fall kan det *aldrig* bli frågan om något annat än en svensk domicil- eller särkonkurs. Prövningen av internationell och lokal behörighet sammanfaller, och i den frågan har insolvensförordningen inga svar att erbjuda.

Det som kan vara principiellt intressant här är att det är en tillämpning av EU:s insolvensförordning som bestämmer att en konkurs *inte* omfattas av insolvensförordningen. I själva verket är det just det som gör att COMI-prövningen enligt insolvensförordningen *alltid* måste göras *först*. Mynnar den ut i att COMI finns inom EU krävs i ett nästa steg att bestämma om det är just i Sverige. Ytterligare prövningar av den internationella behörigheten förutsätter med andra ord att COMI finns utanför EU. Insolvensförordningen saknar vidare betydelse vid en sådan fortsatt prövning. I dessa fall är alltså avsikten med COMI-prövningen inte någon annan än att *exkludera* EU:s insolvensförordning från fortsatt tillämpning. Vad som i nästa steg krävs för att *positivt* konstatera svensk behörighet är inte en fråga som insolvensförordningen är tillämplig på (se nedan).

Den andra prövningen

Oavsett om COMI finns i eller utanför EU prövas den lokala behörigheten alltid *exklusivt* med tillämpning av konkurslagens (inklusive hänvisningen till 10 kap. rättegångsbalken) regler. Insolvensförordningens rekvisit COMI och driftställe är vid den prövningen *aldrig* relevanta. Det behöver med andra ord aldrig prövas *var i Sverige* COMI eller ett driftställe, i den mening dessa begrepp har i insolvensförordningen, är beläget.

Beslutet

Ett korrekt och fullständigt beslut om någons försättande i konkurs ska som ett minimum alltså innehålla följande.

- 1) Att gäldenären försätts i konkurs.
- 2) Angivande av fristdag.
- 3) Utseende av förvaltare.
- 4) Konkursens klassificering enligt 1–5 ovan.
- 5) I förekommande fall skälen för en sökande borgenärs behörighet (saklegitimation).
- 6) Skälen för den konstaterade insolvensen.
- 7) Skälen för domstolens internationella och lokala behörighet.

Det som känns angeläget — i de avseenden som behandlas i denna artikel — att lyfta fram är att angivandet av klassificeringen — som är en del av slutet — *alltid måste ha täckning i skälen* för detta slut. Det måste alltså *alltid ske en prövning* som också ska redovisas i skälen. Att denna

prövning i många fall kan vara summarisk och också i beslutet presenteras summariskt är en annan sak. Men domstolen kan inte helt underlåta att presentera sin prövning. Det är t.ex. inte tillräckligt (vilket frekvent lär förekomma) att i beslutet ange att förfarandet är ett huvudinsolvensförfarande enligt EU:s insolvensförordning utan att i skälen för beslutet motivera det.

Av betydelse är också att prövningen av den internationella och den lokala behörigheten är två olika prövningar som formellt sett ska hållas isär och som sker med tillämpning av skilda uppsättningar av regler. Saknas internationell behörighet ska ansökan avvisas. Saknas lokal behörighet ska ansökan lämnas över till behörig tingsrätt.

Avslutande reflexioner

Att försätta någon i konkurs är ett statusförändrande beslut av ingripande karaktär. I och med att dessa statusförändrande verkningar kan skilja sig åt beroende på vilket anknytningsfaktum domstolen valt för att motivera sin behörighet att fatta beslutet, är det givetvis av största vikt att det av beslutet går att utläsa detta val och skälen för just det valet. Det är alltså inte tillräckligt för en svensk domstol att konstatera att den är behörig; lika viktigt är att domstolen anger *varför* den anser sig behörig. Det är något som kommer till tydligt uttryck genom att en beslutad konkurs klassificeras på något av den här angivna möjliga sätten.

Det är alltid tingsrätten som bestämmer klassificeringen. Men en konkurs kan inte inledas med en klassificering som strider mot båda parternas framförda vilja. Endera klassificeras konkursen — om förutsättningar för det enligt en *ex officio*-prövning tillåter det — utifrån deras yrkanden och åberopade omständigheter, eller annars avslås ansökan. Parterna kan alltså inte genom sina dispositioner binda domstolen; såtillvida är klassificeringsfrågan inte dispositiv. Ett bifall till konkursansökan och samtidigt en klassificering som strider mot vad rätten *ex officio* anser vara den rätta kan alltså inte förekomma.

Den praktiska innebörden av det sagda är att en förkrossande majoritet av svenska konkurser är att klassificera som ett huvudinsolvensinsolvensförfarande enligt EU:s insolvensförordning. Det är dessutom så att det i det stora flertalet fall är tämligen enkelt att komma fram till just denna klassificering. Men det förekommer avvikande fall. Det är då av särskild vikt att domstolarna har kompetens och effektiva rutiner som fångar in de fåtal avvikande fallen. I den hittillsvarande tillämpningen finns det tyvärr exempel på att det finns brister vad gäller det.

Det är mot bakgrund av vad som här anförts angeläget att avslutningsvis upprepa och betona att en svensk konkurs *aldrig* kan klassificeras på mer än ett sätt. Man måste alltså *alltid* välja en bestämd klassificering av de fem tänkbara klassificeringar som finns. Det är också angeläget att framhålla att det i Sverige aldrig samtidigt kan pågå mer än *en* konkurs. Man kan t.ex. inte motivera en ”dubblering” med att konkurserna är klassificerade på två olika sätt.