

# Processuell autonomi kontra principen om ömsesidigt förtroende

## Om prövningen ex officio av domsrätten enligt EU:s insolvensförordning

Av universitetslektorn ANNA WARBERG<sup>1</sup>

*Artikeln belyser insolvensförordningens krav på domstolar att pröva sin internationella behörighet ex officio. Kravet kommenteras mot bakgrund av svensk konkurslagstiftning och svensk internationell privat- och processrätt. En av slutsatserna är att svenska konkursbeslut som fattas utifrån en schabloniserad mall, närmast med karaktären av stämpelärenden, inte uppfyller de krav på prövning som förordningen ställer. Detta mot bakgrund av förordningens uttalade syfte att motverka illojal forumshopping samt principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsstater. Artikeln mynnar ut i en diskussion om nationell processuell autonomi, gränserna för gemenskapsrättens genomslag inom den svenska konkursrätten och möjliga lösningar.*

### 1 Inledning

En förutsättning för det EU-rättsliga samarbetet är att medlemsstaterna tillämpar den materiella EU-rätten på samma sätt och i enlighet med de syften som bestämmelserna är avsedda att uppnå. Risker är annars att samarbetet undermineras och bara kvarstår som en yta. Samtidigt måste det uppenbara också konstateras, nämligen att samarbetet har sina gränser. Rättssystemen inom EU är inte fullt ut harmoniserade och en hel del frågor behöver därför av nödvändighet lämnas till nationell rätt. Hur långt den nationella processuella autonomin sträcker sig varierar dessutom beroende på hur långt det EU-rättsliga samarbetet har nått inom just det område som frågan rör.<sup>2</sup>

Inom insolvensrättens område har det EU-rättsliga samarbetet inte nått lika långt som inom andra områden, även om harmonisering har diskuterats sedan länge.<sup>3</sup> På senare tid har det visserligen kommit en

<sup>1</sup> Universitetslektor i civilrätt vid juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet. Jag vill rikta ett stort tack till f.d. lagmannen jur.dr h.c. Mikael Mellqvist, docenten Anna Wallerman Ghavanini och hovrättsrådet docenten Ola Zetterquist för sina värdefulla kommentarer med anledning av denna artikel.

<sup>2</sup> Se exempelvis Jörgen Hettne, «EU-rätten, dispositionsprincipen och den svenska rättegångsbalken» i Marie Karlsson Tuula, Annina H. Persson, och Patrik Lindskoug (red.), *Festskrift till Rolf Dotevall*, Lund 2020, s. 257–274 samt Anna Wallerman Ghavanini, «Procedural Autonomy in Sweden: Is Materielle Prozessleitung the Answer?» i Bart Krans och Anna Nylund (red.), *Procedural Autonomy Across Europe* 2020, s. 203–226. DOI: <https://doi.org/10.1017/9781780689951>. Jämför även Jack Brett, «Law and Procedural Autonomy in International Commercial Arbitration», *European Review of Private Law* 2021 s. 583–610. DOI: <https://doi.org/10.54648/erpl2021031>.

<sup>3</sup> För en historisk tillbakablick, se exempelvis Anna Warberg, *Gränsöverskridande insolvens*, Göteborg 2017 s. 35–38.

del EU-rättsliga regleringar och förslag om vidare harmonisering, men på det stora hela präglas området fortfarande av nationell reglering.<sup>4</sup> Vad gäller den *internationella* insolvensrätten, det vill säga den reglering som rör internationell privat- och processrätt inom området, har däremot harmoniseringen nått längre. Detta märks särskilt genom tillkomsten av EU:s insolvensförordning.<sup>5</sup>

För att det EU-rättsliga regelverket ska få genomslag i medlemsstaterna krävs dock som nämnts att det tillämpas på ett lojalt sätt inom EU. I den här artikeln argumenterar jag för att en del av det svenska regelverket som rör prövningen av en svensk konkursansökan inte överensstämmer med en sådan lojal tillämpning av insolvensförordningen, åtminstone vad det gäller så kallade huvudinsolvensförfaranden.<sup>6</sup>

Kritiken rör främst den typ av ärenden där konkursbeslutet formuleras i en slags schabloniserad mall, snarast att likna vid ett stämpel-ärende, utan att några egentliga skäl för domsrätten redovisas. Vid den typen av beslut går det att ifrågasätta om svensk domsrätt alls blir föremål för någon egentlig prövning. Det är inte nödvändigtvis den svenska tolkningen av anknytningskraven eller domsrätsreglerna i sig som är problematisk. Det som är problematiskt är själva formen för handläggningen av ärendet, eftersom det saknas ett processuellt utrymme för en större krets av möjliga intressenter att göra sig hörda och förse domstolen med ett fylligare underlag samt att framställa eventuella invändningar gällande domsrätten. Det kan leda till att en svensk domstol inleder en konkurs i Sverige trots att den egentligen inte är behörig att göra det enligt insolvensförordningen.

<sup>4</sup> Se exempelvis Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten COM/2022/702 final. Se även Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1023 av den 20 juni 2019 om ramverk för förebyggande rekonstruktion, om skuldavskrivning och näringsförbud och om åtgärder för att göra förfaranden rörande rekonstruktion, insolvens och skuldavskrivning effektivare samt om ändring av direktiv (EU) 2017/1132 (Rekonstruktions- och insolvensdirektiv).

<sup>5</sup> Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/848 av den 20 maj 2015 om insolvensförfaranden (omarbetning), härefter benämnd insolvensförordningen. Förordningen har i Sverige behandlats av exempelvis Mikael Mellqvist, «Europeisk internationell insolvensjurisdiktion», *SvJT* 2005 s. 449–477, Nils-Bertil Morgell, «EU:s insolvensförordning — svensk domstolspraxis», *JT* 2010–11 s. 436. Emil Nästegård, «Forum shopping genom artikel 3.1 i insolvensförordningen — En analys av C-341/04 Eurofood och nationell domstolspraxis avseende utrymmet för bolag att genomföra forum shopping», *TjR*, 2012 s. 91–136. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3096-2012-01-02-03>, Michael Bogdan, «EU:s omarbetade insolvensförordning», *JT* 2015–16 s. 3–14; Warberg 2017 s. 35–217 och Anna Warberg, «Svensk internationell domsrätt enligt EU:s insolvensförordning», *SvJT* 2023 s. 928 samt Michael Bogdan och Michael Hellner, *Svensk internationell privat- och processrätt*, Warszawa 2022, s. 437–446.

<sup>6</sup> Artikeln bygger vidare på resonemang som har utvecklats i min doktorsavhandling, Anna Warberg, *Gränsöverskridande insolvens*, Göteborg 2017. Artikeln kan också ses som en fördjupad utveckling av den diskussion som jag har öppnat för i Warberg 2023.

## 2 EU:s insolvensförordning och kravet på prövning av domsrätten ex officio

### 2.1 Kort introduktion till insolvensförordningen

Insolvensförordningen reglerar sedan millennieskiftet och sedermera i sin reviderade form från år 2015 bland annat internationell behörighet att inleda insolvensförfaranden och tillämplig lag för dessa förfaranden inom EU. Detta gäller dock med undantag för Danmark, som har valt att ställa sig utanför samarbetet.<sup>7</sup> Förordningen är tillämplig för svensk konkurs, skuldsanering och företagsrekonstruktion. Vissa typer av gäldenärer är dock undantagna från förordningens tillämpningsområde, såsom försäkringsföretag och kreditinstitut, som omfattas av annan särskild reglering.<sup>8</sup>

Som en allmän bakgrund till förordningen kan sägas att den föregicks av ett tidsmässigt utdraget arbete som till en början var tänkt att resultera i en konvention. Unionslagstiftaren hade under arbetets gång kommit fram till att det inte var meningsfullt att skapa ett enda gemensamt, harmoniserat, insolvensförfarande givet skillnaderna i nationell insolvensrätt. Samtidigt ansågs det nödvändigt att samordna den internationella insolvensrätten så att åtminstone frågor om domsrätt, tillämplig lag och närliggande frågor regleras på ett enhetligt sätt inom EU.<sup>9</sup>

Bristen på harmonisering av nationell insolvensrätt innebär dock att parter kan få incitament att påverka var ett insolvensförfarande inleds inom EU. Ett av förordningens uttalade syften, utöver att främja den inre marknadens funktion, är därför att motverka vad som benämns illojal forumshopping. Med det menas att en part väljer jurisdiktion för att få en mer förmånlig rättslig ställning, när det sker till skada för borgenärskollektivet.<sup>10</sup>

### 2.2 Allmänt om förordningens domsrättsregler

Domsrättsreglerna i insolvensförordningen är utformade så att ett insolvensförfarande inom EU kan inledas som antingen ett huvudförfarande eller som ett territoriellt förfarande. En viktig skillnad mellan förfarandena är att huvudförfaranden omfattar all gäldenärens egendom medan territoriella förfaranden enbart omfattar egendom i det land där förfarandet inleds.

När det gäller huvudförfaranden knyter förordningen enligt art 3.1 domsrätten till den medlemsstat där *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* finns. Territoriella förfaranden kan inledas i den medlemsstat där gäldenären har ett driftställe enligt förordningens art 3.2, förut-

<sup>7</sup> Vad gäller förordningens tillämplighet i tid och rum, se exempelvis Bogdan och Hellner 2022 s. 437–439 och Warberg 2017 kap 2.2–2.3. Se även insolvensförordningens art 84–85.

<sup>8</sup> Samtliga förfaranden som omfattas i respektive medlemsstat listas i förordningens bilaga A, se förordningens art 2.4. Vad gäller undantagna gäldenärer, se förordningens art 1.2.

<sup>9</sup> Jämför insolvensförordningens ingresspunkt 22.

<sup>10</sup> Se insolvensförordningens ingresspunkt 3–6.

satt att *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* finns i en annan medlemsstat. I det följande fokuserar texten på domsrätten för huvudinsolvensförfaranden.

EU-domstolens inställning är att anknytningskravet *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* ska ges en enhetlig tolkning inom EU och oberoende av nationell lagstiftning samt att tolkningen ska överensstämma med grundläggande principer inom unionsrätten.<sup>11</sup> Domstolen har också utvecklat vad man skulle kunna kalla för en princip om att platsen ska motsvara gäldenärens objektivt sett ”verkliga” huvudkontor. För gäldenärer som är företagare betyder det mer konkret att platsen ska vara den plats där gäldenären fattar den typ av beslut som normalt sett fattas vid ett huvudkontor på ett sätt som är objektivt fastställbart för utomstående och då särskilt gäldenärens borgenärer.<sup>12</sup> Motsvarande gäller även för fysiska personer på så sätt att det ska röra sig om den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen på ett sätt som är fastställbart för tredje man. Den omständigheten att gäldenären har egendom eller har ingått avtal i andra medlemsstater påverkar inte i sig var *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* ska anses finnas, men är omständigheter som kan vara intressanta att ta hänsyn till vid en helhetsbedömning av var gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen.<sup>13</sup>

Det finns förstas praktiska utmaningar i att visa var *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* finns, särskilt enligt ovan nämnda tolkning av förordningen. För att förenkla bedömningen ställer därför förordningen upp ett antal presumtioner för var platsen ska anses vara, om inget annat visas. För juridiska personer presumeras *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* vara där gäldenären har sitt säte, om sätet inte har flyttats inom tre månader före ansökan om insolvensförfarande. För fysiska personer presumeras platsen i stället vara vid gäldenärens huvudsakliga verksamhetsställe eller hemvist beroende på om det rör sig om en person som bedriver verksamhet som egenföretagare, är en fri yrkesutövare eller om det rör sig om en fysisk person i övrigt. Presumtionen för den sistnämnda kategorin gäller dock endast om den aktuella platsen inte har flyttats inom sex månader före ansökan. För egenföretagare och fria yrkesutövare gäller liksom för juridiska personer i stället tre månader.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Se exempelvis mål C-253/19 *MH och NI mot OJ och Novo Banco SA* [2020] (p. 17–18) och där angiven praxis. För äldre praxis se exempelvis EU-domstolens uttalanden i mål C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd* [2006] ECR I-03813 (p. 31), mål C-396/09 *Interedil Srl, in liquidation v Fallimento Interedil Srl and Intesa Gestione Crediti SpA*, [2011] ECR I-09915 (p. 42–43), mål C-191/10 *Rastelli Davide e C. Snc v Jean-Charles Hidoux* [2011] ECR I-00000 (p. 31) och mål C-116/11 *Bank Handlowy w Warszawie SA and PPHU ‘ADAX’/Ryszard Adamiak v Christianapol sp. z o.o.* [2012] (p. 67).

<sup>12</sup> Se senast i mål C-723/20 *Galapagos BidCo. S.a.r.l. mot DE m.fl.* [2022] och mål C-253/19 *MH och NI mot OJ och Novo Banco SA* [2020] och där angiven praxis. För en fördjupad diskussion, se Warberg 2023.

<sup>13</sup> För en vidare diskussion kring anknytningskravet, se Warberg 2023.

<sup>14</sup> Se insolvensförordningens art 3.

En brännande fråga, som ännu inte har prövats uttryckligen av EU-domstolen, är relationen mellan presumptionerna i förordningen och anknytningskravet *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen*. Problemet beskrivs ibland som huruvida presumptionerna ska anses som svaga eller starka, eller vad som krävs för att presumptionerna ska frångås.<sup>15</sup>

Jag har tidigare argumenterat för att presumptionerna måste tolkas som starka eftersom det krävs en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet för att frångå dem, om inte gäldenären har flyttat inom viss tid. Det ställs med andra ord höga krav på den bevisning som läggs fram för att presumptionen ska frångås och därför är det svårt att påstå något annat än att presumptionerna har en betydande och stark ställning.<sup>16</sup>

Även om presumptionerna ska ses som starka framgår det dock uttryckligen av insolvensförordningen att de ska vara *motbevisbara*. De är alltså inte absoluta.<sup>17</sup> I förordningens ingress tydliggörs att detta är nödvändigt eftersom domsrättsreglerna som nämnts syftar till att motverka illojal forumshopping.<sup>18</sup> Dessutom ska ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande i en stat erkännas automatiskt i alla övriga medlemsstater utan att dessa prövar gäldenärens anknytning till den första staten. Erkännandet grundas på principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna, det vill säga att domstolar i en medlemsstat ska kunna förlita sig på att domstolen i en annan medlemsstat har gjort en korrekt och utifrån ett EU-rättsligt perspektiv enhetlig bedömning av domsrätten så att ett förfarande inleds i det land som gäldenären har starkast anknytning till.<sup>19</sup> Det måste med andra ord finnas reella möjligheter att frångå presumptionerna och om den nationella domstolen bedömer att *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* inte finns inom domstolens jurisdiktion ska domstolen inte inleda förfarandet.

### 2.3 Kravet på prövning av domsrätten *ex officio*

Den nationella domstol som har fått in en ansökan om att inleda ett insolvensförfarande ska pröva sin internationella behörighet inom EU

<sup>15</sup> Se exempelvis Ringe 2022, Garcimartin 2016 och Mellqvist 2005.

<sup>16</sup> För en mer ingående diskussion, se även Warberg 2023. Mig veterligen saknas det fall från EU-domstolen där EU-domstolen har konstaterat att presumptionen ska frångås, vilket är ganska talande med tanke på den omfattande praxis som har utvecklats på området. Det finns ett äldre fall där domstolen har nämnt att sätеспresumptionen kan frångås när det rör sig om ett så kallat brevlådeföretag där gäldenären inte bedriver någon form av verksamhet i det land där sätet är registrerat, se mål C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd* [2006] ECR I-03813. Avsaknaden av praxis innebär dock förstas inte i sig att presumptionerna inte ska kunna frångås. Det innebär snarast att ett sådant fall där presumptionen kan frångås ännu inte har kommit upp till prövning till EU-domstolen, vilket väl endast ger en indikation på att det ställs höga krav för att presumptionen ska frångås.

<sup>17</sup> Angående begreppet presumption i svensk rätt, se Per Olof Ekelöf, Henrik Edelstam och Lars Heuman, *Rättegång Fjärde häftet*, uppl. 7:5, Stockholm, 2009 s. 88–89.

<sup>18</sup> Se insolvensförordningens ingresspunkt 29–33.

<sup>19</sup> Jämför insolvensförordningens ingresspunkt 65.

på eget initiativ, *ex officio*.<sup>20</sup> Domstolen ska dessutom ange vilka bestämmelser i förordningen som domstolen grundar sin behörighet på i beslutet att inleda förfarandet.

Hur den nationella domstolens prövning *ex officio* mer konkret ska gå till verkar däremot tämligen oklart.<sup>21</sup> Frågan har inte varit föremål för uttrycklig prövning i EU-domstolens praxis. I ett mål från år 2022 konstaterar EU-domstolen endast att det ankommer på den nationella domstolen att pröva om den är behörig *ex officio* och att "... i detta syfte, kontrollera att *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen*, i den mening som avses i artikel 3 i förordningen, finns i den medlemsstaten ..." [min kursivering].<sup>22</sup>

Uttalandet ger tyvärr inte någon särskilt tydlig vägledning om prövningen *ex officio* men antyder i alla fall att den nationella domstolen har ett visst utredningsansvar *ex officio* för att säkerställa att förfarandet inleds i "rätt" medlemsstat. Exakt vad det betyder är dock oklart. Är det tillräckligt för domstolen att bedöma om en presumtion är uppfylld för att inleda ett förfarande eller kan det krävas en något vidare undersökning *ex officio* beroende på omständigheterna i det enskilda fallet?

Med tanke på att presumtioner syftar till att förenkla en bedömning måste utgångspunkten rimligen vara att det primärt är tillräckligt att bedöma om en presumtion är uppfylld. Först om det råder osäkerhet på den punkten behöver domstolen gå vidare i sin prövning av om *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* finns i den aktuella medlemsstaten. Här verkar dock insolvensförordningen samtidigt utgå ifrån att det inom ramen för prövningen av domsrätten ska finnas en reell möjlighet att frångå presumtionen om domstolen, givet omständigheterna i det enskilda fallet, är tveksam. Om det inte finns en reell möjlighet att bli tveksam, finns det inte heller en faktisk möjlighet att frångå presumtionen.

Det finns en inneboende konflikt mellan kravet på prövning *ex officio* och presumtionerna i förordningen. En presumtion får generellt förstås så att en domstol kan utgå från presumtionen och grunda sitt beslut på denna när presumtionen är uppfylld.<sup>23</sup> Det innebär att domstolen inte ska behöva pröva den underliggande frågan vidare, om

<sup>20</sup> Se insolvensförordningen art 3–4.

<sup>21</sup> Se Georg Ringe, «Article 4 — Examination as to jurisdiction» i Reinhard Bork och Kristin van Zwieten (red.), *Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford 2022 s. 203–213, Francisco Garcimartin, «The EU Insolvency Regulation Recast: Scope and Rules on Jurisdiction», *SSRN Electronic Journal*, 2016. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2752412>. Jämför även Warberg 2023 och Mellqvist 2005 s. 466–473. EU har kompetens att lagstifta på det processrättsliga området i den här frågan, se fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt 2012/C 326/01, art 81.

<sup>22</sup> Se mål C-723/20 Galapagos BidCo. S.a.r.l. mot DE m.fl. [2022] (p. 34).

<sup>23</sup> Presumtioner kan ha olika betydelser beroende på vad de syftar till och hur de är uppställda, men ändå med denna gemensamma utgångspunkt, se Ekelöf, Edelstam och Heuman 2009 s. 88–93.

inget annat visas.<sup>24</sup> I kombination med kravet på prövning ex officio kan man dock fråga sig om presumptionerna i insolvensförordningen kanske mer ska ses som en utgångspunkt i domstolens prövning av domsrätten. Visserligen en stark utgångspunkt som kanske i de allra flesta fall inte kräver ytterligare belysning, men ändå enbart en utgångspunkt. Det innebär i så fall att domstolen kan utgå från att presumptionen gäller, men har samtidigt ett visst ansvar att kontrollera, säkerställa, att omständigheterna i det enskilda fallet talar för att presumptionen motsvarar *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen*. Hur långt det ansvaret går utan att presumptionen förlorar sin betydelse som just presumption kan förstås diskuteras, men det bör som nämnts åtminstone finnas ett processuellt möjligt utrymme att frånga presumptionen.<sup>25</sup>

I insolvensförordningens ingresspunkt 32 beskrivs i alla fall prövningen så att den nationella domstolen på eget initiativ ska undersöka om *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* faktiskt finns inom domstolens jurisdiktion samt att om omständigheterna i ärendet ger upphov till tvivel bör domstolen kräva att gäldenären lämnar ytterligare bevisning. Enligt ingresspunkten kan domstolen även, om det är möjligt enligt nationell rätt, ge gäldenären borgenärer möjlighet att lägga fram sina synpunkter i frågan. Uttalandena i ingressen antyder på så sätt att den nationella domstolen har ett betydande utrymme att ta hänsyn till alla möjliga omständigheter och att vara mer aktiv i sin prövning än att enbart och strikt förhålla sig till presumptionerna eller vad sökanden har lagt fram, även om presumptionerna är starka sett utifrån bevissynpunkt.<sup>26</sup>

Insolvensförordningen innehåller dock som nämnts inte några bestämmelser som anger mer konkret hur prövningen ex officio ska gå till. I sådana fall kan det vara frestande att lämna frågan till nationell rätt. Samtidigt har EU-domstolen vid flera tillfällen klargjort att EU-rätten som utgångspunkt ska tolkas enhetligt, i överensstämmelse med grundläggande principer inom unionsrätten och oberoende av nationell lagstiftning inom EU, om det inte förekommer en uttrycklig hänvisning till nationell lagstiftning.<sup>27</sup> Insolvensförordningen innehåller ingen uttrycklig hänvisning till nationell rätt i denna fråga. Det skulle

<sup>24</sup> Jämför Mellqvist 2005 s. 468–473 och Warberg 2023. Angående olika betydelser av begreppet presumption i detta sammanhang, se Warberg 2017 s. 105–106. Jämför P. O. Bolding, *Bevisbördan och den juridiska tekniken*, Uppsala 1951 s. 132 och 139–140.

<sup>25</sup> Se Ringe 2022 s. 207–208 och Warberg 2017 s. 107 samt Warberg 2023 och Mellqvist 2005 s. 466–468.

<sup>26</sup> Jämför särskilt insolvensförordningens ingresspunkter 27–28 och 32. En annan sak är dessutom att skrivningen i ingresspunkten verkar utgå ifrån att gäldenären är den som ansöker om förfarandet och att det finns ett utrymme för samtliga borgenärer att komma till tals i samband med prövningen av domsrätten. Detta stämmer inte riktigt överens med hur det faktiskt fungerar i svensk rätt, vilket jag återkommer till.

<sup>27</sup> Se exempelvis C-253/19 *MH och NI mot OJ och Novo Banco SA* [2020] (p. 17–18) och där angiven praxis.

därför inte vara överraskande om EU-domstolen skulle uttala sig om detaljerna för domstolsprövningen ex officio och hur de nationella domstolarna ska förhålla sig till presumtionerna vid sin prövning, om den frågan kom till EU-domstolen.<sup>28</sup>

Det måste också tilläggas att regleringen i art 4 om kravet på prövning ex officio är relativt ny i förordningen, den kom till i samband med revideringen av förordningen år 2015. En av orsakerna bakom att bestämmelsen infördes var en uttalad kritik mot vissa medlemsstaters nationella insolvens- och processrättsliga regleringar, där det saknades en rutinmässig undersökning av domsrätten.<sup>29</sup> Det innebar kort sagt att insolvensförordningens domsrättsregler inte fick det genomslag som det var tänkt.

Kritiken låg dock inte bara i att domsrättsreglerna inte tillämpades rutinmässigt. Bristen i de aktuella medlemsstaternas nationella regleringar bedömdes även underlätta för illojal forumshopping inom EU, vilket förordningen som nämnts uttryckligen syftar till att stävja.<sup>30</sup> Det var med andra ord problematiskt på flera plan. Det är också mot den här bakgrunden som kravet på prövning ex officio och domsrättsreglerna måste läsas, nämligen att själva syftet med dem just är att motverka illojal forumshopping och att det därför finns ett ansvar hos den nationella domstolen att tillämpa regleringen och presumtionerna utifrån perspektivet att ett insolvensförfarande ska inledas i den stat som gäldenären har starkast verklig anknytning till. Den starkaste verkliga anknytningen motsvarar enligt förordningen den där *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* finns. I det perspektivet är presumtionerna användbara och viktiga utgångspunkter i domstolens bedömning ex officio, eftersom gäldenärens säte eller hemvist normalt sett får antas finnas i samma medlemsstat som den där gäldenären har *platsen för sina huvudsakliga intressen*.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Frågan om hur prövningen ska gå till rent processuellt såsom exempelvis ansökans form, möjligheten att kalla vittnen och annat, måste dock än så länge lämnas åt nationell insolvens- och processrätt, även om det inte uttryckligen framgår av förordningen. Någon annan tolkning skulle vara ohållbar eftersom den typen av reglering helt saknas i förordningen. Angående en enhetlig tillämpning av EU-rätten och effektivitetsprincipen, se exempelvis mål C-377/14 *Ernst Georg Radlinger och Helena Radlingerová mot Finway a.s.* [2016] (p. 48) och där angiven rättspraxis. För en diskussion om tolkning och tillämpning av materiell EU-rätt i praktiken och ur olika perspektiv, se exempelvis Clara Rauchegger och Anna Wallerman (red.), *The Euro-sceptic Challenge*, Oxford 2019.

<sup>29</sup> Jämför Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg 12.12.2012 COM(2012) 743 final, s 10. Jämför även EU-domstolens uttalande i mål C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd* [2006] ECR I-03813 (p. 51).

<sup>30</sup> Se Commission Staff Working Document— Impact Assessment accompanying the document Revision of Regulation (EC) No. 1346/ 2000 on insolvency proceedings SWD(2012) 416 final s. 19 och s. 27. Arbetet diskuteras även av Ringe 2022. Se insolvensförordningen ingresspunkterna 5, 22 och 29–34.

<sup>31</sup> Ringe har framfört tolkningen att kraven på den nationella domstolen att pröva sin behörighet ex officio kanske bör ges större vikt än presumtionernas styrka, se särskilt Ringe 2022 s. 207–208. Han har även dragit det så långt som att presum-

### 3 Prövningen av domsrätten vid en svensk konkursansökan

#### 3.1 Inledande anmärkning

Jag har hittills argumenterat för att insolvensförordningen, utifrån en ändamålsenlig och funktionell tolkning, måste förstås så att nationella domstolar har ett visst ansvar för att domsrätten utreds ex officio. Det är en sak att genomförandet av utredningen kan åläggas sökanden, men ansvaret för att den genomförs läggs på domstolen. Domstolen är inte bunden av det som sökanden har lagt fram och kan kräva ytterligare bevisning. Det finns inte heller några hinder mot att domstolen också självständigt vidtar en undersökning om det finns behov av detta. Det kan handla om att domstolen helt enkelt behöver få en bild av om gäldenären är ett brevlådeföretag eller kontrollera att gäldenärens huvudkontor faktiskt finns i Sverige, respektive att gäldenärens hemvist finns här.

En sådan prövning av domsrätten motsvarar vad jag vill kalla för en EU-rättsligt lojal tillämpning av förordningen, särskilt med tanke på att regleringen uttryckligen baseras på principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsstater och att motverka illojal formshopping. Även om prövningen stannar vid huruvida en presumtion är uppfylld måste det åtminstone finnas ett processuellt utrymme för att frångå den.

För den som är insatt i vår svenska konkursrätt kan den här tolkningen dock framstå som kontroversiell eftersom den inte helt överensstämmer med hur prövningen för det mesta faktiskt går till i svenska domstolar. För att ge en bild av prövningen, och vilka gränser svensk insolvens- och processrätt sätter för den, följer här en genomgång av regleringen kring prövningen av domsrätten vid en svensk konkursansökan.

#### 3.2 Utgångspunkter vid en svensk konkursansökan

Utifrån ett processuellt perspektiv sker själva prövningen av en svensk konkursansökan och handläggningen av konkursen i Sverige i form av ett konkursärende hos tingsrätten.<sup>32</sup> Insolvensförordningen blir som nämnts tillämplig förutsatt att *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* finns inom EU. När förordningen är tillämplig ska domsrätten prövas ex officio även enligt svensk nationell processrätt eftersom domsrätten är exklusiv.<sup>33</sup>

Insolvensförordningens bestämmelser har fyllts ut genom en svensk kompletteringslag, som anger att det är den som ansöker om konkurs som ska ange och styrka de omständigheter som ligger till grund för

tionerna principiellt sett kanske bör tillämpas först om *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* inte kan fastställas i sig, mot bakgrund av principen om ömsesidigt förtroende. Enligt min mening är dock detta att dra det för långt. Syftet med en presumtion måste ändå vara att förenkla den nationella domstolens bedömning och inte att vara en reserv för det fall att domstolen inte kan bedöma omständigheterna i det enskilda fallet i sin helhet.

<sup>32</sup> Konkurslag (1987:672) 16:1–2. Utgångspunkten är att rättegångsbalkens regler om tvistemål blir tillämpliga för själva konkursförfarandet.

<sup>33</sup> Jämför rättegångsbalk (1942:740) 10:17 1 st 2 p. samt 34:1 2 st samt insolvensförordningens art 4.

svensk domsrätt enligt insolvensförordningen.<sup>34</sup> Det är med andra ord sökanden som har att visa att svensk domsrätt föreligger. Utgångspunkten är då dessutom att en konkursansökan avser ett huvudförfarande, om inget annat anges i konkursansökan.<sup>35</sup> Det innebär att sökanden ska ange och styrka att *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* finns i Sverige. Framgår det däremot av ansökan att det rör sig om ett territoriellt förfarande ska domsrätten styrkas för det förfarandet. Om omständigheterna till grund för domsrätten inte framgår av ansökan kan domstolen förelägga sökanden att avhjälpa bristen, och följs inte föreläggandet ska ansökan avvisas.<sup>36</sup> Så långt verkar det inte finnas några större diskrepanser mellan insolvensförordningens reglering och den svenska.

En svensk konkursansökan är dock av en speciell natur jämfört med en vanlig stämningsansökan i tvistemål. En av de saker som skiljer dem åt, och som är av särskild relevans för den här artikeln, är att konkursansökan ibland ska prövas omedelbart, utan en förhandling.<sup>37</sup> Så gäller särskilt när det är gäldenären som har ansökt om konkurs. Då ska domstolen som utgångspunkt pröva ansökan genast, utan förhandling.<sup>38</sup> Det innebär att domstolen har att förlita sig på den information som sökanden har lämnat vad gäller domsrätten. Det finns inte heller något utrymme rent processuellt för en processinvändning gällande domsrätten innan domsrätten ska prövas av domstolen.

Är det däremot en borgenär som har ansökt om konkurs ska ansökan prövas vid en förhandling. I det fallet finns det möjlighet för processinvändningar gällande domsrätten. Gäldenären har då dessutom blivit förelagd att svara på konkursansökan och kan i samband med detta göra en processinvändning.<sup>39</sup> Gäldenären kan dock också välja att i stället medge ansökan. I så fall ska ansökan prövas genast, utan en förhandling.<sup>40</sup> Då blir det på samma sätt som i de situationer då gäldenären själv har ansökt om konkurs inte tal om några processinvändningar gällande domsrätten innan domsrätten ska prövas av domstolen. Övriga borgenärer kommer exempelvis inte till tals.

De svenska processuella reglerna som rör prövningen av konkursansökan är alltså upplagda på ett sådant sätt att domstolen normalt, när ansökan prövas utan en förhandling, får pröva domsrätten mot bakgrund av enbart innehållet i själva konkursansökan. Detta begränsar betydligt domstolens utrymme att bli tveksam angående sin behörig-

<sup>34</sup> Lag (2017:473) med kompletterande bestämmelser till 2015 års insolvensförordning 4 §. Jämför konkurslag (1987:672) 2:1.

<sup>35</sup> Lag (2017:473) med kompletterande bestämmelser till 2015 års insolvensförordning 3 §.

<sup>36</sup> Lag (2017:473) med kompletterande bestämmelser till 2015 års insolvensförordning 4 §.

<sup>37</sup> Detta har även uppmärksammats i Warberg 2017 s. 107 och Warberg 2023.

<sup>38</sup> Det finns undantag, men dessa är inte knutna till frågor rörande domsrätten, jämför konkurslag (1987:672) 2:14. Se även SOU 2016:17 EÜ:s reviderade insolvensförordning m.m. s. 101.

<sup>39</sup> Konkurslag (1987:672) 2:16.

<sup>40</sup> Konkurslag (1987:672) 2:18.

het, såvida inte sökanden själv lägger fram omständigheter som talar emot svensk domsrätt, vilket väl får räknas som osannolikt.<sup>41</sup> Även det faktum att prövningen ska ske genast förefaller begränsande när det gäller domstolens faktiska utrymme att undersöka saken vidare.

Så som jag förstår den svenska rättegångsbalken finns det dock egentligen inget uttryckligt hinder mot att domstolen prövar domsrätten enligt insolvensförordningen vidare på eget initiativ och kanske till och med kompletterar sökandens utredning. Det är visserligen omdiskuterat hur omfattande rättens prövning av rättegångshinder bör vara för tvistemål i allmänhet.<sup>42</sup> Omfattningen beror bland annat på vad det rör sig om för typ av rättegångshinder.<sup>43</sup> Vad gäller domsrätten enligt insolvensförordningen rör det sig dock om ett tvingande processhinder eftersom domsrätten enligt förordningen är exklusiv. I rättegångsbalkens förarbeten framgår det gällande tvingande processhinder rent allmänt att rätten då får komplettera parternas utredning.<sup>44</sup> Det är däremot oklart om det ställs krav på domstolen i detta avseende.<sup>45</sup> En lojal tillämpning av förordningen leder dock i den riktningen att det kan ställas vissa krav på domstolen i detta hänseende.

Frågan om en eventuell komplettering ex officio kan dock framstå som något teoretisk givet presumptionerna i förordningen och att en svensk ansökan kan komma att prövas på handlingarna. Detta är särskilt tydligt vad gäller gäldenärer som är juridiska personer. I förarbetena till kompletteringslagen framgår det nämligen att det normalt sett bör vara tillräckligt att sökanden lämnar in ett registreringsbevis där det framgår att personen har sitt säte i Sverige och att sätet har varit registrerat här sedan tre månader för att uppfylla sätespresumtionen och inleda ett förfarande i Sverige.<sup>46</sup>

Inställningen i förarbetena verkar med andra ord vara att domstolens prövning ex officio motsvarar att helt enkelt konstatera att registeruppgiften finns.<sup>47</sup> Med tanke på att det inte finns utrymme för processinvändning blir den tolkningen mycket tveksam, särskilt eftersom den innebär att ett förfarande kan inledas i Sverige för rena brevlådeföretag

<sup>41</sup> Det kan dock förstås vara aktuellt för domstolen att utreda sin behörighet vidare om det förekommer någon omständighet som ger anledning till det. Domstolen bör då självant verka för att sökandens utredning kompletteras, i första hand genom ett föreläggande till sökanden, när domstolens behörighet framstår som osäker men det saknas grund för avvisning. Se rättegångsbalk (1942:740) 34:1 1 st. Jämför Nordh 2008 s. 82.

<sup>42</sup> Roberth Nordh, *Rättegångshinder* Uppsala 2008 s. 82.

<sup>43</sup> Nordh 2008 s. 82.

<sup>44</sup> Se NJA II 1943 s. 450, jämför även Per Olof Ekelöf, Henrik Edelstam och Mikael Pauli, *Rättegång Andra häftet* Stockholm 2015 s. 19–20. Se även Per Henrik Lindblom, *Processhinder*, Stockholm 1974, s. 92–93 och s. 99 vid not 1. Jämför även rättsfallet NJA 2017 s. 430 särskilt vid p. 10–12 där Högsta domstolen konstaterar att, beträffande tvingande rättegångshinder, domstolen har att självant verka för att utredningen kompletteras när det behövs, beroende på bland annat vilken typ av mål och vilken typ av rättegångshinder det handlar om.

<sup>45</sup> Se Ekelöf, Edelstam och Pauli 2015 s. 20.

<sup>46</sup> Prop. 2016/17:125 Kompletterande bestämmelser till 2015 års insolvensförordning s. 55.

<sup>47</sup> Jämför SOU 2016:17 s. 23.

som saknar all form av anknytning till Sverige utöver ett registrerat säte här. Man kan fråga sig om domstolen i praktiken alls har något utrymme, rent processuellt, att kontrollera att *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* faktiskt finns i Sverige när prövningen är nedgraderad till ett rent stämpelärende baserat på en registeruppgift. Det verkar åtminstone inte troligt att domstolen skulle utföra en egen utredning ex officio i frågan, även om det som nämnts ovan ges ett visst utrymme för det enligt rättegångsbalkens förarbeten.

Vad gäller hemvistpresumtionen för fysiska personer läggs det enligt förarbetena och äldre svensk praxis vikt vid om gäldenären är folkbokförd i Sverige.<sup>48</sup> På liknande sätt som vad gäller sätet är folkbokföringen en registeruppgift i Sverige. Det innebär att domstolens prövning i praktiken återigen begränsas till ett slags stämpelärende där det är tillräckligt för sökanden att just lägga fram en registeruppgift som utvisar att gäldenären har varit folkbokförd i Sverige sex månader före ansökan för att domstolen ska anse sig behörig att inleda förfarandet.

En situation då domstolen dock måste undersöka sin behörighet vidare är den då sökanden i sin ansökan anger att en presumtion visserligen *inte* är uppfylld, men sökanden ändå menar att *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* finns i Sverige. Det handlar alltså om att sökanden vill att den aktuella presumtionen ska frångås eller inte tillämpas. I så fall behöver den svenska domstolen i enlighet med EU-domstolens praxis göra en helhetsbedömning av samtliga relevanta kriterier för att fastställa var just *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* finns och endast inleda konkursen om platsen finns i Sverige.<sup>49</sup> Detta får förstås så att domstolen självmant ska verka för att sökandens utredning kompletteras, i första hand genom ett föreläggande till sökanden, när domstolens behörighet framstår som osäker men det saknas grund för avvisning.<sup>50</sup>

Samtidigt kan det konstateras att det även i dessa fall, det vill säga när sökanden vill att presumtionen ska frångås, ligger på sökanden att styrka domsrätten och att ansökan kan prövas på handlingarna. Det får antas att sökanden enbart lägger fram omständigheter som talar för svensk domsrätt. Det kan förstås finnas undantag, men sökanden har generellt sett knappast ett intresse av att lägga fram omständigheter inför domstolen som talar emot svensk domsrätt eftersom sökanden just har valt att lämna sin konkursansökan till den domstolen.<sup>51</sup> Särskilt när ansökan ska prövas omedelbart utan förhandling kan domstolen därför hamna i ett läge där domstolen helt enkelt får förlita sig på de uppgifter som sökanden lämnar, så länge de uppfattas som trovärdiga

<sup>48</sup> Prop. 2016/17:125 s. 55. Se NJA 2009 s. 383.

<sup>49</sup> Se mål C-253/19 *MH och NI mot OJ och Novo Banco SA* [2020], särskilt vid (p. 28). Se även insolvensförordningens ingresspunkt 27–33.

<sup>50</sup> Jämför rättegångsbalk (1942:740) 34:1 1 st och Nordh 2008 s. 82.

<sup>51</sup> Se Warberg 2023.

av domstolen. Utan några processinvändningar kan det vara svårt för domstolen att bli tveksam om sin behörighet.<sup>52</sup>

### 3.3 Utmaningen att tillämpa insolvensförordningen ändamålsenligt vid en svensk konkurs

Det har säkerligen framgått att den svenska tillämpningen av insolvensförordningen sammantaget inte helt överensstämmer med insolvensförordningens syften, åtminstone vad gäller de fall då prövningen av domsrätten har just karaktären av ett snabbt stämpelärende. Det kan då samtidigt vara värt att nämna att den svenska regleringen ser ut som den gör av flera anledningar.

En sådan viktig anledning bakom att svenska konkursbeslut fattas snabbt är att tidpunkten för beslutet blir avgörande för vilka fordringar som omfattas av konkursen. Det finns därför ett starkt intresse från borgenärskollektivet att beslutet kommer på plats så snart som möjligt. Beslutet medför dessutom att gäldenären förlorar sin rättshandlingsförmåga, helt eller delvis beroende på om gäldenären är en fysisk eller juridisk person. Ett snabbt beslut bidrar därigenom till att gäldenären inte längre kan företa rättshandlingar som kan vara förlustbringande.<sup>53</sup>

Konkurslagen innehåller dessutom fler regler som bidrar till att beslutet om att inleda en konkurs ska kunna fattas snabbt.<sup>54</sup> Exempelvis vad gäller bedömningen av gäldenärens insolvens finns presumptionsregler som förenklar och därigenom också skyndar på bedömningen. När det är gäldenären som har ansökt om konkurs ska exempelvis uppgiften om gäldenärens insolvens godtas om det inte finns starka skäl emot det.<sup>55</sup>

Den processuella strukturen runt konkursbeslutet är kort sagt uppbyggd för att domstolens beslut just ska fattas snabbt. Det spiller även över på den processuella strukturen kring prövningen av domsrätten enligt insolvensförordningen. En mer omfattande utredning av var *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* verkligen finns kan försena en process, jämfört med när domstolen kan förlita sig på en lättbedömd presumtion och låta prövningen av domsrätten stanna vid ett förenklat stämpelärende. Detta kan också till viss del förklara beredvilligheten att tolka presumtionerna i förordningen som starka och närmast absoluta i svenska domstolar. Eftersom en svensk konkurs kan inledas utan en förhandling och presumtionerna i en svensk tolkning av förordningen kan baseras på enkla registeruppgifter, blir presumtionerna inte längre enbart presumtioner, de är snarare huvudregler.

Av förordningens ingress framgår dock som nämnts uttryckligen att förordningen syftar till att motverka illojal forumshopping.<sup>56</sup> Det finns en betydande risk för att svenska domstolar inleder förfaranden i

<sup>52</sup> Jämför särskilt insolvensförordningens ingresspunkt 32.

<sup>53</sup> Se exempelvis Lars Heuman, *Specialprocess, utsökning och konkurs*, 2020 s. 179.

<sup>54</sup> Jämför Warberg 2017 s. 108–109.

<sup>55</sup> Jämför exempelvis konkurslag (1987:672) 2:7. Se Heuman 2020 s. 178.

<sup>56</sup> Se särskilt insolvensförordningen ingresspunkt 27–28, men även 29–33.

Sverige trots att *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* verkligen finns i en annan medlemsstat. Även om svenska domstolar formellt sett prövar domsrätten rutinmässigt är frågan om det domstolarna gör verkligen alltid kan definieras som en prövning. På så sätt kan den svenska tillämpningen kritiseras på samma grunder som också ledde till att insolvensförordningen reviderades och kravet på prövning ex officio infördes år 2015.

En domstols beslut gällande domsrätten kan visserligen överklagas.<sup>57</sup> Det ger en viss möjlighet för en gäldenär eller borgenär att få ett beslut där domsrättsfrågan har bedömts felaktigt korrigerat. Invändningarna mot domsrätten kan på så sätt så att säga komma i efterhand, efter beslutet om att inleda konkursen. Det kan dock vara en klen tröst eftersom problemet handlar om hur själva handläggningen ska ske på ett korrekt sätt i den första domstolen. Prövningen ska förstås ske på ett korrekt sätt och i enlighet med insolvensförordningen utan att det krävs ett överklagande.

Vad gäller överklagande är det dessutom problematiskt att räkna med det som ett sätt att komma till rätta med att det inte finns utrymme för en faktisk prövning i första instans. Det är inte säkert att alla borgenärer har möjligheten att ta vara på sin rätt i praktiken, särskilt när det rör sig om internationella fall. Dessutom förhindrar ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande i Sverige att ett insolvensförfarande inleds i en annan medlemsstat, eftersom det första beslutet ska erkännas utan prövning i domsrättsfrågan i enlighet med principen om ömsesidigt förtroende.<sup>58</sup> Det innebär att ett förfarande i en annan medlemsstat, där *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* finns, kan försenas när ett svenskt förfarande inleds, även om det svenska beslutet överklagas och senare leder till att den svenska ansökan avvisas. En sådan försening kan bli kostsam för samtliga inblandade parter i ett insolvensförfarande.

#### **4 En tyst underminering av principen om ömsesidigt förtroende eller ett utslag av processuell autonomi?**

Det är inte alltid så att det som sker i det tysta nödvändigtvis kommer fram i dagen. Så länge ingen berörd part kräver en prövning av EU-domstolen verkar den svenska tillämpningen av förordningen kunna fortsätta på samma sätt. Det här är en av svårigheterna som det EU-rättsliga samarbetet möter när det kommer till nationell implementering och tolkning av EU-rätt och det finns väl beskrivet av andra, om än gällande andra regelverk.<sup>59</sup> Domstolarna i de medlemsstater som inte tillämpade domsrättsreglerna ex officio alls före den senaste revideringen av förordningen kunde, mer eller mindre i det tysta, fortsätta med sin (icke-)tillämpning, fram tills att unionslagstiftaren valde att

<sup>57</sup> Se insolvensförordningen art 5 och ingresspunkt 34.

<sup>58</sup> Se insolvensförordningen art 19 och ingresspunkt 65.

<sup>59</sup> Se exempelvis Clara Rauegger och Anna Wallerman Ghavanini (red.), *The Eurosceptic Challenge*, Oxford 2021.

revidera förordningen på den punkten och klargöra att domsrätten *ska* prövas *ex officio*.

Ett problem med ett sådant synsätt på tillämpning av EU-rätt är dock att det ifrågasätter den EU-rättsliga regleringens syften och i ett större perspektiv även det EU-rättsliga samarbetet. När syftet med bestämmelserna tydligt är att domsrätten ska prövas utifrån principen om ömsesidigt förtroende och att även stävja illojal forumshopping, blir en tolkning att medlemsstaternas domstolar kan göra lite som de vill tveksam. Om det sker i ett större perspektiv och vad gäller fler rättsakter undermineras det EU-rättsliga samarbetet.

Ibland kan det dock finnas skäl för en medlemsstat att inte tillämpa EU-rättsliga bestämmelser fullt ut. Det går exempelvis att tänka sig att den svenska tillämpningen ändå skulle kunna vara tillåten, exempelvis med hänvisning till svensk processuell autonomi och svenska nationella intressen av ett effektivt konkursförfarande.

Medlemsstaterna har en viss processuell autonomi, även om den nationella regleringen som utgångspunkt inte får missgynna unionsrätten.<sup>60</sup> Om intresset av en viss nationell processrättslig reglering, som hindrar EU-rättens genomslag, väger tyngre än intresset av en tillämpning av EU-reglerna, kan det dock i vissa fall vara tillåtet att göra undantag och tillåta den nationella regleringen.<sup>61</sup> Enligt EU-domstolen ska en sådan nationell bestämmelse bedömas med beaktande av bestämmelsens funktion i förfarandet som helhet, bland annat med hänsyn till förfarandets förlopp och särdrag.<sup>62</sup> Här behöver de principer som det nationella domstolssystemet bygger på beaktas, exempelvis principen om en ändamålsenlig handläggning av målet.<sup>63</sup>

Som har framgått ovan skulle man kanske kunna säga att de svenska processuella ramverken som rör prövningen av en konkursansökan inklusive domsrätten har goda skäl för sig. De främjar en ändamålsenlig och snabb process, vilket syftar till att skydda borgenärskollektivets intressen. Den materiella insolvensrätten skiljer sig dessutom åt i sådan utsträckning mellan medlemsstaterna att det hittills inte har ansetts möjligt eller meningsfullt med en fullständig harmonisering på om-

<sup>60</sup> Jämför exempelvis mål C-161/15, *Abdelhafid Bensada Benallal v État belge* [2016] (p. 24) och mål C-74/14 *Eturas UAB m.fl. mot Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba* [2016] (p. 32) och där angiven praxis. Se Hettne 2020 s. 258 och Per Olof Ekelöf m.fl., *Rättegång Första häftet* Stockholm 2016 s. 81.

<sup>61</sup> För en vidare diskussion om effektivitetsprincipen, se exempelvis Hettne 2020 s. 259.

<sup>62</sup> Se exempelvis mål C-197/15 *Florentina Martínez Andrés och Juan Carlos Castrejana López mot Servicio Vasco de Salud och Ayuntamiento de Vitoria* [2016] (p. 58–61) och där angiven praxis. Se även mål C-177/10 *Francisco Javier Rosado Santana mot Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía* [2011] ECR I-07907 (p. 92).

<sup>63</sup> Se mål C-197/15 *Florentina Martínez Andrés och Juan Carlos Castrejana López mot Servicio Vasco de Salud och Ayuntamiento de Vitoria* [2016] (p. 61) och motsvarande formulering i mål C-177/10 *Francisco Javier Rosado Santana mot Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía* [2011] ECR I-07907 (p. 92).

rådet.<sup>64</sup> Det talar kanske också för att de processuella ramverken kring en prövning ex officio måste kunna se olika ut i medlemsstaterna i enlighet med de hänsyn som behöver ställas för olika typer av insolvensförfaranden.

Här måste också påpekas att insolvensförordningen i sin tur syftar till att främja den inre marknadens funktion och inte är tänkt att skapa hinder mot en ändamålsenlig och snabb process. Däremot är det tydligt att insolvensförordningen har som syfte att skydda borgenärskollektivets intressen ur ett mer övergripande internationellt perspektiv, genom att förhindra illojal forumshopping och att säkerställa att ett förfarande inleds i den jurisdiktion som gäldenären har närmast anknytning till.

Frågan är då om den svenska process- och konkursrättsliga regleringens syfte, att främja en snabb och ändamålsenlig konkurs till skydd för borgenärskollektivet, väger tyngre än insolvensförordningens uttalade syfte att motverka illojal forumshopping genom en enhetlig prövning av domsrätten inom EU. I frågan ingår också om den skada som den svenska tillämpningen skulle kunna innebära för det ömsesidiga förtroendet mellan medlemsstater överskuggas av det nationella intresset. Frågan är inte enkel att besvara och svaret kanske dessutom säger mer om hur vänligt inställd läsaren är till det EU-rättsliga samarbetet överlag än vad som är ”rätt”.

Ett sätt att komma runt frågan är dock att bedöma om det finns sätt att ändra den svenska regleringen så att den tillgodoser både ovan nämnda svenska intressen och samtidigt innebär att förordningen kan tillämpas på ett ändamålsenligt sätt. Jag menar att det måste finnas sätt att reglera även den svenska konkurs- och processrätten så att den överensstämmer med insolvensförordningen samtidigt som nationella processuella och konkursrättsliga hänsyn kan uppfyllas. Om den möjligheten finns menar jag att den svenska handläggningen inte har tillräckligt goda skäl för sig.

Den huvudsakliga kritik som framförs i den här artikeln mot den svenska handläggningen av prövningen av domsrätten ligger kort sagt i att prövningen sker på ett sätt som liknar ett stämpelärende, där presumptionerna i förordningen bedöms utifrån enkla registeruppgifter och på handlingarna. Ett sätt att i stora drag bibehålla den svenska ordningen men göra prövningen åtminstone mer i linje med insolvensförordningens syften skulle kunna vara att ändra den praxis som har utvecklats vad gäller presumptionerna. Det kan handla om att domstolens prövning sker utifrån en mer allmän tolkning av begreppen gäldenärens säte och hemvist, i stället för att basera presumptionerna på enkla registeruppgifter.

<sup>64</sup> Vad gäller skillnaderna mellan medlemsstaternas insolvensrättsliga lagstiftningar, se exempelvis den komparativa studien i *Harmonisation of Insolvency Law at EU Level*, Policy Department C — Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels 2010. Jämför mål C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd* [2006] ECR I-03813 vid (p. 51). Se även insolvensförordningen ingresspunkt 22.

En sådan tolkning ställer högre krav på de uppgifter och den bevisning som sökanden lämnar i sin ansökan och kan möjligen ställa något högre krav på domstolen när det gäller att ta till sig dessa uppgifter jämfört med enkla registeruppgifter. Samtidigt innebär den lösningen att det skapas ett större utrymme för domstolen att åtminstone bli uppmärksam på om *platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen* finns inom en annan stats jurisdiktion. Det ger domstolen ett möjligt utrymme för tveksamhet. Det utrymmet är särskilt nödvändigt när beslutet om att inleda förfarandet fattas direkt på handlingarna och utan möjlighet till processinvändning. Dessutom kan på så sätt också prövningen hanteras på samma sätt för bolagsformer med ett registrerat säte som för de som saknar en sådan registrering.

Den här lösningen väger dock inte upp utmaningen i att domstolen kan behöva pröva ansökan på de uppgifter som sökanden har lämnat och att sökanden har ett intresse av vilka uppgifter som hen lämnar. Minimnivån för prövningen blir dock ändå mer omfattande än den som sker idag. Den innebär också att processen fortfarande kan gå relativt snabbt, även om det inte blir detsamma som vid en prövning enbart baserad på registeruppgifter.

En mer genomgripande förändring av handläggningen skulle kunna vara att ändra våra svenska bestämmelser så att domsrätten alltid prövas vid en förhandling, på samma sätt som när ansökan om konkurs har gjorts av en borgenär och den inte har medgivits av gäldenären. Det skulle kunna ge ett processuellt utrymme för en foruminvändning från en berörd part. Det innebär dock också att prövningen av konkursansökan senareläggs, vilket strider mot de ovan redovisade intressena av ett snabbt förfarande.

Ett sätt att komma runt detta kan vara att dela upp prövningen av konkursansökan i två delar. Den första delen kan vara ett slags preliminärt beslut gällande gäldenärens konkurs baserat på gäldenärens insolvens och domsrätt. Det beslutet kan fattas snabbt och ges rättsverkningar exempelvis gällande vilka fordringar som omfattas av konkursern, återvinning, med mera. Därefter skulle ett slutligt beslut om att inleda konkursern kunna fattas i samband med en förhandling. Det finns visserligen en risk för att konkursansökan kan komma att avvisas i detta senare skede om det visar sig att svensk domstol inte var behörig, men det kan å andra sidan vara bättre att det sker i det läget än att det krävs ett överklagande så som gäller idag.

Det finns säkerligen bättre lösningar som ger domstolen ett processuellt utrymme att pröva domsrätten. Jag vill endast peka på att möjligheten finns att anpassa det svenska regelverket utan att nationellt prioriterade intressen nödvändigtvis måste skadas för det. Om det är möjligt att ändra det svenska regelverket med hänsyn taget till svenska prioriterade intressen är det knappast rimligt att kräva att de EU-rättsliga intressena ska ge vika.