FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT D. RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 16. oktober 2008 [1]

I — Indledning

1. Ikke alle skyldnere har en far som Goriot. Generøsitet og ædle sjæle er ikke det, der er mest af under de gældende markedsregler, idet handelsmændene mangler de fordele, som gjorde det muligt for Delphine og Anastasie, ulykkelige og forfængelige døtre, at leve og forgælde sig umådeholdent på bekostning af deres hengivne far, som døde i total ruin, mens han velsignede sine børn [2].

2. En virksomheds insolvens er ingen menneskelig komedie, men den fortvivlede adfærd, som udvises af dem, der ikke kan klare deres betaling, går tilbage til menneskehedens oprindelse. Lovgivningen søger at bekæmpe de kneb, som skyldnere, der har undladt at opfylde deres betalingsforpligtelser og er kommet i vanskeligheder, kan finde på, selv om den undertiden, når dens bestemmelser implementeres, støder ind i vanskeligheder som dem, Bundesgerichtshof (den tyske højesteret) har konstateret ved behandlingen af denne sag.

3. I denne sammenhæng har Bundesgerichtshof i medfør af artikel 234 EF forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkning af artikel 3, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1346/2000 om konkurs [3] og artikel 2, stk. 1 og 2, i forordning (EF) nr. 44/2001 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område [4].

4. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om en sag vedrørende omstødelse i konkurs er omfattet af forordning nr. 1346/2000 eller forordning nr. 44/2001, med henblik på at fastslå, hvilken retsinstans der er kompetent til at afgøre en grænseoverskridende tvist.

1 — Originalsprog: spansk.
2 — H. de Balzac, Far Goriot, oversat af E. Juncker, Gyldendal, 1966.
3 — Rådets forordning (EF) af 29.5.2000 (EFT L 160, s. 1).
4 — Rådets forordning (EF) af 22.12.2000 (EFT 2001 L 12, s. 1).

5. Sager vedrørende omstødelse i konkurs har sine rødder i actio pauliana, en civilretlig beskyttelsesmekanisme, som beskytter en kreditor mod formuedispositioner, som hans skyldnere svigagtigt har foretaget. Det er således nødvendigt indgående at analysere udviklingen og det nuværende udviklingstrin og foretage en fortolkning af de nævnte forordninger, som kan føre til den korrekte retsinstans.

II — Sagens faktiske omstændigheder

6. Frick Teppichboden Supermärkte GmbH (herefter »skyldneren«) betalte 50 000 EUR til Deko Marty Belgium NV (herefter »sagsøgte«) den 14. marts 2002. Selv om sagsøgte er et selskab stiftet i henhold til belgisk ret med hjemsted i Belgien, blev beløbet overført til en bankkonto i sagsøgtes navn i KBC Bank i Düsseldorf, Tyskland.

7. Den følgende dag begærede skyldneren indledning af en insolvensbehandling ved Amtsgericht Marburg, som den 1. juni 2002 bestemte, at der skulle indledes insolvensbehandling, og at Christopher Seagon (herefter »sagsøgeren«) skulle udnævnes til kurator.

8. Sagsøgeren anlagde et omstødelsessøgsmål ved Landgericht Marburg med påstand om tilbagebetaling af de 50 000 EUR, der var betalt til sagsøgte.

9. Landgericht foretog særskilt behandling af sagens formalitet og afviste den fra realitetsbehandling, idet de tyske retsinstanser ikke kunne påkende sagen, da sagsøgte har hjemsted i en anden stat (Belgien), og forordning nr. 1346/2000 ikke finder anvendelse på sager om omstødelse i konkurs. Til prøvelse af denne afgørelse blev der i sidste instans iværksat appel ved Bundesgerichtshof.

III — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

1. Forordning nr. 1346/2000 om konkurs

10. Retstvisten drejer sig om fortolkningen af bestemmelserne om retternes internationale kompetence ifølge fællesskabsretten om insolvens. Det er imidlertid nødvendigt at vurdere den globale retlige sammenhæng, som vedrører lovkonflikterne i denne sag, og ligeledes undersøge reglerne om, hvilken lovgivning der finder anvendelse, og reglerne om anerkendelse af retsafgørelser.

11. Artikel 3, stk. 1 og 2, i forordning nr. 1346/2000 indeholder bestemmelserne om retternes kompetence vedrørende insolvensbehandlinger med fællesskabstilknytning.

»*Artikel 3*

International kompetence

1. Retterne i den medlemsstat, på hvis område centret for skyldnerens hovedinteresser befinder sig, har kompetence til at indlede insolvensbehandling. For selskabers og juridiske personers vedkommende anses det vedtægtsmæssige hjemsted for at være centret for skyldnerens hovedinteresser, medmindre andet godtgøres.

2. Befinder centret for skyldnerens hovedinteresser sig på en medlemsstats område, har retterne i en anden medlemsstat kun kompetence til at indlede insolvensbehandling mod denne skyldner, hvis han har et forretningssted på denne anden medlemsstats område. Denne insolvensbehandling kan kun omfatte den del af skyldnerens aktiver, som befinder sig på sidstnævnte medlemsstats område.

[…]«

12. Bestemmelserne om, hvilken lovgivning der finder anvendelse ifølge forordning nr. 1346/2000, er snævert forbundet med den ovenfor nævnte bestemmelse. Artikel 4, stk. 1, og artikel 4, stk. 2, litra m), foreskriver således:

»*Artikel 4*

Den lovgivning, der finder anvendelse

1. Medmindre andet er fastsat i denne forordning, er det konkurslovgivningen i den medlemsstat, på hvis område insolvensbehandlingen indledes, der gælder for insolvensbehandlingen og dens virkninger.

2. Lovgivningen i den medlemsstat, hvor insolvensbehandlingen indledes, er bestemmende for betingelserne for insolvensbehandlingens indledning og afslutning samt for dens forløb. Lovgivningen bestemmer navnlig:

[…]

m) reglerne for, at retshandler, som er til skade for alle kreditorerne, er ugyldige i sig selv, kan omstødes eller kan anfægtes.«

13. Hvad angår retshandler, som er til skade for alle kreditorerne, modulerer artikel 13 ordlyden af den i den foregående punkt nævnte bestemmelse.

»*Artikel 13*

Skadelige handlinger

Artikel 4, stk. 2, litra m), finder ikke anvendelse, når den, der har nydt godt af en handling, som er til skade for alle kreditorerne, kan godtgøre:

— at nævnte handling er undergivet lovgivningen i en anden medlemsstat end den, hvor insolvensbehandlingen er indledt, og

— at denne lovgivning i det pågældende tilfælde ikke åbner nogen mulighed for at anfægte denne handling.«

14. Forordning nr. 1346/2000 behandler området for anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i kapitel II. På dette område har artikel 16, stk. 1, og artikel 25, stk. 1 og 2, særlig relevans.

»*Artikel 16*

Princip

1. Enhver afgørelse om indledning af insolvensbehandling, der træffes af en ret i en medlemsstat, som har kompetence i henhold til artikel 3, anerkendes i alle de øvrige medlemsstater, så snart den får virkning i den medlemsstat, hvor insolvensbehandlingen er indledt.

[…]

Artikel 25

Anerkendelse af andre retsafgørelser og deres eksigibilitet

1. Retsafgørelser, som træffes af den ret, hvis afgørelse om indledning af insolvensbehandling anerkendes i overensstemmelse med

artikel 16, og som vedrører gennemførelsen og afslutningen af insolvensbehandlingen, samt en af denne ret stadfæstet tvangsakkord anerkendes umiddelbart. Sådanne afgørelser fuldbyrdes efter artikel 31-51 (bortset fra artikel 34, stk. 2) i Bruxelles-konventionen om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager, som ændret ved konventionerne om tiltrædelse af nævnte konvention.

Første afsnit gælder tilsvarende for retsafgørelser, der følger direkte af insolvensbehandlingen, og som træffes i snæver forbindelse hermed, også når de er truffet af en anden ret.

Første afsnit gælder tilsvarende for retsafgørelser om sikrende retsmidler, som er truffet efter begæringen om indledning af insolvensbehandling.

2. Den i stk. 1 omhandlede konvention gælder for anerkendelsen og fuldbyrdelsen af andre end de i stk. 1 omhandlede retsafgørelser, for så vidt som den finder anvendelse herpå.«

2. Forordning nr. 44/2001

15. De generelle bestemmelser om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser er indeholdt i forordning nr. 44/2001, hvis indhold giver fællesskabsform til den erstattede Bruxelleskonvention fra 1968. I dens første bestemmelse, hvor forordningens anvendelsesområde fastsættes, anføres:

»*Artikel 1*

1. Denne forordning finder anvendelse på det civil- og handelsretlige område, uanset domsmyndighedens art. Den omfatter i særdeleshed ikke spørgsmål vedrørende skat, told eller administrative anliggender.

2. Denne forordning finder ikke anvendelse på:

[…]

b) konkurs, akkord og andre lignende ordninger

[…]«

B — *Nationale bestemmelser*

16. I tysk konkurslovgivning findes foranstaltningerne til beskyttelse af aktivmassen i § 129 ff. i Insolvenzordnung (lov om insolvens) af 5. oktober 1994.

17. Den tyske lovgivning har imidlertid ingen særlige regler om retternes internationale kompetence i sager vedrørende omstødelse i konkurs. Ligesom det forholder sig med forordning nr. 1346/2000, indeholder Insolvenzordnung ikke i § 3 og § 102, hvor retternes internationale kompetence behandles, noget aspekt, som udtrykkeligt vedrører actio pauliana.

18. Trods lovens tavshed har Bundesgerichtshof i dom af 11. januar 1990 fastslået, at disse sager følger direkte af insolvensbehandlingen og er snævert forbundet med behandlingen af den [5]. Den nævnte afgørelse blev afsagt i en tvist om Forbundsrepublikkens retters kompetence i forbindelse med en insolvensbehandling med tilknytning til andre medlemsstater. Den tyske højesterets kvalifikation af omstødelse skete på baggrund af en undersøgelse af artikel 1 i Bruxelles-konventionen (i dag forordning nr. 44/2001), hvis ordlyd udelukkede konkurs. Retsinstansen fastslog, at konventionen ikke fandt anvendelse, da omstødelse faldt ind under »konkurs« og som følge heraf faldt uden for de deri fastsatte kompetencebestemmelser.

IV — De præjudicielle spørgsmål

19. Bundesgerichtshof har ved afgørelse af 21. juni 2007 i forlængelse af det af kuratoren, C. Seagon, anlagte søgsmål mod Deko Marty Belgium NV forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Har retterne i den medlemsstat, på hvis område insolvensbehandlingen af skyldnerens formue er blevet indledt, ifølge

5 — Bundesgerichtshofs dom af 11.1.1990 (IX ZR 27/89).

konkursforordningen international kompetence til at behandle en sag vedrørende omstødelse i konkurs, som anlægges mod en sagsøgt, der har sit vedtægtsmæssige hjemsted i en anden medlemsstat?

Såfremt spørgsmål 1 skal besvares benægtende:

2) Er en sag vedrørende omstødelse i konkurs omfattet af kompetenceforordningens artikel 1, stk. 2, litra b)?«

20. Sagsøgeren og sagsøgte i hovedsagen, den græske og tjekkiske regering samt Kommissionen har indgivet indlæg inden for den i artikel 23 i EF-statutten for Domstolen fastsatte frist.

21. Under retsmødet den 11. september 2008 blev der givet møde og afgivet mundtlige indlæg af repræsentanten for C. Seagon samt af de befuldmægtigede for den græske regering og Kommissionen.

V — Det første præjudicielle spørgsmål

22. Den forelæggende ret har forelagt Domstolen et spørgsmål, der kræver en forudgående begrebsmæssig analyse. Grundlæggende drejer det sig om at afgøre, om et civilt søgsmål, i denne sag et omstødelsessøgsmål i konkurs, er omfattet af insolvensbehandling på grund af dets forbindelse med konkursen. Jeg skal indledningsvis lægge særlig vægt på det omhandlede søgsmål og undersøge dets tilblivelse og efterfølgende udvikling.

A — *Sager om omstødelse i konkurs i Fællesskabets lovkonfliktbestemmelser*

1. Oprindelse og udvikling af omstødelsessøgsmål i konkursretten

23. Kreditorers beskyttelse mod skyldneres ubillige manøvrer er blevet forbedret betydeligt i tidens løb. Romerretten virkeliggjorde de første retlige arbejder vedrørende denne bekymring, selv om begyndelsesstadiet ikke

var kendetegnet ved at være en model for mådehold og rimelighed [6].

24. *Actio per manus injectio*, som er det første udtryk for en sag vedrørende omstødelse, var et instrument, som gav kreditor ret til at sælge skyldneren som slave, endog sammen med hans familie, eller myrde ham, hvis fordringen blev bevist ved dom eller tilståelse [7]. De 12 tavlers lov ratificerede i tavle 3 med største tydelighed det romerske processystems hårdhed, idet kapitlet om fordringer afsluttedes med den berømte maksime *adversus hostem aeterna auctoritas esto* (derfor evig autoritet over fjenden) [8].

25. I perioden 150-125 f.Kr. bidrog en prætor ved navn Paulus, som man ikke ved ret meget om [9], til at overvinde de oprindelige civile retssagers formalisme ved at formulere en idé af personlig og skønsmæssig karakter, som gjorde det muligt for kreditoren at ophæve de retshandler, som skyldneren havde begået for at besvige ham [10]. Flere århundreder senere stadfæstede Digester den mere sofistikerede version af *actio pauliana*, som resultat af dens fusion — i den klassiske udformning — med *interdictum fraudatorium* [11]. Fra dette tidspunkt opbygges *actio pauliana*, baseret på *alienatio* (afhændelse), *eventus fraudis* (skade), *fraus* (svig) *participatio fraudis* (kendskab til svig).

26. 2 000 år er tilstrækkeligt til, at retten og dens aktører kan gøre fremskridt. På grundlag af de romerske juristers åndskraft har actio pauliana bevaret de vigtigste identitetstræk intakte indtil vore dage. Trods forskellene mellem medlemsstaternes retssystemer er der en fælles genetisk kode for de løsninger, de

6 — Den spanske romanist Xavier D'Ors indledte et værk med at betegne omstødelse af svigagtige handlinger som et af de vanskeligste og mest kontroversielle punkter i hele romerretten (*El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*, Rom-Madrid, 1974, s. 1).

7 — *Manus injectio* behandledes således: Når der var gået 30 dage, efter at dommen var afsagt som en anerkendelsessag, uden at skyldneren havde betalt, bragte kreditoren skyldneren — om nødvendigt med magt — hen til dommeren og udtalte: »Da du er dømt til at betale mig titusind sestertier, og da du ikke har betalt, lægger jeg af den grund hånd på dig som dømt for titusind sestertier« (Gaius 4, 21).

8 — For nogle kommentatorer viser udtrykket, at der foreligger en regel om personlige fordringers ufortabelighed. For andre betyder henvisningen til »fjende« dem, der ikke nød romersk statsborgerskab, og mod hvem en kreditor kunne vende sig på et hvilket som helst tidspunkt. Uden at driste sig til at sige, hvad der var den korrekte fortolkning — for uforholdsmæssig eller for diskriminerende — fulgte romerretten en mere subtil kurs.

9 — Den mystiske prætor Paulus har givet anledning til en omfattende debat blandt romanister. Nogle mener, at det drejer sig om den retslærte Paulus, der var prætoriansk præfekt i år 222 f.Kr. Andre mener, at navnets udvikling skyldes en proces, der foregik i den byzantinske periode. Således berettes det af M. Planiol i *Traité élémentaire de droit civil*, 8. ed., Paris, LGDJ, 1920-1921, nr. 1413, og mere udførligt P. Collinet: »L'origine byzantine du nom de la Paulienne«, Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 43, 1919.

10 — J.A. Ankum: *De geschiedenis der »actio pauliana«*, Zwolle Tjeenk Willink, 1962, H. Coing: »Simulatio und Fraus in der Lehre des Bartolus und Baldus«, i *Festschrift P. Koschaker*, bind III, 1939, s. 402 ff., X. D'Ors, op.cit., s. 203, F. Gutiérrez: *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial Reus, Madrid, 1982, s. 25, og A. Torrent: *Manual de Derecho Privado Romano*, Librería General, Zaragoza, 1995, s. 381.

11 — Digester, 22. bog, bind I, 38.4: »Også frugterne af actio fabiana og pauliana skal genskabes, hvorved det ophæves, der er solgt som besvigelse af kreditorerne, idet prætoren griber ind for at alt er, som om intet var afhændet, hvilket er retfærdigt, da ordet »du tilbageleverer«, som prætoren anvender i dette edikt, har en tilstrækkelig bred betydning til at omfatte genskabelse af frugterne« (Paulus libro sexto ad Plautium).

foreslår over for formuedispositioner, der er svigagtige mod kreditor. Actio pauliana fungerer således i dag som en undtagelse fra princippet om kontrakters begrænsede virkning, idet reglen om, at den, der er kontrakten uvedkommende, ikke kan få gavn af den eller blive genstand for dens retlige følger, svækkes [12]. Flertallet af nationale lovgivninger anerkender, at essensen af actio pauliana ikke implicerer *erstatning* for, men *bevarelse* af kreditors ret over skyldnerens formue. Set ud fra et processynspunkt anlægges søgsmålet mod en erhvervende tredjemand, selv om man ofte stævner skyldneren, for at den afsagte dom kan håndhæves over for ham.

27. Actio paulianas udvikling på konkursområdet har gennemgået betydelige nuanceringer [13]. Det første brud forekommer i *nomen*, idet konkursretten brugte navnet »omstødelse« på institutionen [14]. Den væsentligste forskel mellem civil actio pauliana og omstødelse i konkurs ligger i deres virkninger, idet den almindelige ordning begrænser dem til individuelle sagsøgende kreditorer, mens konkursbestemmelserne udvider dem til den samlede masse og dermed til fordel for alle kreditorerne, et typisk træk omdannet til et generelt princip i konkursretten under den latinske maksime *par conditio creditorum* [15].

28. I visse nationale retssystemer, som f.eks. det franske, udstrækkes sondringen mellem den civile og konkursmæssige institution også til ugyldighedsordningen, idet kurator for konkursen kan få bestemte retshandler erklæret ugyldige, noget, som i den almindelige omstødelsesordning (actio pauliana) er begrænset til annullation [16]. Sidstnævnte særtræk findes også i det britiske retssystem, hvor dispositioner erklæres absolut ugyldige, om end afhængigt af, hvilken begrundelse der berettiger dem [17]. Det skal desuden påpeges, at konkursområdet har fjernet sig fra actio paulianas subjektive element, hvorved sagsøgeren skulle bevise skyldnerens svigagtige forsæt. I modsætning til det civile homologe forhold plejer bestemmelserne om omstødelse i konkurs at indføre formodninger om en sådan vildledning og vender således bevisbyrden om [18].

12 — Et princip, som den latinske maksime definerer som *res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest*.

13 — J.J. Forner Delaygua (ed.): *La protección del crédito en Europa: la acción pauliana,* Bosch, Barcelona, 2000, foretager en sammenlignende analyse af actio pauliana, på det civile plan og konkursplanet.

14 — Også betegnet som »ophævelsessøgsmål«, som omfatter andre særlige handlinger med henblik på reintegration af aktivmassen.

15 — Princippet har forskellige betegnelser og forskellige begreber, jf. E. Beltrán, »Artículo 49«, i A. Rojo og E. Beltrán: *Comentario a la Ley Concursal*, Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2004, s. 990: kreditorernes ligebehandling, tabsfællesskab, konkurs og proportionalitet. I tysk ret M. Balz og H.-G. Landfermann: *Die neuen Insolvenzgesetze*, 2ª ed., Düsseldorf, 1999.

16 — I fransk ret F. Terré, P. Simler og Y. Lequette: *Droit Civil. Les obligations*, Ed. Dalloz, 7ª ed., París, 1999, s. 969 og 970.

17 — R. Goode: *Principles of Corporate Insolvency Law*, Ed. Sweet & Maxwell, London, 2005, s. 411-413.

18 — I italiensk lovgivning ændrede kongeligt dekret nr. 267/1942 artikel 708 ff. i handelsloven fra 1885 med henblik på at fjerne subjektive krav i konkurser. Spansk lovgivning har ligeledes afstået fra at kræve bevis for svig i artikel 71 i konkurslov nr. 22/2003 af 9.7.2003.

29. Endnu et eksempel på omstødelsessagers selvstændighed i forhold til almindelig actio pauliana er sidstnævntes subsidiære karakter, idet kurator kun kan indlede et civilt søgsmål, når de i konkursretten fastsatte betingelser for at støtte sig på omstødelse ikke er til stede (sædvanligvis de i insolvenslovgivningen fastsatte forældelsesfrister) [19].

2. Sager vedrørende omstødelse i konkurs og fællesskabsbestemmelserne om retternes internationale kompetence

30. Afledt fællesskabsret og Domstolens praksis har beskæftiget sig med civil actio pauliana og konkurssøgsmål, og det er konstateret, at adskillelsen mellem søgsmål, der er omhandlet i den almindelige obligationsret, og insolvensområdets særlige udformning har slået rod i Unionen, hvilket er særlig vigtigt i forbindelse med lovkonfliktreglerne, da kvalifikationen i den ene eller den anden retning fører til forskellige resultater.

31. I Reichert-sagen [20] behandlede Domstolen et fortolkningsproblem og drøftede, om actio pauliana var undergivet det forum, som den tidligere Bruxelles-konvention (i dag forordning nr. 44/2001) angav i en sag om obligationsrettigheder eller en sag om tinglige rettigheder. Retssagen førtes mellem ægteparret Reichert og Dresdner Bank om en svigagtig overdragelse ved gave af en fast ejendom i Frankrig til ægtefællernes søn. Dresdner Bank førte et almindeligt omstødelsessøgsmål (actio pauliana) mod ægtefællerne Reichert ved domstole i Den Franske Republik, hvor ejendommen var beliggende, og den anvendte således *locus rei sitae*. Da den franske rets kompetence var anfægtet, forelagde tribunal de grande instance de Grasse Domstolen et præjudicielt spørgsmål om anvendelsen af Bruxelles-konventionen på et almindeligt civilt omstødelsessøgsmål.

32. Domstolen undersøgte kvalificationen af søgsmålet og fandt, at det drejede sig om en obligationsrettighed og ikke en tinglig rettighed, hvorfor den ikke henviste til kompetencen i henhold til *locus rei sitae*. Dommen undersøgte actio paulianas karakter i fransk ret og fastslog, at under et almindeligt omstødelsessøgsmål, den såkaldte actio pauliana, »hviler proceskravet på en fordringsret, nemlig kreditors krav på sin skyldner, og søgsmålet har til formål at sikre kreditors adgang til at søge fyldestgørelse i debitors formue. Såfremt kreditor får medhold i søgsmålet, kan den disposition, debitor har truffet til skade for kreditors rettigheder, ikke gøres gældende over for denne kreditor« [21]. Selv om Domstolen ikke fastslog det udtrykkeligt, fremgår det af

19 — I det franske system skal fremhæves kassationsdomstolens (chambre mercantile) dom af 8.10.1996. Samme løsning findes i spansk ret, hvor actio pauliana ifølge doktrinen er subsidiær i forhold til omstødelse i konkurs. Jf. F. León: »Artículo 71. Acciones de reintegración«, i A. Rojo og E. Beltrán, op.cit., s. 1319 og 1320.

20 — Dom af 10.1.1990, sag C-115/88, Reichert y Kockler, Sml. I, s. 27.

21 — A.st., præmis 12.

afgørelsen, at domstolene i det land, hvor sagsøgte havde hjemsted, var kompetente [22].

33. Efter behandlingen af dette søgsmål i det civilretlige aspekt har begivenhederne ændret sig betydeligt ved mødet med omstødelse i konkurs. Endnu en gang lettede bestemmelserne i Bruxelles-konventionen fra 1968 opgaven for Domstolen i Gourdain-sagen [23] med at definere denne type søgsmål, hvor anvendelsen af Bruxelles-konventionen afvistes, når søgsmålet har forbindelse med en konkursbehandling eller betalingsstandsning.

34. Som bekendt udelukkede den daværende artikel 1, stk. 2, nr. 2, i Bruxelles-konventionen ligesom den gældende artikel 1, stk. 2, litra b), i forordning nr. 44/2001 fra sit anvendelsesområde bestemte emner som »konkurs, akkord og andre lignende ordninger«. Gourdain-dommen fastslog, at sager vedrørende konkursbehandling var omfattet af sådanne »lignende ordninger«, men gjorde det betinget af, at de nævnte søgsmål »direkte udspringer af konkursen og er afsagt i snæver forbindelse med en sag om konkurs, akkord og andre lignende ordninger i den anførte forstand« [24].

35. Mens Domstolen således har undersøgt den civile actio pauliana i Bruxelles-konventionens sammenhæng, har den undladt at behandle sager vedrørende omstødelse i konkurs, fordi den fandt, at ordlyden af artikel 1, stk. 2, nr. 2, udelukkede dem fra dens lovkonfliktregler.

36. Jeg understreger, at Gourdain-dommen baserede denne udelukkelse på en *direkte forbindelse* mellem søgsmålet og insolvensbehandlingen [25]. Domstolens afgørelse foreslår imidlertid ikke et selvstændigt fællesskabsbegreb for omstødelsessøgsmål. Den foretrækker derimod at fastlægge nogle generelle kriterier, denne gang på fællesskabsplan, for i sidste instans at anvende dem på sager, der omhandles i de nationale lovgivninger [26]. En lignende metode førte Domstolen til at anerkende en forbindelse mellem konkurs og søgsmål i fransk ret (hvilket der var sat spørgsmålstegn ved i hovedsagen i afgørelsen), hvorved den henviste til flere argumenter. For det første, at søgsmål ifølge den franske lovgivning, som fandt anvendelse i hovedsagen, kun anlægges ved den ret, som afsiger konkursdekretet; for det andet, at kun en kurator eller retten (af egen drift) kan

22 — Et standpunkt, der blev gentaget i dom af 26.3.1992, sag C-261/90, Reichert og Kockler, Sml. I, s. 2149. A. Borrás har i Revista Jurídica de Catalunya, 1990, s. 1133 ff., og 1992, s. 2149 kommenteret begge domme. Ligeledes J.J. Forner Delaygua i »La acción pauliana ante el TJCE«, *Revista de Instituciones Europeas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, s. 635-637.

23 — Dom af 22.2.1979, sag 133/78, Gourdain, Sml. s. 733.

24 — A.st., præmis 4.

25 — N. Bermejo Gutiérrez og E. Rodríguez Pineau: »Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal«, *Indret*, nr. 4, 2006, s. 22 og 23, og L. Enriques og M. Gelter: »Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection«, *European Business Organization Law Review*, nr. 7, 2006, s. 440.

26 — Hvilket har resulteret i en »national« anvendelse af retspraksis i Gourdain-sagen, tilpasset hver enkel sag vedrørende omstødelse i konkurs, som det fremgår af afgørelser blandt mange andre fra domstolen i Bari (Italien), af 27.1.2004, RDIPP, 2004, s. 1386-1390, fra Arrondissementsrechtbank Leeuwarden af 31.5.1979, fra la High Court, Chancery Division (Manchester) af 5.5.2005, ILP, 2005-9, s. 552 ff., og fra kassationsdomstolen (chambre commercial), af 24.5.2005, RCDIP, vol. 94, 2005, s. 489 ff. Jf. N. Bermejo Gutiérrez og E. Rodríguez Pineau, s. 22 og 23.

anlægge søgsmålet; for det tredje, at søgsmålet anlægges på boets vegne og i dets interesse; og for det fjerde, at der i konkursbestemmelserne er fastsat en anden forældelsesfrist [27].

37. Inden for den afledte ret fik sager vedrørende omstødelse i konkurs ikke samme opmærksomhed. Konkursforordning nr. 1346/2000 synes ganske vist tvetydig på dette punkt, hvilket jeg kommer tilbage til senere.

38. Særlig omtale fortjener Bruxelles-konventionen fra 1995 om konkurs, hvis udkast blev udarbejdet i Det Europæiske Fællesskabs regi, men som ikke blev vedtaget, fordi ikke alle medlemsstaterne tilsluttede sig [28]. Selv om indholdet af det ikke-vedtagne instrument svarer til indholdet af forordning nr. 1346/2000, var dets bestemmelser ledsaget af en forklarende rapport, udarbejdet og forhandlet af medlemsstaterne [29]. Dette dokument blev udarbejdet af professor ved Universidad Autónoma de Madrid Miguel Virgós Soriano og den luxembourgske dommer Etienne Schmit, som begge deltog på lige fod i affattelsen af konventionen [30]. I punkt 77 i rapporten anfører forfatterne med autoritet, at selv om teksten ikke indeholdt en bestemmelse om *vis atractiva concursus*, var den kun delvis tavs om spørgsmålet. Med et bogstaveligt citat fra Gourdain-dommen understreger de, at der er et attraktionselement, når »søgsmål […] er en direkte følge af insolvensen og […] er snævert forbundne med insolvensbehandlingen«. Til sidst tilføjer de, at det er logisk, at »disse søgsmål, for at undgå urimelige lakuner mellem de to konventioner, nu henhører under konkurskonventionen og *dens kompetenceregler*« [31].

3. Sammenfatning

39. Reguleringen af insolvensbehandlinger har fjernet sig betydeligt fra de almindelige civilretlige dispositioner, i så høj grad, at den traditionelle actio pauliana er blevet omdannet til en anden mekanisme i medlemsstaternes konkursret. Domstolen udtalte sig om de to slags søgsmål i forbindelse med afgørelse af konflikter om fællesskabsjurisdiktion, idet de civile blev omfattet af Bruxelles-konventionens almindelige værneting (nu forordning nr. 44/2001), og sager vedrørende omstødelse i konkurs blev udelukket. Da bestemmelserne om retternes internationale kompetence ikke finder anven-

27 — Gourdain-dommen, præmis 5.

28 — Konventionen, der var åben for undertegnelse i Bruxelles den 22. november 1995, blev undertegnet den anførte dag af de befuldmægtigede for Belgien, Danmark, Tyskland, Grækenland, Spanien, Frankrig, Italien, Luxembourg, Østrig, Portugal, Finland og Sverige.

29 — Rådets dokument nr. 6500/1/96 REV1 DRS (CFC).

30 — Forfatterskabet til dette skrift forklarer, at det sædvanligvis betegnes »Virgós/Schmit-rapporten«.

31 — Min fremhævelse.

delse på konkurs eller »tilsvarende ordninger«, har Domstolen fastslået, at omstødelsessøgsmål, selv om de ikke har en selvstændig fællesskabsdefinition, udgør en del af de nævnte ordninger, når de er snævert forbundne med deres behandling. Denne forbindelse afgøres på grundlag af det enkelte søgsmåls karakter, således som det giver sig udslag i den nationale lovgivning.

40. Ovennævnte rammebestemmelse og retspraksis udgjorde gældende ret om insolvensbehandling før konkursforordning nr. 1346/2000. Jeg finder det uundgåeligt i det følgende at tage stilling til, om vedtagelsen af denne bestemmelse bekræfter eller ændrer disse betragtninger.

B — *Sager vedrørende omstødelse i konkurs og forordning nr. 1346/2000*

41. Det af Bundesgerichtshof stillede spørgsmål kan reduceres til et enkelt spørgsmål: Er sager vedrørende omstødelse i konkurs omfattet af artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1346/2000, som indeholder bestemmelser om retternes kompetence på insolvensområdet, selv om de ikke er udtrykkeligt nævnt?

42. I modsætning til det af sagsøgeren og sagsøgte hævdede mener jeg ikke, at der i den foreliggende sag er lakuner i fællesskabslovgivningen. Analogier kommer i spil, når lovgivningen ikke giver en løsning på et dilemma. Når der ikke findes en gældende bestemmelse, giver en analogi mulighed for at påberåbe sig en anden bestemmelse, som hviler på samme grundlag og vedrører samme emne [32], hvilket ikke er tilfældet i denne tvist, da der foreligger regler, der finder anvendelse (artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1346/2000), og andre bestemmelser i samme tekst, som hjælper med til at løse problemet.

43. Her viser der sig en fortolkningsmæssig vanskelighed, som kræver fortolkning af den nævnte artikel 3, stk. 1. Den forelæggende rets tvivl består heri. Der foreligger ikke en lakune, men et fortolkningsarbejde.

1. Forordning nr. 1346/2000 og dens lovkonfliktregler

44. Forordning nr. 1346/2000 indeholder tilsyneladende ikke bestemmelser om retternes kompetence til at anlægge sager

32 — Om begrebet lakune og anvendelsen af analogi i teorien om retlig argumentation jf. Ch. Perelman, (ed.): *Le problème des lacunes en droit*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1968, og L. Díez-Picazo: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1973, s. 280-283.

vedrørende omstødelse i konkurs, men dens artikel 3, stk. 1, indeholder et kriterium om almindelig kompetence baseret på jurisdiktionen i den medlemsstat, på hvis område centret for skyldnerens hovedinteresser befinder sig [33].

45. Dette kriterium kunne føre til et enkelt resultat, der støttes af et andet argument, som sagsøgte har anført. Artikel 18, stk. 2, i forordning nr. 1346/2000 giver med bestemmelsen om kurators beføjelser denne mulighed for at »tage skridt til omstødelse, når det er i kreditorernes interesse«, hvoraf det kan udledes, at fællesskabsretten, når den tillader kuratoren at tage sådanne skridt uden at fastsætte en regel om kompetence desangående, udelukker omstødelse fra forordningens anvendelsesområde. Et sådant argument vil betyde, at retternes internationale kompetence findes i forordning nr. 44/2001 eller i det selvstændige nationale system.

46. Trods logikken i sagsøgtes ovennævnte argument finder jeg sagsøgerens replik mere overbevisende, idet artikel 18, stk. 2, i forordning nr. 1346/2000 ved navns nævnelse nævner skridt til omstødelse til forskel fra artikel 3, stk. 1, men denne modsætningsslutning skal håndteres forsigtigt [34]. Som vidnesbyrd om den samme bekymring kan affattelsen af sjette betragtning til forordning nr. 1346/2000 tjene, idet den viser institutionernes usikkerhed vedrørende retternes kompetence og omstødelsessøgsmål i konkurs. Efter at have erindret om, at forordningens forskrifter tilstræber at opfylde proportionalitetsprincippet, tilføjes, at dens indhold bør »begrænses til bestemmelser om kompetence til indledning af insolvensbehandlinger og afgørelser, som følger direkte af insolvensbehandlingen, og som træffes i nær forbindelse hermed«. Hertil kommer, at det i betragtningen hedder, at forordningen går videre og også handler om »anerkendelse af sådanne afgørelser og den lovgivning, der finder anvendelse, og disse bestemmelser bør ligeledes være i overensstemmelse med ovennævnte princip«.

47. Rådets hensigt om at løse vanskelighederne i den foreliggende tvist fremgår klart og tydeligt, hvilket fører mig til at relativisere betydningen af artikel 18, stk. 2, ved fortolkningen af artikel 3, stk. 1.

33 — Reglen betyder ikke, at forordning nr. 1346/2000 har bekræftet princippet om *vis atractiva concursus*. Dette bekræftes i Virgós/Schmit-rapporten i punkt 77, hvor det er anført, at »[v]isse kontraherende staters nationale lovgivning indeholder en bestemmelse om »vis attractiva concursus«, i medfør af hvilken der tillægges den ret, der indleder insolvensbehandlingen, kompetence til at pådømme ikke blot den egentlige insolvensbehandling, men også alle søgsmål, der er afledt af insolvens. Skønt det er problematisk at overføre dette princip til et internationalt plan, indeholdt 1982-udkastet til EF-konvention i artikel 15 en regel, der […] tog udgangspunkt i »teorien om *vis attractiva*«. Denne artikel tillagde retten i den stat, hvor insolvensbehandlingen var indledt, kompetence til at pådømme en lang række søgsmål, der var affødt af insolvensen. Hverken bestemmelsen eller filosofien bag den er blevet indarbejdet i denne konvention«.

34 — Den af sagsøgte foreslåede fortolkning af artikel 18, stk. 2, kritiseres stærkt af K. Pannen (ed.) i *European Insolvency Regulation*, Ed. De Gruyter, Berlin, 2007, s. 125. Efter hans mening var forordningens forfattere fuldstændig på det rene med ulemperne i forbindelse med søgsmål, der var forbundet med insolvensbehandlingen.

48. En systematisk analyse af forordning nr. 1346/2000 ville snarere føre til et andet resultat end det af sagsøgte forfægtede [35], idet både artikel 4, stk. 2, litra m), og artikel 25, stk. 1, andet afsnit, indeholder en regel om, hvilken lovgivning der gælder, og om anerkendelse af retsafgørelser, når genstanden er en sag vedrørende omstødelse i konkurs. Det har særlig betydning, at dette aspekt er gentaget i artikel 25, stk. 1, andet afsnit, idet det ved henvisningen til bestemmelserne om anerkendelse og fuldbyrdelse i forordning nr. 44/2001 understreges, at denne henvisning »gælder tilsvarende for retsafgørelser, der følger direkte af insolvensbehandlingen, og som træffes i snæver forbindelse hermed, også når de er truffet af en anden ret«. En åbenbar henvisning til Gourdain-dommen, som styrker sagsøgerens standpunkt [36].

49. Forordning nr. 1346/2000 sondrer ikke mellem bestemmelser om retternes kompetence og bestemmelser om anerkendelse. De hænger i realiteten sammen, idet de retsafgørelser, der er undergivet anerkendelse i henhold til artikel 25, ligeledes afspejler de områder, som falder ind under kompetencen hos den ret, der behandler konkursen [37].

35 — Den græske og tjekkiske regering samt Kommissionen støtter sagsøgeren.

36 — Denne opfattelse deles af H.-C. Duursma-Kepplinger, D. Duursma, og E. Chalupsky i *Europäische Insolvenzverordnung*, Ed. Springer, Wien-New York, 2002, s. 441.

37 — Denne opfattelse er overbevisende gjort gældende af M. Virgós og F. Garcimartín i *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia,* Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2003, s. 66: »Det bemærkes, at konkursforordningen ikke sondrer mellem kompetencereglerne og reglerne for anerkendelse/fuldbyrdelse vedrørende deres materielle anvendelsesområde: De blev affattet som parallelle regler. Listen over afgørelser i artikel 25 tjener således til at præcisere, hvilke spørgsmål og tvister der falder ind under konkursrettens kompetence.«

50. På baggrund af ovenstående betragtninger ses Rådets ønske om at fastlægge procesreglerne for sager vedrørende omstødelse i konkurs med fællesskabsdimension. Gennemgangen af forordning nr. 1346/2000 viser, at tavsheden ikke er total, men kun delvis. Dette bidrager til det resultat, jeg foreslår Domstolen, men først må jeg opholde mig ved den rolle, som forordning nr. 44/2001 spiller.

2. Samlet fortolkning af forordning nr. 1346/2000 og nr. 44/2001

51. For at sikre, at artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1346/2000 giver konkursdomstolen en attraktiv kompetence, skal det fastslås, om forordning nr. 44/2001, ifølge Gourdain-dommen, udelukker sager vedrørende omstødelse i konkurs.

52. Sagsøgte har gjort gældende, at forordning nr. 1346/2000's ikrafttræden indebar en væsentlig ændring i den retlige sammenhæng, som ændrede den tidligere kommenterede affattelse af Gourdain-dommen, idet artikel 1, stk. 2, andet afsnit, i Bruxelles-konventionen fra 1968 fortolkedes bredt, da der ikke forelå flere forskellige fællesskabstekster med den

deraf følgende risiko for overlapning. Gourdain-dommen repræsenterede således det sidste led i en kæde, der som eneste vedhæng havde en på området isoleret tekst. Ifølge sagsøgte ville — ved vedtagelsen af forordning nr. 1346/2000 — nødvendigheden af at undgå lakuner i kompetencereglerne have forpligtet til en anden fortolkning af den nævnte bestemmelse, nu artikel 1, stk. 2, litra b), i forordning nr. 44/2001. Da der allerede foreligger en bestemmelse, som regulerer retternes kompetence på konkursområdet, bør den fortolkes snævert. Denne teori overlader det til den selvstændige nationale ordning, i dette tilfælde den tyske, at specificere retternes internationale kompetence.

53. Sagsøgtes opfattelse er dog ikke overbevisende, da den kun ville kunne antages, hvis artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1346/2000 virkelig havde afstået fra at fastlægge en rettesnor for retternes kompetence, når der var tale om sager vedrørende omstødelse i konkurs. I overensstemmelse med det af den tjekkiske regering anførte i dens skriftlige indlæg er der intet, der tyder på, at Fællesskabets insolvenslovgivning har været tavs desangående; endvidere styrker sameksistensen mellem de to forordninger princippet om, at der ikke er lakuner i lovgivningen, men ikke i den af sagsøgte fremførte betydning [38].

38 — Om princippet om, at der ikke er lakuner i lovgivningen, jf. s. Sánchez Lorenzo og J.C. Fernández Rozas: *Derecho Internacional Privado*, 3. ed., Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2004, s. 64-67, samt M. Virgós og F. Garcimartín, op.cit., s. 62 og 63.

54. Sammenhængen i fællesskabslovgivningen har to følger — for det første, at kompetencekriteriet, når de almindelige bestemmelser er tavse eller implicit eller eksplicit henviser til en anden bestemmelse, skal findes i særbestemmelser. For det andet, at da der foreligger fuldstændige europæiske bestemmelser, vil henvisninger til national ret være overflødige, ikke alene på grund af logikken i forbindelsen mellem forskriftsmæssige bestemmelser, men også på grund af effektiviteten af bestemmelserne om kompetence og anerkendelse af europæiske lovkonfliktregler [39].

55. Gourdain-dommen er således ved godt helbred og giver værdifulde retningslinjer for at afgøre den foreliggende tvist [40]. Vedtagelsen af forordning nr. 1346/2000 svækker ikke, men øger tværtimod nytten af denne retsafgørelse. Da der ikke er blevet indført en ensartet sag vedrørende omstødelse i fællesskabsretten, har søgsmålets art og dets efterfølgende forbindelse med konkursen særlig relevans [41]. Undersøgelsen af det tyske omstødelsessøgsmål giver således tilstrækkelige elementer til at anvende Gourdain-dommen og konstatere, om den ene eller den anden forordning ligger til grund for kompetencereglen [42].

39 — M. Virgós og F. Garcimartín, op.cit., s. 63, giver som eksempel de absurde følger af opfattelsen.

40 — Gourdain-dommen begrænser sig imidlertid ikke til sager vedrørende omstødelse i konkurs. I tvister mellem konkursadministrationen og skyldneren om, hvorvidt et aktiv hører til konkursmassen, i tvister angående konkursadministrationens beføjelser til at træffe afgørelse om opfyldelse af gældende kontraktforhold og i erstatningssøgsmål mod konkursadministratorerne opfyldes den af Domstolen stadfæstede kanon i Gourdain-sagen.

41 — I denne retning K. Pannen (ed.), op.cit., s. 122 og 123.

42 — A.st., s. 124.

56. § 129 ff. i Insolvenzordnung fra 1994 udstyrer det tyske omstødelsessøgsmål med bestemte træk. Det er udelukkende reguleret af konkursretten, og det må kun anlægges i forbindelse med en insolvens [43]; beføjelsen til at anlægge et sådant søgsmål har kun kurator, når det drejer sig om at forsvare kreditorernes og boets samlede interesser [44]. Da det drejer sig om at beskytte skyldnerens aktiver, påberåbes søgsmålet over for dispositioner, der ligger *forud* for indledningen af konkursen, hvormed der indføres en forældelsesfrist [45].

57. Det forhold, at der er tale om en kontradiktorisk og ikke kollektiv behandling som på konkursområdet, er ikke tilstrækkeligt til at godtgøre et brud mellem søgsmålet og konkursen [46]. Alt tyder på, at der er tale om et søgsmål, der er snævert forbundet med en insolvenserklæring, som kun kuratoren kan afsige, hvilket viser, at det uvægerligt er forbundet med konkursen.

58. På baggrund af den samlede fortolkning af forordning nr. 44/2001 og nr. 1346/2000, i skyggen af Gourdain-dommen, medgiver jeg, at sager vedrørende omstødelse i konkurs ikke findes i den almindelige fællesskabslovgivning om retternes kompetence. Forbindelsen ligger derfor i forordning nr. 1346/2000, nærmere bestemt i dens artikel 3, stk. 1. Denne opfattelse styrkes ligeledes ved en række vurderinger i tilknytning til den lovgivningspolitik, som ligger til grund for den europæiske insolvensret. Dette punkt beskæftiger jeg mig med i næste afsnit, men først skal jeg afslutte med en væsentlig nuancering af det ovenfor anførte.

43 — § 129 ff. i Insolvenzordnung.

44 — § 129, stk. 1, i Insolvenzordnung.

45 — § 130, 132 og 133 i Insolvenzordnung.

46 — Dette argument kan føre til sande tåbeligheder, eftersom konkursproceduren uden undtagelse skal overholde det kontradiktoriske princip som garanti for den grundlæggende ret til en effektiv retsbeskyttelse. Man kunne heroverfor gøre gældende, at en konkurssag er forskellig fra en almindelig civil sag, men en sådan indsigelse forekommer alt for formalistisk. En konkurs skal tage hensyn til alle former for retsbeskyttelse uden undtagelse fra konkursers universelle karakter som udformet af forordning nr. 1346/2000.

3. Formålene med omstødelsessøgsmål i konkurs og lovgivningspolitikken i forordning nr. 1346/2000

59. Til grund for Fællesskabets indgreb på konkursområdet ligger ønsket om effektivitet og retssikkerhed. For at undgå en uklar lovgivningsramme, som kan modvirke gennemførelsen af økonomiske operationer i Den Europæiske Union, indfører forordning nr. 1346/2000 klare retningslinjer, som skaber stabilitet og konsistens på så relevante områder som retternes kompetence, spørgsmålet om, hvilken lov der skal anvendes, og anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser. Der er andre fremskridt i afledt ret på dette område, alle med samme ambition, som

tilsammen udgør det europæiske konkursretssystem [47]. Kort sagt et korpus, som samstemmende deler bekymringen for sammenhængen i forbindelse med vedtagelsen af retsafgørelser [48].

60. Fjerde betragtning til forordning nr. 1346/2000 udtrykker denne bekymring ud fra lovkonfliktsynspunktet, idet det anføres, at »det er en forudsætning for et velfungerende indre marked, at parterne ikke tilskyndes til at overføre aktiver eller tvister fra én medlemsstat til en anden for at forbedre deres retsstilling (»forum shopping«)«. Med dette in mente valgte forordningen en universel international konkursmodel med udgangspunkt i en enhedsopfattelse for alle kollektive procedurer, uden for det område, hvor de er blevet indledt [49]. Det er let at se fordelene ved denne model, da den indebærer en forudseelig ordning, som fjerner tilskyndelsen til forum shopping og begrænser sagsomkostningerne [50]. Men universalismen har ulemper, navnlig den situation, som nogle lokale kreditorer efterlades i, især når de ligger langt fra behandlingsstedet og har færre midler end andre kreditorer til at føre sag i en medlemsstat, hvor de ikke har hjemsted. De globale fordele ved den universelle model taler imidlertid for sig selv, navnlig hvad angår den virkelige opgave i enhver konkurs, nemlig saneringen af en virksomhed og garantien for fordringen. Den klare nedsættelse af omkostningerne, som centraliseringen af alle procedurerne indebærer, udgør en afgørende spore i forbindelse med valget af en universel international konkurs, således som det generelt er gjort i forordning nr. 1346/2000 [51].

61. Den økonomiske betydning af at adskille sager vedrørende omstødelse i konkurs fra insolvensbehandlinger giver anledning til en

47 — Sammen med forordning nr. 1346/2000 udgøres dette system af direktiv 2001/17/EF af 19.3.2000 om sanering og likvidation af forsikringsselskaber, direktiv 98/26/EF af 19.5.1998 om endelig afregning i betalingssystemer og værdipapirafviklingssystemer, direktiv 2001/24/EF af 4.4.2001 om sanering og likvidation af kreditinstitutter og direktiv 2002/47/EF af 6.6.2002 om aftaler om finansiel sikkerhedsstillelse.

48 — Ottende betragtning til forordning nr. 1346/2000 understreger nødvendigheden af at »virkeliggøre målet at forbedre effektiviteten af insolvenbehandlinger med grænseoverskridende virkninger«. Et mål, som gentages i 16. betragtning.

49 — »Forum shopping« er dog ikke, således som forordningen synes at anføre, en helt ulovlig praksis. Fællesskabsretten bekæmper *opportunistisk og svigagtig* brug af beføjelserne til valg af forum, hvilket er meget forskelligt fra satanisering i sig selv af en praksis, som det undertiden er nødvendigt at fremme. I denne retning har jeg udtalt mig i mit forslag til afgørelse i dommen af 6.9.2005, sag C-1/04, Staubitz-Schreiber, punkt 70-77.

50 — J.L. Westbrook: »A Global Solution to Multinational Default«, *Michigan Law Review*, bind 98, 2000, s. 2313 ff., og i samme nummer A. Guzmán: »International Bankruptcy: in Defence of Universalism«, s. 2186 ff.

51 — Dom af 17.1.2006, sag C-1/04, Staubitz-Schreiber, Sml. s. 701, præmis 25 og 26, gentog denne opfattelse og udtalte i en tvist om den universelle karakter af bestemmelserne om retternes kompetence i forordning nr. 1346/2000, at forordningen tilsigter, »at sagens parter ikke tilskyndes til at overføre aktiver eller tvister fra én medlemsstat til en anden for at forbedre deres retsstilling. Dette formål ville ikke blive opfyldt, hvis skyldneren kunne flytte centret for sine hovedinteresser til en anden medlemsstat mellem fremsættelsen af begæringen om indledning af insolvensbehandlingen og afgørelsen om at indlede denne behandling og på denne måde afgøre, hvilken ret der er kompetent, og hvilken lovgivning der skal finde anvendelse. En sådan overførsel af kompetence ville tillige være i strid med det formål, som der henvises til i anden og ottende betragtning til forordning, om rationel, forbedret og effektiv afvikling af grænseoverskridende insolvensbehandlinger, for så vidt som den ville nødsage kreditorerne til stedse at retsforfølge skyldneren dér, hvor han fandt for godt mere eller mindre definitivt at slå sig ned, og ville i praksis ofte kunne resultere i en forlængelse af insolvensbehandlingen«.

vis usikkerhed. Ifølge den græske og tjekkiske regering [52] vil det universelle princip, som forordning nr. 1346/2000 forsvarer, blive væsentligt forstyrret, idet det vil forpligte kuratoren til at føre sag i forskellige medlemsstater på grund af kriterierne om retternes internationale kompetence, der er fastlagt i andre instrumenter end den nævnte retsakt. Det vil ligeledes tilskynde til retlige divergenser, samtidig med at nogle erhvervsdrivende vil undersøge, hvilke fora der er mest fordelagtige, hvilket forstyrrer en normal afvikling af konkurs [53]. Selv om det vil give de kreditorer, der har hjemsted i den medlemsstat, hvor kurator fører sagen, en vis fordel, må man ikke glemme den globale interesse, der beskyttes af konkursen, som ikke kun er de individuelle kreditorers, men også boets og passivernes [54].

62. Der er imidlertid situationer, hvor den universelle model er utilfredsstillende. Man kan f.eks. tænke på situationer med en forbindelse til tredjelande, hvor garantien for, at den dom, der er afsagt i den medlemsstat, hvor insolvensbehandlingen er indledt, anerkendes i en tredje stat, hvor skyldnerens aktiver befinder sig, reduceres. Endvidere nedsættes omkostningerne ikke altid i forbindelse med centralisering af konkurskompetencen, idet der er tilfælde, hvor det ville være mere fordelagtigt at afgøre søgsmål i den medlemsstat, hvor aktiverne befinder sig, og således ikke spilde tid eller penge på en anerkendelses- og fuldbyrdelsesprocedure.

63. Af alle de anførte grunde er det hensigtsmæssigt at nuancere forordning nr. 1346/2000's universalisme i forbindelse med omstødelse i konkurs.

4. Kompetencen ifølge forordning nr. 1346/2000: alternativ eller eksklusiv?

64. Fællesskabets insolvensbestemmelser indeholder forskellige regler om retternes kompetence. Bestemmelserne afspejler, at for indledning, afvikling og afslutning af insolvensbehandlingen såvel som for søgsmål, som udspringer direkte af insolvensbehandlingen, er der fastsat en *eksklusiv* kompetence. Sikrende forholdsregler er derimod omfattet af en kompetenceordning af *alternativ* karakter.

52 — Punkt IV, nr. 2 og 3, i den græske regerings indlæg, og punkt 4.2, nr. 16, i den tjekkiske regerings indlæg.

53 — Staubitz-Schreiber-dommen, præmis 28.

54 — Selv om der er modsatrettede opfattelser af konkurs — nogle afviklingsorienterede og andre bevarende — tilslutter jeg mig en del af doktrinen, som gør gældende, at de to synspunkter har en fællesnævner: »virkeliggørelse af et ideal om retfærdighed«, som foreslået af N. Bermejo Gutiérrez i *Créditos y quiebra,* Ed. Civitas, Madrid, 2002, s. 467 og 468.

65. På grund af de særlige forhold i forbindelse med sager vedrørende omstødelse i konkurs er det nødvendigt, at retternes kompetence til at afgøre dem ikke altid er eksklusiv. Som nogle forfattere har påpeget, drejer det sig om en *relativt eksklusiv* kompetence, der skal forstås som et privilegium for kurator [55]. Jeg er enig med dem, der hævder, at kurators anlæg af sager vedrørende omstødelse i konkurs udgør en særlig ret til at handle. Det tilkommer således kun kurator at styre insolvensbehandlingen mest hensigtsmæssigt og til forsvar for boet.

66. Denne forklaring er støttet på artikel 18, stk. 2, i forordning nr. 1346/2000, hvori det hedder, at en kurator »*i enhver anden medlemsstat* indenretsligt og udenretsligt [kan] gøre gældende, at løsøregenstande er blevet overført fra den medlemsstat, hvor insolvensbehandlingen er indledt, til denne anden medlemsstats område efter indledningen af insolvensbehandlingen« [56]. Umiddelbart derefter tillader bestemmelsen ham at »tage skridt til omstødelse, når det er i kreditorernes interesse«, idet det logisk set forudsættes, at et sådant skridt kan tages »i enhver anden medlemsstat«, som det påpeges i samme bestemmelses stk. 1 [57].

67. Samme opfattelse følger af artikel 25, stk. 1, andet afsnit, i forordning nr. 1346/2000. I forbindelse med bestemmelserne om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser godkendes en forpligtelse til anerkendelse af »retsafgørelser, der følger direkte af insolvensbehandlingen, og som træffes i snæver forbindelse hermed, også når de er truffet af en anden ret«. Forordningen anerkender således, at retsafgørelser, der er truffet som følge af sager vedrørende omstødelse i konkurs, afsiges af konkursretten eller en anden ret, uanset om den er beliggende i det land, hvor insolvensbehandlingen er indledt, eller i en anden medlemsstat.

68. Denne særlige ret for en kurator hænger sammen med de opgaver, han varetager i insolvensbehandlingen. Artikel 2, litra b), i forordning nr. 1346/2000 definerer ham som en person eller et organ, som har til opgave at »forvalte eller realisere massen eller at føre tilsyn med forvaltningen af skyldnerens forretninger«. En kurators beføjelser og forpligtelser varierer i medlemsstaterne, men er almindeligvis kendetegnet ved at monopolisere de vigtigste sager i en konkursbehandling. Kuratoren er garant for massen, for *par conditio creditorum*, samt drivkraft for akkorder og planer om sanering, som gør det lettere for virksomheden at overvinde krisen. På linje med de strategiske beslutninger, han skal træffe, skal han vælge mellem forskellige fora, når han tager skridt til at beskytte boet.

55 — M. Virgós og F. Garcimartín, op.cit., s. 69-71.
56 — Min fremhævelse.
57 — K. Pannen, op.cit., s. 329 og 330, samt Virgós/Schmit-rapporten, punkt 167 ff.

C — *Følgeslutning*

69. På baggrund af det ovenstående mener jeg, at retten i den medlemsstat, som gennemfører insolvensbehandlingen, ifølge artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1346/2000 er kompetent til at behandle en sag vedrørende omstødelse i konkurs, som anlægges mod en sagsøgt, der har sit vedtægtsmæssige hjemsted i en anden medlemsstat. Da der er tale om en relativt eksklusiv kompetence, tilkommer det kuratoren at vælge det forum, som på grund af forbindelsen til den anfægtede disposition bedst kan beskytte boet.

VI — Det andet præjudicielle spørgsmål

70. Det andet spørgsmål fra den forelæggende ret er betinget af, at Domstolen besvarer det første præjudicielle spørgsmål benægtende, hvorfor det ifølge den besvarelse, jeg foreslår på det første spørgsmål, ikke er fornødent at undersøge det andet spørgsmål.

71. Såfremt Domstolen imidlertid beslutter ikke at følge mit forslag, vil princippet om, at der ikke er lakuner mellem forordning nr. 44/2001 og forordning nr. 1346/2000, skulle anvendes. I medfør af det nævnte princip og sammenhængen i fællesskabsretten vil de gældende kompetenceregler vedrørende sager om omstødelse i konkurs med fællesskabsforbindelse indgå i de nævnte instrumenter. Såfremt Domstolen finder, at artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1346/2000 ikke omfatter denne type søgsmål, finder forordning nr. 44/2001 og dens bestemmelser om retternes internationale kompetence anvendelse.

72. En sådan løsning er ikke den mest ønskværdige, da den vil være ensbetydende med, at Gourdain-dommen anses for forældet efter vedtagelsen af forordning nr. 1346/2000. I så fald bør Domstolen forelægge en sammenhængende og fuldstændig retspraksis, der giver et overbevisende alternativ til retspraksis i den nævnte sag [58].

73. Den anden mulighed — at delegere kriterierne for retternes internationale kompetence ud til de nationale lovkonfliktregler — vil være i strid med den effektive virkning, som begge forordninger forfølger, jf. min redegørelse i punkt 53 i dette forslag til afgørelse.

58 — Det er overflødigt at tilføje, at, hvis der eventuelt skal foretages en *overruling* af retspraksis i Gourdain-sagen, bør dommerkollegiet, som pådømmer denne sag, ganske logisk være Store Afdeling.

74. Under hensyntagen til de fatale følger af en negativ besvarelse af det første præjudicielle spørgsmål styrkes mit forslag, som om der var tale om en *reductio ad absurdum*. Jeg er derfor tilbøjelig til endnu klarere at understrege de argumenter, jeg har fremført vedrørende den forelæggende rets første spørgsmål.

VII — Forslag til afgørelse

75. I lyset af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Bundesgerichtshof, således:

»Artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1346/2000 bør fortolkes således, at retten i den medlemsstat, som gennemfører en insolvensbehandling, er kompetent til at behandle en sag vedrørende omstødelse i konkurs, som anlægges mod en sagsøgt, der har sit vedtægtsmæssige hjemsted i en anden medlemsstat.«