FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 16 oktober 2008 [1]

I — Inledning

1. Det är inte alla gäldenärer som har en pappa som Goriot. Generositeten och de storsinta själarna frodas inte direkt i marknadens rike och dagens affärsmän saknar de förmåner som gjorde att de otacksamma och högfärdiga döttrarna Delphine och Anastasie kunde leva och skuldsätta sig upp över öronen på bekostnad av sin hängivne far, som dog fullständigt utblottad men trots det lovprisade sina barn. [2]

2. Ett företags insolvens är inte någon mänsklig komedi och under hela människans historia har de som inte kunnat betala sina skulder förtvivlat försökt att hitta olika utvägar. Juridiken försöker bekämpa olika trick från skuldsatta som hamnat i trångmål, men ibland uppstår problem när bestämmelserna ska tillämpas, vilket drabbat Bundesgerichtshof (Tysklands högsta domstol) i förevarande mål.

3. Den tyska domstolen har därför med stöd av artikel 234 EG ställt två frågor till EG-domstolen avseende tolkningen av artikel 3.1 i förordning (EG) nr 1346/2000 om insolvensförfaranden [3] och artikel 2.1 och 2.2 i förordning (EG) nr 44/2001 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område. [4]

4. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i om en återvinningstalan omfattas av bestämmelserna i förordning nr 1346/2000 eller av dem i förordning nr 44/2001, för att kunna fastställa vilken domstol som är lämpad att avgöra en gränsöverskridande tvist.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — H. de Balzac, Papá Goriot, La comedia humana, Ed. EDAF, Madrid, 1972, volym I, s. 993 och följande sidor.

3 — Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 (EGT L 160, s. 1).

4 — Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 (EGT L 12, 2001, s.1).

5. Återvinningstalan har sina rötter i taleformen *actio pauliana*, en civilrättslig mekanism som skyddar borgenärer från bedrägliga transaktioner från gäldenärernas sida. Det krävs således en ingående granskning av dessa båda taleformers utveckling och nuvarande tillstånd och en tolkning av de ovannämnda förordningarna för att avgöra vilken domstol som är behörig.

II — De faktiska omständigheterna

6. Frick Teppichboden Supermärkte GmbH (nedan kallad gäldenären) betalade 50 000 euro till Deko Marty Belgium NV (nedan kallad motparten) den14 mars 2002. Motparten är ett belgiskt bolag med säte i Belgien, men beloppet sattes in på ett konto tillhörande bolaget i KBC Bank i Düsseldorf, Tyskland.

7. Dagen därpå begärde gäldenären att ett insolvensförfarande skulle inledas vid Amtsgericht Marburg och denna begäran bifölls den 1 juni samma år. I beslutet att inleda förfarandet utsågs Christopher Seagon (nedan kallad klaganden) till konkursförvaltare.

8. Klaganden väckte återvinningstalan vid Landgericht Marburg och yrkade att de 50 000 euro som motparten hade erhållit skulle återbetalas.

9. Landgericht behandlade klagandens återvinningstalan separat och fann att den inte kunde tas upp till prövning av tysk domstol, eftersom motparten hade sitt säte i en annan stat (Belgien) och förordning nr 1346/2000 inte är tillämplig på återvinningsförfaranden. Klaganden överklagade detta beslut upp till Bundesgerichtshof, som är högsta instans.

III — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

1. Förordning nr 1346/2000 om insolvensförfaranden

10. Tvisten handlar om hur reglerna om domstols internationella behörighet i gemenskapsrättens insolvenslagstiftning ska tolkas. Det är emellertid lämpligt att sätta in lagkonflikterna inom detta område i ett bredare

juridiskt perspektiv och även granska bestämmelserna om tillämplig lag och om erkännande av beslut.

11. Artikel 3.1 och 3.2 i förordning nr 1346/2000 innehåller regler om domstols behörighet vid insolvensförfaranden med gemenskapsanknytning.

”*Artikel 3*

Internationell behörighet

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

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

… ”

12. Bestämmelserna om tillämplig lag i förordning nr 1346/2000 har nära anknytning till ovan citerade bestämmelser. I artikel 4.1 och 4.2 m föreskrivs följande:

”*Artikel 4*

Tillämplig lag

1. Om inte annat föreskrivs i denna förordning skall lagen i den medlemsstat inom vars territorium insolvensförfarandet inleds, ne dan kallad inledningsstaten, vara tillämplig på insolvensförfarandet och dess verkningar.

2. Lagen i inledningsstaten skall bestämma förutsättningarna för att inleda ett förfarande, samt för att genomföra och slutföra det. Denna lag skall under alla förhållanden bestämma

…

m) vilka återvinningsbestämmelser eller liknande bestämmelser som är tillämpliga.”

13. När det gäller återvinningsgrundande handlingar modifieras i artikel 13 ovan citerade bestämmelse.

”*Artikel 13*

Handlingar som kan återvinnas

Artikel 4.2 m skall inte tillämpas om den som haft vinning av en återvinningsgrundande handling visar att

— handlingen omfattas av lagen i en annan medlemsstat än inledningsstaten och

— den lagen i det föreliggande fallet inte tillåter att handlingen angrips på något sätt.”

14. I kapitel II i förordning nr 1346/2000 behandlas erkännande och verkställighet av beslut. I det aktuella målet är artiklarna 16.1, 25.1 och 25.2 av särskilt stor betydelse.

”*Artikel 16*

Utgångspunkt

1. Beslut om att inleda ett insolvensförfarande fattat av en domstol i en medlemsstat, som har behörighet enligt artikel 3, skall från den tidpunkt det har verkan i inledningsstaten erkännas i alla andra medlemsstater.

…

Artikel 25

Erkännande och verkställighet av andra beslut

1. Beslut som rör ett insolvensförfarandes genomförande och slutförande, samt ackord, och som fattats av en domstol, vars beslut om att inleda förfarandet erkänns i enlighet med artikel 16, skall erkännas utan krav på

ytterligare formaliteter. Sådana beslut skall verkställas i enlighet med artiklarna 31–51, med undantag för artikel 34.2, i Brysselkonventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, ändrad genom konventionerna om tillträde till den konventionen.

Första stycket skall även gälla beslut som är direkt hänförliga till insolvensförfarandet och har nära samband härmed, även om de fattats av en annan domstol.

Första stycket skall även gälla beslut som rör säkerhetsåtgärder som fattats efter det att en begäran om att ett insolvensförfarande skall inledas har framställts.

2. Andra beslut än de som avses i punkt 1 skall erkännas och verkställas i enlighet med den konvention som avses i första stycket, i den mån den är tillämplig."

2. Förordning nr 44/2001

15. De allmänna bestämmelserna om domstols behörighet samt erkännande och verkställighet av domstolsbeslut finns i ovannämnda förordning nr 44/2001, vars innehåll ger gemenskapsrättslig form åt den ersatta Brysselkonventionen från år 1968. Artikel 1, som behandlar förordningens tillämpningsområde, har följande lydelse:

"Artikel 1

1. Denna förordning är tillämplig på privaträttens område, oberoende av vilket slag av domstol det är fråga om. Den omfattar i synnerhet inte skattefrågor, tullfrågor och förvaltningsrättsliga frågor.

2. Förordningen är inte tillämplig på

…

b) konkurs, ackord och liknande förfaranden,

…”

B — *Tillämpliga tyska bestämmelser*

16. I den tyska konkurslagstiftningen finns bestämmelser om åtgärder för att skydda konkursboets tillgångar i 129 § och efterföljande paragrafer i Insolvenzordnung (konkurslagen) av den 5 oktober 1994.

17. I tysk lag finns emellertid inga specifika regler om domstols internationella behörighet vid återvinningstalan. I likhet med förordning nr 1346/2000 innehåller inte 3 § och 102 § i Insolvenzordnung några uttryckliga bestämmelser om domstols internationella behörighet vid *actio pauliana*.

18. Trots avsaknaden av bestämmelser i tysk lag fastställde Bundesgerichtshof i dom av den 11 januari 1990 att en sådan talan är hänförlig till konkursförfarandet och har nära samband därmed. [5] Målet rörde en tvist om tysk domstols behörighet i ett konkursförfarande med anknytning till andra medlemsstater. Den tyska högsta domstolen gjorde sin bedömning av återvinningstalan efter att ha analyserat artikel 1 i den nämnda Brysselkonventionen (nu förordning nr 44/2001), vilken inte innehöll några uttryckliga bestämmelser om konkurser. Domstolen fann att konventionen inte var tillämplig, eftersom återvinningstalan föll under begreppet ”konkurs” och följaktligen inte omfattades av behörighetsreglerna i konventionen.

IV — Tolkningsfrågorna

19. Bundesgerichtshof beslutade den 21 juni 2007 att ställa följande frågor till EG-domstolen i målet mellan konkursförvaltaren Christopher Seagon och Deko Marty Belgium NV:

”1) Är domstolarna i en medlemsstat, inom vars territorium det har inletts ett insolvensförfarande mot en gäldenär, enligt förordning nr 1346/2000 internationellt

5 — Bundesgerichtshofs dom av den 11 januari 1990 (IX ZR 27/89).

behöriga att pröva en återvinningstalan mot en svarande som har sitt säte i en annan medlemsstat?

2) Om svaret på fråga 1 är nekande, omfattas då återvinningstalan av artikel 1.2 b i förordning nr 44/2001?”

20. Klaganden och motparten i målet i den nationella domstolen, den grekiska och den tjeckiska regeringen samt kommissionen har inkommit med yttranden inom den frist som föreskrivs i artikel 23 i EG-stadgan för domstolen.

21. Vid förhandlingen i målet den 11 september 2008 infann sig ombuden för Seagon, den grekiska regeringen och Europeiska kommissionen för att framföra muntliga yttranden.

V — Den första tolkningsfrågan

22. Den hänskjutande domstolen har ställt en tolkningsfråga till EG-domstolen som först kräver en begreppsanalys. I huvudsak handlar det om att avgöra om en civilrättslig talan, i det här fallet en återvinningstalan, är en del av insolvensförfarandet på grund av sin anknytning till konkursen. Till att börja med bör en närmare granskning göras av denna taleform, dess uppkomst och senare utveckling.

A — *Återvinningstalan och gemenskapens kollisionsregler*

1. Återvinningstalans ursprung och utveckling inom konkursrätten

23. Borgenärernas skydd mot otillbörligt handlande från gäldenärernas sida har med tiden kommit att utvecklats avsevärt. Redan i den romerska rätten uppmärksammades detta problem, även om det till en början inte skedde med någon större måttfullhet och rättvisa. [6]

6 — Den spanske specialisten på romersk rätt Xavier D'Ors inledde ett verk med att konstatera att återvinning är ett av de svåraste och mest omtvistade områdena inom hela den romerska rätten (*El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*, Rom-Madrid, 1974, s. 1).

24. *Actio per manus iniectio*, en primitiv form av återvinning, var ett verkställighetsinstrument som gav borgenären rätt att sälja gäldenären som slav, och även dennes familj, eller att döda honom, om fordran kunde styrkas genom en dom eller ett erkännande. [7] På den tredje tavlan i de tolv tavlornas lag bekräftades på ett mycket uttrycksfullt sätt den romerska processrättens stränghet. Där slutar kapitlet om fordringar med den berömda maximen *adversus hostem aeterna auctoritas esto* (därför evig befogenhet mot fienden). [8]

25. Omkring år 150–125 före Kristus bidrog en praetor vid namn Paulus, som man annars inte vet så mycket om, [9] till att övervinna formalismen i de tidiga civilrättsliga taleformerna. Han formulerade en personlig, diskretionär idé som innebar att det blev möjligt för borgenären att upphäva bedrägliga handlingar som gäldenären hade företagit till förfång för borgenären. [10] Några hundra år senare framställdes i Digesta den mest sofistikerade versionen av *actio pauliana* genom sammanslagningen med *interdictum fraudatorium* i den klassiska gestaltningen. [11] Sedan denna tid består *actio pauliana* av momenten *alienatio* (avyttring), *eventus fraudis* (förfång), *fraus* (bedrägeri) och *participatio fraudis* (kännedom om bedrägeriet).

26. På tvåtusen år hinner juridiken och de som hanterar den att utvecklas. Tack vare de romerska juristernas genialitet har emellertid *actio pauliana* behållit sina viktigaste karaktäristiska drag fram till vår tid. Trots skillnaderna mellan de olika medlemsstaternas rättsordningar, finns det en gemensam genetisk kod för de lösningar som erbjuds när det

7 — Förfarandet vid *manus iniectio* såg ut på följande vis: Om gäldenären inte hade betalat 30 dagar efter det att en dom fallit i ett fastställelsemål tog borgenären, med tvång om så krävdes, med sig gäldenären till domaren och förklarade: ”Du har blivit dömd att betala mig tiotusen sestertier och det har du inte gjort. Därför tillägnar jag mig dig till ett värde av tiotusen sestertier” (Gajus 4, 21).

8 — Vissa menar att uttrycket visar att det fanns en regel om att personliga fordringar aldrig preskriberades. Andra menar att ”fienden” syftade på dem som inte var romerska medborgare, mot vilka en borgenär när som helst kunde vända sig. Oavsett vilken som är den riktiga tolkningen utvecklades den romerska rätten så småningom i mer nyanserad riktning, bort från denna avsaknad av proportionalitet eller denna diskriminering.

9 — Den gåtfulle praetorn Paulus har givit upphov till omfattande diskussioner bland specialister på romersk rätt. Vissa menar att det handlar om juristen Paulus, som var praetorianprefekt år 222 före Kristus. Andra hävdar att namnet har växt fram ur en process under den bysantinska tiden. Detta beskrivs av Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, 8 upplagan, Paris, LGDJ, 1920–1921, nr 1413, och mer ingående av Collinet, P., ”L’origine byzantine du nom de la Paulienne”, Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 43, 1919.

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

11 — Digesta, bok XXII, band I, 38.4: ”Vinningen bör också återställas vid actio fabiana och actio pauliana, där det som avyttrats till förfång för borgenärerna återkallas, eftersom praetorn ingriper för att allt ska bli som om ingenting hade avyttrats, vilket förefaller rättmätigt eftersom uttrycket ’återställas’ som praetorn använder i detta edikt har en innebörd som är tillräckligt vid för att innefatta återställande av vinningen” (Paulus 6 ad Plaut.).

gäller handlingar som syftar till att lura borgenärerna. *Actio pauliana* utgör således numera ett undantag från principen om ett avtals relativa verkan, vilket innebär en uppluckring av regeln om att den som inte är part i ett avtal inte får dra fördel av eller drabbas av de rättsliga verkningarna av avtalet. [12] Enligt de flesta nationella rättsordningarna är det inte *ersättningen* som är det centrala i *actio pauliana*, utan *bevarandet* av borgenärens rätt till gäldenärens egendom. I processrättsligt hänseende förs talan mot tredje man som förvärvat den omtvistade egendomen, men ofta stäms gäldenären in för att domen ska kunna göras gällande mot denne.

27. *Actio pauliana* har med tiden kommit att genomgå avsevärda förändringar. [13] Den första förändringen gäller själva namnet, eftersom detta institut har kommit att kallas för ”återvinningstalan” inom konkursrätten. [14] Den viktigaste skillnaden mellan civilrättens *actio pauliana* och konkursrättens återvinningstalan ligger i vilka verkningar som de ger upphov till. Enligt civilrätten begränsar sig verkningarna till de enskilda borgenärer som väckt talan, medan de enligt de konkursrättsliga bestämmelserna omfattar alla konkursboets tillgångar, vilket innebär att samtliga borgenärer gynnas. Detta är ett särdrag som kommit att bli en allmän princip inom konkursrätten och som på latin kallas *par conditio creditorum* (att fordringsägare behandlas på samma villkor). [15]

28. I vissa nationella rättsordningar, till exempel den franska, omfattar skillnaderna mellan det civilrättsliga och det konkursrättsliga institutet även bestämmelserna om ogiltighet. En konkursförvaltare kan där få vissa handlingar ogiltigförklarade, något som i de allmänna bestämmelserna om *actio pauliana* inskränker sig till annullering. [16] Det sistnämnda gäller även det brittiska systemet, där handlingar i vissa fall kan ogiltigförklaras beroende på vilken grunden är för dessa handlingar. [17] Det bör även påpekas att konkursrätten har rört sig bort från det subjektiva inslaget i *actio pauliana*, det vill säga att käranden måste styrka att gäldenären haft uppsåt till bedrägeri. Till skillnad från de motsvarande civilrättsliga bestämmelserna brukar ett sådant bedrägeri presumeras i bestämmelserna om återvinning i konkurs, vilket innebär att bevisbördan blir omvänd. [18]

12 — En princip som på latin brukar formuleras *res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest*.

13 — I Forner Delaygua, J.J. (red.), *La protección del crédito en Europa: la acción pauliana*, Bosch, Barcelona, 2000, finns en jämförande analys av actio pauliana inom det civilrättsliga och det konkursrättsliga området.

14 — Det kallas även för ”hävningstalan” och innefattar då andra specifika åtgärder för att återställa konkursboets tillgångar.

15 — Det finns olika sätt att benämna denna princip och olika sätt att se på den, enligt Beltrán, E., Artículo 49, i Rojo, A., och Beltrán, E., *Comentario a la Ley Concursal*, Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2004, s. 990: likabehandling av borgenärer, förlustgemenskap, konkurs eller proportionalitet. I tysk rätt, Balz, M. och Landfermann, H.-G., *Die neuen Insolvenzgesetze*, 2 upplagan, Düsseldorf, 1999.

16 — I fransk rätt, Terré, F., Simler, P. och Lequette, Y., *Droit Civil. Les obligations*, Ed. Dalloz, 7 upplagan, Paris, 1999, s. 969–970.

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

18 — I italiensk rätt, till exempel, ändrades artikel 708 och följande artiklar i handelsbalken från år 1885 genom kunglig förordning nr 267/1942 för att få bort de subjektiva rekvisiten vid konkurser. Inte heller i spansk rätt behöver bedrägligt uppsåt styrkas, vilket framgår av artikel 71 i lag 22/2003 av den 9 juli om konkurser.

29. Ytterligare en skillnad mellan återvinningstalan och *actio pauliana* är den sistnämnda taleformens subsidiära karaktär. Konkursförvaltaren får bara väcka civilrättslig talan om villkoren för att väcka återvinningstalan enligt konkursrätten inte är uppfyllda (vanligtvis de preskriptionstider som föreskrivs i insolvenslagstiftningen). [19]

2. Återvinningstalan och gemenskapsrättens regler om domstols internationella behörighet

30. *Actio pauliana* och dess motsvarighet inom konkursrätten har behandlats i gemenskapens sekundärrätt och i EG-domstolens praxis. Det kan konstateras att åtskillnaden mellan den taleform som regleras i den allmänna obligationsrätten och den specifika form som finns i insolvenslagstiftningen har vidmakthållits i unionen och att denna åtskillnad är särskilt viktig när det gäller kollisionsnormerna, eftersom de båda taleformerna ger olika resultat.

31. I målet Reichert [20] tog domstolen upp ett tolkningsproblem, där tvisten rörde huruvida *actio pauliana* ska prövas vid det forum som den dåvarande Brysselkonventionen (nu förordning nr 44/2001) föreskrev för talan om sakrätt eller vid det som föreskrevs för talan om obligationsrättsliga förhållanden. Tvisten stod mellan makarna Reichert och Dresdner Bank och handlade om en bedräglig gåva till makarnas son i form av en fastighet i Frankrike. Dresdner Bank väckte talan i form av *actio pauliana* mot makarna Reichert i domstol i Republiken Frankrike, det land där fastigheten var belägen, och begagnade sig således av *locus rei sitae* (domstolen på den ort där saken befinner sig). Efter att den franska domstolens behörighet hade bestritts, ställde Tribunal de Grande Instance i Grass en tolkningsfråga till EG-domstolen om hur Brysselkonventionen ska tillämpas på en *actio pauliana*.

32. Domstolen prövade vilket slags talan det rörde sig om och fann att det var fråga om en talan om obligationsrättsliga förhållanden och inte om sakrätt och att det därför inte var *locus rei sitae* som gällde. Domstolen analyserade i domen vad som utmärker *actio pauliana* i fransk rätt och fann att den ”grundas på borgenärens personliga anspråk mot gäldenären och har till syfte att skydda den säkerhet som han må ha i gäldenärens egendom. Om talan bifalls, kan den handling som gäldenären företagit till skada för borgenärens rättigheter inte göras gällande mot borgenären.” [21] Även om domstolen inte fastställde det uttryckligen, följer det av domen att det var

19 — I det franska systemet bör domen i Cour de Cassation (handelsrättsliga avdelningen) av den 8 oktober 1996 framhållas. En identisk lösning återfinns i spansk rätt, där actio pauliana enligt praxis är subsidiär till återvinningstalan. Detta hävdas i León, F., ”Artículo 71. Acciones de reintegración”, i Rojo, A. och Beltrán, E., *op. cit.*, s. 1319–1320.

20 — Dom av den 10 januari 1990 i mål C-115/88, Reichert och Kockler (REG 1990, s. I-27).

21 — Ibid., punkt 12.

domstolarna i den stat där svaranden hade sin hemvist som var behöriga. [22]

33. Efter uppkomsten av denna talan i sin civilrättsliga form, har saker och ting förändrats avsevärt vad avser återvinningstalan. Vid ytterligare ett tillfälle, i målet Gourdain, [23] använde sig domstolen av bestämmelserna i Brysselkonventionen från 1968 för att definiera denna talan. Domstolen fann då att Brysselkonventionen inte var tillämplig om talan hade samband med ett konkurs- eller ackordsförfarande.

34. Enligt artikel 1 andra stycket punkt 2 i Brysselkonventionen skulle konventionen inte tillämpas på ”konkurs, ackord och liknande förfaranden”. Samma sak föreskrivs i den nu gällande artikel 1.2. b i förordning nr 44/2001. I målet Gourdain fastställde domstolen att talan i konkurs ingick i dessa ”liknande förfaranden”, dock under förutsättning att talan ”är en direkt följd av konkursen och strikt faller inom ramen för ett konkurs- eller ackordsförfarande av sådan art”. [24]

35. Således fann domstolen att Brysselkonventionen kunde tillämpas på *actio pauliana* men inte på återvinningstalan, eftersom formuleringen i artikel 1 andra stycket punkt 2 uteslöt den från konventionens kollisionsnormer.

36. Det bör understrykas att denna uteslutning i domen i målet Gourdain grundades på det *direkta sambandet* mellan talan och insolvensförfarandet. [25] I domen behandlas emellertid inte återvinningstalan som ett självständigt gemenskapsrättsligt begrepp. I stället väljer domstolen att fastslå vissa allmänna gemenskapsrättsliga kriterier som eventuellt kan tillämpas på de taleformer som föreskrivs i de nationella rättsordningarna. [26] På liknande sätt kom domstolen fram till att det fanns ett samband mellan konkurs och talan i fransk rätt (vilket ifrågasatts i målet i den nationella domstolen). Domstolen stödde sig här på flera olika argument. För det första får talan enligt fransk rätt, som skulle tillämpas i målet i den nationella domstolen, enbart väckas vid den domstol som beslutar om konkursen. För det andra är det bara en konkursförvaltare eller domstolen

22 — Domstolen intog samma ståndpunkt i dom av den 26 mars 1992 i mål C-261/90, Reichert och Kockler (REG 1992, s. I-2149). I Borrás, A., Revista Jurídica de Catalunya, 1990, s. 1133 och följande sidor, samt 1992, s. 2149, har dessa båda domar kommenterats. Det gäller även Forner Delaygua, J.J., ”La acción pauliana ante el TJCE”, *Revista de Instituciones Europeas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, s. 635–637.

23 — Dom av den 22 februari 1979 i mål 133/78, Gourdain (REG 1979, s. 733).

24 — Ibid., punkt 4.

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

26 — Detta har utmynnat i en ”nationell” tillämpning av Gourdaindoktrinen som anpassats till varje enskild återvinningstalan, vilket bland annat framgår av de domar som meddelats av Tribunale di Bari (Italien), den 27 januari 2004, RDIPP, 2004, s. 1386–1390, Arrondissementsrechtbank Leeuwarden, den 31 maj 1979, High Court, Chancery Division (Manchester) den 5 maj 2005, ILP, 2005-9, s. 552 och följande sidor, samt Cour de Cassation (Chambre commercial) den 24 maj 2005, RCDIP, volym 94, 2005, s. 489 och följande sidor. Se Bermejo Gutiérrez, N., och Rodríguez Pineau, E., *cit.*, s. 22–23.

(ex officio) som får väcka talan. För det tredje får talan bara väckas för konkursboets räkning och i dess intresse. För det fjärde föreskrivs en annan preskriptionstid i konkursbestämmelserna. [27]

37. Återvinningstalan har inte uppmärksammats på samma sätt i sekundärrätten. Förordning nr 1346/2000 om insolvensförfaranden förefaller något svävande på denna punkt och jag ska återkomma till den längre fram.

38. Här bör dock särskilt nämnas Brysselkonventionen från 1995 om insolvensförfaranden, vilken utarbetats inom ramen för Europeiska gemenskapen men gick i stöpet på grund av att alla medlemsstater inte anslöt sig till den. [28] Innehållet i den havererade konventionen var visserligen liknande innehållet i förordning nr 1346/2000, men bestämmelserna i den åtföljdes av en förklarande rapport som utarbetats och förhandlats fram mellan medlemsstaterna. [29] Rapporten hade skrivits av läraren vid Madrids autonoma universitet Miguel Virgós Soriano och den luxemburgske domaren Etienne Schmit, vilka också hade varit med och utformat konventionen. [30] I punkt 77 i rapporten understryker författarna att även om den processrättsliga principen *vis atractiva concursus* inte förespråkas i texten, så behandlas den ändå delvis. De citerar ordagrant domen i målet Gourdain och menar att det finns ett inslag av attraktion när ”talan … är direkt hänförlig till konkursrätten och … har nära samband med insolvensförfarandet”. Avslutningsvis tillägger de, i logikens namn, att ”för att undvika omotiverade luckor mellan de båda konventionerna ska konventionen om insolvensförfaranden *och dess behörighetsregler* nu tillämpas på denna talan”. [31]

3. Sammanfattning

39. Reglerna om insolvensförfarandena har så till den grad fjärmat sig från de allmänna civilrättsliga bestämmelserna, att den traditionella *actio pauliana* har kommit att bli en helt annan sorts mekanism i medlemsstaternas konkurslagstiftning. Domstolen har uttalat sig om de båda taleformerna då den avgjort behörighetstvister inom gemenskapen, och fastställt att civilrättsliga tvister ska omfattas av de allmänna forum som anges i Brysselkonventionen (nu förordning nr 44/2001) men inte återvinningstalan. Eftersom reglerna om domstols internationella behörighet inte tillämpas vid konkurser

27 — Domen i målet Gourdain, punkt 5.

28 — Konventionen öppnades för undertecknande i Bryssel den 22 november 1995 och undertecknades den dagen av företrädarna för Belgien, Danmark, Tyskland, Grekland, Spanien, Frankrike, Italien, Luxemburg, Österrike, Portugal, Finland och Sverige.

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

30 — Det är därför som dokumentet brukar kallas Virgós/Schmit-rapporten.

31 — Min kursivering.

eller ”liknande förfaranden”, har domstolen fastställt att återvinningstalan ingår i dessa förfaranden, om de har nära anknytning till handläggningen av dem men inte har någon självständig gemenskapsrättslig definition. Huruvida det finns en anknytning beror på de enskilda taleformernas karaktär, såsom de är utformade i den nationella rättsordningen.

40. Detta regelverk och denna rättspraxis utgjorde gällande rätt innan förordning nr 1346/2000 om insolvensförfaranden antogs. Det måste nu klarläggas om införandet av denna förordning innebär att det som ovan redovisats bekräftas eller inte.

B — *Återvinningstalan och förordning nr 1346/2000*

41. Den fråga som Bundesgerichtshof har ställt kan reduceras till en enkel frågeställning: Omfattas återvinningstalan av artikel 3.1 i förordning nr 1346/2000 i och med att den innehåller bestämmelser om domstols behörighet vid insolvensförfaranden, även om det inte anges uttryckligen?

42. Tvärtemot var klaganden och motparten hävdar så tror jag inte att det finns några luckor i gemenskapens rättsordning i det här fallet. När juridiken inte erbjuder någon lösning på ett dilemma kan analogiska resonemang tillgripas. Då det inte finns några tillämpliga bestämmelser kan juristen med hjälp av analogiska resonemang ta hjälp av andra bestämmelser som vilar på samma grunder och rör samma område. [32] Det behövs emellertid inte i det här målet eftersom det finns tillämpliga regler (artikel 3.1 i förordning nr 1346/2000) och andra bestämmelser i samma förordning som kan bidra till att avgöra tvisten.

43. Däremot behöver det göras en tolkning av ovannämnda artikel 3.1, och den hänskjutande domstolens frågor handlar om detta. Det finns inga luckor, men det krävs en tolkning.

1. Förordning nr 1346/2000 och dess kollisionsnormer

44. Förordning nr 1346/2000 förefaller inte innehålla några bestämmelser om domstols

32 — När det gäller begreppet luckor och användningen av analogiska resonemang i den juridiska argumentationsteorin, se Perelman Ch., (red.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bryssel, 1968, och Díez-Picazo, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1973, s. 280–283.

behörighet vid återvinningstalan, men i artikel 3.1 finns ett allmänt kriterium som innebär att domstolarna i den medlemsstat inom vars territorium den plats där gäldenärens huvudsakliga intressen finns är behöriga. [33]

45. Detta kriterium skulle kunna ge ett enkelt resultat, med hjälp av ett annat argument som motparten anför. Artikel 18.2 i förordning nr 1346/2000 innehåller bestämmelser om konkursförvaltarens befogenheter. Enligt dessa har konkursförvaltaren möjlighet att ”vidta åtgärder i borgenärernas intresse avseende återvinning”. Härav följer att förordningen enligt gemenskapsrätten inte ska tillämpas på återvinningstalan, eftersom den tillåter att konkursförvaltaren vidtar dessa åtgärder utan att fastställa någon behörighetsregel för det. Ett sådant resonemang skulle innebära att domstolarnas internationella behörighet antingen regleras i förordning nr 44/2001 eller i det självständiga nationella systemet.

46. Det finns visserligen en logik i denna argumentation från motpartens sida, men jag finner ändå klagandens genmäle mer övertygande. Till skillnad från artikel 3.1 nämns återvinningstalan uttryckligen i artikel 18.2 i förordning nr 1346/2000, men denna tolkning *a contrario* måste göras med stor försiktighet. [34] För detta talar lydelsen av skäl 6 i förordning nr 1346/2000, vilken ger uttryck för institutionernas tveksamhet när det gäller domstols behörighet och återvinningstalan. Efter att ha påmint om att bestämmelserna bör följa proportionalitetsprincipen görs tillägget att innehållet bör ”begränsas till bestämmelser som reglerar behörigheten att inleda insolvensförfaranden samt att fatta beslut som fattas omedelbart på grundval av insolvensförfaranden och står i nära samband med dessa”. Som om det inte räckte så anges i skälet att förordningen inte begränsar sig till det, utan att den handlar om ”erkännande av dessa beslut och om tillämplig lag, vilka även tillgodoser den nämnda principens krav”.

47. Här framgår klart och tydligt rådets avsikt att komma till rätta med svårigheterna i detta mål, vilket gör att jag vill tona ned betydelsen av artikel 18.2 när det gäller att tolka artikel 3.1.

33 — Denna regel innebär inte att principen om *vis atractiva concursus* har bekräftats genom förordning nr 1346/2000. Det framgår av punkt 77 i Virgós/Schmit-rapporten där det står att ”vissa avtalsslutande länder har i sina interna rättsordningar en processrättslig princip om *vis attractiva concursus*, som innebär att den domstol som inleder insolvensförfarandet är behörig att inte bara handlägga själva insolvensförfarandet, utan även alla de åtgärder som kan hänföras till insolvensen. Trots att tillämpningen av denna princip på internationell nivå väcker diskussioner, innehöll artikel 15 i konventionsförslaget från 1982 en regel som … byggde på *vis attractiva*-teorin och som gav domstolarna i den stat där insolvensförfarandet inletts behörighet rörande en rad olika åtgärder som var hänförliga till insolvensen. Varken denna bestämmelse eller filosofin bakom den finns med i den aktuella konventionen.”

34 — Den tolkning av artikel 18.2 som motparten förespråkar kritiseras hårt i Pannen, K. (red.), *European Insolvency Regulation*, De Gruyter, Berlin, 2007, s. 125. Där hävdas att de som utformat förordningen var fullt medvetna om svårigheterna med de åtgärder som har anknytning till insolvensförfarandet.

48. En systematisk analys av förordning nr 1346/2000 leder snarare till ett annat resultat än det som motparten har förespråkat. [35] Såväl artikel 4.2 m som artikel 25.1 andra stycket innehåller en bestämmelse om tillämplig lag och behörigheten att erkänna domstolsavgöranden vid återvinningstalan. Särskilt stor betydelse har det att denna fråga har tagits upp i artikel 25.1 andra stycket, eftersom denna artikel genom att hänvisa till reglerna om erkännande och verkställighet i förordning nr 44/2001 visar att förevarande begäran om förhandsavgörande ”även ska gälla beslut som är direkt hänförliga till insolvensförfarandet och har nära samband härmed, även om de fattats av en annan domstol”. En tydlig anspelning på domen i målet Gourdain, som stärker klagandens ståndpunkt. [36]

49. I förordning nr 1346/2000 görs ingen åtskillnad mellan bestämmelserna om domstols behörighet och om erkännande. De återkopplar i själva verket till varandra: beslut som omfattas av erkännandereglerna i artikel 25 avspeglar även de områden som faller inom behörigheten för den domstol som handlägger konkursen. [37]

35 — Motparten får stöd av den grekiska och den tjeckiska regeringen, samt av kommissionen.

36 — Denna uppfattning får stöd i Duursma-Kepplinger, H.-C., Duursma, D. och Chalupsky, E., *Europäische Insolvenzverordnung*, Springer, Wien–New York, 2002, s. 441.

37 — Här bör framhållas den tungt vägande uppfattning som framförs av Virgós, M. och Garcimartín, F., i *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia,* Thomson-Civitas, Pamplona, 2003, s. 66: ”det räcker att peka på att insolvensförordningen inte gör någon åtskillnad mellan behörighetsreglerna och reglerna om erkännande/verkställighet när det gäller det materiella tillämpningsområdet: de är utformade som parallella regler. Den katalog av beslut som återfinns i artikel 25 bidrar till att precisera de frågor eller tvister som faller under konkursdomarens behörighet.”

50. Mot bakgrund av de anförda skälen kan det skönjas en vilja från rådets sida att fastställa förfaranderegler för återvinningstalan med gemenskapsdimension. Analysen av förordning nr 1346/2000 visar att det inte helt och hållet saknas regler – bara delvis. Detta påverkar det svar som jag föreslår för domstolen, men dessförinnan vill jag beröra den funktion som förordning nr 44/2001 är avsedd att fylla.

2. Gemensam tolkning av förordning nr 1346/2000 och förordning nr 44/2001

51. För att avgöra om artikel 3.1 i förordning nr 1346/2000 ger konkursdomstolen behörighet, måste det klarläggas om förordning nr 44/2001, mot bakgrund av domen i målet Gourdain, utesluter återvinningstalan.

52. Motparten gör gällande att regelverket kraftigt har ändrats genom att förordning nr 1346/2000 har trätt i kraft, vilket påverkar innebörden av den tidigare kommenterade domen i målet Gourdain. Artikel 1 andra stycket punkt 2 i Brysselkonventionen från år 1968 gavs där en vid tolkning, eftersom det inte fanns några andra gemenskapsrättsliga texter som kunde medföra risk för överlappning. Domen i målet Gourdain var således den sista länken i en kedja med en enda berlock: en isolerad text på detta område. Enligt

motparten krävde införandet av förordning nr 1346/2000 en ny tolkning av denna bestämmelse, som nu är artikel 1.2 b i förordning nr 44/2001, för att undvika luckor i behörighetsreglerna. Då det redan finns en bestämmelse som reglerar domstols behörighet inom konkursrätten, bör den tolkas restriktivt. Enligt denna uppfattning är det upp till den självständiga nationella rättsordningen, i det här fallet den tyska, att specificera domstolarnas internationella behörighet.

53. Detta resonemang från motpartens sida är emellertid föga övertygande. Det skulle bara kunna godtas om artikel 3.1 förordning nr 1346/2000 verkligen inte hade innehållit några riktlinjer om domstols behörighet vid återvinningstalan. Som den tjeckiska regeringen har anfört i sitt skriftliga yttrande finns det inget som visar att gemenskapens insolvenslagstiftning inte skulle innehålla några bestämmelser om detta. Samexistensen av dessa båda förordningar understryker dessutom principen om att det inte får finnas några luckor, men inte på det sätt som motparten hävdar. [38]

54. Gemenskapsrättens enhetlighet medför två konsekvenser: Dels måste kriteriet för behörighet sökas i de särskilda bestämmelserna, om ingenting sägs i de allmänna eller om dessa underförstått eller uttryckligen hänvisar till andra bestämmelser. Dels behövs det inte några hänvisningar till nationell rätt om det finns ett överflöd av gemenskapsrättsliga bestämmelser. Detta är inte bara för att det ska finnas ett logiskt samband mellan olika föreskrifter utan även för att de gemenskapsrättsliga kollisionsnormernas bestämmelser om behörighet och erkännande ska vara verkningsfulla. [39]

55. Således lever domen i målet Gourdain vidare i all välmåga och ger värdefulla riktlinjer för att avgöra föreliggande mål. [40] Införandet av förordning nr 1346/2000 minskar inte nyttan av denna dom, tvärtom. Eftersom det inte har införts någon enhetlig återvinningstalan i gemenskapsrätten, är denna taleforms karaktär och senare samband med konkursen av särskilt stor betydelse. [41] Granskningen av den tyska återvinningstalan ger således tillräckliga skäl för att söka vägledning i domen i målet Gourdain, för att klarlägga om behörighetsregeln återfinns i den ena eller i den andra förordningen. [42]

38 — När det gäller principen om att det inte får finnas några luckor, se Sánchez Lorenzo, S., och Fernández Rozas, J.C., *Derecho Internacional Privado*, 3 upplagan, Thomson-Civitas, Pamplona, 2004, s. 64–67 samt Virgós, M. och Garcimartín, F., *op. cit.*, s. 62–63.

39 — I Virgós, M. och Garcimartín, F., *op. cit.*, s. 63, tas som exempel de absurda följderna av detta synsätt.

40 — Domen i målet Gourdain rör emellertid inte bara återvinningstalan. I tvister mellan en konkursförvaltare och en gäldenär om vilka tillgångar som tillhör konkursboet kan man, i frågor om vilka befogenheter som konkursförvaltaren har vad gäller att besluta om fullgörelse av gällande avtal och om konkursförvaltarens ansvar, tillämpa den praxis som fastställts av domstolen i målet Gourdain.

41 — Se Pannen, K. (red.), *op. cit.*, s. 122–123.

42 — Ibid., s. 124.

56. I 129 § och de efterföljande paragraferna i Insolvenzordnung från år1994 beskrivs vissa drag hos den tyska återvinningstalan: Återvinningstalan regleras enbart av konkursrätten, den får bara väckas i samband med insolvens, [43] det är bara konkursförvaltaren som får väcka sådan talan och den måste syfta till att skydda samtliga borgenärers och konkursboets intressen. [44] Eftersom det är gäldenärens tillgångar som ska säkras, riktar sig talan mot de handlingar som företagits *innan* konkursförfarandet inleddes och för dessa anges en preskriptionstid. [45]

57. Den omständigheten att det rör sig om ett kontradiktoriskt förfarande, och inte ett kollektivt som vid konkurs, räcker inte för att hävda att talan och konkursen inte hänger samman. [46] Allt talar för att det handlar om en talan som är nära förknippad med domstolens insolvensförklaring. Den får bara väckas av konkursförvaltaren, vilket visar att den oundvikligen hänger samman med konkursen.

43 — 129 § och följande paragrafer i Insolvenzordnung.

44 — 129 § punkt 1 i Insolvenzordnung.

45 — 130, 132 och 133 §§ i Insolvenzordnung.

46 — Ett sådant resonemang kan få orimliga konsekvenser, eftersom den kontradiktoriska principen utan undantag måste respekteras i konkursförfarandet, som en garanti som ingår som en del i den grundläggande rätten till ett effektivt domstolsskydd. Det kan hävdas att ett konkursförfarande skiljer sig från ett ordinärt civilrättsligt förfarande, men en sådan invändning finner jag alltför formalistisk. Vid konkurser måste alla behörighetsgarantier beaktas, utan att något undantag görs för konkursens universella karaktär som beskrivs i förordning nr 1346/2000.

58. En gemensam tolkning av förordningarna nr 44/2001 och nr 1346/2000, med beaktande av domen i målet Gourdain, leder till slutsatsen att återvinningstalan inte omfattas av gemenskapsrättens allmänna bestämmelser om domstols behörighet. Kopplingen bygger på bestämmelserna i förordning nr 1346/2000, närmare bestämt artikel 3.1. För denna uppfattning talar dessutom ett antal bedömningar som har att göra med den lagstiftningspolitik som ligger bakom de gemenskapsrättsliga insolvensbestämmelserna. Om detta ska nästa avsnitt handla, men först ska jag avsluta med en viktig nyansering av det jag just har redovisat.

3. Återvinningstalans syfte och den lagstiftningspolitik som ligger bakom förordning nr 1346/2000

59. Gemenskapens bestämmelser inom det konkursrättsliga området syftar till att uppnå effektivitet och rättssäkerhet. För att undvika oklarheter som hämmar de ekonomiska transaktionerna inom unionen, innehåller förordning nr 1346/2000 tydliga riktlinjer som ger stadga och fasthet åt viktiga frågor som domstols behörighet, tillämplig lag och erkännande och verkställighet av domar.

Andra framsteg har gjorts inom sekundärrätten på detta område, alla med samma syfte, och tillsammans utgör de *det europeiska konkursrättsliga systemet.* [47] Kort sagt rör det sig om en *corpus* där enhetlighet eftersträvas då rättsliga beslut fattas. [48]

60. I skäl 4 i förordning nr 1346/2000 uttrycks detta i ett kollisionsrättsligt perspektiv: ”För att den inre marknaden skall fungera väl måste det undvikas att parterna får motiv att överföra tillgångar från en medlemsstat till en annan eller att välja jurisdiktion för att få en förmånligare rättslig ställning (’*forum shopping*’)”. Mot bakgrund av detta användes i förordningen en *universell* internationell konkursmodell som utgår från ett enhetligt sätt att se på alla kollektiva förfaranden, oavsett inom vilket territorium de har inletts. [49] Fördelarna med denna modell är uppenbara eftersom den ger förutsägbara regler, förhindrar *forum shopping* och sänker kostnaderna för processen. [50] Allmängiltigheten har emellertid vissa nackdelar, inte minst den situation som vissa lokala borgenärer hamnar i, i synnerhet om de befinner sig långt borta och har mindre resurser än andra borgenärer för att processa i en medlemsstat där de inte har hemvist. Fördelarna med den allmängiltiga modellen överväger emellertid, särskilt när det gäller det verkliga syftet med alla konkurser: att rekonstruera ett företag och säkerställa fordringarna. De uppenbart lägre kostnader som en centralisering av alla förfaranden medför, är ett avgörande argument för att välja en allmängiltig internationell konkursmodell, vilket i stort sett gjorts i förordning nr 1346/2000. [51]

61. Den ekonomiska innebörden av att bryta ut återvinningstalan ur insolvensförfarandet

47 — Utöver förordning nr 1346/2000 utgörs detta system av direktiv 2001/17/EG av den 19 mars om rekonstruktion och likvidation av försäkringsföretag, direktiv 98/26/EG av den 19 maj 1998 om slutgiltig avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper, direktiv 2001/24/EG av den 4 april 2001 om rekonstruktion och likvidation av kreditinstitut och av direktiv 2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet.

48 — I skäl 8 i förordning nr 1346/2000 anges att det finns ett behov av att ”förbättra insolvensförfaranden och kunna handlägga insolvensärenden med gränsöverskridande inslag effektivare”. Något som upprepas i skäl 16.

49 — Att döma av förordningen är ”forum shopping” inte något helt otillbörligt. Det gemenskapslagstiftningen riktar sig mot är att möjligheterna att välja forum utnyttjas på ett *opportunistiskt och vilseledande* sätt, vilket är något helt annat än att *per se* demonisera en metod som det ibland kan vara lämpligt att uppmuntra. Se mitt förslag till avgörande av den 6 september 2005 i mål C1/04, Staubitz-Schreiber, punkterna 70–77.

50 — Westbrook, J.L., ”A Global Solution to Multinational Default”, *Michigan Law Review*, volym 98, 2000, s. 2313 och följande sidor, samt, i samma nummer, Guzmán, A., ”International Bankruptcy: in Defence of Universalism”, s. 2186 och följande sidor.

51 — I punkterna 25 och 26 i dom av den 17 januari 2006 i mål C-1/04, Staubitz-Schreiber (REG 2006, s. I-701), upprepade domstolen denna ståndpunkt i en tvist om den universella karaktären hos bestämmelserna om domstols internationella behörighet i förordning nr 1346/2000, och fastställde att dessa bestämmelser syftar till att ”undvika att parterna i förfarande får motiv att överföra tillgångar från en medlemsstat till en annan eller att välja jurisdiktion för att få en förmånligare rättslig ställning. Detta syfte skulle inte uppnås om gäldenären kunde ändra platsen för sina huvudsakliga intressen, genom att förlägga den till en annan medlemsstat mellan tidpunkten då begäran om att förfarandet skall inledas framställs och tidpunkten då beslutet att inleda detsamma fattas, och på detta sätt bestämma vilken domstol som är behörig samt vilken lag som är tillämplig. En sådan övergång av behörighet skulle dessutom strida mot det syfte som anges i skälen 2 och 8 i förordningen, nämligen att de gränsöverskridande förfarandena skall fungera effektivt, bättre och snabbare, eftersom den skulle tvinga borgenärerna att ständigt rikta krav mot gäldenären på den plats där han finner för gott att etablera sig mer eller mindre permanent, och den skulle i praktiken ofta leda till ett utdraget förfarande.”

väcker vissa tvivel. Enligt den grekiska och den tjeckiska regeringen [52] gör den universella princip som förespråkas i förordning nr 1346/2000 det avsevärt krångligare, eftersom den tvingar en konkursförvaltare att processa i olika stater på grund av de kriterier för domstols internationella behörighet som återfinns i andra instrument än denna förordning. Dessutom gynnar det olikheter i lagstiftningen samtidigt som det finns aktörer som försöker hitta de lämpligaste forumen, vilket hindrar en normal handläggning av konkursen. [53] Även om det kan innebära vissa fördelar för borgenärerna som har hemvist i den stat där konkursförvaltaren processar, får man inte glömma det *övergripande* intresse som ska skyddas genom konkursen, alltså inte bara de enskilda borgenärernas utan även konkursboets och hela skuldsidans. [54]

62. Det finns emellertid fall där den universella modellen förefaller otillfredsställande. Man kan exempelvis tänka sig situationer, där det finns en anknytning utanför gemenskapen och där garantierna för att en dom som meddelats i inledningsstaten ska erkännas i en tredje stat, där gäldenärens tillgångar finns, är mindre. Dessutom är det inte alltid så att en centralisering av behörigheten vid konkurser sänker kostnaderna. Det finns fall där det kan vara fördelaktigare att pröva talan i den medlemsstat där tillgångarna finns, för att inte behöva ödsla tid och pengar på ett erkännande- och verkställighetsförfarande.

63. Mot denna bakgrund är det lämpligt att nyansera bilden att förordning nr 1346/2000 är allmängiltig, när det gäller återvinningstalan.

4. Är behörigheten enligt förordning nr 1346/2000 alternativ eller exklusiv?

64. De gemenskapsrättsliga insolvensbestämmelserna innehåller olika regler om domstols behörighet, med olika innebörd. Där föreskrivs att en *exklusiv* behörighet ska tillämpas för att inleda, genomföra och slutföra förfarandet, samt för åtgärder som är direkt hänförliga till förfarandet. För säkerhetsåtgärder gäller emellertid ett system med *alternativ* behörighet.

52 — Punkt IV.2 och IV.3 i den grekiska regeringens yttrande samt punkt 4.2.16 i den tjeckiska regeringens yttrande.

53 — Domen i det ovannämnda målet Staubitz-Schreiber, punkt 28.

54 — Även om det i doktrinen finns olika sätt att se på konkurser, varav vissa är likvidativa och andra är konservativa, håller jag med dem som menar att båda synsätten har en gemensam nämnare: ”att förverkliga ett rättviseideal”, vilket hävdas i Bermejo Gutiérrez, N., *Créditos y quiebra,* Civitas, Madrid, 2002, s. 467–468.

65. Återvinningstalan är av sådan karaktär att domstolsbehörigheten inte alltid kan vara exklusiv. Vissa författare menar att det handlar om en *relativt exklusiv* behörighet, vilket ska ses som ett privilegium för konkursförvaltaren. [55] Jag håller med dem som menar att en konkursförvaltarens möjlighet att föra återvinningstalan är ett handlingsprivilegium för denne. Det är således upp till konkursförvaltaren ensam att välja de lämpligaste åtgärderna under förfarandets gång, för att skydda konkursboet.

66. Detta påstående grundar sig på artikel 18.2 i förordning nr 1346/2000, enligt vilken en förvaltare ”*i en annan medlemsstat*, utom rätta eller i domstol, [får] göra gällande att lös egendom efter det att ett insolvensförfarande har inletts har överförts från inledningsstaten till den andra medlemsstaten”. [56] Därefter anges att han också får ”vidta åtgärder i borgenärernas intresse avseende återvinning”, varvid det logiskt sett förutsätts att sådana åtgärder får vidtas ”i en annan medlemsstat”, vilket följer av punkten 1 i denna artikel. [57]

67. Detsamma följer av artikel 25.1 andra stycket i samma förordning. I bestämmelserna om erkännande och verkställighet av domar föreskrivs en skyldighet att erkänna ”beslut som är direkt hänförliga till insolvensförfarandet och har nära samband härmed, *även om de fattats av en annan domstol”.* Enligt förordningen får således beslut till följd av en återvinningstalan meddelas av konkursdomstolen eller av en annan domstol, antingen i det egna landet eller i en annan medlemsstat.

68. Detta privilegium för konkursförvaltaren överensstämmer med dennes roll i insolvensförfarandet. I artikel 2 b i förordning nr 1346/2000 definieras konkursförvaltaren som varje person eller institution som har till uppgift att ”förvalta eller realisera de tillgångar över vilka gäldenären berövats sin rådighet eller att övervaka dennes angelägenheter”. Konkursförvaltarens befogenheter och skyldigheter varierar mellan olika medlemsstater, men i samtliga fall har denne ensam behörighet att vidta de viktigaste åtgärderna i alla konkursförfaranden. Konkursförvaltaren är garant för konkursboet och för att fordringsägare behandlas på samma villkor (*par conditio creditorum)* och är även den som tar initiativ till ackord eller saneringsplaner för att företaget ska kunna ta sig ur krisen. Mot bakgrund av de strategiska beslut som han ska fatta får han välja mellan olika forum då han ska vidta åtgärder för att skydda konkursboet.

55 — Virgós, M. och Garcimartín, F., *op. cit.,* s. 69–71.
56 — Kursiveringen tillförd.
57 — Pannen, K., *op. cit.,* s. 329–330, samt Virgós/Schmit-rapporten, punkt 167 och följande punkter.

C — *Slutsats*

69. Mot bakgrund av detta anser jag att den domstol i en medlemsstat som handlägger ett insolvensförfarande, enligt artikel 3.1 i förordning nr 1346/2000 är behörig att pröva en återvinningstalan mot en svarande som har sitt säte i en annan medlemsstat. Eftersom det är en relativt exklusiv behörighet har konkursförvaltaren rätt att välja det forum som med hänsyn till den angripna handlingens anknytning är lämpligast för att på bästa sätt försvara konkursboet.

VI — Den andra tolkningsfrågan

70. Den andra frågan som den hänskjutande domstolen ställer förutsätter att EG-domstolen lämnar ett nekande svar på den första frågan. Mot bakgrund av det svar jag föreslår på den första frågan, behöver således inte den andra frågan analyseras.

71. Om domstolen emellertid väljer att inte följa mitt förslag, bör principen om att det inte får finnas några luckor mellan förordning nr 44/2001 och förordning nr 1346/2000 tillämpas. Enligt denna princip och principen om gemenskapsrättens enhetlighet, finns de behörighetsregler som ska tillämpas vid återvinningstalan med gemenskapsanknytning i dessa instrument. Om domstolen finner att artikel 3.1 i förordning nr 1346/2000 inte ska tillämpas på den här typen av talan, gäller förordning nr 44/2001 och de bestämmelser om domstols internationella behörighet som finns i den.

72. Ett sådant resultat är inte det mest önskvärda, eftersom det är liktydigt med att anse att Gourdain-doktrinen inte längre gäller sedan förordning nr 1346/2000 infördes. I sådant fall bör domstolen skapa en enhetlig och heltäckande rättspraxis som erbjuder ett övertygande alternativ till den som skapades i ovannämnda mål. [58]

73. Det andra alternativet, att delegera kriterierna för domstols internationella behörighet till de nationella kollisionsnormerna, skulle strida mot den nyttoeffekt som eftersträvas med de båda förordningarna, vilket jag redogör för i punkt 53 i detta förslag till avgörande.

58 — Det behöver knappast påpekas att om det skulle bli aktuellt med att helt ändra Gourdain-doktrinen, så bör målet följakligen avgöras av domstolens stora avdelning.

74. De fruktansvärda följder som ett nekande svar på den första tolkningsfrågan skulle få, talar för mitt förslag som om det hade handlat om en *reductio ad absurdum*. Således vill jag eftertryckligt betona de argument som jag har anfört när det gäller den första tolkningsfrågan från den hänskjutande domstolen.

VII — Förslag till avgörande

75. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som ställts av Bundesgerichtshof på följande sätt:

Artikel 3.1 i förordning nr 1346/2000 bör tolkas så, att den domstol i en medlemsstat som handlägger ett insolvensförfarande är behörig att pröva en återvinningstalan mot en svarande som har sitt säte i en annan medlemsstat.