FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 6. september 2005 [1]

I — Indledning

1. Den retlige behandling, som i dag tilkommer personer i den ulykkelige situation, som for stor gældsætning indebærer, ikke mindst for en privatperson, uanset om den pågældende udøver erhvervs- eller forretningsmæssig virksomhed eller ej, har ikke meget tilfælles med den tragik, hvormed Honoré de Balzac så mesterligt beskrev César Birotteaus pinsler ved at skulle stå over for sine kreditorer [2]. Frataget al sin ære, alle sine rettigheder og den beskedne formue, som hans notar Roguin har efterladt ham, lykkes det ved ihærdigt arbejde denne romanfigur at rejse sig og indfri sine gældsposter en for en, hvilket allerede dengang var usædvanligt.

2. Det vil ikke være retfærdigt at betragte Monsieur Birotteaus mageløse hæderlighed som et eksempel på en »bêtise de la vertu«, som romanfigurens skaber skrev i sit første udkast til romanen i 1833, for selv om vi har at gøre med en risiko, som enhver kreditor løber, taler hensyn af økonomisk (sikker samhandel) og juridisk art (*pacta sunt servanda*) for at skabe en retlig ramme, der sikrer inddrivelse af fordringer, også på europæisk plan.

3. Det præjudicielle spørgsmål, som Bundesgerichtshof har forelagt, falder netop inden for denne fællesskabsretlige sammenhæng. Bundesgerichtshof har anmodet Domstolen om at tage stilling til, i hvilket omfang det forhold, at en skyldner forlægger centret for sine hovedinteresser til en anden medlemsstat end den, hvori begæringen om indledning af insolvensbehandling blev indgivet, har betydning for retternes kompetence. Bundesgerichtshof ønsker nærmere bestemt oplyst, om den ret, som har modtaget begæringen, bevarer sin kompetence til at træffe afgørelse om indledning af insolvensbehandling.

4. Da omstændighederne i hovedsagen imidlertid indtraf inden ikrafttrædelsen af Rådets forordning (EF) nr. 1346/2000 af 29. maj

1 — Originalsprog: spansk.

2 — H. de Balzac, *Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau, marchand parfumeur, adjoint au maire du deuxième arrondissement de Paris, chevalier de la légion d'honneur, etc.*, udgivet første gang i 1838; udgivet som billigbog med titlen *César Birotteau*, Garnier Flammarion, Paris, 1995, særligt kapitel XVI, s. 353 ff.

2000 om konkurs [3], som indeholder bestemmelser om retternes kompetence i sager om konkurs og betalingsstandsning, er der opstået uenighed om denne retsakts anvendelighed, og dette spørgsmål skal således også behandles i sagen her.

II — Retsforskrifter

5. Det er første gang, Domstolen skal besvare et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af denne forordning, og for at lette forståelsen af besvarelsen skal der derfor indledningsvis redegøres for forordningens grundlæggende træk. Efter en kort gennemgang af den historiske udvikling følger en sammenfatning af forordningens indhold med særlig vægt på dens vigtigste formål.

A — *Historisk udvikling*

6. Reguleringen af insolvensbehandlinger har været langt omkring i fællesskabsretten, og rejsen har »kafkaske« træk, ikke på grund af dens varighed, men på grund af den forvandling, der undervejs skete med udkastet til konvention, og som har haft afgørende betydning for dens udvikling, på samme måde som Gregor Samsas forvandling [4].

7. Tanken om at regulere insolvensbehandlinger i Fællesskabet har sin oprindelse i EF-traktatens artikel 220 (nu artikel 293 EF), hvorefter medlemsstaterne i det omfang, det er nødvendigt, skal indlede indbyrdes forhandlinger for til fordel for deres statsborgere at sikre bl.a. en forenkling af formaliteter vedrørende gensidig anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser og voldgiftskendelser.

8. Denne bestemmelse førte i første omgang til indgåelsen af den velkendte konvention af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager [5] (herefter »Bruxelles-konventionen«).

3 — EFT L 160, s. 1.

4 — I novellen *Forvandlingen* af Franz Kafka (dr.jur. fra universitetet i Prag), som blev skrevet i 1912 og udkom i 1916, får helten imidlertid et tragisk endeligt, for efter at være blevet forvandlet til en skarnbasse beslutter han at holde op med at spise og dør i dybeste ensomhed. F. Kafka, *Die Verwandlung*, udgivet af Marjorie L. Hoover, W.W. Norton & Company Inc, New York, 1960, s. 57 ff.

5 — EFT 1978 L 304, s. 17 (konsolideret udgave: EFT 1998 C 27, s. 1; konventionen er ændret ved konventionen af 9.10.1978 om Kongeriget Danmarks, Irlands og Det Forenede Kongerige Storbritanniens og Nordirlands tiltrædelse (EFT L 304, s. 1, og — den ændrede tekst — s. 77), ved konventionen af 25.10.1982 om Den Hellenske Republiks tiltrædelse (EFT L 388, s. 1), ved konventionen af 26.5.1989 om Kongeriget Spaniens og Den Portugisiske Republiks tiltrædelse (EFT L 285, s. 1) og ved konventionen af 29.11.1996 om Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget Sveriges tiltrædelse (EFT 1997 C 15, s. 1). Konventionens bestemmelser findes i dag i Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22.12.2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (EFT 2001 L 12, s. 1).

9. Imidlertid finder denne konvention i henhold til dens artikel 1, stk. 2, ikke anvendelse på »konkurs, akkord og andre lignende ordninger«, og reguleringen af disse områder blev derfor overladt til en fremtidig aftale mellem medlemsstaterne. På trods af vanskelighederne udarbejdede et ekspertudvalg i årene mellem 1963 og 1980 to udkast. Det andet af disse udkast byggede på enhedsprincippet og universalprincippet [6], og en gruppe under Rådet fik til opgave at afgive udtalelse herom, men i 1985 blev arbejdet stillet i bero, da der ikke kunne opnås tilstrækkelig enighed [7].

10. Det bemærkes, at medlemsstaterne allerede forud for planerne om en fælles regulering havde arbejdet for gensidig anerkendelse og fuldbyrdelse af afgørelser vedrørende konkurs gennem indgåelsen af de bilaterale konventioner, som er nævnt i artikel 44, stk. 1, i forordning nr. 1346/2000. Ifølge samme bestemmelse erstatter denne forordning de nævnte konventioner.

11. Også uden for fællesskabsregi, navnlig i Europarådet, er der taget initiativer. Disse resulterede i den europæiske konvention om visse internationale aspekter af konkurs, som blev fremlagt til undertegnelse i Istanbul i 1990 (herefter »Istanbul-konventionen«). Efter ikrafttrædelsen af forordning nr. 1346/2000 er det dog tvivlsomt, om konventionen vil blive ratificeret. Det vigtigste element, som Istanbul-konventionen bidrager med, ligger i indførelsen af en mere fleksibel anvendelse af de ovenfor nævnte principper [8].

12. Istanbul-konventionen fik indflydelse på det efterfølgende arbejde med udarbejdelsen af forordning nr. 1346/2000, for med henblik på at undgå kompleksiteten i udkastet til konvention fra 1985 færdiggjorde en ad hoc-gruppe af nationale eksperter teksten til konventionen om konkurs, vedtaget i Bruxelles den 23. november 1995, således at den blev mere fleksibel og kom til at indeholde mere enkle løsninger [9].

13. Sidstnævnte konvention bygger i modsætning til den tekst, der gik umiddelbart forud for denne, på universalprincippet, men med den begrænsning, at det er muligt at indlede en eller flere sekundære insolvensbehandlinger i andre lande, hvis virkninger imidlertid er begrænset til de pågældende medlemsstaters territorium [10].

14. Konventionen måtte nødvendigvis opgives, fordi det ikke lykkedes at få alle 15 medlemsstater til at tiltræde den, men den

6 — Ifølge »enhedsprincippet« iværksættes der kun én enkelt insolvensbehandling i hele Fællesskabet, mens »universalprincippet« henviser til, at proceduren skal omfatte alle skyldnerens aktiver, uanset hvor de befinder sig.

7 — Jf. Virgós/Schmit-rapporten om konventionen om konkurs (herefter »Virgós/Schmit-rapporten«) i M. Virgós Soriano og F.J. Garcimartín Alférez, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Civitas, Madrid, 2003, punkt 3.

8 — Virgós/Schmit-rapporten, punkt 4.

9 — Virgós/Schmit-rapporten, punkt 5.

10 — Ibidem.

skabte grundlaget for, at konventionen, næsten som en puppe, kunne gennemgå en forvandling, for med det samme indhold, men en anden retlig karakter, gik den fra at være en international konvention til at blive en forordning i betydningen i artikel 249, stk. 2, EF.

15. Denne forvandling, som Finland og Tyskland tog initiativ til, fandt en gunstig grobund i bestemmelserne i artikel 61, litra c), EF (tidligere artikel 73 I) og artikel 67, stk. 1, EF (tidligere artikel 73 O), der blev en del af fællesskabssamarbejdet ved Amsterdam-traktaten, som forordningen i øvrigt er et af de vigtigste resultater af [11].

16. Ordningen blev således endelig befriet for den tunge skæbne, som dens tidligere status af konvention ville have beredt den, og fik med sin nye karakter den smidighed og lethed, som følger af den umiddelbare anvendelighed, der kendetegner alle forordninger.

B — *Oversigt over forordningens indhold og relevante bestemmelser*

17. Det fremgår af betragtningerne til forordning nr. 1346/2000, at der hvad angår insolvens er tre vigtige forudsætninger for et velfungerende indre marked, nemlig for det første, at der vedtages en fællesskabsretsakt, som foreskriver en samordning af de foranstaltninger, der skal træffes vedrørende en insolvent skyldners aktiver [12], for det andet, at grænseoverskridende insolvensbehandlinger kan afvikles effektivt [13], og for det tredje, at man undgår »forum shopping«, dvs. det forhold, at parterne tilskyndes til at overføre aktiver eller tvister fra én medlemsstat til en anden for at forbedre deres retsstilling [14].

18. Der tilstræbes ikke med forordningen indført en generel enhedsregulering af insolvensbehandlinger; forordningen indfører alene bestemmelser om, hvilken lovgivning der finder anvendelse, om den internationale kompetence med hensyn til indledning af insolvensbehandling og om anerkendelse af insolvensbehandlingens virkninger i de øvrige medlemsstater.

19. Forordningens første kapitel indeholder en række generelle bestemmelser vedrørende dens materielle anvendelsesområde (artikel 1), spørgsmålet om, hvilke retter der har kompetence til at indlede insolvensbehandling (artikel 3), og hvilken lovgivning der finder anvendelse i en række særlige tilfælde (artikel 4-15) [15].

11 — T. Wiedemann, »Visa, Asyl, Einwanderung«, J. Schwarze (red.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, 2000, s. 842.

12 — Tredje betragtning til forordning nr. 1346/2000.

13 — Anden betragtning til forordning nr. 1346/2000.

14 — Fjerde betragtning til forordning nr. 1346/2000.

15 — Bestemmelserne i disse artikler vedrører følgende områder: tredjemands tinglige rettigheder (artikel 5), modregning (artikel 6), ejendomsforbehold (artikel 7), aftaler vedrørende fast ejendom (artikel 8), betalingssystemer og finansielle markeder (artikel 9), arbejdsaftaler (artikel 10), insolvensbehandlingens virkninger for rettigheder, som kræves noteret i et offentligt register (artikel 11), EF-patenter og EF-varemærker (artikel 12), handlinger, som er til skade for kreditorerne (artikel 13), beskyttelse af en erhvervende tredjemand ved en retshandel efter insolvensbehandlingens indledning (artikel 14), og insolvensbehandlingens virkninger for verserende retssager (artikel 15).

20. Det første kapitel indeholder også visse definitioner, hvoraf nogle er særdeles relevante for besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål. Dette gælder særligt definitionerne i artikel 2, litra e) og f), der lyder således:

»[...]

e) »Afgørelse«: i forbindelse med indledning af insolvensbehandling eller udpegelse af kurator en beslutning truffet af en ret, som er kompetent til at indlede en sådan behandling eller til at udpege en kurator.

f) »Tidspunktet for insolvensbehandlingens indledning«: det tidspunkt, hvor afgørelsen om indledning af insolvensbehandling får virkning, uanset om afgørelsen er endelig.

[...]«.

21. Hjørnestenen i ordningen ligger i artikel 3, stk. 1, første punktum, hvorefter det er retterne i den medlemsstat, på hvis område centret for skyldnerens hovedinteresser befinder sig, der har kompetence til at indlede insolvensbehandling.

22. Af relevans for besvarelsen af det forelagte spørgsmål og spørgsmålet om forordningens anvendelighed er også artikel 4, stk. 1 og 2, som bestemmer, at det er konkurslovgivningen i den medlemsstat, hvor insolvensbehandlingen indledes, der gælder for insolvensbehandlingen og dens virkninger.

23. Bestemmelserne i kapitel II om anerkendelse af insolvensbehandlingens virkninger i de øvrige medlemsstater er af tilsvarende betydning. Princippet herom fastslås i artikel 16, stk. 1, med bestemmelsen om, at enhver afgørelse om indledning af insolvensbehandling, der træffes af en kompetent ret i en medlemsstat, skal anerkendes i alle de øvrige medlemsstater, så snart den får virkning i den medlemsstat, hvor insolvensbehandlingen er indledt. Dette kapitel indeholder også nogle bestemmelser vedrørende kurators beføjelser og en beskyttelsesklausul, der indebærer, at en insolvensbehandling, der er indledt i en anden medlemsstat som omhandlet i artikel 16, stk. 1, kan nægtes anerkendt, hvis en anerkendelse vil stride mod grundlæggende retsprincipper [16].

24. Kapitel III og IV [17], som er af mindre betydning for denne præjudicielle forelæggelse, omhandler henholdsvis sekundære insolvensbehandlinger, som under visse omstændigheder kan indledes i andre medlemsstater, og underretning af kreditorer og kreditorernes ret til at anmelde de fordringer, de anser for hensigtsmæssige.

16 — Artikel 26 i forordning nr. 1346/2000.

17 — Henholdsvis artikel 27-38 og artikel 39-42 i forordning nr. 1346/2000.

25. Artikel 38 omhandler sikrende retsmidler og har følgende ordlyd:

»Når retten i en medlemsstat, som har kompetence i henhold til artikel 3, stk. 1, udpeger en midlertidig kurator for at sikre skyldnerens aktiver, kan denne midlertidige kurator anmode om, at der træffes alle foranstaltninger til bevarelse eller sikring af den del af skyldnerens aktiver, som befinder sig i en anden medlemsstat, i overensstemmelse med denne anden medlemsstats lovgivning, i tidsrummet mellem indgivelsen af begæringen om insolvensbehandling og afgørelsen om indledning af insolvensbehandling.«

26. Endelig indeholder kapitel V overgangsbestemmelser og afsluttende bestemmelser [18]. Af relevans for det spørgsmål, som er forelagt af Bundesgerichtshof, bestemmes det i artikel 43, første punktum, at forordningen kun finder anvendelse på konkurs og lignende procedurer, der indledes efter dens ikrafttræden; i henhold til dens artikel 47 trådte forordningen i kraft den 31. maj 2002.

III — De faktiske omstændigheder, tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

27. Susanne Staubitz-Schreiber drev en enkeltmandsvirksomhed med forhandling af telekommunikationsudstyr og -tilbehør i Wülfrath (Tyskland). Den 6. december 2001 indgav hun begæring om indledning af insolvensbehandling af hendes bo til Amtsgericht Wuppertal (Tyskland).

28. På grund af boets utilstrækkelighed kunne der imidlertid ikke påvises væsentlige aktiver, som kunne sikres med henblik på en kommende bomasse, og Amtsgericht Wuppertal afslog derfor begæringen ved kendelse af 10. april 2002.

29. Skyldneren, som siden den 1. april 2002 boede i Spanien, hvor hun ønskede at leve og arbejde, kærede kendelsen med påstand om ophævelse af kendelsen og indledning af insolvensbehandling.

30. Appellen blev ikke taget til følge, idet appelinstansen ved afgørelse af 14. august 2002 afviste begæringen om indledning af insolvensbehandling med den begrundelse, at kompetencen til at indlede insolvensbehandlingen som følge af Susanne Staubitz-Schreibers flytning var overgået til Spanien i medfør af artikel 3 i forordning nr. 1346/2000.

31. I kæremålet for Bundesgerichtshof har skyldneren nedlagt påstand om ophævelse af

18 — Artikel 43-47 i forordning nr. 1346/2000.

denne afgørelse og hjemvisning af sagen til fornyet behandling ved appelinstansen.

34. Der er ikke afholdt retsmøde, da ingen af sagens parter har anmodet herom.

32. Da det efter Bundesgerichtshofs opfattelse ikke fremgår tilstrækkeligt klart, hvordan den nævnte bestemmelse skal fortolkes, har den udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

V — Analyse af det præjudicielle spørgsmål

A — *Indledende spørgsmål: forordningens anvendelighed på tvisten i hovedsagen*

»Bevarer den ret i en medlemsstat, som en begæring om indledning af insolvensbehandling er indgivet til, kompetencen til at træffe afgørelse om indledning af insolvensbehandling, hvis skyldneren efter indgivelsen af begæringen, men før insolvensbehandlingen indledes, forlægger centret for sine hovedinteresser til en anden medlemsstats område, eller overgår kompetencen til retten i den anden medlemsstat?«

35. Både indgivelsen af begæringen om indledning af insolvensbehandling og den kompetente rets afvisning af at indlede insolvensbehandling på grund af boets utilstrækkelighed fandt sted inden forordningens ikrafttræden, og der er derfor opstået tvivl om, hvorvidt denne finder anvendelse i den foreliggende sag. Det vil derfor være på sin plads at knytte et par bemærkninger til dette spørgsmål.

IV — Retsforhandlingerne for Domstolen

36. Den forelæggende ret har ikke direkte undersøgt dette aspekt, men blot kort redegjort for problemet i forelæggelseskendelsens præmis 2 og antydet et bekræftende svar.

33. Der er inden for den frist, der er fastsat i artikel 20 i EF-statutten for Domstolen, indgivet skriftlige indlæg af Kommissionen, den tyske og den nederlandske regering.

37. Efter Bundesgerichtshofs opfattelse er der med et afslag på en begæring om indledning af insolvensbehandling ikke ind-

ledt en sådan behandling, og i henhold til tysk insolvensret er der således ikke indledt en insolvensbehandling, før forordningen trådte i kraft.

38. Den tyske regering deler Bundesgerichtshofs opfattelse. Den tyske regering har tilføjet, at der på grund af Susanne Staubitz-Schreibers kæremål foreligger litispendens indtil efter den 31. maj 2002. Eftersom kærende har nedlagt påstand ikke blot om ophævelse af kendelsen om afvisning af at indlede insolvensbehandling, men også om en positiv afgørelse om indledning af denne, mener den tyske regering, at begæringen endnu ikke var færdigbehandlet på tidspunktet for forordningens ikrafttræden, og at hovedsagen derfor skal afgøres på baggrund af denne fællesskabsretsakt.

39. Kommissionen fortolker artikel 43 i forordning nr. 1346/2000 således, at det er tidspunktet for indledningen af insolvensbehandlingen, der afgør, om forordningen finder anvendelse, og at der ikke er brug for overgangsbestemmelser i tilfælde, hvor en begæring er indgivet, men behandlingen ikke indledt. Efter Kommissionens opfattelse bekræfter fraværet af sådanne overgangsbestemmelser den opfattelse, at disse tilfælde uden undtagelse er omfattet af forordningen.

40. Hvad angår den foreliggende sag har Kommissionen erindret om, at der den 31. maj 2002 ikke var truffet nogen afgørelse om indledning af insolvensbehandling i hverken Tyskland eller nogen anden medlemsstat, og at sagen derfor skal afgøres i henhold til forordningen.

41. Ifølge fast retspraksis er den i artikel 234 EF foreskrevne procedure et instrument i samarbejdet mellem Domstolen og de nationale retter [19], som kræver, at kompetencefordelingen mellem retsinstanserne overholdes. Inden for rammerne af dette samarbejde er det den forelæggende ret — som alene har direkte kendskab til de faktiske omstændigheder i hovedsagen, og som har ansvaret for den afgørelse, der skal træffes — som er bedst i stand til på grundlag af de særlige omstændigheder i sagen at vurdere, såvel om en præjudiciel forelæggelse er nødvendig, som *relevansen af de spørgsmål*, den forelægger Domstolen [20]. Til gengæld tilkommer det Domstolen at give den forelæggende ret et hensigtsmæssigt svar, som sætter den i stand til at afgøre den tvist, der verserer for den [21].

42. Da der i forelæggelsesafgørelsen henvises til artikel 43, første punktum, i forordning nr. 1346/2000, og da afgørelsen af tvisten i hovedsagen vil afhænge af, om denne bestemmelse finder anvendelse, skal dette aspekt ved bestemmelsen undersøges [22].

43. I artikel 43, første punktum, gøres forordningens anvendelighed betinget af, at

19 — Dom af 16.7.1992, sag C-343/90, Lourenço Dias, Sml. I, s. 4673, præmis 14, og af 18.3.2004, sag C-314/01, Siemens og ARGE Telekom, Sml. I, s. 2549, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis.

20 — Lourenço Dias-dommen, præmis 15, dom af 22.1.2002, sag C-390/99, Canal Satélite Digital, Sml. I, s. 607, præmis 18, Siemens og ARGE Telekom-dommen, præmis 34, og dom af 7.10.2004, sag C-247/02, Sintesi, Sml. I, s. 9215, præmis 22.

21 — Dom af 28.11.2000, sag C-88/99, Roquette Frères, Sml. I, s. 10465, præmis 18, og af 20.5.2003, sag C-469/00, Ravil, Sml. I, s. 5053, præmis 27.

22 — Domstolen har benyttet samme fremgangsmåde i dom af 9.9.2003, sag C-285/01, Burbaud, Sml. I, s. 8219, præmis 94.

insolvensbehandlingen er indledt efter forordningens ikrafttræden, og bestemmelsen bygger således også på princippet om forbud mod tilbagevirkende kraft [23].

44. I forordningens artikel 2, litra e) og f), sondres der mellem »afgørelsen« om indledning af insolvensbehandling og »tidspunktet for insolvensbehandlingens indledning«. Disse begreber defineres særskilt og kan derfor ikke være sammenfaldende.

45. Det første begreb henviser udelukkende til den beslutning, som formelt træffes i forbindelse med en insolvensbehandling, mens litra f) henviser til det tidspunkt, hvor afgørelsen om indledning af insolvensbehandling får virkning, uanset om afgørelsen er »endelig«.

46. Det bestemmes desuden i forordningens artikel 4, at det er lovgivningen i den medlemsstat, på hvis område insolvensbehandlingen indledes, der gælder for insolvensbehandlingen og dens virkninger.

47. Som anført af den tyske regering er der imidlertid ikke truffet en positiv afgørelse om indledning af insolvensbehandling i den foreliggende sag, og afgørelsen har således heller ikke fået »virkning«. Det kunne derfor antages, at insolvensbehandlingen ikke var indledt på tidspunktet for forordningens ikrafttræden, hvorfor denne ville finde anvendelse.

48. Susanne Staubitz-Schreiber har imidlertid ved kæremålet ikke alene nedlagt påstand om ophævelse af den omtvistede kendelse om afvisning af at indlede insolvensbehandling, men også om en positiv retsafgørelse. Den nationale ret skal derfor fastslå, om der i henhold til tysk ret er indledt en insolvensbehandling i den omhandlede bestemmelses forstand, og — på grund af spørgsmålet om tilbagevirkende kraft — om den i givet fald er indledt før eller efter den 31. maj 2002.

49. Denne løsning er desuden forenelig med forordning nr. 1346/2000's ordlyd og ånd, idet der i forordningen henvises til den nationale lovgivning, der finder anvendelse [24].

B — *Om det præjudicielle spørgsmål*

50. Efter den tyske regerings opfattelse fastsætter artikel 3 i forordning nr. 1346/2000, med bestemmelsen om, at det er retterne i den medlemsstat, på hvis område centret for skyldnerens hovedinteresser befinder sig, der har kompetence til at

23 — M. Virgós Soriano og F.J. Garcimartín Alférez, op. cit., s. 37.

24 — I artikel 2, litra f), og artikel 4 i forordning nr. 1346/2000.

indlede insolvensbehandling, alene de materielle betingelser for afgrænsningen af den internationale kompetence. Eftersom det ikke på nogen måde angives i bestemmelsen, hvornår disse betingelser skal være opfyldt, eller under hvilke omstændigheder kompetencen overgår til en anden ret, mener den tyske regering, at der nødvendigvis må anlægges en formålsbestemt fortolkning af bestemmelsen.

51. Den tyske regering har anført, at et af de vigtigste formål med forordningen [25] er at undgå »forum shopping«, dvs. forhindre, at skyldneren vælger den nationale lovgivning, som er mest gunstig for ham. Desuden hviler henvisningen til centret for skyldnerens hovedinteresser på den antagelse, at det er her, hovedparten af kreditorerne befinder sig, og på procesøkonomiske hensyn, for hvis det ikke var tidspunktet for indgivelsen af begæringen om indledning af insolvensbehandling, der var afgørende for kompetencen, ville der opstå bevisproblemer og som følge heraf forsinkelser. Kreditorerne skal desuden vide med sikkerhed, hvor centret for skyldnerens hovedinteresser befinder sig, og ikke være afhængig af eventuelle undersøgelser i denne henseende.

52. Den tyske regering har endelig anført, at insolvensbehandlingens universelle gyldighed indebærer, at den kurator, som retten har udpeget, kan udøve sine beføjelser i andre medlemsstater, hvor skyldneren har aktiver, uden at der indledes andre insolvensbehandlinger.

25 — Den tyske regering henviser til fjerde betragtning til forordning nr. 1346/2000.

53. Den nederlandske regering deler den tyske regerings opfattelse og samstemmer i, at den ret, som begæringen om indledning af insolvensbehandling er indgivet til, bevarer kompetencen til at træffe afgørelse om indledning af behandlingen, selv om skyldneren i mellemtiden har forlagt centret for sine hovedinteresser til en anden medlemsstat. Den nederlandske regering har anført, at den i forordningens artikel 38 omhandlede beføjelse til at træffe afgørelse om anvendelse af sikrende retsmidler underbygger denne opfattelse, idet det i denne bestemmelse, ligesom i artikel 3, er situationen på tidspunktet for indgivelsen af begæringen, der er bestemmende for tildelingen af kompetencen. Var dette ikke tilfældet, ville skyldneren kunne modvirke den foreløbige sikring ved at forlægge centret for sine hovedinteresser til andre medlemsstater efter forgodtbefindende (forum shopping).

54. Den nederlandske regering har dog nuanceret sin holdning og medgivet, at forordningens systematik af praktiske årsager tillader, at den ret, der behandler begæringen, i nogle tilfælde udsætter proceduren eller afslår begæringen, hvis den er af den overbevisning, at det vil være mere hensigtsmæssigt at indlede behandlingen på det sted, hvortil skyldneren er flyttet.

55. Kommissionen hælder også til den opfattelse, at den ret, som begæringen er indgivet til, under omstændigheder som dem, der ligger til grund for tvisten i hovedsagen, bevarer sin kompetence. Kommissionen har anført, at en fortolkning af artikel 3 i overensstemmelse med dens ordlyd, tilblivelseshistorie og formål peger i denne retning.

56. Selv om man med perpetuatio fori-princippet undgår de uhensigtsmæssige virkninger af forum shopping, skyldes dette efter Kommissionens opfattelse ikke, at det er kompliceret at benytte sig af denne manøvre, idet man skal have indgående kendskab til fordele og ulemper ved de forskellige nationale konkurslovgivninger og være villig til at forlægge centret for sine hovedinteresser til en anden medlemsstat.

57. Kommissionen tillægger det større vægt, at perpetuatio fori-princippet tilgodeser behovet for retssikkerhed for både kreditorerne og domstolene. For kreditorerne indebærer princippet, at de — i hvert fald til en vis grad — vil kunne kalkulere den risiko, de løber i tilfælde af skyldnerens insolvens, og have sikkerhed for, at der efter indgivelsen af begæringen ikke vil være ændringer i, hvilken lovgivning der finder anvendelse. For domstolene indebærer det, at de ikke i hele perioden, fra begæringen indgives, til afgørelsen om at indlede behandlingen træffes, løbende skal tage stilling til, om de fortsat har kompetence.

58. Bundesgerichtshof ønsker med den præjudicielle forelæggelse oplyst, om den ret, hvortil begæringen om indledning af insolvensbehandling er indgivet, har kompetence til at erklære skyldneren insolvent, når denne i mellemtiden har forlagt centret for sine hovedinteresser til en anden medlemsstat.

59. Ifølge artikel 3 i forordning nr. 1346/2000 er kompetencen til at indlede insolvensbehandling knyttet til det sted, hvor »centret for skyldnerens hovedinteresser« befinder sig. Af særlig relevans er derfor dels definitionen af dette begreb, dels spørgsmålet om, hvilket tidspunkt der skal lægges til grund.

a) Centret for skyldnerens hovedinteresser

60. Det skal indledningsvis fremhæves, at udtrykket er et selvstændigt fællesskabsretligt begreb, som skal fortolkes ensartet og uafhængigt af de nationale retsordener [26]. Begrebet må derfor underlægges en definition, som er fælles for hele Fællesskabet [27].

61. Artikel 3, stk. 1, andet punktum, opstiller for selskabers og juridiske personers vedkommende en gendrivelig formodning for, at centret for deres hovedinteresser er det vedtægtsmæssige hjemsted. I Susanne Stau-

26 — M. Virgós Soriano og F.J. Garcimartín Alférez, op. cit., s. 45.

27 — Dom af 18.11.2004, sag C-284/03, Temco Europe, Sml. I, s. 11237, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis. Af domme i sager, der vedrører Bruxelles-konventionen, og som dermed ligger tættere op ad genstanden for det forelagte præjudicielle spørgsmål, kan nævnes dom af 15.5.2003, sag C-266/01, Préservatrice foncière TIARD, Sml. I, s. 4867, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis, og af 20.3.1997, sag C-295/95, Farell, Sml. I, s. 1683, præmis 12 og 13 og den deri nævnte retspraksis.

bitz-Schreibers tilfælde er der imidlertid tale om en fysisk person, som har været næringsdrivende uden at have etableret en virksomhed i selskabsform.

62. Forordning nr. 1346/2000 indeholder ingen retningslinjer vedrørende sådanne tilfælde. 13. betragtning antyder, at det omhandlede begreb henviser til det sted, hvor skyldneren normalt forvalter sine interesser, og som nemt kan identificeres af tredjemand. For personer, der udøver erhvervsmæssig virksomhed, anses således *virksomhedens* hjemsted for at være centret for deres hovedinteresser, mens det for andre fysiske personer er deres sædvanlige bopæl [28].

63. Det bemærkes endvidere, at der ifølge 17. betragtning til forordningen kun kan indledes sekundær insolvensbehandling i andre medlemsstater, parallelt med hovedinsolvensbehandlingen, såfremt skyldneren har et forretningssted dér, og at sekundær insolvensbehandling i henhold til artikel 27 kun kan vedrøre formuegenstande, som befinder sig i den medlemsstat, hvor denne gennemføres.

64. Det følger af ovenstående, at der skal bestå en forbindelse mellem skyldnerens erhvervsmæssige aktiver og stedet, hvor insolvensbehandlingen foretages; herved opnår kreditorerne den størst mulige sikkerhed, idet de kan kalkulere de retlige risici, de løber i tilfælde af skyldnerens insolvens [29]. Opfattelsen i den juridiske litteratur er derfor, at hvis en erhvervsdrivende (f.eks. en selvstændig næringsdrivende eller forretningsdrivende) har bopæl i én medlemsstat og driver sin virksomhed fra et driftssted i en anden medlemsstat, anses kompetencen for at tilkomme retterne i sidstnævnte medlemsstat, hvis konkursbehandlingen er knyttet til erhvervsudøvelsen [30].

65. Ifølge definitionen af begrebet »forretningssted« i forordningens artikel 2, litra h) [31], er tilstedeværelsen af aktiver desuden ikke i sig selv en tilstrækkelig forudsætning for, at der kan indledes en insolvensbehandling [32].

66. I hovedsagen forekommer det på grund af den korte tid, der forløb, fra Susanne Staubitz-Schreiber indgav begæringen om indledning af insolvensbehandling, til hun flyttede til Spanien, usandsynligt, at hendes formue i landet skulle være blevet så stor, at man kan tale om et »forretningssted« i ovennævnte forstand.

28 — Virgós/Schmit-rapporten, punkt 75.

29 — Ibidem.

30 — G. Moss, I. Fletcher og s. Isaacs, *The EC regulation on insolvency proceedings: a commentary and annotated guide*, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 169.

31 — I denne bestemmelse defineres »forretningssted« som »ethvert sted, hvorfra skyldneren udøver en ikke-forbigående økonomisk eller erhvervsmæssig aktivitet under anvendelse af menneskelige midler og reelle produktionsfaktorer«.

32 — Virgós/Schmit-rapporten, punkt 70.

67. Besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål skal således føre i den retning, at det tilkommer den forelæggende ret, på grundlag af de oplysninger, den råder over, at afgøre, hvor det faktiske center for skyldnerens hovedinteresser befinder sig, uden at der er grund til — som foreslået af den nederlandske regering — at afklare, om den kan erklære sig inkompetent eller afslå begæringen i henhold til national ret, da den forelæggende ret ikke har rejst disse spørgsmål.

b) Det afgørende tidspunkt for fastlæggelsen af centret for skyldnerens hovedinteresser

68. Kommissionen har fremhævet, at der i artikel 3, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 1346/2000 ikke henvises til »tidspunktet for insolvensbehandlingens indledning« i forbindelse med fastlæggelsen af centret for skyldnerens hovedinteresser, selv om dette udtryk — der som nævnt er defineret i artikel 2 — optræder flere andre steder i forordningen som en betingelse for anvendelsen af dens bestemmelser [33]. Om ikke andet tyder dette på, at fællesskabslovgiver ikke har ønsket at lade fastlæggelsen af centret for skyldnerens hovedinteresser være afhængig af dette tidspunkt, idet der dog heller ikke angives andre muligheder.

69. To vægtige argumenter taler for, at denne fastlæggelse skal foretages på grundlag af tidspunktet for indgivelsen af begæringen om indledning af insolvensbehandling. Det første argument vedrører det erklærede formål om at undgå »forum shopping«. Det andet argument er, at den ret, der behandler begæringen, skal have mulighed for at træffe afgørelse om anvendelse af sikrende retsmidler.

i) Modvirkning af forum shopping

70. For at holde diskussionen på rette spor vil det her være på sin plads at gøre et par korte bemærkninger vedrørende dette angelsaksiske udtryk, som jurister almindeligvis anvender i negativ betydning.

71. Hvis man ved forum shopping forstår, at sagsøger søger den internationale retlige kompetence, som er mest fordelagtig for ham [34], må dette fænomen — i mangel af ensartede ordninger inden for den internationale privatret — uden tvivl accepteres som en naturlig konsekvens, som der ikke er meget at indvende imod [35].

33 — Artikel 5 og artikel 7, stk. 1 og 2, i forordning nr. 1346/2000..

34 — M. Checa Martínez, »Fundamentos y límites del forum shopping: modelos europeo y angloamericano«, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, nr. 3, s. 521.

35 — F.K. Juenger, »What's wrong with forum shopping?«, *Sidney Law Review*, 1994, s. 5 ff., særligt s. 12 og 13.

72. Tvisten vil således blive bragt derhen, hvor det af materielle og processuelle grunde vil være mest fordelagtigt. Forum shopping udgør blot en optimering af de processuelle muligheder, som den parallelle kompetence indebærer, og der er intet ulovligt heri [36].

73. Hvis denne praksis medfører, at parterne i en sag, uden at det er berettiget, får ulige vilkår med hensyn til beskyttelsen af deres respektive interesser, vil den imidlertid være kritisabel, og det vil være et legitimt mål for lovgivningen at forhindre den.

74. Fællesskabslovgiver er af samme opfattelse for så vidt angår konkurs og lignende procedurer og giver således i fjerde betragtning til forordningen udtryk for hensigten om at undgå, at parterne i en retssag tilskyndes til at overføre aktiver eller tvister fra én medlemsstat til en anden for at forbedre deres retsstilling; udtrykket forum shopping er tilføjet i parentes.

75. Dette grundlæggende princip i forordning nr. 1346/2000 ville miste enhver værdi, såfremt skyldneren i perioden, fra begæringen om indledning af insolvensbehandling indgives, til afgørelsen om at indlede behandlingen træffes, kunne forlægge centret for sine hovedinteresser til en anden medlemsstat. En sådan fortolkning kan ikke forenes med det mål om en effektiv afvikling af grænseoverskridende insolvensbehandlinger, som forordningen ifølge dens anden betragtning skal virkeliggøre, idet kreditorerne i så fald ville være nødt til at rette deres krav mod skyldneren på det sted, hvor han måtte have fundet det for godt at etablere sig på mere eller mindre permanent basis, hvorved den nødvendige retssikkerhed for kreditorerne ville gå tabt.

76. Som Kommissionen har anført i sit skriftlige indlæg, ville en sådan adfærd desuden indebære, at retterne på hvert af de steder, hvor skyldneren etablerer sig, ville skulle undersøge kompetencespørgsmålet ex officio [37], hvilket er uforeneligt med grundlæggende retsplejehensyn.

77. Under alle omstændigheder er der ikke tale om forum shopping i det tilfælde, der ligger til grund for tvisten i hovedsagen, for Susanne Staubitz-Schreiber argumenterer selv for, at den kompetente ret er den, som hun indgav begæringen om indledning af insolvensbehandling til. Hendes bevæggrunde til at indgive begæringen skal findes i en særegenhed i tysk insolvensret, der er

36 — K. Siehr, »Forum shopping im internationalen Rechtsverkehr«, *ZfRV*, 1984, s. 133 ff.; H. Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2. udgave, München, 1996, s. 86 og 87.

37 — Virgós/Schmit-rapporten, punkt 79.

kendt under betegnelsen »Restschuldbefreiung«, og hvorefter skyldneren generelt frigøres for den gæld, som ikke dækkes af insolvensboet [38], et retsinstitut, som ikke kendes i andre europæiske nationale retsordener [39].

ii) Beføjelsen til at træffe afgørelse om anvendelse af sikrende retsmidler

78. Som allerede anført har den midlertidige kurator i henhold til artikel 38 i forordning nr. 1346/2000 beføjelse til at anmode om, at der træffes alle foranstaltninger til bevarelse eller sikring af den del af skyldnerens aktiver, som befinder sig i en anden medlemsstat, i tidsrummet mellem indgivelsen af begæringen om insolvensbehandling og afgørelsen om indledning af insolvensbehandling. I 16. betragtning fremhæves vigtigheden af denne type afgørelser for insolvensbehandlingens effektivitet.

79. Denne bestemmelse tager sigte på at gøre det muligt at træffe egnede foranstaltninger til sikring af bomassen, inden insolvensbehandlingen indledes [40]. Det er omtvistet i den juridiske litteratur, under hvilke betingelser kurator kan udøve sine beføjelser i andre medlemsstater, navnlig hvorvidt betingelserne for at indlede en sekundær insolvensbehandling skal være opfyldt, dvs. at skyldneren har et forretningssted i de pågældende medlemsstater [41]. Selv om dette aspekt i almindelighed har praktisk relevans, er dette dog ikke tilfældet i den foreliggende sag, hvorfor det ikke er nødvendigt at undersøge det nærmere.

80. Derimod skal rækkevidden af de beføjelser, som forordningens artikel 38 tillægger den midlertidige kurator, fremhæves. Det følger af den nævnte bestemmelse, at der er tale om vide beføjelser, eftersom den midlertidige kurator kan anmode om, at der træffes »alle foranstaltninger til bevarelse eller sikring« af skyldnerens aktiver.

81. Bestemmelsen i samme artikel om, at de pågældende foranstaltninger skal træffes i overensstemmelse med lovgivningen i den medlemsstat, hvor de skal gennemføres, fremmer den — ifølge artikel 25, stk. 1, første afsnit — næsten automatiske anerkendelse af afgørelsen og bekræfter fællesskabslovgivers ønske om en hurtigere afvikling af grænseoverskridende insolvensbehandlinger som omhandlet i anden betragtning til forordningen.

38 — I virkeligheden er der snarere end en egentlig frigørelse tale om en udsættelse, hvor den gæld, som ikke er indfriet ved insolvensbehandlingen, ikke kan gøres gældende, forudsat at skyldneren i en periode på seks år efter at være indrømmet denne »Restschuldbefreiung« udviser fornuftig adfærd. G. Pape og W. Uhlenbruck, *Insolvenzrecht*, München, 2002, s. 689 ff.

39 — A. Carrasco Perera, »¿Por qué quiebran los consumidores?«, *Actualidad jurídica Aranzadi*, årgang XV, nr. 669, af 14.5.2005, s. 3, nævner udtrykkeligt, at et tilsvarende retsinstitut ikke findes i spansk ret.

40 — H.-C. Duursma-Kepplinger, D. Duursma og E. Chalupsky, *Europäische Insolvenzverordnung — Kommentar*, Wien, 2002, s. 558; G. Moss, I. Fletcher og s. Isaacs, op. cit., s. 228.

41 — Denne opfattelse forsvares i Virgós/Schmit-rapporten, punkt 262, og af H.-C. Duursma-Kepplinger, D. Duursma og E. Chalupsky, op. cit., s. 560. Den imødegås af G. Moss, I. Fletcher og s. Isaacs, op. cit., s. 229, der mener, at den midlertidige kurator kan udøve sine beføjelser, når blot der findes aktiver på stedet, uden at disse udgør et forretningssted i forordning nr. 1346/2000's forstand.

82. På denne baggrund ville den ordning, der er indført ved forordningen, blive fuldstændigt undergravet, hvis det blev tilladt skyldneren at forlægge centret for sine hovedinteresser til en anden medlemsstat i løbet af perioden fra indgivelsen af begæringen om indledning af insolvensbehandling til indledningen af denne. I sidste instans ville dette, billedligt udtrykt, medføre, at kreditorer og domstole uophørligt ville forfølge de insolvente skyldnere i en ond cirkel af konkursbegæringer og forlæggelser af centret for skyldnerens hovedinteresser, uden udsigt til nogensinde at nå i sikker havn og således ramt af en skæbne, som ville stemme bedre overens med legenden om den flyvende hollænder end med en korrekt anvendelse af konkursforordningen.

83. Det følger af ovenstående, at det forhold, at en insolvent skyldner i løbet af perioden fra indgivelsen af en begæring om indledning af insolvensbehandling til indledningen af denne flytter centret for sine hovedinteresser, ikke ændrer ved, at det er den ret, som begæringen er indgivet til, der har kompetence til at foretage insolvensbehandlingen.

VI — Forslag til afgørelse

84. Sammenfattende foreslår jeg Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Bundesgerichtshof (Tyskland), således:

»Den ret i en medlemsstat, som en begæring om indledning af insolvensbehandling er indgivet til, bevarer kompetencen til at træffe afgørelse om indledning af insolvensbehandling, selv om skyldneren efter indgivelsen af begæringen, men før insolvensbehandlingen indledes, forlægger centret for sine hovedinteresser til en anden medlemsstats område.«