FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
föredraget den 6 september 2005 [1]

I — Inledning

1. Dagens rättsliga behandling av den svårighet som en alltför hög skuldsättning innebär, framför allt för enskilda, vare sig de bedriver en yrkes- eller näringsverksamhet eller inte, är något helt annat än det patos med vilken Honoré de Balzac så mästerligt beskrev César Birotteaus vedermödor när han ställdes inför sina fordringsägare. [2] Fråntagen heder, rättigheter och de knappa tillgångar han lämnats av sin notarius publicus Roguin, lyckades romanfiguren återupprätta sig genom att enträget betala sina skulder en efter en, vilket inte var så vanligt ens på den tiden.

2. Det är ovärdigt att betrakta herr Birotteaus makalösa ärlighet som ett exempel på "bêtise de la vertu", som hans skapare skrev i det första utkastet till verket år 1833. Även om detta är en risk för alla borgenärer, talar nämligen ekonomiska (trygghet i den ekonomiska samfärdseln) och rättsliga skäl (*pacta sunt servanda*) för en rättslig ram även inom det europeiska området som garanterar att lån återbetalas.

3. Tolkningsfrågan från Bundesgerichtshof hör hemma inom just detta gemenskapsområde. Bundesgerichtshof har begärt att domstolen skall fastställa i vilken grad domstolsbehörigheten påverkas av att den plats där en gäldenär har sina huvudsakliga intressen flyttas till en annan medlemsstat än den där ansökan om att ett insolvensförfarande skall inledas ingavs. Den vill närmare bestämt få klarhet i om den domstol som har mottagit ansökan fortfarande är behörig att fatta beslut om att inleda förfarandet.

4. Eftersom omständigheterna i målet vid den nationella domstolen ägde rum innan rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Balzac, H. de, "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.", som publicerades första gången år 1838, utgiven som pocketbok med titeln "César Birotteau", édition Garnier Flammarion, Paris. 1995, särskilt kapitel XVI, sidan 353 och följande sidor.

29 maj 2000 om insolvensförfaranden,[3] som behandlar behörigheten i fråga om konkurs och betalningsinställelse, trädde i kraft har viss osäkerhet uppstått angående förordningens tillämplighet, och även den frågan måste granskas.

II — Tillämpliga bestämmelser

5. Detta är första gången som domstolen skall besvara en tolkningsfråga angående tolkningen av denna förordning. För att underlätta förståelsen av svaret är det därför lämpligt att inledningsvis redogöra för förordningens huvuddrag. En kortfattad historik kompletteras med en sammanfattning av förordningens innehåll, med särskilt fokus på dess huvudsyften.

A — *Historisk utveckling*

6. Den utveckling som regleringen av insolvensförfarandena har genomgått inom gemenskapsrättens ram har kafkaartade drag, inte på grund av att den dragit ut på tiden, utan på grund av den transformation som förslaget till överenskommelse genomgått, som på samma sätt som Gregor Samsas förvandling[4] haft avgörande betydelse för dess utveckling.

7. Tanken att reglera insolvensförfarandena inom gemenskapen har sitt ursprung i artikel 220 i EG-fördraget (nu artikel 293 EG), i vilken medlemsstaterna anmodas att i den utsträckning det är nödvändigt inleda förhandlingar med varandra för att till förmån för sina medborgare säkerställa bland annat en förenkling av formaliteterna för ömsesidigt erkännande och verkställighet av rättsliga avgöranden och skiljedomar.

8. En följd av denna bestämmelse var, för det första, den välkända konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område[5] (nedan kallad Brysselkonventionen).

3 — EGT L 160, 30.6.2000, s. 1.

4 — I "Förvandlingen" av Franz Kafka (jur. dr. vid Prags universitet), som skrevs år 1912 och publicerades 1916, är dock hjältens slutliga öde tragiskt. Sedan han förvandlats till en skalbagge dog han i absolut ensamhet sedan han bestämt sig för att sluta äta; Kafka, F., "Die Verwandlung", upplaga av Marjorie L. Hoover, ed. W. W. Norton & Company, Inc, New York, 1960, sidan 57 och följande sidor.

5 — EGT L 299, 1972, s. 32 (konsoliderad version, EGT C 27, 1998, s. 1; successivt ändrad genom konvention av den 9 oktober 1978 om Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungarikets Storbritannien och Nordirland tillträde till konventionen (EGT L 304, s. 1, och — ändrad lydelse — s. 77), konvention av den 25 oktober 1982 om Republiken Greklands tillträde till konventionen (EGT L 388, s. 1), konvention av den 26 maj 1989 om Konungariket Spaniens och Republiken Portugals tillträde till konventionen (EGT L 285, s. 1) och konvention av den 26 november 1996 om Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges tillträde till konventionen (EGT C 15, 1997, s. 1). Bestämmelserna återfinns i dag i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EGT L 12, s. 1).

9. Genom artikel 1.2 i konventionen undantas dock "konkurs, ackord och liknande förfaranden" från dess tillämpningsområde, vilket innebar att dessa frågor kvarstod att lösa i kommande överenskommelser mellan medlemsstaterna. En expertkommitté utarbetade dock två förslag under åren 1963–1980. Enligt det andra, som grundades på enhets- och universalitetsprinciperna, [6] gavs en grupp från gemenskapens råd i uppdrag att utarbeta ett yttrande, men arbetet avbröts år 1985 då enighet inte kunde nås. [7]

10. Det bör nämnas att medlemsstaterna redan innan man planerade en gemensam reglering hade bidragit till processen för ömsesidigt erkännande och verkställighet av domar inom insolvensrättens område genom bilaterala konventioner, som nämns i artikel 44.1 i förordning nr 1346/2000. Förordningen ersätter enligt den artikeln dessa konventioner.

11. Även utanför gemenskapens område, närmare bestämt i Europarådet, togs initiativ som ledde fram till den europeiska konventionen om vissa internationella aspekter rörande konkurser, som låg klar för undertecknande i Istanbul år 1990 (nedan kallad Istanbulkonventionen). I och med att förordning nr 1346/2000 trädde i kraft kan dock ratificeringen av denna ifrågasättas. Istanbulkonventionens främsta bidrag ligger i att den skapade större flexibilitet i fråga om tillämpningen av de ovannämnda principerna. [8]

12. Den påverkade den senare utvecklingen av arbetet med att avfatta nämnda förordning. För att komma vidare efter det komplicerade förslaget till konvention av år 1985 färdigställde nämligen en ad hoc-grupp av nationella experter texten till konvention om insolvensförfaranden, som undertecknades i Bryssel den 23 november 1995. Denna var mindre rigid och erbjöd enklare lösningar. [9]

13. Till skillnad från den omedelbara föregångaren inom gemenskapen, byggde systemet i den senare konventionen på universalitetsprincipen, som begränsades genom möjligheten att inleda ett eller flera sekundära förfaranden i andra länder, som dock endast omfattade dessas respektive territorier. [10]

14. Då man inte lyckats förmå de femton medlemsstaterna att ansluta sig, kapsejsade projektet ohjälpligt, men det sådde ett frö till

6 — Med "enhetsprincipen" menas att det föreligger ett enda förfarande för hela gemenskapens territorium, medan "universalitetsprincipen" syftar på att förfarandet omfattar gäldenärens samtliga tillgångar, oberoende av var de är belägna.

7 — Virgós/Schmit-rapporten om konventionen om insolvensförfaranden (nedan kallad Virgós/Schmit-rapporten), i Virgós Soriano, M., och Garcimartín Alférez, F.J., *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*.

konventionens omvandling, genom att dess rättsliga natur, utan att innehållet ändrades, övergick från att vara en internationell konvention till att vara en förordning i den mening som avses i artikel 249 andra stycket EG.

15. Stödd av Finland och Tyskland fick impulsen till denna omvandling näring i den bördiga jordmånen i artiklarna 61 c EG (f.d. artikel 73i) och 67.1 EG (f.d. artikel 73o), som blev "gemenskapliga" genom Amsterdamfördraget, av vilket den dessutom utgör en av de främsta landvinningarna. [11]

16. När förordningen slutligen befriats från det stapplande öde som följde av dess tidigare ställning som konvention, gav den nya karaktären den lätta ledighet som följer av att den, liksom andra förordningar, är omedelbart tillämplig.

B — *Översikt över innehållet och de berörda bestämmelserna*

17. Av skälen i förordning nr 1346/2000 framgår att den inre marknadens goda funktion framför allt förutsätter att tre omständigheter föreligger inom insolvensområdet: för det första en gemenskapsrättsakt som samordnar de åtgärder som skall vidtas beträffande en insolvent gäldenärs tillgångar [12]; för det andra att gränsöverskridande insolvensförfaranden fungerar effektivt [13] och slutligen att så kallad *forum shopping* undviks, det vill säga att parterna får motiv att överföra tillgångar från en medlemsstat till en annan för att få en förmånligare rättslig ställning. [14]

18. Förordningens syfte är inte att åstadkomma en heltäckande och exklusiv reglering av insolvensförfarandena, utan endast av den lag som är tillämplig, den internationella behörigheten att inleda sådana förfaranden och erkännandet av dessa i övriga medlemsstater.

19. Den inleds med ett kapitel som innehåller ett antal allmänna bestämmelser om det materiella tillämpningsområdet (artikel 1), om fastställelsen av behörig domstol (artikel 3) och om tillämplig lag (artiklarna 4–15). [15]

11 — Wiedemann, T., "Visa, Asyl, Einwanderung", i Schwarze, J. (Coord.), EU-Kommentar, Baden-Baden, 2000, s. 842.

12 — Skäl 3 i förordning nr 1346/2000.

13 — Skäl 2 i förordning nr 1346/2000.

14 — Skäl 4 i förordning nr 1346/2000.

15 — Till de frågor som regleras i dessa bestämmelser hör: tredje mans sakrättsliga skydd (artikel 5); kvittning av fordran (artikel 6); återtagandeförbehåll (artikel 7); avtal avseende fast egendom (artikel 8); betalningssystem och finansiella marknader (artikel 9); anställningsavtal (artikel 10); verkan på registrerade rättigheter (artikel 11); gemenskapspatent och gemenskapsvarumärken (artikel 12); handlingar som kan återvinnas (artikel 13); skydd för tredje mans förvärv vid åtgärder som vidtagits efter det att ett insolvensförfarande har inletts (artikel 14); samt verkan av ett insolvensförfarande på pågående rättegångar (artikel 15).

20. I samma kapitel finns ett antal definitioner, av vilka vissa är av stor betydelse för att besvara tolkningsfrågan, särskilt definitionerna i artikel 2 e och f, som har följande lydelse:

"...

e) beslut: när det gäller att inleda ett insolvensförfarande eller utse en förvaltare, avses även ett avgörande av varje domstol som är behörig att inleda sådana förfaranden eller att utse en förvaltare.

f) tidpunkten för inledande av förfarandet: den tidpunkt från vilken beslutet att inleda förfarandet gäller, oavsett om beslutet är slutligt eller inte.

..."

21. Systemets hörnsten finns i artikel 3.1 första meningen enligt vilken behörigheten att inleda ett insolvensförfarande tillkommer domstolarna i den medlemsstat inom vars territorium gäldenärens huvudsakliga intressen finns.

22. Av betydelse för tolkningsfrågan och för osäkerheten angående förordningens tillämplighet är även artikel 4.1 och 4.2, där det föreskrivs att lagen i inledningsstaten skall vara tillämplig på insolvensförfarandet och dess verkningar.

23. Även bestämmelserna i kapitel II om erkännande av insolvensförfaranden i övriga länder är av betydelse. I artikel 16.1 fastställs den principen genom stadgandet att beslut om att inleda ett insolvensförfarande fattat av en behörig domstol i en medlemsstat skall erkännas i alla andra medlemsstater från den tidpunkt det har verkan i inledningsstaten. Avdelningen innehåller vissa bestämmelser om förvaltarens befogenheter och en skyddsbestämmelse enligt vilken det är möjligt att vägra att göra det erkännande som avses i artikel 16.1, när *ordre public* åsidosätts genom förfarandets inledande. [16]

24. I kapitlen III och IV, [17] som har mindre betydelse för förevarande tolkningsfråga, behandlas de sekundära insolvensförfaranden som under vissa omständigheter inleds i andra medlemsstater respektive upplysningar till borgenärer och deras rätt att göra sådana anmälningar av fordringar som de finner lämpliga.

16 — Artikel 26 i förordning nr 1346/2000.

17 — Artiklarna 27–38 respektive 39–42 i förordning nr 1346/2000.

25. I artikel 38 regleras säkerhetsåtgärderna på följande sätt:

"Om en domstol i en medlemsstat — behörig enligt artikel 3.1 — interimistiskt utser en förvaltare i syfte att säkra gäldenärens tillgångar, är den interimistiskt utsedde förvaltaren behörig att begära att åtgärder vidtas för att skydda eller säkra gäldenärens tillgångar vilka finns i en annan medlemsstat, enligt den statens rättsordning, för tiden från det att begäran om att ett insolvensförfarande skall inledas har framställts fram till dess att beslut om att inleda ett förfarande har fattats."

26. Kapitel V, slutligen, innehåller övergångs- och slutbestämmelser. [18] I det sammanhang som Bundesgerichtshof ställt sin fråga tyder artikel 43 första meningen på att förordningen endast är tillämplig på konkurser och liknande förfaranden som inleds efter förordningens ikraftträdande, som enligt artikel 47 bestämts till den 31 maj 2002.

III — Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

27. Susanne Staubitz-Schreiber bedrev, i form av enskild firma, handel med telekommunikationsapparater och tillbehör i Wülfrath i Tyskland. Den 6 december 2001 begärde hon att ett insolvensförfarande avseende hennes tillgångar skulle inledas vid Amtsgericht Wuppertal i Tyskland.

28. Den behöriga domstolen beslutade den 10 april 2002 att avslå ansökan om att förfarandet skulle inledas, eftersom väsentliga tillgångar som skulle kunna ha säkerställts för att ingå i konkursboets framtida tillgångar saknades.

29. Gäldenären, som sedan den 1 april 2002 var bosatt i Spanien där hon avsåg att bo och arbeta, överklagade och yrkade att beslutet skulle upphävas och beslut om att inleda förfarandet fattas.

30. Genom beslut av den 14 augusti 2002 avvisade appellationsdomstolen överklagandet med motiveringen att ansökan om att ett insolvensförfarande skulle inledas inte kunde tas upp till prövning, eftersom Susanne Staubitz-Schreibers förflyttning hade medfört en övergång av behörigheten att handlägga detta förfarande till Spanien, i enlighet med artikel 3 i förordning nr 1346/2000.

31. Klaganden har överklagat sistnämnda avgörande och begärt att Bundesgerichtshof

18 — Artiklarna 43–47 i förordning nr 1346/2000.

skall upphäva detta och återförvisa målet till domstolen i andra instans för förnyad prövning.

32. Då tolkningen av denna bestämmelse inte förefaller uppenbar har den tyska kassationsdomstolen beslutat att vilandeförklara förfarandet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

"Behåller domstolen i den medlemsstat i vilken ansökan om att insolvensförfarandet skall inledas ingavs behörigheten att avgöra om insolvensförfarandet skall inledas, när gäldenären efter sin ansökan men före det att förfarandet inleds förlägger platsen där hans huvudsakliga intressen finns till en annan medlemsstat, eller blir en domstol i den andra medlemsstaten i sådant fall behörig?"

IV — Förfarandet vid domstolen

33. Kommissionen samt den tyska och den nederländska regeringen har inom den frist som föreskrivs i artikel 20 i EG-stadgan för domstolen inkommit med skriftliga yttranden.

34. Muntlig förhandling hölls inte, då ingen av parterna i detta förfarande om förhandsavgörande begärde detta.

V — Bedömning av tolkningsfrågan

A — *Inledande fråga: förordningens tillämplighet i målet vid den nationella domstolen*

35. Såväl ansökan om att inleda ett insolvensförfarande som avslaget från den berörda domstolen på grund av att konkursboet inte hade tillräckliga tillgångar föregick förordningens ikraftträdande, och det har därför ifrågasatts om den kan tillämpas i förevarande mål. Vissa överväganden angående denna fråga är således befogade.

36. Den hänskjutande domstolen har inte tagit upp frågan direkt, utan har endast analyserat frågan kortfattat i punkt 2 i beslutet om hänskjutande, och därvid varit böjd att förespråka ett jakande svar.

37. Enligt Bundesgerichtshof kan avslaget på ansökan om förfarandets inledande inte jämställas med insolvensförfarandets inle-

dande, vilket innebär att den händelsen enligt de nationella konkursreglerna inte hade inträffat innan förordningen trädde i kraft.

38. Den tyska regeringen delar Bundesgerichtshofs inställning och tillägger att i och med Susanne Staubitz-Schreibers överklagande förelåg litispendens i målet fram till en tidpunkt efter den 31 maj 2002. Eftersom klaganden inte bara begärde att beslutet om att avslå hennes ansökan skulle upphävas, utan också begärde ett positivt beslut i frågan, anser den tyska regeringen att målet vid den nationella domstolen skall avgöras mot bakgrund av denna gemenskapsförordning eftersom ansökan fortfarande var aktuell när förordningen trädde i kraft.

39. Kommissionen har av artikel 43 i förordning nr 1346/2000 dragit slutsatsen att förordningens tillämplighet avgörs av den tidpunkt då förfarandet inleds, och att övergångsbestämmelser inte behövs när ansökan har ingetts men handläggningen inte inletts. Enligt dess uppfattning bekräftar frånvaron av sådana bestämmelser åsikten att dessa fall oinskränkt omfattas av förordningen.

40. Beträffande förevarande mål har kommissionen erinrat om att det den 31 maj 2002 inte hade fattats något beslut om att inleda insolvensförfarandet i Tyskland eller i någon annan medlemsstat, varför svaret skall sökas i förordningen.

41. Enligt fast rättspraxis utgör det förfarande som föreskrivs i artikel 234 EG ett medel för samarbete mellan domstolen och de nationella domstolarna [19] som kräver att fördelningen av deras respektive behörigheter respekteras. Inom ramen för detta samarbete är den nationella domstolen, som ensam har direkt kunskap om de faktiska omständigheterna i målet och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, bäst skickad att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. [20] Det ankommer i sin tur på domstolen att tillhandahålla ett svar som är användbart för att avgöra tvisten. [21]

42. Med tanke på att det i beslutet om hänskjutande hänvisas till artikel 43 första meningen i förordning nr 1346/2000 och att avgörandet av målet vid den nationella domstolen är beroende av dess tillämplighet, är det nödvändigt att analysera den aspekten av nämnda bestämmelse. [22]

43. Förordningens tillämplighet villkoras således enligt artikel 43 första meningen av

19 — Dom av den 16 juli 1992 i mål C-343/90, Lourenço Dias (REG 1992, s. I-4673; svensk specialutgåva 13, s. I-69), punkt 14, och av den 18 mars 2004 i mål C-314/01, Siemens och ARGE Telekom (REG 2004, s. I-2549), punkt 33 och där citerad rättspraxis.

20 — Domen i det ovannämnda målet Lourenço Dias, punkt 15, och av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite Digital (REG 2002, s. I-607), punkt 18, domen i det ovannämnda målet Siemens och ARGE Telekom, punkt 34, och av den 7 oktober 2004 i mål C-247/02, Sintesi (REG 2004, s. I-9215), punkt 22.

21 — Dom av den 28 november 2000 i mål C-88/99, Roquettes Frères (REG 2000, s. I-10465), punkt 18, och av den 20 maj 2003 i mål C-469/00, Ravil (REG 2003, s. I-5053), punkt 27.

22 — Domstolen tillämpade samma metod i dom av den 9 september 2003 i mål C-285/01, Burbaud (REG 2003, s. I-8219), punkt 94.

att förfarandet har inletts efter dess ikraftträdande. Genom artikeln hänvisas det således också till principen om förbud mot retroaktivitet. [23]

44. I artikel 2 e) och f) i förordningen skiljs mellan "beslut[et]" att inleda ett insolvensförfarande och "tidpunkten för inledande av förfarandet", som ges skilda definitioner och således inte kan vara samtidiga.

45. Det första fallet begränsas till det formellt fattade beslutet att inleda ett insolvensförfarande, medan punkt f) hänvisar till den tidpunkt då beslutet gäller, oberoende av om det är "slutligt".

46. Enligt artikel 4 i förordningen regleras vidare insolvensförfarandet och dess verkningar av lagen i den medlemsstat inom vars territorium insolvensförfarandet inleds.

47. Som den tyska regeringen har påpekat har det i förevarande mål förvisso inte fattats ett positivt beslut i detta avseende, vilket innebär att det inte heller är "gällande". Det vore därmed möjligt att hävda att förfarandet inte hade inletts vid den tidpunkt då förordningen trädde i kraft, vilket skulle avgöra dess tillämplighet.

48. Susanne Staubitz-Schreiber har emellertid genom sitt överklagande inte bara begärt att det omtvistade avslagsbeslutet skall upphävas, hon har även begärt ett positivt domstolsavgörande. Detta innebär att den nationella domstolen skall fastställa om ett förfarande, enligt tysk rätt, har inletts i den berörda bestämmelsens mening, och precisera om detta har skett före eller efter den 31 maj 2002, med hänsyn till den eventuella retroaktiviteten.

49. Den lösningen är dessutom förenlig med lydelsen av och andan i förordning nr 1346/2000, där det hänvisas till tillämplig nationell lag. [24]

B — *Tolkningsfrågan*

50. Den tyska regeringen anser att när artikel 3 i förordning nr 1346/2000 tillskriver domstolarna i den medlemsstat där gäldenärens huvudsakliga intressen finns behörigheten att inleda ett insolvensförfarande, fastställs endast de materiella rekvisiten för att avgränsa den internationella behörig-

23 — Virgós Soriano, M., och Garcimartín Alférez, F. J., a.a., s. 37.

24 — I de ovannämnda artiklarna 2 f och 4 i förordning nr 1346/2000.

heten. Eftersom bestämmelsen inte ger någon som helst vägledning angående den tidpunkt vid vilken dessa krav skall vara uppfyllda eller de omständigheter som leder till att behörigheten övergår till en annan domstol, anser den tyska regeringen att den måste tolkas teleologiskt.

51. Nämnda regering har förklarat att ett av förordningens viktigaste syften [25] är att undvika *forum shopping* för att förhindra att gäldenären väljer den nationella rättsordning som är mest fördelaktig för honom. Dessutom vilar hänvisningen till den plats där gäldenärens huvudsakliga intressen finns på antagandet att de flesta av borgenärerna finns där och på processekonomiska hänsyn. Om tidpunkten för förfarandets inledande inte vore avgörande för behörigheten, skulle det nämligen uppstå bevissvårigheter och därav följande förseningar. Vidare vet borgenärerna exakt var de huvudsakliga intressena finns, och utlämnas inte åt eventuella utredningar i det avseendet.

52. Slutligen har den tyska regeringen förklarat att förfarandets universalitet gör det möjligt för den förvaltare som utses av domstolen att utöva sina befogenheter i andra medlemsstater där gäldenären har tillgångar, utan att inleda ytterligare förfaranden.

53. Den nederländska regeringen delar den tyska regeringens uppfattning, och konstaterar att den domstol vid vilken ansökan om att inleda ett förfarande har registrerats behåller sin behörighet att fatta beslut om förfarandet, även om gäldenären under tiden har flyttat platsen för sina huvudsakliga intressen till en annan medlemsstat. Den har hävdat att behörigheten enligt artikel 38 i förordning nr 1346/2000 att fatta beslut om säkerhetsåtgärder stöder denna tolkning, eftersom behörigheten enligt den bestämmelsen, liksom enligt artikel 3, beviljas med utgångspunkt från situationen vid den tidpunkt då ansökan om förfarandets inledande inges. I annat fall skulle nämligen gäldenären kunna motverka säkerhetsåtgärden genom att efter sitt gottfinnande flytta platsen för sina huvudsakliga intressen (*forum shopping*).

54. Inställningen nyanseras dock genom erkännandet att förordningens systematik i vissa fall, av praktiska skäl, tillåter den domstol som handlägger ansökan att vilandeförklara eller avvisa den, om den finner att förfarandet bör inledas på den plats dit gäldenären har flyttat.

55. Även kommissionen anser att behörigheten under de omständigheter som föreligger i målet vid den nationella domstolen bör förbli hos den domstol till vilken ansökan har ingetts. Den har funnit att en grammatisk, historisk och teleologisk tolkning av artikel 3 pekar i den riktningen.

25 — Den tyska regeringen har hänvisat till skäl 4 i förordning nr 1346/2000.

56. Även om principen om *perpetuatio fori* löser problemen med *forum shopping*, anser den inte att skälet är att det är svårt att tillgripa denna manöver, eftersom det förutsätter en ingående kännedom om för- och nackdelarna med de olika nationella konkursreglerna och en villighet att flytta sina huvudsakliga intressen till en annan medlemsstat.

57. Kommissionen fäster större vikt vid argumentet att tillämpningen av ovannämnda princip tillgodoser behovet av rättssäkerhet både för borgenärerna och domstolarna. De förstnämnda kan åtminstone delvis bedöma riskerna i samband med gäldenärens insolvens och veta att det inte kommer att ske förändringar i fråga om tillämplig lag efter det att ansökan inlämnats. Domstolarna befrias från att kontinuerligt kontrollera sin behörighet efter det att ansökan registrerats och fram till att beslut om att inleda förfarandet fattas.

58. Genom tolkningsfrågan vill Bundesgerichtshof få klarhet i om den domstol som tagit emot ansökan om att ett insolvensförfarande skall inledas är behörig att göra en insolvensförklaring, när gäldenären under tiden har flyttat platsen för sina huvudsakliga intressen till en annan medlemsstat.

59. Enligt artikel 3 i förordning nr 1346/2000 är behörigheten knuten till den plats där "gäldenärens huvudsakliga intressen finns". Av särskilt intresse är således definitionen av, å ena sidan, det begreppet och, å andra sidan, den tidpunkt som skall tjäna som utgångspunkt.

a) Den plats där gäldenärens huvudsakliga intressen finns

60. Man bör inledningsvis notera att begreppet, i sin egenskap av gemenskapsrättsligt begrepp, är självständigt till sin karaktär, vilket innebär att det har en enhetlig innebörd som inte är beroende av de nationella rättsordningarna. [26] En och samma definition skall således gälla i hela gemenskapen. [27]

61. Den andra meningen i artikel 3.1 skapar en presumtion *iuris tantum* i fråga om företag och juridiska personer, genom att platsen för de huvudsakliga intressena sammanfaller med bolagets säte. I Susanne Staubitz-Schreibers fall är det dock fråga om en fysisk person som har varit aktiv som

26 — Virgós Soriano, M., och Garcimartín Alférez, F.J., a.a., s. 45.

27 — Dom av den 18 november 2004 i mål C-284/03, Temco Europe (REG 2004, s. I-11235), punkt 16 och där citerad rättspraxis. Angående Brysselkonventionen, som är närmare besläktad med de frågor som berörs i förevarande tolkningsfråga, se dom av den 15 maj 2003 i mål C-266/01, Préservatrice foncière TIARD (REG 2003, s. I-4867), punkt 20 och där citerad rättspraxis, samt dom av den 20 mars 1997 i mål C-295/95, Farell (REG 1997, s. I-1683), punkterna 12 och 13 och där citerad rättspraxis.

näringsidkare i den ekonomiska samfärdseln, och som inte uppträder i form av ett bolag.

62. Förordning nr 1346/2000 ger ingen vägledning i detta fall. I skäl 13 antyds att den efterfrågade definitionen hänvisar till den plats där gäldenären vanligtvis förvaltar sina intressen, som är lätt fastställbar för tredje man. Således anses platsen för de huvudsakliga intressena i fråga om en person som bedriver en näringsverksamhet vara platsen för den *yrkesmässiga* etableringen, och i fråga om andra fysiska personer deras stadigvarande bostad. [28]

63. Noteras skall även att möjligheten att inleda sekundära förfaranden i andra medlemsstater parallellt med huvudförfarandet, mot bakgrund av skäl 17 i förordningen, är villkorat av att gäldenären har ett driftsställe där, och verkan av de sekundära förfarandena begränsas enligt artikel 27 till de tillgångar som finns där förfarandena genomförs.

64. Det ovan anförda visar på det samband som skall föreligga mellan gäldenärens näringstillgångar och platsen för förfarandet, vilket utgör den bästa garantin för borgenärerna som kan kalkylera de rättsliga risker som de utsätter sig för i händelse av insolvens. [29] Därför anses det i doktrinen att när en näringsidkare (exempelvis en ägare av ett bolag eller en enskild näringsidkare) som är bosatt i en medlemsstat bedriver sin näringsverksamhet från ett driftsställe som är beläget i en annan medlemsstat, så är domstolarna i den senare staten behöriga, under förutsättning att insolvensförfarandet föranleds av näringsverksamheten. [30]

65. Dessutom innebär definitionen av "driftsställe" i artikel 2 h) i förordningen [31] att enbart förekomsten av tillgångar inte kan utgöra en förutsättning för att inleda ett insolvensförfarande. [32]

66. I målet vid den nationella domstolen verkar det på grund av att så kort tid förflutit mellan ansökan om insolvensförfarandets inledande och Susanne Staubitz-Schreibers flytt till Spanien osannolikt att hennes tillgångar i det landet skulle ha uppnått tillräcklig volym för att kunna betecknas som "driftsställe" i ovan angiven bemärkelse.

28 — Virgós/Schmit-rapporten, punkt 75.

29 — *Ibidem.*

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

31 — Enligt denna bestämmelse är detta "varje verksamhetsplats där gäldenären annat än tillfälligt idkar ekonomisk verksamhet med personella och materiella resurser".

32 — Virgós/Schmit-rapporten, punkt 70.

67. Följaktligen bör svaret på den hänskjutna tolkningsfrågan innebära att det ankommer på den nationella domstolen att, med utgångspunkt från de uppgifter den förfogar över, utreda var platsen för gäldenärens intressen verkligen finns och det är inte, som den nederländska regeringen har förordat, nödvändigt att närmare utreda frågan om den kan förklara sig icke behörig eller avvisa ansökan i enlighet med nationell rätt, eftersom den hänskjutande domstolen inte har tagit upp dessa frågor.

b) Tidpunkten för att fastställa platsen för de huvudsakliga intressena

68. Kommissionen har påpekat att artikel 3.1 första meningen i förordning nr 1346/2000 inte innehåller en hänvisning till "tidpunkten för inledande av förfarandet" i samband med fastställelsen av den plats där gäldenären har sina huvudsakliga intressen, medan detta uttryck, vilket såsom angetts definieras i artikel 2, i flera sammanhang är ett tillämpningsvillkor.[33] Detta är åtminstone en indikation på att den omständigheten enligt gemenskapslagstiftaren inte är relevant för att lokalisera platsen för de huvudsakliga intressena, även om något annat alternativ inte heller nämns.

33 — Artiklarna 5, 7.1 och 7.2 i förordning nr 1346/2000.

69. Två starka argument talar för att denna utredning skall vara samtidig med ansökan om förfarandets inledande. Det första gäller det uttryckliga syftet att undvika *forum shopping*, det andra är att den domstol som handlägger ansökan är behörig att vidta säkerhetsåtgärder.

i) Att motverka *forum shopping*

70. Några korta anmärkningar angående begreppet är lämpliga för att styra diskussionen rätt, eftersom jurister i allmänhet ger detta anglosaxiska uttryck en nedsättande innebörd.

71. Om *forum shopping* innebär att sökanden vänder sig till den internationellt behöriga domstol som bäst tillgodoser hans syften,[34] bör detta fenomen givetvis, i avsaknad av rättslig enhetlighet mellan de olika internationella privaträttsliga systemen, godtas som en naturlig följd, som inte är värd att fördöma.[35]

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

35 — Juenger, F.K., "What's wrong with forum shopping?", *Sydney Law Review*, 1994, sidan 5 och följande sidor, särskilt sidorna 12 och 13.

72. På så sätt handläggs konflikten på den plats som av materiella och processuella skäl passar honom bäst. Det innebär bara att de processuella möjligheterna optimeras och är en följd av att parallell behörighet föreligger, och i detta ligger ingenting otillåtet. [36]

73. Om fenomenet emellertid leder till en oberättigad ojämlikhet mellan parterna i en tvist med avseende på försvaret av deras respektive intressen, blir tillvägagångssättet klandervärt, och att eliminera det blir en legitim uppgift för lagstiftningen.

74. Gemenskapslagstiftaren har kommit till den slutsatsen i fråga om konkurser och liknande förfaranden. I ovannämnda skäl 4 uppger denne nämligen att avsikten är att förhindra att parterna får motiv att överföra tillgångar från en medlemsstat till en annan för att få en förmånligare rättslig ställning, och tillägger inom parentes uttrycket *forum shopping*.

75. Denna grundprincip i förordning nr 1346/2000 skulle emellertid helt förlora sitt värde om gäldenären kunde flytta platsen för sina huvudsakliga intressen till en annan medlemsstat under perioden från tidpunkten för ingivandet av en ansökan om insolvensförfarandets inledande till tidpunkten för förklaringen av att insolvensförfarandet inletts. Denna tolkning är inte förenlig med effektivt fungerande, gränsöverskridande insolvensförfaranden som förordningen, enligt skäl 2, syftar till att åstadkomma, eftersom det skulle tvinga borgenärerna att rikta krav mot den insolvente på den plats han fann för gott att etablera sig mer eller mindre permanent, och de skulle därmed förlora den nödvändiga rättssäkerheten.

76. Agerandet skulle vidare, som kommissionen har påpekat i sitt yttrande, innebära att domstolen på varje plats där gäldenären bosätter sig *ex officio* skulle utreda behörighetsfrågan, [37] vilket inte skulle vara förenligt med principen om god rättskipning.

77. Omständigheterna i målet vid den nationella domstolen kan i alla händelser inte betecknas som *forum shopping*, eftersom Susanne Staubitz-Schreiber själv har förordat att den domstol vid vilken hon ansökte om att ett insolvensförfarande skulle inledas skall vara behörig i hennes fall. Motivet till hennes handlande ligger i ett särdrag i den tyska insolvensrätten som kallas *Restschuldbefreiung* och som innebär att den som försatts

36 — Siehr, K., "Forum shopping im internationalen Rechtsverkehr", *ZfRV*, 1984, sidan 133 och följande sidor; Schack, H., "Internationales Zivilverfahrensrecht", 2 uppl., München, 1996, sidorna 86 och 87.

37 — Virgós/Schmit-rapporten, punkt 79.

i konkurs erhåller en allmän befrielse från de fordringar som inte betalas ur konkursboet, [38] en rättsfigur som är okänd i övriga europeiska nationella system. [39]

ii) Befogenheten att fatta beslut om säkerhetsåtgärder

78. Som nämnts tidigare är den interimistiskt utsedde förvaltaren enligt artikel 38 i förordning nr 1346/2000 behörig att begära att åtgärder vidtas för att skydda eller säkra gäldenärens tillgångar vilka finns i en annan medlemsstat för tiden från det att ansökan om att ett insolvensförfarande skall inledas har framställts fram till dess att beslut om att inleda ett förfarande har fattats. I skäl 16 betonas att denna typ av beslut är av stor vikt för att garantera effektiviteten i förfarandet.

79. Bestämmelsens syfte är att erbjuda lämpliga säkerhetsåtgärder för att trygga tillgångarna innan förfarandet inleds. [40] I doktrinen diskuteras kraven för den interimistiskt utsedde förvaltarens ingripande i andra länder, särskilt huruvida en förutsättning för hans intervention är att villkoren för att inleda ett sekundärt förfarande är uppfyllda, det vill säga att gäldenären har ett driftsställe i dessa andra medlemsstater. [41] Den aspekten är visserligen av praktisk betydelse i allmänhet, men inte i förevarande mål och det är därför inte nödvändigt att behandla den mer ingående.

80. Man bör dock erinra sig räckvidden av de befogenheter som den interimistiskt utsedde förvaltaren tillerkänns genom artikel 38 i förordningen. Bestämmelsens lydelse visar att befogenheterna är långtgående, eftersom förvaltaren kan begära att "åtgärder vidtas för att skydda eller säkra gäldenärens tillgångar".

81. Det faktum att dessa åtgärder enligt samma artikel vidtas i överensstämmelse med rättsordningen i den stat där de skall verkställas, rättfärdigar det erkännande som i enlighet med artikel 25.1 första stycket är i det närmaste automatiskt och bekräftar gemenskapslagstiftarens önskan att underlätta gränsöverskridande insolvensförfaranden i den mening som anges i andra skälet.

38 — I själva verket är det snarare fråga om ett uppskov i fråga om möjligheten att göra de icke betalade fordringarna gällande efter konkursen, som underställs ett villkor avseende gott uppförande under en period av sex år från förklaringen att denna rättsfigur beviljats. Pape, G., och Uhlenbruck, W., "Insolvenzrecht", München 2002, sidan 689 och följande sidor.

39 — En uttrycklig hänvisning till avsaknaden av detta institut i den spanska rättsordningen återfinns i Carrasco Perera, A., "¿Por qué quiebran los consumidores?", i *Actualidad jurídica Aranzadi*, årgång XV, nr 669, av den 14 maj 2005, s. 3.

40 — Duursma-Kepplinger, H.-C., Duursma, D., och Chalupsky, E., "Europäische Insolvenzverordnung — Kommentar", Wien, 2002, s. 558; Moss, G., Fletcher, I., och Isaacs, S., a.a., s. 228.

41 — Den ståndpunkten förespråkas i: Virgós/Schmit-rapporten, punkt 262, och i Duursma-Kepplinger, H.-C., Duursma, D., och Chalupsky, E., "Europäische Insolvenzverordnung — Kommentar", a.a., s. 560. Mot densamma talar dock: Moss, G., Fletcher, I., och Isaacs, S., a.a., s. 229, enligt vilka den interimistiske förvaltarens behörighet även omfattar rena tillgångar, som inte utgör ett driftsställe i den mening som avses i förordning nr 1346/2000.

82. Om det mot den bakgrunden vore tillåtet att flytta platsen för den i konkurs satta personens huvudsakliga intressen under perioden mellan ansökan om insolvensförfarandets inledande och förfarandets inledande, skulle grunden för förordningens system i sin helhet äventyras, vilket till syvende och sist, och för att uttrycka saken drastiskt, skulle leda till att borgenärerna och domstolarna i det oändliga skulle förfölja insolventa gäldenärer i en ond cirkel av ansökningar om inledande av insolvensförfaranden och förflyttningar av platsen för de huvudsakliga intressena, vilket mer påminner om legenden om den flygande holländaren än en seriös tillämpning av förordningen om insolvensförfaranden.

83. Av ovan sagda framgår att förflyttningen av platsen för gäldenärens huvudsakliga intressen under perioden mellan ansökan om insolvensförfarandets inledande och förfarandets inledande inte påverkar behörigheten för den domstol till vilken nämnda konkursansökan ingetts.

VI — Förslag till avgörande

84. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall besvara den tolkningsfråga som har ställts av Bundesgerichtshof (Tyskland) på följande sätt:

"Domstolen i en medlemsstat till vilken en ansökan om att inleda ett insolvensförfarande har ingetts är behörig att fatta beslut om att inleda förfarandet även om gäldenären flyttar platsen för sina huvudsakliga intressen till en annan medlemsstats territorium efter det att ansökan ingetts, men innan förfarandet inleds."