

Studia PRAWNICZE

----- Zeszyt 1-2(179-180) 2009

Warszawa 2009

Marek Szydło ■

JURYSDYKCJA KRAJOWA W SPRAWACH UPADŁOŚCIOWYCH W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ

L Normatywne podstawy jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych w UE

Jurysdykcja krajowa w sprawach upadłościowych - pojmowana jako wyodrębniona ze względu na istnienie zagranicy kompetencja sądów danego państwa do rozpoznawania i rozstrzygania spraw upadłościowych oraz do dokonywania innych czynności w postępowaniu upadłościowym (ogół warunków, jakie w relacjach z zagranicą muszą być spełnione, aby konkretna sprawa upadłościowa mogła zostać rozpoznana i rozstrzygnięta przez sąd krajowy lub też by sąd ten mógł podjąć inną czynność w postępowaniu upadłościowym), wynikająca przede wszystkim z istnienia określonego powiązania konkretnej sprawy upadłościowej z danym państwem - w przypadku państw członkowskich Unii Europejskiej została uregulowana w sposób jednolity, co nastąpiło w przepisach Rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego². Zgodnie z art. 3 ust. 1 powołanego Rozporządzenia, właściwe dla wszczęcia postępowania upadłościowego są sądy państwa członkowskiego, na terytorium którego znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika (*centre of a debtor's main interests* - COMI). W przypadku spółek i osób prawnych domniemywa się, że

¹ Por. K. Weitz: *Jurysdykcja krajowa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2005, s. 80.

² Dz. Urz. WE 2000, L 160/1.

głównym ośrodkiem ich podstawowej działalności jest siedziba określona w statucie, chyba że zostanie przeprowadzony dowód przeciwny

Wspomniane powyżej kryterium rozstrzygające o jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych w UE (czyli COMI) ma zastosowanie - tak samo zresztą jak całe w ogóle Rozporządzenie nr 1346/2000 - jedynie do upadłości transgranicznych, a więc takich, których skutki rozciągają się na więcej niż jedno państwo członkowskie. Nie ma ono natomiast zastosowania do upadłości czysto wewnętrznych, tj. takich, których skutki ograniczają się wyłącznie do jednego państwa członkowskiego³. Aby wszakże Rozporządzenie nr 1346/2000 mogło w ogóle znaleźć zastosowanie, główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika powinien znajdować się na terytorium Wspólnoty⁴, co oznacza, że w niektórych przypadkach przepisom omawianego Rozporządzenia będą podlegały również takie spółki, które swoją siedzibę statutową posiadają poza terytorium UE (i są inkorporowane zgodnie z prawem państwa trzeciego), lecz których COMI jest usytuowany na obszarze któregoś z państw członkowskich.

II Znaczenie jednoznacznego ustalenia COMI w kontekście przepisów Rozporządzenia nr 1346/2000

Z powyższych uwag wynika, że prawodawca wspólnotowy, chcąc w sposób zunifikowany dla wszystkich państw członkowskich uregulować kwestię jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych o charakterze transgranicznym, wprowadził jednolite kryterium rozstrzygające o tejże jurysdykcji w postaci „głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika” (COMI). W swoim założeniu każdy dłużnik (upadłościowy) powinien posiadać na terytorium UE tylko jeden główny ośrodek swojej podstawowej działalności⁵. Sądy państwa, na terytorium którego ów główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika się znajduje, są międzynarodowo (tj. w relacjach pomiędzy państwami członkowskimi UE) uprawnione do wszczęcia postępowania upadłościowego, przy czym wszczęte w ten sposób postępowanie (w państwie, gdzie znajduje się COMI) będzie zawsze głównym

³ A Spahlinger, G. Wegen: Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, München 2005, s. 191.

⁴ Pkt 14 preambuły Rozporządzenia

⁵ Co wynika już niejako z samej systematyki Rozporządzenia nr 1346/2000 - S.-H. Undritz [w:] *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, red. A Schmidt, Münster 2007, Rn. 4.

⁶ Lub też przynajmniej w państwie, którego sąd przyjął, że COMI konkretnego dłużnika znajduje się w tym właśnie państwie (nawet, jeżeli ustalenie to jest błędne).

postępowaniem upadłościowym, a więc postępowaniem mającym zakres uniwersalny, którego celem jest objęcie całego (co do zasady) majątku dłużnika⁷.

To uniwersalistyczne zorientowanie głównego postępowania upadłościowego (mającego w założeniu obejmować cały majątek dłużnika) nie jest jednak realizowane przez przepisy Rozporządzenia nr 1346/2000 w sposób bezwzględny, jako że równocześnie Rozporządzenie pozwala na wszczęcie równoległe z postępowaniem głównym wtórnych postępowań upadłościowych. Wtórne postępowanie może zostać wszczęte w państwie członkowskim, w którym dłużnik ma swój oddział⁸. Skutki wtórnego postępowania (inaczej niż postępowania głównego) ograniczone są tylko do majątku dłużnika znajdującego się na terytorium tego ostatniego państwa członkowskiego (art. 3 ust. 2 Rozporządzenia; pkt 12 preambuły). Postępowanie to spełnia funkcje pomocnicze względem postępowania głównego i jest mu w wyraźny sposób podporządkowane. Może ono zostać wszczęte dopiero po wszczęciu głównego postępowania upadłościowego.

Należy podkreślić, że w zakresie zastosowania Rozporządzenia nr 1346/ 2000 w odniesieniu do danego dłużnika może zostać wszczęte tylko jedno główne postępowanie upadłościowe (właśnie w państwie, gdzie znajduje się jego COMI). Powyższe jest przejawem zasady wyłączności głównego postępowania upadłościowego: jeden dłużnik - jedno główne postępowanie upadłościowe .

Zidentyfikowanie państwa, którego sądy są uprawnione do wszczęcia głównego postępowania upadłościowego (o charakterze transgranicznym) jest istotne także i z tego względu, że zgodnie z art. 4 ust. 1 Rozporządzenia 1346/2000, dla całego postępowania upadłościowego i jego skutków właściwe jest prawo tego właśnie państwa członkowskiego, w którym zostało wszczęte postępowanie (*lex fori concursus*). W rezultacie, główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika rozstrzyga zarówno o jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych (o charakterze transgranicznym) dotyczących tego dłużnika, jak też o prawie właściwym dla postępowania upadłościowego toczzonego z udziałem wspomnianego dłużnika.

⁷ Pkt 12 preambuły do Rozporządzenia

⁸ „Oddział” oznacza każde miejsce wykonywania działalności, w którym dłużnik wykonuje działalność gospodarczą niemającą charakteru tymczasowego, przy wykorzystaniu zasobów ludzkich i majątkowych (art. 2 lit. h) Rozporządzenia); na temat wtórnego postępowania upadłościowego zob. T. Chilarski Upadłość transgraniczna w prawie Unii Europejskiej, Warszawa 2008, s. 87 i n.

⁹ H. Haarmeyer, G. Pape, G. Stephan, C. Nickert: Formularbuch Insolvenzrecht, Münster 2006, Rn. 53; C. Poertzen, D. Adam: Die Bestimmung des “centre of main interests” gem. Art. 3 Abs. 1 EulnsVO, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht 2006, nr 10, s. 506;
A. Spahlinger, G. Wegen: Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, op. cit., s. 190.

Można też inaczej powiedzieć, że w UE ustalenie jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych (transgranicznych) oraz materialno- i proceduralnoprawnych skutków tego postępowania pozostają ze sobą w bezpośrednim związku.

Rozporządzenie nr 1346/2000 nie reguluje natomiast kwestii związanych z właściwością miejscową sądów w tym państwie, w którym znajduje się COMI i którego sądy są międzynarodowo uprawnione do wszczęcia (głównego) postępowania upadłościowego. Kwestie związane z właściwością miejscową są bowiem regulowane prawem wewnętrznym państwa, w którym zostaje wszczęte postępowanie (*lex fori concursus*)¹¹.

III Wartości aksjologiczne (interesy), którymi potencjalnie może kierować się prawodawca przy wyborze kryterium wskazującego jurysdykcję krajową w sprawach upadłościowych

Konkretna treść przepisów określających jurysdykcję krajową w sprawach cywilnych (w tym upadłościowych) z elementem transgranicznym jest zawsze wypadkową określonych interesów (wartości aksjologicznych) stojących za określonymi podmiotami zaangażowanymi (co najmniej potencjalnie) w tego rodzaju postępowania. Określając w ten czy inny sposób jurysdykcję krajową w sprawach cywilnych z udziałem elementu obcego (i posługując się w tym celu określonymi kryteriami) prawodawca zawsze te interesy odpowiednio wartościuje i je wyważa.

W przypadku spraw upadłościowych z elementem transgranicznym za poszczególnymi podmiotami biorącymi udział w rozpatrywaniu i rozstrzyganiu tego rodzaju spraw mogą stać bardzo różne interesy. I tak, pewna grupa podmiotów biorących udział w takich postępowaniach (czy to jako dłużnicy, czy też jako wierzyciele) może mieć interes w tym, by wspomniane postępowanie prowadził sąd takiego państwa, z którym są oni najściślej związani i z którym pozostają w najbliższym związku (*home trend*). Dzięki temu osoby takie nie stałyby wobec

¹⁰ H. Haarmeyer, G. Pape, G. Stephan, C. Nickert: *Formularbuch Insolvenzrecht*, op. cit. s. 40.

¹¹ W Polsce kwestie związane z właściwością miejscową sądów reguluje art. 19 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Dz. U. nr 60, poz. 535 ze zm. („1. Do rozpoznania spraw o ogłoszenie upadłości właściwy jest sąd upadłościowy, właściwy dla zakładu głównego przedsiębiorstwa dłużnika 2. Jeżeli dłużnik ma zakłady w obszarach właściwości różnych sądów i trudno ustalić, który z nich jest zakładem głównym, właściwy jest każdy z tych sądów”); ogólnie o zasadzie *lex fori concursus* zob. T. Chilarski, op. cit., s. 105 i n.

¹² T. Pfeiffer: *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main 1995, s. 166 i n.

konieczności pokonywania rozmaitych barier w dostępie do sądu, takich chociażby jak bariera językowa, bariera odległości, czy też bariera w postaci nieznamomości prawa, którym posługuje się obcy (zagraniczny) sąd¹³.

Również poszczególne sądy (sędziowie) mogą mieć interes w tym, by rozpatrywać i rozstrzygać jedynie takie sprawy upadłościowe z elementem transgranicznym, w przypadku których występujący w nich stan faktyczny (tj. główne elementy tego stanu faktycznego związane z samą istotą upadłości) pozostaje zlokalizowany w jak największej bliskości tego sądu. Sąd usytuowany w przestrzennej bliskości wobec danego (relewantnego) stanu faktycznego ma zazwyczaj lepsze możliwości dowodowe i lepiej zna określone stosunki faktyczne (jest niejako „na miejscu”), co ma także i ten pozytywny skutek, że zwiększa się wówczas akceptacja danego postępowania przez jego uczestników¹⁴.

Wydaje się wszakże, że przy określaniu jurysdykcji krajowej w transgranicznych sprawach upadłościowych największą jednak wagę powinno się przywiązywać do interesów, jakie mają wówczas wierzyciele upadłościowi, jako że to właśnie zaspokojenie interesów wierzycieli pozostaje najważniejszym celem i zadaniem każdego postępowania upadłościowego. W interesie wierzycieli jest z jednej strony to, by w razie kryzysu określonego dłużnika istniejąca masa upadłościowa (*ex post*) była w jak najdalej idącym stopniu zmaksymalizowana, tak, aby szanse na zaspokojenie roszczeń wszystkich wierzycieli były możliwie dalece zoptymalizowane¹⁵. Z drugiej jednak strony - i to jest w omawianym tutaj kontekście kwestią o zasadniczym wręcz znaczeniu - w interesie wierzycieli jest także to, by w odpowiedni sposób mogli oni (*ex ante*) skalkulować swoje ryzyko przy udzielaniu kredytu określonemu dłużnikowi (przyszłemu potencjalnemu dłużnikowi upadłościowemu)¹⁶. Jedną zaś z podstaw takiej kalkulacji jest bez wątpienia ustalenie reżimu prawnego, który będzie rządził ewentualnym postępowaniem upadłościowym z udziałem danego dłużnika i który będzie przesądzał tym samym m. in. o tak ważnych dla poszczególnych wierzycieli kwestiach, jak zakres masy upadłości, skutek otwarcia postępowania dla bieżących umów czy też kolejność zaspokajania roszczeń poszczególnych kategorii wierzycieli (czynniki te mają bez

¹³ B. Knof: *Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs- Tourismus*, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht 2005, nr 19, s. 1019-1020.

¹⁴ Ibidem, s. 1020.

¹⁵ W Uhlenbruck: *Zur Kollision von Gesellschafts- und Insolvenzrecht in der Unternehmensinsolvenz* [w:] *Insolvenzrecht im Wandel der Zeit*, red. W Gerhardt, H. Haarmeyer, G. Kreft, Münster 2003, s. 480; H. Eidenmüller: *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz*, Köln 1999, s. 23 i n.

¹⁶ H. Eidenmüller: *Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen: Zuständigkeitskonflikte unter der EuInsVO*, Neue Juristische Wochenschrift 2004, nr 48, s. 3456.

wątpienia bezpośredni wpływ na odpowiednią kalkulację ryzyka przez wierzycieli). Zważywszy na fakt, że na gruncie Rozporządzenia nr 1346/2000 uznanie jurysdykcji krajowej sądów określonego państwa jest równoznaczne ze wskazaniem prawa właściwego dla wszelkich proceduralno- i materialnoprawnych skutków danego postępowania upadłościowego (*lex fori concursus*), przesądzającego m. in. o wskazanych wyżej istotnych dla wierzycieli kwestiach, jest rzeczą oczywistą, że wierzyciele określonego dłużnika chcą już możliwie jak najwcześniej (najlepiej jeszcze w momencie zawierania z nim umowy) oraz w sposób możliwie jasny (w oparciu o przejrzyste kryterium) wiedzieć (i mieć świadomość tego), sądy jakiego państwa będą właściwe w sprawach związanych z upadłością danego dłużnika, gdyż to właśnie prawo tego państwa będzie wówczas miarodajnym *lex concursus* i to ono będzie stanowiło dla wierzycieli podstawę do odpowiedniego skalkulowania przez nich swojego ryzyka. W kontekście określenia jurysdykcji krajowej z punktu widzenia wierzycieli najistotniejsza jest zatem przejrzystość (transparentność) wskazanych przez prawodawcę kryteriów oraz okoliczności przesądzających o tej jurysdykcji. Wierzyciele chcą bowiem dokładnie wiedzieć oraz bez żadnej wątpliwości móc ustalić to, sądy którego państwa są (będą) właściwe w sprawie związanej z upadłością danego dłużnika oraz które prawo upadłościowe będzie wówczas miarodajne. Im kryteria wskazujące jurysdykcję krajową w sprawach upadłościowych będą bardziej przejrzyste, dostrzegalne dla wierzycieli oraz jasne (proste, nieskomplikowane), tym łatwiej też poszczególni wierzyciele będą mogli ustalić prawo właściwe dla ewentualnego postępowania upadłościowego i tym samym w sposób bardziej pełny i odpowiedzialny będą mogli oni skalkulować swoje ryzyko związane z zawarciem umowy z określonym podmiotem (potencjalnym dłużnikiem upadłościowym)¹⁷.

Dla wierzycieli istotne jest również to, by wskazane przez prawodawcę kryteria (okoliczności) przesądzające o jurysdykcji krajowej w (transgranicznych) sprawach upadłościowych nie były podatne na dowolną manipulację ze strony samych dłużników upadłościowych, a konkretnie, by uniemożliwiały tym ostatnim nieoczekiwaną i nie dającą się przewidzieć zmianę jurysdykcji krajowej oraz stosowanego w takich przypadkach prawa (reżimu) upadłościowego. Kryteria te zatem muszą być w dostatecznym stopniu stabilne i trwałe, gdyż, stabilność i (względna przynajmniej) trwałość wzmiankowanych kryteriów znakomicie zwiększa pewność prawną oraz prowadzi tym samym do zmniejszenia kosztów ponoszonych przez wierzycieli przy udzielaniu kredytów¹⁸.

¹⁷ B. Knof: *Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs- Tourismus*, op. cit., s. 1020.

¹⁸ H. Eidenmüller: *Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen*, op. cit., s. 3456.

W omawianym kontekście z punktu widzenia wierzycieli ważne jest również i to, by kryterium określające jurysdykcję krajową w transgranicznych sprawach upadłościowych było na tyle jednoznaczne, aby wskazywało na jedno tylko państwo jako na to, którego sądy są międzynarodowo uprawnione do rozpoznania i rozstrzygnięcia konkretnej sprawy upadłościowej. Wspomniane zatem kryterium powinno, na ile to tylko możliwe, wykluczać możliwość zaistnienia konkurencyjnych jurysdykcji krajowych.

IV Wartości aksjologiczne, którymi kierował się prawodawca wspólnotowy przy wyborze COMI jako kryterium determinującego jurysdykcję krajową

Uważna analiza przepisów merytorycznych Rozporządzenia nr 1346/2000, jak też niektórych wyjaśniających postanowień zawartych w jego preambule dowodzi tego, że wybierając (decydując się na) COMI w charakterze miarodajnego kryterium wskazującego jurysdykcję krajową w (transgranicznych) sprawach upadłościowych prawodawca wspólnotowy kierował się tymi - omówionymi szerzej w punkcie 3 - wartościami aksjologicznymi, które mają istotne znaczenie z punktu widzenia interesów wierzycieli, a którymi są: jasność i przejrzystość tego rodzaju kryterium (decydującego o jurysdykcji), jego stabilność (trwałość) i odporność na manipulację, a także jednoznaczność, pozwalająca wykluczyć zaistnienie przypadków konkurencyjnej jurysdykcji krajowej. I tak, po pierwsze, w punkcie 13 preambuły do omawianego Rozporządzenia prawodawca wspólnotowy wyjaśnia, że główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika (COMI), będąc miejscem, w którym dłużnik zazwyczaj zarządza swoją działalnością, jest równocześnie miejscem, które „jako takie jest rozpoznawalne przez osoby trzecie”. Osobami trzecimi są w tym kontekście rzecz jasna (przede wszystkim) wierzyciele danego dłużnika i to właśnie dla wierzycieli główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika powinien być zawsze - w opinii wspólnotowego prawodawcy - dostatecznie dostrzegalny i dający się bez większych trudności zidentyfikować (określić).

¹⁹ H. Haarmeyer, G. Pape, G. Stephan, C. Nickert: *Formularbuch Insolvenzrecht*, op. cit., Rn. 50; S.-H. Undritz [w:] *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, op. cit., Rn. 5; B. Wiedemann: *Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI*, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht* 2007, nr 19, s. 1011; S. Schilling, J. Schmidt: *COMI und vorläufiger Insolvenzverwalter - Problem gelöst?*, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht* 2006, nr 3, s. 116-117; H. Eidenmüller: *Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen*, op. cit., s. 3456.

Intencją prawodawcy wspólnotowego wybierającego COMI na miarodajne kryterium określające jurysdykcję krajową było więc to, by miejsce tejże jurysdykcji było zawsze przez wierzycieli większego problemu dostrzegane i identyfikowane. Prawodawca unijny nie chciał natomiast, by miejsce omawianej jurysdykcji krajowej było wskazywane w oparciu o nieprzejrzyste i niedostrzegalne (lub też niedostatecznie dostrzegalne) dla wierzycieli okoliczności istniejące po stronie dłużnika i by jedynie z dużą trudnością dawało się ono ustalić.

Po drugie, w punkcie 4 preambuły do Rozporządzenia prawodawca wspólnotowy zawarł stwierdzenie, że „Dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego niezbędne jest unikanie sytuacji, w których strony byłyby skłonne do przenoszenia majątku lub postępowania sądowego z jednego Państwa Członkowskiego do innego w celu uzyskania korzystniejszej sytuacji prawnej (tzw. *„forum shopping”*)”. Tymczasem ta niepożądana przez prawodawcę wspólnotowego sytuacja, w której strony, a właściwie głównie sam dłużnik, byłby skłonny przenosić postępowanie upadłościowe (sądowe) ze swoim udziałem z jednego państwa do drugiego w poszukiwaniu jak najkorzystniejszej dla siebie sytuacji prawnej (czyli *forum shopping*) zaistniałaby właśnie wówczas, gdyby kryterium wskazujące (determinujące) jurysdykcję krajową w (transgranicznych) sprawach upadłościowych było niedostatecznie stabilne i trwałe oraz gdyby pozwalało dłużnikom na takie manipulowanie okolicznościami istniejącymi po ich stronie (i zależnymi od nich) oraz równocześnie relewantnymi z punktu widzenia wybranego kryterium, że możliwa byłaby szybka i bezproblemowa zmiana jurysdykcji krajowej (tj. takie zmanipulowanie okolicznościami relewantnymi z punktu widzenia tegoż kryterium, że w miejsce sądów państwa członkowskiego A jako dotychczas właściwych właściwymi międzynarodowo stałyby się w krótkim czasie sądy państwa członkowskiego B). Ponieważ ustawodawca wspólnotowy - jak to wyraźnie zadeklarował - chciał takiej właśnie sytuacji uniknąć, trzeba przyjąć, że tymże celem kierował się również (czy może nawet przede wszystkim) wtedy, gdy określał miarodajne kryterium jurysdykcji krajowej i że wybrane przez niego kryterium w postaci COMI umożliwia (przynajmniej co do zasady) wyeliminowanie niebezpieczeństwa *erom shopping*.

Po trzecie wreszcie, prawodawca wspólnotowy zakłada, że w miejscu, w którym znajduje się COMI powinno zostać wszczęte główne postępowanie upadłościowe z udziałem danego dłużnika, czyli postępowanie, które będzie miało co do zasady charakter uniwersalny, tj. obejmujący cały majątek dłużnika, także ten znajdujący się w innych państwach członkowskich. Wszelkie natomiast pozostałe ewentualne postępowania upadłościowe obejmujące majątek danego dłużnika mogą mieć jedynie charakter wtórny lub uboczny i są w pełni podporządkowane postępowaniu głównemu, prowadzonemu w miejscu, gdzie znajduje się COMI

(pkt 12 preambuły do Rozporządzenia; art. 3 ust. 2-4 Rozporządzenia). Tym samym prawodawca zakłada, że każdy dłużnik może mieć tylko jedno COMI i że to sądy jednego tylko państwa członkowskiego są uprawnione do wszczęcia głównego postępowania upadłościowego. Na przyjęcie powyższego założenia wskazują zresztą również następujące sformułowania użyte w ramach COMI: „główny” ośrodek „podstawowej” działalności dłużnika. Z założenia „główny” ośrodek „podstawowej” działalności może być tylko jeden, co do zasady powinno eliminować wszelkie możliwości zaistnienia konkurencyjnych jurysdykcji krajowych.

Omówione powyżej postanowienia Rozporządzenia nr 1346/2000 bez żadnej wątpliwości dowodzą tego, że wybierając COMI na miarodajne kryterium wskazujące jurysdykcję krajową w (transgranicznych) sprawach upadłościowych prawodawca wspólnotowy kierował się tym, że kryterium to wskazuje jurysdykcję w sposób dostatecznie przejrzysty i łatwo identyfikowalny dla wierzycieli, uniemożliwia (lub przynajmniej istotnie utrudnia) zaistnienie przypadków *forum shopping*, a także wyklucza co do zasady zaistnienie konkurencyjnej jurysdykcji krajowej. Od razu jednak trzeba w tym miejscu powiedzieć, że poszczególne sformułowania (zwroty) zawarte w wyrażeniu „główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika” są jednak dość ogólne i potencjalnie podatne na możliwość różnej ich interpretacji (dotyczy to chociażby zwrotu „podstawowa” działalność czy też „główny ośrodek”). Chcąc więc osiągnąć sytuację, w której jurysdykcja krajowa w sprawach upadłościowych będzie w sposób przejrzysty łatwo identyfikowalna dla wierzycieli, zostanie umiejscowiona w jednym tylko państwie oraz nie będzie możliwości dowolnego manipulowania ją w celu *forum shopping* (co było przecież celem wspólnotowego prawodawcy decydującego się na COMI), poszczególne zwroty zawarte w wyrażeniu „główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika” muszą być - właśnie w celu osiągnięcia opisaney wyżej pożądanej sytuacji - w odpowiedni sposób interpretowane (wykładane). Dokonując zatem operacyjnej wykładni pojęcia „główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika” należy się kierować (jako wskazówkami interpretacyjnymi) dokładnie tymi samymi wartościami aksjologicznymi (interesami), którymi kierował się też wspólnotowy prawodawca decydując się na COMI

V Interpretacja poszczególnych zwrotów mieszczących się w ramach pojęcia COMI

A) Działalność. Wykładnię poszczególnych zwrotów mieszczących się w pojęciu COMI należałoby rozpocząć od sformułowania „działalność”. W tym kontekście trzeba podkreślić, że tekście angielskim Rozporządzenia prawodawca

posłużył się w tym miejscu zwrotem „interesy” (*centre of a debtor's main interests*; podobnie w tekście niemieckim: *Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen*). W literaturze zauważa się w związku z tym, że sformułowanie „interesy” jest bardzo szerokie i pojemne. Używając zaś takiego szerokiego (ekstensywnego) określenia prawodawca wspólnotowy chciał objąć nim wszelkie rodzaje aktywności dłużnika: nie tylko te o charakterze *stricte* gospodarczym, a więc zawodową działalność handlową, przemysłową czy też usługową, ale również ogólną aktywność o charakterze ekonomicznym, nie będącą działalnością *stricte* gospodarczą. Ta ostatnia aktywność ma szczególne znaczenie w przypadku osób fizycznych będących konsumentami, a nie przedsiębiorcami (podmiotami gospodarczymi). Ich działalność, tj. działalność w zakresie prywatnej konsumpcji, nie będąca działalnością *stricte* gospodarczą, także się bowiem mieści z zakresie zastosowania Rozporządzenia nr 1346/2000 i ogólne sformułowanie „interesy” w pełni obejmuje także i tego rodzaju aktywność²⁰. Powyższa uwaga odnosi się także do polskiego określenia: „działalność”. Również i to ostatnie określenie jest w dostatecznym stopniu pojemne, obejmujące swoim zakresem przedmiotowym nie tylko działalność typowo gospodarczą, ale także działalność w sferze prywatnej konsumpcji.

B) „Podstawowa” działalność. Chociaż prawodawca wspólnotowy pozwala przy identyfikowaniu jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych kierować się zarówno gospodarczą, jak też niegospodarczą (np. w zakresie prywatnej konsumpcji) działalnością dłużnika (w zależności od tego, jaką konkretnie działalność dany dłużnik prowadzi), to jednak równocześnie wyraźnie rozstrzyga, iż zawsze musi wówczas chodzić o jego „podstawową” działalność. Bez względu zatem na to, czy dany dłużnik prowadzi działalność o charakterze gospodarczym czy też niegospodarczym, względnie też czy łączy oba te rodzaje działalności, przy rozstrzyganiu o jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych powinno się zawsze nastawiać na miejsce, w którym dłużnik ten prowadzi swoją „podstawową” działalność. W doktrynie zauważono, że sformułowanie „podstawowa” działalność ma znaczenie w przypadku ustalania jurysdykcji krajowej tych dłużników, którzy prowadzą swoją działalność w różnych miejscach, zwłaszcza jeżeli te różne miejsca znajdują się w dwóch lub więcej państwach członkowskich. Ponieważ każdy dłużnik powinien mieć tylko jedno swoje COMI, kwalifikator „podstawo-

²⁰ C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1010; S.-H. Undritz [w:] *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, op. cit., Rn. 3; A. Herchen: Aktuelle Entwicklungen im Recht der internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren: Der Mittelpunkt der (hauptsächlichen) Interessen im Mittelpunkt der Interessen, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht* 2004, nr 15, s. 827; S. Smid: *Judikatur zum internationalen Insolvenzrecht*, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht* 2004, nr 10, s. 400.

wa” (działalność) służy jako kryterium rozstrzygające o jurysdykcji krajowej w tych wszystkich przypadkach, gdy działalność dłużnika jest realizowana w więcej niż jednym miejscu²¹.

Od razu jednak trzeba powiedzieć, że kwalifikator „podstawowa” odnoszący się do działalności dłużnika może mieć również znaczenie w tych sytuacjach, gdy dłużnik prowadzi kilka różnych rodzajów działalności (tzn. różnych w sensie ich przedmiotu), bez względu zresztą na to, czy działalność ta jest prowadzona w jednym tylko miejscu, czy też w wielu różnych miejscach. W takich sytuacjach powinna zawsze istnieć możliwość ustalenia, który z tych (różnych) rodzajów działalności jest w przypadku danego dłużnika działalnością „podstawową”, a który jedynie działalnością uboczną lub dodatkową. Stąd też, biorąc powyższe pod uwagę, wydaje się, że - pomijając najprostszy przypadek, gdy dany dłużnik prowadzi jeden tylko rodzaj działalności i czyni to wyłącznie w jednym ściśle określonym miejscu - chcąc ustalić w prawidłowy sposób jurysdykcję krajową pod rządami Rozporządzenia nr 1346/2000 powinno się zawsze najpierw ustalać, który z różnych rodzajów prowadzonej przez danego dłużnika działalności (w sensie ich przedmiotu) zasługuje na miano działalności „podstawowej” (a który zaś jest jedynie działalnością uboczną lub dodatkową). Ustalając to należy się przy tym kierować bynajmniej nie kryteriami czysto subiektywnymi, uwzględniającymi punkt widzenia samego tylko dłużnika, ale raczej kryteriami bardziej zobiektywizowanymi, biorącymi pod uwagę punkt widzenia osób trzecich, w tym zwłaszcza ogółu wierzycieli. Należy więc dążyć do ustalenia, który z różnych rodzajów działalności dłużnika jest postrzegany jako „podstawowy” przez jego wierzycieli, czyli przez osoby wchodzące w bezpośrednie relacje cywilnoprawne z danym dłużnikiem. Nastawić się oczywiście trzeba na rozsądną ocenę tychże wierzycieli, kierujących się uzasadnionymi ekonomicznymi kryteriami.

W kontekście identyfikowania „podstawowej” działalności danego dłużnika na szczególną uwagę zasługuje przypadek osób fizycznych, które nie prowadzą żadnej działalności gospodarczej, lecz które wykonują jedynie działalność niesamodzielną w sensie prawnym, a więc np. działalność w ramach stosunku pracy (tj. w imieniu i na rzecz określonego pracodawcy). W przypadku takich osób należy uznać, że ich działalnością „podstawową” nie jest bynajmniej ta niesamodzielną działalność realizowana w ramach stosunku pracy. Trzeba raczej przyjąć, że „podstawową” działalnością tychże osób jest wówczas ich działalność w zakresie prywatnej konsumpcji (tj. działalność w charakterze prywatnych konsumentów).

²¹ S.-H. Undritz [w:] *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, op. cit., Rn. 4; C. Wiedemann: *Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI*, op. cit., s. 1010.

Wynika to stąd, że w przypadku takich osób główne przyczyny (powody) ich upadłości nie leżą bynajmniej w ich działalności zależnej (niesamodzielnej), lecz właśnie w działalności prowadzonej w sferze prywatnej konsumpcji²².

Tak pojmowana „podstawowa” działalność dłużnika może być oczywiście prowadzona w jednym określonym miejscu lub też co prawda w różnych miejscach, ale usytuowanych w jednym tylko państwie członkowskim. Wtedy też, z punktu widzenia ustalenia COMI, większe problemy nie powstają. Jeżeli jednak dany dłużnik prowadzi swoją „podstawową” (w sensie jej przedmiotu) działalność w więcej niż jednym państwie członkowskim, to wówczas - pamiętając cały czas o wartościach aksjologicznych, jakimi należy się kierować dokonując wykładni pojęcia COMI, jak też przy odnajdywaniu go w praktyce - należałoby zawsze ustalać to, która z tych („podstawowych”) działalności posiada większe znaczenie w sensie gospodarczym niż pozostałe przejawy jego „podstawowej” działalności, prowadzone w innych miejscach, tzn. w innych państwach członkowskich. Innymi słowy, powinno się wtedy dążyć do zidentyfikowania działalności „podstawowej”, ale „podstawowej” w sensie terytorialnym (przestrzennym), co będzie niejako drugim etapem oceny, po dokonaniu uprzedniego już ustalenia, która działalność danego dłużnika jest „podstawowa” w sensie jej przedmiotu. Również i w tym drugim etapie oceny powinno się brać pod uwagę rozsądną i uwarunkowaną czynnikami ekonomicznymi ewaluację ze strony wierzycieli (innych osób trzecich). Nie chodzi tu przy tym o jednostkowy punkt widzenia ze strony konkretnego wierzyciela lub wierzycieli, ale o ocenę zgeneralizowaną, w ramach której miarodajnym punktem odniesienia jest ogół wierzycieli (innych osób trzecich) ujmowanych jako pewna (idealna, modelowa) całość. Może być natomiast kwestią sporną to, czy w ramach ewaluowania działalności prowadzonych przez danego dłużnika w różnych miejscach (tzn. w różnych państwach członkowskich), gdy któraś z tych działalności jest kwalifikowana jako „podstawowa”, rozstrzygające znaczenie należy przypisać jakimś konkretnym i mierzalnym kryteriom (czynnikom), jak chociażby wielkości obrotów lub też liczbie zatrudnionych przy danej działalności pracowników. Wydaje się, że te ostatnie (mieralne) kryteria nie powinny mieć jednak znaczenia wyłącznie rozstrzygającego (i jedynie w tym kontekście miarodajnego), choć oczywiście należy je zawsze uwzględniać w ramach całościowej i pogłębionej oceny

C) Główny ośrodek. Kolejnym etapem przy identyfikowaniu COMI konkretnego dłużnika jest ustalenie, gdzie leży „główny ośrodek” (ang. *centre*, niem.

²² C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1011.

²³ C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1010.

Mittelpunkt) opisanej wyżej jego „podstawowej” działalności. W tym kontekście prawodawca wspólnotowy wyjaśnia, że „główny ośrodek” podstawowej działalności dłużnika jest to „miejsce, w którym dłużnik zazwyczaj zarządza swoją działalnością i jako takie jest rozpoznawalne przez osoby trzecie” (pkt 13 preambuły do Rozporządzenia). Z powyższej podanej przez prawodawcę wskazówki wynika, że COMI konkretnego dłużnika wcale niekoniecznie jest miejscem, gdzie podstawowa działalność danego dłużnika jest w sensie operacyjnym prowadzona. Jest to raczej miejsce, z którego, po pierwsze, działalność ta jest „zarządzana” i które, po drugie, jest w tym charakterze rozpoznawane przez osoby trzecie, do których to osób trzecich - jak była już o tym wyżej mowa - należą przede wszystkim wierzyciele.

Jeżeli chodzi o miejsce, z którego następuje „zarządzanie” daną (podstawową) działalnością dłużnika (i które to miejsce należy co do zasady uznać za COMI danego dłużnika), to trzeba przyznać, że w doktrynie wskazywane są bardzo różne kryteria jako mogące służyć przy ustalaniu tegoż miejsca. Najogólniej można powiedzieć, że „zarządzanie” daną działalnością następuje w miejscu, z którego działalność ta jest kierowana²⁴, przy czym chodzi tutaj co do zasady o kierownictwo codzienne i bieżące (operacyjne). O „zarządzaniu” daną działalnością (w rozumieniu pkt 13 preambuły do Rozporządzenia) nie świadczy natomiast sam tylko fakt, że w danym miejscu zapadają strategiczne rozstrzygnięcia dotyczące prowadzenia danej działalności lub też że w tymże miejscu dana działalność jest faktycznie prowadzona²⁵. Nie jest też - jak przynajmniej utrzymują niektórzy przedstawiciele doktryny - w omawianym kontekście rozstrzygającym czynnikiem to, że w danym miejscu zawierana jest większość umów związanych z działalnością danego dłużnika lub też że przebywa tam (ma swoją siedzibę) większość wierzycieli danego dłużnika²⁶.

Często się przy tym twierdzi, że w omawianym kontekście chodzi tak naprawdę o miejsce, w którym znajduje się efektywna (czy też rzeczywista) siedziba zarządu dłużnika (w rozumieniu tzw. teorii siedziby)²⁷. W doktrynie międzyna-

²⁴ H. Haarmeyer, G. Pape, G. Stephan, C. Nickert: *Formularbuch Insolvenzrecht*, op. cit., Rn. 50; A. Konecny: *Thesen zum Mittelpunkt der hauptsächlichen Schuldnerinteressen* gem art 3 Abs 1 EulnsVO, *Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz* 2005, nr 1, pkt 3.5.

²⁵ A. Konecny: *EuGH zu internationaler Zuständigkeit, Eröffnung und Anerkennung von Haujrtinsolvenzverfahren*, *Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz* 2006, nr 5, s. 150.

²⁶ A. Konecny: *Thesen zum Mittelpunkt der hauptsächlichen Schuldnerinteressen*, op. cit., pkt 3.5.

²⁷ Tak H. Eidenmüller: *Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen*, op. cit., s. 3456-3457; I Saenger, U. Klockenbrink: *Neue Grenzen für ein forum shopping des Insolvenzschuldners?*, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und insolvenzrecht* 2006, nr 5, s. 184.

rodowego prawa spółek oraz w ukształtowanym na tym tle orzecznictwie sądowym pod pojęciem efektywnej czy też rzeczywistej siedziby zarządu rozumie się zaś najczęściej „miejsce, w którym zasadnicze rozstrzygnięcia zarządu czy też kierownictwa spółki są efektywnie transponowane czy też przeobrażane (przekształcane) w bieżące akty prowadzenia interesów spółki”²⁸. Z kolei „miejsce, w którym zasadnicze rozstrzygnięcia zarządu czy też kierownictwa spółki są efektywnie transponowane czy też przeobrażane (przekształcane) w bieżące akty prowadzenia interesów spółki” jest to po prostu miejsce, w którym członkowie zarządu spółki, a więc osoby powołane do kierowania spółką oraz do prowadzenia jej spraw, podejmują oraz równocześnie ujawniają na zewnątrz (uzewnętrzniają) rozmaite decyzje oraz rozstrzygnięcia dotyczące kwestii związanych z bieżącym i codziennym prowadzeniem spraw spółki, komunikując te decyzje i rozstrzygnięcia różnym podporządkowanym zarządowi (kierownictwu) spółki jednostkom organizacyjnym oraz wydziałom (pod postacią wytycznych oraz poleceń). Nie jest to przy tym w żadnym razie miejsce, gdzie kształtuje się wewnętrzna wola organów zarządzających spółką. Nie jest to również miejsce, gdzie będące uzewnętrznieniem tej woli decyzje oraz rozstrzygnięcia zarządu są następnie faktycznie wykonywane (realizowane) oraz gdzie wywołują one swoje ostateczne skutki. Rozstrzygające jest bowiem to miejsce, gdzie wola członków zarządu dotycząca prowadzenia bieżących spraw (interesów) spółki jest ujawniana i komunikowana na zewnątrz, stając się dostrzegalna dla otoczenia, w tym zwłaszcza dla jednostek i wydziałów podporządkowanych zarządowi (kierownictwu) spółki²⁹.

Biorąc powyższe pod uwagę można zatem powiedzieć, że rzeczywista siedziba spółki (lub też inaczej rzeczywista czy też faktyczna siedziba głównego zarządu spółki) jest to miejsce, w którym zostają podjęte oraz jednocześnie ujaw-

²⁸ A. Jüttner: *Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit*, Frankfurt am Main 2005, s. 17; M. Brombach: *Das Internationale Gesellschaftsrecht im Spannungsfeld von Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit*, Jena 2006, s. 24; C. T. Ebenroth: *Neuere Entwicklungen im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht - Teil 1*, *Juristenzeitung* 1988, nr 1, s. 22; B. Knobbe-Keuk: *Umzug von Gesellschaften in Europa*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 1990, Band 154, s. 326; A. Spahlinger, G. Wegen: *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*, op. cit., s. 18; B. von Hoffmann, K. Thorn: *Internationales Privatrecht*, München 2005, s. 290.

²⁹ Por. C. T. Ebenroth: *Handels- und Gesellschaftsrecht [w:] Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 7. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Internationales Privatrecht*, red. H. J. Sonnenberger, München 1990, s. 473; tenże: *Neuere Entwicklungen im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht - Teil 1*, op. cit., s. 22; C. T. Ebenroth, E. Neiß: *Voraussetzungen der steuerlichen Abschirmwirkung für Finanzierungsgesellschaften in den Niederlanden*, *Betriebs-Berater* 1990, nr 3, s. 151; A. Spahlinger, G. Wegen: *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*, op. cit., s. 19-20.

nione na zewnątrz rozstrzygnięcia zarządu dotyczące prowadzenia spraw spółki (np. dotyczące kwestii związanych z produkcją, zbytem, inwestycjami, polityką personalną), przy czym podjęcie i ujawnienie tychże rozstrzygnięć na zewnątrz można uznać za przekształcenie woli członków zarządu w bieżące akty prowadzenia interesów spółki.

Rozważając zasadność powyższego stanowiska interpretacyjnego, utożsamiającego miejsce, z którego następuje „zarządzanie” (podstawową) działalnością danego dłużnika z efektywną (rzeczywistą) siedzibą jego zarządu (w znaczeniu przyjmowanym w międzynarodowym prawie spółek) należy wszakże cały czas pamiętać o tym, że zgodnie z pkt 13 preambuły do Rozporządzenia nr 1346/ 2000 dane miejsce „zarządzania” podstawową działalnością danego dłużnika dopiero wtedy będzie mogło być kwalifikowane jako „główny ośrodek” tej działalności, gdy będzie rozpoznawalne (dostrzegalne) w tym charakterze przez osoby trzecie (wierzycieli). Tak też musi być zatem w przypadku efektywnej (rzeczywistej) siedziby zarządu. Wprawdzie w ramach przytoczonej powyżej definicji efektywnej siedziby zarządu wyraźnie podkreśla się to, że w miejscu owej siedziby rozstrzygnięcia ciała (organu) zarządzającego danym podmiotem (spółką) muszą być ujawniane dla otoczenia, tym niemniej wzmiankowane upublicznianie tychże rozstrzygnięć następuje przede wszystkim w odniesieniu do jednostek organizacyjnych podporządkowanych wspomnianemu ciału (które to jednostki organizacyjne wzmiankowane rozstrzygnięcia wcielają następnie w życie) i wcale niekoniecznie musi być równoznaczne z ujawnianiem ich ogółowi (tj. wszystkim uczestnikom obrotu prawnego). Nie można przy tym wykluczyć sytuacji, że osobom stojącym na zewnątrz danego podmiotu (dłużnika) nie tylko nie będzie ujawniana treść przeważającej części z tychże rozstrzygnięć, ale że osoby te nie będą również w posiadaniu wiedzy na temat tego, gdzie te rozstrzygnięcia są podejmowane i przekształcane w bieżące akty prowadzenia interesów spółki (w znaczeniu przyjętym w międzynarodowym prawie spółek). Dlatego też trzeba przyjąć, że efektywna (rzeczywista) siedziba danego podmiotu (dłużnika) jedynie wtedy będzie mogła zostać uznana za „główny ośrodek” działalności dłużnika, gdy osoby trzecie, w tym zwłaszcza wierzyciele, w oparciu o określone obiektywne okoliczności, będą mieli dostateczną świadomość tego, iż to właśnie w tym miejscu zapadają (i zostają ujawnione właściwym jednostkom organizacyjnym) zasadnicze decyzje dotyczące kierowania (podstawową) działalnością dłużnika i że miejsce to stanowi centrum operacyjnego (bieżącego, codziennego) zarządzania wzmiankowaną działalnością.

Równie dobrze jednak może być tak, że wierzyciele danego dłużnika, nie mając dostatecznego rozeznania na temat tego, gdzie znajduje się efektywna siedziba zarządu tegoż dłużnika, za miejsce zarządzania podstawową działalnością dłużnika

będą uznawali miejsce, gdzie znajdują się określone należące do niego struktury organizacyjne, takie np. jak biura, wraz z personelem i rozmaitymi urządzeniami komunikacyjnymi³⁰, względnie też miejsce, w którym działają (wykonują swoje czynności) osoby pełniące funkcję organu danego podmiotu (np. członkowie zarządu spółki) lub też osoby będące pełnomocnikami (prokurentami)³¹. Chodzi zatem o osoby uprawnione do dokonywania za dłużnika (w jego imieniu) czynności prawnych, konstytuujących konkretne stosunki prawne. Należy przy tym przyjąć, że miejsce działania osób dokonujących za dłużnika czynności prawnych o wiele częściej będzie rozpoznawalne i kojarzone przez osoby trzecie jako miejsce zarządzania działalnością dłużnika niż miejsce dokonywania samych tylko czynności faktycznych związanych z przedmiotem działania dłużnika. U osób trzecich miejsce działania osób dokonujących za dłużnika czynności prawnych budzi bowiem większe zaufanie jako miejsce identyfikowalne z zarządzaniem działalnością dłużnika³².

Odnosząc się z kolei bliżej do zawartego w pkt 13 preambuły do omawianego tutaj Rozporządzenia wymogu, że miejsce zarządzania (podstawową) działalnością dłużnika musi być jako takie rozpoznawalne przez osoby trzecie, w tym głównie przez wierzycieli (i dopiero wtedy jest „głównym ośrodkiem” tej działalności), w doktrynie podkreśla się, że nie chodzi tutaj bynajmniej o konkretną rozpoznawalność, w sensie wymogu posiadania pozytywnej wiedzy przez ściśle określonych wierzycieli o konkretnych okolicznościach związanych z zarządzaniem działalnością dłużnika. Gdyby tak właśnie ów wymóg był rozumiany, to wówczas - w razie sporu - sąd musiałby zawsze ustalać to, kiedy, o czym i w jaki sposób określony wierzyciel uzyskał informację (wiedzę), co byłoby z kolei podejściem zbyt uciążliwym i niepraktycznym. Omawiany wymóg rozpoznawalności może być zatem pojmowany w sensie abstrakcyjnym. Co do zasady wystarczy zatem ustalenie, że w oparciu o określone (obiektywne) okoliczności związane z działalnością dłużnika (np. fakt, że w danym miejscu znajduje się efektywna siedziba zarządu danego dłużnika lub też że działają tam osoby pełniące funkcję organu lub pełnomocnika dłużnika) przeciętny (obiektywny) wierzyciel byłby - przynajmniej potencjalnie (tj. gdyby chciał się o tym poinformować) - w stanie zidentyfikować dane miejsce jako miejsce zarządzania działalnością określonego dłużnika³³.

³⁰ H. Haarmeyer, G. Pape, G. Stephan, C. Nickert: *Formularbuch Insolvenzrecht*, op. cit., Rn. 50.

³¹ *Nota bene*, wymienione tutaj miejsca mogą się niekiedy pokrywać z miejscem efektywnej (rzeczywistej) siedziby zarządu dłużnika.

³² A Herchen: *Aktuelle Entwicklungen im Recht der internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren*, op. cit., s. 828.

³³ C. Wiedemann: *Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI*, op. cit., s. 1011; C. Poertgen, D. Adam: *Die Bestimmung des centre of main interests*“gem.

Podkreśla się przy tym, że z punktu widzenia wymogu (co najmniej potencjalnej i abstrakcyjnej) rozpoznawalności przez wierzycieli danego miejsca jako miejsca zarządzania działalnością określonego dłużnika wszyscy wierzyciele danego dłużnika (jako miarodajny w takich przypadkach punkt odniesienia) powinni być traktowani jednakowo, w tym mianowicie sensie, że należy uwzględniać punkt widzenia wszystkich wierzycieli, a nie nastawiać się wyłącznie na tych największych spośród nich, a więc na tych, których wierzytelności osiągają najwyższą wartość w relacji do roszczeń pozostałych wierzycieli³⁴. Inna sprawa, że niekiedy punkty widzenia poszczególnych kategorii wierzycieli mogą się w omawianym zakresie znacząco różnić, jako że poszczególne grupy wierzycieli (np. instytucje finansowe z jednej strony, zaś dostawcy towarów z drugiej strony) mogą (na podstawie nieco innych okoliczności, na jakie zwracają oni uwagę) postrzegać zupełnie inne miejsca jako te, z których następuje zarządzanie (podstawową) działalnością danego dłużnika³⁵. Pozostaje kwestią otwartą, czy w takich przypadkach nie można by jednak nastawić się na punkt widzenia największych wierzycieli³⁶.

W omawianym tutaj kontekście warto jeszcze dodać, że oprócz wierzycieli do kategorii „osób trzecich” w rozumieniu pkt 13 preambuły do Rozporządzenia nr 1346/2000 mogą niekiedy należeć inne jeszcze podmioty, jak np. władze publiczne, które udzieliły danemu dłużnikowi zezwolenia na określoną działalność lub też organizacje przedsiębiorców, których dany dłużnik jest członkiem³⁷.

VI COMI spółek i innych osób prawnych (z jednej strony) oraz osób fizycznych (z drugiej strony)

Przedstawiona w poprzednim punkcie (w miarę jednolita) struktura pojęcia COMI nie wyklucza tego, że ów główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika powinien być nieco inaczej pojmowany *in abstracto* i ustalany w praktyce

Art. 3 Abs. 1 Eulns VO, op. cit., s. 507; A. Konecny: Thesen zum Mittelpunkt der hauptsächlichlichen Schuldnerinteressen, op. cit., pkt 3.4; P. Mańkowski: Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts durch die Eurofood-Entscheidung?, Betriebs-Berater 2006, nr 33, s. 1754-1755.

³⁴ C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1011; S. Schilling, J. Schmidt: COMI und vorläufiger Insolvenzverwalter, op. cit., s. 117.

³⁵ H. Eidenmüller: Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen, op. cit., s. 3457; C. Poertzgen, D. Adam: Die Bestimmung des “centre of main interests” gem. Art. 3 Abs. 1 EulnsVO, op. cit., s. 507.

³⁶ H. Eidenmüller: Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen, op. cit., s. 3457.

³⁷ A. Herchen: Aktuelle Entwicklungen im Recht der internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren, op. cit., s. 827.

w przypadku spółek i innych osób prawnych (z jednej strony) oraz w przypadku osób fizycznych (z drugiej strony). W przypadku spółek i innych osób prawnych opisane w poprzednim punkcie postępowanie, polegające na identyfikowaniu „podstawowej” działalności danego dłużnika, a następnie na ustalaniu tego, które konkretnie miejsce jest postrzegane przez osoby trzecie (wierzycieli) jako miejsce bieżącego (codziennego) i operatywnego zarządzania tą działalnością (co z kolei kwalifikuje to miejsce jako „główny ośrodek” tejże działalności), powinno być przeprowadzane dopiero wtedy, gdy dany sąd upadłościowy nie oprze się w tym względzie na domniemaniu wyspecyfikowanym w art. 3 ust. 1 zd. 2 Rozporządzenia nr 1346/2000, mówiącym o tym, iż „w przypadku spółek i osób prawnych domniemywa się, że głównym ośrodkiem ich podstawowej działalności jest siedziba określona w statucie, chyba że zostanie przeprowadzony dowód przeciwny”. Od razu jednak trzeba w tym miejscu powiedzieć, że co do natury tego domniemania brak jest w doktrynie oraz w orzecznictwie sądowym poszczególnych państw członkowskich jednomyślności. I tak, z jednej strony twierdzi się, że sąd nie musi z urzędu przeprowadzać dowodów na okoliczność ustalenia COMI konkretnego dłużnika będącego spółką lub inną osobą prawną i może się w tym względzie całkowicie zdać na domniemanie wyspecyfikowane w przytoczonym przepisie. Wyjątkiem od tego jest sytuacja, gdy istnieją w tym względzie określone już i konkretne poszlaki wskazujące na to, że COMI danego dłużnika znajduje się w innym miejscu niż jego siedziba statutowa. Poszlaki te mogą wynikać np. z wypowiedzi samego dłużnika, z informacji przekazywanych w mediach lub dostępnych danemu sądowi z urzędu. Z drugiej strony broniony jest pogląd, że żaden sąd nie może się zdać jedynie na domniemanie zawarte w art. 3 ust. 1 Rozporządzenia nr 1346/2000, lecz zawsze musi z urzędu ustalać to, w którym miejscu znajduje się COMI konkretnego dłużnika. Tego rodzaju ustalenia powinien on przy tym czynić zawsze, a nie tylko w razie pojawienia się w tym względzie określonych wątpliwości³⁸. Można się też spotkać ze stanowiskiem, że o tym, czy sąd ma z urzędu przeprowadzać stosowne ustalenia dotyczące zlokalizowania COMI określonego dłużnika (względnie też czy jest zasadniczo od tego uwolniony i może się zdać na opisane domniemanie) rozstrzyga każdorazowo *lex fori processus*³⁹. Jak się przy tym wydaje, najbardziej trafny jest pogląd pierwszy, jako że z jednej strony pozwala on na zachowanie (i utrzymanie właściwej rangi) domniemania ustanowionego przecież przez ustawodawcę wspólnotowego, zaś

³⁸ S. Smid: Judikatur zum internationalen Insolvenzrecht, op. cit., s. 401; C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1009-1010.

³⁹ A Herchen: Aktuelle Entwicklungen im Recht der internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren, op. cit., s. 826.

z drugiej strony umożliwia on poszczególnym stronom postępowania wykazywanie okoliczności przeczących wnioskowi płynącemu z tegoż domniemania oraz zobowiązuje wówczas sąd upadłościowy do dokładnego ustalenia COMI określonego dłużnika

W przypadku osób fizycznych jako dłużników upadłościowych w Rozporządzeniu brak jest analogicznego domniemania, jak to ma miejsce w odniesieniu do spółek i osób prawnych. Wiele jest wszakże racji w twierdzeniu, że w przypadku osób fizycznych nie prowadzących samodzielnej działalności gospodarczej, których - jak już wcześniej wspomniano - podstawowa działalność przejawia się (co do zasady) poprzez działalność w zakresie prywatnej konsumpcji, głównym ośrodkiem tej ich podstawowej działalności będzie zazwyczaj - co nie znaczy rzecz jasna, że w każdym przypadku - miejsce zwykłego pobytu tychże osób⁴⁰, a więc miejsce, które jest głównym ośrodkiem życiowym tychże osób i w którym osoby te są (w sensie zawodowym lub rodzinnym) trwale zakorzenione. Chodzi zatem o miejsce, z którym dana osoba fizyczna wykazuje silny socjalny związek, przejawiający się na zewnątrz poprzez określone obiektywne okoliczności (np. dana osoba mieszka i stale przebywa w danym miejscu, pracuje tam, posiada tam rodzinę), nie uzależniony od okoliczności czysto subiektywnych (tj. zamiaru danej

osoby)⁴¹. Trudno byłoby natomiast za główny ośrodek podstawowej działalności osób fizycznych nie prowadzących samodzielnej działalności gospodarczej uznawać ich miejsce zamieszkania (jak to się niekiedy proponuje)⁴². To ostatnie miejsce jest w omawianym kontekście o tyle nieodpowiednie, że w poszczególnych porządkach prawnych miejsce zamieszkania jest bardzo różnie definiowane⁴³, przy czym różnice te dotyczą m. in. tzw. ustawowego miejsca zamieszkania, możliwości posiadania więcej niż jednego miejsca zamieszkania, przesłanek zmiany dotychczasowego miejsca zamieszkania, a także relewantności w tym zakresie elementów czysto subiektywnych (czyli woli stałego pobytu w określonym miejscu). Te wszystkie występujące w krajowych porządkach prawnych różnice w zakresie zdefiniowania miejsca zamieszkania sprawiają, że ewentualne przyjęcie, iż COMI dłużnika prowadzącego niesamodzielną działalność znajduje się w miejscu jego zamieszkania wywołałoby ryzyko, iż sądy w poszczególnych państwach człon-

⁴⁰ C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1012-1013; B. Knof: Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs- Tourismus, op. cit., s. 1021-1022.

⁴¹ B. von Hoffmann, K. Thorn: Internationales Privatrecht, op. cit., s. 208.

⁴² H. Schack: Internationales Zivilverfahrensrecht, München 2002, s. 442; S.-H. Undritz [w:] Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, op. cit., Rn. 8.

⁴³ B. von Hoffmann, K. Thorn: Internationales Privatrecht, op. cit., s. 204-206.

kowskich usytuowałyby omawiane miejsce w zupełnie różnych państwach, co z kolei kłóciłoby się jednym z podstawowych założeń określających jurysdykcję krajową w (transgranicznych) sprawach upadłościowych, że mianowicie dany dłużnik upadłościowy może mieć tylko jedno COMI i że to w tym właśnie miejscu powinno być wszczęte główne postępowanie upadłościowe⁴⁴. Ponadto w niektórych porządkach prawnych jednym z czynników determinujących miejsce zamieszkania danej osoby fizycznej jest jej wewnętrzna wola (zamiar) pobytu w danej miejscowości (tak jest m. in. w prawie polskim oraz niemieckim). Wewnętrzna zaś wola danej osoby, przynajmniej gdy nie jest w dostateczny sposób ujawniona na zewnątrz, nie jest dostrzegalna dla osób trzecich (jest to więc element subiektywny)⁴⁵. Tymczasem z pkt 13 preambuły do Rozporządzenia jasno przecież wynika, że to osoby trzecie powinny postrzegać dane miejsce (na podstawie określonych zobiektywizowanych okoliczności) jako główny ośrodek podstawowej działalności danego dłużnika (i właśnie to ostatecznie rozstrzyga o COMI danego dłużnika).

Z kolei w przypadku tych osób fizycznych, które prowadzą samodzielną działalność gospodarczą ich COMI będzie się - na ogólnych zasadach - znajdowało w tym miejscu, które przez osoby trzecie (głównie przez wierzycieli) jest postrzegane (identyfikowane) jako miejsce (operatywnego i bieżącego) zarządzania ich podstawową działalnością. Wprawdzie twierdzi się niekiedy, że miejscem tym - inaczej niż w przypadku osób fizycznych prowadzących niesamodzielną działalność - nie będzie miejsce ich zwykłego pobytu⁴⁶, tym niemniej w poszczególnych (konkretnych) przypadkach wykluczyć się tego całkowicie nie da. Skoro bowiem dana osoba fizyczna stale przebywa w określonym miejscu i zlokalizowała w nim główny punkt swojej życiowej aktywności (co uczyniło to miejsce miejscem zwykłego pobytu tejże osoby), to nie można wykluczyć, iż właśnie z tego miejsca - i to w sposób widoczny dla osób trzecich - zarządza również swoją podstawową działalnością.

Może się oczywiście zdarzyć i tak, że dana osoba fizyczna samodzielnie nie zarządza prowadzoną przez siebie (tj. w jej imieniu) działalnością gospodarczą, lecz wyznaczyła w tym celu swojego pełnomocnika lub prokurenta, który jest w pełni uprawniony do bieżącego i operatywnego zarządzania tę wchodzącą w grę działalnością. W takich przypadkach COMI danego dłużnika będzie się

⁴⁴ C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1012.

⁴⁵ B. Knof: Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs- Tourismus, op. cit., s. 1022.

⁴⁶ C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1013.

rzecz jasna znajdował w miejscu, w którym przebywa i wykonuje swoje czynności wzmiankowany pełnomocnik lub prokurent, zakładając rzecz jasna, że tak właśnie postrzegają to osoby trzecie.

VII COMI w przypadku spółek (osób prawnych) wchodzących w skład struktur koncernowych

Jednym z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień związanych jurysdykcją krajową w (transgranicznych) sprawach upadłościowych jest wyznaczenie tej jurysdykcji w przypadku spółek (ew. innych osób prawnych), które wchodzą w skład pewnych szerszych transgranicznych struktur koncernowych, a więc które są powiązane ze spółkami posiadającymi swoją siedzibę w innych państwach członkowskich określonymi więzami kapitałowymi, sprawiającymi, że spółka z innego państwa (tzw. spółka-matka) kontroluje (posiada dominujący wpływ na) działalność danej krajowej spółki (spółki zależnej, spółki-córki), niekiedy także poprzez inne jeszcze spółki.

Jednym z możliwych (potencjalnych) sposobów wyznaczania jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych z udziałem transgranicznych koncernów jest przyjęcie, że wszczęcie głównego postępowania upadłościowego wobec spółki-matki powoduje objęcie skutkami tego postępowania (czyli przede wszystkim zajęciem) również tego majątku, który należy do spółek zależnych. Można by bowiem założyć, że skoro udziały lub akcje posiadane przez spółkę-matkę w spółkach-córkach są normalnymi składnikami majątku spółki-matki, to tym samym, niejako pośrednio, do spółki-matki należy też majątek samych spółek-córek. W związku z tym, jak można by sądzić, główne postępowanie upadłościowe prowadzone wobec spółki-matki powinno powodować również zajęcie majątku spółek-córek, jako należącego - przynajmniej pośrednio - do spółki-matki. W takim układzie wobec spółek-córek nie byłoby nigdy wszczynane główne (samodzielne) postępowanie upadłościowe, lecz podlegałyby one zawsze w tym względzie głównemu postępowaniu upadłościowemu prowadzonemu wobec ich spółki-matki, wszczynanemu w państwie, w którym znajduje się COMI tejże spółki-matki (zgodnie z prawem tego właśnie państwa). Wobec zaś spółek-córek można by co najwyżej prowadzić wtórne postępowanie upadłościowe.

Od razu jednak trzeba w tym miejscu powiedzieć, że Rozporządzenie nr 1346/2000 bynajmniej nie przyjmuje takiej właśnie koncepcji wyznaczania jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych z udziałem transgranicznych koncernów. Ustawodawca wspólnotowy przyjął bowiem paradygmat, zgodnie z którym wobec każdego odrębnego i samodzielnego w sensie prawnym podmiotu prawa

(tj. wobec każdej jednostki organizacyjnej posiadającej własną, odrębną podmiotowość prawną) powinno być prowadzone osobne (odrębne) postępowanie upadłościowe (w miejscu jego COMI) (każda taka jednostka jest więc - na potrzeby Rozporządzenia nr 1346/2000 - odrębnym i samodzielny dłużnikiem upadłościowym), bez względu na fakt, czy podmiot taki jest w sensie kapitałowym kontrolowany (podlega dominującemu wpływowi) innych jeszcze podmiotów, także tych usytuowanych w innych państwach członkowskich, wchodząc tym samym w skład pewnych szerszych transgranicznych struktur koncernowych. Rzecz jasna, zgodnie z zasadą uniwersalizmu postępowania upadłościowego, postępowanie wszczęte wobec danego dłużnika obejmuje również (podlegający w takich przypadkach zajęciu) jego majątek usytuowany w innych państwach członkowskich, jak chociażby majątek uprzedmiotowiony w postaci „oddziału” w rozumieniu art. 2 lit. h) Rozporządzenia Tym niemniej ta zasada uniwersalizmu obejmuje jedynie majątek należący do danego dłużnika w sensie prawnym i nie dotyczy bynajmniej majątku odrębnych (w sensie prawnym) od dłużnika upadłościowego podmiotów prawa, które są powiązane z dłużnikiem jedynie w sensie kapitałowym (tj. w których dłużnika posiada udziały bądź akcje). Wobec tych ostatnich podmiotów, a więc wobec spółek-córek, powinno być prowadzone odrębne postępowanie upadłościowe (w miejscu ich COMI) (jeżeli rzecz jasna zachodzą przesłanki ogłoszenia ich upadłości, oceniane wobec nich w sposób indywidualny; nie ma zatem w omawianym zakresie żadnego automatyzmu pomiędzy ogłoszeniem upadłości spółki-matki a ogłoszeniem upadłości wobec spółki-córki), przy czym wszczęcie wobec każdej takiej spółki-córki odrębnego postępowania upadłościowego w oczywisty sposób wiąże się z koniecznością uprzedniego wyznaczenia w odniesieniu do niej jurysdykcji krajowej. Powstaje zatem w tym kontekście problem, w jaki sposób powinno się ustalać COMI wchodzącej w skład transgranicznego koncernu spółki-córki (determinujące miejsce jurysdykcji krajowej).

Należy tu stwierdzić, że w doktrynie oraz w orzecznictwie sądowym poszczególnych państw członkowskich brak jest jednolitości stanowisk odnośnie do wyznaczania COMI spółki-córki będącej częścią transgranicznego koncernu. I tak, sądy angielskie (oraz tamtejsza doktryna) preferują podejście zgodne z tzw. teorią „*mind of management*”. Teoria ta uznaje, że COMI spółki-córki znajduje się w miejscu, w którym podejmowane są najistotniejsze strategiczne (kierownicze) rozstrzygnięcia dotyczące tejże spółki-córki, względnie też w którym realizowane

⁴⁷ S. Smid: *Judikatur zum internationalen Insolvenzrecht*, op. cit., s. 399; S. L. Bufford: *International Insolvency Case Venue in the European Union: The Parmalat and Daisytec Controversies*, *Columbia Journal of European Law* 2006, vol. 12, s. 465; L. M. LoPucki: *Universalism Unravels*, *American Bankruptcy Law Journal* 2005, vol. 79, s. 152.

są centralne funkcje zarządzające w odniesieniu do niej („*head office fonctions*”). W przypadku spółek-córek oznacza to tak naprawdę, że ich COMI znajduje się w miejscu siedziby (oraz równocześnie w miejscu będącym COMI) ich spółki- matki. W rezultacie, chociaż w odniesieniu do spółki-córki powinno być wszczęte odrębne główne postępowanie upadłościowe (toczone niezależnie od ewentualnego głównego postępowania upadłościowego prowadzonego wobec spółki-matki), to jednak do wszczęcia takiego postępowania upadłościowego międzynarodowo uprawnione są sądy tego samego państwa członkowskiego, które są równocześnie międzynarodowo uprawnione do wszczęcia (głównego) postępowania upadłościowego wobec spółki-matki. Tym samym, przy założeniu przyjęcia omawianej teorii, odrębne postępowania upadłościowe wobec wszystkich spółek wchodzących w skład transgranicznego koncernu byłyby prowadzone przez sądy tego samego państwa oraz zgodnie z tym samym prawem (upadłościowym)⁴⁸.

Z kolei w państwach kontynentalnych sądy oraz tamtejsza doktryna w większości odrzucają teorię „*mind of management*” („*head office fonctions*”) i przyjmują konkurencyjną względem niej teorię *fousiness-activity*”. Teoria ta zakłada, że COMI spółki-córki znajduje się w miejscu, w którym prowadzi ona normalną i operacyjną działalność gospodarczą i które to miejsce jest dostrzegane oraz identyfikowane przez osoby trzecie. Teoria ta odrzuca zatem możliwość ustalania COMI spółki-córki w oparciu o elementy czy kryteria, które nie są dostrzegalne przez osoby trzecie i podlegają dowolnemu kształtowaniu wewnątrz struktury danego koncernu⁴⁹.

Dla rozstrzygnięcia powyższego dylematu na gruncie Rozporządzenia nr 1346/2000 najistotniejsze znaczenie ma orzeczenie Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Parmalat/Eurofood*⁵⁰. Sprawa ta dotyczyła upadłości spółek wchodzących w skład koncernu *Parmalat*, którego główna spółka-matka posiadała swoją statutową siedzibę oraz równocześnie COMI na terenie Włoch. Jedną ze spółek- córek wchodzących w skład tegoż koncernu była spółka *Eurofood IFSC Etd*, która zajmowała się finansowaniem omawianego koncernu poprzez emisję pożyczek.

⁴⁸ P. Mańkowski: Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts..., op. cit., s. 1754; C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1013; S. Schilling, J. Schmidt: COMI und vorläufiger Insolvenzverwalter, op. cit., s. 116; S.-H. Undritz [w:] Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, op. cit., Rn. 32; A Herchen: Aktuelle Entwicklungen im Recht der internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren, op. cit., s. 826.

⁴⁹ C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1013; S.-H. Undritz [w:] Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, op. cit., Rn. 33.

⁵⁰ Orzeczenie ETS w sprawie C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd*, Zbiór Orzeczeń 2006, s. 1-3813.

Siedziba statutowa tej ostatniej spółki znajdowała się w Irlandii (a konkretnie w jednej z kancelarii adwokackich w Dublinie), przy czym spółka ta nie zatrudniała nigdzie żadnych pracowników ani też nie posiadała żadnych lokali czy biur. W odniesieniu do spółki-matki wspomnianego koncernu *Parmalat* w dniu 24 grudnia 2003 r. zostało wszczęte we Włoszech główne postępowanie upadłościowe oraz ustanowiony został nadzwyczajny komisarz (stało się to na podstawie specjalnie w tym celu uchwalonej przez włoski parlament ustawy - tzw. *lex parma-lat*). Z kolei dnia 27 stycznia 2004 r. w odniesieniu do spółki-córki *Eurofood* sąd irlandzki ustanowił tymczasowego zarządcę (*provisional liquidator*). To ostatnie rozstrzygnięcie zostało zaskarżone przez nadzwyczajnego komisarza spółki-matki koncernu *Parmalat*, na którego wniosek włoski sąd *Tribunale di Parma* otworzył w odniesieniu do spółki-córki *Eurofood* główne postępowanie upadłościowe we Włoszech. Sąd włoski uznał, że wynikające z art. 3 ust. 1 zd. 2 Rozporządzenia nr 1346/2000 domniemanie usytuowania COMI w miejscu siedziby statutowej spółki (a więc w przypadku spółki *Eurofood* w Irlandii) jest wzruszone (obalone), jako że rzeczywiste kierowanie spółką-córką *Eurofood*, i to w sposób widoczny dla jej wierzycieli, następowało z Parmy. W dniu 23 marca 2004 r. *High Court Dublin* stwierdził w podjętej przez siebie uchwale, iż wraz z ustanowieniem w dniu 27 stycznia 2004 r. tymczasowego zarządcy wobec spółki *Eurofood* zostało wobec niej wszczęte główne postępowanie upadłościowe w Irlandii i że brak jest podstaw do obalenia w tym przypadku domniemania wynikającego z art. 3 ust. 1 zd. 2 Rozporządzenia nr 1346/2000. Rozstrzygnięcie sądu w Dublinie zostało zaskarżone przez włoskiego nadzwyczajnego komisarza do irlandzkiego Sądu Najwyższego, który z kolei zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego. Irlandzki Sąd Najwyższy zapytał Trybunał m. in. o to, czy jeżeli: a) statutowa siedziba spółki nadrzędnej i statutowa siedziba spółki zależnej znajdują się w dwóch różnych państwach członkowskich, b) spółka zależna zarządza swoją działalnością w sposób rozpoznawalny przez osoby trzecie oraz przy całkowitym i nieprzerwanym zachowaniu swojej własnej tożsamości w państwie członkowskim, gdzie znajduje się jej siedziba określona w statucie i c) spółka nadrzędna jest w stanie, dzięki swoim udziałom i prawu do powoływania członków zarządu, pełnić kontrolę i w rzeczywistości pełni kontrolę nad polityką spółki zależnej, to czy do określenia „głównego ośrodka podstawowej działalności” decydującymi elementami są te wymienione powyżej w podpunkcie b), czy też te wymienione powyżej w podpunkcie c).

Odpowiadając na to pytanie Trybunał stwierdził, że z definicji „głównego ośrodka podstawowej działalności” zawartego w pkt 13 preambuły do Rozporządzenia nr 1346/2000 wynika, iż COMI należy identyfikować w oparciu o kryteria, które są jednocześnie obiektywne i możliwe do zweryfikowania przez osoby trzecie.

Ta obiektywność i możliwość weryfikacji przez osoby trzecie są niezbędne dla zagwarantowania pewności prawa i przewidywalności w kwestii określenia sądu właściwego dla wszczęcia głównego postępowania upadłościowego. W związku z tym w celu określenia głównego ośrodka podstawowej działalności spółki będącej dłużnikiem domniemanie zwykle ustanowione przez prawodawcę wspólnotowego na rzecz siedziby określonej w statucie tej spółki może zostać obalone jedynie wtedy, gdy obiektywne i możliwe do zweryfikowania przez osoby trzecie kryteria umożliwiają stwierdzenie, że rzeczywista sytuacja jest odmienna niż ta, która wynikałaby z położenia przedsiębiorstwa w miejscu statutowej siedziby spółki. Taka sytuacja może mieć miejsce w szczególności w przypadku tzw. „spółki- skrzynki pocztowej”, która nie prowadzi żadnej działalności na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją statutową siedzibę. Jeżeli jednak spółka prowadzi działalność na terytorium państwa członkowskiego, w którym znajduje się jej statutowa siedziba, sama okoliczność, że jej decyzje ekonomiczne są lub mogą być kontrolowane przez spółkę nadrzędną, mającą siedzibę statutową w innym państwie członkowskim, nie jest wystarczająca do obalenia domniemania ustanowionego w Rozporządzeniu .

Z przytoczonego orzeczenia wynika zatem, że przy ustalaniu COMI spółki- córki (wchodzącej w skład transgranicznego koncernu) w żadnym wypadku nie jest wystarczające nastawienie się na same tylko te kryteria, na które zwraca uwagę teoria „*mind of management*”, a więc na możliwość kontrolowania spółki-córki przez spółkę-matkę mającą siedzibę statutową (i COMI) winnym państwie członkowskim, jak też na możliwość podejmowania wobec spółki-córki przez spółkę- matkę strategicznych rozstrzygnięć (a więc rozstrzygnięć wyjątkowych, nie równoznacznych z bieżącym i operacyjnym zarządzaniem spółką-córka). Tym samym ETS wyraźnie odrzucił anglosaską doktrynę „*mind of management*”. Nie znaczy to jednak, że równocześnie Trybunał zaakceptował w pełnym zakresie wskazania płynące z konkurencyjnej teorii „*business-activity*”⁵². Z orzeczenia ETS wyraźnie bowiem wynika, że jurysdykcja krajowa w transgranicznych sprawach upadłościowych jest w UE wyznaczana przy wykorzystaniu autonomicznych kryteriów zawartych w Rozporządzeniu, nie zaś w oparciu o jakiegokolwiek teorie krajowe.

⁵¹ Pkt 32-36 orzeczenia.

⁵² Choć niekiedy twierdzi się, że orzeczenie ETS w sprawie *Parmlat/Eurofood* idzie w tym właśnie kierunku, tj. akceptacji teorii „*business- activity*”: S.-H. Undritz [w:] *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, op. cit., Rn. 33a; C. Wiedemann: *Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI*, op. cit., s. 1013; wbrew temu należy jednak zgodzić się z *Mańkowskim*, że odrzucenie przez ETS czystej teorii „*mind of mamagement*” nie jest bynajmniej równoznaczne z przyjęciem czystej teorii „*business-activity*”: P. Mańkowski: *Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts...*, op cit., s. 1755.

W tym zakresie rozstrzyga mianowicie położenie COMI dłużnika, pojmowane jako rozpoznawalne przez osoby trzecie (wierzycieli) miejsce (bieżącego, operatywnego) zarządzania podstawową działalnością dłużnika. Kryterium to powinno być stosowane również w odniesieniu do poszczególnych spółek-córek wchodzących w skład transgranicznego koncernu. Biorąc pod uwagę to kryterium, a także wskazówki zawarte w tym zakresie w orzeczeniu Trybunału w sprawie *Parmalat/Eurofood* należałoby stwierdzić, że w większości przypadków COMI spółki-córki będzie się mieściło w miejscu jej siedziby statutowej (zgodnie z domniemaniem wynikającym z art. 3 ust. 1 zd. 2 Rozporządzenia), tym bardziej, jeżeli w tym miejscu jest prowadzona również działalność gospodarcza przez tę spółkę, nie zaś w miejscu siedziby statutowej oraz równocześnie w miejscu COMI jej spółki-matki. Będzie tak przynajmniej wówczas, gdy relacje pomiędzy spółką-matką a spółką-córką w ramach transgranicznego koncernu wyrażają się w możliwości zwykłego kontrolowania przez tę pierwszą spółkę decyzji ekonomicznych podejmowanych przez jej spółkę zależną. Pozostaje natomiast kwestią otwartą to, czy w niektórych (wyjątkowych) przypadkach, z uwagi na o wiele dalej idący wpływ spółki-matki na decyzje z zakresu bieżącego zarządzania spółką-córką, nie byłoby możliwe przyjęcie, że dla osób trzecich dostrzegalnym miejscem bieżącego zarządzania spółką-córką, a tym samym miejscem COMI spółki-córki, jest miejsce siedziby statutowej (oraz COMI) spółki-matki (nawet jeżeli spółka-córka prowadzi swoją działalność gospodarczą w miejscu swojej siedziby statutowej). Wiele jest chyba racji w twierdzeniu, że właśnie w tym kierunku zdaje się podążać ETS w swoim wywodzie zawartym w orzeczeniu w sprawie *Parmalat/Eurofood*⁵³. Takie jest również stanowisko niemałej części doktryny, która wskazuje ponadto (czego ETS nie uczynił) na rozmaite (obiektywne) kryteria mogące w danym przypadku wskazywać na usytuowanie COMI spółki-córki w miejscu siedziby statutowej oraz jednocześnie COMI spółki-matki⁵⁴.

⁵³ Por. C. Poertzen, D. Adam: Die Bestimmung des "centre of main interests" gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, op. cit., s. 507.

⁵⁴ P. Mankowski: Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts., op. cit., s. 1755; C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1014; S. Schilling: Insolvenz einer englischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland, Frankfurt am Main 2006, s. 78.

VIII Zmiana miejsca usytuowania głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika i jej wpływ na wyznaczenie jurysdykcji krajowej

Wyznaczające jurysdykcję krajową w transgranicznych sprawach upadłościowych kryterium w postaci COMI (dłużnika) ma w swoim założeniu charakter względnie trwały co jest o tyle istotne, że zapobiega to niepożądanym przez prawodawcę wspólnotowego przypadkom występowania zjawiska *forum shopping*, wynikającego z manipulacji omawianym kryterium przez poszczególnych dłużników (zob. pkt 4). Ta względna trwałość (stabilność) głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika nie oznacza wszakże w żadnym razie, że miejsce to jest w przypadku każdego dłużnika wyznaczone raz na zawsze i że nie może podlegać żadnym zmianom (modyfikacjom). Sprawa przedstawia się wręcz odwrotnie: z uwagi na dynamikę stanów faktycznych związanych ze współczesnym obrotem gospodarczym COMI jest podatne na różnego rodzaju zmiany delokalizacyjne, polegające na jego przenoszeniu z jednego państwa członkowskiego do drugiego. Dokonywanie tego rodzaju zmian nie odbywa się w sposób szybki i prosty (wręcz przeciwnie: zajmuje to zwykle sporo czasu i indukuje znaczne koszty), tym niemniej pozostaje to zawsze w potencjalnych możliwościach poszczególnych dłużników. Rodzi to z kolei pytanie o wpływ tego rodzaju zmian na wyznaczenie jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych.

W tym kontekście należy przede wszystkim zauważyć, że o miejscu jurysdykcji krajowej każdego poszczególnego dłużnika rozstrzyga jego COMI ustalone (i istniejące) w momencie złożenia wniosku o wszczęcie głównego postępowania upadłościowego (wniosek taki może zaś złożyć on sam, względnie też mogą to uczynić jego wierzyciele). To zatem chwila złożenia wniosku o wszczęcie (głównego) postępowania upadłościowego jest miarodajnym momentem czasowym dla ustalenia (zidentyfikowania) COMI każdego dłużnika, przesądzającego o jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych (przy czym Rozporządzenie nr 1346/2000 nie określa tego momentu *explicite*; uznanie tego właśnie momentu za w omawianym kontekście miarodajny jest jedynie wynikiem określonej interpretacji przepisów omawianego Rozporządzenia)⁵⁵.

⁵⁵ Orzeczenie ETS w sprawie C-1/04 Susanne Staubitz-Schreiber, Zbiór Orzeczeń 2006, s. 1-701, pkt 23-29; C. Wiedemann: Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, op. cit., s. 1016; H.-C. Duursma-Kepplinger: Aktuelle Entwicklungen in Bezug auf die Auslegung der Vorschriften über die internationale Eröffnungszuständigkeit nach der Europäischen Insolvenzverordnung, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht 2006, nr 5, s. 178; B. Knof: Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs- -Tourismus, op. cit., s. 1023-1024; należy wszakże wspomnieć też o innym poglądzie, zgodnie z którym miarodajnym momentem czasowym jest w omawianym zakresie moment wszczęcia

Jeżeli zmiana głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika nastąpi jeszcze przed złożeniem wniosku o wszczęcie wobec niego postępowania upadłościowego, to w takim przypadku miejsce jurysdykcji krajowej będzie wyznaczane zgodnie z nowym COMI tegoż dłużnika, tj. ukształtowanym już po zmianie i istniejącym w momencie składania wniosku o wszczęcie postępowania⁵⁶. Będzie tak nawet wówczas, gdy zmiana taka nastąpi na krótko przed złożeniem wniosku o wszczęcie (głównego) postępowania i gdy będzie można zasadnie twierdzić, że dany dłużnik dlatego zmienił lokalizację swojego COMI, gdyż chciał uczynić międzynarodowo uprawnionymi do wszczęcia postępowania upadłościowego z jego udziałem sądy innego państwa członkowskiego niż to, w którym dotychczas znajdowało się jego COMI oraz by tym samym prowadzone wobec niego postępowanie toczyło się zgodnie z przepisami tego nowego państwa członkowskiego (być może bardziej dla niego korzystnymi z punktu widzenia podstawowych reguł procedury upadłościowej). W Rozporządzeniu nr 1346/2000 brak jest bowiem mechanizmów (regulacji), które by mogły skutecznie przeciwdziałać wszelkim tego typu zmianom COMI, dokonywanym niejako „na przedpolu” (i w sam niemalże przeddzień) złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego⁵⁷.

Teoretycznie rzecz biorąc, pewnym sposobem zapobiegania tego typu zmianom COMI dokonywanym przez dłużników na krótko przed złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego (wiążącym się ze zmianą jurysdykcji krajowej oraz miarodajnego wówczas *lex concursus*) mogłoby być rozwiązanie, zgodnie z którym miarodajnym momentem czasowym, w którym następowałaby identyfikacja COMI dłużnika na potrzeby ustalenia jurysdykcji krajowej byłby nie moment złożenia wniosku o wszczęcie głównego postępowania upadłościowego (tak jak to ma miejsce obecnie), ale moment wcześniejszy np. moment zaistnienia (spełnienia się) przesłanek upadłości danego dłużnika⁵⁸, względnie też nawet moment zaciągnięcia określonego zobowiązania (powstania długu) względem wierzyciela występującego następnie z wnioskiem o wszczęcie postę-

postępowania (a nie moment złożenia wniosku o wszczęcie): H. Haarmeyer, G. Papę, G. Stephan, C. Nickert: *Formularbuch Insolvenzrecht*, op. cit., Rn. 59; A. Konecny: *Thesen zum Mittelpunkt der hauptsächlichen Schuldnerinteressen*, op. cit., pkt 3.9.

⁵⁶ H.-C. Duursma-Kepplinger: *Aktuelle Entwicklungen in Bezug auf die Auslegung der Vorschriften...*, op. cit., s. 180.

⁵⁷ B. Knof: *Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs- Tourismus*, op. cit., s. 1023; I Saenger, U. Klockenbrink: *Neue Grenzen für ein forum shopping des Insolvenzschuldners?*, op. cit., s. 185; choć raz jeszcze trzeba powtórzyć, że zapobieganie forum shopping, motywowane chęcią ochrony interesów wierzycieli, jest jednym z celów rozporządzenia nr 1346/2000: M. Glicz, *Prawo upadłościowe Unii Europejskiej*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2003, nr 11, s. 28.

⁵⁸ H.-C. Duursma-Kepplinger: *Aktuelle Entwicklungen in Bezug auf die Auslegung der*

powania upadłościowego. Nie wydaje się jednak, aby tego rodzaju rozwiązanie było zasadne. Prawdą jest oczywiście, że dzięki takiemu (hipotetycznemu) rozwiązaniu nie tylko utrudniono by dłużnikom dokonywanie zmian COMI na krótko przed złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego (co jest w istocie nierzadko równoznaczne z określoną manipulacją tymże COMI przez dłużników, dokonywaną ze względów typowo oportunistycznych), ale również w szerszym stopniu objęto by wówczas ochroną interesy wierzycieli. Ci ostatni bowiem, znając COMI dłużnika istniejące w momencie zaistnienia przesłanek jego upadłości lub też nawet w momencie udzielania mu kredytu, mieliby pewność, że właśnie to COMI będzie rozstrzygające dla wyznaczenia jurysdykcji krajowej oraz tym samym dla ustalenia miarodajnego wówczas *lex concursus*, bez względu na ewentualną późniejszą zmianę COMI dokonaną przez dłużnika. W rezultacie, wspomniani wierzyciele, znając dostatecznie wcześniej miarodajny w przypadku danego dłużnika statut upadłościowy (w sensie porządku prawnego właściwego dla określenia skutków postępowania upadłościowego z udziałem tegoż dłużnika), mogliby w sposób pewniejszy i bardziej dokładny oszacować (ocenić) swoje ryzyko w ewentualnym późniejszym postępowaniu upadłościowym prowadzonym z udziałem wspomnianego dłużnika (a więc osoby, której udzielają lub udzielili kredytu), co z kolei lepiej by chroniło ich interesy. Niemniej jednak rozwiązanie takie, posiadając bez wątpienia określone zalety, miałoby także swoje niezaprzeczalne wady. Podstawową zaś wadą byłoby nieuchronne wówczas zmniejszenie pewności prawnej w zakresie wyznaczenia jurysdykcji krajowej w sprawach upadłościowych. Moment zaistnienia bowiem przesłanek upadłości danego dłużnika (jako moment, który mógłby potencjalnie wchodzić w grę jako miarodajny moment czasowy dla ustalenia COMI dłużnika rozstrzygającego o jurysdykcji krajowej) jest jednak dla większości wierzycieli o wiele mniej uchwytny niż moment złożenia wniosku o wszczęcie postępowania i może budzić wśród zainteresowanych spore kontrowersje odnośnie tego, kiedy on właściwie zaistniał. Z kolei moment zaciągnięcia zobowiązania przez dłużnika (jako kolejny alternatywny moment czasowy, który mógłby w omawianych tutaj przypadkach wchodzić w grę) jest jeszcze mniej odpowiedni, jako że przecież dany dłużnik może mieć bardzo wielu wierzycieli oraz zobowiązań. Mogłoby to rodzić zasadne pytanie, moment powstania której wierzytelności byłby wówczas rozstrzygający dla zidentyfikowania COMI danego dłużnika (pamiętając o tym, że dany dłużnik powinien mieć na potrzeby Rozporządzenia nr 1346/2000 tylko jedno COMI)⁵⁹.

⁵⁹ B. Knof: *Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs-Tourismus*, op. cit., s. 1023; J. Schmidt: *Perpetuatio fori im europäischen internationalen Insolvenzrecht*, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht* 2006, nr 2, s. 89.

7 powyższych względów należy się zatem opowiedzieć za zasadnością utrzymania obecnej interpretacji przepisów Rozporządzenia, zgodnie z którą momentem czasowym miarodajnym dla ustalenia COMI danego dłużnika jest moment złożenia wniosku o wszczęcie wobec niego głównego postępowania upadłościowego.

Utrzymanie powyższego rozwiązania nie oznacza przy tym wcale aprobaty ze strony prawodawcy wspólnotowego oraz ze strony organów stosujących Rozporządzenie nr 1346/2000 dla działań manipulacyjnych ze strony dłużników, polegających na zmianie ich COMI na krótko przed złożeniem wniosku o wszczęcie (głównego) postępowania upadłościowego. W tym kontekście trzeba bowiem zauważyć, że skuteczną tamą dla szczególnie nagannych i podważających dobrą wiarę w obrocie prawnym zachowań poszczególnych dłużników jest odpowiednia interpretacja pojęcia COMI, w ramach której główną uwagę zwraca się na to, które miejsce jest w momencie złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego postrzegane jako miejsce bieżącego zarządzania podstawową działalnością dłużnika (względnie też które miejsce jest wówczas postrzegane jako miejsce zwykłego pobytu dłużnika - w przypadku osób fizycznych nie prowadzących działalności gospodarczej) przez osoby trzecie (wierzycieli). Tymczasem szybka i nieoczekiwana zmiana przez danego dłużnika (w celach manipulacyjnych) jego COMI na krótko przed złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania może zostać przez wspomniane osoby trzecie, w tym zwłaszcza przez wierzycieli danego dłużnika, niedostrzeżona i nie odnotowana od razu (natychmiast). Trzeba zresztą pamiętać, że COMI jest miejscem, z którym dany dłużnik jest ściśle związany i w którym jest on dość mocno zakorzeniony, zwłaszcza jeżeli chodzi o dłużników będących osobami fizycznymi, których COMI znajduje się zazwyczaj w miejscu ich zwykłego pobytu. Zmiana przez danego, będącego osobą fizyczną, dłużnika miejsca jego zwykłego pobytu (i uczynienie tym miejscem zwykłego pobytu określoną miejscowość znajdującą się w innym niż dotychczas państwie członkowskim) nie jest bynajmniej sprawą prostą i zabiera zawsze sporo czasu. W rezultacie, mimo, iż dany dłużnik mógł rozpocząć przenoszenie głównego ośrodka swojej życiowej aktywności do innego państwa członkowskiego i np. przeprowadził się do innego państwa oraz podjął tam pracę, może to jeszcze nie wystarczyć do tego, by osoby trzecie zaczęły od razu postrzegać jego COMI jako znajdujące się w tym innym państwie członkowskim. Z uwagi na pewne okoliczności związane z danym dłużnikiem w państwie członkowskim będącym dotychczasowym miejscem jego COMI (np. z uwagi na ciągle jeszcze istnienie w dotychczasowym państwie członkowskim wielu ważnych składników majątkowych należących do danego dłużnika), osoby trzecie wciąż mogą postrzegać właśnie to dotychczasowe państwo członkowskie jako miejsce, z którego dłużnika zarządza swoją podstawową działalnością. Jak z tego wynika, zmiana COMI niejako „na

przedpolu” (i w sam niemalże przeddzień) złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego nie jest bynajmniej taka prosta i trudno jest ją efektywnie przeprowadzić w krótkim czasie⁶⁰.

Wszelkie natomiast zmiany COMI, które nastąpiły już po złożeniu wniosku o wszczęcie wobec danego dłużnika postępowania upadłościowego są z punktu widzenia wyznaczenia jurysdykcji krajowej irrelevantne i nie powodują zmiany tejże jurysdykcji. Nawet jeżeli (skuteczna i dostrzegalna przez osoby trzecie) zmiana COMI danego dłużnika nastąpi w okresie pomiędzy złożeniem wniosku o wszczęcie głównego postępowania upadłościowego a samym wszczęciem tego postępowania (trzeba przy tym pamiętać, że pomiędzy złożeniem wniosku a wszczęciem postępowania może niekiedy upłynąć sporo czasu, co różnie zresztą wygląda w poszczególnych państwach członkowskich z uwagi na obowiązujące tam wewnętrzne procedury upadłościowe), to i tak nie wpłynie to na zmianę jurysdykcji krajowej. W rezultacie, sąd określonego państwa wszczynający postępowanie upadłościowe będzie posiadał jurysdykcję krajową nawet wtedy, gdy w momencie wszczęcia tegoż postępowania COMI danego dłużnika znajduje się już w innym państwie członkowskim, o ile tylko wspomniane COMI znajdowało się w tym pierwszym państwie w momencie złożenia tam wniosku o wszczęcie postępowania. Powyższe jest przejawem obowiązywania w europejskim prawie upadłościowym tzw. zasady *perpetuatio fori*⁶¹.

Należy przy tym podkreślić, że samo złożenie wniosku o wszczęcie wobec danego dłużnika głównego postępowania upadłościowego nie jest bynajmniej przeszkodą do złożenia wobec tego dłużnika analogicznego wniosku w innym państwie członkowskim, zakładając, że w tym pierwszym państwie członkowskim postępowanie upadłościowe nie zostało jeszcze wszczęte i że w międzyczasie (tj. pomiędzy złożeniem wniosku a wszczęciem postępowania) dany dłużnik zmienił swoje COMI i przeniósł je do tego drugiego państwa (choć niektórzy błędnie przyjmują, iż złożenie pierwszego wniosku blokuje w sensie prawnym możliwość składania kolejnych wniosków wobec tego samego dłużnika w innym państwie)⁶². Jeżeli dany dłużnik w momencie składania wniosku o wszczęcie wobec

⁶⁰ B. Knof: *Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs- Tourismus*, op. cit., s. 1023; B. Knof: *Perpetuatio fori und Attraktivkraft des Erstantrags im Europäischen Insolvenzrecht?*, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht* 2006, nr 14, s. 758.

⁶¹ Por. J. Schmidt: *Perpetuatio fori im europäischen internationalen Insolvenzrecht*, op. cit., s. 88 i n.; B. Knof: *Perpetuatio fori und Attraktivkraft des Erstantrags im Europäischen Insolvenzrecht?*, op. cit., s. 754 i n.

⁶² Por. B. Knof: *Perpetuatio fori und Attraktivkraft des Erstantrags im Europäischen Insolvenzrecht?*, op. cit., s. 756; B. Knof: *Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs- Tourismus*, op. cit., s. 1024.

niego postępowania upadłościowego posiadał swoje COMI w jednym państwie członkowskim, a następnie, jeszcze przed wszczęciem powyższego postępowania, przeniósł swoje COMI do innego państwa, gdzie z kolei złożony został kolejny wniosek o wszczęcie wobec niego postępowania upadłościowego, to o tym, który z sądów (do których złożono wniosek) będzie międzynarodowo uprawniony do prowadzenia głównego postępowania upadłościowego będzie rozstrzygała zasada pierwszeństwa, oznaczająca, że jurysdykcję krajową będzie posiadał ten sąd, który wcześniej dokonał wszczęcia postępowania (wcześniej otworzył postępowanie)⁶³.

Rozstrzygnięcie (orzeczenie) sądu, który wcześniej dokonał wszczęcia głównego postępowania upadłościowego (i który posiada w danej sprawie jurysdykcję krajową z uwagi na usytuowanie w tymże państwie COMI określonego dłużnika w momencie złożenia wniosku o wszczęcie wobec niego postępowania upadłościowego) blokuje możliwość wszczęcia wobec tego samego dłużnika drugiego głównego postępowania upadłościowego przez sąd innego państwa członkowskiego. Nie jest to możliwe nawet wówczas, gdy w międzyczasie, ale już po wszczęciu postępowania w pierwszym państwie, dany dłużnik zmieni swoje COMI i przeniesie je do innego państwa. Każde postępowanie upadłościowe wszczęte w takiej sytuacji wobec danego dłużnika w innym państwie członkowskim będzie mogło być tylko i wyłącznie wtórnym (a nie głównym) postępowaniem upadłościowym, tj. postępowaniem, którego skutki ograniczone są do majątku dłużnika znajdującego się na terytorium tego ostatniego państwa członkowskiego (i które to postępowanie będzie podporządkowane głównemu postępowaniu upadłościowemu). Jeżeli po złożeniu wniosku o wszczęcie w danym państwie wobec określonego dłużnika głównego postępowania upadłościowego dłużnik ten zmieni swoje COMI przenosząc je do innego państwa członkowskiego i w międzyczasie, jeszcze przed wszczęciem postępowania w sprawie pierwszego wniosku, sąd w tym innym państwie członkowskim (w którym znajduje się nowe COMI danego dłużnika) otworzy wobec tegoż dłużnika postępowanie upadłościowe, to wówczas, zgodnie z zasadą pierwszeństwa, to właśnie ten ostatni sąd będzie międzynarodowo uprawniony do prowadzenia głównego postępowania upadłościowego i nie zmieni tego nawet fakt ewentualnego obowiązywania w prawie upadłościowym pierwszego państwa członkowskiego fikcji prawnej, zgodnie z którą otwarcie każdego postępowania wywołuje skutki z mocą wsteczną, a konkretnie jest

⁶³ Por. C. Poertzen, D. Adam: Die Bestimmung des "centre of main interests" gem. Art. 3 Abs. 1 EUnVO, op. cit., s. 509; H. Haarmeyer, G. Pape, G. Stephan, C. Nickert: Formularbuch Insolvenzrecht, op. cit., Rn. 53; A. Herchen: International-insolvenzrechtliche Kompetenzkonflikte in der Europäischen Gemeinschaft, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht 2004, nr 2, s. 63.

skuteczne od dnia złożenia wniosku o wszczęcie postępowania (tego rodzaju fikcja prawna jest znana m. in. w prawie brytyjskim i irlandzkim). Z punktu widzenia przepisów Rozporządzenia nr 1346/2000 opisana wyżej fikcja prawna jest bez- skuteczna⁶⁴. Dlatego też sąd pierwszego państwa członkowskiego (do którego złożony został pierwszy wniosek o wszczęcie postępowania upadłościowego), w sytuacji, gdy w międzyczasie nastąpiło wszczęcie postępowania w innym państwie, może już co najwyżej wszcząć wtórne postępowanie upadłościowe i nie może twierdzić, że wszczęte przez niego postępowanie - zgodnie ze wspomnianą wyżej fikcją prawną przyjętą w prawie upadłościowym danego państwa - wywołuje skutki prawne od dnia złożenia wniosku (i dlatego wyprzedza jakoby w swoich skutkach wszelkie ewentualne postępowania wszczęte po dniu złożenia tego wniosku).

Wspomniana wyżej zasada pierwszeństwa wynika *implicite* z art. 16 ust. 1 Rozporządzenia nr 1346/2000, stanowiącego, iż „Wszczęcie postępowania upadłościowego przez sąd Państwa Członkowskiego właściwy zgodnie z art. 3 podlega uznaniu we wszystkich pozostałych Państwach Członkowskich z chwilą, gdy orzeczenie stanie się skuteczne w Państwie wszczęcia postępowania”. Zgodnie zaś z art. 16 ust. 2 Rozporządzenia, „Uznanie postępowania określonego w art. 3 ust. 1 nie stoi na przeszkodzie wszczęciu przez sąd innego Państwa Członkowskiego postępowania określonego w art. 3 ust. 2 [tj. postępowania, którego skutki ograniczone są do majątku dłużnika znajdującego się na terytorium tego ostatniego państwa członkowskiego - przyp. M. Sz.]. W tym wypadku postępowanie wszczęte na podstawie art. 3 ust. 2 jest wtórnym postępowaniem upadłościowym”.

Z kolei w punkcie 22 preambuły do omawianego Rozporządzenia prawodawca wspólnotowy wyjaśnia, że „Niniejsze rozporządzenie powinno przewidywać bezpośrednie uznanie orzeczeń dotyczących wszczęcia, prowadzenia oraz ukończenia postępowań upadłościowych wchodzących w jego zakres zastosowania oraz orzeczeń wydanych w bezpośrednim związku z takimi postępowaniami upadłościowymi. Automatyczne uznanie powinno zatem oznaczać, że skutki wynikające z postępowania na podstawie prawa Państwa wszczęcia postępowania rozciągają się na wszystkie inne Państwa Członkowskie. Uznawanie orzeczeń wydanych przez sądy Państw Członkowskich powinno się opierać na zasadzie

⁶⁴ C. Poertzen, D. Adam: Die Bestimmung des “centre of main interests“ gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, op. cit., s. 509; H. Eidenmüller: Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen, op. cit., s. 3457; S. Schilling, J. Schmidt: COMI und vorläufiger Insolvenzverwalter, op. cit., s. 115; A. Herchen: Aktuelle Entwicklungen im Recht der internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren, op. cit., s. 829; K. Wimmer: Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des irischen Supreme Court in Sachen Parmalat, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht 2005, nr 3, s. 127.

wzajemnego zaufania; w tym celu przyczyny odmowy uznania powinny być ograniczone do niezbędnego minimum. Według tej zasady powinien również być rozwiązany każdy spór w sytuacji, w której sądy dwóch Państw Członkowskich jednocześnie uważają się za właściwe do wszczęcia głównego postępowania upadłościowego. Orzeczenie sądu, który jako pierwszy wszczął postępowanie powinno zostać uznane w pozostałych Państwach Członkowskich, bez możliwości badania orzeczenia sądu przez te Państwa Członkowskie”.

Warto tu dodać, że orzeczeniem, które powoduje wszczęcie głównego postępowania upadłościowego i które podlega - zgodnie z art. 16 ust. 1 Rozporządzenia - uznaniu we wszystkich innych państwach członkowskich (sprawiając, iż w tych innych państwach możliwe jest co najwyżej wszczęcie wtórnego postępowania upadłościowego) jest już orzeczenie o ustanowieniu tzw. tymczasowego zarządcy (*provisional liquidator*, *vorläufiger Insolvenzverwalter*) a więc niekoniecznie dopiero formalne orzeczenie o otwarciu (głównego) postępowania. Takie właśnie stanowisko zajął Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie *Parmalat/Eurofood*, stwierdzając, iż „za „orzeczenie o wszczęciu postępowania upadłościowego” w rozumieniu rozporządzenia należy uznać nie tylko orzeczenie kwalifikujące się formalnie jako postanowienie o wszczęciu postępowania zgodnie z prawem krajowym państwa członkowskiego, które stosuje sąd wydający to orzeczenie, lecz również orzeczenia wydane w następstwie złożenia wniosku o wszczęcie postępowania określonego w załączniku A do rozporządzenia w związku z niewypłacalnością dłużnika, jeżeli orzeczenie to skutkuje zajęciem majątku dłużnika oraz powołaniem zarządcy określonego w załączniku C do rozporządzenia [w załączniku tym wymienieni są m. in. irlandzki *provisional liquidator* oraz niemiecki *vorläufiger Insolvenzverwalter* - przyp. M. Sz.]. Zajęcie majątku oznacza, że dłużnik traci prawo zarządu swoim majątkiem. W takim przypadku następują dwa charakterystyczne skutki postępowania upadłościowego, mianowicie powołanie zarządcy określonego w załączniku C i zajęcie majątku dłużnika, i wobec tego spełnione zostają konstytutywne przesłanki definicji postępowania upadłościowego określone w art. 1 ust. 1 rozporządzenia”⁶⁵.

Orzeczenie o wszczęciu wobec danego dłużnika głównego postępowania upadłościowego, w tym także orzeczenie o ustanowieniu tymczasowego zarządcy, musi być uznane przez sądy innych państw członkowskich. Uznanie to musi nastąpić nie tylko - o czym już wspomniano - wówczas, gdy do sądu w innym państwie członkowskim wniosek o wszczęcie postępowania wpłynął wcześniej niż

⁶⁵ Pkt 54 orzeczenia; zob. też trafne uwagi A. Konecnego na temat wspomnianego tymczasowego zarządcy: A. Konecny: EuGH zu internationaler Zuständigkeit, Eröffnung und Anerkennung von Hauptinsolvenzverfahren, op. cit., s. 152-153.

do sądu, który otworzył postępowanie, zaś w międzyczasie, jeszcze przed wszczęciem postępowania w tym innym państwie członkowskim, dłużnik zmienił swoje COMI i przeniósł je do drugiego państwa (czyli tam, gdzie ostatecznie zostało wszczęte główne postępowanie upadłościowe), ale nawet wówczas, gdy sąd wszczynający główne postępowanie upadłościowe nieprawidłowo zlokalizował COMI danego dłużnika i błędnie przyjął, iż posiada jurysdykcję krajową w tej sprawie, podczas gdy w rzeczywistości COMI danego dłużnika (a wraz z nim jurysdykcja krajowa) znajdowało się w zupełnie innym państwie członkowskim. Wyjątkiem od tego obowiązku uznania orzeczenia o wszczęciu postępowania jest możliwość powołania się na tzw. klauzulę porządku publicznego, o której jest mowa w art. 26 Rozporządzenia Zgodnie z tym ostatnim przepisem, „Każde Państwo Członkowskie może odmówić uznania postępowania upadłościowego wszczętego w innym Państwie Członkowskim albo wykonania wydanego w jego toku orzeczenia, o ile uznanie to lub wykonanie prowadziłyby do rezultatu, który pozostaje w oczywistej sprzeczności z jego porządkiem publicznym, w szczególności z jego podstawowymi zasadami lub konstytucyjnie zagwarantowanymi prawami i wolnościami jednostki”. Należy wskazać, że do rezultatu pozostającego w oczywistej sprzeczności z porządkiem publicznym państwa członkowskiego (w rozumieniu powołanego przepisu) nie prowadzi bynajmniej sam tylko fakt, że sąd innego państwa członkowskiego nieprawidłowo zlokalizował COMI danego dłużnika i błędnie w związku z tym przyjął, iż przysługuje mu w danej sprawie jurysdykcja krajowa. Będzie natomiast sprzeczna z porządkiem publicznym danego państwa członkowskiego sytuacja, gdy sąd w innym państwie członkowskim wszczynający dane postępowanie upadłościowe naruszył prawo podstawowe do bycia wysłuchanym, przysługujące jednemu z uczestników tegoż postępowania.

⁶⁶ A. Spahlinger, G. Wegen: Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, op. cit., s. 194.

⁶⁷ Pkt 67 orzeczenia ETS w sprawie *Parmalat/Eurofood*.

INTERNATIONAL JURISDICTION IN INSOLVENCY MATTERS IN EU

In the case of cross-border insolvency proceedings the international jurisdiction in the European Union is determined by the uniform criterion that is - according to Article 3 of the Regulation No 1346/2000 - the centre of a debtor's main interests (COMI). The COMI has to be understood as a place which is considered by third parties (especially by the creditors) to be the place of today's and current administration of a debtor's main activity. By choosing COMI as a relevant criterion the Community legislator wanted to ensure that international jurisdiction in insolvency matters: 1) will be situated in a place that is easily and transparently perceived (and identified) by third parties, 2) is based on circumstances that are not easily susceptible to arbitrary manipulations on the part of the debtor (so as to prevent forum shopping), and 3) is located only in one single Member State (the focus is to avoid concurrent jurisdictions). The abovementioned values and interests are at the same time the steering principles that govern the interpretation of individual notions that are contained in the expression „COMI” („centre”, „main”, „interests”).