

Damian Klimas¹

Upadłościowy *forum shopping* w Unii Europejskiej. Pojęcie i ocena upadłościowej migracji celem uzyskania lepszego położenia procesowego

Streszczenie:

Problematyka zagadnienia upadłościowego *forum shoppingu* jest istotnym problemem badawczym z zakresu międzynarodowego prawa upadłościowego. Zaadresowana została problematyka związana ze stosowaniem pojęcia jurysdykcji, rozwinięto pojęcie *forum*, a także przeanalizowano wybrane definicje *forum shoppingu*, które można odnaleźć w literaturze przedmiotu. Oceniono zjawisko upadłościowego *forum shoppingu* z punktu widzenia efektywności i skuteczności postępowania, a także z punktu widzenia korzyści płynących dla wierzyciela oraz dłużnika. Przeprowadzono także autorskie rozróżnienie pozytywnego (korzystnego dla ogółu wierzycieli) *forum shoppingu* od negatywnego (niekorzystnego dla ogółu wierzycieli) *forum shoppingu*. W następnej kolejności dokonano próby analizy koncepcji domniemania głównego ośrodka podstawowej działalności, wzruszalności, a także skutków jego przeniesienia. Nadto, zwrócono uwagę na istotne trudności w kwalifikacji pojęcia głównego ośrodka podstawowej działalności, które prowadzą do *forum shoppingu*.

Słowa kluczowe: upadłość, postępowanie upadłościowe, COMI, forum shopping

1. Wstęp

Problematyka transgranicznej migracji podmiotu celem polepszenia jego sytuacji procesowej już od dłuższego czasu cieszy się zainteresowaniem przedstawicieli świata

¹ Autor jest magistrem prawa oraz doktorantem nauk prawnych w Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

nauki, a także praktyków. Debata dotycząca przedmiotowego zagadnienia w ostatnich latach została ożywiona, szczególnie ze względu na aspekt praktyczny wynikający ze światowego kryzysu finansowego, który spowodował zwiększenie liczby postępowań upadłościowych w całej Unii Europejskiej. Podnosi się bowiem, że prawo w obecnych, trudnych (m.in. z uwagi na kryzys) warunkach powinno właściwie reagować na znaczące zwiększenie się liczby transakcji transgranicznych, a także szybkości ich zawierania. Rozwój cywilizacyjny i technologiczny zdecydowanie ułatwił przemieszczanie się oraz prowadzenie działalności o charakterze zarobkowym, w tym oczywiście działalności gospodarczej, czy podejmowanie pracy w innym kraju, bądź wręcz w kilku krajach jednocześnie.

Asumptem do niniejszych rozważań była interesująca problematyka dotycząca swobody przepływu osób w ujęciu prowadzenia transgranicznej działalności gospodarczej oraz istotne problemy z tą swobodą związane, ze szczególnym ujęciem prawa prywatnego międzynarodowego. Jednym z takowych problemów jest z pewnością postępowanie upadłościowe, którego przyczyną może być nieudolne, bądź pechowe prowadzenie działalności gospodarczej na terytorium kilku państw członkowskich. W powyższej sytuacji nasuwa się zasadnicze pytanie: w którym państwie dłużnik powinien ogłosić upadłość, jeśli prowadzi działalność na terytorium kilku państw członkowskich Unii Europejskiej? Pobieźna lektura podstawowego unijnego aktu prawnego regulującego tę kwestię prowadzi do niejednoznacznej konkluzji, jako że prawodawca unijny wskazał, że „sądy państwa członkowskiego, na terytorium którego znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika, są właściwe dla wszczęcia postępowania upadłościowego”. Kolejnym dylematem, z którym należy się zmierzyć, jest zrozumienie czym jest główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika. Niestety, rozwiązanie tego dyskusyjnego zagadnienia również pozostaje niejednoznaczne. Owa niejednoznaczność prowadzi do pewnego rodzaju dysonansu, który jest przedmiotem niniejszego opracowania. Wspomnianym zaburzeniem jest właśnie niezmiernie interesujące zjawisko *forum shoppingu*, potocznie zwane „turystyką upadłościową”, które w ostatnim czasie zyskuje na popularności. Istota tego zjawiska sprowadza się do wyboru przez dłużników lub wierzycieli najkorzystniejszego (z różnych subiektywnych względów) prawa dla ogłoszenia upadłości w granicach Unii Europejskiej.

Celem niniejszego artykułu jest analiza wybranych elementów immanentnie związanych z materią *forum shoppingu* upadłościowego, którego podstawę prawną stanowi Rozporządzenie Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego (dalej: Rozporządzenie Upadłościowe lub RozpUp)². Przedmiotowe rozporządzenie, zgodnie z poglądem wyrażanym przez niektórych przedstawicieli doktryny, zostało przygotowane z myślą o zapobieganiu *forum shoppingowi*³. Warto w tym miejscu podkreślić, że do postępowań upadłościowych wszczętych po dniu 26 czerwca 2017 roku będzie miało zastosowanie Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego

² Dz. Urz. WE L 160 z 30 czerwca 2000 r., s. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 19, t. 1, s. 191 z późn. zm.

³ J.P. Maslin, *The Effectiveness of European Cross-Border Insolvency Regulation as a Tool Against Forum-Shopping. Working Paper*, <http://ssrn.com/abstract=1539391>, s. 21 i n.

i Rady (UE) 2015/848 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego (dalej: Nowe Rozporządzenie Upadłościowe lub Nowe RozpUp).

Rozważania dotyczące problematyki *forum shoppingu* wymagają, co wydaje się oczywiste, wprowadzenia do terminologii pojęć, które nie są często stosowane w doktrynie, bądź są spotykane, ale ich istotność dla niniejszego tekstu wymaga sprecyzowania. Potrzeba ta wynika ze specyfiki zagadnienia *forum shoppingu*, ponieważ mamy do czynienia z instytucją, która jest regulowana przez różne, często wąskie, gałęzie (dziedziny) prawa cywilnego, takie jak: prawo cywilne (ogólne), prawo prywatne międzynarodowe (*sensu largo*), postępowanie cywilne, prawo handlowe oraz prawo upadłościowe i naprawcze.

To właśnie przez wielość regulacji prawnych, które mają za przedmiot analizowane zagadnienie, sporej trudności nastrocza poruszanie się po tej materii bez próby przybliżenia wcześniej definicji najistotniejszych terminów, które będą pojawiały się niejednokrotnie w niniejszej pracy, w różnych kontekstach. Jak zasadnie podniosła B. Fuchs, opisywane zjawisko dotyczy „jurysdykcji” *sensu largo*, nie tylko odnoszącej się do postępowania cywilnego, ale również dotyczącej urzędów czy nawet notariuszy⁴. Nie ma również wątpliwości co do tego, że *forum shopping* jest zagadnieniem z zakresu międzynarodowej jurysdykcji⁵.

2. Pojęcie jurysdykcji

Właściwa jurysdykcja umożliwia poprawne rozgraniczenie kompetencji organów i sądów w jednym kraju od kompetencji odpowiedników tych organów i sądów w innym⁶. Innymi słowy, jurysdykcja jest to stosownie uregulowana zdolność organów oraz sądów do rozpoznania spraw określonego zakresu. Pojęcie to nie doczekało się w polskim prawie definicji legalnej, dlatego należy jej poszukiwać pośród wypowiedzi przedstawicieli doktryny postępowania cywilnego. Poprzez zestawienie wybranych ujęć tegoż terminu zdecydowanie łatwiej będzie dokonać subsumpcji i ustalić w miarę spójną definicję.

K. Weitz podkreśla, że: „jurysdykcja krajowa wiąże się z kwestią dostępu do sądu określonego państwa, a więc wyznacza granice, w jakich realizacja prawa do sądu może następować przed sądami poszczególnych państw”⁷. Już na tym etapie definiowania niniejszego pojęcia można wskazać na znaczącą rolę, jaką pełni w świetle zagadnienia *forum shoppingu*. To właśnie ustalenie właściwej, wybranej przez podmiot, jurysdykcji jest jednym z elementów *forum shoppingu*.

Przechodząc do dalszego przeglądu literatury przedmiotu, warto wskazać, że P. Grzegorzczak posługuje się pojęciami „władza jurysdykcyjna” oraz „jurysdykcja

⁴ B. Fuchs, *Ujednoczenie prawa na płaszczyźnie międzynarodowej a zagadnienie forum shopping* [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 407.

⁵ H. Rosiak, *Zagadnienie forum shopping z perspektywy transgranicznej upadłości*, Europejski Przegląd Sądowy 2/2013, s. 27.

⁶ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 5, red. T. Ereciński, Warszawa 2012, s. 45.

⁷ K. Weitz, *Jurysdykcja krajowa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2005, s. 113.

krajowa”. Władza jurysdykcyjna jest pojęciem, którego używa się wówczas, gdy mowa jest „o pewnym «prawie», «kompetencji», «upoważnieniu» bądź jeszcze inaczej «władzy» przysługującej państwu na płaszczyźnie międzynarodowej do stosowania prawa i utrzymywania porządku prawnego na swoim terytorium we wszystkich dziedzinach. Tak postrzegana jurysdykcja, a wyrażając tę myśl inaczej – władza jurysdykcyjna (władza sądenia), stanowi w powiązaniu z kompetencją prawodawczą atrybut suwerenności państwa jako podmiotu prawa międzynarodowego”⁸. Dokonując natomiast analizy pojęcia jurysdykcji krajowej, wskazany autor uznaje, że jurysdykcja ta: „stanowi natomiast określoną ze względu na rodzaj sprawy kompetencję sądów polskich do udzielania ochrony prawnej, której racją jest dostateczne powiązanie sprawy z krajowym obszarem prawnym. Kompetencja ta sprzężona jest z obowiązkiem czynienia z niej użytku w tym sensie, że jeśli zachodzi jurysdykcja krajowa, sąd polski – oczywiście przy założeniu istnienia pozostałych przesłanek procesowych – jest zobowiązany do rozpoznania sprawy”⁹. P. Grzegorzczak dokonuje rozgraniczenia dwóch odrębnych pojęć, które wzajemnie się dopełniają. Jest to niezwykle istotny i zasadny doktrynalnie zabieg, który ukazuje (należy ocenić, że słusznie) dwie płaszczyzny jurysdykcji krajowej, która była raczej postrzegana jako spójne pojęcie określające jurysdykcję *sensu largo* – będącą częścią suwerenności państwa i *sensu stricto* – jako właściwość (czy też kompetencję) sądu do zbadania ściśle określonego stanu prawnego. Autor powyższy zasadnie opisał dwa aspekty opisywanego zjawiska, rzucając tym samym nieco światła na tę instytucję prawną. Przytoczone ujęcie powinno zapoczątkować dyskurs prawniczy dotyczący pojęcia jurysdykcji, gdyż jest warte rozwinięcia i z pewnością będzie jedynie zyskiwało na znaczeniu w związku z popularyzacją stosunków prawnych z elementem obcym.

P. Pogonowski natomiast, dokonując analizy problematyki pojęcia jurysdykcji krajowej w postępowaniu cywilnym w aspekcie realizacji prawa do sądu w postępowaniu cywilnym, definiuje ją jako: „ogólną właściwość sądów danego państwa do rozpoznania sprawy z elementem międzynarodowym”¹⁰.

Bez właściwego zrozumienia jurysdykcji – jako właściwości oraz kompetencji sądów i organów danego państwa do rozstrzygnięcia spraw określonego zakresu z elementem obcym (transgranicznym, międzynarodowym), która jest elementem suwerenności państwa na arenie międzynarodowej – nie można właściwie zrozumieć zagadnienia *forum shoppingu*, szczególnie w tak zawiłym ujęciu jak opisywany w niniejszym artykule, które koncentruje się na *forum shoppingu* w postępowaniu upadłościowym. Właściwa jurysdykcja krajowa jest elementem *forum shoppingu* i bez możliwości dokonania jej zmiany (na przykład z uwagi na wykonywanie działalności na terytorium kilku państw) nie można w ogóle mówić o *forum shoppingu*.

⁸ P. Grzegorzczak, *Jurysdykcja krajowa w sprawach z zakresu prawa własności przemysłowej*, Warszawa–Kraków 2007 s. 96.

⁹ P. Grzegorzczak, *Reżim procesowy immunitetu państwa w postępowaniu cywilnym*, Przegląd Sądowy 1/2010, s. 24–25.

¹⁰ P. Pogonowski, *Realizacja prawa do sądu w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2005, s. 18.

3. Pojęcie *forum* oraz *forum shoppingu*

Dwa najistotniejsze z punktu widzenia niniejszego artykułu pojęcia, tj. *forum* oraz *forum shopping*, wymagają dość dogłębnego zbadania. W szczególności *forum shopping* jako pojęcie dość specyficznie i różnorodnie postrzegane w doktrynie, zostanie przeanalizowane na wybranych przykładach z literatury przedmiotu.

Forum jest pojęciem, które zmieniło swoje znaczenie pod wpływem czasu. *Forum* w starożytnym Rzymie stanowiło plac w centrum miasta, będący miejscem sądów, zebrań i targów¹¹. W języku angielskim, łacinie oraz polskim języku prawniczym można jednak dostrzec wykorzystywanie tego pojęcia w kontekście znaczeniowym, który interesuje nas z punktu widzenia niniejszego artykułu. *Forum* w kontekście pojęcia *forum shoppingu* oznacza mianowicie sąd, bądź właściwą jurysdykcję. Nie zagłębiając się w dalsze rozważania dotyczące tej materii warto tylko poczynić uwagę, że doktryna nie zajmuje się kwestią definiowania pojęcia *forum*, mimo używania tego słowa w przedstawionym powyżej znaczeniu dość swobodnie¹². Dzieje się tak z uwagi na konotacje języka prawniczego z łaciną oraz prawniczych nazw własnych stosowanych szczególnie w prawie prywatnym międzynarodowym tj. np. łączników.

Genezy pojęcia *forum shopping* można doszukiwać się już latach pięćdziesiątych ubiegłego wieku. Termin ten po raz pierwszy pojawił się bowiem w dokumentach sądowych sprawy *Covey Gas & Oil Co. przeciwko Checketts*¹³, choć wydaje się, że pojęcie to (wraz z całą koncepcją *forum shoppingu*) jest starsze¹⁴.

Forum shopping jest wyjątkowym pojęciem, łączącym współczesny język angielski (*shopping*) z łaciną (*forum*), które w bezpośrednim i wolnym tłumaczeniu oznacza kupczenie sądem. Aby prawidłowo odebrać to pojęcie konieczne jest oczywiście jego zdefiniowanie, a trafniejsze i spolszczone pojęcie mogłoby brzmieć – spekulowanie jurysdykcją.

Przedmiotowe pojęcie doczekało się definicji legalnej w prawie unijnym. *Forum shopping* jest zdefiniowany przez prawodawcę unijnego w motywie 4 preambuły Rozporządzenia Upadłościowego. Prawodawca, we wskazanym wyżej motywie, zdefiniował *forum shopping* jako zjawisko „przenoszenia majątku lub postępowania sądowego z jednego państwa członkowskiego do innego w celu uzyskania korzystniejszej sytuacji prawnej”. Przedmiotowa definicja przytoczona jest w kontekście niezbędności unikania takich sytuacji, a więc zjawisko to jest *expressis verbis* wskazane jako niepożądane przez prawodawcę unijnego. W istocie prawodawca unijny stara się zapobiegać *forum shoppingowi* w relacji pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej.

Warto jednak na tym etapie rozważań dokonać podkreślenia, że pojęcie to odnosi się nie tylko do prawa unijnego czy polskiego. Problematyka *forum shoppingu* może być zaobserwowana w wielu innych porządkach i systemach prawnych, warto byłoby

¹¹ Definicja *forum* w wielkim słowniku języka polskiego, <http://www.wsjp.pl>.

¹² Por. np. J. Balcarczyk, *Prawo właściwe dla dobrego imienia osoby fizycznej i jego ochrony*, Warszawa 2014; J. Zralek, *Przedawnienie w międzynarodowym obrocie handlowym*, Warszawa 2005; A. Jaroszek, *Prawo właściwe dla umów konsumenckich zawieranych przez Internet*, Warszawa 2009; P. Grzegorzczak, *Immunitet państwa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010.

¹³ *Covey Gas & Oil Co. v. Checketts*, 187 F.2d 561, 563 (9th Cir. 1951).

¹⁴ Por. Note, *Forum Shopping Reconsidered*, Harvard Law Review 1990, Volume 103, s. 1677.

zatem porównać postrzeganie tego zjawiska przez przedstawicieli doktryny prawa międzynarodowego prywatnego z różnych państw. Niestety, z uwagi na przedmiot niniejszego artykułu komparatystyka taka nie zostanie przeprowadzona. Istotnie należałoby jednak dokonać porównania, a w zasadzie bardziej zderzenia, systemów prawnych Unii Europejskiej z systemem prawnym Stanów Zjednoczonych. Analiza taka byłaby wskazana, gdyż jak podkreślono powyżej, pojęcie to pochodzi z federalnego systemu amerykańskiego, gdzie „kupczenie” celem uzyskania lepszej sytuacji procesowej było spotykane już ponad 60 lat temu i jest praktykowane do dziś¹⁵.

Przechodząc do analizy wybranych definicji *forum shoppingu* w literaturze, warto zacząć od najznamienitszego słownika anglojęzycznych terminów prawnych tj. *Black's Law Dictionary*¹⁶, w którym można odnaleźć podmiotowo-przedmiotową definicję *forum shoppingu*. Wspomniany słownik definiuje *forum shopping* jako sytuację: „when a party attempts to have his action tried in a particular court or jurisdiction where he feels he will receive the most favorable judgment or verdict”, co w wolnym tłumaczeniu z języka angielskiego oznacza podejmowanie przez podmiot (stronę) próby przeniesienia postępowania (sprawy) przed konkretny sąd albo (ogólnie) przed jurysdykcję, w której przeczuwa, że uzyska najkorzystniejsze orzeczenie albo werdykt.

W.G. Ringe wskazuje natomiast, że *forum shopping* jest ustaleniem, a następnie aktywnym dążeniem do uzyskania przez osobę optymalnej jurysdykcji dla konkretnej czynności, którą w przypadku upadłości będzie co do zasady ogłoszenie upadłości, postępowanie naprawcze lub układowe¹⁷.

M. Szydło definiuje *forum shopping* jako czynność poszukiwania przez zindywidualizowanego dłużnika najkorzystniejszego prawa upadłościowego¹⁸. J.P. Maslin proponuje natomiast, żeby omawiane pojęcie zdefiniować jako strategiczną możliwość wolnego (dopuszczalnego przez prawo) wyboru właściwej jurysdykcji lub wybór jej poprzez wykorzystanie luk w prawie¹⁹. N. Rosenkranz przedstawia *forum shopping* w odmiennym w stosunku do reszty doktryny ujęciu, definiując to zjawisko jako lokowanie przez przedsiębiorców aktywów w kraju, w którym warunki upadłości byłyby dla nich najkorzystniejsze²⁰. Ukierunkowuje to jednoznacznie na ograniczony do Rozporządzenia Upadłościowego punkt widzenia ostatniej z przedstawionych definicji. Należy jednak również uznać ją za niepełną, gdyż samo przeniesienie aktywów majątkowych nie zawsze skutkuje *forum shoppingiem*. To raczej przeniesienie postępowania doprowadzi do skutku, który jest przedmiotem *forum shoppingu sensu stricto*²¹.

¹⁵ Vide przypis 11.

¹⁶ *Black's Law Dictionary* 590 (5th ed. 1979), podobnie *Black's Law Dictionary Online*, <http://thelawdictionary.org>.

¹⁷ W.G. Ringe, *Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation*, *European Business Organization Law Review* 9/2008, s. 581.

¹⁸ M. Szydło, *Prevention of Forum Shopping in European Insolvency Law*, *European Business Organization Law Review* 11/2010, s. 254.

¹⁹ J.P. Maslin, *op.cit.*, s. 21.

²⁰ N. Rosenkranz, *Postępowanie upadłościowe w prawie Unii Europejskiej (tzw. upadłość transgraniczna) – cz. I*, *Monitor Prawniczy* 10/2011, s. 521.

²¹ Vide motyw 4 Rozporządzenia Upadłościowego.

Pod rządami Rozporządzenia Unijnego właściwe *forum*, a także właściwe prawo upadłościowe zależy od głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika (pojęcie to zostanie przybliżone w kolejnym podrozdziale). Upadłościowy *forum shopping* w Unii Europejskiej polega zatem na „przeniesieniu” rzeczzonego głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika z jurysdykcji jednego państwa członkowskiego do drugiego. Skutkiem wspomnianego „przeniesienia” głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika jest ustalenie *forum* głównego postępowania upadłościowego²² oraz *lex forum concursus*²³ państwa członkowskiego do którego ośrodek został przeniesiony.

4. Ocena zjawiska *forum shoppingu* – rozróżnienie pojęć pozytywnego *forum shoppingu* od negatywnego *forum shoppingu*

Podsumowując dość jednoznaczne głosy doktryny i prawodawcy unijnego uznające upadłościowy *forum shopping* za szkodliwy, należy podkreślić, że nie każde przeniesienie głównego ośrodka działalności gospodarczej niesie za sobą rzeczywiście szkodliwy skutek w postaci uniemożliwienia lub utrudnienia przeprowadzenia efektywnego (z punktu widzenia zaspokojenia wierzycieli) postępowania upadłościowego. Należy uznać, że *forum shopping* polegający na przeniesieniu postępowania przed właściwą jurysdykcją, która będzie korzystna zarówno dla dłużnika jak i wierzyciela (a zarazem nie będzie szkodliwa dla żadnego z wyżej wymienionych) jest zjawiskiem pożądanym i pozytywnym. Celem zaprezentowania trafności niniejszej tezy można posłużyć się przykładem z orzecznictwa. W sprawie *PIN Group* toczącej się przed niemieckim sądem²⁴, tenże holding dokonał swoistej modyfikacji celem przeniesienia głównego ośrodka podstawowej działalności w celu wszczęcia i przeprowadzenia efektywniejszego procesu restrukturyzacyjnego dla całej grupy holdingowej w jednym państwie członkowskim oraz w tożsamym postępowaniu. Mimo, że zarzut *forum shoppingu* mógł zostać podniesiony, a przeniesienie głównego ośrodka podstawowej działalności było niewątpliwe, sąd uznał, że działanie to nie było nadużyciem, a jedynie próbą przeprowadzenia skoordynowanego postępowania upadłościowego całej grupy. Co więcej, uznano, że ten przypadek *forum shoppingu* spowodował zmaksymalizowanie wartości masy upadłościowej, a co za tym idzie, działanie w interesie wierzycieli.

Niemniej jednak dość ciężko zidentyfikować składniki majątkowe dłużnika, który prowadzi działalność w kilku państwach członkowskich Unii Europejskiej, a nie jest to jedyny problem, który należy wziąć pod uwagę podczas oceny zasadności przeniesienia. Powinność taka powinna obejmować przede wszystkim motywy, które kierują dłużnikiem (czy też w określonych przypadkach – również wierzycielem) chcącym przeprowadzić proces *forum shoppingu*. W przypadku, gdy zmiana głównego ośrodka podstawowej działalności ma na celu osiągnięcie korzyści jedynie dla dłużnika

²² Vide art. 3 Rozporządzenia Upadłościowego.

²³ Vide art. 4 Rozporządzenia Upadłościowego.

²⁴ Sąd Rejonowy w Kolonii, orzeczenie z 19.02.2008 (73 IE 1/08), [2008] Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, s. 423.

(bądź wierzyciela), należy uznać taką migrację za negatywną i sankcjonować takie postępowanie poprzez odrzucenie wniosku o ogłoszenie upadłości, bądź poprzez wydanie innego, tożsamego w skutkach, orzeczenia zamykającego drogę do prowadzenia postępowania upadłościowego lub restrukturyzacyjnego. Zmiana głównego ośrodka podstawowej działalności nie powinna być traktowana jako czynność nosząca znamiona nadużycia, gdy jej celem jest osiągnięcie przez dłużnika większej wartości masy upadłościowej, bądź inna – tożsama z punktu widzenia efektywności postępowania – implikacja²⁵.

Jeśli natomiast główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika został zmieniony w celu pokrzywdzenia wierzycieli należy uznać, że dotychczasowy (poprzedni) główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika powinien wpływać na właściwą jurysdykcję oraz prawo właściwe do otwarcia i prowadzenia głównego postępowania upadłościowego²⁶.

Zważywszy na poczynioną powyżej analizę przedmiotową należy podkreślić, że nie każda migracja głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika powinna być uznana za nadużycie. Motywy 2, 8, 16, 19 i 20 *expressis verbis* świadczą o jednym z głównych celów Rozporządzenia Upadłościowego jakim jest skuteczność i efektywność postępowania upadłościowego. Natomiast wyłącznie w jednym z motywów (motywie 4) prawodawca wspólnotowy podniósł potrzebę zapobiegania upadłościowemu *forum shoppingowi*. Te dwa cele, po dokonaniu pobieżnej analizy, mogą wydawać się kontradykcyjne, niemniej jednak – jak powyżej wykazano – nie zawsze tak będzie.

Odnosząc się zatem do wspomnianych motywów mających za przedmiot skuteczność i efektywność postępowania, biorąc pod uwagę ich liczbę (5), a co za tym idzie (zakładając racjonalność prawodawcy) istotność niniejszego celu Rozporządzenia Upadłościowego, warto zaznaczyć, że w przypadku osiągnięcia przez migrację głównego ośrodka podstawowej działalności do innego państwa członkowskiego stanu większej skuteczności i efektywności postępowania upadłościowego w dotychczasowym państwie członkowskim (bez naruszenia praw ogółu wierzycieli) *forum shopping* powinien być zjawiskiem postrzeganym pozytywnie – wręcz pożądanym.

Prawodawca unijny proponując Nowe Rozporządzenie Upadłościowe, którego większość zapisów wejdzie w życie dnia 26 czerwca 2017 roku, zauważył potrzebę dookreślenia pojęcia *forum shoppingu*, jako zjawiska niepożądanego z uwagi na właściwe funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Motyw 5 Nowego Rozporządzenia Upadłościowego brzmi bowiem następująco: „Dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego niezbędne jest unikanie zachęt dla stron do przenoszenia majątku lub postępowania sądowego z jednego państwa członkowskiego do innego w celu uzyskania korzystniejszej sytuacji prawnej ze szkodą dla ogółu wierzycieli (tzw. *forum shopping*)”. Jak z łatwością można spostrzec, jedyną różnicą

²⁵ Por. rozważania dotyczące oceny zjawiska *forum shoppingu* poczynione w: H. Eidenmüller, *Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law*, *European Company and Financial Law Review* 1/2000, s. 16.

²⁶ *Ibidem*, s. 18.

w nowej definicji *forum shoppingu*, która została zaproponowana w Nowym Rozporządzeniu Upadłościowym przez prawodawcę unijnego, jest dodanie na końcu definicji zwrotu „ze szkodą dla ogółu wierzycieli”. Wydaje się, że prawodawca unijny zauważył, iż w szczególnych okolicznościach *forum shopping* może być wymagany dla uzyskania celu skutecznego i efektywnego postępowania upadłościowego. Odnosząc się do powyższej analizy należy z całą stanowczością uznać, że w przypadku konfliktu tych dwóch celów, pierwszeństwo powinien otrzymać cel skutecznego i efektywnego postępowania upadłościowego, gdyż stanowi większą korzyść dla ogółu wierzycieli.

Nowe Rozporządzenie Upadłościowe wydaje się w tym względzie potwierdzać ten kierunek, a ponadto dotychczasowe orzecznictwo sądów europejskich (szczególnie angielskich) mające za przedmiot ocenę zmiany głównego ośrodka podstawowej działalności. High Court of Justice, Chancery Division w Leeds w orzeczeniu z dnia 20 maja 2004 r.²⁷ w sprawie *Ci4Net.com Inc* uznał, że jeśli główny ośrodek podstawowej działalności został przeniesiony w celach handlowych, regulacja zapobiegająca *forum shoppingowi* nie zabrania takiego postępowania dłużnika.

Należy zatem uznać, że zjawisko *forum shoppingu* dokonywanego celem zapewnienia skutecznego i efektywnego postępowania upadłościowego, który jest korzystny zarazem dla strony dłużnika (upadłego), jak i ogółu wierzycieli, jest jak najbardziej pozytywne. Natomiast ponownie warto podkreślić, że zmiany głównego ośrodka podstawowej działalności w przypadku chęci naruszenia praw, bądź uprawnień wierzycieli – jako zjawisko negatywnego *forum shoppingu* – powinny być zabronione.

5. Pojęcie głównego ośrodka podstawowej działalności

Rozporządzenie Upadłościowe nie udziela bezpośredniej odpowiedzi czym jest główny ośrodek podstawowej działalności (ang. *centre of main interest*, dalej: COMI). Próżno jest bowiem poszukiwać pomiędzy jego artykułami oraz motywami dokładnej definicji legalnej tego pojęcia, która zamykałaby katalog miejsc, mogących zostać uznanymi za główny ośrodek podstawowej działalności. Sytuacja ta wydaje się jednak naturalna, zważywszy na specyfikę głównego ośrodka podstawowej działalności. Trudno wszak dokonać nawet przykładowej komparatyki pod względem prowadzenia działalności gospodarczej. Weźmy na przykład działalność polegającą na świadczeniu usług hostingowych (w przypadku serwerów umiejscowionych w kilku państwach członkowskich UE) i postarajmy się ją zestawić z działalnością handlową polegającą na sprzedaży butów, również prowadzoną na terytorium kilku różnych państw członkowskich (sklepy, hurtownie, centra logistyczne umiejscowione w kilku państwach członkowskich). W obu przypadkach przyjęte zostaną różne kryteria pozwalające na dokonanie właściwej oceny stanu faktycznego, a konkluzje z tej oceny doprowadzą dopiero do analizy umożliwiającej wyłonienie COMI. Pojęcie to powinno być tym samym dookreślane każdorazowo przez odpowiedni organ upadłościowy lub sąd – indywidualnie i konkretnie. Prawodawca unijny pozostawił jednak określoną ilość wskazówek umożliwiających

²⁷ Orzeczenie można odnaleźć w *Zeitschrift fur Wirtschaftsrecht* 2004, H. 37, s. 1769.

interpretację pojęcia głównego ośrodka podstawowej działalności. Wskazówki te znajdują się w Rozporządzeniu Upadłościowym, i tak:

- a) według preambuły, główny ośrodek podstawowej działalności powinien oznaczać miejsce, w którym dłużnik zazwyczaj zarządza swoją działalnością i jako takie jest rozpoznawalne przez osoby trzecie²⁸,
- b) natomiast w tekście właściwym przedmiotowego aktu prawnego prawodawca wspólnotowy stanowi, że w przypadku spółek i osób prawnych domniemywa się, że głównym ośrodkiem ich podstawowej działalności jest siedziba określona w statucie, chyba że zostanie przeprowadzony dowód przeciwny²⁹.

Od dłuższego czasu proponowano zmianę regulacji unijnej w zakresie głównego ośrodka podstawowej działalności, a w szczególności aby:

- a) zapis motywu 13 znalazł się w tekście właściwym Rozporządzenia Unijnego (najlepiej w art. 3 ust. 1 RozpUp),
- b) dodano motyw 13a, w którym mógłby znaleźć się katalog przypadków, w których domniemanie COMI zostałyby obalone,
- c) dodano domniemanie rozwiązujące problem osób fizycznych prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą³⁰.

Prawodawca unijny zdecydowanie rozszerzył pojęcie głównego ośrodka podstawowej działalności, a także rozróżnił je podmiotowo. Art. 3 ust. 1 Nowego Rozporządzenia Upadłościowego wprowadza domniemanie prawne związane z COMI osób prawnych, stanowiąc, że w przypadku spółki lub osoby prawnej będzie się domniemywało (w przypadku braku dowodu przeciwnego), że głównym ośrodkiem ich podstawowej działalności jest miejsce siedziby statutowej. Założenie takie będzie miało zastosowanie tylko wtedy, gdy siedziba statutowa nie została przeniesiona do innego państwa członkowskiego w okresie trzech miesięcy poprzedzających złożenie wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego. Należy wskazać już w tym miejscu, że jest to bardzo dojrzały zapis, będący efektem wieloletniego doświadczenia w stosowaniu dotychczasowego Rozporządzenia Upadłościowego. Ogranicza ono zasadniczo zjawisko *forum shoppingu* upadłościowego z uwagi na limitację czasową nałożoną na osobę prawną. Każdorazowo bowiem, po przeniesieniu siedziby statutowej i złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie krótszym niż trzy miesiące od jej przeniesienia – domniemanie takie traci swoją moc.

Legislator unijny ustanowił ponadto dwa odrębne domniemania dotyczące osób fizycznych w tym samym ustępie artykułu trzeciego, w następnych jego akapitach (trzecim i czwartym). I tak w przypadku osoby fizycznej prowadzącej niezależną działalność gospodarczą lub zawodową (w Polsce będzie to najczęściej jednoosobowa działalność gospodarcza) będzie istniało domniemanie (oczywiście również w przypadku braku przeciwdowodu na tą okoliczność), że głównym ośrodkiem jej podstawowej działalności jest główne miejsce wykonywania tej działalności. Domniemanie takie będzie miało

²⁸ Motyw 13 Rozporządzenia Upadłościowego.

²⁹ Art. 3 ust. 1 Rozporządzenia Upadłościowego.

³⁰ Por. M. Arnold, *Truth or Illusion? COMI Migration and Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation*, Business Law International 2013, Vol 14, No 3, s. 248-249.

zastosowanie jedynie wtedy, gdy główne miejsce wykonywania działalności nie zostało przeniesione do innego państwa członkowskiego w okresie trzech miesięcy poprzedzających złożenie wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego.

W przypadku każdej innej osoby fizycznej będzie z kolei działało domniemanie stanowiące, że głównym ośrodkiem jej podstawowej działalności jest miejsce zwykłego pobytu tej osoby. Domniemanie takie znajdzie zastosowanie jedynie wtedy, gdy miejsce zwykłego pobytu nie zostało przeniesione do innego państwa członkowskiego w okresie sześciu miesięcy poprzedzających złożenie wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego. Domniemanie to również można obalić przeciwdowodem. Regulację wyżej opisaną należy ocenić jako pozytywny wpływ doktryny międzynarodowego prawa upadłościowego na prawodawstwo unijne.

6. Wpływ koncepcji głównego ośrodka podstawowej działalności na upadłościowy *forum shopping*

Jak wskazano powyżej, koncepcja COMI ma ogromne znaczenie dla kwestii upadłościowego *forum shoppingu*, gdyż to ona niejako determinuje w którym państwie członkowskim zostanie przeprowadzone główne postępowanie upadłościowe. W przypadku bowiem, gdy osoba prawna bądź fizyczna prowadzi działalność gospodarczą w jednym kraju, główny ośrodek podstawowej działalności jest jednoznacznie określony i nie ma miejsca na upadłościowy *forum shopping*. Dla kontrastu można natomiast podać przykład międzynarodowej grupy przedsiębiorstw (holdingu), która działa w wielu różnych państwach członkowskich na skalę międzynarodową, a takowa ma swobodę w przeprowadzeniu postępowania upadłościowego w jednym z tych krajów³¹. Koncepcja głównego ośrodka podstawowej działalności może być potraktowana jako prawne narzędzie do zapobiegania manipulacjom (negatywny *forum shopping*), gdyż w normalnych warunkach trudniej jest uczynić zadość obowiązkowi przeniesienia całości faktycznej podstawowej działalności³² do innego państwa członkowskiego, niż stworzyć ramy prawne do prowadzenia działalności w innym państwie członkowskim³³. Niemniej jednak istnieje możliwość dokonania migracji COMI (w przypadkach skrajnych nawet w „przeddzień” ogłoszenia upadłości) w celu osiągnięcia lepszej sytuacji procesowej i umożliwienia dłużnikowi (czy też wierzycielowi) wyboru właściwej jurysdykcji, a tym samym również prawa właściwego dla ogłoszenia upadłości. Ponadto, w kontekście międzynarodowych grup kapitałowych (holdingów), wniosek o ogłoszenie upadłości może być złożony w państwie członkowskim oferującym największe korzyści w partykularnym interesie holdingu, który chce osiągnąć konkretny cel.

³¹ Por. L. Enriques, M. Gelter, *Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection*, *European Business Organization Law Review* 7/2006, s. 417, 442.

³² W niektórych przypadkach rozumianych jako np. przeniesienie pracowników, samochodów, maszyn, czy innych urządzeń.

³³ 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* 177/2006, s. 179.

Aby właściwie zrozumieć koncepcję głównego ośrodka podstawowej działalności, która została wprowadzona w Rozporządzeniu Upadłościowym, warto przeanalizować różne kolizyjnoprawne koncepcje państwowe, które można spotkać w wybranych państwach europejskich. Tradycyjne brytyjskie podejście w zakresie „głównego ośrodka podstawowej działalności” polega na uznaniu za właściwe miejsce prowadzenia działalności miejsca rejestracji osoby prawnej. W takim przypadku, gdy toczyło się więcej niż jedno postępowanie, głównym postępowaniem upadłościowym było postępowanie w państwie rejestracji osoby prawnej. Wynikiem tej koncepcji, postępowania toczące się w innych państwach były wtórne (pomocnicze) do głównego postępowania toczącego się w państwie rejestracji osoby prawnej³⁴. Kontynentalne systemy prawne preferują natomiast uznanie za ośrodek prowadzenia działalności miejsce „rzeczywistego umiejscowienia” (ang. *real seat*) przedsiębiorstwa³⁵.

Koncepcja COMI, która znajduje odzwierciedlenie w artykule 3 Rozporządzenia Upadłościowego, powinna być natomiast postrzegana jako kompromis pomiędzy dwoma zaprezentowanymi wyżej koncepcjami. Z jednej strony bowiem mamy wzruszalne domniemanie, że główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika znajduje się w miejscu rejestracji (siedziba określona w statucie), ale drugiej jednak postawiono na rzeczywistą działalność³⁶. Właśnie takowa rzeczywista działalność (wspomniana koncepcja *real seat*) prowadzi do wzruszenia domniemania prawnego ustanowionego w art. 3 Rozporządzenia Upadłościowego. Należy więc przeprowadzić odpowiedni dowód celem wzruszenia domniemania, a tym samym ustalić, że główny ośrodek podstawowej działalności znajduje się w innym państwie.

7. *Forum shopping* a skutek przeniesienia głównego ośrodka podstawowej działalności do innego państwa członkowskiego

Art. 3 ust. 1 Rozporządzenia Upadłościowego *expressis verbis* stanowi, że sądy państwa członkowskiego, na terytorium którego znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika, są właściwe dla wszczęcia postępowania upadłościowego. Wybór koncepcji COMI, która determinuje określenie właściwej jurysdykcji do przeprowadzenia głównego postępowania upadłościowego, został uznany za najbardziej odpowiednie podejście, jako że reprezentuje lokalizację do której „przywykł” ogół wierzycieli, a także gdzie znajduje się większość składników majątkowych dłużnika³⁷ oraz gdzie działalność (biznes) była prowadzona³⁸. Według art. 3 ust. 1 RozpUp sądy (bądź organy upadłościowe) państwa, w którym dłużnik posiada COMI, mają wyłączną jurysdykcję,

³⁴ G. Moss, *Group Insolvency – Choice of Forum and Law: The European Experience under the Influence of English Pragmatism (2006 – 2007)*, 32 Brooklyn Journal of International Law, s. 1008.

³⁵ Zob. *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide*, red. G. Moss, I.F. Fletcher, S. Isaacs, Oxford, 2002, rozdział 3.11.

³⁶ G. Moss, *op.cit.*, s. 1008.

³⁷ H. Eidenmüller, *op.cit.*, s. 4.

³⁸ M. Virgos, E. Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Bruksela 1996, http://globalinsolvency.com/sites/all/files/insolvency_report.pdf (dalej jako: „raport Virgos-Schmit”).

tj. wyłączne prawo do otwarcia i prowadzenia głównego postępowania upadłościowego. Otwarcie takiego postępowania ma natychmiastowy oraz uniwersalny³⁹ skutek na terenie całej Unii Europejskiej. Ukrytym motywem tego postanowienia jest założenie, że jedno transgraniczne, ponadnarodowe postępowanie upadłościowe będzie owocowało wyższym stopniem zaspokojenia wierzycieli z różnych państw członkowskich, niż w sytuacji, gdy toczyłoby się wiele oddzielnych krajowych postępowań prowadzonych w różnych państwach członkowskich⁴⁰. Bardziej prawdopodobnym jest również przeprowadzenie skutecznego postępowania restrukturyzacyjnego w przypadku całkowitej spłaty zobowiązań, jeśli prowadzone było jedno postępowanie, niż gdyby tych postępowań było kilka⁴¹.

Według art. 4 Rozporządzenia Upadłościowego, dla głównego postępowania upadłościowego i jego skutków właściwe jest prawo państwa członkowskiego Unii Europejskiej, w którym wszczęto główne postępowanie upadłościowe. Jak wskazano już w podrozdziale wyżej – właściwe prawo upadłościowe jest więc ściśle związane z *forum*, przed którym prowadzone jest główne postępowanie upadłościowe.

Dokonując subsumpcji poczynionej analizy związanej z koncepcją głównego ośrodka podstawowej działalności uregulowanej w Rozporządzeniu Upadłościowym należy uznać, że dla skutecznego upadłościowego *forum shoppingu* niezbędne jest przeniesienie COMI z jednej jurysdykcji do innej. Doprowadzi to bowiem do jednoczesnej zmiany właściwego sądu (*forum*) oraz właściwego prawa (*lex forum concursus*). Podkreślić przy tym należy, że w przypadku skutecznej migracji głównego ośrodka podstawowej działalności:

- a) sąd (bądź organ upadłościowy) głównego postępowania upadłościowego (według art. 3 Rozporządzenia Upadłościowego),
- b) a także właściwe prawo (według łącznika *lex forum concursus* uregulowanym w art. 4 Rozporządzenia Upadłościowego), będą zależały od państwa członkowskiego do którego COMI został przeniesiony⁴².

8. Skutki trudności w kwalifikacji pojęcia głównego ośrodka podstawowej działalności – uwagi *de lege lata*

Wskazano już, że główny ośrodek podstawowej działalności nie został jednoznacznie zdefiniowany, przez co nasuwa się wiele pytań związanych z obszernością katalogu tego pojęcia. Wydaje się jednak, że ostateczne i decydujące kryterium dla określenia głównego ośrodka podstawowej działalności stanowi miejsce funkcjonowania głównego

³⁹ Jeśli w żadnym innym państwie członkowskim Unii Europejskiej nie zostanie wszczęte wtórne postępowanie upadłościowe – postępowanie główne (a w szczególności jego skutek) wszczęte w państwie umiejscowienia COMI będzie w pełni uniwersalne, a co za tym idzie, będzie skuteczne w każdym państwie członkowskim Unii Europejskiej.

⁴⁰ J.L. Westbrook, *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, *American Bankruptcy Law Journal* 65/1991, s. 457, 465.

⁴¹ G. McCormack, *Jurisdictional Competition and Forum Shopping in Insolvency Proceedings*, *The Cambridge Law Journal* 68/2009, s. 174.

⁴² W.G. Ringe, *op.cit.*, s. 3.

biura czy też głównej siedziby osoby prawnej⁴³. W sprawie *Eurofood* Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej dokonał autonomicznej interpretacji Rozporządzenia Upadłościowego poprzez odniesienie się do motywu 13 statuując, że: „domniemanie sformułowane w art. 3 ust. 1 zdanie drugie Rozporządzenia Upadłościowego, zgodnie z którym głównym ośrodkiem podstawowej działalności spółki zależnej jest jej siedziba określona w statucie, 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”⁴⁴. W celu poprawnej analizy umiejscowienia głównego ośrodka podstawowej działalności sąd powinien wziąć pod uwagę wiele różnych czynników, jak na przykład:

- a) miejsce, w którym działalność przedsiębiorcy jest prowadzona,
- b) miejsce, w którym przedsiębiorstwo jest zarządzane,
- c) miejsce, w którym umowa osoby prawnej (najczęściej spółki) została sporządzona,
- d) miejsce, w którym zarejestrowano osobę prawną,
- e) miejsce spotkań organu nadzorczego osoby prawnej (np. rady nadzorczej),
- f) miejsce obsługi większości klientów, dostawców, a także wierzycieli,
- g) miejsce w którym organ zarządczy najczęściej przebywa (w związku z wykonywaniem obowiązków jako organu).

Każdy z wyżej wymienionych czynników powinien być poddany ocenie, a także porównaniu celem właściwego określenia gdzie znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika⁴⁵. Oczywiście Rozporządzenie Unijne nie wskazuje które czynniki powinny być decydujące, ponadto nie została dokonana żadna kategoryzacja takowych czynników pod względem wagi dowodowej. Brak jakichkolwiek wskazówek dotyczących czynników ocennych, ich wagi, a także ewentualnych wyłączeń dowodowych w przedmiotowym zakresie. Daje to zasadniczą swobodę w zakresie decyzji o uznaniu głównego ośrodka podstawowej działalności⁴⁶. Ocena czynników powinna być wobec tego dokonana przez właściwe organy, bądź sądy upadłościowe w dyskrecyjnym orzeczeniu procesowym.

Pozostawia to znaczną przestrzeń dla zainteresowanych dłużników (przedsiębiorców) do manipulowania relewantnymi czynnikami, gdyż istnieje wiele możliwości do przenoszenia aktywów i innych czynników w celu osiągnięcia zamierzonego skutku *forum shoppingu*⁴⁷. Wskazano zatem, że bardzo ważnym jest, aby zmiana głównego ośrodka podstawowej działalności miała element stałości i nie powinna być

⁴³ G. Moss, I. Fletcher, S. Isaacs, *op.cit.*, s. 169.

⁴⁴ Sprawa C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd.*, orzeczenie wydane w trybie prejudycjalnym z wniosku Supreme Court. Streszczenie w języku polskim: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=57045&doclang=PL>.

⁴⁵ R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Londyn 2005, s. 591.

⁴⁶ S.M. Franken, *Three Principles of Transnational Corporate Bankruptcy Law: A Review*, *European Law Journal* 11/2005, s. 253.

⁴⁷ H. Eidenmüller, *Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe*, *European Business Organization Law Review* 2005, s. 423, 430.

iluzoryczna, pozorna – ma być rzeczywista⁴⁸. Istotnie, główny ośrodek podstawowej działalności może podlegać łatwej manipulacji, jako że wymienione wyżej czynniki są raczej subiektywne⁴⁹. Co więcej, koncepcja COMI jest podatna na doprowadzenie do rozbieżności interpretacyjnych pośród różnych sądów⁵⁰. Orzecznictwo wskazuje nadto, że niektóre sądy wydają się być bardziej otwarte na zaakceptowanie jurysdykcji nad prowadzoną sprawą i wszczęcie głównego postępowania upadłościowego, niż inne⁵¹. W związku z tym należy przyznać, że ogół wierzycieli może mieć powody do poważnych obaw związanych z wysokim prawdopodobieństwem próby manipulacji przez dłużnika czynnikami, które mają wpływ na ustalenie głównego ośrodka podstawowej działalności. Te niekorzystne dla wierzycieli działania dłużnika w obecnym stanie prawnym mogą nastąpić nawet kilka dni przed wszczęciem postępowania upadłościowego. Dłużnik może dokonać takich czynności w celu zorganizowania taktycznej ucieczki z kraju, w którym wierzyciele podejmują niezbędne kroki celem wszczęcia postępowania upadłościowego⁵².

Podsumowując przedmiotowe rozważania należy wskazać, że koncepcja głównego ośrodka podstawowej działalności została opisana jako niejednoznaczna oraz podatna na manipulacje, a także trudna do oceny w postępowaniu z uwagi na swój charakter. Wierzyciele mający istotne wątpliwości co do osoby kontrahenta, który prowadzi transgraniczną działalność gospodarczą, powinni zachować szczególną ostrożność w rozliczeniach. Koncepcja głównego ośrodka podstawowej działalności jest bowiem bardzo kontrowersyjna w świetle Rozporządzenia Upadłościowego. Jak powyżej zauważono, bardziej niż prawdopodobna jest możliwość nieuczciwego zachowania dłużnika, który w związku z trudnościami w prowadzeniu działalności, bądź chęcią oszukania wierzycieli, doprowadza do przeniesienia głównego ośrodka podstawowej działalności do innego państwa, a następnie wszczyna tam postępowanie upadłościowe. W postępowaniu tym dłużnik może nie wykazać całości majątku, bądź doprowadzić do innych nieprawidłowości wykorzystując luki systemu prawnego danego państwa, z których postanowił skorzystać. Należy pamiętać, że przytoczony przykład jest przerysowany, ale obrazuje czarny scenariusz, który przytrafić się jednak może.

9. Analiza *forum shoppingu* na gruncie nowego rozporządzenia upadłościowego

Nowe Rozporządzenie Upadłościowe zawarło w motywie piątym ściślejszą definicję *forum shoppingu*, co należy uznać za pozytywną zmianę. Prawodawca unijny w nowej

⁴⁸ G. McCormack, *op.cit.*, s. 191.

⁴⁹ B. Wessels, *The European Union Insolvency Regulation: An Overview With Trans-Atlantic Elaborations*, Norton Annual Survey of Bankruptcy Law 2003, s. 481.

⁵⁰ G. McCormack, *op.cit.*, s. 185.

⁵¹ *Vide* orzeczenie High Court of Justice Chancery Division, sprawa *Hans Brochier Holdings Ltd v Exner*, Case No: 5618/06, EWHC 2006, s. 2594.

⁵² I. Fletcher, *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*, Oxford 2005, s. 285 i nast.

definicji rozróżnia *ad extremum* negatywny *forum shopping*, choć jedynie w sposób pośredni⁵³. Przedmiotowy prawodawca nie przywiązuje bowiem jakiegokolwiek wagi do pozytywnego *forum shoppingu* poprzez brak regulacji odnoszącej się do tej materii. Ponadto, w motywie 29 nałożono obowiązek wprowadzenia do przedmiotowego rozporządzenia szeregu zabezpieczeń mających zapobiegać nielegalnemu lub nieuczciwemu wybieraniu sądu pod kątem korzystniejszej sytuacji prawnej, a na Komisję Europejską prawodawca nałożył obowiązek przedłożenia Parlamentowi Europejskiemu, Radzie oraz Europejskiemu Komitetowi Ekonomiczno-Społecznemu analizy w przedmiocie wybierania sądu pod kątem własnego interesu do dnia 27 czerwca 2020 roku.

Niestety, nie można uznać, żeby zapisy Nowego Rozporządzenia Upadłościowego w sposób wystarczający miały zapewnić ochronę przed negatywnym *forum shoppingiem* oraz w sposób kompleksowy rozwiązywały problem kwalifikacji *forum shoppingu*. Nie wspomniano bowiem o rozgraniczeniu pozytywnego *forum shoppingu* od negatywnego, co dałoby odbiorcom prawa upadłościowego spojrzenie na rzeczywisty cel prawodawcy. Wydaje się wszak, że prawodawca nie będzie od czasu wejścia w życie Nowego Rozporządzenia Upadłościowego negatywnie traktował transgranicznych spraw, w których dojdzie do *forum shoppingu*, jeśli przeniesienie głównego ośrodka podstawowej działalności nastąpi w celu zwiększenia efektywności i skuteczności postępowania, a także nie pokrzywdzi ogółu wierzycieli. Należy ponadto zauważyć, że pomimo co prawda szerszej i dokładniejszej definicji głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika, a także większej ilości swoistych wskazówek (choćby tej zawartej w motywie 23 Nowego Rozporządzenia Upadłościowego), nie jest ona dość dokładna. W związku z powyższym nie będzie ona wystarczająco skutecznym mechanizmem ochronnym. Co więcej, można ją nadal uznawać za swego rodzaju lukę prawną pozwalającą na skuteczne przeprowadzenie upadłościowego *forum shoppingu*.

Ze względu na brak harmonizacji przepisów prawa upadłościowego w Unii Europejskiej, powody do angażowania się dłużników w działania polegające na manipulacji czynnikami wpływającymi na główny ośrodek podstawowej działalności można mnożyć. Nie trzeba zaznaczać, że skutkiem takiego postępowania jest bardzo często uszczerplenie majątku ogółu wierzycieli, bądź pokrzywdzenie ich w inny sposób (np. poprzez ograniczenie środków zaskarżenia, czy inne utrudnienie uczestnictwa w postępowaniu, choćby poprzez zmianę właściwej jurysdykcji na umiejscowioną w państwie znacznie oddalonym od tego konkretnego wierzyciela)⁵⁴. Sam upadłościowy *forum shopping* dotyczy wszelkiej kategorii dłużników i wierzycieli – nie tylko osób prawnych, ale także osób fizycznych. Rozgraniczenie to z jednej strony nie wpływa znacząco na skutki *forum shoppingu*, a z drugiej istotnie wpływa na jego przyczyny i sposób przeprowadzenia całego procesu mającego doprowadzić do *forum shoppingu*⁵⁵. Niestety, charakter

⁵³ Poprzez dodanie do dotychczasowej definicji zwrotu „ze szkodą dla ogółu wierzycieli”, co jednoznacznie wskazuje na chęć ochrony wierzycieli, jako głównych zagrożonych praktyką negatywnego upadłościowego *forum shoppingu*.

⁵⁴ Negatywny *forum shopping*.

⁵⁵ Inaczej bowiem będzie wyglądała manipulacja czynnikami wpływającymi na ocenę głównego ośrodka podstawowej działalności w przypadku osoby fizycznej, a inaczej w przypadku osoby prawnej.

niniejszego artykułu nie pozwolił na odniesienie się do kwestii podmiotowości w *forum shoppingu*, gdyż istotniejszym i nie poruszonym do tej pory (w tak zasadniczym stopniu) zagadnieniem jest wpływ zasad międzynarodowego postępowania upadłościowego na upadłościowy *forum shopping*. Wskazano także powyżej, że warto byłoby dokonać komparatystyki prawniczej w zakresie wpływu zasady terytorialności i uniwersalności na *forum shopping* w innych dziedzinach prawa.

Warto wskazać w tym miejscu, że w celu osiągnięcia ogólnounijnego sukcesu w swojej walce z upadłościowym *forum shoppingiem* prawodawca unijny powinien skupić się na dokładnym definiowaniu pojęć immanentnie związanych z *forum shoppingiem*, nie wyłączając z tego zakresu samego *forum shoppingu*. Po pierwsze, *expressis verbis* powinna nastąpić dyferencjacja pojęcia pozytywnego, czy też korzystnego *forum shoppingu* od pojęcia negatywnego, niekorzystnego *forum shoppingu*. Sytuacje pozytywnej zmiany jurysdykcji celem uzyskania lepszej pozycji prawnej należałoby tym samym uznać za swobodę przepływu osób na mocy artykułu 3 ust. 2 TUE, art. 21 TFUE oraz tytułu IV i V TFUE. Negatywny *forum shopping* winien natomiast być zwalczany poprzez nadanie dodatkowych środków zaskarżenia wierzycielom w takich postępowaniach, pozwalających na przykład na odwrócony *forum shopping*. Odwrócony *forum shopping* mógłby polegać na podniesieniu przez wierzyciela w postępowaniu upadłościowym, toczącym się przed państwem członkowskim niebędącym państwem w którym posiadałby COMI, zarzutu braku posiadania głównego ośrodka podstawowej działalności w państwie członkowskim, przed którym toczy się postępowanie. Oczywiście taka konstrukcja prawna wymagałaby daleko idącej harmonizacji prawa regulującego postępowanie upadłościowe w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Nadto, główny ośrodek podstawowej działalności powinien doczekać się szczegółowej definicji w akcie ponadnarodowym, powszechnie obowiązującym. Najlepszym aktem prawnym, który mógłby osiągnąć ten cel, wydaje się rozporządzenie. Po stronie państw członkowskich i ich przedstawicieli w instytucjach i organach Unii Europejskiej leży inicjatywa oraz wola polityczna dokonania przedmiotowych zmian.

10. Zakończenie

Reasumując rozważania poczynione powyżej, należy niestety uznać, że *forum shopping* pozostanie bardzo kontrowersyjnym zagadnieniem w świetle Rozporządzenia Upadłościowego. Nawet pomimo daleko idącego wsparcia poczynionego dotychczas ze strony doktryny międzynarodowego postępowania upadłościowego oraz orzecznictwa narodowego, a także ponadnarodowego. Postanowień w Rozporządzeniu Upadłościowym mających zapobiegać negatywnemu *forum shoppingowi* praktycznie nie ma. Oprócz klauzuli generalnej „zapewnienia prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego” poprzez „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”, zawartej w motywie 4 Rozporządzenia Upadłościowego, próżno jest szukać postanowień chroniących *expressis verbis* przed negatywnymi skutkami *forum shoppingu*. Nie można bowiem zaakceptować założenia

uznającego, że postanowienia dotyczące głównego ośrodka podstawowej działalności, czy też te związane z łącznikiem *lex fori concursus* były dostatecznym zabezpieczeniem przed negatywnym *forum shoppingiem*. Brak jest również szczegółowej definicji zjawiska *forum shoppingu* oraz odpowiedniego uszczegółowienia determinującego akceptowalność przenoszenia majątku lub postępowania sądowego z jednego państwa członkowskiego do innego celem uzyskania korzystniejszej sytuacji prawnej. Nie wydaje się bowiem, żeby *forum shopping* był zawsze zjawiskiem niepożądanym, mimo postanowienia zawartego w motywie 4, który nie pozostawia wątpliwości co do nastawienia prawodawcy wspólnotowego.

Wątpliwym jest twierdzenie, że Rozporządzenie Upadłościowe w jakikolwiek sposób utrudnia upadłościowy *forum shopping*. Koncepcji głównego ośrodka podstawowej działalności brakuje wyrazistości, a orzecznictwo nie jest w stanie dookreślić tego pojęcia w sposób dostateczny. Zwłaszcza osoby prawne oraz holdingi są w stanie dokonać manipulacji odpowiednimi czynnikami w taki sposób, aby przenieść swoje COMI, a tym samym swobodnie dopasować właściwą jurysdykcję i prawo upadłościowe do swoich potrzeb. W odniesieniu do skutków samego *forum shoppingu* na gruncie Rozporządzenia Upadłościowego należy stwierdzić, że (przynajmniej teoretycznie) istnieją poważne argumenty za i przeciw *forum shoppingowi*. Właśnie z tego względu zaproponowano w niniejszym artykule, aby dokonywano właściwego rozróżnienia: pozytywnego *forum shoppingu* od negatywnego *forum shoppingu*.

Zważywszy na powyższe wnioski należy stwierdzić, że przed prawodawcą unijnym, a także ustawodawcami państw członkowskich, wciąż stoją poważne wyzwania. Obecna postać regulacji transgranicznych postępowań upadłościowych, szczególnie w zakresie uznania postępowania głównego w innych państwach członkowskich, jest dalece niesatysfakcjonująca. Bez chęci odstąpienia od zachowania resztek suwerenności przez państwa członkowskie Unii Europejskiej w zakresie prowadzenia postępowań upadłościowych nie sposób doprowadzić do sytuacji, w której można byłoby uznać, że zagrożenie ze strony negatywnego *forum shoppingu* zostało ostatecznie zażegnane. Do czasu ujednoczenia, bądź chociaż harmonizacji przepisów relewantnych w tym zakresie, możemy liczyć jedynie na częściowo pozytywny efekt wprowadzenia Nowego Rozporządzenia Upadłościowego, a także orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁵⁶. Być może po przedłożeniu przez Komisję Europejską analizy w przedmiocie *forum shoppingu* w Unii Europejskiej prawodawca unijny będzie posiadał wystarczający materiał badawczy, który będzie wystarczający do uargumentowania dalej idących zmian w europejskim prawie upadłościowym. Niestety dokument ten, zgodnie z zapisami Nowego Rozporządzenia Upadłościowego, będzie dostępny najpóźniej dopiero z końcem czerwca 2020 roku.

⁵⁶ Który w sprawie *Eurofood* rozpoczął proces wykładni pojęcia głównego ośrodka podstawowej działalności, a co za tym idzie, włączył się w tworzenie prawa regulującego zagadnienie *forum shoppingu*.

* * *

Bankruptcy Forum Shopping in European Union. The Concept and Assessment of Bankruptcy Migration to Obtain Favorable Procedural Position

The issue of bankruptcy forum shopping is an important research problem in the field of international bankruptcy law. Author addressed the concept of jurisdiction, definition of the forum and analysed chosen definitions of forum shopping found in the literature. The phenomenon of bankruptcy forum shopping was rated in terms of efficiency and effectiveness of the procedure, as well as from the point of view of the benefits for creditor and debtor. Article distinguishes positive (favourable to all the creditors) forum shopping from negative (unfavourable for all the creditors) forum shopping. Subsequently the analysis of center of main interests was made, as well as the effects of its transfer. The article also draws attention to major difficulties in qualification of center of main activities that lead to the forum shopping.

Key words: bankruptcy, insolvency, COMI, forum shopping