

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

Michal Simčina

**FORUM SHOPPING V RÁMCI
EVROPSKÉHO NAŘÍZENÍ O INSOLVENCII**

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Bc. Jan Brodec, LL.M., Ph.D.

Katedra: Katedra obchodního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 28. říjen 2012

PROHLÁŠENÍ

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou prací na téma „*Forum shopping v rámci evropského nařízení o insolvenční*“ vypracoval samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze 28. října

Michal Simčina

Obsah:

Úvod.....	1
1. Mezinárodní insolvenční právo, princip univerzality a princip teritoriality	4
2. Mezinárodní úprava v oblasti mezinárodního insolvenčního řízení. Evropské nařízení o insolvenci.....	7
2.1 Mezinárodní smlouvy obecně. Bilaterální úmluvy	7
2.2 Multilaterální úmluvy. Modelový zákon.....	7
2.3 Historie mezinárodních insolvenčních úmluv na území Evropské unie	8
2.4 Evropské nařízení o insolvenci.....	9
2.5 Srovnání Nařízení s úpadkovým právem USA	12
3. Forum shopping a jeho příčiny.....	15
3.1 Pojetí forum shoppingu	15
3.2 Příčiny vedoucí k forum shoppingu – volba pravidel	15
3.2.1 Pre-Packy	16
3.2.2 CVA	18
3.2.3 Ochrana zaměstnanců	19
3.2.4 Jiné právní důvody	20
3.3 Příčiny forum shoppingu – interpretace	22
3.4 Příčiny forum shoppingu – mimoprávní důvody	22
4. Výhody a nevýhody forum shoppingu	23
4.1 Výhody	23
4.1.1 Cesta k vyšší efektivitě	23
4.1.2 Větší flexibilita a podpora konkurenceschopnosti.....	23
4.1.3 Další pozitivní stránky	24
4.2 Nevýhody	24
4.2.1 Nižší hospodářský výsledek.....	24
4.2.2 Rozpor mezi osobním a insolvenčním statutem	24
4.2.3 Poškození některých věřitelů	24
4.2.4 Možnost poškození řídicích osob.....	25
4.2.5 Závod o nejhorší podmínky vedení řízení	25
4.3 Rozlišení mezi pozitivním a negativním forum shoppingem.....	25
5. Výklad COMI.....	27
5.1 Ke COMI obecně.....	27
5.2 Výklad COMI v rozhodnutí Eurofood	28
5.3 Výklad COMI obsažené v Kapitole 15. Srovnání s COMI dle Nařízení	30

5.4	COMI a koncernové struktury.....	32
5.5	Přípustnost změny COMI z hlediska času – rozhodnutí Staubitz – Schreiber....	33
6.	Princip vzájemného uznávání úpadkových řízení.....	37
6.1	Zahájení úpadkového řízení.....	38
6.2	Vzájemné uznávání v praxi.....	40
6.3	Předpoklady zahájení úpadkového řízení.....	41
6.4	Výhrada veřejného pořádku.....	42
6.5	Právo domáhat se nápravy nesprávně zahájeného řízení.....	44
7.	Vedlejší úpadkové řízení.....	45
7.1	Provozovna.....	45
7.2	Podmínky zahájení vedlejšího řízení.....	46
8.	Rozhodné právo.....	48
9.	Nezbytnost reformy a návrhy reformních řešení.....	50
9.1	Změna definice COMI.....	50
9.1.1	Záměna COMI za kritérium zapsaného sídla.....	50
9.1.2	Úprava kritéria COMI.....	51
9.2	Opuštění zásady univerzality.....	52
9.3	Změny v oblasti sekundárního řízení.....	52
9.4	Úprava úpadkového řízení skupin společností.....	53
9.5	Umožnění dohody o změně insolvenčního statusu.....	53
9.6	Další navrhované změny.....	54
	Závěr.....	56
	Seznam použité literatury.....	58
	Seznam použitých zkratk.....	65
	Abstract.....	67
	Resumé.....	68

Úvod

Vzájemná harmonie v rozhodnutích všech soudů (tzv. *Entscheidungseinklang*), jak ji předpokládal Savigny a další učenci v oboru mezinárodního práva soukromého v 19. století, nebyla nikdy dosažena.¹ Rozdíly v rozhodování mezi jednotlivými soudy jsou značné. Strana sporu může mít v některých případech právo výběru soudu, u kterého zahájí řízení. Vzhledem k tomuto výběru se bude snažit zahájit řízení u toho soudu, který bude zakládat úspěch ve věci.

V souvislosti s rozvojem mezinárodního insolvenčního práva se začíná objevovat forum shopping i v této oblasti. Charakteristickým rysem insolvenčního práva je mnohost subjektů zúčastněných na řízení, jejich rozporné zájmy, a rozdíly mezi právními předpisy jednotlivých států nebo odlišnosti v jejich výkladu, popřípadě i mimoprávní faktory.

Tato diplomová práce bude pojednávat o forum shoppingu v oblasti úpadkového řízení, a to v rámci nařízení Rady (ES) č. 1346/2000, o úpadkovém řízení (dále také „**Nařízení**“). První kapitola osvětlí dvě základní teorie mezinárodního insolvenčního práva – teorii univerzality a teorii teritoriality. Vysvětlí rozdíly těchto dvou přístupů, jejich případné modifikace a jejich pozitivní a negativní stránky.

V souvislosti s Nařízením bude v druhé kapitole pojednáno o vývoji mezinárodního práva v oblasti mezinárodních úpadkových řízení. Následovat bude úprava v této oblasti na území Evropské unie. Vrcholem snah na území Evropské unie je výše zmíněné Nařízení, které se vztahuje na všechny členské státy vyjma Dánského království. Nařízení nemá za cíl sjednotit insolvenční předpisy ve všech členských státech, ale stanovit pravidla, kterým právním řádem se bude řídit úpadkové řízení v případě úpadku dlužníka.

Třetí kapitola se již zabývá samotným forum shoppingem. V této kapitole budou osvětleny rozdíly mezi jednotlivými právními úpravami členských států, které podněcují k forum shoppingu. Ze třetí kapitoly bude zjevné, že rozdíly mezi jednotlivými členskými státy jsou poměrně výrazné. Například britské právo je založeno na prioritě reorganizačního způsobu řešení úpadku před likvidačním, přičemž například francouzské právo je zase typické příznivějším postojem k ochraně zaměstnanců v rámci úpadkového řízení.

¹ JUENGER, Friedrich. *Jurisdiction, Choice of Law and the Elusive Goal of Decisional Harmony*. Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law, Asser Instituut, 1992, str. 138.

V poslední době se v britském právu objevuje institut převzatý z práva Spojených států amerických (dále také „USA“), tzv. pre-pack neboli řízený konkurz, kvůli němuž stále více osob přesouvá své centrum hlavních zájmů (dále také „COMI“) do Spojeného Království Velké Británie a Severního Irka (dále také „Velká Británie“), aby zde dlužníci tento řízený konkurz taktéž zahájili. Třetí kapitola představí podrobněji podstatu pre-packu. Dále budou zmíněny i jiné instituty (např. dohoda s věřiteli společnosti v rámci úpadkového řízení, tzv. CVA), které podněcují forum shopping v rámci evropských zemí.

Následující čtvrtá kapitola vymezí pozitivní stránku forum shoppingu a jeho negativní stránku. Pozitivní stránkou je především volná soutěž v oblasti pravidel insolvenčního práva, která může vést k tzv. *race to the top*, dále respekt k autonomii subjektů, a případná efektivnost úpadkového řízení nebo dosažení vyšší návratnosti pro věřitele společnosti. Naopak negativně se na forum shopping nahlíží především z důvodu možného zneužití právních předpisů ve prospěch navrhovatele a obav před tzv. *race to the bottom*.

Pátá až osmá kapitola se již věnuje výhradně forum shoppingu v rámci Nařízení. V páté kapitole bude podrobně rozebrán jeden z hlavních stavebních kamenů Nařízení, a to kritérium hlavních zájmů dlužníka, které umožňuje forum shopping v rámci jednotlivých členských států. Podrobněji bude rozebrána neurčitost tohoto pojmu a dále jeho výklad podaný jak Soudním dvorem Evropské unie (dále také „Soudní dvůr“), a to především rozhodnutím ve věci Eurofood, tak jednotlivými členskými státy. Bude upozorněno na jeho nedokonalé jazykové vyjádření, které ponechává členským státům volnou ruku v jeho výkladu. To je také příčinou otevřených dveří forum shoppingu v rámci Nařízení. Podrobněji bude rozebráno také COMI koncernových struktur a přípustnost změny COMI před zahájením úpadkového řízení, popřípadě po jeho zahájení.

Šestá kapitola se věnuje dalšímu stavebnímu kamenu Nařízení mající vztah k forum shoppingu – principu vzájemnému automatickému uznávání rozhodnutí týkající se úpadkového řízení. Jde o velmi silný nástroj Nařízení, který umožňuje forum shopping mezi členskými státy Evropské unie, neboť není obecně přípustná revize rozhodnutí členského státu o zahájení úpadkového řízení. Proto například v principu nelze napadnout rozhodnutí státu, který bude mít za to, že na jeho území se nachází COMI dlužníka, a který z toho důvodu také zahájí řízení. Šestá kapitola dále objasní podstatu nahlížení na rozhodnutí o zahájení řízení, které je předpokladem pro vzájemné uznání úpadkových řízení, a dále také výjimky z principu vzájemného uznávání úpadkových řízení (především tzv. pravidlo výhrady veřejného pořádku).

Sedmá kapitola se bude věnovat vedlejšímu úpadkovému řízení jako institutu, který potlačuje negativní forum shopping. Podrobněji budou vyloženy předpoklady pro zahájení vedlejšího úpadkového řízení – a to především existence provozovny v členském státě.

Osmá kapitola se bude zabývat pojmem rozhodného práva, a dále především přehledem záležitostí, které se nebudou řídit rozhodným právem. Tyto instituty pomáhají potlačovat forum shopping.

Na základě předchozích kapitol se bude poslední devátá kapitola zabývat návrhem změn Nařízení ve vztahu k forum shoppingu. Bude pojednáno o změně definice COMI, případné dohodě týkající se příslušnosti soudu pro vedení úpadkového řízení, návrhu změn v oblasti sekundárního úpadkového řízení, a návrzích jiných změn týkající se informovanosti o probíhajících úpadkových řízeních na území Evropské unie a spolupráce v oblasti úpadkového řízení.

1. Mezinárodní insolvenční právo, princip univerzality a princip teritoriality

Insolvenční právo je považováno za součást civilního procesu, v jehož rámci dochází k majetkovému uspořádání mezi mnoha subjekty.² Mezinárodní insolvenční právo je charakteristické svým mezinárodním prvkem. V souvislosti s rozvojem obchodu se většina společností stává nadnárodními, majetek takových společností je velmi často rozmístěn na území několika států. V případě, že je u takové společnosti zjištěn úpadek, řeší se otázka, jakým způsobem se řízení bude dotýkat majetku, který se nachází v zahraničí. Řešení této otázky je předmětem mezinárodní insolvenčního práva.

V srdci mezinárodního úpadekového řízení leží dvě základní teorie – teorie *teritoriality* a teorie *univerzality*. *Teorie teritoriality* říká, že úpadekové řízení je omezeno na majetek, který se nachází na území státu soudu, který zahajuje řízení. Naopak, *teorie univerzality* stanoví, že úpadekové řízení zahájené soudem určitého státu se vztahuje i na majetek, který se nachází mimo tento stát.³

Pokud půjde o účinek cizích úpadekových řízení, můžeme v rámci Evropy najít celou řadu přístupů. Například německé insolvenční právo stojí na principu teritoriality,⁴ stejně jako české právo.⁵ Naopak, jak právo USA, tak Velká Británie stojí na principu univerzality.⁶

Podle federálního zákona o úpadekovém řízení (tzv. *Bankruptcy code*, dále také „**Zákon o úpadekovém řízení USA**“), který byl přijat na základě zmocnění daném Ústavou USA,⁷ má soud, u kterého probíhá úpadekové řízení, jurisdikci nad veškerým majetkem dlužníka, ať už se nachází kdekoli a ať už je takový majetek držen kýmkoli.⁸ Důvod takového přístupu je nasnadě – dle

² WINTEROVÁ, Alena. *Civilní právo procesní*. Linde Praha, a. s., 2008, str. 630.

³ BUXBAUM, Hannah L. *Rethinking International Insolvency: The Neglected Role of Choice-of-Law Rules and Theory*. Faculty Publications. Paper 395, str. 24.

⁴ WESSELS, Bob. *International Insolvency Law*. Kluwer, 2006, str. 490.

⁵ Viz dále v textu.

⁶ WESSELS, Bob. *International Insolvency Law*. *Op. cit.*, str. 491.

⁷ Oddíl 1, článek 8 Ústavy USA.

⁸ Ustanovení § 541 odst. (a) Zákona o úpadekovém řízení USA.

Lorda Hoffmanna ve sporu *Cambridge Gas Transport Corporation*⁹ je nezbytná existence univerzálního úpadkového řízení, ve kterém všichni věřitelé mají oprávnění a povinnost prokázat svoji pohledávku. Nikdo by neměl mít výhodu spočívající v tom, že shodou okolností se nachází v jurisdikci, kde se ocitá více majetku nebo méně věřitelů.¹⁰

Idea univerzality dovoluje, aby byl dlužníkův majetek spravován co nejefektivněji a co nejhospodárněji, a to způsobem, aby se vyhnulo komplikacím a nevhodnosti vyplývajícím z oddělených řízení v jednotlivých členských státech, kde se nachází dlužníkův majetek.¹¹

Idea univerzality však skýtá jeden problém, a to problematiku uznání soudních rozhodnutí týkající se dlužníka v zahraničí. Jednotlivé státy mohou mít legitimní zájem na tom, aby věřitelé tohoto státu byli chráněni před věřiteli ze státu jiného. A právě kvůli ochraně domácích věřitelů postrádá teorie univerzality obecnou podporu. Pro věřitele by totiž mohlo být zcela nekomfortní uplatňovat pohledávky u soudu jiného státu, a to jak z důvodu případné neznalosti cizího jazyka, tak z důvodu případné větší vzdálenosti od jejich bydliště či sídla, a také z důvodu případné neznalosti cizího právního řádu. A to ani nemluvíme o negativním vlivu teorie univerzality na rozumné očekávání stran při uzavírání smlouvy, když by věřitel byl jinak nucen v některých případech uplatňovat pohledávku v úpadkovém řízení, které se řídí jiným právním řádem než samotná pohledávka.

Princip teritoriality omezuje komplikace spojené s uznáním soudních rozhodnutí a případnou ochranou zájmů místních věřitelů. Na druhou stranu je však příčinou většího počtu souběžných úpadkových řízení, které znamenají zvýšení nákladů, administrativní těžkopádnost a upřednostnění věřitelů z jednoho území před věřiteli z jiných území.¹²

⁹ *Cambridge Gas Transport Corporation v Official Committee of Unsecured Creditors of Navigator Holdings plc* [2007] UKPC 26, [2007] 1 AC 508.

¹⁰ *Cambridge Gas Transport Corporation v Official Committee of Unsecured Creditors of Navigator Holdings plc* [2007] UKPC 26, [2007] 1 AC 508, str. 516.

¹¹ McCORMACK, Gerard. *Reconstructing European Insolvency Law – putting in place a new paradigm*. Legal Studies, Vol. 30 No. 1, March 2000, str. 128.

¹² McCORMACK, Gerard. *Op.cit.*, str. 128.

Obě tyto teorie jsou vzájemně protipólní. Jak teorie univerzality tak teorie teritoriality jsou ryzími teoriemi. Mohou se vyskytovat také v *modifikacích*, kdy se mluví pak buď o *modifikovaném principu teritoriality*, nebo *modifikovaném principu univerzality*.¹³

Modifikovaný princip teritoriality je charakteristický souběžnými úpadkovými řízeními v jednotlivých státech, přičemž úpadkové řízení druhého státu může být zahájeno z důvodu (i) uznání úpadkového řízení probíhající v prvním státě, nebo (ii) poskytnutí pomoci související s úpadkovým řízením probíhajícím v prvním státě.

Modifikovaný princip univerzality vychází z principu univerzality, přičemž je omezen, a to například ochranou veřejného pořádku.¹⁴

Z teritoriálního účinku vychází i judikatura Nejvyššího soudu České republiky.¹⁵ Také v oblasti rozhodčího řízení z nich ve svých usneseních vychází rozhodnutí Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky (dále také „**RSHAK**“).¹⁶ Jiný než teritoriální účinek by mohla stanovit mezinárodní smlouva nebo závazný akt Evropské unie. To je příkladem nařízení Rady (ES) č. 1346/2000 o úpadkovém řízení. V souvislosti s tímto Nařízením stojí za povšimnutí ustanovení § 426 až 430 zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (dále jen „**Insolvenční zákon**“), který vymezuje vztah Insolvenčního zákona ke státům Evropské unie.

¹³ OMAR, Paul. *International Insolvency Law: themes and perspectives*. Ashgate, 2008, str. 50.

¹⁴ Například článek 26 Nařízení.

¹⁵ Např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. srpna 2004 sp. zn. 20 Cdo 1545/2003 nebo usnesení Nejvyššího soudu ze dne 29. července 2003 sp. zn. 29 Odo 734/2002.

¹⁶ Např. nálezy RSHAK Rsp 4/53, Rsp 22/53 nebo Rsp 29/54.

2. Mezinárodní úprava v oblasti mezinárodního insolvenčního řízení. Evropské nařízení o insolvenční

2.1 Mezinárodní smlouvy obecně. Bilaterální úmluvy

Dohody mezi státy týkající se řešení úpadku jsou známé již od 18. století, ačkoli případy přeshraničních úpadkových řízení se vyskytovaly již ve 14. století. Dohody upravující přeshraniční úpadková řízení mohou být buď *bilaterální*, *regionální* nebo *multilaterální*.¹⁷

Bilaterální dohody jsou nejstaršími dohodami.¹⁸ Co se týče *regionálních a multilaterálních dohod*, za zmínku stojí například Montevidejská dohoda z druhé poloviny 19. století¹⁹ nebo Nordická úmluva z roku 1933²⁰ upravující přeshraniční úpadková řízení probíhající ve skandinávských státech. Tyto úmluvy řeší především otázku domicilu společností, vzájemné uznávání narovnání a vzájemná uznávání ukončení úpadkových řízení.²¹

2.2 Multilaterální úmluvy. Modelový zákon

Co se týče multilaterálních dohod, nelze nezmínit mezinárodní unifikační tendence probíhající na půdě Organizace spojených národů (dále též „OSN“), resp. její Komise pro mezinárodní právo (tzv. UNCITRAL).²² Výsledkem práce její skupiny pro insolvenční byl Modelový zákon o přeshraničním úpadkovém řízení z roku 1997 (*UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*). Jde o poměrně stručný dokument čítající 32 článků.

Modelový zákon obsahuje pravidla pro spolupráci mezi členskými zeměmi v úpadkových řízeních zahájených jejími členskými státy. Jeho cílem je nejen zlepšit spolupráci v souběžných řízeních, ale i ochrana majetku a maximalizace návratnosti majetku v úpadkovém řízení, a tak posílit ochranu proti negativnímu forum shoppingu v úpadkových věcech. V současnosti podepsalo Modelový zákon 19 států, mezi nimi například Velká Británie, USA, Austrálie, ale i

¹⁷ WOOD, Philip R. *Principles of International Insolvency*. Sweet & Maxwell, 2007, str. 291.

¹⁸ OMAR, Paul J. *European Insolvency Law*. Ashgate Publishing Limited, 2004, str. 35.

¹⁹ Montevidejská úmluva z roku 1889, Kapitola č. 10.

²⁰ Nordická úmluva o úpadkovém řízení ze dne 1933.

²¹ OMAR, Paul J. *European Insolvency Law*, *op. cit.*, str. 35.

²² United Nations Commission on International Law.

Polsko. Česká republika však dosud není členem.²³ Modelový zákon obsahuje mechanismy, které mají za cíl zefektivnit řešení úpadku dlužníka, jehož majetek se nachází na území více států.²⁴ Modelový zákon je založen na 4 základních principech: a) princip přístupu zahraniční osoby k soudu, b) princip uznání úpadkového řízení (buď jako hlavního nebo vedlejšího úpadkového řízení), c) princip ochrany majetku, a d) princip spolupráce a koordinace v úpadkových řízeních.²⁵

2.3 *Historie mezinárodních insolvenčních úmluv na území Evropské unie*

Na území Evropské unie můžeme o mezinárodní úpravě v oblasti práva úpadkového řízení v podstatě od roku 1957, kdy došlo k založení Evropského společenství, přičemž tato úprava souvisí se zakotvením základních čtyř svobod.²⁶ Jeden z nejdůležitějších předpisů na úrovni Evropské unie: nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000, *o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech* (dále jen „**Nařízení Brusel I**“) má široké uplatnění v oblasti uznávání civilních a obchodních záležitostí, přičemž z věcné působnosti vyjímá mimojiné otázku úpadkových řízení.²⁷

V roce 1963 byla ustanovena pracovní skupina, aby se zabývala problematikou uznání úpadkových řízení v rámci Evropské unie (tehdy ještě Evropského společenství). Výsledkem pracovní skupiny byl návrh úmluvy v roce 1970 (dále také „**Návrh úmluvy 1970**“), jehož cílem bylo stanovení jediné jurisdikce, a to na základě *centra správy dlužníka*, přičemž centrum správy bylo definováno jako centrum, kde měl dlužník své hlavní zájmy.²⁸

Kvůli nepříznivým ohlasům jednotlivých členských států kvůli požadavku rozsáhlých změn domácího práva byl připraven *Návrh úmluvy o úpadkovém řízení z roku 1980 (1980-EEC Draft Bankruptcy Convention*, dále také „**Návrh úmluvy 1980**“). Hlavním znakem Návrhu

²³ Tato informace dostupná z <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html>.

²⁴ United Nations Commission on International Trade Law: *Uncitral Model Law on Crossborder Insolvency: The Judicial Perspective*, 2012, str. 3.

²⁵ United Nations Commission on International Trade Law: *Uncitral Model Law on Crossborder Insolvency: The Judicial Perspective*, str. 4-5.

²⁶ OMAR, Paul J. *European Insolvency Law*, *op. cit.*, str. 51.

²⁷ Článek 1 odst. 2 Nařízení Brusel I.

²⁸ BURTON, L.A. *Towards an International Bankruptcy Policy in Europe: Four Decades in Search of a Treaty*. Annual Survey of International & Comparative Law, 2010, str. 210.

úmluvy 1980 je částečné opuštění politiky univerzality, na níž byla založen Návrh úmluvy 1970.³⁰ Návrh úmluvy 1890 však nezískal potřebnou podporu, a to ani po následných dvou revizích z roku 1982 a 1984.³²

V roce 1989 Rada Evropy začala připravovat další návrh multilaterální smlouvy, který se měl později jmenovat – Evropská úmluva o určitých aspektech insolvence, jinak také Istanbulská úmluva (*The European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy*, dále také „**Istanbulská úmluva**“). Nicméně, Istanbulská úmluva byla neaktuální, neboť upravovala pouze likvidační formu úpadku, a neodrážela tak změny, ke kterým docházelo ve většině evropských zemích – přesunu těžiště z likvidační formy řešení úpadku k sanační.³³

Mezitím Rada Ministrů Evropské Unie spatřovala v absenci insolvenční úmluvy na evropském území nedostatek ve vnitřním trhu. Proto v roce 1989 zformovala pracovní skupinu, která měla za úkol navrhnout novou úmluvu (dále jen „**Návrh úmluvy 1995**“). Tato úprava měla upravit některé nedostatky Istanbulské úmluvy.

Úmluva 1995 opravňuje Soudní dvůr Evropské unie (dále jen „**Soudní dvůr**“), aby závazně vykládal Návrh úmluvy 1995 a vydával závazná stanoviska na žádost soudů jednotlivých členských států. Nicméně, navzdory očekávání, že Velká Británie podepíše Návrh úmluvy 1995, tak nakonec neučinila a budoucnost Návrhu úmluvy 1995 tím definitivně padla.⁴⁰

2.4 Evropské nařízení o insolvenci

Vzhledem k tomu, že Návrh úmluvy 1995 byl neúspěšný, vyčkávalo se na další iniciativu projektu evropské úpravy úpadkového řízení.⁴¹ Po delší době projekt dostal novou krev, a to na základě iniciativy ze strany Finska a Německa v polovině roku 1999. Dokument dostal právní formu nařízení, a to díky úpravě Smlouvy o založení Evropského Společenství, která umožnila Evropskému společenství na základě své nové nové Hlavy IV (*Vízová, azylová, a přistěhovalecká politika a jiné politiky týkající se volného pohybu osob*) přijímat opatření

³⁰ Dle návrhu smlouvy o insolvenci mělo dojít k vytvoření místních majetkových podstat, přičemž místní věřitelé měli být uspokojováni prioritně z místních majetkových podstat. Více v Burton, L.A., *op. cit.*, str. 10.

³² BALZ, Manfred. *The European Union Convention on Insolvency Proceedings*. 70 American Bankruptcy Law Journal 485, 1996, str. 495.

³³ BURTON, L.A. *op.cit.*, str. 213.

⁴⁰ WESSELS, Bob. *Current Topics in International Insolvency Law*. Kluwer Law Publishers, 2004, str. 4.

⁴¹ OMAR, Paul. *Op. cit.*, str. 53.

v oblasti soudní spolupráci v občanských věcech za účelem zřízení prostoru svobody, bezpečnosti a spravedlnosti.

Některé z důvodů, které vedly k přijetí Nařízení, jsou obsaženy v preambuli k tomuto Nařízení (dále též „**Preambule**“), která obsahuje 33 bodů. Je nasnadě zmínit bod 4 Preambule, který stanoví, že je třeba *pro řádné fungování vnitřního trhu vyhnout se podnětům, které motivují zúčastněné strany k převodům majetku nebo soudních řízení z jednoho členského státu do druhého za účelem výhodnějšího právního postavení (tzv. forum shopping).*

Nařízení neunifikuje pravidla úpadkového řízení, ale obsahuje pouze kritéria, která stanoví rozhodné právo úpadkového řízení a upravuje dále otázky spolupráce v souvislosti s úpadkovým řízením a související s vzájemnou spoluprací mezi souběžnými úpadkovými řízeními ve více členských zemích Evropské unie.

Nařízení má omezenou osobní působnost – nevztahuje se na pojišťovny, úvěrové instituce, investiční podniky mající v držení finanční prostředky nebo cenné papíry třetích osob a podniků kolektivního investování.⁴² Jinak se Nařízení uplatní bez ohledu na to, zda je dlužníkem fyzická nebo právnická osoba, podnikatel nebo jiný subjekt.

Co se týče věcné působnosti Nařízení, příloha A Nařízení obsahuje seznam řízení v jednotlivých členských státech, na které se Nařízení vztahuje, ve kterých lze zahájit hlavní úpadkové řízení.

Nařízení stanoví, že není účelné zavádět úpadkové řízení s obecnou působností na území celé Evropské unie (tzv. zásada univerzality).⁴³ Zásada univerzality je tedy potlačena, a to ve prospěch zásady teritoriality. Univerzální účinek Nařízení je dále omezen některými ustanoveními o výjimkách z rozhodného práva státu zahajujícího úpadkové řízení,⁴⁴ prostřednictvím ustanovení o tzv. vedlejších úpadkových řízeních⁴⁵ a výhradě veřejného pořádku.⁴⁶

⁴² Bod 9 Nařízení.

⁴³ Bod 11 Nařízení.

⁴⁴ Články 5 až 15 Nařízení.

⁴⁵ Kapitola III Nařízení.

⁴⁶ Článek 26 Nařízení.

Nařízení umožňuje zahájit hlavní úpadekové řízení ve státě, ve kterém jsou soustředěny hlavní zájmy dlužníka. V případě společnosti nebo právnické osoby se za místo, kde jsou soustředěny hlavní zájmy, považuje sídlo společnosti nebo právnické osoby, není-li prokázán opak.⁴⁷ Insolvenční řízení zahájená v této jurisdikci mají univerzální rozsah a zahrnují všechny majetek dlužníka.⁴⁸

Nařízení se bude uplatňovat, jestliže COMI se nachází v Evropské unii, což vyplývá z článku 3 Nařízení. Anglický Vrchní soud (*High Court*) řešil ve své rozhodovací praxi otázku, zdali se Nařízení bude vztahovat i na subjekty se sídlem mimo Evropskou, nicméně s COMI nacházející se na území Evropské unie. Dle jeho rozhodnutí ve věci *BRAC Rent-A-Car International Inc*,⁴⁹ společnosti zapsané ve státě Delaware, Vrchní soud rozhodl, že podle správného výkladu Nařízení svěruje Nařízení jurisdikci soudům členských států i ve vztahu k subjektům se zapsaným sídlem mimo Evropskou unii, nicméně s centrem hlavních zájmů na území Evropské unie.

Za účelem ochrany různých zájmů umožňuje Nařízení zahájit i vedlejší (sekundární) řízení, které probíhá souběžně s hlavním řízením. Vedlejší řízení může být zahájeno v tom členském státu, kde má dlužník provozovnu. Sekundární řízení jsou omezena na likvidační formu řízení. Správci jednotlivých řízení mají povinnost spolupracovat.⁵⁰

Nařízení stanoví rozhodné právo pro úpadekové řízení a pro jeho účinky jako právo členského státu, který zahájil úpadekové řízení. Právo státu, který zahájil řízení, určuje podmínky pro zahájení tohoto řízení, jeho vedení a skončení. Článek 4 odst. 2 Nařízení obsahuje demonstrativní výčet záležitostí, které se řídí rozhodným právem. Některé záležitosti jsou však z řízení rozhodným právem vyloučeny – jde především o věcná práva třetích osob, započtení pohledávek, výhradu vlastnictví, smlouvy týkající se nemovitostí, platební systémy a finanční trhy, pracovní smlouvy aj.⁵¹

Důležitým ustanovením Nařízení je jeho článek 16, dle něhož rozhodnutí o zahájení úpadekového řízení učiněné soudem členského státu je uznáváno ve všech ostatních členských

⁴⁷ Článek 3 Nařízení.

⁴⁸ LOOK, Chan Ho. *Perfecting the Union, Perfecting Universalism*. Corporate Rescue and Insolvency, 2009, str. 71.

⁴⁹ *BRAC Rent-A-Car International INC* (2003) [2003] EWHC (Ch) 128.

⁵⁰ Kapitola III Nařízení. K vedlejšímu (sekundárnímu) řízení viz dále.

⁵¹ Články 5 až 15 Nařízení.

státech od okamžiku, kdy nabude účinku ve státě, který řízení zahájil. V souvislosti s tím je třeba poukázat na výhradu veřejného pořádku v článku 26, kdy *kterýkoli členský stát může odmítnout uznat úpadkové řízení zahájené v členském státě nebo výkon rozhodnutí učiněných v souvislosti s takovým řízením, pokud by byly účinky takového uznání nebo výkonu ve zřejmém rozporu s veřejným pořádkem toho státu, zejména s jeho základními zásadami nebo s ústavními právy a svobodami jednotlivce.*

2.5 Srovnání Nařízení s úpadkovým právem USA

Na rozdíl od Evropské unie, která zachovala insolvenční právní předpisy jednotlivých zemí a Nařízení převážně upravuje otázky určení rozhodného práva, popřípadě spolupráce v rámci efektivního úpadkového řízení, je situace v právu USA odlišná. V první řadě je třeba rozlišovat mezi vztahem mezi federálními státy navzájem a vztahem mezi federálními státy a jinými (třetími) státy.

Pokud jde o vztah mezi federálními státy navzájem, právo úpadkového řízení je upraveno na federální úrovni,⁵² neexistují tak rozdíly mezi právními úpravami jednotlivých států, jako je tomu na území Evropské unie. Z toho důvodu také nebude logicky docházet k forum shoppingu za výhodnějšími právními předpisy. Nicméně americké právní studie se forum shoppingem poměrně hojně zabývají. Jsou prokázány podstatné rozdíly v tom, jakým způsobem se právo aplikuje a interpretuje soudy jednotlivých členských států.⁵³ Výběr státu, ve kterém bude zahájeno úpadkové řízení, tedy bude hrát důležitou roli obdobně jako je tomu v Evropské unii.

Dle článku Kapitoly 11 může být úpadkové řízení zahájeno u soudu státu, kde má dlužník domicil, sídlo, hlavní místo podnikání nebo hlavní majetek. Dlužník může dále zahájit úpadkové řízení ve státě, ve které se koná úpadek její jakékoli spřízněné osoby, generálního partnera nebo partnerství, kterým je dlužník členem.⁵⁴

V některých případech uspokojí požadavky zákona pro zahájení úpadkového řízení soudy více než jednoho federálního státu. Pokud půjde o takový případ, jakákoli dotčená strana, která

⁵² Federální zákon o úpadkovém řízení (Bankruptcy code), který byl přijat na základě zmocnění daném ústavou (oddíl 1, článek 8 Ústavy USA). Vychází z tzv. Úpadkového reformního zákona z roku 1978 (Bankruptcy Reform Act 1978).

⁵³ EISENBERG Theodore, LOPUCKI Lynn M. *Shopping for judges: An Empirical Analysis of Venue Choice in the Bankruptcy Reorganization of Large, Publicly Held Companies*. Cornell Law Review, 1999, str. 36 až 38.

⁵⁴ Ustanovení § 1408 Federálního zákona o úpadku.

má za to, že jiné (alternativní) forum je vhodnější pro vedení úpadkového řízení, může dát podnět soudu, který je na základě takového podnětu nebo ze své vlastní iniciativy oprávněn delegovat řízení k jinému soudu v zájmu spravedlnosti nebo v zájmu stran úpadkového řízení.⁵⁵ Soudy obvykle zvažují několik faktorů, které opravňují učinit takový přesun, včetně vztahu věřitelů a osob spravující majetkovou podstatu k určitému soudu, umístění dlužníkovy majetku a ekonomické správy takového majetku.⁵⁶

Co se týče pravidel úpadkového řízení mezi jednotlivými federálními státy a třetími státy, uplatní se Kapitola 15, která se zakládá především na pravidlech Modelového zákona.⁵⁷ Kapitola 15 má za cíl usměrnit uznávací proces úpadkových řízení probíhajících mimo USA, a učinit ho jednodušším, rychlejším a hospodárnějším.⁵⁸

V případě zahájeného úpadkového řízení mimo USA požádá správce v zahraničním úpadkovém řízení o uznání zahraničního úpadkového řízení, přičemž soud USA ho uzná buď jako hlavní úpadkové řízení, pokud má COMI v tom cizím státě, nebo jako vedlejší úpadkového řízení, pokud je COMI na území USA, ale v zahraničí má dlužník provozovnu.⁵⁹

Uznání je požadováno za účelem ochrany majetku v USA proti těm věřitelům, kteří uplatňují své pohledávky mimo úpadkové řízení. Pokud je uznání získáno, jakékoli jednání proti dlužníkovi nebo jeho majetku umístěného v rámci územní jurisdikce USA bude předmětem pozastavení zpeněžování, přičemž pozastavení zpeněžování je automatické, pokud cizí řízení je uznáno jako hlavní, kdežto v případě uznání úpadkového řízení jako vedlejšího, soudce disponuje diskrečním oprávněním, zda aplikuje pozastavení zpeněžování či nikoli. Uznáním se cizímu subjektu dostává přímý přístup k soudům a je mu poskytována spolupráce ze strany soudů USA.⁶⁰

⁵⁵ Ustanovení §1475 Federálního zákona o úpadku.

⁵⁶ GRIFFITHS, Tony, SMITH, Edward: *Transatlantic insolvency jurisdiction – the interplay between Chapter 15 of US Bankruptcy Code and the EU Insolvency Regulation*, Journal of International Banking Law and Regulation, 2009, str. 438.

⁵⁷ Do práva USA byla vnesena na základě reformy provedené zákonem *The Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*.

⁵⁸ GRIFFITHS, Tony; SMITH, Edward: *op.cit.*, str. 435.

⁵⁹ Ustanovení § 1517 Federálního zákona o úpadku.

⁶⁰ Ustanovení § 1509(b) Federálního zákona o úpadku.

Shrnu-li tedy podstatné rozdíly mezi úpravou na poli Evropské unie a úpravou v USA, v první řadě je třeba zmínit, že Nařízení stanoví kritéria pro rozhodné právo pro úpadkové řízení, kdežto Federální zákon o úpadkovém řízení USA stanoví samotná pravidla pro vedení úpadkového řízení, rozdíly mezi jednotlivými státy se budou týkat aplikace těchto pravidel a způsobu interpretace. Nařízení se bude vztahovat pouze na úpravu mezi jednotlivými členskými státy, vztah mezi třetími státy a členskými zeměmi zůstává Nařízením nedotčen. Na území USA se úpadková řízení ve vztahu mezi jednotlivými federativními státy budou řídit úpravou v kapitole 11 Federálního zákona o úpadkovém řízení USA a ve vztahu mezi třetími státy a USA úpravou v kapitole 15 téhož zákona, která do jisté míry přebírá Modelový zákon.

Forum shopping na území Evropské unie bude probíhat především za vhodnějšími právními pravidly, kdežto forum shopping v USA se bude týkat převážně příznivějšího výkladu právních pravidel.

3. Forum shopping a jeho příčiny

3.1 Pojetí forum shoppingu

Na výběru příslušného soudu často závisí rozhodnutí o důležitých otázkách a závisí na něm častokrát i výsledek sporu. Vzájemná harmonie v rozhodnutích všech soudů (tzv. *Entscheidungseinklang*), tak jak ji předpokládal Savigny, a další učenci v oboru mezinárodního práva soukromého v 19. století, nebyla nikdy dosažena.⁶¹ Rozdíly v rozhodování mezi jednotlivými soudy jsou předpokladem pro forum shopping.

Forum shopping je označení pro neformální praxi, kdy jeden ze subjektů úpadkového řízení získává výhodu z práva vybrat si příslušný soud, přičemž vybraný soud častokrát postrádá užší vztah k rozhodované věci.⁶²

Forum shopping se může týkat kteréhokoli sporu. Známe nejen forum shopping v civilních věcech, ale také trestních (a nelze ho vyloučit ani u správního soudnictví). V právu úpadkového řízení je na území Evropské unie je forum shopping relativně novou záležitostí. Pro názornost lze uvést, že jeden z dvaceti pěti návrhů na zahájení úpadkového řízení ze strany dlužníka se týká dlužníka s podstatným vztahem k zahraničí.⁶³

3.2 Příčiny vedoucí k forum shoppingu – volba pravidel

Naskýtá se otázka, jaké důvody vedou společnosti k forum shoppingu. V rámci těchto důvodů je třeba rozlišovat mezi dvěma složkami – osobními a věcnými, které se mohou vzájemně kombinovat.

Z hlediska osobní složky půjde především o zájem jednotlivých subjektů, které mají zájem na zahájení úpadkového řízení společnosti - půjde především o předluženou společnost na jedné straně a věřitele takové společnosti na straně druhé. Jak je uvedeno výše, zájmy těchto skupin mohou být často rozporné.

⁶¹ JUENGER, Friedrich. *Jurisdiction, Choice of Law and the Elusive Goal of Decisional Harmony in Law and Reality*. Essays on National and International Procedural Law, Asser Instituut, 1992, str. 138.

⁶² KUIPERS, Paul; ROELOFS, Mees: *Judicial Comity and Chauvinism: The Need to Go Forum Shopping in Insolvency Matters*. International Corporate Rescue, 2004, strana 319.

⁶³ BRIGGS, John. *Debtor forum shopping*. Insolvency Intelligence, 2010, str. 28, 30.

Ze strany samotné společnosti půjde o lepší výsledek pro postavení samotné společnosti, přičemž bude záležet na tom, čeho přesně zamýšlí společnost dosáhnout. V drtivé většině případů bude mít společnost zájem na přetrvání existence společnosti nebo podniku. Na druhé straně věřitelé budou usilovat o dosažení co nejvyššího obrátu v rámci úpadečného řízení, ať už bude probíhat prostřednictvím reorganizace nebo likvidace.⁶⁴

Pokud půjde o věčné kritérium, pak se v tomto případě bude mluvit o forum shoppingu z hlediska volby a/nebo výkladu právních předpisů nebo z důvodů zcela mimoprávních. Tak například v Evropské unii bude hlavním prostředkem pro dosažení změny insolvenčního statusu hledání nejvhodnějšího právního řádu, jelikož neexistují jednotná pravidla pro vedení úpadečného řízení na celém území Evropské unie. Základem tak bude článek 4 Nařízení, který stanoví, že rozhodným právem bude právo toho členského státu, který zahájil úpadečné řízení. Subjekty usilující o lepší postavení budou zahajovat tedy úpadečné řízení v tom státě, které pro ně lepší stanoví výsledek.

Oproti tomu v USA, kde je úpadečné řízení upraveno na federální úrovni, budou v hledáčku pro forum shopping především orgány, které interpretují a aplikují právo ve prospěch toho, kdo má zájem na zahájení úpadečného řízení.

Rozdíly mezi jednotlivými členskými státy Evropské unie mohou být markantní. Pro názornost lze uvést, že v případě rozhodnutí ve věci *BenQ Mobile Holding BV* může být rozdíl v rozvrhu majetku pro určitého věřitele úpadečných řízení probíhajících mezi dvěma členskými státy až 7 milionů Eur.⁶⁵

3.2.1 Pre-Packy

Vhodným právním řádem pro docílení reorganizace společnosti je na území Evropské unie bezesporu britský právní řád, a to především od roku 2002, kdy byl přijat tzv. Zákon o podniku (Enterprise Act 2002), jehož cílem je také mimojiné podpořit a usnadnit reorganizační tendence ve Velké Británii. Na základě tohoto předpisu v praxi často dochází k tzv. *řízeným*

⁶⁴ FINCH, Vanessa. *Corporate rescue processes: the search for quality and the capacity to resolve*. Journal of Business Law, 2010, str. 508.

⁶⁵ Rozhodnutí obvodního soudu (Amtsgericht) v Mnichově ze dne 5. února 2007 ve věci *BenQ Mobile Holding BV* a rozhodnutí obvodního soudu v Amsterdamu ze dne 28. února 2007 ve věci *BenQ Mobile Holding BV*.

konkurzům společností (tzv. pre-packy),⁶⁶ které jsou v podstatě prodejem podniku společnosti krátce po zjištění jejího úpadku, a v rámci následného způsobu řešení úpadku formou řízeného konkurzu probíhá zlikvidování společnosti. Přitažlivost tohoto institutu je více než zjevná – ve Velké Británii například dochází k těmto pre-packům v 50% v případě způsobu řešení konkurzu formou správy společnosti jako způsobu řešení úpadku.⁶⁷ V praxi došlo ke změně úpadkového statusu pro tento důvod například u lucemburské společnosti Hellas Telecommunications.⁶⁸ Působení pre-packů ve Velké Británii je předmětem sporů a to v souvislosti s tím, že je kritizována především jeho mimoprávnost,⁶⁹ netransparentnost,⁷⁰ dále že zvýhodňuje zajištěné věřitele oproti věřitelům nezajištěným⁷¹ a dochází k obecně nepřijímanému procesu znovuzrození společnosti.⁷² Nejen díky tomuto institutu jsou vyjadřovány obavy, že se z Velké Británie stane “odpadní místo pro společnosti ve finančních nesnázích.”⁷³ Nelze však pominout, že po vzoru Velké Británie probíhají pre-packy např. i v Německu,⁷⁴ a ojediněle se vyskytují i v České republice.⁷⁵

⁶⁶ FINCH, Vanessa. *Pre-packaged administrations and the construction of propriety*. Journal of corporate law studies, 2011, str. 11.

⁶⁷ FRISBY, Sandra. *Conclusions on Pre Packs: Part I*. Recovery, Winter, 2009, str. 30

⁶⁸ Rozhodnutí High Court (Vrchního soudu) pod ozn. Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA [2009] EWHC 3199 (Ch); [2010] BCC 295.

⁶⁹ Pre-packs in administration: a quick guide, dostupná z <<http://www.practicallaw.com/7-385-0829>>.

⁷⁰ FINCH, Vanessa. *Pre-packaged administration: bargains in the shadow of insolvency or shadowy bargains?* Journal of Business Law, 2006, str. 569.

⁷¹ FINCH, Vanessa. *Pre-packaged administration, op. cit.*, str. 570.

⁷² FINCH, Vanessa. *Corporate Insolvency Law, Perspectives and Principles*. Cambridge University Press, 2009, str. 461.

⁷³ Například z <<http://www.guardian.co.uk/business/2010/jan/31/insolvency-uk-law-bankruptcy-foreign>>.

⁷⁴ *Insight: Financial Restructuring & Insolvency*, září 2010, dostupné z <http://www.whitecase.com/files/Publication/a61ab157-6f9d-4d80b85b809d8e969e10/Presentation/Publication-Attachment/e3eb55f0-5822-4613-852d-92ed12b64e32/Alert_The_Benefits_of_UK-style_prepacks_and_comparisons_with_other_jurisdictions.pdf> .

⁷⁵ Úpadkové řízení probíhající se společností AE&E CZ s.r.o. v likvidaci vedené Krajským soude v Brně pod sp. zn. KSBR 47 INS 9394 / 2011.

3.2.2 CVA

Dalším institutem příznivým pro reorganizaci v oblasti britského práva je i tzv. řízení o dohodě s věřiteli týkající se řešení úpadku (tzv. CVA, neboli company voluntary arrangement), které je speciálním druhem řízení v rámci správy společnosti jako formy řešení úpadku společnosti. Jeho předností je usnadnění uzavření dohody mezi věřiteli společnosti na jedné straně a společností na druhé, která se týká plnění jejích nesplněných závazků.⁷⁶ Nevyžaduje se souhlas všech věřitelů, ale stačí souhlas 75% všech věřitelů, což otevírá poměrně snadnou cestu k uzavření takové dohody, a to především na rozdíl od obdobných institutů v jiných právních řádech, kde se vyžaduje jednomyslnost věřitelů. Oproti tzv. pre-packům jde však o institut výslovně upravený právním řádem a nevyvolává tak spory o zákonnost.

V konkrétním případě došlo k přesunu forum shoppingu pro CVA například u společnosti Schefenacker,⁷⁷ německého výrobce součástek do aut. Tato společnost se dostala do finančních nesnází poté, co v roce 2002 koupila britskou společnost – výrobce zrcátek, a neunesla financování celého koncernu. Společnost usilovala o reorganizaci, a aby mohla získat výhodu z britského insolvenčního prostředí (CVA), přemístila své COMI do Anglie, a to následujícím způsobem: v první řadě změnila právní formu z akciové společnosti na německou společnost komanditní – s ručením omezeným a nově založenou britskou společností učinila generálním partnerem této německé společnosti, po převodu majetku z druhého generálního partnera došlo k automatickému zániku společnosti komanditní – s ručením omezeným a převodu veškerého majetku včetně závazků na generálního partnera - britskou společnost Schefenacker plc. Na základě tohoto plánu došlo poté zahájení hlavního úpadkového řízení ve Velké Británii a plán společnosti podstoupit reorganizaci prostřednictvím CVA vyšel. Německý soud uznal, že společnost přesunula do Velké Británie své COMI.

Obdobným případem je úpadkové řízení ve věci společnosti Deutsche Nickel AG, výrobce niklových prutů, která se dostala do finančních problémů z důvodu poklesu poptávky po výrobě nových eurových mincí. První pokus o řešení úpadku formou reorganizace podle německých právních předpisů nevyšel, neboť souhlasu 95 procent všech věřitelů, jak vyžaduje německé právo, nebylo dosaženo. Proto následně došlo k realizaci plánu, kdy akcie společnosti Deutsche Nickel byly prodány nově založené anglické společnosti, DNick Ltd, která po změně

⁷⁶ FINCH, Vanessa. *Corporate Insolvency Law*, op. cit., str. 488.

⁷⁷ EIDENMÜLLER, Horst. *Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law*. *European Company and Financial Law Review*, 2009, str. 4.

právní formy společnosti Deutsche Nickel AG na společnost komanditní - s ručením omezeným využila automatického přechodu veškerého majetku a závazků na generálního partnera – anglickou společnost, a následně došlo k řízení CVA podle britského práva. Po tomto přesunu COMI souhlasili věřitelé společnosti DNick Ltd na schůzi věřitelů pořádané dne 29. června 2005 ve Frankfurtu o přijetí CVA ve Velké Británii.⁷⁸

Zároveň je však třeba poukázat na rozhodnutí ve věci německé společnosti Hans Brochier Holdings Ltd. v Exner,⁷⁹ ve kterém anglický Vrchní soud vyslovil závěr, že pouhý přesun jurisdikce díky postupu v rámci německého práva není samo o sobě dostatečný k přesunu COMI společnosti.⁸⁰

3.2.3 Ochrana zaměstnanců

Dalším důvodem pro změnu insolvenčního statusu je obejití pravidel týkající se ochrany zaměstnanců společností založené směrnicí Rady 2001/23/ES,⁸¹ která chrání práva zaměstnanců společnosti v případě prodeji podniku jiné osobě tím, že dotčení zaměstnanci mohou vymáhat své nesplacené pohledávky ze mzdy u nabyvatele podniku. Tím ale nepřímo dochází ke snížení hodnoty podniku a následnému menšímu obratu pro věřitele společnosti (mimo zaměstnanců). Lze se tedy domnívat, že získání příslušnosti soudu, který nebude uplatňovat pravidla založená výše v přísné podobě, bude žádoucí pro věřitele. Například Velká Británie transponovala směrnici velmi přísně,⁸² a proto lze usuzovat, že v tomto ohledu bude snahat vyhnout se britskému právnímu řádu, ledaže úpadkové řízení bude zahajováno ze strany zaměstnanců. V souvislosti s ochranou zaměstnanců lze zmínit i státní garanci mezd zaměstnancům insolvenční společnosti po několik prvních měsíců úpadkového řízení, jako je tomu v Rakousku nebo

⁷⁸ RINGE, Wolf Georg. *Forum shopping under the EU Insolvency Regulation*. *European Business Law Review*, 2008, str. 586.

⁷⁹ Rozhodnutí anglického Vrchního soudu (High Court) uveřejněné pod ozn. 5618/06 [2006] EWHC 2594 (Ch).

⁸⁰ MCCORMACK, Gerard. *Jurisdictional Competition and forum shopping in insolvency proceedings*. *Cambridge Law Journal*, 2009, str. 180.

⁸¹ Směrnice Rady 2001/23/ES ze dne 12. března 2001, *o sblížení právních předpisů členských států týkajících se zachování práv zaměstnanců v případě převodů podniků, závodů nebo částí podniků nebo závodů*.

⁸² FRISBY Sandra. *TUPE or not TUPE. Employee Protection, Corporate Rescue and One Unholy Mess*. *Company Financial and Insolvency Law Review*, 2000, str. 249.

Německu,⁸³ nebo absolutní přednost nároků zaměstnanců před nároky ostatních věřitelů zaručenou francouzským právním řádem.⁸⁴

3.2.4 Jiné právní důvody

Právní řády však obsahují i jiné instituty, které budou přitažlivé pro subjekty zvažující reorganizaci společnosti. Příkladem je tzv. *debt-equity swap*, jehož podstatou je výměna pohledávky za společností za nabytí účasti ve společnosti. Až do nedávna německá úprava umožňovala takový proces za předpokladu souhlasu všech věřitelů a oproti anglické úpravě, kdy postačuje souhlas kvalifikované většiny držící dohromady 50% všech pohledávek.⁸⁵ Z tohoto důvodu byla Velká Británie donedávna pro změnu insolvenčního statusu ze strany německých insolvenčních společností (popř. věřitelů) poměrně žádanou lokalitou (např. u společnosti Deutsche Nickel).⁸⁶

V neposlední řadě lze zmínit i možnost, popř. nemožnost, výběru osoby insolvenčního správce. Například britský řád takový výběr umožňuje, což není případem např. německého práva, kde bude ustanoven insolvenční správce vždy bez ohledu na vůli subjektů úpadkového řízení.⁸⁷

Co se týče fyzických osob – podnikatelů, bude britský právní řád cílem pro osoby ve finančních nesnázích, jelikož ve Velké Británii dochází k oddlužení automaticky po jednom roce ve srovnání s nejméně šesti lety v Německu a dvanácti lety v Irské republice.⁸⁸ Poněkud zajímavým projevem v praxi v této souvislosti je právní pomoc nabízená s přesunem

⁸³ Ustanovení § 183 an. německého Zákoníku o sociálním pojištění (Sozialgesetzbuch).

⁸⁴ Článek L 622-17 and 641-13-III francouzského obchodního zákoníku (Code de Commerce).

⁸⁵ WEBB, Louise; BUTTER, Matthew. *Insolvency Proceedings, Shopping for the best forum*. PLC December 2009, dostupné na internetových stránkách <http://www.bakermckenzie.com/files/Publication/7bc7b207-1f7c-47ab-8e16-8c7f48e3b652/Presentation/PublicationAttachment/65546aa3-0f81-4843-b31cb4540f565846/ar_london_insolvencyproceedings.pdf>.

⁸⁶ RINGE, Wolf Georg. *Forum shopping under the EU Insolvency Regulation*. *European Business Law Review*, 2008, str. 586.

⁸⁷ AARONS, Anthony; MATUSSEK, Karin. *Schefenacker, Seeking Bankruptcy, Flees Germany for U.K. Courts*. Dostupné z <<http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=20601109&refer=ho-me&sid=aoOp2euiFKzI> (accessed 28 October 2008)>.

⁸⁸ COBURN, Amy. *The growth of bankruptcy tourism in the United Kingdom*. *Insolvency Intelligence*, 2012, str. 8.

insolvenčního fora dlužníků do Velké Británie s následným tamějším zahájením úpadečného řízení.⁸⁹

Právní řády se mohou odlišovat i v pojetí úpadku celého koncernu. Např. francouzské právo upřednostňuje posuzování úpadku každé společnosti daného koncernu, přičemž příslušnost bude určována u každé společnosti zvlášť, oproti britské úpravě, která do jisté míry upřednostňuje řešení úpadku celého koncernu u jednoho soudu.⁹⁰ Pokud tedy např. ovládající společnost bude požadovat jednotný postup v rámci všech ovládaných osob u jednoho soudu, zdá se být soud aplikující britské právo rozumnějším řešením.

Dalším příkladem je upřednostnění zahájení úpadečného řízení u soudu, který neumožňuje, popř. omezuje přihlášení pohledávek určitými věřiteli, a tím umožňuje získání většího uspokojení určitých typů věřitelů na úkor jiných věřitelů. Např. v souvislosti s úpadečným řízením vedeným v České republice na společnost ECM REAL ESTATE INVESTMENTS A.G. vedeným Městským soudem v Praze pod sp. zn. MSPH 79 INS 6021 / 2011 se vyskytla spornost pohledávek majoritního věřitele ze sběrného dluhopisu přihlášených jednotlivými vlastníky podílu na tomto dluhopisu, přičemž správce úpadečného řízení popíral pohledávky tohoto přihlášených jednotlivými vlastníky z důvodu nedostatku aktivní věčné legimitace.⁹¹

Podle francouzského práva je výsledkem proběhnuvšího úpadečného řízení automatické vypořádání všech dluhů, a to i bez ohledu na to, zda likvidace majetku společnosti byla dostatečná k uspokojení věřitelů. Z toho důvodu například dochází k přesunu německých dlužníků do Francie.⁹²

COMI bude dále určovat např. i pořadí pohledávek, včetně tzv. práva priority.⁹³

⁸⁹ Např. společnost Insolvenz Agentur se sídlem v Kentu. Více viz dostupný z <<http://www.insolvenz-agentur.com/en/>>.

⁹⁰ MATOUSEKOVÁ, Marina. *Private international law answers to the insolvency of cross border groups: comparative analysis of French and English case law*. International Business Law Journal, 2008, str. 143 – 144.

⁹¹ Seznam přihlášených pohledávek týkající se úpadečného řízení společnosti ECM REAL ESTATE INVESTMENTS A.G. na na uveřejněný v insolvenčním rejstříku pod č.j. MSPH 79 INS 6021/2011-B-72.

⁹² Z tohoto důvodu v praxi například přesun německého dlužníka do Francie – viz dostupné z <<http://conflictoflaws.net/2009/moving-to-france-to-bypass-german-insolvency-and-tax-law/>>.

⁹³ Viz článek 4 Nařízení.

3.3 Příčiny forum shoppingu – interpretace

V některých případech však volba příslušného soudu nebude záležet na pravidlech právního řádu, ale na jejich interpretaci či způsobu aplikace. Například úpadkové práce USA je upraveno na federální úrovni a rozlišnost pravidel zde tedy nebude přicházet v úvahu. Jednotlivé státy se však přesto liší – a to ve způsobu interpretace pravidel a aplikace těchto pravidel, popř. rychlosti úpadkového řízení. Např. reorganizace ve státě Delaware trvá až o půl roku rychleji než obdobný případ na jiném soudě.⁹⁴

Evropská unie však na rozdíl od USA je souborem rozličných právních řádů a tak primárně zde bude docházet ke změně insolvenčního statusu z důvodu výhodnosti jiných právních pravidel. Nicméně není ani vyloučeno, že interpretace nebo aplikace pravidel bude hrát roli pro změnu insolvenčního statusu. Při výkladu jednoho institutu může snadno docházet k různému výkladu u jednotlivých členských států, a to především z důvodu navázání výkladu na dosud známé pojmy/výrazy v členských státech. Může se tedy stát, že dlužník nebo věřitel se bude snažit přesunout své COMI do státu, který bude vykládat určitý institut z oblasti evropského práva způsobem pro něj příznivým.

3.4 Příčiny forum shoppingu – mimoprávní důvody

Forum shopping může být příčinou i pro důvody zcela mimoprávní – půjde například o předvídatelnost rozhodování, rychlost úpadkového řízení, popř. profesionalitu soudu – to vše mohou být kritéria ovlivňující výběr určitého státu pro vedení úpadkového řízení.

⁹⁴ AYOTTE, Kenneth; SKEEL, David. *Why Do Distressed Companies Choose Delaware? An Empirical Analysis of Venue Choice in Bankruptcy*. Scholarship at Penn Law, 2003, str. 7.

4. Výhody a nevýhody forum shoppingu

V předchozí části jsem uvedl demonstrativní výčet důvodů, pro které v praxi dochází ke změně insolvenčního statusu v insolvenčních věcech. V teorii a praxi se takové změně insolvenčního statusu přiřítají výhody a nevýhody, které v následující části podrobněji provedu. Následovat bude vymezení rozdílu mezi „*pozitivním*“ a „*negativním*“ forum shoppingem.

4.1 Výhody

4.1.1 Cesta k vyšší efektivitě

Pokud půjde o argumenty ve prospěch forum shoppingu, jedním z nich je bezesporu výběr jurisdikce, která bude efektivnější pro vedení exekuce. Ať už je politika předpisů týkající se úpádkového řízení v dané zemi jakákoli – například maximalizace obratu věřitelů, nebo ochrana zájmů zaměstnanců, cílem insolvenčních předpisů by mělo být podpořit tuto politiku v co pokud nejefektivnější míře. A to nelze jinak než skrze rychlý a efektivní proces určený k přesunu aktiv, které nejsou produktivní, zpátky k jejich produktivní formě. Jakýkoli jiný neefektivní postup by vedl k vyšším nákladům.⁹⁵

S vyššími náklady bude souviset i výše dluhového financování – potenciální náklady úpádkového řízení jsou totiž započítány do dluhového financování. Pokud insolvenční předpisy budou těžkopádné a budou vést obecně k obtížnějším (neefektivním) uplatňování pohledávek, výše případného rizika bude započítána a priori do takového financování. Pokud však bude existovat potenciální možnost přesídlit do zahraničí a snížit tak tyto potenciální náklady, získat kapitál nebude tak finančně náročné, a efektivita hospodářského trhu se může zvýšit.

Důkazy o ekonomických důsledcích forum shoppingu v Evropě chybějí. Existují však studie, které říkají, že návratnost pohledávek bank je větší ve Velké Británii, nižší v Německu a ještě nižší ve Francii.⁹⁶

4.1.2 Větší flexibilita a podpora konkurenceschopnosti

Forum shopping může dále vést k větší flexibilitě a podpoře konkurenceschopnosti mezi jednotlivými státy. Volnost subjektů rozhodnout se, zda vést úpádkové řízení v jednom státě

⁹⁵ RINGE, Wolf Georg. *Forum shopping under the EU Insolvency Regulation*. European Business Law Review, 2008, str. 601.

⁹⁶ DAVYDENKO Sergei; FRANKS, Julian. *Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany and the UK*, 2006, dostupné z <<http://ssrn.com/abstract=647861>>.

nebo v druhém může vést k nepřímému vlivu na obsah pravidel úpadkového řízení. Častějším přesunem subjektů do zahraničí za efektivním úpadkovým řízením se naznačuje neefektivnímu právnímu řádu, že potřebuje změnu k lepšímu. Klasickým příkladem je vyšší míra této „insolvenční migrace“ z Německa do Velké Británie za lepšími podmínkami vedení úpadku.

Do jisté míry bude lze tedy hovořit o závodu za co nejlepšími podmínkami úpadkového řízení, tzv. *top to the race*.

4.1.3 Další pozitivní stránky

Jinou pozitivní stránkou je posílení autonomie subjektů (tedy volnost rozhodnout se, kde vést úpadkové řízení). Lze vycházet ze svobody pobytu a pohybu garantované Smlouvou o fungování Evropské unie a některými rozhodnutími Soudního dvora (například rozhodnutí Sevic⁹⁷).

4.2 Nevýhody

4.2.1 Nižší hospodářský výsledek

Na druhé straně, mezi nejčastější argumenty proti přípustnosti forum shopping je myšlenka, že přesunem do jiné jurisdikce může dojít k vážnému poškození věřitelů a jiných stran. Věřitelé nejsou schopni předvídat úpadkový režim, který se bude v konkrétním případě aplikovat a zahrnout tento faktor do dluhového financování, který vede ke ztrátě vyššího společenského hospodářského výsledku.⁹⁸

4.2.2 Rozpor mezi osobním a insolvenčním statutem

Forum shoppingu může vést k tomu, že osobní statut společnosti a insolvenční statut se v případě forum shoppingu mohou od sebe podstatně odchýlit a může dojít k jejich vzájemnému rozporu, který bude bránit efektivnímu úpadkovému řízení, neboť během něho bude třeba tyto rozpory vyřešit.

4.2.3 Poškození některých věřitelů

Forum shopping může mít negativní dopad v tom, že naopak zvýhodní právní řád, který disproporčně bude ve prospěch jedné skupiny věřitelů oproti jiné, jejichž pohledávky budou mít tak de facto podřízené postavení v úpadkovém řízení. Tak tomu bude v pre-pacích mezi

⁹⁷ Rozhodnutí Soudního dvora ve věci Sevic ze dne 13. prosince 2005 uveřejněné pod č. C-411/03.

⁹⁸ RINGE, Wolf Georg. *Op. cit.*, str. 602.

zvýhodněnými zajištěnými věřiteli a znevýhodněnými nezajištěnými věřiteli. V takovém případě jsou obavy před forum shoppingem na místě.

4.2.4 Možnost poškození řídicích osob

V některých jurisdikcích odpovědnost vedoucích osob ve společnosti není založena pouze na společenstevním a deliktním právu, ale také právem úpadkovým.⁹⁹ Změna příslušného úpadkového práva může doprovázet drastické rozšíření odpovědnosti podle nových pravidel úpadkových řízení.

4.2.5 Závod o nejhorší podmínky vedení řízení

Někteří autoři mluví ve vztahu k forum shoppingu nejen ve vztahu k poškození některých věřitelů, ale jejich vlivu na integritu soudního systému a zdraví ekonomiky jako celku. Např. Lopucki, známý kritik forum shoppingu v USA, tvrdí, že je těžce pochopitelné, že soutěž mezi jednotlivými soudy (a lze vztáhnout i na jednotlivé právní řády) může vést k závodu o nejhorší podmínky. A v tom tkví jádro problému.¹⁰⁰

4.3 Rozlišení mezi pozitivním a negativním forum shoppingem

Na základě výše uvedeného bude forum shopping mít svůj pozitivní charakter a negativní.

Pozitivní forum shopping tedy povede vždy k vyšší efektivitě, větší flexibilitě, konkurenceschopnosti, podpoře autonomie subjektů. Názornou ukázkou příkladu pozitivního forum shoppingu rozhodnutí Obvodního soudu v Cologni ve věci mateřské společnosti *PIN Group*.¹⁰¹ V tomto případě tato mateřská společnost přesunula své COMI z Lucemburku do Cologne za účelem restrukturalizace. K přesunu COMI došlo na pokraji insolvenčního řízení, a to za účelem zkoordinování všech řízení týkající se dceřiných společností této skupiny pod jeden soud. Obvodní soud v Cologni rozhodl, že i když k přesunu COMI došlo v bezprostředním okamžiku před podáním návrhu na zahájení úpadkového řízení, nebyl přesun COMI zneužívající, neboť sloužilo prospěšnému cíli – reorganizaci společnosti. V tomto případě byl

⁹⁹ Zákon o odvolání vedoucích osob společností z roku 1986 (Company Directors Disqualification Act 1986).

¹⁰⁰ LOPUCKI, Lynn M. *How Competition For Big Cases is Corrupting the Bankruptcy Courts*. The University of Michigan Press, 2005.

¹⁰¹ Rozhodnutí obvodního soudu (Amtsgericht) v Cologni ze dne 19. února 2008 ve věci *PIN Group*, zveřejněné pod ozn. 73 IE 1/08.

přesun COMI jasně ve prospěch všech věřitelů, jelikož došlo k zefektivnění koordinace řízení, a přesun tak napomohl maximalizovat uspokojení věřitelů. Přesun COMI byl tedy v souladu s účelem Nařízení.

Negativní forum shopping je naopak charakteristické nižším hospodářským výsledkem, těžkopádností řízení, vyššími náklady, zneužití postavení některých věřitelů na úkor ostatních. Jako příklad negativního rozhodnutí lze uvést rozhodnutí Německého spolkového soudu, kdy dlužník přesunul své COMI z Německa do Španělska na pokraji úpadku za tím účelem, aby zde zlikvidoval společnost. Společníci společnosti doufali, že nebude zahájeno úpadkové řízení ve Španělsku, a proto by mohla být společnost zrušena mimo úpadkové řízení a bez dohledu soudu. Společnost provedla přesun COMI jmenováním managera ve Španělsku. Německý spolkový soud rozhodl, že přesun COMI byl proveden za podvodným účelem a nemohl by být uznán. Jeho jediným účelem bylo přesunout majetek k uspokojení věřitelů směrem ke uspokojení jeho společníků. Takový přesun by byl zneužitím volného pohybu a svobodného usazování a byl v tomto případě zapřen. Dlužník podléhal německým úpadkovým předpisům.¹⁰²

Lze se tedy domnívat, že najít správnou rovnováhu mezi dobrým a špatným forum shoppingem je cílem Nařízení. Z následujících kapitol bude vyplývat, že Nařízení se nepodařilo dosáhnout tohoto cílu úplně. Proto jsou součástí této diplomové práce i návrhy změn, ke kterým by mělo dojít, aby se Nařízení k této rovnováze přiblížilo co nejvíce.

¹⁰² Rozhodnutí Soudního dvora ze dne 17. ledna 2006 ve věci Staubitz Schreiber, ozn. C – 1/104.

5. Výklad COMI

5.1 Ke COMI obecně

Jak jsem již uvedl výše, Nařízení nepřináší harmonizaci právních řádů jednotlivých členských států v oblasti úpadkového práva, ale obsahuje kritérium pro určení rozhodného práva, kterým se bude řídit úpadkové řízení.

Dle článku 3 Nařízení jsou příslušné k zahájení úpadkového řízení soudy toho členského státu, na jehož území jsou soustředěny *hlavní zájmy dlužníka*. Místem hlavního zájmu dlužníka se rozumí v případě společnosti nebo právnické osoby jeho sídlo, pokud není prokázán opak. Dle článku 4 Nařízení je rozhodným právem pro úpadkové řízení právo státu, který zahájil řízení.

Kritérium hlavních zájmů dlužníka bude zcela zásadní pro případné forum shopping mezi jednotlivými členskými státy, neboť na jeho výkladu bude záviset možnost zahájit řízení v určitém státě a případné podmínky pro změnu insolvenčního statusu. Obecně řečeno, účelem COMI je zvýšit předvídatelnost místa zahájení úpadkového řízení ve vztahu k třetím osobám a vyhnout se tak negativnímu forum shoppingu.¹⁰³ Je však otázkou do jaké míry Nařízení dosáhlo tohoto účelu.

COMI je pojímáno jako kompromis mezi zapsaným sídlem a skutečným sídlem společnosti.¹⁰⁴ COMI jako centrum hlavního zájmu vychází z teorie skutečného sídla, na druhé straně je zachována úcta vůči teorii zapsaného sídla, a to v ustanovení článku 3(1) Nařízení, které hovoří o vyvratitelné domněnce státu zapsaného sídla jako centra hlavního zájmu dlužníka.¹⁰⁵

I když COMI vychází tedy z teorie skutečného sídla, koncept COMI je méně určitý než skutečné sídlo společnosti. V literatuře a v praxi se stále vyskytují pochybnosti a nejistota ohledně jeho významu. Lze si klást například následující otázky: týká se COMI ústředí formálního (právního) nebo řídicího? Je COMI tam, kde je situována většina dlužníkovy majetku

¹⁰³ MARSHALL, Jennifer. *European Cross Border Insolvency*. 1. svazek. Sweet & Maxwell, 2010, str. 1-29.

¹⁰⁴ McCORMACK, Gerard: *Reconstructing European Insolvency Law – putting in place a new paradigm*, op.cit., str. 129. Co se týče sídla společností, rozeznáváme zapsané sídlo společnosti a skutečné sídlo. Dle teorie skutečného sídla je právo, kterým se budou řídit vztahy uvnitř společnosti, právo země, kde má tato země své reálné sídlo. Naopak, dle teorie zapsaného sídla je právo, kterým se budou řídit vztahy uvnitř společnosti, právo země, kde má tato země zapsané sídlo. Země *common law* jsou založené na teorii zapsaného sídla a většina zemí *kontinentálního práva* je založená na teorii reálného sídla.

¹⁰⁵ MARSHALL, Jennifer. *European Cross Border Insolvency*. 1. svazek. Sweet & Maxwell, 2010, str. 1-26.

nebo tam, kde jsou věřitelé dlužníka?¹⁰⁶ Jednotná odpověď na tyto otázky není a členské státy berou v potaz při hodnocení COMI různé faktory. Taková neurčitost však není v souladu s cílem Nařízení, které se snaží stanovit jasná pravidla týkající se zahájení úpadekového řízení a omezit forum shopping mezi členskými státy.¹⁰⁷

5.2 Výklad COMI v rozhodnutí Eurofood

Klíčovým a výchozím rozhodnutím v oblasti COMI společnosti je rozhodnutí ve věci Eurofood.¹⁰⁸

Skutkové okolnosti tohoto případu jsou následující: *Eurofood* byla společnost zapsaná v Irsku a byla to 100% dceřiná společnost italské mateřské společnosti *Parmalat SpA*, jejímž majoritním cílem bylo obstarávání finančních úvěrů pro společnosti v rámci *Parmalat Group*, přičemž u společnosti *Parmalat SpA* byl zjištěn úpadek na základě řízení zahájeného v Itálii. Současně jeden z věřitelů podal v Irsku návrh na zahájení úpadekového řízení společnosti Eurofood. Avšak návrh na zahájení úpadekového řízení byl podán taktéž v Itálii, a to na základě předpokladu, že hlavní zájem dlužníka – společnosti Eurofood – byl v Itálii. Insolvenční správce Eurofoodu ustanovený v Itálii se bránil proti rozhodnutí Vrchního soudu (High Court) v Irsku, Vrchní soud v Irsku podal předběžnou otázku ECJ týkající se mimojiné výkladu COMI.

Soudní dvůr rozhodl, že institut hlavního zájmu dlužníka má autonomní význam a musí být proto vykládán jednotným způsobem, a to nezávisle na zákonodárství členského státu. Rozsah tohoto konceptu je zdůrazněn 13. bodem Nařízení. Tento bod stanoví, že místo, kde jsou soustředěny hlavní zájmy, by mělo odpovídat místu, ze kterého dlužník obvykle své zájmy spravuje, a které je proto zjiitelné třetími osobami. To znamená, že COMI musí být vykládáno objektivně, a to vždy ve vztahu k třetím stranám.

Domněnka sídla může být tedy vyvrácena, jestliže existuje situace, která je odlišná od té, kdy zapsané sídlo reflektuje centrum hlavního zájmu dlužníka. To je příkladem letter-box společností, které nevykonávají žádnou činnost ve státě, kde jsou registrovány.¹⁰⁹

¹⁰⁶ McCORMACK, Gerard. *Reconstructing European Insolvency Law – putting in place a new paradigm*, *op.cit.*, str. 129.

¹⁰⁷ Bod 4 Preambule Nařízení.

¹⁰⁸ Případ Eurofood, rozhodnutí Soudního dvora uveřejněné pod sp.zn. C-341/04.

¹⁰⁹ Případ Eurofood, *op. cit.*, odst. 1.

Váha domněnky však jasná není. Soudní dvůr pouze konstatoval, že *letter-box společnost*, která nevykonává žádnou podnikatelskou činnost ve státě, kde je zapsána, je dostatečným vyvrácením této domněnky. Oproti tomu, vyvrácení domněnky zapsaného sídla důkazem, že ekonomické řízení je, nebo může být vykonáváno mateřskou společností, není dostačujícím vyvrácením domněnky. I když tyto příklady poskytují jisté hranice, přesto je ponecháno na úvaze soudu, jakou váhu má samotná domněnka.¹¹⁰ Dle Thomase Bachnera je rozhodnutí Eurofood nápomocné pouze ve dvou krajních situacích popsaných výše, mezi těmito dvěma extrémy však existuje nespočet modelových případů, které rozhodnutím pokryty nejsou.¹¹¹

Za úvahu dále ještě stojí, zda v případě COMI jde o právní otázku či otázku skutkovou. Generální advokát v případě Eurofood na konci svého stanoviska ve věci Eurofood říká, že každý případ bude rozhodován dle svých specifických okolností. To by svědčilo spíše o skutkové povaze COMI, soudu členského státu by tak byla dána licence k tomu, jak rozhodnout o COMI. Nicméně, toto stanovisko soud nepřevzal a naskýtá se tedy pak otázka, zda přece jen COMI není spíše otázkou právní než faktickou, a její výklad podá Soudní dvůr někdy v budoucnu.¹¹² Na druhé straně se však objevují názory, že v případě COMI jde spíše o otázku faktickou, kdy subsumpci konkrétního případu pod COMI ponechává na úvaze soudce a na jeho zdravém rozumu, a to po zohlednění všech okolností případu.¹¹³

Navíc není jasné, jaké faktory bude soud brát přesně pro určení hlavního zájmu dlužníka. Dle zprávy zpracované Virgosem a Schmitem budou takovými třetími osobami věřitelé,¹¹⁴ Nařízení však třetí osoby neomezuje pouze na věřitele, a proto je na soudu, aby rozhodl, jaké osoby vezme v potaz. Mezi další faktory, které soudy berou v potaz při hodnocení COMI patří

¹¹⁰ MARSHALL, Jennifer. *European Cross Border Insolvency*. 1. svazek. Sweet & Maxwell, 2010, str. 1-34.

¹¹¹ BACHNER, Thomas. *The Battle over Jurisdiction in European Insolvency Law -ECJ 2.5.20065 C-341/04 (Eurofood)*. *European Company and Financial Law Review*, 2006, str. 315.

¹¹² Stanovisko generálního advokáta Jacobse dostupného z <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004C0341:EN:HTML>>, odst. 113 – 114>.

¹¹³ FLETCHER, Ian F. *Insolvency in Private International Law--National and International Approaches*. Oxford University Press, 2005, str. 457.

¹¹⁴ VIRGOS, Miguel; SCHMIT, Etienne. *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*. European Union, The Council, odst. 74.

například místo rezidence jednatelů společnosti, obchodní adresa společnosti, kde se koná řízení, rezidence zaměstnanců společnosti, daňová rezidence aj.¹¹⁵

Lze tedy uzavřít, že rozhodnutí Eurofood řeší pouze část problému. Lze očekávat rozsáhlý vývoj ohledně výkladu COMI v judikatuře jednotlivých členských států a Soudního dvora. Takový vývoj judikatury ohledně COMI v systému kontinentálního práva se podobá systému common law, ve kterém jsou soudci povoláni k tomu, aby tvořili (dotvářeli) právo. Nedostatek příkazu evropského zákonodárce, který by usměrňoval soudce v jejich činnosti, a jistá neurčitost faktorů COMI, které soudy musí vyložit, dovoluje nadnárodním společnostem v evropském prostředí, aby měnily svůj insolvenční status.¹¹⁶

5.3 Výklad COMI obsažené v Kapitole 15. Srovnání s COMI dle Nařízení

Napomoci výkladu COMI by mohlo i chápání COMI v USA právu. Pojem COMI se užívá v Kapitole 15 ve vztahu k zahraničním společnostem, týkající se uznání hlavního řízení, pokud má COMI dlužník v cizím státě.¹¹⁷ Interpretace COMI není podpořena tak rozsáhlou judikaturou jako je tomu ve vztahu COMI dle Nařízení. Výjimkou je rozhodnutí ve věci Sphinx.¹¹⁸

Stejně jako Nařízení obsahuje kapitola vyvratitelnou domněnku COMI ve prospěch umístění dlužníka v sídla. Síla takové domněnky je dle rozhodnutí Sphinx mnohem slabší, než je tomu u evropského protějšku. Skutkové okolnosti případu stojí za zmínku: společnosti založené na Kajmanských ostrovech pouze pro daňové účely se dostaly do úpadku. Tyto společnosti provozovaly hedgeové fondy. S žádnými cennými papíry ani komoditami na Kajmanských ostrovech nebylo obchodováno, neexistovala ani žádná fyzická adresa ani žádný zaměstnanec na Kajmanských ostrovech. Naopak, hlavní majetek se nacházel v USA. Investoři fondu pocházeli z celého světa. Asi cca 14% investorů pocházelo z USA. Likvidátoři společností žádali o uznání hlavního řízení na základě Kapitoly 15, a to aby získali zákaz zpeněžování týkající se majetku v USA.

¹¹⁵ MARSHALL, Jennifer. *European Cross Border Insolvency*, op. cit., str. 1-29.

¹¹⁶ EISENBERG, Theodore, LOPUCKI, Lynn M.: *Shopping for judges: An Empirical Analysis of Venue Choice in the Bankruptcy Reorganization of Large, Publicly Held Companies*. Cornell Law Review, 1999, str. 11 až 64.

¹¹⁷ Ustanovení § 1520 Federálního zákona o úpadku.

¹¹⁸ Rozhodnutí ve věci Sphinx ze dne 5. července 2007, uveřejněné pod č. 371 B.R. 10 (2007), New York, Spojené státy americké.

Při posuzování žádosti soudce Drain, který rozhodoval tento případ, v první řadě zohlednil rozhodnutí Eurofood, poukázal na rozdíl mezi posuzovaným případem a případem Eurofood, neboť v případě Eurofood bylo jediným vyvrácením domněnky to, že management mateřské společnosti rozhodoval o otázkách dceřiné společnosti. V tomto případě však i majetek společností se nacházel mimo zaregistrované sídlo.

Soudce Drain uzavřel, že podstatné objektivní faktory směřovaly k tomu, že centrum hlavních zájmů je umístěno v USA, jelikož jediná činnost společností na Kajmanských ostrovech byla omezena na povinnou správu těchto společností (fondů). Po pragmatické stránce naznačovaly objektivní skutečnosti také na COMI nacházející se v USA, jelikož se na Kajmanských ostrovech nenacházel žádný majetek a likvidátoři jednotlivých společností na Kajmanských ostrovech by tak musely hledat pomoc ze strany ostatních soudů, a to především právě amerických. Navíc, většina (ne-li všichni) věřitelé a investoři pocházeli mimo Kajmanské ostrovy.

Nicméně, rozhodnutí se dál obrací zvláštním směrem, když soudce Drain uzavřel, že Kajmanské ostrovy byly jediným existujícím místem, které bylo schopno provést likvidaci záležitostí dlužníka bez ohledu na to, že relevantní aktivity a majetek se nacházel v USA. Soudce Drain v závěru konstatoval, že byl nakloněn k tomu, aby uznal kajmanské likvidační řízení jako zahraniční hlavní řízení ve smyslu kapitoly 15 Federálního zákona o úpadku. Takový záměr však nakonec neuskutečnil, neboť shledal podvodný účel ze strany likvidátorů hledat ochranu majetku u amerických soudů prostřednictvím zákazu zpeněžení.

Soudce Drain podpořil svůj záměr uznat kajmanské likvidační řízení jako hlavní řízení na základě skutečnosti, že v posuzovaném případě šlo o likvidaci a nikoli o reorganizaci, která se provádí mnohem lépe v místě, kde jsou spravovány hlavní zájmy dlužníka. Zvážil i skutečnost, že likvidátoři Kajmanských ostrovů byly jedinými subjekty připravenými provést likvidaci a většina ostatních třetích osob mlčky takový přístup podpořila.¹¹⁹

Rozhodnutí Sphinx tedy přiznává silnější postavení státu registrovaného sídla oproti rozhodovací činnosti Soudního dvora a jednotlivých členských států. Takový přístup může být mimo jiné i z toho důvodu, že většina členských států vychází z principu skutečného sídla, oproti úpravě USA, které je klasickou zemí zapsaného sídla (viz výše).

¹¹⁹ MOSS, Gabriel. *Mystery of the Sphinx - COMI in the US*. Insolvency Intelligence, 2007, str. 6.

5.4 COMI a koncernové struktury

Jednou z nejméně problematických oblastí evropského insolvenčního práva je otázka, jak posuzovat úpadek nadnárodních skupin. Přeshraniční společnosti často řídí záležitosti v jednotlivých státech prostřednictvím svých místních dceřiných společností. Nařízení se však nevztahuje na úpadek skupin společností, ale pouze na jednotlivé společnosti.¹²⁰

V praxi se dotčené osoby snaží přesvědčit soud vykonávající jurisdikci nad mateřskou společností, že centrum hlavních zájmů jednotlivých dceřiných společností se nachází ve stejném místě jako se nachází COMI mateřské společnosti, prostřednictvím níž jsou místní dceřiné společnosti řízeny. Cílem je mít jediný soud, který bude vykonávat hlavní úpadekové řízení všech členů skupiny.

V teoretické rovině tento přístup nezahrnuje forum shopping nebo přesouvání COMI. Soud může určit, že na základě skutečnosti, kdy kontrolující mateřská společnost vykonává řídicí funkce skupiny je COMI každé společnosti ze skupiny ve stejném státě jako COMI mateřské společnosti. Pokud takové rozhodnutí není napadeno a změněno odvoláním, považuje se za správné a musí být respektováno soudy v ostatních jurisdikcích.¹²¹

Ve skutečnosti, však, skupinové COMI často zahrnuje přesun COMI jednotlivých dceřiných společností, kdy z ekonomických a jiných praktických důvodů se snaží uplatnit výklad, že COMI dceřiných společností se nachází na jiném místě než tam, kde se COMI právně a fakticky nachází. Dá se tedy říci, že koncerny společností jsou ovlivněny forum shoppingem nejčastěji.¹²²

Zdá se však, že na základě rozhodnutí Eurofood, dceřiná společnost, která má v jedné jurisdikci své zapsané sídlo, veškeré nebo většinu svého majetku, a kde jsou řízeny i její aktivity, bude mít pravděpodobně COMI v této jurisdikci, a ne v jurisdikci své mateřské společnosti, i když mateřská společnost vykonává řídicí funkce nad touto dceřinou společností. Takový závěr byl potvrzen i britským odvolacím soudem (Court of Appeal) v rozhodnutí

¹²⁰ SANO, Simona Di. *COMI: The sun around which cross-border insolvency proceedings revolve, Part 1*. Journal of International Banking Law and Regulation. 2009, str. 88.

¹²¹ NICHOLAES, W. A. Tollenaar. *Op. cit.*, str. 68.

¹²² NICHOLAES, W. A. Tollenaar. *Op. cit.*, str. 68.

Standford International Bank.¹²³ Zdá se tedy, že od rozhodnutí Eurofood bude mnohem náročnější vést úpadkové řízení pro celou skupinu než tomu bylo dříve.

Právní neurčitost skupinového COMI je dále doprovázena tím, že centrum kontroly skupiny může být velmi snadno změněno. Jestliže je například podnik společnosti prodán a dojde ke změně kontroly, nové centrum kontroly může být umístěno v nové jurisdikci. Není tedy vyloučeno, že COMI může podléhat častým změnám.

Lze se domívat, že přesun COMI v rámci skupiny může být přijatelný pouze do té míry, kdy a) úpadek není očekávatelný žádnou stranou a b) lze očekávat, že všechny současné a budoucí závazky budou plně uspokojeny. Je totiž obtížné přijmout závěr, že věřitelé mohou být jednostranně ošizeni o svá práva rychlým a jednoduchým přesunem COMI společnosti, která je na pokraji úpadku.

Pokud je však společnost na pokraji úpadku, lze se domnívat, že přesun COMI je přijatelný, nicméně za předpokladu souhlasu všech věřitelů a jiných osob, které mohou být skutečně takovým přesunem dotčeny, nebo za předpokladu poskytnutí záruky stejného uspokojení. V tomto ohledu je názorné poukázat na rozdíl mezi ochranou věřitelů před přesunem COMI a relativně vysokým stupněm ochrany přiznaným dotčeným osobám při změně zapsaného sídla podle směrnice o přeshraniční fúzi.¹²⁴

5.5 Přípustnost změny COMI z hlediska času – rozhodnutí Staubitz – Schreiber¹²⁵

Soudní dvůr byl povolán ve svém rozhodnutí Staubitz-Schreiber k tomu, aby rozhodl, zda je přípustné změnit COMI po podání návrhu na zahájení úpadkového řízení, ale před tím, než takové řízení bylo zahájeno. Skutkové okolnosti případu jsou následující: Sussane Staubitz Schreiber, která pobývala a podnikala v Německu, zde podala návrh na zahájení úpadkového řízení týkající se jejího majetku před příslušným soudem, jelikož její podnikání se ukázalo jako ztrátové. O několik měsíců později se přestěhovala do Španělska, aby zde žila a pracovala. Následně německý soud odmítl zahájit úpadkové řízení na základě skutečnosti, že v Německu

¹²³ Rozhodnutí Odvolacího soudu ve věci *Stanford International Bank Ltd (In Receivership), Re* [2010] EWCA Civ 137.

¹²⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/56/ES ze dne 26. října 2005 o přeshraničních fúzích kapitálových společností.

¹²⁵ Rozhodnutí Soudního dvora ze dne 17. ledna 2006 ve věci *Staubitz Schreiber*, ozn. C – 1/104.

nebyl umístěn žádný majetek. Odvolání proti takovému rozhodnutí bylo zamítnuto z důvodu, že německé soudy nebyly oprávněné zahájit úpadkové řízení v souladu s článkem 3 odst. 1 Nařízení, protože COMI paní Staubitz - Schreiberové bylo situováno již ve Španělsku. Nejvyšší Federální soud předložil věc Soudnímu dvoru Evropské unie s otázkou, zda je relevantní, že se COMI dlužníka změnilo po podání návrhu na zahájení řízení, ale před tím, než řízení bylo zahájeno.

Soudní dvůr výslovně odkázal na bod 4 Nařízení a zdůraznil, že jedním z cílů Nařízení bylo zabránit iniciativám stran k forum shoppingu. Dále odkázal na bod 2 a 8 Preambule, které proklamují efektivní a účinné řízení a jistotu věřitelů. Možnost přesunout úpadkové řízení do jiné jurisdikce po podání návrhu na zahájení úpadkového řízení v členském státě by naopak vedlo k opaku – k prodloužení doby úpadkového řízení a negativnímu vlivu na majetkovou podstatu. Soud zdůraznil, že nemožnost změnit COMI po podání návrhu na zahájení úpadkového řízení je v souladu s právní jistotou věřitelů.¹²⁶

Závěr Soudního dvoru v rozhodnutí Staubitz - Schreiber je v rozporu s rozhodnutím Vrchního soudu v Anglii (High Court) ve věci Shierson v Vlieland Boddy,¹²⁷ kdy dlužník se přestěhoval z Velké Británie do Španělska poté, co nedokázal dosáhnout dohody s věřiteli již v probíhajícím úpadkovém řízení na území Velké Británie, a argumentoval změnou COMI a změnou příslušnosti soudu. Posléze se návrh dostal až k Vrchnímu soudu (High Court), kde dlužník argumentoval, že se jeho COMI přesunulo do Španělska, a Velká Británie tedy neměla jurisdikci k vedení řízení. Soudce Chadwick konstatoval, že neexistoval princip nezměnitelnosti – dlužník je oprávněn změnit sídlo svého bydliště a podniku, je to právo každého, které může být vykonáno ve vlastním zájmu dlužníka. Uzavřel, že dlužníkovu COMI se změnilo, jelikož dlužník změnil místo své residence do Španělska.

Přesun sídla COMI v rozhodnutí Shierson je však ve skutečnosti proti cílům Nařízení. Přijmout takový závěr v obecné rovině by otevřelo dveře širokému forum shoppingu, a tím pádem by ztížilo možnost věřitelů zhodnotit úvěrové riziko ze strany dlužníka, a potenciálně by mohlo vyústit v honbu za dlužníkem po Evropě. Navíc, povolit přesun COMI by podle názoru

¹²⁶ Rozhodnutí Soudního dvora ze dne 17. ledna 2006 ve věci Staubitz Schreiber, ozn. C – 1/104, odstavce 25 – 31.

¹²⁷ Rozhodnutí Vrchního soudu (High Court) ze dne 27. července 2005, uveřejněné pod ozn. Shierson v Vlieland-Boddy, [2005] EWCA Civ 974.

Soudního dvora bylo v rozporu s pravomocemi dočasného správce jmenovaného na základě článku 38 Nařízení.¹²⁸

Lze tedy uzavřít, že závěr z rozhodnutí *Shierson v Vlieland Boddy*, a to že dlužníci mají možnost změnit právo, kterým se řídí jejich úpadkové řízení po zahájení úpadkového řízení, je tedy na první pohled v rozporu s duchem Nařízení, a závěr přijatý v *Staubitz - Schreiber* se zdá být správný. Závěr z rozhodnutí *Staubitz Schreiber* je dále v souladu se zprávou *Virgos/Schmit*, která stanoví, že relevantním momentem k zahájení úpadkového řízení je podání návrhu na zahájení úpadkového řízení, poněvadž to je jediný možný okamžik, který nejvíce eliminuje podněty k *forum shoppingu*.¹²⁹

Obdobný závěr se opakuje i v rozhodnutí *Frick Teppichboden*.¹³⁰

Rozhodnutí ve věci *Staubitz Schreiber* však ponechává otevřenou otázku, zda COMI může být přesunuto před návrhem na zahájení úpadkového řízení. Takový závěr se bude lze zdát legitimní, jestliže přesunutí COMI bude důvodem k optimalizaci v případě, kdy existuje více soudů pro zahájení úpadkového řízení. Avšak je třeba připomenout, že tam, kde *forum shopping* povede k neoprávněné nerovnosti mezi jednotlivými stranami sporu, bude třeba takový přesun zapovědět.

Dále není jasné, jak dlouho mají trvat aktivity v tom členském státě, aby mohl mít vliv na založení COMI. V rozhodnutí *Official Receiver v Eichler*¹³¹ Vrchní soud konstatoval, že Nařízení neposkytuje oporu k závěru, jak dlouho má taková činnost trvat, ale několik dnů (nebo týdnů) se nezdá být dostačující k založení COMI. V této souvislosti lze pro zajímavost například uvést, že španělský zákonodárce dokonce stanovil z důvodu obav před možným *forum shoppingem*, že změna zapsaného sídla společnosti provedená v období šesti měsíců před návrhem na zahájení úpadkového řízení nebude brána v potaz při aplikaci domněnky, že COMI se nachází ve státě zapsaného sídla.¹³²

¹²⁸ EIDENMÜLLER, Horst. *Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law*. *European Company and Financial Law Review*, 2009, str. 17.

¹²⁹ VIRGOS Miguel; SCHMIT Etienne. *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*. *European Union*. The Council, str. 65.

¹³⁰ Rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Frick Teppichboden* ze dne 12. února 2009, ozn. C-339/07.

¹³¹ *Official Receiver v Eichler*, rozhodnutí Vrchního soudu uveřejněné pod ozn. [2007] BPIR 1636.

¹³² MARSHALL, Jennifer. *European Cross Border Insolvency*. 1. svazek. Sweet & Maxwell, 2010, str. 1-39.

Na závěr je vhodné zmínit, že v odborných člancích se objevuje závěr, že rozhodujícím momentem, od kterého již nelze změnit COMI, není datum, kdy je návrh doručen soudu, ale čas, kdy návrh na zahájení úpadkového řízení byl příslušnému insolvenčnímu soudu podán.¹³³ I když se rozdíl zdá být marginální, v případě přeshraničních úpadkových řízení může být tento rozdíl podstatný vzhledem k době, která může uplynout mezi doručením návrhu na zahájení úpadkového řízení z jedné země do druhé.

¹³³ Například názor dostupný z <<http://www.dlapiper.com/cross-border-insolvency-the-future-of-comi-06-29-2012/>>.

6. Princip vzájemného uznávání úpadkových řízení

Jedním z nejdůležitějších ustanovení Nařízení je jeho článek 16, který přikazuje členským státům *uznávat rozhodnutí o zahájení úpadkového řízení učiněné soudem členského státu, který je příslušný podle článku 3 Nařízení*. Takové uznání má dle čl. 17 Nařízení *bez dalších formálních náležitostí v kterémkoli jiném členském státě stejné účinky jako podle práva státu, který řízení zahájil*. Článek 26 Nařízení stanoví výjimku z povinnosti uznávat úpadková řízení nebo výkon takového rozhodnutí učiněných v souvislosti s takovým řízením, *pokud by byly účinky uznání nebo výkonu rozhodnutí ve zjevném rozporu s veřejným pořádkem toho státu, zejména s jeho základními zásadami nebo ústavními právy a svobodami jednotlivce*. Obdobně dle článku 25 odst. 3 Nařízení *nejdou členské státy povinny uznávat nebo vykonávat rozhodnutí, pokud by to vedlo k omezení osobní svobody nebo listovního tajemství*.

V souvislosti s výše uvedeným se naskýtá otázka, do jaké míry je soud jiného státu, než ve kterém bylo zahájeno úpadkové řízení, oprávněn hodnotit přípustnost zahájení úpadkového řízení u takového soudu. Soudní dvůr ve věci *Eurofood* dává jednoznačnou odpověď: vedlejší úpadkové řízení zahájené soudem členského státu musí být uznáno soudy ostatních členských států, aniž by posledně uvedené měly právo revidovat příslušnost soudu zahajující úpadkové řízení.¹³⁴ Přiznání práva soudům členských států revidovat rozhodnutí o COMI by vedlo proti úmyslu Nařízení a bylo by v rozporu s principem právní jistoty a principem priority, které ovládají Nařízení.¹³⁵ Obdobně konstatuje i rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Turner v Grovit*.¹³⁶

Takový závěr sice nemá výslovnou oporu v Nařízení, nicméně ho lze dovodit z bodu 22 Preambule, který stanoví, že *toto nařízení by mělo stanovit okamžité uznávání rozhodnutí o*

¹³⁴ Rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Eurofood IFSC Ltd* ze dne 2. května 2006, ozn. C-341/04, odst. 2.

¹³⁵ VIRGOS Miguel; SCHMIT Etienne. *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*. European Union, The Council, str. 125 – 126.

¹³⁶ Rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Turner v Grovit* ze dne 27. dubna 2004, ozn. C-159/02: *v první řadě musí být vzato na vědomí, že úmluva je založena vzájemné důvěře, kterou smluvní státy souhlasí s právními systémy ostatních zemí a soudními institucemi. Princip vzájemné důvěry umožnil povinný systém jurisdikce, který všechny soudy na dosah úmluvy jsou povinny respektovat, a jako důsledek vzdání se práva těchto členských států aplikovat jejich pravidla na uznání a výkon cizích rozhodnutí. Dále stanovil, že s výjimkou malého množství případů zmíněných v prvních odstavcích článku 28 Nařízení, Nařízení nepovoluje, aby jurisdikce soudu byla revidována soudem jiného členského státu.*

zahájení, vedení a skončení úpadkového řízení v oblasti jeho působnosti a rozhodnutí učiněných v přímé souvislosti s takovým úpadkovým řízením.

Princip vzájemného uznávání bude mít nepřímý vliv na forum shopping mezi členskými státy. Jelikož je povinnost členského státu uznat rozhodnutí přijaté v jiném členském státu, a jelikož je omezení tohoto uznání třeba vykládat restriktivně (viz níže), bude institut uznání silným nástrojem v případě změny insolvenčního statusu. Taková změna však bude uznána bez ohledu na to, jaký je úmysl osob při forum shoppingu. Princip uznání tak otevírá dveře rozsáhlému forum shoppingu po jednotlivých zemích, ať pozitivních tak negativních.

Výše uvedené je umocněno poznatkem, že Nařízení nerozeznává tzv. princip *forum non convention* – soud nemůže odmítnout přijetí jurisdikce podle nařízení na základě, že by vhodnější, aby případ byl řešen v řízení zahájeném v cizím státě.¹³⁷

V souvislosti s forum shoppingem tedy bude třeba zodpovědět následující otázky: a) co se rozumí *zahájením úpadkového řízení*, a b) jaké je právo stran domáhat se nápravy v případě nesprávně zahájeného řízení u insolvenčního soudu.

6.1 Zahájení úpadkového řízení

Nařízení nevykládá, co se má rozumět *zahájením úpadkového řízení* soudem členského státu. Soudní dvůr konstatoval, že formality a podmínky pro zahájení úpadkového řízení jsou věcí národního práva, a liší se značně u jednotlivých členských států.¹³⁸ U některých členských států jsou úpadková řízení zahajována velmi krátce po předložení návrhu, případná kontrolní fáze následuje až po zahájení úpadkového řízení. Naopak v jiných členských státech probíhají před vlastním zahájením úpadkového řízení předběžná kontrolní řízení, která mohou před samotné zahájení úpadkového řízení trvat delší časové období.¹³⁹

Velká Británie je příkladem země, která před zahájením úpadkového řízení jmenuje předběžného správce, kterým se nezahajuje úpadkové řízení, ale je pouze předběžným opatřením ve smyslu článku 38 Nařízení.¹⁴⁰ Je poměrně obtížné přijmout závěr, že již předběžným

¹³⁷ WESSELS, Bob. *Current Topics in International Insolvency Law*. Kluwer Law Publishers, 2004, str.303.

¹³⁸ Rozhodnutí Soudního dvora ve věci Eurofood IFSC Ltd ze dne 2. května 2006, ozn. C-341/04, odst. 51.

¹³⁹ STONE, Peter. *EU Private International Law*. Elgar European Law, 2. Vydání, 2010, str. 517 – 518.

¹⁴⁰ *Pokud soud členského státu příslušný podle čl. 3 odst. 1 jmenuje dočasného správce k zajištění ochrany majetku dlužníka, je tento dočasný správce oprávněn žádat na dobu od podání návrhu na zahájení úpadkového řízení do*

opatřením se zahajuje úpadkové řízení pro účely Nařízení, neboť takový závěr neodpovídá povaze předběžného opatření národního práva. Navíc v případě negativního rozhodnutí v předběžné fázi by (vzhledem k okolnosti, že lze zahájit pouze jedno úpadkové řízení s účinky pro všechny členské státy) bylo třeba zahájit řízení v jiném členském státě (a to často po delším časovém období), což by mohlo mít negativní vliv na majetkovou podstatu dlužníka.

Vzhledem k tomu, že neexistuje žádná databáze úpadkových řízení zahájených na území Evropské unie, bude se těžko dovozovat, zda v určitém státě již bylo zahájeno úpadkové řízení popřípadě probíhá kontrolní fáze, a pak je tedy třeba vyčkat na její výsledek.

Soudní dvůr však zastává stanovisko, že rozhodnutí o zahájení úpadkového řízení pro účely Nařízení zahrnuje nejen rozhodnutí, které je formálně chápáno jako zahajovací rozhodnutí úpadkového řízení soudu členského státu, ale také rozhodnutí zahrnující předběžné prošetření úpadku,¹⁴¹ na základě kterého má teprve dojít k vlastnímu zahájení úpadkového řízení uvedeného v Příloze A k Nařízení. Takové předběžné opatření například v anglickém právu je, jak bylo zmíněno výše, zahájeno ustanovením předběžného likvidátora.

Dle Thomase Bachnera je však takový názor mylný vzhledem k zpětnému zahájení úpadkového řízení (tzv. *relation back*).¹⁴² Problém může být znázorněn na příkladu vycházejícím z anglického a irského práva. Předpokládejme, že věřitel navrhne zahájení úpadku u anglického soudu, aniž by navrhoval ustanovení předběžného správce. O několik dní později jiný věřitel podá návrh soudu v Irsku a tento soud jmenuje předběžného správce ve stejný den. Od toho okamžiku, na základě odůvodnění v rozhodnutí Eurofood, bude mít zahájení úpadkového řízení irským soudem přednost před případným dalším zahájením řízení před soudy ve všech ostatních členských státech. Jestliže však nějaký čas poté anglický soud řízení zahájí, a vzhledem k tomu, že takové zahájení řízení působí zpětně ke dni podání návrhu u anglického soudu, anglický soud ve finále časově předstihne irské řízení.

Zůstává tedy nedořešená otázka, co se má rozumět pod výrazem zahájení úpadkového řízení, a to především ve vztahu ke státům zahajujícím úpadkové řízení až po určité době po

rozhodnutí o zahájení řízení jakákoli opatření k zajištění a ochraně jakéhokoli majetku dlužníka nacházejícího se na území jiného členského státu, stanovená podle práva tohoto státu.

¹⁴¹ BACHNER, Thomas. *The Battle over Jurisdiction in European Insolvency Law -ECJ 2.5.20065 C-341/04 (Eurofood)*. European Company and Financial Law Review, 2006, str. 319.

¹⁴² BACHNER, Thomas. *Op. cit.*, str. 320.

podání návrhu. Takový nedostatek je však třeba vyřešit, a to mimojiné také pro vyloučení případných souběžných řízení a eliminaci forum shoppingu mezi jednotlivými členskými státy.

6.2 *Vzájemné uznávání v praxi*

Zpočátku měly členské státy s uznáváním rozhodnutí o zahájení úpadkového řízení nemalé problémy. Příkladem může být např. rozhodnutí francouzského soudu ve věci Daisytek ISA Limited, kdy francouzský soud původně odmítl uznat anglické hlavní úpadkové řízení.¹⁴³ Odvolací francouzský soud však takové rozhodnutí změnil. Jiným rozhodnutím je již zmíněné rozhodnutí ve věci Eurofood, kdy italský soud odmítl uznat rozhodnutí irského soudu o zahájení úpadkového řízení.¹⁴⁴

Na druhé straně se však začíná rozšiřovat řada případů, kdy vzájemné uznávání rozhodnutí úpadkových řízení začíná v praxi působit. Názorné je například rozhodnutí francouzského soudu, který uznal zahájení úpadkového řízení ve Velké Británii u společnosti se sídlem ve Francii. Následně po finančním kolapsu skupiny Rover, anglický Vrchní soud (High Court) zahájil úpadkové řízení, a to na základě skutečnosti, že jejich centra hlavních zájmů byla ve Velké Británii. Vrchní soud konstatoval, že presumce zapsaného sídla znamená, že žadatelé o zahájení úpadkového řízení musí prokázat, že sídlo hlavních zájmů je jinde než ve státě zapsaného sídla.¹⁴⁵ Následně francouzský soud odmítl zahájit hlavní řízení týkající se dceřiné společnosti Rover France z důvodu, že hlavní řízení již bylo zahájeno v Anglii.¹⁴⁶

¹⁴³ Rozhodnutí ve věci Daisytek ISA Ltd, Obchodní tribunál v Cergy- Pontoise ze dne 1. července 2003.

¹⁴⁴ Rozhodnutí odvolacího soudu ve Versailles ve věci Daisytek ISA Ltd ze dne 4. září 2003.

¹⁴⁵ Rozhodnutí Vrchního soudu (High Court) ze dne 18. dubna 2005 ve věci MG Rover Ireland Ltd and other subsidiaries, zveřejněno pod ozn. MG Rover Ireland Ltd and other subsidiaries [2005] EWHC 874. Soud zde konstatoval, že presumce registrovaného sídla znamenala, že žadatelé museli prokázat, že sídlo hlavních zájmů bylo jinde. Avšak, tento předpoklad je rozhodující jestliže neexistuje jiný důkaz o lokaci sídla hlavních zájmů, nebo jestliže důkazy pro a proti této presumpci jsou rovnocenné a soud nemůže učinit racionální výběr mezi dvěma lokalitami (v tom případě místo registrace převáží).

¹⁴⁶ Rozhodnutí obchodního tribunálu v Nanterre ze dne 20. května 2005 ve věci Rover France SAS. Francouzský soud odmítl zahájit hlavní řízení týkající se dceřiné společnosti Rover France na základě, že hlavního řízení již bylo zahájeno v Anglii. Francouzský soud konstatoval, že, navzdory domněnky registrovaného sídla, anglický soud byl způsobilý zahájit úpadkové řízení týkající se společnosti Rover France SAS, a to na základě, že domněnka registrovaného sídla byla vyvrácena. Obzvláště, věřitelé třetích stran by věděli, že centrum hlavního zájmu bylo v Anglii, neboť název MG Rover je uznáván celosvětově jako název aut vyráběných v Anglii.

Francouzský soud uznal, že hlavní řízení zahájené v Anglii musí být uznáno ve Francii bez dalších formalit. Toto uznání musí být založené na principu vzájemné důvěry a jakékoli případy neuznání by mělo být omezeno na minimum. Vzhledem k tomu, že ani uznání ani vynucení anglického hlavního úpadkového řízení společnosti Rover France by zjevně nesměřovalo proti veřejnému pořádku, nebyla zde žádná opora pro francouzské soudy, aby odmítly uznání anglického hlavního řízení.

Avšak francouzské rozhodnutí dále zdůrazňuje, že insolvenční správce jmenovaný v jednom členském státě nemůže ignorovat práva jiného členského státu. Co se týče pracovního práva, insolvenční správce může být vázán právním řádem upravujícím pracovní smlouvy na základě článku 10 Nařízení. V ostatních případech, pokud insolvenční správce nejedná v souladu s právními předpisy jiného členského státu, takový členský stát může odmítnout uznat úpadkové řízení na základě veřejného pořádku. Dalšími rozhodnutí, kterými soud jednoho členského státu uznal hlavní úpadkového řízení zahájené u soudu jiného členského státu, jsou například úpadková řízení zahájená německým soudem ve věci dlužníka Hettlage Austria,¹⁴⁷ rakouským soudem ve věci Zvonko Stojevic¹⁴⁸ a lucemburským soudem ve věci dlužníka PIN.¹⁴⁹

Výše zmíněná rozhodnutí potvrzují, že princip vzájemného uznávání rozhodnutí pomalu začíná v Evropské unii působit.

6.3 Předpoklady zahájení úpadkového řízení

Je třeba si položit otázku, jaké jsou předpoklady pro úspěšné zahájení úpadkového řízení. Pokud soud, kde jsou umístěny hlavní zájmy dlužníka, je oprávněn zahájit úpadkové řízení, znamená to, že je to osoba navrhovatele, který má povinnost odůvodnit COMI členského státu, ve kterém zahajuje řízení, nebo je to povinností soudu?

V Nizozemském království byla navržena změna právních předpisů, která měla do nizozemského práva zakotvit povinnost navrhovatele prokázat COMI. Nicméně vzhledem

¹⁴⁷ Rozhodnutí Obvodního soudu v Mnichově ze dne 4. května 2004.

¹⁴⁸ Rozhodnutí Nejvyššího soudu v Rakousku ze dne 17. května 2005.

¹⁴⁹ Rozhodnutí obvodního soudu (Amtsgericht) v Cologni ze dne 19. února 2008 ve věci PIN Group, zveřejněné pod ozn. 73 IE 1/08.

k tomu, že v návrhu nebyla stanovena žádná sankce za to, že navrhovatel tak neučinil, Královská komise posuzující tento návrh nakonec odmítla.¹⁵⁰

Jiná situace je však v německém právu, kdy německý soud konstatoval, že navrhovatel k zahájení úpadkového řízení má povinnost v návrhu zmínit veškeré skutečnosti, které umožní soudu zhodnotit, zda je nebo není příslušný k zahájení úpadkového řízení, včetně toho, zda hlavní úpadkové řízení již bylo zahájeno u soudu jiného členského státu.¹⁵¹

Odlišnost předpokladů pro zahájení úpadkového řízení není šťastná. Lze se domnívat, že v kombinaci s bojem o nejrychlejší návrh bude mít náskok ten navrhovatel, který není povinen odůvodnit COMI dlužníka ve státě, kde zahajuje řízení.

Nicméně lze doporučit, aby strany takové argumenty soudu předložily, a to nejspíše i z důvodu, že existuje povinnost soudu prošetřit svoji příslušnost z úřední moci. Předložené argumenty urychlí činnost soudu a případné zahájení úpadkového řízení.

6.4 Výhrada veřejného pořádku

Dle článku 26 Nařízení může kterýkoli stát odmítnout úpadkové řízení zahájené v jiném členském státě nebo výkon rozhodnutí učiněný v souvislosti s takovým řízením, *pokud by účinky takového uznání byly ve zjevném rozporu s veřejným pořádkem tohoto státu, zejména s jeho základními zásadami nebo s ústavními právy a svobodami jednotlivce.*

Tato tzv. výhrada veřejného pořádku tedy bude mít přímý vliv na forum shopping mezi členskými státy, neboť v případě rozporu s veřejným pořádkem je garantováno právo státu neuznat rozhodnutí a tím se vyvázat z univerzálního účinku Nařízení.

Definice veřejného pořádku je obsažena již v samotném článku 26 Nařízení – jde o *základní zásady nebo ústavně garantovaná práva a svobody jednotlivce.* Obsah tohoto pojmu bude však ponechán na národních právních rádech jednotlivých členských států.

Výhrada veřejného pořádku zahrnuje jak (a) aspekty procesní tak (b) aspekty materiální (výsledčné).¹⁵² Procesními aspekty se rozumí požadavky řádného procesu. Revize veřejného

¹⁵⁰ WESSELS, Bob. *International Insolvency Law*. Kluwer Law Publishers, 2004, str. 303.

¹⁵¹ WESSELS, Bob. *Op. cit.*, str. 303.

¹⁵² VIRGOS, Miguel; GARCIMARTÍN, Francisco. *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*. Kluwer Law International, 2004, str. 215.

pořádku nezahrnuje revizi správnosti řízení, ale revizi nejdůležitější procesních záruk – právo být slyšen a právo účastnit se řízení (principy řádného procesu). Materiálněprávními aspekty rozumíme poměrování výsledku takového řízení s veřejným pořádkem, a to např. z hlediska ochrany před diskriminací a ochrany soukromého vlastnictví (vyvlastnění).

Co konkrétně spadá pod výhradu veřejného pořádku je předmětem praktických a teoretických úvah. Například nedostatek způsobilosti být subjektem úpadkového řízení není v rozporu s veřejným pořádkem. Dokonce ani zjištění příslušnosti soudu k zahájení úpadkového řízení, která je založena na zjevně nesprávném posouzení COMI není podle převažujícího názoru důvodem pro odmítnutí uznání. Obdobně přemístění domicilu nebo zapsaného sídla nezakládá porušení veřejného pořádku, ani použití Nařízení pro účely forum shopping.¹⁵³

V případě, že soud členského státu neuzná rozhodnutí jiného členského státu o zahájení úpadkového řízení z důvodu rozporu s veřejným pořádkem, je možné zahájit nezávislé územní úpadkové řízení, pokud na území tohoto neuznávajícího státu se bude nacházet alespoň provozovna. Není však vyloučeno, že neuznávající stát zahájí hlavní úpadkové řízení. V takovém případě dojde k pozitivnímu konfliktu jurisdikcí. Takový konflikt byl řešen například v případě Hans Brochier,¹⁵⁴ kdy německý soud zahájil úpadkové řízení poté, co neuznal rozhodnutí britského soudu o zahájení úpadkového řízení z důvodu, že bylo vydáno v rozporu s veřejným pořádkem.

Výše popsany konflikt jurisdikcí není možné řešit na základě zásady priority. Jestliže takový konflikt jurisdikcí způsobí obtíže, bude záležet na tom, jak se k tomu postaví ostatní členské státy. Pokud ostatní členské státy taktéž rozhodnutí neuznají, pak až to následné řízení bude mít účinky na území Evropské unie. V opačném případě však dojde k problematické kolizi. V případě Hans Brochier byla kolize vyřešena Vrchním soudem Velké Británie (High Court), který anuloval rozhodnutí o zahájení úpadkového řízení.

Dle článku 25 odst. 3 Nařízení nejsou členské státy povinny uznávat nebo vykonávat *rozhodnutí týkající se průběhu a skončení úpadkového řízení a vyrovnání, pokud by to vedlo k omezení osobní svobody nebo listovního tajemství*. Dle výkladu se tedy článek 26 Nařízení bude vztahovat pouze na uznání úpadkového řízení jako takového, přičemž uznání průběhu, skončení a vyrovnání bude podléhat omezení osobní svobody nebo listovního tajemství.

¹⁵³ PANNEN, Klaus. *European Insolvency Regulation*. De Gruyter Commentaries on European Law, 2007, str. 390.

¹⁵⁴ PANNEN, Klaus. *op. cit.*, str. 390.

Lze uzavřít, že dle bodu 22 Preambule, který stanoví, že *důvody pro neuznání by měly být omezeny na nezbytné minimum*, by však ustanovení o veřejném pořádku mělo být aplikováno pouze ve výjimečných případech, a proto se lze domnívat, že se důvody pro neuznání zřídka kdy vyskytnou.

Dle znění článku 26 Nařízení navíc vyplývá, že jde o právo státu, nikoli povinnost tohoto státu aplikovat ustanovení o výhradě veřejného pořádku.¹⁵⁵

6.5 Právo domáhat se nápravy nesprávně zahájeného řízení

Otázka, jakým způsobem se domáhat nápravy nesprávně zahájeného řízení není Nařízením ani Soudním dvorem vyřešena, nicméně na základě stanoviska generálního advokáta ve sporu Eurofood, kdy řádný prostředek jakékoli strany řízení, která namítá, že soud zahajující úpadkové řízení nesprávně převzal svoji příslušnost, se lze domnívat, že domáhání nápravy se bude řídit právem členského státu, kde je podán návrh k nápravě.

¹⁵⁵ To lze například srovnat s článkem 34 nařízení Brusel I, které stanoví povinnost soudu neuznat jiné rozhodnutí z důvodu rozporu s veřejným pořádkem.

7. Vedlejší úpadkové řízení

Nařízení rozlišuje tři druhy úpadkových řízení: Za prvé jde o *hlavní úpadkové řízení*, které může být zahájeno tam, kde dlužník má centrum svých zájmů, přičemž tato úpadková řízení mohou být buď likvidační, nebo sanační. Jak již bylo řečeno, účinky takového řízení nastávají v celé Evropské unii (vyjma Dánského království). Správce ustanovený v rámci hlavního úpadkového řízení může vykonávat svá práva v jiných členských státech, aniž by potřeboval další souhlas soudu.

Dalším druhem úpadkového řízení je *vedlejší úpadkové řízení*, které může být zahájeno následně v jakémkoli členském státě, kde dlužník vlastní provozovnu. Účinky takového řízení se budou vztahovat na majetek v tom členském státě, kde je vedlejší řízení zahájeno, přičemž účinky jsou omezeny pouze na likvidační formu úpadkového řízení.

Třetím druhem je tzv. *územní úpadkové řízení*. Zahájení tohoto řízení předpokládá existenci provozovny, přičemž toto územní řízení lze zahájit před tím, než je zahájeno hlavní řízení. Takové řízení může být zahájeno, jestliže to vyžadují místní věřitelé nebo jestliže hlavní úpadkové řízení nemůže být zahájeno podle práva členského státu, kde má dlužník centrum hlavních zájmů. Taková úpadková řízení lze vést jak formou likvidační tak sanační.

Zahájení těchto řízení je nástrojem proti *negativnímu forum shoppingu*, neboť poskytuje ochranu těm osobám, které by mohly být dotčeny změnou insolvenčního statusu, přičemž toto řízení je omezeno na majetek nacházející se v členském státě (teritoriální účinek). Pokud tedy například dlužník přesune své COMI do jiného členského státu nebo na jeho podnět zahájí soud úpadkové řízení, kde se nenachází COMI, pak se dotčené osoby mohou bránit proti takovému úkonu zahájením vedlejšího úpadkového řízení. Zahájením vedlejšího úpadkového řízení dochází k separaci majetkové podstaty nacházející se v území, kde probíhá sekundární úpadkové řízení.¹⁵⁶

7.1 Provozovna

Jedním z předpokladů pro zahájení sekundárního úpadkového řízení je existence provozovny v členském státě.¹⁵⁷ Provozovnou se dle článku 2 odst. h) Nařízení rozumí *jakékoli*

¹⁵⁶ OMAR, Paul J. *European Insolvency Law*. Ashgate Publishing Limited, 2004, str. 400.

¹⁵⁷ Článek 3 odst. 2 Nařízení.

provozní místo, kde dlužník vykonává nikoli přechodnou hospodářskou činnost za pomoci lidských a materiálních zdrojů.

Na rozdíl od COMI neexistuje judikatura, která by vymezila pojem provozovny. Lze se domnívat, že takovou provozovnou bude například organizační složka podniku dlužníka nebo určité místo podnikání. Naopak provozovnou pro účely Nařízení nebude pravděpodobně bankovní účet nebo jiný majetek dlužníka, pomocí kterého nevykonává hospodářskou činnost.¹⁵⁸ Provozovna musí být nikoli přechodná – je třeba jistá její trvalost, aby bylo možné mluvit o provozovně.

V rozhodnutí *BenQ Mobile Holding BV* německý soud rozhodl, že provozovna musí být seznatelná třetími osobami, pouhé vnitřní obchodní aktivity nejsou relevantní. Dále osvětlil, že lidské zdroje nemusí zahrnout skutečné zaměstnance dlužníka, požadavek lidských zdrojů bude uspokojen, pokud i zaměstnanci jiné společnosti ze stejné skupiny zde tráví čas prací pro dlužníka.¹⁵⁹

Existence provozovny ve smyslu Nařízení v určitém státě není podmíněna zapsaným sídlem v daném státě.¹⁶⁰

Požadavek provozovny dle Kapitoly 15 Federálního zákona o úpadku je obdobný definici provozovny dle Nařízení. Kapitola 15 stanoví, že jde o místo, kde dlužník vykonává nikoli přechodnou hospodářskou činnosti za pomocí lidských zdrojů, materiálních zdrojů a služeb. Výrazným rozdílem oproti Nařízení o úpadkovém řízení je vymezení provozovny, neboť dle Nařízení nezahrnuje úpadkové řízení ve své definici provozovny služby.¹⁶¹ Takový nedostatek by měl být pro vyjasnění interpretačních obtíží napraven.

7.2 Podmínky zahájení vedlejšího řízení

Dle Nařízení neexistuje žádný zvláštní požadavek na zahájení sekundárního řízení. Nicméně soudy některých členských států takové požadavky ve svých rozhodnutích vyjádřily. Například v rozhodnutí *MG Rover* byl francouzský soud názoru, že podmínkou zahájení

¹⁵⁸ VIRGOS Miguel; SCHMIT Etienne. *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*. European Union, The Council. Odst. 70.

¹⁵⁹ MARSHALL, Jennifer. *European Cross Border Insolvency*. 1. svazek. Sweet & Maxwell, 2010, str. 1-41.

¹⁶⁰ MARSHALL, Jennifer. *Op. cit.* Str. 1-42.

¹⁶¹ Ustanovení § 1502 odst. 2 a 4 Federálního zákona o úpadku (the Bankruptcy Code).

sekundárního řízení je existence výhody plynoucí z takového řízení (např. vyloučení nákladů a případného prodlení). Požadavky takových soudů se zdají být v rozporu s Nařízením, nicméně na druhou stranu Nařízení nevyklučuje, aby takové požadavky byly brány v potaz jako faktory pro rozhodnutí, zda provozovna existuje či nikoli. Pro případné vyloučení pochybností a pro omezení nerovnosti mezi jednotlivými členskými státy bude třeba takovou nejednotnost napravit.

Co se týče doby, kdy je posuzována existence provozovny, bude lze analogicky uplatnit rozhodnutí ve věci *Staubitz-Schreiber*, a dovést, že dlužníkovo COMI bude posuzováno ke dni, kdy dlužník podal návrh na zahájení úpadkového řízení.¹⁶² Švédské a belgické soudy například požadují existenci provozovny v době, kdy návrh na zahájení úpadkového řízení je podán u soudu. Jiná praxe je však anglických soudů, které stanovily, že i již neexistující provozovny by v některých případech byly dostačující k zahájení sekundárního řízení. Obdobně činí i lucemburský soud.¹⁶³

¹⁶² Rozhodnutí Soudního dvora ze dne 17. ledna 2006 ve věci *Staubitz Schreiber*, ozn. C – 1/104.

¹⁶³ MARSHALL, Jennifer. *European Cross Border Insolvency*. 1. svazek. Sweet & Maxwell, 2010, str. 1-45.

8. Rozhodné právo

Nařízení dále stanoví pravidla pro určení rozhodného práva. Základním pravidlem je, pokud Nařízení nestanoví jinak, že *právem rozhodným pro úpadkové řízení a jeho účinky je právo toho členského státu, na jehož území bylo úpadkové řízení zahájeno*. Článek 4 Nařízení stanoví demonstrativní výčet záležitostí, které se budou řídit právem členského státu, který zahájil řízení – jde např. o určení, proti kterým dlužníkům může být řízení zahájeno nebo pravidla pro přihlašování, prověřování a přiznávání pohledávek.

Jak bylo zmíněno v třetí kapitole, může v některých případech docházet k forum shoppingu z důvodu výhodnějšího právního režimu rozhodného práva státu, který zahájí úpadkové řízení, i když primárně rozhodné právo má sloužit k ochraně před forum shoppingem, neboť je navázáno na COMI dlužníka. Takovým příkladem jsou např. pravidla členských zemí týkající se doby oddlužení nebo pořadí pohledávek.

Avšak Nařízení ve svých člancích 5 až 15 stanoví odlišná pravidla od základního pravidla o rozhodném právu řídicím se právem státu, na jehož území bylo úpadkové řízení zahájeno. Na rozdíl od demonstrativního výčtu záležitostí, které se budou řídit právem státu, který zahájil úpadkové řízení, půjde v těchto případech o taxativní výčet. Důvodem je obecně ochrana legitimních zájmů dlužníka nebo věřitele (především v oblasti věcných práv, například smlouvy přiznávající právo nebo užívání nemovitostí se řídí výhradně právem členského státu, na jehož území se ta nemovitost nachází) nebo ochrana osob se slabším postavením (např. zaměstnanci, kdy účinky úpadkového řízení na pracovní smlouvy a pracovněprávní vztahy se řídí výhradně právem členského státu, kterým se řídí daná pracovní smlouva).

Za zmínku stojí např. článek 13 Nařízení, který stanoví výjimku z článku 4 o rozhodném právu státu, který zahájil řízení ve vztahu k pravidlům týkajícím se *neplatnosti, odporovatelnosti nebo neúčinnosti právních úkonů poškozující všechny věřitele*. Rozhodné právo státu zahajující řízení se neuplatní, ale uplatní se právo jiného členského státu, pokud osoba, která má prospěch z takového úkonu, který poškozuje všechny věřitele, prokáže, že je pro tento úkon rozhodné právo jiného členského státu než státu, který zahájil řízení, a toto právo neumožňuje v žádném případě napadnout dotyčný úkon.

Pokud je tedy například určitá smlouva uzavřena podle práva členského státu, ale podle práva státu (který se uplatní tehdy, pokud poškozuje všechny věřitele), ve kterém bylo zahájeno úpadkové řízení, je taková smlouva neplatná, může osoba, které se důvod neplatnosti dotknul,

prokázat, že se taková smlouva bude řídit právem členského státu, například podle práva, dle kterého byla taková smlouva uzavřena.

Otázkou však zůstává, do jaké míry takové opatření nevzbudí obavy z případného forum shoppingu. Rozdíly v jednotlivých právních řádech jsou někdy zásadní, například české právo neumožňuje napadnout splacení řádného dluhu před zahájením úpadkového řízení,¹⁶⁴ přičemž německé¹⁶⁵ nebo anglické právo¹⁶⁶ ano.

Lze se tedy domnívat, že pokud bude úpadkové řízení zahájeno před anglickým nebo německým soudem, lze spatřovat neplatnost či neúčinnost dohody o splnění řádného dluhu před zahájením úpadkového řízení, nicméně pokud bude prokázáno, že ke splnění došlo podle dohody dle českého práva, pak se neplatnosti či neúčinnosti dovolat nelze.

V odborných člancích se extenzivní přístup článku 13 Nařízení kritizuje.¹⁶⁷ Lze se domnívat, že taková kritika je nasnadě, neboť by mohla vést k rozsáhlému zneužití v úpadkových sporech. Objevují se názory, že článek 13 není možné vykládat tak, že půjde i o právo státu, dle kterého byla smlouva uzavřena, ale pouze tak, že se posuzování platnosti nebo účinnosti smlouvy ve vztahu k článku 13 Nařízení bude řídit právem toho státu, ke kterému má daná smlouva nejblíže.¹⁶⁸ Takový výklad by však bylo třeba doplnit změnou samotného Nařízení, neboť dle gramatického výkladu článku 13 Nařízení nelze k takovému závěru dospět, když výslovně takové omezení v sobě neobsahuje.

¹⁶⁴ Ustanovení § 241 zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon).

¹⁶⁵ Ustanovení § 130 a § 131 německého zákona o úpadkovém řízení z roku 1994 (Insolvenzverordnung).

¹⁶⁶ Ustanovení článku 239 odst. 7, anglického zákona o úpadkovém řízení z roku 1986 (Insolvency Act).

¹⁶⁷ Například Alexander, Juraj. *Avoid the Choice or Choose to Avoid*. 2009. Dokument je dostupný z <<http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/39/5359.html>>

¹⁶⁸ Alexander, Juraj. *Op. cit.*, str. 3.

9. Nezbytnost reformy a návrhy reformních řešení

Nařízení se ve vztahu k forum shoppingu považuje za neuspokojivé a je předmětem pozornosti, zvláště těmi, co považují změnu za nevyhnutelnou. Dle článku 46 Nařízení je Nařízení pod neustálou kontrolou Komise, která předkládá každých 5 let zprávy Evropskému Parlamentu, Radě, Hospodářskému a sociálnímu výboru o uplatňování Nařízení. Zatím bylo zveřejněno Doporučení Evropského parlamentu Komisi týkající se uplatňování Nařízení (dále jen „**Doporučení o úpadkovém řízení**“).¹⁶⁹ Na základě tohoto Doporučení o úpadkovém řízení se pokusím provést s ohledem na jednotlivé oblasti Nařízení vztahující se k forum shoppingu zhodnocení současného stavu a navrhnout změny, ke kterým by mělo dojít za účelem podpory pozitivního forum shoppingu a zamezení negativnímu forum shoppingu.

9.1 Změna definice COMI

V zásadě se dá říci, že panuje shoda na tom, že změna definice COMI je žádoucí. Nabízí se několik alternativ, jak takovou změnu provést. Půjde o (i) nahrazení kritéria COMI kritériem zapsaného sídla, (ii) opuštění zásady univerzality ve prospěch zásady teritoriality s tím, že by byla zajištěna spolupráce mezi jednotlivými soudy, (iii) změna domněnky sídla dlužníka – o skutečnost, kde dlužník vykonává správu jeho zájmů na pravidelné bázi, a která je zjistitelná třetími stranami.

9.1.1 Záměna COMI za kritérium zapsaného sídla

Co se týče kritéria zapsaného sídla, jako takové by přineslo jistotu, a úspory nákladů v tom smyslu, že jde o fakticky přesné a jasné kritérium oproti COMI. Dokonce může vést k integraci mezi osobním statutem a insolvenčním statutem a v konečném důsledku úspoře nákladů v případě úpadkových řízení probíhajících ve státě, kde společnost nemá zapsané sídlo (viz výše). Mohlo by tak ještě více otevřít dveře k soutěži mezi jednotlivými státy týkající se nejvhodnějšího a nejefektivnějšího právního řádu pro správu společností mimo úpadkové řízení a insolvenční statut společnosti.

Na druhou stranu je třeba uvést, že změna směrem k zapsanému sídlu nepřináší s sebou pouze samé pozitivní stránky. Autoři také vznášejí kritiku ve vztahu k takové změně. V prvním případě půjde o výše zmíněný strach před „*race to the bottom*“. Další nevýhodou je, že kritérium zapsaného sídla není příhodné pro fyzické osoby, neboť inkorporační kritérium se dá vztahovat

¹⁶⁹ Dokument dostupný z <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0355&language=EN>>.

pouze k právnickým osobám a společnostem, a nikoli k fyzickým osobám. U fyzických osob by co do důsledku přineslo stejné nejistoty jako současný stav COMI. V neposlední řadě se vyskytuje problém i ve vztahu ke koncernovým skupinám společností – inkorporační kritérium by úpadek celého koncernu ještě více zhoršilo. Představme si situaci mateřské společnosti založené ve Velké Británii, která ekonomicky a administrativně rozhoduje o jednotlivých oddělených dceřiných společnostech založených v jednotlivých členských státech. Dle nového kritéria by úpadky jednotlivých dceřiných společností měly probíhat samostatně. To by znamenalo velké prodlevy, náklady a znemožnění koordinované záchrany skupiny nebo koordinované nakládání s majetkem. To by mohlo být na překážku maximalizace úpadkového řízení skupiny jako celku. Podle současného stavu, však, je silná šance, že alespoň anglický soud povede insolvenční celé skupiny, i když tento názor úplně zcela neseďí s rozhodnutím Soudního dvoru v případě Eurofood.

Dále se namítá, že navrhovaná změna by otevřela dveře forum shoppingu ještě více než současný stav, neboť by se umožnilo zahájit řízení ve více jurisdikcích skrze změnu sídla společnosti,¹⁷⁰ oproti současnému stavu, který je vázán na posouzení kritéria COMI. To by mohlo vyústit v obavy ze zneužití jurisdikce.

Lze tedy uzavřít, že změna COMI ve prospěch kritéria inkorporace se nezdá být nejvhodnějším prostředkem směrem k lepšímu.

9.1.2 Úprava kritéria COMI

Jinou navrhovanou změnou by mohlo být například ponechání současného kritéria COMI, ale s dalším osvětlením, co se kritériem COMI má přesně na mysli. Taková cesta je ze všech nejstřídmější a dle mého názoru nejlépe navazující na současnou historickou tradici. Takovou cestou se ubírá i *Doporučení o úpadkovém řízení*, jehož článek 2.2. stanoví doporučení Komisi upravit formální definici centra hlavního zájmu dlužníka tak, aby zabránilo podvodným změnám insolvenčního statusu. Evropský parlament se pravděpodobně tedy bude ubírat úpravou definice, a to tak, aby byla dána do souladu s bodem 13 Nařízení, který se týká objektivní seznatelnosti třetími stranami.

¹⁷⁰ Například na základě změny sídla dle ustanovení § 384f-384p zákona č. 125/2008, o přeměnách obchodních společností a družstev.

9.2 *Opuštění zásady univerzality*

Další navrhovanou změnou by mohlo být opuštění zásady univerzality ve prospěch zásady teritoriality. To ale znamená, že prohlášení úpadku společnosti by se nově vedlo pouze pro majetek v území, pro které bylo zahájeno. V případě majetku v cizích zemích by se vedlo další (nové) úpadkové řízení, přičemž taková změna by byla doprovázena spoluprací mezi jednotlivými soudy.

Nemyslím si, že takové řešení by mělo být v každém případě ku prospěchu. V době, kdy velká část podnikatelů podniká přeshraničně by taková změna znamenala, že pro jednoho podnikatele se podává pro každou zemi, kde podniká, jeden insolvenční návrh, přičemž k posouzení oprávněnosti návrhu bude muset soud vždy zkoumat majetek společnosti v zahraničí. Takový proces by neúměrně zvýšil náklady na úkor majetkové podstaty. Jako pozitivní pouze shledávám to, že by navrhovaná změna do jisté míry potlačila negativní forum shopping, nicméně to by s sebou přineslo i potlačení pozitivního forum shoppingu, a do určité míry v podstatě i celý historický vývoj vedoucí k nalezení optimálního řešení.

Určitou modifikací návrhu by mohlo být rozlišení mezi ekonomicky integrovanými skupinami a skupinami, které integrované nejsou. Pro ekonomicky integrované skupiny by se úpadkové řízení mělo konat v domovské zemi mateřské či vedoucí společnosti skupiny, pro ostatní by existovalo vždy samostatné úpadkové řízení pro každý subjekt skupiny. Taková změna by však s sebou přinesla zahájení diskuzí a sporná určení mezi jednotlivými typy skupin.¹⁷¹ Insolvenční řízení by v tomto případě muselo mít prozatímní charakter do doby, než bude vyřešena otázka, zda jde o integrovanou skupinu či nikoli, a takové časové prodloužení by taktéž mohlo mít negativní dopad na majetkovou podstatu společnosti.

9.3 *Změny v oblasti sekundárního řízení*

Sekundární řízení se zdá být účinným nástrojem proti případnému forum shoppingu. Nicméně pro zefektivnění tohoto nástroje je třeba provést některé změny – v prvním případě půjde o změnu definice provozovny, neboť současná definice není určitá, postrádá například kritérium služeb oproti definici pro uznání vedlejšího řízení dle Zákona o úpadku USA (blíže Kapitola 7). Není ani jasné, jak je to s požadavkem existence provozovny v době podání návrhu

¹⁷¹ McCORMACK, Gerard. *Reconstructing European Insolvency Law – putting in place a new paradigm*. Legal Studies, Vol. 30 No. 1, March 2000, str. 135. Obdobně i Doporučení o úpadkovém řízení, str. 12. Blíže viz dále v textu.

na zahájení sekundárního řízení. Bude třeba vyjasnit i otázku dalších požadavků na zahájení sekundárního řízení, jak jsou vyjádřeny některými soudy členských států (blíže Kapitola 7).

Lze dále navrhnout rozšíření sekundárního úpadkového řízení na reorganizační formu, neboť u současného omezení se zdá, že postrádá smysl.¹⁷²

V souvislosti s vedlejším úpadkovým řízením by bylo vhodné upravit povinnosti spolupráce mezi soudy, jak činí i Doporučení Komise Evropskému parlamentu.

9.4 Úprava úpadkového řízení skupin společností

Dalším problémem současného Nařízení je nedostatek úpravy úpadkového řízení skupin společností. Doporučení jde směrem k rozlišení mezi centralizovanými a decentralizovanými skupinami. Takové rozlišení není nejšťastnějším řešením, nicméně v oblasti úpadku skupin společností lze těžce hledat lepší řešení.

Pokud jde o centralizovanou skupinu, Doporučení navrhuje vést úpadkové řízení v tom státě, kde je umístěna správa takové skupiny. Měl by být ustanoven pouze jeden správce pro celou skupinu a zahájení úpadkového řízení by mělo za následek zastavení řízení zahájených v jiném členském státě proti ostatním skupinám společností. V každém členském státě, kde jsou zahájena sekundární řízení, by měla být ustanovena komise za účelem ochrany zájmů místních věřitelů a zaměstnanců. Majetek skupiny by měl být rozdělován nikoli hromadně, ale pouze ve vztahu ke každé společnosti samostatně. Doporučení stanoví domněnku v pochybnostech ve prospěch společného majetku, není-li jasné, kterému subjektu ze skupiny takový majetek patří.

Pokud půjde o úpadek decentralizované skupiny, bylo by rozumné ponechat současný stav, kdy každá společnost se řeší samostatně, přičemž by měla být zvýšena spolupráce a koordinace mezi jednotlivými soudy členských států.

9.5 Umožnění dohody o změně insolvenčního statusu

Nařízení neobsahuje možnost stran zvolit si úpadkový režim. Ve vztahu k pozitivnímu forum shoppingu lze dovozovat, že strany by mohly být nadány autonomií ve výběru možného insolvenčního statusu. Nicméně, otázka přípustnosti takové dohody je sporná.

Pro to, aby taková změna byla možná, bylo by třeba stanovit přísné požadavky na to, aby nedocházelo ke zneužití takové dohody, a to jak ve vztahu mezi věřiteli a společníky společnosti,

¹⁷² Doporučení o úpadkovém řízení návrh takové změny neobsahuje.

tak mezi jednotlivými věřiteli navzájem. Otázkou však zůstává, zda je taková dohoda prakticky proveditelná. Bude třeba zaručit, že majetková podstata se změnou úpadkového řízení nezmenší. Vzhledem k tomu, že úpadkové řízení v případě dohody bude vést soud, který může být od místa, kde bude mít společnost svůj majetek, podstatně vzdálen, je pravděpodobné, že náklady na vedení takového řízení porostou. To by mohlo mít negativní vliv na majetkovou podstatu dlužníka.

V praxi se navrhuje tzv. omezená možnost volby, která by byla proveditelná změnou zapsaného sídla bez ohledu na kritérium COMI.¹⁷³ Taková změna by nebyla na újmu zjistitelného a předvídatelného úpadkového fora. Navíc by zajistila i případnou efektivitu úpadkového řízení. K tomu by omezenou možností volby mohlo dojít k integraci mezi zapsaným sídlem a skutečným sídlem, což by pravděpodobně snížilo náklady úpadkového řízení a navíc podpořilo jednotnost právního řádu (viz výše).

Je však třeba poukázat na nedostatky ve vztahu k takové změně, lze odkázat na kapitolu 3 této diplomové práce týkající se projevů negativního forum shoppingu.

9.6 Další navrhované změny

Další navrhovanou změnou zabraňující negativní forum shopping a posilující efektivní úpadkové řízení na území EU je zavedení evropského insolvenčního rejstříku pro zlepšení informovanosti třetích osob. Tomu se věnuje i celá čtvrtá část Doporučení. Navrhované změny se mají týkat pouze přeshraničních úpadkových řízení. Potřeba je upravit jazykovou bariéru, doporučení jej činí tak, že všechna soudní nařízení a usnesení, jmenování likvidátora a jeho údaje a lhůty pro podání přihlášek budou publikovány v úředním jazyce členského státu, který zahájil úpadkové řízení, a dále také v angličtině.¹⁷⁴ Bude však třeba nejprve upravit, jak takové překlady budou probíhat, stejně jako finanční náročnost takových změn.

Vylepšit by se měla také komunikace mezi jednotlivými soudy členských států, a to obzvláště pro určení kritéria COMI. Tento požadavek stanoví Doporučení tím, že požaduje změnu v oblasti (i) podávání informací mezi soudy jakýmkoli prostředky, (ii) koordinace

¹⁷³ EIDENMÜLLER, Horst. Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law. *European Company and Financial Law Review*. 2009. str. 438.

¹⁷⁴ Doporučení o úpadkovém řízení, op. cit., str. 14.

administrace a kontrola dlužníkovu majetku a záležitostí, (iii) jednání, schválení a implementace smluv týkající se koordinace řízení, a (iv) koordinace soudních jednání.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Doporučení o úpadkovém řízení, op. cit., str. 11.

Závěr

V úvodu této diplomové práce bylo čtenáři sděleno, že v souvislosti s rozvojem mezinárodního insolvenčního práva dochází stále častěji k výskytu forum shoppingu v této oblasti. Forum shopping v oblasti mezinárodního insolvenčního práva nabývá stále na větším významu. Důvodem je mnohost subjektů zúčastněných na řízení, jejich rozporné zájmy (boj věřitelů za co největší uspokojení jejich pohledávek a na druhé straně snaha dlužníka o pokračování v podnikání, popřípadě vzájemný rozpor mezi jednotlivými věřiteli, a to především zajištěnými a nezajištěnými), a podstatné rozdíly mezi právními předpisy jednotlivých států nebo odlišnosti v jejich výkladu, popřípadě i jiné mimoprávní faktory (vstřícný přístup soudu či rychlost rozhodování).

Čtenáři byl nabídnut přehledný vývoj historie mezinárodních úprav v oblasti úpadkového řízení, a podrobný vývoj předcházející přijetí Nařízení a základní charakteristika Nařízení jako nástroje pro úpravu úpadkového řízení na území Evropské unie.

Čtenář byl seznámen s rozdíly mezi jednotlivými právními úpravami, které pobízí subjekty k forum shoppingu. Byly vysvětleny základní instituty, a to především instituty britského reorganizačního práva, kvůli kterým dochází k forum shoppingu do britského prostředí. Kromě toho byl čtenář seznámen například i s rozdílností důvodů, pro které dochází k forum shoppingu na území Evropské unie a na území Spojených států amerických.

Následně po vytyčení jednotlivých důvodů pro forum shopping získal čtenář přehled o tom, jaké jsou pozitivní stránky a jaké jsou negativní stránky forum shoppingu, přičemž na základě vymezení těchto stránek získal čtenář přehled o tom, jaké forum shopping je třeba podporovat a jaké je naopak nutné zapovědět.

Čtenáři byl nabídnut výklad základního stavebního kamene Nařízení – tzv. centrum hlavních zájmů dlužníka a jeho vztah k forum shoppingu. Čtenář se dozvěděl, že tento koncept je vyjádřen nejasně a neurčitě, byl seznámen s postojem jak Soudního dvora, tak jednotlivých členských států ke COMI, dále s COMI koncernových struktur a přípustností změny COMI před zahájením úpadkového řízení.

Následoval výklad dalšího základního stavebního kamene Nařízení – tzv. princip vzájemného automatického uznávání rozhodnutí týkající se úpadkového řízení. Čtenář byl seznámen s jeho podstatou a jeho určujícím významem pro forum shopping, a s výjimkami z tohoto principu.

Čtenář byl seznámen s dalšími dvěma instituty Nařízení, které mají vztah k forum shoppingu, a to vedlejším úpadkovým řízením a rozhodným právem (resp. záležitostmi, které se rozhodným právem neřídí). Čtenář se dozvěděl o základním předpokladu pro zahájení vedlejšího úpadkového řízení, a to existence provozovny na území členského státu Evropské unie, a výkladové neurčitosti tohoto pojmu. V oblasti rozhodného práva byl čtenář seznámen především s článkem 13 Nařízení jako výjimkou z rozhodného práva pro pravidla týkající se neplatnosti, odporovatelnosti nebo neúčinnosti právních úkonů poškozující všechny věřitele.

V závěrečné části byl čtenář seznámen s návrhem změn týkajících se Nařízení ve vztahu k tématům probíraným v diplomové práci, a to návrhem úpravy definice COMI, změnou v oblasti vedlejšího úpadkového řízení, přípustností volby práva, kterým se bude řídit úpadkové řízení a návrhem změn v oblasti informovanosti o úpadkových řízeních a spolupráce v rámci nich.

Čtenář tak získal komplexní náhled na úpravu forum shoppingu dle Nařízení, včetně historického exkurzu jak k úmluvám týkajícím se úpadkového řízení, které byly přijaty pro omezení negativního forum shoppingu, tak k historickému vývoji předcházejícímu přijetí Nařízení a včetně návrhů změn Nařízení vycházející z nedokonalé právní úpravy.

Seznam použité literatury

Monografie

BĚLOHLÁVEK, Alexandr J. *Evropské a mezinárodní insolvenční právo*. Komentář. C. H. Beck, 2007, 1546 s., ISBN 978-80-7179-591-9.

FINCH, Vanessa. *Corporate Insolvency Law, Perspectives and Principles*. Cambridge University Press, 2009, 867 s., ISBN 978-0-521-70182-2.

ISRAEL, Jona. *European Cross-Border Insolvency Regulation*. Intersentia, 2005, 235 s., ISBN 978-90-5095-498-3.

KUČERA, František. *Zákon o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon)*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, 320 s., ISBN 978-80-7400-163-5.

MARSHALL, Jennifer. *European Cross Border Insolvency*. 1. svazek. Sweet & Maxwell, 2010.

MARSHALL, Jennifer. *European Cross Border Insolvency*. 2. svazek. Sweet & Maxwell, 2010.

OMAR, Paul J. *European Insolvency Law*. Ashgate Publishing Limited, 2004, 432 s., ISBN 978-07-5462-427-1.

PANNEN, Klaus. *European Insolvency Regulation*. De Gruyter Commentaries on European Law, 2007, 893 s., ISBN 978-3-89949-207-1.

REUSS, P.M. *Forum shopping in der Insolvenz*. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 2011, 414 s., ISBN 978-3-16-150819-6.

RICHTER, Tomáš. *Insolvenční právo*. 1. vyd. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, 472 s., ISBN 978-80-7357-329-4.

VIRGOS Miguel; SCHMIT Etienne. *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*. European Union, The Council. 184 s.

VIRGOS, Miguel; GARCIMARTÍN, Francisco. *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*. Kluwer Law International, 2004, 253 s., ISBN 90-411-2089-0.

WESSELS, Bob. *International Insolvency Law*. Kluwer Law Publishers, 2004, 612 s., ISBN 90-411-2602-3.

WOOD, Philip R. *Principles of International Insolvency*. Sweet & Maxwell 2007, 1019 s., ISBN 978-184-703-2102.

Odborné články

AASARU, Epp. *The desirability of "centre of main interests" as a mechanism for allocating jurisdiction and applicable law in cross-border insolvency law*. *European Business Law Review*, 2011, str. 349 – 380.

BACHNER, Thomas. *The Battle over Jurisdiction in European Insolvency Law -ECJ 2.5.20065 C-341/04 (Eurofood)*. *European Company and Financial Law Review*, 2006, str. 311 – 329.

BURTON, Leslie A. *Towards an International Bankruptcy Policy in Europe: Four Decades in Search of a Treaty*. *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2010, str. 205 – 237.

BUXBAUM, Hannah L.: *Rethinking International Insolvency: The Neglected Role of Choice-of-Law Rules and Theory*. Faculty Publications. Paper 395, str. 23 – 71.

COBURN, Amy. *The growth of bankruptcy tourism in the United Kingdom*. *Insolvency Intelligence*, 2012, str. 8-11.

COLETON, Adrienne. *Banking insolvency regimes and cross-border banks - complexities and conflicts: is the current European insolvency framework efficient and robust enough to effectively resolve cross-border banks, can there be a one size fits all solution?* *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2012, str. 63 – 81.

Committee on Legal Affairs, Rapporteur: Klaus-Heiner Lehne. *REPORT of European Parliament with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law*. 2011, číslo dokumentu: A7-0355/2011. 27 stran.

DAEHNERT, Alexander. *The centre of main interest: but where is it? I know not how to find it*. *International Corporate Rescue*, 2008, str. 167 – 176.

EIDENMÜLLER, Horst. *Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law*. *European Company and Financial Law Review*. 2009. str. 1 – 23.

EIDENMÜLLER, Horst. *Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe*. *European Business Organization Law Review*, 2005, str. 423 – 448.

EISENBERG Theodore; LOPUCKI Lynn M.: *Shopping for judges: An Empirical Analysis of Venue Choice in the Bankruptcy Reorganization of Large, Publicly Held Companies*. *Cornell Law Review*, 1999, str. 11 – 64.

- FLETCHER, Ian. *Comment to "The protective umbrella procedure, a new German restructuring tool" by Professor Dr Reinhard Bork*. Insolvency Intelligence, 2012 str. 24 – 25.
- GRIER, Elaine. *Eurofood IFSC Ltd – an end to forum shopping?* Commercial Law Practitioner, 2006, str. 161 – 168.
- GRIFFITS, T.; SMITH, E: *Transatlantic insolvency jurisdiction - the interplay between Chapter 15 of US Bankruptcy Code and the EU Insolvency Regulation*. Journal of International Banking Law and Regulation, 2006, str. 435 – 439.
- MATOUSEKOVA, Marina. *Private international law answers to the insolvency of cross border groups: comparative analysis of French and English case law*. International Business Law Journal, 2008, str. 141 – 163.
- MCCORMACK, Gerard. *COMI and comity in UK and US insolvency law*. Law Quarterly Review, 2012, str. 140 – 159.
- MCCORMACK, Gerard. *Jurisdictional competition and forum shopping in insolvency proceedings*. Cambridge Law Journal, 2009, str. 169 – 197.
- MCCORMACK, Gerard. *Reconstructing European insolvency law - putting in place a new paradigm*. Legal Studies, 2010, str. 126 – 146.
- MEVORACH Irit. *European insolvency law in a global context*. Journal of Business Law, 2011, str. 666 – 681.
- MEVORACH, Irit. *Appropriate treatment of corporate groups in insolvency: a universal view*. European Business Organization Law Review, 2007, str. 180 – 193.
- MEVORACH, Irit. *On the road to universalism: a comparative and empirical study of the UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency European Business Organization Law Review*. 2011, str. 518 – 570.
- MEVORACH, Irit. *The "home country" of a multinational enterprise group facing insolvency*. International & Comparative Law Quarterly, 2008, str. 1 – 17.
- MOORE, Susan. *COMI migration: the future*. Insolvency Intelligence, 2009, str. 25 – 28.
- MOSS, Gabriel. *Jurisdiction follows the sun: debtor successfully moves COMI to Spain*. Insolvency Intelligence, 2005, str. 60.

- MOSS, Gabriel. *Mystery of the Sphinx - COMI in the US*. Insolvency Intelligence, 2007, str. 4 – 7.
- MUCCIARELLI, M. Frederico. *Transfer of Company's Registered Office and Forum-Shopping in International Insolvency Cases: an Important Decision from Italy*. European Company and Financial Law Review, 2005, str. 512 – 533.
- NICHOLAES, W. A. Tollenaar. *Dealing with the insolvency of multi-national groups under the European Insolvency Regulation*. 2010, str. 65 – 74.
- OMAR, J. Paul. *The European Insolvency Regulation 2000: A Paradigm of International Insolvency Cooperation*. Bond Law Review, 2003, str. 215 – 243.
- PAULUS, G. Chrtistopher. *Group Insolvencies – Some Thoughts About New Approaches*. Texas International Law Journal, 2007, str. 819 – 825.
- PAULUS, G. Christopher. *A Vision of the European Insolvency Law*. Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice, 2008, str. 607 – 619.
- PAULUS, G. Christopher; MOSS Gabriel. *The European Insolvency Regulation - The Case for Urgent Reform*. Insolvency Intelligence, 2006, str. 1 – 5.
- RINGE, Wolf Georg. *Forum shopping under the EU Insolvency Regulation*. European Business Law Review, 2008, str. 580 – 619.
- SANO, Simona Di. *COMI: The sun around which cross-border insolvency proceedings revolve, Part 1*. Journal of International Banking Law and Regulation. 2009, str. 88 – 101.
- SANO, Simona Di. *COMI: The sun around which cross-border insolvency proceedings revolve, Part 2*. Journal of International Banking Law and Regulation. 2009, str. 127 – 134.
- SANO, Simona Di. *COMI: The sun around which cross-border insolvency proceedings revolve, Part 3*. Journal of International Banking Law and Regulation. 2009, str. 186 – 201.
- SANO, Simona Di. *The third road to deal with the insolvency of multinational enterprise groups*. Journal of International Banking Law and Regulation, 2011, str. 1 – 35.
- SCHLAEFER, Georg Friedrich. *Forum Shopping under the Regime of the European Insolvency Regulation*. International Insolvency Studies, 2010, str. 1 – 35.

SMITH, Anton. *"Bankruptcy tourism" under the EC Regulation on insolvency proceedings: a view from England and Wales*. *International Insolvency Review*, 2010, str. 181 – 208.

SZYDLO, Marek. *Prevention of forum shopping in European insolvency law*. *European Business Organization Law Review*, 2010, str. 254 – 271.

Internetové zdroje

<www.beck-online.cz>

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts-/insolvency/1997Model_status.html>

<<http://www.practicallaw.com/7-385-0829>http://www.ila-hq.org/en/about_us/index.cfm>

<http://www.whitecase.com/files/Publication/a61ab1576f9d4d80b85b809d8e969e10/Presentation/Publication-Attachment/e3eb55f0-582-4613852d92ed12b64e32/Alert_The_Benefits_of_UK-style_prepacks_and_comp-arisons_with_other_jurisdictions.pdf>

<<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4b0c28f3-54e1-4af3-a5dcc961cab8d8e-b>>

<<http://www.insolvenz-agentur.com/en/>>

<<http://conflictoflaws.net/2009/moving-to-france-to-bypass-german-insolvency-and-tax-law/>>

Seznam použitých zkratek

COMI	centrum hlavních zájmů dlužníka
Doporučení o úpadkovém řízení	Doporučení Evropského parlamentu určené Komisi týkající se uplatňování Nařízení ze dne 17. října 2011.
Insolvenční zákon	zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení
Nařízení	nařízení Rady (ES) č. 1346/2000, o úpadkovém řízení;
Nařízení Brusel I	nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000, o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech;
Návrh úmluvy 1970	návrh úmluvy o evropském úpadkovém řízení z roku 1970;
Návrh úmluvy 1980	návrh úmluvy o evropském úpadkovém řízení z roku 1980;
Návrh úmluvy 1995	návrh úmluvy o evropském úpadkovém řízení z roku 1995;
OSN	Organizace spojených národů;
Preambule	preambule k nařízení Rady (ES) č. 1346/2000, o úpadkovém řízení;
RSHAK	Rozhodčí soud při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky;
Soudní dvůr	Soudní dvůr Evropské unie
USA	Spojené státy americké;
Velká Británie	Spojené království Velké Británie a Severního Irska
Zákon o úpadkovém řízení USA	Federální zákon o úpadkovém řízení (Bankruptcy

Code);

Abstract

The topic of this diploma thesis is “*Forum Shopping under European Regulation on Insolvency.*” The forum shopping means deliberate transfer of court proceedings from one EU member state to another under the regulation of EC Council No. 1346/2000, on insolvency proceedings. Forum shopping has been immensely developed recently which is evidenced by the fact that British courts have been facing motions for insolvency proceedings regarding debtors with major link to a non-UK country. I have chosen this topic because forum shopping often happens in real word and Czech expert literature keeps quite on this topic.

The Regulation on Insolvency is linked to partly universal effect within the European Union. This means that insolvency proceedings in one Member state will be effective in other member states as well. The insolvency proceedings is commenced in the member state of the debtor’s centre of main interests. COMI as a basic building stone of the Regulation is not precisely expressed, and only a partly construction served by the Court of Justice of the European Union leaves door open for large forum shopping evidenced by abundant decision making by the Court of Justice of the European Union and national courts of member states. Forum shopping is furthered by mutual recognition of decisions in terms of insolvency proceedings.

The Regulation involves efficient concepts preventing change of COMI to another member state to occur, i.e. (i) secondary insolvency proceedings pending in the member state of the debtor’s establishment, and (ii) decisive law, matters not governed by the decisive law respectively.

Since the Regulation on Insolvency proceedings does not prevent negative forum shopping and does not further positive forum shopping, amendments of the regulation on insolvency proceedings are required that will reflect the redress of the defects.

Resumé

Tématem této diplomové práce je „Forum shopping v rámci evropského nařízení o insolvenční.“ Forum shopping spočívá v převodu soudních řízení z jednoho členského státu do druhého za účelem výhodnějšího právního postavení. Forum shopping v rámci Nařízení se v současné době rozvíjí na poměrně vysoké úrovni, což dokládá skutečnost, že například britské soudy poměrně často čelí návrhům na zahájení úpadkového řízení subjektů se značným vztahem k zahraničí. Důvod, proč jsem si zvolil toto téma, je skutečnost, že jde o záležitost, ke které často dochází v praxi, a v české odborné literatuře zůstává toto téma zatím nedotčené.

Nařízení o insolvenční je spojeno s částečným univerzálním účinkem v rámci Evropské unie. To znamená, že úpadkové řízení zahájené v jednom členském státě bude mít účinky i v jiných členských státech. Řízení o úpadku je zahájeno v tom členském státě, kde má dlužník své COMI. Kritérium COMI, které je základním stavebním kamenem Nařízení, je nedokonale jazykově vyjádřeno, a pouze částečný výklad podaný Soudním dvorem Evropské unie ponechává dveře celkem rozsáhlému působení forum shoppingu v úpadkových řízeních na území Evropské unie, které je dokládáno bohatou judikaturou Evropského soudního dvora a národních soudů jednotlivých členských států. Forum shopping, ať pozitivní nebo negativní, je podpořeno i vzájemným uznáváním rozhodnutí věcí v rámci úpadkového řízení.

Nařízení v sobě obsahuje účinné instituty, které brání negativní změně COMI do zahraničí, a to skrze (i) vedlejší úpadkové řízení, které bude probíhat v tom členském státě, kde má dlužník provozovnu, a (ii) institutem rozhodného práva, resp. záležitostmi, které se nebudou řídit rozhodným právem.

Vzhledem k tomu, že Nařízení nedokonale brání negativnímu forum shoppingu, a naopak neumožňuje rozvinout pozitivní forum shoppingu, je třeba provést takové změny, které tyto nápravy takových nedostatků budou reflektovat.

Forum shopping v rámci evropského nařízení o insolvenční

Forum shopping within European regulation on insolvency

Klíčová slova / Key words

mezinárodní insolvenční právo, forum shopping, nařízení Rady ES č. 1346/2000, o úpadkovém řízení

international insolvency law, forum shopping, regulation of EC Council No. 1346/2000, on insolvency proceedings