

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

Mgr. Vít Biolk, MBA

Vzorový zákon UNCITRAL o přeshraniční insolvenční

UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency

Rigorózní práce

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

Mezinárodní právo soukromé

Datum vypracování práce: 31. prosince 2015

Prohlašuji, že předloženou rigorózní práci jsem vypracoval samostatně a že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny. Dále prohlašuji, že tato práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Mgr. Vít Biolek, MBA

Obsah

Terminologie a zkratky	7
1. Úvod	8
2. Princip teritoriality, nebo univerzality: věčné dilema?.....	11
3. Vzorový zákon UNCITRAL o přeshraniční insolvenční	18
3.1 Důvody, historický kontext, východiska vzniku a šíření aplikace Vzorového zákona ...	18
3.2 Struktura Vzorového zákona.....	28
3.2.1 Obecná ustanovení.....	29
3.2.1.1 Oblast použití.....	29
3.2.1.2 Definice	31
3.2.1.2.1 Pojem „zahraniční řízení“	31
3.2.1.2.1.1 K pojmu „řízení“:	31
3.2.1.2.1.2 K pojmu „kolektivní“:	32
3.2.1.2.1.3 K pojmu „soudní nebo správní“:.....	34
3.2.1.2.1.4 K pojmu „podle zákona upravujícího insolvenční“:	34
3.2.1.2.1.5 K pojmu „podléhají řízení nebo dohledu cizího soudu“:.....	35
3.2.1.2.1.6 K pojmu „za účelem likvidace nebo reorganizace“:.....	36
3.2.1.2.2 Pojem „zahraniční hlavní řízení“	36
3.2.1.2.3 Pojem „jiné než hlavní řízení“ a pojem „provozovna“	43
3.2.1.3 Vzájemnost	44
3.2.1.4 Výhrada veřejného pořádku.....	45
3.2.1.5 Doplňková pomoc podle dalších zákonů	48
3.2.1.6 Interpretace	50
3.2.2 Přístup zahraničních správců a věřitelů k soudům v jiném státě.....	50
3.2.3 Uznání zahraničního řízení a druhy soudní pomoci podle Vzorového zákona.....	54
3.2.3.1 Prozatímní pomoc.....	58
3.2.3.2 Pomoc vyplývající z uznání zahraničního hlavního řízení	60

3.2.3.3	Pomoc po uznání zahraničního řízení.....	61
3.2.3.4	Ochrana zájmů věřitelů	64
3.2.4	Spolupráce a koordinace postupu soudů a správců různých států	66
3.2.4.1	Principy spolupráce a přímé komunikace soudů a správců.....	66
3.2.4.2	Jednotlivé formy spolupráce	68
3.2.4.2.1	Čl. 27 písm. a): Jmenování osoby jednající podle pokynů soudu	68
3.2.4.2.2	Čl. 27 písm. b): Předávání informací jakýmkoliv prostředky, které soud považuje za vhodné	69
3.2.4.2.3	Čl. 27 písm. c): Koordinace správy a dozoru nad dlužníkovým majetkem a jeho záležitostmi	70
3.2.4.2.4	Čl. 27 písm. d): Schvalování a provádění dohod upravujících koordinaci řízení.....	71
3.2.4.2.5	Čl. 27 písm. e): Koordinace souběžných řízení týkajících se téhož dlužníka	71
3.2.4.2.6	Čl. 27 písm. f): Jiné formy spolupráce	72
3.2.4.3	Přeshraniční insolvenční dohody	72
3.2.4.3.1	Důvody uzavírání dohod a dosavadní praxe	72
3.2.4.3.2	Strany, rámec a účel dohod.....	76
3.2.4.3.3	Postavení a role soudů	77
3.2.4.3.4	Rozhodné právo	79
3.2.4.3.5	Rozdělení činností mezi stranami dohody	80
3.2.4.3.6	Komunikace mezi soudy a dalšími účastníky řízení.....	81
3.2.4.3.7	Ostatní obvyklá ustanovení dohod	83
3.2.5	Souběžná řízení	85
3.3	Dílčí shrnutí: Je Vzorový zákon univerzalistický, nebo teritorialistický?.....	87
4.	Porovnání Vzorového zákona, Nařízení Rady (ES) č. 1346/2000 a Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/848.....	90
4.1	Vzájemný vztah Vzorového zákona, Nařízení a národních právních řádů	90

4.2 Porovnání metod regulace používaných Vzorovým zákonem a Nařízením a oblast jejich působnosti	91
4.3 Porovnání vybraných institutů Vzorového zákona a Nařízení	93
4.3.1 Postavení správce	93
4.3.2 Postavení věřitelů	96
4.3.3 Uznání zahraničního řízení	98
4.3.4 Spolupráce správců a soudů	100
4.3.5 Ochranná a předběžná opatření	102
4.3.6 Souběžná řízení	103
4.3.7 Insolvenční řízení proti členům skupiny společností	105
5. Porovnání možností tradičních národních úprav mezinárodního insolvenčního práva s možnostmi vyplývajícími ze Vzorového zákona	107
5.1 Cíl porovnání	107
5.2 Metoda porovnání	107
5.3 Limity národních úprav mezinárodního insolvenčního práva bez převzetí Vzorového zákona	108
5.3.1 Česká republika	108
5.3.2 Německo	113
5.3.3 Francie	114
5.3.4 Čína	117
5.3.5 Dílčí závěr k části 5.3	118
5.4 Srovnávací analýza: česká úprava mezinárodního insolvenčního práva de lege lata v porovnání se stavem v případě přijetí Vzorového zákona	119
5.4.1 Výchozí kritéria	119
5.4.2 Dvoustranné mezinárodní smlouvy	120
5.4.2.1 Příklad: Aplikace smlouvy o právní pomoci mezi Českou republikou a Ukrajinou	121
5.4.3 Porovnání možností úprav mezinárodního insolvenčního práva na příkladu interakce právních řádů České republiky a Ukrajiny	121

5.4.3.1 Pohled z české strany: aplikace ZMPS	121
5.4.3.1.1 Postup při pravomoci českých soudů vyplývající z Nařízení (§ 111 odst. 1 ZMPS)	121
5.4.3.1.2 Provozovna v České republice (§ 111 odst. 2 ZMPS)	125
5.4.3.2 Pohled z ukrajinské strany: aplikace ukrajinského insolvenčního zákona	126
5.4.3.3 Porovnání možností vyplývajících ze Vzorového zákona se stavem de lege lata	127
5.4.3.3.1 Prozatímní pomoc podle čl. 19 Vzorového zákona	127
5.4.3.3.2 Automatické účinky uznání zahraničního hlavního řízení podle čl. 20 Vzorového zákona	128
5.4.3.3.3 Pomoc po uznání zahraničního řízení podle čl. 21 Vzorového zákona	129
5.4.3.4 Praktické příklady	130
6. Jak dál: nahlédnutí do aktuálních trendů vývoje systému přeshraniční insolvence v pojetí UNCITRAL	133
7. Závěr	136
Seznam použité literatury a jiných citovaných zdrojů	138
Résumé	143
Abstrakt	145
Klíčová slova	145
Abstract	146
Keywords	146

1. Úvod

Insolvenční právo je typické svou komplexností a složitostí. Je pro něj charakteristické prolínání hmotněprávních i procesněprávních ustanovení. Současně se do něj promítají v podstatě všechna ostatní právní odvětví, a to velmi často ve specificky modifikované podobě snažící se zohlednit mezní situaci úpadku dlužníka. Ze své podstaty řeší insolvenční právo situace velmi kontroverzní, kdy se dlužník nalézá v úpadku nebo mu úpadek hrozí. Právní úprava musí vyvažovat diametrálně rozdílné zájmy účastníků, zejména věřitelů na straně jedné a dlužníka na straně druhé. Od moderních insolvenčních úprav se navíc očekává, že pokryjí řešení finančních problémů širokého spektra zcela rozdílných subjektů – od nepodnikajících jednotlivců po nadnárodní koncerny.

Stav úpadku dlužníka je primárně ekonomickou kategorií a insolvenční právo je tak nástrojem řešení primárně ekonomických problémů. Nefunkční úprava insolvenčního práva byla označována za jeden z výrazných problémů ekonomického vývoje České republiky v 90. letech. Úroveň insolvenční úpravy v konkrétním státě je pozorně sledována investory, neboť v případě neúspěchu podnikatelského záměru umožňuje minimalizovat ekonomické ztráty. Je zřejmé, že na funkční úpravě insolvenčního práva má rovněž mimořádný zájem stát, který na dlužníka může pohlížet nikoli prizmatem vlastnictví, nýbrž jako na zaměstnavatele, plátce daní, nositele inovačního potenciálu atd. Současně jde o odvětví stále relativně mladé, ve kterém na rozdíl od jiných oborů dochází mnohdy k velmi rychlým a radikálním posunům v prioritách zákonodárce. V mezních situacích úpadku dochází téměř vždy k tomu, že zúčastněným subjektům vzniká určitá újma, jsou nuceny činit různé kompromisy a citlivě vnímají případné vznikající nespravedlnosti. Protože jsou navíc často ve hře silné finanční zájmy, není nijak překvapivé, že je oblast insolvencí předmětem permanentního zájmu politiků.

Jestliže již vyvažování zájmů jednotlivých subjektů na vnitrostátní úrovni vyžaduje velmi komplexní a poměrně složitou právní úpravu, pak ještě řádově složitější je hledání efektivních metod regulace na úrovni mezinárodní. V trvalém napětí zde proti sobě stojí dva základní principy přeshraničních insolvencí: na jedné straně princip univerzality, na jehož pozadí je zcela legitimní myšlenka „vtáhnout“ do jednoho insolvenčního řízení pokud možno veškerý majetek jednoho dlužníka, a na druhé straně princip teritoriality, který odráží přirozenou snahu národních právních řádů řešit na svém území finanční problémy subjektu, který má na území tohoto státu majetek, z něhož by mohly být uspokojeny pohledávky místních věřitelů. Pro současné úpravy je typické, že zásada univerzality převažuje a princip

teritoriality je pouze vyvažujícím prvkem; hovoří se také o zásadě tzv. kontrolované univerzality¹.

Hluboké rozdíly v hmotném insolvenčním právu jednotlivých zemí zároveň v podstatě vylučují možnost unifikace insolvenčního práva formou mezinárodních smluv přesahujících pouhou regionální úroveň. V rámci Evropské unie se podařilo formou specifických nástrojů evropského práva, v daném případě nařízení, vytvořit systém, který unifikoval alespoň nejpalčivější otázky, jako rozhodné právo či hierarchie více řízení vedených ohledně téhož dlužníka v různých členských státech. Tento specificky evropský nástroj však není přenositelný do globálního kontextu. Cesta, kterou se vydal UNCITRAL, a to nejen v případě insolvenční, je vytvoření Vzorového zákona jako nástroje, který může národní zákonodárce inkorporovat do svého právního řádu. K unifikaci tak dochází dobrovolnou akceptací Vzorového zákona jako měřítka racionální a efektivní právní úpravy jednotlivými státy. Tato forma s sebou nese určitá rizika, zejména riziko změn textu v rámci zákonodárského procesu v daném státě, jak bude v této práci také ukázáno na konkrétních příkladech.

Celkově se však forma Vzorového zákona ukázala jako pozoruhodně životaschopná, což odráží i stále se rozvíjející judikatura. Od původního minimálního standardu, kterým je uznávání zahraničních řízení a správců, se praxe rychle posouvá směrem k aktivní spolupráci, jejímž pomyslným vrcholem jsou přeshraniční insolvenční dohody, jež „na míru“ modelují průběh řízení tak, aby optimálně zohledňovalo zájmy všech jeho účastníků.

Zvýšená pozornost je v této práci věnována interakci evropského práva s prostředím Vzorového zákona, zejména srovnání Nařízení a Vzorového zákona. Po dlouhou dobu se zdálo, že obě normy působí poněkud mimoběžně a nepřiliš koordinovaně a těžiště obou norem spočívá v rozdílných otázkách. Tento pohled však poměrně radikálně mění Nařízení II, jež výslovně odkazuje na postupy spolupráce vypracované UNCITRAL a jež přebírá některé metody používané Vzorovým zákonem. Úprava Vzorového zákona tak bude způsobem mnohem intenzivnějším než dříve ovlivňovat praxi přeshraničních insolvenčních řízení i v Evropě.

Poněkud mimo tento hlavní proud se zdá být úprava nového ZMPS, pro který je typický značně eurocentrický pohled, spojený naopak se snahou o „export“ evropské úpravy do vztahů k třetím zemím. Rozebrány proto budou také limity národních úprav s důrazem na specifika české úpravy.

¹ BUCHBERGER, D., BUCHBERGER, R.: *Das System der „kontrollierten“ Universalität des Konkursverfahrens nach der europäischen Insolvenzordnung*, str. 149 a násl; SMID, S: *Internationales Insolvenzrecht. Schriften zum deutschen, europäischen und internationalen Insolvenzrecht*, str. 9.

Význam a potřeba nástroje typu Vzorového zákona rostou v souvislosti se změnou těžiště světového obchodu. Stále větší objem hospodářské výměny se realizuje ve vztahu k mimoevropským zemím, jejichž právní a často i obecně kulturní tradice jsou radikálně odlišné od evropských. V tomto kontextu by pak bylo iracionální rezignovat na užitečný nástroj unifikace spolupráce v podobě Vzorového zákona.

Cílem této práce je prokázat oprávněnost teze, že Vzorový zákon je efektivním nástrojem přeshraniční spolupráce, který nestojí v žádném protikladu vůči Nařízení a naopak ho vhodně doplňuje, což prokazuje praxe těch evropských zemí, které Vzorový zákon přijaly. Současně je cílem také demonstrovat praktické výhody aplikace Vzorového zákona oproti standardní národní úpravě.

Rámec této práce přesahují specifické otázky insolvence finančních institucí a pojišťoven, a proto se jimi nezabývá; běžně je však využívána judikatura týkající se těchto subjektů, pokud má obecnější dopad a může ilustrovat fungování Vzorového zákona.

2. Princip territoriality, nebo univerzality: věčné dilema?

Na národní úrovni lze definovat obecné principy insolvenčního práva, ohledně nichž existuje shoda v podstatě na celém světě, jako jsou maximalizace hodnoty majetkové podstaty dlužníka ve prospěch všech věřitelů či uspokojení věřitelů *pari passu*, tedy poměrné uspokojení věřitelů stejné třídy v závislosti na případné prioritě jejich pohledávek. Zejména druhá z uvedených zásad je ve všech právních řádech prolamována řadou více či méně legitimních výjimek v podobě přednostních nároků, tříd pohledávek apod. Lze však říci, že insolvenčnímu právu jako oboru je na národní úrovni imanentní preference kolektivního zájmu věřitelů jako celku oproti individuálním zájmům jednotlivých věřitelů. Uspokojení věřitelů *pari passu* je vnímáno jako společensky žádoucí a spravedlivé, neboť v zásadě nejspravedlivěji tlumí společenské napětí spojené s frustrací věřitelů z nemožnosti plného uspokojení svých pohledávek. Soustředění správy majetkové podstaty do rukou insolvenčního správce je pak chápáno jako záruka efektivního řízení procesu zpeněžení dlužníkovu majetku ku prospěchu všech věřitelů. S jistou dávkou optimismu lze říci, že kritéria, na jejichž základě národní zákonodárci vytvářejí insolvenční právo, jsou primárně racionální a na jejich pozadí jsou více než v jiných oborech ekonomické úvahy týkající se efektivity uspokojení pohledávek i sanace podnikání dlužníka.

Na první pohled se může zdát až překvapivé, jak radikálně se toto schéma mění v případě přeshraničních insolvencí. Zatímco na národní úrovni obvykle nepřipadá zvýhodnění jednoho věřitele či skupiny věřitelů oproti jiným věřitelům stejného typu pohledávek v úvahu, na mezinárodní úrovni se děje zcela běžně. Majetek dlužníka nacházející se na území konkrétního státu byl tradičně vnímán jako nástroj uspokojení lokálních věřitelů, a to i když nešlo o zajištěné věřitele. Jinými slovy tradičně existoval (a nadále přežívá) prvek diskriminace zahraničních věřitelů. Wessels tento přístup výstižně nazývá „*beggar-thy-neighbour philosophy*“². Limity této filozofie jsou zřejmé na první pohled: jednak jde prizmatem nadnárodního přístupu o pojetí vůči věřitelům krajně nespravedlivé, jednak je také značně neefektivní, neboť uměle tříští majetek dlužníka podle toho, na území jakého státu se právě nachází. Obecně proto proti sobě stojí dvě základní myšlenky: **ochrana lokálních zájmů proti mezinárodní spolupráci**³.

² WESSELS, B., MARKELL, B.A., KILBORN, J.J.: *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, str. 39.

³ *Ibid.*, str. 40.

Tradiční teritoriální pojetí v úzkém slova smyslu ignoruje důsledky existence nadnárodních společností a předmětem zájmu není nadnárodní podnikatelský celek, nýbrž pouze konkrétní aktiva nacházející se na území státu; odtud také sám pojem „teritoriální“. Majetek dlužníka nacházející se na území státu může být předmětem insolvenčního řízení pouze tehdy, když jde o řízení zahájené orgány tohoto státu.

Dalším podstatným znakem teritoriálního pojetí v jeho čistém provedení je eliminování pohledávek zahraničních věřitelů. Zohledněny mohou být jen pohledávky, které nějakým způsobem souvisejí se státem, v němž je vedeno řízení. Majetkové hodnoty jsou alokovány nikoliv s ohledem na synergie a maximalizaci hodnoty majetkové podstaty, nýbrž na základě svého fyzického umístění v době zahájení řízení⁴.

Pokud je zahájeno řízení také v jiném státě, probíhají paralelně, nekoordinovaně a často ve snaze zahrnout do každého z řízení co největší část dlužníkovy majetku; jinými slovy zájmy soudů jsou protichůdné.

Výše popsané „čisté“ pojetí teritorialismu zjevně rezignuje na majetkové hodnoty nacházející se v zahraničí, což je v praxi dlouhodobě neudržitelné. Proto se logicky objevila tendence zahrnovat do národního řízení majetek nacházející se na celém světě, tedy i mimo hranice státu, u jehož soudu se řízení vede⁵. To logicky vyvolalo potřebu hledat jiné kritérium pro vedení řízení, než bylo pouhé umístění majetku. V praxi se takovými kritérii stávalo sídlo dlužníka, ať už formální nebo skutečné (ve smyslu místa, z něhož je společnost řízena), ale i umístění pobočky, provozovny apod.

Klíčovou slabinou takového pojetí je ovšem závislost na postupu soudů jiných států. Vynutit si akceptaci postupu národního soudu ze strany zahraničních soudů za situace, kdy soud zasahuje do majetku dlužníka nacházejícího se na území jiného státu, a to často způsobem zhoršujícím postavení zahraničních věřitelů, je extrémně obtížné. Právě z důvodu komplikovanosti vynucení vůle jiného suveréna se zájem národního zákonodárce (potažmo soudu) obrací k věřitelům. Těm může být ukládáno, aby se postupu u zahraničních soudů zdrželi, např. s využitím *anti-suit injunctions*, a případné porušení zákazu pak může být sankcionováno s rizikem, že v případě exekuce bude postižen majetek věřitele nacházející se na území státu, který takový zákaz vydal. Jak výstižně podotýká Wessels⁶, věřitelé se tak dostávají do „křížové palby“ mezi národními soudy, které se snaží zajistit si jurisdikci nad majetkem dlužníka po celém světě. Teritoriální pojetí úzce souvisí s pojmem suverenity.

⁴ WESSELS, B., MARKELL, B.A., KILBORN, J.J., op. cit., str. 41.

⁵ Viz v tomto směru velmi plasticky např. francouzská úprava popisovaná v části 5.3 této práce.

⁶ WESSELS, B., MARKELL, B.A., KILBORN, J.J., op. cit., str. 42.

V rámci teritoriálního pojetí každý stát aplikuje vlastní hmotné právo na majetek dlužníka nacházející se na jeho území, a to včetně rozvrhu výtěžku z prodeje tohoto majetku. Věřitelé musejí své pohledávky přihlásit v tomto národním řízení. Naproti tomu v rámci koncepce univerzality se hmotné právo státu, na jehož území se nachází COMI, aplikuje na aktiva nadnárodní společnosti na celém světě. Toto právo se použije také na rozvrh výtěžku. Věřitelé mohou přihlásit své pohledávky jen jednou v hlavním řízení.

Prizmatem čistě národního pohledu by pak ideálem byl mezinárodní dosah vlastního národního práva a naopak eliminování dosahu zahraničních právních řádů na teritorium tohoto státu⁷. Takový postoj ovšem není reálně prosaditelný proti vůli jiných suverénů.

Kromě toho nelze přehlédnout hlubší rozměr celého dilematu: Tradiční důvody obhajoby národní suverenity, jakými jsou zejména legitimita rozhodování, jasná zodpovědnost rozhodujících orgánů nebo zachování demokratické soutěže mezi různými suverénními systémy⁸, ztrácejí v kontextu mezinárodní insolvence zcela svou přesvědčivost. Zejména z hlediska legitimacy je evidentní, že rozdělení věřitelů na základě státní příslušnosti je zcela nelogické a neodpovídá ekonomické realitě mezinárodního obchodu. Všichni věřitelé nadnárodní společnosti vytvářejí legitimně jedno společenství, jehož společným zájmem je minimalizovat ztráty a naopak maximalizovat hodnotu dlužníkovy podniku, tím pak zajistit co nejvyšší výtěžek na uspokojení všech pohledávek bez ohledu na to, zda jde o věřitele sofistikovaného a agresivního či naopak zcela pasivního⁹.

Z pohledu národního soudu může být sice frustrující, pokud v důsledku univerzalistického pojetí aplikuje cizí právo, zejména pokud není v souladu se specifickými hodnotami považovanými za důležité v národním právním řádu, nicméně frustrace, která souvisí s nevykonatelnými rozhodnutími marně se snažícími vnutit vůli zahraničním soudům, může být podstatně hlubší. Je zjevné, že státy čelí problémům globálního měřítka, třebaže disponují nástroji pouze v měřítku lokálním¹⁰.

⁷ FRANKEN, S., *Cross-Border Insolvency Law: A comparative Institutional Analysis*, str. 99.

⁸ RING, D., *What's at Stake in the Sovereignty Debate? International Tax and the Nation-State*, str. 170-180.

⁹ Velmi přesvědčivě k otázkám suverenity a vymezení přirozeného „*demos*“ in WESSELS, B., MARKELL, B., KILBORN, J.: op. cit., str. 43-48, včetně efektního přirovnání, že „*sovereignty operates in the international insolvency context like the proverbial bull in a china shop, upsetting the delicate equilibrium among claimants, inadvertently destroying value along the way and endangering the entire enterprise by applying the wrong essential problem-solving quality*“.

¹⁰ RING, D., op. cit., str. 165.

Univerzalismus v nejčistší podobě by znamenal rozhodování všech insolvenčních věcí jedním soudem s celosvětovou působností podle jedné sady pravidel¹¹. Nic takového není v praxi reálné, proto se prosazuje forma jakéhosi procedurálního univerzalismu spočívajícího ve snaze koordinovat souběžná insolvenční řízení. Univerzalisté proto hledají pravidlo, podle kterého identifikovat stát, jehož soudy budou hrát hlavní roli¹².

Koncept univerzality získává postupně převahu, a to hned z několika důvodů. Předně je často zmiňována větší předvídatelnost rozhodování při aplikaci této koncepce minimálně z tohoto důvodu, že COMI se jeví jako přece jen stabilnější a poněkud hůře manipulovatelný faktor oproti *lex rei sitae*. Jinými slovy přestože je jistě možné umístění COMI účelově změnit, nepochybně je realizace takového kroku náročnější než přesun majetkových hodnot dlužníka¹³. Dále je velmi nepřesvědčivá teze, že by majetkové hodnoty dlužníka, které se nacházejí na území určitého státu, měly být přednostně použity k uspokojení dlužníků z tohoto státu. Předně hranice toho, kdy jde o lokálního dlužníka a kdy o zahraničního, jsou zcela nejasné. Stejně tak lze ovšem říci, že uvedený argument neobstojí ani vnitrostátně – není žádný důvod, aby např. věřitelé z regionu, kde se nachází majetek dlužníka, měli k němu nějaké „lepší“ právo než věřitelé z odlehlejšího regionu¹⁴. Primární přitažlivost univerzalistického přístupu však spočívá v něčem jiném: v minimalizaci ztrát a transakčních nákladů při současné maximalizaci hodnoty majetku dlužníka. Na pozadí této úvahy je předpoklad, že dílčí ztráta, kterou místní věřitelé utrpí eliminováním svého zvýhodnění oproti zahraničním věřitelům, bude přinejmenším vyvážena přínosem z mezinárodní kooperace; jinými slovy přestože bude výtěžek pro domácí věřitele stejný jako pro zahraniční, bude i tak vyšší než při aplikaci striktně teritoriálního pojetí¹⁵.

Předně namísto nákladného vedení paralelních řízení, která v žádném rozsahu nevyužívají procesních úkonů soudů jiného státu, probíhá hlavní a vedlejší řízení. Vedlejší řízení kooperuje s řízením hlavním, což je nepochybně levnější a rychlejší řešení¹⁶.

¹¹ WESTBROOK, J.L., *A Global Solution to Multinational Default*, str. 2310-2311; v podstatě totožně RASMUSSEN, R., *Where are All the Transnational Bankruptcies? The Puzzling Case for Universalism*, str. 3-4: „In its most utopian form, a universalist approach would have a single set of insolvency rules applied by a single forum.“

¹² RASMUSSEN, R., op. cit., str. 4.

¹³ WESTBROOK, J.L., *Avoidance of Pre-Bankruptcy Transactions in Multinational Bankruptcy Cases*, str. 899, 903.

¹⁴ WESSELS, B., MARKELL, B., KILBORN, J., op. cit., str. 54.

¹⁵ WESTBROOK, J.L., *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, str. 464-466.

¹⁶ WESTBROOK, J.L., *A Global Solution to Multinational Default*, str. 2299-2300.

Koordinovaná správa majetkové podstaty umožňuje maximalizovat její hodnotu pro věřitele. Teritoriální pojetí často uměle rozděluje nadnárodní společnost na samostatně nefunkční celky, narušuje synergické efekty ve společnosti jako celku a v podstatě znemožňuje reorganizaci¹⁷.

Přestože se výše uvedené argumenty jeví být velmi přesvědčivé, pro úplnost lze konstatovat, že větší míru preference univerzalistického pojetí lze sledovat u vyspělejších zemích oproti zemím rozvojovým; samozřejmě se stále čtenějšími výjimkami¹⁸.

V teoretické rovině byla rozvinuta celá řada koncepcí, které reagovaly na existenci zdánlivě nepřekonatelných rozporů mezi oběma koncepcemi a zejména hledaly jejich řešení. Podstatou multilateralistické koncepce bylo přesvědčení, že analýzou každého insolvenčního případu lze dospět k identifikaci jediné jurisdikce použitelné pro daný případ, a to z pohledu jakéhokoliv soudu na světě; jinými slovy při správné aplikaci multilateralistického přístupu a zkoumání všech aspektů případu (zejména ve smyslu, ke kterému právu má případ nejužší vazbu) by měl soudce z kteréhokoliv státu dojít ke stejnému závěru ohledně toho, jaký soud je příslušný a jaké právo aplikovatelné¹⁹. Zjevnou slabinou je, že jednotlivým faktorům takového výběru může být soudci z různých států přisuzována rozdílná váha.

Z opačného směru hledá řešení tzv. kooperativní teritorialismus²⁰, který preferuje jurisdikci každého státu nad majetkem nacházejícím se na jeho území. Zahraniční věřitelé nemají mít možnost přihlašovat své pohledávky. Soudy mají spolupracovat v otázkách, kde je to vhodné, např. při společném prodeji majetku dlužníka nacházejícího se ve více státech. I zde však vyvstávají zjevné problémy – rezignace státu na majetek dlužníka za jeho hranicemi zvyšuje riziko, že dlužník s ním bude bez kontroly nakládat a věřitelé se ho budou snažit individuálně postihnout; kromě toho se stále zvyšuje objem majetku, který je obtížné k nějakému teritoriu přiřadit (typicky nehmotné statky)²¹.

Kontraktualismus zdůrazňuje právo každé společnosti zvolit si insolvenční právo, které bude v případě úpadku aplikováno. Tato volba však má být provedena na začátku existence subjektu (typicky ve stanovách nebo společenských smlouvách) a změna takto

¹⁷ WESSELS, B., MARKELL, B., KILBORN, J., op. cit., str. 58.

¹⁸ Příklad výjimky v opačném směru je např. OHADA, jak je rozebíráno v části 3.1 této práce, viz také TUNG, F., *Fear of Commitment in International Bankruptcy*, str. 563-576.

¹⁹ BUXBAUM, H.L., *Rethinking International Insolvency: The Neglected Choice-of-Law Rules and Theory*, Stanford Journal of International Law, Vol. 36, No. 23/2000.

²⁰ LOPUCKI, L.M., *The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*, Michigan Law Review, Vol. 98, No. 7/2000, str. 2216-2251.

²¹ WESSELS, B., MARKELL, B., KILBORN, J., op. cit., str. 62.

zvoleného práva by nebyla možná bez souhlasu věřitelů²². Státy by měly takovou volbu práva respektovat, samozřejmě ale do té míry, do jaké nekoliduje s jejich veřejným pořádkem. Je zjevné, že takové řešení by zcela eliminovalo forum shopping a bylo by velmi transparentní. Na druhou stranu je nevhodné pro fyzické osoby a ignoruje ty věřitele, kteří bývají chráněni kogentními ustanoveními národních právních řádů. Protože výběr provádí dlužník, je pravděpodobná preference právního řádu chránícího zájmy společníků spíše než zájmy věřitelů. Problematické také může být postavení zajištěných věřitelů z hlediska obsahu jejich práv, jsou-li definována jiným než takto vybraným právním řádem.

Jak bylo naznačeno výše, oba principy se ve své čisté podobě v praxi nevyskytují. Princip teritoriality může být při vytváření norem insolvenčního práva oslaben následujícími faktory:

- zúžení podmínek pro zahájení insolvenčního řízení (nepostačuje pouze existence majetku, nýbrž kvalifikovanější forma vazby na příslušný stát, typicky v podobě provozovny),
- umožnění účasti zahraničních věřitelů v řízení, prakticky zejména přihlašování pohledávek a účast ve věřitelských orgánech,
- zavedení mechanismů kooperace se zahraničními soudy.

Stejně tak na druhé straně může být princip univerzality oslaben faktory respektujícími územní charakter určitých specifických otázek, např.:

- připuštění existence podřízených územních řízení vedle řízení hlavního (v původním čistém pojetí univerzálního),
- vytvoření výjimek z aplikace *lex fori concursus* ve vymezených otázkách, kde jiné právo lépe odráží jejich specifický charakter²³.

V praxi je tak nejobvyklejším **princip modifikované univerzality** jako určitého vyváženého kompromisu mezi oběma krajními možnostmi. Jestliže tedy odbouráním extrémů obou koncepcí lze dospět k podobnému faktickému výsledku, zůstává rozdíl především v perspektivě, z níž je na konkrétní insolvenční situaci nahlíženo. Z tohoto pohledu je z mnoha shora uvedených důvodů univerzalistické pojetí daleko přesvědčivější a dlouhodobě

²² RASMUSSEN R.K., *Debtor's Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy*, Texas Law Review, Vol. 71, No. 51/1992.

²³ WESSELS, B., MARKELL, B., KILBORN, J., op. cit., str. 67.

perspektivnější, nicméně s ohledem na dosud velmi krátkou historii také náročné na praktickou realizaci²⁴.

²⁴ FLETCHER, I.F., *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, §1.16: “... the internationalist principle is therefore one which aspires to realize, as faithfully as is practicable in any given case of international insolvency, the ideals of collectivity, equality of treatment for all creditors, and the respect for previously acquired rights... flexibility and pragmatism must be substituted for the dogmas so beloved of former ages. This entails a vital role for the judges within each state concerned...”

3. Vzorový zákon UNCITRAL o přeshraniční insolvenční

3.1 Důvody, historický kontext, východiska vzniku a šíření aplikace Vzorového zákona

Přestože skutečně efektivní nadnárodní úpravy přeshraniční insolvence vznikly až v průběhu posledních dvou desetiletí, první pokusy o regulaci přeshraničního úpadku byly až překvapivě časně; uvádí se, že Haagská konference mezinárodního práva soukromého začala na regulaci úpadku pracovat již v roce 1894. Úvahy o mezinárodní úmluvě byly vystřídány modelovou dvoustrannou smlouvou, která však nebyla úspěšná²⁵. Naopak relativně úspěšné byly pokusy o regionální kooperaci, a to zejména v Latinské Americe (Úmluva o mezinárodním právu soukromém, Havana 1928 – tzv. „Bustamante Code“, a dvě smlouvy o mezinárodním obchodním právu z roku 1889 a 1940 – tzv. „Montevideo Treaties“) a ve Skandinávii (Úmluva o úpadku z roku 1933)²⁶.

V průběhu 80. let narůstala naléhavost vytvoření funkčního modelu přeshraniční spolupráce v úpadkových věcech. Všeobecně bylo pocítováno, že rozdíly a rozpory mezi národními právními úpravami vytvářejí zbytečné překážky dosažení základních ekonomických a sociálních cílů insolvenčního řízení. Příznačný byl nedostatek transparentnosti, absence jasných pravidel uznávání práv věřitelů, zacházení se zahraničními věřiteli a právo aplikovatelné na přeshraniční otázky. Tato míra nejistoty negativně ovlivňovala kapitálové toky a přeshraniční investice²⁷.

Za první projekt pokoušející se nabídnout řešení výše popisovaných problémů lze považovat Vzorový zákon o mezinárodní spolupráci v insolvenční (Model International Insolvency Cooperation Act – MIICA) vypracovaný International Bar Association v roce 1989. Poprvé se zde objevil model vzorového zákona, připraveného pro použití zákonodárcem. Ačkoliv tento vzorový zákon úspěšný nebyl, začal být vnímán jako možná forma řešení dlouhodobého neúspěchu spočívajícího v nemožnosti prosadit širší mezinárodní úmluvy v oblasti insolvenční²⁸.

²⁵ Podrobněji viz dokument „Possible Future Work: Cross-border insolvency“, 26. session UNCITRAL, Vídeň 5.–23. 7. 1993, str. 10.

²⁶ *Ibid.*, str. 8-9.

²⁷ *UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, str. 9.

²⁸ *Ibid.*, str. 11, podrobněji také viz stránky International Bar Association dostupné na http://www.ibanet.org/LPD/Insolvency_Section/Insolvency_Section/SIRC_ProjectMIICA.aspx.

Velmi komplexním pokusem o řešení rozebírané problematiky byla Evropská úmluva o některých mezinárodních aspektech úpadku (Istanbulská úmluva) Rady Evropy z 5. 6. 1990, která však byla ratifikována pouze Kyprem a nikdy proto nenabyla účinnosti²⁹.

Dalším zajímavým krokem k nastavení pravidel přeshraničních insolvenčních řízení byl IBA Cross-Border Insolvency Concordat³⁰ z roku 1995. Šlo o návrh pravidel (popsaných jako Principy 1–10) včetně jejich odůvodnění, která byla dána k dispozici k použití soudům jako praktická pomůcka pro řešení konkrétních problémů, a to zejména vymezení vztahů mezi soudy, způsob nakládání s majetkovou podstatou, způsob rozdělování výtěžků zpeněžení, posuzování některých transakcí apod. Dokument byl výsledkem úzké spolupráce IBA s americkými a kanadskými soudy v konkrétních kauzách.

Od počátku 90. let je zjevná zvýšená aktivita UNCITRAL v oblasti přeshraničních insolvencí, přičemž pomyslným startem na cestě ke Vzorovému zákonu se stal kongres UNCITRAL „Uniform Commercial Law in the 21st Century“ konající se v rámci 25. zasedání v roce 1992, který vyzval Komisi k hledání cest k unifikaci insolvenčního práva. Návazně se pak 26. zasedání Komise (Vídeň, 5.–23. července 1993) pokusilo rekapitulovat dosavadní problémy přeshraničních insolvencí a velmi opatrně také navrhnout možné směry budoucí práce, byť ještě bez jasné představy právní formy. Snaha sekretariátu UNCITRAL najít konkrétní praktická řešení pak logicky vedla k užší spolupráci s INSOL (The International Association of Insolvency Practitioners) jako zájmovou organizací sdružující odborníky participující na přeshraničních insolvencích, kteří mají pochopitelný zájem na funkčnosti mechanismu přeshraniční spolupráce a zejména zcela konkrétní procesní zkušenosti. Významný posun pak přineslo kolokvium o přeshraniční insolvenci organizované společně UNCITRAL a INSOL ve Vídni 17.–19. dubna 1994. Závěrečná zpráva³¹ již přesněji pojmenovává oblasti, které budou pro tvorbu Vzorového zákona typické, klíčové je zejména heslo „*access and recognition*“, tedy přístup k cizím soudům a uznávání rozhodnutí. Důraz je kladen také na vytváření vzorových zákonných ustanovení týkajících se insolvence, i když bylo zřejmé, že nepřipadá v úvahu pokoušet se vytvořit souhrnný kodex a že dosažení unifikace hmotného práva je v podstatě nemožné. Dalším stupněm bylo zapojení soudců zabývajících se přeshraničními insolvencemi, které vyvrcholilo kolokviem organizovaným opět společně

²⁹ Nejen text úmluvy, ale také další doprovodné informace jsou dostupné z <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/136>.

³⁰ Dostupné na http://www.ibanet.org/LPD/Insolvency_Section/Insolvency_Section/SIRC_ProjectTheIBAConcordat.aspx.

³¹ Dokument „*Cross Border Insolvency. Note by the Secretariat. Report on UNCITRAL – INSOL Colloquium on Cross-Border Insolvency*“, 27. session, New York, 31 May – 17 June 1994.

UNCITRAL a INSOL v Torontu 22.–23. března 1995. Jak je patrné ze závěrečné zprávy³², velmi zřetelná již byla shoda na potřebě unifikace dvou základních oblastí: přístup a uznání zahraničních správců a nastavení úrovně spolupráce mezi soudy. Podrobněji už byla diskutována potřeba umožnit zahraničním správcům přístup do řízení, aniž by však byli plně podřízeni pravomoci národního soudce, potřeba rovného zacházení s věřiteli, odstranění jakékoliv přednosti domácích věřitelů i potřeba určité hierarchizace řízení vedených ohledně téhož dlužníka v tom smyslu, aby jedno z řízení bylo považováno za hlavní a ostatní za vedlejší. Jako přirozená vyplynula rovněž potřeba některých automatických účinků spojených s uznáním zahraničního řízení, zejména přerušování exekucí. Komplikovaná diskuse ohledně způsobu přeshraniční komunikace soudců již tehdy předznamenávala, že se bude hledat řešení, které umožní i velmi úzkou a neformální komunikaci, avšak obsah, rozsah ani způsob této komunikace nebudou zřejmě konkretizovány, aby neodrazovaly od aplikace vzorového dokumentu. Přestože bylo zřejmé, že úpadek nepodnikajících fyzických osob představuje do značné míry svébytnou kategorii, nebylo považováno za vhodné úpravu tříštit rozlišováním mezi podnikateli a nepodnikateli. Bylo již zřejmé, že vývoj směřuje k vytvoření vzorového zákona usnadňujícího přístup správců, uznávání rozhodnutí a soudní spolupráci.

Vzorový zákon byl vydán v roce 1997 a rezolucí Valného shromáždění OSN 52/158 ze dne 15. 12. 1997 bylo doporučeno, aby státy přistoupily k přijímání zákonů vycházejících ze Vzorového zákona. Valné shromáždění zdůraznilo, že narůstající mezinárodní obchod a investice vedou k častějšímu výskytu situací, kdy dlužníci mají majetek ve více než jednom státě a nedostatečná spolupráce a koordinace mezi soudci a správci nejenom podvazuje možnost záchrany životaschopných podniků s překonatelnými finančními potížemi, nýbrž také ohrožuje efektivní a spravedlivou správu jejich majetku, neboť zvyšuje pravděpodobnost ztráty kontroly nad dlužníkovým majetkem a znemožňuje reorganizaci nebo likvidaci aktiv dlužníka způsobem, který je maximálně výhodný pro věřitele, ale také pro samotného dlužníka a jeho zaměstnance.

V návaznosti na shora popsany historický vývoj je potřeba upozornit, že UNCITRAL nerezignoval na snahu o postupnou unifikaci hmotněprávních ustanovení insolvenčního práva, nicméně pro tuto oblast volí odlišnou techniku tzv. Legislative Guide. Jedná se o praktické návody k vytváření hmotněprávních insolvenčních norem členěné podle jednotlivých okruhů problémů typických pro insolvenční řízení. Do dnešního dne byly vydány následující díly:

³² Dokument *“Cross Border Insolvency. Note by the Secretariat. Report on UNCITRAL – INSOL Judicial Colloquium on Cross-Border Insolvency“*, 28. session, Vienna, 2 – 26 May 1995.

- UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Parts One and Two (2004)³³
- UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Part Three (2010)³⁴
- UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Part Four (2013)³⁵

První část Legislative Guide se zabývá klíčovými cíli insolvenčního řízení a jednotlivými mechanismy řešení finančních obtíží dlužníka.

Druhá část rozebírá jednotlivé etapy insolvenčního řízení; zabývá se insolvenčním návrhem a zahájením řízení, rozhodným právem, velká pozornost se věnuje nakládání s majetkem dlužníka, zejména ochraně a správě majetkové podstaty, užití a dispozicím s majetkem, financování závodu dlužníka po zahájení řízení, dopadům řízení na smluvní vztahy, neúčinnosti úkonů, započtení a finančním kontraktům, dále se zabývá jednotlivými účastníky řízení, reorganizacemi, průběhem řízení včetně přezkoumávání nároků věřitelů a přednostními právy věřitelů a skončením řízení.

Třetí část nazvaná „*Treatment of enterprise groups in insolvency*“ se zabývá obecnými rysy podnikatelských seskupení, důvody jejich existence i jejich vymezením a regulací. Rozebírá možnosti vnitrostátní regulace přístupu k podnikatelským skupinám včetně prostředků prolomení hranic jednotlivých formálně samostatných subjektů ve skupině i jejich reorganizací a navrhuje metody nakládání se skupinami v přeshraničních insolvencích s důrazem na kooperaci soudů a správců z jednotlivých států.

Čtvrtá část se soustředí na relativně úzkou oblast povinností statutárních orgánů v období blížící se insolvence dlužníka včetně obsahu těchto povinností, doby jejich vzniku, specifikace osob, kterých se týkají, odpovědnostních vztahů vznikajících v důsledku jejich nesplnění a vynutitelností těchto povinností.

Struktura všech Legal Guides je v zásadě stejná v tom, že po popisu a rozboru daného problému následuje vždy doporučení členěné do dvou částí: účel zákonného ustanovení a jeho navrhovaný obsah. Z pohledu národního zákonodárce tak představuje Legal Guide ideální nástroj k prosazení příslušného ustanovení do národní legislativy, neboť lze využít jak velmi kvalifikovaného odůvodnění smyslu zákonného ustanovení, tak lze vyjít z relativně flexibilního navrhovaného obsahu ustanovení. Je přitom evidentní, že Legal Guide je jako typ nástroje prosazování normotvorby odolnější vůči odchýlkám od textu navrženého UNCITRAL, protože ambice UNCITRAL jsou v tomto případě nižší, než je tomu u Vzorového zákona – jde

³³ Dostupné na http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf.

³⁴ Dostupné na <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>.

³⁵ Dostupné na <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part4-ebook-E.pdf>.

o dosažení hmotněprávní podobnosti insolvenčních norem, minimálně toho, aby vycházely z obdobné filozofie z hlediska cílů a zásad. Naproti tomu v případě Vzorového zákona zahraniční účastníci řízení důvodně očekávají, že jde-li o stát, který se deklaruje jako stát aplikující Vzorový zákon, bude obsah ustanovení v zásadě stejný jako v jiných zemích. Odchylky od textu Vzorového zákona jsou nežádoucí a mohou generovat komplikace v průběhu řízení už jen proto, že mohou narušovat materiální reciprocitu vyžadovanou některými státy. Podrobnější rozbor obsahu jednotlivých Legal Guide přesahuje potřeby této práce a nadále bude proto věnována pozornost pouze Vzorovému zákonu.

V popisu historického vývoje nelze pominout regionální úpravy, v první řadě samozřejmě Nařízení Rady (ES) č. 1346/2000 o úpadkovém řízení (dále jen „Nařízení“) pro státy EU, jehož srovnání se Vzorovým zákonem bude provedeno dále v této práci, ale také Court-to-Court Guidelines, které v roce 2000 vypracoval American Law Institute pro potřeby zemí NAFTA. Tato pravidla upravují praktické aspekty komunikace mezi soudy v podstatě až na technické úrovni, což má za cíl povzbudit komunikaci mezi soudy odstraněním nejasností a obav ze způsobu komunikace.

Nelze přehlédnout, že zatímco ústřední ideou Vzorového zákona je spolupráce mezi správci a soudy, Nařízení upravovalo spolupráci v jediném krátkém článku 31, kde byla sice stanovena povinnost spolupráce a sdělování informací, ale ustanovení se vůbec nezabývá způsobem, jakým se má spolupráce odehrávat⁵⁶. Do jisté míry je tento stav odůvodněn charakterem legislativního nástroje, tedy nařízení závazného pro všechny členské státy (s výjimkou Dánska) v kombinaci s nastavením jasné hierarchie mezi hlavním a vedlejším řízením. Přesto však nelze nepostřehnout, že právě při spolupráci soudů ze zemí aplikujících Vzorový zákon byla daleko šířeji rozpracována technika přeshraničních insolvenčních dohod jako konsensuálního nástroje optimální správy přeshraničních řízení v zájmu všech účastníků řízení. S ohledem na jedinečnost každého insolvenčního řízení je zřejmé, že do budoucna si nelze vystačit s formalistickými přístupy, nýbrž je nutno hledat řešení „šitá na míru“ situaci každého dlužníka tak, aby se dosáhlo všech cílů insolvenčního řízení. To se týká jmenovitě nakládání s majetkem dlužníka, jehož správa je bez úzké přeshraniční spolupráce řídicí se jasnými pravidly často nepředstavitelná.

Do současné doby byly přijaty na základě Vzorového zákona národní zákony v následujících celkem 41 státech⁵⁷:

⁵⁶ *UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, str. 16

⁵⁷ Aktuální přehled zemí aplikujících Vzorový zákon je dostupný na http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html.

Stát	Rok	Poznámka
Austrálie	2008	
Benin	2015	(b)
Burkina Faso	2015	(b)
Côte d'Ivoire	2015	(b)
Čad	2015	(b)
Černá Hora	2002	
Demokratická republika Kongo	2015	(b)
Filipíny	2010	
Gabon	2015	(b)
Guinea	2015	(b)
Guinea-Bissau	2015	(b)
Chile	2013	
Japonsko	2000	
Jihoafrická republika	2000	
Kamerun	2015	(b)
Kanada	2005	
Keňa	2015	
Kolumbie	2006	
Komorský svaz	2015	(b)
Kongo	2015	(b)
Korejská republika	2006	
Mali	2015	(b)
Mauritius	2009	
Mexiko	2000	
Niger	2015	(b)
Nový Zéland	2006	
Polsko	2003	
Rovníková Guinea	2015	(b)
Rumunsko	2002	
Řecko	2010	
Senegal	2015	(b)
Seychely	2013	
Slovinsko	2007	
Spojené království Velké Británie a Severního Irska		
Britské Panenské ostrovy	2003	(a)
Velká Británie	2006	

Spojené státy americké	2005	
Srbsko	2004	
Středoafriická republika	2015	(b)
Togo	2015	(b)
Uganda	2011	
Vanuatu	2013	

Poznámky:

(a) zámořská teritoria Spojeného království Velké Británie a Severního Irska

(b) prostřednictvím tzv. „*Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif*“ (OHADA), přijatého 10. 9. 2015 v Grand-Bassam (Côte d'Ivoire)

Celkově je však zřejmé, že Vzorový zákon se rozšiřuje jen pomalu, a to i ve srovnání s jinými dokumenty UNCITRAL. Efektivně vyjádřeno, v číslech k roku 2012 před poslední vlnou rozšíření o africké státy, Vzorový zákon **neaplikovalo** 91% členských států OSN, 82% členských států UNCITRAL, 81% zemí EU, 58% zemí G20, 68% členských států OECD a dokonce i mezi státy, které se pravidelně účastnily pracovních skupin připravujících Vzorový zákon, jich 82% tento zákon nepřijalo⁵⁸. Jde o situaci výrazně horší než např. u Vzorového zákona o mezinárodní obchodní arbitráži, který přijalo 70 států.

Důvody přijetí zákona byly navíc v některých případech krajně pragmatické či na hraně dobrovolnosti, zejména Řecko přijalo Vzorový zákon v roce 2010 zjevně pod tlakem věřitelů v rámci programu restrukturalizace řeckého dluhu. Japonsko a Jižní Korea přijaly Vzorový zákon údajně s ohledem na finanční pomoc MMF vázanou na restrukturalizaci korporátního práva a zavedení zákonů o přeshraniční insolvenční⁵⁹.

Naopak jako velmi pozitivní je třeba vnímat snahu afrických zemí sdružených do organizace OHADA (*L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*), kterým se podařilo v letošním roce přijmout jednotný zákon pro přeshraniční insolvenční (*Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif*) založený na Vzorovém zákoně. Jednotný zákon nabyl účinnosti 24. 12. 2015.

⁵⁸ MOHAN, S. Chandra. *Cross-Border Insolvency Problems: Is the UNCITRAL Model Law the Answer?*, str. 10

⁵⁹ *Ibid.*, str. 9

Pochopitelně se nabízí otázka, co je příčinou stále relativně malého rozšíření Vzorového zákona. Zajímavý názor nabízí Rasmussen⁴⁰, podle jehož názoru je případů velkých nadnárodních insolvenčních řízení prostě málo a jejich nízký počet dostatečně neopravňuje k převaze univerzalistického přístupu v konfrontaci s lokální obavou o ztrátu kontroly nad majetkem dlužníka, jež by způsobila poškození místních věřitelů. Řada zemí, které Vzorový zákon dosud nepřijaly, může proto považovat problém přeshraničních insolvencí více za umělý než skutečný. Rasmussen argumentuje tím, že řada velkých insolvenčních řízení proběhla pouze na národní úrovni, aniž by došlo k nějakému zjevnému poškození věřitelů, přestože šlo o nadnárodní koncerny; potřeba harmonizace se proto nejeví jako akutní. Základní příčinou je přitom podle Rasmussena podceňování faktoru kontroly věřitelů nad průběhem konkurzu, kdy ve skutečnosti současní velcí věřitelé koordinují mnohem více než dříve svůj postup písemnými dohodami (typicky v situacích, kdy na týchž věcech vázne více zástavních práv či jiných zajišťovacích instrumentů) a rovněž zužování okruhu věřitelů prostřednictvím hedgeových fondů, v nichž se centralizují pohledávky. Menší okruh koordinovaně působících věřitelů dokáže sám eliminovat rizika konfliktu různých jurisdikcí a efektivně usměrňovat průběh řízení⁴¹.

Poněkud praktičtější argumenty uvádí Wessels, když popisuje důvody, proč Vzorový zákon nebyl přijat v Nizozemsku. Přijetí údajně brání několik obtížně překonatelných překážek. Vzorový zákon je výrazně ovlivněn přístupem *common law*, typická je např. značná role soudcovského uvážení při vymezení prostředků poskytované pomoci, což má činit Vzorový zákon obtížně přijatelný bez modifikací textu. Jako alternativa k procesu uznání podle Vzorového zákona je údajně preferována technika kolizních norem (pod zjevným vlivem Nařízení). Automatické účinky podle čl. 20 Vzorového zákona jsou údajně zafixovány bez ohledu na obsah národních právních řádů, s nimiž nejsou vždy plně kompatibilní. Také prostředky pomoci před uznáním zahraničního řízení a po jeho uznání, které závisejí na soudcovském uvážení, nemají v nizozemském právu tradici a jejich aplikace nizozemskými soudy v praxi by byla obtížná⁴².

Nelze pominout, že od doby vydání Vzorového zákona se podstatně rozvinula praxe vydávání různých principů, standardů a doporučení. Jde o metodu ve srovnání se Vzorovým zákonem jistě méně ambiciózní a typickou svou nezávazností, na druhou stranu však nekonfliktní, bez nutnosti hledání složitých politických kompromisů. Na tyto principy lze

⁴⁰ RASMUSSEN, R. K., „Where are all the Transnational Bankruptcies? The Puzzling Case for Universalism“, str. 6-13.

⁴¹ *Ibid.*, str. 14-18.

⁴² WESSELS, B., MARKELL, B., KILBORN, J., op. cit., str. 234.

pohlížet tak, že postupně vytvářejí nadnárodní systém aplikovatelný na případy přeshraniční insolvence i bez nutnosti výslovné úpravy v národním právním řádu, a to zejména pro svou přesvědčivost, flexibilitu a pragmatický přístup k řešení praktických otázek. Globální principy mezinárodních insolvenčních řízení shrnuli Wessels a Fletcher⁴⁵ v rámci zprávy prezentující *Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases* pro American Law Institute (ALI) a International Insolvency Institute (III) se zjevným cílem potvrdit, rozšířit a unifikovat praxi, která vyplývá z dosavadních globálních principů. Tyto principy a jejich obsah lze podle zprávy dovodit z následujících dokumentů:

- the American Law Institute's Principles of Cooperation among the NAFTA Countries 2000;
- Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases 2000;
- the Asian Development Bank's Good Practice Standards for Insolvency Law 2000;
- the World's Bank's Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems 2001;
- European Bank of Reconstruction and Development's Core Principles for an Insolvency Law Regime 2004;
- the European Communication & Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency 2007⁴⁴;
- Principles for Rescue of Multi-National Enterprise Groups (International Insolvency Institute, Draft 2009);
- IBA's Cross-Border Insolvency Concordat 1995;
- G22 Key Principles and Features of Effective Insolvency Regimes 1998
- INSOL's Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts 2000.

Z pohledu evropského právníka existuje nicméně daleko důležitější důvod, proč se Vzorový zákon stává vysoce aktuálním. Ke dni 26. 6. 2017 nabývá účinnosti nové Nařízení

⁴⁵ *Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases, Report to the American Law Institute, March 30, 2012*, dostupné na <http://iiglobal.org/component/jdownloads/finish/557/5932.htm>.

⁴⁴ *CoCo Guidelines* byly vypracovány v roce 2007 pod záštitou INSOL Europe.

Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/848 ze dne 20. 5. 2015 o insolvenčním řízení (dále jen „Nařízení II“), které se k UNCITRAL výslovně hlásí. V čl. (48) úvodních ustanovení se doslova uvádí: „Při spolupráci by insolvenční správci a soudy měli rovněž zohlednit osvědčené postupy spolupráce v přeshraničních úpadekových věcech, jak jsou stanoveny v zásadách a pokynech pro komunikaci a spolupráci, které přijaly evropské a mezinárodní organizace působící v oblasti úpadekového práva, a zejména příslušné směrnice vypracované Komisí Organizace spojených nároků pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL).“

Stejným směrem se i v evropském kontextu rychle rozvíjí *soft law*. Jmenovitě je nutné z poslední doby zmínit EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles a EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Communications Guidelines, dílo týmu zkušených odborníků na mezinárodní insolvenční právo i praktiků ze soudů v čele s prof. Wesselsem⁴⁵. Tým se přitom netají tím, že přímo navazuje na shora zmiňované Global Principles⁴⁶ a CoCo Guidelines. Tato z několika směrů jdoucí aktivita, která směřuje k vytvoření efektivních mechanismů kooperace soudů a správců, není náhodná a reflektuje mj. nelichotivé závěry o předchozí úrovni této spolupráce obsažené ve Zprávě Komise o uplatňování Nařízení v praxi⁴⁷.

Jeví se proto jako velmi pravděpodobné, že v budoucnu se bude praxe vyplývající ze Vzorového zákona a z Nařízení II stále více prolínat a vzájemně ovlivňovat. Vzdáleným, byť obtížně dosažitelným cílem (či spíše alespoň metou, ve vztahu ke které by měla být jakákoliv normotvorná činnost v této oblasti poměřována, ať už z oblasti *hard law* nebo *soft law*) by pak měla být globální unifikace mezinárodního insolvenčního práva.

⁴⁵ V knižní podobě včetně praktického komentáře dokumentujícího okolnosti vzniku dokumentu viz WESSELS, B. (Ed.): *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles*, Eleven International Publishing, 2015.

⁴⁶ *Ibid.*, Introduction str. 1.

⁴⁷ Zpráva Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru o uplatňování nařízení Rady (ES) č. 1346/2000 o úpadekovém řízení, kde se v Kapitole 6 „Koordinace hlavního a vedlejšího řízení“ uvádí: „Povinnosti spolupracovat a sdělovat informace podle článku 31 nařízení jsou spíše vágní. Nařízení nestanoví povinnost spolupracovat mezi soudy anebo správci podstaty a soudy. Existují příklady, ve kterých soudy nebo správci podstaty nejednali dostatečně v duchu spolupráce. Tato zjištění potvrdila veřejná konzultace, ve které 48% respondentů nebylo spokojeno s koordinací mezi hlavním a vedlejším řízením.“

3.2 Struktura Vzorového zákona

Struktura Vzorového zákona odráží shora popisovaný průběh přípravy textu, při němž byl kladen důraz zejména na uznání zahraničního řízení a spolupráci soudů. Členění zákona je následující:

- **Preamble**
- **Kapitola I. Obecná ustanovení**
- **Kapitola II. Přístup zahraničního správce a věřitelů k soudům v tomto státě**
- **Kapitola III. Uznání zahraničního řízení a pomoc**
- **Kapitola IV. Spolupráce se zahraničními soudy a zahraničními správci**
- **Kapitola V. Souběžná řízení**

Jednotlivé části zákona se setkávají s různou mírou zájmu odborné praxe i různou mírou odezvy v judikatuře. To je závislé na více kritériích, jednak na míře jasnosti a jednoznačnosti úpravy a jednak na míře rozporu s tradičními doktrínami národního insolvenčního práva. Jako příklad z opačných pólů spektra lze uvést na jedné straně Kapitulu II., která obsahuje velmi jasná a stručná ustanovení o postavení správce a přístupu věřitelů, jež v literatuře ani v justiční praxi nevyvolávají větší pozornost, a na druhé straně Kapitulu IV., neboť způsob úpravy spolupráce soudů a správců ponechává široký prostor pro aplikační praxi a rozvíjení relativně stručných zákonných ustanovení daleko za hranice pouhého gramatického výkladu. To koresponduje i s globálními tendencemi v přeshraničním insolvenčním právu, v němž je stále větší důraz kladen na spolupráci správců a soudů, což je patrné jak z nového Nařízení II (zejména v oblasti vztahu hlavního a vedlejšího řízení a v úpravě insolvence skupin), tak z témat pracovní skupiny UNCITRAL. Proto je zvýšená pozornost věnována vztahu spolupráce soudů a správců i v této práci.

Cíle Vzorového zákona jsou vyjádřeny v jeho preambuli takto:

- a) spolupráce mezi soudy a ostatními příslušnými orgány tohoto státu zapojenými do případů přeshraniční insolvence;
- b) větší právní jistota pro obchod a investice;
- c) spravedlivá a účinná správa přeshraničních insolvenčních řízení chránící zájmy všech věřitelů a dalších dotčených osob, včetně dlužníka;
- d) ochrana a maximalizace hodnoty dlužníkovy majetku;

- e) usnadnění záchranu podniků ve finančních potížích, a tím i ochrana investic a zachování zaměstnanosti.

Je nepochybné, že preambule je především vhodným interpretačním nástrojem textu zákona⁴⁸. Je také odrazem převahy doktríny universalismu nad teritoriálním přístupem, byť samotným zákonem široce modifikovaného.

3.2.1 Obecná ustanovení

3.2.1.1 Oblast použití

Čl. 1. odst. 1 specifikuje oblasti použití Vzorového zákona. Vzorový zákon v originální podobě používá pojem „tento stát“ pro pojmenování státu, který vydal konkrétní národní zákon na bázi Vzorového zákona. Uvedený pojem vzorového textu bude v kontextu národního právního řádu upraven tak, aby bylo na první pohled zřejmé, o jaký konkrétní stát se jedná, např. v konkrétním případě „Velká Británie“⁴⁹. Terminologie originálního textu před jeho přizpůsobením příslušné národní úpravě je použita i v této práci.

Samotný Vzorový zákon vymezuje čtyři základní oblasti aplikace:

- zahraniční soud nebo zahraniční správce usiluje o pomoc v tomto státě v souvislosti se zahraničním řízením;
- je zapotřebí pomoci v cizím státě v souvislosti s řízením vedeným v tomto státě;
- zahraniční řízení a řízení v tomto státě ve vztahu ke stejnému dlužníkovi probíhají souběžně;
- věřitelé nebo jiné dotčené osoby v cizím státě mají zájem na podání návrhu na zahájení řízení nebo na účast v řízení v tomto státě.

Zjednodušeně řečeno, Vzorový zákon je vybudován na čtyřech základních principech: „**přístup**“ (míněno zahraničního správce k soudům státu, který přijal Vzorový zákon), „**uznání**“ (míněno zahraničního řízení ve státě, který přijal Vzorový zákon), „**pomoc**“ (míněno správcům zahraničního řízení) a „**spolupráce**“ (míněno mezi správcem a soudci různých států)⁵⁰.

⁴⁸ *Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, čl. 47.

⁴⁹ *Cross-Border Insolvency Regulations 2006*, Art. 1 (a); není přitom náhoda, že není zmíněno Severní Irsko, neboť na něj se uvedená úprava nevztahuje a má svou vlastní paralelní úpravu (*Cross-Border Insolvency Regulations (Northern Ireland) 2007*).

⁵⁰ MOHAN, S. Chandra, op. cit., str. 5.

Je zřejmé, že v ohnisku zájmu Vzorového zákona je spolupráce a pomoc mezi soudci a insolvenčními správci insolvenčních řízení vedených ohledně téhož dlužníka v různých státech.

Prvkem, který do určité míry limituje unifikaci vyplývající z užití Vzorového zákona v různých státech a který je odrazem složitých kompromisů provázejících jeho přípravu, je možnost vyloučit z jeho působnosti určité typy subjektů, vyplývající z čl. 2 odst. 2. Zákon sám jako příklad uvádí banky a pojišťovny.

Jde přitom o možnost aplikujícími státy využívanou zdaleka nejen ve vztahu k finančním institucím, např. v anglické úpravě má příslušné ustanovení hned sedm odstavců, které se zabývají právě výčtem a specifikací subjektů nejrůznějšího druhu od finančních institucí až po železnice, PPP projekty či koncesionáře Channel Tunnel⁵¹. Z působnosti Vzorového zákona vylučuje nejen britské finanční instituce, nýbrž i instituce zahraniční.

Spojené státy vylučují investiční instituce, burzy, pojišťovny, brokery, banky, železnice, komoditní brokery, ale nikoliv zahraniční pojišťovny⁵².

Rumunsko vyloučilo všechny finanční instituce poskytující úvěry či provádějící investice, burzy, brokery, pojišťovací instituce a zástupce⁵³.

Z toho je patrné, že státy vnímají jako potřebné uchovat si vyšší míru kontroly nad určitým typem subjektů, modelově těch, které působí v oblasti veřejného zájmu či ve kterých se stát může stát vlastníkem nebo společníkem.

Podle některých názorů je možnost vyloučení určitých subjektů z dosahu zákona využívána příliš extenzivně. Příkladem důsledků nevhodně plošného vyloučení všech finančních institucí náležejících do Evropského hospodářského prostoru je např. Glitnir banki hf, islandská finanční instituce. Řízení o ní nebylo způsobilé pro uznání podle britského Vzorového zákona jako zahraniční hlavní řízení, ačkoliv totéž naopak bylo bez problémů možné v USA a Kanadě, které rovněž aplikovaly Vzorový zákon. To v konečném důsledku podstatně komplikovalo průběh předmětného insolvenčního řízení⁵⁴.

⁵¹ *Cross-Border Insolvency Regulation 2006*, SI 2006/1030, čl. 1.

⁵² Chapter 15 US Bankruptcy Code, s. 1501.

⁵³ LEFTER, Alexandru, PACHIU, Laurentiu in *Cross-Border Insolvency: A Commentary on the UNCITRAL Model Law*. Globe Business Publishing Ltd, 2012, str. 374.

⁵⁴ LOOK CHAN HO, op. cit., str. 144-145.

3.2.1.2 Definice

Definice Vzorového zákona specifikované v čl. 2 se zaměřují na ty pojmy, které by mohly být interpretovány rozdílně z pohledu různých národních práv, tedy pojmy týkající se institutů stojících vně národního právního řádu. Logicky se proto Vzorový zákon zaměřuje na pojmy „zahraniční řízení“, „zahraniční hlavní řízení“, „zahraniční jiné než hlavní řízení“, „zahraniční správce“ a „zahraniční soud“.

3.2.1.2.1 Pojem „zahraniční řízení“

Podle čl. 2. písm. a) zahraniční řízení znamená kolektivní soudní nebo správní řízení v cizím státě, včetně prozatímního řízení, podle zákona o insolvenční, v němž majetek a záležitosti dlužníka podléhají za účelem uznání nebo likvidace dohledu a dozoru cizího soudu.

Způsob definování zahraničního řízení byl veden snahou postihnout účel a funkci takového řízení a naopak se vyhnout konfliktům v důsledku rozdílného používání terminologie v jednotlivých zemích⁵⁵.

Analýzou předmětného ustanovení lze dospět k následujícím definičním znakům zahraničního řízení:

- musí jít o řízení,
- toto řízení musí být kolektivní,
- musí jít o soudní nebo správní řízení,
- musí probíhat v jiném státě,
- musí probíhat podle zákona upravujícího insolvenční,
- v němž majetek a záležitosti dlužníka podléhají řízení a dohledu cizího soudu,
- za účelem reorganizace nebo likvidace.

Rozbor jednotlivých definičních znaků pojmu „zahraniční řízení“:

3.2.1.2.1.1 K pojmu „řízení“:

Otázkou, zda jde vůbec o řízení, se zabývaly americké soudy při interpretaci Chapter 15 a dospěly přitom k výstižné definici řízení jako „aktů a formalit stanovených právem, které jsou předem známy soudům, podnikatelům i věřitelům a které jsou shodným způsobem

⁵⁵ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 65.

aplikovány v praxi. V kontextu korporátní insolvence je klíčovým znakem řízení zákonný rámec omezení aktivit společnosti a regulování konečné distribuce majetku společnosti.⁵⁶

Tak dospěl americký soud například k závěru, že takový zákonný rámec představuje australský zákon o korporacích, neboť mechanismus popsáný v uvedeném zákoně ovlivňuje řízení společnosti, upravuje práva a povinnosti likvidátorů, práva věřitelů, včetně přednostních⁵⁷.

3.2.1.2.1.2 K pojmu „kolektivní“:

Vzorový zákon má sloužit jako nástroj k dosažení koordinovaného, globálního řešení zájmů všech osob zúčastněných na insolvenčním řízení⁵⁸.

Vzorový zákon nemá sloužit jako nástroj k inkasování pohledávek určitých věřitelů nebo určitých skupin věřitelů. Nemá sloužit ani jako nástroj pro shromažďování majetku v rámci likvidace v procesech, které nezohledňují nároky všech věřitelů (typicky nucená správa ve prospěch některého z věřitelů tzv. „*receivership*“ v common law systémech)⁵⁹. Zdá se, že tento aspekt je zdůrazňován zejména proto, že v nemnoha právních odvětvích pokročila míra koordinace a spolupráce mezi státy tak daleko, jako právě v právu insolvenčním. Jinými slovy může být značným pokusem pro osoby odpovědné za zajištění kontroly nad majetkem určitého subjektu snažit se využít nástrojů Vzorového zákona k prosazení této kontroly, jakkoliv předmětné řízení postrádá (do větší či menší míry) právě atributy kolektivnosti řízení.

Pro posouzení, zda je řízení kolektivní, je klíčovým kritériem zjištění, zda řízení zahrnuje všechny majetek a dluhy dlužníka, ohledně něhož se řízení vede, ovšem při zohlednění případných místních přednostních práv a zákonných výjimek a také při zohlednění práv zajištěných věřitelů⁶⁰.

Bývá zdůrazňováno, že tyto výjimky mají být respektovány a skutečnost, že pohledávky některých věřitelů nejsou řízením dotčeny, by sama o sobě neměla vést k závěru, že řízení není kolektivní⁶¹. Z relevantní judikatury je přitom zjevné, že cesta k určení, zda řízení je či není kolektivní, spočívá v individuální analýze konkrétního řízení: např. v kauze Ashapura

⁵⁶ In re Betcorp Limited, 400 BR 266, 278 (Bankr D Nev 2009).

⁵⁷ In re ABC Learning Centres Ltd, 445 BR 318, 328 (Bankr D Del 2010).

⁵⁸ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, čl. 71.

⁵⁹ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 69.

⁶⁰ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, čl. 72.

⁶¹ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 70.

Minechem⁶² bylo posuzováno indické řízení, které formálně neupravovalo práva nezajištěných věřitelů, avšak ve skutečnosti jim byla umožněna hlasovací práva, podíleli se na výtěžcích z dohod s věřiteli a měli možnost podávat odvolání proti jednotlivým rozhodnutím v rámci indického soudního systému. Americké soudy právě z těchto důvodů shledaly, že předmětné řízení je řízením kolektivním.

Test kolektivního řízení by tak měla být schopna splnit řízení povinná i dobrovolná, korporátní či individuální, likvidační i reorganizační. Je přitom známo, že některé typy insolvenčních řízení se mohou vztáhnout rovněž na dlužníky, kteří nejsou insolventní. Autoři Vzorového zákona se k této otázce staví velmi pragmaticky odkazem na čl. 31 a vyvratitelnou domněnku insolvence v případě, že jde o hlavní řízení⁶⁵.

Ačkoliv rozhodnutí ve věci Betcorp⁶⁴ je vhodným příkladem zejména pro analýzu pojmu „soudní nebo správní“, v souvislosti s analyzovaným pojmem „kolektivní“ lze uvést, že jako kolektivní řízení může být akceptována i dobrovolná likvidace, jsou-li dostatečným způsobem zajištěny zájmy všech věřitelů.

V českém kontextu je zřejmé, že by nemohl být úspěšný pokus případného správce podniku ve smyslu exekučních předpisů snažit se využít mechanismů Vzorového zákona pro zajištění, kontrolu a zpeněžení majetku českého subjektu, který se nachází na území státu s legislativou vycházející ze Vzorového zákona. Paralela s odmítaným institutem „*receivership*“, tedy v podstatě nucenou správou, je zde až příliš zjevná. V tomto směru lze odkázat na rozhodnutí ve věci Gold & Honey⁶⁵, kde uvedený institut podle izraelského zákona byl odmítnut jako kolektivní řízení, neboť zjevně směřoval k získání aktiv ve prospěch jediného konkrétního věřitele.

Jako kolektivní nebude posuzováno ani takové řízení, jehož primárním cílem je „zabránit probíhající rozsáhlé zpronevěře prostředků, jako tomu bylo ve věci Stanford International Bank⁶⁶. Nepostačí tedy argumentovat ochranou zájmů investorů, takový argument sám o sobě neprokazuje existenci kolektivního řízení, nesměruje-li takové řízení k reorganizaci společnosti či zpeněžení majetkové podstaty a jejímu rozvržení mezi věřitele.

⁶² Re Ashapura Minechem Ltd, Case No. 11-14668 (Bankr S.D.N.Y.).

⁶⁵ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 72.

⁶⁴ Betcorp Limited, 400 BR 266, 278 (Bankr D Nev 2009).

⁶⁵ Re Gold & Honey, Ltd., 410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009).

⁶⁶ Re Stanford International Bank, (2009) EWHC 1441 (Ch), (2010) EWCA Civ 137.

3.2.1.2.1.3 K pojmu „soudní nebo správní“:

Ze soudní praxe je patrná tendence interpretovat pojem soudního řízení značně široce, typickým příkladem jsou dobrovolné likvidace (tedy nikoliv soudem nařízené), jestliže jinak vykazují shora popisované znaky kolektivního řízení. Jako užitečná „laboratoř“ judikatury posloužilo ve více případech australské hmotné právo, viz např. kauza ABC Learning Centres⁶⁷, kde dobrovolná likvidace byla považována za kolektivní řízení proto, že likvidátor byl povinen zohledňovat zájmy všech věřitelů při rozdělování majetku, že věřitelé byli uspokojováni poměrně, byli vyrozumíváni o důležitých rozhodnutích v rámci řízení atd.

Další rozsáhlou skupinou případů jsou řízení, kde hlavní ingerence soudu spočívala ve jmenování osob; v tomto smyslu typickým znakem, který prokazuje existenci soudního řízení, jsou správci jmenovaní soudem. Z tohoto důvodu byly např. likvidace na Britských Panenských ostrovech soudem jmenovanými likvidátory⁶⁸ či řízení založené na nuceném jmenování manažerů soudem na Bahamách⁶⁹ označeny jako soudní řízení americkými soudy. Jeví se nicméně, že postačuje určit prvek soudní kontroly, např. i dobrovolná likvidace podle australského práva splnila parametry soudního řízení⁷⁰.

3.2.1.2.1.4 K pojmu „podle zákona upravujícího insolvenční“:

Předně lze konstatovat, že výraz „*pursuant to a law relating to insolvency*“ nebyl zvolen náhodně. Uvedená formulace má zohlednit, že v některých státech může být likvidace a reorganizace pojmenována jiným způsobem a včleněna do jiných zákonů než výslovně insolvenčních, typicky do zákonů o korporacích⁷¹. Přestože v českých překladech se vyskytuje překlad „podle zákona o insolvenční“, nejví se takový překlad jako adekvátní⁷².

Jak lze tedy definovat insolvenční řízení? Dostatečně obecnou se jeví např. následující definice: „Insolvenční právo může být popsáno jako prevence, regulace nebo dohled nad diskontinuitou v právních vztazích osoby (prání entity), která je ve finančních potížích, včetně diskontinuity této osoby jako takové.“⁷³

⁶⁷ ABC Learning Centres Limited, 445 B.R. 318 (Bankr. D. Del. 2010).

⁶⁸ In re British American Isle of Venice (BVI), Ltd., 442 BR 713, 719 (Bankr SD Fla 2010).

⁶⁹ In re British American Insurance Company Limited, 425 BR 884, 904-905 (Bankr SD Fla 2010).

⁷⁰ In re Betcorp Limited, 400 BR 266, 280-281 (Bankr D Nev 2009).

⁷¹ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 73.

⁷² BĚLOHLÁVEK, A. J.: *Evropské a mezinárodní insolvenční právo: komentář*, str. 1187.

⁷³ WESSELS, B., MARKELL B., KILBORN J., op. cit., str. 2.

Vzorový zákon se tedy snaží postihnout co nejširší spektrum zákonných ustanovení vztahujících se k insolvenčnímu řízení bez ohledu na to, v jakém typu zákona jsou obsažena a bez ohledu na to, zda zákon, ve kterém jsou obsažena, se vztahuje výlučně k insolvenčnímu řízení⁷⁴.

Jak bylo naznačeno již výše, Vzorový zákon není jasný v tom směru, zda se řízení musí týkat společnosti, která je skutečně v úpadku v chápání našeho práva, a názory na tuto otázku zůstávají rozdílné. Výše bylo rozebíráno rozhodnutí ve věci *Betcorp*⁷⁵ vztahující se k dobrovolné likvidaci. Pro pořádek je vhodné zmínit, že z evropského pohledu je toto rozhodnutí kritizováno, a to mimo jiné s odkazem na Nařízení, které neumožňuje chápat pod pojmem insolvenční řízení dobrovolnou likvidaci solventního dlužníka⁷⁶. Až příliš daleko zachází v tomto směru rozhodnutí ve věci *Chow Cho Poon*⁷⁷, kde přezkoumávané rozhodnutí singapurského soudu učiněné na základě ekvity nezahrnovalo vůbec zjištění týkající se insolvence, přesto však bylo australským soudem akceptováno jako „*pursuant to a law relating to insolvency*.“

Jako přiměřenější se jeví zkoumat, zda byl prvek insolvence v průběhu řízení zohledněn při rozhodování soudu, i když důvod zahájení řízení byl odlišný. Tak ve věci *Stanford International Bank*⁷⁸ bylo jako řízení „podle zákona upravujícího insolvenční řízení“ posouzeno řízení o likvidaci ve státě Antigua, přestože důvodem zahájení řízení bylo porušování zákonných pravidel. Při rozhodování soudu hrál nicméně podstatnou roli fakt, že společnost byla insolventní. S ohledem na zjevnou absenci zákonných ustanovení byla nařízena likvidace na bázi ekvity, což s ohledem na zohlednění aspektu insolvence v rozhodnutí postačovalo pro uvedený závěr.

3.2.1.2.1.5 K pojmu „podléhají řízení nebo dohledu cizího soudu“:

Vzorový zákon nedefinuje nezbytnou úroveň řízení nebo dohledu ani dobu, po kterou se má řízení či dohled vykonávat. Bývá nicméně dovozováno, že není vyloučeno, aby uvedený požadavek splňovalo řízení, v němž dlužníkovi zůstává určitá úroveň dispozičních oprávnění k majetku náležejícímu do majetkové podstaty. Řízení a kontrola tedy nemusejí být soudem vykonávány přímo, nýbrž prostřednictvím správce, kterého řídí a kontroluje soud. Jako pravděpodobné se jeví, že uvedený standard splňuje i reorganizace, ve které byl již schválen

⁷⁴ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, čl. 79.

⁷⁵ *In re Betcorp Limited*, 400 BR 266, 281-282 (Bankr D Nev 2009).

⁷⁶ LOOK CHAN HO, *op. cit.*, čl. 166-168.

⁷⁷ *Chow Cho Poon (Private) Limited*, (2011) NSWSC 300.

⁷⁸ *Stanford International Bank Ltd* (2009) EWHC 1441 (Ch).

reorganizační plán a přestože jeho implementace už nenáleží soudu, řízení přesto formálně pokračuje do ukončení implementace reorganizačního plánu⁷⁹.

Zahraniční soud je v čl. 2 písm (e) definován tak, že nemusí jít nezbytně skutečně o orgán soudní. Tak ve věci Ashapura Minechem⁸⁰ šlo podle indického práva o orgán nazvaný „Indian Board for Industrial and Financial Reconstruction“, ve věci Tradex Swiss AG⁸¹ zase o orgán nazvaný „Swiss Federal Banking Commission“.

Ve výše rozebíraném rozhodnutí ve věci Betcorp byly jako významné faktory definovány jednak obecná kontrola soudu nad výkonem funkce likvidátora a jednak možnost jakékoliv osoby dotčené jednáním likvidátora se dovolat k australskému soudu, který byl oprávněn potvrdit, změnit či zrušit rozhodnutí likvidátora.

3.2.1.2.1.6 K pojmu „za účelem likvidace nebo reorganizace“:

Negativně je možné vymezit jako příklady řízení, která nesměřují k likvidaci nebo reorganizaci např. řízení směřující k ochraně investorů spíše než věřitelů či řízení, v nichž jsou pravomoci zahraničních správců omezené oproti pravomocím typickým pro průběh likvidace nebo reorganizace, např. pouze shromáždit majetek. Stejně tak nejsou takovými řízeními soukromé dohody dlužníka s věřiteli na výlučně smluvním základě⁸².

Dále je vhodné upozornit, že pojmy „zahraniční řízení“ a „zahraniční správce“ zahrnují rovněž řízení a správce dočasné či prozatímní, pokud jsou splněny další podmínky definic předmětných pojmů. Důvodem je, že v mnoha zemích je insolvenční řízení zahajováno na dočasném či prozatímním základě a teprve na základě takového prozatímního řízení bývá později zahajováno řízení řádné. Tato řízení přitom splňují všechny ostatní podmínky čl. 2 písm. a) a bylo by proto proti smyslu Vzorového zákona upřít subjektům zúčastněným v těchto řízeních práva vyplývající ze Vzorového zákona⁸³.

3.2.1.2.2 Pojem „zahraniční hlavní řízení“

Čl. 2 (b) definující „zahraniční hlavní řízení“ obsahuje zřejmě nejčastěji judikovaný koncept COMI, tedy střediska hlavních zájmů dlužníka. Koncept COMI ve Vzorovém zákoně byl inspirován někdejší Úmluvou EU o insolvenčním řízení, a proto koresponduje s konceptem COMI obsaženým v Nařízení. Základním rozdílem mezi Vzorovým zákonem a Nařízením je

⁷⁹ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, čl. 85-86.

⁸⁰ Ashapura Minechem Ltd, 480 B.R. 129 (S.D.N.Y. 2012).

⁸¹ Tradex Swiss AG, 384 B.R. 34 – 42 (2008).

⁸² UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, čl. 91-92.

⁸³ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 79.

účel, ke kterému slouží: zatímco v případě Nařízení jde o určení soudu, u něhož má být zahájeno insolvenční řízení, v případě Vzorového zákona se vztahuje k procesu uznání rozhodnutí a rozdílným účinkům takového uznání v případě, že jde o hlavní řízení⁸⁴. Nakolik se koncept COMI v Nařízení a Vzorovém zákoně kryje, je předmětem diskusí, které se zdají nepostrádat politický náboj a které budou nastíněny níže v tomto bodě; nejprve je však potřeba popsat, jakým směrem se ubírá chápání tohoto konceptu v zemích aplikujících Vzorový zákon.

Rozhodnutí SD EU ve věci Eurofood⁸⁵ bylo v zemích aplikujících Vzorový zákon pozorně sledováno a pomohlo posunout diskusi o konceptu COMI v tom smyslu, že se soudy aplikující Vzorový zákon na uvedené rozhodnutí odvolávají nebo se naopak vůči němu snaží vymezit. SD EU konstatoval, že je-li dlužník dceřinou společností, jejíž sídlo a sídlo mateřské společnosti se nacházejí ve dvou různých členských státech, je možné domněnku, že COMI dceřiné společnosti se nachází v členském státě, kde se nachází její sídlo, vyvrátit pouze tehdy, jestliže skutečnosti, které jsou jak objektivní, tak **zjistitelné třetími stranami**, umožňují tvrzení, že faktický stav se liší od stavu, který odráží umístění COMI do sídla. K tomu by mohlo dojít zvláště v případě, kdy společnost nepodniká na území členského státu, v němž má sídlo. Naopak, kde společnost podniká na území členského státu, v němž má i sídlo, pouhá skutečnost, že její podnikání je nebo může být řízeno mateřskou společností v jiném členském státě, není dostatečným důvodem k vyvrácení předpokladu stanoveného Nařízením. Pro úplnost je vhodné dodat, že kritérium zjistitelnosti třetími stranami nebylo SD EU vytvořeno zcela bez vazby na text Nařízení. V samotném normativním textu Nařízení výslovná zmínka sice není, ale toto kritérium je zmíněno v čl. 13 preambule.

Rozhodnutí ve věci Eurofood sehrálo roli katalyzátoru v procesu definování COMI. Značná část relevantní judikatury je postavena na vymezení se vůči tomuto rozhodnutí. Jako klíčový se přitom jeví právě požadavek předvídatelnosti, na kterém je odůvodnění ve věci Eurofood postaveno. Lze se setkat s názory, že význam rozhodnutí ve věci Eurofood je přeceňován a nesprávně interpretován⁸⁶.

Další upřesnění konceptu COMI tak přineslo další rozhodnutí SD EU ve věci Interedil⁸⁷. Pokud se řízení společnosti včetně přijímání rozhodnutí managementu a dohledu nad

⁸⁴ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, čl. 95.

⁸⁵ EUROFOOD IFSC Ltd, (2006) Ch 508 (ECJ).

⁸⁶ Viz např. LOOK CHAN HO, op. cit., str. 149, při kritické analýze rozhodnutí Stanford International Bank, kde soud aplikoval Chapter 15 ve světle rozhodnutí Eurofood, což sice může být z evropského pohledu velmi příjemné, avšak ztěžuje přesvědčující ve vztahu k americkým soudům.

⁸⁷ Interedil, Srl, (2011) EUECJ C-396/09, (2012) Bus LR 1582.

společností děje ve stejném státě, v němž má společnost registrované sídlo, a to způsobem zjištěnými třetími osobami, nemůže být domněnka COMI v registrovaném sídle vyvrácena. V případech, kde centrální administrativa společnosti není ve stejném místě, je potřeba posoudit všechny faktory, z nichž způsobem zjištěnými třetími osobami vyplývá skutečné centrum řízení společnosti.

Při pozorném sledování zejména americké judikatury je zjevné, že koncept COMI se ubíral v zemích Vzorového zákona poněkud jiným směrem. I když většina kritérií je v prostředí Nařízení i Vzorového zákona stejná či podobná, teoreticky však může být rozdíl natolik zásadní, aby vedl k rozdílnému závěru ohledně umístění COMI, jak bude rozebráno níže.

Ve věci Hertz⁸⁸ byl definován později mnohokrát použitý test: COMI je místem, kde statutární orgány korporace rozhodují, řídí a koordinují činnosti korporace, jako „**nervové centrum**“ korporace. Klíčovou roli hrál pojem „hlavní místo podnikání“ (principal place of business). Hlavním místem podnikání se rozumí místo, odkud vedení korporace řídí a koordinuje aktivity korporace. Mělo by to být místo, odkud jsou tyto činnosti skutečně vykonávány, nikoliv pouze prostory, kde probíhají schůze orgánů společnosti. Jako příklad bylo v rozhodnutí uvedeno, že pokud většina navenek viditelných aktivit společnosti probíhá v New Jersey, zatímco nejvyšší představitelé společnosti řídí tyto aktivity z New Yorku, pak hlavním sídlem podnikání je New York. Z uvedeného příkladu je ale plasticky vidět rozdíl oproti chápání COMI ve smyslu Nařízení, kde naopak objektivní zjištěnost třetími osobami hraje velkou roli.

Základní rozdíl v pojetí COMI tedy spočívá (kromě jeho zcela rozdílné funkce, jak bylo vysvětleno na začátku této kapitoly) v tom, že COMI z hlediska Nařízení je interpretováno takovým způsobem, aby nebyl překvapivý pro obchodní partnery a jiné třetí osoby, a proto má tendenci upřednostňovat registrované sídlo, zatímco COMI z pohledu zejména americké judikatury je daleko důsledněji spojováno se skutečným řízením aktivit dlužníka, i kdyby takové řízení bylo třetím osobám skryto.

Popsaná divergence je ještě více zvýrazněna v textu Nařízení II, kde se požadavek zjištěnosti třetími osobami přesunul z preambule do normativního textu. Podle definice v čl. 3 odst. 1 je COMI místo, z něhož dlužník své zájmy pravidelně spravuje a které je zjištěné třetími osobami.

⁸⁸ Hertz Corp v Friend, 130 S Ct 1181 (US 2010) a pro účely Vzorového zákona pak Fairfield Sentry Ltd, 440 B.R. 60 (Bankr. S.D.N.Y. 2010).

Dalším rozhodnutím v procesu vymezování konceptu COMI v zemích aplikujících Vzorový zákon bylo rozhodnutí ve věci Bear Stearns⁸⁹. Soud se v něm pokusil vymezit kritéria pro posouzení, zda COMI bylo stanoveno v souladu se žádostí o uznání řízení. Šlo o následující kritéria:

- a) umístění prostor, v nichž se nachází vedení dlužnickovy společnosti,
- b) místo, odkud působí osoby řídící společnost,
- c) umístění hlavní části dlužnickova majetku,
- d) umístění většiny věřitelů nebo přinejmenším těch, kteří jsou dotčeni řízením,
- e) právo rozhodné pro spory, které mohou vzniknout mezi dlužníkem a věřitelem.

Ve věci Think⁹⁰ se americký soud odvolal na rozhodnutí ve věci Hertz a umístění „nervového centra“ společnosti popisoval za použití následujících faktorů: (i) umístění kanceláří korporace a řídících osob, (ii) místo, odkud je vykonáváno řízení každodenních záležitostí, (iii) výlučnost rozhodování v sídle společnosti a míra, v jaké jsou v tomto místě přítomny rozhodující osoby, (iv) místo, kde je vedeno účetnictví a bankovní účty, (v) místo, kde se setkávají orgány společnosti a akcionáři, (vi) kde žijí členové statutárních orgánů, kde mají své kanceláře a kde tráví svůj čas, (vii) místo, kde je odváděna daň z příjmu právnických osob, (viii) místo stanovené v dokumentech společnosti, (ix) místo, odkud jsou činěna zásadní rozhodnutí ohledně obchodní politiky, reklamy, distribuce a financí.

Zdá se, že samotný UNCITRAL při interpretaci Vzorového zákona hledá jakousi střední cestu, primárně se ale přiklonil spíše k evropskému pojetí a pokouší se ovlivnit interpretační praxi pojmu COMI v tom smyslu, že hlavními faktory pro jeho určení jsou (a) umístění centrální administrativy dlužníka kumulativně s požadavkem, aby (b) bylo toto umístění transparentně zjištělé pro dlužníky⁹¹.

Teprve pokud uvedené faktory k určení COMI nevedou, je potřeba posoudit doplňující faktory, mezi něž patří:

- umístění účetnictví a listin dlužníka,
- místo, odkud je organizováno nebo schvalováno financování, příp. odkud je řízeno cash-flow dlužníka,

⁸⁹ Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd, 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008).

⁹⁰ think 3 Inc (Bankr WD Tex September 12, 2011).

⁹¹ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 145.

- místo, kde se nachází základní majetek dlužníka nebo kde jsou prováděny jeho základní operace,
- umístění hlavní banky dlužníka,
- umístění zaměstnanců dlužníka,
- místo, v němž je určována obchodní politika dlužníka,
- místo práva rozhodného pro společnost nebo pro hlavní smlouvy společnosti,
- místo, odkud se řídí nákupní a prodejní politika, zaměstnanci, účty a IT systémy,
- místo, z něhož jsou uzavírány smlouvy zajišťující chod společnosti,
- místo, odkud je řízena reorganizace dlužníka,
- jurisdikce, jejíž právo by bylo aplikováno na většinu sporů,
- místo, v němž je dlužník podroben dohledu nebo regulaci,
- místo, jehož právem se řídí zpracování a audit účetnictví.

Uvedený výčet je pouze demonstrativní a váha jednotlivých faktorů bude posouzena individuálně soudy aplikujícími Vzorový zákon. Tak např. ve věci Massachusetts Elephant & Castle⁹² soud nejdříve shrnul celou řadu kritérií, která mu byla stranami nabídnuta jako kritérium pro posuzování COMI, konstatoval, že váhu jednotlivých faktorů lze jen obtížně zobecnit a bude záviset na konkrétních okolnostech každého jednotlivého případu. Na příkladech ukázal, proč některá z navržených kritérií mohou být bez významu, a následně aplikoval následující tři základní faktory: (a) místo, kde se nachází místo, odkud je dlužník skutečně řízen, neboli „nervové centrum“, (b) místo, kde se nachází dlužníkův management, a (c) místo, které hlavní věřitelé považují za centrum společnosti. Uvedený koncept byl v praxi kanadských soudů dále rozvíjen v kauze Lightsquared⁹⁵ v tom směru, že ne vždy musejí všechny výše uváděné faktory vést k určení jednoho státu, jinými slovy může mezi jednotlivými faktory dojít ke konfliktu, který pak bude nutno vyřešit porovnáním váhy jednotlivých faktorů v závislosti na konkrétních okolnostech případu. Jednotící ideou však má být snaha nalézt místo skutečného podnikání konzistentní s očekáváním osob obchodujících se společností.

Jestliže ovšem různé faktory mohou vést k různým státům, nabízí se otázka, zda může mít dlužník více než jedno COMI. K negativnímu závěru dospěla právě judikatura z oblasti

⁹² Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc., 2011 ONSC 4201 (Ont. SCJ (Commercial List)).

⁹⁵ Lightsquared LP, 2012 ONSC 2994 (Ont. SCJ (Commercial List)).

aplikace Vzorového zákona, viz kauza *British American Insurance Company Limited*⁹⁴, kde se doslova uvádí: „*Chapter 15 contemplates recognition of no more than one main proceeding and any combination of nonmain proceedings for the same debtor.*“

Jurisprudence z oblasti aplikace Vzorového zákona se také rozsáhle zabývala určením okamžiku, ke kterému má být COMI určováno. Vzorový zákon na tento problém nedává jasnou odpověď. Nabízí se dva přístupy, a sice určovat COMI buď k datu zahájení zahraničního řízení, nebo k datu žádosti o uznání zahraničního řízení jako hlavního. Přestože zejména v americké praxi je častý názor, že relevantní je datum podání žádosti o uznání, lze zjednodušeně řečeno říci, že přestože zpočátku převažoval názor, že rozhoduje datum žádosti, později převládly argumenty pro datum zahájení zahraničního řízení.

Rozhodnutí ve věci *Betcorp*⁹⁵ je klasickým příkladem přístupu, kdy byl důraz kladen jednoznačně na datum podání žádosti. V novějších rozhodnutích se však trend obrací ve prospěch začátku zahraničního řízení. V rozhodnutí *Millenium Global*⁹⁶ jsou zmíněny dva dosti přesvědčivé argumenty, proč by právě tento okamžik měl být relevantní: Jednak je datum podání žádosti v podstatě náhodné a může k němu dojít i v řádu let po zahájení zahraničního řízení, jednak s ohledem na úzkou provázanost konceptu COMI s místem podnikání dlužníka dochází v případě likvidačních insolvenčních řízení k tomu, že dlužník už po zahájení insolvenčního řízení často žádné místo podnikání nemá, neboť podnikání je ukončeno. Argumentace ve prospěch začátku zahraničního řízení je dokreslena kauzou *think3*⁹⁷, kde japonský soud výstižně konstatoval, že žádosti o uznání mohou být v různých státech podány v různou dobu, a pokud by datum jejich žádosti mělo být relevantní pro posuzování COMI, ohrozilo by to unifikovanou aplikaci Vzorového zákona.

Může nastat situace, že dlužník nebude mít žádné COMI? Převažující odpověď praxe je, že nikoliv. Každý dlužník musí mít své COMI, a to i kdyby přestal aktivně vykonávat jakoukoliv činnost. COMI nemusí být vždy snadno zjistitelné, nicméně musí být posuzováno komplexně při zohlednění všech faktorů. Osobně se mi jeví, že vodítkem k určení COMI nemusí být (a možná zpravidla) ani tak přiřazení konkrétních aktivit k určitému místu jako spíše vyloučení míst jiných, která mají k aktivitám korporace vztah ještě volnější⁹⁸.

⁹⁴ *In re British American Insurance Company Limited*, 425 BR 884, 908 (Bankr SD Fla 2010).

⁹⁵ *Betcorp Ltd*, 400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009).

⁹⁶ *Millenium Global Emerging Credit Master Fund Limited*, 474 B.R. 88 (S.D.N.Y. 2012).

⁹⁷ *think3*, Case No. 1757 of 2012.

⁹⁸ *Re Fairfield Sentry Ltd*, 440 BR 60, 64-65 (Bankr SDNY 2010), kde „nervové centrum“ korporace bylo v minulosti evidentně na Britských Panenských ostrovech, nicméně v době rozhodování soudu již zde aktivity vyvíjeny nebyly. Tím méně však byly vyvíjeny v New Yorku, jak bylo v řízení namítáno, a soud dospěl k závěru, že COMI se i k datu jeho rozhodování nachází na Britských Panenských ostrovech.

S tím souvisí otázka změny COMI. S ohledem na časové vymezení zkoumání COMI (začátek zahraničního řízení) nemá smysl uvažovat změnu po podání žádosti, protože by ke změně nevedla. Naopak došlo-li ke změně před zahájením řízení, COMI je presumováno v nově registrovaném sídle⁹⁹.

Jako příklad názorového střetu nad konceptem COMI lze uvést věc *Stanford*¹⁰⁰, kde soud argumentoval v zásadě v tom smyslu, že není rozdíl mezi konceptem COMI v režimu Nařízení a v režimu Vzorového zákona. Ostře kriticky (zdá se, že až nezaslouženě) hodnotí toto rozhodnutí *Look Chan Ho*¹⁰¹, který uvádí řadu méně či více relevantních důvodů, proč odůvodnění rozhodnutí není přesvědčivé. Argumentuje v tom smyslu, že anglický soud nepostřehl výše rozebíraný rozdíl v pojetí COMI z hlediska většího důrazu na registrované sídlo (Nařízení) či naopak hledání skutečného „nervového centra“ (americké pojetí). Dále tvrdí, že anglický soud nesprávně pracuje s domněnkou, že COMI se nachází v místě registrovaného sídla, neboť tato vyvratitelná domněnka nezbavuje zahraničního správce důkazního břemene ohledně prokazování COMI. Zajímavá je i polemika nad interpretací rozhodnutí ve věci *Ernst & Young, Inc.*¹⁰² pro účely rozhodnutí ve věci *Stanford*. Společnost se sídlem ve Spojených státech (v Coloradu), s americkými občany jako statutárními orgány byla řízena s evidentním podvodným úmyslem kanadskou společností. Kanadské a americké soudy pak shodně dospěly k tomu, že COMI obou společností se nachází v Kanadě a může být ustanoven jeden kanadský správce. Správná interpretace obou rozhodnutí by měla být taková, že bylo hledáno a nalezeno skutečné nervové centrum coloradské společnosti v Kanadě, přestože jak její registrované sídlo, tak aktivity jejích statutárních orgánů byly v Coloradu. Argumentováno je i rozdílným časovým testem, kdy v americké judikatuře převažuje názor, že rozhodujícím okamžikem pro posouzení COMI je okamžik podání žádosti o uznání. Kritizováno je i nepochopení rozdílné funkce COMI v prostřední Nařízení a Vzorového zákona.

Teoreticky proto není vyloučeno, aby tentýž soud došel k rozdílnému závěru ohledně umístění COMI ohledně téže společnosti, pokud bude aplikovat Nařízení nebo naopak Vzorový zákon, v závislosti na tom, zda návrh na uznání učiní správce ze země EU nebo správce ze země mimo EU aplikující Vzorový zákon.

Zbývá ještě dodat, že Vzorový zákon nerozlišuje výslovně mezi COMI právnických a fyzických osob, ať už podnikatelů či nepodnikatelů. Dokumenty UNCITRAL zpravidla odkazují na zprávu *Virgos-Schmit* v tom smyslu, že u podnikatelů půjde o místo podnikání a u fyzických

⁹⁹ *Interedil, Srl*, (2011) EUECJ C-396/09, (2012) Bus LR 1582.

¹⁰⁰ *Stanford International Bank* (2010) EWCA Civ 137.

¹⁰¹ *LOOK CHAN HO*, op. cit., str. 194–206.

¹⁰² *Ernst & Young, Inc.*, 383 BR 773 (Bankr D Colo 2008).

osob – nepodnikatelů místo jejich pobytu¹⁰⁵. Paradoxně však v prostředí Nařízení byla absence upřesnění COMI u fyzických osob vnímána jako handicap, na který Komise poukázala ve své zprávě o uplatňování Nařízení předložené 12. 12. 2012. V Nařízení II došlo proto k doplnění vyvratitelných domněnek, které se týkají fyzických osob. Z čl. 3 odst. 1 Nařízení II nyní vyplývá, že u fyzických osob – podnikatelů se za COMI považuje hlavní místo jejich podnikání, zatímco u fyzických osob – nepodnikatelů místo obvyklého pobytu těchto osob.

3.2.1.2.3 Pojem „jiné než hlavní řízení“ a pojem „provozovna“

Oba pojmy spolu úzce souvisejí, neboť podle čl. 2 písm. c) Vzorového zákona zahraniční jiné než hlavní řízení znamená jiné než hlavní zahraniční řízení konané ve státě, kde se nachází provozovna dlužníka podle písm. f) stejného článku.

Nejprve je nutno se zastavit u terminologických otázek v jazykovém slova smyslu. V anglické verzi jde o výraz „*non-main proceeding*“. Při překladu do českého jazyka by bylo možné uvažovat i o výrazu „vedlejší řízení“ a tím se vyhnout velmi šroubovanému označení „jiné než hlavní řízení“¹⁰⁴, které je zejména ve složitějších větách mnohdy na hranici srozumitelnosti. V českém kontextu by šlo o zjevnou paralelu k terminologii používané Nařízením (v Nařízením je používán pojem „*secondary*“). V této práci je preferován výraz „jiné než hlavní řízení“ ze dvou důvodů: jednak lze takto na první pohled odlišit terminologii Vzorového zákona od terminologie Nařízení, jednak má odlišný výraz signalizovat odlišnosti institutu jiného než hlavního řízení ve smyslu Vzorového zákona od vedlejšího řízení ve smyslu Nařízení.

Citlivý může být rovněž překlad anglického pojmu „*establishment*“. Bělohlávek překládal uvedený pojem jako „podnik“ a podrobně vysvětloval důvod spočívající ve snaze co nejlépe postihnout ekonomicko-právní podstatu tohoto pojmu¹⁰⁵, nicméně tato argumentace se dnes již nejeví přesvědčivá ze dvou důvodů: jednak od účinnosti nového občanského zákoníku je pojem podniku vytlačován pojmem závod, jednak pojem provozovna používaný Nařízením také pokrývá zcela jiný obsah, než je tomu v českém právu, přičemž jeho používání nečiní ani v kontextu Nařízení žádné praktické problémy. Nadále je proto pro výraz „*establishment*“ používán v této práci jako český ekvivalent pojem provozovna.

¹⁰⁵ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 84, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, čl. 98.

¹⁰⁴ Viz zejména v celé publikaci BĚLOHLÁVEK, A. J., op. cit.

¹⁰⁵ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, par. 72.

Pro existenci provozovny není stanovena žádná domněnka a je především faktickou otázkou. Z dostupné judikatury ke Vzorovému zákonu lze dovodit následující vodítka:

- „ekonomickou činností“ nelze pro účely definice provozovny rozumět pouhé vyhotovení zakladatelských dokumentů, stanov apod., ani auditorskou činnost¹⁰⁶,
- provozovna musí vykazovat určitou minimální úroveň organizace a určitý stupeň stability, což znamená, že pouhá existence zboží ve skladě nebo peněžních prostředků na účtu nepostačuje¹⁰⁷,
- pouhá existence insolvenčního řízení a dluhů na území jiného státu nepostačuje¹⁰⁸.

Pokud jde o datum, k němuž má být existence provozovny zjišťována, je za vhodný okamžik považováno zahájení zahraničního řízení¹⁰⁹.

3.2.1.3 Vzájemnost

Vzorový zákon žádný požadavek vzájemnosti neobsahuje. Není předpokládáno, že by zahraniční řízení nebylo uznáno pouze z toho důvodu, že ve státě, v němž se koná, by neexistoval ekvivalent takového rozhodnutí¹¹⁰. To je zcela pochopitelné z pohledu UNCITRAL, jehož cílem je neustálé rozšiřování záběru Vzorového zákona. Zjednodušeně řečeno i pro dosažení faktické vzájemnosti je nutné, aby jedna strana učinila daný krok jako první a požadavek reciprocit aplikaci Vzorového zákona podstatným způsobem brzdí.

Bohužel však i mnohé země, které aplikují Vzorový zákon, požadavek vzájemnosti do zákona doplnily; konkrétně jde o Jihoafrickou republiku, Mexiko, Britské Panenské ostrovy, Rumunsko a Mauritius¹¹¹. Jde o jednu z nejpodstatnějších odchylek od Vzorového zákona, které jsou do značné míry proti jeho duchu.

Také samotná konstrukce vzájemnosti se v různých zemích liší. Velmi striktní je přístup v Jihoafrické republice, kde se pomoc poskytovaná podle Vzorového zákona omezuje

¹⁰⁶ Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd, 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008)

¹⁰⁷ Interedil, Srl, (2011) EUECJ C-396/09, (2012) Bus LR 1582.

¹⁰⁸ Ran: Lavie v. Ran, 406 B.R. 277 (S.D. Tex. 2009).

¹⁰⁹ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 160.

¹¹⁰ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, čl. 47.

¹¹¹ MOHAN, S. Chandra, op. cit., str. 12.

pouze na země určené ministrem spravedlnosti¹¹². V Rumunsku je zase požadavek vzájemnosti skryt v čl. 18, namísto aby byl součástí úvodních ustanovení¹¹³.

Naopak na Novém Zélandu byla podmínka vzájemnosti zvažována, ale nakonec nebyla zavedena. Zajímavé je, že důvodem úvah o jejím včlenění byla snaha zohledňovat politiku důležitých obchodních partnerů Nového Zélandu v tom smyslu, zda zavedou či nezavedou Vzorový zákon. Komise, která zavedení zákona posuzovala, proto doporučovala, aby ustanovení Vzorového zákona nebyla zaváděna do doby, než vláda dojde k závěru, že rovněž státy, s nimiž má Nový Zéland významné obchodní vztahy, Vzorový zákon přijaly nebo v krátké době přijmou, přičemž za takové obchodní partnery byly považovány země EU, Čína, Malajsie, Singapur, Tchaj-wan, Thajsko, Hongkong, Indonésie atd.¹¹⁴

Existují však také příklady zcela opačného přístupu, kdy je ve státech, které aplikují Vzorový zákon, uznáváno zahraniční řízení vedené v zemích, které naopak Vzorový zákon nepřijaly. Konkrétně ve Spojených státech byla taková rozhodnutí opakovaně vydávána¹¹⁵.

3.2.1.4 Výhrada veřejného pořádku

Podle čl. 6 Vzorového zákona nemůže žádné jeho ustanovení zabránit soudu, aby odmítl uznání zahraničního rozhodnutí o zahájení insolvenčního řízení. Soud může odmítnout postupovat podle Vzorového zákona, pokud by takový postup byl ve zjevném rozporu (v anglické verzi ještě výrazněji „would be manifestly contrary“) s veřejným pořádkem tohoto státu.

Uvedené ustanovení je paralelou čl. 26 Nařízení a zcela stejně je klíčovým slovním spojením „zjevný rozpor“. Pro účely Nařízení se významem tohoto pojmu zabýval SD EU v rozhodnutí Eurofood¹¹⁶, v němž mimo jiné uvedl, že právo být slyšen je imanentním znakem spravedlivého procesu. Pro účely insolvenčního řízení toto právo zahrnuje především věřitele a jejich zástupce. Toto právo může být sice národním právem různým způsobem omezeno, zejména v naléhavých situacích, avšak takové omezení musí být pečlivě odůvodněno a vždy musí být vytvořeny záruky toho, aby dotčená osoba mohla příslušné rozhodnutí napadnout.

¹¹² Cross-Border Insolvency Act 2000 (South Africa), s. 2.

¹¹³ LEFTER, Alexandru, PACHIU, Laurentiu in LOOK CHAN HO, op. cit., str. 379.

¹¹⁴ MOHAN, S. Chandra, op. cit., str. 13.

¹¹⁵ YAMAUCHI, Keith D.: *Should Reciprocity be a Part of the UNCITRAL Model Cross-Border Insolvency Law?*, str. 145-179.

¹¹⁶ EUROFOOD IFSC Ltd, (2006) Ch 508 (ECJ).

Řada národních zákonodárců má tendenci formulaci zmírňovat a de facto tak rozšířit obsah veřejného pořádku dané země při aplikaci Vzorového zákona. Polský zákonodárce použil formulaci, že uznání nesmí být v rozporu se základními zásadami právního řádu Polské republiky¹¹⁷. Velmi široké je vymezení v rumunském právu, podle něhož je možno odmítnout uznání, pokud porušuje „rumunské principy veřejného pořádku“¹¹⁸. Při přípravě textu Vzorového zákona navrhovala Čína slovo „zjevně“, tj. „*manifestly*“, vyjmout z textu ustanovení, ale její snaha nebyla úspěšná¹¹⁹.

Rovněž v japonském právu je možno odmítnout uznání, pokud by uznání bylo v rozporu s veřejným pořádkem a veřejnou morálkou v Japonsku¹²⁰.

Naopak praxí zemí common law je tradičně úzká interpretace veřejného pořádku. Příkladem může být rozhodnutí ve věci HIH Casualty and General Insurance¹²¹. Přestože byla australská insolvenční úprava odlišná od úpravy anglické v natolik podstatné otázce, jako bylo postavení prioritních věřitelů, jinými slovy přestože akceptace úpravy australského práva vedla v konečném důsledku k odlišné míře uspokojení věřitelů, než by se stalo podle práva anglického, anglické soudy dospěly k závěru, že nebyly dotčeny fundamentální principy anglického insolvenčního práva.

V prostředí amerického práva je ekvivalentem ustanovení s. 1506 Bankruptcy Code (Chapter 15), kde ve věci British American Isle of Venice¹²² je nutnost restriktivní interpretace vyjádřena velmi silnými slovy: „*Požadavkem, aby jednání bylo ve zjevném rozporu s veřejným pořádkem, ... je zjevné, že toto ustanovení musí být vykládáno restriktivně. ... může být aplikováno pouze za takových výjimečných okolností, které se dotýkají záležitostí fundamentálních pro Spojené státy.*“

Transparentně jsou kritéria aplikace výhrady veřejného pořádku popsána v rozhodnutí Quimonda AG Bankruptcy Litigation¹²³, a to v podobě třech principů:

1. Pouhá skutečnost, že existuje rozpor mezi zahraničním a americkým právem, při absenci dalších aspektů, je nedostatečný pro aplikaci výhrady veřejného pořádku.

¹¹⁷ „... uznanie nie jest sprzeczne z podstawowymi zasadami porzadku prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej.“ Ustawa z dnia 28 lutego 2003, Dz.U. 2003 Nr 60 poz. 535 Prawo upadłościowe i naprawcze, Art. 392(2).

¹¹⁸ Čl. 7 rumunského zákona č. 637/2002.

¹¹⁹ MOHAN, S. Chandra, op. cit., str. 15.

¹²⁰ SHIN ABE in LOOK CHAN HO, op. cit., str. 280.

¹²¹ HIH Casualty and General Insurance (2008) UKHL 21; (2008) 1 WLR 852 bod (80).

¹²² British American Isle of Venice (BVI), Ltd., 441 BR 713, 716 – 717 (Bankr SD Fla 2010).

¹²³ Quimonda AG Bankruptcy Litigation, 433 BR 547, 570 (ED Va 2010).

2. Důsledky aplikace zahraničního práva by neměly být připuštěny tehdy, pokud existují pochybnosti o spravedlnosti zahraničního řízení, které nemohou být odstraněny přijetím dodatečných opatření.
3. Opatření vyplývající z cizího práva by neměla být činěna tehdy, pokud by ohrozila schopnost amerického soudu spravovat řízení podle Kapitoly 15 a/nebo by závažným způsobem ohrozila americká ústavní nebo zákonná práva, zejména pokud strana využívá výhod vyplývajících z řízení podle Kapitoly 15.

Postupně vyplynuly následující oblasti, které z pohledu amerických soudů nejsou ve zjevném rozporu s americkým veřejným pořádkem:

- nemožnost jednání před porotou v Kanadě v případě, kdy by jednání před porotou bylo přípustné ve Spojených státech¹²⁴;
- někteří američtí věřitelé obdrží méně v zahraničním řízení, než by obdrželi v řízení vedeném americkými soudy, neboť takové rozdíly jsou v insolvenčních věcech běžné¹²⁵;
- způsob přihlášení pohledávek s důsledkem vzniku přednostního práva neznámého v americkém právu¹²⁶;
- umožnění výkonu rozhodnutí vydaných zahraničním insolvenčním soudem v případech, kdy pomoc vyplývající z takového rozhodnutí by nebyla dostupná podle amerického práva¹²⁷;
- přerušování řízení vedených proti dlužníkovi zejména v případech, kdy takové opatření není dostupné podle amerického práva¹²⁸;
- požadavek zahraničního soudu, aby obsah spisu byl neveřejný z důvodu ochrany postupu správce v jiném řízení nebo z důvodu ochrany vztahu advokát – klient, a to i tehdy, pokud americké právo v takovém rozsahu utajení obsahu spisu nepřipouští¹²⁹.

Naopak situace, kdy americké soudy výhradu veřejného pořádku v insolvenčních věcech využily, zahrnovaly např.:

¹²⁴ RSM Richter Inc v Aguilar (In re Ephedra Products Liability Litigation), 349 BR 333, 335-337 (SDNY 2006).

¹²⁵ Ernst & Young, Inc, 383 BR 773, 776 (Bankr D Colo 2008), Gold & Honey, Ltd, 410 BR 357, 372 (Bankr EDNY 2009).

¹²⁶ Quimonda AG Bankruptcy Litigation, 433 BR 547, 570 (ED Va 2010).

¹²⁷ Metcalfe & Mansfield Alternative Investments, 421 BR 318 (Bankr D Del 2010).

¹²⁸ ABC Learning Centres Ltd, 445 BR 318 (Bankr D Del 2010).

¹²⁹ Fairfield Sentry Limited, 2011 US Dist LEXIS 105770 (SDNY September 15, 2011).

- případy, kdy zahraniční řízení bylo zahájeno navzdory automatickému pozastavení všech řízení podle Bankruptcy Code a navzdory zákazům amerických soudů řízení zahájit¹⁵⁰;
- požadavek zahraničních soudů na pozastavení jiných řízení vedených na území Spojených států, pokud by vyhověním takové žádosti došlo k porušení práva stran být slyšen¹⁵¹;
- požadavek na odtajnění e-mailové komunikace na základě požadavku vyplývajícího z německého práva, který by ovšem vedl k porušení amerických zákonů na ochranu důvěrnosti elektronické komunikace a tím vyžadoval jednání, které je ve Spojených státech trestným činem¹⁵²;
- požadavek na zrušení licence k americkým patentům pro účely zahraničního insolvenčního řízení, neboť realizace takového požadavku by ohrozila fundamentální zásady veřejného pořádku v oblasti podpory technologických inovací a požadavek, vyplývající z německého práva, umožňující zrušení patentových licencí by byl ve zjevném rozporu s americkým veřejným pořádkem¹⁵³.

3.2.1.5 Doplnková pomoc podle dalších zákonů

Smyslem Vzorového zákona je zlepšit a harmonizovat přeshraniční pomoc pro správce a soudy z jiných zemí. Jelikož však v konkrétní zemi již před přijetím Vzorového zákona mohla existovat úprava, které představovala efektivní nástroj pro prosazení zájmů účastníků zahraničních řízení, není důvod takovou úpravu Vzorovým zákonem eliminovat či omezovat¹⁵⁴.

V praxi jde zejména o úroveň právní kultury konkrétní země, která přijala Vzorový zákon. Pro větší část zemí představuje Vzorový zákon obrovský krok vpřed a upravuje oblast, která předtím jejich právním řádem nebyla upravena vůbec. Pro země s nejvyspělejší právní tradicí však by však mohl působit i restriktivně v tom smyslu, že by bránil užití stávající

¹⁵⁰ Gold & Honey, Ltd, 410 BR 357, 372 (Bankr EDNY 2009).

¹⁵¹ Sivec Srl, 2011 Bankr LEXIS 3206 (Bankr ED Okla August 18, 2011).

¹⁵² Toft, 453 BR 186, 198, 201 (Bankr SDNY 2011).

¹⁵³ Quimonda AG Bankruptcy Litigation, 433 BR 547, 570 (ED Va 2010).

¹⁵⁴ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 105.

úpravy. Výstižným příkladem může být anglické právo, kde jde o to, aby vedle sebe harmonicky koexistovaly a vzájemně se doplňovaly úpravy vyplývající ze Vzorového zákona, z Nařízení, ze s. 426 Insolvency Act 1986 a z common law. V anglickém právu tedy připadá v úvahu užití čtyř (!) rozdílných nástrojů¹⁵⁵.

V anglickém a americkém právu existuje rozsáhlá judikatura, která umožňuje na bázi comity, tedy vzájemného respektu, poskytnout širokou pomoc správcům a soudům jiných zemí. Tento princip může mít v konkrétním případě přednost i před aplikací práva zvoleného stranami. Tak ve věci JP Morgan¹⁵⁶ se americký soud odmítl omezit na aplikaci fóra a práva sjednaného stranami a důsledky, které z toho strany dovozovaly zejména ve vztahu k nakládání s majetkem, a umožnil mexickému soudu dispozici s majetkem nacházejícím se na území Spojených států právě s ohledem na princip comity.

To z praktického hlediska znamená, že zahraniční správci se mohou snažit využít např. institutu anti-suit injunction a snažit se tak na bázi common law zabránit vedení jiného řízení, případně se v zemi common law snažit o uznání zániku závazků, které vyplývají z rozhodnutí učiněného v rámci insolvenčního řízení v jiné zemi¹⁵⁷.

Je třeba si uvědomit, že dlouhá bitva mezi teritorialismem a universalismem byla v Anglii do značné míry vyřešena už v roce 1764 (!) kauzou Solomon v Ross¹⁵⁸, v níž anglický soud přikázal vydat majetek dlužníka nacházející se v Anglii do Holandska, kde již probíhalo konkurzní řízení. Představa, že majetek nacházející se na území státu je třeba prostřednictvím teritoriálního řízení „chránit“ pro lokální věřitele je s ohledem na tuto dlouhou tradici zemím common law cizí. Některé důsledky jsou pro právníka z kontinentu neobvyklé: anglické soudy kupř. neváhají vydat rozhodnutí o zrušení zahraniční společnosti např. v případě, že se její majetek nachází na území Anglie nebo existuje jiný silný vztah, což vytváří evidentní potenciální konflikt s právem státu, podle něhož byla společnost zřízena. Způsobem, jak tento konflikt zmírnit, je reciproční vstřícnost anglických soudů vůči rozhodnutím vydaným jiným státem v tom smyslu, že likvidace v Anglii může být považována za vedlejší vůči likvidačnímu řízení vedenému v jiném státě; rekapitulace uvedené doktríny přehledným způsobem viz International Tin Council¹⁵⁹. Výstižně pak bylo konstatováno ve věci Barclays Bank plc v Homan¹⁴⁰, že jediným uspokojivým řešením možnosti jurisdikčních konfliktů

¹⁵⁵ LOOK CHAN HO, op. cit., str. 183.

¹⁵⁶ JP Morgan Chase Bank v Altos Hornos de Mexico, SA de CV, 412 F 3d 418 (2d Cir 2005).

¹⁵⁷ LOOK CHAN HO, op. cit., str. 183.

¹⁵⁸ Solomon v Ross (1764) 1 H B1 131n; (1839) Wallis' Irish Chancery Reports 59.

¹⁵⁹ International Tin Council (1987) Ch 419, 446-7.

¹⁴⁰ Barclays Bank plc v Homan (1993) BCLC 680.

v přeshraničních insolvencích by byla mezinárodní smlouva. V kontextu absence takové smlouvy se jedinou cestou vpřed jeví dobrovolný výkon jurisdikčního sebeomezení; nelze ovšem očekávat, že toto sebeomezení bude stejným způsobem chápáno ve všech státech. Právě tato poslední myšlenka je ovšem pádnou odpovědí na případné pochybnosti o smyslu Vzorového zákona, který je alternativním způsobem, jak dosáhnout v přeshraničních insolvenčních věcech jednotného postupu.

3.2.1.6 Interpretace

Podle čl. 8 Vzorového zákona se při jeho výkladu zohlední mezinárodní původ, potřeba zachovat jednotný postup při jeho aplikaci a ochrana dobré víry.

Jelikož Vzorový zákon není smlouva, jeho aplikace a interpretace jsou plně v rukou národních soudců. Čl. 8 má představovat nástroj unifikace interpretace Vzorového zákona v tom smyslu, aby se soudy snažily odpoutat od úzkého chápání pojmů obvyklých pro jejich právní řád a interpretovaly obsah nadnárodně. Uvedený přístup demonstrovaly soudy ve věcech *Rubin v Eurofinance*¹⁴¹, *British American Insurance Company Limited*¹⁴², *Betcorp Limited*¹⁴³ atd. Častým tématem nadnárodní interpretace bylo COMI. Z evropského pohledu může být zajímavé, že např. odkaz na interpretaci Nařízení ve věci *Stanford*¹⁴⁴ byl předmětem kritiky v tom smyslu, že Nařízení je součástí anglického práva a nikoli svébytné nadnárodní „*lex mercatoria*“, jinými slovy že soud „*talked the Model Law talk, but did not in fact walk the Model Law walk*“¹⁴⁵.

3.2.2 Přístup zahraničních správců a věřitelů k soudům v jiném státě

Zahraníční správci jsou oprávněni obracet se na soudy ve státě, který přijal Vzorový zákon, přímo bez nutnosti povolení či cesty právní pomoci¹⁴⁶. Z formulace čl. 9 je přitom zjevné, že není nutné, aby zahraniční řízení bylo již uznáno. Jak je rozebíráno i na jiných místech této práce, pouhá skutečnost, že byl učiněn k soudu příslušného státu správcem návrh

¹⁴¹ *Rubin v Eurofinance* (2009) EWHC 2129 (Ch).

¹⁴² *British American Insurance Company Limited*, 425 BR 884, 899 (Bankr SD Fla 2010).

¹⁴³ *Betcorp Limited*, 400 BR 266, 289 (Bankr D Nev 2009).

¹⁴⁴ *Stanford International Bank* (2010) EWCA Civ 137.

¹⁴⁵ LOOK CHAN HO, op. cit., str. 187.

¹⁴⁶ Čl. 9 Vzorového zákona.

podle Vzorového zákona, nepodrobuje majetek a záležitosti dlužníka jurisdikci soudu tohoto státu v jiné záležitosti než vymezené návrhem¹⁴⁷. Tato zásada má zmírnit obavu správců činit návrhy v jiném státě¹⁴⁸. Současně se zdůrazňuje, že nejde o celkovou exempci ohledně jakéhokoliv jednání správce v jiném státě, ale právě jen ve věcech v předmětném ustanovení popisovaných. Pokud by se správce dopustil trestného činu, způsobil škodu apod., jurisdikce daného státu by takové jednání nepochybně pokrývala¹⁴⁹.

Zásady uvedené v předchozím odstavci jsou však národními zákonodárci poměrně často modifikovány. V rozporu s čl. 10 Vzorového zákona např. kanadský zákonodárce stanovil, že zahraniční správce je vázán všemi příkazy soudu a soud rozhoduje rovněž o nákladech řízení¹⁵⁰.

V mexickém právu se zase zahraniční správce nemůže obracet přímo na mexický soud v případě předběžných a jiných naléhavých opatření a musí tak činit prostřednictvím místního správce¹⁵¹.

I když daný stát přijal Vzorový zákon, není jisté, zda a jakým způsobem harmonizoval rovněž zbytek svého právního řádu tak, aby se Vzorovým zákonem nebyl v rozporu nebo přinejmenším nepodvazoval možnosti vyplývající ze Vzorového zákona. Vzorový zákon proto z opatrnosti výslovně stanoví, že zahraniční správce je oprávněn podat návrh vždy, jsou-li splněny ostatní (míněno jiné než dané osobou navrhovatele) podmínky pro podání návrhu¹⁵². Čl. 11 tak odráží tzv. *locus standi rule*¹⁵³ a dává zahraničnímu správci procesní legitimaci pro podání návrhu bez nutnosti uznání zahraničního řízení. Toto právo je poskytnuto jak správci hlavního, tak jakéhokoliv teritoriálního, nikoliv hlavního řízení¹⁵⁴. V literatuře byla také vznesena otázka nutnosti zakotvení oprávnění vyplývajícího z čl. 11 za situace, kdy soud může poskytnout zahraničnímu správci pomoc ve smyslu čl. 19 ve vazbě na podání žádosti o uznání zahraničního řízení. V režimu Vzorového zákona však není lokální řízení podřízeno zahraničnímu hlavnímu řízení (čl. 29) a práva zahraničního správce spojená se zahájením lokálního řízení mohou být prostě odlišná od prostředků pomoci podle čl. 19¹⁵⁵.

¹⁴⁷ Čl. 10 Vzorového zákona.

¹⁴⁸ FLETCHER, op. cit., výstižně nazývá garanci poskytnutou čl. 10 „*procedural safe conduct*“.

¹⁴⁹ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 110.

¹⁵⁰ Companies' Creditors Arrangement Act (2009), Part IV, s. 57.

¹⁵¹ Mexican Commercial Insolvency Law (2000), art. 298, 300.

¹⁵² Čl. 11 Vzorového zákona.

¹⁵³ WESSELS, B., MARKELL B., KILBORN J., op. cit., str. 209

¹⁵⁴ BERENDS, *Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvency: A Comprehensive Overview*, str. 340.

¹⁵⁵ K uvedené otázce viz WESSELS, B., MARKELL B., KILBORN J., op. cit., str. 210, nicméně odpověď je pouze naznačena.

Ve vazbě na uznání zahraničního řízení konstruuje Vzorový zákon v čl. 12 aktivní legitimaci správce zahraničního řízení účastnit se řízení vedeného ohledně dlužníka v tomto státě. Zahraniční správce je tak oprávněn činit návrhy a žádosti v záležitostech, jako je ochrana, zpeněžení nebo rozdělení majetku dlužníka či spolupráce subjektů z obou řízení¹⁵⁶.

Čl. 23 Vzorového zákona umožňuje rovněž v závislosti na uznání zahraničního řízení zahraničnímu správci napadat jednání poškozující věřitele, avšak pouze v rozsahu shodném jako u domácích správců, tedy pouze způsobem dostupným podle lokálního práva. Pokud zahraniční řízení není řízením hlavním, měl by mít soud jistotu, že majetek, kterého žaloba se týká, může být spravován v zahraničním řízení¹⁵⁷. Zajímavostí je, že čl. 23 byl do textu Vzorového zákona nakonec zařazen navzdory námitkám americké delegace¹⁵⁸.

Z čl. 24 Vzorového zákona vyplývá oprávnění zahraničního správce vstoupit do kteréhokoliv řízení, jehož stranou je dlužník. Relevantní *locus standi* je v tomto případě poskytován bez rozlišování, zda jde o zahraniční řízení hlavní či nikoliv. Vstup se týká jen těch řízení, která nebyla pozastavena ve smyslu čl. 20(1)(a) nebo čl. 21(1)(a) Vzorového zákona¹⁵⁹.

Při porovnání textu relevantních ustanovení v jednotlivých státech aplikujících Vzorový zákon se však jeví, že některé státy zjevně vnímají rozsah oprávnění zahraničních správců jako ohrožující jurisdikci vlastních soudů. Polský zákonodárce např. neobvykle do Vzorového zákona zakotvil, že jmenování zahraničního správce cizím soudem se nijak nedotýká jurisdikce polských soudů a polské soudy mají jurisdikci ohledně toho, jakým způsobem je provozován dlužníkův závod, zda může disponovat majetkem v Polsku atd.¹⁶⁰

Ve Spojených státech jsou zase oprávnění zahraničního správce podle čl. 9 a 11 Vzorového zákona vázána až na uznání zahraničního řízení¹⁶¹. Z provedených výzkumů vyplynulo, že při pomoci poskytované americkými soudy podle Kapitoly 15 pouze v 45,5% případů byli zahraniční správci pověřeni správou majetku ve Spojených státech a ve 31,8% případů byla rozhodnutí vázána na podmínky zvýhodňující místní věřitele¹⁶². Tato skutečnost

¹⁵⁶ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 115; kromě toho viz čl. 100 ohledně rozdílu mezi výrazem „participate“ a „intervene“ použitým v čl. 24, který se týká možnosti vstupu správce do individuálního řízení.

¹⁵⁷ Čl. 23 odst. 2 Vzorového zákona.

¹⁵⁸ GLOS BAND, D. M, *An Introduction to Chapter 15: Adapting UNCITRAL's Model Law to the Bankruptcy Code*, str. A7.

¹⁵⁹ WESSELS, B., MARKELL B., KILBORN J., op. cit., str. 210-211.

¹⁶⁰ Ustawa z dnia 28 lutego 2003, Prawo upadłościowe i naprawcze, Art. 384.

¹⁶¹ US Bankruptcy Code, s. 1509, 1511.

¹⁶² Velmi přesvědčivě v tomto smyslu viz LEONG, J.: *Is Chapter 15 Universalist or Territorialist? Empirical Evidence from the United States Bankruptcy Court Cases.*

bývá dávana jako příklad toho, že i když státy překonají překážky spojené s přijetím Vzorového zákona, způsob jeho následné aplikace se mnohdy míjí s duchem zákona¹⁶⁵.

Jihokorejský zákon rovněž vyžaduje, aby bylo zahraniční řízení nejprve uznáno, aby zahraniční správce mohl navrhnout zahájení místního insolvenčního řízení (v rozporu s čl. 11 Vzorového zákona)¹⁶⁴.

V japonském právu je výslovně zakotvena povinnost zahraničního správce vyžádat si souhlas japonského soudu k transferu majetku do jiného státu, přičemž soud musí dbát na to, aby zájmy místních věřitelů nebyly nespravedlivě dotčeny¹⁶⁵.

Pokud jde o zahraniční věřitele, Vzorový zákon stanoví v čl. 13 obecné pravidlo, že mají stejná práva jako místní věřitelé, tj. nemůže s nimi být nakládáno hůře než s místními věřiteli¹⁶⁶. Vzorový zákon neobsahuje definici pojmu „zahraniční věřitel“ a v jeho textu zcela absentují kritéria pro rozlišení takového věřitele; z kontextu rozebíraného ustanovení se však jeví, že rozhodující je domicil věřitele¹⁶⁷. Významná výjimka z obecné zásady nediskriminace vyplývá z čl. 13 odst. 2 Vzorového zákona, podle něhož nejsou dotčena domácí ustanovení o pořadí pohledávek. Vzorový zákon nicméně stanoví určitý minimální standard zacházení s pohledávkou zahraničního věřitele v tom smyslu, že její pořadí nemůže být horší než pořadí běžných nezajištěných pohledávek lokálních věřitelů. Státům, které neuznávají zahraniční pohledávky z titulu daní a sociálního pojištění, nabízí Vzorový zákon alternativní formulaci, která umožňuje pokračovat rovněž v aplikování této výjimky¹⁶⁸. Je patrné, že Vzorový zákon se staví k otázce pořadí pohledávek velmi zdrženlivě a ponechává v této citlivé záležitosti prostor národním úpravám.

Kdykoliv je podle národního práva zapotřebí vyrozumět o nějaké skutečnosti místní věřitele, je podle Vzorového zákona nutno vyrozumět i věřitele zahraniční, a to individuálně každého z nich. Pokud jsou zahraniční věřitelé vyrozumíváni o zahájení insolvenčního řízení, je nutno je informovat také o lhůtě a místu pro podání nároků a rovněž o tom, zda musejí pohledávku přihlásit rovněž zajištění věřitelé. Při oznamování není nutné využívat cestu právní pomoci. Jedná se tedy o zjednodušení ve srovnání s Úmluvou o doručování soudních a mimosoudních dokumentů v občanskoprávních a obchodněprávních věcech do zahraničí

¹⁶⁵ MOHAN, S. Chandra, op. cit., str. 17.

¹⁶⁴ Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act 2005, Art. 634.

¹⁶⁵ SHIN ABE in LOOK CHAN HO, op. cit., str. 284.

¹⁶⁶ Princip známý jako „*principle of non-discrimination*“, případně také „*rule of national treatment*“.

¹⁶⁷ BERENDS, A.J., op. cit., str. 342.

¹⁶⁸ Čl. 13 odst. 2 Vzorového zákona.

z roku 1965¹⁶⁹. Jazykové otázky takto podávaných informací Vzorový zákon neřeší a ponechává prostor národním úpravám.

3.2.3 Uznání zahraničního řízení a druhy soudní pomoci podle Vzorového zákona

Zahraněční správce může požádat soud o uznání zahraničního řízení, pro které byl zahraniční správce jmenován¹⁷⁰.

Žádost o uznání dokládá¹⁷¹:

- a) ověřenou kopií rozhodnutí o zahájení zahraničního řízení a o jmenování zahraničního správce; nebo
- b) osvědčením zahraničního soudu potvrzujícím existenci zahraničního řízení a jmenování zahraničního správce; nebo
- c) v případě absence důkazů podle písm. a) a b) jakýmkoli jiným důkazem o existenci zahraničního řízení a o jmenování zahraničního správce přijatelným pro soud.

Jde tedy o řízení velmi jednoduché a vázané na minimum formalit. Byly tak odstraněny složité cesty právní pomoci, které by jinak byly nezbytné. Je přitom žádoucí, aby národní zákonodárce nezatěžoval tento proces dalšími požadavky nad rámec textu Vzorového zákona a nekomplikoval tak proces unifikovaného užití Vzorového zákona¹⁷².

Řízení je založeno na třech klíčových vyvratitelných domněnkách.

Jestliže rozhodnutí o zahájení zahraničního řízení a o jmenování zahraničního správce nasvědčuje tomu, že jde o řízení ve smyslu čl. 2(a) a zahraniční správce je osobou ve smyslu čl. 2(d) Vzorového zákona, je soud oprávněn toto předpokládat.

Soud je dále oprávněn vycházet z domněnky pravosti dokumentů přiložených k žádosti, a to ať byly ověřeny či nikoliv¹⁷³. To umožňuje velmi flexibilní rozhodování soudů

¹⁶⁹ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 124.

¹⁷⁰ Čl. 15 odst. 1 Vzorového zákona.

¹⁷¹ Čl. 15 odst. 2 Vzorového zákona.

¹⁷² Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 127.

¹⁷³ Čl. 16 odst. 2 Vzorového zákona.

v závislosti na jeho znalostech, možnostech neformálního ověření stavu, nebo pokud se obsah předložených listin nejeví soudu přesvědčivý.

Přílohou žádosti o uznání má být přehled všech zahraničních řízení ohledně dlužníka, která jsou zahraničnímu správci známa¹⁷⁴. Tyto informace nejsou důležité ani tak pro rozhodnutí o uznání samotné, ale spíše pro rozhodnutí o typu pomoci, která bude na základě uznání poskytnuta. Přehled zahraničních řízení je důležitý ze dvou důvodů: Jednak lze předpokládat, že zahraniční správce bude mít lepší přehled o situaci dlužníka a vedených řízeních, než má rozhodující soud, jednak lze očekávat, že zahraniční správce se bude primárně snažit o získání pomoci ve prospěch svého zahraničního řízení a méně se bude zabývat otázkou koordinace s jinými zahraničními řízeními¹⁷⁵.

Soud může vyžadovat překlad příloh připojených k žádosti o uznání do úředního jazyka tohoto státu¹⁷⁶.

Poslední velmi důležitou vyvratitelnou domněnkou je, že není-li prokázán opak, má se za to, že sídlo nebo obvyklé bydliště dlužníka, je-li fyzickou osobou, je jeho COMI¹⁷⁷.

Jak už bylo vysvětleno na více místech této práce, přestože uvedená domněnka odpovídá konstrukci domněnky v Nařízení, její funkce je zcela rozdílná. V režimu Vzorového zákona má usnadnit proces uznání zahraničního rozhodnutí a vymezit dostupné prostředky pomoci podle Vzorového zákona. Naopak podle Nařízení určuje místo pro zahájení řízení, tedy jinými slovy rozhodné právo, a je prostředkem automatického uznání v jiných státech EU¹⁷⁸.

Strana, která tvrdí, že se COMI nekryje s registrovaným sídlem společnosti, ponese ohledně takového svého tvrzení věcné břemeno¹⁷⁹. Soud pak musí nezávisle zvážit, kde se COMI dlužníka skutečně nachází. Pro vyvrácení domněnky, že COMI se nachází v sídle nebo obvyklém bydlišti dlužníka, může být relevantní řada faktorů. Za základní faktor považuje UNCITRAL místo, odkud je dlužník řízen a které je zjistitelné třetími osobami. Doplňující faktory pak byly uvedeny v kapitole 2.2.1.2.2 této práce.

Obecně pak platí, že čím kratší je okamžik změny registrovaného sídla před zahájením insolvenčního řízení, tím vyšší je pravděpodobnost, že se registrované sídlo a COMI budou

¹⁷⁴ Čl. 15 odst. 3 Vzorového zákona.

¹⁷⁵ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 132 – 133.

¹⁷⁶ Čl. 15 odst. 4 Vzorového zákona.

¹⁷⁷ Čl. 16 odst. 3 Vzorového zákona.

¹⁷⁸ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 141

¹⁷⁹ Viz v tomto směru explicitně např. rozhodnutí ve věci *Tri-Continental Exchange*, 349 BR 627, 635 (Bankr ED Cal 2006).

lišit. Změna po zahájení insolvenčního řízení již podle mnoha právních řádů nebude možná, zejména však převažuje názor, že nebude ani relevantní s ohledem na posuzování COMI k datu zahájení insolvenčního řízení, nikoliv k datu podání žádosti o uznání¹⁸⁰.

Vzorový zákon neumožňuje při rozhodování o uznání řízení soudu zkoumat, zda zahraniční insolvenční řízení bylo zahájeno v souladu s rozhodným právem¹⁸¹. Naopak však nebrání tomu, aby soud žádosti o uznání nevyhověl v případě, pokud návrh bude zneužitím práva podle domácích předpisů.

O žádosti by mělo být rozhodnuto co nejrychleji („*the earliest possible time*“), přičemž obsah tohoto pojmu bude záviset na konkrétních okolnostech případu; v případech řádně doložených půjde o dobu v řádu dnů, naopak v případech, kdy bude žádost procesně napadána, až v řádu měsíců¹⁸². Procesní otázky řízení týkajícího se podané žádosti Vzorový zákon neupravuje a úpravu ponechává národním právním řádům.

Lze proto shrnout, že jediným testem, který bude soudem zkoumán po podání žádosti o uznání rozhodnutí, je splnění čtyř předpokladů: zda jde o zahraniční řízení ve smyslu čl. 2(a), zda je žádost podána zahraničním správcem ve smyslu čl. 2(d), zda jsou připojeny potřebné doklady ve smyslu čl. 15 odst. 2 a 3 a konečně zda je žádost podána příslušnému soudu ve smyslu čl. 4 Vzorového zákona.

Uznání zahraničního řízení umožňuje zahraničnímu správci požádat o některý z prostředků pomoci vyplývající ze Vzorového zákona. Mohou být poskytnuty tři rozdílné typy soudní pomoci, a to v závislosti na dvou kritériích – jednak v závislosti na fázi řízení o uznání zahraničního řízení a jednak na tom, zda jde o hlavní či jiné než hlavní řízení:

- a) prozatímní naléhavá pomoc, kterou lze poskytnout na základě čl. 19 Vzorového zákona a která závisí na uvážení soudu,
- b) pomoc nastupující automaticky (*ipso iure*) v důsledku uznání zahraničního řízení jako hlavního na základě čl. 20 Vzorového zákona,
- c) pomoc závisící na uvážení soudu nastupující v důsledku uznání zahraničního řízení jako hlavního nebo jiného než hlavního podle čl. 21 Vzorového zákona.

¹⁸⁰ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 148–149.

¹⁸¹ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 151.

¹⁸² Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 163.

Zajímavou otázkou přitom je, jaký je vztah prostředků pomoci stanovených Vzorovým zákonem a prostředků poskytovaných jinými zákony daného státu. Výchozí obecnou zásadou přitom je, že Vzorový zákon je konstruován tak, že výčet prostředků je v zásadě kompletní a nezávislý na právním řádu jak státu, ve kterém se vede zahraniční řízení, tak státu uznávajícího¹⁸⁵. Jinými slovy by instrumenty Vzorového zákona měly „vystačit“ na řešení základních situací, kdy je pomoci zapotřebí. To však v žádném případě obráceně neznamena, že by soud nemohl aplikovat jiný prostředek pomoci, než jaký je ve Vzorovém zákoně výslovně uveden. Vzorový zákon dává široký prostor k aplikaci jiných prostředků pomoci vyplývajících z národních právních řádů nad rámec Vzorového zákona.

Pokud jde o konkrétní typy prostředků pomoci, je důležité si uvědomit, že optika soudce aplikujícího Vzorový zákon by měla být velmi odlišná od aplikace běžného zákona. Velmi často může totiž dojít k tomu, že právní řád státu, ve kterém se vede zahraniční řízení, poskytuje širší nebo zkrátka jiné právní prostředky než stát uznávající podle Vzorového zákona. Příznačným výrazem, který se prolíná relevantní judikaturou a literaturou je „comity“¹⁸⁴, pojem, s nímž se zpravidla poněkud zjednodušujícím způsobem pracuje ve významu „vzájemný respekt“. Za výstižnou lze považovat charakteristiku, že na jedné straně nejde o žádný absolutní závazek, na druhé straně však ani o pouhou zdvořilost či dobrou vůli, nýbrž o dobrovolný souhlas státu, aby na jeho území měly účinky legislativní, exekutivní nebo soudní akty jiného státu, to vše při zohlednění mezinárodních závazků, vhodnosti a zejména ochrany práv vlastních občanů nebo osob nacházejících se pod ochranou práva tohoto státu¹⁸⁵. Podle Slaughter¹⁸⁶ má „comity“ čtyři základní pilíře:

- respekt k zahraničním soudům ohledně jejich schopnosti aplikovat právo čestně a kompetentně,
- oprávnění soudu rozhodovat o záležitostech, ve kterých jsou silně obsaženy místní zájmy,
- silná soudní role při ochraně práv jednotlivce,
- ochota soudu angažovat se společně se zahraničními soudy při zachování vztahu vzájemné rovnoprávnosti za dosažení řešení spravedlivého z pohledu celku pro všechny zúčastněné subjekty.

¹⁸⁵ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, par. 145

¹⁸⁴ k významu výrazu „comity“ v obecné angličtině viz např.

<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/comity>: „The mutual recognition by nations of the laws and customs of others.“

¹⁸⁵ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 50.

¹⁸⁶ SLAUGHTER, A., *A Global Community of Courts*, str. 206.

Příkladem může být rozhodnutí ve věci *Metcalf & Mansfield*¹⁸⁷, kde kanadský správce žádal uznání kanadského řízení jako hlavního ve Spojených státech a výkon rozhodnutí v rámci pomoci po uznání. Kanadská rozhodnutí přitom obsahovala zásahy do práv třetích osob, které byly širší, než připouštělo právo Spojených států. Soud uvedl, že uznání by nepřipadalo v úvahu tehdy, pokud se uznání zahraničního řízení zjevně přičilo veřejnému pořádku Spojených států. Princip „*comity*“ však nevyžaduje, aby prostředky pomoci ve Spojených státech a zahraničním řízení byly identické. Klíčovým kritériem bylo, zda řízení v Kanadě splňuje základní standardy spravedlnosti – „*fundamental standards of fairness*“. Protože tomu tak v daném případě bylo, byla rozhodnutí v rámci pomoci vykonána.

Snad ještě transparentněji lze princip „*comity*“ ilustrovat na rozhodnutí *Atlas Shipping*¹⁸⁸, kde dánští správci požadovali zrušení příkazů na zajištění majetku vydaných ve Spojených státech jednak před zahájením dánského insolvenčního řízení a jednak po jeho zahájení, které byly naprosto v souladu s americkým právem, a to z důvodu, že podle dánského práva takové příkazy pozbývají platnosti, resp. je nelze vydat. Americký soud dospěl k závěru, že zrušení příkazů (byť v samotném americkém právu nemělo v ničem oporu) je v souladu s principem „*comity*“. Zrušení bylo i v souladu s čl. 21 odst. 2 Vzorového zákona, neboť tak bylo umožněno rozdělení majetku správci v rámci zahraničního řízení.

3.2.3.1 Prozatímní pomoc

Prozatímní pomoc podle čl. 19 Vzorového zákona závisí na uvážení soudu. Může být poskytnuta od okamžiku podání žádosti o uznání.

Formulace čl. 19 je dostatečně široká, aby prozatímní pomoc mohla být doslova „ušita na míru“ konkrétního případu¹⁸⁹. Může být rovněž vázána na podmínky, které soud považuje za přiměřené (čl. 22 odst. 2 Vzorového zákona). Lze ji poskytnout jen tehdy, pokud je pomoci naléhavě potřeba k ochraně majetku dlužníka nebo zájmů věřitele (čl. 19 odst. 1 Vzorového zákona). V každém případě je zjevné napětí mezi dvěma faktory: na straně jedné doposud nebylo rozhodnuto o uznání zahraničního řízení, na druhé straně již vznikla akutní potřeba chránit majetek nebo jiné zájmy věřitelů, a proto také umožnit využití nástrojů typických pro kolektivní řízení.

¹⁸⁷ *Metcalf & Mansfield Alternative Investment*, 421 B.R. 685 (Bankr. S.D.N.Y. 2010).

¹⁸⁸ *Atlas Shipping A/S*, 404 B.R. 726 (Bankr. S.D.N.Y. 2009).

¹⁸⁹ viz v tomto směru zejména slovo „*including*“, tedy „*zejména*“; dále viz UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, čl. 150

Pomoc přitom spočívá v možnosti přerušit exekuce, zmocnit zahraničního správce ke správě či prodeji majetku dlužníka, který podléhá zkáze nebo jemuž hrozí znehodnocení či je jinak ohrožen, případně v dalších opatřeních podle čl. 21 Vzorového zákona, přičemž za zmínku stojí zejména odkaz na odst. 1 písm. g) uvedeného ustanovení, jakousi „zbytkovou klauzuli“ umožňující jakoukoliv další pomoc dostupnou podle ustanovení příslušného státu.

V praxi se jeví být obvyklým důvodem pro poskytnutí pomoci podle čl. 19 právě potřeba ochrany majetku. Zahraniční správce si přitom nemusí být jist, zda a kde přesně se věci nacházejí – v tomto směru bylo modelově postupováno ve věci *Williams v. Simpson*¹⁹⁰. Bylo vyhověno žádosti anglického správce ohledně vydání příkazu k zajištění konkrétních věcí, zákazu dlužníkovi nakládat s těmito věcmi a výslechu dlužníka. Soud dospěl k závěru, že by smyslu zákona neodpovídal postup, pokud by se soud omezil pouze na ty věci, ohledně nichž by byla návrhovatelem prokázána jejich existence a místo, kde se nacházejí. De facto tak soud umožnil správci nalezení věcí, o jejichž existenci měl informace a které specifikoval, na území Nového Zélandu. Naopak soud již neumožnil výslech třetích osob ohledně vlastnictví zajištěných věcí, neboť tato potřeba nebyla podle názoru soudu naléhavá. Pro úplnost je vhodné říci, že žádosti o uznání zahraničního anglického řízení nakonec nebylo vyhověno; z jiného úhlu tedy tento případ ilustruje, že zdaleka nemusí být prozatímní pomoc poskytnuta v případech, kdy uznání bude jisté. Protože dlužník neměl COMI v Anglii a v době rozhodování se na území Anglie nenacházela ani provozovna, nabízí se volně ještě další úvaha: nakolik lze čl. 19 využít jako taktický nástroj správce pro zjištění, příp. nabytí držby určitého majetku na území jiného státu. Tento nástroj je sice dočasný (viz níže), nicméně v kombinaci s dalšími vnitrostátními prostředky nabízí pro správce lákavé kombinace. Je přitom potřeba si uvědomit, že ohrožením majetku zdaleka nemusí být jen hrozba jeho fyzického znehodnocení či ztráty, nýbrž také právní nároky třetích osob v řízeních týkajících se individuálních nároků, jež v konečném důsledku ohrožují smysl a zásady insolvenčního řízení. Jako příklad lze uvést rozhodnutí ve věci *Tucker*¹⁹¹, kdy australský soud poskytl dočasnou ochranu leteckým dílům nacházejícím se v Austrálii, které byly předmětem sporu s třetí osobou. Smyslem byla tedy dočasná ochrana majetku do doby rozhodnutí o uznání zahraničního řízení.

Jako na mnoha jiných místech Vzorového zákona se klade důraz na koordinaci prozatímní pomoci s obsahem a potřebami zahraničního hlavního řízení: I kdyby byla splněna

¹⁹⁰ *Williams v. Simpson*, B.P.I.R. 938 (High Court of New Zealand, Hamilton, 17 September 2010)

¹⁹¹ *Tucker*, (2009) 76 ACSR 19; (2009) FCA 1354.

všechna shora rozebíraná kritéria, soud musí pomoc odmítnout, pokud by narušila zahraniční hlavní řízení¹⁹².

Pomoc podle čl. 19 je ze své podstaty omezena na dobu do rozhodnutí o uznání zahraničního řízení, avšak může být soudem prodloužena či rozšířena (viz čl. 21 odst. 1 písm. f) Vzorového zákona).

3.2.3.2 Pomoc vyplývající z uznání zahraničního hlavního řízení

Účinky popisované v čl. 20 odst. 1 Vzorového zákona nastupují automaticky při uznání zahraničního insolvenčního řízení. Konkrétně jde o následující účinky:

- a) je pozastaveno zahájení nebo pokračování v individuálních soudních sporech či individuálních řízeních týkajících se dlužníkovy majetku, práv, závazků nebo dluhů;
- b) je pozastaven výkon rozhodnutí proti majetku dlužníka;
- c) je pozastaveno právo převádět a zatěžovat majetek nebo jinak jím disponovat.

Zatímco pomoc podle článků 19 a 21 závisí na uvážení soudu, účinky podle čl. 21 vyplývají z uznání zahraničního řízení. Dalším výrazným rozdílem je, že zatímco pomoc podle článků 19 a 21 může být poskytnuta jak ve prospěch hlavního, tak jiného než hlavního řízení, účinky podle čl. 20 se týkají výlučně hlavního řízení.

Z čl. 20 odst. 2 vyplývá, že rozsah, změny a ukončení účinků uvedených v odst. 1 podléhají výjimkám a omezením vyplývajícím z národního právního řádu. Takové výjimky mohou být vymezeny podle různých kritérií, věcně s ohledem na typ nároků či transakcí např. takto:

- výkon nároků zajištěných věřitelů,
- platby prováděné v rámci běžného obchodního styku,
- řízení ohledně nároků vzniklých po zahájení insolvenčního řízení nebo po uznání zahraničního hlavního řízení,
- dokončení operací na veřejných finančních trzích¹⁹⁵.

Některé právní řády mohou obsahovat výjimky ve prospěch určitých typů subjektů. Tak např. v právu Spojených států jsou to vládní subjekty s kompetencemi regulátora či kompetencemi vyšetřovacími. Naopak zásadně nejde o subjekty chránící práva soukromých

¹⁹² UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 19 odst. 4.

¹⁹⁵ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, čl. 165.

věřitelů. Ve věci Nortel Networks Corporation¹⁹⁴ dospěly americké soudy k závěru, že takovým subjektem nebyl regulátor dozorující anglický penzijní fond snažící se domoci žalobou prostředků ušlých fondu, neboť tak činil v zájmu privátních věřitelů fakticky jako zmocněnec za účelem vymožení prostředků, nikoliv na ochranu veřejného zájmu.

Účinek spočívající v pozastavení řízení zřejmě míří jen na spory, které se týkají majetku nacházejícího se na území uznávajícího státu. K uvedenému závěru dospěl americký soud ve věci JSC BTA Bank¹⁹⁵ za situace, kdy rozhodčí řízení bylo zahájeno sice po zahájení insolvenčního řízení, ale právo určené podle COMI dlužníka vedení takového řízení nebránilo a dlužník se řízení bez námitek účastnil. Totéž by se týkalo nároků vzniklých až po uznání zahraničního řízení.

Vzorový zákon se vypořádává rovněž s otázkou, zda účinky uvedené v odst. 1 znemožňují zahájení insolvenčního řízení v uznávajícím státě. Jak je zřejmé z čl. 20 odst. 4 Vzorového zákona, není tomu tak a kdokoliv včetně zahraničního správce může takové řízení zahájit a přihlásit v něm pohledávky. Vznik takové situace je Vzorovým zákonem předvídan a upraven v části týkající se souběžných řízení.

3.2.3.3 Pomoc po uznání zahraničního řízení

Lze konstatovat, že jde o klíčové ustanovení celého Vzorového zákona. Z formulace čl. 21 odst. 1 Vzorového zákona („... může ... poskytnout jakoukoliv přiměřenou pomoc, včetně...“) lze vyvodit dva základní znaky tohoto typu pomoci:

- její poskytnutí závisí na uvážení soudu;
- výčet obsažený v čl. 21 odst. 1 je pouze demonstrativní.

Demonstrativní výčet zahrnuje následující výslovně uvedené typy pomoci:

- a) odklad zahájení nebo pokračování individuálních soudních sporů nebo individuálních řízení týkajících se dlužníkovy majetku, práv, závazků nebo dluhů, a to v rozsahu, ve kterém nebyly pozastaveny podle čl. 20 odst. 1 písm. a) Vzorového zákona;
- b) odklad exekuce na dlužníkův majetek v rozsahu, ve kterém nebyla pozastavena podle čl. 20 odst. 1 písm. b) Vzorového zákona;

¹⁹⁴ Nortel Networks Corp., 669 F.3d 128 (3d Cir. 2011).

¹⁹⁵ JSC BTA Bank, 434 BR 334 (Bankr. S.D.N.Y. 2010).

- c) pozastavení práva převádět, zatěžovat nebo jinak disponovat s jakýmkoliv majetkem dlužníka v rozsahu, ve kterém nebylo toto právo pozastaveno podle čl. 20 odst. 1 písm. c) Vzorového zákona;
- d) provádění výslechů svědků, provádění důkazů nebo doručování informací týkajících se dlužníka majetku, záležitostí, práv, závazků a dluhů¹⁹⁶;
- e) svěřeni správy nebo zpeněžení celého nebo části dlužníka majetku, který se nachází v tomto státě, zahraničnímu správci nebo jiné osobě určené soudem;
- f) rozšíření pomoci poskytnuté podle čl. 19 odst. 1 Vzorového zákona;
- g) poskytnutí jakékoliv další pomoci dostupné správci podle práva uznávajícího státu.

Velmi silným nástrojem, který může dát soud uznávajícího státu zahraničnímu správci, je z čl. 21 odst. 2 Vzorového zákona vyplývající oprávnění pověřit zahraničního správce rozdělením celého nebo části dlužníka majetku umístěného v tomto státě. Toto ustanovení de facto doplňuje odst. 1 písm. e), přičemž podmínkou je dostatečná ochrana zájmů věřitelů v uznávajícím státě.

Čl. 21 odst. 3 Vzorového zákona zužuje rozsah pomoci v případě, kdy jde o jiné než hlavní řízení. Jde-li o pomoc vztahující se k jinému než hlavnímu řízení, měla by se vztahovat pouze k majetku, který má být spravován v tomto řízení. Podobně žádá-li zahraniční správce informace týkající se záležitostí jiného než hlavního řízení, neměl by rozsah těchto informací přesahovat rámec nezbytný pro takové řízení. Cílem je tedy zabránit příliš širokému přenosu pravomocí či informací nad rámec nezbytný pro dosažení cíle jiného než hlavního řízení.

Způsob, jakým soudy čl. 21 aplikují, lze ilustrovat na několika praktických příkladech, které otestovaly meze uvedeného ustanovení.

Ve věci *Rubin v. Eurofinance SA*¹⁹⁷ se americký správce snažil dosáhnout nejen uznání amerického insolvenčního řízení jako takového, ale také výkonu rozsudku, kterým byla Eurofinance SA uznána odpovědným za dluhy dlužníka z amerického insolvenčního řízení. Řízení bylo bez problémů uznáno jako zahraniční hlavní řízení, avšak výkon rozhodnutí byl odmítnut. Po víceúrovňovém odvolacím řízení byla tato rozhodnutí potvrzena s tím, že čl. 21 a 25 řeší procesní otázky, avšak neumožňují implicitně výkon zahraničního soudního

¹⁹⁶ V zemích, jejichž procesní právo to umožňuje, může jít i o tzv. „*discovery proceedings*“; v tomto směru viz CLARK, A., McDERMOTT, M., *Managing and Funding Multi-Jurisdictional Litigation in Distressed Situations*, str. 17.

¹⁹⁷ *Rubin v. Eurofinance SA*, first instance: (2009) EWHC 2129 (Ch), on appeal: (2010) EWCA Civ 895, second appeal: (2012) UKSC 46.

rozhodnutí proti třetí osobě. Jinými slovy lze říci, že bylo negativně vymezeno, co předmětem pomoci podle čl. 21 být nemůže.

Jak bylo rozebíráno již výše v jiných souvislostech, problematické jsou pravidelně situace, kdy zahraniční právní řád zachází s některými věřiteli odlišně a poskytuje jim výhody, které nejsou obvyklé v právním řádu uznávajícího soudu a mohou být vnímány jako porušení základních zásad kolektivního insolvenčního řízení. V kontextu čl. 21 je v tomto směru ilustrativní věc *HIH Casualty and General Insurance Ltd*¹⁹⁸, v níž šlo o to, zda lze vydat majetek z Anglie do australského insolvenčního řízení za situace, kdy australské právo upřednostňovalo při uspokojení z výtěžku prodeje majetkové podstaty věřitele, kteří poskytovali pojišťovně zajištění (zajišťovně), přičemž anglické právo takové zvýhodnění nezná. V prvním stupni vedl tento rozdíl k odmítnutí vydání věcí, ve druhém stupni však bylo rozhodnutí změněno tak, že vydání bylo možné. Důvodů bylo několik, avšak za nejvýstižnější považuji závěr, že rozdíl mezi právními úpravami není takového druhu, aby se přičil základním zásadám veřejného pořádku.

I v diskusi o čl. 21 se projevuje další z prvků trvale přítomného napětí mezi prostředky pomoci vyplývajícími ze Vzorového zákona a potřebou ochrany věřitelů. Pokud se požadovaný prostředek dostane do rozporu se zájmy věřitelů, tyto zájmy pravidelně v úvaze soudu převáží, a to zejména na obsah čl. 22 rozebíraného níže. Za pozornost však stojí i způsob, jakým soudy nakládají se samotným čl. 21 odst. 1, při jehož interpretaci hraje faktor ochrany věřitelů větší roli, než by se mohlo zdát. Výše bylo rozebíráno, že výše prostředků pomoci je pouze demonstrativní a může zahrnovat v podstatě neomezené množství na míru případu připravených prostředků. Nelze však přehlédnout formulaci obsaženou v písm. g), tedy jakékoliv další pomoci dostupné správci podle práva uznávajícího státu. Na první pohled je zřejmé, že relevantní se stává otázka, jaké jsou prostředky dostupné správci v uznávajícím státě a pokud jsou požadovány prostředky jiné, musí být zvažována celá řada navzájem se vyvažujících faktorů. Jako konkrétní příklad ozřejmující uvedenou poněkud abstraktní úvahu lze uvést případ *Vitro*¹⁹⁹, týkající se reorganizace největšího sklářského výrobce v Mexiku. V rámci schváleného reorganizačního plánu zanikly některé nezajištěné závazky a rovněž závazky ručitelů. Problém byl ovšem v tom, že šlo o věřitele ze Spojených států, kde se nacházela část majetku tohoto dlužníka. Mexické insolvenční řízení bylo uznáno jako hlavní zahraniční řízení, ale když pak mexický správce usiloval o zamezení žalobám ve Spojených

¹⁹⁸ *HIH Casualty and General Insurance Ltd*, (2005) EWHC 2125; first appeal (2006) EWCA Civ 732, second appeal: *Mc Grath v Riddle* (2008) UKHL 21.

¹⁹⁹ *Vitro S.A.B. de C.V.*, 701 F.3d 1031 (5th Cir. 2012).

státech, byla pomoc odmítnuta právě na základě toho, že čl. 21 odst. 1 a 2 výslovně neumožňují, aby byly závazků zbaveny osoby odlišné od dlužníka (v daném případě ručitelé – jiné společnosti téhož koncernu) a ve Spojených státech je taková varianta nemožná, v některých případech i zakázaná. Poskytnutí pomoci na základě „záchytného“ článku 7 Vzorového zákona bylo odmítnuto proto, že správce neprokázal existenci mimořádných podmínek, které by její poskytnutí umožňovaly.

3.2.3.4 Ochrana zájmů věřitelů

Výše rozebíraný princip „*comity*“ při poskytování pomoci podle Vzorového zákona, tedy v zásadě co nejširší respektování zahraničního právního řádu s určitým nadhledem nad úzký rámec národního právního řádu, má ovšem své limity. Těmi jsou zejména konkrétní materiální zájmy subjektů ze státu, který pomoc poskytuje. Ustanovení čl. 22 odst. 1 Vzorového zákona výslovně soudu ukládá, aby dbal při poskytování pomoci na ochranu zájmů věřitelů a dalších dotčených osob. A contrario, pokud by konkrétní pomoc měla takové zájmy ohrozit, nemůže ji soud poskytnout. Jinými slovy, soud musí usilovat o nalezení rovnováhy mezi zájmy zahraničního správce na straně jedné a věřitelů či jiných dotčených osob na straně druhé.

Způsob, jakým soudy uvedenou rovnováhu hledají, poučně ilustruje rozhodnutí ve věci *Sivec*²⁰⁰. Italská reorganizace byla uznána jako zahraniční hlavní řízení ve Spojených státech. Současně americký soud na žádost italského správce modifikoval automatické účinky uznání, konkrétně pozastavení soudních řízení, neboť italský správce vymáhal pohledávku po americkém subjektu. Následně ovšem proběhla mezi správcem a uvedeným subjektem dvě soudní řízení, přičemž v jednom byl úspěšný správce a ve druhém ona americká společnost. Tím se stala věřitelem a její zájmy musel americký soud ve smyslu čl. 22 zohledňovat. Věřitel se domáhal umožnění započtení pohledávek z obou řízení, italský správce naproti tomu pouze výkonu rozhodnutí, z něhož měl pohledávku za věřitelem. Klíčovou skutečností bylo, že americký věřitel již nemohl přihlásit svou pohledávku v italském insolvenčním řízení, neboť uplynula lhůta pro přihlášení pohledávky. Současně podle názoru amerického soudu neunesl italský správce důkazní břemeno o tom, že italský proces byl řádný a transparentní. Americký soud proto přiznal americkému věřiteli právo započítat obě pohledávky. Lze odhadovat, že pokud by namísto italského správce byl v totožné situaci správce český, potýkal by se stejnými

²⁰⁰ *Sivec Srl*, 476 B.R. 310 (Bankr. E.D. Okla. 2012).

problémy (velmi snadno si lze představit, že pravděpodobnost nepodání přihlášky americkým věřitelem v českém řízení by byla vysoká).

Opačným příkladem, kdy naopak princip „comity“ převážil nad údajným zájmem věřitele, bylo rozhodnutí ve věci *SNP Boat Service, S.A. v. Hotel le St. James*²⁰¹. Francouzské insolvenční řízení bylo uznáno ve Spojených státech a v souvislosti s tím byl pozastaven prodej majetku na území Spojených států, který zde probíhal na návrh kanadského věřitele. Nebyl ale povolen převoz věcí do Francie a prodej byl vázán na souhlas amerického soudu. Francouzský správce se domáhal povolení vydání do Francie, což soud prvního stupně odmítl, nicméně odvolací soud rozhodnutí změnil. Zajímavou myšlenkou obsaženou v odůvodnění rozsudku přitom bylo, že soud je sice oprávněn zkoumat, zda jsou v obecné rovině chráněny zájmy věřitele v zahraničním řízení, ale nebude se zabývat individuálním posuzováním ochrany zájmů konkrétního věřitele v konkrétním zahraničním řízení. Tím je tedy vymezen rámec zkoumání ochrany zájmů věřitele do roviny posouzení obsahu zahraniční právní úpravy, nikoliv však konkrétního způsobu, jakým je zahraniční řízení cizím soudem vedeno.

Zdá se, že problémy související s převozem věcí do státu zahraničního řízení je vhodnější eliminovat tím, že správce s nimi nakládá ve státě uznání zahraničního rozhodnutí; pak dokonce nemusí být ani problém umožnit správci nakládání s věcmi třetích osob, děje-li se tak způsobem aprobovaným zákonem. Jako příklad lze uvést rozhodnutí ve věci *Lee*²⁰², kdy správce z Hongkongu žádal o umožnění převzetí držby a nakládání s majetkem nacházejícím se na území Spojených států, jehož vlastníkem byl dlužník tohoto dlužníka z Hongkongu. Správce argumentoval tím, že mu to relevantní právo hmotněprávně umožňuje a že bude respektovat jakákoliv omezení převoditelnosti. Soud dospěl k závěru, že správce unesl důkazní břemeno ohledně toho, že zájmy věřitelů i dlužníků budou chráněny a naopak dlužník ve Spojených státech neunesl důkazní břemeno ohledně absence dostatečné ochrany jeho zájmů. Převzetí držby proto povolil.

²⁰¹ *SNP Boat Service, S.A. v. Hotel le St. James*, first instance: 435 B.R. 446 (Bankr. S.D. Fla. 2011); on appeal: 483 B.R. 776 (S.D. Fla. 2012).

²⁰² *Re Lee*, 472 B.R. 156 (Bankr. D. Mass. 2012).

3.2.4 Spolupráce a koordinace postupu soudů a správců různých států

3.2.4.1 Principy spolupráce a přímé komunikace soudů a správců

Vzorový zákon je založen na myšlence maximálně efektivní přeshraniční spolupráce mezi soudy a správci. Tento základní princip vyplývá jasně už z preambule Vzorového zákona, zejména z písm. a). Rozhodně nemá jít a nejde o samoučelnou abstraktní ideu, nýbrž o praktický nástroj k dosažení cílů insolvenčního řízení. Spolupráce umožňuje a často i podmiňuje dosažení dalších cílů stanovených preambulí, jmenovitě ochranu a maximalizaci hodnoty dlužníkovy majetku (písm. d) a podporu při záchraně podniků ve finančních potížích, a tím i ochranu investic a zachování pracovněprávních vztahů (písm. e).

Klíčová ustanovení týkající se spolupráce jsou obsažena v čl. 25–27 Vzorového zákona. Na první pohled by se mohlo zdát zbytečné věnovat několik ustanovení spolupráci, když stejně je popsán rámec jen demonstrativní. Na pozadí je však velmi praktická úvaha, že je nutno překonat naprostý nedostatek uspokojivých vnitrostátních norem upravujících spolupráci mezi soudy, což je zejména důležité v těch právních řádech, jež nedávají prostor soudcům k možnosti působit mimo rámec, který jim výslovně umožňuje zákonná úprava²⁰⁵. Není potřeba velké obrazotvornosti, aby bylo jasné, že tato úvaha je ve vztahu ke kontinentálnímu evropskému právu a tím spíše právu východoevropskému více než aktuální. S určitou nadsázkou lze říci, že není-li myšlenka spolupráce přirozeným výsledkem aplikace práva soudem při přeshraniční insolvenční, nezbyvá než ji relevantním subjektům oktrojovat.

Část Vzorového zákona týkající se spolupráce je z evropského pohledu mimořádně zajímavá i z jiného důvodu: Nařízení se komunikací mezi soudy nezabývá. Povinnosti jsou přenášeny na správce v hlavních a vedlejších řízeních (viz čl. 31 Nařízení) a míří poněkud zúženě především na respektování zájmů správce v hlavním řízení ze strany správce řízení vedlejšího. Lze však pochybovat, zda je takový rámec dostatečný, neboť se zcela pomíjí praktická forma komunikace mezi soudy, která může být s ohledem na pravomoc jim svěřenou nezastupitelná. Bez možnosti modelovat průběh více přeshraničních řízení úzkou spoluprací soudců se razantně snižuje efektivnost postupu.

Dále je vhodné si povšimnout formulací použitých v čl. 25–27 v tom smyslu, že poskytnutí pomoci není vázáno na podání žádosti o uznání zahraničního řízení ve státě pomoc poskytujícím. Spolupráce může být proto poskytnuta ve velmi raných stádiích insolvenčního řízení. Tím, že není odkazováno na zahraniční řízení ve smyslu čl. 2 Vzorového zákona, se

²⁰⁵ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, čl. 189.

současně otevírá cesta k pomoci v takových řízeních, která nesplňují parametry hlavního či jiného než hlavního řízení a vycházejí pouze z existence majetku nacházejícího se na území určitého státu (aniž by šlo o provozovnu).

Čl. 25 a 26 odkazují na čl. 1 Vzorového zákona, který nijak nepodmiňuje poskytování spolupráce tím, že by muselo jít o stát, jenž přijal Vzorový zákon. Takový požadavek nelze dovodit ani z definic pojmů „zahraniční soud“ a „zahraniční správce“ obsažených v čl. 2 Vzorového zákona. Jak při vznášení požadavků na přeshraniční pomoc, tak při jejím poskytování se proto soud nemusí cítit svazován zkoumáním praxe v druhém státě, neboť dostatečný rámec pro jeho postup mu dává národní zákonodárce tím, že převzal Vzorový zákon.

Velmi účinným nástrojem ideálním k dosažení cílů přeshraničního insolvenčního řízení, který je prakticky nepředstavitelný bez úzké a na míru případu „šité“ spolupráce zúčastněných soudů, jsou přeshraniční insolvenční dohody²⁰⁴.

Modelovým příkladem spolupráce je kauza Maxwell Communication²⁰⁵, kde bylo přeshraniční insolvenční dohody dosaženo úzkou spoluprací soudů ze Spojených států a Anglie. V novějším případě PSI Net Inc²⁰⁶ zahrnovala řízení nejen telekonference, ale také videokonference včetně společných výslechů svědků kanadskými a americkými soudy, a to při respektování procesních předpisů obou zemí. Výslechy byly prováděny současně, ale v těch částech, které se týkaly pouze práva konkrétního státu, nezasahovali soudci a strany z druhého státu do průběhu jednání. Poté bylo jednání odročeno, soudci z obou zemí prodiskutovali věc ještě telefonicky a pak každý ve svém řízení vynesl rozhodnutí²⁰⁷. Nebylo tedy pochyb o tom, že každý z nich rozhodoval nezávisle, pouze ve vztahu ke svému řízení.

Formou pomoci však může být i to, že soud jednoho státu určité rozhodnutí neučiní v zájmu zabránění konfliktu v přeshraničním řízení. Ve věci Perpetual Trustee Company Ltd v Lehman Bros. Special Financing Inc.²⁰⁸ tak anglický soud popsal americkému soudu svůj postup a požádal americký soud, aby nevydával určité příkazy, které by mohly být v rozporu se stavem řízení v Anglii. Americký soud poté vydal rozhodnutí, v němž deklaroval své stanovisko, avšak nezavazoval strany k okamžitému postupu v souladu s tímto stanoviskem,

²⁰⁴ Podrobněji k přeshraničním insolvenčním dohodám viz kapitola 4.2.4.3 této práce.

²⁰⁵ Maxwell Communication Corp., 93 F.3d 1036 (2nd Cir. 1996).

²⁰⁶ PSI Net Inc., Ontario Superior Court of Justice, Toronto, No. 01-CL-4155 (10 July 2001) a the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, No. 01-13213 (Bankr. S.D.N.Y. July 10, 2001).

²⁰⁷ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, par. 196-197.

²⁰⁸ Perpetual Trustee Company Ltd v Lehman Bros. Special Financing Inc., (2009) EWHC 2953.

čímž zamezil konfliktu s anglickým řízením a vytvořil časový prostor pro postup v anglickém řízení. Z opačného pohledu pak ve věci *Lehman Brothers Australia Limited*²⁰⁹ australský soud odmítl žádost likvidátorů australského subjektu, aby komunikoval s americkým soudem v určité záležitosti, a to z důvodu, že by tím ovlivňoval rozhodnutí amerického soudu a že by navržená komunikace byla americkým soudem vnímána jako nepřípustné zasahování do jeho pravomoci. Současně o tomto postupu australský soud vyrozuměl soud americký.

3.2.4.2 Jednotlivé formy spolupráce

Ustanovení čl. 27 popisuje jednotlivé formy spolupráce mezi soudy a správci různých států. Lze konstatovat, že právě uvedené ustanovení je stále extenzivněji interpretováno jako nástroj rozvíjení i těch typů spolupráce, které lze z textu zákona dovodit pouze nepřímou. V tomto směru klíčovou částí uvedeného ustanovení je čl. 27 písm. d) týkající se dohod o koordinaci řízení prostřednictvím soudů. Očima kontinentálního právníka je uvedené ustanovení využito velmi široce v tom smyslu, že předmětem dohod se stávají otázky pokrývající nikoliv pouze procesní postup, nýbrž i hmotněprávní práva a povinnosti. Těmito skrytými „vrátky“ uvedeného nenápadného ustanovení lze na první pohled netušeným způsobem rozšířit záběr spolupráce vyplývající ze Vzorového zákona o celou řadu oblastí, které nejsou textem zákona pokryty výslovně.

3.2.4.2.1 Čl. 27 písm. a): Jmenování osoby jednající podle pokynů soudu

Soud může jmenovat osobu k usnadnění koordinace insolvenčních řízení, typicky jako zprostředkovatele kontaktu mezi soudy, sjednání a provádění insolvenčních dohod, sladování obsahu rozhodnutí atd. Ve věci *Maxwell*²¹⁰ byl např. jmenován vykonavatel pro usnadnění koordinace různých řízení, ve věci *Nakash*²¹¹ vykonavatel pro přípravu insolvenční dohody a ve věci *Matlack*²¹² osoba pro zajištění informovanosti soudu, zejména informací o stavu zahraničních řízení.

Přestože předmětné ustanovení Vzorového zákona může v evropském kontextu působit neobvykle, v novém kontextu vymezeném Nařízením II, EU JudgeCo Principles a EU JudgeCo Guidelines zjevně nalezne analogii. Podle čl. 17.1. EU JudgeCo Principles by měl soud

²⁰⁹ *Lehman Brothers Australia Limited*, (2011) FCA 1449.

²¹⁰ *Maxwell Communication Corp.*, 93 F.3d 1036 (2nd Cir. 1996).

²¹¹ *Nakash*, United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 94 B 44840 (23 May 1996).

²¹² *Matlack Inc.*, Superior Court of Justice of Ontario, Case No. 01-CL-4109.

zvážít jmenování jednoho nebo více nezávislých zprostředkovatelů k zajištění průběhu řízení v souladu s těmito principy. Role zprostředkovatelů by měla být vymezena protokolem nebo rozhodnutím soudu. Jako důvod takového opatření bývá uváděno, že soud může mít jiné priority než přímou koordinaci řízení s jiným soudem, nehledě na nedostatek času soudce. Důvodem však může být také komplikovanost a komplexnost případu, jako více různých jazyků v různých řízeních²¹⁵, větší počet paralelních řízení (ve věci *Madoff* byly nuceny kooperovat soudy z osmi různých zemí, ve věci *Lehmann Brothers* soudy z patnácti různých zemí!), nedostupnost nebo nedostatečnost komunikačních prostředků soudu, ale také přání soudu zachovat si odstup a absolutní nezávislost zejména v případech protichůdných zájmů insolvenčních správců²¹⁴.

Mezi důvody, které naopak vybízejí k opatrnosti při úvaze soudu o potřebě zprostředkovatele, bývá uváděno, že při stále se zvyšující odborné úrovni insolvenčních správců by prostě nemuselo být nutné ustanovovat ještě zprostředkovatele a že by tuto roli dokázali sehrát i správci, a rovněž vnesení další úrovně komunikace, která s sebou zákonitě může nést možnosti dalších konfliktů zejména mezi zprostředkovateli a správci²¹⁵.

3.2.4.2.2 Čl. 27 písm. b): Předávání informací jakýmkoliv prostředky, které soud považuje za vhodné

Vzorový zákon nepopisuje detaily komunikace mezi soudy a správci. Klíčovou myšlenkou je, že komunikace má probíhat přímo, bez složitých tradičních postupů typických pro žádosti o právní pomoc, neboť v insolvenčních řízeních je důraz kladen na rychlost²¹⁶. Pravidelná a transparentní komunikace je nástrojem, který umožňuje vyvarovat se soudních sporů souvisejících s insolvenčními řízeními, které by mohly být iniciovány např. věřiteli z toho důvodu, že jejich nároky budou při celkovém pohledu na všechna relevantní insolvenční řízení uspokojeny nespravedlivě ve srovnání s jinými věřiteli apod.

Komunikace může probíhat výměnou dokumentů nebo ústně. Prostředky komunikace jsou neomezené, např. e-mail, telefon, videokonference. Komunikace může být vedena přímo mezi soudci, mezi osobami jmenovanými podle čl. 27 písm. a) nebo mezi insolvenčními

²¹⁵ Ochota k jazykové unifikaci řízení je na úrovni států v zásadě nízká; např. v prosinci 2013 byl slovinskému parlamentu předložen návrh na novelizaci čl. 473a slovinského insolvenčního zákona spočívající v zavedení angličtiny jako druhého rovnocenného jazyka v přeshraničních insolvenčních řízeních vedle slovinštiny, avšak parlamentem byl zamítnut. *in* WESSELS, B., *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles*, str. 76, pozn. pod čarou č. 103.

²¹⁴ WESSELS, B. (Ed.), *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles*, str. 83.

²¹⁵ *Ibid.*, str. 83.

²¹⁶ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 19.

správci. Je nutno v každém konkrétním případě pečlivě zvážit a odůvodnit, zda má být komunikace vedena pravidelně nebo pouze v nutné míře, zda se může týkat jen procesních či také hmotněprávních otázek, zda může soudce prosazovat realizaci konkrétního postupu. Otázkou je, zda musí být komunikace vedena ve všech případech přeshraniční insolvence, nebo zda existují výjimky. Na pozadí je především problém akceptovatelnosti komunikace ex parte, tedy s vyloučením některé strany²¹⁷. Podle možností by proto měli být zúčastněné subjekty a jejich právní zástupci informováni o provádění komunikace a měla by být umožněna jejich účast.

Příkladem pokusu o hlubší rozpracování konkrétních zásad komunikace soudů v přeshraničních věcech jsou Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases ve vztahu mezi členskými státy NAFTA²¹⁸ a zcela nově pak v evropském kontextu EU JudgeCo Guidelines.

3.2.4.2.3 Čl. 27 písm. c): Koordinace správy a dozoru nad dlužníkovým majetkem a jeho záležitostmi

Tento typ spolupráce může umožnit zjištění, kde se nalézá majetek dlužníka, určení osob odpovědných za hospodaření s tímto majetkem, práva rozhodného pro toto nakládání, sdílení odpovědnosti za správu a dozor apod.

Na tomto místě je vhodné připomenout, že smyslem insolvenčního řízení by mělo být maximalizovat uspokojení pohledávek věřitelů. Jak bylo rozebíráno v části 2. této práce, tento princip je sice přirozený na národní úrovni, ale zdaleka ne samozřejmý na úrovni mezinárodní. Kromě toho jde pouze částečně o problém právní; do značné míry musejí být aplikovány především standardní ekonomické postupy a analýzy, které však mohou být v určitém napětí vůči často rigidním postupům národních soudů. Jinými slovy je nutný aktivní a kvalifikovaný management přeshraničního případu jako celku. K dosažení tohoto cíle je podle mého přesvědčení nutno vytvořit určitý rámec, v němž mohou být tyto jinak standardní postupy aplikovány. Velmi nadějným směrem se v tomto smyslu jeví aplikace EU JudgeCo Principles. Princip 21 výslovně zmiňuje, že soudy, správci, dlužník a další účastníci řízení by měli kooperovat při jakýchkoliv dispozicích s majetkem dlužníka za účelem dosažení maximální agregované hodnoty aktiv dlužníka jako celku, a to na nadnárodní úrovni.

²¹⁷ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 20.

²¹⁸ Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases, As Adopted and Promulgated in Transnational Insolvency: Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries, The American Law Institute in association with The International Insolvency Institut, Washington D.C., 2000.

Rozhodnutí soudu týkající se zpeněžení majetku by měla respektovat princip dosažení co nejvyšší celkové hodnoty pro všechny věřitele.

Z hlediska řízení celého procesu je pak potřeba zmínit Princip 5 JudgeCo Principles nadepsaný „Case Management“, který jako nástroj koordinace a harmonizace vnímá aktivní řízení a v čl. 5.2 uvádí demonstrativní výčet opatření nezbytných k dosažení tohoto cíle. V širším slova smyslu by řádný case management měl pokrývat následující okruhy otázek²¹⁹:

- identifikace všech problematických témat v co nejčasnější fázi řízení,
- vytvoření nástrojů pro kooperaci správců při řízení dlužnickových záležitostí,
- rychlá identifikace otázek, které je potřeba podrobněji analyzovat,
- plánování a fixování časových limitů ve všech řízeních,
- poměrování očekávaných výnosů plánovaných transakcí s předpokládanými náklady,
- vydávání příkazů směřujících k rychlému a efektivnímu postupu řízení,
- sdílení dat, z nichž vychází rozhodování správců,
- zpětná kontrola porozumění komunikovaných záležitostí,
- zohlednění zájmů všech subjektů včetně zahraničních soudů,
- rychlé dosažení shody v otázkách jurisdikce, aplikovatelného práva a předběžných opatření,
- koordinace otázek souvisejících s dokazováním, zejména dostupnost, zajištění, sdílení důkazů,
- včasná identifikace otázek, které budou předmětem soudních sporů, včetně určení odpovědnosti za řešení těchto otázek.

3.2.4.2.4 Čl. 27 písm. d): Schvalování a provádění dohod upravujících koordinaci řízení

Tento rychle se rozvíjející způsob spolupráce je pro rozsáhlost rozebrán samostatně podrobně v části 3.2.4.3 této práce.

3.2.4.2.5 Čl. 27 písm. e): Koordinace souběžných řízení týkajících se téhož dlužníka

Opatření mohou zahrnovat např. nezahajování insolvenčního řízení v určitém státě, přerušování řízení či naopak pokračování v přerušovaném řízení, ale také provádění společných výsledků, koordinaci obsahu reorganizačních plánů v různých státech, a to např. i společným projednáváním s věřiteli, koordinací schvalování plánu apod.²²⁰ Otázka souběžných řízení jako takových je pak pojednána níže v rámci rozboru kapitoly V Vzorového zákona.

²¹⁹ WESSELS, B. (Ed.), *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles*, str. 58.

²²⁰ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 23.

3.2.4.2.6 Čl. 27 písm. f): Jiné formy spolupráce

Jako příklad jiné formy spolupráce lze uvést snahu koordinací postupu se vyhnout aplikaci některých tradičních postupů, jež násilně upřednostňují domácí řízení před zahraničním, typicky formou anti-suit injunction, kterým se účastníkovi zakazuje zahájit nebo pokračovat v zahraničním řízení. Preferován by měl být naopak takový postup, který povede k výběru vhodného fóra dohodou. To pak v důsledku znamená, že jeden soud odkáže v určité věci na rozhodnutí soudu druhé země. Tím však nemá být insolvenčním správcům bráněno v tom, aby se sami rozhodli, zda forma pomoci postačuje nebo zda se budou přímo účastnit řízení v druhém státě²²¹.

Jako velmi přínosná se jeví také možnost koordinovat přezkoumání a uznání pohledávek věřitelů v jednotlivých řízeních, jejichž okruh může být podobný. Koordinovat lze např. vytváření seznamu věřitelů, uznávání nároků uznaných v jednom státě také v druhém státě apod.

3.2.4.3 Přeshraniční insolvenční dohody

3.2.4.3.1 Důvody uzavírání dohod a dosavadní praxe

Jedním z přitažlivých aspektů aplikace Vzorového zákona je flexibilita, s jakou jsou jeho ustanovení interpretována jak ze strany soudů, tak ze strany samotného UNCITRAL. Na příkladu přeshraničních insolvenčních dohod lze ilustrovat a pochopit způsob, jakým se UNCITRAL pokouší zajistit svému „produktu“, míněno Vzorovému zákonu, úspěch a atraktivitu. Nenápadné ustanovení čl. 27 písm. d) se využívá v návaznosti na existující institut „protokolů“, které koordinují neformálně přeshraniční insolvenční řízení extenzivním způsobem k vytvoření velmi komplexních smluvních ujednání, jež daleko překračují obvyklý způsob interpretace textu předmětného ustanovení Vzorového zákona.

Nejprve je vhodné krátce se zastavit u pojmu „protokol“, který lze chápat jako jakéhosi předchůdce dohod, přičemž hranice mezi protokoly a dohodami v mezinárodní insolvenční praxi jsou vágní. Nařízení II zmiňuje výraz „protokol“ v čl. 41 odst. 1, čl. 42 odst. 3 písm. e), čl. 57 odst. 3 písm. e). Protokol je nástrojem používaný stále především mimo evropské země²²² a může být charakterizován jako nástroj k zachycení souhlasu účastníků se sladěním

²²¹ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 24.

²²² Zejména USA a Kanada, ale v menší míře rovněž Velká Británie, Austrálie, Bahamy, Bermudské ostrovy, Britské Panenské ostrovy, Francie, Hongkong, Izrael a Švýcarsko

paralelních řízení²²³. Smyslem protokolu bylo původně zejména překonat určitou právní nebo faktickou překážku, která se vyskytla v paralelních řízeních a zachytit dohodu o způsobu překonání této překážky. Pro účely této práce je nadále používán pojem dohoda, neboť podle názoru autora přesněji vyjadřuje potřebu konsenzu účastníků řízení.

Smyslem přeshraničních insolvenčních dohod je především usnadnění průběhu insolvenčních řízení vedených ohledně téhož dlužníka v různých státech, přičemž způsobem je spíše harmonizace procesních postupů než hmotněprávních otázek. Smyslem je také ochrana základních práv stran vyplývajících z národních právních řádů, aby se tak zabránilo soudním sporům a eliminovaly náklady s nimi spojené. Strany se tak mohou soustředit na průběh samotného řízení a nejsou nuceny vynakládat příliš velkou energii na analýzu kolizních ustanovení²²⁴.

Jako příklad cílů, které mohou být uvedenými dohodami řešeny, bývají uváděny např. následující:

- zvýšení jistoty a efektivnosti při řízení a správě řízení,
- pomoci při vyjasnění očekávání stran,
- omezit vznik sporů a umožnit jejich efektivní řešení, pokud přesto vzniknou,
- předcházet konfliktu jurisdikcí,
- usnadnit restrukturalizaci,
- pomoci ušetřit náklady spojené se soutěží o aktiva majetkové podstaty,
- napomáhat v prohloubení vzájemného respektu mezi soudy různých států,
- napomáhat k prohloubení spolupráce mezi soudci a insolvenčními správci,
- přispívat k maximalizaci hodnoty majetkové podstaty²²⁵.

Z dosavadních případů přeshraničních insolvenčních dohod lze rovněž dovodit okolnosti, za kterých je použití přeshraničních insolvenčních dohod možné, žádoucí a obvyklé²²⁶:

- a) přeshraniční insolvenční řízení se značným množstvím mezinárodních prvků, např. majetek umístěný v různých státech,

²²³ viz např. pravidlo 2.1 CoCo Guidelines; uvedená definice pak viz odst. 31 Explanation to the CoCo Guidelines.

²²⁴ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 28.

²²⁵ *Ibid.*, str. 29.

²²⁶ *Ibid.*, str. 30.

- b) komplexní struktura dlužníka (např. podnikatelská skupina s řadou dceřiných společností),
- c) různé typy insolvenčních řízení v zúčastněných státech, např. v jednom státě reorganizace s výměnou managementu insolvenčním správcem, v jiném státě dlužník s dispozičním oprávněním, nebo kombinace likvidačního a reorganizačního typu řízení v různých státech,
- d) dostatek prostředků na pokrytí nákladů spojených s přípravou smlouvy,
- e) dostatek času pro sjednání obsahu smlouvy (absence situace, ve které jsou účastníci nuceni naléhavě rychle jednat),
- f) podobnost hmotněprávních insolvenčních ustanovení,
- g) právní nejistota ohledně určení rozhodného práva nebo soudu,
- h) existence způsobu řízení finančních prostředků, který umožní soustředit prostředky na jednom účtu pro celou podnikatelskou skupinu,
- i) prosazení insolvenčních správců náležejících do stejné mezinárodní společnosti, kteří budou působit ve shodě.

Stranami dohod bývají insolvenční správci, někdy dlužníci s dispozičním oprávněním, případně také věřitelský výbor nebo jednotliví věřitelé. Naopak není obvyklé, aby účastníky byly soudy. To samozřejmě nic nemění na případné potřebě souhlasu soudů s uzavřením dohod v souladu s národním právem.

Praxe prokázala možnost uzavírání dohod mezi státy s civilní jurisdikcí a státy common law. V případě AIOC²²⁷ byla dohoda uzavřena mezi insolvenčními správci z USA a ze Švýcarska. V případech ISA-Daisytek²²⁸, SENDO²²⁹ a Swissair²³⁰ byly uzavřeny dohody mezi správci z Francie, Německa a Švýcarska na straně jedné a správci z Velké Británie na straně druhé. Existují také příklady dohod pouze mezi zeměmi s civilistickou jurisdikcí, např. v případě EMTEC²³¹, a to mezi francouzskými a německými správci.

Ve většině případů byly dohody uzavírány ještě před zahájením insolvenčního řízení, aby tak byl dopředu vyjednáán jasný rámec pro průběh insolvenčního řízení komplikovanějších

²²⁷ United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case Nos. 96 B 41895 and 96 B 41896.

²²⁸ High Court of England and Wales, Chancery Division, Leeds.

²²⁹ High Court of Justice, Chancery Division of London, and Commercial Court of Nanterre, 2006.

²³⁰ High Court of England and Wales, Chancery Division, Case no. 03-00142-5-ATS.

²³¹ EMTEC Commercial Court of Nanterre and the Insolvency Court of Mannheim.

podnikatelských struktur. Jednání o dohodách mohou trvat řádově měsíce²⁵² a absence dostatečného času pro jednání před zahájením řízením může dosažení dohody zmařit²⁵³. Pouze v menší části případů se podařilo dosáhnout dohody v průběhu řízení²⁵⁴.

Dohody mohou mít jak ústní, tak písemnou formu. Ústní dohoda z povahy věci limituje strany pouze k postupu na bázi jednotlivých kroků, písemná umožňuje strukturovanější konsensus stran. Jestliže jsou dohody schváleny soudem formou rozhodnutí, stávají se vykonatelnými, pokud nikoliv, jsou považovány za smlouvu mezi stranami²⁵⁵. V jednom řízení může být uzavřena jak jedna dohoda, tak i více dohod, typicky v závislosti na fázi řízení a na tom, jak strany postupně dospívají ke konsenzu ohledně otázek, které jsou v dané fázi aktuální. V kauze Maxwell²⁵⁶ tak šlo nejprve o dohodu týkající se stabilizace a ochrany dlužnickových aktiv a později o dohodu týkající se rozvrhu výtěžku.

Zpravidla strany zamýšlejí, aby dohody byly pro strany závazné a vynutitelné, někdy se však omezí na deklarování rámce pro spolupráci a nepřejí si, aby dohoda obsahovala vynutitelné závazky²⁵⁷. Je obvyklé, že strany požadují schválení dohod soudem, časté jsou formulace, že účinnost dohody je vázána na souhlas soudu. Není však vyloučeno, že se soud bude zdráhat takový souhlas udělit z důvodu, že pro něj nebude spatřovat podklad v národním právu. Z praktického hlediska je vhodné souhlas získat proto, aby dohoda nebyla soudně napadnutelná účastníky řízení, kteří s jejím obsahem nesouhlasí. Obvyklý je rovněž požadavek na souhlas věřitelů, resp. věřitelského výboru či schůze věřitelů, který rovněž může být podmínkou účinnosti dohody²⁵⁸.

Strany se snaží ve smlouvách často vyjádřit, že úmyslem stran není obcházení soudu v otázkách, které spadají do jeho pravomoci, nýbrž naopak je dohoda této autoritě podřízena a v případě jejího nedodržování se strany mohou obrátit na soud. Mechanismus rozhodování sporů pak může zahrnout specifikaci konkrétního soudu, který se jimi má zabývat, případně jiný způsob řešení sporů²⁵⁹.

²⁵² Federal-Mogul Global Inc., United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 01-10578.

²⁵³ Collins & Aikman Europe, SA, the High Court of England and Wales, Chancery Division in London (2006) EWHC 1343 (Ch.).

²⁵⁴ Maxwell Communication Corporation plc., 93 F.3d 1036, 29 Bankr.Ct.Dec. 788 (2nd Cir. N.Y.).

²⁵⁵ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 36.

²⁵⁶ Maxwell Communication Corporation plc., 93 F.3d 1036, 29 Bankr.Ct.Dec. 788 (2nd Cir. N.Y.).

²⁵⁷ Lehman Brothers, United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 08-13555.

²⁵⁸ ISA-Daisytek, High Court of England and Wales, Chancery Division, Leeds; Insolvency Court of Düsseldorf.

²⁵⁹ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 40.

3.2.4.3.2 Strany, rámec a účel dohod

Stranami dohody jsou v některých případech pouze správci, ale mohou jimi být rovněž věřitelé, příp. věřitelský výbor, zajištění věřitelé i dlužník sám²⁴⁰.

Dohody mohou pokrývat velmi rozdílný okruh otázek jednak v tom smyslu, že musejí vhodným způsobem odrážet mnohdy komplikovanou strukturu činnosti dlužníka, typicky koncernové uspořádání, čímž logicky přerůstají rámec jednoho insolvenčního řízení a řeší potřebu koordinace s třetími osobami, tak na druhou stranu také mohou pokrývat různé fáze insolvenčního řízení, v jehož rámci jsou uzavírány; někdy se zabývají v podstatě všemi podstatnými otázkami řízení, jindy na takto komplexní záběr rezignují a konsenzus se týká jen určitých dílčích částí. Častá je snaha stran o definování obecných principů, kterými by byly překonány dílčí diskrepance. Obvyklá je dohoda ohledně zajištění, správy a zpeněžení dlužníkovy majetku, pravidla pro uplatňování pohledávek, jejich přezkoumávání včetně případných přednostních práv, koordinace vytváření, schvalování a provádění reorganizačního plánu, strategie v soudních sporech souvisejících s řízením, pravidla rozvrhu výtěžku zpeněžení.

Jako účel dohod bývají uváděny následující okruhy problémů²⁴¹:

- harmonizace a koordinace řízení před soudy, u kterých probíhají související řízení,
- spravedlivá, transparentní a efektivní správa insolvenčního řízení ku prospěchu všech dlužníků, všech věřitelů a dalších zúčastněných stran za účelem snížení nákladů a odstranění duplicit,
- ochrana práv a zájmů všech stran,
- prohloubení mezinárodní spolupráce a respektu k nezávislosti soudů,
- implementace základních principů řešení administrativních otázek vznikajících v průběhu přeshraniční insolvence,
- usnadnění reorganizace dlužníkovy závodu v globálním měřítku,
- ochrana integrity procesu správy,
- konzultace a poskytování informací věřitelům,
- zajištění včasného a efektivního předkládání relevantních problémů příslušným soudům,

²⁴⁰ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 41.

²⁴¹ *Ibid.*, str. 43.

- koordinace činnosti správců s cílem minimalizovat náklady a zabránit duplicitám,
- zachycení vzájemných dohod při respektování obsahu relevantních právních řádů a jednání v souladu s dohodnutými principy, jmenovitě vzájemná důvěra, povinnost sdělovat získané informace a spolupráce,
- zajištění majetku dlužníka a jeho spravedlivé rozdělení.

3.2.4.3.3 Postavení a role soudů

Jak bylo již shora rozebíráno, klíčovým principem, kterým se řídí soudy v přeshraniční spolupráci, je princip „comity“. Na jednu stranu tedy soudy souhlasí s aplikací legislativních, exekutivních nebo soudních aktů jiného státu na svém území a činí tak nikoliv z pouhé zdvořilosti či dobré vůle, nýbrž při vědomí svých mezinárodních závazků, na druhou stranu se však nevzdávají povinnosti chránit zájmy osob spadajících pod jurisdikci těchto soudů, primárně tedy vlastních občanů.

Tato zásada se pak může do obsahu dohod promítat v podobě negativního vymezení, jakým způsobem obsah dohody nesmí být interpretován; zejména že nesmí zasahovat do nezávislosti soudů, povinnosti ukládané v dohodě stranám nesmí být v rozporu s národním právem, nesmí být titulem k jednání, k němuž by jinak podle národního práva bylo zapotřebí souhlasu soudu, nesmí bránit žádné ze stran v uplatnění svých hmotněprávních nároků atd.²⁴²

Aniž by se soudy vzdávaly své nezávislosti a jurisdikce, mohou alokovat výkon některých činností a s tím související odpovědnost na jeden nebo více soudů. Takto lze alokovat typicky odpovědnost za správu a zpeněžení dlužníkovu majetku, přezkoumání a uznání pohledávek, schvalování určitých transakcí atd. Zohledněna by na druhou stranu měla být povinnost soudu, který bude uvedené činnosti vykonávat, aby zohlednil stanoviska ostatních soudů.

Nemusí jít zdaleka o konkrétní výčet, lze konstruovat také obecná vhodná kritéria, která budou zakládat pravomoc konkrétního soudu, např. schvalování smluv týkajících se zpeněžování dlužníkovu majetku bude provádět soud státu, na jehož území se tento majetek nalézá, totéž se týká správy a nakládání s tímto majetkem, otázky týkající se nároků směřujících proti dlužníkovi může řešit soud, z něhož pochází osoba uplatňující nárok či naopak soud dlužníka, může záviset na umístění provozovny nebo typu smlouvy. Ve skutečnosti jde tedy o vytváření jakýchsi kvazikolizních ustanovení na smluvní bázi

²⁴² UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 51.

aprobované soudem. Alternativou k těmto ustanovením může být společná odpovědnost soudů za určitou otázku, zejména pokud se dotýká obou států nebo třetího státu.

Co se týče přezkoumávání přihlášek pohledávek a uznávání či popírání pohledávek, lze dohodnout, že tyto úkony bude provádět pouze jeden soud, pokud nemají jasný hmotněprávní vztah k jinému státu. To je zvláště praktické v případech, kdy tytéž nároky jsou uplatňovány ve více řízeních. Lze také vymezit jen určitou skupinu nároků, které budou takto posuzovány, typicky nároky uvnitř koncernu apod.²⁴⁵

Dohody by měly upravovat způsob řešení sporů, a to jak sporů souvisejících se samotnou dohodou, tak sporů v řízeních jako takových. Jako vhodné kritérium se jeví, aby o takových sporech rozhodoval ten soud, v jehož řízení konkrétní problém vyvstal, nebo pokud se spor týká více řízení, pak ten soud, který má k tomu nejvhodnější podmínky²⁴⁴. Pravomoc soudů může být také sdílená, realizovaná prostřednictvím společných jednání. Lze konstruovat povinnost jednoho soudu rozhodnout až po konzultaci s druhým soudem, povinnost postoupit věc druhému soudu nebo povinnost vést společné řízení²⁴⁵.

Zakotvit je možné také alternativní rozhodování sporů včetně mediace a rozhodčího řízení; v takovém případě je vhodné upravit také procesní pravidla takového postupu. Lze také ustanovit zvláštní orgán (výbor) pro posuzování určitých otázek či určit rozhodčí řízení pouze pro vymezené komplikované otázky související např. s kolizními hmotněprávními ustanoveními.

Další možností je odklad rozhodnutí ze strany jednoho soudu s tím, že ten vyčká na rozhodnutí otázky soudem druhého státu a až poté pokračuje v řízení. Smyslem je samozřejmě minimalizovat rozdílný postup v obou řízeních; implicitně se předpokládá, že i když soud postupuje nezávisle, de facto bude akceptovat obsah rozhodnutí soudu druhého státu. Dohoda může zakotvit takový postup pro případ řešení úzce vymezených otázek, ale také obecně jako metodu řešení v případech, kdy je to vhodné²⁴⁶. Podobný postup lze aplikovat ve vztahu k přerušení / pozastavení řízení s tím, že soudy mnohdy nemají v národním právním řádu dostatečný podklad pro přerušení řízení či naopak akceptaci přerušení řízení v jiném státě a dohoda může tuto mezeru efektivně vyplnit. Vzorový zákon sice upravuje přerušení řízení

²⁴⁵ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 54.

²⁴⁴ Federal-Mogul Global Inc., United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 01-10578.

²⁴⁵ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 55–56.

²⁴⁶ Loewen Group Inc., United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 99-1244, the Ontario Superior Court of Justice, Toronto, Case No. 99-CL-3384.

hned v několika svých ustanoveních²⁴⁷, ale koordinace postupu se soudy v druhém státě je více než žádoucí, nehledě na to, že v druhém státě nemusí být legislativa založena na Vzorovém zákoně. Mimo rámec procesního přerušování řízení se strany mohou dohodnout, že nebudou zahajovat určitá řízení nebo iniciovat určité postupy²⁴⁸.

V návaznosti na čl. 9 Vzorového zákona může dohoda blíže upravit právo přímého přístupu správců k soudům druhého státu a může ho také rozšířit na věřitele, dlužníka, věřitelský výbor. Rozsah může být vymezen např. tak, že bude stejný, jako mají protistrany v řízení v tomto státě. Celkově jde však o velmi citlivou otázku ani ne tak z pohledu soudů, nýbrž spíše z pohledu správců. V řadě právních řádů je dostavení se k soudu („*appearance before the court*“) považována za podřízení se jurisdikci tohoto soudu. Právě proto limituje čl. 10 Vzorového zákona pravomoc soudů v tom smyslu, že samotný fakt, že zahraniční správce postupuje podle tohoto zákona vůči soudům v tomto státě, neznamená, že zahraniční správce nebo zahraniční majetek nebo záležitosti spadají pod pravomoc soudů tohoto státu v jiném ohledu než ohledně žádosti. V dohodě je třeba volit pečlivě formulace, aby uvedená výhoda nebyla dohodou eliminována. Ideální je obecně vyloučení správce z jurisdikce soudu druhého státu, naopak nevhodná je formulace, že zahraniční soud má ve vztahu ke správci jurisdikci ohledně těch věcí, v nichž se správce účastní zahraničního řízení. Posledně jmenovanou formulaci může správce vnímat jako potenciálně ohrožující a prakticky povede k vyhýbání se účasti na zahraničním řízení²⁴⁹.

Dohoda může také předjímat zahájení dalších řízení v třetích zemích a může zavázat strany, aby se snažily postupovat tak, aby postupy a zásady dohodnuté pro stávající řízení byly promítnuty také do nového řízení.

3.2.4.3.4 Rozhodné právo

Pro insolvenční řízení je typicky rozhodné *lex fori concursus*. V různých státech však existuje řada výjimek z tohoto pravidla, které mohou způsobit nejistotu a nepředvídatelnost postupu soudů z pohledu zahraničních subjektů. Zejména však pro řadu specifických otázek typických pro insolvenční řízení neexistují v národních právních řádech výslovné kolizní normy. V situaci neexistence relevantních kolizních norem je žádoucí, aby dohoda stanovila rozhodné právo např. pro zacházení s nároky, započtení, zajišťovací instrumenty, neúčinnost a odporovatelnost, správu a zpeněžení majetku, rozdělení výnosů z majetku atd. Jako vhodné

²⁴⁷ Čl. 20, 21, 28, 29 Vzorového zákona.

²⁴⁸ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 60.

²⁴⁹ *Ibid.*, str. 67.

se přitom jeví zavázat strany k aplikaci norem, které vyplynou z analýzy kolizních ustanovení státu fóra, případně použití práva rozhodného pro závazkový vztah, od něhož se posuzovaná situace odvíjí. Zajímavý je i postup, kdy v případě, že by aplikace kolizních norem zúčastněných států vedla k rozdílným výsledkům, jsou aplikovány kolizní normy třetího, předem dohodnutého státu²⁵⁰.

3.2.4.3.5 Rozdělení činností mezi stranami dohody

Klíčová idea Vzorového zákona je vzájemná kooperace všech účastníků insolvenčních řízení, která by také měla být základním obsahem přeshraničních dohod. Správa by měla být efektivní a úsporná, proto je obvyklé, že každý ze správců by se měl soustředit na aktivity dlužníka ve své zemi, nicméně předpokládá se informovanost ostatních správců a jejich případný předchozí souhlas. Dohoda může upravit schůzky i časový harmonogram jednotlivých činností správců. Je možné také zavázat správce k použití společně připravených dokumentů ve všech řízeních.

Typickým příkladem je koordinovaná tvorba reorganizačních plánů. Přestože jsou řízení oddělená, v podstatě jde o to, aby v jednotlivých řízeních byl předložen reorganizační plán vycházející ze stejného základu. Dohoda může dopředu zavázat strany kurčítým mechanismům, které musí reorganizační plán obsahovat, např. způsob zařazení věřitelů, způsob schválení plánu, role soudů a implementace plánu. Pečlivě je třeba posuzovat, aby se některému z věřitelů nedostalo méně příznivého zacházení než ostatním věřitelům²⁵¹.

Úspěch každého insolvenčního řízení je závislý na způsobu nakládání s aktivy dlužníka. Dohoda může řešit rozdělení kompetencí při vyhledávání majetku dlužníka, jeho užívání a zpeněžování. Obvyklé přitom bývá, že správce spravuje majetek nacházející se v jeho státě a je přitom kontrolován soudy tohoto státu. To bývá postačující ve věcech nepřesahujících rámec běžného hospodaření, nicméně nad rámec běžného hospodaření bývá upravena povinnost informovat ostatní strany dohody a vyžádat si případně jejich souhlas k zamýšlenému úkonu.

Pravidelným obsahem dohod bývá rovněž nakládání s přihláškami pohledávek včetně způsobu jejich podávání, přezkoumávání a uznávání. Dohoda může určit, že přihlášky mají být podávány jen v jednom řízení s tím, že se považují za přihlášené i v dalších řízeních. Lze dojednat, že všechny přihlášky bude posuzovat pouze jeden ze soudů. Lze rovněž upravit, jaké

²⁵⁰ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 69.

²⁵¹ Felixstowe Dock and Railway Co. v. U.S. Lines Inc., 1987 Q.B. 360 (Queen's Bench Division ; Commercial Court 1987).

kolizní normy budou aplikovány, což budou typicky kolizní normy fóra nebo práva rozhodného pro závazkový vztah, z něhož pohledávka vychází.

Čl. 32 Vzorového zákona zajišťuje, aby věřitel, který již obdržel plnění v některém z řízení, nebyl zvýhodněn v jiném řízení tím, že v souhrnu získá více než jiný věřitel. Tato obecná zásada může být v dohodách konkretizována do podoby postupů, které popíší, jak zajistit, aby vyplácené částky celkově odpovídaly výši a pořadí pohledávky a nedocházelo k diskriminaci některých věřitelů.

Protože vzniká často potřeba financovat provozování závodu dlužníka po zahájení insolvenčního řízení, dohoda může upravit, který správce bude financování zajišťovat, zda je oprávněn zatížit majetek podstaty, investovat volné prostředky atd.²⁵²

3.2.4.3.6 Komunikace mezi soudy a dalšími účastníky řízení

Legislativní rámec pro přeshraniční komunikaci soudů, správců a dalších účastníků poskytují čl. 25–27 Vzorového zákona a dohody z těchto ustanovení zpravidla vycházejí. Tam, kde Vzorový zákon aplikován není, mohou být dohody i základním rámcem komunikace, umožňuje-li to národní právo. Cílem je přitom vyhnout se konfliktům mezi řízeními, rozdílnému zacházení s věřiteli, ztrátě hodnoty majetkové podstaty atd.

Z pohledu národního soudce však může navzdory zjevné prospěšnosti shora naznačených cílů vyvstat zásadní otázka: Nakolik jsem oprávněn komunikovat s představitelem jiné státní moci o věcech, v nichž mi byla svěřena pravomoc mým národním státem? Ve věci *Cenargo*²⁵³ vyjádřil anglický soudce svůj názor, že mu anglické právo neumožňuje diskutovat se soudcem jiného státu procesní postup bez souhlasu a účasti stran. Stranám byla dána možnost vyjádřit se k průběhu konference a přepis průběhu byl dán stranám k dispozici.

Velmi často plně postačí telefonická konzultace mezi soudy k tomu, aby zabránila mnoha nejasnostem. Ve věci *SunResorts Ltd. N.V.*²⁵⁴ přímý telefonát mezi soudem z Nizozemských Antil a ze Spojených států uvedl na pravou míru nesprávné informace stran

²⁵² *Commodore Business Machines, United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York and the Supreme Court of the Commonwealth of the Bahamas (1994).*

²⁵³ *Cenargo International, PLC, 294 B.R. 571 (Bankr. S.D.N.Y. 2003).*

²⁵⁴ *Sun Resorts Ltd. N.V., Court of First Instance, Netherlands Antilles, Seat St. Maarten, 1997.*

a umožnil jmenování mediátora. Jindy bylo umožněna účast a svědectví německého správce při jednání vedeném ve Spojených státech²⁵⁵.

V té souvislosti je potřeba upozornit, že Nařízení se sice zabývá spoluprací mezi správci²⁵⁶, nezabývá se ale výslovně spoluprací mezi soudy. Tohoto nedostatku jsou si zjevně vědomy i státy, které neaplikují Vzorový zákon a snaží se tuto mezeru zaplnit národní úpravou výslovně umožňující soudci komunikaci se zahraničními správci a soudci²⁵⁷.

Mimořádně účinným procesním nástrojem jsou společné výslechy nebo konference, které dávají stranám možnost přímého kontaktu včetně kladení otázek a zjištění stanovisek stran a jejich zástupců z jiných zemí. Dohody mohou tento nástroj zakotvit buď obecně, nebo pro řešení specifických otázek, např. zpeněžování majetku. Sjednané procedury mohou zahrnovat především navázání přímého telefonického nebo videového spojení, vyjasnění pravidel, jakým způsobem mohou strany vznášet podání, žádosti a připomínky (zejména že tak činí pouze ve vztahu k soudu ve „svém“ řízení), že soudci jsou oprávněni spolu komunikovat, a to případně i bez účasti zástupců stran, a koordinovat přípravu svých rozhodnutí, až po přímou fyzickou účast soudce při jednání v jiném státě²⁵⁸.

Koordinace práce soudů je náročná organizačně, technicky a v důsledku toho i finančně. Jako příklad z poslední doby lze uvést postup ve věci Nortel Networks Corporation²⁵⁹, kde spolupracovaly soudy z Delaware v USA se soudem v Torontu v Kanadě. Kvůli bezproblémovému simultánnímu provádění výslechů byly soudní síně propojeny videozařízením umožňujícím všem účastníkům vstupovat do průběhu řízení údajně v hodnotě 1.3 mil. USD²⁶⁰, což nicméně nepůsobí iracionálně s ohledem na hodnotu majetkové podstaty cca 7.3 mld. USD, ohledně jejíhož dělení se diskutovalo, výslechy více než 50 svědků, stovky dokumentů atd.

Pokud jde o komunikaci mezi správci, mělo by jít především o pravidelnou výměnu informací, včetně zpráv či konzultačních schůzek. Dohodnuto může být i vytvoření společného pracovního plánu, zasílání návrhů podání soudům či kopií těchto podání a jiných dokumentů. Správci mohou být vedeni k řádnému vedení účetnictví v určitém formátu a předávání

²⁵⁵ Petition of Dr. Eberhard Braun, in his Capacity as Insolvency Administrator for Fairchild Dornier GmbH, United States Bankruptcy Court for the Western District of Texas, San Antonio Division, Case No. 02-52351.

²⁵⁶ Čl. 31 Nařízení.

²⁵⁷ § 239 rakouský Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung – IO) StF: RGL. Nr. 337/1914.

²⁵⁸ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 94.

²⁵⁹ Re Nortel Networks Corporation, 2013 ONCA 427.

²⁶⁰ in WESSELS, B. (Ed.), *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles*, str. 54-55, poznámka pod čarou č. 75.

výstupů účetnictví druhému správci, zachycení důležitých manažerských rozhodnutí, vedení přehledů o stavu a zpeněžování podstaty i o vznikajících nákladech²⁶¹. Dohody mezi správci států, kde platí Nařízení, mohou klást větší důraz na diferenciaci hlavního a vedlejšího řízení, např. povinnost správce vedlejšího řízení předávat soupisy majetku z vedlejšího řízení a naopak povinnost správce hlavního řízení nabídnout zpeněžení majetku z vedlejšího řízení souhrnně spolu s masou majetku z hlavního řízení²⁶². Správci si mohou vyměňovat návrhy na vydání rozvrhových usnesení a seznamy věřitelů, kteří již obdrželi v příslušném řízení plnění a informaci o rozsahu takového plnění.

Dohoda může zakotvit také informační povinnost ve vztahu k věřitelským výborům včetně rozlišování veřejně přístupných a důvěrných informací. Důležité může být i nastavení komunikace mezi managementem dlužníka a správci, zejména zápisy z jednání orgánů společnosti, pravidelné informování o účetních výkazech v předepsané struktuře, zasílání kopií daňových přiznání apod.

Dohody se pravidelně zabývají otázkou doručování oznámení; v nejobecnější poloze jde o formulaci, že oznámení budou doručována písemně v souladu s aplikovatelným právem. Častý bývá výčet otázek, které je nutno druhé straně oznamovat; obvyklými body bývá oznámení o zahájení jakéhokoliv řízení, o nařízených jednáních, o odměnách a výdajích, o posuzování pohledávek, reorganizačních plánech, soudních příkazech, vyhledávání majetku, významných transakcích²⁶³.

3.2.4.3.7 Ostatní obvyklá ustanovení dohod

Pravidelnou součástí dohod bývají ustanovení zabývající se jejich účinností. Z důvodů rozebíraných výše jde primárně o schválení příslušnými soudy. Dohody jsou proto zpravidla pro strany závazné až jejich schválením soudem²⁶⁴. V některých případech může být podmínkou nabytí účinnosti také schválení věřitelským výborem²⁶⁵.

Kritéria, která soudy při schvalování dohod zkoumají, jsou nejčastěji dodržení principů comity, princip rovného zacházení s věřiteli, soulad s právními řády a absence rozhodování

²⁶¹ Inverworld, United States District Court for the Western District of Texas, Case No. SA99-C0822FB (22 October 1999), the High Court of England and Wales, Chancery Division (1999) and the Grand Court of Cayman Islands (1999).

²⁶² SENDO International Limited, High Court of Justice, Chancery Division of London, and Commercial Court of Nanterre (2006).

²⁶³ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 98–99.

²⁶⁴ *Ibid.*, str. 105.

²⁶⁵ ISA-Daisytek, High Court of England and Wales, Chancery Division, Leeds, and the Insolvency Court of Düsseldorf.

*ultra vires*²⁶⁶. V ojedinělých případech, kdy dohoda schválena nebyla, bylo důvodem porušení právě shora uvedených kritérií, např. to byla neochota soudu schválit reorganizační plán, jehož součástí bylo vzdání se práv vůči statutárním orgánům společnosti z titulu jejich případné odpovědnosti za porušení povinností při správě společnosti a reorganizační plán musel být v tomto směru změněn²⁶⁷.

Obvyklá jsou rovněž ustanovení o způsobu změn dohody, které jsou možné typicky pouze se souhlasem soudu a pouze písemnou formou. Naopak mají strany tendenci definovat situace fakticky měnící dohodu, k nimž zapotřebí souhlas soudu není (změna insolvenčního správce, odstoupení strany, která přestala být součástí koncernu apod.).

Skončení účinnosti dohody pak zpravidla souvisí se skončením insolvenčního řízení, příkazem soudu ukončujícím účinnost dohody, písemnou výpovědí ze strany insolvenčního správce, písemnou výpovědí ze strany managementu či nabytí účinnosti reorganizačního plánu²⁶⁸.

Pravidelně se v dohodách objevují ustanovení ohledně nákladů vznikajících v jednotlivých řízeních, a to jednak z důvodu transparentní vzájemné kontroly a jednak z důvodu spravedlivého dělení těchto nákladů. Základním pravidlem je, že náklady jsou uspokojovány vždy z té majetkové podstaty, v souvislosti se kterou byly vynaloženy. V některých případech bývají stanoveny i limity těchto nákladů²⁶⁹. V zájmu transparentnosti bývá v dohodách zakotvena povinnost zpřístupnit druhé smluvní straně údaje týkající se vynaložených nákladů; v některých případech dokonce až na úroveň kontroly soudem či správcem z druhého státu²⁷⁰.

Obvyklá jsou i ustanovení, že obsah dohody se nesmí dotknout práv třetích osob vyplývajících ze zákona a zejména nesmí omezit jurisdikci národních soudů. Soudy nesmějí být dohodou omezovány ve své nezávislosti řídit příslušné insolvenční řízení. Dohody obsahují ustanovení, že jejich obsah nemá být interpretován tak, aby vedly k porušení národních zákonů, k obcházení nutných souhlasů soudů vyplývajících z národních zákonů, k vzdání se či omezení práv věřitelů či jiných účastníků řízení vyplývajících z rozhodného práva, včetně práva na odvolání proti rozhodnutím soudů atd.²⁷¹

²⁶⁶ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 106.

²⁶⁷ APB Holdings Ltd., High Court of Justice of Northern Ireland, Chancery Division, N.I. 17 (1991).

²⁶⁸ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 107–108.

²⁶⁹ SENDO International Limited, High Court of Justice, Chancery Division of London, a Commercial Court of Nanterre (2006).

²⁷⁰ United Pan-Europe Communications N.V., Amsterdam Court a United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Case No. 02-16020).

²⁷¹ UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, str. 111.

Častá bývají také ustanovení limitující odpovědnost vůči protistraně a prohlášení zaručující správnost určitých předpokladů, typicky oprávnění uzavřít předmětnou insolvenční dohodu.

3.2.5 Souběžná řízení

Výchozí zásadou Vzorového zákona ohledně souběžných řízení je, že uznání zahraničního řízení nebrání zahájení domácího insolvenčního řízení ohledně stejného dlužníka, má-li tento dlužník majetek na území dotčeného státu (čl. 28 Vzorového zákona).

Účinky takového řízení jsou zásadně omezeny na majetek nacházející se na území státu, avšak čl. 28 je rozšiřuje ještě o majetek, který podle práva tohoto státu má být spravován v tomto řízení. To je potřebné zvláště v případech, kdy podle práva státu, kde se takový majetek nachází, není insolvenční řízení možné nebo nutné. Jde např. o situace, kdy dlužník má závod v jiném státě, dále pokud by bylo možno zpeněžit současně majetek v obou státech jako „*going concern*“ nebo pokud se majetek dostal na území jiného státu v důsledku nekalého jednání²⁷². Rozšíření o takový majetek je však vázáno na dvě podmínky: první z nich je, že se tak děje „pouze v rozsahu nezbytném k provedení spolupráce a koordinace podle článku 25, 26 a 27“ a druhá, že takový majetek má být spravován v tomto státě „podle práva tohoto státu“. Je tedy zřejmé, že ve vztahu k takto rozšířené kompetenci soudu má jít o nástroj lepšího dosažení cílů hlavního řízení (lze si představit situace, že bude snadnější nebo vhodnější administrovat uvedený majetek přes dílčí řízení než z pozice správce v hlavním řízení, zejména z důvodu užšího vztahu subjektu dílčího řízení ve vztahu k takto vymezenému majetku).

Další klíčovou zásadou je, že zahájení místního insolvenčního řízení není důvodem k odmítnutí nebo zrušení uznání řízení zahraničního (čl. 29 Vzorového zákona). Pokud ale přijmeme uvedenou zásadu, logicky se velmi snadno může stát, že nastanou rozpory mezi domácím a zahraničním řízením. Takové rozpory je nutno eliminovat, přičemž jednou zdánlivě zcela logickou možností je vymezit hierarchii mezi konkurujícími si řízeními podle toho, zda zahraniční řízení je hlavní, či nikoliv. Čistě logicky by šlo o nejčistší řešení. Vzorový zákon se nicméně touto cestou nevydal a zřejmě i z důvodu politické průchodnosti preferuje lokální řízení před zahraničním (aniž by ovšem zakotvoval jasnou hierarchii), nicméně se

²⁷² UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, čl. 207 včetně poznámky pod čarou č. 259.

Vzorový zákon v čl. 29 snaží zakotvit postup, kdy rozpory mezi řízeními budou eliminovány věcně sladěním obou řízení. Činí tak prostřednictvím několika zásad:

- pokud v době podání žádosti o uznání zahraničního řízení již probíhá místní insolvenční řízení, pomoc podle článků 19 a 21 musí být v souladu s tímto místním řízením (viz čl. 29 písm. a) bod i),
- pokud v době podání žádosti o uznání zahraničního řízení již probíhá místní insolvenční řízení, automatické účinky podle čl. 20 vůbec nenastanou,
- pokud je místní řízení zahájeno již po uznání zahraničního řízení, už poskytnutá pomoc podle čl. 19 a 21 bude upravena nebo zrušena, pokud není v souladu s místním řízením,
- pokud je místní řízení zahájeno již po uznání zahraničního řízení, automatické účinky podle čl. 20 budou upraveny nebo zrušeny podle čl. 20 odst. 2 pokud nejsou v souladu s místním řízením.

Čl. 29 písm. c) pak zdůrazňuje zásadu, že v případě pomoci vztahující se k jinému než hlavnímu řízení je nutno dbát na to, aby se pomoc vztahovala pouze k majetku, který má být podle práva státu poskytujícího pomoc spravován v zahraničním jiném než hlavním řízení. Smyslem je tedy zabránit příliš extenzivnímu využívání pomoci ze strany správců či soudů z jiných než hlavních řízení.

Při existenci více než jednoho zahraničního řízení bude postupováno podle čl. 30 Vzorového zákona. Toto ustanovení se bude aplikovat bez ohledu na to, zda ve státě, kde je činěno rozhodnutí, probíhá či neprobíhá insolvenční řízení. Pokud takové insolvenční řízení probíhá, bude kromě čl. 30 aplikován rovněž čl. 29. Protože případný konflikt mezi insolvenčními řízeními podle čl. 30 se týká pouze zahraničních řízení, odpadá nutnost výše rozebírané preference místního řízení použitá u čl. 29. V režimu čl. 30 se již jasně preferuje zahraniční hlavní řízení, a to těmito zásadami:

- bude-li poskytována pomoc zástupci jiného než hlavního řízení po uznání hlavního řízení, musí být taková pomoc v souladu se zahraničním hlavním řízením (čl. 30 písm. a),
- bude-li zahraniční hlavní řízení uznáno později než zahraniční jiné než hlavní řízení, bude pomoc podle čl. 19 a 21 upravena nebo zrušena, pokud by nebyla v souladu se zahraničním hlavním řízením (čl. 30 písm. b),

- naopak bude-li zahraniční jiné než hlavní řízení uznáno později než další jiné než hlavní řízení, žádná preference mezi nimi nastavena není a soud může pomoc upravit nebo zrušit tak, aby usnadnil koordinaci těchto řízení (čl. 30 písm. c).

Vzorový zákon se snaží také odstraňovat případné nespravedlnosti vzniklé rozdílným uspokojením týchž věřitelů téhož dlužníka v různých insolvenčních řízeních. Z čl. 32 Vzorového zákona vyplývá, že obdržel-li již některý z věřitelů plnění na svou pohledávku v zahraničním řízení, musí být toto plnění zohledněno v místním řízení v tom smyslu, že na pohledávku tohoto věřitele bude vyplaceno poměrně méně tak, aby celková míra uspokojení věřitelů byla stejná²⁷⁵. To se netýká pohledávek zajištěných věřitelů, tedy věřitelů, jejichž pohledávka je zajištěna konkrétní věcí. Čl. 32 tedy sice nemění pořadí pohledávek v konkrétním státě, ale snaží se zajistit stejné zacházení s věřiteli stejné třídy na přeshraniční úrovni.

3.3 Dílčí shrnutí: Je Vzorový zákon univerzalistický, nebo teritorialistický?

Po podrobnějším seznámení se strukturou a obsahem Vzorového zákona je v této fázi práce zcela legitimní položit si otázku, která ze dvou základních doktrinárních koncepcí přeshraničního insolvenčního práva se do Vzorového zákona promítá silněji.

Je nepochybné, že do Vzorového zákona se silně promítají některé prvky univerzalistického pojetí:

- poměrně široká oprávnění zahraničního správce, zejména právo obrátit se přímo na soud (čl. 9), žádat o zahájení insolvenčního řízení (čl. 11), po uznání zahraničního řízení se účastnit insolvenčního řízení (čl. 12) a vstupovat do jakéhokoliv řízení, jehož stranou je dlužník (čl. 24);
- automatické účinky uznání zahraničního hlavního řízení (čl. 20);
- prostředky dočasné předběžné pomoci po podání žádosti o uznání („*pre-recognition*“), závisející však na uvážení soudu (čl. 19);
- prostředky následné pomoci po uznání rozhodnutí („*post-recognition*“) závisející na uvážení soudu (čl. 21);

²⁷⁵ Jde o tzv. „*hotchpot rule*“.

- zahraniční věřitelé mají stejná práva ohledně zahájení a účasti v místním řízení jako místní věřitelé (čl. 13 odst. 1)²⁷⁴.

Na druhou stranu je však zjevné, že zákon obsahuje také výrazné prvky tradičního teritorialistického pojetí:

- místní právo ovlivňuje a modifikuje obsah automatických účinků uznání zahraničního rozsudku (čl. 20 odst. 2);
- poskytnutí pomoci závisící na uvážení soudu před uznáním (dle čl. 19) i po něm (dle čl. 21) může být vázáno na různé podmínky, které soud považuje za vhodné (čl. 22 odst. 2);
- v případě souběžných řízení, probíhá-li již řízení, musí být pomoc dle čl. 19 a 21 v souladu s řízením v tomto státě (čl. 29(a)(i)) a nenastávají automatické účinky podle čl. 20 (čl. 29(a)(ii));
- v případě souběžných řízení, bude-li v tomto státě řízení zahájeno po uznání, pomoc dle čl. 19 a 21 bude přezkoumána, modifikována nebo ukončena, nebude-li v souladu s řízením v tomto státě (čl. 29(b)(i)) a je-li zahraniční řízení hlavním řízením, automatické účinky dle čl. 20 mohou být modifikovány nebo ukončeny (čl. 29(b)(ii));
- nutnost zohlednit mezinárodní závazky z titulu jiných smluv (čl. 3) a výhrada veřejného pořádku (čl. 6);
- objektivně rovněž zásahy národních zákonodárců do textu Vzorového zákona, neboť naprostá většina z nich zohledňuje lokální specifika²⁷⁵.

Provokativní, přesto však logický pohled na Chapter 15 jako odraz Vzorového zákona v americkém právu nabízí Leong²⁷⁶. Předně správně podotýká, že testem pro posouzení univerzalistického charakteru Chapter 15 by neměla být pouze oprávnění zahraničního správce k nakládání s majetkem dlužníka, ale zejména jeho oprávnění při rozvrhu výtěžku zpeněžení, neboť právě až v rozvrhu výtěžku se projeví, nakolik se do řízení promítají teritoriální specifika ochrany lokálních věřitelů. Univerzalistickému ideálu by odpovídalo takové rozhodnutí amerického soudu, kterým by byla aktiva vydána do zahraničního hlavního řízení bez dalších podmínek s tím, že rozvrh se bude řídit zahraničním právem²⁷⁷. Jmenovitě by tedy americký soud měl rezignovat na specifická prioritní práva věřitelů vyplývající

²⁷⁴ WESSELS, B., MARKELL, B.A., KILBORN, J.J., op. cit., str. 232.

²⁷⁵ *Ibid.*, str. 233.

²⁷⁶ LEONG J., op. cit.

²⁷⁷ *Ibid.*, str. 5.

z amerického práva. Empirický průzkum dat amerických soudů však přináší zcela odlišný, až šokující obraz: V pouhých 9,1% případů, kdy americké soudy pověřily zahraničního správce rozvrhem výtěžku, tak učinily bez dalších podmínek²⁷⁸. Typickými podmínkami bylo, že rozvrh výtěžku bude respektovat přednostní práva věřitelů vyplývající z amerického práva, či přímo ujištění, že pohledávky konkrétních amerických věřitelů budou uspokojeny plně či přednostně. Leong proto konstatuje, že Chapter 15 umožňuje dále aplikovat teritorialistický přístup právě s ohledem na možnost podmínek a výhrad ze strany národních soudů, které v praxi nejsou výjimkou, nýbrž naopak pravidlem. Chapter 15 nefunguje univerzalisticky, neboť obsahuje „zadní dvířka“ k teritorialistickému pojetí a americké soudy postupují univerzalisticky pouze tehdy, pokud mají záruky, že podle zahraničního práva bude s americkými věřiteli zacházeno stejně, jako kdyby řízení bylo vedeno v USA²⁷⁹.

Není sice důvod pochybovat o správnosti použitých dat, ale uvedený závěr považuji za přehnaně skeptický. Přínos Vzorového zákona k praktickému rozšíření univerzalistického pojetí je nutno hodnotit globálně a je nutno zkoumat nikoliv pouze standardy nejvyspělejších zemí s vyspělými národními úpravami přeshraničních insolvencí, nýbrž je nutno primárně posuzovat interakci průměrně nebo málo rozvinutých právních řádů. V zemích bez větší národní tradice řešení přeshraničních insolvencí představuje Vzorový zákon velký pokrok, neboť zavádí pravidla komunikace, spolupráce a koordinace tam, kde tradičně žádná nebyla. Nejde tedy ani tak o to, že zda jsou tato pravidla optimální nebo mají slabá místa, ale spíše o to, že v naprosté většině zemí světa nebyla pravidla **žádná**. Limity národních úprav jsou pak předmětem zkoumání v páté části této práce.

Lze shrnout, že s ohledem na úzkostlivou snahu Vzorového zákona vyhnout se citlivým hmotněprávním otázkám, na jeho zjevnou rezignaci na hmotněprávní unifikaci insolvenčního práva a na stejně zjevnou snahu kompenzovat tuto relativně málo ambiciózní koncepci důrazem na neutrální procedurální aspekty přeshraničního insolvenčního práva se autorovi této práce jeví jako nejpřiléhavější označení **procedurální univerzalizmus**, které se také občas objevuje v pracích některých autorů²⁸⁰.

²⁷⁸ LEONG J., op. cit., str. 14.

²⁷⁹ *Ibid.*, str. 18.

²⁸⁰ Přímou používá tento pojem RASMUSSEN, R., op. cit., str. 4, nepřímo pak WESSELS (WESSELS, B., MARKELL, B.A., KILBORN, J.J., op. cit., str. 232).

4. Porovnání Vzorového zákona, Nařízení Rady (ES) č. 1346/2000 a Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/848

4.1 Vzájemný vztah Vzorového zákona, Nařízení a národních právních řádů

Rozhodne-li se národní zákonodárce pro převzetí Vzorového zákona, stane se tak formou zákona vydaného v souladu s národním právním řádem. Národní zákonodárce tím inkorporuje sadu práv obsažených ve Vzorovém zákoně do svého práva a na jeho bázi tak dobrovolně poskytuje neobvykle široký okruh práv subjektům ze třetích zemí. Zatímco při uzavírání mezinárodní smlouvy stát omezuje svou suverenitu svými závazky zpravidla ve stejném rozsahu, v jakém tak učiní druhá smluvní strana, v případě techniky zvolené UNCITRAL tak činí jednostranně a dobrovolně. Diskutovat lze přitom o tom, nakolik je na pozadí inkorporace Vzorového zákona víra v rozšíření recipročního preferenčního zacházení s vlastními subjekty v cizím insolvenčním řízení, tedy implicitní předpoklad, že se Vzorový zákon postupně rozšíří stejně globálně jako např. Vzorový zákon UNCITRAL o mezinárodním rozhodčím řízení, a nakolik jde o přesvědčení národního zákonodárce o racionálnosti a efektivnosti úpravy přeshraničních insolvencí. Každopádně jde o legislativní techniku relativně novou a nesoucí v sobě některá rizika. Stále poměrně málo je zdůrazňováno riziko, které je rozebíráno níže při analýze ukrajinské úpravy, spočívající v úpravě textu Vzorového zákona při jeho inkorporaci způsobem, který má odrážet domnělá či skutečná národní specifika. Takový postup může snadno vést ke zmaření legitimních očekávání subjektů insolvenčního řízení ohledně obsahu zahraničního práva. Jak bylo rozebráno výše, tato technika je do jisté míry zástupná v tom smyslu, že kompenzuje nedostatečnou sílu prosadit standardní mezinárodní smlouvy potřebného obsahu. Jinými slovy obchází problém nutnosti extrémně komplikované a zdlouhavé negociace států tím, že dává k dispozici nástroj, ohledně něhož vyvolává očekávání, že je (s ohledem na širokou podporu ze strany UNCITRAL a nepřetržité zdokonalování prostřednictvím pracovních skupin) účinný a efektivní.

Na druhou stranu Nařízení je standardním pramenem sekundárního práva ES přímo použitelným ve všech členských zemích EU. Vztah Vzorového zákona a Nařízení pak bude vztahem národního práva k právu evropskému, kdy přednost má právo evropské.

Vzorový zákon ve svém čl. 3 výslovně uvádí, že v rozsahu, v jakém je tento zákon v rozporu s mezinárodními závazky tohoto státu vyplývajícími z mezinárodní smlouvy nebo jiné dohody, jejímiž stranami je jeden nebo více dalších států, použije se tato mezinárodní smlouva nebo jiná dohoda přednostně.

Nařízení řeší vztah k mezinárodním smlouvám ve svém čl. 44 (shodně pak Nařízení II v čl. 85) v tom smyslu, že nahrazuje ve vztazích mezi členskými státy mezinárodní smlouvy uzavřené mezi dvěma nebo více členskými státy; naopak se nepoužije, pokud je ve věcech úpadku neslučitelné se závazky vyplývajícími z mezinárodní smlouvy uzavřené členským státem s jednou nebo více třetími zeměmi před vstupem nařízení v platnost.

Oba systémy se ovlivňují i navzájem. Od 26. 6. 2017²⁸¹ nabývá účinnosti Nařízení II jako reakce na závěry zkoumání efektivnosti Nařízení; v tomto směru viz zejména Zpráva Komise Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru o uplatňování Nařízení ze dne 12. 12. 2012. Nařízení II reaguje a navazuje i na poznatky UNCITRAL z oblasti přeshraničních insolvencí, zejména v oblasti insolvenčních dohod a skupinového přeshraničního řízení.

4.2 Porovnání metod regulace používaných Vzorovým zákonem a Nařízením a oblast jejich působnosti

Vhodným úvodem do porovnání metod regulace obou norem může být způsob, jakým je využíván institut COMI. Při povrchním pohledu by se mohlo zdát, že COMI je shodně v obou normách definičním faktorem hlavního řízení. Klíčové ale je, že pro Nařízení je určení COMI primárně způsobem, jak určit mezinárodní příslušnost²⁸², zatímco pro Vzorový zákon je skutečně nástrojem pro určení hlavního řízení jako institutu umožňujícího aplikaci konkrétních práv vyplývajících ze Vzorového zákona²⁸³. Vzorový zákona totiž s ohledem na výše popsanou specifickou techniku regulace přeshraničních vztahů nemůže mít ambici vnucovat mezinárodní příslušnost národním zákonodárcem jiným suverénům, technika je proto opačná, a sice uložit soudům národního státu, aby dobrovolně uznaly, že řízení vedené soudem ve státě, kde se nachází COMI, je z povahy věci natolik významné, že je nadřazeno řízení vedenému ve státě, kde se nachází pouze provozovna.

²⁸¹ Čl. 92 Nařízení II.

²⁸² Čl. 3 odst. 1 Nařízení.

²⁸³ Čl. 2 (b) Vzorového zákona.

Ze stejných důvodů se Vzorový zákon nezabývá rozhodným právem, které je naopak Nařízením regulováno velmi podrobně²⁸⁴. Rozhodným právem je podle Nařízení lex fori concursus a Nařízení demonstrativně vyjmenovává otázky, které se tímto právem řídí²⁸⁵. Nařízení však stanoví řadu výjimek, kdy je naopak rozhodné jiné právo, a to jmenovitě lex rei sitae ohledně věcných práv třetích osob²⁸⁶, smluv týkajících se nemovitostí²⁸⁷, ochrany kupujícího při zcizení nemovitosti²⁸⁸, dále právo rozhodné pro pohledávky²⁸⁹, právo, kterým se řídí pracovní smlouva²⁹⁰, právo státu, pod jehož pravomoc spadá veřejný rejstřík²⁹¹, právo státu vztahující se na platební systémy a finanční trhy²⁹².

Vzorový zákon se v otázce rozhodného práva nestaví do protikladu k lex fori concursus, naopak je jeho součástí a modifikuje jej. Pokud samotný lex fori concursus ukáže v dílčích otázkách na jiné rozhodné právo, Vzorový zákon tomu nebrání. Ambicí Vzorového zákona je, aby lex fori concursus byl natolik sofistikovaný, aby umožnil domácí řízení modifikovat tak, aby se stalo kompatibilním se zahraničním řízením, přičemž nástrojem dosažení této kompatibility je úzká spolupráce a koordinace činnosti rozhodujících subjektů, zejména soudů a správců. Nařízení se sice také stručně zabývá spoluprací²⁹³, nelze ale přehlédnout, že velmi formální, obecnou a stručnou formou, která ignoruje konkrétní způsoby spolupráce. Zdá se vcelku zřejmé, že Nařízení nemůže z tohoto důvodu představovat dostatečnou platformu pro formování přeshraniční spolupráce a nepřímým důkazem správnosti této teze je Nařízení II, které na způsob spolupráce klade důraz mnohem větší. Vzorový zákon se v určitém protikladu k Nařízení snaží učinit ze spolupráce jádro řešení komplikovaných přeshraničních otázek, s jehož pomocí lze překlenout i hluboké diskrepance mezi hmotným právem národních států. S výraznou dávkou zjednodušení lze říci, že zatímco Nařízení více odpovídá na otázky „kdo“ a „podle jakého práva“, Vzorový zákon klade větší důraz na hledání odpovědi na otázku „jakým způsobem“.

Výše uvedený rozdíl koreluje do značné míry s odlišným nazíráním kontinentálního práva a common law v širším slova smyslu na cíle insolvenčního řízení jako takového. Nelze přehlédnout, že Vzorový zákon je aplikován primárně státy anglosaské právní tradice a tomu

²⁸⁴ Nařízení, čl. 4 pro hlavní řízení a čl. 28 pro vedlejší řízení.

²⁸⁵ *Ibid.*, čl. 4 odst. 2.

²⁸⁶ *Ibid.*, čl. 5.

²⁸⁷ *Ibid.*, čl. 8.

²⁸⁸ *Ibid.*, čl. 14.

²⁸⁹ *Ibid.*, čl. 6.

²⁹⁰ *Ibid.*, čl. 10.

²⁹¹ *Ibid.*, čl. 11.

²⁹² *Ibid.*, čl. 9.

²⁹³ *Ibid.*, čl. 31.

koresponduje vytváření naprosté většiny relevantní judikatury ke Vzorovému zákonu právě v těchto zemích. Pragmatickému náhledu na řešení úpadku v zemích common law odpovídá důraz kladený na míru uspokojení věřitelů, tedy primárně výtěžnost zpeněžení majetkové podstaty, neboť v tom byl spatřován primární cíl insolvenčního řízení. Prizmatem Vzorového zákona nejde ani tak o to, aby bylo zabráněno sporům o jurisdikci či rozhodné právo, nýbrž aby byl nalezen takový „tailor-made“ postup, který zajistí co nejvýhodnější zpeněžení majetkové podstaty v případě likvidačního typu řízení, a obecně pak v jakémkoliv typu úpadkového řízení co nejvyšší míru uspokojení věřitelů.

Zdá se nicméně, že pomyslné nůžky mezi evropským přístupem a přístupem Vzorového zákona se však budou do budoucna postupně uzavírat. Nařízení II silně posiluje důraz na spolupráci a snaží se ji posunout na novou úroveň. Články 41–43 Nařízení II představují výrazný posun v náhledu na způsob spolupráce a komunikace mezi insolvenčními správci, mezi soudy navzájem a mezi insolvenčními správci a soudy. Úprava spolupráce se na jednu stranu snaží způsoby spolupráce konkretizovat, na druhou stranu však ponechává široký prostor pro modelování této spolupráce prostřednictvím dohod nebo protokolů.

Pokud jde o oblast působnosti, mezi Vzorovým zákonem a Nařízením II zásadní rozdíl není, a to na rozdíl od současného Nařízení. Vhodné je v tomto směru upozornit na širokou definici zahraničního řízení v čl. 2. písm. a) Vzorového zákona, která od počátku zahrnovala rovněž prozatímní řízení. V režimu Nařízení byl naopak okruh řízení vymezen poměrně restriktivně v tom smyslu, že muselo jít o řízení zahrnující úpadek, dále musel být dlužník zbaven dispozičních práv k majetku a musel být ustanoven správce podstaty. Nestačí přitom, pokud řízení vyhovuje definici v čl. 1 odst. 1 Nařízení, nýbrž musí být též obsaženo v příloze A²⁹⁴. Nové pozitivní vymezení působnosti Nařízení II zahrnuje také předúpadková a hybridní řízení, dále řízení, kde není jmenován insolvenční správce a také postupy umožňující dočasně odložit exekuce, tj. moratoria.

4.3 Porovnání vybraných institutů Vzorového zákona a Nařízení

4.3.1 Postavení správce

Rozdíl v koncepci postavení správce koresponduje s rozdílnou metodou regulace rozebíranou v bodě 3.2. Při povrchním pohledu by se mohlo jevit, že jde o srovnání čl. 9–12

²⁹⁴ BŘICHÁČEK, P.: *Nový právní rámec pro přeshraniční insolvenční řízení v EU*, str. 778.

(tedy části kapitoly II. týkající se postavení správce) Vzorového zákona na straně jedné a čl. 18 Nařízení na straně druhé. Takový pohled by však byl velmi zkreslující, protože klíčová oprávnění zahraničního správce podle Vzorového zákona souvisejí až s uznáním řízení ve druhém státě.

Podle Nařízení může správce jmenovaný v hlavním řízení vykonávat své pravomoci podle *lex fori concursus* i v jiném členském státě²⁹⁵. To je oprávnění velmi významné, které nemá přímou obdobu ve Vzorovém zákoně. Uvedená zásada je v samotném nařízení několika způsoby prolomena. Jednak je již v samotném čl. 18 odst. 1 uvedeno, že se tak děje do doby, dokud není v tomto jiném členském státě zahájeno jiné úpadkové řízení nebo učiněno ochranné opatření bránící výkonu takových pravomocí, zejména však se čl. 18 odst. 1 dostává do zjevného napětí vůči čl. 18 odst. 3, podle něhož při výkonu svých pravomocí musí správce podstaty jednat v souladu s právem členského státu, na jehož území zamýšlí jednat, zejména pokud jde o zpeněžení majetkové podstaty. Pro účely této práce je v zásadě nadbytečné analyzovat uvedený problém detailněji, výstižně tak učinil ve svém komentáři Bělohlávek²⁹⁶, který nastiňuje dva možné přístupy k aplikaci čl. 18 odst. 3. První z nich favorizuje *lex fori concursus* v tom smyslu, že právo státu, na jehož území bude zahraniční správce jednat, sice stanoví způsob jeho jednání (např. povinnost zpeněžit majetek veřejnou dražbou), nicméně pro konkrétní naplnění tohoto způsobu jednání (např. pravidla veřejné dražby) je určující opět *lex fori concursus*. Ve shodě s Bělohlávkem se pak domnívám, že mnohem přesvědčivější je druhý výklad, a sice že pro předmětné pravidlo jednání je v celém rozsahu nutné aplikovat předpisy místního práva. Zejména v případě zpeněžování majetkové podstaty by kombinace *lex fori concursus* a místního práva mohla vést k neřešitelným situacím, které by v konečném důsledku mohly zpeněžení zcela znemožnit. Nařízení II ponechalo konstrukci ustanovení beze změn²⁹⁷.

Vzorový zákon se vydal jinou cestou, která se jeví být poněkud odolnější vůči dilematům výše popsaného typu. Základní ustanovení čl. 11 dává zahraničnímu správci procesní legitimaci pro podání návrhu na zahájení insolvenčního řízení. Uznání zahraničního řízení pak otevírá zahraničnímu správci rovněž možnost účasti na místním řízení²⁹⁸. Mnohem širší oprávnění se však zahraničnímu správci otevírají v případě podání žádosti o uznání

²⁹⁵ Čl. 18 odst. 1 Nařízení.

²⁹⁶ BĚLOHLÁVEK, A. J., op. cit., str. 604 a násl.

²⁹⁷ Čl. 21 Nařízení II.

²⁹⁸ Čl. 12 Vzorového zákona.

zahraničního řízení²⁹⁹ a v případě jeho uznání³⁰⁰. V té souvislosti lze upozornit zejména na čl. 19 odst. 1 písm. b), podle kterého může být zahraničnímu správci svěřena správa nebo zpeněžení celého nebo části dlužníkovy majetku, jenž se nachází v tomto státě, za účelem ochrany a zachování hodnoty majetku, který je vzhledem k jeho povaze nebo vzhledem k jiným okolnostem rychle se kazící a jemuž hrozí znehodnocení nebo jiné nebezpečí. Ještě šířeji pak vymezuje čl. 21 odst. 1 písm. d), že na základě uznání zahraničního řízení může být zahraničnímu správci svěřena správa nebo zpeněžení celého či části dlužníkovy majetku, který se nachází v tomto státě. Vezmeme-li v úvahu, že Vzorový zákon je v okamžiku jeho aplikace příslušným soudem součástí národního právního řádu, není pochyb o tom, že způsob realizace uvedených oprávnění správce se řídí místním právním řádem, určující není tedy ani částečně *lex fori concursus*. Na jedné straně tedy Vzorový zákon rezignuje na unifikaci řízení vedených v různých státech ohledně téhož dlužníka v tom smyslu, aby rozhodným právem bylo *lex fori concursus*, což by v určitém smyslu usnadnilo práci i správcům, na druhou stranu však odbouráním této snahy ve spojení s pozitivním výčtem oprávnění správce poměrně jasným a srozumitelným způsobem upravuje práva správce. Nabízí se otázka, který z přístupů je vhodnější. Lze konstatovat, že zatímco úprava Nařízení je nepochybně ambicióznější, úprava Vzorového zákona je pragmatičtější a dává menší prostor k polemikám naznačeným výše.

Nařízení (a v důsledku převzetí předmětných ustanovení i Nařízení II) se jmenovitě zabývá přemístěním majetku dlužníka z území členského státu, ve kterém se nachází. V případě hlavního řízení zakládá toto oprávnění správce jako automatické³⁰¹, v případě vedlejšího řízení pak v podobě možnosti žádat o možnost přemístění majetku soud³⁰². Naproti tomu Vzorový zákon výslovně možnost přemístění neuvádí (přestože není vyloučena s ohledem na to, že výčet možných typů pomoci podle čl. 21 odst. 1 je považován za demonstrativní³⁰³) a preferuje jednak svěřeni správy nebo zpeněžení celého či části dlužníkovy majetku, který se nachází v tomto státě, zahraničnímu správci³⁰⁴, jednak také pověření zahraničního správce rozdělením celého nebo části dlužníkovy majetku umístěného v tomto státě za předpokladu, že soud má za to, že zájmy věřitelů v tomto státě jsou přiměřeně chráněny³⁰⁵.

²⁹⁹ Čl. 19 Vzorového zákona.

³⁰⁰ Čl. 21 Vzorového zákona.

³⁰¹ Čl. 18 odst. 1 Nařízení, čl. 21 odst. 1 Nařízení II.

³⁰² Čl. 18 odst. 2 Nařízení, čl. 21 odst. 2 Nařízení II.

³⁰³ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, čl. 169.

³⁰⁴ Čl. 21 odst. 1 písm. e) Vzorového zákona.

³⁰⁵ Čl. 21 odst. 2 Vzorového zákona.

4.3.2 Postavení věřitelů

Rovněž v postavení věřitelů se odráží rozdílný charakter obou norem. Vzorový zákon je normou určenou k vnitrostátní implementaci národním zákonodárcem a jako takový klade přirozeně důraz na rovnost a zákaz diskriminace zahraničních věřitelů. Normě tohoto typu z podstaty věci nepřísluší konstruovat instituty, které by mohly být považovány za zásah do právního řádu jiného suverénního státu. Naproti tomu Nařízení jako přímo závazná norma může věřitelům poskytnout přímo procesní i hmotněprávní možnosti prosaditelné bez ohledu na obsah vnitrostátního práva a tím na jednu stranu umožnit větší respekt k hierarchii hlavního a vedlejšího řízení a na druhou stranu účinnou ochranu práv věřitelů.

Vzorový zákon v čl. 13 odst. 1 zdůrazňuje stejné zacházení se zahraničními věřiteli jako s věřiteli v tomto státě, konkrétně mají věřitelé stejná práva ohledně zahájení a účasti jako věřitelé v tomto státě. Vzorový zákon se proto již dále nezabývá procesními oprávněními věřitelů, např. napadáním rozhodnutí či přihlašování pohledávek. Všechny tyto otázky řeší vnitrostátní insolvenční norma. Vzorový zákon respektuje členění nároků podle pořadí do tříd ve vnitrostátním právu, nicméně v čl. 13 odst. 2 stanoví určité minimální standardy pro zařazení nároků, když zahraniční nároky nemohou být zařazeny níže než obecné nároky bez práva na přednostní uspokojení.

Dosah Nařízení je mnohem širší a konkrétnější. Předně Nařízení II v čl. (34) úvodních ustanovení konstatuje, že každý věřitel dlužníka by měl mít účinný prostředek právní ochrany proti rozhodnutí o zahájení insolvenčního řízení. Důsledky napadnutí rozhodnutí o zahájení insolvenčního řízení by se měly řídit vnitrostátním právem. To má praktické vyjádření v čl. 5 odst. 1 Nařízení II v tom, že kterýkoli z věřitelů může u soudu napadnout rozhodnutí o zahájení hlavního insolvenčního řízení z důvodu mezinárodní příslušnosti.

Nařízení dále upravuje vrácení výnosu v čl. 20 odst. 1 Nařízení (čl. 23 odst. 1 Nařízení II) a shodný podíl v čl. 20 odst. 2 (čl. 23 odst. 2 Nařízení II). Věřitel, kterému se po zahájení hlavního řízení podaří dosáhnout jakýmkoli způsobem, zejména výkonem rozhodnutí, úplného nebo částečného uspokojení svých pohledávek na úkor dlužníkovu majetku nacházejícího se na území jiného státu, vrátí vše, co nabyl, správci (s výjimkou uspokojení vyplývajících z věcných práv a výhrady vlastnictví). Podobně se věřitel, který v průběhu úpadkového řízení dosáhl uspokojení části své pohledávky, podílí na rozdělování majetku v rámci jiných řízení pouze tehdy, pokud věřitelé stejného pořadí nebo kategorie získali v těchto řízeních odpovídající podíl.

Vzorový zákon postihuje uvedené zásady úžeji, neboť se zabývá jen dosažením shodného podílu z pohledu souběžných řízení, nikoliv vrácení výnosu získaného v důsledku vedení jiného typu řízení než insolvenčního. Podle čl. 32 Vzorového zákona bez ohledu na zajištěné nároky nebo věcná práva věřitele, jehož pohledávky byly částečně uspokojeny v řízení podle insolvenčního práva v cizím státě, nemůže být uspokojen z téhož nároku v řízení podle zákona tohoto státu týkajícího se téhož dlužníka, pokud jsou ostatní věřitelé stejné třídy uspokojeni v nižší míře ve srovnání s rozsahem uspokojení tohoto věřitele.

Je zřejmé, že povinnost vrácení výnosu z textu Vzorového zákona dovést nelze, nicméně se domnívám, že minimálním důsledkem by i v režimu Vzorového zákona muselo být zohlednění plnění získaných takto věřitelem mimo rámec insolvenčního řízení ve výši podílu, který obdrží při rozvrhu výtěžku, a to minimálně s ohledem na základní principy Vzorového zákona (viz zejména preambule, písm. c), podle níž jedním z cílů Vzorového zákona je mj. spravedlivý a účinný mezinárodní výkon rozhodnutí o insolvenční ochraně chránící zájmy všech věřitelů).

Narizení II založilo věřitelům další významné oprávnění v souvislosti s příslibem správce v zájmu nezahájení vedlejšího řízení podle čl. 36 Narizení II. Správce může učinit jednostranný příslib, že při rozdělování daného majetku nebo výtěžku z jeho zpeněžení dodrží práva týkající se tohoto rozdělení a pořadí pohledávek, která by věřitelé měli podle vnitrostátního práva, pokud by bylo v daném členském státě zahájeno vedlejší insolvenční řízení. Príslib musí schválit známí místní věřitelé (čl. 36 odst. 5). Místní věřitelé mohou u soudu, který zahájil hlavní insolvenční řízení, podávat návrhy s cílem přijetí vhodných opatření potřebných k zajištění toho, aby byly dodrženy podmínky příslibu (čl. 36 odst. 8). Místní věřitelé mohou rovněž u soudu státu, v němž mohlo být zahájeno vedlejší insolvenční řízení, podat návrh s cílem dosáhnout vydání předběžných nebo ochranných opatření, která zajistí dodržování podmínek příslibu (čl. 36 odst. 9).

Vzorový zákon obdobné možnosti pochopitelně nedává, neboť nebrání zahájení vedlejšího řízení a vztah obou řízení řeší mechanismem souběžných řízení (Kapitola V Vzorového zákona).

Narizení výslovně umožňuje, aby věřitel mohl přihlásit svou pohledávku v hlavním nebo kterémkoli vedleším řízení (čl. 32 odst. 1 Narizení, čl. 45 odst. 1 Narizení II). Vzorový zákon přihlašování pohledávek ve více řízeních nijak nebrání, naopak z podstaty věci do vnitrostátních úprav nezasahuje. Vzorový zákon neobsahuje ani analogii čl. 32 odst. 2 Narizení (čl. 45 odst. 2 Narizení II), podle něhož správci v hlavním i kterémkoliv vedleším řízení přihlašují v jiném řízení pohledávky, které již byly přihlášeny v řízení, pro něž byli

jmenování. I v tomto případě bude přihlašování takových pohledávek závislé na obsahu vnitrostátního práva.

Srovnatelné jsou pak v obou normách informační povinnosti vůči věřitelům⁵⁰⁶, a to v obou případech na bázi individuálních oznámení, v případě Nařízení II však zdokonalené do formulářové podoby standardizovaného obsahu⁵⁰⁷.

4.3.3 Uznání zahraničního řízení

Mezi Vzorovým zákonem a nařízením existuje zásadní rozdíl v tom, co je ve vztahu k zahraničnímu insolvenčnímu řízení **předmětem** uznání.

V režimu Nařízení není zapotřebí zvláštního řízení, jehož předmětem by bylo uznání zahraničního řízení jako takového, neboť nástrojem je automatické uznání rozhodnutí o zahájení úpadkového řízení učiněného soudem v jiném členském státě. Takové rozhodnutí je uznáváno ve všech členských státech od okamžiku, kdy nabude účinnosti ve státě, který řízení zahájil⁵⁰⁸. Uznání hlavního úpadkového řízení nevyklučuje zahájení vedlejšího úpadkového řízení v jiném členském státě⁵⁰⁹. Bez dalších formálních náležitostí se uznávají rovněž rozhodnutí týkající se:

- průběhu a skončení úpadkového řízení,
- rozhodnutí vyplývající z úpadkového řízení,
- rozhodnutí s úpadkovým řízením úzce související,
- rozhodnutí týkající se ochranných opatření.

Veškerá uvedená rozhodnutí jsou vykonatelná ve smyslu nařízení Brusel I, resp. nařízení Brusel I bis⁵¹⁰. Uznávání a výkon rozhodnutí jiných než výše uvedených se řídí nařízením Brusel I bis, je-li použitelné⁵¹¹.

Naopak v režimu Vzorového zákona je předmětem uznání řízení jako takové, nikoliv tedy konkrétní rozhodnutí. Žádost podává správce a dokládá ji ověřenou kopií rozhodnutí o zahájení zahraničního řízení nebo osvědčením zahraničního soudu potvrzujícím existenci

⁵⁰⁶ Čl. 39 – 41 Nařízení, čl. 14 Vzorového zákona.

⁵⁰⁷ Čl. 54 odst. 3 Nařízení II.

⁵⁰⁸ Čl. 16 odst. 1 Nařízení, čl. 19 odst. 1 Nařízení II.

⁵⁰⁹ Čl. 16 odst. 2 Nařízení, čl. 19 odst. 2 Nařízení II.

⁵¹⁰ Čl. 25 odst. 1 Nařízení, čl. 32 odst. 1 Nařízení II.

⁵¹¹ Čl. 32 odst. 1 Nařízení II.

zahraničního řízení, případně jakýmkoliv jiným důkazem o existenci zahraničního řízení⁵¹². Příkladá se přehled všech zahraničních řízení, která jsou zahraničnímu správci známa. Soud si může vyžádat překlad do úředního jazyka svého státu. Řízení je usnadněno sadou domněnek, a to ohledně typu zahraničního řízení a osoby správce, ohledně pravosti listin a ohledně COMI fyzických osob⁵¹⁵. Jak bylo rozebráno na jiném místě této práce, od okamžiku podání žádosti o uznání může soud poskytnout pomoc dočasného rázu⁵¹⁴. Uznání zahraničního řízení způsobuje automaticky významné důsledky ve vztahu k individuálním řízením a majetku dlužníka⁵¹⁵. Kromě toho je k dispozici široká škála fakultativních opatření v závislosti na žádosti zahraničního správce⁵¹⁶.

Jak podle Vzorového zákona, tak podle Nařízení může být uznání odmítnuto na základě výhrady veřejného pořádku. Obě normy přitom požadují určitou intenzitu takového rozporu, konkrétně musí jít o „zjevný rozpor“⁵¹⁷. Nařízení uvádí demonstrativně, že jde o rozpor se základními zásadami veřejného pořádku nebo s ústavními právy a svobodami jednotlivce⁵¹⁸. Poněkud rozdílně je pak formulována dikce výhrady *ordre public* v obou normách, kdy Vzorový zákon hovoří o odmítnutí postupu podle zákona pro rozpor s veřejným pořádkem, Nařízení naproti tomu (poněkud překvapivě s ohledem na shora uvedené) o odmítnutí uznání insolvenčního řízení nebo výkonu rozhodnutí učiněných v souvislosti s takovým řízením.

Pro úplnost je vhodné krátce zmínit otázku opravných prostředků a změn rozhodnutí:

Vzorový zákon ponechává otázku opravných prostředků proti rozhodnutí o uznání zahraničního řízení na vnitrostátním právu, nicméně se předpokládá, že bude moci být předmětem odvolání jako jakékoliv jiné soudní rozhodnutí. Na vnitrostátním právu také závisí, jaká bude šíře přezkumu odvolacím soudem, zejména zda mohou být opětovně zkoumány i faktické otázky. Bývá přitom dovozováno, že duchu Vzorového zákona odpovídá spíše užší rozsah přezkumu omezený na zkoumání splnění předpokladů pro uznání vyplývajících z čl. 15 a 16 Vzorového zákona. Čl. 17 odst. 4 Vzorového zákona pak výslovně umožňuje změnu nebo zrušení uznání, pokud dojde ke změně podmínek nebo pokud podmínky pro uznání od počátku nebyly dány.

⁵¹² Čl. 15 odst. 2 Vzorového zákona.

⁵¹⁵ Čl. 16 Vzorového zákona.

⁵¹⁴ Čl. 19 Vzorového zákona.

⁵¹⁵ Čl. 20 Vzorového zákona.

⁵¹⁶ Čl. 21 Vzorového zákona.

⁵¹⁷ Slovy obou norem „*manifestly contrary to the public policy*“ (čl. 6 Vzorového zákona, čl. 26 Nařízení).

⁵¹⁸ Čl. 26 Nařízení, čl. 33 Nařízení II.

Jak bylo uvedeno výše, v režimu Nařízení je uznání zahraničních rozhodnutí automatické. Logicky tak vzniká otázka, jakým způsobem je garantováno, že rozhodnutí vydal skutečně příslušný soud. Nařízení neobsahuje ustanovení o konkrétním způsobu posuzování příslušnosti a použije se proto vnitrostátní právo. Teoreticky by mohlo jít o rozhodnutí jednostupňové, bez jakéhokoliv opravného prostředku. Toto zjevné slabé místo bylo odstraněno Nařízením II a soud nyní z vlastního podnětu přezkoumává, zda je mezinárodně příslušný a ve svém rozhodnutí je povinen uvést důvody, na kterých se jeho příslušnost zakládá (čl. 4 Nařízení II). Toto rozhodnutí může dlužník nebo kterýkoliv z věřitelů u soudu napadnout z důvodu mezinárodní příslušnosti (čl. 5 odst. 1 Nařízení II). Nařízení však nemá na druhou stranu odvolací důvody oproti vnitrostátnímu právu limitovat: Podle čl. 5 odst. 2 Nařízení II mohou rozhodnutí napadnout i jiné osoby než osoby uvedené v odst. 1 nebo může být rozhodnutí napadeno z jiných důvodů než pro nedostatek mezinárodní příslušnosti soudu, pokud tak stanoví vnitrostátní právo.

4.3.4 Spolupráce správců a soudů

Spolupráce mezi správci, soudy navzájem a soudy a správci představovala od doby jeho vzniku základní pilíř Vzorového zákona a Kapitola IV. Vzorového zákona je široce využívána. Naopak Nařízení řešilo tuto oblast jen zcela neuspokojivě, a to velmi obecným čl. 31, který se omezoval na deklaraci o povinnosti sdělování informací a vzájemné spolupráci správců, aniž by se blíže zabýval metodami této spolupráce.

Úspěch Vzorového zákona v oblasti spolupráce nezůstal v Evropě nepovšimnut a Nařízením II významně zdokonaluje mechanismy spolupráce ve zjevné inspiraci Vzorovým zákonem.

Podle čl. 41 odst. 1 Nařízení II insolvenční správce v hlavním insolvenčním řízení a insolvenční správce ve vedlejších insolvenčních řízeních proti témuž dlužníkovi navzájem spolupracují v rozsahu, v jakém je tato spolupráce slučitelná s pravidly platnými pro každé z těchto řízení. Tato spolupráce může mít jakoukoliv formu, **včetně uzavření dohod nebo protokolů**. Zvláště poslední zdůrazněnou část věty lze považovat za velmi významnou. Evropské právo reaguje na faktický úspěch insolvenčních dohod a vytváří pro něj právní rámec. V prostředí kontinentálního práva lze mít samozřejmě určitou obavu z části věty „v rozsahu, v jakém je tato spolupráce slučitelná s pravidly platnými pro každé z těchto řízení“, neboť lze očekávat počáteční spíše restriktivní přístup k novým možnostem ze strany soudů při aplikaci Nařízení II, nicméně i tak jde v oblasti prohlubování spolupráce o znatelný pokrok.

Národní soudci budou mít oporu v Nařízení II, a pokud národní právo nebude uzavírání dohod a protokolů výslovně bránit, lze s opatrným optimismem doufat, že i samotná platforma čl. 41 odst. 1 bude postačovat k rozvinutí smluvní praxe mezi správci. Jestliže se uzavírání smluv stane běžnou praxí, stane se také v krátkém čase jasné, jaké konkrétní otázky jsou z pohledu jednotlivých evropských právních řádů problematické a bude tak zjevné, v kterém směru je národní právní řády nutno novelizovat. Z toho důvodů po nabytí účinnosti Nařízení II budou prakticky využitelné v podstatě všechny prvky insolvenčních dohod rozebírané v bodě 2.2.4.3 této práce.

Nařízení II je konkrétnější než Vzorový zákon při výčtu typů spolupráce správců. Ti si mají sdělovat informace významné pro průběh řízení, zejména vývoj u přihlašování a ověřování pohledávek, a veškerá opatření zaměřená na záchranu nebo restrukturalizaci dlužníka a na skončení řízení⁵¹⁹. Správci mají zkoumat, zda existuje možnost restrukturalizace dlužníka a pokud ano, koordinují tvorbu a provádění restrukturalizačního plánu⁵²⁰. Správci koordinují rovněž průběh zpeněžování nebo vypořádání majetku a záležitostí dlužníka; insolvenční správce ve vedlejším insolvenčním řízení poskytne insolvenčnímu správci v hlavním insolvenčním řízení včas příležitost k tomu, aby předložil návrhy na zpeněžení nebo vypořádání majetku ve vedlejším insolvenčním řízení⁵²¹.

Pokud jde o spolupráci a komunikaci mezi soudy, zjevnou analogií k možnosti jmenování osoby nebo orgánu k jednání se soudem / pod vedením soudu podle čl. 27 písm. a) Vzorového zákona je v režimu Nařízení II možnost soudu jmenovat nezávislou osobu nebo subjekt, které budou jednat pod jejich vedením, není-li to neslučitelné s pravidly, jež se na daná řízení vztahují⁵²². Výslovně je v Nařízení II uvedeno, že soudy spolu mohou komunikovat přímo pod podmínkou, že tato komunikace respektuje procesní práva účastníků řízení a pravidla důvěrnosti informací⁵²³. Demonstrativně jsou vyjmenovány oblasti možné spolupráce, přičemž ta se může týkat zejména koordinace při jmenování insolvenčních správců, sdělování informací, koordinace správy dlužníkovy majetku a záležitostí dohledu nad jeho majetkem a záležitostmi, koordinace průběhu jednání. Především pak upozorňuji na poslední demonstrativně uváděný bod, a to koordinaci schvalování protokolů, který navazuje na možnost správců uzavírat dohody a protokoly. V prostředí Nařízení II bude tedy touto

⁵¹⁹ Čl. 41 odst. 2. písm. a) Nařízení II.

⁵²⁰ Čl. 41 odst. 2. písm. b) Nařízení II.

⁵²¹ Čl. 41 odst. 2. písm. c) Nařízení II.

⁵²² Čl. 42 odst. 1 Nařízení II.

⁵²³ Čl. 42 odst. 2 Nařízení II.

formou postaveno najisto, že subjekty dohod a protokolů budou správci a soudům přísluší schvalování těchto dohod a protokolů.

Výslovně upravuje Nařízení II rovněž spolupráci a komunikaci správců se soudy, která je pojmána jako usnadnění koordinace hlavního, místního a vedlejšího insolvenčního řízení a stanoví proto povinnost spolupráce správce v hlavním řízení se soudem, u něhož byl podán návrh na zahájení vedlejšího řízení, správce v místním nebo vedlejším insolvenčním řízení se soudem, u kterého byl podán návrh na zahájení hlavního insolvenčního řízení, a správce v místním nebo vedlejším insolvenčním řízení se soudem, u něhož byl podán návrh na zahájení dalšího místního nebo vedlejšího insolvenčního řízení⁵²⁴.

4.3.5 Ochranná a předběžná opatření

Z pohledu Nařízení jsou předběžná a ochranná opatření nástrojem soudu příslušného k vedení hlavního insolvenčního řízení a dočasného správce jmenovaného tímto soudem ve vztahu k řízení vedlejšímu. Jak se uvádí v bodě (36) úvodních ustanovení Nařízení II, na jedné straně by měl soud, který je příslušný k vedení hlavního insolvenčního řízení, mít rovněž možnost nařídit předběžná ochranná opatření týkající se majetku, který se nachází na území jiných členských států. Tento směr má odraz v rovině uznávání rozhodnutí, když v čl. 25 Nařízení (shodně v čl. 32 Nařízení II) je výslovně uvedeno, že ustanovení o uznávání jiných rozhodnutí se také vztahuje na rozhodnutí týkající se ochranných opatření, která byla učiněna po podání návrhu na zahájení insolvenčního řízení. Na druhé straně by měl insolvenční správce dočasně jmenovaný před zahájením hlavního insolvenčního řízení mít v členských státech, v nichž má dlužník provozovnu, možnost učinit ochranná opatření, která jsou podle práva těchto členských států možná. Tato zásada je pak vyjádřena v čl. 38 Nařízení (shodně v čl. 52 Nařízení II) v tom smyslu, že dočasný správce je oprávněn navrhnout jakákoli opatření stanovená právem jiného členského státu a směřující k zajištění a ochraně jakéhokoliv majetku dlužníka nacházejícího se na území tohoto jiného členského státu v době od podání návrhu na zahájení insolvenčního řízení do rozhodnutí o zahájení řízení.

Analogií těchto ustanovení je čl. 19 Vzorového zákona upravující pomoc, kterou lze poskytnout na základě žádosti o uznání zahraničního řízení. Koncepce je však z několika důvodů odlišná. Předně může žádost o takovou pomoc podat pouze zahraniční správce, a to po podání žádosti o uznání zahraničního řízení. V režimu Vzorového zákona nebude uznáváno

⁵²⁴ Čl. 43 Nařízení II.

zahraniční rozhodnutí o ochranném opatření (jak bylo řečeno, předmětem je uznání řízení, nikoliv dílčího rozhodnutí), nýbrž sám soud státu, kde má být zahraniční řízení uznáno, rozhodne, zda požadovanou pomoc poskytne. Okruh takto dostupné pomoci je vymezen v čl. 19 odst. 1 a odkazem na čl. 21 odst. 1 písm. c), d) a g), přičemž poslední z uvedených bodů umožňuje poskytnutí jakékoliv dodatečné (ve smyslu jdoucí nad rámec pomoci výslovně stanovené Vzorovým zákonem) pomoci dostupné podle práva tohoto (uznávajícího) státu.

4.3.6 Souběžná řízení

Na rozdílech v úpravě souběžných řízení lze velmi plasticky ilustrovat rozdílné akcenty Vzorového zákona a Nařízení a odráží se v něm rozdílná legislativní technika obou norem. Stručně řečeno lze říci, že zatímco Vzorový zákon je nutně postaven na maximálním respektu k právu vést souběžné insolvenční řízení v kterémkoli státě, neboť národní suverén nemůže jinému suverénovi vnutit svou vůli a vedení takového řízení zabránit, Nařízení si z povahy věci může dovolit zajít dále a umožnit i případné odklizení zahraničního řízení formou jeho ukončení nebo přeměny.

Podle čl. 20 odst. 4 Vzorového zákona uznání zahraničního řízení jako hlavního nemá vliv na právo podat návrh na zahájení řízení v tomto státě. Podle čl. 28 Vzorového zákona po uznání zahraničního hlavního řízení lze řízení v tomto státě zahájit pouze v případě, že dlužník má v tomto státě majetek; účinky tohoto řízení jsou omezeny na majetek dlužníka, který se nachází v tomto státě, a v rozsahu nezbytném pro spolupráci a součinnosti podle článků 25, 26 a 27 také na další majetek, jenž by měl být podle práva tohoto státu spravován v tomto řízení. Předně je potřeba znovu zdůraznit, že v čl. 28 se hovoří o majetku, nikoliv o provozovně, jako je tomu v čl. 2 písm. c). V mnoha státech však pouhá existence majetku nebude postačovat k zahájení řízení. Lze si dobře představit, že mnohé státy si budou přát restriktivnější přístup, typicky z důvodu, že řízení týkající se pouhého majetku bez existence provozovny nebude nejefektivnějším způsobem uspokojení pohledávek věřitelů. Nebude v žádném případě proti filozofii Vzorového zákona, bude-li podmínka majetku na území státu nahrazena podmínkou provozovny na území státu³²⁵.

³²⁵ Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 226. Historicky však existují i odchylky opačným směrem, tj. zakládající pravomoc národního soudu i v případě ještě slabší vazby, než je existence majetku na území státu; v tomto smyslu viz např. rozbor francouzské úpravy v části 5.3.3 této práce.

Článek 29 Vzorového zákona pak upravuje důsledky, které vyvolává souběžné vedení řízení v jiném státě, a to v závislosti na tom, zda je řízení v tomto státě již vedeno v době podání žádosti nebo zda naopak začne až po uznání zahraničního řízení. Zahájení lokálního řízení nebrání uznání zahraničního řízení ani nevede ke zrušení již existujícího uznání. Čl. 29 se vyhýbá zavedení striktní hierarchie mezi řízeními a v podstatě chrání řízení domácí a přináší prvky, které ho posilují vůči zahraničnímu řízení, a to i hlavnímu: Jakákoliv pomoc musí být v souladu s řízením v tomto státě (čl. 29 písm. a) bod (i), pokud již byla v důsledku předchozího uznání poskytována, může být změněna nebo ukončena, nebude-li v souladu s řízením v tomto státě (čl. 29 písm. b) bod (i), automatické účinky uznání zahraničního hlavního řízení buď vůbec nenastanou (čl. 29 písm. a) bod (ii) nebo budou změněny či ukončeny, jestliže nebudou v souladu s řízením v tomto státě (čl. 29 písm. b) bod (ii).

Koncepce Nařízení je naopak založena na přiznané hierarchii hlavního a vedlejšího řízení. Podle čl. 3 odst. 2 Nařízení lze vedlejší řízení zahájit pouze tehdy, pokud má dlužník na území státu provozovnu a účinky jsou omezeny na majetek, který se nachází na území tohoto státu (koncepce v obou aspektech odlišná od čl. 28 Vzorového zákona). Podle čl. 3 odst. 3 musela být vedlejší řízení likvidační (s tím korespondoval i čl. 27 Nařízení); uvedené omezení však již Nařízení II neobsahuje, neboť bylo vyhodnoceno jako překážka komplexních restrukturalizačních opatření. Nařízení nutí soudy národních států zkoumat, zda nejsou v jiném státě dány podmínky pro zahájení hlavního řízení (v tomto smyslu je role COMI v režimu Nařízení silnější, než je tomu v režimu Vzorového zákona), protože územní řízení může být zahájeno pouze tehdy, pokud hlavní řízení nemůže být zahájeno z důvodů stanovených právem státu, na jehož území se nachází COMI (čl. 3 odst. 4 písm. a), nebo tehdy, požádá-li o to věřitel, který má bydliště nebo sídlo ve státě, kde se nachází provozovna, nebo jehož pohledávka vznikla na základě činnosti této provozovny (čl. 3 odst. 4 písm. b), obdobně totéž platí o Nařízení II⁵²⁶.

Správce podstaty v hlavním řízení má k dispozici silné nástroje, kterými si může vynutit kontrolu nad vedlejším řízením. Podle čl. 33 může soud na jeho návrh zcela nebo zčásti pozastavit zpeněžování majetku až na tři měsíce a jeho žádost může být zamítnuta pouze v případě, kdy zjevně není v zájmu věřitelů hlavního řízení; soud však může požadovat opatření k zajištění zájmů věřitelů ve vedlejším řízení⁵²⁷. Správce hlavního řízení může

⁵²⁶ Pro přesnost lze upozornit, že čl. 3 odst. 4 písm. b) odst. i) Nařízení II vypustilo podmínku místa pobytu nebo sídla věřitele ve státě, v němž se nachází provozovna; nadále tedy jde o věřitele z jakéhokoliv státu, jehož pohledávka vznikla z provozu provozovny nebo v souvislosti s takovým provozem.

⁵²⁷ Analogicky čl. 46 Nařízení II.

v režimu Nařízení navrhnout opatření ukončující vedlejší úpadkové řízení, umožňuje-li právo, kterým se řídí vedlejší řízení, ukončit řízení záchranným plánem, vyrovnáním nebo srovnatelnými opatřeními. To se může stát dokonce i bez souhlasu správce hlavního řízení, nejsou-li dotčeny finanční zájmy věřitelů v hlavním řízení⁵²⁸. Toto ustanovení se však jevílo být v jistém protikladu k obligatorně likvidačnímu charakteru vedlejšího řízení. V režimu Nařízení II tento problém odpadl a zmiňované oprávnění správce je již přímo označeno jako „pravomoc navrhnout restrukturalizační plány“⁵²⁹. Správce hlavního řízení může žádat také přeměnu dříve zahájeného řízení v jiném státě na řízení likvidační v režimu Nařízení⁵³⁰ a šířeji pak na jakýkoliv jiný druh insolvenčního řízení v režimu Nařízení II⁵³¹. Případný přebytek zbylý po zpeněžení majetku ve vedlejších insolvenčních řízeních a uspokojení všech pohledávek uznaných v těchto řízeních převede správce vedlejšího řízení správci řízení hlavního⁵³². Pokud bylo hlavní řízení zahájeno následně po zahájení územního řízení v jiném státě, vztahují se na dříve zahájené řízení články 31 až 35 (zejména spolupráce a sdělování informací, možnost pozastavení zpeněžování, opatření ukončující vedlejší úpadkové řízení)⁵³³.

4.3.7 Insolvenční řízení proti členům skupiny společností

Oblastí, v níž je patrné úzké propojení systému Vzorového zákona a Nařízení II a která zároveň ilustruje rozdílné možnosti UNCITRAL na straně jedné a EU na straně druhé, je insolvenční řízení proti členům skupiny společností. Nařízení ani Vzorový zákon tuto otázku výslovně neřeší. UNCITRAL nicméně věnuje této oblasti UNCITRAL dlouhodobou pozornost, která vyvrcholila v roce 2012 vypracováním legislativní příručky, která se týká speciálně nakládání se skupinami společností v insolvenční⁵³⁴. Příručka podrobně analyzuje ekonomické důvody existence skupin společností, vnitrostátní a mezinárodní právní souvislosti a formuluje konkrétní doporučení národním zákonodárcům postihující specifika insolvenční skupin společností. Jde nepochybně o sofistikovaný dokument, avšak jeho základní slabiny se zdají zřejmé: skupiny společností jsou z povahy věci nadnárodním fenoménem a ten je obtížné řešit z úrovně národního zákonodárce. Kromě toho se jeví forma pouhé legislativní příručky

⁵²⁸ Čl. 34 Nařízení.

⁵²⁹ Čl. 47 Nařízení II.

⁵³⁰ Čl. 37 Nařízení.

⁵³¹ Čl. 51 Nařízení II.

⁵³² Čl. 35 Nařízení, čl. 49 Nařízení II.

⁵³³ Analogicky čl. 50 Nařízení II.

⁵³⁴ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency.

nedostatečná k tomu, aby vedla k účinné unifikaci natolik komplexního přeshraničního problému, jakým jsou insolvence skupin společností.

Kapitola V Nařízení II nazvaná „Insolvenční řízení proti členům skupiny společností“ je naproti tomu poměrně komplexní úpravou založenou jednak na spolupráci a komunikaci mezi správci, soudy navzájem a soudy a správci navzájem (oddíl 1) a jednak na zcela novém institutu koordinace (oddíl 2) zajišťované osobou koordinátora (oddíl 3). Ustanovení o spolupráci v čl. 56–58 Nařízení II jsou velmi podobná ustanovením o spolupráci v hlavním a vedlejším řízení (tj. čl. 41–43), jmenovitě pak lze upozornit na možnost uzavírání dohod a protokolů mezi správci (čl. 56 odst. 1) a na koordinaci schvalování protokolů soudy (čl. 57 odst. 3 písm. e). Oddíl 2 pak popisuje koordinační řízení a oddíl 3 úkoly a práva koordinátora a jeho spolupráci s insolvenčními správci.

5. Porovnání možností tradičních národních úprav mezinárodního insolvenčního práva s možnostmi vyplývajícími ze Vzorového zákona

5.1 Cíl porovnání

Jak bylo naznačeno již v úvodu, jedním z cílů této práce má být obhájení výchozí teze, že Vzorový zákon představuje novou kvalitu v mezinárodní kooperaci týkající se přeshraničních insolvenčních řízení. Jinými slovy vychází tato práce z předpokladu, že ani moderní kodexy mezinárodního práva soukromého, jakým je například ZMPS, nenastolují (a z povahy věci při aplikaci tradičních metod regulace ani nemohou) standard srovnatelný se Vzorovým zákonem. Z této výchozí teze pak logicky vyplývá navazující teze, že by bylo vhodné, aby česká úprava mezinárodního insolvenčního práva byla změněna tak, aby vycházela ze Vzorového zákona.

5.2 Metoda porovnání

Metodou umožňující potvrzení či vyvrácení výchozí teze popsané v čl. 4.1 je porovnání stavu *de lege lata* v zemích neaplikujících Vzorový zákon a modelování hypotetického stavu *de lege ferenda*, pokud by Vzorový zákon ve srovnávaných zemích aplikován byl. Pro větší názornost je v této kapitole postupováno od obecného ke zvláštnímu. Nejprve je popsána varianta komplexní vnitrostátní úpravy mezinárodního insolvenčního práva bez převzetí Vzorového zákona, a to jak na příkladu moderní české úpravy ZMPS, tak na příkladu vybraných zahraničních úprav, přičemž dílčím cílem je jednak demonstrovat limity národních úprav mezinárodního insolvenčního práva (a to velmi vyspělých) oproti stavu spojenému s přijetím Vzorového zákona, jednak upozornit na nutnost pečlivě zkoumat obsah každého národního právního řádu (není-li založen na věrném převzetí Vzorového zákona), neboť odchylky v národních úpravách zásadním způsobem ovlivňují možnost a efektivnost přeshraniční spolupráce, a z toho vyplývající nejistoty subjektů insolvenčních řízení. Na pozadí naznačeného postupu je rovněž přesvědčení o možnosti argumentace *a maiori ad minus*: jestliže bude pravdivost výchozí teze prokázána na příkladu poměrně vyspělých evropských právních řádů, pak tím spíše bude platit v případě méně vyspělých zemí s kusou či zcela absentující úpravou mezinárodního insolvenčního práva.

5.3 Limity národních úprav mezinárodního insolvenčního práva bez převzetí Vzorového zákona

Vzorový zákon je stále aplikován pouze menší částí mezinárodního společenství. Jak bylo rozebráno výše, jeho obsah je výsledkem řady kompromisů a dlouhých jednání. Čistě teoreticky nic nebrání tomu, aby podobných efektů, jaké jsou Vzorovým zákonem sledovány, bylo dosahováno prostřednictvím jiných metod národního právního řádu. Připomeňme, že v zásadě jde o tři oblasti: přístup zahraničního správce, uznání zahraničního řízení a z toho vyplývající důsledky a spolupráce se zahraničními soudy a správci. Cílem této části práce je na příkladech konkrétních zemí prověřit, zda a nakolik národní právní řády kooperaci srovnatelnou s úpravou Vzorového zákona umožňují. Vybrány byly Česká republika (z důvodu zkoumání domácího prostředí), Spolková republika Německo (s výchozím předpokladem precizní úpravy i mimo režim Nařízení), Francouzská republika (s výchozím předpokladem nejen silné ochrany domácích věřitelů, ale i silného univerzalistického pojetí) a Čínská lidová republika (jednak kvůli určitému protikladu k vyspělým tržním ekonomikám, jednak z důvodu ekonomické váhy). Záměrně naopak nebyla pro tuto část práce vybrána Velká Británie a USA, neboť Vzorový zákon je silně poznamenán jejich soudní praxí a aplikace Vzorového zákona v těchto zemích zjevně nečiní zásadní potíže, jinými slovy míra kompatibility jejich právního řádu i souvisejících právních tradic je zřetelně vyšší, než je tomu u zemí kontinentální Evropy (jak je patrné i z předchozích částí této práce, naprostá většina judikatury ke Vzorovému zákonu vzniká u soudů zemí common law).

5.3.1 Česká republika

Jádro české úpravy mezinárodního insolvenčního práva se nachází v jediném ustanovení, a to v § 111 ZMPS. Již z této skutečnosti samotné je patrné, že žádnou rozsáhlou hmotněprávní úpravu týkající se naznačených oblastí očekávat nelze. Přístup zahraničního správce ke zdejším soudům v podstatě řešen není, uznání zahraničního řízení je v odst. 5 řešeno poměrně restriktivním způsobem, jak bude rozebráno níže, o spolupráci se zahraničními soudci ani správci se nelze dozvědět téměř nic.

Podle ustanovení § 111 odst. 1 ZMPS, jestliže je dána pravomoc českých soudů pro zahájení insolvenčního řízení podle přímo použitelného předpisu Evropské unie, vztahuje se toto řízení i na dlužníkův majetek v jiném cizím státě než členském státě Evropské unie, pokud

cizí stát přiznává tomuto řízení účinky na svém území, a to v rozsahu přiznání těchto účinků. Insolvenční správce vykonává své pravomoci i na území cizího státu, pokud mu to právní řád tohoto cizího státu umožňuje a v mezích tohoto právního řádu.

Předmětné ustanovení se zabývá jen poměrně úzkým problémem majetku mimo členské státy EU v řízení vedeném v ČR soudem pravomocným podle Nařízení. I zde se však řešení omezuje pouze na odpověď na otázky „kdo“ a „podle jakého práva“, nikoliv na otázku „jakým způsobem“. Aby byla dána pravomoc českých soudů ve smyslu Nařízení, musí být splněny dva základní předpoklady: jednak je zapotřebí, aby se na území České republiky nacházelo COMI dlužníka (s odkazem na čl. 3 odst. 1 Nařízení), nicméně to samo o sobě nestačí. Je také nutné, aby existoval mezinárodní (cizí) prvek, který má vztah k jinému členskému státu, a to vztah nikoliv pouze bagatelní³⁵⁵. Pravomoc českých soudů bude tedy dána tehdy, pokud se bude COMI nacházet v České republice a zároveň bude existovat cizí prvek vztahující se k jinému členskému státu. Jestliže by sice cizí prvek existoval, ale nevztahoval by se k jinému členskému státu, Nařízení by se neaplikovalo a tím pádem ani § 111 odst. 1 ZMPS.

K tomu, aby tento velmi skromný nástroj dispozice s majetkem mimo EU byl použitelný, musí být české řízení v takovém státě uznáno; na tomto místě se lze omezit na konstatování, že v úvahu pochopitelně nepřipadá efekt automatického uznání hlavního insolvenčního řízení ve smyslu čl. 16 a 17 Nařízení jako v jiných členských státech EU. Jestliže by šlo o stát aplikující Vzorový zákon, bylo by postupováno ve smyslu Kapitoly III. „Uznání zahraničního řízení a pomoc“, pokud nikoliv, pak podle relevantních národních ustanovení (v českém právu § 111 odst. 5 ZMPS, v německém právu § 343 InsO atd.).

Zajímavé jsou dopady „vtažení“ Nařízení do české úpravy v rovině oprávnění správce. Z čl. 18 odst. 1 Nařízení vyplývá, že správce jmenovaný v hlavním řízení může v jiném členském státě vykonávat veškeré pravomoci, jež jsou mu svěřeny podle práva státu, který řízení zahájil (*lex fori concursus*). Tak se skrze Nařízení „exportují“ do jiných členských států pravomoci správce vyplývající z českého insolvenčního zákona a kombinací ustanovení § 111 odst. 1 ZMPS a čl. 18 odst. 1 Nařízení pak jsou na bázi materiální vzájemnosti „exportovány“ tyto pravomoci i do států nečlenských. Jak je potom patrné ze samotného čl. 18 odst. 1, tyto pravomoci jsou několikerým způsobem limitovány. Předně jde o omezení vyplývající z úpadkového řízení zahájeného v tomto jiném státě. V prostředí členských států může jít jen o řízení sekundární, nicméně vůči nečlenskému státu je v obecné rovině nutno uvažovat jakékoliv insolvenční řízení v tomto státě. Dalším omezením jsou pak „ochranná opatření

³⁵⁵ BĚLOHLÁVEK, A. J., op. cit., str. 67.

bránící jejich výkonu na základě návrhu na zahájení úpadkového řízení v tomto státě“. Přitom jak přesvědčivě dovozuje Bělohávek³⁵⁶, v případě konfliktu mezi ochrannými opatřeními vydanými soudem ve státě, kde probíhá hlavní řízení, a obdobnými opatřeními vydanými soudem ve státě, kde má nebo může dojít k zahájení sekundárního insolvenčního řízení, by měla být dána vždy přednost ochranným opatřením vydaným právě soudem příslušným k zahájení sekundárního řízení, a to v tom smyslu, že konkurující opatření vydaná soudem v hlavním insolvenčním řízení sice nezanikají, ale jejich účinek je suspendován. Poslední omezení pak vyplývá z čl. 18 odst. 3 Nařízení, podle kterého při výkonu svých pravomocí musí správce jednat v souladu s právem státu, na jehož území zamýšlí jednat. Z výše uvedeného je patrné, že zdánlivě razantní charakter exportu unijního práva do třetích zemí je samotným unijním právem výrazně tlumen. Je totiž zjevné, že zatímco v případě jiné členské země lze očekávat minimálně dodržování norem vyplývajících z unijního práva, ať už obsah samotného insolvenčního práva bude jakýkoliv, v případě třetích zemí může jít o standard radikálně nižší.

Podle ustanovení § 111 odst. 2 ZMPS české soudy mohou zahájit a vést insolvenční řízení, jestliže dlužník má v České republice provozovnu, žádá-li o to věřitel s obvyklým pobytem nebo sídlem v České republice nebo vznikla-li pohledávka věřitele při činnosti této provozovny. Účinky řízení jsou v tomto případě omezeny na majetek v České republice.

Český zákonodárce se rozhodl aplikovat obvyklé kritérium provozovny, typické pro čl. 3 odst. 2 Nařízení, rovněž na případy, kdy se COMI nachází na území třetího (nečlenského) státu. Omezen je okruh navrhovatelů takového řízení, protože se musí jednat o věřitele splňujícího kritéria vymezená v předmětném ustanovení. Tento přístup je odlišný od unijního práva, neboť z rozsudku SD EU ze dne 4. 9. 2014, C-327/13 ve věci Burgo Group SpA proti Illochroma SA vyplynulo, že k podání návrhu na zahájení vedlejšího úpadkového řízení není oprávněn pouze věřitel s bydlištěm (pro účely tohoto srovnání není rozdíl mezi bydlištěm a obvyklým pobytem významný) či sídlem v tom členském státě, ve kterém byl návrh podáván, nýbrž může jít o věřitele z jakéhokoliv členského státu³⁵⁷. Podle čl. 2 písm. h) Nařízení se provozovnou rozumí jakékoli provozní místo, kde dlužník vykonává nikoli přechodnou hospodářskou činnost za pomoci lidských a materiálních zdrojů³⁵⁸.

³⁵⁶ BĚLOHLÁVEK, A. J., op. cit., str. 599

³⁵⁷ Rozsudek SD EU ze dne 4. 9. 2014, C-372/13 ve věci Burgo Group SpA vs Illochroma SA.

³⁵⁸ V kontextu českého práva viz také celkově zajímavé rozhodnutí 29 Odo 164/2006, které se jako jednou z dílčích otázek zabývalo také definicí provozovny s tím závěrem, že může jít i o bydliště, jsou-li splněna ostatní kritéria; význam tohoto rozhodnutí ale jinak tkví především v aplikaci čl. 16 odst. 1 Nařízení v souladu konformně s rozhodnutím SD EU ve věci C-341/04 Eurofood IFSC Ltd.

Aktivní legitimace se odvíjí od obvyklého pobytu, nikoliv od *lex patriae*. V kontextu českého práva představuje obvyklý pobyt místo, v němž má osoba těžiště svého života³⁵⁹. Sídlem je pro účely daného ustanovení míněno sídlo zapsané (statutární), jímž se rozumí místopisný údaj, který má právnická osoba obvykle uveden jako své sídlo v zakladatelském právním jednání a který je zapsán v příslušném veřejném rejstříku³⁴⁰.

Řízení se při aplikaci uvedeného ustanovení týká výlučně majetku na území České republiky, opět analogicky k teritoriálnímu, resp. vedlejšímu řízení ve smyslu Nařízení.

Podle § 111 odst. 3 ZMPS mimo případy, na které se vztahuje přímo použitelný předpis Evropské unie, lze použít jeho kolizních ustanovení o používání právních předpisů přiměřeně. V zásadě jde tedy o převzetí kolizních norem Nařízení i pro ty případy, na něž se Nařízení nevztahuje, při aplikaci českým soudem. Jde tedy o nástroj, kterým bude rozhodné právo určováno v obou případech uváděných v § 111 odst. 1 a 2.

Podle čl. 4 odst. 1 Nařízení je právem rozhodným pro úpadkové řízení právo toho členského státu, na jehož území bylo úpadkové řízení zahájeno (*lex fori concursus*). To by bylo v případech odpovídajících § 111 odst. 1 a 2 právo české.

Podle čl. 4 odst. 2 Nařízení právo státu, který řízení zahájil, určuje podmínky pro zahájení tohoto řízení, jeho vedení a skončení, přičemž uvedené ustanovení jmenovitě vyjmenovává otázky, při jejichž řešení se uplatňuje *lex fori concursus*. Ustanovení čl. 5–15 Nařízení pak upravují výjimky z uvedeného obecného pravidla.

Pokud jde o legislativní techniku § 111 odst. 3 ZMPS, nelze než souhlasit se zvoleným řešením. Není pochyb o tom, že podrobné a racionální kolizní normy jsou jednou ze silných stránek Nařízení; proto je jejich „vtažení“ do českého práva logickým řešením. Jednotné kolizní normy usnadňují práci uživatelů zákonného textu a eliminují riziko často nevýznamných odchylek od evropské úpravy. V kontextu této práce se však nelze ubránit dojmu, že česká úprava sice elegantní formou vyřešila problém kolizních norem, ale v zásadě rezignovala na pozitivní hmotněprávní úpravu, která by regulovala chování subjektů přeshraničního insolvenčního řízení.

Vzorový zákon sám žádná kolizní ustanovení neobsahuje, jak bylo již výše rozebíráno. Nabízí se však otázka: K čemu jsou kvalitní kolizní normy, když odkážou na národní právo, které samo o sobě nedokáže nastolit standardy spolupráce srovnatelné se Vzorovým zákonem? Kolizní normy ze své podstaty nemohou nahradit absenci hmotněprávní úpravy

³⁵⁹ Rozsudek NS ČR sp. zn. 30 Cdo 2244/2011.

³⁴⁰ ŠUK, P. in PAUKNEROVÁ, M., ROZEHNALOVÁ, N., ZAVADILOVÁ, M. a kol.: *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*, str. 235.

zavádějící vstřícně nastavené standardy spolupráce soudů a správců. Problém české úpravy není v oblasti kolizních norem, nýbrž spočívá zejména v absenci pravidel spolupráce analogických Vzorovému zákonu nebo Nařízení II. Je škoda, že český zákonodárce více nesledoval moderní trend evropského mezinárodního insolvenčního práva vyjádřený v Nařízení II v oblasti spolupráce správců, soudů a soudů se správci navzájem.

Jediným vykročením směrem k mezinárodní spolupráci je ustanovení § 111 odst. 5 ZMPS, podle něhož se cizí rozhodnutí ve věcech úpadkového řízení uznávají za podmínky vzájemnosti, jestliže v cizím státě, ve kterém byla vydána, jsou soustředěny hlavní zájmy dlužníka a jestliže dlužníkův majetek v České republice není předmětem již zahájeného řízení podle odstavce 2. V těchto případech a i jinak, nebylo-li ohledně majetku, který se stal předmětem úpadkového řízení v cizině, zahájeno insolvenční řízení českým soudem, mohou být dlužníkovy movité věci, jež jsou v České republice, vydány cizímu soudu na jeho žádost, jde-li o soud státu, který zachovává vzájemnost. Při rozhodování o vydání movitých věcí do ciziny by měl soud z úřední povinnosti zkoumat splnění čtyř podmínek: ohledně věcí nebylo v době doručení žádosti zahájeno insolvenční řízení českým soudem, zachování vzájemnosti, uspokojení veškerých práv na vyloučení z majetkové podstaty a uspokojení veškerých práv zajištěných věřitelů⁵⁴¹.

Uvedené ustanovení navazuje na úpravu § 69 KV (InsZ účinky cizích rozhodnutí ve věcech úpadkového řízení neupravuje). V tomto smyslu jde tedy o úpravu s určitou tradicí, bohužel však nepříliš vstřícnou k zahraničním řízením a ne zcela kompatibilní se Vzorovým zákonem. Z hlediska materiální vzájemnosti v oblasti uznání rozhodnutí by ve vztahu k zemím Vzorového zákona problém neměl nastat, neboť podle standardního znění Vzorového zákona vzájemnost není vyžadována (nedošlo-li k modifikaci v národní úpravě). Méně příznivě však ve světle požadavku materiální vzájemnosti vyznívá úprava vydávání movitých věcí. V prostředí Vzorového zákona není sice takový postup vyloučen (zejména proto, že výčet možné pomoci podle čl. 21 je považován za demonstrativní), ale standardním nástrojem je svěřením správy či zpeněžení majetku na území tohoto státu správci z jiného státu, jehož rozhodnutí bylo uznáno (viz čl. 19 odst. 1 písm. b) nebo čl. 21 odst. 1 písm. e) Vzorového zákona). V tomto bodě se proto vzájemná praxe bude sladovat jen obtížně. Zejména jde však o to, že práva daná zahraničnímu správci Vzorovým zákonem jsou mnohem širší než v české úpravě; spolupráce správců, soudů a soudů se správci pak v české úpravě absentuje zcela.

⁵⁴¹ BRODEC, J. in PAUKNEROVÁ, M., ROZEHNALOVÁ, N., ZAVADILOVÁ, M. a kol.: *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*, str. 707-708.

5.3.2 Německo

Příkladem velmi komplexní úpravy přeshraničních insolvenčních řízení je úprava německá, obsažená v jedenácté části InsO⁵⁴², která se skládá ze tří částí: obecných ustanovení, sestávajících v zásadě z kolizních norem⁵⁴³, části týkající se zahraničních insolvenčních řízení⁵⁴⁴ a části zabývající se dílčím řízením ohledně majetku v tuzemsku⁵⁴⁵. Pro účely této práce lze pominout kolizní normy, které do značné míry připomínají Nařízení (a v tomto smyslu se lze ztotožnit s českou koncepcí § 111 odst. 3 ZMPS, neboť podrobná úprava kolizních ustanovení v InsO může být skutečně pocíťována jako nadbytečná).

Z pohledu komparace s prostředím Vzorového zákona je zajímavější vztah k zahraničním řízením. Rozhodnutí o zahájení zahraničního řízení jsou na rozdíl od české úpravy uznávána bez podmínky vzájemnosti. Rozhodnutí nebude uznáno pouze ve dvou případech: pokud soudy státu, který zahraniční řízení zahájil, nejsou podle německého práva příslušné, a dále pro zjevný rozpor s *ordre public*⁵⁴⁶. Zahájení zahraničního insolvenčního řízení bude v Německu bezprostředně účinné; není zapotřebí žádné další rozhodnutí nebo formality⁵⁴⁷. Podstatným rozdílem oproti české úpravě je to, že uznáno bude i vedlejší (dílčí) insolvenční řízení, nikoliv tedy pouze hlavní. Úprava je tedy v tomto směru jednoduchá a vstřícná ve stejném rozsahu jako Vzorový zákon. Uznávána jsou také ochranná opatření vydaná zahraničními soudy po podání návrhu na zahájení insolvenčního řízení a rozhodnutí upravující průběh a ukončení řízení⁵⁴⁸. Pokud je před zahájením zahraničního řízení jmenován předběžný správce, může německý soud na jeho návrh nařídít opatření směřující k zajištění majetku, ohledně něhož může být vedeno vedlejší insolvenční řízení⁵⁴⁹.

InsO řeší řadu praktických hmotněprávních a procesních otázek, např. účinky plnění dlužníkovi namísto do majetkové podstaty zahraničního insolvenčního řízení⁵⁵⁰, věcněprávní

⁵⁴² InsO. Elfter Teil. Internationales Insolvenzrecht (§§ 335–358).

⁵⁴³ InsO, §§ 335–342.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, §§ 343–353.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, §§ 354–358.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, § 343 odst. 1: „Die Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens wird anerkannt. Dies gilt nicht, wenn die Gerichte des Staats der Verfahrenseröffnung nach deutschem Recht nicht zuständig sind; soweit die Anerkennung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere soweit sie mit den Grundrechten unvereinbar ist.“

⁵⁴⁷ BRAUN E. a kol.: *Insolvenzordnung. Kommentar.*, str. 1511

⁵⁴⁸ InsO, § 343 odst. 2

⁵⁴⁹ *Ibid.*, § 344

⁵⁵⁰ *Ibid.*, § 350

nároky třetích osob vůči majetkové podstatě³⁵¹, přerušeni řízení týkajících se zahraniční majetkové podstaty³⁵².

Podobně jako v ZMPS je i v InsO upravena možnost vést dílčí řízení ohledně majetku nacházejícího se v Německu, a to na návrh věřitele (s pobytem či sídlem kdekoliv, i mimo území Německa). Podmínkou je, že se v Německu nachází provozovna nebo jiný majetek. Pokud se však na území Německa nachází pouze jiný majetek, nikoliv provozovna dlužníka, je dílčí řízení přípustné jen tehdy, prokáže-li věřitel zvláštní zájem na vedení takového řízení³⁵³.

Do určité míry je pamatováno také na spolupráci mezi správci, nikoliv však na spolupráci mezi soudy, příp. správci a soudy. Podle § 357 odst. 1 InsO („*Zusammenarbeit der Insolvenzverwalter*“) má správce bezodkladně sdělovat zahraničnímu správci veškeré okolnosti důležité pro vedení řízení. Zahraničnímu správci má být dána možnost vyjádřit se k zpeněžení či využití majetku nacházejícího se v Německu. Zahraniční správce je oprávněn účastnit se na schůzích věřitelů³⁵⁴, zahraničnímu insolvenčnímu správci se předkládá k vyjádření plán insolvenčního řízení a zahraniční správce je sám oprávněn plán předložit³⁵⁵.

Přestože v textu InsO není taková možnost upravena výslovně, minimálně v literatuře se dovozuje možnost, aby správci hlavního a vedlejšího insolvenčního řízení uzavírali mezi sebou smlouvy upravující průběh insolvenčního řízení³⁵⁶.

5.3.3 Francie

Unikátnost francouzské koncepce přeshraničního insolvenčního práva spočívá zejména v tom, že se převážně neopírá o psaný zákon, nýbrž o rozsáhlou judikaturu. Mezinárodní pravomoc francouzských soudů je dána tehdy, je-li dána jejich příslušnost podle francouzských procesních předpisů³⁵⁷. Judikatura má velmi pragmatický charakter a historicky silně chránila francouzské věřitele. Pravomoc francouzských soudů je dána předně tehdy, nachází-li se na území Francie sídlo dlužníka³⁵⁸. Dále jsou příslušné tehdy, pokud se na

³⁵¹ InsO, § 351.

³⁵² InsO, § 352.

³⁵³ InsO, § 354.

³⁵⁴ InsO, § 357 odst. 2.

³⁵⁵ InsO, § 357 odst. 3.

³⁵⁶ DELZANT, E. in BRAUN E. a kol., op. cit., str. 1557, bod 2: „*Der Abschluss von Insolvenzverwaltungsverträgen zwischen den Insolvenzverwaltern des Haupt- und des Sekundärinsolvenzverfahrens wird von § 357 nicht ausgeschlossen. Auch dies kann eine geeignete Form der Zusammenarbeit sein.*“

³⁵⁷ L'arrêt *Scheffél* du 30 octobre 1962 in ANCEL, B., LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, No 37.

³⁵⁸ Article 1 alinéa 1 du Décret N° 85-1388 du 27 décembre 1985.

území Francie nachází *centre principal de ses intérêts en France*. Zde však jde o něco zcela jiného než COMI. Uvedený pojem je judikaturou interpretován velmi široce, typicky může jít o umístění závodu, pobočky nebo provozovny. Umístění takového centra zájmu bylo shledáno i v tak extrémních případech, jako bylo vlastnictví nemovitostí na území Francie či jejich leasing³⁵⁹. Není tedy nutné, aby pobočka ve Francii měla právní subjektivitu, což ovšem obráceně znamená, že francouzský soud rozhoduje o insolvenčním řízení na dlužníka jako celek, přestože má sídlo v zahraničí. Tomu nijak nebrání ani probíhající zahraniční řízení ohledně téhož dlužníka do doby, než obdrží exequatur ve Francii.

Mimořádným fenoménem francouzského práva je pak tzv. *privilège de nationalité* vycházející z článků 14 a 15 Code civil³⁶⁰. Obecně platí, že cizinec, i bez pobytu ve Francii, může být ve Francii žalován a může proti němu probíhat exekuce ohledně závazků vůči Francouzi. Obráceně cizinec může vždy žalovat Francouze u francouzských soudů, i když jde o závazek vzniklý v zahraničí. Jde tedy o příslušnost založenou na francouzském občanství žalobce či žalovaného³⁶¹. Důsledky jsou pro cizince nečekané: ve věci *SNTR*³⁶² bylo dovozeno, že lze navrhnout ve Francii likvidaci zahraniční společnosti, přestože na území Francie nemá provozovnu ani jiný majetek. Kriticky pak bývá podotýkáno, že francouzský soud nemá relevantní informace o tom, zda se dlužník skutečně nachází v úpadku a dále není možné vyhovět požadavkům francouzského insolvenčního práva a snažit se o záchranu podniku³⁶³.

V některých případech shledaly francouzské soudy svou příslušnost i na základě pouhé obchodní činnosti dlužníka na území Francie³⁶⁴. Dalšími důvody jsou smíšení majetku fyzických a právnických osob do té míry, že jej nelze rozlišit, a existence fiktivní společnosti³⁶⁵.

Francouzské insolvenční řízení má univerzální účinek a vztahuje se na všechny majetek dlužníka, tedy i na majetek v zahraničí, což je promítnutí obecné zásady, že pohledávky věřitelů jsou zajištěny veškerým majetkem dlužníka³⁶⁶, do mezinárodního kontextu.

Judikaturou bylo v insolvenčních věcech dovozeno, že zahraniční soudní rozhodnutí nemají ve Francii účinky bez exequatur³⁶⁷. Do té doby může zahraniční správce vystupovat jen

³⁵⁹ MÉLIN, F., *La faillite internationale*, str. 31.

³⁶⁰ VALLENS, J.L., *La faillite internationale en dehors du droit communautaire: Rapport français*, str. 137-138.

³⁶¹ MÉLIN, op. cit., str. 34.

³⁶² Com., 19 mars 1979, *Société Nationale des Transports Routiers*, Revue des sociétés 1979, p. 567.

³⁶³ MÉLIN, F., op. cit. str. 31.

³⁶⁴ *Ibid.*, str. 40.

³⁶⁵ MÉLIN, F., op. cit. str. 44-45.

³⁶⁶ C. Civ. art. 2284 et 2285.

³⁶⁷ L'arrêt *Société Kléber*, Première chambre civile du 25 février 1986.

v omezeném okruhu věcí, zejména je oprávněn podávat návrhy na předběžná opatření, podávat přihlášky pohledávek, požadovat exequatur a navrhopat zahájení insolvenčního řízení ve Francii. Pokud jde o dlužníka, tomu nic nebrání nakládat s majetkovou podstatou a nevztahují se na něj zákazy vyplývající eventuálně ze zahraničního rozhodnutí. Věřitelé se pak i v této fázi mohou domáhat individuálně uspokojení svých pohledávek⁵⁶⁸.

Rozhodnutí ve věci *Munzer*⁵⁶⁹ definovalo podmínky, které musejí být zkoumány francouzským soudem před vydáním exequatur:

1. Kontrola pravomoci zahraničního soudu vydat rozhodnutí

Zkoumáno je, zda řízení proběhlo standardně a rozhodnutí bylo učiněno k tomu oprávněným soudcem za absence podvodného jednání⁵⁷⁰. Diskutabilní situace nastávají především v případě, že dlužník nemá sídlo ve státě, kde bylo vydáno rozhodnutí, ohledně něhož je žádán exequatur⁵⁷¹.

2. Kontrola práva aplikovaného zahraničním soudem

Podle rozhodnutí ve věci *Munzer* jde o to, zda bylo aplikováno právo aplikovatelné podle francouzských kolizních norem; v praxi jde o to, bude-li při aplikaci zahraničního práva dosaženo stejného výsledku, jakého by bylo dosaženo při aplikaci francouzských norem.

3. Kontrola souladu zahraničního rozhodnutí s mezinárodním veřejným pořádkem

Zkoumán je mezinárodní pořádek ve smyslu francouzského práva, který je rovněž postupně dotvářen judikaturou. Z konkrétních rozhodnutí je zřejmé, že francouzské soudy si uchovávají potřebnou míru nadhledu a vědomí nutnosti interpretovat mezinárodní veřejný pořádek úzce. Příkladem může být přístup k rozhodnutím španělských soudů, kdy v jednom případě španělský soud rozhodl o tom, že lhůta pro neúčinnost úkonů dlužníka činila 23 měsíců před rozhodnutím o úpadku, což bylo citelně déle než podle francouzského práva,⁵⁷² a v jiném případě, že veškeré úkony učiněné dlužníkem v období, které španělský soud retroaktivně stanovil v rozhodnutí o úpadku, jsou neplatné navzdory dobré víře smluvních partnerů⁵⁷³, což se rovněž radikálně liší od koncepce francouzského práva, nicméně v obou případech byla rozhodnutí shledána v souladu s veřejným pořádkem.

⁵⁶⁸ MÉLIN, F., op. cit., str. 76-79.

⁵⁶⁹ L'arrêt *Munzer*, Chambre civile de la Cour de cassation du 7 janvier 1964.

⁵⁷⁰ Ohledně tohoto kritéria podrobněji také l'arrêt *Simitich*, Première chambre civile du 6 février 1985.

⁵⁷¹ MÉLIN, F., op. cit., str. 89.

⁵⁷² Com., 5 février 2002, *Rev. jurisp. com.* 2002, str. 162.

⁵⁷³ Com., 5 février 2002 (jde o odlišné rozhodnutí z téhož dne jako ad 298), podrobněji viz MÉLIN, F., op. cit., str. 91-92.

4. Kontrola absence nekalého či podvodného jednání

Na zahraniční rozsudek, kterému francouzský soud udělil exequatur, je pohlíženo jako na rozsudek vydaný francouzským soudem, ale podle zahraničního práva. Nejde tedy o insolvenční řízení ve smyslu francouzského práva, nýbrž o úplnou akceptaci práv a povinností vyplývajících ze zahraničního práva s výhradou veřejného pořádku³⁷⁴. Zahraniční správce má tedy všechny pravomoci, které mu dává zahraniční právo a zahraniční soud. Může tedy např. zajišťovat věci, prodávat je, propouštět zaměstnance, řídit provoz závodu atd.³⁷⁵ Protože do doby vydání exequatur uplyne určitá doba, judikatura přiznala tomuto rozhodnutí dokonce určitou retroaktivitu³⁷⁶. To se týká zejména zákonného zástavního práva ve prospěch věřitelů váznoucího na věcech náležejících do majetkové podstaty, dále úkonů, které mohly být podle zahraničního práva napadány z důvodu jejich neúčinnosti či neplatnosti do doby exequatur apod.

5.3.4 Čína

Dne 27. 8. 2006 byl Národním lidovým shromážděním přijat zákon ČLR o úpadku korporací, který nabyl účinnosti 1. 6. 2007. Hlavním cílem je poskytnout zahraničním investorům více jistoty, že jejich investice bude v případě úpadku chráněna a tím odstranit překážku vyššího přílivu investic³⁷⁷. Zákon měl být formulován tak, aby „*reguloval proceduru korporátního úpadku, spravedlivě řešil dluhy a předlužení, chránil legitimní práva a zájmy věřitelů a dlužníků a udržel řád socialistické tržní ekonomiky*“³⁷⁸. Zákon se vztahuje na podnikatelské subjekty, a to jak na většinu státních, tak na nestátní podniky; z jeho působnosti je však vyňato cca dva tisíce konkrétních státních podniků převážně z vojenského a těžebního průmyslu³⁷⁹.

Z pohledu přeshraničních insolvencí je podstatné, že zákon výslovně uvádí v čl. 5., že úpadkové řízení zahájené v Číně se vztahuje na veškerý dlužníkův majetek nacházející se mimo Čínu. Ze stejného ustanovení vyplývá, že rozhodnutí zahraničních soudů týkající se dlužníkovy majetku mohou být uznána lidovým soudem. Soud je však povinen v každém

³⁷⁴ VALLENS, op. cit., str. 142.

³⁷⁵ *Ibid.*, str. 142.

³⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 25 févr. 1986, RCDIP, 1987, note SYNVET, JCP, éd. G, 1987, II, 20776.

³⁷⁷ ARSENAULT S. J., *Leaping over the Great Wall: Examining Cross-Border Insolvency in China under the Chinese Corporate Bankruptcy Law*, str. 3.

³⁷⁸ LI, A., *China: Bankruptcy and Insolvency Law and Policy*, str. 127-141.

³⁷⁹ ARSENAULT S. J., op. cit., str. 16, viz poznámka pod čarou č. 114.

jednotlivém případě přezkoumat, zda zahraniční rozhodnutí „nenarušuje bezpečnost a suverenitu státu a sociální a veřejný zájem nebo legitimní práva a zájmy dlužníků z Čínské lidové republiky“. Uvedená velmi vágní a nepřesná formulace vzbudila okamžité obavy, že ve skutečnosti nebudou zahraniční rozhodnutí v Číně vykonatelná. Se zájmem bylo nicméně komentováno, že nová čínská úprava obsahuje prvky pojetí univerzality a zdá se vycházet z předpokladu v zahraničí vedeného hlavního řízení⁵⁸⁰.

Naštěstí se zdá, že obavy byly zbytečné a nejnovější vývoj potvrzuje předpoklad, že čínské soudy jsou připraveny zahraniční rozhodnutí uznávat značně liberálně. Oprávněnost tohoto názoru potvrzuje rozhodnutí ve věci *Thumb Enviromental Technology Group v Sino-Environment Technology Group* z 11.6.2014⁵⁸¹. V rámci tohoto komplikovaného případu čínský soud uznal oprávnění singapurským soudem jmenovaného správce jednat jménem dlužníka a uznal také rozhodnutí učiněná tímto správcem ve vztahu k čínské dceřiné společnosti, obojí v zásadě s odůvodněním, že čínská dceřiná společnost byla plně vlastněna singapurskou mateřskou společností a vnitřní záležitosti právnické osoby a její dceřiné společnosti se řídí právem místa registrace. V daném případě tedy není pochyb, že singapurským právem se řídí jmenování správce a uvedené rozhodnutí bylo respektováno. Podobně ohledně rozhodnutí učiněného správcem ve vztahu k dceřiné společnosti bylo dovozeno, že se vnitřní poměry sice řídí čínským právem, ale protože mateřskou společností je singapurská společnost, osoba oprávněná rozhodnutí učinit bude určena na základě singapurského práva, konkrétně tedy rozhodnutím singapurského soudu⁵⁸².

Z výše uvedeného je jasně patrné, že čínské právo upravující přeshraniční insolvence je na samém počátku a o transparentnosti srovnatelné s prostředím Vzorového zákona nemůže být ani řeči. Celý systém působí dojmem, že je závislý na aktuální politické situaci, která je aktuálně vstřícná vůči investorům, nicméně text zákona by umožňoval i méně příznivou interpretaci, změní-li se priority čínské politiky.

5.3.5 Dílčí závěr k části 5.3

Z výše uvedeného stručného přehledu je zjevné, že je jistě možné, aby i evropská kontinentální národní úprava byla podstatně vstřícnější vzhledem k řízením vedeným mimo

⁵⁸⁰ ARSENAULT S.J., op. cit., str. 19.

⁵⁸¹ Podrobně je toto rozhodnutí rozebráno v článku TU, G., LI, X., *The Chinese Approach Toward Cross-Border Bankruptcy Proceedings: One Progressive Step Ahead*.

⁵⁸² TU, G., LI, X., *The Chinese Approach Toward Cross-Border Bankruptcy Proceedings: One Progressive Step Ahead*.

území EU, než je úprava česká. Přesto však je katalog možných opatření v čl. 19–24 Vzorového zákona širší, než je tomu i v poměrně velkorysé německé úpravě. Za všechny lze uvést možnost svěřit správu nebo zpeněžení dlužníkovy majetku nacházejícího se v tuzemsku zahraničnímu správci, možnost pověřit zahraničního správce rozdělením části nebo celého dlužníkovy majetku, úprava souběžných řízení atd. Kromě toho by měl Vzorový zákon přispět k unifikaci mezinárodního insolvenčního práva v globálním měřítku. Vhodnou cestou se nejeví ani jinak sofistikované francouzské pojetí široce respektující obsah zahraničního insolvenčního práva a rozhodnutí v případě exequatur, které však na druhou stranu umožňuje agresivně vést insolvenční řízení i se subjektem, jehož vazba na Francii je slabá (což se zdá vysvětlovat velmi rezervovaný postoj Francie ke Vzorovému zákonu). Soutěž o nejvýhodnější národní právní řád se v tomto smyslu nejeví jako žádoucí a o zamezení forum shopping je nepochybně vhodné uvažovat globálně, nikoliv pouze v evropském měřítku.

5.4 Srovnávací analýza: česká úprava mezinárodního insolvenčního práva de lege lata v porovnání se stavem v případě přijetí Vzorového zákona

5.4.1 Výchozí kritéria

V části 4.3 této práce byly popsány limity národních právních řádů v porovnání se stavem při přijetí Vzorového zákona. V této části je cílem demonstrovat popsané limity na příkladu konkrétních států. Přestože budou srovnána úpravy dvou konkrétních států, závěry lze zobecnit a použít v podstatě na jakékoliv státy mimo rámec Vzorového zákona.

Vzhledem k tomu, že právní úprava v České republice ze Vzorového zákona nevychází, je přirozené, aby jako výchozí byla použita česká úprava mezinárodního insolvenčního práva.

Jako druhou zemi lze vybrat jakoukoliv zemi mimo EU. Kritérií výběru může být více, pro větší praktičnost příkladu je vhodné, aby šlo o stát, se kterým má Česká republika poměrně intenzivní ekonomické vztahy. Další argumentační rovinu umožňuje existence dvoustranné smlouvy o právní pomoci. Protože komparace by mohla být rušivě ovlivněna zcela rozdílnými právními tradicemi a právními systémy, je ideální vybrat další stát ze systému kontinentálního práva.

Formou této metody je pak modelování hypotetického přeshraničního řízení v České republice a ve vybraném státě mimo EU a porovnání klíčových aspektů takových řízení při aplikaci ZMPS na straně jedné a Vzorového zákona na straně druhé. Jak by fungovala přeshraniční insolvence, kdyby namísto stávajících ustanovení ZMPS byl Českou republikou převzat Vzorový zákon?

Z praktických důvodů je pro demonstrování shora nastíněného záměru použita Ukrajina. Důvodů je hned několik: Předně mezi Českou republikou a Ukrajinou byla v relativně nedávné době uzavřena smlouva o právní pomoci v občanských věcech (č. 123/2002 Sb. m. s. ve znění protokolu č. 77/2008 Sb. m. s.). Dnem vstupu této smlouvy v platnost pozbyla ve vztazích mezi Českou republikou a Ukrajinou platnost Smlouva mezi Československou socialistickou republikou a Svazem sovětských socialistických republik o právní pomoci a právních vztazích v občanských, rodinných a trestních věcech z roku 1982⁵⁸³. Dalším důvodem je, že mezi oběma zeměmi probíhá intenzivní obchod, a pravděpodobnost přeshraniční insolvence je proto značná. Zejména jde však o to, že od 19. 1. 2013 nabyla účinnosti novela ukrajinského zákona o obnovení solventnosti dlužníka a prohlášení dlužníkovy úpadku⁵⁸⁴ (dále jen „UIZ“), která zcela nově upravila přeshraniční insolvenční řízení v tom smyslu, že je v části týkající se přeshraničních řízení významně ovlivněna Vzorovým zákonem. Již na tomto místě je však potřeba uvést, že přestože některé prameny tvrdí, že ukrajinská úprava převzala Vzorový zákon⁵⁸⁵, při podrobnějším pohledu je zřejmé, že se od Vzorového zákona značně odchyľuje. Na odchyľky bude upozorněno níže v této části práce.

5.4.2 Dvoustranné mezinárodní smlouvy

Z pohledu České republiky je situace velmi jednoduchá, neboť žádná dvoustranná smlouva o právní pomoci, jejíž stranou je Česká republika, se přeshraničním insolvenčním řízením nezabývá.

⁵⁸³ Čl. 61 Smlouvy mezi Českou Republikou a Ukrajinou o právní pomoci v občanských věcech (Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 123/2002 Sb. m. s. ve znění protokolu č. 77/2008 Sb. m. s.).

⁵⁸⁴ Zákon ze dne 14. 5. 1992 No. 2343-XII o obnovení dlužníkovy solventnosti a vyhlášení úpadku.

⁵⁸⁵ Až nemístně optimisticky v tomto směru GRUD, J.: *The amended Ukrainian insolvency law (Clifford Chance Briefing Note)*.

5.4.2.1 Příklad: Aplikace smlouvy o právní pomoci mezi Českou republikou a Ukrajinou

Smlouva mezi Českou republikou a Ukrajinou o právní pomoci v občanských věcech (Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 123/2002 Sb. m. s. ve znění protokolu č. 77/2008 Sb. m. s.) sice ve svém čl. 1 odst. 1 definuje věci „občanské“ tak, že se za ně považují věci vznikající mj. z občanskoprávních i obchodněprávních vztahů, ale smlouva samotná si obsahově zjevně nekladla příliš vysoké ambice. Specifickou oblastí insolvenčního řízení se vůbec nezabývá. Každý ze států by proto aplikoval své normy mezinárodního práva soukromého. V případě České republiky by tedy byl aplikován ZMPS a v případě Ukrajiny ukrajinský insolvenční zákon. Příklad ilustruje, že ani takto moderní dvoustranná smlouva zkoumané otázky neřeší.

5.4.3 Porovnání možností úprav mezinárodního insolvenčního práva na příkladu interakce právních řádů České republiky a Ukrajiny

5.4.3.1 Pohled z české strany: aplikace ZMPS

Z důvodu absence relevantní úpravy ve dvoustranné smlouvě o právní pomoci nebo ve vícestranné mezinárodní dohodě by český soud aplikoval úpravu ZMPS.

5.4.3.1.1 Postup při pravomoci českých soudů vyplývající z Nařízení (§ 111 odst. 1 ZMPS)

Jak již bylo podrobně rozebráno výše, východiskem pro posouzení pravomoci českých soudů, ale také rozhodného práva a praktického postupu soudů a správců je ve smyslu § 111 odst. 1 ZMPS to, zda je dána pravomoc českých soudů pro zahájení insolvenčního řízení podle přímo použitelného předpisu Evropské unie. Pokud tomu tak je, vztahuje se toto řízení i na dlužníkův majetek v jiném cizím státě než členském státě Evropské unie, pokud cizí stát přiznává tomuto řízení účinky na svém území, a to v rozsahu přiznání těchto účinků. Insolvenční správce vykonává své pravomoci i na území cizího státu, pokud mu to právní řád tohoto cizího státu umožňuje a v mezích tohoto právního řádu.

Ve smyslu čl. 3 odst. 1 Nařízení jsou příslušné k zahájení insolvenčního řízení soudy členského státu, na jehož území se nachází COMI dlužníka. Kolizním určovatelem pro

posouzení mezinárodní pravomoci ve smyslu Nařízení je tedy COMI. Každý soud musí individuálně posoudit každý subjekt, kterého se týká zahájené insolvenční řízení, a zjistit, zda je dána jeho pravomoc. Předpokladem je přitom existence mezinárodního (cizího) prvku vztahujícího se k jinému členskému státu.

Rozebírané ustanovení se tedy vztahuje na případy, kdy se na území České republiky nachází COMI dlužníka. V takovém případě se pak pravomoc českého soudu rozšiřuje i na majetek dlužníka nacházející se ve státě mimo EU, v daném případě tedy Ukrajině. Dále je nutno pro účely tohoto příkladu konstruovat mezinárodní prvek vztahující se k jinému členskému státu EU (jinak by nebylo možno o pravomoci podle Nařízení uvažovat). Lze si tedy představit příklad, kdy dlužník bude mít COMI v České republice a majetek jednak v jiném členském státě a jednak na Ukrajině.

Z procesního hlediska se zdá, že formou, jakou k uvedenému rozšíření pravomoci českého soudu dojde, bude soupis takového majetku do majetkové podstaty dlužníka. Je diskutabilní, zda by soud měl a musel vydat usnesení, kterým by takové rozšíření své pravomoci deklaroval. S ohledem na skutečnost, že ani při soupisu věcí nacházejících se na území České republiky se žádné usnesení nevydává, nejeví se vydání zvláštního usnesení nutné ani v tomto případě.

V každém případě však není možné pojmout do soupisu majetkové podstaty dlužníka s COMI na území České republiky jakoukoliv věc nacházející se na území jiného státu mimo území EU bez zkoumání dalších podmínek. *Conditio sine qua non* takového postupu je vždy předchozí řádné prověření, zda a v jakém rozsahu přiznává cizí stát českému řízení účinky na svém území. Je přitom nutno zkoumat materiální vzájemnost ve smyslu § 13 ZMPS. Pouze v případě materiální vzájemnosti a jen v míře, v jaké je dána, se bude řízení na majetek v cizím státě vztahovat⁵⁸⁶.

Umožňují právní úpravy České republiky a Ukrajiny v daném směru vzájemnost?

Klíčem k určení soudní příslušnosti je COMI jak podle Nařízení, tak podle Vzorového zákona. Dalším principem je rozlišování hlavního a vedlejšího řízení. Ukrajinský zákon sice nastavil velmi podobnou sadu pravidel jako Vzorový zákon, ale kritérium COMI bylo nahrazeno kritériem sídla, resp. pobytu⁵⁸⁷.

K zamyšlení dále vybízí v první větě ustanovení § 111 odst. 1 ZMPS výraz „..., a to v rozsahu přiznání těchto účinků“. Tato věta předně stanoví, že řízení se „vztahuje ... i na

⁵⁸⁶ HORÁK, P., BŘÍZA, P. in BŘÍZA, P., BŘICHÁČEK, T., FIŠEROVÁ, Z., HORÁK, P., PTÁČEK, L., SVOBODA, J.: *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*, str. 624.

⁵⁸⁷ Čl. 62 odst. 3 UIZ.

dlužníkův majetek v jiném cizím státě“. Výraz „vztahuje“ přitom s ohledem na obsah českého insolvenčního řízení znamená zahrnutí majetku do majetkové podstaty, možnost správce s tímto majetkem nakládat a případně ho zpeněžit (zejména bude-li způsobem řešení úpadku konkurz). Budeme-li na toto ustanovení nahlížet prizmatem vzájemnosti, jde v podstatě o zkoumání, zda by ukrajinské soudy umožnily českému správci výkon uvedených práv k majetku na území Ukrajiny, a obráceně, zda by české soudy umožnily totéž ukrajinskému správci. Pomineme-li výše rozebíranou odlišnost v konceptu COMI vs. sídlo a vyjdeme-li pro účely této práce z předpokladu, že srovnáváme české řízení ohledně subjektu, který má COMI v Česku, a ukrajinské řízení ohledně subjektu, který má sídlo na Ukrajině, mělo by být chování obou stran ve svém důsledku sice podobné, ale nikoliv totožné. Podstatné je, jaké právní nástroje by měli soudci z obou zemí k dispozici. Z pohledu českého práva by nástrojem bylo ustanovení § 111 odst. 5 ZMPS, který explicitně stanoví povinnost vydat movité věci dlužníka při respektování práv na vyloučení věcí a práv zajištěných věřitelů. Z pohledu Vzorového zákona by pak nástrojem byl např. čl. 21 písm. e), podle něhož na základě uznání zahraničního řízení, ať hlavního nebo vedlejšího, může soud na žádost zahraničního správce poskytnout přiměřenou pomoc zahrnující svěřeni správy nebo zpeněžení celého či části dlužníkovy majetku, který se nachází v tomto státě, zahraničnímu správci. V modifikované ukrajinské úpravě však uvedené ustanovení není, naopak je konstruována (pro Vzorový zákon neobvyklá) možnost zastavit ohledně takového majetku řízení na území Ukrajiny⁵⁸⁸. Je sice pozitivní, že majetek nebude „vtáhnut“ do řízení na Ukrajině, to však samo o sobě ještě negarantuje českému správci možnost s věcmi nakládat či je zpeněžit.

Správce by tak měl do majetkové podstaty dlužníka zahrnout věci nacházející se na území Ukrajiny pouze tehdy, bude-li splněn předpoklad, že Ukrajina přiznává účinky řízení na svém území; bez splnění takového předpokladu by k soupisu věcí do majetkové podstaty ani neměl přistupovat, aby pak nebylo nutné přistoupit opět k jejich vynětí⁵⁸⁹. S ohledem na výše uvedený rozbor lze konstatovat, že vzájemnosti se s využitím úprav obou zemí bude dosahovat poměrně obtížně. V každém případě obě dosti odlišné úpravy sladění soudní praxe výrazně komplikují, k čemuž se připojuje v obou právech naprostá absence mechanismů kooperace a koordinace postupu upravená modelovým zákonem. Předvídatelnost postupu soudů by byla

⁵⁸⁸ Čl. 71 odst. 1 bod 1) UIZ.

⁵⁸⁹ § 227 IZ: „Insolvenční správce může z majetkové podstaty kdykoli v průběhu insolvenčního řízení vyjmout věci, práva, pohledávky nebo jiné majetkové hodnoty, které nemohou sloužit k uspokojení věřitelů, ...“ Pokud by správce nebyl schopen zájemci o koupi garantovat, že jím uzavřená kupní smlouva bude mít na území Ukrajiny účinky spojené s převodem vlastnického práva, lze si jen obtížně představit, že by mohl ke zpeněžení věci vůbec přistoupit.

mnohem vyšší, kdyby na obou stranách bylo možno počítat s transparentními a srozumitelnými důsledky „čistého“ Vzorového zákona bez modifikací.

Teoreticky může vzájemnost umožnit rozvoj širší přeshraniční praxe nad rámec zákonného textu *de lege lata* platných insolvenčních předpisů, nicméně lze důvodně předpokládat, že vzájemnost by se vztáhla nanejvýš na otázky výslovně upravené v zákonech obou zemí. Naprosto však nelze srovnávat rozsah práv vyplývajících ze Vzorového zákona a naznačený velmi strohý mechanismus. Lze být důvodně extrémně skeptický vůči tomu, že by se na podkladě pouhé vzájemnosti rozvinula mezi státy práva podobná právům ze Vzorového zákona, kupříkladu veškeré důsledky dopadající na soudní spory, výkony rozhodnutí, převody a zatěžování majetku apod.

Teoretický rozsah pravomocí správce podle § 111 odst. 1 ZMPS vyplývá z Nařízení, nicméně z následujícího výčtu je patrné, že rozvinutí takto široké spolupráce na bázi pouhé vzájemnosti je nepravděpodobné:

- veškeré pravomoci, které jsou svěřeny správci podstaty dle *legis fori concursus*,
- přemístění majetku dlužníka z území členského státu, v němž se nachází,
- správce podstaty v územním úpadkovém řízení dle čl. 3 odst. 2 může v jiném státě žádat, aby byl po zahájení insolvenčního řízení majetek přemístěn z území členského státu, který řízení zahájil, na území jiného státu,
- může v zájmu věřitelů podávat žaloby na neplatnost právního úkonu,
- při výkonu svých pravomocí musí správce podstaty jednat v souladu s právem členského státu, na jehož území zamýšlí jednat, zejména pokud jde o zpeněžení podstaty,
- správce se prokazuje ověřenou kopií originálu rozhodnutí o jeho jmenování nebo jiným osvědčením vydaným příslušným soudem,
- správce může žádat, aby podstatný obsah rozhodnutí o zahájení úpadkového řízení a případně i rozhodnutí o jeho jmenování bylo zveřejněno podle pravidel pro zveřejnění v tomto státě,
- správce může žádat, aby rozhodnutí o zahájení hlavního insolvenčního řízení bylo zapsáno do obchodního rejstříku, katastru nemovitostí a dalších veřejných rejstříků⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ HORÁK, P., BŘÍZA, P. in BŘÍZA, P., BŘICHÁČEK, T., FIŠEROVÁ, Z., HORÁK, P., PTÁČEK, L., SVOBODA, J., op. cit., str. 625.

Je zřejmé, že v zemi mimo EU uvedená oprávnění kolidují se zákonnými a někdy i ústavními právy subjektů druhého státu a jeví se jako velmi málo pravděpodobné, že by bez výslovné opory v mezinárodní smlouvě či zákoně byly soudy ochotny podobné zásahy do těchto práv tolerovat.

Pokud jde o kolizní ustanovení, podle ustanovení § 111 odst. 3 ZMPS mimo případy, na které se vztahuje přímo použitelný předpis Evropské unie, lze použít jeho kolizních ustanovení o používání právních předpisů přiměřeně. Podle čl. 4 odst. 1 Nařízení nestanoví-li Nařízení jinak, je právem rozhodným pro insolvenční řízení a jeho účinky právo toho členského státu, na jehož území bylo insolvenční řízení zahájeno (*lex fori concursus*). V rozebíraném případě jde o právo české. Toto právo upravuje podmínky pro zahájení, vedení a skončení řízení, přičemž čl. 4 odst. 2 Nařízení obsahuje demonstrativní výčet otázek, pro jejichž řešení je relevantní *lex fori concursus* a čl. 5–15 Nařízení specifikují výjimky z uvedeného pravidla.

5.4.3.1.2 Provozovna v České republice (§ 111 odst. 2 ZMPS)

Podle ustanovení § 111 odst. 2 ZMPS české soudy mohou zahájit a vést insolvenční řízení, jestliže dlužník má v České republice provozovnu, žádá-li o to věřitel s obvyklým pobytem či sídlem v České republice nebo vznikla-li pohledávka věřitele při činnosti této provozovny. Účinky řízení jsou v tomto případě omezeny na majetek v České republice.

Pro účely tohoto rozboru se tedy COMI nachází mimo území EU, a to na Ukrajině. Předmětné ustanovení je svou konstrukcí zjevnou paralelou k vedlejšímu řízení ve smyslu čl. 3 odst. 2 Nařízení a „jinému než hlavnímu řízení“ ve smyslu čl. 2. písm. c) Vzorového zákona. Nařízení se ovšem liší v tom, že COMI musí být na území EU. O použití kolizních ustanovení platí totéž, co bylo psáno výše k § 111 odst. 1 ZMPS, zásadně bude tedy aplikováno právo české.

Ustanovení je aplikovatelné pouze splňuje-li věřitel alternativně jeden z předpokladů: buď jde o věřitele s obvyklým pobytem či sídlem v České republice, nebo jde o věřitele s obvyklým pobytem či sídlem mimo Českou republiku (v tomto případě na Ukrajině), avšak pohledávka vznikla při činnosti provozovny. Z povahy věci na rozdíl od Nařízení a Vzorového zákona předmětné ustanovení nedává srovnatelná oprávnění správci v hlavním řízení a nepřekračuje tak úzce teritoriální pojetí takového insolvenčního řízení včetně zachování „tradičního“ navrhovatele, tedy věřitelů.

5.4.3.2 Pohled z ukrajinské strany: aplikace ukrajinského insolvenčního zákona

Novelou účinnou od 19. 1. 2013 byla do UIZ doplněna část VIII nazvaná „Mezinárodní aspekty insolvenčních řízení“⁵⁹¹, jež do značné míry přejímá ustanovení Vzorového zákona, nicméně s odchylkami natolik závažnými, že UNCITRAL Ukrajinu nepovažuje za stát, který by aplikoval Vzorový zákon⁵⁹².

Aplikaci celé Kapitoly VIII podmiňuje UIZ vzájemností⁵⁹³.

Kritérium COMI je nahrazeno kritériem pobytu / sídla, a to podle následujících zásad:

- insolvenční řízení proti dlužníkovi s pobytem nebo sídlem na Ukrajině je hlavním řízením ve vztahu k jakémukoliv zahraničnímu řízení;
- insolvenční řízení proti zahraničnímu dlužníkovi ovládanému osobou s pobytem nebo sídlem na Ukrajině je jiným než hlavním řízením ve vztahu k hlavnímu řízení na Ukrajině;
- insolvenční řízení proti zahraničnímu dlužníkovi zahájené ve státě jeho pobytu nebo sídla je hlavní zahraniční řízení;
- insolvenční řízení proti zahraničnímu dlužníkovi ovládanému osobou, která nemá pobyt nebo sídlo na Ukrajině, je vedlejší zahraniční řízení⁵⁹⁴.

Tradiční instituty Vzorového zákona, zejména přístup správce k ukrajinským soudům, uznání řízení i některé typy spolupráce jsou zachovány, nicméně obsahově modifikovány, jak bude podrobněji rozebráno níže. To především znamená možnost požadovat uznání českého insolvenčního řízení a českého správce jako zahraničního řízení a zahraničního správce ve smyslu ukrajinského insolvenčního zákona a poskytování soudní pomoci ukrajinského soudu českému správci v rozdílném rozsahu před uznáním řízení a po uznání⁵⁹⁵.

UIZ tedy dává zahraničním správcům a soudům širší oprávnění a možnosti, než ZMPS. Vzorový zákon neobsahuje ve svém textu požadavek vzájemnosti při jeho aplikaci. Vzorovým zákonem není předpokládáno, že by uznání zahraničního řízení bylo odmítnuto výlučně z toho důvodu, že by zahraniční stát neposkytl recipročně ochranu a spolupráci ve stejném rozsahu správcům a soudům rozhodujícího státu. Požadavek reciprocity však některé státy

⁵⁹¹ GRUD, J.: *The amended Ukrainian insolvency law (Clifford Chance Briefing Note)*.

⁵⁹² http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html.

⁵⁹³ Čl. 62 odst. 1 UIZ.

⁵⁹⁴ Čl. 62 odst. 3 UIZ.

⁵⁹⁵ Čl. 65, 66 a čl. 71 UIZ.

nad rámec textu Vzorového zákona přidávají (např. Mexiko, Rumunsko, Jihoafrická republika atd.)⁵⁹⁶.

Stejným směrem se vydává i UIZ, který ve svém čl. 62 odst. 1 uvádí: „*Ustanovení vztahující se k zahraničním insolvenčním řízením (dále jen „mezinárodní aspekty insolvence“)* specifikovaná v této části zákona budou aplikována na základě vzájemnosti, není-li stanoveno jinak tímto zákonem nebo mezinárodní smlouvou uzavřenou Ukrajinou ...“. Celkově je zřejmé, že podmínku vzájemnosti častěji obsahují zákony méně rozvinutých zemí, které mají zřejmě větší obavu, že jejich subjektům by podobný rozsah pomoci na území druhého státu poskytnut nebyl.

Český soud ukrajinským správčům a soudům rozsah pomoci odpovídající Vzorovému zákonu prostě poskytnout nemůže, neboť by překročil rámec vymezený mu mezinárodní smlouvou a českým zákonodárcem. Z toho vyplývá, že české subjekty by mohly na území Ukrajiny požadovat nanejvýš práva odpovídající ZMPS, jak bylo rozebíráno výše.

5.4.3.3 Porovnání možností vyplývajících ze Vzorového zákona se stavem *de lege lata*

Vzorový zákon upravuje celou škálu prostředků soudní pomoci, spolupráce a koordinace. Pokud si představíme hypotetickou situaci, že jak Česká republika, tak Ukrajina převezmou Vzorový zákon (nikoliv ovšem jako Ukrajina v silně modifikované a zkreslené podobě), pak lze s ohledem na rozvíjející se judikaturu poměrně transparentně predikovat způsob řešení různých situací vyžadujících koordinaci soudů a správců obou států. Podrobný rozbor jednotlivých institutů Vzorového zákona byl již proveden v jiných částech této práce, smyslem odkazu na jednotlivá ustanovení Vzorového zákona je komparace s možnostmi vyplývajících ze stavu insolvenčního práva České republiky a Ukrajiny *de lege lata*.

5.4.3.3.1 Prozatímní pomoc podle čl. 19 Vzorového zákona

Smyslem prozatímní pomoci je upravit poměry do doby uznání zahraničního řízení, a to zejména zabránit separátnímu uspokojení některých věřitelů a znehodnocení majetkové podstaty. K dosažení těchto cílů umožňuje Vzorový zákon pozastavení exekucí na dlužníkův majetek, zmocnění zahraničního správce ke správě či zpeněžení celého nebo části dlužníkovy majetku nacházejícího se v tomto státě, aby bylo zabráněno znehodnocení majetku, ale také

⁵⁹⁶ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, čl. III., část B., bod 4. „*Reciprocity*“ (str. 18).

podle uvážení soudu další prostředky dostupné za běžných okolností až po uznání zahraničního řízení podle čl. 21 Vzorového zákona. Zájmy věřitelů musejí být chráněny (čl. 22 odst. 1), pomoc lze vázat na různé podmínky (čl. 22 odst. 2) a obsah podle potřeby modifikovat nebo zrušit (čl. 22 odst. 3).

V UIZ existuje analogie čl. 19 Vzorového zákona v podobě čl. 66 UIZ. Z nejasných důvodů jsou však prostředky pomoci vymezeny jednak úžeji a jednak odlišným způsobem. Soud může po podání žádosti o uznání zahraničního řízení učinit jedno ze dvou opatření (výčet se jeví jako taxativní):

- a) zakázat zatížení dlužníkovy majetku na základě výkonu rozhodnutí nebo jiných dokumentů umožňujících takové zatížení,
- b) zajistit shromáždění důkazů nebo získání informací o majetku, obchodních transakcích, právech, povinnostech nebo odpovědnostech dlužníka.

ad a): Není zcela jasné, zda zvolená formulace zákazu zatížení umožňuje i přerušování probíhajících exekucí, ale s ohledem na smysl ustanovení se to jeví jako pravděpodobné. V tomto smyslu tedy analogie čl. 19 v ukrajinském právu existuje. Zcela však absentuje možnost svěřit správu majetkové podstaty cizímu správci.

ad b): Jde o analogii ustanovení čl. 21 odst. 1 písm. d) Vzorového zákona, který upravuje účinky po uznání zahraničního řízení, avšak bez možnosti výslechů svědků. Jde ale jen o chabou náhražku jiných vypuštěných typů pomoci upravených čl. 19 Vzorového zákona, neboť k podobnému efektu lze v prostředí Vzorového zákona dojít např. formou pomoci podle čl. 25–27.

5.4.3.3.2 Automatické účinky uznání zahraničního hlavního řízení podle čl. 20 Vzorového zákona

Podle čl. 20 Vzorového zákona nastupují okamžikem uznání zahraničního řízení jako hlavního automaticky účinky bránící individuálnímu uspokojení jednotlivých věřitelů, jinými slovy toto ustanovení chrání základní zásadu poměrného uspokojení pohledávek věřitelů v insolvenční. Nelze proto zahájit individuálně řízení týkající se dlužníkovy majetku, práv, závazků nebo odpovědností, ani v takových již zahájených řízeních pokračovat; přerušují se exekuce a nelze převádět, zatěžovat nebo jinak disponovat s majetkem dlužníka.

V ukrajinské úpravě takové účinky zcela absentují. S ohledem na opakovaně deklarovanou snahu prezentovat se jako země, která převzala Vzorový zákon, se to jeví jako poněkud překvapivé. Lze se pouze dohadovat, zda na pozadí může být paternalistická snaha chránit ukrajinské věřitele před nástupem automatických účinků spočívajících v nemožnosti

individuálního uspokojení, a to např. při značné ekonomické síle ukrajinských oligarchů, pro které nemusí být obtížné přesunout COMI do zahraničí.

5.4.3.3 Pomoc po uznání zahraničního řízení podle čl. 21 Vzorového zákona

Především je potřeba konstatovat, že výčet prostředků pomoci je v čl. 21 pouze demonstrativní (viz formulace čl. 21 odst. 1).

Opatření popisovaná v odst. 1 písm. a) až c) v podstatě pouze doplňují čl. 20 odst. 1 písm. a) až c) v tom smyslu, že dávají možnost zakázat i taková jednání, která by případně automatickými účinky čl. 20 nebyla pokryta.

Velmi silným nástroj řízení přeshraniční insolvence obsahuje odst. 1 písm. e) v kombinaci s odst. 2: zahraničnímu správci může být svěřena správa, zpeněžení, a dokonce i rozvrh dlužníkovu majetku.

Demonstrativní charakter výčtu dokresluje odst. 1 písm. g), podle kterého může soud poskytnout jakoukoliv další pomoc dostupnou podle práva tohoto státu. Zde je z druhé strany patrná také hranice toho, jaké typy pomoci jsou podle tohoto konkrétního ustanovení dostupné: nemělo by jít o prostředky, které nejsou dostupné podle práva takového státu. To však nic nemění na tom, že použití i jiných prostředků umožňuje díky začátku ustanovení čl. 21 („... může ... poskytnout jakoukoliv vhodnou pomoc, včetně: ...“). Jinými slovy využití i jiných prostředků než vyplývajících z práva příslušného státu je možné (viz např. s odkazem na rozebíraný princip „comity“), pouze by bylo jinak odůvodněno.

Čl. 71 UIZ přistupuje k prostředkům pomoci po uznání zahraničního řízení poněkud odlišně. Podle čl. 71 odst. 1 jde o následující prostředky:

- 1) ukončit insolvenční řízení nebo jiná procedurální opatření vztahující se k majetku, právům, závazkům nebo odpovědnosti dlužníka, za předpokladu, že jsou učiněna dostatečná opatření k ochraně zájmů věřitelů na Ukrajině;
- 2) pozastavit právo nakládat s majetkem dlužníka;
- 3) pokračovat v poskytování dříve poskytnuté pomoci;
- 4) poskytnout další právní pomoc v souladu s právem Ukrajiny nebo mezinárodní smlouvou.

Na první pohled je patrné, že absentuje možnost svěřením správy, zpeněžení a rozvrhu majetku zahraničnímu správci, což výrazně komplikuje možnost koordinovat řádně průběh přeshraničních řízení. Tuto skutečnost lze interpretovat jako projev určité nedůvěry ze strany

ukrajinského zákonodárce, jakkoliv jistě nelze pochybovat o specifikách ukrajinského prostředí.

Naopak zaujme radikálně nastavená možnost ukrajinské insolvenční řízení zastavit, která jde nad rámec Vzorového zákona. Vzorový zákon úzkostlivě dbá na dodržení zásady, že existence zahraničního řízení se nedotýká existence řízení vnitrostátního, pouze nastavuje sadu pravidel pro souběh takových řízení⁵⁹⁷.

Prvek určité nejistoty je spojen i s tím, že v důsledku absence automatických účinků odpovídajících čl. 20 Vzorového zákona závisí zákaz dispozice s majetkem dlužníka na uvážení soudu.

Formulace čl. 71 ukrajinského insolvenčního zákona je jiná také v tom, že výčet způsobů pomoci je taxativní. Bod 4) sice umožňuje poskytnutí další pomoci, nicméně pouze takové, která vyplývá z ukrajinských předpisů nebo mezinárodních smluv. Jak bylo přitom uvedeno výše, smlouva s Českou republikou insolvenční věci vůbec neřeší.

5.4.3.4 Praktické příklady

Principy rozebírané v této kapitole mohou být ilustrovány stručnými příklady typických hypotetických situací, které by mohly v přeshraničních insolvencích mezi Českou republikou a Ukrajinou nastat *de lege lata*, a jejich srovnání s (opět hypotetickou) situací, že by v obou zemích byl aplikován Vzorový zákon bez podstatných odchylek učiněných národním zákonodárcem.

Příklad 1:

Dlužník má COMI v České republice, majetek v jiné zemi EU a na Ukrajině. Český soud proto může zahájit řízení ve smyslu Nařízení. S ohledem na § 111 odst. 1 ZMPS se řízení bude vztahovat i na dlužníkův majetek na Ukrajině. Dlužník má pobyt/sídlo na území České republiky, ukrajinská strana by proto teoreticky mohla ve smyslu čl. 62 odst. 2 a čl. 65 UIZ uznat české řízení jako jiné než hlavní, bude-li to navrženo správcem. Už po podání návrhu by mohla být poskytnuta pomoc podle čl. 66 UIZ, po uznání další typy pomoci podle čl. 71 UIZ. Ukrajinské řízení by mohlo být i zastaveno, příp. zastavena řízení vztahující se k dlužníkovu majetku, dlužníkovi by mohlo být zamezeno disponovat majetkem. Mohla by probíhat spolupráce soudů ve smyslu čl. 74 UIZ. S ohledem na požadavek reciprocit jsou však uvedené

⁵⁹⁷ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, čl. 30.

možnosti pouze teoretické. Česká strana může recipročně v zrcadlově opačné situaci nabídnout pouze postup podle § 111 odst. 5 ZMPS, pozitivně vymezeno tedy v podstatě jen vydání majetku. Ukrajinský zákon však vydání majetku cizímu soudu výslovně neřeší, zřejmě by tuto možnost bylo možné dovodit z toho, že dlužník může být dispozičních práv zbaven a ta v důsledku uznání řízení přejdou na správce zahraničního řízení. To vše je ovšem důsledek uznání řízení jako takového, a pokud česká strana nedisponuje vnitřním nástrojem, na základě kterého by ukrajinské řízení uznala, jsou postupy zcela asymetrické a reciprocita se hledá jen krajně obtížně. Lze se proto důvodně domnívat, že za současné situace by byl majetek na Ukrajině pro českého správce v popsané situaci dostupný jen obtížně.

Představíme-li si hypotetickou situaci, že v obou státech byl přijat Vzorový zákon s minimálními odchylkami, budou možnosti českého správce daleko širší a předvídatelnější. Český správce by podal návrh na uznání zahraničního řízení jako hlavního (čl. 17 odst. 2), ihned by mohl zabránit exekucím a dosáhnout svěřením dlužníkovu majetku do své správy (čl. 19 odst. 1), po uznání českého řízení jako hlavního by byly pozastaveny individuální spory týkající se majetku, pozastaveny exekuce i právo dlužníka disponovat s majetkem na Ukrajině (čl. 20). Dále by mohl zejména žádat o pověření rozdělením dlužníkovu majetku na Ukrajině (čl. 21 odst. 2) a napadat případné neúčinné úkony (čl. 23).

Příklad 2:

Dlužník má pobyt na Ukrajině, COMI na Ukrajině, provozovnu na území České republiky. Dlužník má věřitele s pobytem nebo sídlem v České republice. V tomto případě jsou dány podmínky pro aplikaci § 111 odst. 2 ZMPS. Na Ukrajině je zahájeno ohledně téhož dlužníka insolvenční řízení. Ukrajinský správce nemá nástroj, na základě kterého by docílil uznání ukrajinského řízení v České republice. Zahájené české insolvenční řízení přitom brání aplikaci § 111 odst. 5 ZMPS. Řízení probíhají zcela izolovaně, ukrajinský správce nemá možnost vstupu do českého řízení, ovlivnění nakládání s majetkovou podstatou v českém řízení, nemá nástroje spolupráce s českým správcem.

Při aplikaci Vzorového zákona v obou státech by mohl být výsledek daleko kultivovanější: Ukrajinský správce by mohl požádat o uznání ukrajinského řízení jako hlavního a pokud by se tak stalo, následně by mohlo být využito jednak důsledků vyplývajících z uznání hlavního řízení v modifikované podobě vyplývající z existence souběžných řízení (čl. 28 a násl.), ale jednak také forem spolupráce soudů a správců ve smyslu Kapitoly IV. Vzorového zákona, jmenovitě pak insolvenčních dohod.

Příklad 3:

Dlužník je právnická osoba se sídlem v České republice a s provozovnou na Ukrajině. Oproti příkladu 1 není dán žádný prvek vztahující se k jinému státu EU. Probíhá české insolvenční řízení podle IZ, nelze aplikovat § 111 odst. 1 ZMPS. Správce může požádat o uznání českého řízení na Ukrajině z důvodů vyplývajících z UIZ, ale z důvodu neexistence reciprocity bude žádost zřejmě zamítnuta, jak bylo rozebráno v příkladu 1. I pokud bude návrhu vyhověno, je okruh možností užší, než by vyplýval z nemodifikovaného Vzorového zákona.

Při aplikaci Vzorového zákona v obou zemích budou důsledky v zásadě stejné jako v příkladu 1.

Příklad 4:

Dlužník je právnická osoba se sídlem na Ukrajině a s provozovnou v České republice. Dlužník nemá věřitele v České republice. Probíhá insolvenční řízení na Ukrajině. Ukrajinský správce nemá žádný nástroj, jak získat kontrolu nad majetkem v České republice a může se spoléhat jen na rozhodnutí ukrajinského soudu a následnou akceptaci českým soudem na bázi reciprocity.

Při aplikaci Vzorového zákona v obou zemích bude moci ukrajinský správce využít možností Vzorového zákona vyplývajících z uznání ukrajinského řízení, a to zřejmě jako hlavního v závislosti na tom, zda se COMI bude nacházet skutečně na Ukrajině. Ukrajinský správce by se zejména mohl ujmout správy majetku na území České republiky.

6. Jak dál: nahlédnutí do aktuálních trendů vývoje systému přeshraniční insolvence v pojetí UNCITRAL

Aktuální zasedání⁵⁹⁸ Pracovní skupiny V (Insolvency Law) se soustředí na dvě oblasti, jejichž uspokojivé zakotvení do systému Vzorového zákona se jeví jako prioritní:

- usnadnění přeshraniční insolvence nadnárodních skupin společností,
- uznání a výkon soudních rozhodnutí vztahujících se k insolvenčnímu řízení.

Pokud jde o insolvence skupin společností, UNCITRAL se této oblasti věnuje dlouhodobě; nyní byl v evropském kontextu obrazně „předběhnut“ Nařízením II, ale práce na dokumentech pokračují velmi intenzivně. Byly vypracovány klíčové principy, které mají být vodítkem pro jakákoliv další řešení (obsah principů je parafrázován tak, aby vynikl účel ustanovení)⁵⁹⁹:

1. Je-li navrhováno nebo vyžadováno řešení úpadku člena skupiny, členství ve skupině nemá bránit zahájení insolvenčního řízení na tohoto člena. Na druhou stranu pokud řešení vyžadováno není, nemá být pouhé členství ve skupině samo o sobě důvodem k zahájení insolvenčního řízení.
2. Je-li navrhováno společné řešení určitého problému pro více nebo všechny členy skupiny, mělo by být takového řešení dosaženo koordinací mezi členy skupiny s možným využitím koordinačního řízení.
3. Členové skupiny mohou určit jedno ze zahájených řízení (či řízení, které má být teprve zahájeno), které bude ve vztahu k členům skupiny plnit roli koordinačního řízení, a to primárně v procesním slova smyslu, nikoliv hmotněprávním. Takovým řízením může být řízení ve státě, kde se nachází COMI člena, který je nutnou nebo integrální součástí řešeného problému skupiny.
4. Soud ve státě, kde se nachází COMI člena skupiny účastnícího se daného skupinového řešení, je oprávněn pověřit správce, aby se účastnil a byl vyslechnut soudem jiné jurisdikce, u něhož probíhá koordinační řízení, a aby zajistil uznání tohoto řízení koordinujícím soudem.
5. Účast v koordinačním procesu má být zcela dobrovolná. Členové skupiny, kteří nejsou v úpadku, se mohou účastnit koordinačního procesu, aniž by z takové účasti bylo

⁵⁹⁸ Working Group V (Insolvency Law), 48. session, Vienna, 14 – 18 December 2015.

⁵⁹⁹ Working Group V (Insolvency Law), Note by the Secretariat, 28. 9. 2015: *Facilitating the cross-border insolvency of multinational enterprise groups: key principles*.

možno dovozovat podřízení jurisdikci insolvenčního soudu nebo použitelnost zákonů upravujících řešení úpadku na takového člena skupiny.

6. Věřitelé a další účastníci řízení každého člena skupiny účastníci se skupinového řešení hlasují o způsobu zacházení, kterého se jim má dostat podle skupinového reorganizačního plánu, podle použitelného domácího práva.
7. Po schválení skupinového reorganizačního plánu relevantními věřiteli a dalšími účastníky řízení bude plán schvalován soudem příslušným pro každé COMI všech zúčastněných členů.
8. Správce jmenovaný v řízení, které bylo určeno jako koordinační, má právo v každém řízení týkajícím se zúčastněných členů skupiny být slyšen ohledně implementace skupinového reorganizačního plánu.

Intenzivně je diskutována **forma**, jakou mají být ustanovení týkající se skupinové insolvence zpracována, jinými slovy jaký konkrétní nástroj má být národním zákonodárcům nabídnut k dispozici. Zvažována je forma samostatných Vzorových ustanovení zákona nebo forma dodatku ke Vzorovému zákonu.

Velmi pokročily práce na řešení problému přeshraničního uznání a výkonu soudních rozhodnutí souvisejících s insolvenčním řízením. I v tomto případě pracovní skupina zvažovala více možných řešení, nakonec se však přiklonila ke zpracování samostatného Vzorového zákona o uznání a výkonu rozhodnutí souvisejících s insolvencí. Návrh textu včetně variant bude předmětem dalších jednání pracovní skupiny⁴⁰⁰.

V každém případě lze konstatovat, že UNCITRAL vyvinul svébytný systém řešení problému přeshraničních insolvencí, který bude kromě Vzorového zákona čím dál více tvořen doplňujícími nástroji umožňujícími kombinovat více různých řešení podle toho, jak bude které z nich přijatelné pro národního zákonodávce. Osobně se domnívám, že od doby vzniku Vzorového zákona již uplynula poměrně dlouhá doba, jež by umožňovala i přijetí nového aktualizovaného textu Vzorového zákona, který šířeji a přesněji postihne aktuální problémy komplexních přeshraničních insolvencí, zejména insolvencí skupin. Je pochopitelné, že vzhledem k poměrně pomalému šíření Vzorového zákona může existovat obava z vytvoření zcela nového textu a tím vytvoření „vícekolejného“ systému, kde by část států aplikovala původní zákon a část nový. V tomto smyslu je hledání alternativních nástrojů politicky zcela legitimní. Na druhou stranu by však zcela přepracovaný text mohl představovat účinnější

⁴⁰⁰ Working Group V (Insolvency Law), Note by the Secretariat, 12. 3. 2015: *Cross-border recognition and enforcement of insolvency-related judgements*.

možnost, jak přesvědčit státy, které dosud Vzorový zákon neaplikují, aby do systému vstoupily.

7. Závěr

Vzorový zákon je stále relativně novým nástrojem unifikace přeshraničního insolvenčního práva, nicméně i za krátkou dobu své existence prokázal pozoruhodnou životaschopnost a efektivitu. UNCITRAL v něm nabízí národním zákonodárcům účinný nástroj umožňující do značné míry unifikovat přeshraniční insolvenční řízení. Spolu s přijetím Vzorového zákona získává stát stále širší okruh doplňkových nástrojů k interpretaci Vzorového zákona i k unifikaci insolvenčního práva obecně. To nesmírně usnadňuje jak prosazení takového zákona v konkrétním státě, tak jeho následnou interpretaci a aplikační praxi. Rozvíjející se judikatura postupně pokrývá sporná místa zákona a lze jen litovat, že s ohledem na limitovaný okruh států kontinentální Evropy využívajících Vzorový zákon absentuje adekvátní judikatura těchto zemí.

Z perspektivy členského státu Evropské unie lze na Vzorový zákon pohlížet také jako na nástroj ochrany ekonomických zájmů státu v zemích mimo Evropskou unii, tedy v zemích s často propastně odlišnou právní tradicí a kulturou. Svým důrazem na spolupráci mezi soudci a správci různých zemí umožňuje velmi výrazně ovlivňovat průběh řízení v jiném státě tak, aby vedlo k dosažení všech cílů důležitých pro vyřešení úpadku dlužníka v zájmu věřitelů z různých zemí i v zájmu dlužníků samotných.

Úpravu Vzorového zákona a široké zázemí, které při jeho aplikaci a interpretaci poskytuje UNCITRAL, v zásadě není možné nahradit více či méně útržkovitou specifickou národní úpravou, ať už bude součástí obecného kodexu mezinárodního práva soukromého, národního insolvenčního zákona, či jiné obdobné normy. Úspěch konkrétního insolvenčního řízení není závislý na tom, zda má soud k dispozici sofistikované kolizní normy, pokud právo, na které tyto normy odkazují, samo neumožní efektivní a flexibilní přeshraniční spolupráci.

Z výše uvedeného vyplývá přesvědčení autora, že je v zájmu České republiky, aby převzala úpravu Vzorového zákona s minimálními úpravami oproti Vzorovému textu.

Nové Nařízení II je bez jakýchkoli pochyb velmi kvalitní normou posouvající úroveň spolupráce v přeshraničních insolvencích na výrazně vyšší úroveň. Zdokonalování evropského systému přeshraničního insolvenčního práva by však mělo jít ruku v ruce s rozvojem globálního systému. Přestože je sice teoreticky pravdou, že Vzorový zákon je jen jedním z kamenů přeshraniční insolvence, jeho síla ve srovnání s ostatními instrumenty spočívá v jeho závaznosti, stane-li se součástí národního právního řádu. Vzorový zákon a související dokumenty UNCITRAL se jeví být aktuálně jedinou životaschopnou alternativou

zejména s ohledem na to, že skutečně globální multilaterální úmluva není na pořadu dne a nástroje *soft law* nemohou zúčastněným subjektům poskytnout dostatečnou jistotu.

V prostředí globální ekonomiky a stále narůstajícího objemu obchodu s mimoevropskými zeměmi je úspěch Vzorového zákona bytostným zájmem Evropy i samotné České republiky.

Seznam použité literatury a jiných citovaných zdrojů

1. ARSENAULT, Steven J.: *Leaping over the Great Wall: Examining Cross-Border Insolvency in China Under the Chinese Corporate Bankruptcy Law*, Indiana International and Comparative Law Review, Volume 21, 2011, pp. 1-23.
2. BĚLOHLÁVEK, Alexander J. a kol.: *Evropské a mezinárodní insolvenční právo. Komentář*. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2007, ISBN 978-80-7179-591-9.
3. BERENDS, Andre J.: *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: A Comprehensive Overview*, Tulane Journal of International and Comparative Law No. 6. 1998, str. 309 a násl.
4. BRAUN, Eberhard a kol.: *Insolvenzordnung. Kommentar*. 5. Auflage. München: Verlag C.H. Beck oHG, 2012, ISBN 978-3-406-63209-9.
5. BŘICHÁČEK, T.: *Nový právní rámec pro přeshraniční insolvenční v EU*, in Právní rozhledy č. 22/2015, Praha: C. H. Beck, 2015, str. 778-785.
6. BŘÍZA, P., BŘICHÁČEK, T., FIŠEROVÁ, Z., HORÁK, P., PTÁČEK, L., SVOBODA, J.: *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, ISBN 978-80-7400-528-2.
7. BUCHBERGER, D., BUCHBERGER, R.: *Das System der „kontrollierten“ Universalität des Konkursverfahrens nach der Europäischen Insolvenzverordnung*, (Österreichische) Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz (ZIK) 2000.
8. BUXBAUM, Hannah L.: *Rethinking International Insolvency: The Neglected Role of Choice-of-Law Rules and Theory*, Stanford Journal of International Law, Vol. 36, No. 23, 2000, dostupný z http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=626461.
9. CLARK, Anthony W., McDERMOTT, Mark A.: *Managing and Funding Multi-Jurisdictional Litigation in Distressed Situations*, INSOL International 2005 Seventh World Quadrennial Congress Paper.
10. FLETCHER, Ian F.: *Insolvency in Private International Law*, 2. edition, Oxford University Press, 2005, ISBN 978-0199262502.
11. FRANKEN, Sefa M.: *Cross-Border Insolvency Law: A Comparative Institutional Analysis*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 34, No. 1 (2014), pp. 97-131.
12. GLOS BAND, Daniel M.: *An Introduction to Chapter 15: Adapting UNCITRAL's Model Law to the Bankruptcy Bankruptcy Code*, Bankruptcy Court Decisions (BCD), December 29, 1998, str. A4-A8.

13. GRUD, Jared.: *The amended Ukrainian insolvency law: key issues (Clifford Chance Briefing Note)*, dostupný z:
http://www.cliffordchance.com/briefings/2012/07/the_amended_ukrainianinsolvencylawkeyissues.html.
14. LEONG, Jeremy: *Is Chapter 15 Universalist or Territorialist? Empirical Evidence from the United States Bankruptcy Court Cases*, 2010: *Wisconsin International Law Journal* 110, dostupný z <http://ssrn.com/abstract=1690545>.
15. LI, Adam: *China: Bankruptcy and Insolvency Law and Policy*, in SILKENAT, James R., SCHMERLER Charles D. (eds.): *The Law of International Insolvencies and Debt Restructurings*, New York: Dobbs Ferry, 2006, pp. 127-141.
16. LOOK CHAN HO (General Editor) & Contributors: *Cross-Border Insolvency: A Commentary on the UNCITRAL Model Law*. Third Edition. London: Globe Business Publishing Ltd, 2012, ISBN 978-1-905783-52-6.
17. LOPUCKI, Lynn M.: *The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy*, *Michigan Law Review*, Vol. 98, p. 2216, 2000.
18. MÉLIN, François: *La faillite internationale*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004, ISBN 2.275.02449-2.
19. MOHAN, S. Chandra: *Cross-Border Insolvency Problems: Is the UNCITRAL Model Law the Answer?* (2012) *International Insolvency Review*, 21(3), 199. Research Collection School of Law. Singapore Management University. (2015-12-01) dostupný z http://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/1145/.
20. PAUKNEROVÁ, M., ROZEHNALOVÁ, N., ZAVADILOVÁ, M. a kol.: *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2013, ISBN 978-80-7478-368-5.
21. RASMUSSEN, Robert K.: *Debtor's choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy*, *Texas Law Review*, Vol. 71, No. 51, 1992.
22. RASMUSSEN, Robert K.: *Where are all the Transnational Bankruptcies? The Puzzling Case for Universalism*, Vanderbilt Law and Economics Working Paper No. 07-13, Vanderbilt University Law School, (2015-12-01) dostupný z http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=982678##.
23. RING, Diane: *What's at Stake in the Sovereignty Debate? International Tax and the Nation-State*, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 49, No. 1, 2008.

24. SHELDON, Richard QC (General Editor) & Contributors: *Cross-Border Insolvency*. Third Edition. Haywards Heats: Bloomsbury Profesional Ltd, 2011. ISBN 978-1-84592-104-0.
25. SLAUGHTER, Anne-Marie: *A Global Community of Courts*, 44 *Harvard International Law Journal*, 2003, str. 191 – 219.
26. SMID, Stefan: *Internationales Insolvenzrecht. Schriften zum deutschen, europäischen und internationalen Insolvenzrecht*. Band 17. Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, ISBN 978-3-89949-718-2.
27. TU, Guangjian, LI, Xiaolin: *The Chinese Approach Toward Cross-Border Bankruptcy Proceedings: One Progressive Step Ahead*, *International Insolvency Review*, Vol. 24, 2015, pp. 57-66.
28. TUNG, Frederick: *Fear of Commitment in International Bankruptcy*, Boston University School of Law, dostupný z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=277394.
29. VALLENS, Jean-Luc: *La faillite internationale en dehors du droit communautaire: Rapport français* in AFFAKI, Georges (Ed.): *Faillite internationale et conflit de juridiction. Regards croisés transatlantiques*. Bruxelles: Emile Bruylant, S.A., 2007, ISBN 978-2-8027-2381-3.
30. WESSELS Bob (Ed.): *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles*. Haag: Eleven International Publishing, 2015, ISBN 978-94-6236-586-5.
31. WESSELS Bob, MARKELL Bruce A., KILBORN Jason J.: *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, Oxford: Oxford University Press, 2009, ISBN 978-0-19-534017-4.
32. WESTBROOK, Jay L.: *A Global Solution to Multinational Default*, *Michigan Law Review*, Vol. 98, No. 7, pp. 2276-2328.
33. WESTBROOK, Jay L.: *Avoidance of Pre-Bankruptcy Transactions in Multinational Bankruptcy Cases*, *Texas International Law Journal*, Vol. 42, 2007, pp. 899-915.
34. YAMAUCHI, Keith D.: *Should Reciprocity be a Part of the UNCITRAL Model Cross-Border Insolvency Law?*, *International Insolvency Review*, 2003, Volume 16, Issue 3, pp. 145-179.

Dokumenty:

35. Dokument UNCITRAL „Possible Future Work: Cross-border insolvency“, Note by the Secretariat, 26. session, Vídeň 5.–23. 7. 1993, (2015-12-01) dostupný z <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V93/865/52/IMG/V9386552.pdf?OpenElement>.
36. UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, (2015-12-01) dostupný z http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_eng.pdf.
37. Details of Treaty No.136 European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy, (2015-12-01) dostupný z <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/136>.
38. IBA Cross-Border Insolvency Concordat, (2015-12-01) dostupný z http://www.ibanet.org/LPD/Insolvency_Section/Insolvency_Section/SIRC_ProjectTheIBAConcordat.aspx.
39. Dokument Cross Border Insolvency. Note by the Secretariat. Report on UNCITRAL – INSOL Colloquium on Cross-Border Insolvency, 27. session, New York, 31 May – 17 June 1994, (2015-12-01) dostupný z <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V94/238/89/IMG/V9423889.pdf?OpenElement>.
40. Dokument Cross Border Insolvency. Note by the Secretariat. Report on UNCITRAL – INSOL Judicial Colloquium on Cross-Border Insolvency, 28. session, Vienna, 2 – 26 May 1995, (2015-12-01) dostupný z <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V95/529/86/IMG/V9552986.pdf?OpenElement>.
41. Dokument Legislative Guide on Insolvency Law, Part One and Two, (2015-12-01) dostupný z http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf.
42. Dokument Legislative Guide on Insolvency Law, Part Three, (2015-12-01) dostupný z <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>.
43. Dokument Legislative Guide on Insolvency Law, Part Four, (2015-12-01) dostupný z <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part4-ebook-E.pdf>.
44. Dokument Status of UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, (2015-12-01) http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html.

45. Dokument Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases, Report to the American Law Institute, Philadelphia, March 30, 2012, (2015-12-01) dostupný z
http://www.iiiglobal.org/sites/default/files/alireportmarch_0.pdf.
46. Dokument UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, (2015-12-01) dostupný z
<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>.
47. Dokument UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective, (2015-12-01) dostupný z
<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Judicial-Perspective-2013-e.pdf>.
48. Rakouský Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung – IO) StF: RGebl. Nr. 337/1914, dostupný z
<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001736>.

Résumé

This work offers a comprehensive look at the UNCITRAL Model Law describing cross-border insolvency as a tool of unification for international insolvency proceedings.

The first chapter focuses on the reasons and historical background of the Model Law and its place in the cross-border insolvency system. The author also scrutinizes the reasons why the Model Law is still applied rather scarcely and points out the current rapid strengthening of the relations between the European legislature and the Model Law system.

The second chapter analyses various provisions of the Model Law. In analysing the General Provisions, emphasis is put on definitions of terms, whereas the COMI Institute has traditionally been given a special status, as well as on the mutuality, public policy and interpretation. The chapter also describes the attitude of foreign managers and creditors towards the courts in another state, the process of recognition of foreign proceedings and types of judicial assistance under the Model Law. A crucial part in the context of this work is the section dedicated to the coordination between court procedures and administrators in different countries, with the emphasis on the dynamically developing area of cross-border insolvency agreements which the author understands as the fundamental tool necessary for the development of the international insolvency law. For this reason, the typical contents of agreements and usual problems associated with their conclusions is also described. The chapter ends with the part focusing on parallel proceedings.

The third chapter focuses on an interesting and still unexplored area of the relationship between the Model Law and the European regulations on insolvency proceedings. As far as the cooperation between the courts and administrators is concerned, a significant step forward in this area is represented by the new Regulation No. 2015/848, which explicitly refers to cooperation procedures developed by UNCITRAL. On the one hand, the new regulation has been clearly inspired by the Model Law, typically in terms of the cross-border insolvency agreements, but on the other hand the European legislature managed to go further in some areas than with the content and practice of the Model Law. A typical example is the insolvency proceedings against members of a group of companies - which has been the area of focus of

UNCITRAL for a long time now, however, the practical form of the legal text was finally pushed through and enforced by the European legislator.

In the fourth chapter the author tried to demonstrate the limits of the national cross-border insolvency law modifications without application of the Model Law. The main method of comparison is the Czech modification of the international insolvency law "de lege lata" with the hypothetical situation that could occur as the result of the incorporation of the Model Law into Czech law. An example on which this comparison is developed, is the interaction between legal institutions in the Czech Republic and Ukraine, firstly under the current status and then under the hypothetical application of the Model Law in both countries.

The last chapter outlines the current trends in the development of the cross-border insolvency law under the UNCITRAL concept.

Abstrakt

Tato práce se zabývá přeshraniční insolvenčí, a to konkrétně Vzorovým zákonem UNCITRAL o přeshraniční insolvenci. Analyzuje strukturu Vzorového zákona a jeho jednotlivé instituty včetně zohlednění relevantní judikatury. Jako zvlášť perspektivní je přitom hodnocena oblast spolupráce a koordinace postupu soudů a insolvenčních správců.

Důraz je kladen na vztah Vzorového zákona a evropského práva, tedy primárně Nařízení č. 1346/2000 a č. 2015/848. Je provedeno porovnání Vzorového zákona a obou Nařízení, a to na základě srovnání jednotlivých institutů, analýzou jejich koncepčních i obsahových odlišností a nastíněním odlišného fungování v praxi.

Limity národních právních úprav jsou demonstrovány porovnáním zákonů států, které Vzorový zákon nepřijaly (Česká republika, Německo, Francie a Čína), s možnostmi vyplývajícími ze Vzorového zákona. Je provedeno komplexní srovnání české a ukrajinské úpravy mezinárodního insolvenčního práva *de lege lata* s hypotetickým stavem, který by nastal při aplikaci Vzorového zákona v obou zemích, a to včetně praktických příkladů.

Nastíněny jsou také aktuální trendy vývoje přeshraničního insolvenčního práva, přičemž je předpokládáno zejména výrazné rozšíření přeshraničních insolvenčních dohod.

Klíčová slova

- UNCITRAL
- Vzorový zákon
- přeshraniční insolvence

Abstract

This work focuses on cross-border insolvencies, namely on the UNCITRAL Model Law dealing with cross-border insolvency. It analyses the structure of the Model Law and its various institutes while taking into account the relevant jurisdiction. The cooperation and coordination process between the courts and insolvency administrators is seen as a particularly promising area.

Emphasis is placed on the relationship between the Model Law and European Law, in particular on the Regulation No. 1346/2000 and No. 2015/848. The Model Law and both Regulations are compared based on the comparison of individual institutions by analysing their conceptual and substantive differences and by outlining different functions in practice.

The limits of national legislation are demonstrated by comparing the laws of the states which have not adopted the Model Law (Czech Republic, Germany, France and China), with the opportunities offered by the Model Law. The Czech and Ukrainian Laws of the international insolvency *de lege lata* are compared with the hypothetical status that would have arisen when the Model Law is applied in both countries, including practical examples.

Also the current trends related to the cross-border insolvency law are outlined, as significant expansion of cross-border insolvency agreements is expected.

Keywords

- UNCITRAL
- Model Law
- cross-border insolvency