

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

F.G. JACOBSA

przedstawiona w dniu 27 września 2005 r.¹

1. U podstawy sporu w niniejszej sprawie, w której Supreme Court of Ireland wystąpił z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, leży upadłość spółek grupy Parmalat. Sprawa ta dotyczy w szczególności zagadnienia, czy zgodnie z rozporządzeniem w sprawie postępowania upadłościowego² likwidacja irlandzkiej spółki zależnej włoskiej spółki holdingowej Parmalat SpA (zwanej dalej „Parmalat”) powinna zostać przeprowadzona w Irlandii, czy we Włoszech.

Rozporządzenie w sprawie postępowania upadłościowego

2. Rozporządzenie przejęło dorobek Europejskiej konwencji w sprawie postępowania upadłościowego (zwanej dalej „konwencją”). Sama konwencja była uwierzczeniem ponad 25 lat dyskusji i negocjacji. Konwencja nie weszła w życie, gdyż Zjednoczone Królestwo nie podpisało jej w uzgodnionym terminie do

dnia 23 maja 1996 r.³. W zakresie istotnym dla niniejszej sprawy tekst rozporządzenia jest identyczny z tekstem konwencji pod każdym istotnym względem⁴. W tej sytuacji uważam, że sprawozdanie objaśniające do konwencji, przygotowane przez profesora Virgós i Schmita („sprawozdanie Virgós-Schmita”) ⁵ może zawierać wskazówki przydatne do wykładni rozporządzenia⁶.

3 — Tło historyczne zostało przedstawione w opinii rzecznika generalnego Ruiz-Jaraba Colomera w sprawie C-1/04 Staubitz-Schreiber, przedstawionej w dniu 6 września 2005 r., zawisłej przed Trybunałem. Zobacz również M. Balz, „The European Union Convention on insolvency proceedings” [w:] American Bankruptcy Law Journal 1996, str. 485, 529; I. Fletcher, *Insolvency in Private International Law* (1999) (cytowane jako „Fletcher”), str. 298–301 oraz P. Burbidge, „Cross border insolvency within the European Union: dawn of a new era” [w:] European Law Review 2002, str. 589, 591.

4 — Różnice zostały opisane i objaśnione w punktach 1.22 i 1.23 w G. Moss, I. Fletcher i S. Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide* (2002) (cytowane jako „Moss, Fletcher i Isaacs”). Zobacz również M. Virgós i F. Garcimartín, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice* (2004) (cytowane jako „Virgós i Garcimartín”), pkt 48(a).

5 — Sprawozdanie Virgós-Schmita, źródło wielu motywów preambuły rozporządzenia, nigdy nie został opublikowany w Dzienniku Urzędowym, choć jest dokumentem Rady WE z dnia 8 lipca 1996 r. — 6500/1/96. Ostateczna wersja pełnego tekstu w języku angielskim znajduje się w Moss, Fletcher i Isaacs. Zobacz również artykuł M. Balza cytowany w przypisie 3 („Balz”). M. Balz był przewodniczącym grupy roboczej Grupy Rady UE do Spraw Prawa Upadłościowego, która zredagowała konwencję. Stwierdził on, iż sprawozdanie Virgós-Schmita „był przedmiotem szerokiej dyskusji i został przyjęty przez ekspertów, lecz w odróżnieniu od konwencji nie został formalnie zatwierdzony przez Radę Ministrów. Tym niemniej będzie on stanowił istotny autorytet dla sądów państw członkowskich” (przypis 51).

6 — Podobnie Trybunał wielokrotnie odwoływał się do sprawozdań objaśniających w sprawie konwencji brukskiej [zasadniczo do sprawozdania Jenarda w sprawie Konwencji o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.U. 1979 C 59, str. 1) oraz do sprawozdania Schlossera w sprawie Konwencji o przystąpieniu Królestwa Danii, Irlandii oraz Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej (do konwencji brukskiej) (Dz.U. 1979 C 59, str. 71)].

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Rozporządzenie Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz. U. 2000 L 160, str. 1).

3. Rozporządzenie zostało przyjęte na podstawie art. 61 lit. c i art. 67 ust. 1 WE z inicjatywy Niemiec i Finlandii⁷. Reguluje ono przede wszystkim jurysdykcję międzynarodową i prawo właściwe oraz wzajemne uznawanie orzeczeń w odniesieniu do postępowań upadłościowych należących do jego zakresu zastosowania, czyli „zbiorowych postępowań przewidujących niewypłacalność dłużnika, które obejmują całkowite lub częściowe zajęcie majątku dłużnika oraz powołanie zarządcy”⁸. Rozporządzenie nie zawiera żadnych postanowień dotyczących grup spółek; dla celów rozporządzenia każda spółka objęta postępowaniem upadłościowym jest samodzielnym „dłużnikiem”⁹.

4. Motyw 2 preambuły stanowi:

„Prawidłowe funkcjonowanie rynku wewnętrznego wymaga skutecznego

i sprawnego funkcjonowania transgranicznych postępowań upadłościowych; przyjęcie niniejszego rozporządzenia jest konieczne dla osiągnięcia tego celu [...]”.

5. Motyw 4 stanowi:

„Dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego niezbędne jest unikanie sytuacji, w których strony byłyby skłonne do przenoszenia majątku lub postępowania sądowego z jednego państwa członkowskiego do innego w celu uzyskania korzystniejszej sytuacji prawnej (tzw. »forum shopping«)”.

6. Zdanie pierwsze motywu 11 stanowi:

„Niniejsze rozporządzenie uznaje fakt, że wskutek istotnych różnic w prawie materialnym nie byłoby praktyczne wprowadzenie jednolitego i uniwersalnego postępowania upadłościowego, które znalazłoby zastosowanie na obszarze całej Wspólnoty”.

7. Motyw 13 stanowi:

„Główny ośrodek podstawowej działalności powinien oznaczać miejsce, w którym dłużnik zazwyczaj zarządza swoją działalnością i [które] jako takie jest rozpoznawalne przez osoby trzecie”.

7 — Inicjatywa Republiki Federalnej Niemiec i Republiki Finlandii w sprawie przyjęcia rozporządzenia Rady w sprawie postępowania upadłościowego, przedstawiona Radzie w dniu 26 maja 1999 r. (Dz.U. C 221 str. 8).

8 — Artykuł 1 ust. 1

9 — Zobacz pkt 117 poniżej.

8. Motyw 16 stanowi:

„Sąd właściwy dla wszczęcia głównego postępowania upadłościowego powinien być uprawniony od chwili złożenia wniosku o wszczęcie postępowania do zastosowania środków tymczasowych oraz zabezpieczających. [...] [Z]arządca tymczasowy ustanowiony przed wszczęciem głównego postępowania upadłościowego powinien móc wystąpić w państwach członkowskich, w których znajduje się oddział dłużnika, o zastosowanie środków zabezpieczających przewidzianych przez prawo tych państw”.

9. Motyw 22 stanowi:

„Niniejsze rozporządzenie powinno przewidywać bezpośrednie uznanie orzeczeń dotyczących wszczęcia, prowadzenia oraz ukończenia postępowań upadłościowych wchodzących w jego zakres zastosowania oraz orzeczeń wydanych w bezpośrednim związku z takimi postępowaniami upadłościowymi. Automatyczne uznanie powinno zatem oznaczać, że skutki wynikające z postępowania na podstawie prawa państwa wszczęcia postępowania rozciągają się na wszystkie inne państwa członkowskie. Uznanie orzeczeń wydanych przez sądy państw członkowskich powinno się opierać na zasadzie wzajemnego zaufania; w tym celu przyczyny odmowy uznania powinny być ograniczone do niezbędnego minimum. Według tej zasady powinien również być rozwiązany każdy spór w sytuacji, w której

sądy dwóch państw członkowskich jednocześnie uważają się za właściwe do wszczęcia głównego postępowania upadłościowego. Orzeczenie sądu, który jako pierwszy wszczął postępowanie, powinno zostać uznane w pozostałych państwach członkowskich, bez możliwości badania orzeczenia sądu przez te państwa członkowskie”.

10. Motyw 23 stanowi:

„[...] O ile nie postanowiono inaczej, zastosowanie powinno znaleźć prawo państwa wszczęcia postępowania (lex concursus). [...] Lex concursus określa wszystkie procesowe i materialne skutki postępowania upadłościowego w odniesieniu do dotkniętych nimi osób oraz stosunków prawnych; określa wszystkie przesłanki wszczęcia, prowadzenia oraz ukończenia postępowania upadłościowego”.

11. Artykuł 1 ust. 1 przewiduje:

„Niniejsze rozporządzenie stosuje się do zbiorowych postępowań przewidujących niewypłacalność dłużnika, które obejmują całkowite lub częściowe zajęcie majątku dłużnika oraz powołanie zarządcy”.

12. Artykuł 2 zawiera między innymi następujące definicje dla celów rozporządzenia:

„(a) »postępowania upadłościowe« oznaczają postępowania zbiorowe określone w art. 1 ust. 1. Wykaz tych postępowań znajduje się w załączniku A;

(b) »zarządca« oznacza każdą osobę lub organ, którego zadaniem jest zarządzanie masą lub jej likwidacja lub nadzorowanie działalności gospodarczej dłużnika. Wykaz tych osób lub organów znajduje się w załączniku C;

[...]

(e) »orzeczenie«, o ile chodzi o wszczęcie postępowania upadłościowego lub powołanie zarządcy, oznacza orzeczenie każdego sądu właściwego do wszczęcia takiego postępowania lub powołania zarządcy;

(f) »chwila wszczęcia postępowania« oznacza chwilę, z którą orzeczenie o wszczęciu postępowania staje się skuteczne, niezależnie od tego, czy orzeczenie jest ostateczne [...]”.

13. Załącznik A dotyczący postępowań upadłościowych wymienia w odniesieniu do Irlandii „compulsory winding up by the court” (przymusowe postępowanie likwidacyjne). Załącznik C wymienia w odniesieniu do Irlandii „provisional liquidator” (zarządcę tymczasowego)¹⁰.

14. Artykuł 3 rozporządzenia przewiduje w zakresie, w jakim jest to istotne dla niniejszej sprawy, że:

„1. Sądy państwa członkowskiego, na terytorium którego znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika, są właściwe dla wszczęcia postępowania upadłościowego. W przypadku spółek i osób prawnych domniemywa się, że głównym ośrodkiem ich podstawowej działalności jest siedziba określona w statucie, chyba że zostanie przeprowadzony dowód przeciwny.

2. Jeżeli dłużnik ma główny ośrodek swojej podstawowej działalności na terytorium państwa członkowskiego, sądy innego państwa członkowskiego są uprawnione do wszczęcia postępowania upadłościowego tylko wtedy, gdy dłużnik ma na jego terytorium swój oddział. Skutki tego postępowania są ograniczone do majątku dłużnika znajdującego się na terytorium tego ostatniego państwa członkowskiego”.

¹⁰ — Od czasu wystąpienia stanu faktycznego leżącego u podstawy postępowania głównego załączniki do rozporządzenia zostały zmienione rozporządzeniem Rady (WE) nr 603/2005 z dnia 12 kwietnia 2005 r. (Dz.U. L 100, str. 1); zmiany te nie są istotne dla niniejszej sprawy. Zobacz dalej przypis 14.

15. W artykule 3 rozróżniono dwa rodzaje postępowania upadłościowego. Postępowanie przewidziane w art. 3 ust. 1, to znaczy wszczęte przez sądy państwa członkowskiego, na terytorium którego znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika, jest na ogół nazywane „głównym postępowaniem [upadłościowym]”. Postępowanie przewidziane w art. 3 ust. 2, to znaczy wszczęte przez sądy państwa członkowskiego, na terytorium którego dłużnik ma swój oddział, ograniczające się do majątku dłużnika znajdującego się na terytorium tego ostatniego państwa, jest na ogół nazywane „wtórnym postępowaniem [upadłościowym]”.

16. Artykuł 4 ust. 1 ustanawia zasadę ogólną, że „[...] dla postępowania upadłościowego i jego skutków właściwe jest prawo państwa członkowskiego, w którym zostaje wszczęte postępowanie [...]”. Artykuł 4 ust. 2 precyzuje, iż prawo państwa wszczęcia postępowania „określa przesłanki wszczęcia postępowania upadłościowego, sposób jego prowadzenia i ukończenia”.

17. Artykuł 16 ust. 1 akapit pierwszy stanowi:

„Wszczęcie postępowania upadłościowego przez sąd państwa członkowskiego właściwy zgodnie z art. 3 podlega uznaniu we wszystkich pozostałych państwach członkowskich z chwilą, gdy orzeczenie stanie się skuteczne w państwie wszczęcia postępowania”.

18. Artykuł 26 przewiduje:

„Każde państwo członkowskie może odmówić uznania postępowania upadłościowego wszczętego w innym państwie członkowskim albo wykonania wydanego w jego toku orzeczenia, o ile uznanie to lub wykonanie prowadziłyby do rezultatu, który pozostaje w oczywistej sprzeczności z jego porządkiem publicznym, w szczególności z jego podstawowymi zasadami lub konstytucyjnie zagwarantowanymi prawami i wolnościami jednostki”.

19. Artykuł 38 przewiduje:

„Jeżeli sąd państwa członkowskiego, właściwy na podstawie art. 3 ust. 1, powoła tymczasowego zarządcę dla zabezpieczenia majątku dłużnika, to w celu zabezpieczenia i zachowania majątku dłużnika znajdującego się w innym państwie członkowskim zarządca ten jest uprawniony do występowania o zastosowanie każdego środka, który w prawie tego państwa przewidziany jest w okresie pomiędzy złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego a jego wszczęciem”.

Przepisy prawa irlandzkiego mające zastosowanie w sprawie

20. Artykuł 212 prawa spółek z 1963 r. (Companies Act 1963, zwany dalej „Companies Act”) przyznaje High Court właściwość w przedmiocie przeprowadzania postępowania likwidacyjnego wszystkich rodzajów spółek.

21. Artykuł 215 tej ustawy stanowi, że likwidację spółki rozpoczyna złożenie do sądu wniosku o wszczęcie postępowania likwidacyjnego przez tę spółkę albo przez wierzyciela lub wierzycieli tej spółki.

22. Artykuł 220 przewiduje, co następuje:

„1) Jeżeli przed złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania likwidacyjnego spółki do sądu spółka podejmie uchwałę o likwidacji fakultatywnej, za początkową chwilę likwidacji spółki uważa się chwilę podjęcia przez nią tej uchwały, a wszystkie środki podjęte w ramach fakultatywnego postępowania likwidacyjnego zachowują ważność, o ile sąd nie uzna na podstawie dowodu podstępnego wprowadzenia w błąd lub błędu, że konieczne jest wydanie odmiennych zarządzeń.

2) We wszystkich pozostałych wypadkach za chwilę wszczęcia postępowania likwidacyjnego przez sąd uważa się chwilę złożenia wniosku o wszczęcie tego postępowania”.

23. Artykuł 226 ust. 1 stanowi, że sąd może powołać tymczasowego zarządcę w każdej chwili po zgłoszeniu wniosku o wszczęcie postępowania likwidacyjnego, a przed pierwszym powołaniem zarządców, co zgodnie z art. 225 następuje w chwili wydania orzeczenia o wszczęciu postępowania likwidacyjnego. Zgodnie z art. 229 ust. 1 tej ustawy, powołany zarządca tymczasowy jest zobowiązany do „objęcia lub uzyskania kontroli nad wszystkimi aktywami majątkowymi tak materialnymi, jak i niematerialnymi należącymi do spółki lub prawdopodobnie do niej należącymi”.

Stan faktyczny poprzedzający wszczęcie postępowania upadłościowego

24. Poniższy stan faktyczny, jak również ten przedstawiony w kolejnym rozdziale, został zaczerpnięty z postanowienia odsyłającego.

25. Eurofood IFSC Ltd (zwana dalej „Eurofood”) została założona i zarejestrowana w Irlandii. Jest ona w całości spółką zależną

Parmalat SpA, spółki założonej we Włoszech, prowadzącej swoją działalność poprzez spółki zależne w ponad 30 państwach świata. Głównym celem Eurofood było zapewnienie środków na finansowanie spółek grupy Parmalat.

prywatnej (jako zabezpieczenie pożyczki Bank of America dla wenezuelskich spółek grupy Parmalat);

26. Statutową siedzibą Eurofood jest International Financial Services Centre, Dublin (zwana dalej „IFSC”). IFSC została założona w celu zapewnienia miejsca do świadczenia międzynarodowych usług finansowych, świadczonych wyłącznie na rzecz osób lub podmiotów niebędących rezydentami.

(b) w dniu 29 września 1998 r. Eurofood wyemitowała papiery dłużne na łączną kwotę 100 000 000 USD w drodze oferty prywatnej (w celu sfinansowania pożyczki Eurofood dla brazylijskich spółek grupy Parmalat);

27. Bank of America NA (zwany dalej „Bank of America”), założony w Stanach Zjednoczonych i posiadający filie w Dublinie i Mediolanie, przejął bieżący zarząd Eurofood, zgodnie z warunkami umowy w sprawie zarządu.

(c) w dniu 10 sierpnia 2001 r. Eurofood zawarła umowę swapu z Bank of America.

28. Eurofood była zaangażowana w trzy następujące duże transakcje finansowe:

29. Parmalat udzieliła gwarancji na zobowiązania Eurofood z tytułu pierwszych dwóch transakcji.

(a) w dniu 29 września 1998 r. Eurofood wyemitowała papiery dłużne na łączną kwotę 80 000 000 USD w drodze oferty

30. Zadłużenie Eurofood z tytułu pierwszych dwóch transakcji wobec wierzycieli („Certificate/Note Holders”) przekracza obecnie 122 miliony USD. Eurofood nie jest w stanie spłacić swoich długów.

Postępowania upadłościowe w Irlandii *Irlandia*
oraz we Włoszech

Włochy

31. Pod koniec 2003 r. okazało się, że Parmalat znajduje się w głębokim kryzysie finansowym, który doprowadził do niewypłacalności wielu spośród jej głównych spółek.

32. W dniu 23 grudnia 2003 r. parlament włoski nadał formę ustawy dekretowi nr 347 przewidującemu zarząd nadzwyczajny spółek zatrudniających ponad 1000 pracowników i zadłużonych na kwotę nie mniejszą niż 1 miliard EUR.

33. W dniu 24 grudnia 2003 r. włoski Ministero delle Attività Produttive (minister ds. działalności produkcyjnej) objął Parmalat SpA procedurą zarządu nadzwyczajnego i powołał dr Enrica Bondiego na zarządcę nadzwyczajnego.

34. W dniu 27 grudnia 2003 r. Tribunale civile e penale di Parma (zwany dalej „sądem w Parmie”) potwierdził, że Parmalat jest niewypłacalna, i poddał ją zarządowi nadzwyczajnemu.

35. W dniu 27 stycznia 2004 r. Bank of America złożył do High Court (Irlandia) (zwanego dalej „sądem irlandzkim”) wniosek o wszczęcie postępowania likwidacyjnego Eurofood, twierdząc, że Eurofood jest niewypłacalna, oraz określając kwotę swojej wierzytelności względem Eurofood na ponad 3,5 miliona USD.

36. W dniu 27 stycznia 2004 r. Bank of America złożył również wniosek ex parte o wyznaczenie zarządcy tymczasowego („provisional liquidator”). W tym samym dniu sąd irlandzki powołał Pearse’a Farrella w charakterze zarządcy tymczasowego Eurofood, przyznając mu kompetencje do zajęcia wszystkich aktywów tej spółki, zarządzania jej sprawami, otwarcia rachunku bankowego w jej imieniu oraz wyznaczenia adwokata.

Włochy

37. W dniu 9 lutego 2004 r. włoski minister ds. działalności produkcyjnej objął Eurofood, jako spółkę należącą do grupy Parmalat, procedurą zarządu nadzwyczajnego nad Parmalat.

38. W dniu 10 lutego 2004 r. sąd w Parmie wydał postanowienie, w którym potwierdził złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości Eurofood oraz wyznaczył rozprawę na dzień 17 lutego 2004 r. w celu rozpoznania przedmiotowego wniosku.

39. Na tej rozprawie P. Farrell był reprezentowany przed sądem w Parmie przez pełnomocnika procesowego. Jednakże pomimo wydania przez sąd zarządzenia oraz, jak to określił P. Farrell, „wielokrotnie powtarzanych próśb pisemnych i ustnych” skierowanych do dr E. Bondiego nie otrzymał on żadnych dokumentów złożonych w sądzie, w tym ani wniosku, ani dokumentów, na których dr E. Bondi zamierzał się oprzeć.

40. W dniu 20 lutego 2004 r. sąd w Parmie wydał postanowienie o wszczęciu postępowania upadłościowego wobec Eurofood i ogłosił jej upadłość, stwierdzając, że główny ośrodek jej podstawowej działalności znajduje się we Włoszech, oraz powołał dr E. Bondiego w charakterze zarządcy nadzwyczajnego.

Irlandia

41. W dniach 2–4 marca 2004 r. sąd irlandzki rozpoznawał wniosek Bank of

America o wszczęcie postępowania likwidacyjnego wobec Eurofood. Na rozprawie reprezentowani byli: Bank of America, P. Farrell, Certificate/Note Holders (wierzyciele z tytułu papierów dłużnych) oraz Director of Corporate Enforcement (dyrektor ds. nadzoru nad przedsiębiorstwami)¹¹. W dniu 23 marca 2004 r. sąd irlandzki orzekł, że:

- „(1) Postępowanie upadłościowe dotyczące Eurofood zostało wszczęte w Irlandii z dniem złożenia stosownego wniosku.
- (2) Główny ośrodek podstawowej działalności Eurofood znajduje się w Irlandii, wobec czego postępowanie wszczęte w Irlandii w dniu 27 stycznia 2004 r. stanowi postępowanie główne w rozumieniu rozporządzenia w sprawie postępowania upadłościowego.
- (3) Rzekome wszczęcie głównego postępowania upadłościowego przez sąd w Parmie pozostaje w sprzeczności z motywem 22 i art. 16 rozporządzenia i nie ma wpływu na okoliczność, iż główne postępowanie upadłościowe zostało już wcześniej wszczęte w Irlandii.

¹¹ – Urząd Director of Corporate Enforcement (dyrektora ds. nadzoru nad przedsiębiorstwami) został ustanowiony w listopadzie 2001 r. na podstawie Company Law Enforcement Act, 2001. Zgodnie z tą ustawą Director of Corporate Enforcement jest odpowiedzialny za wspieranie przestrzegania prawa spółek oraz prowadzenie dochodzeń w sprawie podejrzanych naruszeń prawa oraz ich eliminowanie.

(4) Niepowiadomienie przez dr E. Bondiego wierzycieli Eurofood o rozprawie przed sądem w Parmie pomimo stosownego zarządzenia sądu w tej sprawie oraz niedostarczenie P. Farrellowi wniosku o wszczęcie postępowania i dokumentów uzasadniających ten wniosek przed rozprawą stanowią naruszenia gwarancji procesowych, które zgodnie z art. 26 rozporządzenia uzasadniają odmowę uznania orzeczenia sądu w Parmie przez sądy irlandzkie”.

dopuszczył w postępowaniu prowadzącym do wydania postanowienia do tak znacznego uchybienia proceduralnego, że uzasadnia ono odmowę uznania orzeczenia.

42. W świetle tych wniosków oraz wobec poważnej niewypłacalności Eurofood sąd irlandzki zarządził likwidację Eurofood i powołał P. Farrella w charakterze zarządcy. Sąd irlandzki nie uznał orzeczenia sądu w Parmie z dnia 20 lutego 2004 r.

44. Supreme Court postanowił zawiesić postępowanie oraz przedłożyć Trybunałowi Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne dotyczące trzech wyżej wymienionych spornych kwestii:

Postępowanie odwoławcze przed sądem krajowym oraz pytania prejudycjalne

43. E. Bondi wniósł do Supreme Court zażalenie na postanowienie sądu irlandzkiego. Na rozprawie dyskutowano przede wszystkim: czy postępowanie upadłościowe zostało najpierw wszczęte w Irlandii, czy we Włoszech, czy główny ośrodek podstawowej działalności Eurofood znajduje się w Irlandii, czy we Włoszech oraz czy sąd w Parmie

„1) Jeżeli do właściwego sądu w Irlandii zostanie złożony wniosek o likwidację niewypłacalnej spółki (»winding up«) i sąd ten wyznaczy do czasu wydania postanowienia o likwidacji tymczasowego zarządcę (»provisional liquidator«), uprawnionego do zajęcia majątku spółki, zarządzania jej sprawami, otwarcia rachunku bankowego i wyznaczenia adwokata, a wszystko to skutkuje prawnie pozbawieniem członków zarządu spółki prawa zarządu, to czy to postanowienie w połączeniu ze złożeniem wniosku stanowi wszczęcie postępowania upadłościowego (»insolvency proceedings«) w rozumieniu art. 16, interpretowanego w świetle art. 1 i 2 rozporządzenia [...]?

2) Jeżeli odpowiedź na pytanie pierwsze jest przecząca, to czy złożenie w Irlandii

wniosku do High Court o przymusową likwidację spółki («compulsory winding up») przez ten sąd zgodnie z przepisem irlandzkim [art. 220 (2) Companies Act] uznającym, że likwidacja spółki rozpoczyna się z datą wniesienia wniosku, stanowi wszczęcie postępowania upadłościowego («insolvency proceedings») dla celów tego rozporządzenia?

- 3) Czy zgodnie z art. 3 w związku z art. 16 wspomnianego rozporządzenia sąd państwa członkowskiego innego niż to, w którym znajduje się siedziba spółki określona w statucie, i innego niż to, w którym spółka zarządza swoją działalnością w sposób regularny i rozpoznawalny przez osoby trzecie, ale gdzie postępowanie upadłościowe zostało wszczęte jako pierwsze, jest właściwy do wszczęcia głównego postępowania upadłościowego?

- 4) Jeżeli:

- a) statutowa siedziba spółki nadrzędnej i statutowa siedziba spółki zależnej znajdują się w dwóch różnych państwach członkowskich,

- b) spółka zależna zarządza swoją działalnością w sposób rozpoznawalny przez osoby trzecie oraz przy całkowitym i nieprzerwanym zachowaniu swojej własnej tożsamości w państwie członkowskim, gdzie znajduje się jej siedziba określona w statucie i

- c) spółka nadrzędna jest w stanie, dzięki swoim udziałom i prawu do powoływania członków zarządu, pełnić kontrolę i w rzeczywistości pełni kontrolę nad polityką spółki zależnej,

to czy do określenia »głównego ośrodka podstawowej działalności« decydującymi elementami są te wymienione w podpunkcie b) powyżej, czy też te wymienione w podpunkcie c) powyżej?

- 5) Czy w sytuacji, kiedy uznanie skutków prawnych orzeczenia sądu lub organu administracyjnego dotyczącego osób lub organów, których prawo do rzetelnego procesu i wysłuchania przed sądem nie zostało naruszone przy wydawaniu takiego orzeczenia, pozostaje w oczywistej sprzeczności z jego porządkiem publicznym, państwo członkowskie jest zobowiązane na mocy art. 17 wspomnianego rozporządzenia do uznania orzeczeń sądów innego państwa członkowskiego wszczynającego postępowanie upadłościowe wobec spółki, gdy sąd

pierwszego państwa członkowskiego jest przekonany, że dane postanowienie zostało wydane z naruszeniem tych zasad, a w szczególności gdy wnioskodawca w innym państwie członkowskim mimo wezwania i wbrew zarządzeniu sądu innego państwa członkowskiego odmówił dostarczenia tymczasowemu zarządcy spółki, powołanemu zgodnie z prawem pierwszego państwa członkowskiego, wszelkich istotnych dokumentów uzasadniających wniosek?”.

do przedstawienia uwag mających na celu pomoc Trybunałowi w dokonaniu niektórych ustaleń faktycznych, jakie uznaje za istotne w świetle pytania piątego.

W przedmiocie pytania pierwszego: „wszczęcie postępowania upadłościowego”

45. Uwagi pisemne zostały przedstawione przez dr E. Bondiego, P. Farrella, Director of Corporate Enforcement, Bank of America, Certificate/Note Holders, rządy austriacki, czeski, fiński, francuski, irlandzki, niemiecki, węgierski i włoski oraz Komisję Wspólnot Europejskich. Z wyjątkiem rządów austriackiego, niemieckiego i węgierskiego wyżej wymienieni byli również reprezentowani na rozprawie.

47. Formułując pytanie pierwsze, sąd odsyłający zmierza przede wszystkim do ustalenia, czy jeżeli do właściwego sądu w Irlandii zostanie złożony wniosek o likwidację niewypłacalnej spółki i sąd ten wyznaczy do czasu wydania postanowienia o likwidacji tymczasowego zarządcę („provisional liquidator”), uprawnionego do zajęcia majątku spółki, zarządzania jej sprawami, otwarcia rachunku bankowego i wyznaczenia adwokata, a wszystko to skutkuje prawnie pozbawieniem członków zarządu spółki prawa zarządu, to zarządzenie to w połączeniu ze złożeniem wniosku stanowi „wszczęcie postępowania upadłościowego” w rozumieniu art. 16 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia.

46. P. Farrell wyjaśnił, iż przyjęte jest, że zarządca tymczasowy nie uczestniczy na rozprawie w jakichkolwiek sporach dotyczących zasadności wniosku o wszczęcie postępowania likwidacyjnego; podobnie jeżeli postanowienie High Court o wszczęciu postępowania likwidacyjnego wobec spółki zostaje zaskarżone do Supreme Court, zarządca nie zajmuje stanowiska w przedmiocie zasadności tego zażalenia. W konsekwencji P. Farrell nie uznaje za stosowne nakłaniania Trybunału Sprawiedliwości do udzielenia odpowiedzi na przedłożone pytania, wyraża natomiast gotowość

48. Pytanie to powstaje z uwagi na chronologię początkowych etapów postępowań upadłościowych w Irlandii i we Włoszech. W dniu 27 stycznia 2004 r. Bank of America złożył do sądu irlandzkiego wniosek o wszczęcie postępowania likwidacyjnego wobec Eurofood, a sąd ten powołał P. Farrella na zarządcę tymczasowego.

W dniu 20 lutego 2004 r. sąd w Parmie ogłosił upadłość Eurofood i powołał dr E. Bondiego na zarządcę nadzwyczajnego. W dniu 23 marca 2004 r. sąd irlandzki orzekł, że postępowanie upadłościowe zostało wszczęte w Irlandii z dniem złożenia wniosku. Jeżeli powołanie P. Farrella na zarządcę w połączeniu ze złożeniem wniosku w dniu 27 stycznia 2004 r. stanowi „wszczęcie postępowania upadłościowego” w rozumieniu art. 16 rozporządzenia, to zgodnie z dyspozycją tego przepisu sąd w Parmie jest zobowiązany do uznania przedmiotowego orzeczenia sądu irlandzkiego.

49. Doktor E. Bondi oraz rządy austriacki, francuski i włoski twierdzą, iż na to pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej: złożenie wniosku oraz powołanie zarządcy tymczasowego nie stanowi „wszczęcia postępowania upadłościowego” w rozumieniu art. 16 rozporządzenia. Bank of America, Director of Corporate Enforcement, Certificate/Note Holders, rządy czeski, fiński, irlandzki i niemiecki oraz Komisja wyrażają pogląd przeciwny.

50. Najpierw ustosunkuję się do stanowiska uczestników postępowania, którzy uważają, iż na pytanie pierwsze należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Następnie zbadam argumenty, które w ramach uzasadnienia odpowiedzi przeczącej powołują dr E. Bondi oraz rządy austriacki, francuski i włoski.

51. Podzielam pogląd, że na pytanie pierwsze należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Moim zdaniem takie podejście wynika z przedmiotu i celu, systematyki oraz brzmienia rozporządzenia.

52. Motyw 2 preambuły odwołuje się do celu w postaci „skutecznego i sprawnego funkcjonowania transgranicznych postępowań upadłościowych”. Motyw 4 odwołuje się do konieczności „unikania sytuacji, w których strony [postępowania upadłościowego] byłyby skłonne do przenoszenia majątku lub postępowania sądowego z jednego państwa członkowskiego do innego w celu uzyskania korzystniejszej sytuacji prawnej (tzw. »forum shopping«)”. Artykuł 16 stanowi, że wszczęcie postępowania upadłościowego przez właściwy sąd państwa członkowskiego podlega uznaniu we wszystkich pozostałych państwach członkowskich z chwilą, gdy orzeczenie stanie się skuteczne w państwie wszczęcia postępowania. Motyw 22 stanowi, iż uznawanie orzeczeń „powinno się opierać na zasadzie wzajemnego zaufania”.

53. W tych ramach konieczne jest, co zostało podkreślone przez rząd czeski i Komisję, aby uznanie orzeczenia nastąpiło na wczesnym etapie postępowania. Z tej prawdopodobnie przyczyny art. 16 ustanawia obowiązek uznania orzeczenia z chwilą, gdy orzeczenie to stanie się skuteczne zgodnie z prawem państwa wszczęcia postępowania, natomiast art. 2 lit. f) przewiduje, że

orzeczenie o wszczęciu postępowania staje się skuteczne, niezależnie od tego, czy jest ostateczne¹².

54. W tym kontekście jeżeli sąd krajowy, do którego złożono wniosek o likwidację, powołując się na niewypłacalność dłużnika, powoła zarządcę tymczasowego, „uprawnionego do zajęcia majątku spółki, zarządzania jej sprawami, otwarcia rachunku bankowego i wyznaczenia adwokata, a wszystko to skutkuje prawnie pozbawieniem członków zarządu spółki prawa zarządu”, wydaje się zgodne z celem rozporządzenia, iż powołanie tego zarządcy należy traktować jako wszczęcie postępowania upadłościowego.

55. Jeżeli chodzi o brzmienie rozporządzenia, zawiera ono zarówno definicję „orzeczenia”, jak i „postępowania upadłościowego”.

12 — Zobacz również sprawozdanie Virgósa-Schmita, w którym stwierdzono: „Wszystkie postępowania wliczone w załączniku A wywołują dwa wyżej wspomniane skutki: całkowite lub częściowe zajęcie majątku dłużnika oraz powołanie zarządcy. Gdyby jednak konwencja miała być stosowana dopiero od momentu, gdy te skutki wystąpią, to doszłoby do wypaczenia. Wczesne etapy postępowania upadłościowego mogłyby zostać wyłączone z systemu współpracy międzynarodowej ustanowionego przez konwencję. Wystąpienie tych skutków jest konieczne do tego, aby postępowania zostały objęte listą w załączniku A. Jednakże gdy postępowanie zostanie na niej umieszczone, to jego wszczęcie jest wystarczające do stosowania konwencji od samego początku tego postępowania” (pkt 50). Również Balz stwierdza: „Nie jest konieczne, aby wszystkie elementy postępowania upadłościowego występowały w chwili wszczęcia postępowania. Przykładowo, jeżeli zarządca jest zazwyczaj powoływany po wszczęciu postępowania, to konwencja ma zastosowanie do takiego postępowania od chwili jego rozpoczęcia” (str. 501).

56. Artykuł 2 lit. a) definiuje „postępowanie upadłościowe” jako postępowania zbiorowe określone w art. 1 ust. 1 oraz dodaje: „Wykaz tych postępowań znajduje się w załączniku A”. W odniesieniu do Irlandii załącznik A wymienia jako postępowanie upadłościowe „compulsory winding up by the Court” (przymusowe postępowanie likwidacyjne).

57. Wydaje się zatem, iż postępowanie przed sądem krajowym mogłoby być uważane za wszczęcie „postępowania upadłościowego” w rozumieniu rozporządzenia.

58. Artykuł 2 lit. e) definiuje „orzeczenia”, o ile chodzi o wszczęcie postępowania upadłościowego lub powołanie zarządcy, jako „orzeczenie każdego sądu właściwego do wszczęcia takiego postępowania lub powołania zarządcy”.

59. Artykuł 2 lit. b) definiuje „zarządcę” jako „każdą osobę lub organ, którego zadaniem jest zarządzanie masą lub jej likwidacja, lub nadzorowanie działalności gospodarczej dłużnika. Wykaz tych osób lub organów znajduje się w załączniku C”. W odniesieniu do Irlandii w wykazie tym został umieszczony między innymi „provisional liquidator” (zarządca tymczasowy).

60. W konsekwencji wydaje się, iż orzeczenie sądu irlandzkiego powołujące w ramach przymusowego postępowania likwidacyjnego wymienionego w załączniku A do rozporządzenia zarządcę tymczasowego wymienionego w załączniku C do rozporządzenia musi stanowić „wszczęcie postępowania upadłościowego” w rozumieniu art. 16. Pogląd ten jest tym bardziej uzasadniony, jeżeli weźmie się pod uwagę, że powołanie zarządcy tymczasowego jest pierwszym postanowieniem sądowym, jakie może zostać wydane w trakcie przymusowego postępowania likwidacyjnego prowadzonego na podstawie prawa irlandzkiego.

61. Nie uważam, aby powyższa analiza oparta na spostrzeżeniu, iż irlandzki „provisional liquidator” został wymieniony w załączniku C, była przykładem „wstecznego i nielogicznego rozumowania”, jak stwierdza dr E. Bondi w uwagach przedstawionych przez niego. Wręcz przeciwnie, powołanie zarządcy tymczasowego wydaje się kluczowe dla pojęcia „wszczęcia postępowania likwidacyjnego”.

62. Należy przyznać, że można dokonać zawężającej wykładni art. 2 lit. e), uznając, iż definiuje on „orzeczenie”, o ile chodzi o wszczęcie postępowania upadłościowego [...], jako „orzeczenie każdego sądu właściwego do wszczęcia takiego postępowania” oraz osobno „orzeczenie”, o ile chodzi o powołanie zarządcy, jako „orzeczenie każdego sądu właściwego do [...] powołania zarządcy”. W takim przypadku można by

argumentować, iż orzeczenie o powołaniu zarządcy nie jest orzeczeniem o wszczęciu postępowania upadłościowego w rozumieniu tej definicji.

63. Jak jednak podniósł sąd krajowy w postanowieniu odsyłającym, określenie w art. 2 lit. e) powołania zarządcy jako „orzeczenia” nie służyłoby w rozporządzeniu żadnemu celowi, jeżeli nie podlegałoby uznaniu zgodnie z art. 16. Rozporządzenie rzeczywiście nie zawiera żadnych bardziej szczegółowych przepisów dotyczących orzeczeń o powołaniu zarządcy. Ponadto, na co zwrócił uwagę sąd odsyłający, powołanie zarządcy stanowi istotny element pojęcia „zbiorowych postępowań przewidujących niewypłacalność dłużnika” w rozumieniu art. 1 ust. 1 rozporządzenia.

64. Wreszcie, jak wskazał w tym względzie Director of Corporate Enforcement, celem definicji art. 2 lit. e) może być danie wyrazu okoliczności, iż poszczególne porządki prawne przewidują różne sposoby wszczęcia postępowania upadłościowego, nie natomiast rozróżnienie pomiędzy orzeczeniem sądu o wszczęciu postępowania upadłościowego z jednej strony, a powołaniem zarządcy z drugiej strony. W konsekwencji definicja ta ma na celu zapewnienie, że z mocy rozporządzenia następuje automatyczne uznanie postępowania upadłościowego wszczętego obydwojma sposobami.

65. W świetle powyższego należy uznać za bardziej naturalną taką wykładnię art. 2 lit. e), zgodnie z którą definicja „orzeczenia”, o ile chodzi o „wszczęcie postępowania upadłościowego”, obejmuje również „orzeczenie każdego sądu właściwego do [...] powołania zarządcy”, która to wykładnia potwierdza pogląd wyrażony w pkt 60.

66. Przytoczono wiele argumentów przeciwko temu pogładowi.

67. Po pierwsze dr E. Bondi i rząd włoski twierdzą, iż rozporządzenie rozróżnia w szczególności pojęcia „wniosku” i „wszczęcia postępowania”, które są dokładnymi odpowiednikami etapów irlandzkiego postępowania upadłościowego, mianowicie „wniosku” („petition”) i „wszczęcia postępowania likwidacyjnego” („winding-up order”). W tym kontekście dr E. Bondi i rząd włoski powołują się na motyw 16 oraz art. 38 rozporządzenia.

68. W podobny sposób wyżej wymienieni uczestnicy postępowania twierdzą, iż „provisional liquidator” jest po prostu „tymczasowym zarządcą”, o którym mowa w art. 38, a także w motywie 16 preambuły, w którym został określony jako „zarządca tymczasowy ustanowiony przed wszczęciem głównego postępowania upadłościowego”. Jego powołanie nie może zatem powodować wszczęcia głównego postępowania upadłościowego.

69. W podobny sposób rząd austriacki argumentuje, iż skoro „zarządca tymczasowy” posiada na podstawie art. 38 rozporządzenia jedynie ograniczone uprawnienia, to nie może on być „zarządcą” w rozumieniu art. 2 lit. b), to znaczy „każdą osobą lub organem, którego zadaniem jest zarządzanie masą lub jej likwidacja, lub nadzorowanie działalności gospodarczej dłużnika”.

70. Uważam, iż powyższa argumentacja nie uwzględnia bardziej ogólnych przepisów rozporządzenia, na które wskazałem powyżej, ani ich zastosowania w niniejszej sprawie oraz zdradza brak zrozumienia bardziej szczegółowego celu art. 38. Przepis ten stanowi uzupełnienie art. 29, przewidującego, że zarządca w głównym postępowaniu upadłościowym w rozumieniu rozporządzenia może zgłosić wniosek o wszczęcie wtórnego postępowania upadłościowego¹³. Jeżeli został złożony wniosek o wszczęcie postępowania głównego, lecz nie został jeszcze powołany zarządca w rozumieniu rozporządzenia, to art. 38 przewiduje, iż „tymczasowy zarządca” powołany przez sąd właściwy do wszczęcia postępowania jest uprawniony do występowania o zastosowanie każdego środka w celu zabezpieczenia i zachowania majątku dłużnika znajdującego się w innym państwie członkowskim „w okresie pomiędzy złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego a jego wszczęciem”. Jednakże dla celów rozporządzenia w ogólności oraz art. 29 w szczególności „provisional liquidator” (zarządca tymczasowy) powo-

13 — Zobacz pkt 15 powyżej.

łany w ramach przymusowego postępowania likwidacyjnego („compulsory winding-up”) przez sąd irlandzki jest objęty zakresem definicji pojęcia „zarządcy”¹⁴.

to jest oczywiste, że zostało wszczęte „postępowanie upadłościowe” w rozumieniu art. 1 ust. 1 rozporządzenia. W takich okolicznościach nie widzę związku art. 38 z istotą sprawy.

71. Co więcej, w niniejszej sprawie postanowienie o powołaniu zarządcy tymczasowego nadaje irlandzkiemu „provisional liquidator” szerokie uprawnienia (do zajęcia majątku Eurofood, zarządzania jego sprawami, otwarcia rachunku bankowego i wyznaczenia adwokata); w konsekwencji jego rola jest o wiele znaczniejsza niż rola zarządcy tymczasowego, o którym mowa w art. 38.

73. Mówiąc bardziej ogólnie, moim zdaniem ze zgłoszenia wniosku o przymusową likwidację w połączeniu z powołaniem zarządcy w rozumieniu rozporządzenia nie wynika, że nie może to stanowić „wszczęcia postępowania upadłościowego” w rozumieniu art. 16 tylko z tej przyczyny, że taki wniosek może być rozumiany jako „wniosek o wszczęcie postępowania upadłościowego”.

72. Ponadto jeżeli zostaje zgłoszony wniosek o wszczęcie postępowania upadłościowego wymienionego w załączniku A do rozporządzenia, a tego samego dnia sąd powołuje zarządcę wymienionego w załączniku C do rozporządzenia, tak jak w niniejszej sprawie,

74. W każdym bądź razie nie podzielam poglądu wyrażonego w pisemnych uwagach dr E. Bondiego, zgodnie z którym rozporządzenie „zdradza bardzo wyraźny schemat” postępowania w postaci „trzech etapów”: „wniosku”, „powołania zarządcy tymczasowego” oraz „wszczęcia postępowania”. Poza art. 38, który jak wyjaśniono powyżej, dotyczy konkretnej sytuacji, jaka mogłaby zaistnieć w kontekście postępowania wtórnego¹⁵ oraz dalszego odwołania się do trzeciego akapitu art. 25 ust. 1 dotyczącego tymczasowych środków zabezpieczających, treść rozporządzenia nie zawiera żadnych wskazówek, z których wynikałoby, że ze

14 — Należy zauważyć, iż pewien komentator brytyjski reprezentował powyższy pogląd w kontekście konwencji, w sposób dorozumiany omawiając skutki powołania „provisional liquidator” w Zjednoczonym Królestwie. Wówczas wykaz zawarty w załączniku C nie obejmował w odniesieniu do Zjednoczonego Królestwa „provisional liquidator” (zostało to zmienione rozporządzeniem nr 603/2005, cytowanym w przypisie 10). W odniesieniu do definicji zawartej w art. 2 lit. f) Fletcher stwierdza: „Tak więc orzeczenie wszczynające postępowanie upadłościowe może wywierać skutki za granicą, nawet jeżeli nie jest ostateczne, pod warunkiem że jego skutki nie zostały zawieszane przez sąd, który je wydał. Mogłoby to prowadzić do przypuszczenia, że powołanie „provisional liquidator” przez sąd w Zjednoczonym Królestwie może mieć takie konsekwencje. Należy jednak pamiętać, że na podstawie art. 16 uznawane są postępowania upadłościowe należące do zakresu zastosowania konwencji i które zostały wyraźnie wymienione w załącznikach do niej. Ponieważ „provisional liquidator” nie figuruje wśród organów wymienionych w załączniku C, automatyczne uznanie jego powołania jest wykluczone” (str. 283 i 284).

15 — Należy zauważyć, że art. 38 należy do rozdziału III rozporządzenia, zatytułowanego „Wtórnie postępowanie upadłościowe”.

wszczęciem postępowania koniecznie wiąże się odrębny „wniosek” o wszczęcie postępowania, po którego złożeniu, po upływie określonego czasu, następuje „wszczęciem postępowania upadłościowego”.

75. Doktor E. Bondi podnosi ponadto, że „różnica pomiędzy „wnioskiem o wszczęcie postępowania” a „wszczęciem postępowania” jest widoczna na przykładzie art. 3 ust. 4”. Przepis ten dotyczy wyłącznie wniosku o wszczęcie postępowania (wtórnego) i nie zawiera żadnych wskazówek co do konieczności upływu czasu pomiędzy tymi dwoma etapami postępowania.

76. Wobec powyższego art. 38 jest jedynym przepisem rozporządzenia, w którym poczyniono takie rozróżnienie, a więc oczywiście nie stanowi wystarczającej podstawy dla wniosku co do istnienia „bardzo wyraźnego schematu” postępowania upadłościowego. Moim zdaniem w art. 38 uregulowano po prostu sytuację, jaka może zaistnieć w kontekście krajowego postępowania upadłościowego w istocie wyróżniającego dwa odrębne etapy, pomiędzy którymi, w określonych okolicznościach, powołanie tymczasowego zarządcy może być celowe. Z art. 38 nie można wnioskować, że wszystkie rodzaje postępowania upadłościowego składają się koniecznie z dwóch etapów.

77. Z preambuły jasno również wynika, że celem rozporządzenia nie jest harmonizacja prawa krajowego. Motyw 11 preambuły ma następujące brzmienie: „Niniejsze rozporządzenie uznaje fakt, że wskutek istotnych różnic w prawie materialnym nie byłoby praktyczne wprowadzenie jednolitego i uniwersalnego postępowania upadłościowego, które znalazłoby zastosowanie na obszarze całej Wspólnoty [...]”. W rzeczy samej przepisy wydane na podstawie art. 61 lit. c) i art. 67 ust. 1 WE nie mogą służyć harmonizacji prawa krajowego.

78. Dalej dr E. Bondi podnosi, że załącznik A do rozporządzenia nie wymienia w odniesieniu do Irlandii postępowania upadłościowego określanego jako „provisional liquidation” (tymczasową likwidacją). Moim zdaniem nie pozostaje to w żadnym związku z niniejszym postępowaniem, które dotyczy przymusowej likwidacji przez sąd (compulsory winding up by the court), które należy do zakresu stosowania rozporządzenia w związku z tym, że zostało umieszczone w wykazie zawartym w załączniku A.

79. Następnie przedstawiono szereg argumentów, których istota polega na tym, że postępowania tego rodzaju jak sporne postępowanie nie należą do zakresu zastosowania rozporządzenia, ponieważ z różnych przyczyn nie spełniają one definicji zawartej w art. 1 ust. 1, która dotyczy „zbiorowych postępowań przewidujących niewypłacalność dłużnika, które obejmują całkowite lub częściowe zajęcie majątku dłużnika oraz powołanie zarządcy”.

80. I tak dr E. Bondi twierdzi, że przymusowe postępowanie likwidacyjne prowadzone przez sąd w Irlandii należy do zakresu zastosowania rozporządzenia wyłącznie wówczas, gdy stanowi ono postępowanie upadłościowe określone w art. 1 ust. 1, a zatem tylko wtedy, gdy sąd krajowy jest przekonany, że w odniesieniu do jurysdykcji międzynarodowej została spełniona przesłanka upadłości¹⁶. Do czasu wydania postanowienia o wszczęciu postępowania likwidacyjnego upadłość nie jest stwierdzona. Rząd włoski przedstawił na rozprawie podobne argumenty.

81. Jest to moim zdaniem argument nie do przyjęcia. W niniejszej sprawie pytanie pierwsze sądu odsyłającego zakłada, że został zgłoszony wniosek „o likwidację niewypłacalnej spółki”. W tych okolicznościach nie byłoby właściwe, aby Trybunał kwestionował to podstawowe założenie.

82. Doktor E. Bondi argumentuje dalej, iż w ramach przymusowego postępowania likwidacyjnego prowadzonego przez sąd w Irlandii ustawy system likwidacji aktywów i podziału masy upadłościowej oraz zgłaszanie i zaspokajanie roszczeń wierzycieli podlega stosowaniu dopiero po wydaniu postanowienia o wszczęciu postępowania likwidacyjnego; a zatem dopiero od tego momentu irlandzkie postępowanie likwida-

cyjne stanowi prawdziwe „zbiorowe” postępowanie upadłościowe w rozumieniu art. 1 ust. 1 rozporządzenia.

83. Moim zdaniem argument ten jest oparty na błędnym rozumieniu systematyki rozporządzenia. O ile art. 1 ust. 1 z całą pewnością zawiera definicję postępowania upadłościowego należącego do zakresu zastosowania rozporządzenia, to nie można dokonywać wykładni tego przepisu w oderwaniu od definicji zawarty w art. 2.

84. Zgodnie z art. 2 lit. a) wykaz „postępowania[ń] zbiorow[y]ch określonych w art. 1 ust. 1” „znajduje się w załączniku A”. Wśród komentatorów rozporządzenia istnieje konsensus co do tego, że „gdy postępowanie zostało wpisane do tego wykazu, to rozporządzenie jest stosowane bez potrzeby badania tego przez sądy pozostałych państw członkowskich”¹⁷. Z uwagi na okoliczność, że przymusowe postępowanie likwidacyjne („compulsory winding up”) zostało wymienione w załączniku A w odniesieniu do Irlandii, nie uważam, aby można było poddawać w wątpliwość stosowanie rozporządzenia względem takiego postępowania na tej podstawie, że niektóre aspekty definicji zawartej w art. 1 ust. 1 nie zostały spełnione.

17 — Virgós i Garcimartín, pkt 36; zob. również sprawozdanie Virgós-Schmita, pkt 49 i 50, Moss, Fletcher i Isaacs, pkt 3.02 i 8.07 i Balz, str. 502. Sytuacja wygląda nieco inaczej w przypadku przesłanki niewypłacalności, gdyż w sytuacji, gdy rodzaj postępowania wymienionego w załączniku A może zostać przeprowadzony zarówno w przypadku niewypłacalności, jak i wypłacalności dłużnika, rozporządzenie stosuje się jedynie wtedy, gdy spełniona jest przesłanka niewypłacalności. Jednakże w niniejszej sprawie kwestia ta moim zdaniem nie powstaje (zob. pkt 81 powyżej).

16 — Z ustawodawstwa irlandzkiego wynika, że w określonych okolicznościach spółka może zostać przymusowo zlikwidowana przez sąd, nawet jeśli nie jest niewypłacalna.

85. W każdym bądź razie sąd odsyłający stwierdził w postanowieniu odsyłającym, że „provisional liquidator” „reprezentuje interesy wszystkich wierzycieli i jest zobowiązany do ich ochrony oraz do zajęcia majątku”.

86. Wreszcie rząd francuski odwołuje się na podstawie brzmienia art. 1 ust. 1 do czterech warunków, jakie muszą zostać spełnione, aby postępowanie upadłościowe należało do zakresu zastosowania rozporządzenia: postępowanie musi być zbiorowe, dłużnik musi być niewypłacalny, musi nastąpić częściowe lub całkowite zajęcie majątku dłużnika oraz musi zostać powołany zarządca. Rząd francuski argumentuje, iż skoro definicja „postępowania upadłościowego” zawarta w art. 2 lit. a) i w załączniku A nie obejmuje powołania zarządcy tymczasowego, to powołanie zarządcy tymczasowego nie może stanowić „wszczęcia postępowania upadłościowego” w rozumieniu rozporządzenia.

87. Ponownie argument ten wykazuje niezrozumienie systematyki rozporządzenia. Przymusowa likwidacja (compulsory winding up) w Irlandii figuruje w załączniku A. Zarządca tymczasowy („provisional liquidator”) wymieniony w wykazie znajdującym się w załączniku C został powołany w ramach takiego postępowania. W moim odczuciu czynniki te są wystarczające.

88. W konsekwencji w przedmiocie pytania pierwszego dochodzę do wniosku, że jeżeli

do właściwego sądu w Irlandii zostanie złożony wniosek o likwidację niewypłacalnej spółki („winding up”) i sąd ten wyznaczy do czasu wydania postanowienia o likwidacji tymczasowego zarządcę („provisional liquidator”) uprawnionego do zajęcia majątku spółki, zarządzania jej sprawami, otwarcia rachunku bankowego i wyznaczenia adwokata, a wszystko to skutkuje prawnie pozbawieniem członków zarządu spółki prawa zarządu, to postanowienie to w połączeniu ze złożeniem wniosku stanowi wszczęcie postępowania upadłościowego („insolvency proceedings”) w rozumieniu art. 16 rozporządzenia.

W przedmiocie pytania drugiego: chwila wszczęcia postępowania

89. Formułując pytanie drugie, które zostało przedłożone tylko na wypadek, gdyby odpowiedź na pytanie pierwsze była przecząca, sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy złożenie w Irlandii wniosku do High Court o przymusową likwidację spółki („compulsory winding up”) przez ten sąd zgodnie z przepisem irlandzkim [art. 220 (2) Companies Act]¹⁸ uznającym, że likwidacja spółki rozpoczyna się z chwilą wniesienia wniosku, stanowi wszczęcie postępowania upadłościowego („insolvency proceedings”) dla celów rozporządzenia.

18 — Cytowanym w pkt 22 powyżej.

90. Skoro wyraziłem pogląd, iż na pytanie pierwsze sądu krajowego należy udzielić odpowiedzi twierdzącej, to nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na drugie pytanie prejudycjalne. Jeżeli jednak pytanie to powstałoby przed Trybunałem, to można się do niego zwięźle ustosunkować w oparciu o poniższy schemat.

91. Doktor E. Bondi oraz rządy fiński, francuski, niemiecki i włoski twierdzą, iż na pytanie drugie należy udzielić odpowiedzi przeczącej, natomiast Bank of America, Director of Corporate Enforcement, Certificate/Note Holders, rządy austriacki, czeski i irlandzki oraz Komisja uważają, iż należy udzielić na nie odpowiedzi twierdzącej. Podzielam drugi pogląd.

92. Artykuł 16 ust. 1 rozporządzenia, dotyczący uznawania orzeczeń o wszczęciu postępowania upadłościowego, ustanawia obowiązek uznania takiego orzeczenia z chwilą, gdy orzeczenie „stanie się skuteczne w państwie wszczęcia postępowania”. Tak więc to prawo krajowe określa, kiedy orzeczenie staje się skuteczne. Jest to spójne z art. 4, który ustanawia zasadę ogólną, zgodnie z którą dla postępowania upadłościowego i jego skutków właściwe jest prawo państwa, w którym zostaje wszczęte postępowanie (lex concursus), przy czym określa ono przesłanki wszczęcia postępowania upadłościowego, sposób jego prowadzenia i ukończenia. Z motywu 23¹⁹ jasno wynika, że lex concursus obejmuje zarówno przepisy

procesowe, jak i materialne. W konsekwencji nie mogą zaakceptować twierdzenia dr E. Bondiego, zgodnie z którym rozporządzenie w jakiś sposób „uchyla” przepisy prawa krajowego. Należy również pamiętać, iż zadaniem rozporządzenia nie jest pełnienie roli środka harmonizującego²⁰.

93. Artykuł 220 (2) irlandzkiego Companies Act z 1963 r. przewiduje, iż w wypadku przymusowej likwidacji spółki (jak postępowanie będące przedmiotem sporu w niniejszej sprawie) „likwidacja rozpoczyna się z chwilą złożenia wniosku o likwidację”.

94. W mojej opinii brzmienie tego przepisu, znajdującego zastosowanie z mocy rozporządzenia, rozstrzyga ponad wszelką wątpliwość pytanie drugie przedłożone przez sąd krajowy.

95. Należy dodać, że Certificate/Note Holders podkreślają, iż sprawozdanie Virgósas-Schmita wyraźnie uznaje istnienie krajowych doktryn „działania prawa wstecz”, stwierdzając, że prawo państwa wszczęcia postępowania upadłościowego „określa przesłanki, sposób zaistnienia nieważności względnej

19 – Cytowanego w pkt 10 powyżej.

20 – Zobacz pkt 77 powyżej.

i bezwzględnej (automatycznie, *przy czym względem postępowania ma to charakter retroaktywny* lub wskutek czynności podjętej przez zarządcę itp.) oraz skutki prawne nieważności”²¹.

W przedmiocie pytania trzeciego: badanie jurysdykcji międzynarodowej

96. Formułując pytanie trzecie, sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy sąd państwa członkowskiego innego niż państwo, w którym znajduje się statutowa siedziba spółki, i innego niż to, w którym spółka ta zarządza swoją działalnością w sposób regularny i rozpoznawalny przez osoby trzecie, ale gdzie postępowanie upadłościowe zostało wszczęte jako pierwsze, jest właściwy do wszczęcia głównego postępowania upadłościowego.

97. Pytanie to powstaje, gdy — jak w niniejszej sprawie — sądy w dwóch państwach członkowskich stwierdzą swoją jurysdykcję międzynarodową w sprawie upadłości tej samej spółki. Rozporządzenie nie reguluje wyraźnie takiej sytuacji. Sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy w takiej sytuacji sąd jednego państwa członkowskiego może badać jurysdykcję międzynarodową sądu innego państwa członkowskiego.

98. Sąd odsyłający powołuje się na art. 3 ust. 1, który stwierdza, że do wszczęcia postępowania upadłościowego właściwe są sądy państwa członkowskiego, na terytorium którego znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika, oraz art. 16 ust. 1, który stwierdza, że wszczęcie postępowania upadłościowego przez sąd państwa członkowskiego właściwy zgodnie z art. 3 podlega uznaniu we wszystkich pozostałych państwach członkowskich.

99. Bank of America, Director of Corporate Enforcement, Certificate/Note Holders oraz rząd irlandzki uważają, że zagraniczne postępowanie upadłościowe musi zostać uznane jedynie wówczas, gdy sąd zagraniczny jest obiektywnie właściwy; wobec powyższego na pytanie trzecie należy zatem udzielić odpowiedzi twierdzącej.

100. Wyżej wymienieni uczestnicy postępowania argumentują, że obowiązek uznania wszczęcia postępowania upadłościowego w danym państwie członkowskim nałożony przez art. 16 ust. 1 na sądy pozostałych państw członkowskich powstaje jedynie wówczas, gdy państwo członkowskie, w którym wszczęto postępowanie upadłościowe, jest „właściw[e] zgodnie z art. 3” i w konsekwencji jedynie wówczas, gdy główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika znajduje się na terytorium tego państwa członkowskiego. Do wszczęcia głównego postępowania upadłościowego właściwe są sądy tylko jednego państwa członkowskiego, a są to sądy państwa członkowskiego, na terytorium którego znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika. Z rozporządzenia jasno wynika, że spółka może posiadać tylko jeden główny

²¹ — Punkt 135, podkreślenie własne.

ośrodek podstawowej działalności. Badanie, gdzie znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika, ma charakter obiektywny. Sąd państwa członkowskiego nie może wszcząć głównego postępowania upadłościowego w odniesieniu do dłużnika będącego osobą prawną, jeżeli nie posiada on na terytorium tego państwa członkowskiego ani siedziby określonej w statucie, ani miejsca, w którym zarządza swoim majątkiem w sposób regularny i rozpoznawalny dla osób trzecich. Tak więc każdy sąd stojący w obliczu możliwości, że postępowanie upadłościowe mogło zostać wszczęte przez sąd innego państwa, musi się upewnić, czy sąd ten był istotnie właściwy na podstawie art. 3, w szczególności, czy (a) sąd twierdzący, że ustalił miejsce głównego ośrodka podstawowej działalności, zastosował prawidłowe kryteria prawne oraz (b) czy rzeczywisty stan faktyczny jest w stanie potwierdzić taki wniosek. Choć motyw 22 preambuły rozporządzenia ustanawia obowiązek, zgodnie z którym „orzeczenie sądu, który jako pierwszy wszczął postępowanie, powinno zostać uznane”, to należy zauważyć, że obowiązek ten nie został odzwierciedlony w zasadniczym tekście rozporządzenia.

101. Doktor E. Bondi, rządy austriacki, czeski, fiński, francuski, węgierski i włoski oraz Komisja twierdzą, że na pytanie trzecie sądu krajowego należy udzielić odpowiedzi przeczącej. Podzielam ten pogląd.

102. Moim zdaniem taki wniosek wypływa w szczególności z zasady wzajemnego zaufania leżącej u podstaw rozporządzenia, która została wyraźnie wypowiedziana w motywie 22 rozporządzenia. Motyw ten stanowi:

„Uznawanie orzeczeń wydanych przez sądy państw członkowskich powinno się opierać na zasadzie wzajemnego zaufania; w tym celu przyczyny odmowy uznania powinny być ograniczone do niezbędnego minimum. Według tej zasady powinien również być rozwiązany każdy spór w sytuacji, w której sądy dwóch państw członkowskich jednocześnie uważają się za właściwe do wszczęcia głównego postępowania upadłościowego. Orzeczenie sądu, który jako pierwszy wszczął postępowanie, powinno zostać uznane w pozostałych państwach członkowskich, bez możliwości badania orzeczenia sądu przez te państwa członkowskie”²².

103. Należy przyznać, że tekst rozporządzenia nie zawiera przepisu takiej treści jak motyw 22²³. Jednakże znaczenie zasady wyrażonej w tym motywie zostało potwierdzone w sprawozdaniu Virgósa-Schmita, w którym stwierdzono, że „sądy państw, w których wnosi się o uznanie orzeczenia,

22 – Chyba że nastąpi powołanie się na klauzulę porządku publicznego zawartą w art. 26. Artykuł 26 jest przedmiotem pytania piątego sądu odsyłającego w niniejszej sprawie.

23 – Wynika to częściowo z przyczyn historycznych. Virgós i Garcemartin wyjaśniają, że w trakcie negocjacji dotyczących transformacji konwencji w rozporządzenie państwa członkowskie postanowiły włączyć do preambuły te aspekty sprawozdania Virgósa-Schmita, które zostały uznane za szczególnie istotne dla prawidłowego rozumienia przepisów rozporządzenia [pkt 48 (a)].

nie mogą badać jurysdykcji międzynarodowej sądu, który wszczął postępowanie, lecz jedynie zweryfikować, czy orzeczenie pochodzi od sądu państwa członkowskiego, który stwierdził swoją jurysdykcję międzynarodową na podstawie art. 3²⁴, co zostało zaakceptowane przez licznych komentatorów²⁴.

104. Strona postępowania upadłościowego obawiająca się, że sąd, który wszczął postępowanie główne, błędnie uznał swoją jurysdykcję międzynarodową na podstawie art. 3, powinna skorzystać ze środka zaskarżenia przewidzianego w prawie krajowym państwa członkowskiego, na terytorium którego znajduje się ten sąd, a w razie potrzeby zwrócić się do niniejszego Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym²⁵.

105. W konsekwencji w odpowiedzi na pytanie trzecie dochodzę do wniosku, że jeżeli postępowanie upadłościowe zostanie wszczęte jako pierwsze przez sąd w państwie członkowskim, w którym znajduje się statutowa siedziba spółki oraz w którym spółka zarządza swoją działalnością w sposób regularny i rozpoznawalny przez osoby trzecie, to wówczas sądy pozostałych państw członkowskich nie są właściwe do wszczęcia głównego postępowania upadłościowego.

W przedmiocie pytania czwartego: „główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika”

106. Formułując pytanie czwarte, sąd odsyłający pragnie uzyskać od Trybunału wskazówki co do tego, jaki element jest decydujący dla określenia „głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika” w rozumieniu art. 3 ust. 1 rozporządzenia.

107. Należy przypomnieć, iż art. 3 ust. 1 przyznaje jurysdykcję międzynarodową do wszczęcia postępowania upadłościowego „sądom państwa członkowskiego, na terytorium którego znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika”, oraz dodaje, że w przypadku spółek i osób prawnych „domniemywa się, że głównym ośrodkiem ich podstawowej działalności jest siedziba określona w statucie, chyba że zostanie przeprowadzony dowód przeciwny”. Przepis ten stwarza domniemanie, które może zostać obalone. Motyw 13 dodaje, że główny ośrodek podstawowej działalności „powinien oznaczać miejsce, w którym dłużnik zazwyczaj zarządza swoją działalnością [które] i jako takie jest rozpoznawalne przez osoby trzecie”.

108. Pytanie czwarte dotyczy sytuacji, w której (i) dłużnik jest spółką zależną, (ii) jego siedziba statutowa oraz siedziba statutowa spółki nadrzędnej znajdują się w dwóch różnych państwach członkowskich oraz (iii) spółka zależna zarządza swoją działalnością w sposób regularny i rozpoznawalny przez osoby trzecie oraz przy całkowitym i nieprzerwanym zachowaniu swojej tożsamości w państwie członkowskim, gdzie znajduje się jej statutowa siedziba. Sąd krajowy zastanawia się, czy w takich okolicznościach

24 — Sprawozdanie Virgós-Schmita, pkt 202 (2); zob. również pkt 79, 215 i 220; Moss, Fletcher i Isaacs, pkt 5.38, 8.47, 8.48 i 8.205; Virgós i Garcimartín, pkt 70 i 402; Balz, str. 505 i 513 oraz Fletcher, str. 288.

25 — Zobacz sprawozdanie Virgós-Schmita, pkt 202 oraz Fletcher, str. 288-9.

domniemanie, że głównym ośrodkiem podstawowej działalności spółki zależnej jest państwo członkowskie, w którym znajduje się jej siedziba określona w statucie, zostaje obalone, jeżeli spółka nadrzędna jest w stanie, dzięki swoim udziałom w kapitale spółki zależnej i prawu do powoływania członków jej zarządu, pełnić kontrolę i w rzeczywistości pełni kontrolę nad polityką spółki zależnej.

109. Doktor E. Bondi oraz rząd włoski uważają tę dodatkową okoliczność związaną ze spółką nadrzędną za wystarczającą do obalenia domniemania. Bank of America, Director of Corporate Enforcement, Certificate/Note Holders, rządy austriacki, czeski, fiński, francuski, niemiecki, węgierski i irlandzki oraz Komisja wyrażają pogląd przeciwny.

110. Podzielam pogląd, iż fakt pełnienia kontroli nie jest wystarczający do obalenia domniemania sformułowanego w art. 3 ust. 1 rozporządzenia, zgodnie z którym głównym ośrodkiem podstawowej działalności spółki zależnej jest państwo członkowskie, w którym znajduje się jej siedziba określona w statucie. Taki pogląd wynika z systematyki i brzmienia rozporządzenia. Zanim przystąpię do analizy rozporządzenia, najpierw pragnę ustosunkować się do argumentów przedstawionych na obronę odmiennego poglądu przez dr E. Bondiego i rząd włoski.

111. Po pierwsze dr E. Bondi oraz rząd włoski opierają się zasadniczo na sprawozdaniu Virgósa-Schmita, w którym stwierdzono: „Jeśli chodzi o spółki i osoby prawne, konwencja stwarza domniemanie, że głównym ośrodkiem podstawowej działalności dłużnika jest siedziba określona w statucie, chyba że zostanie przeprowadzony dowód przeciwny. Zazwyczaj miejsce to odpowiada głównej siedzibie dłużnika”²⁶. Doktor E. Bondi i rząd włoski argumentują, że jeżeli należy wykazać, że główny ośrodek podstawowej działalności znajduje się w innym miejscu niż w państwie, w którym znajduje się siedziba określona w statucie, to w konsekwencji należy wykazać, że funkcje „siedziby głównej” wykonywane są w innym miejscu. Należy przy tym skoncentrować się na funkcjach siedziby głównej, a nie po prostu na miejscu siedziby głównej, ponieważ „siedziba główna” może mieć równie nominalny charakter jak siedziba określona w statucie, jeżeli nie są tam wykonywane funkcje siedziby głównej. W międzynarodowym obrocie gospodarczym siedziba główna jest często wybierana z przyczyn podatkowych bądź prawnych, wobec czego nie pozostaje ona w rzeczywistym związku z miejscem, w którym w rzeczywistości wykonywane są funkcje siedziby głównej. Taki stan rzeczy występuje w szczególności w przypadku grup spółek, gdy funkcje siedziby głównej dla spółki zależnej są bardzo często wykonywane w miejscu, w którym wykonywane są funkcje siedziby głównej spółki nadrzędnej danej grupy.

112. Uważam powyższe twierdzenia za logiczne i przekonujące. Nie są one jednak

26 — Punkt 75. Bałz ujmuje to w nieco odmienny sposób: „W wypadku rejestracji zwykłej skrzynki pocztowej siedziba główna będzie traktowana jako główny ośrodek podstawowej działalności” (str. 504).

moim zdaniem zbyt przydatne do udzielenia odpowiedzi na przedłożone pytanie prejudycjalne. W szczególności nie wykazują one, że sprawowanie przez spółkę nadrzędną kontroli polityki spółki zależnej określa „główny ośrodek podstawowej działalności” spółki zależnej w rozumieniu rozporządzenia.

113. Po drugie, dr E. Bondi twierdzi, że „rozpoznawalność przez osoby trzecie” głównego ośrodka podstawowej działalności nie jest decydująca dla pojęcia „głównego ośrodka podstawowej działalności”. Jest to jego zdaniem widoczne w motywie 13, w którym stwierdzono, że „główny ośrodek podstawowej działalności” „powinien oznaczać miejsce, w którym dłużnik zazwyczaj zarządza swoją działalnością”, innymi słowy, w przypadku spółki — miejsce, w którym wykonywane są funkcje siedziby głównej. Motyw 13 dalej stwierdza: „i jako takie jest rozpoznawalne przez osoby trzecie”, innymi słowy, ponieważ funkcje głównej siedziby spółki są wykonywane w danym państwie członkowskim, to właśnie tam rozpoznawalny jest główny ośrodek podstawowej działalności.

114. Również w tym zakresie zgadzam się z powyższą analizą. Nie wydaje się ona jednak pomocna, gdyż pytanie czwarte sądu krajowego zakłada, że „spółka zależna w sposób regularny zarządza swoją działalnością” w państwie członkowskim, w którym znajduje się jej siedziba określona w statucie.

115. Po trzecie, dr E. Bondi podnosi argument, że istnieje znaczna różnica pomiędzy pojęciami „rozpoznawalne” a „rozpoznane”.

Zagadnienie rozpoznawalności polega na sprawdzeniu, gdzie w rzeczywistości wykonywane są funkcje siedziby głównej; jest to obiektywny proces, którego nie należy mylić z subiektywnymi dowodami przedstawianymi przez konkretnych wierzycieli na okoliczność, gdzie ich zdaniem znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika. Jednakże moim zdaniem rozróżnienie pomiędzy pojęciami „rozpoznawalne” a „rozpoznane” nie jest istotne dla kwestii podniesionych w pytaniu czwartym sądu krajowego, gdyż zarówno motyw 13, jak i to pytanie posługują się słowem „rozpoznawalny”.

116. Przechodząc do istoty pytania czwartego, jestem zdania, że jeżeli statutowa siedziba spółki nadrzędnej i statutowa siedziba spółki zależnej znajdują się w dwóch różnych państwach członkowskich, to okoliczność (zakładana przez sąd odsyłający), że spółka zależna zarządza swoją działalnością w sposób regularny i rozpoznawalny przez osoby trzecie oraz przy całkowitym i nieprzerwanym zachowaniu swojej własnej tożsamości w państwie członkowskim, w którym znajduje się jej siedziba określona w statucie, jest co do zasady decydująca dla określenia „głównego ośrodka [jej] podstawowej działalności”.

117. Jest oczywiste, że niekoniecznie należy cokolwiek wnosić z okoliczności, że spółka będąca dłużnikiem jest spółką zależną innej spółki. Rozporządzenie stosuje się wobec pojedynczych spółek, a nie wobec grup spółek, a w szczególności nie reguluje ono relacji pomiędzy spółką nadrzędną a spółką zależną. Zgodnie z systematyką rozporządzenia jurysdykcja międzynarodowa została

określona dla każdego dłużnika posiadającego osobowość prawną. Zarówno spółka zależna, jak i spółka nadrzędna posiadają odrębną osobowość prawną. Z tego względu każdą spółkę zależną należącą do grupy spółek należy rozpatrywać odrębnie. Potwierdza to art. 3 ust. 1, który przewiduje, że „w przypadku spółek i osób prawnych domniemywa się, że głównym ośrodkiem *ich* podstawowej działalności jest siedziba określona w statucie, chyba że zostanie przeprowadzony dowód przeciwny”, oraz motyw 13 preambuły, w którym stwierdzono, że główny ośrodek podstawowej działalności „powinien oznaczać miejsce, w którym dłużnik zazwyczaj zarządza *swoją* działalnością”²⁷.

118. Choć powyższa definicja nie zawiera żadnych wskazówek dotyczących elementów składających się na „zarząd”, mających znaczenie dla niniejszej sprawy, w której przedstawiono argument, że kontrola polityki spółki stanowi „zarząd”, uważa się jednak, że wybór „głównego ośrodka podstawowej działalności”²⁸ jako głównego łącznika służącego określeniu państwa członkowskiego posiadającego jurysdykcję międzynarodową nad niewypłacalną spółką ma umożliwić ocenę, którą charakteryzują przejrzystości i możliwości obiektywnej weryfikacji²⁹. Pojęcia te wydają się moim zdaniem całkowicie odpowiednimi kryteriami do określenia jurysdykcji międzynarodowej w kontekście niewypłacalności, gdyż jest w oczywisty sposób istotne, aby potencjalni wierzyciele mogli z góry rozpoznać system prawny, jaki miałby

rozstrzygać o upadłości wpływającej na ich interesy. W odniesieniu do transgranicznych transakcji dłużnych (jak te, z którymi mamy do czynienia w postępowaniu głównym) wydaje mi się szczególnie ważne, aby inwestorzy w chwili dokonywania przez nich inwestycji mogli jasno określić, który sąd będzie właściwy do określenia praw i roszczeń wierzycieli.

119. Jeżeli spółka zależna będąca dłużnikiem „zarządza swoją działalnością w sposób regularny i rozpoznawalny przez osoby trzecie oraz przy całkowitym i nieprzerwanym zachowaniu swojej własnej tożsamości w państwie członkowskim, w którym znajduje się jej siedziba określona w statucie”, warunki przejrzystości i rozpoznawalności są per definitionem spełnione.

120. Dla odmiany okoliczność (również zakładana w pytaniu sądu krajowego), że spółka nadrzędna niewypłacalnej spółki zależnej „jest w stanie, dzięki swoim udziałom i prawu do powoływania członków zarządu, pełnić kontrolę i w rzeczywistości pełni kontrolę nad polityką spółki zależnej”, moim zdaniem tych warunków nie spełnia.

121. Sama okoliczność, że dana spółka dzięki swoim udziałom i prawu do powoływania członków zarządu jest w stanie pełnić

27 — Podkreślenie własne. Zobacz również sprawozdanie Virgós-Schmita, pkt 76; Virgós i Garcimartín, pkt 61 oraz Balz, str. 503.

28 — Interesująca historia pojęcia „głównego ośrodka podstawowej działalności” została przedstawiona w Virgós i Garcimartín, pkt 46.

29 — Sprawozdanie Virgós-Schmita, pkt 75; Moss, Fletcher i Isaacs, pkt 3.10 oraz Virgós i Garcimartín, pkt 53.

kontrolę i w rzeczywistości pełni kontrolę nad polityką spółki zależnej, nawet jeżeli jest to rozpoznawalne przez osoby trzecie³⁰, nie wskazuje, że faktycznie kontroluje ona tę politykę. Z drugiej strony, jeżeli spółka nadrzędna pełni kontrolę nad polityką spółki zależnej, to okoliczność ta nie musi być łatwo rozpoznawalna dla osób trzecich³¹. Pytanie sądu krajowego nie wspomina o tym, że kontrola spółki nadrzędnej jest łatwo rozpoznawalna dla osób trzecich.

122. Nie oznacza to, że czysto formalne kryterium statutowej siedziby spółki zależnej bezwzględnie przesądza o tym, sądy którego państwa będą właściwe w postępowaniach upadłościowych. Nieodłącznym aspektem pojęcia „głównego ośrodka podstawowej działalności” jest zapewnienie, aby rzeczywiste okoliczności faktyczne mogły zająć miejsce kryteriów czysto formalnych³². Każda zainteresowana osoba, która dąży do obalenia domniemania, że jurysdykcja międzynarodowa w sprawach upadłości wynika z położenia statutowej siedziby dłużnika, musi jednakże wykazać, że okoliczności, na

których się opiera, spełniają wymogi przejrzystości i rozpoznawalności. Zważywszy, iż upadłość jest ryzykiem przewidywalnym, ważne jest, aby jurysdykcja międzynarodowa (z którą wiąże się zastosowanie przepisów prawa upadłościowego danego państwa) była związana z miejscem znanym potencjalnym wierzycielom dłużnika, co umożliwi im kalkulację ryzyka prawnego, z którym muszą się liczyć na wypadek upadłości dłużnika³³.

123. Moim zdaniem, w niniejszej sprawie istotne jest, że pytanie sądu krajowego opiera się na założeniu, że „spółka zależna zarządza swoją działalnością w sposób rozpoznawalny przez osoby trzecie”. Ten opis odpowiada definicji zawartej w motywie 13. Uważam, iż na poparcie twierdzenia, że główny ośrodek podstawowej działalności spółki zależnej znajduje się w innym miejscu niż to, które wynikałoby z motywu 13, należałoby przedstawić silne dowody na okoliczność sprawowania decydującej i rozpoznawalnej kontroli przez spółkę nadrzędną.

30 — Z ustawodawstwa WE wynika dla spółek szereg obowiązków informacyjnych dotyczących ujawniania przez spółki zarówno procedur powoływania członków zarządu, jak i istnienia relacji pomiędzy spółką nadrzędną a spółką zależną. Nie wszystkie jednak obowiązki dotyczą wszystkich rodzajów spółek: zależy to od tego, czy zainteresowana spółka jest publiczna, czy prywatna, a w przypadku spółek publicznych od tego, czy spółka jest notowana na giełdzie. Ponadto informacje zawarte w opublikowanych sprawozdaniach spółki są siłą rzeczy przestarzałe, ponieważ sprawozdania te są z konieczności przygotowywane i publikowane po okresie, którego dotyczą, nie są zatem przydatne dla potencjalnych wierzycieli spółki przy ustalaniu rzeczywistego i potencjalnego miejsca głównego ośrodka podstawowej działalności spółki.

31 — Być może właśnie z tej przyczyny Virgós i Garcimartín wyrażają pogląd, że „w przypadku spółek zależnych właściwym łącznikiem jest miejsce, w którym położony jest główny ośrodek zarządzania (to znaczy siedziba główna) spółki zależnej. Okoliczność, że decyzje tej spółki zależnej podejmowane są stosownie do poleceń wpływających ze spółki nadrzędnej bądź od akcjonariuszy zamieszkałych w innym miejscu, nie zmienia zasady międzynarodowej jurysdykcji nad tą spółką” (pkt 51). Zobacz również Virgós i Garcimartín, pkt 61.

32 — Moss, Fletcher i Isaacs, pkt 3.11.

124. Jeżeli zatem wykazano by, że spółka nadrzędna dłużnika kontrolowała jego politykę w taki sposób, a sytuacja ta byłaby przejrzysta i rozpoznawalna w odpowiednim czasie (a nie patrząc wstecz), to zwykle stosowany test mógłby nie mieć zastosowania.

33 — Sprawozdanie Virgósa-Schmita, pkt 75.

125. Wreszcie pragnę dodać, że przy określaniu głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika należy rozpatrywać każdą sprawę z osobna na podstawie jej konkretnych okoliczności. Z tej też przyczyny uważam, że rozstrzygnięcia sądów krajowych przywoływane w uwagach poszczególnych uczestników postępowania nie są przydatne do ustalenia zasady ogólnej.

126. W konsekwencji dochodzę do wniosku, że jeżeli dłużnik jest spółką zależną i statutowa siedziba spółki nadrzędnej oraz statutowa siedziba spółki zależnej znajdują się w dwóch różnych państwach członkowskich, a spółka zależna zarządza swoją działalnością w sposób regularny i rozpoznawalny przez osoby trzecie oraz przy całkowitym i nieprzerwanym zachowaniu swojej własnej tożsamości w państwie członkowskim, gdzie znajduje się jej siedziba określona w statucie, domniemanie, iż główny ośrodek podstawowej działalności spółki zależnej znajduje się w państwie członkowskim, w którym posiada ona siedzibę określoną w statucie, nie może zostać obalone jedynie z tej przyczyny, że spółka nadrzędna jest w stanie, dzięki swoim udziałom i prawu do powoływania członków zarządu, pełnić kontrolę i w rzeczywistości pełni kontrolę nad polityką spółki zależnej, ani z tego powodu, że kontrola ta nie jest rozpoznawalna przez osoby trzecie.

W przedmiocie pytania piątego: porządek publiczny

127. Piąte pytanie prejudycjalne dotyczy art. 26 rozporządzenia, który przewiduje, że

państwo członkowskie może odmówić uznania postępowania upadłościowego wszczętego w innym państwie członkowskim, o ile uznanie to lub wykonanie prowadziłyby do rezultatu, który „pozostaje w oczywistej sprzeczności z jego porządkiem publicznym, w szczególności z jego podstawowymi zasadami lub konstytucyjnie zagwarantowanymi prawami i wolnościami jednostki”.

128. Konkretnie rzecz ujmując, sąd odsyłający zapytuje, czy w sytuacji, gdy uznanie skutków prawnych orzeczenia sądu lub organu administracyjnego dotyczącego osób lub organów, których prawo do rzetelnego procesu i wysłuchania przed sądem nie zostało uszanowane przy wydawaniu takiego orzeczenia, pozostaje w oczywistej sprzeczności z jego porządkiem publicznym, państwo członkowskie jest zobowiązane do uznania orzeczeń sądów innego państwa członkowskiego wszczynającego postępowanie upadłościowe wobec spółki, gdy sąd pierwszego państwa członkowskiego jest przekonany, że dane postanowienie zostało wydane z naruszeniem tych zasad, a w szczególności, gdy wnioskodawca w innym państwie członkowskim mimo wezwania i wbrew zarządzeniu sądu innego państwa członkowskiego odmówił dostarczenia tymczasowemu zarządcy spółki, powołanemu zgodnie z prawem pierwszego państwa członkowskiego, wszelkich istotnych dokumentów uzasadniających wniosek.

129. Na wstępie chciałbym zauważyć, że jeśli dokonana przeze mnie analiza pierwszego pytania prejudycjalnego jest prawidłowa, to

moim zdaniem pytanie piąte w ogóle nie powstaje, ponieważ postępowanie we Włoszech zostało wszczęte później aniżeli postępowanie w Irlandii, wobec czego w myśl rozporządzenia w żadnym wypadku nie podlega uznaniu (przynajmniej jako postępowanie główne).

130. Doktor E. Bondi i rząd włoski wyrażają pogląd, że na pytanie piąte należy udzielić odpowiedzi twierdzącej, to znaczy, iż w przedstawionych okolicznościach pierwsze państwo członkowskie zobowiązane jest do uznania orzeczeń sądów drugiego państwa członkowskiego. Bank of America, Director of Corporate Enforcement, Certificate/Note Holders, rządy czeski, francuski, niemiecki, węgierski i irlandzki oraz Komisja wyrażają pogląd przeciwny.

131. Po pierwsze, moim zdaniem oczywiste jest, co podkreślają dr E. Bondi i rząd włoski, że przewidziany w art. 26 rozporządzenia wyjątek od obowiązku uznawania orzeczeń umożliwiający odmowę uznania orzeczenia w oparciu o klauzulę porządku publicznego powinien mieć ograniczony zakres. Przemawia za tym okoliczność, iż w przepisie tym ustanowiono wymóg, zgodnie z którym skutki uznania muszą pozostawać w „oczywistej” sprzeczności z porządkiem publicznym państwa uznającego oraz że w motywie 22 preambuły rozporządzenia stwierdzono, że „przyczyny odmowy uznania powinny być ograniczone do niezbędного minimum”, jak również że w sprawozdaniu Virgósa-Schmita stwierdzono, że „klauzula porządku publicznego powinna być stosowa-

wana wyłącznie w wyjątkowych okolicznościach”³⁴.

132. Trudności zaczynają powstawać jednak z chwilą, gdy dr E. Bondi i rząd włoski, podobnie jak wielu innych uczestników postępowania, którzy przedstawili uwagi pisemne dotyczące pytania piątego, próbują odnieść wymogi określone w art. 26 do stanu faktycznego niniejszej sprawy.

133. Biorąc pod uwagę sformułowanie piątego pytania prejudycjalnego, moim zdaniem ani uczestnicy postępowania, ani Trybunał nie mogą odbiegać od okoliczności stanu faktycznego przywołanych w treści pytania prejudycjalnego.

134. Pytanie to wyraźnie zakłada, iż w sytuacji, gdy sądy dwóch państw członkowskich wszczęły postępowania upadłościowe i gdy dąży się do uznania orzeczenia sądu państwa członkowskiego B przed sądem w państwie A,

- (i) uznanie orzeczenia sądu lub organu administracyjnego dotyczącego osób lub organów, których prawo do rzetelnego procesu i wysłuchania przed sądem zostało naruszone przy wydawaniu takiego orzeczenia, pozostaje w oczywistej sprzeczności z porządkiem publicznym państwa A oraz

34 — Sprawozdanie Virgósa-Schmita, pkt 204.

(ii) sąd państwa A jest przekonany, że dane postanowienie państwa członkowskiego B zostało wydane z naruszeniem tych zasad.

czenia wydanego przez sądy innego umawiającego się państwa, „jeżeli uznanie byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym państwa, w którym wystąpiono o uznanie”³⁶. Do Trybunału zwrócono się z pytaniem, czy jeżeli sąd odmówił wysłuchania pozwanego, to można odmówić uznania orzeczenia tego sądu na podstawie art. 27 ust. 1 wyłącznie z tej przyczyny, że pozwany był nieobecny na rozprawie.

135. Wobec powyższego uważam, że dyskusja nad różnicami pomiędzy kulturami prawnymi obu zainteresowanych państw członkowskich oraz wykazywanie, że prawa zarządcy tymczasowego zostały w rzeczywistości poszanowane, pozostają bez znaczenia.

136. Podzielam również pogląd dr E. Bondiego i rządu włoskiego, zgodnie z którym orzeczenie Trybunału w sprawie Krombach³⁵ wskazuje na to, że Trybunał może i powinien kontrolować granice tego, co może zostać uznane za mieszczące się w zakresie klauzuli porządku publicznego, tak aby zasadnicze cele w postaci uznawania orzeczeń i współpracy sądowej nie zostały udaremnione.

137. Sprawa Krombach dotyczyła art. 27 ust. 1 konwencji brukselskiej, zgodnie z którym sądy umawiającego się państwa były zobowiązane do odmowy uznania orze-

138. Trybunał stwierdził, że art. 27 ust. 1 należy poddawać ścisłej wykładni, gdyż stanowi on przeszkodę w realizacji jednego z podstawowych celów konwencji, i że do klauzuli porządku publicznego należy odwoływać się jedynie w wyjątkowych wypadkach³⁷. Ponadto Trybunał stwierdził:

„Z powyższego wynika, że o ile umawiające się państwa co do zasady posiadają władzę dyskrecyjną [...] w przedmiocie określenia według kryteriów krajowych wymogów

35 – Wyrok z dnia 28 marca 2000 r. w sprawie C-7/98, Rec. str. I-1935; zob. bardziej szczegółowo pkt 138 niniejszego wyroku. Zobacz również wyrok z dnia 11 maja 2000 r. w sprawie C-38/98 Renault, Rec. str. I-2973.

36 – Odpowiednikiem tego przepisu jest art. 34 ust. 1 rozporządzenia nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i wykonywania orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. U. 2001 L 12 str. 1); przepis ten różni się od art. 27 ust. 1 konwencji tym, że podobnie jak art. 26 rozporządzenia w sprawie postępowania upadłościowego, uznanie orzeczenia musiałoby być „w oczywisty sposób sprzeczne z porządkiem publicznym”, aby można było odmówić jego uznania na tej podstawie.

37 – Punkt 21 wyroku.

porządku publicznego, to granice tego pojęcia określa wykładnia konwencji.

W konsekwencji, choć do Trybunału nie należy określanie treści porządku publicznego umawiającego się państwa, to jest on jednak zobowiązany do badania granic, w ramach których sądy umawiającego się państwa mogą odwoływać się do tego pojęcia w celu odmowy uznania orzeczenia wydanego przez sąd w innym umawiającym się państwie.

[...]

Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika [...], że przestrzeganie prawa do wysłuchania przed sądem stanowi we wszystkich postępowaniach wszczętych przeciwko danej osobie, które mogą zakończyć się wydaniem środka niekorzystnego dla tej osoby, podstawową zasadę prawa wspólnotowego, która musi zostać zagwarantowana nawet w przypadku braku przepisów regulujących przedmiotowe postępowanie”³⁸.

139. W niniejszej sprawie sąd odsyłający stwierdza w pytaniu piątym, że w okolicznościach przytoczonych w pytaniu uznanie

orzeczenia wydanego w ten sposób pozostawałoby w oczywistej sprzeczności z porządkiem publicznym zainteresowanego państwa członkowskiego. Z postanowienia odsyłającego jasno wynika, że Supreme Court of Ireland doszedł do takiego przekonania po przeprowadzeniu dogłębnego i wyczerpującego badania postępowania sądu w Parmie.

140. Doktor E. Bondi i rząd włoski, powołując się na sprawozdanie Virgósa-Schmita, twierdzą, że wykładnia pojęcia porządku publicznego dokonana przez sąd odsyłający przedstawiona w pytaniu piątym jest „bezzasadnie rozszerzająca” i „nie znajduje oparcia w art. 26”³⁹.

141. O ile podzielam pogląd tych uczestników postępowania, że ze sprawy Krombach wynika, iż Trybunał musi zbadać granice krajowego porządku publicznego, to jednak uważam, iż w ich argumentacji pominięto zarówno istotę tego orzeczenia, jak i myśl przewodnią sprawozdania Virgósa-Schmita.

142. Stwierdzając w sprawie Krombach, że istnieje konieczność zbadania granic, w ramach których sądy umawiającego się

38 — Punkty 22, 23 oraz 42 wyroku.

39 — Punkt 205.

państwa mogą odwoływać się do pojęcia porządku publicznego w celu odmowy uznania orzeczenia wydanego przez sąd innego umawiającego się państwa⁴⁰, Trybunał natychmiast odwołał się do „ogólnej zasady prawa wspólnotowego, zgodnie z którą każda osoba ma prawo do rzetelnego procesu”, zainspirowanej prawami podstawowymi stanowiącymi integralną część ogólnych zasad prawa, których przestrzeganie zapewnia Trybunał i które zostały zapisane w Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁴¹. Znaczeniu tych praw podstawowych daje wyraz orzeczenie Trybunału⁴². W świetle powyższego uważam, że wymóg zagwarantowania rzetelnego procesu jest objęty zakresem klauzuli porządku publicznego przewidzianej w art. 26 rozporządzenia.

143. Sprawozdanie Virgósa-Schmita dąży do zawężenia wykładni klauzuli porządku publicznego do zarówno materialnych, jak i proceduralnych praw i wolności chronionych przez konstytucję oraz fundamentalnych zasad państwa, w którym wnosi się o uznanie orzeczenia; w rzeczy samej stwierdzono w nim, że porządek publiczny może „chronić strony bądź osoby zainteresowane wynikiem postępowania przed naruszeniem zasady rzetelnego procesu. Klauzula porządku publicznego nie sprowadza się do

ogólnej kontroli prawidłowości postępowania prowadzonego w innym umawiającym się państwie, lecz do kontroli zasadniczych gwarancji procesowych, np. adekwatnej możliwości zostania wysłuchanym oraz prawa do uczestniczenia w postępowaniu”. Wierzy-ciele, których udział w postępowaniu jest utrudniany, zostali tu wyraźnie wymienieni⁴³.

144. Wymóg poszanowania zasady rzetelnego procesu można uznać za szczególnie istotny, zważywszy, że rozporządzenie nie zezwala na badanie istoty orzeczenia, które miałyby zostać uznane⁴⁴.

145. W konsekwencji porządek publiczny, o którym mowa w art. 26 rozporządzenia, oczywiście obejmuje uchybienie zasadzie rzetelnego procesu, jeżeli zasadnicze gwarancje procesowe, takie jak prawo do bycia wysłuchanym przed sądem oraz prawo do uczestniczenia w postępowaniu, nie były w postępowaniu należycie respektowane. Pod warunkiem że postępowanie, które sąd uznający uznał za naruszające porządek publiczny, co do zasady należy do zakresu zastosowania tego przepisu, z jego brzmienia wynika jednoznacznie, że każde państwo członkowskie może ocenić, czy orzeczenie innego państwa członkowskiego narusza porządek publiczny uznającego państwa

40 — Punkt 23, przedstawiony w powyższym pkt 138 niniejszej opinii.

41 — Punkty 25–27.

42 — Zobacz w szczególności pkt 38, 39 oraz 42–44.

43 — Punkt 206.

44 — Zobacz Virgós i Garcimartín, pkt 406.

członkowskiego. Jeśli sąd uznający jest takiego zdania, to wówczas pytanie, czy zarzucane naruszenie jest na tyle poważne, aby uzasadniało odmowę uznania orzeczenia przez ten sąd na podstawie art. 26, należy rozstrzygnąć w świetle prawa krajowego⁴⁵.

146. Doktor E. Bondi i rząd włoski twierdzą również, że art. 26 ma zastosowanie jedynie, jeżeli „skutki” wnioskowego uznania byłyby „w oczywisty sposób sprzeczne” z porządkiem publicznym państwa. W niniejszej sprawie „skutek” miałby oznaczać, że sądy irlandzkie zobowiązane są do uznania, iż postępowanie upadłościowe wszczęte w Irlandii jest „wtórne”, a nie „główne”. Doktor E. Bondi i rząd włoski twierdzą, iż trudno dociec, dlaczego tak ograniczony „skutek” miałby pozostawać w oczywistej sprzeczności z irlandzkim porządkiem publicznym.

147. Znowu wydaje mi się, że argument ten nie uwzględnia treści pytania. Sąd krajowy wyraźnie stwierdza, że uznanie orzeczenia sądu lub organu administracyjnego dotyczącego osób lub organów, których prawo do rzetelnego procesu i wysłuchania przed sądem zostało naruszone przy wydawaniu takiego orzeczenia, jest oczywiście sprzeczne z porządkiem publicznym zainteresowanego

państwa członkowskiego oraz że jest przekonany, że postanowienie będące przedmiotem sporu zostało wydane z naruszeniem tych zasad.

148. Wreszcie dr E. Bondi i rząd włoski twierdzą, że sąd odsyłający nie uwzględnił okoliczności, że jeżeli nawet sprawa należałaby do zakresu zastosowania art. 26, to państwo członkowskie, którego porządek publiczny wchodzi w grę, nie musi odmawiać uznania orzeczenia. Czasownik modalny „może” użyty w art. 26 przyznaje państwu członkowskiemu władzę dyskrecyjną w zakresie odmowy uznania orzeczenia. Różni się to wyraźnie od sformułowania użytego w art. 27 konwencji brukselskiej: „nie uznaje się”. Jeżeli — jak twierdzą dr E. Bondi i rząd włoski — P. Farrellovi zapewniono wysłuchanie przed sądem we Włoszech, a nawet jeśli nie, to mógł przecież zaskarżyć podnoszone przez niego naruszenia procedury, to sąd odsyłający nie powinien podważać systemu uznawania orzeczeń ustanowionego przez rozporządzenie, korzystając z władzy dyskrecyjnej i odmawiając uznania orzeczenia sądu włoskiego.

149. Wydaje mi się, że po raz kolejny podniesiona powyżej kwestia, to znaczy rzetelności wysłuchania przed sądem, dąży do poddania ponownemu badaniu stanu faktycznego ustalonego przez sąd odsyłający, który w pytaniu stwierdził, że jest przekonany, iż postanowienie sądu w Parmie „zos-

⁴⁵ — Sprawozdanie Virgósa-Schmita, pkt 207.

tało wydane z naruszeniem prawa do rzetelnego procesu i wysłuchania przed sądem”.

spełnienia innego warunku, takiego jak możliwość zaskarżenia zastosowanych środków⁴⁷. Sprawozdanie podkreśla, że to, czy takie środki zostaną uznane, „zależy od tego, czy są one zgodne z porządkiem publicznym państwa, do którego zwrócono się z wnioskiem o uznanie orzeczenia”⁴⁸.

150. Jeśli chodzi o drugą kwestię, mianowicie możliwości zaskarżenia naruszeń procedury, należy pamiętać, że we wczesnych stadiach postępowania upadłościowego często czas ma zasadnicze znaczenie, a więc dane postępowanie musi być oceniane takim, jakim jest w danej chwili. Takie podejście jest zgodne z uwagami zawartymi w sprawozdaniu Virgósa-Schmita dotyczącymi również pilnej kwestii środków zabezpieczających ex parte. W sprawozdaniu stwierdzono, że wszystkie umawiające się państwa przewidują takie środki oraz że „oczywiście, aby środki te były zgodne z konstytucją, w większości państw podlegają one szczególnym wymogom gwarantującym poszanowanie zasady rzetelnego procesu (tzn. łącznie spełnione być muszą: wymóg dowodu, iż sprawa nie cierpi zwłoki, że przez wnioskodawcę złożona została gwarancja, że zainteresowana osoba została bezzwłocznie powiadomiona oraz że istnieje realna możliwość zaskarżenia zastosowanych środków)”⁴⁶. Wymóg łącznego spełnienia tych warunków oznacza, że niespełnienie jednego z nich, na przykład bezzwłocznego powiadomienia zainteresowanej osoby, niekoniecznie może zostać konwalidowane przez okoliczność

151. Wreszcie jeśli chodzi o brzmienie art. 26, prawdą jest, że przepis ten w odróżnieniu od art. 27 ust. 1 konwencji brukselskiej przyznaje sądowi, do którego wpłynął wniosek o uznanie orzeczenia, władzę dyskrecjonalną. Okoliczność, iż sąd ten ma możliwość uznania postępowania upadłościowego wszczętego w innym państwie członkowskim nawet wówczas, gdy skutek uznania pozostawałby w oczywistej sprzeczności z jego porządkiem publicznym, nie może oznaczać, że byłoby to każdorazowo prawidłowym rozwiązaniem, ponieważ taka wykładnia pozbawiałaby art. 26 jakiegokolwiek znaczenia. Wydaje się, że w niniejszej sytuacji, opierając się na hipotezie, na

⁴⁷ — Należy zauważyć, że sąd odsyłający w postanowieniu, w którym wnosi o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, stwierdził, że prawo irlandzkie istotnie tak przewiduje: „Tutejszy sąd w podobnej sytuacji nie dopuściłby, aby podobne orzeczenie sądu lub organu administracyjnego znajdującego się pod jego jurysdykcją pozostało w mocy. Uznałby on już sam brak rzetelnego procesu za tak oczywiście sprzeczny z porządkiem publicznym, że uznałby, iż orzeczenie to zostało wydane przez niewłaściwy organ, a w konsekwencji, że jest ono nieważne. Taki skutek nie zostałby również konwalidowany przez okoliczność, iż orzeczenie to może zostać ponownie rozpatrzone przez ten sam sąd. Tak zasadnicze naruszenie zasady rzetelnego procesu rzutowałoby na całe postępowanie”.

podstawie której zostało sformułowane pytanie prejudycjalne, która z kolei opiera się na ustaleniach stanu faktycznego dokonanych przez sąd odsyłający, nie występuje żadna

przesłanka sugerująca, że sąd ten, odmawiając uznania orzeczenia, nieprawidłowo skorzystał z przysługujących mu uprawnień dyskrecjonalnych.

Wnioski

152. W konsekwencji dochodzę do wniosku, że na pierwsze, trzecie, czwarte i piąte pytanie przedłożone przez Supreme Court of Ireland należy odpowiedzieć w następujący sposób:

- 1) Jeżeli do właściwego sądu w Irlandii zostanie złożony wniosek o likwidację niewypłacalnej spółki („winding up”) i sąd ten wyznaczy do czasu wydania postanowienia o likwidacji tymczasowego zarządcę („provisional liquidator”), uprawnionego do zajęcia majątku spółki, zarządzania jej sprawami, otwarcia rachunku bankowego i wyznaczenia adwokata, a wszystko to skutkuje prawnie pozbawieniem członków zarządu spółki prawa zarządu, to postanowienie to w połączeniu ze złożeniem wniosku stanowi wszczęcie postępowania upadłościowego („insolvency proceedings”) w rozumieniu art. 16 rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 200 r. w sprawie postępowania upadłościowego.

- 2) Jeżeli postępowanie upadłościowe zostało wszczęte jako pierwsze przez sąd państwa członkowskiego, w którym znajduje się siedziba spółki określona

w statucie oraz w którym spółka zarządza swoją działalnością w sposób regularny i rozpoznawalny przez osoby trzecie, to wówczas sądy innych państw członkowskich nie są właściwe do wszczęcia głównego postępowania upadłościowego na podstawie art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1346/2000.

- 3) Jeżeli dłużnik jest spółką zależną i statutowa siedziba spółki nadrzędnej i statutowa siedziba spółki zależnej znajdują się w dwóch różnych państwach członkowskich, a spółka zależna zarządza swoją działalnością w sposób regularny i rozpoznawalny przez osoby trzecie oraz przy całkowitym i nieprzerwanym zachowaniu swojej własnej tożsamości w państwie członkowskim, gdzie znajduje się jej siedziba określona w statucie, to domniemanie sformułowane w art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 1346/2000, zgodnie z którym główny ośrodek podstawowej działalności spółki zależnej znajduje się w państwie członkowskim, w którym położona jest jej siedziba określona w statucie, nie może być obalone jedynie z tej przyczyny, że spółka nadrzędna jest w stanie, dzięki swoim udziałom i prawu do powoływania członków zarządu, pełnić kontrolę i w rzeczywistości pełni kontrolę nad polityką spółki zależnej, ani z tego powodu, że kontrola ta nie jest rozpoznawalna przez osoby trzecie.

- 4) Jeżeli uznanie skutków prawnych orzeczenia sądu lub organu administracyjnego dotyczącego osób lub organów, których prawo do rzetelnego procesu i wysłuchania przed sądem nie zostało uszanowane przy wydawaniu takiego orzeczenia, pozostaje w oczywistej sprzeczności z jego porządkiem publicznym, państwo członkowskie nie jest zobowiązane na podstawie art. 16 rozporządzenia nr 1346/2000 do uznania orzeczenia sądu innego państwa członkowskiego wszczynającego postępowanie upadłościowe wobec spółki, gdy sąd państwa członkowskiego, do którego wpłynął wniosek o uznanie orzeczenia, jest przekonany, że dane postanowienie zostało wydane z naruszeniem tych zasad.