

CENTRUM HLAVNÍCH ZÁJMŮ DLUŽNÍKA A FORUM SHOPPING V EVROPSKÉM ÚPADKOVÉM PRÁVU

JAN BRODEC

Tento článek bych rád věnoval jako příspěvek do sborníku vydávanému na počest 80. narozenin pana prof. JUDr. Zdeňka Kučery, DrSc. Příspěvek se zabývá oblastí evropského úpadkového práva. Konkrétně potom určování příslušnosti pro jednotlivá insolvenční řízení a dále pak jevu forum shopping v insolvenčních řízeních.

1. ÚVOD DO PROBLEMATIKY

V souvislosti s insolvenčními řízeními, ve kterých se objevuje mezinárodní prvek (nejčastěji ve formě majetku úpadce v zahraničí, zahraničních věřitelů či členství v koncernu) je klíčovým určení, jaký soud bude o zahájení insolvenčního řízení rozhodovat a následně jeho průběh řídit či kontrolovat. V této souvislosti se pak používá pojem COMI. Tato zkratka znamená centre of main interest – nebo-li místo hlavních zájmů úpadce. Právě soud v tomto místě má být příslušný k zahájení insolvenčního řízení. Tato skutečnost pak s sebou nese další konsekvence. Totiž právním řádem v místě COMI se bude řídit i samotné řízení (zásada *lex fori concursus*) a soud v místě COMI určí i správce konkursní podstaty a to dle místních předpisů.¹

Pojem COMI je použit v nařízení č. 1346/2000 (viz níže) a dále potom ve Vzorovém zákoně UNCITRAL o přeshraničních konkursních řízeních.² Ani v jedné z těchto norem však není pojem COMI přímo definován. Vzorový zákon jej dokonce používá jen v souvislosti s definicí hlavního a vedlejšího konkursního řízení,³ když stanoví, že hlavní konkursní řízení se má konat v místě hlavních zájmů dlužníka.

Výše uvedené skutečnosti vedou logicky samotné dlužníky k tomu, aby si „vytvořili“ či přenesli COMI do státu, jehož pravidla jsou pro jejich konkrétní případ nejpříhodnější. Často se tak děje po dohodě s věřiteli, pro které může být také určitý právní

¹ Stones, K.: The interpretation of COMI in Europe and the United States, *International Caselaw Alert*, 15-III/2007, str. 60.

² Vzorový zákon UNCITRAL je k dispozici na: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html.

Vzorový zákon se stal součástí národních právních řádů např.: Japonsko (2000), Mexico (2000), Polsko (2003), Velká Británie (2006), USA (2005).

³ Vzorový zákon UNCITRAL, čl. 2 písm. b.

řád výhodnější než ten, ve kterém má dlužník COMI.⁴ Jako příklad lze uvést situaci, kdy jiný právní řád umožňuje reorganizaci dlužníka za snazších podmínek než stát stávajícího COMI. Potom bude pro samotného dlužníka i věřitele výhodnější provést reorganizaci ve státě s „příznivějším právním řádem“ (viz níže uvedené případy Deutsche Nickel a Schefenacker).

Je zřejmé, že problémem, který byl výše nastíněn, je problém forum shopping, který má svá specifika právě při konkursních řízeních s mezinárodním prvkem. Je zejména na soudu, u nějž dlužník návrh podá, aby hrozícímu zneužití procesních pravidel ve prospěch dlužníka zabránil. Dle nařízení č. 1346/2000 totiž platí, že i zahájení insolvenčního řízení soudem, jehož příslušnost byla uměle založena, má s tím spojené právní účinky. Výjimkou snad může být toliko zrušení rozhodnutí odvolacím soudem nebo uplatnění zásady *ordre public*, např. bylo-li odepřeno právo na spravedlivý proces.⁵

2. COMI A FORUM SHOPPING DLE NAŘÍZENÍ Č. 1346/2000

Rozdílnost v právních úpravách konkursního řízení, „neochota“ jednotlivých členských států k uznávání zahraničních konkursních řízení, malý počet mezinárodních smluv pro oblast konkursu a v neposlední řadě vzrůstající počet mezinárodních konkursních řízení v rámci ES. To jsou důvody, proč bylo na základě kompetence zakotvené v čl. 61 písm. c, čl. 65, čl. 67 odst. 1 Smlouvy o založení Evropského společenství, dále jen „SES“, vydáno nařízení č. 1346/2000.⁶ Toto nařízení doplňuje nařízení Brusel I, i když na rozdíl od něj obsahuje i unifikované kolizní normy.⁷ Z čl. 1 odst. 2 písm. b nařízení Brusel I vyplývá, že se toto nařízení na otázky konkursního řízení nevztahuje.

Nařízení má taktéž zabránit tomu, aby se dlužník vyhnul účinkům konkursního řízení tím, že přenese svůj majetek do jiného členského státu za účelem získání lepšího právního postavení. Jedná se o snahu nařízení zamezit možnosti přenést konkursní řízení do pro dlužníka výhodnějšího fora. Evropský normotvůrce se tak rozhodl čelit výše popsanému forum shopping.⁸

Jelikož se nařízení, jakožto akt komunitárního práva, týká konkursních řízení v rámci ES, dochází k jeho aplikaci pouze tehdy, když je místo hlavních zájmů dlužníka v některém členském státě.⁹ Soudy tohoto státu jsou pak dle čl. 3 odst. 1 nařízení mezinárodně příslušné pro zahájení konkursního řízení. To má stěžejní význam pro uplatnění základní zásady *lex fori concursus*.

Mezinárodní příslušnost dle čl. 3 odst. 1 nařízení je koncipována jako příslušnost přímá. To znamená, že je rovnou určeno, soudy kterého státu jsou mezinárodně příslušné. Určení věcné a místní příslušnosti je tedy ponecháno právním řádům členských států.

⁴ Hiestand, L.: COMI – The Controversy Continues, International Caselaw Alert, 14-II/2007, str. 47.

⁵ Čihula, T.: Určení mezinárodní příslušnosti v insolvenčním řízení s cizím prvkem, Právní rozhledy, 18/2006, str. 674.

⁶ ÚL L 2000, 160, 13.

⁷ EU, Rada: Report on the Convention of Insolvency Proceedings, Brusel, 3. května 1996, 6500/96, čl. 8.

⁸ Číslo 4 důvodů k nařízení; viz také EU, Rada: Report on the Convention of Insolvency Proceedings, Brusel, 3. května 1996, 6500/96, čl. 7.

⁹ Anglické znění je – the centre of a debtor's main interests, německé – Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners.

Pro společnosti a právnické osoby je v čl. 3 odst. 1 stanovena právní domněnka, že místo hlavních zájmů dlužníka je v místě jeho sídla. Tato právní domněnka je koncipována jako vyvratitelná. Soud zabývající se návrhem na zahájení konkursního řízení se má z úřední povinnosti zabývat skutečnými poměry. Určující by přitom mohlo být místo, kde je organizován provoz podniku a přijímána rozhodnutí ohledně vedení společnosti.¹⁰ Pro fyzické osoby nepodnikatele je místem jejich hlavních zájmů dle nařízení jejich bydliště.

Pojem „místo hlavních zájmů dlužníka“ (dle čl. 3 odst. 1), který je klíčový pro určení mezinárodní soudní příslušnosti, je v jednotlivých členských státech vykládán odlišně. Především britské soudy inklinují k tomu, tento pojem vykládat extenzivně a tím zakládají svoji mezinárodní příslušnost (především pak při koncerbových konkursních řízeních). Za rozhodné při tom není většinou považováno místo činnosti dlužníka, ale mnohem více místo přijímání strategických řídicích rozhodnutí.¹¹

Je potřeba zmínit, že uvedené skutečnosti ohledně aplikace nařízení a určování COMI se uplatní i v případech, kdy má dlužník své COMI na území České republiky. V těchto případech je dána pravomoc českých soudů k zahájení insolvenčního řízení. Problém vzniká při určení místní příslušnosti soudu v případech, když dlužník nemá na území České republiky své statutární sídlo. Na tuto otázku nedává zákon o konkursu a vyrovnání a ani insolvenční zákon odpověď. Jako řešení se nabízí určení příslušného soudu dle § 86 odst. 3 OSŘ a podat návrh na zahájení řízení u krajského soudu, v jehož obvodu je v ČR umístěn podnik nebo organizační složka podniku dlužníka – právnické osoby, v případě potřeby je možné rovněž použít § 86 odst. 2 OSŘ (příslušnost soudu, v jehož obvodu má dlužník majetek).¹²

2.1 ROZHODNÉ PRÁVO PRO KONKURNÍ ŘÍZENÍ – ZÁSADA LEX FORI CONCURSUS

Nařízení č. 1346/2000 vytváří pro oblast konkursního řízení jednotné kolizní normy, které nahrazují předpisy vnitrostátního mezinárodního práva soukromého členských států. Pokud tyto kolizní normy odkazují na určité rozhodné právo, je tím myšleno právo určitého členského státu s výjimkou norem vnitrostátního mezinárodního práva soukromého. Vedle všeobecné kolizní normy dle čl. 4 obsahuje nařízení i jiná jednotná ustanovení, která mají zabránit přesouvání majetku či sporu do jiných států za účelem dosažení lepšího postavení v konkursním řízení.¹³ Jedná se o potírání, již zmíněného, forum shopping.

Čl. 4 nařízení obsahuje základní kolizní normu nařízení. Ta stanovuje, které právo je aplikovatelné na konkursní řízení. Dle tohoto práva se má řídit zahájení, průběh

¹⁰ Müller H.: Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz, Neue Zeitschrift für das Gesellschaftsrecht roč. 2003, str. 415.

¹¹ Pannen K., Riedemann S.: Der Begriff des „centre of main interests“ i.S. des Art. 3 I 1 EuInsVO im Spiegel aktueller Fälle aus der Rechtsprechung, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenzen und Sanierung, roč. 2004, str. 646.

¹² Čihula, T.: Určení mezinárodní příslušnosti v insolvenčním řízení s cizím prvkem, Právní rozhledy, 18/2006, str. 675.

¹³ Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky: Kommentar – Europäische Insolvenzenverordnung, Videň, 2002, čl. 4, Rn. 1.

a ukončení konkursního řízení. Toto právo je určující i pro materiální účinky konkursního řízení na věcná práva. Právní řád určený dle čl. 4 má tedy univerzální dopad na celé řízení. Hovoří se o principu univerzality.¹⁴

Dle čl. 4 nařízení se konkursní řízení má řídit právem státu, ve kterém bylo zahájeno. Jedná se o stanovení zásady *lex fori concursus*. Bude se tedy jednat o právní řád státu, ve kterém má dlužník „místo svých hlavních zájmů“ dle čl. 3 odst. 1 nařízení. Neboť, jak vyplývá z výše uvedeného, jsou soudy tohoto státu mezinárodně příslušné k zahájení konkursního řízení.

Konkursní řízení zahájené soudem v místě hlavních zájmů dlužníka dle čl. 3 odst. 1 nařízení je označováno jako hlavní konkursní řízení. Toto řízení se má vztahovat na veškerý majetek dlužníka ve členských státech. Omezení této zásady představují teritoriálně omezená řízení – řízení sekundární a paralelní.

Princip univerzality však neplatí bez výhrady. V rámci ochrany běžného obchodního styku, který často nepočítá s platností cizího práva v případě konkursního řízení, obsahuje nařízení ustanovení o platnosti jiného práva než práva státu zahájení konkursního řízení.¹⁵ To se týká především účinků zahájení konkursního řízení na věcná práva a na možnost započtení.

2.2 SVOBODA USAZOVÁNÍ SPOLEČNOSTÍ A COMI

Svoboda usazování společností vyplývá přímo z čl. 43 a čl. 48 SES. Uvedené články se staly předmětem výkladu i Evropského soudního dvora, dále jen „ESD“ a to v jeho judikátech *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* a *Sevic*. Z těchto rozhodnutí ES je možné dovodit závěr, že inkorporační princip je z hlediska integrovaného prostoru a postulátu volného pohybu osob v rámci EU principem vhodnějším než princip sídla.¹⁶ Těmito rozhodnutími bylo ze strany ESD také zdůrazněno právo společností zakládat v rámci EU své pobočky a provádět nadnárodní fúze. Jedním ze závěrů, který je možné z uvedených rozhodnutí dále dovodit, je to, že sídlo společnosti zapsané v obchodním rejstříku (statutární sídlo) nemusí být identické s jejím skutečným sídlem. A dále že zákaz v některých národních právních řádech, aby společnost měla vedle sídla statutárního i sídlo skutečné (kde jsou prováděny obchodní aktivity a rozhodnutí), je v podstatě v rozporu s SES.

Výše uvedená judikatura má význam i pro určování COMI při aplikaci nařízení č. 1346/2000. Jak již bylo výše zmíněno, je COMI založeno na vyvratitelné právní domněnce, že v místě sídla společnosti zapsaného do obchodního rejstříku je i COMI této společnosti. Právě tato koncepce měla dle mého názoru zabránit tomu, aby společnosti pouhým přenesením svého statutárního sídla do jiného státu mohly založit COMI v jurisdikci pro ně příhodnější. Právě v tom měla spočívat snaha nařízení zabránit *forum shopping*.

¹⁴ Geimer R.: *Internationales Zivilprozessrecht*, Kolín, 2001, str. 993.

¹⁵ Ehrlicke U., Ries J.: *Die neue Europäische Insolvenzverordnung*, Juristische Schulung, roč. 2003, str. 313.

¹⁶ Více k těmto rozhodnutím: Pauknerová, M.: *Kolizněprávní úprava obchodních společností*, Právní rozhledy, 7/2005.

Výše uvedená rozhodnutí naznačila, že ESD hodlá i v budoucnu upřednostňovat svobodu pohybu společností. Dále praxe ukázala, že přenesení statutárního sídla společnosti za účelem založení COMI je v podstatě možné – viz případy *Deutsche Nikl* a *Schefenacker* uvedené níže. Avšak nebylo zřejmé, jaký bude mít dopad přijetí inkorporační teorie ze strany ESD na koncept COMI dle nařízení č. 1346/2000. Z tohoto důvodu bylo velmi očekáváno přijetí rozhodnutí ESD ve věci *Eurofood*.

Ve svém rozhodnutí ve věci *Eurofood*¹⁷ se ESD mimo jiné zabýval tím, jak má být určeno COMI společnosti *Eurofood Ltd.* Tato společnost byla dceřinou společností holdingu *Parmalat*. Její sídlo bylo v irském Dublinu a společnost sloužila pro financování operací na kapitálovém trhu. Tato společnost neměla nikdy zaměstnance a ani nedisponovala vlastními prostory. Sídlo společnosti bylo v dublinské advokátní kanceláři, kde probíhala i jednání správní rady společnosti. Osoby tvořící statutární orgány společnosti se těchto jednání účastnily z *Parmy* prostřednictvím telefonu. ESD stál v podstatě před otázkou, zda se COMI této společnosti nachází skutečně v irském Dublinu anebo v Itálii v místě sídla mateřské společnosti, kde byla vlastně přijímána veškerá rozhodnutí týkající se činnosti společnosti *Eurofood*.¹⁸

Rozhodnutí ve věci *Eurofood*, co se pojetí sídla týče, v podstatě kontinuálně navazuje na výše uvedená rozhodnutí *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* a *Sevic*. ESD se vyslovil, že koncept COMI je vlastní nařízení č. 1346/2000, má svůj specifický význam a musí být tedy vykládán ze strany ESD autonomně a nezávisle na národních právních řádech.¹⁹ COMI má být určeno na základě kritérií, která jsou objektivní a zjistitelná pro třetí strany.²⁰ Právní domněnka COMI v místě statutárního sídla společnosti může být tedy vyvrácena pouze na základě skutečností, které jsou objektivní a předvídatelné a umožňují dospět k závěru, že COMI se nachází jinde než v místě statutárního sídla úpadce.²¹ ESD dále dal ve svém rozhodnutí dva příklady, které mohou sloužit jako mezníky pro vymezení COMI. Domněnka statutárního sídla může být vyvrácena v případě společnosti fungující pouze jako „poštovní adresa“, kdy tato společnost neprovádí žádnou faktickou činnost na území státu svého statutárního sídla.²² Na druhou stranu pokud společnost vykonává na území státu svého statutárního sídla nějakou činnost, tak pouhý fakt, že hospodářská činnost společnosti je kontrolována nebo ovlivňována mateřskou společností v jiném členském státu, není dostatečným důvodem pro to, aby mohla být vyvrácena domněnka COMI v místě statutárního sídla společnosti.²³

Z výše uvedeného rozhodnutí lze vyvodit následující závěry. ESD pojem COMI nedefinoval. Pouze vymezil objektivní kritéria, na základě kterých má být pojem COMI v jednotlivých členských státech určován. Nechal tedy na soudech jednotlivých členských států, aby rozhodovaly, kdy budou v jednotlivých případech naplněna krité-

¹⁷ C-341/04

¹⁸ Více k tomuto rozhodnutí např. Salač, J.: K některým otázkám evropského insolvenčního práva – nad rozhodnutím ESD ve věci *Eurofood* (*Parmalat*), *Právní rozhledy*, 6/2007. Nebo Brodec, J.: Pojem „evropský veřejný pořádek“ v judikatuře Evropského soudního dvora a Ústavního soudu ČR, *Jurisprudence*, 8/2006.

¹⁹ Čl. 31 rozhodnutí *Eurofood*.

²⁰ Čl. 33 rozhodnutí *Eurofood*.

²¹ Čl. 34 rozhodnutí *Eurofood*.

²² Čl. 35 rozhodnutí *Eurofood*.

²³ Čl. 36 rozhodnutí *Eurofood*.

ria „objektivnosti a předvídatelnosti“ pro třetí stranu. Dále je možné implikovat, že ESD neodmítl pojetí COMI pro dceřiné společnosti v místě sídla jejich mateřské společnosti. Pouze se vyslovil, kdy COMI nebude v případě dceřiné a mateřské společnosti naplněno. To znamená, že ESD připustil situaci, že COMI může být situováno v jiném státě než má úpadece své statutární sídlo, avšak musí zde být kritéria splňující jím vyznačené podmínky, aby mohla být domněnka vyvrácena.

Ve svém rozhodnutí ve věci Planzer Luxembourg Sàrl,²⁴ které se týkalo interpretace 13. směrnice 86/560/ES, o harmonizaci práva členských států ohledně daní z obratu – opatření o navrácení daní z přidané hodnoty osobám nemající sídlo na území členských států, se ESD odkázal na své rozhodnutí ve věci Eurofood²⁵ a přijal několik závěrů, které lze aplikovat i na určení COMI dle nařízení č. 1346/2000. Tyto závěry byly přijaty v souvislosti s interpretací pojmu sídlo společnosti (place of business).

ESD se vyslovil, že obecně platí, že sídlo společnosti je v místě, kde jsou přijímána základní rozhodnutí týkající se společnosti a kde je prováděna správa společnosti.²⁶ Dále se vyslovil, že za takové místo má být primárně považováno místo statutárního sídla společnosti.²⁷ Avšak pokud je toto statutární sídlo pouze fiktivním,²⁸ předpoklad skutečného sídla v místě sídla statutárního je vyvrácen. ESD pak dále stanovil konkrétní kritéria, na základě kterých má být skutečné sídlo určeno, aby byla zachována objektivita a předvídatelnost pro třetí strany. Jedná se především o místo skutečné centrální správy společnosti, místo kde se setkávají statutární orgány společnosti a místo, kde jsou přijímána rozhodnutí ohledně vývoje společnosti. Pokud by výše uvedená kritéria nevedla k určení příslušného soudu, má být použito i kritérií dalších jako bydliště statutárních orgánů, místo konání valných hromad, místo, kde se nachází základní korporátní a účetní dokumenty společnosti nebo místo, kde se většinou konají finanční a bankovní operace společnosti.²⁹

Výše uvedená kritéria nebyla v případě Eurofood zmíněna, ale měla by být při interpretaci pojmu COMI soudy jednotlivých členských států zohledňována. Neboť v případě Eurofood bylo stanoveno pouze kritérium pro vyvrácení domněnky COMI v místě statutárního sídla a to v případě „letter box company“. Rozhodnutí ve věci Planzer nyní nabízí vícero kritérií pro vyvrácení této domněnky a určení skutečného sídla společnosti a tím i COMI.

2.3 INSOLVENCE A RESTRUKTURALIZACE SPOLEČNOSTÍ SCHEFENACKER A DEUTSCHE NICKEL

Jako dva typické příklady, kdy došlo k využití „příhodnějšího“ místa pro insolvenční řízení, je možné zmínit případy společností Schefenacker AG a Deutsche Nickel AG. Oba se týkají využití rozdílů mezi německým a britským modelem konkursního řízení a oba vyvolaly velkou diskuzi. V obou případech se jednalo o to, že společnosti

²⁴ C-73/06

²⁵ Čl. 62 rozhodnutí Planzer.

²⁶ Čl. 60 rozhodnutí Planzer.

²⁷ Čl. 61 rozhodnutí Planzer.

²⁸ ESD používá výrazy „letter box company“ nebo „brass plate company“.

²⁹ Čl. 61 rozhodnutí Planzer.

využily výhod rozdílů mezi německým a britským systémem insolvenčních řízení a provedly reorganizace, které by zřejmě podle německého právního řádu nebyly možné.

Společnost Deutsche Nickel se zabývá výrobou produktů z niklu. V roce 2004 tato společnost utrpěla velké ztráty způsobené obchodováním s niklem pro výrobu euro mincí. Společnost Schefenacker je typickým průmyslovým výrobcem střední velikosti, zabývá se výrobou náhradních dílů především pro automobily značek Mercedes-Benz a Volkswagen. Hlavním akcionářem v době, kdy se tato společnost dostala do potíží, byl vnuk jejího zakladatele, Alfred Schefenacker. Společnost se dostala do potíží v důsledku předlužení, kdy správně neodhadla svoji schopnost splácet úvěry. Obě společnosti patří k významným lokálním zaměstnavatelům a tvoří ve svém regionu jeden z „pilířů“ místní ekonomiky. Proto když se dostala každá z nich do ekonomických problémů, bylo potřeba najít řešení, které by umožnilo těmto společnostem i nadále fungovat a zároveň bylo výhodné pro věřitele i akcionáře této společnosti.³⁰ Obě řešení jsou si velmi podobná a jsou představena níže.

V případě společnosti Deutsche Nikl AG došlo k založení dvou nových společností ve Velké Británii. Jedna z těchto společností – DNICK Ltd. získala ve společnosti Deutsche Nickel 99 % akcií a druhá ze společností 1%. Následně došlo k přeměně právní formy společnosti Deutsche Nickel ze společnosti akciové na komanditní společnost, ve které DNICK Ltd. byla komplementářem a druhá britská společnost komanditistou (ručícím tedy omezeně). Následně komanditista ze společnosti vystoupil. Tato skutečnost měla dle německého práva ten důsledek, že komanditní společnost přestala existovat a veškerý majetek i závazky přešly ze zanikající komanditní společnosti na nyní již jediného společníka – DNICK Ltd. To znamená, že společnost DNICK Ltd. se po výše uvedených krocích stala de facto právním nástupcem společnosti Deutsche Nickel AG. Avšak s tím podstatným rozdílem, že společnost DNICK Ltd. se řídila právním řádem místa svého založení, tzn. britským právem. Dalším podstatným faktem byla skutečnost, že soudem, který měl být příslušným k provedení insolvenčního řízení, byl soud ve Velké Británii.³¹

Soud ve Velké Británii následně po žádosti podané společností DNICK Ltd. zahájil ohledně této společnosti insolvenční řízení, tzv. CVA (company voluntary agreement). Tento druh insolvenčního řízení spočívá v zásadě na dohodě společnosti s věřiteli za minimální ingerence soudu. Správce podstaty (insolvency practitioner) je v tomto řízení jmenován na návrh a společnost se může po dohodě s věřiteli dohodnout na určité osobě. Řízení je poměrně rychlé a neformální – průměrně tři měsíce od podání žádosti. Důležitý je zde i rozsah většiny, která schvaluje reorganizační plán. Dle CVA je potřeba, aby byla dohoda schválena věřiteli, kteří představují více jak 75% hodnoty pohledávek všech věřitelů.³²

Řešení, které bylo nakonec v případě Deutsche Nickel AG zvoleno a provedeno, byl tzv. equity swap – věřitelé společnosti obdrželi akcie britské společnosti držící majetek Deutsche Nickel AG. Pokud by toto řešení mělo proběhnout v intencích

³⁰ Simensen I.: Schefenacker restructuring holds up a mirror to cross-border differences, Financial Times, 11. 10. 2007, str. 2 přílohy Business Turnrounds.

³¹ Konference Insol-Europe, Monako, 11–14.10. 2007, přednáška advokátů zúčastněných na transakci Deutsche Nickel.

³² Informace o CVA čerpány např. z oficiální webové stránky <http://www.insolvency.gov.uk>.

německého právního řádu, tak by bylo v konkrétním případě Deutsche Nikl AG potřeba pro schválení 95 % majitelů dluhopisů společnosti, kteří představovali část věřitelů společnosti. A to by nebylo v uvedeném případě vůbec možné, neboť společnosti nebylo známo, kdo jsou majitelé téměř 50 % jejích dluhopisů. Všichni majitelé dluhopisů se následně stali akcionáři DNICK Ltd., někteří se však o této „výměně“ dluhopisů za akcie vůbec nedozvěděli.^{33, 34}

Co se týče restrukturalizace v rámci insolvenčního řízení společnosti Schefenacker AG, tak je potřeba doplnit, že zde proběhla restrukturalizace samotné holdingové společnosti a že i zde byl použit model equity swap.

3. ZÁVĚR

Jak vyplývá z výše uvedeného, není pojem COMI v samotném nařízení č. 1346/2000 a ani ze strany ESD definován. Tato skutečnost je částí odborné veřejnosti přijímána negativně, a ESD je podroben kritice za to, že v rozhodnutí Eurofood k definici COMI nepřistoupil.³⁵ Osobně s touto kritikou nesouhlasím. Domnívám se, že ESD zvolil přístup, kdy pouze definoval rámec, ve kterém se může COMI pohybovat a vyplnění tohoto rámce ponechal na soudech jednotlivých členských států. V každém jednotlivém případě bude tedy potřeba rozhodnout, zda COMI spadá do rámce vymezeného ESD či nikoliv. Pokud ne, bude soud nucen se prohlásit za nepřislušný. Domnívám se, že ESD zvolil toto řešení s vědomím, že provést definici COMI je vzhledem k velké variaci národních úprav a možností v praktickém životě velice náročné až nemožné. Lze uvést, že ESD zvolil podobné řešení při vymezení pojmu evropský veřejný pořádek, kdy také pouze určil základní meze a vyplnění ponechal na jednotlivých soudech členských států.³⁶

V případech Deutsche Nickel a Schefenacker britské soudy akceptovaly domněnku, že COMI obou společností je v místě statutárního sídla obou společností. Domnívám se, že v uvedených případech se jednalo o forum shopping, neboť jurisdikce britských soudů byla založena uměle a to vysloveně za účelem využití výhod britského právního systému. Je otázkou, zda zde byla možnost danému forum shopping zabránit, když vše proběhlo za souhlasu společnosti i věřitelů. Podle mého názoru jedinou možností by zde bylo rozhodnutí britského soudu, kterým by se vyslovil nepřislušným pro dané insolvenční řízení a to z důvodu neexistence COMI ve Velké Británii. Tato nepřislušnost by však musela být dokázána vyvrácením domněnky COMI ve statutárním sídle dlužníka. V daném případě však nebyl nikdo, kdo by domněnku mohl vyvrátit – společnost jednala po dohodě s věřiteli.

³³ Aarons, A.: Companies take a radical step in reconstructing amid bankruptcy – Moving abroad, Herald Tribune, 11. 7. 2007.

³⁴ Konference Insol-Europe, Monako, 11.–14. 10. 2007, přednáška advokátů zúčastněných na transakci Deutsche Nickel.

³⁵ Např. Stones, K.: The interpretation of COMI in Europe and the United States, International Caselaw Alert, 15-III/2007, str. 62. Nebo Maccaroni, L.: Some recent issues regarding how the Regulation 1346/2000 has been and could be better applied, International Caselaw Alert, 15-III/2007, str. 26.

³⁶ K tomuto více Brodec, J.: Pojem „evropský veřejný pořádek“ v judikatuře Evropského soudního dvora a Ústavního soudu ČR, Jurisprudence, 8/2006.

Další možností, která by dle mého názoru přicházela v úvahu, je aplikace výhrady orde public dle čl. 26 nařízení č. 1346/2000. Insolvenční řízení ve Velké Británii mělo důsledky i v Německu. A to především pro věřitele, kteří se v případě Deutsche Nickel v důsledku řízení ve Velké Británii stali akcionáři britské společnosti. Jak prohlásil advokát Ingo Scholz, který se na transakci podílel: „Část věřitelů se stala akcionáři, aniž by se o tom vůbec dozvěděla. To by podle německého práva nebylo možné.“³⁷ Dle mého názoru by se tito věřitelé mohli účinkům schválené dohody společnosti s ostatními věřiteli bránit prostřednictvím výhrady orde public.

Domnívám se, že v tomto příspěvku stručně prezentované téma představuje spolu se svobodou usazování společností jedno z témat, se kterým se bude muset evropské úpadkové právo vyrovnat. Především pak s ohledem na forum shopping, kterému se zatím nepodařilo zabránit.

³⁷ Konference Insol-Europe, Monako, 11.–14. 10. 2007, přednáška advokátů zúčastněných na transakci Deutsche Nickel.