

Upadłość konsumencka w prawie polskim i niemieckim a praktyka *forum shopping*

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Zarys upadłości konsumenckiej w prawie niemieckim i polskim
 1. Upadłość konsumencka w prawie polskim
 2. Upadłość konsumencka w prawie niemieckim
 3. Polska a niemiecka upadłość konsumencka – wnioski
- III. Transgraniczne postępowanie upadłościowe
 1. Zagadnienia ogólne
 2. Definicja COMI osoby fizycznej nieprowadzącej samodzielnej działalności gospodarczej lub zawodowej
 3. Reguły ustalania COMI a praktyka *forum shopping*
- IV. Podsumowanie

Streszczenie

W artykule przedstawiono zarys polskich i niemieckich uregulowań upadłości konsumenckiej, zagadnienie transgranicznego postępowania upadłościowego w ramach Unii Europejskiej (w tym pojęcie COMI i jego elementy definicyjne w przypadku transgranicznej upadłości konsumenckiej), biorąc pod uwagę również stosunki polsko-niemieckie oraz prawodawstwo obu jurysdykcji. Ponadto, dokonywana jest analiza praktyki *forum shopping* oraz metod przeciwdziałania temu zjawisku na gruncie prawodawstwa unijnego. W artykule Autor przedstawia tezę, że – w zależności od stanu faktycznego – nie tylko pewne instytucje polskiej upadłości konsumenckiej wykazują atrakcyjność dla osób fizycznych posiadających COMI w Republice Federalnej Niemiec, lecz także regulacje niemieckie mogą być korzystne dla określonego kręgu osób fizycznych posiadających COMI w Polsce, co prowadzi do wniosku, iż zjawisko *forum shopping* może dotyczyć również relacji polsko-niemieckich, w szczególności wobec bliskości geograficznej obu jurysdykcji, dotychczasowej praktyki niemieckich konsumentów oraz zapowiadanej dalszej liberalizacji procedur polskiej upadłości konsumenckiej oraz braku dostatecznej precyzji przepisów ujednolicających reguły transgranicznej upadłości w Unii Europejskiej.

Słowa kluczowe: Upadłość konsumencka; polskie prawo upadłościowe; niemieckie prawo upadłościowe; prawo konsumenckie; *forum shopping*; rozporządzenie 2015/848; rozporządzenie 1346/2000.

JEL: K35

* Doradca restrukturyzacyjny (licencja syndyka) nr licencji 1227; doradca podatkowy (nr wpisu 13113); agent celny (nr wpisu 014067); doktorant w Katedrze Prawa Podatkowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego; e-mail: atim@wpia.uni.lodz.pl.

I. Wprowadzenie

Polska upadłość konsumencka stanowi instytucję o silnie oddłużeniowym charakterze, wynikającą wprost z konstytucyjnej zasady godności człowieka – w wyniku przeprowadzenia postępowania umożliwia się niewypłacalnemu konsumentowi godne życie oraz przywraca się go społeczeństwu (Zimmerman, 2018, s. 7–8). O ile w Polsce upadłość konsumencka jest efektywnie wykorzystywana dopiero od stosunkowo niedawna, o tyle w Republice Federalnej Niemiec wskazana instytucja na trwałe wrosła do obrazu krajowej gospodarki, w której rocznie ogłaszane jest blisko 100.000 upadłości konsumenckich. Wraz z rozwojem unijnych swobód oraz postępującą globalizacją, brakiem ograniczeń w transgranicznej wymianie handlowej i transgranicznym świadczeniu usług, zjawisko upadłości konsumenckiej występuje także w sytuacjach transgranicznych – w wyniku korzystania przez obywateli Unii Europejskiej ze swobodnych przepływów, a w pewnych wypadkach w wyniku nieuczciwego przenoszenia centralnego ośrodka podstawowych interesów dłużnika, w celu nabycia korzyści wynikających z ogłoszenia upadłości według prawodawstwa innej jurysdykcji aniżeli macierzysta. Celem artykułu jest odpowiedź na pytanie, czy wobec bliskości geograficznej Polski i Niemiec oraz dotychczasowej praktyki niemieckich konsumentów, zapowiadanej dalszej liberalizacji procedur polskiej upadłości konsumenckiej, jak również braku dostatecznej precyzji przepisów ujednolicających reguły transgranicznej upadłości w Unii Europejskiej, prawdopodobne jest nasilenie prób przenoszenia COMI na teren Polski przez podmioty, które stały się niewypłacalne na skutek aktywności ekonomicznej głównie na terenie Republiki Federalnej Niemiec, wyłącznie w celu ogłoszenia upadłości konsumenckiej według regulacji polskich? Cel artykułu zostanie osiągnięty poprzez dokonanie analizy zjawiska *forum shopping* w kontekście polskich i niemieckich uregulowań upadłości konsumenckiej, zarysowanie obu porządków prawnych oraz wskazania na unijne regulacje, mające na celu ujednoczenie postępowania w transgranicznych postępowaniach upadłościowych, jak również przeciwdziałania zjawisku *forum shopping*. Metodologia badań zostanie oparta na analizie polskich, niemieckich i unijnych aktów prawnych, poglądów doktryny polskiej oraz niemieckiej, jak również orzecznictwa sądów polskich, niemieckich oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Autor pragnie zaznaczyć, iż poza zakresem artykułu znajduje się przedstawienie dokładnej analizy obu porządków prawnych, a także wszechstronne omówienie samego pojęcia COMI. Problematyka ta zostanie jedynie zarysowana w stopniu niezbędnym dla osiągnięcia celu artykułu.

II. Zarys upadłości konsumenckiej w prawach niemieckim i polskim

1. Upadłość konsumencka w prawie polskim

Upadłość konsumencka została znacząco przemodelowana w prawie polskim z dniem 31 grudnia 2014 r.¹. Zliberalizowane wówczas przesłanki ogłoszenia upadłości konsumenckiej spowodowały faktyczne wprowadzenie tej instytucji do krajowego porządku prawnego – w okresie od 31 marca 2009 r. do końca 2012 r. wydano jedynie 60 postanowień o ogłoszeniu upadłości

¹ Ustawa o zmianie ustawy – prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o krajowym rejestrze sądowym oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych z dn. 29.08.2014 r. (Dz.U. 2014, poz. 1306).

konsumenckiej². W pierwszym roku obowiązywania nowej regulacji (2015) ogłoszono już 2112 upadłości konsumenckich, w 2017 r. wartość ta wzrosła do 5535, a w okresie od 1 stycznia do 31 maja 2018 r. ogłoszono w Polsce aż 2656 tego typu upadłości³. Planowane jest przy tym dalsze liberalizowanie przesłanek ogłoszenia upadłości konsumenckiej⁴. Projekt ustawy we wskazanym zakresie miał być przyjęty przez Radę Ministrów w drugim kwartale 2018 r.⁵, na dzień sporządzenia artykułu wciąż nie został jednak zgłoszony w ramach inicjatywy ustawodawczej.

W polskim piśmiennictwie podkreśla się silnie oddłużeniową funkcję upadłości konsumenckiej, zakorzenioną w godności, stanowiącej konstytucyjną wartość podstawową. Poprzez przeprowadzenie postępowania umożliwia się bowiem konsumentowi godne życie oraz przywraca się go społeczeństwu w aspekcie ekonomicznym (Zimmerman, 2018, s. 7–8). W art. 2 ust. 2 prawa upadłościowego (dalej: pu)⁶ wprost stwierdzono, iż w przypadku upadłości konsumenckiej celem postępowania jest umożliwienie umorzenia zobowiązań upadłego niewykonanych w postępowaniu upadłościowym, a dopiero, jeśli jest to możliwe, zaspokojenie roszczeń wierzycieli w jak najwyższym stopniu⁷. Powyższe wskazuje na sposób wykładni norm odnoszących się do upadłości konsumenckiej, która w razie wątpliwości powinna być dokonywana na rzecz konsumenta (Zimmerman, 2018, s. 7–8 i przywoływane tam poglądy literatury). Ustawodawca ustanowił jednak szereg warunków, których spełnienie umożliwia uzyskanie konsumentowi efektu w postaci oddłużenia. Zgodnie z art. 491⁴ ust. 1 pu, sąd oddała wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli dłużnik doprowadził do swojej niewypłacalności lub istotnie zwiększył jej stopień umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa. Sąd oddała również wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli w okresie dziesięciu lat przed dniem zgłoszenia wniosku zaistniała jedna z przesłanek określonych w art. 491⁴ ust. 2 pu, zatem m.in. niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości przez dłużnika zobowiązanego do tego na podstawie ustawy, w stosunku do dłużnika prowadzono konsumenckie postępowanie upadłościowe, uchylono plan spłaty wierzycieli na skutek niewykonywania przez upadłego obowiązków w nim określonych. Jednakże nawet wobec zaistnienia przesłanek określonych w art. 491⁴ ust. 2 pu, wniosek o ogłoszenie upadłości nie podlega oddaleniu, jeśli przeprowadzenie postępowania jest uzasadnione względami słuszności lub względami humanitarnymi. Również przeprowadzenie postępowania upadłościowego wobec dłużnika oraz umorzenie choćby części jego zobowiązań w okresie dziesięciu lat przed dniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, spowodowuje oddalenie wniosku, chyba że do niewypłacalności dłużnika lub zwiększenia jej stopnia doszło pomimo dochowania przez dłużnika należytej staranności lub przeprowadzenie postępowania jest uzasadnione względami słuszności lub względami humanitarnymi.

Po wykonaniu ostatecznego planu podziału funduszy uzyskanych z likwidacji masy upadłości, a gdy z uwagi na brak majątku upadłego plan podziału nie został sporządzony – po zatwierdzeniu listy wierzytelności i po wysłuchaniu upadłego, syndyka i wierzycieli, sąd ustala plan

² Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz niektórych innych ustaw, Druk Sejmu VII Kadencji nr 2265, s. 14–15.

³ Dane Centralnego Ośrodka Informacji Gospodarczej, coig.com.pl (10.06.2018).

⁴ Rządowe Centrum Legislacji, Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe oraz niektórych innych ustaw, nr UD357, Projekt VIII kadencji. Pozyskano z: legislacja.rcl.gov.pl/12312002 (10.06.2018); dalej: projekt ustawy nowelizującej.

⁵ Dane za: <https://bip.kprm.gov.pl/> (10.06.2018)..

⁶ Ustawa z dn. 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (t.j. Dz.U. 2017, poz. 2344, ze zm.); dalej: pu.

⁷ Istota regulacji jest dobrze widoczna w zestawieniu z pozostałymi ustępami art. 2 pu, wskazującymi na cel postępowania upadłościowego wobec przedsiębiorców oraz osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą.

spląty wierzycieli. Jeśli jednak osobista sytuacja upadłego w oczywisty sposób wskazuje, że nie byłby on zdolny do dokonania jakichkolwiek spląt w ramach planu spląty wierzycieli, sąd umarza zobowiązania upadłego bez ustalenia planu spląty wierzycieli (art. 419¹⁶ pu). Przy ustalaniu treści planu spląty wierzycieli sąd nie jest związany stanowiskiem upadłego, co do jego treści oraz, zgodnie z dyspozycją art. 491¹⁵ ust. 4 pu, bierze pod uwagę możliwości zarobkowe upadłego, konieczność utrzymania upadłego i osób pozostających na jego utrzymaniu, w tym ich potrzeby mieszkaniowe, wysokość niezaspokojonych wierzytelności i realność ich zaspokojenia w przyszłości. Plan spląty wierzycieli ustalany jest na okres nie dłuższy trzydzieści sześć miesięcy, z możliwością przesłuzżenia na dalszy okres nieprzekraczający osiemnastu miesięcy (na wniosek upadłego, jeśli nie może wywiązać się z obowiązków określonych w planie spląty wierzycieli). W postanowieniu o ustaleniu planu spląt, sąd określa również, jaka część zobowiązań upadłego, powstałych przed dniem ogłoszenia upadłości, zostanie umorzona po wykonaniu planu spląty wierzycieli. Zobowiązania powstałe po dniu ogłoszenia upadłości nie ulegają umorzeniu. Zmiana planu spląt wierzycieli w trakcie jego realizowania może nastąpić zarówno na niekorzyść, jak i na korzyść wierzycieli, po spełnieniu określonych w ustawie przesłanek. O zmianie planu spląty wierzycieli orzeka sąd, na wniosek wierzycieli.

Projekt ustawy nowelizującej przewiduje dalszą liberalizację przepisów o upadłości konsumenckiej, której przejawem jest m.in. rezygnacja z bezwzględnej przesłanki oddalenia wniosku (doprowadzenie do stanu niewypłacalności lub istotne zwiększenie jego stopnia umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa)⁸. Projekt przewiduje również istotne uproszczenie procedury w przypadku, gdy dłużnik nie ma żadnego majątku (znaczna część przypadków w dotychczasowej praktyce⁹). Projekt wprowadza jednak również wiele regulacji pogarszających pozycję upadłego z punktu widzenia aktualnie obowiązujących regulacji. Przykładowo, jedynie warunkowy charakter będzie miało umorzenie zobowiązań bez ustalania planu spląty wierzycieli, ze względu na osobistą sytuację upadłego, jeśli niezdolność do dokonywania jakichkolwiek spląt w ramach planu spląty wierzycieli nie będzie wykazywała charakteru trwałego. W takim wypadku każdy z wierzycieli będzie uprawniony, w terminie siedmiu lat od dnia uprawomocnienia się postanowienia do złożenia wniosku o ustalenie planu spląty wierzycieli. Na skutek wniosku sąd będzie mógł uchylić postanowienie o warunkowym umorzeniu zobowiązań i ustalić plan spląty wierzycieli. W okresie siedmiu lat od uprawomocnienia się postanowienia o warunkowym umorzeniu zobowiązań bez ustalania planu spląty wierzycieli upadły nie będzie mógł dokonywać czynności prawnych, dotyczących jego majątku, które mogłyby pogorszyć jego sytuację majątkową (art. 1 pkt 58 projektu ustawy nowelizującej).

2. Upadłość konsumencka w prawie niemieckim

Niemieckie rozporządzenie regulujące upadłość (InsO¹⁰) – zostało uchwalone w 1994 r., w zakresie upadłości konsumenckiej i jest regulacją stabilną, która ulegała znacznej nowelizacji jedynie z dniem 1 lipca 2014 r. (Kuglarz, 2017, s. 47–48). W prawie niemieckim wyróżnia się obok upadłości typu podstawowego (niem. *Regelinsolvenz*), także upadłość konsumencką (niem.

⁸ Wobec zaistnienia tych okoliczności plan spląty wierzycieli ma być ustalany w dłuższym okresie – nie krótszym niż 48 miesięcy i nie dłuższym od 84 miesięcy. Zob. szerz.: art. 1 pkt 37 projektu ustawy nowelizującej.

⁹ Projekt ustawy nowelizującej, s. 53.

¹⁰ Insolvenzordnung z dn. 5.10.1994 (BGBl. I S. 2866, ze zm.).

Verbraucherinsolvenz), nazywaną również upadłością prywatną (niem. *Privatinsolvenz*). W literaturze czasami używa się również określenia „mała upadłość” – niem. *Kleininsolvenz* (Andres, 2014, s. 852). Upadłość konsumencka jest przy tym instytucją bardzo często wykorzystywaną w obrocie gospodarczym – tylko w 2017 r. w Niemczech ogłoszono 94079 upadłości konsumenckich¹¹.

Przepisy regulujące niemiecką upadłość konsumencką mają charakter szczególny w stosunku do upadłości typu podstawowego, regulując wyłącznie wybrane kwestie. Ogólną podstawą otwarcia postępowania jest stan niewypłacalności (niem. *Zahlungsunfähigkeit*). Stosownie do dyspozycji §17 InsO, dłużnik jest niewypłacalny, jeśli nie jest w stanie regulować wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Dodatkową podstawą ogłoszenia upadłości jest zagrożenie niewypłacalnością (niem. *drohende Zahlungsunfähigkeit*; §18 InsO). Dłużnik jest zagrożony niewypłacalnością, jeśli zgodnie z przewidywaniami nie będzie w stanie spełniać istniejących zobowiązań pieniężnych w terminie ich wymagalności. W przypadku osób prawnych dodatkową podstawą ogłoszenia upadłości jest nadmierne zadłużenie (niem. *Überschuldung*; §19 InsO; zagadnienie to wykracza poza zakres artykułu i nie będzie omawiane). Zakres podmiotowy niemieckiej upadłości konsumenckiej odnosi się wyłącznie do osób fizycznych – zarówno do tych, które nie prowadzą ani nigdy nie prowadziły samodzielnej działalności gospodarczej, jak i do części byłych przedsiębiorców. Stosownie do dyspozycji § 304 InsO, upadłość konsumencka może być ogłoszona także jeśli dłużnik prowadził samodzielną działalność gospodarczą, po spełnieniu następujących warunków:

- stosunki majątkowe dłużnika są przejrzyste (niem. *überschaubar*),
- nie istnieją przeciwko dłużnikowi wierzytelności ze stosunków pracy¹².

Przejrzystość stosunków majątkowym następuje tylko wtedy, kiedy dłużnik do momentu złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości posiada mniej niż 20 wierzycieli (§ 304 Abs. 2 InsO). Warto przy tym zaznaczyć, że stosownie do linii orzeczniczej, należy przyjąć szerokie – z polskiej perspektywy – rozumienie samodzielnej działalności gospodarczej, która wykonywana jest m.in. przez prezesa zarządu oraz jedyne go wspólnika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (GmbH)¹³, jak również przez prezesa zarządu oraz większościowego wspólnika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, będącej komplementariuszem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej¹⁴.

Przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości konsumenckiej musi zostać przeprowadzona, przez dłużnika korzystającego z pomocy podmiotu uprawnionego, próba pojednania z wierzycielami (niem. *Einigungsversuch*). Wobec nieosiągnięcia pojednania, sąd przeprowadzi procedurę ponownie. W niemieckim systemie prawnym występuje procedura zwolnienia z reszty długu (niem. *Restschuldbefreiung*), której podlegają wyłącznie osoby fizyczne (§286 InsO). Procedura może być zastosowana po przeprowadzeniu upadłości zarówno konsumenckiej, jak i podstawowej oraz zmierza do udzielenia „wolności od długów”. Wskazana procedura składa się z dwóch etapów: na pierwszym badana jest dopuszczalność postępowania, w drugim zaś – nazywanym w literaturze „okresem dobrego sprawowania” (niem. *Wohlverhaltensperiode*) – z dochodu upadłego

¹¹ Dane za: Statista: Das Statistik-Portal. Pozyskano z: de.statista.com (10.06.2018).

¹² Wierzytelności te powinny być rozumiane szeroko – także jako roszczenia o składniki wynagrodzenia, takie jak składki na ubezpieczenie społeczne czy zaliczki na podatek dochodowy, chociaż mimo dominującego charakteru, nie jest to pogląd jednolicie wyrażany w orzecznictwie i doktrynie. Zob. szerz. Andres, 2014, s. 857.

¹³ Orzeczenie Bundesgerichtshof z dn. 22.09.2005, IX ZB 55/04.

¹⁴ Orzeczenie Bundesgerichtshof z dn. 12.02.2009, IX ZB 215/08.

dokonuje się spłat na rzecz wierzycieli (Andres, 2014, s. 781–782). Wniosek o zwolnienie z reszty długu, co do zasady, jest składany wraz z wnioskiem o otwarcie postępowania upadłościowego oraz jest niedopuszczalny, jeśli (1) dłużnikowi już udzielono zwolnienia w ciągu dziesięciu lat przed złożeniem wniosku o otwarcie postępowania upadłościowego albo zwolnienie zostało udzielone już po złożeniu tego wniosku albo (2) w ciągu pięciu lat przed złożeniem wniosku o otwarcie postępowania upadłościowego albo po złożeniu tego wniosku, odmówiono udzielenia zwolnienia na podstawie § 297 InsO (w związku z popełnieniem części tzw. przestępstw upadłościowych (niem. *Insolvenzstraftaten* – odrębny rozdział, obejmujący § 283-283d StGB) oraz prawomocnym skazaniem na karę grzywny większą niż 90 stawek dziennych albo karę pozbawienia wolności w wymiarze wyższym niż trzy miesiące); (3) w ciągu trzech lat przed złożeniem wniosku o otwarcie postępowania upadłościowego albo po złożeniu tego wniosku, dłużnikowi odmówiono zwolnienia na podstawie niektórych punktów § 290 Abs. 1 InsO oraz §296 InsO. Drugi etap – okres dobrego sprawowania – trwa co do zasady sześć lat od dnia ogłoszenia upadłości. W określonych okolicznościach, do których zawsze zalicza się uregulowanie kosztów postępowania, sąd udziela dłużnikowi na jego wniosek zwolnienia z reszty długów po upływie krótszego terminu. I tak, możliwe jest udzielenie zwolnienia z reszty długów – od razu po zakończeniu postępowania upadłościowego, jeśli w postępowaniu żaden wierzyciel nie zgłosił wierzytelności albo jeśli wierzytelności zostały uregulowane i dłużnik uregulował również pozostałe zobowiązania masy upadłości (§ 300 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 InsO); po upływie trzech lat, jeśli syndyk (niem. *Insolvenzverwalter*) albo powiernik (niem. *Treuhänder*, odpowiednik syndyka w upadłości konsumenckiej) w ciągu tego czasu zgromadzi ilość środków wystarczającą na zaspokojenie wierzytelności wierzycieli upadłościowych w wysokości co najmniej 35% (§ 300 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO); po upływie pięciu lat – jeśli została spełniona przesłanka ogólna, to jest uregulowano koszty postępowania oraz jeśli stosowny wniosek został złożony przez dłużnika (§ 300 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 InsO).

W trakcie trwania okresu dobrego sprawowania, dłużnik jest obowiązany m.in. wykonywać stosowną (godziwą) działalność zarobkową (niem. *angemessene Erwerbstätigkeit*), a jeśli nie posiada zajęcia, zobowiązany jest postarać się o taką pracę i nie odmówić podjęcia żadnej odpowiedniej do możliwości dłużnika działalności (§ 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Stosownie do utrwalonego orzecznictwa, w tym drugim przypadku dłużnik jest zobligowany do aktywnego poszukiwania pracy – w tym do zgłoszenia siebie do odpowiednich instytucji, odpowiadania na ogłoszenia o pracę i dokonywania ogłoszeń samemu, a nawet do samodzielnego podejmowania inicjatywy i zgłaszania się na stanowiska pracy (Andres, 2014, s. 824). Dłużnik musi być ponadto w stanie udowodnić wysiłki, podjęte w celu znalezienia odpowiedniego do swoich kwalifikacji zatrudnienia (Andres, 2014, s. 824 i cytowane tam orzecznictwo).

Zwolnienie z reszty długów nie zostanie udzielone w przypadku stosownego wniosku wierzyciela upadłościowego, który zgłosił swoją wierzytelność, oraz zaistnienia którejkolwiek z przesłanek wymienionych w § 290 InsO. Do wskazanych przesłanek (które zostaną jedynie zarysowane z uwagi na ograniczenia objętościowe artykułu) należy m.in. skazanie prawomocnym wyrokiem na karę nie niższą niż określona w InsO (na skutek czego pomija się przestępstwa mniejszej wagi), popełnienie przestępstw upadłościowych w okresie pięciu lat przed złożeniem wniosku o otwarcie postępowania upadłościowego; dokonane w ciągu trzech lat przed złożeniem wniosku lub już po tym momencie umyślne albo na skutek rażącego niedbalstwa podanie nieprawdziwych albo

niepełnych informacji o sytuacji gospodarczej, aby otrzymać kredyt bądź inne, określone w InsO, wsparcie; naruszenie możliwości zaspokojenia wierzyciela upadłościowego w ten sposób, że dłużnik zaciągał niestosowne (nieodpowiednich; niem. *unangemessen*) zobowiązania, trwonił majątek lub, bez widoków na przyszłość, opóźniał otwarcie postępowania upadłościowego – również zaistniałe w okresie trzech lat przed złożeniem wniosku lub już po jego złożeniu.

Dłużnik powinien również posiadać środki niezbędne na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego już w momencie składania wniosku o ogłoszenie upadłości. Instytucja oddalenia wniosku z powodu ubóstwa masy (niem. *Abweisung mangels Masse*), uregulowana w przepisach ogólnych (§ 26 InsO), ma zastosowanie również w upadłości konsumenckiej. Jednym z wypadków, w których oddalenie nie nastąpi, jest udzielenie dłużnikowi odroczenia płatności kosztów postępowania. Zgodnie z § 4a Abs. 1 InsO, możliwość taka przysługuje osobie fizycznej na wniosek składany razem z wnioskiem o udzielenie zwolnienia z reszty długów. Koszty postępowania konsumenckiego osiągają przy tym w praktyce wysokość nie mniej niż 2–3 tys. euro¹⁵. Odroczenie płatności kosztów następuje do momentu udzielenia zwolnienia z reszty długów (zatem do końca „okresu dobrego sprawowania”). Okres spłacania kosztów nie może przekroczyć 48 miesięcy od dnia udzielenia zwolnienia z reszty długów. Jeśli zgodnie z planem ustalonym przez sąd nie dojdzie w tym czasie do spłacenia kosztów postępowania, pozostała ich część ulega umorzeniu (§ 115 Abs. 2 ZPO¹⁶ w zw. z § 4b Abs. 1 InsO).

3. Polska a niemiecka upadłość konsumencka – wnioski

Porównanie polskiej i niemieckiej upadłości konsumenckiej nie pozwala na postawienie kategoriycznych wniosków co do korzystniejszego charakteru całości określonej regulacji. Polska upadłość konsumencka cechuje się wprawdzie szeregiem uproszczeń w odniesieniu do niemieckiej upadłości konsumenckiej. Zasadnicze różnice odnoszą się m.in. do zakresu podmiotowego upadłości konsumenckiej, jak również do umorzenia zobowiązań w ramach procedur oddłużeniowych. Według regulacji polskich, były przedsiębiorca posiada możliwość ogłoszenia upadłości konsumenckiej niezależnie od ilości wierzycieli oraz roszczeń ze stosunku pracy wchodzących w skład długów. Wobec byłego przedsiębiorcy mogą wystąpić jednak przesłanki oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości (brak terminowego złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości – chyba że zachodzą względy słuszności bądź humanitarne; doprowadzenie do stanu niewypłacalności z winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa). Podkreślenia wymaga przy tym, że pomiędzy oboma porządkami prawnymi występują również różnice co do rozumienia działalności gospodarczej, jako przesłance wykluczającej możliwość ogłoszenia upadłości konsumenckiej. Przykładowo, członek zarządu oraz większościowy wspólnik w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, który na gruncie prawa polskiego nie prowadzi działalności gospodarczej – zatem co do zasady zawsze dopuszczalne jest ogłoszenie jego upadłości konsumenckiej (o ile nie uchybił obowiązkowi zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, chociaż nawet w takim wypadku będzie istniała możliwość powołania się na względy słuszności lub humanitarne) – w prawie niemieckim co do zasady podlega reżimowi właściwemu dla przedsiębiorców (niem. *Regelinsolvenz*). Ponadto, plan spłaty wierzycieli jest ustalany na gruncie polskich

¹⁵ Dane za: Miehler & Müller Rechtsanwälte. Pozyskano z: www.ent-schuldigung.de (10.06.2018).

¹⁶ Zivilprozessordnung w brzmieniu ogłoszonym w dn. 5.12.2005 (BGBl. 2006, S. 3202, ze zm.); dalej: ZPO.

przepisów na łączny okres nieprzekraczający 36 miesięcy (z możliwością dalszego przedłużenia o maksymalnie 18 miesiące). Tymczasem w prawie niemieckim regułą jest sześcioletni okres „dobrego sprawowania” (niem. *Wohlverhaltensphase*), a okres trzyletni należy do rzadkości i obwarowany jest trudnymi do spełnienia przesłankami. Okres dobrego sprawowania może być również skrócony do pięciu lat, co wymaga spłacenia kosztów postępowania bądź też następować od razu po zakończeniu postępowania upadłościowego (przy spłaceniu kosztów postępowania oraz niezgłoszeniu się żadnego wierzyciela albo zaspokojeniu wszystkich wierzycieli oraz innych zobowiązań masy upadłości). W polskiej procedurze upadłościowej istnieje ponadto możliwość odstąpienia od ustalania planu spłaty wierzycieli i umorzenia zobowiązań od razu po zakończeniu postępowania upadłościowego – w tym pokrycia kosztów postępowania upadłościowego przez Skarb Państwa. Tymczasem w prawie niemieckim koszty postępowania muszą być uregulowane w każdym przypadku przez upadłego, co najwyżej istnieje możliwość odroczenia ich płatności do momentu zwolnienia z reszty długów (niem. *Stundung der Verfahrenskosten*), który następuje po zakończeniu okresu dobrego sprawowania. Sąd może rozłożyć płatność na raty, a jeśli koszty nie zostaną spłacone w ciągu czterech lat od udzielenia zwolnienia z reszty długów (np. z uwagi na niski poziom rat, ustalony z powodu złej sytuacji ekonomicznej upadłego), pozostała ich część ulega umorzeniu. Całkowite oddłużenie oraz spłacenie kosztów postępowania może trwać na gruncie niemieckich regulacji nawet 10 lat od zakończenia postępowania, podczas gdy analogiczny skutek na gruncie polskiej upadłości może wystąpić w przypadku umorzenia zobowiązań bez ustalania planu spłaty wierzycieli od razu po zakończeniu postępowania (a w przypadku ustalenia planu spłaty wierzycieli po upływie maksymalnie 36 miesięcy/54 miesięcy od dnia zakończenia postępowania upadłościowego). Jednocześnie, na gruncie regulacji niemieckich jest wprost przewidziany obowiązek wykonywania przez upadłego w okresie dobrego sprawowania odpowiedniej pracy zarobkowej, jak również poszukiwania takiego zajęcia. Na gruncie polskich regulacji obowiązek ten jest każdorazowo indywidualnie precyzowany przez sąd na etapie podejmowania decyzji co do ustalenia i ewentualnych zmian planu spłaty wierzycieli.

Podobnie jak w przypadku polskiej upadłości konsumenckiej, wszczęcie niemieckiej procedury zwolnienia z reszty długów jest uzależnione od przyczyny niewypłacalności dłużnika – w przypadku procedury niemieckiej przesłanki te nie mają jednak charakteru nieograniczonego w czasie, a przyczyna podlega badaniu jedynie co do okresu trzech lat przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości konsumenckiej. Na gruncie prawa niemieckiego jest zatem możliwe uzyskanie zwolnienia z reszty długu przez dłużnika, którego wniosek o otwarcie postępowania upadłościowego na gruncie polskich regulacji podlegałby oddaleniu na podstawie art. 491⁴ ust. 1 pu – ze względu na umyślne lub dokonane wskutek rażącego niedbalstwa doprowadzenie przez dłużnika do stanu swojej niewypłacalności lub istotne zwiększenie jej stopnia. Należy również podkreślić, że zmiany planowane do wprowadzenia w zakresie polskiej upadłości konsumenckiej z jednej strony liberalizują przesłanki ogłoszenia upadłości konsumenckiej (w tym rezygnuje się z przesłanki określonej w art. 491⁴ ust. 1 pu), z drugiej jednak – modyfikują i zaostrzają reguły umarzania niewykonanych w trakcie postępowania upadłościowego oraz planu spłaty wierzycieli zobowiązań upadłego.

III. Transgraniczne postępowanie upadłościowe

1. Zagadnienia ogólne

Cechą charakterystyczną transgranicznego postępowania upadłościowego jest określony punkt styku z obcymi (zagranicznymi) jurysdykcjami. Punkt ten może przybrać następujące formy: 1) lokalizacja majątku niewypłacalnego dłużnika na terenie dwóch lub więcej państw; 2) istnienie zobowiązań na terenie dwóch lub więcej państw; 3) lokalizacja dłużnika (np. poprzez oddziały osób prawnych) w dwóch lub więcej państwach (Szydło, 2009, s. 53–54 i bogato cytowana literatura międzynarodowa). Problematyka transgranicznych, unijnych upadłości została uregulowana pierwotnie w rozporządzeniu 1346/2000¹⁷, a następnie w aktualnie stosowanym rozporządzeniu 2015/848¹⁸. Istotą dokonanego ujednoczenia jest nie wprowadzenie jednolitych reguł odnoszących się do postępowania upadłościowego, a jedynie rozgraniczenie zakresu terytorialnego stosowania regulacji poszczególnych jurysdykcji. Przejawem przyjętego modelu jest możliwość stosowania kilku porządków prawnych w ramach jednego, transgranicznego postępowania upadłościowego (Kozłowski, 2013, s. 407).

Centralnym pojęciem na gruncie obu unijnych rozporządzeń jest COMI¹⁹, warunkuje on bowiem jurysdykcję sądów do wszczęcia głównego postępowania upadłościowego. W takim przypadku sądy innego państwa członkowskiego są uprawnione jedynie do wszczęcia postępowania wtórnego, którego skutki ograniczone są do majątku dłużnika znajdującego się na terytorium państwa członkowskiego, w którym wszczęto to postępowanie (art. 34 rozporządzenia 2015/848). Możliwość wszczęcia postępowania wtórnego jest jednak warunkowana posiadaniem oddziału na terenie tej jurysdykcji (art. 3 ust. 2 rozporządzenia 2015/848), co na podstawie wykładni językowej definicji oddziału art. 2 pkt 10 rozporządzenia 2015/848 prowadzi do wniosku, iż wykluczone jest posiadanie oddziału przez osobę fizyczną, która nie prowadzi działalności gospodarczej.

2. Definicja COMI osoby fizycznej nieprowadzącej samodzielnej działalności gospodarczej lub zawodowej

Stosownie do dyspozycji art. 3 ust. 1 rozporządzenia 2015/848, COMI definiowane jest jako miejsce, w którym dłużnik regularnie zarządza swoją działalnością o charakterze ekonomicznym i które jako takie jest rozpoznawalne dla osób trzecich. Wykładnia pojęcia COMI budziła wiele kontrowersji i sprzecznych rozstrzygnięć sądów krajowych od początku ujednoczenia europejskich reguł transgranicznych postępowań upadłościowych (Chilarski, 2008, s. 70). Pierwszy z elementów definicyjnych COMI to „działalność”. Pojęcie to powinno być interpretowane szeroko, a dotyczy również aktywności osób fizycznych nieprowadzących samodzielnej działalności gospodarczej lub zawodowej (Szydło, 2009, s. 215). COMI stanowi bowiem łącznik jurysdykcyjny podmiotowo otwarty – dotyczy wszystkich dłużników, bez względu na ich formę prawną, strukturę organizacyjną czy fakt prowadzenia działalności gospodarczej (Filipiak, 2013, s. 317). Działalność ta

¹⁷ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29.05.2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz.U. 2000 L 160/1, ze zm.). Rozporządzenie zostało zastąpione rozporządzeniem nr 2015/848.

¹⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/848 z dnia 20.05.2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz. Urz. UE 2015 L 141/19).

¹⁹ Główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika, ang. *Center of Main Interests*, niem. *Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen*. Skrót ten jest powszechnie stosowany w literaturze przedmiotu.

powinna mieć charakter „podstawowy” – wskazana cecha służy jako okoliczność rozstrzygająca wobec prowadzenia działalności przez dłużnika na terytorium kilku jurysdykcji. W przypadku osób fizycznych, nieprowadzących niezależnej działalności gospodarczej lub zawodowej, określenie „podstawowa” nie odnosi się do niesamodzielnej działalności zarobkowej (takiej jak stosunek pracy), ale raczej do działalności w zakresie prywatnej konsumpcji (Szydło, 2009, s. 215–217). Kwalifikowanie działalności jako podstawowej powinno przy tym opierać się na zasadzie pierwszeństwa i brać pod uwagę „rozsądną i uwarunkowaną czynnikami ekonomicznymi ewaluację ze strony wierzycieli (innych osób trzecich)” (Szydło, 2009, s. 217). W doktrynie stwierdza się jednak, że w przypadku prowadzenia przez dłużnika różnych rodzajów działalności, za COMI należy uznać miejsce prowadzenia działalności największych rozmiarów (Armatowska, 2011, s. 55 i przywoływane piśmiennictwo). Ostatnim elementem definicji jest „główny ośrodek” działalności zidentyfikowanej, powyżej którego zlokalizowanie stanowi jednocześnie ostatni etap rozpoznania miejsca położenia COMI. „Główny ośrodek” stanowi miejsce rzeczywistego podejmowania oraz ujawniania na zewnątrz rozstrzygnięcia dotyczącego prowadzenia spraw danego podmiotu (Szydło, 2009, s. 220).

W zakresie transgranicznych postępowań upadłościowych przewagę przyznaje się interesom wierzycieli – także z uwagi na konieczność odpowiedniego skalkulowania ryzyka nieściągalności wierzytelności, co powinno znaleźć swój wyraz w odpowiedniej transparentności, stabilności i trwałości łącznika jurysdykcyjnego (Szydło, 2009, s. 209–211). Ochrona interesu wierzycieli wydaje się także być naczelną zasadą postępowania upadłościowego na gruncie nie tylko rozporządzeń unijnych, lecz także prawodawstwa poszczególnych państw członkowskich²⁰. Z powyższych względów kluczowego znaczenia nabiera przesłanka miejsca, z którego odbywa się zarządzanie aktywnością dłużnika o charakterze ekonomicznym, ale również przesłanka postrzegania przez osoby trzecie danego miejsca za COMI (zasada pierwszeństwa)²¹. Zasada pierwszeństwa ma przy tym charakter potencjalny i abstrakcyjny, opierający się na określonych, obiektywnych okolicznościach związanych z działalnością dłużnika – w szczególności zaś nie musi być ustalane wobec każdego wierzyciela z osobna (tak: Szydło, 2009, s. 222). COMI jest zatem miejscem, w którym „dłużnik w sposób identyfikowalny i rozpoznawalny dla wierzycieli, funkcjonuje w codziennym obrocie prawnym, społecznym i ekonomicznym” (Kuglarz, 2017, s. 109). W doktrynie podnosi się wręcz, że COMI powinno być przez wierzycieli „zawsze bez większego problemu dostrzegane i identyfikowane” (Szydło, 2009, s. 212). W szczególności zaś niedopuszczalne jest uznanie, iż intencją unijnego prawodawcy, operującego definicją o nieostrym charakterze, było wprowadzenie definicji niejasnej oraz sprawiającej trudności przy dokonaniu poprawnej wykładni (Szydło, 2009, s. 212). Powyższe elementy definicyjne prowadzą do wyraźnego eksponowania w orzecznictwie zasady pierwszeństwa. W wyroku High Court of Justice in London (ekwiwalent funkcjonalny polskiego sądu rejonowego – zob. Chilarski, 2008, s. 70–71) z dn. 4 czerwca 2002 r., *Enron Directo SA* uznano, że spółka posiada COMI położone na terytorium Zjednoczonego Królestwa, pomimo zarejestrowania w Hiszpanii, z uwagi na realizowanie wszystkich istotnych funkcji spółki na terenie Zjednoczonego Królestwa, jak również subiektywne przeświadczenie

²⁰ Tak, w odniesieniu do rozporządzenia 1346/2000 zob. Kozłowski, 2013, s. 418. Wnioski te mogą zostać przeniesione również na grunt rozporządzenia 848/2015.

²¹ Zob. szerzej bogato przywołana literatura międzynarodowa na temat zasady pierwszeństwa: Kuglarz, 2017, s. 108.

głównych wierzycieli spółki, którzy postrzegali ją jako funkcjonującą głównie w Zjednoczonym Królestwie.

W odniesieniu do osób fizycznych wprost wskazuje się, że miejsce zamieszkania jest tylko jedną z okoliczności, które powinny być brane pod uwagę przy ustalaniu COMI. W literaturze, na podstawie analizy orzecznictwa sądów zagranicznych, podkreśla się, że o uznaniu istnienia COMI na terenie danej jurysdykcji świadczą takie okoliczności, jak: zamieszkiwanie przez większą część roku wraz z członkami rodziny, czy też skoncentrowanie działalności zawodowej (nawet pomimo braku zamieszkania) (Chilarski, s. 72). Odmienne, część doktryny oraz orzecznictwa stoi na stanowisku, iż więzy osobiste nie mają decydującego znaczenia dla ustalenia COMI osoby fizycznej nieprowadzącej niezależnej działalności gospodarczej lub zawodowej, a pojęcie „działalność” odnosi się jedynie do aspektu ekonomicznego (Hrycaj, 2011, s. 224). Ustalenie COMI wymaga również rozważenia okoliczności, takich jak obywatelstwo, miejsce zameldowania, miejsce zamieszkania, miejsce pobytu, miejsce pracy, miejsce położenia majątku, miejsce zamieszkania rodziny dłużnika – dwie pierwsze przesłanki będą miały jednak marginalny charakter, a zdecydowanie większą wagę powinno się przyłożyć do czynników faktycznych (Hrycaj, 2011, s. 215–216). Szczególnie doniosłe znaczenie przyznaje się miejscu zatrudnienia dłużnika – zwłaszcza, jeśli ma ono charakter stały i podstawowy (Hrycaj, 2011, s. 223). Jednocześnie, przy ustalaniu COMI osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej należy mieć na uwadze zasadę pierwszeństwa i ustalić czy osoby trzecie postrzegają dane miejsce jako COMI (Hrycaj, s. 223).

Na gruncie aktualnie obowiązujących regulacji wprowadzono domniemanie również w przypadku osoby fizycznej, która nie prowadzi niezależnej działalności gospodarczej lub zawodowej. Stosownie do art. 3 ust. 1 akapit 3 rozporządzenia 2015/848, domniemanie obejmuje uznanie za COMI miejsce zwykłego pobytu tej osoby i ma zastosowanie tylko wtedy, gdy miejsce zwykłego pobytu nie zostało przeniesione do innego państwa członkowskiego w okresie sześciu miesięcy poprzedzających złożenie wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego oraz ma charakter wzruszalny (art. 3 ust. 1 akapit 3 rozporządzenia 2015/848). Motyw 30 rozporządzenia 2015/848, jako przykład okoliczności uzasadniających odstępianie od domniemania COMI w miejscu pobytu, wskazuje sytuację, w której większość majątku dłużnika znajduje się poza państwem członkowskim miejsca jego zwykłego pobytu lub gdy można wykazać, że głównym motywem jego przeprowadzki było wystąpienie o wszczęcie postępowania upadłościowego w nowej jurysdykcji i że takie wystąpienie godziłoby materialnie w interesy wierzycieli, którzy prowadzili z dłużnikiem transakcje przed przeniesieniem.

3. Reguły ustalania COMI a praktyka *forum shopping*

Zasadą na gruncie rozporządzenia 1346/2000 jest model uniwersalności umiarkowanej, będący modelem pośrednim pomiędzy modelem jednolitości postępowania oraz modelem wielości postępowań (Chilarski, 2008, s. 54; wnioski te zachowują pełną aktualność na gruncie rozporządzenia 2015/848). Zakłada on możliwość wszczęcia postępowania wtórnego, pod określonymi w rozporządzeniu warunkami, jednocześnie nie będąc modelem skrajnie uniwersalnym, jak również skrajnie terytorialnym. Powyższa analiza wskazuje jednak, iż w przypadku transgranicznej upadłości konsumenckiej, prawodawca unijny odszedł w pewnym stopniu od modelu uniwersalności umiarkowanej oraz opowiedział się w większym wymiarze za modelem zbliżonym do modelu

uniwersalności postępowania upadłościowego²². Permanentną cechą realizacji zasady uniwersalności jest tymczasem przerzucenie kosztów zcentralizowania postępowania na wierzycieli, których państwa reżim jest korzystniejszy, aniżeli regulacje państwa, w którym prowadzone jest postępowanie (Chilarski, 2008, s. 50). Co szczególnie istotne – wniesienie wniosku o ogłoszenie upadłości powoduje utrwalenie jurysdykcji (łac. *perpetuatio iurisdictionis*), choćby następnie wystąpiła zmiana COMI (Filipiak, 2013, s. 294)²³. Z tego też względu ustalenie COMI na moment składania wniosku ma fundamentalne znaczenie, a ewentualne późniejsze jego zmiany nie wpłyną na postępowanie wszczęte zgodnie z rozporządzeniem 2015/848. Powyższe rozwiązania sprzyjają nasileniu praktyki *forum shopping*, która jest negatywnie oceniana w literaturze oraz definiowana przez unijnego prawodawcę nie tylko jako nielegalne, lecz także jako nieuczciwe wybieranie sądu pod kątem korzystniejszej sytuacji prawnej (rozporządzenie 2015/848, Motyw 29), jak również jako przenoszenie majątku lub postępowania sądowego z jednego państwa członkowskiego do innego, w celu uzyskania korzystniejszej sytuacji prawnej ze szkodą dla ogółu wierzycieli (rozporządzenie 2015/848, Motyw 5). Jednym z celów wprowadzenia definicji COMI jest uniemożliwienie zaistnienia praktyki *forum shopping* (Motyw 12 rozporządzenia 1346/2000; motywy 5 i 29 rozporządzenia 848/2015). Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzenia, należy podkreślić, iż z jednej strony prawodawca unijny opowiada się za modelem bliższym zasadzie uniwersalności postępowania upadłościowego, który stwarza dodatkowe bariery dla wierzycieli zagranicznych, a wobec porównania z określonymi regulacjami obowiązującymi w ich kraju, może wiązać się wręcz z poniesieniem przez nich straty. Z drugiej zaś – w rozporządzeniu 848/2015 zawiera motywy wprost wskazujące na cel regulacji, jakim jest przeciwdziałanie zjawisku *forum shopping*. Wymagane jest zatem odpowiednie wyważenie pomiędzy wskazanymi wartościami przy dokonywaniu wykładni COMI, ale także przy wykładni innych postanowień rozporządzenia 848/2015 – aby jednocześnie nie doprowadzić do odmówienia prawa do ogłoszenia upadłości zgodnie z przepisami danej jurysdykcji konsumentowi, który przeniósł COMI na jej teren, jak również aby nie dopuścić do zaakceptowania praktyki *forum shopping*. Należy podkreślić, że celem unijnego prawodawcy nie jest wykluczenie możliwości ogłoszenia upadłości przez konsumenta zgodnie z regułami jurysdykcji, na terenie której posiada COMI w momencie złożenia wniosku (zgodnie z domniemaniem będzie to miejsce pobytu, o ile nie zostało przeniesione w terminie 6 miesięcy przed złożeniem wniosku), nawet jeśli już po złożeniu wniosku i utrwaleniu jurysdykcji nastąpi przeniesienie miejsca pobytu do innej jurysdykcji. Celem unijnego prawodawcy jest natomiast jedynie zapobieżenie praktykom nielegalnego bądź nieuczciwego przenoszenia COMI na teren obcej jurysdykcji, zmierzające do pokrzywdzenia ogółu wierzycieli.

IV. Podsumowanie

Znaczenie mającego zastosowanie prawodawstwa, według którego prowadzone jest postępowanie, obrazowo oddaje F.G. Rothschild, stwierdzając, iż starannie dokonany wybór *forum* może oznaczać radosne zwycięstwo albo depresyjną porażkę (Rothschild, 1998, s. 40). W odniesieniu do niemieckich dłużników dała się zaobserwować nasiloną praktyką zmiany COMI

²² Więcej na temat zasady jednolitości oraz relacji pomiędzy zasadą jednolitości i zasadą uniwersalności zob. Chilarski, 2008, s. 43–54. Należy jednak podkreślić, że zbliżenie modelu uniwersalności umiarkowanej do modelu uniwersalności pełnej, w kontekście możliwości wszczęcia postępowania wtórnego, nie oznacza braku możliwości realizowania przejawów zasady terytorialności – np. w zakresie praw wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo.

²³ Wyr. TS z dn. 17.01.2006 r., *Staubnit-Schreiber*, C-1/04; wyr. TS z dn. 20.10.2011 r., *Interedil diti SpA*, C-396/09.

w celu ogłoszenia upadłości w Zjednoczonym Królestwie, nazywana „turystyką upadłościową” (ang. *bankruptcy tourism* – tak: McCormack, Keay i Brown, 2017, s. 403). W kontekście podjęcia decyzji o opuszczeniu Unii Europejskiej przez Zjednoczone Królestwo, aktualnie występujące różnice pomiędzy systemem upadłości konsumenckiej niemieckiej oraz polskiej, dotychczasowej praktyki niemieckich konsumentów, jak również postępującej liberalizacji przesłanek ogłoszenia upadłości w Polsce, mogą nasilić zjawisko prób przenoszenia do Polski COMI przez zagranicznych konsumentów. Należy jednak wskazać, że projekt ustawy nowelizującej zawiera również rozwiązania surowsze dla upadłych, w porównaniu z dotychczasowym stanem prawnym, odnoszące się przede wszystkim do planu spłat wierzycieli i możliwości uzyskania całkowitego oddłużenia. Niemiecka upadłość konsumencka jest również aktualnie atrakcyjna dla określonych kategorii polskich konsumentów – np. tych, którzy do stanu swojej niewypłacalności doprowadzili umyślnie bądź wskutek rażącego niedbalstwa.

Rozporządzenie 848/2015, pomimo wyraźnie wskazanego celu, jakim jest przeciwdziałanie zjawisku *forum shopping*, zawiera wiele postanowień, czyniących atrakcyjnym nieuczciwą lub nielegalną zmianę. Do wskazanych regulacji należy m.in. utrwalenie jurysdykcji po wniesieniu wniosku o ogłoszenie upadłości (łac. *perpetuatio iurisdictionis*) czy odejście w pewnym stopniu od zasady uniwersalności umiarkowanej w kierunku zasady uniwersalności pełnej (który to zabieg przerzuca ciężar dyskusji na definicję COMI; wobec oparcia zasad unijnego prawa upadłościowego na zasadzie terytorialności, szczególnego znaczenia nabierałoby miejsce położenia majątku dłużnika i przeciwdziałanie nieuczciwej praktyce jego przenoszenia). Należy także podkreślić, że na gruncie rozporządzenia 848/2015 istnieje wyraźnie wskazane domniemanie zlokalizowania COMI osoby fizycznej nieprowadzącej samodzielnej działalności gospodarczej lub zawodowej w miejscu stałego pobytu (o ile nie zostało ono przeniesione w okresie 6 miesięcy przed dniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości). Powyżej przedstawione różnice w funkcjonowaniu obu reżimów upadłości konsumenckiej, istniejące domniemania oraz nieprecyzyjność postanowień międzynarodowego prawa upadłościowego (które zdaniem części doktryny, ze względu na założenia aksjologiczne powinno być interpretowane w razie wątpliwości na rzecz interesu ogółu wierzycieli, czym kreuje się zasadę wykładni *in dubio pro creditore*) stwarzają przesłanki do uznania, iż praktyka *forum shopping* w zakresie upadłości konsumenckiej może dotyczyć również stosunków niemiecko-polskich. Stwierdzenie to nabiera tym większej zasadności, w kontekście występowania analogicznego zjawiska w relacjach niemiecko-brytyjskich oraz wobec zapowiedzianego opuszczenia przez Zjednoczone Królestwo struktur unijnych. Należy również podkreślić, że w praktyce pojawiają się przypadki ogłoszenia upadłości konsumenckiej w Polsce (zlokalizowanie COMI w Polsce, dokonane w prawomocnym orzeczeniu), przy jednoczesnym miejscu zamieszkania w Niemczech, np. trzy osoby, których upadłość konsumencką polskie sądy ogłosiły w 2017 r., posiadają miejsce zamieszkania w Niemczech²⁴. Powyższy wniosek jest tym bardziej istotny w kontekście już obserwowanego nadmiernego obciążenia sądów upadłościowych sprawami upadłości konsumenckiej oraz koniecznością każdorazowego badania przez sąd kwestii jurysdykcji w postępowaniu o ogłoszenie upadłości. Przy projektowaniu nowej regulacji należy zatem również wziąć pod uwagę dodatkowy aspekt liberalizacji przepisów – zwiększone zainteresowanie wskazaną instytucją podmiotów nie tylko krajowych, lecz także zagranicznych.

²⁴ Dane Centralnego Ośrodka Informacji Gospodarczej. Pozyskano z: coig.com.pl (10.06.2018).

Reguły wykładni przepisów rangi unijnej, w połączeniu z celem rozporządzenia, jakim jest unikanie zjawiska *forum shopping*, wydają się przyznawać sądom krajowym odpowiednie narzędzia do przeciwdziałania skutkom nielegalnego bądź nieuczciwego przenoszenia COMI na teren Polski. Sytuacje transgraniczne wywołują jednak często wiele wątpliwości (również co do zastosowania w konkretnym przypadku zasady pierwszeństwa), a brak precyzyjnej definicji COMI powoduje niepewność co do stanu prawnego, mającego zastosowanie w sytuacjach transgranicznych. Przy dokonywaniu wykładni COMI należy również mieć na uwadze fundamentalne wartości, na których zbudowana jest Unia Europejska, tj. swobodny przepływ osób oraz pracowników, których przejawem jest uprawnienie do zmiany miejsca COMI na inną, unijną jurysdykcję. Restrykcyjna wykładnia COMI mogłaby zatem stać w sprzeczności z fundamentalnymi regułami wspólnego rynku.

Bibliografia

- Andres, D. (2014). § 286–334. W: D. Andres, R. Leithaus, M. Dahl, *Insolvenzordnung*. München: C.H. Beck.
- Armatowska, M. (2011). *Uznanie zagranicznych postępowań upadłościowych na podstawie Rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 w sprawie postępowania upadłościowego*. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.
- Chilarski, T. (2008). *Upadłość transgraniczna w prawie Unii Europejskiej*. Warszawa: C.H. Beck.
- Ehricke, U. (2014). § 295. W: H. Eidenmüller (Hrsgb.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung: InsO, Band 3*. München: C.H. Beck.
- Filipiak, P. (2013). *Podstawy wszczęcia wtórnego postępowania upadłościowego zgodnie z Rozporządzeniem Rady (WE) nr 1346/2000*. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.
- Hrycaj, A. (2011). *Jurysdykcja krajowa w sprawach o ogłoszenie upadłości objętych zakresem zastosowania rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 w sprawie postępowania upadłościowego*. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.
- Kozłowski, Ł. (2013). Skutki uznania transgranicznego postępowania upadłościowego z punktu widzenia ochrony praw wierzycieli. *Monitor Prawniczy*, 8, 407 et seq.
- Kuglarz, P. (2017). Wprowadzenie do problematyki upadłości konsumenckiej. W: R. Adamus, M. Geromin, B. Groele (red.), *Upadłość konsumencka*. Warszawa: C.H. Beck.
- McCormack, G., Keay, A. i Brown, S. (2017). *European Insolvency Law. Reform and Harmonization*. Cheltenham, UK.
- Pottow, J.A.E. (2017). The Myth (and Realities) of Forum Shopping in Transnational Insolvency. *32 Brook. J. International Law*.
- Rothschild, G.F. (1998). Forum Shopping. *Litigation*, 24(3).
- Szydło, M. (2009). *Jurysdykcja krajowa w transgranicznych sprawach upadłościowych w Unii Europejskiej*. Warszawa: C.H. Beck.
- Zimmerman, P. (2018). *Prawo Upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne*. Warszawa: C.H. Beck.