

TRANSFORMACJE PRAWA PRYWATNEGO
3–4/2007

ISSN 1641–1609

POSTANOWIENIE
SĄDU REJONOWEGO W KOSZALINIE,
SYGN. AKT: VII GU 54/05¹

1. Choć inwestycje w trzy spółki mogą być uznane za prowadzenie działalności gospodarczej w rozumieniu art. 43 ust. 2 TWE, jednak nie można uznać, że nabycie udziałów w spółkach wystarcza dla przyjęcia, że dłużnik ma w rozumieniu art. 2 lit. h rozporządzenia 1346/2000 „oddział” na terytorium państwa, w którym znajduje się siedziba tych spółek.

2. Rozporządzenie 1346/2000 weszło na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w życie dopiero 1 maja 2004 r. i nie może mieć zastosowania do przesłanek wszczęcia wtórnego postępowania upadłościowego w stosunku do upadłości wszczętych na terytorium innych państw członkowskich przed tą datą.

3. Zobowiązania ujawnione w zagranicznym postępowaniu upadłościowym muszą być uwzględnione jako istniejące. Istnienie zobowiązań cywilnoprawnych jest kwestią prawa materialnego i nawet mimo nieuznawania upadłości zagranicznej sąd musi zobowiązania te uwzględniać z mocy art. 26 i n. ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. — Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. Nr 46, poz. 290 ze zm.)².

Sąd Rejonowy w Koszalinie VII Wydział Gospodarczy do spraw Upadłościowych i Naprawczych.

Przewodniczący: SSR Dariusz Szymczak (spr.)
Sędziowie: SSR Maria Anna Majewska–Jurys
SSR Tomasz Szantyr

¹ Postanowienie zostało utrzymane w mocy postanowieniem SO w Koszalinie z dnia 16 stycznia 2006 r., Gz 4/06.

² Tezy pochodzą od redakcji.

Po rozpoznaniu 26 października 2005 r. w Koszalinie na rozprawie sprawy z wniosku P.F. sp. z o.o. w G. przeciwko N.Sch. o wszczęcie wtórnego postępowania upadłościowego postanawia oddalić wnioski.

UZASADNIENIE

Wnioskodawca — P.F. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., wniósł o wszczęcie wtórnego postępowania upadłościowego w stosunku do N.Sch., zamieszkałego w L., w Republice Federalnej Niemiec, jako podstawę wniosku powołując przepisy rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 w sprawie postępowania upadłościowego. Swoje żądanie wnioskodawca uzasadniał tym, że w dniu 29 listopada 2002 r. sąd w Neubrandenburgu ogłosił upadłość N.Sch. i na syndyka powołał adwokata A.R. N.Sch. miał prowadzić w Polsce rozległe interesy i posiada udziały w trzech spółkach — P.–F. sp. z o.o. w G. o wartości —. — zł, P.B.U. sp. z o.o. w K. o wartości — zł oraz F.O.P. sp. z o.o. w Sz. o wartości —. — zł. Miał też posiadać inny majątek w Polsce. Dotychczas syndyk A.R. nie dokonał likwidacji majątku N.Sch., który znajduje się w Polsce, albowiem ten zataił fakt posiadania praw majątkowych na terenie Polski. N.Sch. miał być dłużnikiem wnioskodawcy na kwotę —. — zł, co miała potwierdzać faktura oraz z tytułu przywłaszczenia ruchomości spółki na kwotę —. — zł, czego dowodem miało być prowadzone przez prokuraturę śledztwo. Ponadto N.Sch. miał być dłużnikiem P.B.U. sp. z o.o. z tytułu przywłaszczenia ruchomości na kwotę 19 870 zł. Obecność upadłego N.Sch. jako współnika uniemożliwia, zdaniem wnioskodawcy, funkcjonowanie spółek. W świetle powyższego wnioskodawca domagał się likwidacji majątku upadłego w postaci jego udziałów w spółkach „poprzez nabycie udziałów przez spółkę w drodze potrącenia”, co miał umożliwiać art. 6 rozporządzenia Rady.

N.Sch., działając przez swego pełnomocnika, wniósł o oddalenie wniosku, wskazując, że postępowanie likwidacyjne w stosunku do jego udziałów w spółkach zostało zakończone i uzyskał on ponownie prawo do zarządzania nimi i rozporządzania. Nie istnieją zatem żadne przyczyny, które uniemożliwiłyby funkcjonowanie spółek w Polsce, natomiast to prezes zarządu wnioskodawcy — A.P. pozbawia go możliwości udziału w zgromadzeniu współników, nie informując o czasie i miejscu zgromadzeń. Zaprzeczył też, by istniało jakiegokolwiek zadłużenie wobec wnioskodawcy.

Wnioskodawca w toku postępowania zarzucił z kolei, że działający za N.Sch. pełnomocnik–adwokat K.G. nie ma legitymacji do reprezentacji syndyka masy upadłości N.Sch. — A.R. zgodnie z art. 387 prawa upadłościowego i naprawczego. Pełnomocnictwa udzielił bowiem sam N.Sch.

Sąd ustalił i zważył, co następuje:

N.Sch. zamieszkały w L. jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność na terenie Republiki Federalnej Niemiec. Uczestnik na przestrzeni kilku lat zawarł umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w formie aktu notarialnego, obejmując udziały w P.F. sp. z o.o. w G., P.B.U. sp. z o.o. w K. oraz F.O.P. sp. z o.o. w Sz. W żadnej ze spółek nie był jedynym udziałowcem. Postanowieniem z dnia 29 listopada 2002 r. w sprawie IN 589/02 Amtsgericht w Neubrandenburgu, Republika Federalna Niemiec, otworzył postępowanie upadłościowe w stosunku do N.Sch. W treści postanowienia dłużnikowi zostało zabronione dysponowanie jego majątkiem, który posiadał w momencie otwarcia postępowania oraz który zdobył w trakcie jego trwania, a należał do masy upadłościowej. Syndyk z kolei został upoważniony do przejęcia własności. W spisie majątku, sporządzonym przez niemieckiego syndyka stosownie do § 153 Insolvenzordnung (niemieckiej ustawy o postępowaniu upadłościowym z 5 września 1994 r.), nie wymieniono udziałów w spółkach na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Syndyk ustanowiony przez sąd niemiecki nie podejmował żadnych czynności formalnych na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Pomimo obowiązku ustawowego wynikającego z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. — Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. Nr 121, poz. 770 ze zm.), ani spółka—wnioskodawca, ani P.B.U. sp. z o.o. w K., w których udziałowcem jest uczestnik, nie zostały przerejestrowane do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego i nadal są ujawnione wyłącznie w rejestrze handlowym. Wnioskodawca jako podstawę prawną swego wniosku powołuje rozporządzenie Rady (WE) nr 1346/2000 w sprawie postępowania upadłościowego, a więc wtórne prawo wspólnotowe.

Stosownie do art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 2 Traktatu podpisanego w dniu 16 kwietnia 2003 r. w Atenach między Królestwem Belgii, Królestwem Danii, Republiką Federalną Niemiec, Republiką Grecką, Królestwem Hiszpanii, Republiką Francuską, Irlandią, Republiką Włoską, Wielkim Księstwem Luksemburga, Królestwem Niderlandów, Republiką Austrii, Republiką Portugalską, Republiką Finlandii, Królestwem Szwecji, Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej (Państwami Członkowskimi Unii Europejskiej) a Republiką Czeską, Republiką Estońską, Republiką Cypryjską, Republiką Łotewską, Republiką Litewską, Republiką Węgierską, Republiką Malty, Rzeczpospolitą Polską, Republiką Słowenii, Republiką Słowacką dotyczący przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej do Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864), z dniem 1 maja 2004 r. Polska stała się członkiem Unii Europejskiej oraz stroną traktatów stanowiących podstawę Unii. Jak stanowi art. 249 ust. 2 w zw. z ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (dalej TWE), rozporządzenie uchwalone wspólnie

przez Parlament Europejski i Radę ma zasięg ogólny oraz wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich. Jednakże stosownie do art. 67 ust. 1 TWE na warunkach tam określonych w okresie przejściowym pięciu lat od chwili wejścia w życie Traktatu Amsterdamskiego kompetencje do wydawania rozporządzeń przysługiwały samej Radzie. Takim rozporządzeniem jest także rozporządzenie Rady nr 1346/2000, zatem również ono jest wiążące dla Państw Członkowskich i bezpośrednio stosowane. W krajowym porządku prawnym podstawę do stosowania rozporządzenia Rady daje art. 91 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483, sprost. Dz.U. z 2001 r. Nr 28, poz. 319). Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy konstytuującej organizację międzynarodową, prawo przez nią stanowione jest stosowane bezpośrednio, mając pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami.

Rozporządzenie Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego zostało pierwotnie opublikowane w ówczesnych językach Wspólnot w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich L 160 z 30.06.2000 r. str. 1 i weszło w życie z dniem 31 maja 2002 r. (art. 47). Miało ono zastosowanie do dotychczasowych państw członkowskich Unii Europejskiej, z wyjątkiem Danii — stosownie do art. 1 i 2 Protokołu w sprawie stanowiska Danii załączonego do Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Weszło zatem w życie przed wydaniem przez sąd niemiecki postanowienia o ogłoszeniu upadłości Norberta Schmidta. Po wejściu w życie rozporządzenia stosownie do art. 47 — w dniu 31 maja 2002 r., z dniem 1 maja 2004 r. do Unii Europejskiej przystąpiło kolejne 10 państw, w tym Rzeczpospolita Polska. Artykuł 2 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej oraz dostosowań w Traktatach stanowiących podstawę Unii Europejskiej z dnia 16 kwietnia 2003 r., stanowi, że od dnia przystąpienia nowe Państwa Członkowskie są związane postanowieniami Traktatów założycielskich i aktów przyjętych przez instytucje Wspólnot i Europejski Bank Centralny przed dniem przystąpienia; postanowienia te są stosowane w nowych Państwach Członkowskich zgodnie z warunkami określonymi w tych Traktatach i w niniejszym Akcie.

Stosownie do art. 20 Aktu wprowadzono dostosowania techniczne do aktów prawa wtórne. Załącznik II punkt 18 lit. A.1. zawiera uzupełnienia art. 44 rozporządzenia Rady nr 1346/2000 oraz załączników A, B i C wynikające z konieczności uwzględnienia nomenklatury postępowań i organów postępowań upadłościowych w 10 nowych państwach członkowskich.

Poza art. 2 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia nie ma żadnej regulacji, która mogłaby odnosić się i mieć zastosowanie do oceny wejścia w życie rozporzą-

dzenia Rady nr 1346/2000. Warto tu zaznaczyć, że struktura wszystkich traktatów akcesyjnych — z 1973, 1981, 1986, 1995, 2003 i 2005 (ostatni dotyczący akcesji Bułgarii i Rumunii, wejdzie w życie dopiero 1.01.2007 r. — Dz.Urz. UE L 156 z 21.06.2005 r.) jest tożsama. To samo dotyczy brzmienia art. 2 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia. Z art. 2 Aktu wynika zasada natychmiastowego i pełnego przejścia *acquis communautaire*. W świetle art. 2 Aktu, data akcesji stanowi jednak początek stosowania prawa wspólnotowego w nowych państwach członkowskich, jeżeli odmiennego rozwiązania nie przewidują szczególne przepisy traktatu akcesyjnego. Według poglądów doktryny prawa europejskiego, opartej na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, data akcesji jest datą właściwą (*material date*) dla rozstrzygnięć międzyczasowych (por. Saulius Lukas Kaleda, *Przejście prawa wspólnotowego przez nowe państwo członkowskie. Zagadnienia przejściowe oraz międzyczasowe*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2003, s. 91–92 i powołane tam orzecznictwo).

Rozporządzenie Rady nr 1346/2000 w sprawie postępowania upadłościowego, w polskiej wersji oficjalnej zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej — Wydanie Specjalne z 2004 r., rozdział 19, tom 1, s. 191–208. Argumentacja wnioskodawcy sprowadza się do tego, że należy je interpretować w taki sposób, że zachodzą przesłanki formalne do uwzględnienia wniosku i stosowania rozporządzenia. Zdaniem sądu, akt ten nasuwa jednak wiele wątpliwości interpretacyjnych. Sąd w niniejszej sprawie nie ma jednak kompetencji do zwrócenia się z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości. Odnośnie do wykładni wspólnotowego prawa wtórnego, co do zasady, sąd pierwszej instancji ma fakultatywne uprawnienie do zwrócenia się ze stosownym pytaniem, a sąd odwoławczy jest obowiązany do zwrócenia się z takim pytaniem na zasadach art. 234 ust. 2 i 3 TWE, niemniej jednak według stanowiska ETS wyrażonego w postanowieniu z 10 czerwca 2004 r. w sprawie Magali Warbecq przeciwko Ryanair Ltd. C–555/03, kompetencje te nie odnoszą się do rozporządzenia wydanego na podstawie art. 61 (c) TWE. Aczkolwiek orzeczenie ETS zostało wydane na tle pytania prejudycjalnego opartego na wykładni rozporządzenia Rady nr 44/2001 z 22 grudnia 2000 r. o jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. WE L 12 z 16.01.2001 r.), niemniej jednak w pełni znajduje zastosowanie do innych rozporządzeń regulujących kwestie procedur sądowych wydane w oparciu o delegację z art. 61 (c) TWE — w tym rozporządzenia nr 1346/2000. Według Trybunału z pytaniem dotyczącym wykładni przepisów rozporządzenia uchwalonego na podstawie tytułu IV TWE może wystąpić tylko sąd określony w art. 68 ust. 1 TWE.

Powyższa okoliczność zmusza sąd do poszukiwania wykładni rozporządzenia, sięgając do innych źródeł, mając na uwadze, że wykładnia przepisów prawa wspólnotowego winna być dokonywana w sposób autonomiczny, bez posługiwania się aparatem pojęciowym krajowym, chyba że wyraźnie odsyłają do takich pojęć normy

prawa wspólnotowego zawierającego definicje legalne lub normy kolizyjne. Wynika to z konieczności jednolitej wykładni norm prawa wspólnotowego we wszystkich państwach członkowskich, tak by zapewnić funkcjonowanie wewnętrznego rynku, charakteryzującego się zniesieniem przeszkód dla swobodnego przepływu towarów, osób, usług i kapitału (art. 3 ust. 1 lit. c TWE). Na konieczność takiej wykładni zwracał wielokrotnie uwagę ETS. Istotną pomocą w wykładni przepisów rozporządzenia Rady nr 1346/2000 może być fakt, iż rozporządzenie to zostało oparte na tekście Konwencji z 23 listopada 1995 r. w sprawie postępowania upadłościowego, która obligatoryjnie miała wiązać wszystkie państwa członkowskie (analogicznie do konwencji brukselskiej z 1968 r. — poprzedniczki rozporządzenia nr 44/2001). Z przyczyn pozamerytorycznych konwencja ta nie weszła w życie, dała jednak asumpt do wydania rozporządzenia w trybie art. 67 ust. 1 TWE. Treść rozporządzenia, poza pominiętym rozdziałem V dotyczącym wykładni przepisów konwencji przez ETS, wobec dosłownego brzmienia zapisów merytorycznych, pozwala korzystać z przygotowanego Raportu wyjaśniającego nt. Konwencji sporządzonego przez profesora Miguela Virgós i Etienne’a Schmit. Tekst tego raportu nigdy nie był opublikowany w Dzienniku Urzędowym WE, jednak funkcjonował jako dokument Rady z 8 lipca 1996 r. 6500/1/96. Na użyteczność raportu wskazał w swojej opinii z 27 września 2005 r. rzecznik generalny Jacobs w sprawie Eurofood IFSC Ltd C–342/04 zawisłej na skutek pytania prejudycjalnego (teza 2). Do treści raportu, stosując przepisy rozporządzenia nr 1346/2000, odwoływały się sądy państw członkowskich — np. irlandzki High Court w sprawie Eurofood IFSC Ltd. z 23.04.2004 r., angielski High Court of Justice w sprawie Clive Vlieland–Boddy z 26.11.2004 r. [2004] EWCH 2752 (Ch), węgierski sąd municypalny w Fejer/Székesfehérvár w sprawie Mliekotej Slovakia z 14.06.2004 r. (por. baza orzeczeń — European Insolvency Regulation database, www.eir-database.com).

Artykuł 3 ust. 2 rozporządzenia stanowi, że jeżeli dłużnik ma główny ośrodek swojej 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 znajdującego się na terytorium tego ostatniego Państwa Członkowskiego. Konieczne jest zatem rozważenie, czy dłużnik posiada na terytorium Polski swój oddział w rozumieniu rozporządzenia. Definicję oddziału zawiera art. 2 rozporządzenia: „oddział” oznacza stałe miejsce wykonywania działalności, w którym dłużnik wykonuje działalność gospodarczą niemającą charakteru tymczasowego, przy wykorzystaniu zasobów ludzkich i majątkowych.

Według raportu Virgós i Schmita kwalifikacja pojęcia „oddział” (ang. *establishment*) musi odbiegać od wykładni przyjętej przez ETS na tle art. 5(5) konwencji brukselskiej z 1968 r. Przy takiej wykładni zachodziło ryzyko możliwie restrykcyjnej interpretacji pojęcia, co było sprzeczne z zamierzeniami autorów. Stąd optowano za własną definicją legalną, zawartą w art. 2 h. „Nacisk na działalność gospodar-

czą, jaka miałyby być wykonywana przy użyciu zasobów ludzkich, pokazuje potrzebę co najmniej minimum stopnia organizacji. Czysto okazjonalne miejsce działalności nie może być zaklasyfikowane jako »oddział«. Wymagana jest pewna stabilizacja. Czynnikiem decydującym jest to, jak działalność jest postrzegana na zewnątrz, a nie jaki był zamysł dłużnika. *Ratio legis* tej zasady jest takie, iż podmioty zagraniczne działające na tym samym lokalnym rynku powinny podlegać tym samym regułom co podmioty krajowe. W ten sposób kontrahent nie może się obawiać, czy zawiera umowę z podmiotem krajowym czy zagranicznym. Wówczas koszty, jak i prawne ryzyko ewentualnej upadłości będą takie same niezależnie od tego, czy umowa została zawarta z podmiotem krajowym czy zagranicznym działającym na lokalnym rynku. Sama obecność aktywów rozumiana jako istnienie rachunku bankowego z pewnością nie umożliwi otwarcia postępowania terytorialnego. Możliwość otwarcia postępowania terytorialnego ma sens tylko wówczas, gdy dłużnik posiada wystarczające aktywa w granicach jurysdykcji. Czy aktywa te są związane z działalnością gospodarczą »oddziału«, jest bez znaczenia” (pkt 70–71). Aczkolwiek komentatorzy dają przykład aktywów na istniejącym rachunku bankowym jako okoliczność niewystarczającą do kwalifikacji jako „oddział”, wydaje się, że w analogiczny sposób należałoby podejść do posiadania praw majątkowych w postaci udziałów w spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością.

Gdy chodzi z kolei o „prowadzenie działalności gospodarczej” w rozumieniu art. 2 lit. h rozporządzenia Rady, to nie może być ono wykładane przez pryzmat polskiej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej ani definicji „przedsiębiorcy” z ustawy prawo upadłościowe i naprawcze. Prowadzenie działalności gospodarczej definiuje bowiem art. 43 ust. 2 TWE, z którego wynika, że obejmuje ono podjęcie i wykonywanie działalności gospodarczej na własny rachunek (samozatrudnienie), jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, zwłaszcza spółkami w rozumieniu drugiego akapitu art. 48.

Pomimo twierdzeń, jakoby dłużnik posiadał inny majątek na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, niewątpliwy jest jedynie fakt posiadania udziałów w trzech spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością prawa polskiego. Warto przy tym podkreślić, że uczestnik nie był i nie jest jedynym współnikiem w spółkach. Z wyjaśnień wnioskodawcy wynika także, że dłużnik nie wpływał na bieżąco na działalność spółek. Nie może być postrzegany „na zewnątrz” jako decydent, wykorzystujący zasoby spółki. Choć inwestycje w trzy spółki mogą być uznane za prowadzenie działalności gospodarczej w rozumieniu art. 43 ust. 2 TWE, jednak trudno uznać, by to dłużnik wykorzystywał zasoby ludzkie i majątkowe, o czym mówi art. 2 lit. h rozporządzenia. Czynią to raczej same spółki, o ile można je w ogóle uznać za działające, mimo że nie wypełniają podstawowych obowiązków ustawowych (np. rejestracji w KRS wymaganej w bieżącej działalności).

Kolejna przesłanka wynika z art. 27 rozporządzenia. W przypadku wszczęcia przez sąd Państwa Członkowskiego postępowania określonego w art. 3 ust. 1

i uznania go w innym Państwie Członkowskim (postępowanie główne), sąd tego innego Państwa Członkowskiego, właściwy zgodnie z art. 3 ust. 2, może wszcząć wtórne postępowanie upadłościowe, nie badając przy tym w tym innym Państwie Członkowskim niewypłacalności dłużnika. Postępowanie to musi być jednym z postępowań wymienionych w załączniku B. Jego skutki ograniczają się do majątku znajdującego się na terytorium tego innego Państwa Członkowskiego. Należy wrócić tu do rozważanego problemu wejścia w życie rozporządzenia w związku z regulacją art. 2 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia. Poza art. 47 przewidującym datę wejścia w życie rozporządzenia w stosunku do 14 państw członkowskich (przed akcesją z 2004 r.), rozporządzenie w art. 43 zd. 1 („Czasowy zakres stosowania”) wskazuje, iż „niniejsze rozporządzenie stosuje się do postępowań upadłościowych, które zostały wszczęte po jego wejściu w życie”. Problem sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy rozporządzenie może być stosowane do oceny przesłanek postępowania wtórnego wszczynanego po dniu wejścia w życie rozporządzenia, co dla sądu polskiego oznacza, iż weszło ono w życie 1 maja 2004 r., gdy postępowanie upadłościowe główne zostało wszczęte przed dniem akcesji. Wsteczne działanie prawa wspólnotowego w nowym państwie członkowskim, obejmujące okres sprzed przystąpienia do Unii, jest niedopuszczalne w braku wyraźnych ustaleń w traktacie akcesyjnym — zarówno z mocy prawa wspólnotowego, jak i ogólniej prawa traktatów międzynarodowych (por. Kaleda, s. 131).

Czy w art. 43 zd. 1 rozporządzenia chodzi o postępowanie upadłościowe w rozumieniu art. 3 ust. 1 (główne postępowanie upadłościowe) czy też należy stosować taką interpretację, w której w rozumieniu art. 43 zd. 1 wszczęciem postępowania będzie także samo „wszczęcie wtórnego postępowania upadłościowego”? W niniejszej sprawie ma to doniosłe znaczenie, bowiem upadłość wobec przedsiębiorcy niemieckiego sąd niemiecki ogłosił po wejściu w życie rozporządzenia na terytorium Niemiec, ale przed dniem akcesji Polski do UE. W postępowaniu incydentalnym na skutek wniesionych zażaleń Sąd Okręgowy w Koszalinie, sygn. akt Gz 116/05, zaznaczył, że nie jest przesądzone istnienie przesłanek dopuszczających ogłoszenie (wszczęcie) wtórnego postępowania upadłościowego.

Podobny problem, jak interpretacja art. 43 zd. 1 rozporządzenia w niniejszej sprawie, był także rozważany na tle przepisów międzyczasowych rozporządzenia Rady nr 1347/2000. „Wykładnia, która ograniczałaby się do przyjęcia, że dniem decydującym jest dzień wejścia w życie rozporządzenia wobec dotychczasowego państwa członkowskiego, w którym orzeczenie było wydane, oznaczałoby, że rozporządzenie jest podstawą stwierdzenia przez sądy polskie wykonalności orzeczeń dotychczasowych państwa członkowskich wydanych przed 1.05.2004 r., podczas gdy rozporządzenie mogłoby być podstawą wykonalności orzeczeń sądów polskich tylko, jeśli zostały wydane po 1.5.2004 r. Wykładnia taka oznaczałaby nierówność i nie mogłaby być zaaprobowana” (por. J. Ciszewski, *Europejskie prawo małżeńskie i dotyczące odpowiedzialności rodzicielskiej. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 151–

152). Rozwiązanie to znajduje poparcie w raporcie Virgosa i Schmita. Można tu dosłownie przytoczyć jego treść, zastępując odniesienia do konwencji odniesieniami do rozporządzenia: „[Rozporządzenie] ma zastosowanie tylko do postępowań upadłościowych otwartych po jego wejściu w życie. Te zasady zostały ukształtowane ze względu na obawę, aby nie zmieniać istniejących sytuacji i stosunków, które są rządzone przez specyficzne reguły prawne w czasie wprowadzania nowych zasad [rozporządzenia] do systemów prawnych państw członkowskich. [Rozporządzenie] stosuje się do postępowań upadłościowych otwartych po wejściu w życie [rozporządzenia] i nie stosuje się go do postępowań otwartych wcześniej. Jeżeli postępowanie jest otwarte w oparciu o główny ośrodek działalności dłużnika po wejściu w życie [rozporządzenia], można by uważać, w świetle zasady supremacji głównego postępowania w działaniu [rozporządzenia], że mogłoby być stosowane, nawet jeśli postępowania były uprzednio otwarte z dala od głównego ośrodka działalności. To rozwiązanie nie zostało przyjęte, ponieważ mogłoby zakłócić bieg postępowań otwartych zgodnie z prawem stosowanym w czasie otwarcia. Postępowania restrukturyzacyjne [układowe] otwarte w państwie, gdzie dłużnik nie ma głównego ośrodka działalności, musiałyby być przekształcone [w postępowanie likwidacyjne]. Zasady prawa kolizyjnego, gdzie stosowne, musiałyby być zmodyfikowane w toku postępowania, aby możliwe było zastosowanie [rozporządzenia]. Postępowanie o charakterze uniwersalnym, otwarte zgodnie z kryteriami jurysdykcji międzynarodowej przewidziane w stosowanym prawie krajowym byłyby, gdzie właściwe, przeklasyfikowane na postępowanie terytorialne, jeśli w znaczeniu [rozporządzenia] ośrodek głównej działalności nie był usytuowany w państwie otwarcia wcześniejszego postępowania. Jeśli wcześniejsze postępowanie było otwarte w państwie uznawanym przez [rozporządzenie] jako państwo, gdzie główny ośrodek działalności dłużnika jest umiejscowiony, to postępowanie nie będzie podpadać pod [rozporządzenie]. Przed wejściem w życie [rozporządzenia] te postępowania mogą wywoływać skutki poza państwem otwarcia wedle reguł stosowanych przez różne prawa krajowe. W wypadku wcześniejszego otwarcia postępowania w państwie głównego ośrodka działalności, postępowanie otwarte po wejściu w życie w państwie, w którym dłużnik ma oddział, nie podlega [rozporządzeniu].

Zasada art. 47 ma charakter absolutny: jeśli postępowania upadłościowe są otwarte w stosunku do danego dłużnika przed wejściem w życie [rozporządzenia] w państwie członkowskim, jakiegokolwiek postępowania otwarte po wejściu w życie nie podlegają [rozporządzeniu] niezależnie, czy takie późniejsze postępowanie jest głównym czy wtórnym w rozumieniu [rozporządzenia]” (pkt 303–304).

Powyższe wskazuje, iż skoro rozporządzenie nr 1346/2000 weszło w życie dopiero 1 maja 2004 r., nie może mieć zastosowania do przesłanek wszczęcia wtórnego postępowania upadłościowego w niniejszej sprawie. Konsekwencją wejścia w życie rozporządzenia dopiero z dniem 1 maja 2004 r. jest fakt, iż nie nastąpił skutek określony w art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 1 rozporządzenia polegający na uzna-

niu głównego postępowania upadłościowych we wszystkich państwach członkowskich bez potrzeby dopełniania jakichkolwiek formalności (w stosunku do majątku i w stosunku do organów publicznych na terytorium Polski). Skutek taki miał miejsce tylko do 14 krajów UE sprzed akcesji z 2004 r.

Zaletą rozporządzenia nr 1346/2000 jest uznanie automatyczne bez potrzeby wszczynania postępowania w przedmiocie uznania orzeczenia o ogłoszeniu upadłości czy uznania postępowania — tzw. *exequatur* (por. W. Klyta, *Europejskie międzynarodowe prawo upadłościowe*, Rejent 2004, nr 3–4, s. 177; D. Czajka, *Prawo upadłościowe*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 2004, s. 308–310; także raport Virgósa i Schmita — teza 19c). Uznanie automatyczne połączone jest z wykonalnością, a więc idzie dalej niż uznanie z art. 33 ust. 1 rozporządzenia nr 44/2001 (a także art. 26 ust. 1 konwencji brukselskiej z 1968 r. i konwencji lugańskiej z 1988 r.). Skoro ze względów intertemporalnych nie nastąpił jednak skutek uznania niemieckiego postępowania upadłościowego, przewidziany w art. 16 ust. 1 rozporządzenia, nie zachodzi tym bardziej formalna przesłanka z art. 27. Aczkolwiek postępowanie wszczęte przed sądem niemieckim („Insolvenzverfahren”) jest jednym z postępowań wymienionych w załączniku A rozporządzenia — por. rozporządzenie Rady (WE) nr 603/2005 z dnia 12 kwietnia 2005 r. zmieniające wykazy postępowań upadłościowych i likwidacyjnych oraz zarządców zamieszczone w załącznikach A, B i C rozporządzenia (WE) nr 1346/2000 w sprawie postępowania upadłościowego (Dz.Urz. UE L 100 z 20.04.2005 r., s. 1), niemniej nie zostało ono uznane *ex lege*. Z wnioskiem o uznanie według prawa krajowego polskiego nie wystąpił także zarządca niemiecki.

Rozmiar działalności na terenie Niemiec i Polski nie daje żadnych wątpliwości, że główny ośrodek działalności N.Sch. znajduje się na terytorium Niemiec. Tamtejszy sąd byłby właściwy do ogłoszenia upadłości w rozumieniu art. 3 ust. 1 rozporządzenia i faktycznie orzeczenie takie zapadło. Tymczasem art. 27 zd. 1 rozporządzenia mówi, iż „w przypadku wszczęcia przez sąd Państwa Członkowskiego postępowania określonego w art. 3 ust. 1 i uznania go w innym Państwie Członkowskim (postępowanie główne), sąd tego innego Państwa Członkowskiego, właściwy zgodnie z art. 3 ust. 2, może wszcząć wtórne postępowanie upadłościowe, nie badając przy tym w tym innym Państwie Członkowskim niewypłacalności dłużnika”. Upadłość ogłoszona przez sąd niemiecki nie odnosi żadnego skutku na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W efekcie niemożliwe jest spełnienie przesłanki z art. 27, mając też na uwadze, iż kwestią wątpliwą jest również zakwalifikowanie działalności inwestycyjnej dłużnika jako „oddziały” w rozumieniu art. 2h. Fakt braku uznania powoduje, że bezprzedmiotowe są także zarzuty dotyczące braku umocowania pełnomocnika do reprezentowania zagranicznego zarządcy. Postępowanie toczy się z udziałem dłużnika, wobec którego miałyby być wszczęte postępowanie upadłościowe wtórne, a pełnomocnik legitymował się umocowaniem od tego dłużnika.

O ile nie jest możliwe z przyczyn formalnych zajęcie skutku uznania postępowania upadłościowego *ex lege*, w dalszym ciągu dopuszczalne jest zastosowanie tych samych zasad, które odnoszą się do uznania postępowań upadłościowych spozna Unii Europejskiej oraz względem postępowań otwartych w Królestwie Danii. Niezbędne jest wówczas zastosowanie reguł konwencyjnych lub krajowych. Według prawa polskiego w myśl art. 385 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. — Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. Nr 60, poz. 535 ze zm.) wymagane jest postępowanie w przedmiocie uznania zagranicznego postępowania upadłościowego.

Pomiędzy uznaniem na podstawie rozporządzenia Rady a uznaniem na podstawie prawa upadłościowego i naprawczego zachodzą poważne różnice:

- uznanie *ex lege* (rozp.) i uznanie z mocy orzeczenia sądu (p.u.n.),
- uznanie upadłości przedsiębiorców i konsumenckiej (por. motyw 9 preambuły rozp.) i uznanie tylko upadłości przedsiębiorców (art. 4 i art. 5 ust. 1 p.u.n.),
- objęcie zaspokojeniem także wierzytelności podatkowych i instytucji ubezpieczeń społecznych z państw członkowskich (motyw 21 zd. 2 preambuły, art. 39 rozp.) i wyłączenie zagranicznych należności publicznoprawnych (art. 380 ust. 3 p.u.n.).

Z mocy art. 386 ust. 1 p.u.n. z wnioskiem o uznanie zagranicznego postępowania upadłościowego może wystąpić tylko zarządca zagraniczny. Dotychczas wniosek taki nie został złożony. Skuteczność postępowania upadłościowego otwartego przez sąd niemiecki faktycznie ogranicza się do terytorium Niemiec i nie ma żadnych reperkusji do majątku dłużnika na terytorium Polski. Sąd niemiecki ani syndyk niemiecki nie podejmowali żadnych czynności skutecznych względem majątku w Polsce i takich czynności nie mogli podejmować — do czasu ewentualnego wniosku o uznanie postępowania. Zatem wnioskodawca bezpodstawnie czynił zarzuty i występował ze skargami na zaniechania w tym zakresie. Działania organów niemieckich nie mogły naruszać kompetencji organów polskich bez stosownej podstawy w prawie międzynarodowym. Krytycznie należy w związku z tym odnieść się do stanowiska dłużnika, który powołuje się na fakt „zakończenia postępowania” wobec udziałów, co do których syndyk niemiecki przekazał „dysponowanie” zonie dłużnika. Sama konstrukcja tej czynności jest niezrozumiała. Niemniej jednak dla skutecznego przeniesienia udziałów niezbędne jest zachowanie regulacji polskich — kodeksu spółek handlowych, co nie miało miejsca. W dalszym ciągu należy zatem traktować dłużnika jako udziałowca spółek.

Wobec braku przesłanek z rozporządzenia Rady nr 1346/2000, wniosek o wszczęcie wtórnego postępowania upadłościowego może być rozpatrywany wyłącznie o przepisy prawa krajowego — ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze. Choć polska ustawa w części dotyczącej międzynarodowego postępowania upadłościowego jest wzorowana na modelowym prawie UNCITRAL, niemniej jednak brak przesłanek, by w tym wypadku sięgać do definicji i wykładni innych niż wynikające z prawa krajowego.

Pomimo oparcia wniosku na precyzyjnie wskazanych przepisach prawa wspólnotowego, sąd nie jest związany kwalifikacją prawną wniosku i orzeka w oparciu o stwierdzone okoliczności faktyczne i przesłanki ustawowe w ramach zgłoszonego żądania. Stosownie do art. 382 ust. 2 p.u.n., sądom polskim przysługuje jurysdykcja, jeżeli dłużnik prowadzi w Rzeczypospolitej Polskiej działalność gospodarczą albo ma miejsce zamieszkania lub siedzibę albo majątek. Fakt, że N.Sch. posiada na terytorium Rzeczypospolitej prawa majątkowe — udziały w trzech spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością, uzasadnia jurysdykcję krajową. Udziały w spółkach oczywiście nie mogą być w rozumieniu prawa polskiego uznane za przedsiębiorstwo (art. 55¹ k.c.). Wedle art. 19 ust. 3 p.u.n., jeżeli dłużnik nie ma w Rzeczypospolitej przedsiębiorstwa, właściwy jest sąd miejsca zamieszkania albo siedziby dłużnika, a gdy dłużnik nie ma w Rzeczypospolitej Polskiej miejsca zamieszkania albo siedziby, właściwy jest sąd, w którego obszarze znajduje się majątek dłużnika. Spółki, w których posiada udziały uczestnik, znajdują się w okręgu Sądu Rejonowego w Szczecinie oraz Sądu Rejonowego w Koszalinie, zatem tutejszemu sądowi, zgodnie z wyborem wnioskodawcy, przysługuje właściwość miejscowa w sprawie (art. 43 § 1 k.p.c. w zw. z art. 35 i art. 4 p.u.n.).

Ustawa przewiduje, że poza terytorium Polski może być wszczęte główne i uboczne postępowanie upadłościowe (por. art. 379 pkt 2 i pkt 3 p.u.n.). Stosownie do art. 405 ust. 1 p.u.n., uznanie zagranicznego postępowania upadłościowego nie stanowi przeszkody do wszczęcia przez sąd polski postępowania upadłościowego. Jeżeli jednak uznane zostało główne zagraniczne postępowanie upadłościowe, w Rzeczypospolitej Polskiej może być prowadzone wyłącznie postępowanie dotyczące majątku położonego w Rzeczypospolitej Polskiej (wtórne postępowanie upadłościowe). Jednakże z mocy art. 405 ust. 3 p.u.n., jeżeli uznane zostało uboczne zagraniczne postępowanie upadłościowe, postępowanie upadłościowe w Rzeczypospolitej Polskiej toczy się na zasadach ogólnych. Przepisy o wtórnym postępowaniu upadłościowym stosuje się również do postępowań upadłościowych wszczętych przed uznaniem zagranicznego postępowania upadłościowego, jeżeli sąd polski uzna zagraniczne postępowanie upadłościowe za główne (art. 406 ust. 1 p.u.n.). W przypadku, o którym mowa w ust. 1 art. 406, sąd zmienia wydane wcześniej postanowienie o ogłoszeniu upadłości na postanowienie o wszczęciu wtórnego postępowania upadłościowego (art. 406 ust. 2 p.u.n.). *A contrario*, dopóki nie doszło do uznania zagranicznego głównego postępowania upadłościowego, nie wszczynają się postępowania upadłościowego wtórnego, jak również nie zmienia się postanowienia o ogłoszeniu upadłości orzeczonego przez sąd polski na postanowienie o wszczęciu postępowania wtórnego.

Ustawa nie określa waloru zagranicznego orzeczenia upadłościowego, które nie zostało uznane w Polsce. Do czasu uznania przez sąd polski, przedsiębiorca będzie mógł zostać uznany za jedynie „lokalnie upadłego” (por. T. Kalwat, *Upadłość międzynarodowa (wybrane zagadnienia)*, Rejent 2003, nr 3, s. 64–65). Z powyższe-

go wynika, że o ile nie mamy do czynienia z uznaniem głównego zagranicznego orzeczenia upadłościowego, sąd polski winien „ogłosić upadłość”, a nie „wszcząć wtórne postępowanie upadłościowe”. Jeżeli zatem nie uznano postępowania głównego lub uznano postępowanie upadłościowe uboczne, sąd prowadzi postępowanie na zasadach ogólnych (por. F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Kraków 2003, s. 1020).

Przepisy ustawy stosuje się do dłużników będących przedsiębiorcami, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej (art. 5 ust. 1 p.u.n.). „Przedsiębiorcą” w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową (art. 5 ust. 2 p.u.n.). N.Sch. jest osobą fizyczną, a jednocześnie przedsiębiorcą, prowadzącym działalność gospodarczą na terytorium Niemiec. Poprzez odniesienie się tylko do kryterium posiadania majątku na terytorium Polski, ustawa dopuszcza możliwość ogłoszenia upadłości wobec zagranicznych przedsiębiorców bez konieczności prowadzenia w Polsce przedsiębiorstwa, o ile zachodzą pozostałe przesłanki ustawowe.

Pewna wątpliwość wynika z tego, czy wobec zgłoszenia wniosku o wszczęcie wtórnego postępowania upadłościowego, bez wykraczania poza zgłoszony wniosek i pomimo oczekiwania osoby inicjującej postępowanie, sąd może pozytywnie orzec o ogłoszeniu upadłości, ograniczonej do terytorium Polski, czyli wszcząć postępowanie upadłościowe. „Wszczęcie” postępowania upadłościowego, „otwarcie” postępowania upadłościowego czy „ogłoszenie” upadłości to rozróżnienie niepociągające za sobą odmiennych skutków prawnych. Z kolei określenie postępowania upadłościowego jako „uboczne”, „wtórne” czy „terytorialne” to odniesienie do skuteczności w granicach określonej jurysdykcji lub definiujące relacje z innymi postępowaniami upadłościowymi zagranicznymi. Pozwala to, zdaniem sądu, rozpoznać wniosek pod kątem ogłoszenia upadłości „zwykłej” w oparciu o przepisy ustawy — Prawo upadłościowe i naprawcze. Upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny (art. 10 p.u.n.). Dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań (art. 11 ust. 1 p.u.n.).

Wniosek o ogłoszenie upadłości może zgłosić dłużnik lub każdy z jego wierzycieli (art. 20 ust. 1 p.u.n.). Bezsporne jest, iż dłużnik nie realizuje wymagalnych zobowiązań na terenie Niemiec, co potwierdza zestawienie na potrzeby niemieckiego postępowania upadłościowego. Należy przy tym zastrzec, że sąd polski pomija w tych ustaleniach zadłużenie wobec Finanzamt P., burmistrza Miasta P. i Finanzamt K.–W. — odpowiednio do art. 380 ust. 3 p.u.n. Skoro podmioty te nie są uprawnione do zaspokojenia z masy upadłości, nie mają statusu wierzyciela w rozumieniu art. 189 p.u.n. Wydaje się, że nie dają ku temu podstawy, nawet przez pryzmat art. 91 ust. 1 Konstytucji RP, odpowiednie postanowienia umowy między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec w sprawie unikania podwójnego opodatkowania w zakresie podatków od dochodu i od majątku z 14 maja 2003 r. (Dz.U.

z 2005 r. Nr 12, poz. 90). Choć umowa ta przewiduje pomoc w egzekucji podatków, jednak choćby ze względów intertemporalnych nie może być stosowana. Ponadto sąd nie ma podstaw, by przyjąć istnienie ustawowego domniemania niewypłacalności (art. 408 p.u.n.), wobec braku przesłanek ustawowych do zastosowania tego przepisu. Warto przy tym zauważyć, iż zobowiązania ujawnione w postępowaniu upadłościowym prowadzonym na terytorium Niemiec muszą być uwzględnione jako istniejące. Istnienie zobowiązań cywilnoprawnych jest kwestią prawa materialnego i nawet mimo nieuznawania upadłości zagranicznej sąd musi zobowiązania te uwzględniać z mocy art. 26 i n. ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. — Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. Nr 46, poz. 290 ze zm.). Tak samo musi być uwzględniony fakt wygaśnięcia zobowiązań zagranicznych. Z kopii dokumentów sporządzanych przez dłużnika na potrzeby postępowania upadłościowego kierowanych do sądu niemieckiego wynika, że dłużnik złożył także wniosek o zwolnienie z pozostałych niezaspokojonych długów. W przypadku zwolnienia dłużnika z długów stosownie do § 289 Insolvenzordnung, pomimo rozpoznania tego wniosku w toku procedury upadłościowej, nastąpi skutek materialnoprawny. Dotychczas rozstrzygnięcie takie nie zapadło i wobec nieskuteczności uznania postępowania upadłościowego niemieckiego, umorzenie długów nie odniosłoby skutku względem zobowiązań „polskich”, o ile nie były zgłoszone w postępowaniu niemieckim.

Podstawowe pytanie dotyczy zatem tego, czy N.Sch. jest dłużnikiem spółki — P.–F. z o.o. w G. lub czy istnienie takiego długu zostało uprawdopodobnione. Negacja przez dłużnika istnienia zadłużenia wobec wnioskodawcy nie wyłącza możliwości ogłoszenia upadłości. W dotychczasowym orzecznictwie Sądu Okręgowego w Koszalinie za wystarczającą podstawę ogłoszenia upadłości na wniosek wierzyciela przyjmowano uprawdopodobnienie istnienia wierzytelności (por. art. 22 ust. 1 pkt 3 p.u.n.). Ustawa w art. 24 p.u.n. wyraźnie pozwala na poprzestanie jedynie na uprawdopodobnieniu przez wierzyciela żądającego ogłoszenia upadłości przysługującej mu wobec dłużnika wierzytelności. Regulacja taka jest uzasadniona faktem, że wykazanie prawdopodobieństwa istnienia wierzytelności ma znaczenie jedynie dla stwierdzenia czynnej legitymacji procesowej wnioskującego. Postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości nie jest natomiast stadium postępowania, w którym następuje merytoryczne rozstrzygnięcie, czy wierzytelność, którą legitymuje się wnioskodawca, jest zasadna i w jakiej wysokości. Merytoryczna jej ocena może nastąpić bowiem dopiero w trybie ustalenia listy wierzytelności (por. postanowienia z 7 lutego 2005 r., sygn. akt Gz 19/05 i z 12 maja 2005 r., sygn. akt Gz 71/05). Należy mimo to przyznać, że w niniejszej sprawie należy podchodzić do tego, czy wierzytelność została uprawdopodobniona, z dużą ostrożnością. Sam uczestnik zaprzecza istnieniu zadłużenia, a postępowanie karne prowadzone jest w oparciu o zarzut działania na szkodę współnika, a nie na szkodę spółki. Sam reprezentant wnioskodawcy i jednocześnie współnik spółki zdaje się nie rozróżniać tego faktu, choć na rozprawie wyjaśnił, że poszkodowanym jest spółka.

Wszczęcie postępowania upadłościowego (poza wyjątkiem z art. 407 ust. 2 p.u.n.) stosownie do art. 3 i art. 20 ust. 1 i ust. 2 p.u.n. następuje wyłącznie na wniosek uprawnionej osoby. Jakiegokolwiek roszczenia osobiste A.P. nie uprawniają do złożenia wniosku i traktowania wierzytelności jako własnej przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Wskazywać by to wówczas mogło, że spółka nie ma legitymacji czynnej do popierania wniosku.

Fakt prowadzenia egzekucji przez innego wierzyciela — S. sp. z o.o. wskazuje na istnienie innych niezaspokojonych wierzytelności podlegających prawu polskiemu. Wobec braku skutecznego uznania upadłości orzeczonej przez sąd zagraniczny, uczestnik może swobodnie dysponować swymi udziałami. Wniosek o ogłoszenie upadłości nie może być uzasadniany trudnościami organizacyjnymi — wewnątrz korporacyjnymi. Spory pomiędzy współnikami winno być rozstrzygane w oparciu o kodeks spółek handlowych, kodeks cywilny, prawo upadłościowe i naprawcze, czy kodeks postępowania cywilnego. To te ustawy regulują przesłanki sądowego dochodzenia roszczeń, wyłączenia współnika, zarządzenia likwidacji czy złożenia wniosku o upadłość co do nieefektywnej spółki. Nie może ku temu zmierzać wniosek o ogłoszenie upadłości współnika.

Zupełnie bezpodstawny jest pogląd, by likwidacja majątku uczestnika miała być realizowana przez prawo potrącenia. Powoływany art. 6 rozporządzenia Rady odsyła do regulacji krajowych związanych z zobowiązaniem, tak by prowadzenie postępowania upadłościowego w innym państwie członkowskim i w oparciu o inną procedurę upadłościową nie pozbawiło wierzyciela takiego prawa. Skoro zobowiązanie miałoby mieć swe źródło w działaniach na terytorium Polski, uprawnienie do potrącenia musiałyby funkcjonować w ustawodawstwie polskim. Kodeks cywilny nie przewiduje, by potrącenie wierzytelności pieniężnej miało nastąpić w inny sposób, niż to wynika z art. 498 § 1 k.c. i n. Nie istnieje „likwidacja” udziałów przez potrącenie.

Oceniając dopuszczalność ogłoszenia upadłości konieczna jest weryfikacja celowości takiego orzeczenia pod kątem istnienia środków na koszty postępowania. Aby potwierdzić zasadność wniosku, sąd musi również stwierdzić, czy majątek dłużnika wystarczy na zaspokojenie kosztów postępowania (art. 13 ust. 1 p.u.n.). Ewentualne ogłoszenie upadłości pociąga za sobą koszty — obwieszczenie o ogłoszeniu upadłości (publikacja w Monitorze Sądowym i Gospodarczym oraz dzienniku lokalnym), zawiadomienia wierzycieli i instytucji, w tym zagranicznych, obwieszczenia o sporządzeniu listy wierzytelności, jak również koszty obwieszczenia o umorzeniu postępowania upadłościowego lub gdy będą odpowiednie środki — koszty obwieszczenia o sporządzeniu planu podziału, a następnie obwieszczenia o stwierdzeniu zakończenia postępowania upadłościowego. Konieczność dokonania obwieszczeń w Monitorze Sądowym i Gospodarczym oraz dzienniku lokalnym wynika z art. 53 ust. 1, art. 221 ust. 1, art. 255 ust. 1, art. 349, art. 362, art. 368 ust. 3 p.u.n. Dodatkowo, aby było możliwe zbycie udziałów w spółkach i by miały być

one atrakcyjne dla kontrahentów, spółki te winny być przerejestrowane do Krajowego Rejestru Sądowego. W interesie syndyka leżałoby, by wydatek ten został pokryty (choć mogą zachodzić wątpliwości co do legitymacji do złożenia stosownego wniosku w sądzie rejestrowym). Nie można zapomnieć o wynagrodzeniu syndyka oraz składkach na jego ubezpieczenie społeczne (art. 230 ust. 2 pkt 1 i pkt 3 p.u.n.).

Wątpliwe jest, by środki ze zbycia udziałów w trzech spółkach, o ile znajdują się na nie nabywcy, pokryła wszystkie niezbędne koszty. Pamiętać należy, że terytorialne postępowanie upadłościowe nie może obejmować majątku spoza Polski. Nawet uiszczenie zaliczki przez wierzycieli nie może prowadzić *a priori* do takiej sytuacji, iż nawet zaliczka nie będzie zwrócona. Postępowanie upadłościowe w obecnym stanie prawnym nie ma takiego założenia, by miało ono zmierzać wyłącznie do wykonania czynności likwidacyjnych za samego dłużnika i eliminacji z rynku nieefektywnego podmiotu bez przynajmniej częściowego zaspokojenia zobowiązań. Celem postępowania upadłościowego jest wspólne dochodzenie roszczeń od upadłego dłużnika (art. 1 ust. 1 i art. 2 p.u.n.). Upadłość z założenia nieprowadząca do zaspokojenia ani jednego wierzyciela dla samej upadłości nie jest racjonalna.

Uzasadnia to oddalenie wniosku na podstawie art. 13 ust. 1 p.u.n.