

**ADVOKÁTNÍ KANCELÁŘ
MGR. JAROSLAV RYCHTÁŘ**

Mgr. Jaroslav Rychtář, advokát
ev. č. 4287 ČAK
IČ : 41182154
DIČ : CZ7006171502

<http://akrychtar.webpark.cz>

advokátní kancelář
Sudoměřská 1038/39, 130 00 PRAHA 3
tel.: 222 718 574
fax: 222 718 574

Krajský soud v Ostravě
Havlíčkově nábř.. 34
728 81 Ostrava

č.j.KSOS 37INS 10134/2016-B125

Vrchnímu soudu v Olomouci

V Praze dne 21.03.2017

Navrhovatel: **ZK-TERMOCHEM s.r.o.**, IČ:26731177,
se sídlem Praha – Libeň, Podvinný mlýn 1418/2, PSČ 190 00,
zapsaný v obchodním rejstříku MS v Praze sp. zn. C/90165
/věřitel č. 376 v insolvenčním řízení/

Práv. zast.: Mgr. Jaroslavem Rychtářem, advokátem, ev. č. 4287 ČAK
AK se sídlem 130 00 Praha 3, Sudoměřská 1038/39
e-mail: jrychtar@iol.cz, DS: 6sagf7z

Dlužník: **Vítkovice Power Engineering a.s.**, IČ:26823357
se sídlem Ruská 1142/30, 703 00 Ostrava – Vítkovice
zaps. v obchodním rejstříku KS v Ostravě, oddíl B, vložka 2751
(dále jako „dlužník“ nebo „úpadce“)

IS dlužníka: **Mgr. Bc. David Vandrovec**, IČ:69908664
se sídlem Mladé Buky 250, 542 23 Mladé Buky
insolvenční správce dlužníka
Vítkovice Power Engineering a.s., IČ:26823357

Odvolání navrhovatele proti usnesení Krajského soudu v Ostravě ze
dne 10. března 2017 pod č.j. KSOS 37INS 10134/2016-B125

datovou schránkou

I. Navrhovatel tímto provádí, v rámci otevřené odvolací lhůty, když usnesení soudu prvního stupně ze dne 10. března 2017 pod č.j. KSOS 37INS 10134/2016-B125, převzal, prostřednictvím svého právního zástupce, dne 13. března 2017, následující svoje **odvolání proti usnesení soudu prvního stupně**, uvedenému v rubrice tohoto podání navrhovatele, a to z odvolacích důvodů uvedených v § 205 odst. 2 písm. b), d), g) o.s.ř..

II. Nesprávnost usnesení soudu prvního stupně (v napadeném rozsahu) spatřuje tedy navrhovatel ve skutečnosti, že :

- soud prvního stupně nepřihlédl k navrhovatelem jako odvolatelem tvrzeným skutečnostem a jím označovaným důkazům, ačkoli k tomu nebyly předpoklady podle § 118b nebo 118c o.s.ř.,
- soud prvního stupně neúplně zjistil skutkový stav věci, neboť neprovedl navržené důkazy potřebné k prokázání rozhodných skutečností,
- rozhodnutí soudu prvního stupně spočívá na nesprávném právním posouzení věci.

Navrhovatel podává svoje odvolání po té, co se seznámil a argumentací soudu prvního stupně, s tím, že si dovoluje zdvořile v rámci odvolacích tvrzení odvolacímu soudu uvést, že **soud prvního stupně zásadně nesprávně posoudil důvody zvláštního zřetele hodné pro vydání předběžného opatření ve vazbě na právní normu vyjádřenou v § 324 odst. 3 InsZ ve spojení s § 82 odst. 3 písm. b) InsZ**, stejně tak **nesprávně posoudil a vyhodnotil legitimní očekávání navrhovatele a učinil nesprávné závěry k jeho dobré víře**, s tím, že zásadní vadou napadeného usnesení soudu prvního stupně je jeho **nepřezkoumatelnost z důvodů neuvedení důkazů**, ze kterých soud prvního stupně vyvodil svoje skutková zjištění a jakými úvahami se při hodnocení provedených důkazů řídil (**ve smyslu § 167 odst. 2 ve spojení s § 157 odst. 2 o.s.ř.**), kdy navrhovatel neví a z odůvodnění napadeného usnesení nevyplývá jaké jeho navrhované důkazy soud prvního stupně hodnotil a jakým způsobem a jaké právní závěry z nich vyvodil.

Přitom navrhovatel, ve věci vydání požadovaného předběžného opatření, označil navrhované důkazy soudu prvního stupně a ve smyslu usnesení NS ČR sp. zn. **21 Cdo 370/2002** současně platí, že vylíčení rozhodných (rozhodujících) skutečností v soudním řízení může mít zprostředkovaně původ i v odkazu na listinu (listiny), které navrhovatel jako důkazní materiál připojil v soudním řízení a na které odkázal v textu žalobního návrhu.

III. Z hlediska právního posouzení věci navrhovatel uvádí, že je potřeba řešit úpravu § 324 odst. 3 InsZ nejen ve vazbě na ust. § 82 odst. 3 písm. b) InsZ, ale také s přihlédnutím k úpravě § 5 InsZ, kdy právní závěry soudu prvního stupně vyvolávají důvodné pochybnosti navrhovatele o jejich právní správnosti.

Zásadní při právním posouzení věci je, že zákonné připuštění možnosti provedení započtení po okamžiku zveřejnění návrhu na povolení reorganizace v insolvenčním rejstříku, když InsZ dává možnost insolvenčnímu soudu udělit souhlas s provedeným započtením prostřednictvím předběžného opatření (jehož vydání se domáhá navrhovatel), a to neodporuje-li vydání takového souhlasu společnému zájmu věřitelů a existují-li pro to důvody hodné zvláštního zřetele.

Ve smyslu shora provedeného vymezení je tedy udělení souhlasu s provedeným započtením pohledávek věřitele a dlužníka přípustné, prostřednictvím předběžného opatření, a to při posouzení individuálních okolností spojených s každým takovým započtením pohledávek, provedeným po okamžiku zveřejnění návrhu na povolení reorganizace v insolvenčním rejstříku, a to nejen započtení pohledávky věřitele proti pohledávce dlužníka, ale i pohledávky dlužníka proti pohledávce věřitele. Pokud by se však takové provádění započtení mělo podříditi pouze jedinému kritériu hodnocení, spočívajícímu v tom, že společným zájmem věřitelů je „zájem na maximalizaci objemu majetkové podstaty dlužníka za účelem zajištění co možná nejvyšší míry uspokojení přihlášených pohledávek“ (jak uvádí ve svém odůvodnění soud právního stupně), pak by z hlediska vyhovění požadavkům vyplývajícím z § 82 odst. 3 písm. b) InsZ nemohlo obstát žádné provedené započtení pohledávek věřitele a dlužníka, protože uvedený společný zájem věřitelů je jejich základním zájmem v každém probíhající insolvenčním řízení obecně.

Navrhovatel má tedy za to, že zásadním, při právním posouzení věci, se jeví posouzení vzájemného vztahu důvodů hodných zvláštního věřitele (jako kritéria ve prospěch vydání předběžného opatření) ve vztahu ke společnému zájmu věřitelů v insolvenčním řízení (jako kritéria v neprospěch jeho vydání) a pokud důvody hodné zvláštního zřetele budou převažovat nad společným zájmem věřitelů, pak by bylo na místě udělit souhlas s provedeným započtením pohledávek věřitele a dlužníka prostřednictvím vydaného předběžného opatření. Přitom do důvodů hodných zvláštního zřetele by bylo potřeba subsumovat i důvod vyjádřený v § 5 písm. c) InsZ, kterého se navrhovatel dovolává.

Ve vazbě na shora uvedené je potřeba uvést, že pro právní posouzení věci mají jistě význam i skutkové okolnosti věci jak věcného, tak časového charakteru - zjištění úpadku dlužníka nastalo na základě usnesení Krajského soudu v Ostravě ze dne **25.08.2016** pod č.j. **KSOS 37 INS 10134/2016-A62** a reorganizace dlužníka byla povolena usnesením insolvenčního soudu ze dne **15.12.2016** pod č.j. **KSOS 37 INS 10134/2016-B73**; podání věřitelského návrhu na zahájení insolvenčního řízení a vydání vyhlášky o zahájení insolvenčního řízení (ze dne **29.04.2016**) nepředstavuje zásah do dobré víry navrhovatele v souvislosti se vznikem pohledávky navrhovatele jako věřitele, která se stala splatnou již ke dni **18.11.2015**) a započítávané pohledávky dlužníka. Pohledávka navrhovatele jako věřitele se považuje za **zjištěnou**, když přihláška pohledávky věřitele vůči dlužníkovi byla přihlášena do insolvenčního řízení vedeného u Krajského soudu v Ostravě pod poř. č. **P385** vedeným insolvenčním soudem a představovala nezajištěnou pohledávku na jistinu ve výši **1.125.219,12 Kč** (v přihlášce pohledávky věřitele do insolvenčního řízení uváděna jako pohledávka č. 6) splatná dne **18.11.2015** (popsaná v pohledávce č. 6 přihlášky pohledávky věřitele ze dne 21.10.2016, zveřejněné dne **25.10.2016** v rejstříku ISIR ve vztahu k dlužníkovi pod poř. č. **P385-1**).

Pohledávka dlužníka vznikla na základě smlouvy na dodávku plnění, resp. nákupní objednávky pod č. 15144-O-017, uzavřené mezi navrhovatelem jako objednatelem a úpadcem jako zhotovitelem, ze dne **27.07.2016**, tedy v době, kdy dlužník (byť po vydání vyhlášky o zahájení insolvenčního řízení) prováděl svoji běžnou obchodní činnost a uzavíral běžné smluvní vztahy se svými obchodními partnery (dále jako „**nákupní objednávka**“) a vyplývala z faktury – daňového dokladu dlužníka číslo **16241145** ze dne 23.09.2016, splatné dne 22.12.2016, vystavené na částku 772.712,05 Kč, kdy uvedená pohledávka úpadce se stala předmětem **Započtení pohledávek** provedeného navrhovatelem vůči dlužníkovi ze dne **22.11.2016**.

Prostřednictvím **Započtení pohledávek** jako svým právním jednáním, doručeným

dlužníkovi i insolvenčnímu správci shodně dne **25.11.2016**, navrhovatel provedl vůči dlužníkovi a doručil dlužníkovi započtení vzájemné pohledávky co do výše na jistinu **772.712,05 Kč**, kdy, vzhledem k provedení **Započtení pohledávek**, pohledávka úpadce na zaplacení peněžitého plnění vůči navrhovateli (uváděná v dalším odstavci tohoto podání) by měla zaniknout (v případě vydání předběžného opatření) v rozsahu vyplývajícím z provedení **Započtení pohledávek**.

Započtení pohledávek provedené navrhovatelem jako věřitelem vůči dlužníkovi bylo provedeno při zachování veškerých zákonných požadavků vyplývajících z § 140 odst. 2, 3 InsZ a zákonné podmínky provedení započtení byly splněny před rozhodnutím o způsobu řešení úpadku dlužníka; nákupní objednávka uváděná shora započtení pohledávek předpokládala, jednalo se tedy o právní jednání výslovně předvídané navrhovatelem i úpadcem (viz dále), o uvedené důvodnosti provedení započtení svědčí i skutečnost, že jak dlužník, tak insolvenční správce ve svých prováděných námitkách k započtení uvádějí pouze námitku uvedenou v § 324 odst. 3 InsZ.

K provedení **Započtení pohledávek** je potřeba uvést, že ve prospěch provedení započtení, ale současně ve prospěch vydání předběžného opatření by měla být ta skutečnost, že dlužník se započtením vzájemných pohledávek výslovně počítal (jedná se o ujednání věřitele a dlužníka v rámci autonomie jejich vůle, byť po podání věřitelského insolvenčního návrhu na dlužníka), když nákupní objednávka ve svém článku 2. Cena a fakturace, odst. 2.5. obsahuje výslovné ujednání smluvních stran o tom, že cena za dílo zhotovené dlužníkem jako zhotovitelem bude uhrazena „**formou zápočtu proti stávajícím existujícím splatným pohledávkám**“ věřitele vůči dlužníkovi vyplývající ze smlouvy o dílo; tedy dlužník a věřitel předpokládali zánik protipohledávky dlužníka vůči pohledávce věřitele na základě provedení započtení. Započtení pohledávek bylo tedy provedeno v souladu s dobrými mravy i veřejným pořádkem.

Navrhovatel uvádí, že je pravdou, že vzájemné započtení pohledávek věřitele a dlužníka lze provést bez jejich výslovné dohody (jak uvádí soud prvního stupně), při splnění zákonných podmínek pro prohlášení o započtení ve smyslu § 1982 zák. č. 89/2012 Sb., na druhou stranu při posuzování důvodů hodných zvláštního zřetele je potřeba vzít na vědomí, že se zánikem vzájemných pohledávek ze smluvního vztahu věřitel a dlužník výslovně jako smluvní strany počítaly a není důvodu nerespektovat smluvní autonomii věřitele a dlužníka ani dobrou víru věřitele (A) /srov. nález ÚS ČR pod sp. zn. IV.ÚS 128/06/.

V daném případě by současně navrhovatele zásadně poškozovala skutečnost, že dlužník, který si sám svým podnikáním způsobil úpadek by měl v průběhu svého úpadku a po návrhu na povolení reorganizace právo (v době před povolením reorganizace) na plné zaplacení svojí pohledávky a navrhovatel by nemohl dosáhnout uspokojení splnění svojí pohledávky jiným způsobem než jejím přihlášením do insolvenčního řízení; jiným způsobem řečeno, existovala by významná protiústavní disproporce mezi rozsahem uspokojení pohledávky navrhovatele a pohledávky úpadce (B).

Současně je potřeba přihlédnout i k legitimnímu očekávání na straně věřitele a jeho důvěře ohledně právního osudu jeho pohledávky uplatňované proti dlužníkovi a možnosti jejího započtení, byť po podání věřitelského insolvenčního návrhu (C).

IV. V insolvenčním řízení o nařízení předběžného opatření má tedy navrhovatel zato, že prostřednictvím všech shora uvedených skutečností a přikládaných listinných důkazů,

současně s přihlédnutím k důvodům hodným zvláštního zřetele, vyjádřeným zejména v písmenech A), B), C) článku III. tohoto podání, osvědčil procesnímu soudu vedle existence pohledávek navrhovatele a pohledávek dlužníka (obě pohledávky vyplývají z rejstříku ISIR, pohledávka navrhovatele je pohledávkou zjištěnou v insolvenčním řízení) veškeré rozhodné skutečnosti pro vydání předběžného opatření, když naléhavý právní zájem na určení nemusí navrhovatel jako věřitel nijak prokazovat, a to vzhledem k zákonné dikci § 324 odst. 3 InsZ.

Navrhovatel se dovolává skutkového i právního stavu osvědčujícího, dle jeho názoru a přesvědčení, splnění podmínek pro vydání předběžného opatření insolvenčním soudem, současně skutkového a právního stavu, ze kterého vyplývá, že **Započtení pohledávek** bylo provedeno navrhovatelem **důvodně s přihlédnutím k předcházející obchodní dohodě** (ve smyslu nákupní objednávky) mezi věřitelem a dlužníkem a **zákonné podmínky provedeního započtení byly splněny před rozhodnutím o způsobu řešení úpadku dlužníka**; svojí vůlí vyjádřenou v nákupní objednávce je dlužník vázán, stejně jako je vůlí dlužníka vázán navrhovatel jako jeho věřitel.

Na základě § 324 odst. 3 InsZ ve spojení s § 82 odst. 3 písm. b) InsZ se navrhovatel jako věřitel domáhá vydání souhlasu se započtením vzájemných pohledávek věřitele a dlužníka v době po zveřejnění návrhu na povolení reorganizace v insolvenčním řízení s tím, že vydání předběžného opatření neodporuje společnému zájmu věřitelů, a to i vzhledem k tomu, že v důsledku provedeního započtení se sníží hodnota (výše) nezajištěných pohledávek přihlášených věřitelem do insolvenčního řízení vůči dlužníkovi a dovolává se veřejného zájmu na právní jistotě navrhovatele a dlužníka v souvislosti s nákupní objednávkou a jejich vzájemnými obchodními dohodami existujícími ještě před zjištěním úpadku dlužníka a před zveřejněním návrhu na povolení reorganizace dlužníka v insolvenčním rejstříku.

Současně podle přesvědčení navrhovatele platí, že při právním posouzení věci je možno dospět k závěru, že **důvody hodné zvláštního zřetele převažují v posuzované právní věci nad společným zájmem věřitelů** a misky vah spravedlivého právního posouzení této věci by se měly vychýlit ve prospěch a na stranu věřitele.

V případě, že by k nařízení předběžného opatření nedošlo, byl by před insolvenčním soudem navrhovatel neoprávněně a nedůvodně znevýhodněn vůči dlužníkovi, když v případě vydání předběžného opatření insolvenčním soudem nevznikne dlužníkovi ani jiným věřitelům dlužníka újma nepřiměřená oprávněnému zájmu navrhovatele na vydání předběžného opatření.

Navrhovatel má za to, že vydání předběžného opatření je zcela na místě a důvodné.

V. Navrhovateli, za shora uvedené právní situace, nezbyvá než trvat na návrhu na vydání předběžného opatření, když navrhovatel prezentuje svůj odvolací návrh tak, že v případě, že nedojde ke zrušení napadeného usnesení pro nepřezkoumatelnost, navrhuje navrhovatel, aby odvolací soud svým usnesením změnil napadené usnesení a ve smyslu petitu návrhu na nařízení předběžného opatření bylo předběžné opatření vydáno (došlo k udělení souhlasu se započtením pohledávek věřitele a dlužníka).

ZK-TERMOCHEM s.r.o.

Záznam o ověření elektronického podání doručeného na elektronickou podatelnu: Krajský soud v Ostravě

dle vyhlášky 259/2012 Sb.

Pořadové číslo zprávy: 52682 / 2017 Ev. číslo: 6f9a41a9-0263-430d-a891-f8d592f807a4
Druh podání: Datová zpráva z ISDS ID zprávy: 452534985
Věc: Odvolání navrhovatele ZK-TERMOCHEM s.r.o. proti usnesení insolvenčního soudu

Odesílatel:

ID schránky: 6sagf7z Typ datové schránky: PFO
Osoba: Jaroslav Rychtář - Rychtář Adresa: Sudoměřská 1038/39, 13000
Jaroslav, Mgr., advokát Praha 3, CZ

Dodáno do DS dne: 21.03.2017 11:57:01 **Odesláno do DS dne:** 21.03.2017 11:57:00
Č.j. příjemce: **Č.j. odesílatele:** KSOS 37 INS
10134/2016-B125
Sp.zn. příjemce: **Sp.zn. odesílatele:** KSOS 37 INS 10134/2016
Lhůta končí: **K rukám:** Ne
Číslo zákona: **Paragraf v zákoně:** **Odstavec paragrafu:** **Písmeno v paragrafu:**

Ověření obálky: Značka je platná
Podepsal: Informační systém datových schránek - produkční prostředí **Vystavil:** PostSignum Qualified CA 2
Sériové číslo certifikátu: 1f15ab **Platnost:** 25.08.2016 - 14.09.2017
Antivirový test: Proběhl v systému ISDS **Obsah podání:** OK
Elektronický podpis: **Časové razítko:** Platné (připojeno 21.03.2017 11:57:00)
Certifikát: Ověřeno na základě CRL z 21.03.2017 10:59:30
Datum a čas autom. ověření: 21.03.2017 12:10:39

Počet podaných příloh:1

Číslo přílohy	Výsledek	Název příl. CRL	Identifikace podepisující osoby	Identifikace vystavitele certifikátu	T	U	K	P	R	A	C	V
1		File0002.PDF										
Podpis je platný		CRL z 21.03.2017 10:59:30	Mgr. Jaroslav Rychtář / 1e63e2 / 26.05.2016 - 15.06.2017	PostSignum Qualified CA 2	A	A	N	*	-	A	-	-

Čas ověření příloh: 21.03.2017 12:10:39 Ověření příloh: ověřováno automaticky

Vysvětlení stavů při ověření příloh (vztaheno vždy k datu a času dodání):

Stav "?" znamená, že systém tuto operaci ještě neprovedl, ale provedena bude

Stav "-" znamená, že systém tuto operaci neprovádí

Stav "!" znamená, že systém tuto operaci nemůže provést

Stav "*" znamená, že bylo ověřeno proti CRL z uvedeného data.

T	Technické parametry ¹ :	A=splňuje	N=nesplňuje
U	Uznávaný elektronický podpis / značka:	A=připojen	N=nepřipojen
K	Kvalifikované časové razítko:	A=připojeno	N=nepřipojeno
P	Uznáv. el. podpis kvalif. certifikát (platnost):	A=platný	N=neplatný
R	Kvalifikované časové razítko (platnost):	A=platné	N=neplatné
A	Akreditovaný poskytovatel certifik. služeb ² :	A=ano	N=ne
C	Kvalifikované časové razítko:	A=platné	N=neplatné
V	Vytvořeno před zneplatněním certifikátu:	A=ano	N=ne

¹ Technické parametry - velikost, formát, škodlivý kód.

² Stav "Z"(Zahraniční) = certifikát není od české certifikační autority

Kontrola podpisů a razítek byla provedena na základě CRL seznamů platných k datu a času ověření datové zprávy.