



advokátní kancelář

Krajský soud v Ostravě

Havlíčkovo nábř. č. 34

728 81 Ostrava

V Praze dne 16. srpna 2017

Ke sp. zn. KSOS 25 INS 10525 / 2016

Dlužník: **OKD, a.s.**, IČ: 268 63 154, se sídlem Stonavská 2179, 735 06 Karviná, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Krajským soudem v Ostravě, oddíl B, vložka 2900

Zastoupen: Mgr. Petrem Kuhnem, advokátem, ev. č. ČAK 10624, BADOKH - Kuhn Dostál advokátní kancelář s.r.o., se sídlem 28. října 767/12, Nové Město, 110 00 Praha 1

Věřitel č. 31: **Citibank N.A., London Branch**, se sídlem Citigroup Centre, Canada Square, Canary Wharf, Londýn, E14 5LB, Spojené království, registrační číslo: BR001018

Zastoupen: JUDr. Ing. Petrem Přecechtělem, advokátem, ev. č. ČAK: 11109, BBH, advokátní kancelář, s.r.o., se sídlem Klimentská 1207/10, 110 00 Praha 1

Insolvenční řízení

**NÁVRH NA PŘIZNÁNÍ HLASOVACÍHO PRÁVA
na schůzi věřitelů svolané na den 24.8.2017**

*Elektronicky prostřednictvím datové schránky
(přílohy předkládané na CD budou zaslány poštou)*

*Přílohy: stanoviska k pohledávkám věřitele zpracovaná zahraničními právními experty
žaloba Věřitele ze dne 9.9.2016 včetně všech příloh (předkládáno na CD)*

BBH, advokátní kancelář, s. r. o.

Klimentská 1207/10, 110 00 Praha 1, Česká republika, Tel.: +420-234 091 355, Fax: +420-234 091 366, E-mail: legal@bbh.cz, www.bbh.cz
IČ: 26143119, DIČ: CZ26143119, zapsaná u Městského soudu v Praze oddíl C, vl. 218820

1. ÚVOD

- [1] Nadepsaný soud svolal usnesením ze dne 21.4.2017, č.j. KSOS 25 INS 10525/2016-B-286, schůzi věřitelů, programem jejíhož jednání stanovil projednání reorganizačního plánu předloženého dlužníkem OKD, a.s. (dále jen „**Dlužník**“) a hlasování o jeho přijetí.
- [2] Schůze věřitelů byla uvedeným usnesením svolána nejprve na den 15.6.2017, avšak k žádosti Dlužníka o její odročení stanovil nadepsaný soud vyrozuměním ze dne 1.6.2017, č.j. KSOS 25 INS 10525/2016-B-307, nový termín schůze věřitelů na den 24.8.2017 (dále jen „**Schůze věřitelů**“).
- [3] Věřitel č. 31 - Citibank N.A., London Branch (dále jen „**Věřitel**“) je suverénně nejvýznamnějším věřitelem Dlužníka, kterému je však dlouhodobě odpíráno jeho právo ovlivňovat toto insolvenční řízení způsobem, který by významu jeho Pohledávek přesahujících výši 10 miliard Kč odpovídal.
- [4] **Věřitel deklaruje, že se na Schůzi věřitelů svolané na den 24.8.2017 hodlá ucházet o přiznání hlasovacího práva spojeného s jeho Pohledávkami.** Za tímto účelem je připraven požádat Schůzi věřitelů o přiznání hlasovacího práva dle § 51 odst. 1 zákona č. 182/2006 Sb., insolvenční zákon, v platném znění (dále jen „**IZ**“).
- [5] Pro případ, že by se Schůze věřitelů postupem podle § 51 odst. 1 IZ neusnesla na tom, že Věřitel může hlasovací právo spojené s jeho Pohledávkami na Schůzi věřitelů vykonávat, podává Věřitel ve smyslu § 52 odst. 2 IZ v zákonné lhůtě tento

návrh na přiznání hlasovacího práva:

2. VYMEZENÍ POHLEDÁVEK VĚŘITELE

- [6] Věřitel žádá o přiznání hlasovacího práva na Schůzi věřitelů ve vztahu k následujícím pohledávkám:
 - (a) pohledávce ve výši 9.530.033.808,71 Kč vzniklé vydáním dluhopisů společnosti New World Resources N.V., založené podle nizozemského práva, se sídlem 115 Park Street, Londýn, W1K 7AP, Spojené království (dále jen „**NWR NV**“), ISIN: XS1107303148 a ISIN: XS1107303650 (dále jen „**Dluhopisy**“), a ručením Dlužníka za splacení těchto dluhopisů, vše dle smluvní dokumentace „*Indenture €300,000,000 Senior Secured PIK Toggle Notes due 2020*“ uzavřené dne 7.10.2014 (dále jen „**SSN**“ a uvedená pohledávka jen jako „**Pohledávka 1**“), která byla Věřitelem do nadepsaného insolvenčního řízení přihlášena jako nezajištěná, nepodmíněná a nevykonatelná, číslo přihlášky P-33; a

- (b) pohledávce ve výši 621.273.214,79 Kč vzniklé čerpáním úvěru ze strany společnosti NWR Holdings B.V. (dále jen „**NWR BV**“), založené podle nizozemského práva, se sídlem Jachthavenweg 109H, 1081 KM, Amsterdam, Nizozemsko, pro účely financování provozu Dlužníka, a ručením Dlužníka za veškeré dluhy vzniklé v souvislosti s úvěrem, vše dle smluvní dokumentace „*Super Senior Term Facility Agreement €35,000,000*“ uzavřené dne 9.9.2014 (dále jen „**SSCF**“) a „*Intercreditor Agreement*“ uzavřené dne 7.10.2014 (dále jen „**ICA**“ a uvedená pohledávka jen jako „**Pohledávka 2**“), která byla Věřitelem do nadepsaného insolvenčního řízení přihlášena jako nezajištěná, nepodmíněná a nevykonatelná, číslo přihlášky P-100

(Pohledávka 1 a Pohledávka 2 dále společně též jako „**Pohledávky**“).

3. ODŮVODNĚNÍ PŘIZNÁNÍ HLASOVACÍHO PRÁVA VĚŘITELI

- [7] Věřitel znovu zdůrazňuje, že je suverénně nejvýznamnějším věřitelem Dlužníka s celkovou výší Pohledávek přesahující 10 miliard Kč **odpovídající cca 50 % výše všech přihlášených pohledávek**. V rámci probíhajícího insolvenčního řízení Věřitel Pohledávky řádně přihlásil, popsal okolnosti jejich vzniku a doložil je relevantními důkazy.
- [8] O oprávněnosti Pohledávek nemůže být objektivně pochyb. Žádné takové pochybnosti ostatně původně neměl ani sám Dlužník, když:
- (a) označil Věřitele jako oprávněného věřitele Pohledávek ve svém insolvenčním návrhu ze dne 3.5.2016¹ a Pohledávkami dokonce odůvodňoval svůj úpadek, když tvrdil, že je předlužen nejméně o 10 miliard Kč (což je zároveň přibližná výše Pohledávek);
- (b) Dlužník dlouhodobě eviduje Pohledávky ve svém účetnictví,² uvádí je ve svých výročních zprávách, kde jejich vznik výslovně obhájí,³ a jejich existencí odůvodňuje své nároky uplatněné žalobou vůči NWR NV a panu Zdeňku Bakalovi.⁴

¹ Srov. zejm. odst. 13, 15 a 17 insolvenčního návrhu Dlužníka a přílohu č. 2N insolvenčního návrhu Dlužníka.

² Viz příloha k účetní závěrce Dlužníka za rok 2014 (konkrétně str. 69 výroční zprávy Dlužníka za rok 2014) a příloha k účetní závěrce Dlužníka za rok 2015 (konkrétně str. 52 výroční zprávy Dlužníka za rok 2015).

³ Viz str. 69 a 84 výroční zprávy Dlužníka za rok 2014 a str. 52 výroční zprávy Dlužníka za rok 2015.

⁴ Viz odst. 130 žaloby Dlužníka proti NWR NV a panu Bakalovi ze dne 8.11.2016: „*Žalovaná 1 (spolu se společností NWR Holdings B.V.) dlužníka dále zatížila závazky z titulu ručení za její dluhy vůči*

- [9] Přesto však byly výše uvedené Pohledávky dne 10.8.2016 v rámci přezkumného jednání ze strany Dlužníka i insolvenčního správce popřeny co do pravosti a výše.
- [10] Žalobce se proto žalobou ze dne 9.9.2016 domáhá určení, že Pohledávky, které přihlásil do tohoto insolvenčního řízení, jsou co do pravosti i co do výše po právu. Tento jednoznačný závěr v návaznosti na zástupné popěrné „důvody“ Dlužníka i insolvenčního správce Věřitel detailně odůvodnil zejména v samotné žalobě (viz položka C19 - 1 ISIR) a dále ve vyjádření ze dne 5.4.2017 (viz položka C19 - 19 ISIR), na které v tomto ohledu Věřitel odkazuje.
- [11] Pro shrnutí obsahu výše uvedených podání Věřitel ve vztahu k Pohledávce 1 uvádí, že tato vznikla vydáním Dluhopisů společností NWR NV, které jsou jako nepochybně existující dluhové cenné papíry ztělesňující pohledávku obchodovány na předních světových burzách, v kombinaci s ručením za jejich zaplacení, jež dle čl. XII odst. 12.01 písm. (a) SSN převzal Dlužník. Pohledávka 1 tímto dle práva státu New York, kterým se SSN řídí, nepochybně platně vznikla a existuje. Žádnou otázku práva státu New York přitom Dlužník ani insolvenční správce v rámci svých popěrných úkonů nerozporují. K zástupným důvodům majícím původ v českém právu, ze kterých došlo k popření Pohledávky 1, se Věřitel podrobně vyjadřuje ve shora uvedené žalobě.
- [12] Dále Věřitel pro shrnutí ve vztahu k Pohledávce 2 uvádí, že tato vznikla čerpáním úvěru ze strany NWR BV dle SSCF, které je nepochybně prokázáno výpisem z bankovního účtu, v kombinaci s ručením za jeho splacení přijatým Dlužníkem dle odst. 18.1 SSCF a odst. 19.2 písm. (a) ICA. Pohledávka 2 tímto dle anglického práva, kterým se SSN a ICA řídí, nepochybně platně vznikla a existuje. Žádnou otázku anglického práva přitom Dlužník ani insolvenční správce v rámci svých popěrných úkonů nerozporují. K zástupným důvodům majícím původ v českém právu, ze kterých došlo k popření Pohledávky 2, se Věřitel podrobně vyjadřuje ve shora uvedené žalobě.
- [13] **Přestože uvedená žaloba byla podána již téměř před rokem a Pohledávky by měly být vzhledem ke své výši pro průběh a výsledek insolvenčního řízení zcela zásadní, do dnešního dne o Pohledávkách ještě u nadepsaného soudu neproběhlo ani jediné jednání.** A to i přesto, že Věřitel na nadepsaný soud k rychlému projednání žaloby s ohledem na význam Pohledávek a zásady insolvenčního řízení podáním ze dne 23.12.2016 (viz položka C19 - 6 ISIR) důrazně apeloval.
- [14] Na překvapivé popření svých Pohledávek a za účelem rozptýlení jakýchkoliv pochybností o jejich oprávněnosti reagoval Věřitel dále tím, že požádal renomované zahraniční právní odborníky o posouzení existence Pohledávek a platnosti jejich

společnosti Citibank N.A. ve výši nejméně 10.485.142.809 Kč, své dluhy společnosti Citibank N.A. nezaplatila a neučinila ničeho, aby zatížení žalobce eliminovala. “

vzniku z pohledu právních řádů, kterými se Pohledávky řídí. Tito **zahraniční právní odborníci bez jakýchkoliv pochybností existenci a vznik Pohledávek potvrdili**, k čemuž vydali následující stanoviska obsahující detailní právní odůvodnění:

- (a) společné stanovisko ohledně anglického práva profesora Gabriela Mosse, QC, a Adama Goodisona (*Joint Opinion on English Law of Professor Gabriel Moss QC and Adam Goodison*) ze dne 3.4.2017 (dále jen „**Anglické stanovisko**“); a
- (b) expertní stanovisko Richarda Levina ve vztahu k určitým garancím podle New Yorkského práva (*Expert Opinion of Richard Levin, Regarding Certain Guarantees under New York Law*) ze dne 4.4.2017 (dále jen „**NY stanovisko**“).

- [15] Uvedená stanoviska přikládá Věřitel k tomuto podání. **S přihlédnutím ke stanoviskům zahraničních právních odborníků je přinejmenším vysoce pravděpodobné, že nadepsaný soud nakonec v rámci incidenčního sporu dospěje k tomu, že Pohledávky jsou do tohoto insolvenčního řízení přihlášeny Věřitelem v celých jejich výších po právu.**
- [16] **Nelze přitom připustit, aby prakticky celé insolvenční řízení proběhlo bez možnosti největšího Věřitele jej v rozsahu odpovídajícím významu jeho Pohledávek ovlivňovat a ten byl na jeho konci po uznání jeho Pohledávek soudem „postaven před hotovou věc.“**
- [17] Takový výsledek by byl zcela v rozporu se základní zásadou insolvenčního řízení stanovenou v § 5 IZ, dle které „*insolvenční řízení musí být vedeno tak, aby žádný z účastníků nebyl nespravedlivě poškozen.*“ Uvedené zásadě by zcela zřetelně odporoval výsledek, pokud by Věřitel, jehož Pohledávky budou nakonec shledány zcela po právu, byl v důsledku postupů insolvenčního správce, Dlužníka i soudu prakticky zcela zbaven jeho práva průběh a zejména výsledek insolvenčního řízení v rámci věřitelských orgánů jakkoliv ovlivnit.
- [18] V důsledku zcela nedůvodného popření Pohledávek Věřitele byl již Věřitel v rámci tohoto řízení zbaven jeho práva podílet se na řadě rozhodování schůze věřitelů, včetně tak zásadních otázek, jakými jsou způsob řešení úpadku Dlužníka a schválení znaleckého posudku zpracovaného k ocenění majetkové podstaty Dlužníka.
- [19] **Hlasování o přijetí reorganizačního plánu předloženého Dlužníkem, které má být předmětem jednání Schůze věřitelů svolané na den 24.8.2017, je přitom posledním z řady důležitých rozhodnutí schůze věřitelů, která bývají obvykle v insolvenčním řízení probíhající formou reorganizace činěna.**

- [20] S ohledem na výše uvedené se tedy na Schůzi věřitelů svolané na den 24.8.2017 nabízí prakticky poslední prostor umožnit největšímu Věřiteli Dlužníka, aby se alespoň částečně mohl v souladu se zásadami insolvenčního řízení na jeho průběhu a výsledku podílet.
- [21] **Proto Věřitel důrazně apeluje na insolvenční soud a navrhuje, aby mu dle § 51 odst. 1 ve spojení s § 52 odst. 2 IZ přiznal ve vztahu k jím přihlášeným Pohledávkám na Schůzi věřitelů svolané na den 24.8.2017 hlasovací právo.**
- [22] Pro úplnost Věřitel dodává, že nebude-li mu opakovaně na schůzi věřitelů hlasovací právo přiznáno, dojde tím k zatížení tohoto insolvenčního řízení další zásadní procesní vadou, která může ve svém důsledku celý dosavadní postup v rámci insolvenčního řízení anulovat a celé insolvenční řízení tedy významně pozdržet. Tím dojde k poškození nejen všech věřitelů Dlužníka, ale také osob dalších (např. zaměstnanců Dlužníka, osob dotčených reorganizačním plánem apod.).

Důkaz: Anglickým stanoviskem (příloha tohoto podání)

NY stanoviskem (příloha tohoto podání)

spisem vedeným nadepsaným soudem pod sp. zn. 32 ICm 3260/2016

žalobou Věřitele ze dne 9.9.2016 (příloha bude předložena na CD)

vyjádřením Věřitele ze dne 5.4.2017 (příloha bude předložena na CD)

Indenture „€300,000,000 Senior Secured PIK Toggle Notes due 2020“ (příloha bude předložena na CD)

popisem způsobu výpočtu jistiny a úroků Dluhopisů (příloha bude předložena na CD)

výzvou ke splnění ručitelského závazku dle SSN ze dne 10.5.2016, včetně informativního překladu do českého jazyka (příloha bude předložena na CD)

rozhodnutím High Court of Justice ze dne 5. 9. 2014 (příloha bude předložena na CD)

rozhodnutím United States Bankruptcy Court, Southern District of New York ze dne 9. 9. 2014 (příloha bude předložena na CD)

podrobným rozpisem jednotlivých akcionářských půjček a jejich kapitalizací do kapitálu Žalovaného 1 (příloha bude předložena na CD)

výroční zprávou Žalovaného 1 za rok 2014, zejm. str. 84 (příloha bude předložena na CD)

výroční zprávou Žalovaného 1 za rok 2015, zejm. str. 65 (příloha bude předložena na CD)

výroční zprávou společnosti New World Resources Plc. za rok 2014, zejm. částí týkající se Capital Restructuring (příloha bude předložena na CD)

tiskovou zprávou (Press release) společností New World Resources Plc. a NWR NV „Completion of the Balance Sheet Restructuring“ ze dne 7.10.2014 (příloha bude předložena na CD)

tiskovou zprávou společnosti New World Resources Plc. „Aktuální informace ve věci insolvence OKD“ ze dne 8.8.2016 (příloha bude předložena na CD)

zápisem o přijetí rozhodnutí představenstva Žalovaného 1 mimo zasedání ze dne 2.9.2014 (příloha bude předložena na CD)

zápisem o přijetí rozhodnutí dozorčí rady Žalovaného 1 mimo zasedání ze dne 3.9.2014 (příloha bude předložena na CD)

plnou mocí ze dne 2.9.2014 udělenou Žalovaným 1 panu Boudewijnu Wentinkovi, včetně jejího informativního překladu do českého jazyka (příloha bude předložena na CD)

záznamem o evidenci Dluhopisů na Lucemburské burze (Luxembourg Stock Exchange) (příloha bude předložena na CD)

záznamem o evidenci Dluhopisů na Štutgartské burze (Boerse Stuttgart) (příloha bude předložena na CD)

prospektem Dluhopisů schváleným pro přijetí k obchodování na Lucemburské burze (*Listing Particulars dated 8 October 2014*) (příloha bude předložena na CD)

zápisem ze zasedání představenstva Žalovaného 1 ze dne 3.5.2016 (příloha bude předložena na CD)

fakturou ze dne 9.9.2015 na 2.537.000 EUR vystavenou Žalovaným 1 společností NWR NV (příloha bude předložena na CD)

smlouvou „Super Senior Term Facility Agreement €35,000,000“ ze dne 9.9.2014 (příloha bude předložena na CD)

smlouvu „Intercreditor Agreement“ ze dne 7.10.2014 (příloha bude předložena na CD)

výpisem z bankovního účtu společnosti NWR BV ze dne 7.10.2014 (příloha bude předložena na CD)

oznámením o zesplatnění Úvěru ze dne 4.5.2016, včetně jeho informativního překladu do českého jazyka (příloha bude předložena na CD)

výzvou ke splnění ručitelského závazku dle SSCF ze dne 4.5.2016, včetně jejího informativního překladu do českého jazyka (příloha bude předložena na CD)

Scheme of Arrangement (příloha bude předložena na CD)

stanoviskem Prof. Dr. Pavla Šturmy ze dne 7.7.2014 (příloha bude předložena na CD)

tiskovou zprávou New World Resources Plc ze dne 8.8.2016 (příloha bude předložena na CD)

4. ZÁVĚR

- [23] S ohledem na shora uvedené tedy Věřitel dle § 51 odst. 1 ve spojení s § 52 odst. 2 IZ navrhuje nadepsanému soudu, pokud Věřiteli nepřizná hlasovací právo Schůze věřitelů, aby na Schůzi věřitelů svolané na den 24.8.2017 vydal následující:

u s n e s e n í :

Věřiteli č. 31, společnosti Citibank N.A., London Branch, se sídlem Citigroup Centre, Canada Square, Canary Wharf, Londýn, E14 5LB, Spojené království, registrační číslo: BR001018, se na schůzi věřitelů konané dne 24.8.2017 v rámci insolvenčního řízení vedeného Krajským soudem v Ostravě, sp. zn. KSOS 25 INS 10525 / 2016, přiznává hlasovací právo.

Citibank N.A., London Branch

**RE NEW WORLD RESOURCES PLC AND ITS GROUP COMPANIES
(‘New World Resources Group’ / ‘the Group’)**

**RE OKD a.s.
(‘OKD’)**

**JOINT OPINION ON ENGLISH LAW OF
PROFESSOR GABRIEL MOSS QC AND ADAM
GOODISON**

Introduction

1. We are instructed by Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (“Freshfields”), lawyers acting on behalf of certain investors (the “New Investors”), to give a legal opinion on English law in respect of the various claims and allegations now being advanced by OKD.

Qualifications

2. Professor Gabriel Moss QC is in private practice as an English barrister with the rank of Queen’s Counsel, called to the Bar of England and Wales in 1974, and awarded Queens Counsel in 1989. He also sits as a deputy High Court Judge in the Chancery Division with unlimited jurisdiction to hear cases concerning insolvency, company, commercial and business law. He is also a Visiting Professor in Corporate Insolvency Law at Oxford University, where he teaches at Masters level. He is the editor and co-author of significant books and articles, including the Fourth and Fifth editions of Rowlatt on Principal and Surety (1982 and 1999), a leading text on guarantees in England since the first edition in 1898 (‘Rowlatt’), and the First Second and Third editions (2002, 2009 and 2016) of Moss Fletcher and Isaacs, The EU regulation on insolvency proceedings. His specialisations include advising and advocacy on English, EU, EEA and International insolvency law and English law “schemes of arrangement”,

including cases involving recognition in other Member States of the EU. He has been involved as advisor, advocate or expert witness on English law and English law based law in many major insolvency proceedings and restructurings, such as Lehman Brothers, Madoff, Parmalat, and Elektrim, as well as bank resolution and rescue in England, Ireland, Portugal and Iceland. His full c.v. taken from the South Square website is attached.

3. Adam Goodison is an English barrister in private practice at South Square who has co-authored this Opinion. He was called to the Bar of England and Wales in 1990 and also specialises in commercial and insolvency law. He has extensive experience of restructurings carried out under English law by way of scheme of arrangement, and extensive experience of insolvency law, commercial law, banking law and surety law. He is a contributor to Lightman & Moss on The Law of Administrators and Receivers of Companies; and to Mortimore on Company Directors; and to Rowlatt on Principal and Surety; and to the forthcoming new second edition of Trower on Corporate Administrations and Rescue Procedures. His full c.v. from the South Square website is attached.
4. This Joint Opinion is provided in order to assist the Czech Court in its consideration of issues concerning English law. Neither Gabriel Moss QC nor Adam Goodison has had any prior involvement with this dispute.

Background facts

5. New World Resources plc is an English registered company formerly listed on the English, Czech and Polish stock exchanges. It is the ultimate parent company of OKD, a Czech coal mining company. The shares of New World Resources plc were suspended from the London Stock Exchange on 4 May 2016 and New World Resources plc entered into voluntary liquidation on 3 November 2016.
6. The New World Resources Group is a hard coal producer, operating in the Northeastern region of the Czech Republic.

7. Certain of the New Investors are lenders to NWR Holdings B.V. (“**BV**”) under a €35,000,000 super senior term facility agreement dated 9 September 2014 (the “**SSCF**”). The SSCF is governed by English law.
8. The repayment obligations under the SSCF are guaranteed by OKD, among other entities (the “**SSCF Guarantee**”).
9. The New Investors hold senior secured notes issued under a Senior Secured Notes Indenture dated 7 October 2014 (the “**SSNI**”). The SSNI is governed by New York law. Under the SSNI, New World Resources N.V. (“**NV**”) issued €300,000,000 senior secured PIK toggle notes due 2020.
10. The repayment obligations under the SSNI are guaranteed by OKD, among other entities (the “**SSNI Guarantee**”).
11. BV, NV and OKD (among others) are party to an inter-creditor agreement dated 7 October 2014 (the “**ICA**”). The ICA is governed by English law (Clause 31). The ICA states that it is executed as a “deed”, a formal mode of execution under English law which does not require “consideration” (explained below) for the contract to be valid and effective.
12. OKD is a Czech registered company.
13. BV is the sole shareholder of OKD.
14. NV is the sole shareholder of BV.
15. The SSNI and the SSCF were entered into in connection with a restructuring of the debts of the New World Resources Group effected in 2014 (the “**2014 Restructuring**”).
16. The 2014 Restructuring was implemented by way of an English law “scheme of arrangement” approved by the English High Court of Justice.
17. An English law “scheme of arrangement” (explained further below) is a company law statutory compromise between a company and its creditors and/or shareholders. One important purpose that it is used for is pre-insolvency restructuring in order to avoid insolvency proceedings. Schemes of arrangement are not listed in Annex A to Regulation 1346/2000 on insolvency proceedings

(European Insolvency Regulation or EIR) and are thus not insolvency proceedings within the EIR: see *Bank Handlowy* (Court of Justice of the European Union (CJEU) Case C-116/11.)

18. A scheme of arrangement involves two court hearings. At the first court hearing, the judge orders the convening of meetings of creditors and/or shareholders to consider and vote on the scheme (plan). The judge will also decide, if necessary, any issues relating to jurisdiction and the composition of the meeting or meetings. A meeting or meetings as directed by the court then takes place. Each meeting must vote in favour by a majority in number and at least 75% in value. At the second court hearing the court is asked to check the procedure and to “sanction” (approve) the scheme. If the court approves the scheme, it takes effect in English law when lodged at the Companies registry by force of the statute, the Companies Act 2006. Schemes are dealt with further below.
19. The scheme of arrangement in this case was proposed, in summary, because of a depression in coal prices resulting in an 18% reduction in earnings, and an over-leveraged capital structure for the Group, which it was required to address to avoid ultimate likely payment defaults.
20. The Explanatory Statement issued in respect of the scheme of arrangement, whereby the Group companies (including OKD) explained the difficulties faced, and the proposed compromise terms upon which creditors would compromise their immediate then vested debt rights, included the following introduction and overview.

“The Group is a hard coal producer, operating in the Northeastern region of the Czech Republic. The Group produces coking and thermal coal for the steel and energy sectors in Central Europe through OKD,¹ the largest hard coal mining company in the Czech Republic. The Group was established on the privatisation of elements of the coal industry in the Czech Republic, which started in 1994. It is now one of the largest industrial groups in the Czech Republic and the largest Czech natural resources company in terms of revenue and employees. For the three month period ended 31 March 2014, the

¹ “OKD” is defined in the Explanatory Statement as “OKD, a.s., a company organised under the laws of the Czech Republic with its registered office at Stonavská 2179, Doly, 735 06 Karviná, Czech Republic, registered in the Commercial Register administrated by the Regional Court in Ostrava, Section B, entry 290”.

Group employed an average of 11,615 workers (for the year ended 31 December 2013, the Group employed an average of 12,606 workers) and utilised an average of 3,035 workers employed by contractors (for the year ended 31 December 2013, the Group utilised an average of 3,130 workers employed by contractors), making it one of the largest private employers in the Czech Republic.

The Group's business is hard coal mining. Through its hard coal mining operations, the Group produces coking coal and thermal coal. Coking coal is used as a raw material in steel production, whereas thermal coal is sold to electricity and heat producers, industrial users and other producers of electricity and heat. Coking coal generally commands higher prices and generates higher revenues with higher margins for the Group than thermal coal. The Group has four active mines. However, in 2013 as one of the outcomes of the Group's strategic operational review, NWR Plc identified the Paskov mine as uncompetitive due to its high cost nature and has entered into an agreement with the Czech government about the closure of the mine.

The deterioration of global coal and coke markets began in mid-2011, worsened in 2013 and has continued into 2014. In May 2013, NWR Plc announced that the on-going challenging market conditions had necessitated an operational review with the aim of adjusting the Group's business to the challenging market conditions. As a result of the operational review, the Group started various business optimisation and portfolio optimisation steps, including the sale of its coke operations, OKK (which was completed on 6 December 2013), and the stress testing of the economic position of individual mines that could be idled or divested.

Following the stress testing of the Group's mining operations and the investigation of other strategic options, the Group concluded that it was not possible to sustain operations at the Group's high-cost Paskov mine in the long term in the new pricing environment. On 17 September 2013, NWR Plc announced the closure of the Paskov mine. Following this announcement, NWR Plc has been in discussions with the Czech government and on 22 April 2014 announced that it had reached agreement with certain members of the Czech government on a proposal as regards the financial support by the Czech government of the closure of the Paskov mine. The Czech government approved the Paskov Agreement on 28 April 2014 and it was signed on 6 June 2014, however this agreement is still subject to the notification to, and approval by, the European Commission, which is expected to be received by the end of 2014.

The prolonged global pressure on both coking and thermal coal prices, the expiry of the existing RCF and the likely downward revision of the Group's coal resource and reserve balances (as a direct result of the deterioration in the long-term coal price outlook), triggered a decision to initiate a review of the Group's capital structure. The Group commenced negotiations with certain large Existing Noteholders on 22 January 2014, with the aim of addressing the unsustainable debt service obligations in relation to the Existing Notes and ensuring that the Group could operate as a going concern into the future.

After discussions with representatives of many of the Group's key stakeholders, including holders of the Existing Notes, the ECA Lenders and NWR Plc's majority Shareholder, CERCL Mining, the board of directors of NWR NV has decided to implement the Restructuring, which the NWR Plc Board supports. In addition, the NWR Plc Board and the board of directors of NWR NV have decided to seek the injection of new capital into the Group and to reduce the Group's debt.

The Group's intention is to seek to avoid the adverse consequences of the Group, or parts of it, going into a formal insolvency process, and in particular, the value destruction, which would result from any such insolvency process. NWR NV believes that even lower recoveries would be achieved if its subsidiaries entered into formal insolvency processes in their respective jurisdictions and that there would be no recoveries for NWR Plc and its shareholders.

At the present market prices for coal, the Group is currently cash flow negative and the current low coal price environment has placed significant pressure on the Group's liquidity position and also on its solvency. A failure to achieve a satisfactory capital structure for liquidity and solvency purposes would pose a significant risk of the Group ceasing to operate as a going concern. If this were to occur, it would likely give rise to a materially lower return than that available to Scheme Creditors pursuant to the Scheme.

As at the date of this Explanatory Statement, NWR NV had outstanding debt under the Existing Senior Secured Notes in a principal amount of €500 million and under the Existing Senior Unsecured Notes in a principal amount of €275 million."

21. Thus the ultimate likely alternative to the scheme proposals was a significant risk of the Group (including OKD) ceasing to operate as a going concern, and a likely insolvency, with associated value destruction, closure of businesses and losses of jobs.
22. In summary overall terms, what the Group proposed by way of the scheme restructuring proposals, and what was ultimately accepted by creditors as a compromise and arrangement was that as a result of the restructuring, the Group's total external debt (including debt-like commitments) would be reduced from approximately €825,000,000 to approximately €570,000,000. The sum of €150,000,000 of such post-Restructuring indebtedness would be convertible into equity (under the terms of the New Convertible Notes), and €35,000,000 would only be payable if coal prices reached substantially higher levels and where the Group has sufficient liquidity (under the terms of the Contingent Value Rights).

23. Other parts of the restructuring proposals, as accepted by creditors, which parts are relevant to the present analysis, included the following proposals, which again were proposed by relevant Group companies (including OKD) and ultimately accepted by the relevant creditors, and which were also approved by the English court by way of the court's "sanction" jurisdiction, as part of the overall arrangements by way of compromise or arrangement between the various Group companies and the relevant creditors.

A. New money indebtedness of €35 million was to be lent pursuant to a new Super Senior Facility Agreement, which was to mature two years from the Effective Date. This was the SSCF, containing the guarantee obligation granted by OKD in support of such new facility grant. The new Super Senior Facility Agreement was to be provided and committed by certain holders of the Existing Senior Secured Notes and Existing Senior Unsecured Notes, so existing creditors were the persons providing the new money to assist with ongoing cash flow problems of the Group, on terms (which is standard) that the new money was secured with priority over debt which was or represented existing debt (such as the SSNI notes). It is commercially understandable, and appropriate, that OKD gave, and the new money creditors accepted, a guarantee from OKD for this SSCF, since OKD as a main operating company in the Group would only be able to continue to trade, and thus benefit, if new monies were provided to assist with the cash flow problems then faced. The alternative was ultimate likely insolvency.

B. The pre-restructuring debt included what was defined as the Existing Senior Secured Notes, which consisted of €500,000,000 of indebtedness of NV, carrying a coupon of 7.875%, due and payable in 2018. These Existing Senior Secured Notes were guaranteed by OKD. The Existing Senior Secured Notes, pursuant to the proposed scheme restructuring, were proposed to be written down and exchanged for the new senior secured notes due 2020, which are now the SSNI's. Thus, this was an old for new replacement by way of the issue of new notes (the SSNI's) in place of the old debt on extended maturity terms. Creditors under the old debt (the Existing Senior Secured Notes) agreed to write off a large

part of debt, and accept in its place new issued debt (the SSNI's), with the new debt being issued with a maturity date of longer duration than the original debt (2020 in place of the original maturity date of 2018). This exchange of old for new debt by way of the issue of new notes held in the structure we see as established for the SSNI's is a common and standard structure that is used in the restructuring market so as to allow companies such as the Group to effect a compromise or arrangement instead of suffer formal insolvency. (We return below to the roles of persons such as the Security Trustee and the Security Agent in the structure used, but it is worth making the point now that there is nothing sinister in these roles; and such structures are standard and serve the purposes we outline below for the benefit of the relevant creditors represented by the Security Trustee and the Security Agent.)

24. Thus in overall summary terms, the restructuring effected by the scheme, and approved by the English court contained, inter alia, provisions so that the Group and its companies (including OKD) could continue and carry on business by the receipt and use of the new money facility of €35 million, and the Group and its companies (including OKD) also benefitted by the write off of a large portion of original indebtedness by replacing €500m of its senior secured debt with €300m SSNIs, with an extended maturity date by a further two years (from 2018 to 2020).
25. As part of the restructuring arrangements, and compromises proposed by the Group (including OKD), which were accepted by both the relevant creditors interested, and the English court, were the OKD guarantees, granted for both for the SSCF facility, and also for the SSNI notes.
26. As a matter of preliminary observation, and as a matter of English law, the giving of these sorts of guarantees is a very common part of a compromise or arrangement that one sees in English scheme of arrangement restructurings, whereby a former guarantor, in exactly the position of OKD:
 - A. Gives a new guarantee in place of an old guarantee liability (ie in this case, the OKD guarantee for the SSNI's granted by OKD for a €300m,

in place of the OKD guarantee for the €500m original senior secured debt), and

- B. Gives a guarantee for a super senior new money facility to provide cash flow for the Group companies, including OKD. If OKD was not willing to provide such guarantee for the new money facility, then no doubt the new money facility would not have been granted and the Group along with OKD, would have collapsed into insolvency. It is plainly in the interests of an entity such as OKD, which is the main operating company in the Group to assist in the grant of new money facilities in such circumstances, as it allowed continued trading where the Group (and OKD) were facing distress.
27. Pursuant to the restructuring terms, and following execution of the SSCF and SSNI, funds were provided to OKD via a series of intercompany loans. As at 11 May 2016, OKD owed €29,000,000 to BV and €35,000,000 to NV. Thus OKD directly benefitted by the continuation of business which only became possible because of the compromises made with the Group companies and with OKD pursuant to the terms of the scheme and the restructuring, and OKD directly benefitted by receipt of monies derived from the restructuring terms and compromises. OKD now attempts to avoid its obligations by rejecting the guarantee claims in the Czech insolvency proceeding.

OKD insolvency and enforcement action

28. On 3 May 2016, OKD filed for insolvency in the Czech Republic.
29. On 4 May 2016, following the insolvency filing and the expiry of a standstill and temporary waiver letter, the Majority Super Senior Creditors notified the Super Senior Credit Facility Agent and the Security Agent of various Events of Default (as defined in the SSCF).
30. Under clauses 11.4 and 14 of the ICA, the Majority Super Senior Creditors issued Qualifying Instructions to the Security Agent to: (i) demand payment from OKD under the SSCF Guarantee; and (ii) enforce the Transaction Security. The Majority Senior Secured Creditors acknowledged the instructions.

31. On 4 May 2016, the Security Agent issued a notice to OKD demanding payment from OKD under the SSCF Guarantee.
32. On 11 May 2016, the Majority Senior Secured Creditors issued Qualifying Instructions to the Senior Secured Notes Trustee and the Security Agent to demand payment from OKD under the SSNI Guarantee.
33. On 11 May 2016, the Senior Secured Notes Trustee and the Security Agent issued a notice to OKD demanding payment from OKD under the SSNI Guarantee.

Guarantee claims

34. On 16 May 2016, the Majority Senior Secured Creditors instructed the Security Agent to file a proof of claim in the insolvency proceedings of OKD in respect of the amounts demanded from OKD under the SSNI Guarantee (the “**SSNI Guarantee Claim**”).
35. On 24 May 2016, the Majority Super Senior Creditors instructed the Security Agent to file a proof of claim in the insolvency proceedings of OKD in respect of the amounts demanded from OKD under the SSCF Guarantee (the “**SSCF Guarantee Claim**”).
36. The Security Agent subsequently filed proofs of claim in the insolvency proceedings of OKD in respect of the SSCF and SSNI Guarantee Claims.
37. On 31 May 2016, as a result of the enforcement of security, the Security Agent made a distribution of cash proceeds under the ICA. The principal amount of the loan under the SSCF was repaid by €12,019,670.25 (to reduce the principal amount outstanding to €22,980,329.75) and interest of €738,839.06 was repaid in full. As at 5 July 2016, as a result of the partial repayment, the outstanding claim in respect of the SSCF was €22,980,329.75.
38. All amounts due under the SSNI remain outstanding.

Rejection of the guarantee claims

39. On 25 July 2016, OKD and Mr Lee Louda (the Czech insolvency trustee of OKD) notified their intention to reject the SSCF and SSNI Guarantee Claims in

the list of registered receivables (the “**Rejection Statement**”) filed with the Regional Court in Ostrava.

40. Subsequently, OKD and Mr Lee Louda formally rejected the SSCF and SSNI Guarantee Claims at the review hearing before the Regional Court in Ostrava on 10 August 2016.
41. The SSCF guarantee is governed by English law and that is the subject of our Joint Opinion. The SSNI guarantee is governed by New York law, and we are not asked to give an expert opinion on that.
42. OKD and OKD’s insolvency trustee rejected the SSCF and SSNI Guarantee Claims on a number of bases. The Rejection Statement sets out the following reasons:
 - A. SSCF Guarantee:
 - i. NV as controlling entity of OKD induced OKD to assume the guarantee obligations;
 - ii. entry into the 2014 Restructuring and the SSCF was not in OKD’s interest;
 - iii. OKD had no opportunity to object to the 2014 Restructuring and the SSCF;
 - iv. the SSCF guarantee was not duly and properly agreed and executed by OKD due to a conflict of interest between NV and OKD;
 - v. the SSCF guarantee was not duly and properly agreed and executed by OKD due to a conflict of interest between OKD and OKD’s representative (Mr Boudewijn Wentink, a director of NV);
 - vi. the Security Agent failed to demonstrate the existence of the primary debt under the SSCF;
 - vii. no valid power of attorney had been produced for Mr Boudewijn Wentink as signatory for OKD; and

viii. the SSCF and ICA were legally inoperative against OKD as they represented “transactions without adequate counter-performance” or transactions constituting “preferential treatment” (of BV, NV and the Security Agent) under the Czech Insolvency Act.

B. The SSNI Guarantee was rejected on similar grounds.

43. The Security Agent filed a statement with the Regional Court in Ostrava on 5 August 2016, objecting to the rejection of the Security Agent’s claims (the “**Security Agent Response**”).

Legal action requesting recognition of the guarantee claims

44. On 9 September 2016, the Security Agent filed a legal action at the Regional Court in Ostrava formally requesting the court to reverse the rejection and recognize the SSCF and SSNI Guarantee Claims (the “**Legal Action**”). The Legal Action has not yet been heard before the Czech court.

Relevant provisions of English law

45. We now turn to give various summaries of English law as regards circumstances which are relevant to the present case. We start with a summary of the law relating to schemes of arrangement, then give a short summary as regards the law of suretyship, then summarise the law relating to the role and duties of security trustees / security agents and facility agents, and then finish with a brief review of the “indoor management rule” under English law and authority of persons who execute agreements on behalf of a company. After this legal review we turn to the facts of the present case and give our answers to the questions posed.

Schemes of Arrangement under Part 26 of the English Companies Act 2006

46. An English law scheme of arrangement is a process under the English Companies Act 2006, Part 26, which allows a company, or a group of companies, *inter alia* to compromise with their creditors by way of a

compromise or arrangement under the supervision and authority of the English court.²

47. In the present type of case, the company or companies propose to creditors the terms of compromise, often in order to allow the relevant companies and group to continue to trade in circumstances of financial distress as an alternative to formal insolvency proceedings being commenced.
48. In proposing the compromise or arrangement the relevant scheme company must explain to relevant creditors, in an Explanatory Statement, the circumstances and terms of the proposed compromise or arrangement, so that creditors can decide on full information whether to vote in favour of the proposed compromise or arrangement. The proposing company has a duty of utmost candour, both with the court, and with relevant creditors so that full and accurate information is given.³ By section 897 (2) of the Companies Act 2006, the explanatory statement must explain the effect of the compromise or arrangement.⁴
49. The English court decides whether to order the convening of meetings of creditors to consider the proposed compromise or arrangement pursuant to s 896 (1) of the Companies Act 2006 which provides that the court may order a meeting or meetings of the class or classes of creditor to be summoned in such manner as the court directs. The English court therefore has a supervisory jurisdiction in respect of who is called to meetings, and on what terms.

² Part 26 of the Companies Act 2006 allows a compromise or arrangement to be proposed between a company and its creditors, or any class of them, or its members or any class of them: section 895 CA 2006. Section 895 CA 2006 has a long history, going back to s.136 of the Companies Act 1862 and s.2 of the Joint Stock Companies Arrangements Act 1870 and s.24 of the Companies Act 1900 (all which restricted compromises or arrangements to a company in winding up), and afterwards s.38 of the Companies Act 1907, s.120 of the Companies (Consolidation) Act 1908, s.153 of the Companies Act 1929, s.206 of the Companies Act 1948 and then s.425 of the Companies Act 1985 (all of which allowed a company to make a compromise or arrangement with members or creditors or any class, and jettisoned the original requirement that a company had to be in winding up).

³ *Re Indah Kiat International Finance Company B.V.* [2016] EWHC 246 (Ch), at paras 40 to 42.

⁴ In *Re Heron International N.V* [1994] 1 BCLC 667, Sir Donald Nicholls V-C stated that the explanation of the effect of the scheme requires that if a person called to vote on it is to be able to exercise a reasoned judgment on whether the scheme is in his interests or not, there must be an explanation of how the scheme will affect him commercially.

50. If creditors representing 75% in value of relevant creditor claims, and a majority in number, vote in favour of the relevant compromise or arrangement terms, then the proposer returns for a hearing before the English court to seek the English court's sanction (approval) of the proposed compromise pursuant to section 899 of the Companies Act 2006. The English court at this 'sanction' hearing will consider the proposal for compromise or arrangement on well-established principles comprising, in summary, tests of whether the proposer has complied with the court's directions, and complied with the provisions of the Companies Act 2006 in respect of the scheme proposals, and will consider whether the class of creditors was properly represented such that the vote represents the combined will of the relevant creditors, and will consider whether an honest and intelligent objective member of the creditor class *could* have approved the proposed compromise, and will consider whether there is some "blot" on the scheme meaning the court should not grant its powers of sanction in favour of the scheme.⁵
51. If the English court grants a sanction order and approves the compromise or arrangement as contained in the scheme of arrangement, the terms of such compromise or arrangement then become binding on the company and all its creditors (or all those creditors within the relevant class or classes of creditors with which the compromise or arrangement is made) pursuant to section 899 (3) of the Companies Act 2006.
52. Thus the English court has an important role in the proposal and consideration of a scheme of arrangement, in that it acts as a court of law at different stages to determine rights and determine whether the proposed scheme of arrangement should become binding as a matter of English law, exercising well-known principles to ensure the proper class or classes of creditors meet, and to ensure that the scheme of arrangement itself is a fair and appropriate scheme that should forcibly bind dissentients to the scheme of arrangement.
53. An English court order granting sanction to a scheme of arrangement is a binding judgment, and is enforceable and enjoys automatic recognition in EU

⁵ See *Re Alabama, New Orleans, Texas and Pacific Junction Railway Co* [1891] 1 Ch 213; *Re English, Scottish, and Australian Chartered Bank* [1893] 3 Ch 385.

Member States pursuant to the recast Jurisdiction Judgments Regulation 1215 / 2012, subject to the Regulation's provisions.⁶ Quite apart from that, the general rule of Private International Law (Conflict of Laws) is that any extinction or modification of a debt by the law governing the debt will be recognised in other civilised countries. The scheme has statutory effect in English law and thus any extinction or modification of indebtedness governed by English law should be recognised in other countries.

54. If an English court considered that the proposed compromise terms in overall terms, or otherwise, were inappropriate, or were unlawful, it would not sanction (approve) the compromise and arrangement.
55. One final point worth making is that the compromises or arrangements that are made under English law commonly involve the participation of third parties, either by way of the third party granting rights in support of the proposed compromise (such as happened in the present case with the cross Group arrangement and involvement of OKD giving guarantees), or by way of third parties being released as obligors, e.g. by scheme terms agreed between the principals to release co-obligors (such as happened in the present case by the creditors agreeing to release the original €500m of debt and the guarantees given in support by OKD). These legal principles are both recognised by the English courts and permissible and lawful as a matter of English law as part of the scheme jurisdiction principles.⁷

Guarantees and contracts for suretyship under English law

56. We turn to give a brief summary of English law principles as regards the giving of guarantees.

⁶ See *Re Rodenstock GmbH* [2011] EWHC 1104 (Ch); [2012] BCC 459.

⁷ *Re T&N Ltd (No 4)* [2006] EWHC 1447 (Ch), [2007] Bus LR 1411, para 45. And see *Re Lehman Brothers International (Europe) (in administration) (No 2)* [2009] EWCA Civ 1161, [2010] Bus LR 489 at paras 62 to 65.

57. A contract of suretyship or guarantee is in essence a contract by which one person (the surety) agrees to answer for some liability of another (the principal debtor) to a third person (the creditor). However, the exact terms on which liability is agreed depends on the terms of the guarantee contract agreed between the parties.
58. The contract of guarantee is thus to undertake a secondary liability, although the terms of the guarantee contract will sometimes impose a primary liability. In the present case, Clause 18.1 of the SSCF expressly creates not only a guarantee (secondary liability) but also, should any guaranteed liability become unenforceable, invalid or illegal, a direct “indemnity” liability for the amount which could otherwise have been recoverable under the guarantee.
59. *Prima facie*, a surety does not merely undertake to perform if the principal debtor fails to do so; he undertakes to see that the principal debtor will perform.⁸
60. A contract of suretyship is formed, like any other contract under English law, by offer and acceptance, supported by “consideration” (unless the contract is by a document with special formality called a “deed”, as in the case of the ICA, in which event there is consideration by the fact of the deed).⁹ “Consideration” is a requirement in the absence of a “deed” because English law does not generally enforce gratuitous promises unless the formality of a “deed” is observed. The requirement of “consideration” is thus a requirement of value, but one which under the case-law can easily be satisfied. “Consideration” can consist of any benefit, even a nominal benefit of a promise to pay 1 Euro if demanded, or simply a promise to do something, conferred on the guarantor or some other party such as the principal debtor, or instead of a benefit, can consist of a legal (not necessarily economic) detriment to the creditor¹⁰. For example, where the surety guarantees some future debt or transaction, and the contract is not made by deed, the consideration may be a promise on the part of the creditor to grant the credit to the principal debtor or to enter into the transaction, or the actual act

⁸ Chitty on Contracts (32nd ed), para 45-001.

⁹ Chitty on Contracts (32nd ed), para 45-019 and 45-022.

¹⁰ There is a detailed discussion of the “consideration” requirement for guarantees in Rowlatt (6th edition, 1999) chapter 2.

of doing so. Even if (as is commonly the case) the surety derives no benefit from the transaction, the creditor suffers a detriment which is sufficient consideration. A guarantee even of a past debt or transaction will be valid if the creditor promises to forbear from suing, or to give time to, the principal debtor, or if he actually does so at the request of the surety.¹¹

The role and duties of security trustees / security agents and facility agents under English law

61. In syndicated lending, where a borrower borrows money on terms of a facility agreement and there are numerous lenders acting alongside each other as a syndicate, it is convenient to have a single representative who represents the lenders as a body for a number of purposes, often including demanding repayment and enforcing any security or guarantee.
62. Thus there will commonly be provisions in a facility agreement to appoint a facility agent, who will be obliged to carry out the duties and obligations as specified in the relevant facility agreement. Commonly these duties will include giving notices to the borrower (on behalf of all the lenders), and carrying out mechanical and administrative roles on behalf of the whole body of relevant lenders.
63. The facility agent is normally appointed as the agent to carry out these relevant functions on behalf of the body of borrowers and the mechanism of agency is a convenient and practical way of allowing for the body of creditors to act as a whole.
64. The facility agent will commonly, under applicable terms, be required to act upon majority lender consent or direction. The facility agreement or inter-creditor agreement will contain the relevant majority creditor provision, which is often 66.6% of the relevant creditors. Thus, by way of example, to accelerate payment of debt after a default, a majority lender decision can be provided for

¹¹ Chitty on Contracts (32nd ed), para 45-022 and 45-023.

to allow or direct the facility agent to give the acceleration notice to the borrower.

65. The security agent/trustee by contrast will, in summary, be another representative of the lenders, but a representative who holds security rights and debt claims as agent/trustee (fiduciary) for the lenders. Again, this structure is a structure to enable a security package to be held on behalf of the body of lenders, rather than having to structure the transaction so that each lender holds individual security rights in a splintered fashion. The security agent/trustee's rights, duties and obligations are also a matter of contract and trust law (law relating to fiduciaries)¹² as set out in the relevant security and contractual documents, and also normally as set out in an inter-creditor deed. The inter-creditor deed is, as its name suggests, a contract which regulates the relationships between the creditors themselves, and thus will commonly address priority rights of each different class of creditor, and other matters that require regulation as between creditors inter se and as between the creditors and the borrower and/or other obligors.
66. It is also worth giving a brief summary of how notes which are traded through stock exchanges such as Ireland or Luxembourg are commonly held. The clearing agent for a stock exchange such as Luxembourg will be Clearstream or Euroclear, and to enable the underlying 'notes' to be traded through the clearing systems from buyer to seller, there is only one 'global note' which is commonly registered in the name of a depositary acting for Clearstream or Euroclear, with the underlying interests of buyers and sellers (the ultimate true beneficial owners of the notes) being recognized by book entries in the books of Clearstream and Euroclear (rather than by the holding of any document representing the note itself). There are commonly terms provided for in the relevant indentures that allow the underlying beneficial holders of the notes to call for definitive notes (i.e. individual notes) in certain circumstances, for example if the stock exchanges cease to trade, or sometimes if there is a default.

¹² In English law, if there is a "trust", the "trustee" (fiduciary) holds assets in a fiduciary capacity for one or more "beneficiaries", pursuant to the terms of a document which contains the terms of the trust. The trust concept is often used in syndicated lending to enable a Security Trustee to hold a security interest in the assets of borrowers or others for the benefit of lenders.

The relevant rights will be set out in the relevant indenture. The overall purpose of these structures is to allow for ease of trading between underlying buyer and seller without having to transfer physical notes every time a trade is carried out.

67. There are numerous cases which have recognized or considered these structures under English law, and there are also cases that have come before the English courts where consideration has been given to the rights granted to underlying ‘holders’ of notes under securitization agreements, including New York law indentures. Thus, for example:

- A. As regards a facility agent or security agent, in *Torre Asset Funding Limited & anr v The Royal Bank of Scotland plc* [2013] EWHC 2670 (Ch), the English court considered the contractually imposed duties and obligations upon the facility agent in a complex securitized structure which followed Loan Market Association (“LMA”) standard forms. The court held that the precise duties of an agent in any particular case are determined by the express terms of the agreement between the parties, and that there were no clearly defined set of general duties as a matter of common law (judge-made law based on customary law or legal precedents) that are automatically imposed upon an agent in financing transactions, and that there was limited scope for implying additional obligations into detailed finance contracts entered into by sophisticated parties. On the facts of the case, a claim of a junior lender, who alleged that it had suffered loss by reason of alleged failures of the agent to notify events of default, was dismissed by the court in circumstances where the court held that where the relevant contract specified that the agent’s duties were solely mechanical and administrative in nature, the agent was not required to make a substantive, evaluative judgment as to whether, on the facts, an event of default had occurred. The judgment reinforces the principle that, unless otherwise stated, such a facility or security agent performs a very limited role in syndicated finance transactions, being essentially mechanical and administrative in nature.

B. As regards a security trustee, in *Saltri III Ltd v MD Mezzanine SA Sicar & Ors* [2012] EWHC 3025) the English court considered the duties, obligations and powers of the relevant security trustee (in circumstances where the security trustee had relied upon the specified contractual and enforcement rights in the relevant agreements, which included a senior facilities agreement, a mezzanine facilities agreement, an inter-creditor agreement, and security rights held by the security trustee) to release claims and sell assets by way of enforcement, for repayment to senior lenders, where there were not sufficient realisations to pay mezzanine lenders who were subordinated under the relevant contractual structures agreed. The mezzanine lenders claimed against the security trustee alleging damage,¹³ but the English court, in a close analysis of the rights and duties of the security trustee as set out in the relevant contractual documentation, dismissed the claim against the security trustee. The case is an example of the English court approaching such a claim by reviewing and considering in detail the contractual terms as agreed between the various sophisticated commercial parties as set out in the suite of agreements which included or provided for:-

- i. lending agreements (the facility agreements pursuant to which the senior lenders lent facilities, and the mezzanine facility agreement pursuant to which the mezzanine lenders lent facilities);

¹³ The facts of the case were that the borrower was in severe financial difficulties. The senior lenders instructed the security trustee (in accordance with the inter-creditor agreement) to enforce the security and transfer the business of the borrower to a special purpose vehicle owned by one of the senior lenders for the purpose of the restructuring. Amongst the claims made by the mezzanine lenders were allegations that the security trustee breached its duty under the inter-creditor agreement and breached its fiduciary duty to the mezzanine lenders. The English court held that a person could act as a fiduciary in some respects, and not in others, and that where sophisticated parties had entered into commercial contracts to govern their relationship, the scope and nature of such duties would be defined by those agreements. By the agreements, the mezzanine lenders' interests were subordinated to those of the senior lenders, and the security trustee was obliged to follow the instructions of the senior lenders, even if these instructions were detrimental to the interests of the mezzanine lenders. The inter-creditor agreement expressly provided that in the context of the enforcement of the security, the extent of the duties owed by the security trustee to the mezzanine lenders was no different to or greater than those owed by a mortgagee to a mortgagor under general law, which is not a fiduciary duty.

- ii. the appointment of facility agents to represent relevant lenders (the senior facility agent, as appointed by the senior facility agreement to represent the senior lenders; and the mezzanine facility agent, as appointed by the mezzanine facility agreement to represent the mezzanine lenders);
 - iii. the appointment of a security trustee, by the terms of the inter-creditor agreement, its powers and obligations on any enforcement of security; and
 - iv. the ranking of debt, being an agreement between the lenders that the senior lenders would take first priority on enforcement, and the mezzanine lenders would be subordinated to the rights of the senior lenders, agreed by the terms of the inter-creditor agreement.
- C. As regards cases where consideration has been given to the rights granted to underlying ‘holders’ of notes under securitization agreements, including New York law indentures, the English court has considered the structures and the definitivisation rights of such underlying ‘noteholders’ in the following cases, which all concerned schemes of arrangement and the question of whether a ‘noteholder’ who did not hold an actual note but who could call in certain circumstances for a physical note to be issued to him could be a contingent creditor for voting purposes in a scheme of arrangement.
- i. *Re Castle Holdco 4 Ltd* [2009] EWHC 3919 (Ch), where Norris J relied on the contingent right to call for definitive notes to hold that “*the ultimate beneficial owners may ... be properly regarded as contingent creditors*”;
 - ii. *Re Gallery Capital SA* (unreported, 21 April 2010), where Norris J held that the ultimate beneficial owners of the notes were contingent creditors;
 - iii. *Re Co-operative Bank plc* [2013] EWHC 4072 (Ch), where Hildyard J described Norris J’s conclusion in *Castle Holdco* and

Gallery Capital that the beneficial owners of the notes were contingent creditors as “*both logical and ... entirely justified*”; as Hildyard J put it “*the right of those beneficially interested to call for the legal interest is analogous to the position of a contingent creditor*”; and

- iv. *Re Magyar Telecom BV* [2013] EWHC 3800 (Ch), where David Richards J stated that: “*The Note Creditors are not strictly speaking creditors of the company unless and until Notes are registered in their names. There are, however, under the indenture, circumstances in which Notes may be registered in their names, and they are accordingly contingent creditors of the company and thus ‘creditors’ for the purposes of section 899 of the Companies Act 2006*”.

English company law and the ‘indoor management rule’

68. We address English company law principles, and the ‘indoor management rule’ because some of the questions we are asked touch upon the ability of OKD to enter into a guarantee. Although we would expect the internal management powers of OKD to be governed by Czech law, since OKD is a Czech company, we outline for the assistance of the Czech court the English law principles in this area.
69. Before the First EEC Company Law Directive (and the provisions of s 40 (1) of the Companies Act 2006) English common law provided that, pursuant to what was referred to as the ‘indoor management rule’, third parties who dealt in good faith with a company were entitled to assume that the company’s internal procedures had been complied with, and thus for example contracts entered between a company and a third party could be enforced by the third party against the company, irrespective of whether proper internal procedures had been

followed.¹⁴ Article 9 of the First EEC Company Law Directive was enacted into English law by s 40(1) of the Companies Act 2006, which provides¹⁵:

“In favour of a person dealing with a company in good faith, the power of the directors to bind the company, or authorise others to do so, is deemed to be free of any limitation under the company’s constitution.”

70. Section 40 (2) of the Companies Act 2006 explains what is meant by a person dealing with the company in good faith, within s 40(1), as follows:

“For this purpose—

- (a) a person ‘deals with’ a company if he is a party to any transaction or other act to which the company is a party;
- (b) a person dealing with a company—
 - (i) is not bound to enquire as to any limitation on the powers of the directors to bind the company or authorise others to do so,
 - (ii) is presumed to have acted in good faith unless the contrary is proved, and
 - (iii) is not to be regarded as acting in bad faith by reason only of his knowing that an act is beyond the powers of the directors under the company’s constitution.”

¹⁴ *Royal British Bank v Turquand* (1856) 6 E & B 327. Cf also *TCB Ltd v Gray* [1986] Ch 621, 635 where Sir Nicholas Browne-Wilkinson V-C (whose judgment was upheld on appeal: [1987] Ch 458) said that the old doctrine of constructive notice of the company’s memorandum and articles, mitigated by the *Turquand* case, caused commercial inconvenience and injustice and was largely swept away by the provisions giving effect to Art 9 First EEC Company Law Directive.

¹⁵ No substantive change to the law was intended by this new section. See the “White Paper” (UK government report explaining the purpose of proposed legislation) issued in respect of the proposed Companies Bill, *Modernising Company Law* (at paras 28 – 29) which commented on the draft bill: ‘The basic rule ... as under the present law, is that those doing business with the company are entitled to assume that the board of directors has authority to enter into commitments on the company’s behalf and to authorise others to do so. They do not need therefore to worry about what is in the company’s constitution.’

71. The requirement that the dealing must be ‘in good faith’ ensures that a defence based on absence of notice would not be available to someone who has not acted genuinely and honestly in his dealings with the company.¹⁶ However, the statutory language means that it is possible for a person to act in good faith despite knowing that an act is beyond the powers of the directors under the company’s constitution.¹⁷ Further, the person dealing is also protected by the statutory presumption that he acted in good faith unless the contrary is proved.
72. As a matter of English company law, the directors, (as the organ of the company vested with actual authority to manage its affairs), may delegate their authority to a committee of directors, a managing director, or any other single director or representative (whether by way of appointment of attorney or otherwise), so as to confer express actual authority and allow the company to be bound by such delegate.¹⁸
73. The Companies Act 2006 Act, s 43(1) provides that there are two ways in which the directors may procure a company to make a contract: one directly by the company and the other through the agency of authorized persons on its behalf. The subsection provides:

“Under the law of England and Wales or Northern Ireland a contract may be made—

- (a) by a company, by writing under its common seal, or

¹⁶ See *Barclays Bank v TOSG Trust Fund* [1984] BCLC 1, 18; *Smith v Henniker-Major & Co* [2003] Ch 182, CA at para 108, where Carnwath LJ said that the general policy of the section ‘seems to be that, if a document is put forward as a decision of the board by someone appearing to act on behalf of the company, in circumstances where there is no reason to doubt its authenticity, a person dealing with the company in good faith should be able to take it at face value’. A third party cannot rely on apparent authority if his belief is dishonest or irrational, which includes turning a blind eye or being reckless: see *Thanakharn v Akai Holdings Ltd (No 2)* [2011] 1 HKC 357, as applied by the English Court of Appeal in *Quinn v CC Automotive Group Ltd* [2011] 2 All ER (Comm) 584, CA, para 23. See also *LNOC Ltd v Watford AFC Ltd* [2013] EWHC 3615 at paras 90–2; *Acute Property Developments Ltd v Apostolou* [2013] EWHC 200 (Ch), at para 39; and *PEC Ltd v Asia Golden Rice Co Ltd* [2014] EWHC 1583 (Comm) at para 73.

¹⁷ *Ford v Polymer Vision Ltd* [2009] 2 BCLC 160 illustrates this. There was no arguable case of absence of good faith even if a third party knew that the board meeting at which his debenture was approved was defective under the company’s constitution, because notice to persons entitled to it was not given and it was deemed to have been held in the UK (para 78). As Blackburne J said, at para 73, good faith is ‘the touchstone’.

¹⁸ *Hely-Hutchison v Brayhead Ltd* [1968] 1 QB 549, 583, CA, per Lord Denning MR.

(b) on behalf of a company, by a person acting under its authority, express or implied.”

74. Thus s 43 (1)(b) expressly allows for the board of directors of a company to appoint or authorise an attorney or such other person as they think appropriate to sign an agreement on behalf of the company. The subsection also contemplates that such authority can be express or implied, so an agent may be authorised even where there is no formal board resolution authorising his action.
75. We now list each of the questions we are asked in instructions, and give our answers.

Questions we address as a matter of English law for the Czech Court

76. Does a primary debt under the SSCF exist?
77. Our answer is ‘yes’, a primary debt does exist as a matter of English law. Our reasons are as follows.
- A. The SSCF was made as an agreement between various parties, being New World Resources N.V (as ‘Company’), NWR Holdings B.V (as ‘Midco’), the Original Guarantors, which included OKD (by the definitions of Original Guarantor being those persons listed at Schedule 1, Part A, and OKD’s execution of the agreement), the Original Lenders (who were to lend €35,000,000), Deutsche Bank AG (as ‘Agent’), and Citibank N.A (as ‘Security Agent’).
 - B. The SSCF is governed by English law, (save as regards Schedule 9, which is governed by New York law): clause 40 (a) and (b).
 - C. By clause 2.1, subject to the terms of the SSCF, the Lenders make available a euro term loan facility in an aggregate amount equal to the Total Commitments. The Total Commitments are defined as the aggregate of the Commitments, being €35,000,000 at the date of the Agreement.
 - D. By clause 6.1, Midco was required to repay the full amount of the Outstanding Loan on the Maturity Date. The Maturity Date is defined

as a date falling two years after the Effective Date. The Effective Date has the meaning given to the term Restructuring Effective Date in the Scheme, which in turn was defined as: ““Restructuring Effective Date” means the date on which NWR NV confirms to the Scheme Creditors that the Restructuring Scheme Conditions have been satisfied or waived (if applicable)”.

E. Since the SSCF was a super priority new loan of €35,000,000 provided to Midco for the purposes of the Group, and in the circumstances as outlined above in the Explanatory Statement, an English court would have no difficulty in both recognizing the primary debt owed by the relevant obligors under the SSCF, and would have no difficulty in entering judgment for repayment of sums borrowed in accordance with the contractual terms agreed by the SSCF and as contemplated by the terms of the scheme of arrangement as sanctioned by the English court.

78. Is the SSCF Guarantee valid and binding on OKD for the full amount of outstanding unpaid principal and accrued, unpaid interest and would it be recognized as such and enforced by an English court? In particular, please consider:

- A. the corporate benefit to OKD of providing the SSCF Guarantee;
- B. the consideration provided to OKD in return for providing the SSCF Guarantee;
- C. any conflict of interest between OKD and NV;
- D. any conflict of interest between OKD and Boudewijn Wentink (as director of NV);
- E. the execution of the SSCF and the power of attorney under which OKD executed the SSCF; and
- F. the assertion that NV forced OKD to provide the SSCF Guarantee.

79. Our answer to this question is ‘yes’, the SSCF Guarantee and Indemnity as given by OKD in clause 18.1 of the SSCF¹⁹ is valid and binding on OKD for the full amount of outstanding unpaid principal and accrued unpaid interest and in our view an English court would have no difficulty in entering judgment against OKD as guarantor for such unpaid principal and interest, since OKD entered into the guarantee obligations as set out in the SSCF and is thus bound by such covenants as a matter of English contract law. Our reasons and our comments on the points in sub paragraphs A to F as per the previous paragraph are as follows.

A. We will deal with the questions as regards consideration and corporate benefit together (the questions in A and B in the previous paragraph), as they are inter-related.

- i. First, as regards consideration for the contract of guarantee, as we set out in our summary of English law on guarantees (above), the consideration may be a promise on the part of the creditor (who on the facts of the present case are the lenders of the €35m) to grant the credit or enter into the transaction (the lending of the €35m), or the actual act of doing so.
- ii. As we point out, even if (as is commonly the case) the surety derives no benefit from the transaction, the creditor (the lenders in the present case) suffers a detriment in law (by the provision of the loan) which is sufficient consideration.

¹⁹ Clause 18.1 of the SSCF provides, as regards the liabilities of the Guarantors: “Each Guarantor irrevocably and unconditionally jointly and severally: (a) guarantees to each Finance Party punctual performance by each other Obligor of all that Obligor’s obligations under the Finance Documents; (b) undertakes with each Finance Party that whenever another Obligor does not pay any amount when due under or in connection with any Finance Document, that Guarantor shall immediately on demand pay that amount as if it was the principal obligor; and (c) agrees with each Finance Party that if any obligation guaranteed by it is or becomes unenforceable, invalid or illegal, it will, as an independent and primary obligation, indemnify that Finance Party immediately on demand against any cost, loss or liability it incurs as a result of an Obligor not paying any amount which would, but for such unenforceability, invalidity or illegality, have been payable by it under any Finance Document on the date when it would have been due. The amount payable by a Guarantor under this indemnity will not exceed the amount it would have had to pay under this Clause 18 if the amount claimed had been recoverable on the basis of a guarantee.”

- iii. Thus on the facts of the present case, and taking account of the terms of the SSCF and the super senior lending of €35m, there is no doubt that consideration was provided for the guarantee covenant of OKD such that the contract of guarantee is enforceable and valid as a matter of English law.
- iv. It should be noted that in English law the English courts do not concern themselves with the question whether the consideration provided is “adequate” or has commensurate value when determining whether a contractual covenant is enforceable.²⁰ Further, the English law requirement is that consideration should move from the promisee (here the lenders).²¹
- v. As regards the question of corporate benefit, since the facts concern a guarantee granted by OKD for the provision of a new money facility, and a restructuring sanctioned (approved) by the English court by way of scheme of arrangement which expressly contemplated and explained to creditors the super priority new money facility and the provision of the OKD guarantee, in our view, an English court would have no sympathy for any argument by OKD along lines that OKD allegedly obtained no corporate benefit for the guarantee it gave.
- vi. The reason an English court would dismiss OKD’s allegations, in our view, is that OKD did, in the event, obtain corporate benefit, since the whole purpose of the scheme of arrangement restructuring was to save the Group, and OKD as part of the Group, from insolvency and its general inability to repay the outstanding indebtedness at the time of the scheme of arrangement. The alternative for OKD at the time of the scheme was to be required to repay the previous principal debt outstanding, which it was presumably unable to do.

²⁰ See Chitty on Contracts, (32nd ed), para 4-014.

²¹ See Chitty on Contracts (32nd ed), para 4-037.

- vii. The various compromises as promulgated by the scheme of arrangement allowed OKD, and Group companies, to write off significant sums of debt in lieu of the compromise as offered by the Group and its companies; and one element of the compromises was the new monies facility, guaranteed by OKD, to enable the Group and OKD to continue to trade with the benefit of the new monies facility.
- viii. Under Article 4 of Regulation 1346/2000 on insolvency proceedings, the Czech insolvency proceedings for OKD are governed by Czech law as the *lex concursus*, subject to the exceptions set out in Articles 5-15. Article 13 provides in effect that a transaction governed by English law, such as the guarantee in question, cannot be attacked under Czech insolvency law if there are no means of attacking it under English law on the facts of a particular case²². As far as English law is concerned, there are no grounds on which the guarantee could be avoided either under general law (as discussed generally in this Joint Opinion) or under insolvency law. For example, if it were suggested that OKD received much less value for giving the guarantee than the value of giving the guarantee, any claim to avoidance under the undervalue provision of s.238 of the UK Insolvency Act 1986 could not succeed because in s.240 (5) of the Insolvency Act 1986, when dealing with transactions at an undervalue, there is a provision that

“The court shall not make an order under this section in respect of a transaction at an undervalue if it is satisfied—

(a) that the company which entered into the transaction did so in good faith and for the purpose of carrying on its business, and

²² See generally the commentary on Article 13 in Moss, Fletcher and Isaacs, at paragraphs 8.255 – 8.267.

(b) that at the time it did so there were reasonable grounds for believing that the transaction would benefit the company.”

- ix. Where a corporate guarantee is provided as part of the overall arrangements sanctioned by a scheme of arrangement, and where the English court has considered the terms of the scheme at the sanction hearing, and where the Group and its companies have a duty of utmost candour to explain to the court and the creditors all relevant details as regards the various transactions for the compromise, it would be somewhat surprising if there was insufficient corporate benefit for OKD to enter the transaction of guarantee in respect of the new money facility.
- x. Further, OKD did in the event obtain benefit, because the scheme compromise and the transactions contemplated by it, including the OKD guarantee, allowed OKD and the Group to continue to trade and avoid likely insolvency.
- xi. It is not correct to allege that a guarantee is invalid in English law if the guarantor’s rights to indemnity or recourse against the principal debtor are circumscribed or in fact of limited worth in commercial terms. We draw attention to clause 18.8 of the SSCF Guarantee which provides for a deferral of the guarantor’s rights until full payment under the Finance Documents. Thus by clause 18.8 (a) the guarantor agrees not to seek any indemnity from another Obligor until all sums have been paid under the Finance Documents, and by clause 18.8 (b) contains a similar covenant not to seek contribution from any other guarantor, and by clause 18.8 (c) the guarantor agrees not to take the benefit of any rights of the Finance Parties under the Finance Documents until full payment. These are enforceable clauses in English law, and are common and to be expected in such a guarantee, as they ensure that the Finance Parties (the lenders and others owed repayment) are paid first, and prevent the guarantor from competing against

claims of the Finance Parties. An English court would have no difficulty in enforcing such clauses as against the guarantor.

xii. In *Levy McCallum Ltd v Allen* [2007] NI Ch. 3, the Northern Irish High Court, considering a local copy of the English Insolvency Act provisions, held that the equivalent of the s.240(5) defence was made out where the giving of the guarantee was necessary to enable the debtor to continue in business. This approach would be followed by the English courts²³.

xiii. For all these reasons we consider an English court would have no hesitation in enforcing the terms of the guarantee against OKD.

B. See (A) above.

C. We now address the questions as set out in the previous paragraph in sub-paragraphs (C), to (F), which questions are inter-connected, and are questions concerning the capacity of the attorney who signed the guarantee of OKD (a director of NV), pursuant to the board resolution authorities of OKD granted on 2 September 2014, and it raises the question of the authority of the attorney. These points can be answered fairly shortly.

i. An English court would look to the board minute of OKD and resolutions as passed by OKD according to the 2 September 2014 board resolution signed by the directors of OKD.

ii. The board resolution records that OKD had entered into a power of attorney appointing Boudewijn Wentink as attorney (the "Attorney") for OKD to take all such steps in order to give effect to the Scheme and the Restructuring, including but not limited to, execution of such documents and transactions listed in such power of attorney on OKD's behalf.

²³ Although neither Northern Irish nor first instance cases are strictly binding on English judges, they are regarded as "persuasive" precedents and are usually followed.

- iii. The actual power of attorney is also dated 2 September 2014, and is signed by the chairman of OKD, pursuant to the resolution, ratification and authority of the resolution as contained in the board minute. Thus the appointment of the attorney is perfectly valid, if English law applied²⁴, as the agent has been appointed with the authority of the board of directors to sign the various agreements listed, including the “super senior facility agreement” which contains the OKD guarantee for the SSCF.
- iv. This method of appointment, and execution is perfectly lawful in English law pursuant to s 43(1)(b) of the Companies Act 2006 (which we touch on above).
- v. The board resolution records the approval of the board of directors for the granting of the guarantee in the following terms.
 - 1. The resolution expressly approves, in connection with the scheme of arrangement and the restructuring, the granting of any security by OKD as anticipated in the Documents (defined as the list of documents in Annex 1), including, the Facility Agreement (as specified in Annex 1) which contains the guarantee of OKD and the Indenture (as specified in Annex 1). (Underlining added.) The resolution also represents that OKD has entered into the power of attorney mentioned above.
 - 2. Annex 1 of the resolution lists the Documents, and lists as the first document the super senior credit facility agreement between the Company, NWR NV, NWR Holdings B.V, as the borrower (the “**Midco**”), the original guarantors named therein, Deutsche Bank AG, London Branch as agent (the “**Agent**”), the original

²⁴ The power of attorney is expressly governed by Czech law: clause (d).

lenders named therein and Citibank N.A., London Branch as security agent (the "**Security Agent**").

- vi. Thus the guarantee granted by OKD is expressly authorised by the directors of OKD in their resolution, and any argument that such guarantee was not properly authorised, whether by reason of an alleged conflict of interest or otherwise, is hopeless in circumstances where the directors signed the written resolution (if English law applied).
- vii. Further, as regards the position of the lenders of the new super senior facility (the SSCF), such lenders would in any event, as a matter of English law, be able to rely upon the 'indoor management rule' provisions of English company law as set out above. Where the creditor lenders were acting in good faith, and there is no suggestion here otherwise, English law entitles them to assume that the guarantee obligations as undertaken by OKD were valid and properly granted. See our summary above of the 'indoor management rule' and its provisions.
- viii. Further in the context of the scheme of arrangement, which is expressly referred to in the OKD resolution, it would be somewhat surprising if, as alleged, OKD was not a willing party in any event to the provision of the guarantee as a matter of fact. The board resolution, passed by written resolution of the directors of OKD (albeit the effectiveness of this resolution would be governed we assume by Czech law), both gives express authority for OKD to grant the guarantee, and also grants authority to the attorney to execute.
- ix. Clause 19 of the SSCF contains representations made by the Obligors, including OKD (as a guarantor), which include a representation that the Transaction Documents²⁵ entered into by

²⁵ 'Transaction Document' by the definitions in the SSCF includes a 'Finance Document', and 'Finance Document' includes the SSCF.

OKD are valid and binding obligations (clause 19.2)²⁶, and that is has the power and authority to enter the transactions made and contemplated by the Transaction Documents (clause 19.4)²⁷, which in each case includes the contract of guarantee as set out in the SSCF.

- x. In these circumstances any suggestion that the OKD board did not authorise, or a conflict of interest rendered void the resolution, or that the duly appointed authority did not in fact have authority, would be dismissed by an English court in our view, if English law applied.

80. Is the ICA valid and binding on OKD and would it be recognized as such and enforced by an English court? In particular, please consider corporate benefit, consideration and conflicts of interest as mentioned above.

81. We can deal with this question shortly, as many of the same principles of law that we have discussed above equally apply. The answer to this question is ‘yes’, the ICA is valid and binding on OKD. Our reasons in short are as follows.

- A. OKD is joined to this agreement as a party, by way of being listed as a party and listed as one of the Original Debtors in Schedule 1, Part 2 of the ICA.
- B. The agreement is executed by OKD by its attorney, and the appointment and authority of the attorney is valid for the reasons we give above: in short the board resolution of OKD dated 2 September 2014 grants authority to the attorney as set out in the power of attorney dated 2 September 2014, and the ICA is expressly authorised and listed as one

²⁶ This representation as contained in clause 19.2 is made subject to the ‘Reservations’, which includes the principle that equitable remedies may be granted or refused at the discretion of the court and the limitation of enforcement by laws relating to insolvency, reorganization and other laws generally affecting the rights of creditors, and the time barring of claims under the Limitation Acts etc. See ‘Reservations’ as defined in the SSCF.

²⁷ Clause 19.4 is absolute, i.e. it is not made subject to the ‘Reservations’.

of the Documents defined in the board resolution and listed at Annex 1, para 2 of the board resolution.

C. Thus there is no question that the ICA is valid and binding upon OKD, and since the ICA is governed by English law (clause 31 of the ICA), in our view, an English court would enforce the terms of the ICA against OKD.

D. For similar reasons to the reasons we give above, if there had been internal mistakes made by OKD in granting authorities or execution of documents (which we cannot at present see that there were), the lenders would in any event be entitled to rely upon both the apparent authority of the attorney, the representation in the resolution that the power of attorney had been given and also the indoor management rule (as outlined above), and thus would be able to rely upon the terms of the ICA as against OKD.

E. For similar reasons to those we give above, an English court would see that OKD received benefit because the ICA is part of the suite of transactions entered into by way of compromise between the Group, including OKD, and the lenders, to allow the Group and OKD to continue in business. This provides appropriate corporate benefit and consideration.

82. Does the Security Agent have a valid claim against OKD under the SSCF Guarantee and would it be recognized as such and enforced by an English court? In particular, please consider:

A. providing a brief explanation of the role of a Security Agent, the Security Agent's obligation to act on the instructions of the Majority Super Senior Creditors and the powers of the Security Agent to take enforcement action;

B. the operation of the parallel debt provisions under clause 19.2 of the ICA;

C. the occurrence of an Event of Default, as defined in the SSCF;

- D. the instructions given by the Majority Super Senior Creditors to the Security Agent to demand payment from OKD under the SSCF Guarantee;
 - E. the notice dated 4 May 2016 under which the Security Agent demanded payment from OKD under the SSCF Guarantee; and
 - F. the instructions given by the Majority Super Senior Creditors to the Security Agent to file a proof of claim in the insolvency proceedings of OKD.
83. The answer to this question is ‘yes’, the Security Agent does have a valid claim against OKD under the SSCF Guarantees, and it would be recognised and enforced by an English court. Our reasons are set out in the following sub paragraphs, (in answer to the various questions raised in the sub paragraphs in the previous paragraph).
- A. The appointments of the agents are set out in the SSCF (clause 27) and in the ICA (clause 19); and instruction and enforcement covenants are as set out below.
 - i. The role of the Agent and the Security Agent as specified in the SSCF is set out in clause 27 of the SSCF, which provides:

“(a) Each other Finance Party appoints the Agent to act as its agent under and in connection with the Finance Documents.

(b) The Security Agent has agreed to become a party to this Agreement at the request of the other Parties solely for the better enforcement and preservation of its rights as Security Agent under the Intercreditor Agreement and the other Secured Debt Documents (as defined in the Intercreditor Agreement), and the Parties acknowledge and agree that the Security Agent shall not assume any obligation or incur any liability whatsoever to any Party by virtue of the provisions contained in this Agreement.”
 - ii. By clause 1.8 of the SSCF, the SSCF is made “subject to, and has the benefit of, the Intercreditor Agreement.” Therefore the

SSCF and the ICA²⁸ operate together, as one would expect since the SSCF provides (in summary) for the provision of facilities, and the ICA provides (in summary) for enforcement rights.

- iii. Clause 19 of the ICA provides for the appointment of the Security Agent to act as agent, and also to hold the security package upon trust for the lenders²⁹, as follows.

‘Each Secured Party (other than the Security Agent) irrevocably appoints the Security Agent in accordance with the following provisions of this Clause 19 to act as its agent, trustee, joint and several creditor or beneficiary of a parallel debt (as the case may be) (including the parallel debt under Clause 19.2 (*Parallel debt (Covenant to pay the Security Agent)*))) under this Agreement and with respect to the Transaction Security Documents’.

- iv. The instruction provisions to the Agent and to the Security Agent, include the following clauses.

1. A failure to pay is an Event of Default under clauses 23 and 23.1 of the SSCF.
2. Under clause 23.19 of the SSCF, the Agent may, and shall if directed by the Majority Lenders (as defined in the SSCF), accelerate the loans, make demand, and exercise or direct the Security Agent to exercise any or all of its rights, remedies, powers or discretions under the Finance Documents (which include the SSCF, the ICA and any Transaction Security Document). An Acceleration Notice dated 4 May 2016 was served in accordance with these provisions.

²⁸ The ICA is executed as “deed”, i.e. as a contract not requiring any “consideration” (benefit or detriment) in order to be valid and enforceable under English law: see our discussion of “consideration” above.

²⁹ The trust arrangements are also expressly set out in clause 19.3 of the ICA.

3. The general instructions clause 19.5(a) of the ICA provides that subject *inter alia* to 19.5(d), the Security Agent shall act in accordance with any instructions given to it by the Instructing Group (acting through the Secured Creditor Representative). Clause 19.5(d)(i) however provides that the instructions clause of 19.5(a) does not apply where a contrary indication is expressly provided in *inter alia* clause 14 / security enforcement.
4. Clause 14.2(b) of the ICA provides that as long as the security has become enforceable and subject to clause 14.3 the Instructing Group may give instructions to the Security agent as to enforcement.
5. Clause 14.3(a) provides that if either the Majority Super Senior Creditors³⁰ or the Majority Senior Secured Creditors³¹ want to instruct the Security Agent to commence enforcement of security, they have to give written notice to the Security Agent and the Secured Creditor Representatives of other Secured Creditors.
6. Clause 14.3 (b) provides for consultation as between the representatives of secured creditors, subject to certain exceptions as provided by clause 14.3 (c).
7. Clause 14.3 (c) provides two exceptions, one being that paragraph 14.3 (b) shall not apply and the Majority Super

³⁰ “Majority Super Senior Creditors” are defined as “at any time, those Super Senior Creditors whose Credit Participations at that time aggregate more than 66 2/3% of the total Credit Participations of the Super Senior Creditors at that time after the application of Clause 36.7 (*Excluded Commitments*), Clause 36.9 (*Disenfranchisement of Defaulting Lenders*) and Clause 25.2 (*Disenfranchisement on Debt Purchase Transactions entered into by Sponsor Affiliates*) of the Super Senior Credit Facility Agreement and any similar or equivalent provisions of any of the other Credit Facility Documents).”

³¹ “Majority Senior Secured Creditors” are defined as “at any time, the Senior Secured Notes Creditors, the Pari Passu Creditors and the Non-Priority Hedge Counterparties (to the extent of their Non-Priority Hedging Liabilities) whose Credit Participations aggregate more than 50 per cent. of the total aggregate Credit Participations of the Senior Secured Noteholders, the Pari Passu Creditors and the Non-Priority Hedge Counterparties (to the extent of their Non-Priority Hedging Liabilities).”

Senior Creditors and/or the Majority Senior Secured Creditors shall be entitled to give instructions to the Security Agent to enforce the Transaction Security or take any other Relevant Action (in summary) if any of the Transaction Security has become enforceable as a result of an Insolvency Event in relation to any Debtor (clause 14.3(c)(i)); the other exception being, where either or both of the Majority Super Senior Creditors and/or the Majority Senior Secured Creditors determine in good faith (and notify each Secured Creditor Representative) that to enter into consultations (and thereby delay the Enforcement) could reasonably be expected: (A) to have a material adverse effect on the Security Agent's ability to enforce any of the Transaction Security; or (B) to reduce the amount likely to be realised upon Enforcement to a level such that, when the proceeds of such realisation are applied in accordance with Clause 17 (*Application of Proceeds*), the Super Senior Liabilities would not be discharged in full (Clause 14.3(c)(ii)).

8. By the notice dated 4 May 2016, the Majority Super Senior Creditors, (by para 8 of such instructions) specified reliance upon clause 14.3(c)(ii)(B) of the ICA, and therefore gave notice that in accordance with such clause they were entitled to give instructions for enforcement.

9. Accordingly, in our view, valid instructions for enforcement have been given following the agreed contractual provisions as set out in the ICA.

v. The powers of the Security Agent to take enforcement are referred to in clause 14.4 of the ICA, which refer back to the powers as contained in clause 14.3 (referred to above), and which provides:

“Manner of enforcement. If the Transaction Security is being enforced or other action as to Enforcement is being taken pursuant to Clause 14.2 (*Enforcement Instructions*) and Clause 14.3 (*Enforcement decisions*), the Security Agent shall enforce the Transaction Security or take other action as to Enforcement in such manner (including, without limitation, the selection of any administrator or examiner of any Debtor to be appointed by the Security Agent) as the Instructing Group³² shall instruct and any such instructions by the Instructing Group must be in accordance with the Security Enforcement Principles.”

- vi. Thus, in summary, our view on proper analysis of the contractual covenants as set out in the SSCF and the ICA, is that the Security Agent is obliged to act on the instructions of the Majority Super Senior Creditors and is entitled to take enforcement action pursuant to the powers vested in the Security Agent. Enforcement Action (as defined in the ICA), explicitly includes the right to demand under the SSCF Guarantee and to commence legal proceedings against OKD to recover such amounts.

- B. We now turn to the operation of the parallel debt provisions under clause 19.2 of the ICA, which provides by clause 19.2 (a):

“Each of the Debtors hereby irrevocably and unconditionally agrees and undertakes with the Security Agent (by way of an abstract acknowledgement of debt) and each Secured Party acknowledges that each of the Debtors shall pay to the Security Agent sums equal to, and in the currency of, any sums owing

³² The ICA provides in its definitions that the “Instructing Group” means, “at any time prior to the Secured Debt Discharge Date: (a) subject to paragraph (b) below, the Majority Super Senior Creditors and the Majority Senior Secured Creditors; and (b) in relation to instructions as to Enforcement, the group of Secured Creditors entitled to give instructions as to Enforcement under Clause 14.3 (*Enforcement decisions*).”

by it to a Secured Party (other than to the Security Agent solely by operation of this provision) under any Secured Debt Documents (the *Principal Obligations*) as and when the same fall due for payment under the relevant Secured Debt Document (the *Parallel Debt Obligations*).”

By this clause, therefore, OKD as one of the Debtors (which is defined as including the Original Debtors as listed in Schedule 1, Part 2, where OKD is included), covenants to pay to the Security Agent, in summary, the same debt as is owed to the lenders. This is a perfectly valid arrangement in English law, and it provides the Security Agent with a direct debt right, commensurate with the lenders’ rights to be paid. The Security Agent acts as agent and trustee to obtain repayment for the lenders.

- C. The acceleration notice dated 4 May 2016 notified of an Event of Default under the SSCF and specified clauses 21.2 (a), 23.2, 23.6, and by reason of the insolvency filing of OKD filed on 3 May 2016, clause 23.7. By clause 23 of the SSCF, each of the events of circumstances as set out in clause 23 is an Event of Default. Taking the Insolvency Proceedings provision as set out in clause 23.7, and taking account of the definition of Material Subsidiary as referred to in clause 23.7 including all the Obligors (and thus including OKD), and taking account of OKD’s insolvency filing on 3 May 2016, there is plainly an event of default within the provisions of the clause by reason of the insolvency filing. Further, if the facts as relied upon for an Event of Default as set out in the other clauses relied upon are made out, then again there are further relevant Events of Default. In the circumstances, it is permissible for the Agent to have accelerated the facilities under clause 23.19 of the SSCF.
- D. The Agent is permitted, within its own discretion, under clause 23.19 of the SSCF to make demand, and by clause 23.19 (b) can declare immediately due and payable, all amounts outstanding under the Finance Documents, (which includes the SSCF and therefore the OKD

guarantee provisions as set out in the SSCF); and clause 23.19 provides that the Agent shall carry out the various actions if directed by the Majority Lenders. By notice dated 4 May 2016, the Agent declared the accelerations and made demand upon BV, as Borrower, for repayment, which failed to pay. Pursuant to clause 18.1 (b) of the SSCF (the guarantee), OKD undertook with each Finance Party (which includes the Agent and the Security Agent) that whenever another Obligor (eg BV) does not pay any amount when due under or in connection with any Finance Document (the SSCF being a Finance Document), that Guarantor (OKD) shall immediately on demand pay that amount as if it was the principal obligor. Since OKD covenants directly here with the Security Agent (among other parties), it is obvious that the Security Agent is one of the persons who may make demand upon OKD for payment pursuant to the guarantee liabilities. Further, the definition of “Enforcement Action” as contained in the ICA allows for the service by the Security Agent of a letter of demand upon OKD as guarantor. As discussed above, the Majority Super Senior Creditors can give instructions for enforcement, whether by requiring demand or otherwise, to the Security Agent under clause 14.3 of the ICA.

- E. Regarding the notice dated 4 May 2016 under which the Security Agent demanded payment from OKD under the SSCF Guarantee, we have discussed this above, and set out the contractual clauses by which the Security Agent’s demand can be effected under the relevant clauses of the SSCF and the ICA.
- F. The Security Agent is entitled to file proofs or a proof of debt in the insolvency of OKD because it is owed the Parallel Debt covenant and is owed money by OKD pursuant to OKD’s guarantee liabilities. Clause 19.1 (a) of the ICA provides that the Security Agent will act as “agent, trustee, joint and several creditor or beneficiary of a parallel debt (as the case may be) (including the parallel debt under Clause 19.2 ...”, and thus the creditor rights against OKD include joint and several obligations to both the lenders and to the Security Agent. The Parallel Debt obligations create a direct debt owed by OKD to the Security Agent

(because in clause 19.2 (a) “Debtors” includes OKD, and because the reference to Secured Debt Documents includes the SSCF and thereby the guarantee liability of OKD under clause 18 of the SSCF). Thus the Security Agent has a direct debt right against OKD. If instructions are given to file proofs of debt by the Majority Super Senior Creditors to the Security Agent in the insolvency proceedings of OKD, then that is permissible either under the general provisions for instructions as contained in the ICA, clause 19.5, or under the previously discussed provisions in respect of enforcement as contained in clause 14.3.



GABRIEL MOSS QC



ADAM GOODISON

SOUTH SQUARE

3 – 4 South Square,

Grays Inn,

London, WC1R 5HP.

3 APRIL 2017

Ověření - vidimace

Ověřuji, že tento opis složený z 44 listu/ů
doslovně souhlasí s listinou, z níž byl pořízen.
složenou z 43 listu/ů.

V Praze dne

- 6 -04- 2017

MILUŠE WINKLEROVÁ
notářská tajemnice
pověřená JUDr. Ivou Šídovou
notářkou v Praze, se sídlem
Praha 1, Platněřská 6





**VĚC: NEW WORLD RESOURCES PLC A JEJÍ KONCERNOVÉ
SPOLEČNOSTI**

(„Skupina New World Resources“ / „Skupina“)

VĚC: OKD a.s.

(„OKD“)

**SPOLEČNÝ POSUDEK PROFESORA GABRIELA
MOSSE QC A ADAMA GOODISONA NA
OTÁZKY ANGLICKÉHO PRÁVA**

Úvod

1. Jsme pověřeni společnostmi Freshfields Bruckhaus Deringer LLP („Freshfields“), právní kanceláři jednající jménem určitých investorů („Noví investoři“), abychom vydali právní posudek na anglické právo ohledně různých nároků a tvrzení, které v současné době vznáší společnost OKD.

Kvalifikace

2. Profesor Gabriel Moss QC vykonává soukromou praxi jako anglický advokát v pozici Queen's Counsel, členem advokátní komory Anglie a Walesu se stal v roce 1974, a v roce 1989 mu byl udělen titul Queen's Counsel. Rovněž působí jako zástupce soudce vrchního soudu (High Court) u soudu Lorda kancléře (Chancery Division) s neomezenou jurisdikcí k projednávání případů týkajících se insolvence, obchodních společností, obchodního a firemního práva. Dále působí jako hostující profesor korporátního insolvenčního práva na Oxfordské univerzitě, kde učí v magisterském programu. Je redaktorem a spoluautorem řady významných knih a článků, včetně čtvrtého a pátého vydání publikace Rowlatt nazvané *Principal and Surety* (1982 a 1999), což je přední text o ručení v Anglii od prvního vydání v roce 1898 („Rowlatt“), a druhého a třetího vydání (2002, 2009 a 2016) publikace „Moss Fletcher and

Isaacs, The EU regulation on insolvency proceedings“. Mezi jeho specializace patří poradenství a obhajoba v oblasti anglického práva, práva EU, práva EHP a mezinárodního insolvenčního práva a „restrukturalizačních plánů“ („*scheme of arrangement*“) podle anglického práva, včetně případů týkajících se uznávání v jiných členských státech EU. Působil jako poradce, advokát či soudní znalec na anglické právo a právo vycházející z anglického práva v mnoha významných insolvenčních řízeních a restrukturalizacích, jako například Lehman Brothers, Madoff, Parmalat a Elektrim, a rovněž při řešení problémů bank a záchraně bank v Anglii, Irsku, Portugalsku a na Islandu. Jeho úplný životopis převzatý z webových stránek South Square je přiložen.

3. Adam Goodison je anglický advokát vykonávající soukromou praxi ve firmě South Square a je spoluautorem tohoto posudku. V roce 1990 se stal členem advokátní komory Anglie a Walesu a rovněž se specializuje na obchodní a insolvenční právo. Má rozsáhlé zkušenosti s restrukturalizacemi prováděnými podle anglického práva formou restrukturalizačního plánu a rozsáhlé zkušenosti v oblasti insolvenčního práva, obchodního práva, bankovního práva a zástavního práva. Je přispěvatelem do publikace Lightman & Moss nazvané *The Law of Administrators and Receivers of Companies* a Mortimore na téma *Company Directors* a publikace Rowlatt nazvané *Principal and Surety* a do nadcházejícího druhého vydání publikace Trower na téma *Corporate Administrations and Rescue Procedures*. Jeho úplný životopis převzatý z webových stránek South Square je přiložen.
4. Tento Společný posudek je poskytnut za účelem pomoci českému soudu při posuzování otázek týkajících se anglického práva. Gabriel Moss QC ani Adam Goodison se na tomto sporu dříve nijak nepodíleli.

Základní informace a východiska

5. Společnost New World Resources plc je v Anglii zapsaná společnost dříve kotovaná na anglické, české a polské burze cenných papírů. Jedná se o nejvyšší mateřskou společnost české těžební společnosti OKD. Akcie společnosti New World Resources plc přestaly být obchodovány na londýnské

burze (London Stock Exchange) dne 4. května 2016 a dne 3. listopadu 2016 společnost New World Resources plc vstoupila do dobrovolné likvidace.

6. Skupina New World Resources je producent černého uhlí působící na severovýchodě České republiky.
7. Někteří z Nových investorů jsou věřitelé společnosti NWR Holdings B.V. (*BV*) na základě smlouvy o superseniorní půjčce v hodnotě 35 000 000,- EUR ze dne 9. září 2014 („**Smlouva SSCF**“). Smlouva SSCF se řídí anglickým právem.
8. Povinnosti splácení vyplývající ze Smlouvy SSCF jsou zaručeny mimo jiné společností OKD („**Ručení dle SSCF**“).
9. Noví investoři jsou držiteli seniorních zajištěných dluhopisů vydaných na základě smlouvy o vydání seniorních zajištěných dluhopisů ze dne 7. října 2014 („**Smlouva SSNI**“). Smlouva SSNI se řídí právem státu New York. Na základě SSNI vystavila společnost New World Resources N.V. (*NV*) seniorní zajištěné dluhopisy s volitelným způsobem platby úroků (tzv. PIK toggle notes) v hodnotě 300 000 000,- EUR splatné v roce 2020.
10. Povinnosti splácení vyplývající ze Smlouvy SSNI jsou zaručeny mimo jiné společností OKD („**Ručení dle SSNI**“).
11. Společnosti BV, NV a OKD (mimo jiné) jsou smluvní stranou mezivěřitelské smlouvy („*Inter-creditor Agreement*“) ze dne 7. října 2014 („**Smlouva ICA**“). Smlouva ICA se řídí anglickým právem (čl. 31). Smlouva ICA uvádí, že je uzavřena jako „deed“, což je formální režim uzavření podle anglického práva, které pro to, aby byla smlouva platná nebo účinná, nevyžaduje „protiplnění“ (vysvětleno níže).
12. OKD je společnost zapsaná v České republice.
13. Společnost BV je jediným akcionářem společnosti OKD.
14. Společnost NV je jediným akcionářem společnosti BV.

15. Smlouva SSNI a Smlouva SSCF byly uzavřeny v souvislosti s restrukturalizací dluhů Skupiny New World Resources provedené v roce 2014 („Restrukturalizace z roku 2014“).
16. Restrukturalizace z roku 2014 byla realizována formou „restrukturalizačního plánu“ podle anglického práva schváleného anglickým vrchním soudem (High Court of Justice).
17. „Restrukturalizační plán“ podle anglického práva (blíže vysvětleno níže) je zákonné smírné vyrovnání podle zákona o obchodních společnostech mezi určitou společností a jejími věřiteli a/nebo akcionáři. Jedním z důležitých cílů je, že se tato forma používá pro restrukturalizaci před insolvencí za účelem vyhnout se insolvenčnímu řízení. Restrukturalizační plány podle anglického práva nejsou uvedeny v Příloze A k Nařízení č. 1346/2000 o insolvenčním řízení (Evropské nařízení o insolvenčním řízení neboli nařízení EIR), a proto se nejedná o insolvenční řízení v rámci nařízení EIR: viz *Bank Handlowy* (Soudní dvůr Evropské unie (SDEU) případ č. C-116/11.)
18. Restrukturalizační plán zahrnuje dvě soudní ústní jednání. Na prvním soudním jednání soudce nařídí svolání schůze věřitelů a/nebo akcionářů za účelem projednání a hlasování o plánu. Soudce rovněž rozhodne, je-li to nutné, veškeré otázky týkající se jurisdikce a složení schůze nebo schůzí. Poté se uskuteční schůze podle pokynů soudu. Každá schůze musí hlasovat souhlasně většinou podle hlav a minimálně 75% hodnoty pohledávek. Při druhém soudním jednání je soud požádán o ověření postupu a „posvěcení“ (schválení) plánu. Pokud soud plán schválí, nabude účinnosti v anglickém právu podáním do obchodního rejstříku podle platného zákona, zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 2006. Plány se dále zabýváme níže.
19. Restrukturalizační plán v tomto případě byl navržen, stručně řečeno, kvůli poklesu cen uhlí majícímu za následek 18% pokles zisku a kapitálové struktury Skupiny s přemírou cizího kapitálu, kterou bylo nutno řešit, aby se zabránilo prodlení se splácením, ke kterým by nakonec pravděpodobně došlo.

20. Vysvětlující prohlášení vydané ohledně restrukturalizačního plánu, v němž společnosti Skupiny (včetně OKD) vysvětlily obtíže, jakým čelí, a navrhované kompromisní podmínky, za kterých by věřitelé v rámci smírného vyrovnání ustoupili ze svých okamžitých tehdejších dluhových nároků, zahrnovalo následující úvod a přehled.

„Skupina je producentem černého uhlí působícím na severovýchodě České republiky. Skupina produkuje koksovatelné a topné uhlí pro ocelářský a energetický průmysl ve střední Evropě prostřednictvím společnosti OKD,¹ která je největší uhelnou těžební společností v České republice. Skupina byla založena v rámci privatizace částí uhelného průmyslu v České republice, která byla zahájena v roce 1994. V současné době se jedná o jeden z největších průmyslových koncernů v České republice a největšího českého producenta přírodních zdrojů, co se týče tržeb a počtu zaměstnanců. V období tří měsíců končící 31. března 2014 Skupina zaměstnávala v průměru 11 615 pracovníků (za rok končící 31. prosince 2013 Skupina zaměstnávala v průměru 12 606 pracovníků) a využívala v průměru 3 035 pracovníků zaměstnaných u dodavatelů (za rok končící 31. prosince 2013 Skupina využívala v průměru 3 130 pracovníků zaměstnaných u dodavatelů), což z ní činilo jednoho z největších soukromých zaměstnavatelů v České republice.

Předmětem podnikání Skupiny je těžba černého uhlí. Prostřednictvím svých provozů na těžbu černého uhlí Skupina produkuje koksovatelné a topné uhlí. Koksovatelné uhlí se používá jako surovina v ocelářství, zatímco topné uhlí se prodává výrobcům elektrické energie a tepla, průmyslovým uživatelům a jiným výrobcům elektrické energie a tepla. Koksovatelné uhlí obecně dociluje vyšších cen a generuje pro Skupinu vyšší tržby s vyšší marží než topné uhlí. Skupina má čtyři aktivní doly. Nicméně v roce 2013 jako jeden z výsledků strategické provozní analýzy Skupiny společnost NWR Plc identifikovala důl Paskov jako nekonkurenceschopný z důvodu jeho vysoké nákladovosti a uzavřela dohodu s českou vládou o uzavření tohoto dolu.

Situace na světovém trhu s uhlím a koksem se začala zhoršovat v polovině roku 2011, dále se zhoršovala v roce 2013 a tento trend pokračoval až do roku 2014. V květnu 2013 společnost NWR Plc oznámila, že trvající obtížné podmínky na trhu si vynutily provozní analýzu s cílem přizpůsobit obchodní činnost Skupiny obtížným tržním podmínkám. Jako výsledek této provozní analýzy Skupina zahájila řadu různých kroků k optimalizaci podnikatelské činnosti a optimalizaci portfolia, včetně prodeje svých koksárenských provozů, OKK (který byl dokončen 6. prosince 2013), a zátěžových zkoušek ekonomického postavení jednotlivých dolů, jejichž činnost by mohla být ukončena nebo které by mohly být odprodány.

¹ Společnost „OKD“ je definována ve Vysvětlujícím prohlášení jako „OKD, a.s., společnost založená podle zákonů České republiky se sídlem Stonavská 2179, Doly, 735 06 Karviná, Česká republika, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Krajským soudem v Ostravě, oddíl B, vložka 290“.

Po těchto zátěžových zkouškách těžebních provozů Skupiny a prozkoumání jiných strategických možností Skupina dospěla k závěru, že není možné dlouhodobě zachovat provoz v nákladném dole Paskov v novém cenovém prostředí. Dne 17. září 2013 společnost NWR Plc oznámila uzavření dolu Paskov. Po tomto oznámení společnost NWR Plc jednala s českou vládou a dne 22. dubna 2014 oznámila, že dosáhla dohody s některými členy české vlády o návrhu ohledně finanční podpory ze strany české vlády při uzavření dolu Paskov. Česká vláda schválila dohodu o dole Paskov dne 28. dubna 2014 a dohoda byla podepsána dne 6. června 2014, nicméně tato dohoda musí být ještě oznámena Evropské komisi, která ji musí schválit, což se očekává do konce roku 2014.

Dlouhotrvající světový tlak na ceny koksovatelného a topného uhlí, uplynutí doby platnosti stávající RCF a pravděpodobné přehodnocení zásob a rezerv uhlí Skupiny směrem dolů (jakožto přímý důsledek zhoršení dlouhodobého výhledu cen uhlí) vyvolaly rozhodnutí zahájit revizi kapitálové struktury Skupiny. Skupina zahájila dne 22. ledna 2014 jednání s některými ze Stávajících držitelů dluhopisů s cílem vyřešit neudržitelné závazky z dluhové služby ve vztahu ke Stávajícím dluhopisům a zajistit, aby Skupina mohla nadále vykonávat obchodní činnost i do budoucna.

Po jednáních s představiteli mnoha klíčových zainteresovaných stran Skupiny, včetně držitelů Stávajících dluhopisů, společnosti ECA Lenders a hlavního akcionáře společnosti NWR Plc, společnosti CERCL Mining, představenstvo společnosti NWR NV rozhodlo o realizaci Restrukturalizace, kterou představenstvo společnosti NWR Plc podporuje. Dále představenstva společnosti NWR Plc a společnosti NWR NV rozhodla, že budou usilovat o získání nového kapitálu do Skupiny a snížení dluhu Skupiny.

Záměrem Skupiny je snaha vyhnout se nepříznivým důsledkům toho, že Skupina nebo její části vstoupí do formálního procesu úpadku, a zejména znehodnocení, které by bylo výsledkem jakéhokoli insolvenčního řízení. Společnost NWR NV se domnívá, že by bylo dosaženo dokonce nižších vymožení částek, kdyby její dceřiné společnosti vstoupily do formálního insolvenčního řízení ve svých jurisdikcích, a že pro společnost NWR Plc a její akcionáře by nebyly vymoženy žádné částky.

Při současných tržních cenách uhlí má Skupina nyní negativní cash flow a aktuální prostředí nízkých cen uhlí vyvolává silný tlak na likviditu Skupiny a rovněž na její solventnost. Nedosažení uspokojivé kapitálové struktury pro potřeby likvidity a solventnosti by představovalo podstatné riziko, že Skupina přestane vykonávat podnikatelskou činnost. Pokud by k tomu došlo, mělo by to pravděpodobně za následek podstatně nižší návratnost, než jaká je k dispozici Věřitelům účastnícím se plánu na základě Plánu.

Ke dni tohoto Vysvětlujícího prohlášení má společnost NWR NV nesplacený dluh vyplývající ze Stávajících seniorních zajištěných dluhopisů v hodnotě jistiny 500 mil. EUR a nesplacený dluh vyplývající ze Stávajících seniorních nezajištěných dluhopisů v hodnotě jistiny 275 mil. EUR.“

21. Proto ve výsledku pravděpodobnou alternativou k návrhům na restrukturalizační plán bylo podstatné riziko, že Skupina (včetně OKD) přestane vykonávat podnikatelskou činnost, a pravděpodobná insolvence a s tím spojené znehodnocení, uzavření podniku a ztráta pracovních míst.
22. Stručně řečeno, celkové podmínky, které Skupina navrhla formou návrhů na plán restrukturalizace a které byly nakonec přijaty věřiteli jako smírné urovnání a vyrovnání, byly takové, že v důsledku restrukturalizace by celkový vnější dluh Skupiny (včetně dluhům podobných závazků) byl snížen z cca. 825 000 000,- EUR na cca. 570 000 000,- EUR. Částka 150 000 000,- EUR tohoto zadlužení po restrukturalizaci by se převedla na kapitál (za podmínek Nových převoditelných dluhopisů) a částka 35 000 000,- EUR by byla splatná pouze v případě, že by ceny uhlí dosáhly podstatně vyšších úrovní a Skupina by měla dostatečnou likviditu (za podmínek práv CVR).
23. Další části restrukturalizačních návrhů, které byly akceptovány věřiteli, kteréžto části jsou významné pro tuto analýzu, obsahovaly následující návrhy, které opět byly vzneseny příslušnými společnostmi Skupiny (včetně OKD) a nakonec byly akceptovány příslušnými věřiteli a které byly rovněž schváleny anglickým soudem formou „příkazu“, v rámci celkových ujednání formou smírného urovnání nebo vyrovnání mezi jednotlivými společnostmi Skupiny a příslušnými věřiteli.
- A. Nové peněžní zadlužení ve výši 35 mil. EUR mělo být poskytnuto formou půjčky na základě nové smlouvy o superseniorní půjčce, která měla být splatná dva roky po Datu účinnosti. Toto byla Smlouva SSCF obsahující závazek ručení ze strany společnosti OKD na podporu poskytnutí této nové půjčky. Nová smlouva o superseniorní půjčce měla být poskytnuta a přislíbena určitými držiteli Stávajících seniorních zajištěných dluhopisů a Stávajících seniorních nezajištěných dluhopisů, takže stávající věřitelé byly osoby poskytující nové peněžní prostředky na pomoc s trvajícím problémem s cash flow Skupiny, a to za podmínek (což je standardní), že tyto nové peněžní prostředky byly zajištěny s prioritou před stávajícím dluhem (jako například dluhopisy podle smlouvy SSNI). Je obchodně pochopitelné a vhodné, že

společnost OKD poskytla a věřitelé nových peněžních prostředků akceptovali ručení společnosti OKD za její Ručení dle SSCF, protože OKD jako hlavní společnost ve Skupině vyvíjející činnost by byla schopna nadále obchodovat, a tudíž přinášet prospěch, pouze kdyby byly poskytnuty nové peněžní prostředky na pomoc s tehdejšími problémy s cash flow. Alternativou byla pravděpodobná insolvence, ke které by nakonec došlo.

- B. Dluh před restrukturalizací zahrnoval to, co bylo definováno jako Stávající seniorní zajištěné dluhopisy, které představovaly zadlužení společnosti NV ve výši 500 000 000,- EUR, s kuponovou sazbou 7,875 %, splatné v roce 2018. Tyto Stávající seniorní zajištěné dluhopisy byly zaručeny společností OKD. Tyto Stávající seniorní zajištěné dluhopisy, podle navrhovaného restrukturalizačního plánu, měly být odepsány a vyměněny za nové seniorní zajištěné dluhopisy splatné v roce 2020, které jsou nyní dluhopisy podle Smlouvy SSNI. Jednalo se tedy o výměnu starých za nové formou vydání nových dluhopisů (dluhopisy podle Smlouvy SSNI) namísto starého dluhu za podmínek prodloužené splatnosti. Věřitelé ze starého dluhu (Stávajících seniorních zajištěných dluhopisů) souhlasili, že odepíší velkou část dluhu a akceptují místo něj nově vydaný dluh (dluhopisy podle Smlouvy SSNI), přičemž nově vydávaný dluh měl datum splatnosti později než původní dluh (2020 namísto původní splatnosti v roce 2018). Tato výměna starého dluhu za nový formou vydání nových dluhopisů držených ve struktuře, kterou vnímáme jako vytvořenou pro dluhopisy podle Smlouvy SSNI, je běžná a standardní struktura, která se používá na trhu restrukturalizace, aby umožnila společností, jako je Skupina, realizovat smírné urovnání nebo vyrovnání namísto formální insolvence. (Níže se vrátíme k rolím osob, jako je Správce zajištění a Agent pro zajištění v použité struktuře, ale v tuto chvíli stojí za to upozornit, že na těchto rolích není nic zvláštního a že tyto struktury jsou standardní a slouží níže popsáním účelům ku prospěchu příslušných věřitelů zastupovaných Správcem zajištění a Agentem pro zajištění.)

24. Proto lze celkově shrnout, že restrukturalizace realizovaná daným plánem a schválená anglickým soudem obsahovala mimo jiné ustanovení, aby Skupina a její společnosti (včetně OKD) mohly pokračovat v činnosti díky přijetí a čerpání nového úvěru ve výši 35 mil. EUR, a Skupina a její společnosti (včetně OKD) rovněž měly prospěch z odepsání velké části původního dluhu tím, že její seniorní zajištěný dluh ve výši 500 mil. EUR byl nahrazen dluhopisy podle Smlouvy SSNI ve výši 300 mil. EUR se splatností prodlouženou o další dva roky (z roku 2018 na rok 2020).
25. Součástí dohody o restrukturalizaci a smírném urovnání navrženém Skupinou (včetně OKD), který byl akceptován příslušnými zainteresovanými věřiteli i anglickým soudem, bylo ručení společnosti OKD poskytnuté za půjčku SSCF i za dluhopisy podle Smlouvy SSNI.
26. Obecně lze podotknout, že na základě anglického práva je poskytnutí tohoto druhu ručení velmi běžnou součástí smírného urovnání nebo vyrovnání v anglických restrukturalizacích formou restrukturalizačního plánu, přičemž bývalý ručitel, přesně v postavení společnosti OKD:
- A. dává nové ručení namísto starého ručitélského závazku (tj. v tomto případě ručení OKD za dluhopisy podle Smlouvy SSNI poskytnutou společností OKD za 300 mil. EUR namísto ručitélského závazku OKD za původní seniorní zajištěný dluh ve výši 500 mil. EUR) a
 - B. dává ručení za novou superseniorní peněžní půjčku na zajištění cash flow pro společnosti Skupiny, včetně OKD. Kdyby společnost OKD nebyla ochotna poskytnout toto ručení za novou peněžní půjčku, tato nová peněžní půjčka by nepochybně nebyla poskytnuta a Skupina společně s OKD by skončila v insolvenci. Je zjevně v zájmu subjektu, jako je OKD, která je hlavní společností ve Skupině vyvíjející obchodní činnost, pomoci při získání nových peněžních půjček za těchto okolností, protože jí umožní pokračovat v obchodní činnosti, když Skupina (a společnost OKD) mají potíže.
27. Na základě podmínek restrukturalizace a následného uzavření Smlouvy SSCF a Smlouvy SSNI byly společnosti OKD poskytnuty peněžní prostředky

prostřednictvím řady vnitroskupinových půjček. Ke dni 11. května 2016 společnost OKD dlužila 29 000 000,- EUR společnosti BV a 35 000 000,- EUR společnosti NV. Tudíž společnost OKD měla přímý prospěch z pokračování obchodní činnosti, které bylo možné pouze díky smírnému urovnání uzavřeného se společnostmi Skupiny a se společností OKD podle podmínek plánu a restrukturalizace, a společnost OKD měla přímý prospěch tím, že obdržela peněžní prostředky odvozené z podmínek restrukturalizace a smírného urovnání. Společnost OKD se nyní pokouší vyhnout se svým povinnostem tím, že odmítá nároky z takového ručení v rámci českého insolvenčního řízení.

Insolvence společnosti OKD a vymáhání

28. Dne 3. května 2016 společnost OKD na sebe podala insolvenční návrh v České republice.
29. Dne 4. května 2016, po podání insolvenčního návrhu a uplynutí stabilizační lhůty a dopisu o dočasném vzdání se nároků, Většinoví superseniorní věřitelé oznámili Agentovi pro superseniorní půjčku a Agentovi pro zajištění jednotlivé Případy porušení (definované ve Smlouvě SSCF).
30. Podle článků 11.4 a 14 Smlouvy ICA vydali Většinoví superseniorní věřitelé Kvalifikační pokyny Agentovi pro zajištění, aby: (i) požadoval platbu od společnosti OKD na základě Ručení dle SSCF; a (ii) vymáhal Zajištění transakce. Většinoví seniorní zajištění věřitelé tyto pokyny vzali na vědomí.
31. Dne 4. května 2016 Agent pro zajištění vydal společnosti OKD výzvu požadující platbu od společnosti OKD na základě Ručení dle SSCF.
32. Dne 11. května 2016 Většinoví seniorní zajištění věřitelé vydali Kvalifikační pokyny Správci seniorních zajištěných dluhopisů a Agentovi pro zajištění, aby požadoval platbu od společnosti OKD na základě Ručení dle SSNI.
33. Dne 11. května 2016 Správce seniorních zajištěných dluhopisů a Agent pro zajištění vydali společnosti OKD výzvu požadující platbu od společnosti OKD na základě Ručení dle SSNI.

Nároky z ručení

34. Dne 16. května 2016 Většinoví seniorní zajištění věřitelé dali pokyn Agentovi pro zajištění, aby podal přihlášku pohledávek do insolvenčního řízení společnosti OKD ohledně částek požadovaných od společnosti OKD na základě Ručení dle SSNI („**Nárok z Ručení dle SSNI**“).
35. Dne 24. května 2016 Většinoví superseniorní věřitelé dali pokyn Agentovi pro zajištění, aby podal přihlášku pohledávek do insolvenčního řízení společnosti OKD ohledně částek požadovaných od společnosti OKD na základě Ručení dle SSCF („**Nárok z Ručení dle SSCF**“).
36. Agent pro zajištění následně podal přihlášku pohledávek do insolvenčního řízení společnosti OKD ohledně Nároku z Ručení dle SSCF a Nároku z Ručení dle SSNI.
37. Dne 31. května 2016, v důsledku vymáhání zajištění, Agent pro zajištění provedl rozdělení peněžních výnosů na základě Smlouvy ICA. Výše jistiny půjčky na základě Smlouvy SSCF byla splacena částkou 12 019 670,25 EUR (tím byla snížena výše nesplacené jistiny na částku 22 980 329,75 EUR) a úrok ve výši 738 839,06 byl splacen v plné výši. Ke dni 5. července 2016, v důsledku částečného splacení, činil neuhrazený nárok ve vztahu ke Smlouvě SSCF částku 22 980 329,75 EUR.
38. Všechny částky splatné na základě Smlouvy SSNI zůstávají nesplaceny.

Odmítnutí nároků z ručení

39. Dne 25. července 2016 oznámili společnost OKD a pan Lee Louda (český insolvenční správce společnosti OKD) svůj záměr popřít Nárok z Ručení dle SSCF a Nárok z Ručení dle SSNI v seznamu zaregistrovaných pohledávek („**Prohlášení o popření nároků**“) podaném u Krajského soudu v Ostravě.
40. Následně společnost OKD a pan Lee Louda formálně popřeli Nárok z Ručení dle SSCF a Nárok z Ručení dle SSNI na přezkumném jednání před Krajským soudem v Ostravě dne 10. srpna 2016.
41. Ručení dle SSCF se řídí anglickým právem a to je předmětem našeho Společného posudku. Ručení dle SSNI se řídí právem státu New York a o odborný posudek na toto právo jsme nebyli požádáni. '

42. Společnost OKD a insolvenční správce společnosti OKD popřeli Nárok z Ručení dle SSCF a Nárok z Ručení dle SSNI z řady důvodů. V Prohlášení o popření nároků jsou uvedeny následující důvody:

A. Ručení dle SSCF:

- i. Společnost NV jako ovládající osoba společnosti OKD přiměla společnost OKD k převzetí ručitelských závazků;
- ii. Uzavření Restrukturalizace z roku 2014 a Smlouvy SSCF nebylo v zájmu společnosti OKD;
- iii. Společnost OKD neměla možnost podat námitku proti Restrukturalizaci z roku 2014 a Smlouvě SSCF;
- iv. Ručení dle SSCF nebylo řádně a správně dohodnuto a uzavřeno společností OKD z důvodu střetu zájmů mezi společnostmi NV a OKD;
- v. Ručení dle SSCF nebylo řádně a správně dohodnuto a uzavřeno společností OKD z důvodu střetu zájmů mezi společností OKD a zástupcem společnosti OKD (Pan Boudewijn Wentink, člen představenstva společnosti NV);
- vi. Agent pro zajištění neprokázal existenci primárního dluhu na základě Smlouvy SSCF;
- vii. Nebyla předložena platná plná moc pro pana Boudewijna Wentinka jako signatáře za společnost OKD a
- viii. Smlouvy SSCF a ICA byly právně neúčinné vůči OKD, protože představovaly „transakce bez přiměřeného protiplnění“ nebo transakce představující „zvýhodňující právní úkon“ (se společnostmi BV, NV a Agentem pro zajištění) podle českého insolvenčního zákona.

B. Ručení dle SSNI bylo popřeno z podobných důvodů.

43. Agent pro zajištění podal ke Krajskému soudu v Ostravě dne 5. srpna 2016, reakci popření nároků Agentu pro zajištění („Odpověď agenta pro zajištění“).

Žaloba na uznání nároků z ručení

44. Dne 9. září 2016 Agent pro zajištění podal žalobu u Krajského soudu v Ostravě, kterou formálně žádal soud o uznání Nároku z Ručení dle SSCF a Nároku z Ručení dle SSNI („Žaloba“). Žaloba dosud nebyla před českým soudem projednána.

Příslušná ustanovení anglického práva

45. Nyní přikročíme k různým shrnutím anglického práva, co se týče okolností, které jsou významné pro daný případ. Začneme shrnutím práva týkajícího se restrukturalizačních plánů, poté uvedeme krátké shrnutí týkající se ručení, poté shrneme právo týkající se role a povinností správců zajištění / agentů pro zajištění a administrátorů půjček, a poté skončíme stručným přehledem „pravidla vnitřního řízení“ podle anglického práva a pravomocí osob uzavírajících smlouvy jménem společnosti. Po tomto právním přehledu se budeme zabývat podstatou tohoto případu a uvedeme naše odpovědi na položené otázky.

Restrukturalizační plány na základě Části 26 anglického zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 2006

46. Restrukturalizační plán podle anglického práva je proces na základě anglického zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 2006, část 26, který umožňuje, aby určitá společnost nebo skupina společností mimo jiné dosáhla smírného řešení se svými věřiteli formou smírného urovnání nebo vyrovnání pod dohledem a pravomocí anglického soudu.²

² Část 26 Zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 2006 umožňuje, aby byl navržen kompromis nebo vyrovnání mezi společností a jejími věřiteli nebo jakýmkoli jejich druhem nebo jejich společníky nebo jakýmkoli jejich druhem: § 895 Zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 2006. § 895 Zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 2006 má dlouhou historii, která se datuje do § 136 Zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 1862 a § 2 zákona o vyrovnání akciových společností (Joint Stock Companies Arrangements Act) z roku 1870 a § 24 Zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 1900 (z nichž všechny omezovaly kompromisy nebo vyrovnání na společnost v likvidaci), a poté § 38

47. V tomto daném druhu případů společnost nebo společnosti navrhnou věřitelům podmínky smírného urovnání, často s cílem umožnit, aby příslušné společnosti a skupina mohly pokračovat v obchodní činnosti v situaci finančních obtíží, jako alternativu k zahájení formálního insolvenčního řízení.
48. Při navrhování smírného urovnání nebo vyrovnání musí příslušná společnost vysvětlit příslušným věřitelům ve Vysvětlujícím prohlášení okolnosti a podmínky navrhovaného smírného urovnání nebo vyrovnání, aby se věřitelé mohli rozhodnout s úplnými informacemi, zda hlasovat pro navrhované smírné urovnání nebo vyrovnání. Navrhující společnost má povinnost být zcela otevřená, vůči soudu i příslušným věřitelům, aby byly poskytnuty úplné a přesné informace.³ Podle § 897 odst. 2 Zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 2006 musí vysvětlující prohlášení vysvětlovat účinky smírného urovnání nebo vyrovnání.⁴
49. Anglický soud rozhoduje, zda svolá schůze věřitelů za účelem posouzení navrhovaného smírného urovnání nebo vyrovnání podle § 896 (1) Zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 2006, který stanoví, že soud může nařídit svolání schůze nebo schůzí druhu (třídy) věřitelů způsobem, jaký soud nařídí. Anglický soud má tudíž dohlednou pravomoc ohledně toho, kdo je předvolán na schůze a za jakých podmínek.
50. Pokud věřitelé představující 75 % hodnoty nároků příslušných věřitelů a většina, podle počtu hlav, hlasují pro podmínky daného smírného urovnání nebo vyrovnání, vrátí se navrhovatel znovu k jednání před anglickým soudem, aby požádal o posvěcení (schválení) navrhovaného smírného urovnání ze strany anglického soudu podle § 899 Zákona o obchodních společnostech

Zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 1907, § 120 zákona o konsolidaci společností (Companies (Consolidation) Act) z roku 1908, § 153 Zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 1929, § 206 Zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 1948 a poté § 425 Zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 1985 (z nichž všechny umožňovaly, aby společnost provedla kompromis nebo vyrovnání se společníky nebo věřiteli nebo jakýmkoli druhem a zrušily původní požadavek, že daná společnost musí být v likvidaci).

³ *Re Indah Kiat International Finance Company B.V.* [2016] EWHC 246 (Ch), v bodech 40 až 42.

⁴ V *Re Heron International N.V.* [1994] 1 BCLC 667, Sir Donald Nicholls V-C uvedl, že vysvětlení účinku plánu vyžaduje, že pokud osoba vyzvaná, aby o něm hlasovala, má být schopna uplatnit rozumný úsudek o tom, zda je plán v jejím zájmu, či nikoliv, musí existovat vysvětlení toho, jaký obchodní dopad na ni bude daný plán mít.

(Companies Act) z roku 2006. Anglický soud na tomto „schvalovacím“ jednání zváží návrh na smírné urovnání nebo vyrovnání podle ustálených principů obsahujících, souhrnně řečeno, testy, zda navrhovatel splnil pokyny soudu a zda dodržel ustanovení Zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 2006, co se týče návrhů plánu, a posoudí, zda daný druh (třída) věřitelů byl řádně zastoupen tak, aby hlasování představovalo kombinovanou vůli příslušných věřitelů, a zváží, zda by poctivý a inteligentní objektivní člen druhu (třídy) věřitelů *mohl* schválit navrhované smírné urovnání, a posoudí, zda plán neobsahuje nějakou „slabinu“, která by měla za následek, že soud by neměl plán schválit.⁵

51. Pokud anglický soud vydá povolující nařízení a schválí smírné urovnání nebo vyrovnání tak, jak je obsaženo v restrukturalizačním plánu, jsou poté podmínky tohoto smírného urovnání nebo vyrovnání závazné pro společnost a všechny její věřitele (nebo všechny věřitele příslušné třídy nebo tříd věřitelů, se kterými je smírné urovnání nebo vyrovnání učiněno) podle § 899 odst. 3 Zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 2006.
52. Proto anglický soud hraje důležitou roli při návrhu a posouzení restrukturalizačního plánu tím, že vystupuje jako soud v různých etapách za účelem určení práv a stanovení, zda by se navrhovaný restrukturalizační plán měl stát závazným na základě anglického práva, při uplatnění známých principů, aby bylo zajištěno, že se příslušná třída nebo třídy věřitelů sejdou, a aby bylo zajištěno, že samotný restrukturalizační plán je spravedlivý a vhodný plán, který by měl zavazovat i osoby, které hlasovali proti němu.
53. Nařízení anglického soudu schvalující restrukturalizační plán představuje závazný rozsudek, a je tudíž vykonatelné a je automaticky uznáváno v členských státech EU podle přepracovaného nařízení č. 1215/2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí, dle podmínek tohoto nařízení.⁶ Kromě toho platí obecné pravidlo mezinárodního práva

⁵ Viz *Re Alabama, New Orleans, Texas and Pacific Junction Railway Co* [1891] 1 Ch 213; *Re English, Scottish, and Australian Chartered Bank* [1893] 3 Ch 385.

⁶ Viz *Re Rodenstock GmbH* [2011] EWHC 1104 (Ch); [2012] BCC 459.

soukromého (kolize právních norem), že jakékoli zrušení nebo úprava dluhu právem, kterým se tento dluh řídí, se v jiných civilizovaných zemích uznává. Plán má v anglickém právu zákonný účinek, a proto jakékoli zrušení nebo úprava dluhu, který se řídí anglickým právem, by mělo být v jiných zemích uznáno.

54. Pokud by anglický soud měl za to, že navrhované podmínky vyrovnání jsou celkově nebo jinak nevhodné nebo nezákonné, neposvětil (neschválil) by dané smírné urovnání a vyrovnání.
55. Jedna poslední věc, na kterou stojí za to upozornit, je, že smírná urovnání nebo vyrovnání, která jsou činěna podle anglického práva, běžně obsahují účast třetích osob, ať již tím, že třetí osoba udělí práva na podporu navrhovaného smírného urovnání (tak, jako se stalo v daném případě vyrovnání v rámci Skupiny a zapojení společnosti OKD, která se zaručila), nebo tím, že třetí osoby jsou zproštěny role povinné osoby, např. podmínkami plánu dohodnutými mezi hlavními dlužníky na zproštění spoludlužníků (tak, jako se stalo v daném případě ze strany věřitelů, kteří souhlasili, že prominou původní dluh ve výši 500 mil. EUR a ručení dané na podporu společností OKD). Tyto právní principy jsou uznávány anglickými soudy a jsou i přípustné a zákonné na základě anglického práva jako součást principů příslušnosti (jurisdikce) plánu.⁷

Ručení a smlouvy o ručení podle anglického práva

56. Nyní uvedeme stručné shrnutí principů anglického práva ohledně poskytování ručení.
57. Smlouva o ručení nebo poskytnutí ručení je ve své podstatě smlouva, kterou jedna osoba (ručitel) souhlasí, že převezme určitý závazek jiné osoby (hlavní dlužník) vůči třetí osobě (věřitel). Nicméně přesné podmínky, za kterých je

⁷ *Re T&N Ltd (No 4)* [2006] EWHC 1447 (Ch), [2007] Bus LR 1411, bod 45. Dále viz *Re Lehman Brothers International (Europe) (in administration) (No 2)* [2009] EWCA Civ 1161, [2010] Bus LR 489 body 62 až 65.

odpovědnost sjednána, závisí na podmínkách smlouvy o poskytnutí ručení dohodnutých mezi smluvními stranami.

58. Smlouva o poskytnutí ručení se tedy uzavírá za účelem převzetí sekundárního závazku, i když podmínky smlouvy o poskytnutí ručení někdy ukládají primární závazek. V tomto případě článek 18.1 Smlouvy SSCF výslovně vytváří nejen ručení (sekundární závazek), ale rovněž – v případě, kdyby jakákoli zaručená odpovědnost byla nevymahatelná, neplatná nebo nezákonná – přímý „odškodňující“ závazek za částku, kterou by jinak bylo možné vymáhat na základě ručení.
59. *Prima facie*, ručitel se nejen zavazuje plnit v případě, že dlužník nebude plnit, ale také se zavazuje zajistit, aby hlavní dlužník plnil.⁸
60. Smlouva o ručení vzniká, stejně jako jakákoli jiná smlouva podle anglického práva, nabídkou a přijetím, podloženými „protiplněním“ (pokud se nejedná o smlouvu formou dokumentu se speciální formalitou nazvaného „deed“, jako v případě Smlouvy ICA, kde je protiplnění dáno samou existencí *deed*).⁹ „Protiplnění“ je požadavek při absenci dokumentu „*deed*“, protože anglické právo obecně nevymáhá bezúplatné přísliby, pokud není dodržena formalita „*deed*“. Požadavek na „protiplnění“ je tedy požadavek na hodnotu, ale takový, který lze snadno podle soudcovského práva splnit. „Protiplnění“ se může skládat z jakéhokoli přínosu, i nominálního přínosu příslibu zaplatit 1 Euro, pokud bude požadováno, nebo jednoduše slibu něco udělat, daného ručiteli nebo jiné osobě, jako například hlavnímu dlužníkovi, nebo namísto přínosu může představovat právní (nikoli nutně ekonomickou) nevýhodu pro věřitele¹⁰. Například pokud ručitel zaručuje nějaký budoucí dluh nebo transakci a smlouva nemá formu *deed*, může být oním protiplněním slib na straně věřitele poskytnout půjčku hlavnímu dlužníkovi nebo uzavřít transakci, popřípadě samotný akt uvedeného. I když (jak je tomu běžně) ručitel z transakce neodvozuje žádnou výhodu, věřitel utrpí újmu, která představuje

⁸ Chitty on Contracts (32. vyd.), body 45-001.

⁹ Chitty on Contracts (32. vyd.), body 45-019 a 45-022.

¹⁰ Podrobnou diskusi o požadavku „protiplnění“ za ručení obsahuje Rowlat (6. vydání, 1999) kapitola 2.

dostatečné protiplnění. Ručení i za minulý dluh nebo transakci je platné, pokud věřitel slíbí, že nebude podávat žalobu na hlavního dlužníka nebo dá čas hlavnímu dlužníkovi, nebo pokud tak skutečně učiní na žádost ručitele.¹¹

Role a povinnosti správců zajištění / agentů pro zajištění a administrátorů půjček podle anglického práva

61. U syndikovaných půjček, kde si dlužník půjčuje peníze za podmínek smlouvy o úvěru a je zde několik věřitelů působících vedle sebe jako syndikát, je výhodné mít jednoho zástupce, který zastupuje věřitele jako orgán pro celou řadu účelů, často včetně žádosti o splacení a vymáhání jakéhokoli zajištění nebo ručení.
62. Proto jsou běžně ve smlouvě o půjčce ustanovení o jmenování administrátora půjček, který je povinen vykonávat povinnosti stanovené v příslušné smlouvě o půjčce. Mezi tyto povinnosti běžně patří oznamování dlužníkovi (jménem všech věřitelů) a vykonávání mechanických a administrativních rolí jménem celé skupiny příslušných věřitelů.
63. Administrátor půjček je normálně jmenován jako zástupce pro výkon těchto příslušných funkcí jménem skupiny dlužníků a tento mechanismus zastupování je výhodný a praktický způsob, jak umožnit skupině věřitelů jednat jako jeden celek.
64. Administrátor půjček je běžně, za platných podmínek, povinen jednat podle většinového souhlasu nebo pokynů věřitelů. Smlouva o půjčce nebo smlouva mezi věřiteli obsahuje příslušné ustanovení o většině věřitelů, která je často 66,6 % příslušných věřitelů. Proto například za účelem urychlení splacení dluhu po prodlení, může být učiněno rozhodnutí většiny věřitelů umožňující nebo nařizující administrátorovi půjček dát dlužníkovi výzvu ke zrychlenému splacení.
65. Na druhou stranu agent pro zajištění/správce zajištění, souhrnně řečeno, jsou dalším zástupcem věřitelů, ale takovým, který drží zajišťovací práva a dluhové

¹¹ Chitty on Contracts (32. vyd.), body 45-022 a 45-023.

nároky jako agent/správce (svěřenský správce) pro poskytovatele půjček. Opět podotýkáme, že tato struktura, která má umožnit držení balíčku zajištění jménem skupiny věřitelů, místo aby transakce musela být strukturována tak, že každý věřitel drží jednotlivá zástavní práva fragmentovaně. Práva a povinnosti agenta pro zajištění/správce zajištění jsou rovněž řešena smluvním a trustovým právem (právo týkající se svěřenských správců)¹², jak je stanoveno v příslušných zajišťovacích a smluvních dokumentech a rovněž normálně v listině typu „deed“ mezi věřiteli. Listina typu „deed“ mezi věřiteli je, jak název napovídá, smlouva, která upravuje vztah mezi samotnými věřiteli, a proto běžně řeší prioritní práva jednotlivých tříd věřitelů a jiné záležitosti, které vyžadují úpravu mezi věřiteli *inter se* a mezi věřiteli a dlužníkem a/nebo jinými povinnými osobami.

66. Rovněž stojí za to stručně shrnout způsob, jakým jsou běžně drženy dluhopisy, které jsou obchodovány prostřednictvím burz cenných papírů např. v Irsku nebo Lucembursku. Clearingový agent pro burzu jako např. v Lucembursku je Clearstream nebo Euroclear, umožňuje obchodování příslušných „dluhopisů“ prostřednictvím clearingových systémů od kupujícího k prodávajícímu, existuje pouze jeden „globální dluhopis“, který je běžně zaregistrován na jméno uschovatele jednajícího za Clearstream nebo Euroclear, přičemž základní zájmy kupujících a prodávajících (skutečných vlastníků dluhopisů) jsou uznávány zápisy v knihách Clearstream a Euroclear (namísto držení jakýchkoli dokumentů představujících samotné dluhopisy). Existují běžné podmínky stanovené v příslušných smlouvách, které umožňují, aby příslušní skuteční vlastníci dluhopisů za určitých okolností požádali o definitivní dluhopisy (tj. jednotlivé dluhopisy), například pokud burzy přestanou obchodovat nebo někdy v případě porušení závazků. Příslušná práva jsou stanovena v dané smlouvě. Celkovým účelem těchto struktur je umožnit snadné obchodování mezi příslušným kupujícím a prodávajícím, aniž by

¹² V anglickém právu, pokud existuje „trust“, „správce“ (svěřenský správce) drží aktiva jako svěřenský správce pro jednoho nebo více „vlastníků“, a to za podmínek dokumentu, který obsahuje podmínky trustu. Koncept trustu se často využívá u syndikovaných půjček, aby umožnil Správci zajištění držet zástavní právo na aktiva věřitelů nebo jiných ve prospěch věřitelů.

docházelo k předávání fyzických dluhopisů pokaždé, když je realizován obchod.

67. Existuje řada případů, kdy byly tyto struktury uznány nebo posuzovány podle anglického práva, a rovněž existují případy, které se dostaly před anglické soudy, kdy byla posuzována práva udělená příslušným „držitelům“ dluhopisů na základě sekuritizačních smluv, včetně smluv podle práva státu New York. Tudíž, například:

- A. Co se týče administrátora půjček nebo agenta pro zajištění, v případě *Torre Asset Funding Limited & anr v The Royal Bank of Scotland plc* [2013] EWHC 2670 (Ch) anglický soud posuzoval smluvně uložené povinnosti administrátora půjček v rámci komplikované sekuritizované struktury, která měla standardní formu dokumentu sdružení Loan Market Association („LMA“). Soud rozhodl, že přesné povinnosti administrátora v jakémkoli konkrétním případě jsou určeny výslovnými podmínkami smlouvy mezi smluvními stranami a že neexistuje žádný jasně definovaný soubor obecných povinností na základě obecného práva (práva vytvářeného soudci na základě zvykového práva nebo právních precedentů), které jsou automaticky uloženy administrátorovi u transakcí týkajících se financování, a že lze jen omezeně implikovat další povinnosti do podrobných finančních smluv uzavřených sofistikovanými stranami. Co se týče podstaty sporu, nárok juniorního věřitele, který tvrdil, že utrpěl ztrátu z důvodu toho, že administrátor údajně neoznámil případy porušení smlouvy, byl soudem zamítnut v situaci, kdy soud shledal, že pokud příslušná smlouva stanovila, že povinnosti administrátora jsou výlučně mechanické a administrativní povahy, není administrátor povinen činit hmotné, hodnotící úsudky, zda na základě skutečností došlo k případu porušení. Rozsudek posiluje principy, že pokud není uvedeno jinak, tento administrátor půjček nebo agent pro zajištění plní velmi omezenou roli v rámci transakcí syndikovaného financování, která má ve své podstatě mechanický a administrativní charakter.

B. Co se týče správce zajištění, v případě *Saltri III Ltd v MD Mezzanine SA Sicar & Ors* [2012] EWHC 3025) anglický soud posuzoval povinnosti a pravomoci příslušného správce zajištění (v situaci, kdy správce zajištění spoléhal na specifikovaná smluvní a vymáhací práva v příslušných smlouvách, mezi které patřila smlouva o seniorní půjčce, smlouva o mezaninové půjčce, mezivěřitelská smlouva a zástavní práva držená správcem zajištění) prominout nároky a prodat aktiva formou výkonu zástavního práva, pro splacení seniorním věřitelům, kdy nebyly dostatečné zpeněžené částky na vyplacení mezaninových věřitelů, kteří byli podřízeni na základě příslušných dohodnutých smluvních struktur. Mezaninová věřitelé nárokovali po správci zajištění údajnou škodu,¹³ ale anglický soud, při důkladné analýze práv a povinností správce zajištění, jak byla stanovena v příslušné smluvní dokumentaci, zamítl nárok vůči správci zajištění. Tento případ je příkladem toho, kdy anglický soud přistupuje k takovému nároku tak, že prostuduje a podrobně posoudí smluvní podmínky dohodnuté mezi jednotlivými sofistikovanými obchodními stranami, jak jsou stanoveny v souboru smluv, které zahrnovaly nebo stanovily:-

- i. smlouvy o půjčkách (smlouvy o půjčkách, na základě kterých seniorní věřitelé poskytovali půjčky, a smlouva o mezaninové půjčce, na základě které mezaninová věřitelé poskytovali půjčky);

¹³ Podstata případu byla, že dlužník se nacházel ve vážných finančních potížích. Seniorní věřitelé dali pokyn správci zajištění (v souladu se smlouvou mezi věřiteli), aby uplatnil zajištění a převedl podnik dlužníka na speciální prostředek vlastněný jedním ze seniorních věřitelů za účelem restrukturalizace. Mezi nároky vznesenými mezaninovými věřiteli byla tvrzení, že správce zajištění porušil svou povinnost vyplývající ze smlouvy mezi věřiteli a porušil svou správcovskou povinnost vůči mezaninovým věřitelům. Anglický soud shledal, že určitá osoba může jednat jako svěřenský správce v některých ohledech a v jiných ohledech ne, a že pokud se jedná o sofistikované strany, které uzavřely komerční smlouvy na úpravu svých vztahů, rozsah a povaha těchto povinností jsou vymezeny těmito smlouvami. Podle těchto smluv byly nároky mezaninových věřitelů podřízeny nárokům seniorních věřitelů a správce zajištění byl povinen řídit se pokyny seniorních věřitelů, i když tyto pokyny byly v neprospěch zájmů mezaninových věřitelů. Smlouva mezi věřiteli výslovně stanovila, že v kontextu uplatnění zajištění se rozsah povinností správce zajištění vůči mezaninovým věřitelům není nijak odlišný ani větší než povinnosti zástavního věřitele vůči zástavnímu dlužníkovi podle obecného práva, což není povinnost svěřenského správce.

- ii. jmenování administrátorů půjček pro zastupování příslušných věřitelů (administrátor seniorních půjček jmenovaný podle smlouvy o seniorní půjčce pro zastupování seniorních věřitelů a administrátor mezaninových půjček jmenovaný podle smlouvy o mezaninové půjčce pro zastupování mezaninových věřitelů);
 - iii. jmenování správce zajištění za podmínek smlouvy mezi věřiteli, jeho pravomocí a povinnostmi při jakémkoli uplatňování zajištění; a
 - iv. pořadí dluhu, což je dohoda mezi věřiteli o tom, že seniorní věřitelé budou mít nejvyšší prioritu při uplatnění a mezaninová věřitelé budou podřízeni právům seniorních věřitelů, a to na základě sjednaných podmínek smlouvy mezi věřiteli.
- C. Co se týče případů, kde byla posuzována práva udělená příslušným „držitelům“ dluhopisů na základě sekuritizačních smluv, včetně smluv podle práva státu New York, anglický soud posuzoval struktury a definitivizační práva těchto příslušných „držitelů dluhopisů“ v následujících případech, které se všechny týkaly restrukturalizačních plánů a otázky, zda „držitel dluhopisu“, který nedržel skutečný dluhopis, ale který mohl za určitých okolností požadovat vydání fyzického dluhopisu, mohl být potenciálním věřitelem za účelem hlasování o restrukturalizačním plánu.
- i. Případ *Re Castle Holdco 4 Ltd* [2009] EWHC 3919 (Ch), kde Norris J spoléhal na potenciální právo požádat o definitivní dluhopisy, aby „skuteční vlastníci mohli ... být řádně považováni za potenciální věřitele“;
 - ii. Případ *Re Gallery Capital SA* (unreported, 21 April 2010), kde Norris J měl za to, že skuteční vlastníci dluhopisů jsou potenciální věřitelé;
 - iii. Případ *Re Co-operative Bank plc* [2013] EWHC 4072 (Ch), kde Hildyard J popsal závěr Norris J v případech *Castle Holdco* a *Gallery Capital*, že skuteční vlastníci dluhopisů jsou

potenciální věřitelé, jako „logický i ... naprosto odůvodněný“; jak prohlásil Hildyard J, „právo toho, kdo má skutečný nárok na vyžádání právního nároku, je analogické postavení potenciálního věřitele“; a

- iv. Případ *Re Magyar Telecom BV* [2013] EWHC 3800 (Ch), kde David Richards J uvedl, že: „Věřitelé z dluhopisů nejsou přísně vzato věřitelé společnosti, pokud a dokud nejsou dluhopisy zaregistrované na jejich jméno. Existují však okolnosti na základě smlouvy o vystavení, kdy dluhopisy mohou být zaregistrovány na jejich jméno a oni jsou tím pádem potenciální věřitelé společnosti, a tudíž „věřitelé“ pro účely § 899 Zákona o obchodních společnostech (*Companies Act*) z roku 2006“.

Anglické právo společností a „pravidlo vnitřního řízení“

68. Zabýváme se principy anglického práva a „pravidlem vnitřního řízení“ (tzv. „*indoor management rule*“), protože některé z otázek, které nám byly položeny, se týkají oprávnění společnosti OKD uzavřít ručení. I když bychom očekávali, že se interní řídicí pravomoci společnosti OKD budou řídit českým právem vzhledem k tomu, že OKD je česká společnost, nastíníme jako pomůcku pro český soud principy anglického práva v této oblasti.
69. Před První směrnicí Rady EHS o obchodních společnostech (a ustanoveními § 40 odst. 1 Zákona o obchodních společnostech (*Companies Act*) z roku 2006) anglické obecné právo stanovilo, že podle pravidla, které bylo označováno jako „pravidlo vnitřního řízení“, třetí osoby jednající v dobré víře se společností mají právo předpokládat, že interní postupy společnosti byly dodrženy, a proto například smlouvy uzavřené mezi určitou společností a třetí osobou mohly být vymáhány touto třetí osobou vůči společnosti bez ohledu na to, zda byly dodrženy správné vnitřní postupy.¹⁴ Čl. 9 První směrnice Rady

¹⁴ *Royal British Bank v Turquand* (1856) 6 E & B 327. Srov. také *TCB Ltd v Gray* [1986] Ch 621, 635, kde Sir Nicholas Browne-Wilkinson V-C (jehož rozsudek byl potvrzen při odvolání: [1987] Ch 458) uvedl, že stará doktrína nepřímého zjištění zakladatelské listiny a stanov společnosti, zmíněná

EHS o obchodních společnostech byl přenesen do anglického práva § 40 odst. 1 Zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 2006, který stanoví¹⁵:

„Ve prospěch osoby jednající s určitou společností v dobré víře se oprávnění jednatelů zavazovat společnost nebo tím pověřit jiné osoby považuje za neomezenou jakýmkoli omezeními podle ustavujících dokumentů společnosti.“

70. § 40 odst. 2 Zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 2006 vysvětluje, co se myslí osobou jednající se společností v dobré víře ve smyslu § 40 odst. 1 takto:

„Za tímto účelem—

- (a) osoba „jedná se“ společností, pokud je účastníkem jakékoli transakce nebo jiného úkonu, jichž je společnost účastníkem;
- (b) osoba jednající se společností—
 - (i) není povinna zjišťovat jakákoli omezení oprávnění členů představenstva zavazovat společnost nebo tím pověřovat jiné,
 - (ii) má se za to, že jednala v dobré víře, pokud není prokázán opak, a
 - (iii) nemá se za to, že jednala ve špatné víře, pouze z důvodu, že věděla, že určitý úkon je nad rámec oprávnění členů představenstva podle ustavujících dokumentů společnosti.“

případem *Turquand*, způsobovala obchodní komplikace a nespravedlnost a byla z velké části odstraněna ustanoveními, která uvedla v platnost čl. 9 První směrnice Rady o firemním právu EHS.

¹⁵ Tímto novým paragrafem nebyla zamýšlena žádná podstatná změna zákona. Viz „White Paper“ (Bílou knihu) (zpráva britské vlády vysvětlující účel navrhované legislativy) vydanou ohledně navrhovaného zákona o obchodních společnostech (Companies Bill), *Modernising Company Law* (body 28 – 29) kde je obsažen komentář návrhu zákona: „Základní pravidlo ... jako podle stávajícího zákona, je to, že osoby, které obchodně jednají se společností, jsou oprávněny předpokládat, že představenstvo má pravomoc uzavírat závazky jménem společnosti a pověřovat tím jiné osoby. Proto si nemusejí dělat starosti, co je uvedeno v ustavujících dokumentech společnosti.“

71. Požadavek, že jednání musí být „v dobré víře“ zajišťuje, že námitka založená na absenci oznámení by nebyla k dispozici někomu, kdo nejednal upřímně a poctivě při jednání se společností.¹⁶ Nicméně toto zákonné vyjádření znamená, že je možné, aby osoba jednala v dobré víře navzdory tomu, že ví, že je určitý úkon nad rámec oprávnění členů představenstva podle ustavujících dokumentů společnosti.¹⁷ Navíc jednající osoba je rovněž chráněna zákonnou presumpcí, že jednala v dobré víře, pokud není prokázán opak.
72. Na základě anglického práva obchodních společností členové představenstva (jako orgán společnosti, kterému je svěřena skutečná pravomoc řídit její záležitosti) mohou delegovat svou pravomoc na výbor členů představenstva, generálního ředitele nebo jakéhokoli jediného jednatele nebo zástupce (ať již formou jmenování zástupce, nebo jinak) za účelem propůjčení výslovné skutečné pravomoci a umožnění, aby byla společnost tímto zmocněncem zavazována.¹⁸
73. Zákon o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 2006, § 43 odst. 1, stanoví, že jsou dva způsoby, jakými mohou členové představenstva zajistit, aby se společnost zavázala: jeden přímo společností a druhý prostřednictvím oprávněných zástupců jejím jménem. V tomto odstavci je stanoveno:

„Podle práva Anglie a Walesu nebo Severního Irska může být uzavřena smlouva—

¹⁶ Viz případ *Barclays Bank v TOSG Trust Fund* [1984] BCLC 1, 18; *Smith v Henniker-Major & Co* [2003] Ch 182, CA body 108, kde Carnwath LJ uvedl, že celková politika paragrafu „se jeví taková, že pokud je určitý dokument předložen jako rozhodnutí představenstva někým, kdo zjevně jedná jménem společnosti, v situaci, kdy není důvod pochybovat o jeho autenticitě, osoba jednající se společností v dobré víře by ho měla být schopna brát za bernou minci“. Třetí osoba nemůže spoléhat na zdánlivou pravomoc, pokud je její přesvědčení nepoctivé nebo iracionální, což zahrnuje předstírání, že nevidí, nebo neopatrné jednání: viz případ *Thanakharn v Akai Holdings Ltd (No 2)* [2011] 1 HKC 357, jak byl uplatněn anglickým odvolacím soudem v případě *Quinn v CC Automotive Group Ltd* [2011] 2 All ER (Comm) 584, CA, bod 23. Viz také případy *LNOC Ltd v Watford AFC Ltd* [2013] EWHC 3615 body 90–2; *Acute Property Developments Ltd v Apostolou* [2013] EWHC 200 (Ch), bod 39; a *PEC Ltd v Asia Golden Rice Co Ltd* [2014] EWHC 1583 (Comm) bod 73.

¹⁷ Ilustruje to případ *Ford v Polymer Vision Ltd* [2009] 2 BCLC 160. Nebylo možné argumentovat absencí dobré víry, i kdyby třetí osoba věděla, že jednání představenstva, na kterém byl její dluhopis schválen, bylo vadné podle ustavujících dokumentů společnosti, protože oznámení osobám majícím na něj nárok nebylo dáno, a mělo se za to, že se konalo v UK (bod 78). Jak uvedl Blackburne J v bodě 73, dobrá víra je „prubířský kámen“.

¹⁸ *Hely-Hutchison v Brayhead Ltd* [1968] 1 QB 549, 583, CA, podle Lorda Denninga MR.

- (a) společností, a to písemně pod jejím firemním razítkem, nebo
- (b) jménem společnosti, osobou jednající na základě jejího oprávnění, a to výslovného nebo implikovaného.“

74. Proto § 43 odst. 1 písm. b) výslovně umožňuje, aby představenstvo společnosti jmenovalo nebo pověřilo zástupce nebo jinou osobu dle svého uvážení, aby podepsal(a) smlouvu jménem společnosti. Tento odstavec rovněž předpokládá, že toto oprávnění může být výslovné nebo implikované, takže zástupce může být oprávněn, i když jeho kroky nebyly schváleny žádným formálním usnesením představenstva.
75. Nyní uvádíme jednotlivé otázky, které nám byly položeny v pokynech, a uvádíme naše odpovědi na ně.

Otázky, které řešíme na základě anglického práva pro český soud

76. Existuje primární dluh na základě Smlouvy SSCF?
77. Naše odpověď je „ano“, primární dluh existuje na základě anglického práva. Níže uvádíme naše důvody.
- A. Smlouva SSCF byla uzavřena jako dohoda mezi jednotlivými smluvními stranami, kterými jsou New World Resources N.V (dále jen „Společnost“), NWR Holdings B.V (dále jen „Midco“), Původní ručitelé, mezi které patřila i společnost OKD (podle definic Původního věřitele se jednalo o osoby uvedené v příloze 1, části A, a podpis smlouvy společností OKD), Původní věřitelé (kteří měli půjčit 35 000 000,- EUR), Deutsche Bank AG (dále jen „Agent“) a Citibank N.A (dále jen „Agent pro zajištění“).
 - B. Smlouva SSCF se řídí anglickým právem, (s výjimkou přílohy 9, která se řídí právem státu New York): čl. 40 (a) a (b).
 - C. Podle článku 2.1, za podmínek Smlouvy SSCF, Věřitelé poskytují termínovanou půjčku v eurech v úhrnné výši odpovídající Celkovým

závazkům. Celkové závazky jsou definovány jako úhrn Závazků, což činí 35 000 000,- EUR ke dni uzavření Smlouvy.

- D. Podle článku 6.1 byla společnost Midco povinna splatit plnou výši Nesplacené půjčky v Den splatnosti. Den (Datum) splatnosti je definován jako den připadající na dva roky po Datu účinnosti. Datum účinnosti má význam daný termínu Datum účinnosti restrukturalizace v Plánu, které bylo zase definováno jako „Datum účinnosti restrukturalizace“ znamená datum, kdy společnost NWR NV potvrdí Věřitelům účastnícím se plánu, že Podmínky plánu restrukturalizace byly splněny, popřípadě prominuty“.
 - E. Vzhledem k tomu, že SSCF byla super prioritní nová půjčka ve výši 35 000 000,- EUR poskytnutá společnosti Midco pro potřeby Skupiny, a za okolností uvedených výše ve Vysvětlujícím prohlášení by anglický soud neměl žádný problém uznat primární dluh dlužný příslušnými dlužníky na základě Smlouvy SSCF a neměl by žádný problém vydat rozsudek na splacení částek půjčených v souladu se smluvními podmínkami dohodnutými Smlouvou SSCF a podle podmínek plánu vyrovnání posvěceného anglickým soudem.
78. Je Ručení dle SSCF platné a závazné pro společnost OKD za plnou výši nesplacené jistiny a narostlého neuhrazeného úroku a byla by takto uznána a vymáhána anglickým soudem? Vezměte prosím v úvahu zejména následující:
- A. prospěch společnosti OKD z poskytnutí Ručení dle SSCF;
 - B. protiplnění poskytnuté společnosti OKD za poskytnutí Ručení dle SSCF;
 - C. jakýkoli střet zájmů mezi společnostmi OKD a NV;
 - D. jakýkoli střet zájmů mezi společnostmi OKD a Boudewijnem Wentinkem (členem představenstva společnosti NV);
 - E. uzavření Smlouvy SSCF a plná moc, na základě které společnost OKD uzavřela Smlouvu SSCF a

F. tvrzení, že společnost NV nutila společnost OKD poskytnout Ručení dle SSCF.

79. Naše odpověď na tuto otázku je „ano“, Ručení dle SSCF a odškodnění poskytované společností OKD v článku 18.1 Smlouvy SSCF¹⁹ jsou platné a závazné pro společnost OKD za plnou výši nesplacené jistiny a narostlého neuhrazeného úroku a podle našeho názoru by anglický soud bez problémů vydal rozsudek proti společnosti OKD jako ručiteli za tuto nesplacenou jistinu a úrok, protože společnost OKD uzavřela ručitelské závazky uvedené ve Smlouvě SSCF, a proto je těmito závazky vázána na základě anglického práva obchodních společností. Naše důvody a komentář k bodům A až F v předchozím odstavci jsou následující.

A. Budeme se zabývat otázkami týkajícími se protiplnění a prospěchu společnosti společně (otázka v bodě A a B v předchozím odstavci), protože spolu navzájem souvisí.

- i. Zaprvé, co se týče protiplnění za smlouvu o ručení, jak jsme nastínili v našem shrnutí anglického práva o ručení (výše), protiplnění může být příslib na straně věřitele (kterým na základě podstaty tohoto případu jsou věřitelé částky 35 mil. EUR) poskytnout úvěr nebo uzavřít transakci (půjčení částky 35 mil. EUR) nebo samotný úkon poskytnutí nebo uzavření.
- ii. Jak zdůrazňujeme, i když (jak je tomu běžně) ručitel nezíská žádný prospěch z dané transakce, věřitel (v tomto případě

¹⁹ Článek 18.1 Smlouvy SSCF stanoví, co se týče odpovědností Ručitelů: „Každý Ručitel neodvolatelně a bezpodmínečně společně a nerozdílně: (a) zaručuje každé Financující straně včasné plnění všech závazků každé Povinné osoby vyplývajících z Finančních dokumentů; (b) zavazuje se vůči každé Financující straně, že kdykoli jiná Povinná osoba neuhradí jakoukoli částku, když je splatná podle jakéhokoli Finančního dokumentu nebo v souvislosti s ním, Ručitel okamžitě na výzvu uhradí tuto částku, jako kdyby byl hlavním dlužníkem; a (c) souhlasí s každou z Financujících stran, že pokud jakýkoli jím zaručený závazek je nebo se stane nevymahatelný, neplatný nebo nezákonný, odškodní, jako nezávislý a primární závazek, tuto Financující stranu okamžitě na výzvu za veškeré náklady, škody nebo závazky, které jí vzniknou kvůli tomu, že Povinná osoba (dlužník) neuhradí jakoukoli částku, jakou by musel uhradit, kdyby nenastala tato nevymahatelnost, neplatnost nebo nezákonnost, na základě kteréhokoli z Finančních dokumentů v den, kdyby byla splatná. Částka splatná Ručitelem na základě tohoto odškodnění nesmí přesáhnout částku, kterou by musel uhradit podle tohoto článku 18, kdyby nárokováná částka byla vymožitelná na základě ručení.“

půjčující strany) utrpí újmu ze zákona (poskytnutím půjčky), což je dostatečné protiplnění.

- iii. Proto na základě podstaty tohoto případu a s přihlédnutím k podmínkám Smlouvy SSCF a superseniorní půjčky ve výši 35 mil. EUR, není pochyb o tom, že bylo poskytnuto protiplnění za ručení společnosti OKD, takže smlouva o ručení je vymahatelná a platná na základě anglického práva.
- iv. Upozorňujeme, že v anglickém právu se anglické soudy nezabývají otázkou, zda poskytnuté protiplnění je „dostatečné“ nebo zda má přiměřenou hodnotu, když určují, zda je určitý smluvní závazek vymahatelný.²⁰ Navíc anglické právo požaduje, aby protiplnění vycházelo od oprávněné osoby (v tomto případě osob poskytujících půjčku).²¹
- v. Co se týče otázky prospěchu společnosti, vzhledem k tomu, že se jedná o ručení poskytnuté společností OKD za poskytnutí nové peněžní půjčky a za restrukturalizaci posvěcenou (schválenou) anglickým soudem ve formě restrukturalizačního plánu, který výslovně počítal s tím a vysvětloval věřitelům superprioritní novou peněžní půjčku a poskytnutí ručení společnosti OKD, podle našeho názoru by anglický soud neměl žádné pochopení pro jakýkoli argument společnosti OKD v tom smyslu, že společnost OKD údajně neobdržela žádný prospěch za ručení, které poskytla.
- vi. Důvod, proč by anglický soud zamítl námitky společnosti OKD, je podle našeho názoru ten, že společnost OKD obdržela v daném případě prospěch, protože celkovým cílem restrukturalizačního plánu bylo zachránit Skupinu, a společnost OKD jakožto součást Skupiny, před insolvencí a její celkovou neschopností splatit neuhrazený dluh v době

²⁰ Viz Chitty on Contracts, (32. vyd.), body 4-014.

²¹ Viz Chitty on Contracts, (32. vyd.), body 4-037.

restrukturalizačního plánu. Alternativou pro společnost OKD v době realizace plánu byla povinnost splatit předchozí hlavní nesplacený dluh, což by společnost OKD zjevně nebyla schopna učinit.

- vii. Jednotlivá smírná urovnání vtělená do restrukturalizačního plánu umožnila společnosti OKD a společností Skupiny odepsat významné částky dluhu ve smyslu smírného urovnání nabízeného Skupinou a jejími společnostmi, přičemž jedním z prvků těchto smírných urovnání byla nová peněžní půjčka zaručená společností OKD s cílem umožnit Skupině a společnosti OKD pokračovat v obchodní činnosti za využití této nové peněžní půjčky.
- viii. Podle článku 4 nařízení č. 1346/2000 o insolvenčních řízeních se česká insolvenční řízení v případě společnosti OKD řídí českým právem jako *lex concursus*, s výjimkami stanovenými v článcích 5-15. Článek 13 stanoví v podstatě, že transakce, která se řídí anglickým právem, jako například předmětné ručení, nemůže být napadena podle českého insolvenčního zákona, pokud nejsou žádné možnosti, jak ji napadnout podle anglického práva na základě skutkové podstaty daného konkrétního případu²². Co se týče anglického práva, neexistují důvody, na jejichž základě by bylo možné se ručení vyhnout podle obecného práva (jak je obecně řešeno v tomto Společném posudku) nebo na základě insolvenčního práva. Například, pokud by bylo naznačeno, že společnost OKD obdržela mnohem nižší hodnotu za poskytnutí ručení, než je hodnota poskytnutí ručení, žádný nárok na vyhnutí se ručení podle ustanovení o podhodnocení uvedeného v § 238 britského insolvenčního zákona (Insolvency Act) z roku 1986 by nemohl uspět, protože v § 240 odst. 5 insolvenčního zákona

²² Viz obecně komentář k článku 13 v publikaci Moss, Fletcher and Isaacs, body 8.255 – 8.267.

(Insolvency Act) z roku 1986, při řešení transakcí s nepřiměřeným protiplněním, je obsaženo ustanovení, že

„Soud nevydá na základě tohoto paragrafu nařízení týkající se transakce s nepřiměřeným protiplněním, pokud je splněno—

(a) že společnost, která transakci uzavřela, tak učinila v dobré víře a za účelem výkonu své obchodní činnosti, a

(b) že v době, kdy tak učinila, existovaly pádné důvody domnívat se, že by tato transakce byla pro společnost prospěšná.“

- ix. V případě, že je poskytnuto ručení společnosti jako součást celkového vyrovnání posvěceného restrukturalizačním plánem, a když anglický soud posoudil podmínky plánu při jednání o jeho schválení a když Skupina a její společnosti mají povinnost maximálně otevřeně soudu a věřitelům vysvětlit všechny významné podrobnosti ohledně jednotlivých transakcí pro smírné urovnání, bylo by poněkud překvapující, kdyby neexistoval dostatečný prospěch OKD na základě uzavření transakce o ručení ve vztahu k nové peněžní půjčce.
- x. Dále společnost OKD v daném případě obdržela prospěch, protože smírné urovnání v rámci plánu a transakce, které byly plánem zamýšleny, včetně ručení společnosti OKD, umožnily společnosti OKD a Skupině pokračovat ve výkonu obchodní činnosti a vyhnout se pravděpodobné insolvenční.
- xi. Není správné tvrdit, že ručení je neplatné podle anglického práva, pokud práva ručitele na odškodnění nebo právní prostředky proti hlavnímu dlužníkovi jsou omezeny nebo jsou ve skutečnosti komerčně omezené hodnoty. Upozorňujeme na článek 18.8 smlouvy o Ručení SSCF, která stanoví odložení práv ručitele až do úplné úhrady na základě Finančních dokumentů. Tudíž článkem 18.8 (a) ručitel souhlasí, že nebude

žádat žádné odškodnění od jiného Dlužníka, dokud nebudou uhrazeny všechny částky na základě Finančních dokumentů, a článek 18.8 (b) obsahuje podobný závazek nežádat příspěvek od jiného ručitele, a článkem 18.8 (c) ručitel souhlasí, že nebude využívat žádných práv Financujících stran na základě Finančních dokumentů až do úhrady v plné výši. Toto jsou vymahatelné doložky v anglickém právu a jsou běžné a u takového ručení je lze očekávat, protože zajišťují, že Financující strany (strany poskytující půjčky a jiné osoby, kterým se má splácet) obdrží úhradu první, a zabraňují ručiteli v konkurování nárokům Financujících stran. Anglický soud by neměl problém vymáhat tyto doložky proti ručiteli.

xii. V případě *Levy McCallum Ltd v Allen* [2007] NI Ch. 3, Severoirský vrchní soud (Northern Irish High Court) při posuzování místní verze ustanovení anglického insolvenčního zákona shledal, že byla vedena obhajoba podle ekvivalentu § 240 odst. 5, kdy poskytnutí ručení bylo nezbytné k tomu, aby dlužník mohl pokračovat ve výkonu obchodní činnosti. Tento přístup by dodržely i anglické soudy²³.

xiii. Ze všech těchto důvodů máme za to, že anglický soud by neváhal vymáhat podmínky ručení proti společnosti OKD.

B. Viz bod (A) výše.

C. Nyní se budeme zabývat otázkami uvedenými v předchozím odstavci v bodech (C) až (F), přičemž tyto otázky spolu vzájemně souvisí a týkají se postavení zmocněnce, který podepsal ručení společnosti OKD (člen představenstva společnosti NV), a to na základě oprávnění udělených usnesením představenstva společnosti OKD dne 2. září 2014, přičemž zde vyvstává otázka pravomoci zmocněnce. Tyto body lze zodpovědět poměrně krátce.

²³ I když nejsou případy projednávané severoirským soudem ani prvoinstančním soudem striktně závazné pro anglické soudce, jsou považované za „přesvědčivé“ precedenty a zpravidla se podle nich postupuje.

- i. Anglický soud by se podíval na zápis z jednání představenstva společnosti OKD a usnesení přijatá společností OKD podle usnesení z 2. září 2014 podepsaného členy představenstva společnosti OKD.
- ii. Usnesení představenstva uvádí, že společnost OKD udělila plnou moc zmocňující Boudewijna Wentinka („Zmocněnec“), aby za společnost OKD vykonával všechny úkony s cílem zajistit účinnost Plánu a Restrukturalizace, zejména pak aby podepsal dokumenty a transakce uvedené v této plné moci jménem společnosti OKD.
- iii. Samotná plná moc je rovněž datována 2. září 2014 a je podepsána předsedou představenstva společnosti OKD, a to na základě usnesení, ratifikace a pravomoci usnesení uvedených v zápisu z jednání představenstva. Proto je jmenování zmocněnce zcela platné, pokud by bylo použito anglické právo²⁴, protože zástupci byla svěřena pravomoc představenstva podepisovat jednotlivé uvedené smlouvy, včetně „smlouvy o superseniorní půjčce“, která obsahuje ručení společnosti OKD za půjčku SSCF.
- iv. Tento způsob jmenování a podepisování je v anglickém právu zcela zákonný podle § 43 odst. 1 písm. b) Zákona o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 2006 (o kterém se zmiňujeme výše).
- v. Usnesení představenstva uvádí souhlas představenstva s poskytnutím ručení za následujících podmínek.
 1. Usnesením se výslovně schvaluje, v souvislosti s restrukturalizací a restrukturalizačním plánem, poskytnutí jakéhokoli zajištění ze strany společnosti OKD, jak je předpokládáno v Dokumentech (definovaných v seznamu dokumentů v příloze 1),

²⁴ Plná moc se výslovně řídí českým právem: bod (d).

včetně Smlouvy o půjčce (podle specifikace uvedené v příloze 1), která obsahuje ručení společnosti OKD a Smlouvu o vystavení (podle specifikace uvedené v příloze 1). (Podtržení doplněno.) V usnesení se rovněž prohlašuje, že společnost OKD schválila výše uvedenou plnou moc.

2. V příloze 1 k usnesení je uveden seznam Dokumentů a jako první dokument je uvedena smlouva o superseniorní půjčce mezi Společností, společností NWR NV, společností NWR Holdings B.V. jakožto dlužníkem („Midco“), uvedenými původními ručiteli, Deutsche Bank AG, London Branch jako administrátorem („Administrátor“), uvedenými původními věřiteli a Citibank N.A., pobočka Londýn, jako agentem pro zajištění („Agent pro zajištění“).
- vi. Proto je ručení poskytnuté společností OKD výslovně schváleno členy představenstva společnosti OKD v jejich usnesení a jakýkoli argument, že toto ručení nebylo řádně schváleno, ať již z titulu tvrzeného střetu zájmů, nebo jinak, nemá naději na úspěch v situaci, kdy členové představenstva podepsali písemné usnesení (pokud by bylo použito anglické právo).
- vii. Dále, co se týče postavení věřitelů v případě nové superseniorní půjčky (SSCF), tito věřitelé by v každém případě, na základě anglického práva, byli schopni využít ustanovení o „pravidlu vnitřního řízení“ anglického práva obchodních společností, jak je uvedeno výše. Pokud by věřitelé poskytující půjčku jednali v dobré víře, přičemž zde nic nesvědčí o opaku, anglické právo jim dává právo předpokládat, že závazky z ručení dané společností OKD byly platné a řádně poskytnuté. Viz naše výše uvedené shrnutí „pravidla vnitřního řízení“ a jeho ustanovení.

- viii. Dále v kontextu restrukturalizačního plánu, který je výslovně uveden v usnesení společnosti OKD, by bylo poněkud překvapující, kdyby, jak je tvrzeno, společnost OKD dobrovolně nepřevzala ručitelský závazek. Usnesení představenstva, přijaté písemným usnesením členů představenstva společnosti OKD (ačkoli by se dle našich předpokladů platnost tohoto usnesení řídila českým právem), dává výslovné oprávnění společnosti OKD poskytnout ručení a rovněž dává zmocnění oprávnění jej uzavřít.
- ix. Článek 19 Smlouvy SSCF obsahuje prohlášení učiněná Dlužníky, včetně společnosti OKD (jako ručitelem), která zahrnují prohlášení, že Transakční dokumenty²⁵ uzavřené společností OKD představují platné a závazné závazky (článek 19.2)²⁶ a že má pravomoc a oprávnění uzavírat transakce realizované a zamýšlené Transakčními dokumenty (článek 19.4)²⁷, které ve všech případech zahrnují smlouvu o ručení, jak je stanoveno ve Smlouvě SSCF.
- x. Za těchto okolností by jakékoli naznačování, že představenstvo společnosti OKD neschválilo usnesení nebo že usnesení bylo v důsledku střetu zájmů neplatné nebo že řádně zmocněný orgán ve skutečnosti neměl pravomoc, bylo podle našeho názoru anglickým soudem zamítnuto, pokud by bylo použito anglické právo.

²⁵ „Transakční dokument“ podle definic uvedených ve Smlouvě SSCF zahrnuje „Finanční dokument“, přičemž „Finanční dokument“ zahrnuje Smlouvu SSCF.

²⁶ Toto prohlášení obsažené v článku 19.2 je učiněno za podmínky „Výhrad“, což zahrnuje princip, že spravedlivé náhrady lze poskytnout nebo odmítnout podle uvážení soudu a omezení vymáhání ze strany zákonů týkajících se insolvence, reorganizace a jiných zákonů majících obecně vliv na práva věřitelů, a promlčení nároků podle zákonů o promlčení apod. Viz „Výhrady“ podle definice uvedené ve Smlouvě SSCF.

²⁷ Článek 19.4 je absolutní, tj. nepodléhá „Výhradám“.

80. Je Smlouva ICA platná a pro společnost OKD závazná a byla by takto uznána a vymáhána anglickým soudem? Vezměte prosím v úvahu zejména prospěch společnosti, protiplnění a střet zájmů, jak je uvedeno výše.
81. Tuto otázku můžeme vyřešit krátce, protože obdobně platí mnoho ze stejných právních principů, kterými jsme se zabývali výše. Odpověď na tuto otázku je „ano“, Smlouva ICA je platná a závazná pro společnost OKD. Naše důvody jsou v krátkosti následující.
- A. Společnost OKD je stranou této smlouvy tím, že je uvedena jako strana a uvedena v seznamu jako jeden z Původních dlužníků v příloze 1, části 2, Smlouvy ICA.
 - B. Smlouva je uzavřena společností OKD jejím zmocněncem, přičemž jmenování a oprávnění zmocněnce jsou platné z důvodů, které uvádíme výše: stručně řečeno, usnesení představenstva společnosti OKD z 2. září 2014 uděluje oprávnění zmocněnci, jak je uvedeno v plné moci z 2. září 2014, a Smlouva ICA je výslovně schválena a uvedena v seznamu jako jeden z Dokumentů definovaných v usnesení představenstva a uvedených v seznamu v příloze 1, odstavci 2 usnesení představenstva.
 - C. Tudíž není sporu o tom, že Smlouva ICA je platná a pro společnost OKD závazná, a vzhledem k tomu, že se Smlouva ICA řídí anglickým právem (článek 31 Smlouvy ICA), anglický soud by podle našeho názoru vymáhal podmínky Smlouvy ICA vůči společnosti OKD.
 - D. Z podobných důvodů, jaké jsou uvedeny výše, pokud byly společností OKD učiněny interní chyby při udělování zmocnění nebo podepisování dokumentů (což v této chvíli není patrné), věřitelé by měli právo v každém případě spoléhat na zdánlivé oprávnění zmocněnce, na prohlášení v usnesení, že byla udělena plná moc, a rovněž na pravidlo vnitřního řízení (jak je nastíněno výše), a tudíž by mohli spoléhat na podmínky Smlouvy ICA vůči společnosti OKD.
 - E. Z podobných důvodů, jaké jsou uvedeny výše, by anglický soud měl za to, že společnost OKD obdržela prospěch, protože Smlouva ICA je

součástí souboru transakcí uzavřených formou smírného urovnání mezi Skupinou, včetně společnosti OKD, a věřiteli, aby Skupina a společnost OKD mohly pokračovat ve výkonu obchodní činnosti. To zajišťuje odpovídající prospěch společnosti a protiplnění.

82. Má Agent pro zajištění platný nárok vůči společnosti OKD na základě Ručení dle SSCF a byl by jako takový uznán a vymáhán anglickým soudem? Vezměte prosím v úvahu zejména následující:

- A. poskytnutí stručného vysvětlení role Agentu pro zajištění, povinnosti Agentu pro zajištění jednat podle pokynů Většinových superseniorních věřitelů a pravomoci Agentu pro zajištění činit kroky směrem k vymáhání;
- B. účinnost ustanovení o paralelním dluhu podle článku 19.2 Smlouvy ICA;
- C. výskyt Případu porušení závazků, jak je definován ve Smlouvě SSCF;
- D. pokyny dané Většinovými superseniorními věřiteli Agentovi pro zajištění, aby požadoval platbu od společnosti OKD na základě Ručení dle SSCF;
- E. oznámení ze dne 4. května 2016, podle kterého Agent pro zajištění požadoval platbu od společnosti OKD na základě Ručení dle SSCF; a
- F. pokyny dané Většinovými superseniorními věřiteli Agentovi pro zajištění, aby podal přihlášku pohledávky do insolvenčního řízení společnosti OKD.

83. Odpověď na tuto otázku je „ano“, Agent pro zajištění má platný nárok vůči společnosti OKD na základě Ručení dle SSCF a tento nárok by byl anglickým soudem uznán a vymáhán. Naše důvody jsou rozvedeny v následujících bodech (jako odpovědi na jednotlivé otázky položené v jednotlivých dílčích bodech předchozího odstavce).

- A. Jmenování agentů jsou uvedena ve Smlouvě SSCF (článek 27) a ve Smlouvě ICA (článek 19); a pokyny a závazky k vymáhání jsou uvedeny níže.

- i. Role Administrátora a Agenta pro zajištění, jak je specifikovaná ve Smlouvě SSCF, je vymezena v článku 27 Smlouvy SSCF, který stanoví:

„(a) Každá druhá Financující strana jmenuje Administrátora, aby jednal jako její zástupce na základě Finančních dokumentů a v souvislosti s nimi.

(b) Agent pro zajištění souhlasil, že se stane účastníkem této Smlouvy na žádost ostatních Stran výhradně pro lepší vymáhání a zachování svých práv jako Agent pro zajištění podle smlouvy mezi věřiteli a ostatních dokumentů k zajištěnému dluhu (jak jsou definovány ve smlouvě mezi věřiteli), a Strany berou na vědomí a souhlasí, že Agent pro zajištění nepřevzme žádný závazek ani mu nevznikne žádná odpovědnost vůči kterékoli Straně z titulu ustanovení obsažených v této Smlouvě.“

- ii. Podle článku 1.8 Smlouvy SSCF je Smlouva SSCF „podřízena a má výhody smlouvy mezi věřiteli.“ Proto Smlouva SSCF a Smlouva ICA²⁸ působí společně, jak lze předpokládat, protože Smlouva SSCF zajišťuje (souhrnně řečeno) poskytnutí půjček a Smlouva ICA zajišťuje (souhrnně řečeno) vymáhací práva.
- iii. Článek 19 Smlouvy ICA zajišťuje jmenování Agent pro zajištění, který bude jednat jako zástupce a rovněž držet balíček zajištění formou trustu za věřitele²⁹, a to následujícím způsobem.

„Každá zajištěná strana (kromě Agent pro zajištění) neodvolatelně jmenuje Agent pro zajištění v souladu s následujícími ustanoveními tohoto článku 19, aby jednal jako

²⁸ Smlouva ICA je uzavřena formou dokumentu označovaného jako „*deed*“, tj. jako smlouva nevyžadující žádné „protiplnění“ (prospěch nebo neprospěch), aby byla platná a vymahatelná podle anglického práva: viz náš text o „protiplnění“ výše.

²⁹ Trustová ujednání jsou výslovně stanovena v článku 19.3 Smlouvy ICA.

její zástupce, svěřenský správce, společný a nerozdílný dlužník nebo vlastník případného paralelního dluhu (včetně paralelního dluhu podle článku 19.2 (*Paralelní dluh (závazek zaplatit Agentovi pro zajištění)*)) na základě této Smlouvy a v souvislosti s Dokumenty o zajištění transakce“.

iv. Ustanovení o pokynech dávaných Administrátorovi a Agentovi pro zajištění obsahují následující doložky.

1. Neuhrazení představuje Případ porušení závazků podle článků 23 a 23.1 Smlouvy SSCF.
2. Na základě článku 23.19 Smlouvy SSCF je Administrátor oprávněn a povinen, pokud ho k tomu vyzvou Většinoví věřitelé (definovaní ve Smlouvě SSCF), zesplatnit půjčky, dávat výzvy a uplatňovat nebo nařídit Agentovi pro zajištění, aby uplatnil veškerá jeho práva, opravné prostředky, oprávnění nebo své uvážení na základě Finančních dokumentů (které zahrnují Smlouvu SSCF, Smlouvu ICA a veškeré Zajišťovací dokumenty). Výzva k urychlení ze dne 4. května 2016 byla dána v souladu s těmito ustanoveními.
3. Článek s obecnými pokyny 19.5(a) Smlouvy ICA stanoví, že mimo jiné za podmínek článku 19.5(d) je Agent pro zajištění povinen jednat v souladu s veškerými pokyny, které mu jsou dány Skupinou dávající pokyny (jednající prostřednictvím Zástupce zajištěných věřitelů). Článek 19.5(d)(i) nicméně stanoví, že článek týkající se pokynů 19.5(a) neplatí v případech, kdy je výslovně dána opačná informace mimo jiné v článku 14 / vymáhání zajištění.
4. Článek 14.2(b) Smlouvy ICA stanoví, že pokud se zajištění stalo vymahatelným, a za podmínky článku

14.3 může Skupina dávající pokyny dát pokyny ohledně vymáhání Agentovi pro zajištění.

5. Článek 14.3(a) stanoví, že pokud buď Většinová superseniorní věřitelé³⁰, nebo Většinová seniorní zajištění věřitelé³¹ chtějí dát pokyn Agentovi pro zajištění, aby zahájil vymáhání zajištění, musí to písemně oznámit Agentovi pro zajištění a Zástupci zajištěných věřitelů pro ostatní zajištěné věřitele.
6. Článek 14.3 (b) stanoví konzultaci mezi zástupci zajištěných věřitelů, za podmínek určitých výjimek stanovených v článku 14.3 (c).
7. Článek 14.3 (c) stanoví dvě výjimky, přičemž jedna z nich je, že odstavec 14.3 (b) se nepoužije a Většinová superseniorní věřitelé a/nebo Většinová seniorní zajištění věřitelé jsou oprávněni dát pokyny Agentovi pro zajištění, aby vymáhal Zajištění transakce nebo podnikl jakékoli jiné příslušné kroky (souhrnně řečeno), pokud se jakékoli ze Zajištění transakce stane vymahatelným z důvodu Případu insolvence ve vztahu k jakémukoli Dlužníkovi (článek 14.3(c)(i)); druhá výjimka je, kdy kterýkoli nebo všichni z Většinových superseniorních věřitelů a/nebo Většinových seniorních zajištěných věřitelů usoudí v dobré víře (a oznámí

³⁰ „Většinová superseniorní věřitelé“ jsou definováni jako „v kterémkoli okamžiku Superseniorní věřitelé, jejichž účast na úvěru v tomto okamžiku v úhrnu představuje více než 66 2/3 % z celkových účastí na úvěru Superseniorních věřitelů v době uplatnění článku 36.7 (*Vyloučené závazky*), článku 36.9 (*Zbavení práv neplnicích věřitelů*) a článku 25.2 (*Zbavení práv z transakcí o koupi dluhu uzavřených sponzorujícími propojenými osobami*) Smlouvy o superseniorní půjčce a jakýchkoli ekvivalentních ustanovení jakýchkoli ostatních dokumentů o půjčkách).“

³¹ „Většinová seniorní zajištění věřitelé“ jsou definováni jako „v kterémkoli okamžiku Věřitelé z seniorních zajištěných dluhopisů, Rovnocenní věřitelé a Neprioritní zajišťovací protistrany (v rozsahu svých neprioritních zajišťovacích závazků) jejichž účast na úvěru v úhrnu představuje více než 50 procent z celkových účastí na úvěru Věřitelů z seniorních zajištěných dluhopisů, Rovnocenných věřitelů a Neprioritních zajišťovacích protistran (v rozsahu jejich neprioritních zajišťovacích závazků).“

každému Zástupci zajištěných věřitelů), že lze rozumně předpokládat, že zahájení konzultací (a tím oddálení vymáhání): (A) bude mít podstatný nepříznivý dopad na schopnost Agentu pro zajištění vymáhat jakékoli Zajištění transakce; nebo (B) sníží částku, která bude pravděpodobně získána zpeněžením z vymáhání na takovou hodnotu, že při použití výnosů tohoto zpeněžení v souladu s článkem 17 (*Použití výnosu*) by Superseniorní závazky nebyly splněny v plné výši (článek 14.3(c)(ii)).

8. V oznámení ze dne 4. května 2016 Většinoví superseniorní věřitelé, (podle bodu 8 těchto pokynů) specifikovali spoléhání se na článek 14.3(c)(ii)(B) Smlouvy ICA, a proto oznámili, že v souladu s tímto článkem jsou oprávněni dát pokyny k vymáhání.
 9. Na základě toho, podle našeho názoru, byly platné pokyny k vymáhání dány na základě dohodnutých smluvních ustanovení uvedených ve Smlouvě ICA.
- v. Právomoci Agentu pro zajištění zahájit vymáhání jsou uvedeny v článku 14.4 Smlouvy ICA, přičemž odkazují zpět na pravomoci obsažené v článku 14.3 (uvedeném výše), který stanoví:

„Způsob vymáhání. Pokud je Zajištění transakce vymáháno nebo jsou podnikány jiné kroky k vymáhání podle článku 14.2 (*Pokyny k vymáhání*) a článku 14.3 (*Rozhodnutí o vymáhání*), Agent pro zajištění je povinen vymáhat Zajištění transakce nebo podniknout jiné kroky pro vymáhání takovým způsobem (mimo jiné včetně výběru jakéhokoli správce nebo revizora jakéhokoli Dlužníka, kterého jmenuje Agent pro zajištění) podle

pokynů Skupiny dávající pokyny³², přičemž veškeré tyto pokyny dané Skupinou dávající pokyny musí být v souladu s Principy vymáhání zajištění.“

vi. Proto, souhrnně řečeno, podle našeho názoru na řádnou analýzu smluvních závazků uvedených ve Smlouvě SSCF a ve Smlouvě ICA je Agent pro zajištění povinen jednat podle pokynů Většinových superseniorních věřitelů a je oprávněn podnikat kroky k vymáhání na základě pravomocí propůjčených Agentovi pro zajištění. Kroky k vymáhání (podle definice uvedené ve Smlouvě ICA) výslovně zahrnují právo činit nároky na základě Ručení dle SSCF a zahájit soudní řízení proti společnosti OKD k vymáhání těchto částek.

B. Nyní se budeme zabývat účinností ustanovení o paralelním dluhu podle článku 19.2 Smlouvy ICA, který stanoví v bodě 19.2 (a) následující:

„Každý z Dlužníků tímto neodvolatelně a bezpodmínečně souhlasí a zavazuje se Agentovi pro zajištění (formou abstraktního uznání dluhu) a každá Zajištěná strana bere na vědomí, že každý z Dlužníků zaplatí Agentovi pro zajištění částky odpovídající jakýmkoli částkám a v měně jakýchkoli částek, které dluží Zajištěné straně (kromě Agentu pro zajištění výhradně na základě tohoto ustanovení) na základě jakýchkoli Dokumentů o zajištěném dluhu (*Hlavní závazky*), pokud a když budou splatné podle příslušného Dokumentu o zajištěném dluhu (*Závazky týkající se paralelního dluhu*).“

Podle tohoto článku se tedy společnost OKD, jako jeden z Dlužníků (který je definován tak, že zahrnuje Původní dlužníky uvedené v seznamu v příloze 1, části 2, kde je uvedena společnost OKD),

³² Smlouva ICA ve svých definicích stanoví, že „Skupinou dávající pokyny“ se rozumí „kdykoli před Datem splnění zajištěného dluhu: (a) podle odstavce (b) níže: Většinová superseniorní věřitelé a Většinová seniorní zajištění věřitelé; a (b) ve vztahu k pokynům ohledně vymáhání: skupina zajištěných věřitelů oprávněných dávat pokyny ohledně vymáhání podle článku 14.3 (*Rozhodnutí o vymáhání*).“

zavazuje zaplatit Agentovi pro zajištění, souhrnně řečeno, stejný dluh, jaký je splatný věřitelům. Jedná se o zcela platné ujednání v anglickém právu, které zajišťuje Agentovi pro zajištění právo přímého dluhu, odpovídající právům věřitelů na úhradu. Agent pro zajištění jedná jako zástupce a svěřenský správce s cílem získat splacení pro věřitele.

- C. Výzva k zesplatnění ze dne 4. května 2016 uváděla informaci o Případu porušení závazků na základě Smlouvy SSCF a specifikovala články 21.2 (a), 23.2, 23.6, a z důvodu úpadku společnosti OKD ze dne 3. května 2016 článek 23.7. Podle článku 23 Smlouvy SSCF je každý případ výskytu okolností stanovený v článku 23 Případem porušení závazků. S přihlédnutím k ustanovení o insolvenčním řízení podle článku 23.7 a s přihlédnutím k definici Významné dceřiné společnosti uvedené v článku 23.7 zahrnující všechny Povinné osoby (a tedy i společnost OKD) a s přihlédnutím k vyhlášení úpadku společnosti OKD ze dne 3. května 2016 zde zjevně nastal případ porušení závazků v rámci ustanovení článku z titulu podání insolvenčního návrhu. Navíc, pokud jsou prošetřeny skutečnosti, které jsou využity pro Případ porušení závazků, stanovené v jiných použitých člancích, jsou zde opět další relevantní Případy porušení závazků. Za těchto okolností je přípustné, aby Administrátor zesplatnil půjčky podle článku 23.19 Smlouvy SSCF.
- D. Administrátor je oprávněn, dle svého vlastního uvážení, podle článku 23.19 Smlouvy SSCF vznést požadavek a podle článku 23.19 (b) může prohlásit okamžitě za splatné všechny nesplacené částky na základě Finančních dokumentů (což zahrnuje Smlouvu SSCF, a proto ustanovení o záruce společnosti OKD uvedená ve Smlouvě SSCF); a článek 23.19 stanoví, že Administrátor je povinen podniknout různé kroky, pokud ho k tomu vyzvou Většinová věřitelé. Oznámením ze dne 4. května 2016 Administrátor prohlásil okamžitou splatnost a vznesl požadavek vůči společnosti BV, jako dlužníkovi, na splacení, přičemž tato společnost danou částku nesplatila. Podle článku 18.1 (b) Smlouvy SSCF (ručení) se společnost OKD zavázala vůči každé Financující straně (což zahrnuje Administrátora a Agentu pro

zajištění), že kdykoli jiná Povinná osoba (např. společnost BV) neuhradí jakoukoli částku, když bude splatná, na základě nebo v souvislosti s jakýmikoli Finančními dokumenty (příčemž Smlouva SSCF je Finanční dokument), Ručitel (společnost OKD) okamžitě na požádání zaplatí tuto částku, jako kdyby byl hlavním dlužníkem. Vzhledem k tomu, že zde se společnost OKD zavazuje přímo vůči Agentovi pro zajištění (mimo jiné), je evidentní, že Agent pro zajištění je jednou z osob, které mohou vznést nárok vůči společnosti OKD na úhradu podle ručitelských závazků. Navíc definice „Kroky k vymáhání“ obsažené ve Smlouvě ICA umožňují doručení dopisu s požadavkem Agentu pro zajištění společnosti OKD jako ručiteli. Jak uvádíme výše, Většinoví superseniorní věřitelé mohou dát pokyny k vymáhání, ať již vznesením požadavku na splacení nebo jinak, Agentovi pro zajištění podle článku 14.3 Smlouvy ICA.

- E. Co se týče oznámení ze dne 4. května 2016, kterým Agent pro zajištění požadoval platbu od společnosti OKD na základě Ručení dle SSCF, tím jsme se zabývali výše a uvedli jsme smluvní ustanovení, pomocí kterých lze požadavek Agentu pro zajištění realizovat na základě příslušných článků Smlouvy SSCF a Smlouvy ICA.
- F. Agent pro zajištění je oprávněn podat přihlášku pohledávek do insolvenčního řízení společnosti OKD, protože je věřitelem Paralelního dluhu a OKD mu dluží finanční prostředky na základě ručitelských závazků společnosti OKD. Článek 19.1 (a) Smlouvy ICA stanoví, že Agent pro zajištění bude jednat jako „zástupce, svěřenský správce, společný a nerozdílný dlužník nebo vlastník případného paralelního dluhu (včetně paralelního dluhu podle článku 19.2 ...“, a proto věřitelská práva vůči společnosti OKD zahrnují společné a nerozdílné závazky vůči poskytovatelům půjček i Agentovi pro zajištění. Závazky z Paralelního dluhu vytvářejí přímý dluh dlužený společností OKD Agentovi pro zajištění (protože v článku 19.2 (a) termín „Dlužníci“ zahrnuje společnost OKD a protože odkaz na Dokumenty zajištěného dluhu zahrnuje Smlouvu SSCF, a tudíž i ručitelský závazek společnosti OKD podle článku 18 Smlouvy SSCF). Z toho důvodu

Agent pro zajištění má právo z přímého dluhu vůči společnosti OKD. Pokud Většinoví superseniorní věřitelé dají Agentovi pro zajištění pokyny k podání přihlášky pohledávek v insolvenčním řízení společnosti OKD, je to přípustné na základě obecných ustanovení o pokynech obsažených ve Smlouvě ICA, čl. 19.5, nebo na základě již zmíněných ustanovení týkajících se vymáhání obsažených v článku 14.3.

GABRIEL MOSS QC

ADAM GOODISON

SOUTH SQUARE

3 – 4 South Square,

Grays Inn,

London, WC1R 5HP.

[3]. DUBNA 2017

Tlumočnická doložka

Jako tlumočník z jazyk(ů)...**anglického a ruského**... jmenovaný rozhodnutím krajského soudu v Praze ze dne **7. 11. 2001** č. j. Spr. **4108/2001** stvrzuji, že překlad souhlasí doslovně s textem připojené listiny.

Tlumočnický úkon je zapsán pod pořadovým číslem 720/1017tlumočnického deníku.

Praha, 25/4/2017

Mgr. Magdalena Pechová
Bělohorská 99
Praha 6 – Břevnov
169 00







OPIS

919 THIRD AVENUE NEW YORK NEW YORK 10022

JENNER & BLOCK LLP

Expert Opinion of Richard Levin,¹
Jenner & Block LLP, New York, NY,

Regarding Certain Guarantees under New York Law

April 4, 2017

This Expert Opinion addresses, and its sole purpose is to opine on, the validity, enforceability, and binding effect under New York law of certain obligations under the Senior Secured Notes Indenture dated October 7, 2014 among New World Resources N.V., as Issuer, Deutsche Trustee Company Limited, as Trustee, Citibank N.A., London Branch, as Security Agent, and OKD, a.s. and others, as Subsidiary Guarantors (the **SSNI**) providing for €300,000,000 Senior Secured PIK Toggle Notes due 2020 (the **Senior Secured Notes**) and the repayment obligations thereunder, which OKD a.s. (**OKD**) has guaranteed (the **OKD Guarantee**). This Opinion may not be used for any other purpose. This Opinion is limited to consideration of the law of the State of New York and, to the extent applicable to interpreting and applying New York law, the federal law of the United States.

1. SUMMARY OF CONCLUSIONS

I have been asked to consider and provide my opinion on whether the SSNI is valid and enforceable under New York law, the law governing the SSNI. To facilitate the Court's review of this Opinion, I set out here a summary of my conclusions. These conclusions are subject to the Statement of Facts and Assumptions and are based on the reasoning contained in this Opinion.

I believe the OKD Guarantee is valid and enforceable under New York law and the Security Agent may pursue claims under the OKD Guarantee on behalf of the SSNI noteholders, because:

- New York law permits the parties to a contract, such as the OKD Guarantee, to select the applicability of New York law and will enforce that choice.
- The OKD Guarantee is unconditional and therefore waives all defenses. Courts in New York enforce such waivers as barring a guarantor from asserting "any challenge to the

¹ I am a partner in the law firm of Jenner & Block LLP and a co-head of the firm's Restructuring and Bankruptcy Department. I was admitted to the California bar in 1976. I have practiced bankruptcy, insolvency, restructuring, and creditors' rights law for all but three years since then. I am currently admitted to practice law in California, Massachusetts, New York, and Washington, D.C. From 1975–1978, I served as Assistant Counsel to the Judiciary Committee of the House of Representatives of the United States Congress, where my principal responsibility was drafting the legislation that became the United States Bankruptcy Code. I served as Chair of the National Bankruptcy Conference and am a Fellow of the American College of Bankruptcy. I served as a faculty member at the Federal Judicial Center's Bankruptcy Judge Workshops from 2002 through 2015 and 2017 and was a lecturer in law at Harvard Law School in 2004 and 2006. I was a consultant to the World Bank and the Central Bank of Brazil regarding Brazil's 2005 bankruptcy legislation.

enforceability and validity of [the guarantee], as well as to any other possible defense to [its] liability for the [principal] obligations," *Navarro, Cooperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank, B.A. v. Navarro*, 25 N.Y.3d 485, 494 (2015), including any challenge that the OKD Guarantee is invalid on the grounds that:

- NV never rendered any performance to OKD,
 - OKD was induced to assume the OKD Guarantee by NV, its parent company, or
 - the OKD Guarantee was not properly authorized, whether or not the SSNI is valid and enforceable against NV under New York law;
- The Scheme Sanction Order and the Chapter 15 Recognition Order provide additional indicia of regularity supporting the validity and enforceability of OKD's unconditional guarantee;
 - New York law does not hold it a conflict for a parent company, such as NV, to induce a subsidiary, such as OKD, to execute a guarantee, such as the OKD Guarantee;
 - OKD received several benefits as a result of the 2014 restructuring of NWR, including a reduction in its previous guarantee obligation and the making of new loans of €35,000,000 from NV and €29,000,000 from BV, shielding the OKD Guarantee from attack under the New York Fraudulent Conveyance Law;
 - The OKD Guarantee's savings clause does not affect the OKD Guarantee's validity or enforceability;
 - The enforceability of the OKD Guarantee does not violate New York's public policy; and
 - The Security Agent's right to file a claim against OKD on the OKD Guarantee is a proper exercise of its duties as an agent of the SSNI Noteholders.

2. FACTS AND ASSUMPTIONS

This Opinion is based on the summary of facts and on the assumptions stated in this section. The summary of facts is based on the documents listed in Annex I. To the extent of any inconsistencies between the summary and the documents, this Opinion is based on the documents.

2.1. Summary of Facts

2.1.1. The 2014 Restructuring

OKD's sole shareholder is NWR Holdings B.V. (**BV**). BV's sole shareholder is New World Resources N.V. (**NV**). In 2014, NV underwent a restructuring of the debts of the New World Resources group through a scheme of arrangement under English law (the **2014 Restructuring**). The High Court of Justice of England and Wales sanctioned the scheme by a Judgment ([2014] EWHC 3143 (CH)) and an Order (the **Scheme Sanction Order**), both dated September 5, 2014, in *In the Matter of New World Resources*, High Court of Justice, Chancery Division, Claim No. 5347 of 2014. In a case under chapter 15 of the Bankruptcy Code for NV filed on July 30, 2014, the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York granted recognition to the sanction order. *Order Granting Petition For*

Recognition Of Foreign Main Proceeding And Motion For Related Relief, In re New World Resources, N.V., case no. 14-12226 (SMB), United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Sept. 9, 2014 [ECF 20] (the **Chapter 15 Recognition Order**). Chapter 15 of the U.S. Bankruptcy Code, entitled "Ancillary and Other Cross-Border Cases," is the U.S. enactment of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, whose purpose is to promote cooperation between U.S. and foreign courts in connection with foreign insolvency proceedings. 11 U.S.C. § 1501(a). A recognition order permits cooperation between the U.S. court and the foreign court in the foreign insolvency proceeding, including the enforceability in the United States of orders issued by the foreign court. See generally *Id.* §§ 1519(a), 1521(a), 1525–1527.

Before the 2014 Restructuring, NV had outstanding debt under then-existing Senior Secured Notes in a principal amount of €500 million ("**Previous Secured Notes**") and under the then-existing Senior Unsecured Notes in a principal amount of €275 million (together with the Previous Secured Notes, the **Previous Notes**). OKD had guaranteed the Previous Secured Notes.

The 2014 Restructuring resulted in the issuance of the SSNI, among other obligations, in exchange for the former €500 million Senior Secured Notes and the release and discharge of the Previous Notes and of OKD's guarantee of the Previous Secured Notes. The SSNI provides for NV to issue €300 million in new Senior Secured Notes and, in Article XII, for OKD's guarantee of NV's obligations under the Senior Secured Notes. The SSNI, including OKD's guarantee, is governed by New York law. Thus, OKD's overall guarantee obligations were substantially reduced in the 2014 Restructuring (from €500 million to €300 million). The 2014 Restructuring also contemplated an Intercreditor Agreement (the **ICA**) among BV, NV, OKD, and parties to the SSNI and a Super Senior Credit Facility (the **SSCF**) that was entered into in connection with the 2014 Restructuring to govern the rights and obligations of the parties under the SSNI, the SSCF, and related documents.

After execution of the SSNI and SSCF, BV loaned OKD €29,000,000, and NV loaned OKD €35,000,000 through a series of intercompany loans. The loans were proceeds of the SSCF and of equity investments in NV in connection with the 2014 Restructuring.

2.1.2. The OKD Guarantee

Section 12.01(a) of the SSNI provides:

Each Subsidiary Guarantor [which is defined to include OKD] hereby unconditionally and irrevocably guarantees, jointly and severally, to each Holder and to the Trustee and to the Security Agent and their respective successors and assigns (a) the full and punctual payment of principal of and interest on the Notes when due, whether at maturity, by acceleration, by redemption or otherwise, including Additional Amounts, if any, relating thereto, (b) all other monetary obligations of the Issuer under this Indenture and the Notes, and (c) the full and punctual performance within applicable grace periods of all other obligations of the Issuer under and pursuant to this Indenture and the Notes (all the foregoing being hereinafter collectively called the "**Guaranteed Obligations**").

Section 12.01(d) of the SSNI provides:

Except as expressly set forth in Sections 10.02, 12.02 and 12.06, the obligations of each Subsidiary Guarantor hereunder shall not be subject to any reduction, limitation,

impairment or termination for any reason, including any claim of waiver, release, surrender, alteration or compromise, and shall not be subject to any defense of setoff, counterclaim, recoupment or termination whatsoever or by reason of the invalidity, illegality or unenforceability of the Guaranteed Obligations or otherwise.

Section 12.02(a) of the SSNI provides:

Any term or provision of this Indenture to the contrary notwithstanding, the maximum aggregate amount of the Obligations guaranteed hereunder by any Subsidiary Guarantor shall not exceed the maximum amount that can be hereby guaranteed without rendering this Indenture, as it relates to such Subsidiary Guarantor, voidable under applicable law, including laws relating to fraudulent conveyance or fraudulent transfer or corporate benefit or similar laws affecting the rights of creditors generally, or any law limiting the rate at which interest can be charged to a debtor²

2.1.3. The Security Agent, the ICA, and its Enforcement Provisions

Section 13.07 of the SSNI provides Citibank N.A. London Branch "shall be appointed as the Security Agent and its rights and obligations shall be governed by the Intercreditor Agreement." Although section 13.07 provides that the ICA governs the Security Agent's rights and obligations, the SSNI also reflects certain rights and obligations. Section 12.01(a) of the SSNI, which contains the guarantee, provides that OKD "unconditionally and irrevocably guarantees ... to each Holder and to the Trustee *and to the Security Agent*" the Guaranteed Obligations.

Section 13.01(b) of the SSNI provides that "[e]ach Holder, by accepting a Note, shall be deemed (i) to have authorized ... the Security Agent ... to enter into the Intercreditor Agreement ... and to act as Security Agent ... thereunder and (ii) to be bound thereby" and that "[e]ach Holder, by accepting a Note, appoints the Security Agent as its agent under the Security Documents and the Intercreditor Agreement and authorizes it to act on such Holder's behalf." The Security Agent and the Trustee signed the SSNI.

The ICA then provides a tightly integrated series of provisions to authorize the Security Agent to take all actions necessary to collect, on the SSNI noteholders' behalf, all amounts owing under the SSNI and the OKD Guarantee.

Clause 19.1(a) of the ICA provides that "[e]ach Secured Party (other than the Security Agent) irrevocably appoints the Security Agent in accordance with the following provisions of this Clause 19 to act as its agent, trustee, joint and several creditor ... under this Agreement ... and irrevocably

² This limitation, which is common in New York law-governed guarantees, is designed to prevent the total invalidation of the guarantee if the guarantor later encounters financial trouble and the guarantee is set aside or avoided specifically through the application of section 548 of the U.S. Bankruptcy Code, the Uniform Fraudulent Conveyance Act (N.Y. DCL Art. X), or the Uniform Fraudulent Transfer Act (adopted by 44 other states), on the ground that the guarantee rendered the guarantor insolvent or with unreasonably small capital when it was issued *and* the guarantor did not receive adequate consideration for issuing the guarantee. Courts have generally not invalidated a subsidiary's guarantee of the parent's debt where the transaction had direct or indirect benefit to the subsidiary. *See In re Lifschultz Fast Freight*, 132 F.3d 339 (7th Cir. 1997) (subsidiary guarantee not a fraudulent transfer because of general benefit to the corporate group from the issuance of the guaranteed loan).

authorises the Security Agent on its behalf to ... perform such duties and exercise such rights and powers under this Agreement ... as are specifically delegated to the Security Agent by the terms thereof, together with such rights, powers and discretions as are reasonably incidental thereto." "Secured Parties" include the holders, from time to time, of the Senior Secured Notes under the SSNI and the Senior Secured Notes Trustee. Clause 19.5(a) further provides that "the Security Agent shall act in accordance with any instructions given to it by the Instructing Group [which term includes the Majority Super Senior Creditors] (acting through the relevant Secured Creditor Representative [which is the SSNI Notes Trustee])."

Clause 11.4 of the ICA (Filing of Claims) provides:

Until the Secured Debt Discharge Date, after the occurrence of an Insolvency Event each Creditor irrevocably authorises the Security Agent (acting in accordance with Clause 11.6 (*Security Agent instructions*)), on its behalf to:

- (a) take any Enforcement Action (in accordance with the terms of this Agreement) against the relevant member of the Group [which includes NV and its subsidiaries];
- (b) demand, sue, prove and give receipt for any or all of the Liabilities of the relevant member of the Group;
- (c) collect and receive all distributions on, or on account of, any or all of the Liabilities of the relevant member of the Group; and
- (d) file claims, take proceedings and do all other things the Security Agent considers necessary to recover the Liabilities of the relevant member of the Group."

The ICA defines "Enforcement Action" to include, in relation to any Liability:

- (ii) the making of any declaration that such Liability is payable on demand;
- (iii) the making of a demand in relation to such Liability that is payable on demand;
- (iv) the making of a demand against any member of the Group in relation to any of the Guarantee Liabilities [which includes the liabilities and obligations under the SSNI] of that member of the Group; [or]
- (vii) the suing for, commencing or joining of any legal or arbitration proceedings against, any member of the Group to recover such Liability.

Clause 14.2(b) of ICA (*Enforcement Instructions*) provides that, "[s]ubject to the Transaction Security having become enforceable in accordance with its terms and subject to Clause 14.3 (*Enforcement decisions*) [which governs notice to other creditors and what the Security Agent must do when faced with conflicting instructions], the Instructing Group may give instructions to the Security Agent as to the Enforcement of the Transaction Security as they see fit." Clause 14.2(c) provides that "[t]he Security Agent is entitled to rely on and comply with instructions given in accordance with this Clause 14.2 without further investigation."

2.1.4. The Czech Insolvency Proceeding and Demands

On May 3, 2016, OKD filed for insolvency in the Czech Republic (the **OKD Insolvency Proceeding**). Under Section 7.01(ix) of the SSNI, the filing constituted an Event of Default, which, under Section 7.02(a), caused the SSNI Notes to become due and payable immediately.

On May 11, 2016, following the provisions described in Section 2.1.3 of this Opinion above, the Majority Senior Secured Creditors issued Qualifying Instructions to the Senior Secured Notes Trustee and the Security Agent to demand payment from OKD under the SSNI Guarantee, and on the same day, the Senior Secured Notes Trustee and the Security Agent issued a notice to OKD demanding payment from OKD under the SSNI Guarantee.

On May 16, 2016, the Majority Senior Secured Creditors instructed the Security Agent to file a proof of claim in the OKD Insolvency Proceeding in respect of the amounts demanded from OKD under the OKD Guarantee (the **OKD Guarantee Claim**). On May 24, 2016, the Majority Super Senior Creditors instructed the Security Agent to file a proof of claim in the OKD Insolvency Proceeding in respect of the amounts demanded from OKD under the guarantee contained in the SSCF (the **SSCF Guarantee Claim**).

On May 31, 2016, as a result of the enforcement of security, the Security Agent made a distribution of cash proceeds under the ICA. The principal amount of the loan under the SSCF was decreased by €12,019,670.25 and interest of €738,839.06 was repaid in full. As of July 5, 2016, the outstanding claim in respect of the SSCF was €22,980,329.75. Under the SSNI, interest continues to accrue. All amounts due under the SSNI remain outstanding, and the principal amount due is increasing due to additional notes issued as PIK interest (which continues to accrue).

The Security Agent filed a proof of claim in the OKD Insolvency Proceeding with respect to the amounts demanded from OKD under the OKD Guarantee (the **OKD Guarantee Claim**). On July 25, 2016, OKD and the trustee in the OKD Insolvency Proceeding (the **OKD Insolvency Trustee**) noticed their intention to reject the SSNI and SSCF Guarantee Claims in the list of registered receivables (the **Rejection Statement**) filed with the Regional Court in Ostrava. The Security Agent filed a statement with the Regional Court in Ostrava on August 5, 2016, objecting to the proposed rejection of the Security Agent's claims (the **Security Agent Response**). Subsequently, OKD and the OKD Insolvency Trustee formally rejected the SSNI and SSCF Guarantee Claims at the review hearing before the Regional Court in Ostrava on August 10, 2016.

On September 9, 2016, the Security Agent filed a legal action at the Regional Court in Ostrava formally requesting the court to reverse the rejection and recognize the OKD Guarantee Claim (the **Legal Action**). On February 24, 2017, Ing. Lee Louda, the insolvency administrator for OKD, filed a Statement with the court, and on February 28, 2017, an Action for Ineffectiveness of Debtor's Transaction (revocatory action) and Motion for Consolidation of Cases under Section 112 Civil Procedure Code (collectively, the **Louda Filings**), and on March 7, 2017, OKD filed with the court a Response (the **OKD Response**). I have reviewed English translations of the Louda Filings and the OKD Response and have considered their contents in giving my Opinion.

2.2. Assumptions

In giving my Opinion, I make and rely on the following assumptions:

- 2.2.1. When it entered into the SSNI, OKD was duly established and existing in the Czech Republic, was registered as a joint stock company, and had the requisite corporate capacity and power to enter into the SSNI and to perform its obligations thereunder.

- 2.2.2. The SSNI was duly executed on behalf of OKD, the execution by OKD of the SSNI was duly authorized by all necessary corporate actions on the part of OKD, and such execution did not conflict with or result in any breach or violation by OKD of any term of its corporate organization documents or Articles of Association or of any law in force in the Czech Republic applicable to companies generally. No consents, licenses, approvals, or authorizations of any governmental or other authority or agency in the Czech Republic were required to be obtained by OKD by Czech law in relation to the execution of the SSNI.
- 2.2.3. The SSNI was executed on OKD's behalf by Mr. Boudewijn Wentink. At the time of signing, Mr. Wentink had full legal capacity to do so and was not legally or mentally incapacitated in any way.
- 2.2.4. The binding effect of the SSNI is not affected by duress, undue influence, or mistake. None of the parties to the SSNI entered into it in connection with money laundering or any other unlawful activity or with the intention or purpose of avoiding or circumventing any statutory, contractual, or other legal obligation.
- 2.2.5. Czech law does not require the filing or recording of the SSNI with any court or other authority in the Czech Republic to ensure the SSNI's enforceability.
- 2.2.6. There are no other agreements or arrangements involving any of the parties to the SSNI that modify or supersede any of its terms in a manner that would affect the conclusions in this Opinion.
- 2.2.7. Amounts owing under the SSNI are not subject to a defense of satisfaction or setoff and are not time barred under applicable limitations legislation, and none of the events described in Section 12.06 of the SSNI, which would release the OKD guarantee, has occurred.

I believe these assumptions are warranted as necessary to a proper evaluation of the validity and enforceability of the OKD Guarantee under New York, because they address either facts that I have not investigated and confirmed or matters of Czech law on which I am unable to opine.

I believe the assumptions are reasonable under New York law, despite the positions taken in the Louda Filings and the OKD Response questioning Mr. Wentink's authority. Those positions would not be accepted if the issues were governed by New York law. "Under New York law, a principal can be held liable for the unauthorized acts of an agent that the principal later ratifies." *RLI Ins. Co. v. Athan Contracting Corp.*, 667 F. Supp. 2d 229, 235 (E.D.N.Y. 2009). "Ratification is the express or implied adoption, i.e., recognition and approval, of the unauthorized acts of another." *Id.* Here, because OKD knowingly accepted the benefit of the OKD Guarantee, in the form of loans in the amount of €35,000,000 from NV and €29,000,000 from BV and a €200 million reduction in its own obligations, OKD ratified the OKD Guarantee. RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY § 4.01 cmt. d; see *Bank of Am. N.A. v. 3301 Atl. LLC*, 2012 WL 2529196, at *7 (E.D.N.Y. June 29, 2012) (rejecting guarantor's challenge to validity of mortgage assignment, on the basis that the relevant power of attorney post-dated the assignment, because guarantor ratified mortgage assignment). And, as explained below, there is no conflict under New York corporate law when a parent induces its subsidiary to guarantee the debts of the parent. See *Trenwick Am. Litig. Trust v. Ernst & Young, LLP*, 906 A.2d 168 (Del. Ch. 2006) (rejecting claim that directors, of both parent and subsidiary, breached their fiduciary duties by

causing subsidiary to take on debt to support parent's overall business strategy); *RSL Communs. PLC v. Bildirici*, 649 F. Supp. 2d 184, 212 (S.D.N.Y. 2009) (applying *Trenwick* under New York law).

3. ANALYSIS

3.1. Applicability of New York Law

New York law will enforce a contractual choice of law provision, such as the OKD Guarantee New York choice of law provision, choosing New York law as the governing law. "As a general matter, the parties' manifested intentions to have an agreement governed by the law of a particular jurisdiction are honored." *Freedman v. Chem. Const. Corp.*, 43 N.Y.2d 260, 265 n* (1977); see N.Y. Gen. Oblig. Law § 5-1401 (providing that parties to, among other agreements, a guarantee not less than \$250,000 "may agree that the law of [New York] shall govern their rights and duties in whole or in part, whether or not such contract agreement or undertaking bears a reasonable relation to this state"). In my experience, parties in international capital markets transactions often select New York law to govern their relationships because of New York's prominent role as an international financial center and its well-developed body of law on capital markets transactions. New York law therefore governs a challenge to the validity or enforceability of a New-York-law-governed contract. See, e.g., *IRB-Brazil Resseguros, S.A. v. Inepar Invs., S.A.*, 83 A.D3d 573, 573-75 (1st Dep't 2011) (applying New York law to determine validity of guarantee containing New York choice-of-law clause). Because the SSNI, including the OKD Guarantee, is governed by New York Law, New York law will govern the validity or enforceability of the OKD Guarantee. See *id.*

3.2. Enforceability of the OKD Guarantee under New York Law

3.2.1. Unconditional Guarantee

New York law enforces a waiver of defenses in an unconditional guarantee, such as the OKD Guarantee, which is valid and binding on OKD and bars the guarantor from asserting "any challenge to the enforceability and validity of [the guarantee], as well as to any other possible defense to [its] liability for the [principal] obligations."

Under New York law, "[a] guaranty is a promise to fulfill the obligations of another party, and is subject 'to the ordinary principles of contract construction.'" *Cooperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank, B.A. v. Navarro*, 25 N.Y.3d 485, 492 (2015). Ordinarily, a guarantor may raise failure of consideration as a defense by showing that the creditor totally or partially failed to perform its obligation to the principal debtor. *Walcutt v. Clevite Corp.*, 13 N.Y.2d 48, 56 (1963). As one court explained, "[t]his rule follows from the notion that the guarantor cannot be liable for an amount greater than that for which the principal is liable." *Midwest Corp. v. Glob. Cable, Inc.*, 688 F. Supp. 872, 875 (S.D.N.Y. 1988).

However, these general rules do not apply to an unconditional guarantee, such as the OKD Guarantee. "Guaranties that contain language obligating the guarantor to payment without recourse to any defenses or counterclaims, i.e., guaranties that are 'absolute and unconditional,' have been consistently upheld by New York courts" and "have in fact been found to preclude guarantors from asserting a broad range of defenses." *Navarro*, 25 N.Y.3d at 493. Thus, New York courts have held the existence of an unconditional guarantee bars the guarantor from asserting a range of defenses to the validity and enforceability of the guarantee, including defenses that:

- The underlying debt was allegedly unenforceable. *Acadia Woods Partners, LLC v. Signal Lake Fund LP*, 102 A.D.3d 522, 523 (1st Dep't 2013).
- The guarantee was allegedly fraudulently induced. *Bank Leumi Trust Co. of New York v. D'Evoli International, Inc.*, 163 A.D.2d 26, 34 (1st Dep't 1990).
- The underlying debt was allegedly obtained by the creditor's collusion. *Navarro*, 25 N.Y.3d at 494-95.
- The guarantor had allegedly been released from liability. *United Orient Bank v. Bao Lee*, 223 A.D.2d 500, 500 (1st Dep't 1996).
- The underlying debt was allegedly invalid. *Manufacturers Hanover Trust Co. v. Green*, 95 A.D.2d 737, 737 (1st Dep't 1983).
- The guarantor was allegedly unable to read the underlying loan documents due to partial blindness and his attorney, who undertook to read the loan documents to him, allegedly materially misrepresented their terms when reading them to him. *Bank of North America v. Shapiro*, 31 A.D.2d 465, 466 (1st Dep't 1969).

Courts have therefore refused to apply the *Walcutt* rule where, like here, a guarantee is unconditional. For example, as two New York appellate courts have stated:

- "Defendant's defense of overcharges is barred by its unconditional guaranty and waiver of defenses. Defendant's reliance on *Walcutt*, which recognized failure of consideration as a defense to enforcement of a guaranty, is misplaced; the guaranty in *Walcutt* was not unconditional and did not contain a waiver of defenses." *Plaza Tower LLC v. Ruth's Hosp. Grp., Inc.*, 126 A.D.3d 579 (1st Dep't 2015) (citations omitted)).
- "While a guarantor is generally not liable if the principal is not bound by the contract, a guarantor can be liable, despite the principal's escape from liability, if the guarantee contains language through which the guarantor expressly waives a right or defense." *Cty. of Greene v. Chalifoux*, 127 A.D.3d 1316, 1317-18 (1st Dep't 2015) (citations omitted) (citing *Walcutt* for the first proposition)).

Additionally, in *Walcutt*, the New York Court of Appeals held that a guarantor may not raise claims belonging to the principal obligor as a defense to the guarantee. 13 N.Y.2d at 55.

The OKD Guarantee is an unconditional guarantee in the form that is enforceable under New York law. It provides that it shall not be subject to any reduction, limitation, impairment, or termination for any reason and waives defenses of setoff, counterclaim, recoupment, termination, and the invalidity, illegality, or unenforceability of the Guaranteed Obligations. The broad unconditionality and waiver provisions render irrelevant as a matter of New York law any consideration of corporate benefit to OKD, adequacy of consideration for the OKD Guarantee, adequacy of performance by the holders of the OKD Guarantee, conflict of interest between N.V. and OKD, or the identity of the individual who signed the OKD Guarantee for OKD (assuming the signer had authority under OKD's governing documents and Czech law), among others.

The OKD Response argues that because of OKD lacks recourse against NV under the SSNI, OKD's obligation is a primary obligation, rather than a secondary one (such as a guarantee). New York law recognizes the distinction between primary and secondary obligations; guarantees are in the latter category. *Michaels v. Chem. Bank*, 110 Misc. 2d 74, 76-77 (Sup. Ct. N.Y. Cty. 1981) ("A guaranty of payment is an obligation to answer for the debt of another. It is a secondary obligation in that it is collateral, and only meaningful in relation to, the independent obligation to pay (i. e., the debt) of the primary obligor, and is contingent upon his default." (citations omitted)). However, even under a secondary obligation, if the guarantee is unconditional, the creditor need not first seek to collect from the primary debtor; rather, in that context, the guarantee is considered a primary obligation. *Kirzner v. Plasticware, LLC*, 47 Misc. 3d 1209(A) (Sup. Ct. N.Y. Cty. 2015). If a New York court determined OKD's obligation is a primary obligation, that would not impair its enforceability, and it does not matter whether the obligation is primary or secondary.³

The OKD Response also appears to argue that NWR's different treatment of OKD and its Polish affiliate NRW Karbonia S.A. in the form of guarantees they issued somehow affects the enforceability of the OKD Guarantee. I have not reviewed the circumstances under which the Karbonia guarantee was issued or all of its terms and so cannot comment on its content or any comparison to the OKD Guarantee. However, I can say that New York law does not concern itself with the differences between guarantees issued by different affiliates, only with the terms of the guarantee that it is called upon to enforce. Therefore, New York law would consider the terms of the Karbonia guarantee irrelevant to the question of the enforceability of the OKD Guarantee.

Based on the foregoing, New York law holds the OKD Guarantee as valid and binding on OKD and bars OKD, as guarantor, from asserting "any challenge to the enforceability and validity of [the guarantee], as well as to any other possible defense to [its] liability for the [principal] obligations," *Navarro*, 25 N.Y.3d at 494, including OKD's arguments that the OKD Guarantee is invalid because NV never rendered any performance to OKD, because OKD was induced to assume the OKD Guarantee by its parent company NV, and because the OKD Guarantee was not properly authorized, whether or not the SSNI is valid and enforceable against NV under New York law. Even if a New York court were to deviate from well-established precedent and consider NV's performance to OKD, New York law would still require enforcement of the OKD Guarantee because, as discussed in more detail below, OKD received several benefits from the 2014 Restructuring, including loans of €35,000,000 from NV and €29,000,000 from BV, the release of the Previous Notes, and the reduction of OKD's guarantee from €500 million under the Previous Secured Notes to €300 million under the SSNI.

³ The Louda Filings seem to suggest that because the SSNI replaced the Previous Secured Notes and no payment was ever made under the SSNI, the SSNI does not constitute a valid debt, either as a primary obligation of NV or as a guarantee obligation of OKD. See, e.g., Louda Filings, Feb. 24, 2017, ¶¶ 7a, 12, 13. New York law would not recognize such an argument. It is well established that a validly issued note or guarantee constitutes an obligation of the issuer to pay the holder the amount specified in the note or guarantee and does not provide a defense based on prior non-payment.

3.2.2. Effect of the Scheme Sanction Order and the Chapter 15 Recognition Order

The Scheme Sanction Order and the Chapter 15 Recognition Order lend additional support to the enforceability of the OKD Guarantee.

The Scheme Sanction Order approved the 2014 Restructuring, which included the OKD Guarantee, and the Chapter 15 Recognition Order provided that "the Scheme Sanction Order, the Scheme and the Restructuring Documents ... are recognized, granted comity, and entitled to full force and effect against all entities ... in accordance with their terms, and such terms shall be binding and fully enforceable." [Chapter 15 Recognition Order, ¶ F, at 5–6.] Although OKD itself was not subject to the scheme in the 2014 Restructuring and was not a debtor in the New York chapter 15 case, a court in New York would likely find that the Scheme Sanction Order and the Chapter 15 Recognition Order were additional indicia of regularity supporting the validity and enforceability of OKD's unconditional guarantee based on the consideration and approval in the Scheme Sanction proceeding of the SSNI and the SSCF, including the OKD Guarantee.

3.2.3. Effect of Parent's Control of Subsidiary; Breach of Fiduciary Duty

A parent's control of a subsidiary does not provide a defense under New York corporate law to the enforceability of an unconditional guarantee of the parent's debt.

The Louda Filings and the OKD Response object to the enforceability of the OKD Guarantee on the ground that NWR controlled OKD and benefitted from OKD's guarantee. New York corporate law does not recognize such a defense, because New York corporate law does not support a claim for breach of fiduciary duty against the directors of a wholly owned subsidiary or of its parent on the basis that the parent caused the subsidiary to take on debt to support the parent's overall business strategy. See generally *RSL Communs. PLC v. Bildirici*, 649 F. Supp. 2d 184, 212 (S.D.N.Y. 2009) (following, as a matter of New York law, the leading Delaware case of *Trenwick Am. Litig. Trust v. Ernst & Young, LLP*, 906 A.2d 168 (Del. Ch. 2006)).

In *Trenwick*, the litigation trustee for a bankrupt subsidiary's estate brought a breach-of-fiduciary-duty claim against the directors of its parent, Trenwick, and the directors of the subsidiary, Trenwick America, because the parent allegedly caused the subsidiary to take on more debt to support the parent's overall business strategy. 906 A.2d at 200. The court noted that, under Delaware law, "in a parent and wholly-owned subsidiary context, directors of the subsidiary are obligated only to manage the affairs of the subsidiary in the best interests of the parent and its shareholders." *Id.* (internal quotation marks omitted). Under this rule, and "[i]n the absence of any indication that they would be causing Trenwick America to violate legal obligations owed to others, the Trenwick America board was free to take action in aid of its parent's business strategy." *Id.* at 201. Importantly, the court said:

Delaware law does not embrace the concept that a director of a wholly-owned subsidiary owes a duty to second-guess the business judgment of its parent corporation when following and supporting the parent's strategy would not violate any legal obligation the subsidiary owes to another.

Rather, the law is that the Trenwick America directors were obligated to manage Trenwick America with loyalty to Trenwick, the company's sole stockholder.

To the extent that the Trenwick America directors acceded to their parent's wishes and lent support to its business strategy, there is no basis to fault them.

That is even so if the Trenwick America board took actions that made Trenwick America less valuable as an entity. If the Trenwick America board authorized the subsidiary to provide (as it appears to have done) guarantees to Trenwick's creditors that supported Trenwick's overall business, they would have been managing the subsidiary to benefit its parent: a proper goal.

Id. at 201-02.

A court in New York has also approved of the kind of parent-subsidary synergies present when a subsidiary guarantees a corporate parent's debt. *In re Vivaro Corp.*, 524 B.R. 536 (Bankr. S.D.N.Y. 2015), described "corporate synergy or the enhanced financial health of its corporate parent trickling down the corporate structure" as examples of an "indirect benefit" that constitute "reasonably equivalent value" or fair consideration directly or indirectly to the subsidiary guarantor. *Id.* at 558. Fair equivalent value is determined by "measure[ing] the economic benefit, if any, that accrued to each [guarantor] as a result of the third person's indebtedness" and "then determin[ing] whether that benefit was 'disproportionately small' when compared to the size of the security that the bankrupt gave and the obligations that it incurred." *Rubin v. Mfrs. Hanover Trust Co.*, 661 F.2d 979, 993 (2d Cir. 1981). These cases suggest that the analysis focuses on the corporate structure as a whole, rather than the subsidiary's benefit viewed in isolation. It should not matter to a New York court that the subsidiary guarantee was issued as part of a restructuring transaction, such as under the 2014 Restructuring, rather than in the ordinary course of business or financing. Such guarantees are common in restructurings in New York and have an additional indicia of regularity, which is the court's review as part of its approval of the restructuring plan.

Accordingly, New York law does not find a conflict based on NV's control over its subsidiary OKD in executing the OKD Guarantee, even though it was part of the 2014 Restructuring, and New York law does not render the OKD Guarantee unenforceable for that reason.

3.2.4. Fraudulent Conveyance Issues

New York Fraudulent Conveyance Law and similar federal and state statutes do not invalidate a guarantee, such as the OKD Guarantee, that benefits a corporate group and is given in exchange for releases and new loans.

Contrary to what the Louda Filings and the OKD Response suggest, OKD received several benefits from the 2014 restructuring of NWR, including new loans and release of a prior larger guarantee, which New York law recognizes as supporting the validity and enforceability of the OKD Guarantee against a challenge under New York's Fraudulent Conveyance Law.

New York's Fraudulent Conveyance Law, Article 10 of the Debtor and Creditor Law (DCL), permits certain creditors, under limited circumstances, to annul an obligation that a debtor incurs without fair consideration if, when the debtor incurred the obligation, the debtor was, or as a result of the obligation became, insolvent or intended to incur or believed that it would incur debts beyond its ability to pay as they mature. DCL §§ 273, 275. Fair consideration requires fair equivalent value or satisfaction of an existing debt, given in good faith. DCL § 272. The Fraudulent Conveyance Law applies to guarantees. *Rubin*, 661 F.2d at 993.

In this case, the OKD Guarantee was issued in connection with 2014 Restructuring to replace OKD's existing guarantee of the Previous Secured Notes in a significantly larger amount. The release of the prior guarantee constituted satisfaction of an existing debt, which provided a substantial benefit to OKD. In addition, as the courts recognized in *Rubin* and *Vivaro, supra*, a subsidiary may receive fair consideration for its guarantee of its parent's debt if, measured at the time of the guarantee, the parent's incurrence of the debt enhances the overall financial health of the corporate group and the benefit to the subsidiary is not disproportionately small compared to the size of the obligation it incurs. OKD appeared to receive several benefits in issuing the guarantee under the 2014 Restructuring. As the group's principal operating subsidiary with substantial exposure under the prior guarantee, OKD was at material risk of failure before the 2014 Restructuring. The 2014 Restructuring reduced its obligations and appeared to have preserved its business. And loans of €35,000,000 from NV and €29,000,000 from BV, which NV raised in connection with the 2014 Restructuring, were made to OKD, providing additional value in the form of working capital to OKD. These benefits to OKD in exchange for OKD's issuance of the OKD Guarantee protect the OKD Guarantee from attack under the New York Fraudulent Conveyance Law.

3.2.4.1. Savings Clause

New York law does not require the reduction of the OKD Guarantee under the savings clause.

To the extent the OKD Guarantee is not supported by fair consideration, as defined in DCL § 272, Section 12.02(a) of the SSNI reduces the amount of the OKD Guarantee to "the maximum amount that can be hereby guaranteed without rendering this Indenture, as it relates to such Subsidiary Guarantor, voidable under applicable law, including laws relating to fraudulent conveyance or fraudulent transfer or corporate benefit or similar laws affecting the rights of creditors generally." This kind of provision is common in New York law-governed subsidiary guarantee documents but is rarely the subject of interpretation by the courts, because, I believe, most subsidiary guarantee claims in financial distress or insolvent situations are not challenged.

However, one case directly addressed this kind of "savings clause." It involved affiliate guarantees that were challenged in a bankruptcy case under a statute similar to the New York Fraudulent Conveyance Law. The court found the savings clause did not protect the enforceability of the guarantees, in part on the ground that the guarantors were insolvent even before the issuance of the guarantees, so "the maximum amount" that could be guaranteed without violating the fraudulent transfer laws was zero. *Official Comm. of Unsecured Creditors v. Citicorp No. Am., Inc. (In re TOUSA, Inc.)*, 422 B.R. 783, 863 (Bankr. S.D. Fla. 2009), *quashed in part on other grounds*, 444 B.R. 613 (S.D. Fla. 2011), *aff'd in part, rev'd in part on other grounds*, 680 F.3d 1298 (11th Cir. 2012). The court also found that the savings clauses were unenforceable on the ground they were indefinite, because savings clauses in multiple guarantees prevented a clear calculation of the amount for which each guarantor would be liable. Finally, the court relied on grounds exclusive to the application of the United States Bankruptcy Code.

The bankruptcy court's conclusion in *TOUSA* should not apply to the enforceability of the OKD Guarantee under New York law. As described above, OKD appears to have received fair consideration for the OKD Guarantee, so the OKD Guarantee would not be voidable so as to cause the savings clause's application in the first place. Moreover, *TOUSA* was reversed on appeal, even though on other grounds, so its legal conclusions have little if any precedential effect. I have been unable to

locate any later cases that have relied on it or followed its reasoning, and it has been subject to much academic criticism. See, e.g., *'Reasonably Equivalent Value' in § 548 Avoidance Actions: An Analytical Framework Post-In Re Touse, Incorporated*, 20 Norton J. Bankr. L. & Prac. #4 (2011). Its reasoning about calculation of guarantee amounts does not bear scrutiny, and, unlike the case here, it addressed guarantors who were found to have been insolvent before they issued the guarantees. Its reliance on United States Bankruptcy Code principles do not apply here, where there is no U.S. bankruptcy case pending. Therefore, under New York law, the savings clause in the OKD Guarantee does not affect the OKD Guarantee's validity or enforceability.

3.2.5. Public Policy Considerations

The OKD Guarantee does not violate New York public policy.

Courts in New York have rejected challenges to unconditional guaranties on New York public policy grounds. See, e.g., *First N.Y. Bank for Bus. v. DeMarco*, 130 B.R. 650, 654 (S.D.N.Y. 1991) ("Absolute and unconditional guaranties such as those executed by defendants are consistently upheld by New York courts.... These guaranties, typical of those executed by banks in the course of commercial loan transactions, are enforceable and do not violate public policy.").

Courts in New York have also rejected the idea that another country's law or public policy affects the application of New York law or, if it does, that the other country's law should control. "Where the public policy of New York State conflicts with that of a foreign State, New York public policy must prevail." *Schultz v. Boy Scouts of Am., Inc.*, 102 A.D.2d 100, 108 (1st Dep't 1984), *aff'd*, 65 N.Y.2d 189 (1985). Moreover, even where only New York law, not its fundamental public policy, is involved, the court does not defer to the public policy of the other country. *Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, LLP v. Garza-Morales*, 308 A.D.2d 261, 265 (1st Dep't 2003) (enjoining foreign litigation in favor of agreed arbitration, even though arbitration agreements violated the foreign jurisdiction's public policy).

Based on the foregoing, New York law does not render the OKD Guarantee unenforceable on public policy grounds.

3.3. The Validity of the Security Agent's Claim under New York Law

New York law enforces the right of an agent, such as the Security Agent, to file and enforce a claim against a guarantor, such as OKD, as a proper exercise of its duties as an agent of the SSNI Noteholders.

Under New York law, it is my opinion that the Security Agent has a valid and enforceable claim against OKD under the OKD Guarantee as a proper exercise of its duties as an agent of the SSNI Noteholders.

Under New York law, the term "agency" refers to the fiduciary relationship that arises when one person, the "principal," manifests assent to another person, the "agent," that the agent shall act on the principal's behalf and subject to the principal's control, and the agent manifests assent or otherwise consents so to act. See *Art Fin. Partners, LLC v. Christie's Inc.*, 58 A.D.3d 469, 471 (1st Dep't 2009). A corporation may act as an agent and may do so for another corporation. *De Ronde v. Gaytime Shops, Inc.*, 239 F.2d 735, 738 (2d Cir. 1956).

Consent of both the principal and the agent is necessary to create an agency. *Sternaman v. Metro. Life Ins. Co.*, 170 N.Y. 13, 21 (1902). However the parties manifest their consent, the agent's authority

to act for the principal exists where the agent may reasonably infer from the words or conduct of the principal that the principal has consented to the agent's performance of a particular act. *In re Parmalat Secs. Litig.*, 594 F. Supp. 2d 444, 452 (S.D.N.Y. 2009). As long as the agent acts within the ambit of the authority to represent the principal, the agent binds the principal. *British Am. & E. Co. v. Wirth Ltd.*, 592 F.2d 75, 80 (2d Cir. 1979).

Though unnecessary to create an agency relationship, "many agents and principals enter into agreements" governing their relationship. RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY § 8.07. cmt. b. "Contract-law principles of general applicability govern whether such agreements are enforceable and how they are to be interpreted, among other questions." *Id.* "An agent has a duty to act in accordance with the express and implied terms of any contract between the agent and the principal," *id.*, and "to comply with all lawful instructions received from the principal and persons designated by the principal concerning the agent's actions on behalf of the principal." *Id.* § 8.09(2); see also *id.* cmt. c ("Within a relationship of agency, a principal always has power to provide an agent with interim instructions concerning action to be taken on the principal's behalf.").

Provisions granting an indenture trustee the right to enforce noteholders' claims against the issuer are common in New-York-law-governed indentures. "Each qualified indenture gives the indenture trustee the power to declare a default in the underlying security and sue the obligor in its own name and as trustee under an express trust for all unpaid principal and interest." NORTON CREDITORS' RIGHTS HANDBOOK § 15:4. "Each indenture will also contain a provision authorizing the indenture trustee to file a proof of claim or other document which is advisable or necessary to have the claims of the bondholders and itself as indenture trustee allowed in the applicable court." *Id.* Provisions granting the noteholders the right to direct the indenture trustee's exercise of rights and remedies are also common. "Most indentures contain provisions which allow a designated percentage of registered bondholders to direct the indenture trustee to take or not take certain actions." *Id.* § 15:5.

The SSNI and the ICA create an agency relationship between the Senior Secured Noteholders and the Security Agent. Clause 19.1 of the ICA contains the Secured Parties' express appointment of the Security Agent to act as their agent and to perform acts specifically delegated under the ICA. Clause 11.4 of the ICA specifically authorizes the Security Agent to exercise enforcement rights on their behalf, including to demand payment and to file a proof of claim for the OKD Guarantee amount, after an Event of Default under the SSNI, which has occurred. Under agency law principles, the Security Agent has a duty to act in accordance with the terms of the SSNI and the ICA and must comply with all lawful instructions of the noteholders.

Based on the foregoing, New York enforces the Security Agent's right to file a claim against OKD on the OKD Guarantee as a proper exercise of its duties as an agent of the SSNI Noteholders.⁴

⁴ Nothing in the Indenture, including the parallel debt provision in Section 13.06, leads me to doubt that New York law would accept a claim filed by Citibank N.A. as Security Agent.

4. OPINION

On the conditions that the facts and assumptions stated or otherwise referred to in this Opinion are accurate in all material respects, and based on the reasoning explained above, it is my opinion that:

4.1. The OKD Guarantee is valid and binding on OKD for the full amount of outstanding unpaid principal and accrued, unpaid interest under New York law and would be enforced by a court in New York, whether or not the SSNI is valid and enforceable against NV; and

4.2. The Security Agent has a valid claim against OKD under the OKD Guarantee, which would be enforced by a court in New York.

Respectfully submitted,



Richard Levin

Ověření - vidimace
Ověřuji, že tento opis složený z 16 listu/ů
doslovně souhlasí s listinou, z níž byl pořízen,
složenou z 16 listu/ů.
V Praze dne 6-04-2017




MILUŠE WINKLEROVÁ
notářská tajemnice
pověřená JUDr. Ivou Šidovou
notářkou v Praze, se sídlem
Praha 1, Platněřská 6



ANNEX I--DOCUMENTS

1. Super Senior Term Facility Agreement dated September 9, 2014, among New World Resources N.V., as Company, Deutsche Bank AG, London Branch, as Agent, Citibank N.A., London Branch, as Security Agent and others (**SSCF**)
2. Senior Secured Notes Indenture dated October 7, 2014 among New World Resources N.V., as Issuer, Deutsche Trustee Company Limited, as Trustee, Citibank N.A. London Branch, as Security Agent and OKD, a.s. and others, as Guarantor (**SSNI**)
3. Intercreditor Agreement dated October 7, 2014 among New World Resources N.V., Deutsche Bank AG, London Branch, Deutsche Trustee Company Limited, Citibank N.A. London Branch, and others (**ICA**)
4. Master Loan Agreement dated September 5, 2014 between New World Resources N.V., NWR Holdings B.V., OKD, a.s. and others
5. Board resolution of OKD dated September 2, 2014 approving the terms and execution of the SSCF and SSNI
6. Power of Attorney dated September 2, 2014 authorizing Boudewijn Wentink to sign certain documents
7. Czech law opinion dated September 9, 2014 prepared by White & Case (Europe) LLP regarding OKD a.s.'s capacity to enter into the SSCF
8. Letter of instruction dated May 4, 2016 from the Majority Super Senior Creditors to the Super Senior Credit Facility Agent
9. Letter of instruction dated May 11, 2016 from the Majority Senior Secured Creditors to the Notes Trustee
10. Notice of enforcement instructions dated May 11, 2016 from the Senior Secured Notes Trustee to the Super Senior Credit Facility Agent and the Security Agent
11. Qualifying Instructions dated May 11, 2016 from the Majority Senior Secured Creditors to the Senior Secured Notes Trustee and the Security Agent
12. Notice of demand dated May 11, 2016 under the SSNI Guarantee from the Senior Secured Notes Trustee and the Security Agent to OKD a.s.
13. Letter of instruction dated May 16, 2016 from the Majority Senior Secured Creditors to the Senior Secured Notes Trustee regarding the SSNI Guarantee Claim
14. Notice of enforcement instructions dated May 16, 2016 from the Senior Secured Notes Trustee to the Super Senior Credit Facility Agent and the Security Agent regarding the SSNI Guarantee Claim

15. Qualifying Instructions dated May 16, 2016 from the Majority Senior Secured Creditors to the Senior Secured Notes Trustee and the Security Agent regarding the SSNI Guarantee Claim
16. English translation of the Rejection Statement dated May 27, 2016 from OKD a.s. as debtor and Mr. Lee Louda, as insolvency trustee
17. Response dated August 5, 2016 of the Security Agent Citibank N.A., London Branch to the Rejection Statement
18. English translation of the Legal Action dated September 8, 2016 by Citibank N.A., London Branch
19. Judgment ([2014] EWHC 3143 (CH)) and Order, both dated September 5, 2014, in *In the Matter of New World Resources*, High Court of Justice, Chancery Division, Claim No. 5347 of 2014.
20. Order Granting Petition For Recognition Of Foreign Main Proceeding And Motion For Related Relief, *In re New World Resources N.V.*, dated September 9, 2014, case no. 14-12226 (SMB), United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York [ECF 20]

Právní stanovisko Richarda Levina,¹
Jenner & Block LLP, New York, NY

**Posouzení konkrétního případu poskytnutí ručení podle práva
státu New York**

4. dubna 2017

Toto právní stanovisko se týká (a jeho jediným účelem je) posouzení platnosti, vykonatelnosti a závaznosti určitých povinností podle práva státu New York ve vztahu k dluhopisům vydaným na základě dokumentu „*Senior Secured Notes Indenture*“ ze dne 7. října 2014 uzavřeného mezi New World Resources N.V. jako Emitentem, Deutsche Trustee Company Limited jako Správcem, Citibank N.A., London Branch jako Agentem pro zajištění, a OKD, a.s. a dalšími osobami jako Ručiteli (dále jen **SSNI**), který upravoval emisi seniorních zajištěných dluhopisů s úrokem PIK ve výši 300 milionů euro (Senior Secured PIK Toggle Notes) splatných v roce 2020 (dále jen **Seniorní zajištěné dluhopisy**) a příslušné povinnosti jejich splacení, za jejichž splnění OKD a.s. (dále jen **OKD**) poskytla ručení (**Ručení OKD**). Toto právní stanovisko nesmí být použito k žádnému jinému účelu. Toto právní stanovisko je omezeno na posouzení otázek podle práva státu New York a tam, kde je to nezbytné pro interpretaci a aplikaci práva státu New York, také otázek podle federálního práva Spojených států amerických.

1. SHRUNUTÍ ZÁVĚRŮ

Byl jsem požádán, abych posoudil a poskytl své stanovisko ohledně toho, zda jsou podmínky SSNI platné a vymahatelné podle práva státu New York, kterým se řídí SSNI. Pro usnadnění posouzení tohoto právního stanoviska soudem zde předkládám shrnutí svých závěrů. Tyto závěry vycházejí z popsaného skutkového stavu a předpokladů (viz níže), a jsou založeny na úvahách obsažených v následujících částech tohoto právního stanoviska.

¹ Jsem partner v advokátní kanceláři Jenner & Block LLP a vedoucí oddělení pro restrukturalizaci a konkurz firem. Byl jsem přijat do kalifornské advokátní komory v roce 1976. Od tohoto roku jsem vykonával praxi v oblasti konkurzního řízení, platební neschopnosti, restrukturalizace a práv věřitelů s výjimkou tří let. V současné době mám oprávnění k poskytování právních služeb v Kalifornii, Massachusetts, New Yorku a Washingtonu, D.C. Od roku 1975 do roku 1978 jsem působil jako pomocný poradce justičního výboru Sněmovny reprezentantů Kongresu Spojených států amerických, kde mojí hlavní odpovědností byla příprava legislativy, která se stala insolvenčním zákoníkem Spojených států amerických. Byl jsem předsedou Národní insolvenční konference (National Bankruptcy Conference) a jsem členem Amerického insolvenčního kolegia (Fellow of the American College of Bankruptcy). Od roku 2002 do roku 2015 a dále v roce 2017 jsem pracoval jako člen federálního soudního centra v rámci seminářů pro konkurzní soudce a v letech 2004 a 2006 jsem přednášel právo na Harvard Law School. Byl jsem poradcem Světové banky a Centrální banky v Brazílii ve věci přípravy insolvenčního práva v Brazílii v roce 2005.

Dominávám se, že Ručení OKD je platné a vymahatelné podle práva státu New York a Agent pro zajištění může uplatňovat své nároky v rámci Ručení OKD jménem držitelů dluhopisů SSNI z těchto důvodů:

- Právo státu New York dovoluje smluvním stranám, aby si v rámci smlouvy, jako je například Ručení OKD, ujednali příslušnost práva státu New York, a umožňuje vymahatelnost tohoto ujednání;
- Ručení OKD je bezpodmínečné, a proto v jeho rámci došlo ke vzdání se práva na uplatňování veškerých námitek. Soudy státu New York vykládají taková vzdání se práv jako zákaz, aby ručitel „jakkoliv napadal vymahatelnost a platnost [ručení], stejně jako podával jakékoli jiné případné námitky ve vztahu k [své] odpovědnosti za splnění [hlavních] závazků.“ *Navarro, Cooperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank, B.A. v. Navarro*, 25 N.Y.3d 485, 494 (2015), včetně jakýchkoli námitek, že Ručení OKD je neplatné z důvodu, že:
 - NV nikdy neposkytla žádné plnění společnosti OKD,
 - OKD byla přinucena převzít Ručení OKD na základě příkazu její mateřské společnosti NV, nebo
 - Ručení OKD nebylo řádně uzavřeno bez ohledu na to, zda podmínky SSNI jsou či nejsou platné a vymahatelné vůči NV podle právo státu New York.
- Soudní schválení restrukturalizace a Uznání rozhodnutí dle kapitoly 15 poskytují další indicie podporující závěr o platnosti a vymahatelnosti bezpodmínečného Ručení OKD;
- Právo státu New York nijak nezakazuje, aby mateřská společnost, jako je NV, přinutila dceřinou společnost, jako je OKD, k ručení, v tomto případě Ručení OKD;
- OKD získala výhody v rámci Restrukturalizace NWR v roce 2014 včetně snížení svého předchozího ručitélského závazku a získání nových úvěrů ve výši 35 000 000 euro od NV a 29 000 000 euro od BV, což Ručení OKD zajišťuje ochranu před napadením podle Zákona o podvodném převodu státu New York;
- Ustanovení o omezeních v rámci Ručení OKD neovlivňuje platnost a vymahatelnost Ručení OKD;
- Vykonalnost Ručení OKD neporušuje veřejný pořádek státu New York; a
- Právo agenta pro zajištění podat žalobu proti společnosti OKD k vymáhání splnění povinností dle Ručení OKD je řádným výkonem jeho povinností jako zástupce držitelů dluhopisů SSNI.

2. SKUTEČNOSTI A PŘEDPOKLADY

Toto právní stanovisko je založeno na popisu skutkového stavu a předpokladech uvedených v této části. Popis skutkového stavu vychází z dokumentů uvedených v Příloze I. V případě jakékoli nesrovnalosti mezi popisem a těmito dokumenty platí, že Právní stanovisko vychází z dokumentů.

2.1. Popis skutkového stavu

2.1.1. Restrukturalizace 2014

NWR Holdings B.V. (dále jen **BV**) je jediným akcionářem OKD. New World Resources N.V. (dále jen **NV**) je jediným akcionářem společnosti BV. V roce 2014 společnost NV provedla restrukturalizaci dluhů skupiny New World Resources dle anglického práva prostřednictvím restrukturalizačního plánu (scheme of arrangement) (dále jen **Restrukturalizace 2014**). Vrchní soud pro Anglii a Wales odsouhlasil restrukturalizační plán rozsudkem ([2014] EWHC 3143 (CH)) a Soudním příkazem (dále jen **Soudní schválení restrukturalizace**), jež byly vydány dne 5. září 2014 ve věci *New World Resources, High Court of Justice, Chancery Division, Claim no. 5347 of 2014*. Konkurzní soud USA pro jižní obvod New Yorku vydal příkaz o uznání Soudního schválení restrukturalizace na základě podání NV ze dne 30. července 2014 dle kapitoly 15 insolvenčního zákoníku USA - *Order Granting Petition For Recognition Of Foreign Main Proceeding and Motion for Related Relief, In re New World Resources N.V., case no. 14-12226 (SMB), United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Sept. 9, 2014 [ECF 20]* (dále jen **Uznání rozhodnutí dle kapitoly 15**). Kapitola 15 insolvenčního zákoníku USA nazvaná „Vedlejší a ostatní přeshraniční případy“ představuje implementaci modelového zákona UNCITRAL o přeshraničních insolvenčních řízeních, jehož účelem je podpora spolupráce mezi soudy USA a zahraničními soudy v souvislosti se zahraničními insolvenčními řízeními. 11 U.S.C. § 1501(a). Příkaz o uznání umožňuje spolupráci mezi soudem USA a zahraničním soudem v rámci zahraničního insolvenčního řízení včetně, což zahrnuje i vykonatelnost zahraničních soudních příkazů v USA. Viz obecně Id. §§1519(a), 1521(a), 1525-1527.

Před restrukturalizací v roce 2014 měla NV nesplacený dluh v rámci tehdejších seniorních zajištěných dluhopisů ve výši 500 milionů euro (dále jen **Původní zajištěné dluhopisy**) a dále dluh v rámci tehdejších seniorních nezajištěných dluhopisů ve výši 275 milionů euro (společně s Původními zajištěnými dluhopisy, dále jen **Původní dluhopisy**). OKD poskytla ručení za Původní zajištěné dluhopisy.

Restrukturalizace 2014 vyústila v emisi dluhopisů dle SSNI, které mimo jiné nahradily původní dluhopisy ve výši 500 mil. euro, přičemž povinnosti dle Původních dluhopisů zanikly stejně jako ručení OKD v rámci Bývalých dluhopisů. SSNI předpokládá, že NV vydá nové seniorní zajištěné dluhopisy ve výši 300 milionů euro a podle Článku XII OKD poskytne ručení za splnění povinnosti NV dle seniorních zajištěných dluhopisů. SSNI včetně Ručení OKD se řídí právem státu New York. Tímto způsobem byly v rámci Restrukturalizace 2014 celkové ručitelé závazky OKD výrazně sníženy (z 500 mil. euro na 300 mil. euro). Restrukturalizace 2014 dále předpokládala věřitelskou dohodu (dále jen **ICA**) mezi BV, NV, OKD, stranami SSNI a stranami Super Senior Credit Facility (dále jen **SSCF**), která byla uzavřena v souvislosti s Restrukturalizací 2014 k úpravě práv a povinností dle SSNI, SSCF a souvisejících dokumentů.

Po uzavření SSNI a SSCF byly OKD poskytnuty vnitroskupinové půjčky v celkové výši 29 000 000 euro od společnosti BV a dále v celkové výši 35 000 000 euro od společnosti NV. Tyto půjčky představovaly prostředky z SSCF a kapitálových investic do NV v rámci Restrukturalizace 2014.

2.1.2. Ručení OKD

Článek 12.01 (a) SSNI stanoví:

Každá Dceřiná společnost poskytující ručení, [jež dle definic zahrnují OKD], tímto bezpodmínečně a neodvolatelně ručí, a to společně a nerozdílně, všem Držitelům, Správcí a Agentovi pro zajištění a jejich případným právním nástupcům (a) za plné a řádné splacení jistiny a úroků dluhopisů jakmile budou splatné bez ohledu na to, zda splatnost nastane plynutím času, zesplatněním, nebo jiným způsobem, včetně zaplacení případných Dalších částek, (b) za splnění veškerých ostatních peněžních závazků Emitenta podle SSNI a Dluhopisů a (c) za plné a řádné splnění všech ostatních závazků Emitenta (s ohledem na všechny lhůty ke splnění) dle SSNI a Dluhopisů (všechno výše uvedené je dále souhrnně označováno jako „Zaručené závazky“).

Článek 12.01 (d) SSNI stanoví:

S výjimkou případů výslovně uvedených v člancích 10.02, 12.02 a 12.06 nesmí být stanovené povinnosti žádné Dceřiné společnosti poskytující ručení předmětem jakéhokoli snížení, omezení, zhoršení nebo ukončení a to z jakéhokoli důvodu, včetně jakéhokoli nároku na zproštění, uvolnění, vzdání se, změnu nebo vyrovnání, a dále nesmí být předmětem žádné obrany ve formě započtení, protinároku, zadržení nebo jakéhokoli ukončení, ani z důvodu neplatnosti, nezákonnosti či nevymahatelnosti Ručitelských závazků či z jakéhokoli jiného důvodu.

Článek 12.02 (a) SSNI stanoví:

Bez ohledu na ostatní podmínky nebo ustanovení této SSNI nemůže celková maximální výše závazků, na které se vztahuje ručení kterékoliv Dceřiné společnosti poskytující ručení, překročit maximální výši, za kterou je možné se zaručit, aniž by tím mohlo ve vztahu k dané Dceřiné společnosti poskytující ručení dojít ke zneplatnění SSNI dle příslušného práva a to včetně zákonů o podvodných převodech nebo podvodných transferech nebo nezákonném zvýhodňování nebo podobných zákonů, které zasahují do práv věřitelů nebo jakýchkoli zákonů, které omezují úrokové sazby vůči dlužníkům.²

2.1.3. Agent pro zajištění, ICA a její ustanovení o vymáhání

Článek 13.07 SSNI stanoví, že Citibank N.A. London Branch „bude jmenována jako Agent pro zajištění a její práva a povinnosti se budou řídit Věřitelskou dohodou.“ Ačkoli článek 13.07 uvádí, že ICA upravuje práva a povinnosti Agentu pro zajištění, jsou některé práva a povinnosti upraveny i v SSNI. Článek 12.01(a) SSNI, který upravuje ručení, stanoví, že OKD „bezpodmínečně a

² Toto omezení, které je běžné u ručení řídící se právem státu New York, je navrženo tak, aby předešlo celkovému zneplatnění ručení, pokud ručitel narazí na finanční problémy a ručení je zrušeno nebo zneplatněno prostřednictvím § 548 Insolvenčního zákoníku USA dle Zákona o podvodných převodech (N.Y. DCL Čl. X), nebo Zákona o podvodných transferech (přijatým 44 dalšími státy) z důvodu, že ručení v době vydání způsobilo úpadek ručitele nebo nepřiměřeně nízký kapitál a ručitel neobdržel dostatečné protiplnění za vystavení ručení. Soudy obecně neprovádějí zneplatnění ručení dceřiné společnosti za úvěr mateřské společnosti, kde transakce mají přímý či nepřímý pozitivní přínos i pro dceřinou společnost. Viz *In re Lifschultz Fast Freight*, 132 F.3d 339 (7th Cir. 1997) (ručení dceřiné společnosti není podvodným převodem z důvodu obecného prospěchu pro skupinu ze zaručeného úvěru).

neodvolatelně ručí ... všem Držitelům, Správci a Agentovi pro zajištění“ za splnění Zaručených závazků.

Článek 13.01(b) SSNI stanoví, že „se má za to, že přijetím dluhopisu každý Držitel (i) pověřil ... Agentu pro zajištění ... k uzavření Věřitelské dohody ... a působení v roli Agentu pro zajištění ... dle této smlouvy a (ii) bude vázán touto smlouvou“ a že „přijetím dluhopisu každý Držitel jmenuje Agentu pro zajištění jako svého zástupce ve vztahu k Zajišťovacím dokumentům a Věřitelské dohody a zmocňuje jej k jednání jménem takového Držitele.“ Agent pro zajištění a Správce podepsali SSNI.

ICA obsahuje silně provázanou řadu ustanovení, která zmocňují Agentu pro zajištění k provedení veškerých nezbytných opatření k vymáhání všech dlužných částek na základě SSNI a Ručení OKD jménem držitelů dluhopisů.

Článek 19.1(a) ICA stanoví, že „každá Zajištěná strana (jiná než Agent pro zajištění) neodvolatelně jmenuje Agentu pro zajištění v souladu s následujícími ustanoveními tohoto článku 19, aby jednal jako její zástupce, správce, společný a nerozdílný věřitel ... dle této Smlouvy ... a neodvolatelně zmocňuje Agentu jednat jejím jménem ... plnit povinnosti a vykonávat práva a oprávnění dle této Smlouvy ... které byly na Agentu pro zajištění dle ustanovení této smlouvy výslovně přeneseny a dále také taková práva a oprávnění, která s nimi v rozumné míře souvisí.“ Termín „Zajištěné strany“ zahrnuje aktuální držitele Seniorních zajištěných dluhopisů v rámci SSNI, a dále také Správce seniorních zajištěných dluhopisů. Článek 19.5(a) dále stanoví, že „Agent pro zajištění bude jednat v souladu s jakýmkoli pokyny, které mu dá Instruující skupina, [tento termín zahrnuje Většinové superseniorní věřitele] (jednající prostřednictvím příslušného Zástupce zajištěných věřitelů, [kterým je Správce SSNI]).“

Článek 11.4 ICA (Uplatňování nároků) stanoví:

Poté, co nastane Příklad platební neschopnosti, až do Data uspokojení pohledávky ze zajištěného dluhu každý Věřitel tímto neodvolatelně zmocňuje Agentu pro zajištění, aby (v souladu s článkem 11.6 (*Pokyny pro Agentu pro zajištění*)) jeho jménem:

- (a) provedl kterýkoliv z Vymáhacích úkonů (v souladu s podmínkami této Smlouvy) proti příslušnému členovi Skupiny [což zahrnuje NV a její dceřiné společnosti];
- (b) žádal splnění, podal žalobu, prokazoval a potvrzoval ve vztahu k některým nebo všem Závazkům příslušného člena Skupiny;
- (c) shromažďoval a přijímal veškeré platby v souvislosti s plněním Závazků příslušného člena Skupiny; a
- (d) uplatňoval nároky, účastnil se řízení a prováděl veškeré další úkony, které Agent pro zajištění považuje za nezbytné k vymáhání Závazků příslušného člena Skupiny.“

Podle ICA „Vymáhací úkon“ dle definice zahrnuje následující úkony ve vztahu k Závazkům:

- (ii) vyhotovení prohlášení o tom, že příslušný Závazek je splatný na žádost;
- (iii) vyhotovení žádosti ve vztahu k Závazku, který je splatný na žádost;

- (iv) vyhotovení žádosti vůči jakémukoli členovi Skupiny ve vztahu k jakýmkoli Zaručeným závazkům [což zahrnuje závazky a povinnosti v rámci SSNI] tohoto člena Skupiny; [nebo]
- (vii) podání žaloby nebo jiné zahájení či připojení se k jakémukoli soudnímu nebo rozhodčímu řízení proti kterémukoli členovi Skupiny k vymáhání splnění daného Závazku.

Ustanovení 14.2(b) ICA (*Instrukce k vymáhání*) stanoví, že „za předpokladu, že se Zajištění transakce stane vymahatelným v souladu s jeho podmínkami a Článkem 14.3 (*Rozhodnutí o vymáhání*), [který upravuje oznámení ostatním věřitelům, a stanoví, jak se má Agent pro zajištění zachovat ve chvíli, kdy si pokyny odporují], pak Instruuující skupina může dát pokyny Agentovi pro zajištění k Vymáhání Zajištění transakce způsobem, který uzná za vhodný.“ Článek 14.2(c) stanoví, že „Agent pro zajištění je oprávněn spolehnout se na a postupovat podle pokynů vydaných v souladu s tímto článkem 14.2 bez jejich dalšího zkoumání.“

2.1.4. České insolvenční řízení a požadavky

Dne 3. května 2016 podala OKD dlužnický insolvenční návrh v České republice (dále jen **Insolvenční řízení OKD**). Podle článku 7.01(ix) SSNI toto podání představovalo Případ porušení, což dle článku 7.02(a) způsobilo, že dluhopisy SSNI se staly okamžitě splatnými.

Dne 11. května 2016 v návaznosti na ustanovení popsané v Článku 2.1.3 tohoto Právního stanoviska Většinoví věřitelé seniorních zajištěných dluhopisů dali Kvalifikační pokyny Správci seniorních zajištěných dluhopisů a Agentovi pro zajištění s požadavkem na vymáhání platby od OKD na základě ručení dle SSNI a ve stejný den vydal Správce seniorních zajištěných dluhopisů spolu s Agentem pro zajištění oznámení adresované OKD požadující provedení platby OKD dle Ručení SSNI.

Dne 16. května 2016 dali Většinoví věřitelé seniorních zajištěných dluhopisů pokyn Agentovi pro zajištění, aby přihlásil do Insolvenčního řízení OKD pohledávku sestávající se z nároků na základě Ručení OKD (dále jen **Příhláška pohledávky z ručení OKD**). Dne 24. května 2016 dali Většinoví superseniorní věřitelé pokyn Agentovi pro zajištění, aby přihlásil do Insolvenčního řízení OKD pohledávku sestávající se z nároků na základě ručení dle SSCF (dále jen **Příhláška pohledávky z ručení SSCF**).

Dne 31. května 2016 Agent pro zajištění v souladu s ICA rozdělil výtěžek realizace zajištění. Jistina úvěru v rámci SSCF tak byla snížena o 12 019 670,25 euro a úroky ve výši 738 839,06 euro byly splaceny v plné výši. K 5. červenci 2016 tak nesplacená pohledávka z SSCF činila 22 980 329,75 euro. V rámci SSNI úrok dále narůstá. Veškeré dlužné částky dle SSNI zůstávají nesplaceny a splatná jistina se zvyšuje v důsledku dodatečných dluhopisů vydaných jako úrok PIK (který nadále narůstá).

Agent pro zajištění přihlásil pohledávky do Insolvenčního řízení OKD ve vztahu k nárokům vůči OKD z Ručení OKD (dále jen **Pohledávky z ručení OKD**). Dne 25. července 2016 OKD a insolvenční správce OKD (dále jen **Insolvenční správce OKD**) indikovali v seznamu přihlášených pohledávek podaném Krajskému soudu v Ostravě, že popírají pravost přihlášených pohledávek z ručení podle SSNI a SSCF (dále jen **Prohlášení o popření**). Agent pro zajištění dne 5. srpna 2016 podal ke Krajskému soudu v Ostravě vyjádření, ve kterém se ohradil proti popření svých přihlášených

pohledávek (dále jen **Vyjádření Agenta pro zajištění**). Následně OKD a Insolvenční správce OKD popřeli pravost přihlášených pohledávek z ručení OKD dle SSNI a SSCF na přezkumném jednání u Krajského soudu v Ostravě dne 10. srpna 2016.

Dne 9. září 2016 Agent pro zajištění podal žalobu u Krajského soudu v Ostravě a navrhl, aby soud určil, že Pohledávky z ručení OKD jsou přihlášeny po právu (dále jen **Žaloba**). Dne 24. února 2017 Ing. Lee Louda, Insolvenční správce OKD, podal na soud vyjádření, a následně 28. února 2017 podal žalobu proti účinnosti transakcí dlužníka (odpůrčí žaloba) a návrh na sloučení řízení podle §112 Občanského soudního řádu (dále jen souhrnně **Podání správce**). Dále dne 7. března 2017 společnost OKD podala soudu vyjádření (dále jen **Vyjádření OKD**). Při přípravě svého stanoviska jsem vycházel z anglických překladů Podání správce a Vyjádření OKD.

2.2. Předpoklady

Ve svém Stanovisku vycházím z následujících předpokladů:

- 2.2.1. OKD byla v době, kdy uzavřela SSNI, řádně vzniklá společnost existující v České republice, byla zaregistrována jako akciová společnost a byla korporátně způsobilá uzavřít SSNI a plnit své závazky na jejím základě.
- 2.2.2. SSNI byla řádně uzavřena jménem OKD, toto uzavření bylo řádně schváleno všemi nezbytnými korporátními úkony ze strany OKD a takové uzavření nebylo v rozporu ani nemělo za následek zanedbání nebo porušení ze strany OKD jakýchkoli podmínek ve vnitřních korporátních dokumentech či stanovách nebo jakýchkoli právních předpisech platných v České republice a vztahujících se na obchodní společnosti obecně. OKD nebylo povinno získat v souvislosti s uzavřením SSNI žádné souhlasy, licence, schválení nebo povolení jakéhokoli správního nebo jiného orgánu v České republice.
- 2.2.3. Za OKD podepsal SSNI pan Boudewijn Wentink. V době podpisu byl pan Wentink svéprávný a nebyl právně ani duševně neschopný tyto úkony učinit.
- 2.2.4. Závazný účinek SSNI není ovlivněn nátlakem, nežádoucím vlivem ani omylem. Žádná ze stran SSNI neuzavřela tuto smlouvu v souvislosti s praním špinavých peněz nebo jakoukoli jinou nezákonnou činností, nebo s úmyslem či účelem vyhnout se nebo obcházet jakékoliv zákonné, smluvní nebo jiné právní povinnosti.
- 2.2.5. Český právní systém nevyžaduje žádné podání ani záznam SSNI u jakéhokoli soudu ani jiného orgánu na území České republiky, aby se SSNI stala vymahatelnou.
- 2.2.6. Neexistují žádné jiné dohody nebo ujednání týkající se některé ze stran SSNI, které by upravily nebo nahradily některé z jejích podmínek takovým způsobem, který by měl vliv na závěry v tomto Právním stanovisku.

2.2.7. Částky dlužné na základě SSNI nejsou předmětem obrany splněním nebo započtením, nejsou promlčeny dle příslušných právních předpisů a nedošlo k žádné události popsané v Článku 12.06 SSNI, která by OKD z povinnosti ručení vyvázala.

Domnívám se, že tyto předpoklady jsou nezbytné pro řádné posouzení platnosti a vymahatelnosti Ručení OKD podle práva státu New York, protože se týkají skutečností, které jsem nezkoumal a nepotvrdil, nebo záležitosti českého práva, ke kterým nemohu svůj názor vyjádřit.

Domnívám se, že tyto předpoklady jsou přiměřené podle práva státu New Yorku, a to navzdory postojům v Podáních správce a Vyjádření OKD, které zpochybňují zmocnění pana Wentinka. Pokud by se tyto otázky řešily podle práva státu New York pak by tyto postoje nemohly obstát. „Podle práva státu New York je zmocnitel odpovědný za jednání zmocněnce, kterým zmocněnec překračuje své zmocnění, pokud je později zmocnitel ratifikuje.“ *RLI Ins. Co. v. Athan Contracting Corp.*, 667 F. Supp. 2d 229, 235 (E.D.N.Y. 2009). „Ratifikace je výslovné nebo implicitní potvrzení, tj. uznání a schválení úkonů jiné osoby.“ *Id.* Vzhledem k tomu, že OKD vědomě přijala výhody vyplývající z Ručení OKD v podobě úvěrů ve výši 35 000 000 euro od NV a 29 000 000 euro od BV a došlo ke snížení jejích vlastních závazků o 200 milionů euro, OKD ratifikovalo Ručení OKD. RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY § 4.01 cmt. d; viz *Bank of Am. N.A. v. 3301 Atl., LLC* 2012 WL 2529196, at *7 (E.D.N.Y. 29. června 2012) (zamítnutí žaloby ručitele na neplatnost postoupení zástavy na základě toho, že příslušná plná moc byla vydána až po postoupení, neboť ručitel ratifikoval postoupení zástavy). A, jak je vysvětleno dále, právo státu New York nevylučuje, aby mateřská společnost přinutila svou dceřinou společnost ručit za dluhy mateřské společnosti. Viz *Trenwick Am. Litig. Trust v. Ernst & Young, LLP*, 906 A.2d 168 (Del. Ch. 2006) (odmítnutí tvrzení, že členové představenstva jak mateřské, tak dceřiné společnosti porušili své povinnosti péče řádného hospodáře tím, že způsobili, že dceřiná společnost převzala dluh k podpoře celkové obchodní strategie mateřské společnosti); *RSL Communs. PLC v. Bildirici*, 649 F. Supp. 2d 184, 212 (S.D.N.Y. 2009) (aplikace případu *Trenwick* podle práva státu New York).

3. ANALÝZA

3.1. Aplikovatelnost práva státu New York

Právo státu New York umožňuje smluvní volbu rozhodného práva, k čemuž došlo i v případě Ručení OKD, které jako rozhodné právo zvolilo právo státu New York. „Obecně platí, že projevovaný úmysl stran, aby se jejich smlouva řídila určitým právem určité jurisdikce, je respektován.“ *Freedman v. Chem. Const. Corp.*, 43 N.Y.2d 260, 265 n. * (1977); viz N.Y. Gen. Oblig. Law § 5-1401 (jež stanoví, že smluvní strany, mimo jiné, dohody o ručení s plněním přesahujícím 250 000 USD „se mohou dohodnout, že se jejich smluvní vztah bude částečně nebo zcela řídit právem státu [New York], bez ohledu na to, zda taková dohoda má nebo nemá vztah k tomuto státu“). Podle mých zkušeností si účastníci transakcí na mezinárodních kapitálových trzích často vybírají právo státu New York jako rozhodné právo pro jejich smluvní vztahy, kvůli prominentní roli New Yorku jako mezinárodního finančního centra a jeho dobře vyvinutých právních předpisech o transakcích na kapitálových trzích. Napadení platnosti a vykonatelnosti smlouvy, která se řídí právem státu New York se tak rovněž řídí právem státu New York. Viz např. *IRB-Brazil Resseguros, S.A. v. Inepar Invs., S.A.* 83 A.D3d 573, 573-75 (1st Dep't 2011) (použití práva státu New York při posuzování platnosti ručení obsahující doložku určující rozhodné právo státu New York). Vzhledem k tomu, že se SSNI spolu s Ručením OKD řídí právem státu New York, pak se právem státu New York bude řídit i platnost a vymahatelnost Ručení OKD. Viz *id.*

3.2. Vymahatelnost ručení OKD podle práva státu New York

3.2.1. Bezpodmínečné ručení

Podle práva státu New York se ručitel při poskytnutí bezpodmínečného ručení vzdává všech procesních obran, takže Ručení OKD, které je platné a závazné pro OKD, zabraňuje ručiteli „jakkoliv napadat vymahatelnost a platnost [ručení], jakož i uplatňovat jakékoli jiné námitky proti [jeho] odpovědnosti za [hlavní] závazky.“

Podle práva státu New York je „ručení slibem splnění závazků za jinou osobu a podléhá obecným smluvním zásadám.“ *Cooperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank, B.A. v. Navarro*, 25 N.Y.3d 485, 492 (2015). Za běžných okolností se může ručitel bránit prohlášením, že věřitel neposkytl plnění hlavnímu dlužníkovi, tím že tuto skutečnost prokáže. *Walcutt v. Clevite Corp.*, 13 N.Y.2d 48, 56 (1963). Soud k tomu uvedl, že „toto pravidlo vyplývá z myšlenky, že ručitel nemůže být odpovědný za vyšší částku než hlavní dlužník.“ *Midwest Corp. v. Glob. Kabel, Inc.*, 688 F. Supp. 872, 875 (SDNY 1988).

Tato obecná pravidla se ovšem nevztahují na bezpodmínečné ručení, jakým je Ručení OKD. „Ručení, obsahující ustanovení o tom, že ručitel je zavázán k platbě bez možnosti podání jakékoli obrany či námitky, tj. ručení, která jsou ‘absolutní a bezpodmínečná’, byla soudy státu New York konzistentně potvrzována“ a „byla interpretována tak, že zamezují ručiteli uplatnit širokou škálu procesních obran.“ *Navarro*, 25 N.Y.3d at 493. Soudy státu New York proto rozhodovaly, že existence bezpodmínečného ručení brání ručitelům v uplatnění řady procesních obran ve vztahu k platnosti a vykonatelnosti ručení a to včetně obran, že:

- Hlavní dluh byl údajně nevykonatelný, *Acadia Woods Partners, LLC v. Signal Lake Fund LP*, 102 A.D.3d 522, 523 (1st Dep’t 2013);
- Ručení bylo údajně podvodně vynuceno, *Bank Leumi Trust Co. New York v. D’Evori International, Inc.*, 163 A.D.2d 26, 34 (1st Dep’t 1990);
- Hlavní dluh byl údajně získán na základě protiprávní dohody věřitelů, *Navarro*, 25 N.Y.3d at 494-95;
- Ručitel byl údajně vyloučen z odpovědnosti, *United Orient Bank v. Bao Lee*, 223 AD2d 500, 500 (1st Dep’t 1996);
- Hlavní dluh byl údajně neplatný, *Manufacturers Hanover Trust Co. V. Green*, 95 A.D.2d 737, 737 (1st Dep’t 1983);
- Ručitel údajně nebyl schopen přečíst úvěrovou dokumentaci z důvodu částečné slepoty a jeho advokát, který mu úvěrovou dokumentaci přečetl, údajně zásadně zkreslil jejich podmínky, když mu je četl, *Bank of N. Am. v. Shapiro* 31. AD2d 465, 466 (1st Dep’t 1969).

Soudy proto odmítly aplikovat pravidlo z judikátu *Walcutt*, v případech (jako je ten náš), kde je ručení bezpodmínečné. Jako příklad uvádím rozsudky dvou odvolacích soudů v New Yorku:

- „Žalovaným uplatněná námitka přeplatku není přípustná kvůli bezpodmínečnému ručení a vzdání se námitek. Spoléháni se na pravidlo *Walcutt*, které uznalo neposkytnutí plnění jako obranu před uplatněním ručení, ze strany žalovaného není přípustné; ručení v případě *Walcutt* totiž nebylo bezpodmínečné a neobsahovalo vzdání se námitek.“ *Plaza Tower LLC v. Ruth’s Hosp. Grp., Inc.*, 126A.D.3d 579 (1st Dep’t 2015) (citace vynechány).

- „Ačkoliv platí, že ručitel obecně není odpovědný, pokud hlavní dlužník není vázán smlouvou, může být ručitel odpovědný i přes to, že hlavní dlužník unikl odpovědnosti, pokud ručení obsahuje formulace, jejichž prostřednictvím se ručitel výslovně vzdává práva na námitky.“ *Cty. Of Greene v. Chalifoux*, 127 A.D.3d 1316, 1317-18 (1st Dep't 2015) (citace vynechány) (citace *Walcutt* k první části)).

Navíc v případě *Walcutt* odvolací soud v New Yorku rozhodl, že ručitel nemůže uplatňovat nároky náležící hlavnímu dlužníkovi jako procesní obranu proti ručení. 13 N.Y.2d at 55.

Ručení OKD je bezpodmínečné ručení ve formě, která je vykonatelná podle práva státu New York. To znamená, že nemůže být předmětem jakéhokoli snížení, omezení, znehodnocení, nebo ukončení z jakéhokoli důvodu a nemohou být uplatněny jakékoli námitky započtení, protinároků, nevydání, zániku a neplatnosti, nezákonnosti nebo nevykonatelnosti Zaručených závazků. Široká bezpodmínečnost a ustanovení o vzdání se práv činí z hlediska práva státu New York irelevantním jakékoli posuzování korporátního přínosu pro OKD, přiměřenosti protiplnění za poskytnutí Ručení OKD, přiměřenosti plnění ze strany věřitelů Ručení OKD, střetu zájmů mezi NV a OKD, nebo totožnost osoby, která Ručení OKD podepsala jménem OKD (za předpokladu, že signatář byl zmocněn v souladu se stanovami OKD a českým právním řádem).

Vyjádření OKD uvádí, že vzhledem k tomu, že OKD nemůže vznést regresní nárok vůči NV podle SSNI, tak je závazek OKD primárním a nikoli sekundárním závazkem (jako je i ručení). Právo státu New York uznává rozdíl mezi primárním a sekundárním závazkem; ručení spadá do druhé kategorie. *Michaels v. Chem. Bank*, 110 Misc. 2d 74, 76-77 (Sup. Ct. N.Y. Cty. 1981) („Ručení za zaplacení je závazkem spočívajícím v plnění dluhu jiné osoby. Jde o sekundární závazek ve smyslu, že jde o vedlejší závazek, který má smysl pouze v souvislosti s hlavní povinností hradit (dluh) primárního dlužníka, a je závislý na nesplnění závazku primárním dlužníkem.“ (citace vynechány)). Avšak i u sekundárního závazku platí, že pokud je ručení bezpodmínečné, věřitel není povinen se snažit nejprve vymáhat dluh od primárního dlužníka; za takových okolností je ručení považováno za primární závazek. *Kirzner v. Plasticware, LLC* 47 Misc. 3d 1209 (A), (Sup. Ct. N.Y. Cty. 2015). Pokud by soud v New Yorku zjistil, že závazek OKD je primárním závazkem, pak by tato skutečnost neměla žádný dopad na jeho vymahatelnost bez ohledu na to, zda je závazek primární nebo sekundární.³

Odpověď OKD také tvrdí, že rozdílný přístup NWR vůči OKD a s ní spřízněné polské společnosti NWR Karbonia S.A. ve smyslu rozdílné formy jimi poskytnutého ručení nějakým způsobem ovlivňuje vymahatelnost Ručení OKD. Nezkoumal jsem okolnosti, za kterých Karbonia poskytla ručení a jeho podmínky, takže nemohu posoudit jeho obsah nebo jej porovnat s Ručením OKD. Mohu však říci, že právo státu New York se nezabývá rozdíly mezi ručeními poskytovanými různými spřízněnými společnostmi a řídí se pouze podmínkami ručení, které je uplatňováno. Proto z pohledu práva státu New York jsou podmínky ručení Karbonia ve vztahu k vymahatelnosti Ručení OKD zcela irelevantní.

³ Podání správce naznačují, že vzhledem k tomu, že SSNI nahradilo Původní zajištěné dluhopisy a v jeho rámci neproběhla žádná platba, pak SSNI nepředstavuje platný závazek jako primární závazek NV ani jako závazek ručení OKD. Viz např. Podání správce z 24. února 2017, odst. 7a, 12, 13. Právo státu New Yorku však takový argument nepřipouští. Je obecně přijímáno, že platně vydaný dluhopis nebo ručení představuje závazek dlužníka zaplatit věřiteli částku uvedenou v dluhopisu nebo ručení a nedává žádnou možnost námitky na základě předchozího nezaplacení.

Z výše uvedeného plyne, že právo státu New York považuje Ručení OKD za platné a závazné pro OKD a zakazuje OKD, aby jako ručitel uplatnilo „jakékoli námitky proti vymahatelnosti a platnosti [ručení], stejně jako jakékoli jiné procesní obrany proti [jeho] odpovědnosti za splnění [hlavního] závazku.“ *Navarro*, 25 NY3d na 494, to zahrnuje i argumenty OKD, že Ručení OKD je neplatné, protože NV neposkytla OKD žádné plnění, protože OKD bylo přinuceno svojí mateřskou společností NV převzít Ručení OKD a protože Ručení OKD nebyla uzavřeno na základě řádného zmocnění, bez ohledu na to, zda je SSNI platné a vymahatelné vůči NV podle práva státu New York. Dokonce i v případě, že by se soud státu New York odchýlil od ustáleného výkladu a zabýval se plněním NV vůči OKD, pak by i přesto právo státu New York považovalo Ručení OKD za vykonatelné, neboť, jak je podrobněji popsáno níže, OKD získala výhody z Restrukturalizace 2014, včetně půjček ve výši 35 000 000 euro od NV a 29 000 000 euro od BV a zánik Původních dluhopisů a snížení ručení OKD z 500 milionů euro v rámci Původních zajištěných dluhopisů na 300 milionů euro v rámci SSNI.

3.2.2. Účinek Soudního schválení restrukturalizace a Uznání rozhodnutí dle kapitoly 15

Soudní schválení restrukturalizace a Uznání rozhodnutí dle kapitoly 15 poskytují další podporu závěru o vykonatelnosti Ručení OKD.

Soudní schválení restrukturalizace udělilo souhlas s Restrukturalizací 2014, která zahrnovala Ručení OKD, a Uznání rozhodnutí dle kapitoly 15 stanoví, že „Soudní schválení restrukturalizace, restrukturalizační plán a Restrukturalizační dokumenty ... byly uznány a jsou pravomocná a vykonatelná vůči všem zúčastněným stranám ... v souladu se stanovenými podmínkami a tyto podmínky jsou závazné a plně vykonatelné.“ [Uznání rozhodnutí dle kapitoly 15, ¶ F, at 5-6.] Přestože OKD sama o sobě nebyla subjektem restrukturalizačního plánu v rámci Restrukturalizace 2014 a nebyla dlužníkem v řízení ve státu New York podle Kapitoly 15, soud státu New York by pravděpodobně na základě odůvodnění souhlasu v Soudním schválení restrukturalizace, jež umožnil uzavření SSNI a SSCF včetně Ručení OKD, rozhodl, že Soudní schválení restrukturalizace a Uznání rozhodnutí dle kapitoly 15 představují další indicie, které podporují platnost a vykonatelnost bezpodmínečného ručení OKD.

3.2.3. Účinek vlivu mateřské společnosti na dceřinou společnost; otázka porušení povinnosti péče řádného hospodáře

Ovládání dceřiné společnosti mateřskou společností neposkytuje podle korporátního práva státu New York žádnou procesní obranu proti vykonatelnosti bezpodmínečného ručení za dluh mateřské společnosti.

Podání správce a Vyjádření OKD brojí proti vykonatelnosti Ručení OKD na základě toho, že NWR ovládá OKD a získala prospěch z Ručení OKD. Korporátní právo státu New York však takovou procesní obranu neumožňuje, neboť korporátní právo státu New York neumožňuje žalobu z porušení povinnosti péče řádného hospodáře vůči statutárním orgánům plně ovládané společnosti nebo její mateřské společnosti na základě toho, že mateřská společnost přiměla dceřinou společnost převzít dluh za účelem podpory její celkové obchodní strategie. Viz *obecně RSL Communs, PLC v. Bildirici*, 649 F. Supp., 2d 184, 212 (S.D.N.Y. 2009) (navazující pro účely práva státu New York na judikát ze státu Delaware ve věci *Trenwick Am. Litig. Trust v. Ernst & Young, LLP*, 906 A.2d 168 (Del. Ch., 2006)).

V případě *Trenwick* insolvenční správce společnosti v úpadku podal žalobu z titulu porušení povinnosti péče řádného hospodáře proti statutárním orgánům jeho mateřské společnosti *Trenwick* a dále statutárním orgánům úpadce *Trenwick America* na základě toho, že mateřská společnost údajně způsobila, že úpadce převzal dluh na podporu celkové obchodní strategie mateřské společnosti. 906 A.2d at 200. Soud konstatoval, že podle práva státu Delaware „v kontextu vztahu mezi mateřskou společností a stoprocentně vlastněnou dceřinou společností jsou členové statutárního orgánu dceřiné společnosti pouze povinni spravovat dceřinou společnost v nejlepším zájmu mateřské společnosti a jejích akcionářů.“ *Id.* (vnitřní uvozovky vynechány). Soud dále uvedl, že podle práva státu Delaware „v situaci, kdy chybí jakýkoli náznak toho, že představenstvo *Trenwick America* způsobovalo, že *Trenwick America* porušoval své závazky vůči třetím osobám, mohlo představenstvo *Trenwick America* činit kroky k pomoci obchodní strategii jeho mateřské společnosti.“ *Id.* na 201. V tomto ohledu jsou důležité následující výroky soudu:

Právo Delaware neuznává koncept, že člen statutárního orgánu stoprocentně vlastněné dceřiné společnosti má povinnost zkoumat obchodní úsudek její mateřské společnosti, pokud následování strategie mateřské společnosti nemá za následek porušení závazků dceřiné společnosti vůči třetím osobám.

Ze zákona naopak plyne, že členové statutárních orgánů společnosti *Trenwick America* byli povinni řídit společnost *Trenwick America* s loajalitou vůči *Trenwick* jako jedinému společníkovi. Členům statutárních orgánů *Trenwick America* nelze vyčítat jednání do té míry, do jaké bylo v zájmu mateřské společnosti a podporovalo její obchodní strategii.

Toto platí i v případě, že představenstvo *Trenwick America* učinilo kroky vedoucí ke snížení hodnoty společnosti. Pokud představenstvo *Trenwick America* umožnilo, aby dceřiná společnost poskytla ručení věřitelům *Trenwick* (k čemuž zřejmě došlo), čímž podpořila celkovou obchodní strategii společnosti *Trenwick*, pak představenstvo spravovalo dceřinou společnost ve prospěch své mateřské společnosti, což je v pořádku.

Id. at 201-02.

Soud ve státu New York rovněž schválil synergické vztahy mezi mateřskou a dceřinou společností, kdy dceřiná společnost ručí za korporátní dluh mateřské společnosti. V případě *Vivaro Corp.*, 524 B.R. 536 (Bankr. S.D.N.Y. 2015) popsal „korporátní synergie nebo upevnění finančního postavení mateřské společnosti, s dopadem na ostatní členy koncernu“, jako příklad „nepřímého prospěchu“, který představuje „přiměřeně adekvátní hodnotu“ nebo spravedlivé protiplnění poskytnuté přímo nebo nepřímo ručící dceřiné společnosti. *Id.* at 558. Spravedlivá protihodnota se posuzuje „poměřením ekonomického užitku, pokud existuje, který získal každý [ručitel] v důsledku zadluženosti třetí osoby“ a „následným určením, zda tento užitek byl ‚nepřiměřeně malý‘, při srovnání s objemem zajištění poskytnutého úpadcem a závazky, které převzal.“ *Rubin v. Mfrs. Hanover Trust Co.*, 661 F.2d 979, 993 (2d Cir. 1981). Tato judikatura ukazuje, že analýza se zaměřuje spíše na koncern jako celek, než aby posuzovala výhody pro jednotlivé společnosti. Pro soud v New Yorku by nemělo být rozhodující, zda ručení dceřiné společnosti bylo vydáno jako součást restrukturalizace, jakou byla v našem případě Restrukturalizace 2014, nebo v rámci běžného podnikání nebo financování. Ručení tohoto typu jsou běžnou součástí restrukturalizací

v New Yorku a jde tedy o další indicíí standardnosti zkoumaného procesu, což soudy zkoumají při vyslovování souhlasu s restrukturalizačním plánem.

V návaznosti na výše uvedené platí, že právo státu New York neshledává rozpor v tom, že OKD bylo ovládáno NV při uzavírání Ručení OKD, přestože bylo součástí Restrukturalizace 2014, a právo státu New York tak nepovažuje Ručení OKD za nevymahatelné.

3.2.4 Otázky podvodného převodu

Zákon o podvodném převodu státu New York a podobné federální a státní předpisy nezpůsobují neplatnost ručení, které poskytuje užitek koncernu a je poskytnuto výměnou za zproštění povinností a nové úvěry, jakým je i Ručení OKD.

Navzdory tvrzením v Podáních správce a Vyjádření OKD, obdrželo OKD řadu výhod z restrukturalizace NWR v roce 2014 včetně nových úvěrů a zproštění z předchozího ručení většího rozsahu, což právo státu New York považuje za skutečnosti podporující závěr o platnosti a vymahatelnosti Ručení OKD proti napadení podle zákona o podvodném převodu státu New York.

Zákon o podvodném převodu státu New York, článek 10 zákona o dlužnících a věřitelích (DCL) umožňuje některým věřitelům za určitých okolností zrušit závazek dlužníka, který vznikl bez spravedlivého protiplnění za předpokladu, že v době vzniku závazku byl dlužník v úpadku nebo se do něj dostal na základě převzetí tohoto závazku, anebo vědomě převzal závazky jejichž splnění by v době jejich splatnosti nebylo v jeho silách. DCL §§ 273, 275. Spravedlivé protiplnění představuje poskytnutí ekvivalentní hodnoty nebo uspokojení stávajícího dluhu v dobré víře. DCL § 272. Zákon o podvodných převodech se vztahuje na ručení. *Rubin*, 661 F.2d at 993.

V řešeném případě bylo Ručení OKD poskytnuto v souvislosti s Restrukturalizací 2014 za účelem nahrazení výrazně většího existujícího ručení OKD za Původní zajištěné dluhopisy. Zánik předchozího ručení tak představuje uspokojení stávajícího dluhu, což poskytlo značný užitek OKD. Kromě toho, jak uznaly soudy v případech *Rubin* a *Vivaro* (viz výše), za spravedlivé protiplnění za poskytnutí ručení za dluh mateřské společnosti lze považovat také skutečnost, že se zlepšila celková finanční situace koncernu v době, kdy bylo ručení poskytnuto, pokud zároveň nebyl přínos pro dceřinou společnost neúměrně malý v porovnání s velikostí vzniklého závazku. OKD zřejmě získalo řadu užitků z poskytnutí ručení v rámci Restrukturalizace 2014. Jako hlavní provozní společnost koncernu se značnou expozicí v rámci předchozích ručení, bylo před Restrukturalizací 2014 OKD vážně ohroženo úpadkem. Restrukturalizace 2014 snížila závazky OKD a zřejmě vedla k zachování jeho provozu. Úvěry ve výši 35 000 000 euro od NV a 29 000 000 euro od BV, které NV obstarala v souvislosti s Restrukturalizací 2014 a které byly poskytnuty OKD, poskytly přidanou hodnotu ve formě provozního kapitálu pro OKD. Tyto užitky pro OKD jako protihodnota za poskytnutí Ručení OKD brání v napadení Ručení OKD podle zákona o podvodném převodu státu New Yorku.

3.2.4.1 Ustanovení o omezeních

Právo státu New York nevyžaduje snížení rozsahu Ručení OKD podle ustanovení o omezeních.

Podle DCL § 272 v návaznosti na Článek 12.02(a) SSNI bude rozsah Ručení OKD snížen o část Ručení OKD, která by nebyla předmětem spravedlivého protiplnění, na „maximální výši, za kterou je možné se zaručit, aniž by tím mohlo ve vztahu k dané Dceřiné společnosti poskytující ručení dojít ke

zneplatnění SSNI dle příslušného práva a to včetně zákonů o podvodných převodech nebo podvodných transferech nebo nezákonném zvýhodňování nebo podobných zákonů, které zasahují do práv věřitelů.“ Podobná ustanovení jsou běžná u ručení dceřiných společností založených podle práva státu New York, avšak málokdy dochází k jejich soudnímu výkladu, což je dle mého názoru způsobeno tím, že nároky z ručení vůči dceřiným společnostem v úpadku jsou málokdy zpochybňovány.

Jeden případ se ovšem podobným „ustanovením o omezeních“ zabýval. Týkal se ručení v rámci koncernu, které bylo napadeno v insolvenčním řízení na základě právních předpisů podobných zákonu o podvodném převodu státu New York. Soud v tomto případě zjistil, že ustanovení o omezeních neochránilo vykonatelnost ručení částečně z důvodu, že ručitelé byli v úpadku ještě před poskytnutím ručení, takže „maximální rozsah“ ručení, aniž by byl porušen předpisy o podvodném převodu, byl nulový. *Official Comm. Of Unsecured Creditors v. Citicorp No. Am., Inc. (In re TOUSA, Inc.)* 422 B.R. 783, 863 (Bankr. S.D. Fla. 2009), *odmítnuta částečně z jiných důvodů*, 444 B.R. 613 (S.D. Fla. 2011), *potvrzena částečně, revidována částečně z jiných důvodů*, 680 F.3d 1298 (11 Cir. 2012). Soud rovněž konstatoval, že ustanovení o omezeních byla nevymahatelná z důvodu neurčitosti, neboť ustanovení o omezeních ve více ručeních neumožňovaly jasný výpočet, za kterou by byli jednotliví ručitelé odpovědní. Závěrem je nutno uvést, že soud v tomto případě vycházel výlučně z insolvenčního zákoníku USA.

Závěr Konkurzního soudu v případě *TOUSA* by se neměl vztahovat na vykonatelnost Ručení OKD podle práva státu New York. Jak bylo popsáno výše, OKD dostala spravedlivou odměnu za poskytnutí Ručení OKD, takže Ručení OKD nemůže být v první řadě zrušitelné v návaznosti na ustanovení o omezeních. Kromě toho bylo rozhodnutí ve věci *TOUSA* zrušeno na základě odvolání, takže jeho právní závěry mají jen velmi malý, pokud vůbec nějaký, precedenční účinek. Nenašel jsem žádné pozdější případy, které by se vycházely z tohoto judikátu nebo používaly odůvodnění, navíc bylo toto rozhodnutí předmětem silné kritiky z akademických kruhů. Viz např. „Reasonably Equivalent Value“ v § 548 *Avoidance Actions: An Analytical Framework Post-In Re Touse, Incorporated*, 20 Norton J. Bankr. L. & Prac. #4 (2011). Odůvodnění tohoto rozhodnutí ohledně výpočtu rozsahu ručení při podrobnějším zkoumání neobstojí a na rozdíl od našeho případu, šlo o ručitele, jejichž úpadek byl zjištěn ještě před poskytnutím ručení. Odkaz na insolvenční zákoník USA rovněž není případný, neboť v našem případě nejde o insolvenční řízení podle práva USA. Z tohoto důvodu ustanovení o omezeních v Ručení OKD podle práva státu New York neovlivní platnost a vykonatelnost Ručení OKD.

3.2.5 Veřejný pořádek

Ručení OKD není v rozporu s veřejným pořádkem státu New York.

Soudy státu New Yorku odmítly napadení bezpodmínečných ručení na základě rozporu s veřejným pořádkem státu New York. Viz např. *First N.Y. Bank for Bus. v. DeMarco* 130 B.R. 650, 654 (S.D.N.Y. 1991) („Absolutní a bezpodmínečné ručení, k němuž se zavázali žalovaní, je konzistentně potvrzováno soudy státu New York Tato ručení, jež typicky uzavírají banky v běžných úvěrových transakcích, jsou vykonatelná a neporušují veřejný pořádek.“).

Soudy státu New York také odmítly názor, že právo nebo veřejný pořádek jiné země má vliv na použití práva státu New York, a pokud vliv přesto má, odmítly, že by právo této jiné země bylo určující. „Tam, kde se veřejný pořádek státu New York dostane do rozporu s veřejným pořádkem

cizího státu, musí být určující veřejný pořádek státu New York.“ *Schultz v. Boy Scouts Am., Inc.*, 102 A.D.2d 100, 108 (1st Dep't 1984), *potvrzeno*, 65 N.Y.2d 189 (1985). Navíc v případě, že se jedná pouze o právo státu New York jako takové, nikoli o jeho základní veřejný pořádek, pak se soud nepodrobuje veřejnému pořádku jiné země. *Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, LLP v. Garza-Morales*, 308 A.D.2d 261, 265 (1st Dep't 2003) (soud nepovolil zahraniční soudní spor a nařídil provedení arbitráže, přestože rozhodčí smlouvy byly v rozporu s veřejným pořádkem zahraniční jurisdikce).

Na základě výše uvedeného platí, že právo státu New York nepovažuje Ručení OKD za nevykonatelné na základě výhrady veřejného pořádku.

3.3. Platnost nároku Agent pro zajištění podle práva státu práva New York

Právo státu New York umožňuje výkon práva zmocněnce, jako je v tomto případě Agent pro Zajištění, vymáhat a žalovat nárok proti ručiteli, v tomto případě OKD, v rámci řádného výkonu jeho povinností jako zmocněnec držitelů dluhopisů SSNI.

Mám za to, že v souladu s právem státu New York má Agent pro zajištění v rámci řádného plnění svých povinností jako zmocněnec držitelů dluhopisů SSNI na základě Ručení OKD vůči OKD řádný a vymahatelný nárok.

Podle práva státu New York se pojem „zastoupení“ vztahuje na zástupčí vztah, který vzniká tehdy, když jedna osoba, tzv. „zmocnitel“, dá souhlas jiné osobě, tzv. „zmocněnci“, aby, zmocněnec jednal jménem zmocnitele a podle jeho pokynů, a zmocněnec souhlasí či jinak projeví svou vůli takto jednat. *Viz Art Fin. Partners, LLC v. Christie's Inc.*, 58 A.D.3d 469, 471 (1st Dep't 2009). Právníká osoba může působit jako zmocněnec a může tak činit úkony za jiné právníké osoby. *De Ronde v. Gaytime Shops, Inc.*, 239 F.2d 735, 738 (2d Cir. 1956).

Ke vzniku zastoupení je nezbytný souhlas jak zmocnitele tak zmocněnce. *Sternaman v. Metro. Life Ins. Co.*, 170 N.Y. 13, 21 (1902). Ať již strany projeví svůj souhlas jakkoli, oprávnění zmocněnce jednat za zmocnitele existuje tehdy, pokud zmocněnec může rozumně odvodit ze slov nebo jednání zmocnitele, že zmocnitel souhlasil s tím, že zmocněnec provede určitý úkon. *Ve věci Parmalat Secs. Litig.*, 594 F. Supp. 2d 444, 452 (S.D.N.Y. 2009). Dokud zmocněnec jedná v rámci svého oprávnění zastupovat zmocnitele, pak jednání zmocněnce v rámci jeho činnosti zavazuje zmocnitele. *British Am. & E. Co. v. Wirth Ltd.*, 592 F.2d 75, 80 (2d Cir. 1979).

Ačkoli to pro vznik zástupčího oprávnění není nezbytné, „řada zmocněnců a zmocnitelů uzavírá dohody“, jimiž se řídí jejich vzájemný vztah. RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY § 8.07. cmt. b. „Obecně použitelné zásady smluvního práva určují, kromě jiných otázek, zda takové dohody jsou vymahatelné, a určují způsob, jakým je třeba je vykládat.“ *Id.* „Zmocněnec má povinnost jednat v souladu s výslovnými a implicitními podmínkami smlouvy mezi zmocněncem a zmocnitelem,“ *id.* a „v souladu se všemi právně dovolenými instrukcemi obdrženy od zmocnitele a osobami určenými zmocnitelem s ohledem na činnosti zmocněnce ve jménu zmocnitele.“ *Id.* § 8.09 (2); viz též *id.* cmt. c („V rámci zastoupení má zmocnitel vždy právo udělit zmocněnci prozatímní pokyny týkající se opatření, která mají být přijata jménem zmocnitele.“).

Ustanovení, která zakládají oprávnění správce dluhopisů vymáhat pohledávky držitelů dluhopisů proti emitentovi se ve smlouvách upravujících emise dluhopisů, jež se řídí právem státu New York,

vyskytují běžně. běžné smlouvy o emisi dluhopisů v New Yorku. „Každá kvalifikovaná smlouva o emisi dluhopisů dává správci oprávnění prohlásit případ porušení smlouvy ohledně podkladového zajištění zažalovat dlužníka svým jménem coby správce na základě výslovného svěřenectví o nezaplacenou jistinu a úroky.“ NORTON CREDITORS' RIGHTS HANDBOOK § 15: 4. „Každá smlouva o emisi dluhopisů bude obsahovat ustanovení, které zmocní správce, aby předložil důkazy o pohledávce nebo jiné dokumenty, které bude nutné nebo vhodné předložit, aby nároky držitelů dluhopisů a jeho nároky coby správce obstály před příslušným soudem. *Id.* Ustanovení, která dávají držitelům dluhopisů právo usměrňovat výkon oprávnění a opravných prostředků správce, jsou také běžná. „Většina smluv o emisi dluhopisů obsahuje ustanovení, která dávají určitému většině držitelů dluhopisů udělit pokyny správci, aby něco učinil či se něčeho zdržel.“

SSNI a ICA vytváří vztah zastoupení mezi držiteli dluhopisů SSNI a Agentem pro zajištění. Článek 19.1 ICA obsahuje výslovné jmenování Agentu pro zajištění Zajištěnými stranami, jehož úkolem je jednat jako jejich zástupce a provádět úkony konkrétně stanovené v ICA. Článek 11.4 ICA výslovně povoluje Agentovi pro zajištění vykonávat jménem držitelů dluhopisů vymáhat jejich práva, včetně práva požadovat platby a doložit nárok na zaplacení částky Ručení OKD v Případě porušení smlouvy SSNI, k němuž došlo. V souladu s principy, které ovládají právní institut zastoupení, má Agent pro zajištění povinnost jednat v souladu s podmínkami SSNI a ICA a dodržovat veškeré právem dovolené pokyny držitelů dluhopisů.

Na základě výše uvedeného platí, že stát New York prosadí právo Agentu pro zajištění podat žalobu proti OKD na základě ručení OKD coby případ řádného výkonu povinností zmocněnce držitelů dluhopisů SSNI.⁴

4. PRÁVNÍ STANOVISKO

Za podmínky, že tyto skutečnosti a předpoklady zde uvedené nebo jinak zmíněné v tomto právním stanovisku jsou správné ve všech významných ohledech a odpovídají výše uvedenému vysvětlení, jsem dospěl k tomuto názoru:

4.1 Ručení OKD je platné a závazné pro OKD v plné výši nesplacené jistiny a naběhlých, ale dosud nezaplacených, úroků podle právních předpisů státu New York a měla by být vymáhána soudem v New Yorku bez ohledu na to, zda SSNI je či není platná a vymahatelná vůči NV; a

4.2. Agent pro zajištění má řádnou pohledávku vůči společnosti OKD v rámci Ručení OKD, což by mělo být prosazeno soudem v New Yorku.

S úctou předkládá,

Richard Levin

⁴ Nic v SSNI, včetně ustanovení o paralelním dluhu podle Článku 13.06, ve mně nevyvolává pochybnosti, že právo státu New York by akceptovalo žalobu podanou Citibank N.A. jako Agentem pro zajištění.

PŘÍLOHA I - DOKUMENTY

1. Smlouva „Super Senior Term Facility Agreement“ z 9. září 2014 uzavřená mezi New World Resources N.V. jako Společností, Deutsche Bank AG, London Branch, jako Správcem, Citibank N.A., London Branch, jako Agentem pro zajištění a dalšími (**SSCF**)
2. Smlouva „Senior Secured Notes Indenture“ ze 7. října 2014 uzavřená mezi New World Resources N.V. jako Emitentem, Deutsche Trustee Company Limited jako Agentem, Citibank N.A. London Branch jako Agentem pro zajištění a OKD, a.s. a dalšími jako Ručiteli (**SSNI**)
3. Dohoda mezi věřiteli ze dne 7. října 2014 uzavřená mezi New World Resources N.V., Deutsche Bank AG, London Branch, Deutsche Trustee Company Limited, Citibank N.A. London Branch, a dalšími (**ICA**)
4. Rámcová smlouva o úvěru ze dne 5. září 2014 uzavřená mezi New World Resources N.V., NWR Holdings B.V., OKD, a.s. a dalšími
5. Usnesení představenstva OKD ze dne 2. září 2014 o schválení podmínek a realizaci SSCF a SSNI
6. Plná moc ze dne 2. září 2014, která zmocňuje pana Boudewijna Wentinka k podepsání určených dokumentů
7. České právní stanovisko ze dne 9. září 2014 zpracované White & Case (Europe) LLP, které se týká OKD a.s. a její pravomoci uzavřít SSCF
8. Dopis s pokyny ze dne 4. května 2016 od většinových věřitelů superseniorních dluhopisů Agentovi
9. Dopis s pokyny ze dne 11. května 2016 od většinových seniorních zajištěných věřitelů Správci dluhopisů
10. Oznámení o pokynech k vykonání práv ze dne 11. května 2016 od Správce seniorních zajištěných dluhopisů Agentovi superseniorního úvěru a Agentovi pro zajištění
11. Podrobné pokyny z 11. května 2016 od většinových seniorních zajištěných věřitelů Správci seniorních zajištěných dluhopisů a Agentovi pro zajištění
12. Oznámení o požadavku na vyplacení Ručení dle SSNI ze dne 11. května 2016 sepsané Správcem seniorních zajištěných dluhopisů a Agentem pro zajištění a adresované OKD, a.s.
13. Dopis s pokyny ze dne 16. května 2016 od většinových seniorních zajištěných věřitelů Správci seniorních zajištěných dluhopisů ve věci požadavku na výplatu Ručení dle SSNI
14. Oznámení o pokynech k vykonání práv ze dne 16. května 2016 od Správce seniorních zajištěných dluhopisů Agentovi superseniorního úvěru a Agentovi pro zajištění ve věci požadavku na výplatu Ručení dle SSNI

15. Podrobné pokyny ze dne 16. května 2016 od většinových seniorních zajištěných věřitelů Správci seniorních zajištěných dluhopisů a Agentovi pro zajištění ohledně požadavku na výplatu Ručení dle SSNI
16. Anglický překlad popření ze dne 27. května 2016 od společnosti OKD a.s. jako dlužníka a pana Lee Loudy jako insolvenčního správce
17. Vyjádření ze dne 5. srpna 2016 ze strany Agentu pro zajištění, Citibank N.A., London Branch, k popření
18. Anglický překlad žaloby ze dne 8. září 2016 podané Citibank N.A., London Branch
19. Rozsudek ([2014] EWHC 3143 (CH)) a Příkaz ze dne 5. září 2014 ve věci *New World Resources, High Court of Justice, Chancery Division*, Claim no. 5347 z roku 2014.
20. Order Granting Petition For Recognition Of Foreign Main Proceeding And Motion For Related Relief ve věci *New World Resources N.V.*, ze dne 9. září 2014, případ č. 14-12226 (SMB), Konkurzní soud USA pro jižní obvod New Yorku [ECF 20]

Tlumočnická doložka

Jako tlumočník z jazyk(ů)...**anglického a ruského**... jmenovaný rozhodnutím krajského soudu v Praze ze dne **7. 11. 2001** č. j. Spr. **4108/2001** stvrzuji, že překlad souhlasí doslovně s textem připojené listiny.

Tlumočnický úkon je zapsán pod pořadovým číslem 721/2017tlumočnického deníku.

Praha, 25/4/2017

Mgr. Magdalena Pechová
Bělohorská 99
Praha 6 - Břevnov
169 00





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

dle vyhlášky 259/2012 Sb.

Pořadové číslo zprávy: 151608 / 2017 Ev. číslo: 1db82181-9b4f-432a-b5a2-51f4370f9b33
Druh podání: Datová zpráva z ISDS ID zprávy: 495648922
Věc: Návrh na přiznání hlasovacího práva

Odesílatel:

ID schránky: i4jgipn Typ datové schránky: PFO
Osoba: Petr Přecechtěl - Přecechtěl Adresa: Klimentská 1207/10, 11000
Petr, JUDr., advokát Praha 1, CZ

Dodáno do DS dne: 16.08.2017 15:06:24 **Odesláno do DS dne:** 16.08.2017 15:06:23

Č.j. příjemce: Č.j. odesílatele:
Sp.zn. příjemce: KSOS 25 INS 10525/2016 Sp.zn. odesílatele:
Lhůta končí: K rukám: Ne
Číslo zákona: Paragraf v zákoně: Odstavec paragrafu: Písmeno v paragrafu:

Ověření obálky: Podpis je platný

Podepsal: Informační systém datových schránek - produkční prostředí Vystavil: PostSignum Qualified CA 2
Sériové číslo certifikátu: 23c8ab Platnost: 22.05.2017 - 22.05.2018
Antivirový test: Proběhl v systému ISDS Obsah podání: OK
Elektronický podpis: Platný Časové razítko: Platné (připojeno 16.08.2017 15:06:23)

Certifikát: Ověřeno na základě CRL z 16.08.2017 14:04:28

Datum a čas autom. ověření: 16.08.2017 15:10:46

Počet podaných příloh:3

Číslo přílohy	Výsledek	Název příl. CRL	Identifikace podepisující osoby	Identifikace vystavitele certifikátu	T	U	K	P	R	A	C	V
1		Anglické stanovisko_03-04-2017.pdf										
	Podpis není připojen (žádný podpis).				A	N	N					
2		Návrh na přiznání hlasovacího práva_16-08-2017.pdf										
	Podpis není připojen (žádný podpis).				A	N	N					
3		NY Stanovisko_04-04-2017.pdf										
	Podpis není připojen (žádný podpis).				A	N	N					

Čas ověření příloh: 16.08.2017 15:10:46 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.