

Krajský soud v Ostravě
Havlíčkovo nábr. č. 34
728 81 Ostrava 1

Sp. zn.: **32 ICm 2746/2017**

Naše zn. OKD/C36

V Brně dne 18. 9. 2017

Žalobce: **Veolia Průmyslové služby ČR, a.s.**, se sídlem Zelená 2061/88a, 709 00 Ostrava - Mariánské Hory, IČ: 27826554, č. věřitele: 58

Žalovaný č. 1: **OKD, a.s.**, IČ: 26863154, Stonavská 2179, Doly, Karviná, PSČ: 735 06, společnost zapsaná v obchodním rejstříku vedeném u Krajského soudu v Ostravě, oddíl B, vložka 2900

Žalovaný č. 2: **Ing. Lee Louda**, IČ: 693 26 681, se sídlem Vodičkova 41, 110 00 Praha 1, **insolvenční správce dlužníka OKD, a.s.**, IČ: 268 631 54, se sídlem Stonavská 2179, Doly, 735 06 Karviná (dále jen „**Dlužník**“)

Právně zastoupen: **JUDr. Dušanem Dvořákem**, advokátem, číslo osvědčení ČAK 9714, se sídlem a adresou pro doručování DRV Legal, s.r.o. advokátní kancelář, Hlinky 505/118, 603 00 Brno, datová schránka: mcbpt3u

 Digitálně podepsal
JUDr. Dušan Dvořák

Vyjádření žalovaného č. 2 k žalobě

Podepsáno elektronicky
Zasláno datovou schránkou

I. Úvod

1. Výše nadepsaný soud usnesením č. j. 32 ICM 2746/2017-14 ze dne 28.6.2017 vyzval oba žalované, aby se ve lhůtě 60 dnů vyjádřili k připojené žalobě, kterou se žalobce domáhá určení pravosti a výše pohledávky č. 1 přihlášené přihláškou pohledávek č. P 570 a zejména uvedli, zda nárok uplatněný v žalobě uznávají, vylicili rozhodné skutečnosti ve věci a označili důkazy k prokázání tvrzených skutečností. Žalovaný následně svým podáním ze dne 28.8.2017 požádal o prodloužení poskytnuté lhůty k vyjádření, které nyní tímto předkládá.
2. Žalovaný č. 2 (dále jen „**Žalovaný**“) tímto soudu sděluje, že nárok uplatněný v žalobě neuznává, trvá na popěrných úkonech tak, jak je učinil na přezkumném jednání a níže přikládá své vyjádření k žalobě.

II. Přihlášená pohledávka

3. Žalobce se žalobou domáhá určení existence pohledávky uplatněné v insolvenčním řízení Dlužníka vedeném Krajským soudem v Ostravě pod sp. zn. KSOS 25 INS 10525/2016. Pohledávka ve výši 3.627.995.000,- Kč byla uplatněna přihláškou č. **P570** jako **dílčí pohledávka č. 1**. Žalobce vzal v průběhu trvání insolvenčního řízení částečně pohledávku co do částky 2.387.532.770,-Kč zpět svým podáním ze dne 8. června 2017 (dále jen „**Zpětvzetí**“), přičemž toto Zpětvzetí vzal insolvenční soud na vědomí svým usnesením č.j. KSOS 25 INS 10525/2016-P570-4 ze dne 13.6.2017. Pohledávka zůstala přihlášena ve výši **1.240.462.230,- Kč** (dále jen „**Pohledávka**“).
4. Žalobce tvrdí, že Pohledávka představuje škodu způsobenou žalobci odmítnutím plnění Rámcové smlouvy o dodávkách a službách, ze dne 27.11.2008 uzavřené mezi Dlužníkem, Žalobcem a společností Veolia Komodity ČR, s.r.o., IČ 25846159 se sídlem 28. října 3337/7, 702 00, Ostrava (dále jen „**Veolia Komodity**“), která byla dále podstatně změněna Dohodou o změně Rámcové smlouvy o dodávkách a službách ze dne 21. června 2010, ve znění pozdějších dodatků (dále jen „**Rámcová smlouva**“) ve smyslu § 253 odst. 4 zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**InsZ**“) ve spojení s ustanovením § 330a InsZ. Spolu s Rámcovou smlouvou bylo uzavřeno dále několik tzv. Navazujících smluv týkajících samotného předmětu plnění Rámcové smlouvy, čímž byly zejména dodávky tepelné energie, tlakového vzduchu, připojení k distribuční soustavě, distribuce elektrické energie a další. Tyto Navazující smlouvy jsou specifikované v příloze č. 7 Rámcové smlouvy. Práva a povinnosti z těchto tzv. Navazujících smluv nejsou předmětem projednávané žaloby.
5. Předmětem Rámcové smlouvy a současně též jednotlivých dílčích Navazujících smluv je zajištění dodávek energetických utilit, tj. tepelné energie, stlačeného vzduchu, koupelové vody a dále poskytování služeb distribuční soustavy a dodávky elektrické energie (dále jen „**Utility**“). Cena za dodávky Utilit ve smyslu ustanovení čl. 15 Rámcové smlouvy byla tvořena několika složkami, a to na základě cenových ujednání obsažených v Příloze č. 10 Rámcové smlouvy. V zásadě lze shrnout, že kromě proměnlivých cen za dodávky jednotlivých Utilit podle jejich dodaného množství, kde výpočet jejich výše vychází z jednotlivých ustanovení Přílohy č. 10 Rámcové smlouvy, obsahuje tato příloha ujednání o tzv. Pevné platbě, resp. Dílčích Pevných platbách, které měly být ze stran Dlužníka hrazeny ve výši stanovené v čl. 10 Přílohy č. 10 Rámcové smlouvy, a to bez ohledu na objem spotřebovaných Utilit. Současně se toto ujednání týkalo i okamžiku po tzv. Uzavření dolu definovaném v rámci definic v úvodu Rámcové smlouvy, kdy jde o ukončení těžby v jakémkoli dolu Dlužníka včetně realizace následné technické likvidace.

6. Předmětem přihlášky pohledávky č. P570 byly původně škody údajně vzniklé odmítnutím plnění Rámcové smlouvy definované jako „*fixní náklady věřitele nepokryté výnosy, ušlá EBIDTA věřitele a fixní platby po uzavření dolů od okamžiku jejich uzavření.*“ Žalobce následně provedl částečné Zpětvzetí své pohledávky, v němž uvádí, že přihlášená Pohledávka představuje již jen vzniklou škodu z důvodu odmítnutí plnění Rámcové smlouvy „*spočívající pouze v ušlé Dílčí Pevné platbě po Uzavření dolu, kterou by Dlužník byl jinak povinen platit, pokud by Dlužník plnění Rámcové smlouvy neodmítl.*“
7. Po provedeném částečném Zpětvzetí zůstala přihlášená Pohledávka přihlášená v rozsahu 1.240.462.230 Kč, když tato výše dle předložených výpočtů ze stran Žalobce má představovat vzniklou škodu, která spočívá v ušlé Dílčí Pevné platbě po Uzavření Dolu, kterou by údajně měl Dlužník platit, pokud by Rámcovou smlouvu neodmítl.
8. Žalovaný nesouhlasí s existencí tvrzené škody spočívající v ušlých Dílčích Pevných platbách po Uzavření Dolu. **Škoda Žalobci nevznikla.** Mezi Žalobcem a Dlužníkem nadále dochází k plnění, jehož předmětem jsou dodávky Utilit, tedy fakticky je naplňován předmět Rámcové smlouvy. Současně došlo mezi stranami k rozsáhlým vzájemným jednáním, která vyústila ke shodě na nových podmínkách dodávek Utilit, čímž došlo k faktickému narovnání vzájemného vztahu Dlužníka a Žalobce. Není možné, aby Žalobci vznikla škoda z odmítnutí plnění Rámcové smlouvy, když současně Žalobce sám totožný předmět plnění Dlužníku nadále poskytuje za nových podmínek, které byly mezi stranami vzájemně odsouhlaseny. Eventuální vznik škody není ze strany Žalobce prokázán a pokud by prokázán byl, pak není a nemůže být v příčinné souvislosti s odmítnutím plnění Rámcové smlouvy. Výše uvedené Žalovaný podrobněji rozebere v následující části tohoto vyjádření.

III.

Neexistence pohledávky

Žalobce pokračuje v dodávkách Utilit

9. Žalobce v rámci žaloby vyjadřuje názor, že nebylo možné ze strany Dlužníka odmítnout pouze některé ze smluv pojatých do Rámcové smlouvy a současně tvrdí své přesvědčení o tom, že odmítnutí Rámcové smlouvy jako celku nemá zamýšlené právní účinky. Přes tato tvrzení Žalobce vykládá úkon Dlužníka jako odmítnutí plnění Rámcové smlouvy jako celku a uplatnil tak svou Pohledávku touto žalobou. S názory Žalobce týkajícími se účinnosti odmítnutí plnění ze strany Dlužníka Žalovaný nesouhlasí.
10. Žalobce, ačkoli vykládá odmítnutí Rámcové smlouvy jako celku, nadále poskytuje Dlužníku Utility, které byly předmětem plnění Rámcové smlouvy a to přesto, že uplatňuje nárok na úhradu škody pro odmítnutí plnění Rámcové smlouvy. Jde o zjevný rozpor mezi tvrzeními žalobce a jeho následným jednáním. V rámci insolvenčního řízení Žalobce současně uplatnil dne 21.7.2017 pohledávky za majetkovou podstatou v celkové výši 243.976.443,05 Kč a to z titulu Rámcové smlouvy za dodávky Utilit za období trvání insolvenčního řízení od května 2016 do května 2017.
11. Není možné, aby z Rámcové smlouvy, která byla odmítnuta dle ustanovení § 253 InsZ ve spojení s § 330a InsZ vznikla Žalobci škoda způsobená odmítnutím jejího plnění a současně mu v následujícím průběhu insolvenčního řízení vznikala z totožné Rámcové smlouvy pohledávka za majetkovou podstatou spočívající v uplatnění jednotlivých plateb za poskytnutá plnění. Takový souběh pohledávek je z principu vyloučen, když odmítnutím plnění ze strany Dlužníka bylo jasně deklarováno, že Rámcová smlouva nebude nadále plněna.
12. Jinými slovy, uplatněním pohledávek za majetkovou podstatou Žalobce sám zcela zřetelně deklaroval, že i přes odmítnutí Rámcové smlouvy poskytuje nadále plnění Dlužníku, přičemž toto plnění je poskytováno jednak s ohledem na bezpečnost provozu Dlužníka a současně na

základě vzájemného jednání obou stran o nových podmínkách smluvního vztahu. Výsledkem těchto vzájemných jednání je skutečnost, že Žalobce nadále plní. Jde přitom o totožný předmět plnění - dodávky Utilit, jaký obsahovala Rámcová smlouva.

13. V době zpracování tohoto vyjádření jsou podle informací Žalovaného jednání mezi Dlužníkem a Žalobcem již ve finální fázi, kdy byla odsouhlasena písemná znění nových smluv, na jejímž základě budou Utility nadále poskytovány Dlužníku. Strany dospěly k dohodě o pokračování v plnění a současně domluvily podmínky, za kterých budou Utility Dlužníku poskytovány. Došlo tak k narovnání vzájemného vztahu mezi Dlužníkem a Žalobcem.
14. Pokud žalobce na základě narovnání vzájemných práv a povinností s Dlužníkem dosáhl dohody o pokračování plnění shodného s předmětem plnění Rámcové smlouvy, tj. úplatné dodávky Utilit Dlužníku, je zcela logicky na místě úvaha, jaká budoucí škoda žalobci mohla dále vzniknout, když Dlužník i Žalobce vyjádřili vůli nadále plnění, které bylo předmětem Rámcové smlouvy poskytovat na základě upravených smluvních podmínek, které odrážejí aktuální potřeby Dlužníka a které byly odsouhlaseny ze strany Žalobce. Je zcela logické, že pokud žalobce dosáhl prostřednictvím vzájemných jednání s Dlužníkem shody na podmínkách upravujících budoucí plnění, kterým bylo fakticky nahrazeno plnění dle Rámcové smlouvy, pak není možné, aby současně vznikla žalobci škoda, která by souvisela s odmítnutím plnění Rámcové smlouvy. Takový závěr z povahy věci není možný.

Budoucí škody

15. Žalovaný namítá, že **škoda způsobená odmítnutím plnění**, dle konstrukce §253 odst. 4 IZ, nemůže být škodou budoucí, která vznikne teprve v budoucnu, za předpokladu splnění dalších podmínek. Konstrukce insolvenčního zákona není postavena na reparaci všech budoucích potencionálních zisků věřitele, pokud dlužník odmítne plnit nevýhodnou smlouvu – a přesně to se stalo.
16. Smyslem institutu odmítnutí plnění (dlužník nejednal protiprávně, ale v souladu se zákonem) a jeho návaznosti na ochranu zájmu druhé strany (věřitele), je možnost uplatnit škodu v ten okamžik skutečně vzniklou tak, aby druhá strana nebyla poškozena tím, že dlužník nebude nadále plnit. Rozhodně nejde o nástroj pro přihlášení všech ušlých zisků. Tomuto výkladu napovídá i konstrukce § 254 odst. 2 IZ ohledně škody u fixních smluv.
17. Žalobce nemůže vědět, kdy a zda teoreticky vůbec budou doly uzavřeny. Jakkoli je zde velký předpoklad, že se tak stane, pak např. významná změna ceny uhlí na trhu může způsobit značný odklad pro uzavření toho kterého dolu. Jinými slovy, žalobce podal žalobu „podmíněně“ pohledávky vázané na časově nejasné ukončení dolů. Ale taková pohledávka se v insolvenčním řízení neuspokojuje (dokonce ani jako podmíněná nelze přihlásit – ptóze ve skutečnosti neexistuje), zákon s takto přihlášenou pohledávkou nepočítá. Naopak, škoda musí být přesně vyčíslitelná, ale hlavně vzniklá ke dni podání přihlášky, takovou však žalobce neuplatňuje.
18. Z tohoto důvodu je podle našeho názoru vyloučeno, aby škoda vystavěná na tvrzeních uvedených v žalobě, byla principiálně soudem přiznána.

Absence vzniku škody

19. V obecné rovině uplatňování náhrady škody nese žalobce důkazní břemeno o tom, že došlo k porušení právní povinnosti (protiprávnímu jednání), dále že došlo ke vzniku škody a současně existuje příčinná souvislost mezi protiprávním jednáním a vzniklou škodou (*nexus causalis*). Škoda dle §253 odst. 4 IZ musí být způsobená odmítnutím plnění (tedy jednáním právem připuštěným), a podle žalovaného jde o jediný možný důvod vzniku této škody, která

je takto konstruována jako speciální druh škody. Škoda vázaná na jakékoli další podmínky či příčinné souvislosti s jinými událostmi (např. uzavření dolů) nelze takto uplatnit.

20. Žalobce uplatňuje škodu, která má spočívat v ušlé Dílčí Pevné platbě po Uzavření dolu. Z tvrzení obsažených v žalobě je zřejmé, že uplatněný nárok nespočívá v tzv. skutečné škodě (*damnum emergens*), tedy hodnotě, o kterou se majetek poškozeného reálně zmenšil. Žalobce netvrdí ničeho o tom, že by odmítnutím Rámcové smlouvy došlo ke zmenšení jeho majetku. Žalobce uplatňuje údajně ušlé Dílčí Pevné platby po Uzavření dolu, které nelze vykládat jinak, než jako ušlý zisk (*lucrum cessans*), tedy majetkový prospěch, jehož by poškozený jinak dosáhl, kdyby ke škodnímu jednání nedošlo.
21. Pokud by soud došel k závěru, že takováto škoda ve formě ušlého zisku vůbec přichází do úvahy dle §253 odst. 4 IZ, pak žalovaný uplatňuje další námitky.
22. Žalobce uplatňuje škodu v podobě ušlého zisku. Prokazování tohoto typu nároku má zvláštní specifika, na která poukazuje ustálená judikatura Nejvyššího soudu, když lze odkázat například na rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 870/2006, ze dne 23. 4. 2008:

*„To, co poškozenému ušlo (ušlý zisk), je újmou spočívající v tom, že u poškozeného nedojde v důsledku škodní události k rozmnožení majetkových hodnot, ač se to dalo očekávat s **ohledem na pravidelný běh věcí** (srov. R 55/1971). Ušlý zisk znamená ztrátu očekávaného přínosu. Nepostačuje přitom pouhá pravděpodobnost zvýšení majetkového stavu v budoucnu, neboť **musí být najisto postaveno, že při pravidelném běhu věcí – nebýt protiprávního jednání škůdce – mohl poškozený důvodně očekávat rozmnožení svého majetku, k němuž nedošlo právě v důsledku jednání škůdce.***

*Pro výši ušlého zisku je rozhodující, jakému prospěchu, k němuž mělo reálně dojít, zabránilo jednání škůdce, tedy konkrétně **o jaký reálně dosažitelný (nikoliv hypotetický) prospěch poškozený přišel.** Vychází se z částky, kterou by v předmětném období za obvyklých okolností poškozený získal, s přihlédnutím k nákladům na dosažení tohoto zisku vynaloženým, popř. na dosažení tohoto zisku potřebným.“*

23. Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 3586/2006 ze dne 28.1.2009 dále uvádí:

*„Na druhé straně ovšem **ušlý zisk nemůže představovat jen zmaření zamýšleného výdělečného záměru či příslibu možného výdělku,** není-li takový majetkový přínos podložen již existujícími či reálně dosažitelnými okolnostmi, z nichž lze usuzovat, že nebýt škodné události, k zamýšlenému zisku by skutečně došlo. Ušlým ziskem je totiž majetková újma, způsobená tím, že škodná událost zasáhla do průběhu děje, vedoucího k určitému zisku. **Právní řád sice vychází z možnosti poskytnout náhradu i za výdělečnou činnost, která je v okamžiku škodné události pouze předpokládána a jejíž výkon by začal později, avšak i v takovém případě je rozhodující skutkový stav před poškozením.** Vedle ujednání, které poškozenému zaručuje určitou odměnu za pracovní činnost, musí tu být i zmíněný „pravidelný běh věcí“, tedy taková skladba okolností svědčící o tom, že ujednání se již začalo nebo alespoň nepochybně mělo začít naplňovat a že výsledek by se dostavil.“*

24. Vztáhneme-li výše citované judikurní závěry na předmět tohoto řízení, pak z těchto závěrů vyplývá povinnost Žalobce při uplatňování nároku na úhradu ušlého zisku zásadně prokázat, že nebýt odmítnutí plnění Rámcové smlouvy Dlužníkem, dosáhl by s ohledem na pravidelný běh věcí jím tvrzeného prospěchu v podobě Dílčí Pevné platby. Takové tvrzení ani důkazy ale Žalobce nepředkládá.
25. Z žalobních tvrzení je zřejmé, že zásadní a zcela klíčovou podmínkou pro existenci tvrzeného nároku na úhradu Dílčí Povinné platby je Uzavření dolu Dlužníka, přičemž tyto Doly jsou specifikovány v Příloze č. 16 Rámcové smlouvy a jsou jimi jednotlivé důlní závody Dlužníka, tj. ČSM, ČSA, Darkov, Paskov a Lazy. Vyjma dolu Paskov, který byl uzavřen ke dni 31.3.2017 ale nedošlo k uzavření žádného dalšího dolu Dlužníka. To ostatně akcentuje i sám Žalobce,

když na některých místech své žaloby **konstatuje, že jím uplatňovaný nárok dosud nevznikl**. Lze odkázat například na odst. 29 žaloby, kde žalobce uvádí: „Ušlé Dílčí Pevné platby po Uzavření dolu představují peněžní tok, který *by* Žalobce od OKD získal, *pokud by došlo k uzavření činného dolu*.“, dále odst. 42 žaloby: „Do úvahy o samotném vzniku škody samozřejmě vstupuje faktor času – Žalobci totiž **žádný nárok na úhradu Dílčí Pevné platby po Uzavření dolu doposud nevznikl**, jelikož nedošlo k situaci nazvané „Uzavření dolu“ předvídané Rámcovou smlouvou (...)jakmile dojde k Uzavření dolu (jak je tento termín definován Rámcovou smlouvou) a Žalobce nebude mít možnost uplatnit Dílčí Pevnou platbu po Uzavření dolu, škoda mu bezpochyby vznikne. Pro účely tohoto řízení je proto nutné uvažovat o budoucí vzniklé škodě, tj. o **škodě, která dnes neexistuje**, ale v budoucnu s největší pravděpodobností vznikne (...)“

26. Z výše citovaných pasáží žaloby se podává, že i sám **Žalobce uznává, že mu žádná škoda nevznikla**. Není a nemůže být naplněna základní podmínka odpovědnosti Dlužníka za škodu, když odmítnutím Rámcové smlouvy nevznikla škoda. Absentuje základní předpoklad „náhrady škody způsobené odmítnutím plnění“.
27. Žalobce současně tvrdí, že mu v budoucnu s největší pravděpodobností škoda vznikne. Takové tvrzení jednak Žalovaný nepovažuje za prokázané a současně i pokud by se v budoucnu naplnilo, nemůže být takový vznik škody spočítat v odmítnutí Rámcové smlouvy jako příčině vzniku povinnosti hradit Dílčí Povinné platby, když přímo příčinnou takové povinnosti je Uzavření dolu. Absentovala by zde příčinná souvislost mezi odmítnutím plnění a povinností hradit Dílčí Povinnou platbu. Rámcová smlouva navíc předpokládala, že při pravidelném běhu věcí (ve smyslu závěrů výše citované judikatury) bude těžba v Dolech pokračovat, v době odmítnutí plnění Rámcové smlouvy tak nebylo možné uvažovat o tom, že při pravidelném běhu věcí dojde k Uzavření dolu.
28. Rámcová smlouva váže vznik povinnosti hradit až po Uzavření dolu, není tedy naplněna podmínka vzniku jakéhokoli nároku. Zároveň není postaveno na jisto, že při pravidelném běhu věcí – nebýt odmítnutí plnění – mohl by Žalobce důvodně očekávat rozmnožení svého majetku (úhradu Dílčí Ušlé platby). **Uzavření dolu je totiž skutečností, o které není jasné, kdy v budoucnu nastane a zda vůbec nastane.** Uzavření dolu proto není možné s vysokou mírou pravděpodobnosti předvídat, a není proto naplněna podmínka pro možnost uplatnění ušlého zisku.
29. Žalobce založil své tvrzení na jediném argumentu, kterým je uvedení předpokladů uzavírání jednotlivých dolů, které jsou obsaženy v Reorganizačním plánu Dlužníka. Je pravdou, že Dlužník v Reorganizačním plánu (viz str. 63 Reorganizačního plánu) uvedl, *že je žádoucí, aby důlní závody byly postupně uzavírány dle harmonogramu předloženého věřitelům na schůzi věřitelů*, nicméně současně dodává že nelze vyloučit, že budoucí investor bude mít jiné preference co se případného uzavírání dolů týče. Časový plán útlumu důlních závodů bude zcela ponechán na vůli takového investora.
30. Jinými slovy, rozhodování o tom, kdy dojde či nedojde k Uzavření dolu nebude ponecháno v rukou Dlužníka a z textu Reorganizačního plánu je zřejmé, že zde uvedená data uzavírání jednotlivých důlních závodů Dlužníka jsou pouze předpokladem Dlužníka vycházejícím z jeho odhadu. Realita útlumu ale může být zcela rozdílná, tím spíše za předpokladů udržení dosavadního ekonomického růstu Dlužníka, kdy se mu bude dlouhodobě dařit držet pozitivní výsledky hospodaření. Za situace pozitivního ekonomického vývoje není žádného důvodu k útlumu a k uzavření jednotlivých dolů.
31. Současně je třeba brát velký důraz i na další okolnosti mající vliv na případné trvání Rámcové smlouvy a povinnosti z ní plynoucí. Nelze totiž vyloučit, že by v průběhu dalšího trvání Rámcové smlouvy nedošlo k naplnění důvodů čl. 25.2 Rámcové smlouvy, tj. porušování Standardů dodávek Utilit ze stran Žalobce, a to z jakýchkoli příčin. Dlužník by v takovém

případě měl možnost Rámcovou smlouvu vypovědět a s tím vypovědět i veškeré závazky mu z ní plynoucí. Taková situace již z principu není a nemůže být vyloučena a již z tohoto důvodů je obtížné hledět na uplatněný nárok Žalobce jako na předvídatelný, resp. není nade najisto postaveno, že by budoucí nároky musely nutně vznikat. Stejně tak nelze vyloučit vliv Vyšší Moci, jak ji definuje ustanovení čl 20 Rámcové smlouvy, která by měla také zcela zásadní vliv na povinnost hradit Dílčí Pevné platby, jak je uvedeno v čl. 15.1.7 Rámcové smlouvy.

32. Ve světle shora citovaných judikатурních závěrů je třeba uzavřít, že Žalobci nevznikla škoda a současně se mu nepodařilo prokázat, že existují takové okolnosti, z nichž lze usuzovat, že nebytí odmítnutí plnění Rámcové smlouvy, k zamýšlenému zisku by skutečně došlo. Jinými slovy, pouhý předpoklad uzavírání jednotlivých dolů Dlužníka zmíněný v Reorganizačním plánu nečiní toto uzavření definitivní, nezvratné, ani nestaví takový předpoklad žádným způsobem na jisto. Naopak, při pravidelném běhu věcí Rámcová smlouva Uzavření Dolu nepředpokládá. Při zachování provozu závodu Dlužníka a predikovanému kladnému výsledku hospodaření lze spíše očekávat pokračování v těžbě uhlí po dobu delší, než je predikce Dlužníka.
33. Platí přitom, že pro výši ušlého zisku je rozhodující, jakému prospěchu, k němuž mělo reálně dojít, zabránilo jednání škůdce, tedy konkrétně o **jaký reálně dosažitelný (nikoliv hypotetický) prospěch poškozený přišel. V případě tvrzení žalobce se nejedná o reálně dosažitelný prospěch.**
34. Z výše uvedeného se rovněž podává, že i v případě prokázání existence škody není zřejmá její výše, neboť její výpočet je závislý na okamžiku (Uzavření dolu), o němž není zřejmé, zda nastane a kdy nastane. Znalecký posudek předložený žalobcem je zjevně nesprávný a spekulativní, což žalobce sám svým zpětvzetím prokázal.

IV.

Neplatnost Rámcové smlouvy

35. Žalovaný závěrem uvádí, že výše uvedené skutečnosti platí pouze za předpokladu, že Rámcová smlouva, resp. smlouvy pojaté do Rámcové smlouvy jako listiny, které Dlužník specifikoval bodu A svého dopisu ze dne 9.9.2016 (dále jen „**Dopis**“), kterým odmítl plnění těchto smluv, resp. Rámcové smlouva nebude shledána ze strany soudu za neplatnou. Není přitom podstatné, zda budou shledány za neplatné pouze dílčí smlouvy označené v Dopise pod bodem A, či Rámcová smlouva jako celek. V otázce důvodů neplatnosti se Žalovaný plně ztotožňuje s tvrzením Dlužníka, a proto si dovoluje na jeho stanovisko v této otázce v rámci zachování stručnosti tohoto podání pouze odkázat.

V.

Shrnutí

36. Žalobce uplatňuje touto žalobou údajnou škodu, o níž sám tvrdí, že dosud nevznikla. Současně i pokud by došlo k jejímu vzniku v budoucnu, je zřejmé, že mezi odmítnutím plnění Rámcové smlouvy a údajným vznikem škody chybí příčinná souvislost. Žalobce současně nadále poskytuje předmět plnění fakticky totožný s předmětem plnění Rámcové smlouvy a je tak principiálně vyloučeno, aby škoda byla zapříčiněna neposkytováním plnění Rámcové smlouvy. Při pravidelném běhu věcí v době odmítnutí plnění Rámcové smlouvy nebylo v žádném případě najisto postaveno, že by Žalobce obdržel jakékoli Dílčí Pevné platby při Uzavření dolu. Odmítnutím Rámcové smlouvy tak nemohl Žalobce přijít o jakékoli rozmnožení svého majetku.
37. Nárok na náhradu skutečné škody by měl podléhat zpřísněnému přezkumu, když škoda je uplatňována podnikatelem v souvislosti s jeho podnikatelskou činností. V těchto případech by

mělo být vždy přihlédnuto k nevyhnutelnému podnikatelskému riziku, které nese každý podnikatel a které je s podnikatelskou činností vždy již z principu spojeno.

38. Pohledávku z titulu náhrady škody Žalovaný nadále popírá.

VI. Návrh

39. **Žalovaný navrhuje, aby výše nadepsaný soud žalobu na určení pravosti a výše Pohledávky zamítl a současně přiznal žalovaným náhradu nákladů řízení.**

Podáno s úctou

Za **Ing. Lee Loudu**,
insolvenčního správce dlužníka OKD, a.s.

JUDr. Dušan Dvořák,
advokát v plné moci