

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

Sp. zn.: **32 ICm 2744/2017**

Naše zn. OKD/C37

V Brně dne 18. 9. 2017

Žalobce: **Veolia Komodity ČR, s.r.o.**, se sídlem 28. října 3337/7, 702 00 Ostrava
– Moravská Ostrava, IČ: 25846159, č. věřitele: 485

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
sídlm 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 2744/2017-13 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 přihlášené přihláškou pohledávek č. P 571 a zejména uvedli, zda nárok uplatněný v žalobě uznávají, vyličili 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 98.507.225,28 Kč byla uplatněna přihláškou č. **P570 jako dílčí pohledávka č. 1**. Žalobce vzal v průběhu trvání insolvenčního řízení částečně pohledávku co do částky 83.812.608,28 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-P571-4 ze dne 13.6.2017. Pohledávka zůstala přihláшена ve výši **14.694.617,- 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. Jednou z Navazujících smluv je taktéž Smlouva na dodávku elektřiny uzavřená mezi Žalobcem, jako dodavatelem a Dlužníkem, jako odběratelem, ze dne 27.11.2008, ve znění Dodatku č. 2 ze dne 21.6.2010.
5. Předmětem Rámcové smlouvy a současně též jednotlivých dílčích Navazujících smluv bylo kromě zajištění dodávek energetických utilit, tj. tepelné energie, stlačeného vzduchu, koupelové vody, dále také poskytování služeb distribuční soustavy a dodávky silové elektřiny (dále jen „**Elektřina**“).
6. Žalobce touto žalobou uplatňuje Pohledávku spočívající v rozdílu mezi údajným ušlým ziskem za neuskutečněné dodávky Elektřiny v letech 2018 a 2019 oproti zisku, kterého by Žalobce dosáhl, pokud by Dlužník Rámcovou smlouvu plnil i nadále a současně uplatňuje též ušlý zisk za dodávky Elektřiny v letech 2020 až 2023, vzhledem k tomu, že nebude výlučným dodavatelem Elektřiny pro Dlužníka. Žalobce uvádí, že výši škody stanovil tak, že vyšel z aktuální klesající spotřeby Elektřiny ze strany Dlužníka a svým odborným odhadem získal množství potřebné Elektřiny pro Dlužníka v letech 2018 – 2023, dále z vlastních vnitřních zdrojů odhadl cenu silové elektřiny v letech 2018 -2023 a tento výpočet doplnil proměnnou

spočívající v rozdílu mezi původně a nově sjednanou výši marže. Výslednou částku diskontoval dle jím předloženého posudku.

7. **Žalovaný nesouhlasí s existencí tvrzeného ušlého zisku, když především žalobce svá tvrzení žádným způsobem neprokázal. Eventuální vznik škody není v příčinné souvislosti s odmítnutím plnění Rámcové smlouvy.** Není zřejmé, jakým způsobem žalobce dospěl výši ušlého zisku, když sám uvádí, že všechny částky i množství pouze sám odhadl. Mezi Žalobcem a Dlužníkem nadále dochází k plnění, jehož předmětem jsou dodávky Elektřiny, tedy fakticky je naplňován předmět Rámcové smlouvy. Současně došlo mezi stranami k rozsáhlým vzájemným jednáním, která vyústila ke shodě na nových podmínkách dodávek Elektřiny, 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 Elektřiny

8. 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.
9. Žalobce ačkoli vykládá odmítnutí Rámcové smlouvy jako celku, nadále poskytuje Dlužníku Elektřinu, která byla 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 průběhu insolvenčního řízení Žalobce nadále poskytuje plnění Dlužníku.
10. 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 bylo umožněno nadále totožné plnění dle Rámcové smlouvy realizovat. Takový souběh, je z principu vyloučen, když odmítnutím plnění ze strany Dlužníka bylo jasně deklarováno, že Rámcová smlouva nebude nadále plněna.
11. Jinými slovy, i přes odmítnutí Rámcové smlouvy poskytuje Žalobce 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 Elektřiny, jaký obsahovala Rámcová smlouva.
12. 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 bude Elektřina nadále poskytována Dlužníku. Strany dospěly k dohodě o pokračování v plnění a současně domluvily podmínky, za kterých bude Elektřina Dlužníku poskytována. Došlo tak k narovnání vzájemného vztahu mezi Dlužníkem a Žalobcem.
13. 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 Elektřiny 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.

14. Žalobce realizuje plnění za tržních podmínek, lze proto presumovat, že i jeho zisk z poskytnutého plnění bude odpovídat tržním hodnotám. Nelze připustit závěr, že by Žalobce mohl nad rámec tohoto zisku uplatňovat ještě další hypotetický ušlý zisk, který navíc není nijak podložen, když jej Žalobce pouze odhaduje. 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 podal žalobu „podmíněně“ pohledávky vázané na časově nejasné věci budoucí. Ale taková pohledávka se v insolvenčním řízení neuspokojuje (dokonce ani jako podmíněná nelze přihlásit – protože 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. 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 nelze takto uplatnit.
20. 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.
21. 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.“

22. 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 výděлку, 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.“

23. Z výše citovaných judikturních závěrů vyplývá povinnost Žalobce při uplatňování nároku na úhradu ušlého zisku zásadně prokázat, že činnosti a plnění o ní tvrdí, že byly odmítnutím plnění zmařeny, byly v minulosti uskutečňovány, nebo alespoň nepochybně mělo jejich uskutečňování započít a že jejich přerušení je přímým důsledkem jednání škůdce. **Současně je nezbytné postavit na jisto, že činnost by byla naplňována a prováděnou činností žalobce dosáhl reálného prospěchu (zisku).** Takové skutečnosti ale žalobce v předmětné žalobce netvrdí a ani neprokazuje, když nepředkládá **ničeho o tom, zda z Rámcové smlouvy dosahoval zisku a v jaké výši** a současně že takového zisku nebude moci dosahovat nadále z důvodu odmítnutí Rámcové smlouvy Dlužníkem. Naopak, Žalobce sám uvádí v odst. 39 žaloby, že „Žalobci totiž doposud žádná skutečná škoda nevznikla, jelikož stále dodává za ceny sjednané Rámcovou smlouvou“. Žalobce jinými slovy potvrzuje, že mu žádná škoda v podobě ušlého zisku nevzniká. Sám žalobce uvádí, že nadále dodává Elektřinu Dlužníku. Není a nemůže být naplněna základní podmínka odpovědnosti Dlužníka za škodu, když odmítnutím Rámcové smlouvy nevznikla škoda.
24. Objem a rozsah případného plnění Elektřiny nelze předem s jistotou odhadovat, není tak možné přistoupit na tvrzení Žalobce, že množství Elektřiny by odpovídalo období do roku 2023. Současně není zřejmé, z jaké odhadované výše zisků při svých výpočtech Žalobce vychází. Netvrdí přitom a ani neprokazuje, že mu Rámcová smlouva zaručovala jakékoli minimální čerpání Elektřiny ze strany OKD. Nelze proto predikovat jaké množství by reálně měl plnit v budoucích letech. 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.**
25. Žalobce dále žádným způsobem **neuvádí, jak dospěl k výši očekávaného ušlého zisku.** K důkazu žalobce předkládá vyjma smluvní dokumentace pouze jednoduchou kalkulaci škody v podobě tabulky s přehledem objemu očekávaného ušlého zisku, když obě základní veličiny, tedy množství dodávek a cenu Elektřiny odhaduje. Není zřejmé, na základě jakých podkladů jsou čísla odhadu množství vypočtena.

IV. Neplatnost Rámcové smlouvy

26. 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

27. Žalobce uplatňuje touto žalobou údajnou škodu, o níž sám tvrdí, že dosud nevznikla. Žalovaný namítá, že ze strany žalobce nebyla řádně tvrzena ani prokázána výše uplatněného tvrzeného ušlého zisku. 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.
28. 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.
29. Pohledávku z titulu náhrady škody Žalovaný nadále popírá.

VI. Návrh

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

Podáno s účtou

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

JUDr. Dušan Dvořák,
advokát v plné moci