



Vrchní soud v Olomouci
Masarykova třída 609/1
771 11 Olomouc

V Praze dne 1. září 2020

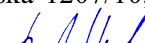
Ke sp. zn. 13 VSOL 133/2020, 32 ICM 3260/2016

Žalobce a) **Ing. Lee Louda**, se sídlem Vodičkova 41, 110 00 Praha 1, IČO: 693 26 681, insolvenční správce dlužníka Správa pohledávek OKD, a.s., se sídlem Stonavská 2179, Doly, 735 06 Karviná, IČO: 268 63 154

Zastoupen JUDr. Dušanem Dvořákem, advokátem, ev. č. ČAK 9714, se sídlem DRV Legal, s.r.o. advokátní kancelář, Hlinky 505/118, 603 00 Brno

Žalobce b) **Správa pohledávek OKD, a.s.**, společnost se sídlem Stonavská 2179, Doly, 735 06 Karviná, IČO: 268 63 154, zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Krajským soudem v Ostravě, oddíl B, vložka 2900

Žalovaná č. 1 **Citibank N.A., London Branch**, se sídlem Citigroup Centre, Canada Square, Canary Wharf, Londýn, E14 5LB, Spojené království, reg. č. BR001018

Zastoupená JUDr. Petrem Přecechtělem, advokátem, ev. č. ČAK: 11109, BBH, advokátní kancelář, s.r.o., se sídlem Klimentská 1207/10, 110 00 Praha 1; další zmocnění: Mgr. Robert Klenka, advokát 

Žalovaná č. 2 **New World Resources N.V.**, společnost založená podle zákonů Nizozemí registrovaná v holandském obchodním rejstříku pod č. 34239108, registrována jako zahraniční společnost v britském obchodním rejstříku s britským číslem založení BR016952, se sídlem 115 Park Street, Londýn, W1K 7AP, Velká Británie

Zastoupená JUDr. Luděk Chvostou, advokátem, ev. č. ČAK: 02911, White & Case (Europe) LLP, organizační složka, Na Příkopě 14, 110 00 Praha 1

Žalovaná č. 3 **NWR Holdings B.V.**, společnost založená podle zákonů Nizozemí registrovaná v holandském obchodním rejstříku pod č. 61294179, se sídlem Herengracht 448, 1017 CA Amsterdam, Nizozemské království

Zastoupená Mgr. Davidem Ilczyszynem, advokátem, ev. č. ČAK: 04910, White & Case (Europe) LLP, organizační složka, Na Příkopě 14, 110 00 Praha 1

VYJÁDŘENÍ ŽALOVANÉ Č. 1

- K DOPLNĚNÍ ODVOLÁNÍ ŽALOBCE A) PROTI ROZSUDKU KRAJSKÉHO SOUDU V OSTRAVĚ ZE DNE 23. 10. 2019, Č. J. 32 ICM 3260/2016-1280, A
- K NÁMITCE NEDOSTATKU PODMÍNKY ŘÍZENÍ VZNESENÉ ŽALOBCEM B)

Elektronicky prostřednictvím datové schránky

Přílohy dle textu

1. ÚVOD

- [1] Vyjádřením ze dne 26. 5. 2020 Žalobce a) doplnil své odvolání ze dne 3. 2. 2020 proti rozsudku Krajského soudu v Ostravě ze dne 23. 10. 2019, č. j. 32 ICm 3260/2016-1280 („**Napadený rozsudek**“)¹, a to o další argumentaci ve vztahu k části V.A tohoto odvolání týkající se výkladu ustanovení §§ 235, 240 a 241 InsZ (dále jen „**Doplnění odvolání**“).
- [2] V Doplnění odvolání Žalobce a) zejména odkazuje na nedávné usnesení Vrchního soudu v Olomouci (dále jen „**VSOL**“) ze dne 26. 3. 2020, sp. zn. 12 VSOL 62/2020-227 (dále jen „**Předmětné usnesení**“), kterým byl zrušen rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 2. 10. 2019, sp. zn. 24 ICm 2860/2011-181 (dále jen „**Předmětné řízení**“) a které dle jeho přesvědčení podporuje jím prezentovaný výklad předmětných ustanovení.
- [3] Podáním ze dne 3. 7. 2020 pak Žalobce b) vznesl námitku nedostatku podmínky řízení, kterou zakládá na tom, že Žalovaná č. 1 údajně nemá způsobilost být účastníkem zdejšího řízení (dále jen „**Námitka**“).
- [4] Žalovaná č. 1 tímto podáním krátce reaguje na opětovně zavádějící tvrzení Žalobce a) obsažená v jeho Doplnění odvolání, jakož i na zcela nesmyslnou Námitku vznesenou Žalobcem b).

2. VYJÁDŘENÍ K DOPLNĚNÍ ODVOLÁNÍ ŽALOBCE A)

2.1 Stručné shrnutí relevantních skutkových a právních závěrů soudu prvního stupně ve vztahu k Odpůrcí žalobě Žalobce a)

- [5] Je dlouhodobou procesní strategií Žalobce a) odvádět pozornost od skutečností, které jsou pro posouzení důvodnosti jeho Odpůrcí žaloby, resp. tvrzené neúčinnosti Smluv (SSN, SSCF a ICA), skutečně relevantní. Není tomu jinak ani při výkladu ustanovení § 235 až § 243 InsZ.
- [6] To, co je v dané věci skutečně podstatné a bude podrobněji rozvedeno dále, je to, že **jediným důsledkem převzetí napadených ručitelských závazků Žalobcem b) bylo snížení objemu jeho závazků vůči Žalované č. 1 a menší zatížení jeho majetku, z něhož tak mohli / mohou být ve větší míře uspokojováni jeho další věřitelé.**² Již na základě právě řečeného je za použití selského rozumu i bez podrobné právní argumentace zřejmé, že v dané věci zcela absentuje obecný rys každého odporovatelného právního jednání, totiž, že jím došlo ke zkrácení možnosti uspokojení (ostatních) věřitelů či zvýhodnění Žalované č. 1 na úkor ostatních věřitelů.
- [7] Aby mohla být zavádějící argumentace Žalobce a) uvedena na pravou míru, dovoluje si Žalovaná č. 1 nejprve stručně zrekapitulovat hlavní skutkové závěry soudu prvního stupně³ ve vztahu

¹ Všechny pojmy uvedené s velkým počátečním písmenem mají stejný význam jako ve vyjádření Žalované č. 1 k odvolání ze dne 21. 4. 2020, není-li v tomto vyjádření výslovně uvedeno jinak.

² Jedná se tak o zcela odlišnou situaci, než jaká byla posuzována v rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 22. 12. 2015, sen. zn. 29 ICdo 48/2013 (na nějž odkazuje Žalobce a)), kde dlužník ve prospěch své mateřské společnosti zcela nově zatížil svůj majetek, resp. „vyrobil“ nového zajištěného věřitele, a to v době, kdy již byl v úpadku, k újmě svých stávajících věřitelů se splatnými pohledávkami.

³ Žalovaná č. 1 cituje skutkové závěry tak, jak jsou obsaženy v odůvodnění Napadeného rozsudku.

k Odpůrčí žalobě, které nebyly odvolateli nijak relevantně zpochybněny, a na ně navazující právní posouzení prvoinstančního soudu, které je Žalobcem a) opakovaně dezinterpretováno:

- (a) *V roce 2010 vydala žalovaná 2. na základě Smlouvy o vydání dluhopisů 2010 Staré dluhopisy, které byly stejně jako další závazky z této smlouvy zajištěny bezpodmínečným a neodvolatelným ručitelským závazkem žalobce b) (odst. 18.24 Napadeného rozsudku);*
- (b) *V rámci restrukturalizace došlo k uzavření nové Smlouvy o vydání dluhopisů ze dne 7. 10. 2014, na základě které žalovaná 2. vydala dluhopisy v nominální výši 300 mil. EUR s PIK úrokem. Tyto dluhopisy nahradily Staré dluhopisy v nominální výši 500 mil. EUR a žalobce b) se zavázal poskytnout za nové dluhopisy a další závazky vzniklé z této smlouvy bezpodmínečné a neodvolatelné ručení stejného obsahu jako u Starých dluhopisů (odst. 18.27 Napadeného rozsudku);*
- (c) *Dále byla s původními věřiteli uzavřena Smlouva o úvěru ze dne 9. 9. 2014, na základě které investoři poskytli žalované 3. úvěr ve výši 35 mil. EUR a za který se žalobce b) taktéž zavázal poskytnout bezpodmínečné a neodvolatelné ručení (odst. 18.28 Napadeného rozsudku);*
- (d) *Neformální restrukturalizace dluhu 2014 měla za následek, že došlo ke snížení ručitelských závazků žalobce b) z 500 mil. EUR na 335 mil. EUR sestávající z ručení za zaplacení dluhopisů emitovaných na základě smlouvy o vydání dluhopisů ze dne 7. 10. 2014 ve výši 300 mil. EUR a za zaplacení úvěru poskytnutého investory (majiteli starých dluhopisů) na základě Smlouvy o úvěru ze dne 9. 9. 2014 ve výši 35 mil. EUR (odst. 18.31 Napadeného rozsudku);*
- (e) *Žalobce b) poskytl zajištění za nový dluh, ale jednalo se fakticky o nahrazení již existujících závazků s tím, že se snížil objem a skladba pohledávek, za které žalobce b) ručil (odst. 43.21 Napadeného rozsudku);*
- (f) *Z provedených důkazů bylo zjištěno, že uzavřením Smlouvy o vydání dluhopisů ze dne 7. 10. 2014 došlo ke snížení celkového dluhu o 35 % (z 825 mil. EUR na 570 mil. EUR), byla snížena celková zátěž úhrady úroků, začal se využívat mechanismus věcného plnění, prodloužena lhůta splatnosti z roku 2018 na rok 2020. Skupina NWR získala nový kapitál ve výši 185 mil. EUR skládající se ze 150 mil. EUR ve formě emise práv a úvěr ve výši 35 mil. EUR získaný na základě Smlouvy o úvěru ze dne 9. 9. 2014, jenž byl výlučně určen na provozní činnost žalobce b). Dále byly vydány konvertibilních dluhopisů ve výši 150 mil. EUR splatné v roce 2020, které mohly být konvertovány na akcie NWR Plc. Tyto všechny skutečnosti měly přímý vliv na ručitelský závazek žalobce b) (odst. 43.22 Napadeného rozsudku).*

[8] **Soud prvního stupně pak na základě správně a pečlivě zjištěného skutkového stavu a – v souladu s judikaturou Nejvyššího soudu⁴ – po přihlédnutí ke všem relevantním okolnostem, za nichž Žalobce b) napadené ručitelské závazky převzal, včetně jejich dopadu do**

⁴ Viz např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 2. 2016, sp. zn. 29 Cdo 307/2014.

majetkové sféry Žalobce b) z hlediska možnosti věřitelů, jimž k datu nabytí účinnosti Smluv svědčila pohledávka za Žalobcem b), dosáhnout vůči Žalobci b) úhrady pohledávek, **dospěl ke správnému a jedinému možnému závěru, totiž že napadené ručitelské závazky Žalobce b):**

- (a) **nepředstavují (neúčinné) právní úkony bez přiměřeného protiplnění podle § 235 a § 240 odst. 1 InsZ, kterými by Žalobce b) zkrátil možnost uspokojení věřitelů, neboť jimi došlo naopak ke zvýšení možnosti ostatních věřitelů dosáhnout vyššího uspokojení jejich pohledávek** – „pokud by k uzavření ručitelských závazků žalobce b) v roce 2014 nedošlo, žalovaná 1. zastupující jednotlivé majitele dluhopisů by přihlásila do insolvenčního řízení žalobce b) pohledávku z titulu jeho ručení za Staré dluhopisy emitované na základě Smlouvy o vydání dluhopisů 2010 v mnohem vyšší výši, když nominální hodnota Starých dluhopisů představovala částku 500 mil. EUR, za které žalovaný b) převzal ručení v roce 2010“ (odst. 43.23 Napadeného rozsudku); a
- (b) **nepředstavují (neúčinné) zvýhodňující právní úkony podle § 235 a § 241 odst. 1 InsZ, neboť jimi nedošlo ke zvýhodnění některého věřitele na úkor jiného** – „pokud by k Neformální restrukturalizaci dluhu 2014 nedošlo, žalovaná 1. zastupující jednotlivé věřitele (vlastníky dluhopisů) by měla právo přihlásit do insolvenčního řízení žalobce b) pohledávku z titulu ručení žalobce za „staré dluhopisy“ v nominální hodnotě 500 mil. EUR mnohem vyšší výši, jak bylo shora popsáno, přičemž tento ručitelský závazek by nebylo možné napadnout odpůrcí žalobou z důvodu uplynutí všech odpůrcích lhůt. Lze tedy říci, že žalovaná 1. (vlastníci dluhopisů) byly v konečném důsledku Neformální restrukturalizace dluhu 2014 naopak znevýhodněny oproti ostatním věřitelům žalobce b), když se části svých nároků z dluhopisů 2010 vzdali, již v roce 2014“ (odst. 43.25 Napadeného rozsudku).

2.2 Žalobce a) dezinterpretuje Napadený rozsudek i Předmětné usnesení

- [9] Z výše uvedeného je zřejmé, že není pravdou, že soud prvního stupně v Napadeném rozsudku vyložil ustanovení § 235 odst. 1 InsZ jako samostatnou definici neúčinného právního úkonu. Naopak, soud prvního stupně v souladu s ustálenou judikaturou Nejvyššího soudu (viz dále) a odbornou literaturou, na kterou v Napadeném rozsudku odkázal, aplikoval ustanovení § 235 až § 243 InsZ ve vzájemné souvislosti a vyložil, že aby mohl být právní úkon dlužníka posouzen jako neúčinný, musí být naplněn jak obecný rys odporovatelnosti uvedený v § 235 odst. 1 InsZ, tak znaky některé ze skutkových podstat uvedených v § 240 až § 242 InsZ.⁵
- [10] Žalobce a) se však snaží odvolací soud přesvědčit, že znaky odporovatelných právních úkonů podle § 240 a § 241 InsZ je třeba posuzovat samostatně a izolovaně, bez vazby na § 235 odst. 1 InsZ, a že proto není třeba (ani možné) zkoumat, zda takový právní úkon reálně (s přihlédnutím ke všem relevantním okolnostem) zkracuje možnost uspokojení věřitelů či zvýhodňuje některé věřitele na úkor jiných. Žalobce a) tedy vlastně tvrdí, že ustanovení § 235 odst. 1 InsZ nemá žádný normativní význam, na základě čehož pak prosazuje absurdní závěry, jako například, že

⁵ Viz odst. 43.13 Napadeného rozsudku.

snížení závazků dlužníka může poškodit jeho věřitele. Takový výklad je však v přímém rozporu s textem zákona, ustálenou judikaturou Nejvyššího soudu (včetně rozsudku R 60/2014 odkazovaného Žalobcem a)), jakož i se smyslem právní úpravy neúčinnosti právních úkonů.

- [11] Výklad podávaný Žalobcem a) pak samozřejmě nepodporuje ani Předmětné usnesení. **VSOL se v Předmětném usnesení k otázce výkladu ustanovení § 235 a § 240 až § 242 InsZ vyjádřil pouze prostřednictvím citace, resp. parafráze, závěrů rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 27. 2. 2014, sp. zn. 29 Cdo 677/2011 (dále jen „R 60/2014“).** Z toho však nevyplývá, že ustanovení § 235 odst. 1 InsZ má být při posuzování neúčinnosti právního úkonu ignorováno. Vyplývá z něj tolik, že bez současného naplnění jedné ze skutkových podstat taxativně uvedených v § 240 až § 242 InsZ nelze právní úkon prohlásit za neúčinný.⁶
- [12] Žalobce a) však rozsudek R 60/2014 opětovně dezinterpretuje, jeho logiku převrací a na základě toho argumentuje druhým extrémem, totiž, že k prohlášení neúčinnosti stačí naplnění § 240 až § 242 InsZ bez současného naplnění obecného rysu odporovatelnosti uvedeného v § 235 odst. 1 InsZ. Takový závěr však z rozsudku R 60/2014 dovodit nelze. Zmíněná ustanovení je třeba aplikovat kumulativně a ve vzájemné souvislosti, jak správně učinil soud prvního stupně.
- [13] I kdyby tomu tak však nebylo, tak vzhledem k tomu, že v dané věci je odporováno právním jednáním, jimiž došlo fakticky pouze ke snížení již (od roku 2010) existujících ručitelských závazků Žalobce b) vůči Žalované č. 1, je naprosto zřejmé, že k naplnění speciální skutkové podstaty § 240 odst. 1 InsZ ani § 241 odst. 1 InsZ nedošlo (jak soud prvního stupně ostatně konstatuje v odst. 43.23 a 43.25 Napadeného rozsudku). **Jinými slovy, v kontextu specifických skutkových okolností tohoto případu a zjištěného dopadu Smluv do majetkové sféry Žalobce b) nelze o „nepřiměřenosti protiplnění“ za poskytnuté ručení nebo „zvýhodnění Žalované č. 1“ pojmově vůbec uvažovat.** Jak bylo uvedeno výše, izolovaný a formalistický výklad těchto pojmů (bez systematického zohlednění obecného rysu odporovatelnosti obsaženého v § 235 odst. 1 InsZ), jakkoli sugestivně a vehementně prosazován Žalobcem a), by byl v rozporu s uznávanými metodami interpretace práva a vedl by k nesprávným (až absurdním) závěrům.

2.3 Předmětné usnesení se týká skutkově i právně zcela odlišné situace

- [14] Nutno doplnit, že dovozovat pro toto řízení jakékoliv závěry z Předmětného usnesení je značně přehnané a vytržené z kontextu, neboť VSOL v daném případě posuzoval zcela odlišnou situaci

⁶ Nejvyšší soud se v rozsudku R 60/2014 vymezil vůči praxi nižších soudů, které dovozovaly, že k určení neúčinnosti právního úkonu postačí již samotné naplnění obecné definice uvedené v § 235 odst. 1 InsZ a že výčet skutkových podstat neúčinných právních úkonů uvedený v § 240 až § 242 InsZ je pouze demonstrativní – viz přípustnost dovolání: „*Nejvyšší soud pak shledává dovolání přípustným pro zodpovězení otázky položené dovolatelem, totiž zda (...) podle ustanovení § 235 insolvenčního zákona lze odporovat i jiným právním úkonům, než o kterých pojednávají ustanovení § 240 až § 242 insolvenčního zákona.*“ a navazující hlavní právní závěr Nejvyššího soudu: „*Ponechají-li se stranou úkony, které dlužník učinil poté, co nastaly účinky spojené se zahájením insolvenčního řízení, v rozporu s ustanovením § 111 a § 246 odst. 2 insolvenčního zákona, lze podle ustanovení § 235 až § 243 insolvenčního zákona odporovat jen těm právním úkonům dlužníka, jež jsou taxativně vypočteny v ustanoveních § 240 až § 242 insolvenčního zákona.*“ (zvýraznění přidáno)

než v nadepsaném řízení, a to po stránce skutkové i právní. **Předmětným usnesením sice zrušil rozsudek soudu prvního stupně, nicméně učinil tak z řady procesních pochybení, spočívajících primárně v nesprávném a neúplném zjištění skutkového stavu** (soud prvního stupně neprovedl potřebné důkazy a nezohlednil všechny relevantní okolnosti případu, skutková zjištění učinil pouze z některých provedených důkazů, aniž by to řádně odůvodnil atd.). V důsledku těchto pochybení byly zákonitě nepřezkoumatelné i jeho navazující právní závěry.

- [15] V Předmětném řízení byla navíc odporovaným právním úkonem kupní smlouva o převodu stavby parkoviště, přičemž bylo namítáno, že prodej parkoviště (představující část pozemku) vedl ke znehodnocení zbylé části pozemku, čímž došlo ke snížení hodnoty majetkové podstaty dlužníka (navzdory tomu, že prodejní cena za parkoviště se jinak – vztaženo čistě k předmětu prodeje, tj. části pozemku – mohla jevit jako adekvátní). Dále bylo zjištěno, že v době uzavření kupní smlouvy měl dlužník existující věřitele, kteří mohli být prodejem parkoviště potenciálně zkráceni. Soud prvního stupně v Předmětném řízení přesto dospěl k závěru, že nemohlo dojít ke zkrácení možnosti uspokojení věřitelů již jen z toho důvodu, že parkoviště bylo prodáno za vyšší cenu, než byla jeho hodnota uvedená ve znaleckém posudku. Celkový dopad tohoto prodeje do majetkové sféry dlužníka (resp. na hodnotu jeho majetku) však nezkoumal.
- [16] Není tedy překvapivé, že VSOL vyhodnotil závěr soudu prvního stupně o nenaplnění obecných podmínek pro prohlášení neúčinnosti právního úkonu (zkrácení věřitelů) jako nepřezkoumatelný pro nedostatek důvodů. Současně je zřejmé, že důvodem zrušení prvoinstančního rozhodnutí nebyla aplikace § 235 odst. 1 InsZ, jak účelově dovozuje Žalobce b), nýbrž to, že soud prvního stupně nezkoumal všechny rozhodné skutečnosti mající vliv na posouzení, zda v daném případě došlo k naplnění podmínek pro prohlášení neúčinnosti právního úkonu.
- [17] **Napadený rozsudek však takovými vadami zjevně netrpí, neboť soud prvního stupně správně a úplně zjistil skutkový stav a své závěry velmi podrobně a přesvědčivě odůvodnil. Na rozdíl od prvoinstančního soudu v Předmětném řízení komplexně vyhodnotil celkový dopad Smluv na majetkovou situaci Žalobce b).** V řízení bylo nade vší pochybnost prokázáno (a odvolatelé to nijak nezpochybňují), že v důsledku uzavření napadených Smluv došlo výhradně ke snížení ručitelských závazků Žalobce b), což samo o sobě vylučuje závěr, že by se mohlo jednat o odporovatelný právní úkon, jímž by byli věřitelé zkráceni nebo některý z nich zvýhodněn na úkor jiných. Soud dále zjistil, že Restrukturalizace 2014 byla pro Žalobce b) i jinak výhodná (viz odst. [7] výše), nad rámec toho byla Žalobci b) ještě poskytována standardní odměna za ručení ve výši určené nezávislým oceněním.⁷ Pohledávky věřitelů Žalobce b) z doby uzavření Smluv (s výjimkou věřitelů, kteří se účastnili Restrukturalizace 2014) byly posléze v plné

⁷ Viz např. odst. 18.22 Napadeného rozsudku nebo odst. 39.10.11 Napadeného rozsudku: „Žalobci b) bylo poskytnuto přiměřené protiplnění spočívající jednak v tom, že se jeho ručitelský závazek snížil o 35 % (z 825 mil. EUR na 570 mil. EUR), došlo ke snížení celkové zátěže úhrad úroků, byly získány nové finanční prostředky, kterými byl financován provoz žalobce b), splatnost dluhopisů byla prodloužena a žalobci b) měla být také ze strany žalované 2. vyplacena odměna za poskytnuté ručení v 6 ročních splátkách (2 537 tis. EUR, další 4 splátky každá ve výši 2 537 tis. EUR, poslední splátka 1 268 500 EUR), přičemž z důvodu zahájení insolvenčního řízení byla žalobci b) vyplacena odměna pouze ve výši 2 537 tis. EUR.“

míře uspokojeny (žádné takové pohledávky nebyly přihlášeny do insolvenčního řízení Žalobce b)), tudíž je zjevné, že ke zkrácení věřitelů nedošlo.⁸ Veškeré zjištěné skutkové okolnosti byly soudem prvního stupně v Napadeném rozsudku důsledně posouzeny a vyhodnoceny.⁹

- [18] Z výše uvedeného plyne, že soud v Napadeném rozsudku (na rozdíl od soudu prvního stupně v Předmětném řízení) neposuzoval izolovaně jen přímé protiplnění za poskytnuté ručení (ve formě odměny za ručení), nýbrž zhodnotil věc komplexně a při zohlednění všech relevantních okolností případu. Postupoval tedy přesně v souladu s judikaturou Nejvyššího soudu (již výše odkazovaný rozsudek ze dne 29. 2. 2016, sp. zn. 29 Cdo 307/2014, v němž Nejvyšší soud aproboval postup odvolacího soudu, který při výkladu § 240 InsZ přihlédl ke všem z obsahu spisu plynoucím právně relevantním okolnostem), jakož i v souladu s právním názorem VSOL obsaženým v Předmětném usnesení. **Předmětné usnesení tak nejenže nezpochybňuje správnost Napadeného rozsudku, ale naopak ji přímo potvrzuje.**

2.4 Výklad zastávaný v Napadeném rozsudku představuje ustálenou judikaturu

- [19] Soud prvního stupně již v Napadeném rozsudku uvedl odkaz na řadu odborných děl a soudních rozhodnutí podporujících výklad, že neúčinným je pouze takový právní úkon, který naplňuje současně obecnou definici odporovatelnosti obsaženou v § 235 odst. 1 InsZ a podmínky některé ze zvláštních skutkových podstat uvedených v ustanovení § 240 až § 242 InsZ. Na další prameny odkázala Žalovaná č. 1 ve svém vyjádření k podaným odvoláním ze dne 21. 4. 2020.
- [20] Uvedený výklad však podporuje mnoho dalších rozhodnutí (včetně celé řady rozhodnutí zdejšího soudu), viz například:
- Rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 3. 12. 2019, č.j. 13 VSOL 820/2019-169: „*Právě prostřednictvím ustanovení § 240 až § 242 I. Z. se dává (pro insolvenční řízení) obsah pojmu zkracující právní úkon dlužníka a zvýhodňující právní úkon dlužníka (srov. závěry v rozsudku Nejvyššího soudu České republiky ze dne 27. 2. 2014 sp. zn. 29 Cdo 677/2011, uveřejněném ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod č. 60/2014). Při hodnocení právního úkonu (právního jednání) dlužníka z hlediska jeho neúčinnosti přitom musí být současně naplněna jak obecná definice, tak jedna ze skutkových podstat neúčinných právních úkonů, upravených v ustanoveních § 240 až § 242 I. Z.“ (zvýraznění doplněno). Ke stejnému závěru dospěl zdejší soud i v rozsudku ze dne 24. 9. 2019, č.j. 13 VSOL 602/2019-160 a rozsudku ze dne 15. 10. 2019, č.j. 13 VSOL 889/2019-99.*
 - Rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 29. 11. 2016, č.j. 12 VSOL 119/2016-98: „*Úvahy vedoucí k závěru o neúčinnosti právního úkonu podle § 240 IZ musí být proto vedeny tak, zda je naplněna skutková podstata neúčinného úkonu vymezená v § 235 odst. 1 IZ, zda jsou současně splněny všechny její pozitivní stránky formulované v § 240*

⁸ Viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 12. 2015, sen. zn. 29 ICdo 48/2013: „*Podmínky odporovatelnosti se posuzují ke dni vzniku právního úkonu (právního jednání); ke stejnému okamžiku se zjišťuje i to, zda měl dlužník po uzavření odporovaného právního úkonu další dostatečný majetek k uspokojení věřitelů (v jejichž prospěch se insolvenční neúčinnost vyslovuje).*“

⁹ Viz zejména odst. 43.10 a násl. Napadeného rozsudku.

odst. 1 a 2, zda úkon byl učiněn ve lhůtě určené v § 240 odst. 3, a zda není zahrnut v § 240 odst. 4. Je nutno vzít v úvahu i právní úpravu ve vztahu k osobám blízkým. S ohledem na dosavadní tvrzení žalobce a žalované bude objasnění vztahu dlužnice a žalované pro dané řízení zásadní.“ (zvýraznění doplněno)

- Usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 10. 1. 2019, č.j. 104 VSPH 665/2018-164.: „Jde o první z celkem tří skutkových podstat, které navazují na obecnou definici neúčinnosti právních úkonů pro účely insolvenčního řízení zakotvenou § 235 IZ. K naplnění této skutkové podstaty musí: **a) být naplněna obecná definice neúčinného úkonu podle § 235 odst. 1, b) musejí být splněny všechny předpoklady stanovené v § 240 IZ**, c) k úkonu musí dojít ve lhůtě určené v § 240 IZ, d) k podání odpůřčí žaloby musí dojít za podmínek uvedených v § 239 IZ, přičemž úkon nemusí být činěn úmyslně, postačuje nedbalostní jednání.“ (zvýraznění doplněno)

[21] Závěry obsažené v rozsudku R 60/2014 a na ně navazující soudní rozhodnutí představují ustálenou judikaturu,¹⁰ přičemž Napadený rozsudek je s touto judikaturou plně v souladu.

3. VYJÁDŘENÍ K NÁMITCE NEDOSTATKU PODMÍNKY ŘÍZENÍ

- [22] Podáním ze dne 3. 7. 2020, tedy po bezmála 4 letech od zahájení tohoto řízení, vznesl Žalobce b) Námitku nedostatku podmínky řízení, když mimo jiné tvrdí, že Žalovaná č. 1 nemá způsobilost být účastníkem (tohoto) řízení, a tedy řízení musí být zastaveno.
- [23] **Námitka nedostatku podmínky řízení nemá absolutně žádné opodstatnění. Vychází totiž z nesprávné aplikace českého práva (v tomto případě české právní úpravy odštěpných závodů, resp. organizačních složek), které však na daný případ vůbec nedopadá.** Ze stejného důvodu není přílehavá ani odkazovaná judikatura Nejvyššího soudu a Ústavního soudu ČR týkající se organizačních složek zahraničních právnických osob zapsaných v českém obchodním rejstříku.
- [24] Žalovaná č. 1 totiž není českou právnickou osobou ani odštěpným závodem, resp. organizační složkou zahraniční osoby registrovanou v České republice, nýbrž zahraniční právnickou osobou.
- [25] Podle § 9 odst. 2 zákona č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZMPS“), platí, že „způsobilost zahraničních osob jiných než fyzických být účastníkem řízení a jejich procesní způsobilost se řídí právním řádem, podle něhož taková osoba vznikla“. Podle § 30 odst. 1 ZMPS platí, že „právní osobnost právnické osoby a způsobilost jiné než fyzické osoby se řídí právním řádem státu, podle něhož vznikla. Tímto právním řádem se řídí i obchodní firma nebo název a vnitřní poměry takové osoby (...)“.
- [26] **Způsobilost Žalované č. 1 být účastníkem řízení, její procesní způsobilost, jakož i právní osobnost je tak otázkou cizího práva, z čehož plyne, že na českém právu založená Námitka nedostatku podmínky řízení je zjevně bezobsažná a ryze obstrukční (což je zřejmé již z načasování uplatnění této Námitky v rámci odvolacího řízení, a to navíc v jeho pokročilé**

¹⁰ Viz např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 9. 2018, sen. zn. 29 ICdo 86/2016.

fázi). Skutečnost, že Žalobce b) jedná v průběhu tohoto řízení obstrukčně s cílem způsobit průtahy řízení a ignoruje aplikaci cizího práva, je však již notorieta.

- [27] Z hlediska aplikovatelného cizího práva přitom není jakéhokoliv sporu o tom, že anglické soudy plně uznávají postavení a způsobilost Žalované č. 1 vystupovat jako účastník řízení, žalovat a být žalován. Pro vyloučení jakýchkoliv pochybností přikládá Žalovaná č. 1 několik rozhodnutí anglických soudů vydaných ve věcech, v nichž byla účastníkem řízení. S ohledem na výše citované ustanovení § 9 odst. 2 ZMPS je ve stejném rozsahu dána způsobilost Žalované č. 1 vystupovat v řízeních před českými soudy.

Důkaz: rozhodnutí High Court of Justice ze dne 18. 6. 2012 ve věci *Aveng (Africa) Limited v Government of Gabonese Republic v Citibank N.A., London Branch* [2012] EWHC 1687 (Comm) (příloha č. 1)

rozhodnutí High Court of Justice ze dne 9. 11. 2017 ve věci *Kufpec Singapore Holding Limited v Sanderson Capital Resources Limited, Citibank N.A., London Branch* [2017] EWHC 2816 (Comm) (příloha č. 2)

- [28] O způsobilosti Žalované č. 1 být účastníkem tohoto řízení ostatně nemá jakékoli pochybnosti ani insolvenční správce dlužníka (Žalobce a)), který proti Žalované č. 1 vznesl odpůřčí žalobu, jež je společně se žalobou Žalované č. 1 na určení pravosti a výše přihlášených pohledávek předmětem projednání v tomto řízení.
- [29] **Žalovaná č. 1 proto shrnuje, že Námitka nedostatku podmínky řízení nyní vznesená Žalobcem b) je zcela neopodstatněná, nesprávná a účelová.** Jejím jediným cílem je oddálit pravomocné rozhodnutí ve věci a zvýšit náklady jednotlivých účastníků, jež musí v souvislosti s tímto řízením vynakládat (přestože v případě Žalobce b) mohou jít tyto náklady v konečném důsledku na úkor uspokojení jeho věřitelů v rámci insolvenčního řízení).

4. ZÁVĚREČNÝ NÁVRH

- [30] S ohledem na to, že

- (a) Doplnění odvolání Žalobce a) nepřináší žádnou novou věcně-právní argumentaci, nýbrž pouze účelově dezinterpretuje závěry Napadeného rozsudku, Předmětného usnesení a ustálené judikatury, a
- (b) Námitka nedostatku podmínky řízení vznesená Žalobcem b) je zcela nedůvodná a argumentace v ní obsažená je zjevně irelevantní,

trvá Žalovaná č. 1 na svém návrhu, aby odvolací soud Napadený rozsudek potvrdil a přiznal Žalované č. 1 náhradu nákladů odvolacího řízení.

Citibank N.A., London Branch



[\[Home\]](#) [\[Databases\]](#) [\[World Law\]](#) [\[Multidatabase Search\]](#) [\[Help\]](#) [\[Feedback\]](#)

England and Wales High Court (Commercial Court) Decisions

You are here: [BAILII](#) >> [Databases](#) >> [England and Wales High Court \(Commercial Court\) Decisions](#) >> Aveng (Africa) Ltd v Gabonese Republic & Anor [2012] EWHC 1687 (Comm) (18 June 2012)
URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2012/1687.html>
Cite as: [2012] EWHC 1687 (Comm)

[\[New search\]](#) [\[Printable RTF version\]](#) [\[Help\]](#)

Neutral Citation Number: [2012] EWHC 1687 (Comm)

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE
QUEEN'S BENCH DIVISION
COMMERCIAL COURT

Royal Courts of Justice
Strand, London, WC2A 2LL
18/06/2012

B e f o r e :

MR JUSTICE FIELD

Between:

**Aveng (Africa) Limited
- and -**

Claimant

**Government of the Gabonese Republic
and
Citibank NA (London Branch)**

Defendant

**Third Party
Applicant**

**Mr Guy Phillips QC (instructed by SNR Denton UK LLP) for the Third Party Applicant
Ms Vasanti Selvaratnam QC and Miss M Gibbons (instructed by Berwin Leighton Paisner LLP) for
the Claimant**

Hearing dates: 14 June 2012

HTML VERSION OF JUDGMENT

Crown Copyright ©

Mr Justice Field :

1. There is before the court an application by Citibank NA's London branch ("CBL") to vary a freezing order made by Teare J. on 31 May 2012 against the Government of the Gabon Republic ("Gabon") at the behest of Aveng (Africa) Ltd ("Aveng"). That freezing order is expressed to apply inter alia to any money and bank accounts held by Gabon with CBL.
2. Aveng are judgment creditors of Gabon in the sum of £25,520,592.59, on which interest is accruing at the daily rate of £5,593.55. Aveng's judgment was entered against Gabon pursuant to an order made under Section 66(1) of the Arbitration Act 1996 by His Honour Judge Mackie QC to facilitate the enforcement of an arbitration award in favour of Aveng made in London on 20 October 2010. The judgment remains wholly unsatisfied and the time for challenging Judge Mackie's order has expired.
3. It should be noted that Gabon has waived state immunity in wide terms with the result that Section 13 of the State Immunity Act 1978 does not prevent the taking of steps by Aveng to enforce its judgment against Gabon.
4. Aveng applied for the freezing order in the expectation that CBL was going to receive funds from Gabon to be used to pay interest on Notes due in 2017 issued by Gabon ("the Notes") with a coupon of 8.20 per cent p.a. payable semi-annually in arrears on 12 June and 12 December. The expected funds, totalling US\$35,860,445, were received by CBL on 11 June 2012 into a US dollar account in the name of Citibank NA New York and booked into a ledger which records all the funds received by CBL for the purpose of paying amounts due under dollar denominated notes.
5. Under a Fiscal Agency Agreement dated 12 December 2007 between CBL and Gabon ("the FAA") CBL is appointed the Fiscal Agent and the Paying Agent in respect of the Notes.
6. Section 14(a) of the FAA provides that the FAA shall be governed, and construed in accordance with, the laws of the State of New York.
7. Section 9(b), (f) and (h) of the FAA provide:

9(b) *Agency*. In acting under this Agreement and in connection with the Notes, each of the Agents, paying agents and transfer agents is acting solely as agent of the Republic and does not assume any obligation or relationship of agency or trust, for or with any of the owners or Holders of the Notes, except that all funds held by such Agent or any paying agent for the payment of principal of and any interest on the Notes shall be held in trust by such Agent or such paying agent, as the case may be, and applied as set forth herein and in the Notes; *provided, however*, that moneys held in respect of the Notes remaining unclaimed at the end of two years after such principal and such interest shall have become due and payable (whether at maturity or otherwise) and moneys sufficient therefor shall have been duly made available for the payment shall, together with any interest made available for the payment thereon, be repaid to the Republic. Upon such repayment, the aforesaid trust, with respect to the Notes, shall terminate and all such liability of such Agents or any other paying agent with respect to such funds shall thereupon cease.

9(f) *Non-liability for Interest*. Except as otherwise agreed, none of the Agents, paying agents or transfer agents shall be liable for interest on moneys at any time received by them pursuant to any of the provisions of this Agreement or the Notes. Money held by the agent need not be segregated except as required by law."

"9(h) *No Implied Obligations*. The duties and obligations of the Agents, paying agents and transfer agents, on one hand, and the Republic on the other hand, shall be determined solely by the express provisions of this Agreement and neither the Agents, paying agents and transfer agents nor the Republic shall be liable except for the performance of such duties and obligations as are specifically set forth in this Agreement and the Notes as applicable, and no implied covenants or obligations should be read into this Agreement or the Notes against the Agents, paying agents, transfer agents or the Republic."

8. CBL contends that, by virtue of Section 9(b), the funds received from Gabon to pay the interest due on the Notes on 12 June are not assets belonging to Gabon but instead are held on trust by CBL on behalf

of the Noteholders so that those funds cannot be the subject of the freezing order made against Gabon. Accordingly, CBL seeks an amendment to the freezing order providing that it should not preclude CBL from making payments from funds transferred to it by Gabon pursuant to the FAA.

9. The primary task of the court on this application is to determine whether there is a good arguable case that Gabon has a proprietary interest in the funds held by CBL for the purpose of making payments under the FAA. Aveng contends that it has such an arguable case. CBL submits that I should conclude on this interlocutory application that there is no good arguable case that Gabon retains a proprietary interest in funds paid over to CBL for the purpose of making the payments to the Noteholders contemplated by the FAA.
10. Both Aveng and CBL have adduced opinion letters produced by learned US Counsel which seek to inform the court as to what is required by the law of New York for a bank which holds funds provided by the issuer of notes for the purpose of making payment to Noteholders to be constituted a trustee of those funds on behalf of the Noteholders.
11. The experts on New York instructed on behalf of Aveng are two partners in Hughes, Hubbard & Reed LLP, Mr John Fellas and Mr Hagit Egul. In an opinion dated 24 May 2012, Messrs Fellas and Egul state that the ownership status of the funds transferred by Gabon to CBL for payments under the FAA depends on the intent of Gabon and CBL as fiscal agent and that "there is a general presumption under New York law that a deposit for a specific purpose -- such as payment of interest to bondholders -- does not create a trust." Amongst the factors the court will consider when deciding if funds are held on trust are:
 - (i) any express statement that the funds are held on trust for this purpose; (ii) the revocability of the authorisation to make the payments; (iii) the degree to which the depositor retains any control over the disposition of the funds.
12. Messrs Fellas and Egul cite *Ehag Eisenbahnwerte Holding AG. v Banca Nationala a Romaniei*, 306 NY 24, a decision of the New York Court of Appeals, the highest court of New York. There, the Kingdom of Romania in 1922 issued negotiable bonds bearing 4 per cent annual interest and the Romanian Government's Ministry of Finance entered into an agreement with the Romanian National Bank ("the Bank") whereby the Ministry undertook to transfer monies to that bank, and the bank undertook, following instructions given by the Ministry, to make all payments out of those monies and to deposit the money's value in sterling at the Bank of England, from which, in accordance with the Ministry's wishes, payments would be made to British Overseas Bank. Under a separate agreement, British Overseas Bank was named as Trustee for the bondholders to pay interest and to retire the bonds out of monies received by it.
13. In 1941, the Romanian government suspended the servicing of its foreign debt. The plaintiff was a bondholder who sued the Bank as beneficiary of the contract between the Ministry and the Bank and on the basis that the Bank was liable to it as a trustee. The New York Court of Appeals held that under the contract with the Ministry, the Bank assumed only the function of transmitting the necessary foreign exchange to the Bank of England. The duty of making payments to bondholders was not on the Bank but on British Overseas Bank. The court found that the Bank was not liable to the plaintiff as a trustee. At page 252 of its judgment (given by Fuld J) the court said:

The delivery of moneys by one person to another, with instructions that they be paid to a third person, may be effectual to create a trust for the latter's benefit, but only where the depositor's 'manifested intention read in connection with all the circumstances of the case indicates that the delivery was to be a finality, that the money was to be from that moment dedicated to the use of the third person... On the other hand, no trust results, if 'the use of the money or property was intended to be subject to the directions of the person delivering it' or 'if the holding was for his benefit and under his orders...'. Thus, a trust may be created where moneys -- held by a depositary as a sinking fund for the redemption of bonds -- are irrevocably appropriated for that purpose and are not under the dominion of the depositor. And a trust may likewise arise upon the payment of monies to a depositary charged with the function of paying interest on bonds, where the moneys are specifically received in trust for that purpose, free from further control by the depositor...

14. Messrs Fellas and Egul also refer to *Petrohawk Energy Corp v Law Debenture Trust Company of New York*, 2007 WL 211096, a decision of the US District Court (S.D.N.Y.). Here the plaintiff assumed the responsibilities of the original issuer of notes due 2012. Under the relevant Indenture, US Bank National Association, ("US Bank") was named Indenture Trustee and the Bank of New York as the paying agent. The paying agent's duties included an obligation to hold in trust for the benefit of the bondholders or the trustee all money held by it for the payment of principal, premium and interest. On 14 September 2006, the defendant commenced an action against the plaintiff in Delaware as the successor to US Bank as Indenture Trustee claiming breach of the Indenture, and obtained \$1.2 million of the funds deposited by the plaintiff with the Bank of New York in order to fund this litigation. The deposited funds had been paid by the plaintiff to Bank of New York in accordance with the paying agent agreement between the plaintiff and Bank of New York for the sole and exclusive purpose that such funds be held in trust and disbursed to Noteholders in satisfaction of Petrohawk's semi-annual interest obligation. Petrohawk was obligated to deposit "by 11.00 am on or prior to the due date... a sum in same day funds sufficient to pay the principal of, premium, if any, or interest so becoming due, with such funds being "considered paid on the date due if on such date the Paying Agent holds, in accordance with this Indenture, money sufficient to pay".
15. The plaintiff sued the defendant in the US District Court (S.D.N.Y.), seeking relief for conversion, tortious interference and constructive trust. The defendant's motion to dismiss the action (in English parlance, to strike out the claim for disclosing no cause of action) was upheld by the court. Judge Denise Cote held that the plaintiff did not have the necessary legal ownership or immediate right to possession of the funds alleged to have been converted. Judge Cote said (at pp-4-5):

The Indenture and the Paying Agent Agreement govern the status of the funds in this case. Petrohawk was required 'on or prior to the due date of the principal of or premium, if any, or interest on any Securities', to deposit with Bank of New York, the Paying Agent, 'a sum in same day funds sufficient' to pay the amount due. Such amounts were 'considered paid on the date due if on such date the Paying Agent holds in accordance with this Indenture money sufficient to pay' all amounts due. The Paying Agent would hold the funds 'in trust for the benefit of Holders or the Trustee'. The right of a Noteholder to receive payment for principal, premium, or interest, however, 'shall not be impaired or affected without the consent of such holder'. After payment of all obligations, the Trustee and the Paying Agent were required to return to Petrohawk any excess money upon request. The language of the Indenture dictates that the funds be held 'in trust'. Moreover, funds held by a trustee or paying agent for the purpose of paying principal or interest to noteholders 'obtain the character of trust funds'... Once the funds were deposited to be held in trust for the purpose of paying the Noteholders, Petrohawk no longer had control over the funds... Petrohawk claims that the cases cited are inapposite because they arise in the context of attachment. It is unclear why the heightened standard of attachment should matter, where the ultimate issue is the question of ownership. What is important is whether there was an unambiguous intention to create a trust in the underlying Indenture. The language of the Indenture shows a clear intent to place the funds in a trust and have the funds applied to the specific purpose of making interest payments to Noteholders. Despite Petrohawk's conclusory claims of ownership, once it deposited the funds with Bank of New York, it relinquished control over the funds and cannot claim ownership of the funds.

16. Messrs Fellas and Egul exhibit to their opinion of 24 May 2012 the documentation that was before the court in the *Petrohawk* case and state that, in their opinion, the court's decision in this case was "fact specific". They then identify the following four factors in the instant case which they say support the argument that the deposit of funds for payment of interest under the FAA does not create a trust.

(1) The provision in section 9(f) of the FAA that the fiscal agent is not required to segregate funds, which arguably suggests that Gabon holds a general account at CBL creating the relationship of debtor/creditor and not a relationship of trust.

(2) The fact that the deposit is not explicitly made irrevocable, a feature that they say distinguishes the instant case from the *Petrohawk* case.

(3) The provision in section 9(h) of the FAA that there are no implied obligations imposed on the fiscal agent, from which it appears that Gabon would continue to be liable under its obligations to Noteholders if the fiscal agent failed to pay interest due on the Notes.

(4) In contrast to the position in *Petrohawk*, the lack of an express provision in the FAA and the Prospectus that Gabon's deposit of funds with the fiscal agent will satisfy its obligations to the Noteholders.

17. Messrs Fellas and Egul then go on to list the following five factors which might be

argued to be suggestive of a trust.

(1) The Prospectus at page 76 (section 10 of the Terms and Conditions of the Notes) provides that any money unclaimed from the fiscal agent within four years shall be repaid to Gabon, which allows for the argument that Gabon has no right to repayment until this contingency occurs.

(2) The Prospectus at page 80 (section 14 of the Terms and Conditions of the Notes) states that: "[t]he Fiscal Agent and the other agents are agents of the Republic and none of them is a trustee or fiduciary for any of the holders of the Notes 'except in the limited circumstances expressly provided for in the Fiscal Agency Agreement'." [Emphasis supplied](3) Section 4 of the FAA provides that Gabon "*shall provide the Fiscal Agent in immediately available funds such amount in US dollars as is necessary to make a payment of any interest on the notes which shall be due and the Republic hereby authorises and directs the Fiscal Agent from funds so provided to it, to make or cause to be made payment of interest on the Notes.*" [Emphasis supplied]

(4) Section 4 of the FAA further states that "Payment of interest on the Notes shall be made in the manner set forth in the Notes. The Fiscal Agent shall not be bound to make payment until it is satisfied that full payment has been received from the Republic", which language allows for the argument that once Gabon has made full payment to the Fiscal Agent, the Fiscal Agent is bound to transfer that payment to the Noteholders and that such payment cannot be used for any other purpose.

(5) The words "except that all funds held by such agent shall be held in trust by such agent and applied as set forth herein in the Notes" in section 9(b) of the FAA.

18. In conclusion, Messrs Fellas and Egul say in this first opinion that the factors against the existence of a trust should lead the court in New York to hold that the presumption under New York law that a deposit for a particular purpose does not create a trust is not displaced on the facts of the instant case.

19. CBL rely on an opinion given by Mr John F Baughman, a partner in the New York firm of Paul Weiss Rifkind Wharton & Garrison LLP, in a letter dated 10 June. In his opinion, Mr Baughman states that a trust is a contractual statement and it is a basic principle of contractual interpretation in New York that where the language of a contract is unambiguous, extrinsic evidence cannot be considered. Where, however, the language is ambiguous, the court will look at the words and conduct of the parties, including in a case involving money held in a bank account, the following factors: (i) the language of any governing documents; (ii) whether the account was segregated; (iii), whether the depositor ever draws on the account; (iv), whether any funds were ever returned to the depositor or if a request of such return was ever made; (v) whether the depositor earned interest on the account; and (vi), any other relevant course of conduct.

20. In Mr Baughman's view, the language of section 9(b) clearly and unambiguously creates a trust over money paid by Gabon to CBL for the making of payments under the FAA. Even if the language of section 9(b) were not found to be dispositive, he is of the opinion that there are two factors weighing in favour of a trust. First, the funds are segregated in the sense that they are placed exclusively with other funds from which US dollar denominated bond payments are to have been made from London.

Second, Gabon does not receive interest on this account which is additional evidence that it does not retain an ownership interest in the funds.

21. Mr Baughman goes on to make a number of comments on Messrs Fellas and Egul's opinion letter of 24 May 2012. He notes that the court in *Petrohawk* did not consider the issue of irrevocability and goes on to say that the context makes it clear in the instant case that revocability is not contemplated by the parties since there is no provision in the FAA providing for a means for Gabon to withdraw money paid into the account of CBL. And CBL is directed, in Section 4 of the FAA, to make or cause to be made payments to Noteholders out of funds provided by Gabon and is not bound to make such payment until it is satisfied that full payment has been received from Gabon.
22. Mr Baughman also observes that the court in *Petrohawk* did not rely on any provision that payment to the bondholders was completed upon the money being deposited by the issuer.
23. Messrs Fellas and Egul produced a lengthy responsive opinion in a letter dated 13 June 2012. In this document they maintain that because the language in Section 9(b) relied on by CBL as creating a trust comes in an exception to the preceding declaration that each of the agents does not assume any obligation or relationship of agency or trust for or with any of the owners or holders of the Notes, Section 9(b) is ambiguous and, accordingly extrinsic evidence developed through disclosure and testimony would be admitted by a New York court in construing the FAA, including the drafting history of the agreement, the parties' course of conduct and industry practice.
24. Indeed, Messrs Fellas and Egul go further, stating that even if there were an unambiguous reference to the creation of a trust in favour of the Noteholders, that would not be dispositive because it has long been settled under New York law that the use of the words "in trust", or their equivalent, is not dispositive and will not necessarily give rise to the creation of a trust. Instead, the nature of the account in which the deposited funds are held depends on the rights and obligations intended by the parties. As illustrative of this point, they cite the case of *Surrey Strathmore Corp v Dollar Sav Bank of New York*, 36 NY2d 173, a decision of the New York Court of Appeals. Here a corporate mortgagor brought action against a bank acting as a mortgagee for an accounting of payments received on the mortgage tax account, together with income earned thereon, and for judgment against the mortgagee for all interest/income earned. The mortgage document contained an agreement that the mortgagor would make payments to the mortgagee for real estate taxes on the mortgaged premises whereupon the mortgagee shall "hold such monthly payments in trust to apply the same against such taxes when due". In denying the mortgagor's request for a trust accounting, the New York Court of Appeals said:

"In the circumstances of the relationship between these parties it does not advance our inquiry into the determination of the rights of the mortgagor or of the obligations of the mortgagee to proceed in reliance on categorical concepts suggested by such labels as 'trust', 'agency', 'escrow', 'debtor-creditor', for it must be evident that the relationship here does not fall essentially under any one of such classical headings or any identifiable combination of them. Reasoning predicated on such concepts would accordingly be untrustworthy. We cannot, for instance, ground any conclusion on the use of the words 'in trust' in this particular mortgage clause. Resolution of the issues must depend rather on what rights and obligations the parties are found to have intended to create as manifested by the words they used in their written agreement, with parol evidence admissible to clarify ambiguities, if any, under recognised canons of construction." (p.176)

"We observe that the written expression of the agreement of the parties contains no explicit provision, one way or the other, with respect to payment of interest or earnings on the tax payments. The payment of interest or earnings was not indispensable to effectuate the objectives of the mortgage agreement and there is no other provision of the written instrument from which it may be inferred that the parties intended that there be payment of interest or earnings. Indeed, from the parties' silence the inference may be drawn that no such payment was intended. Even the canon of construction that a written instrument is to be interpreted against the party responsible for its draftsmanship cannot be employed conclusively to fill hiatuses in the instrument or to supply terms as to which the parties themselves omitted to make any provision. There being no express agreement of the

parties and no predicate for any inference that such an agreement was intended, we conclude that this mortgagor is not entitled to the relief it now seeks." (p.179)

25. Citing *In re Ames Department Store*, 274 BR 600, a decision of the US Bankruptcy Court (S.D.N.Y.), Messrs Fellas and Egul also repeat the point made in their first opinion that, whether funds are required to be segregated is a material *indicium* of the parties' intent to create a trust. Here, a store entered into an agreement with one of its vendors whereby the vendor would sell its goods at the store, the store would collect the sales proceeds and, according to the parties' contract, hold such proceeds in trust for the vendor until such time they are paid over to the vendor. The agreement did not require the store to segregate the vendor's proceeds and, in fact, the store collected the proceeds through its own cash registers and maintained the funds in its general accounts along with the proceeds of sales from other vendors and used the funds to settle its own accounts. The store filed for bankruptcy and the vendor sought to recover payment due for sold goods, asserting that its sales proceeds were to be kept in trust and thus were not part of the bankrupt estate. The court found that notwithstanding the contractual language which stated that the proceeds should be kept "in trust", the claim of trust was defeated. Amongst the observations made by the court when giving judgment were the following:

"Plaintiff acknowledges that the relationship between contracting parties must be determined by its real character rather than by the form the parties have given it where the public interests or the rights of third parties are involved." (p.615) (Amongst the cases cited is *Pan American Airways v Shulman Transport*).

Taken together, the authorities relied on by the court in *Shulman* suggest that principles of fairness and equity can override the express terms of an agreement in a bankruptcy case where there are indicia of a contrary understanding". (Pp. 615-616)

It is firmly established that if a recipient of funds is not prohibited from using the funds as his own and the recipient is not prohibited from commingling the funds with his own monies, a debtor-creditor relationship, not a trust relationship, exists. (p.623)

In New York, if there is no distinct trust fund but merely a general obligation to ultimately pay a sum of money, then there is no trust, but only a debt." (p.624)

Here, Ames has commingled the Net Sales Proceeds with all other proceeds from its stores since 1987. It is undisputed that the Agreement contained no provision that required that Ames place the Net Sales Proceeds in a segregated bank account ... the court finds that the parties never manifested an intent to create a true trust mechanism and therefore Ames was not a fiduciary to LFD. (p.624)

26. Messrs Fellas and Egul also cite another bankruptcy case to similar effect, *In re Black & Geddes*, 35 BR 830.
27. It is common ground that whether the funds paid to CBL for payment out to the Noteholders are held on trust by CBL for the benefit of the Noteholders depends on the intention of the parties to the FAA, Gabon and CBL, which in turn requires a consideration of the rights and obligations intended by the parties. In my opinion, the wording of Section 9(b) of the FAA, construed in the light of the FAA as a whole, is unambiguous. I reject the submission that an ambiguity arises in light of (i) the fact the words relied on by CBL appear as an exception to the previously stated declaration that each of the agents, in acting under the FAA, is acting solely as agent of Gabon and does not assume any obligation or relationship of agency or trust for or with any of the owners or noteholders; and/or (ii) Section 9(f) which relieves CBL of any obligation to segregate the funds, except as may be required by law; and/or, (iii) the certification process provided for in section 9(g) of the FAA. On the contrary, I am of the view that it is open to the court on the material before it to conclude, as I do, that under Section 9(b) it is plain that CBL agrees with Gabon that all funds held by it for the payment of principal and any interest on the notes shall be held in trust and applied as set forth in the FAA and in the notes.
28. It follows, in my opinion, that this is not a case where under the law of New York extrinsic evidence would be admissible on the issue of how section 9(b) is to be construed. As I read the opinions of the New York law experts, the absence of an obligation to hold funds in a segregated account is an *indicium* of intention but it is not a necessary precondition to the finding that a trust is constituted pursuant to the agreement of the parties, for otherwise the court in *Petrohawk* would have paid some

attention as to whether the funds were to be kept segregated, which it did not. The evidence before the court shows that the funds are held separately from CBL's funds in an omnibus ledger account containing monies received for the purpose of making payments due on dollar denominated notes and bonds. This is not full segregation but it is machinery quite different from the situation that obtained in *Ames* which, like *Black & Geddes*, was a bankruptcy case where the court took a particular approach conditioned by the fact that the rights of third party creditors were vitally involved.

29. Accordingly, for the reasons I've given, I find that there is no good arguable case that Gabon has a proprietary interest in funds transferred to CBL for payment to noteholders under the FAA, and it follows that CBL's application for an amendment to the freezing order succeeds.

BAILII: [Copyright Policy](#) | [Disclaimers](#) | [Privacy Policy](#) | [Feedback](#) | [Donate to BAILII](#)

URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2012/1687.html>



[\[Home\]](#) [\[Databases\]](#) [\[World Law\]](#) [\[Multidatabase Search\]](#) [\[Help\]](#) [\[Feedback\]](#)

England and Wales High Court (Commercial Court) Decisions

You are here: [BAILII](#) >> [Databases](#) >> [England and Wales High Court \(Commercial Court\) Decisions](#) >> KUFPEC Singapore Holding Ltd v Sanderson Capital Resources Ltd & Anor [2017] EWHC 2816 (Comm) (09 November 2017)
URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2017/2816.html>
Cite as: [2017] EWHC 2816 (Comm)

[\[New search\]](#) [\[Printable RTF version\]](#) [\[Help\]](#)

Neutral Citation Number: [2017] EWHC 2816 (Comm)

Case No: CL-2017-000574

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE
BUSINESS AND PROPERTY COURTS
OF ENGLAND AND WALES
QUEEN'S BENCH DIVISION
COMMERCIAL COURT

Royal Courts of Justice
Strand, London, WC2A 2LL
09/11/2017

Before:

SIR ROSS CRANSTON

Between:

KUFPEC SINGAPORE HOLDING LTD

Claimant

and –

(1) SANDERSON CAPITAL RESOURCES LIMITED
(2) CITIBANK, N.A., LONDON BRANCH

1st Defendant

2nd Defendant

Jern-Fei Ng (instructed by Norton Rose Fulbright LLP) for the Claimant
Andrew Fletcher QC (instructed by Jones Day) for the 1st Defendant
The 2nd Defendant was not represented and did not attend
Hearing dates: 3rd November 2017

HTML VERSION OF JUDGMENT

Crown Copyright ©

Sir Ross Cranston :**Introduction**

1. This is an application by the claimant, KUFPEC Singapore Holding Ltd, a Cayman Islands company, for an interim injunction pursuant to CPR, r.25.1(1)(a) and/or r.25.1.1(c)(i). If granted, the interim injunction would prevent the release to the first defendant, Sanderson Capital Resources Limited, a BVI company, of sums in an escrow account held by the second defendant, Citibank, N.A., London Branch ("Citibank"), unless the credit balance exceeds US\$12 million and/or for those sums to be preserved on an interim basis until judgment or further order.

Background*The SPAs*

2. The escrow account was created as a result of an escrow agreement between the claimant, the first defendant and Citibank as parties. It was to facilitate payments under two share sale and purchase agreements dated 17 January 2013.
3. The first sale purchase agreement ("SPA1") was between the claimant as purchaser and First Pacific (Asia) Pte Ltd ("First Pacific"), a Samoan company, as seller. The shares were in a company Risco Energy Pte Ltd. The definition of "Relevant Claim" is a claim

"by the [claimant] under or in connection with this Agreement, in respect of any of the Warranties (including, subject to Clauses 5.4.4 and 5.4.5, any Tax Claims) or indemnities or any other agreement entered into pursuant to this Agreement but not any claim or liability arising due to the Post Closing Adjustment."

Clause 5.9 reads:

"No breach of this Agreement or any circumstances which may give rise to a Relevant Claim, which in either case is capable of remedy, shall entitle the [claimant] to damages or payment of any other amounts unless [First Pacific] is given thirty (30) Business Days in which to remedy such breach or circumstances."

4. The second agreement ("SPA2") was between the claimant as purchaser and the first defendant as seller. The shares were in a company Summerhill Capital Resources Ltd. The first defendant is an affiliate of First Pacific. The definition of "Relevant Claim" in SPA2 is a claim

"under or in connection with this Agreement, including in respect of any of the Warranties (including, subject to Clauses 5.4.4 and 5.4.5, any Tax Claims) or indemnities or any other agreement entered into pursuant to this Agreement but not any claim or liability arising due to the Post Closing Adjustment (as defined in [SPA1])".

5. The transfer of shares provided for under both SPAs involved indirect transfers of participating interests in Indonesian oil and gas, which give rise to liability for Indonesian transfer tax, Indonesian branch profit tax and penalties if the taxes are overdue.
6. Disputes arising out of both SPAs were subject to arbitration in Singapore under the ICC Rules of Arbitration.
7. There was a side letter of the same date as the SPAs, 17 January 2013, in which First Pacific and the first defendant agreed that they had joint and several liability in relation to any Relevant Claim under either SPA.

The escrow agreement

8. The following month after the SPAs were agreed, on 19 February 2013, the first defendant, the claimant, and Citibank entered into the escrow agreement. (First Pacific is not a party to the escrow

agreement.) Under it US\$46 million was deposited in the escrow account as the retention amount. The recitals record entry of the two SPAs (recitals A&B); that First Pacific had authorised payment of the sums owed to it into the escrow account for the first defendant, for release in accordance with the terms of the escrow agreement (recital C); that in order to facilitate payment mechanics under both SPAs, the first defendant and claimant had requested the escrow agent to open and operate an escrow agreement in accordance with its terms (recital D); and that under SPA2, the first defendant and claimant had agreed certain arrangements relating to the release of the retention sum from the escrow account, which arrangements were set out in Schedule 4 of the escrow agreement "for the Escrow Agent's reference only" (recital E).

9. The definitions in clause 1 include "Underlying Agreements", meaning SPA1 and SPA2. There is no definition of "Relevant Claim".
10. Clause 2 provides that the first defendant and the claimant designate and appoint Citibank to act as their escrow agent, and that Citibank accepts that designation and appointment "in accordance with and limited to the terms and conditions of this Agreement". Under clause 3.5, the first defendant and the claimant undertake that any instructions - defined as any payment instruction or other instruction which Citibank is entitled to rely on for the purposes of the agreement – will be given "only in accordance with the terms of this Agreement..."
11. Clause 5 of the agreement governs the obligations of Citibank as to the operation of the account and the release of this amount to the seller. Clause 5.1 (a) obliges Citibank to make payments under payment instructions when both parties agree. Clause 5.1 (b) obliges Citibank to make payment pursuant to

"an order, judgement, award, decision or decree determining the entitlement of the [claimant], the [first defendant], or any other person to the Escrow Amount or any portion thereof".

Clause 5.1(b) goes on to provide that in Citibank's sole discretion, the order etc. is to be accompanied by a legal opinion satisfactory to it confirming the effect of the order etc., and that it represents "a final adjudication of the rights of the parties by a court or tribunal of competent jurisdiction" and that there has been no appeal. Clause 5.1(c) is "subject to paragraphs (a) and (b)", and provides for the automatic release of the sums in the escrow account according to the table set out in the paragraph. Clause 5.1(c) (ii) contains a proviso, that automatic payments are suspended where the claimant

"serves a 'stop notice' (a Stop Notice) substantially in the form set out in Schedule 1 Part B (Form of Stop Notice) that a "Relevant Claim" has been brought under the Underlying Agreements...until [Citibank] receives a Payment Instruction requesting [it] to continue with such automatic payments."

12. Clause 6 states that the agreement sets forth all Citibank's duties, and Citibank shall not be bound by and be deemed not to have notice of the provisions of the SPAs or any other agreement the first defendant and claimant enter into, and no duties or obligations are to be implied. Clause 11.4 is an entire agreement clause, under which the first defendant and claimant acknowledge the existence of the SPAs and agree that as between them, but not Citibank, they continue to apply.
13. The escrow agreement is governed by English law and disputes arising out of it are subject to the exclusive jurisdiction of the English courts.
14. Schedule 1 sets out the form of payment instruction and form of stop notice. The form of stop notice states:

"You are instructed to [cease/reduce] automatic payments of portions of the Retention Amount pursuant to clause [5.1(c)(ii)] of the Escrow Agreement as a "Relevant Claim" has been brought under the Underlying Agreement ..."
15. Schedule 4, which reproduces Schedule 7 to SPA2, is headed "Arrangements relating to the retention sum". Its opening words are that the provisions are for information purposes only, and that capitalised

terms not otherwise defined in it have the meaning given to them in SPA2. Paragraph 5 reads:

"If before the end of a Suspension Period, the [claimant] notifies [the first defendant] of any further claim(s) under the provisions of this Agreement and/or [SPA 1], the Suspension Period will continue until such further claim(s) is either Settled or Resolved provided that there remains an Insufficiency."

16. On 25 February 2015, the claimant sent a stop notice to Citibank under clause 5.1(c)(ii) of the escrow agreement instructing it to cease automatic payments

"as a Relevant Claim has been brought under the Underlying Agreement"

in respect of Indonesian taxes, penalties and interest arising out of the SPAs.

The arbitration award

17. Meanwhile, in early August 2015, First Pacific had initiated arbitration proceedings against the claimant under SPA1. Essentially the issue was whether certain indemnity provisions in SPA1 had been engaged in respect of certain Indonesian taxes and whether First Pacific had an obligation to file tax returns with the Indonesian tax authorities. The arbitration was bifurcated with the first phase relating to liability, the second to damages.
18. There was a hearing. In December 2016 the parties were informed that the Tribunal had extended the time limit for rendering the award until 3 March 2016 and had submitted its draft award to the ICC for approval.
19. On 9 March this year, the Tribunal published a partial award on Phase 1. The Tribunal found that First Pacific had no liability to indemnify the claimant under SPA1 (para. 432(a)-(b)). The claimant was ordered at paragraph 432(c) of the Award to

"withdraw its Stop Notice dated 24th February 2015 and procure that its Authorised Representative ... signs a Payment Instruction ... directing [Citibank] to release the entire balance of the Escrow Account to [the first defendant]".

20. The Tribunal also found that First Pacific had breached paragraph 2(a)(i)(y) of Schedule 13 to SPA1 in failing to report to the Indonesian tax authorities on the value of the participating interests being transferred to the claimant (paras. 376/432(d)). (The Tribunal accepted the claimant's submission that its damages claim in this regard was not a Relevant Claim under the agreement (para. 367)). However, the Tribunal found that the claimant had failed to give First Pacific notice under clause 5.9 of SPA1 of 30 business days to remedy that breach. "The consequence, if any, of failing thus to act as required by clause 5.9 will be addressed in the Second Phase" (paras. 391/432(d)).
21. There was no application to set aside the partial award.

The December 2016 stop notice, Citibank and the Tribunal's rulings

22. On 28 December 2016, the claimant had sent Citibank a further stop notice. This was said to be provided "pursuant to clause 5.1(b) and/or clause 5.1 (c)(ii) of the Escrow Agreement". It instructed the bank to cease automatic payments under clause 5.1(b)

"as further claims have been brought by [the claimant] against [First Pacific] under SPA1 in addition to the 'Relevant Claim' made by [the claimant] against First Pacific under SPA1 as described in the stop notice dated 24 February 2015."

The stop notice described the further claims against First Pacific as a claim for damages arising from First Pacific's breach of its obligations under paragraph 2(a)(i)(y) of Schedule 13 to SPA1 ("the claimant's damages claims") and a claim under a tax indemnity given in Clause 9 of SPA 1 in respect of certain penalty interest ("the tax indemnity claim"). There was no claim against the first defendant.

23. On 13 April 2017 Citibank informed the parties that it proposed to take legal advice in respect of the conflicting instructions it had received. Both the claimant and first defendant made submissions through their legal advisers to Citibank. On 11 September 2017 counsel appointed by the bank, Mr Lenon QC, gave his opinion that the Tribunal had made a final adjudication on the matter.
24. On 10 July 2017 the Tribunal ruled on the claimant's application for an interpretation of the March award as regards its finding on clause 5.9 of SPA1. The claimant had submitted that it had sent a letter dated 8 July 2015, which was an express written request that the claimant remedy breach of paragraph 2(a)(i)(y) of Schedule 13 of SPA1. The Tribunal concluded that to interpret the award in such a way as to rely on the letter to prove that the claimant had complied with clause 5.9 would be equivalent to requesting the Tribunal to reconsider a finding because of a new argument. That was impermissible. The Tribunal noted that it "has not issued its final award" and there would be a second phase in which additional issues could be addressed, provided that they complied with the rules of the arbitration.
25. On 14 July 2017 the Tribunal issued Procedural Note No 10 regarding applications by First Pacific to amend the terms of reference of the arbitration to include whether the Tribunal's ruling on clause 5.9 of SPA1 precluded the claimant's damages claim, whether the claimant should be ordered forthwith to withdraw the December stop notice, and whether the claimant should be ordered to sign a payment instruction directing Citibank to release the entire balance in the escrow account to the first defendant. The Tribunal ruled that these matters should be dealt with within the second phase of the arbitration. They raised complex legal and jurisdictional issues involving both new facts not brought to light until after the partial award and issues falling within the second phase.
26. On 13 September 2017 Citibank said that it would release the balance of the escrow account to the defendant on 19 September 2017. The parties sensibly agreed to amend that until 6 November 2017, given the date of the present hearing.
27. The parties have compromised the tax indemnity claim contained in the December 2016 stop notice.
28. Phase 2 of the arbitration, the claimant's damages claim, is to be heard in March next year.

The claimant's case

29. The claimant advanced its case for the interim order to preserve the status quo pending trial. In the underlying proceedings in this case the claimant seeks a declaration that under clause 5 of the escrow agreement Citibank must not pay the sums in the escrow account to the first defendant until its damages claim, which forms the subject of the December 2016 stop notice, is settled or resolved. Without an interim order, the claimant contended, the underlying action will effectively be over. The approximately US\$12m in the account is effectively security for the second, the damages phase, of the arbitration. First Pacific would benefit from its own wrongdoing in failing to report to the Indonesian tax authorities, and would effectively be allowed to walk away without paying, even if the Tribunal were to assess damages against it.
30. The claimant submitted that in line with *American Cyanamid v Ethicon Ltd* [1975] AC 396 there is a serious issue to be tried and the balance of convenience was in its favour. Damages would not be an adequate remedy since the first defendant is a BVI company and is unlikely to have any significant assets against which any claims for damages would bite. Phase 2 of the arbitration would become academic since First Pacific is a US\$2 Samoan company that is unlikely to have any significant assets. By contrast, the first defendant would be adequately compensated by the interest accruing in the escrow account, and the claimant was prepared to give an undertaking to pay damages to the Defendants if its claims are dismissed and the injunction is found to have caused loss to the defendants. The balance of convenience was firmly in favour of the claimant's application.
31. As to the serious issue to be tried, the claimant contended first, that there was a serious issue to be tried as to whether its damages claim is a "Relevant Claim" under the escrow agreement. The Tribunal's decision to the contrary was under SPA1, but under SPA2 "Relevant Claim" is defined more widely given the clauses in SPA2. The claimant's damages claim is therefore caught.

32. Alternatively, the claimant submitted, the reference to "Relevant Claim" in clause 5.1(c)(ii), when construed against the relevant factual matrix and commercial context, is to be given a broader interpretation than its definition in SPA1 to encompass other claims under that agreement. The meaning is informed by, and takes its context from, Schedule 4 to the escrow agreement, which uses language which is couched in broader terms, referring in paragraph 5 as it does to "any further claim" under the SPAs. "Further claim" is of sufficiently broad import to cover "any" claims under SPA1, including the damages claim. There would have been no need specifically to exclude a claim or liability arising due to the Post Closing Adjustment, as defined in SPA1, if all SPA1 claims were excluded. The Relevant Claim issue forms part of the serious questions to be tried.
33. As a secondary argument, the claimant's case was that clause 5.1(b) is subject to clause 5.1(c)(ii), notwithstanding the opening words of clause 5.1(c). In its submission, the phrase "subject to" is similar in purpose and meaning to "provided that" appearing before paragraphs (i) to (iii) of that clause. In other words they establish exceptions to the automatic scheduled payments in the table in clause 5.1(c). Clauses 5.1(b) and 5.1(c), construed holistically, establish an order of precedence, by reference to which payments out of the escrow account are made. Thus until there is a final adjudication on its damages claim the automatic payments continue to be suspended. On the claimant's case its approach derives force from paragraph 5 of Schedule 4 to the escrow agreement, which as a result of clause 1.2(g) is part of the agreement. The deeming provision in clause 6.1(b) cannot apply to it since Citibank actually has notice of it. The schedule thus forms part of the relevant factual matrix available to the parties against which, under *Arnold v Britton* [2015] AC 1619, [2015] UKSC 36, clause 5.1 is to be construed.
34. Thirdly, the claimant submitted, there has not yet been a final adjudication within the meaning of clause 5.1(b) of the escrow agreement of the rights of the parties submitted for arbitration. When considered holistically, a final adjudication is required by the first part of the clause, since that is what any legal opinion obtained under its second part must attest to. As indicated by the Tribunal's interpretation decision of 10 July 2017 and its Procedural Order No 10 there are still substantive issues for the Tribunal to decide.

Discussion

35. In my view it is clear that a precondition to a stop notice under the escrow agreement is a Relevant Claim. That is what Clause 5.1(c)(ii) of the escrow agreement provides - that a "Relevant Claim" has been brought "under the Underlying Agreements". That is also the wording in the contractual stop notice in Schedule 1 to the agreement; Citibank is instructed to cease or reduce automatic payments "as a 'Relevant Claim' has been brought under the Underlying Agreement ..." There is no way that so unambiguous a precondition, a Relevant Claim, can be interpreted to mean any further claims under the agreements such as the claimant's damages claim. No reasonable reader of the escrow agreement at the time it was executed would understand Relevant Claim to mean any claim under SPA1 and that claims other than Relevant Claims as defined in the Underlying Agreement can form the basis of a Stop Notice under the escrow agreement.
36. Reference to the factual matrix, or invoking a notion of a holistic reading of the escrow agreement, cannot confer transformative power on Schedule 4 over such very clear words. As Lord Neuberger said in *Arnold v Britton* [2015] AC 1619, [2015] UKSC 36, "the meaning is most obviously to be gleaned from the language of the provision", and "the clearer the natural meaning the more difficult it is to justify departing from" [17]-[18]. Not unexpectedly with agreements for banks performing the limited role of escrow agent, time and again this escrow agreement makes clear that Citibank's obligations are limited to the terms and conditions of the agreement (recitals C-E, clauses 2. 3.5, 6, 11.4), not to any agreement to which it was not a party such as Schedule 4, which as Schedule 7 to SPA2 was an agreement before its involvement. Although Schedule 4 is part of the agreement, recital E makes clear that it is for the bank's reference only, and that is also the clear message of Schedule 4's opening words. In short I simply cannot see any basis for the wider words of Schedule 4 having any role in interpreting the clear phrase, "Relevant Claim", in clause 5.1(c)(ii).
37. "Relevant Claim" is not defined in the escrow agreement, but since its context in clause 5.1(c)(ii) is a Relevant Claim "under the Underlying Agreements", that directs reference to the term as used in the

relevant underlying agreement, in this case SPA1. That gains support from the form of contractual stop notice in Schedule 1, "as a relevant claim has been brought under the Underlying Agreement..." Quite simply the claimant's damages claim is "under or in connection with" this SPA1, not SPA2. The latter, with its definition of Relevant Claim, has no relevance. The 2016 stop notice is founded on a claim under SPA1 alone and its definition of Relevant Claim is what counts. The argument based on the exclusion of liability arising from Post Closing Adjustment does not help when this, under the agreements, is tax related.

38. In my respectful view, the Tribunal was correct in accepting the claimant's submission, at the time, that its damages claim was not a Relevant Claim under SPA1. Indeed, the claimant's own December 2016 stop notice did not assert that a Relevant Claim had been issued under the underlying agreement - by contrast with its February 2015 stop notice - and simply referred to further claims. (One of these claims was a Relevant Claim, the tax indemnity claim, but that has been compromised.) In sum, I fail to see how the damages claim can be a Relevant Claim within the definition of that term in SPA1. There is no serious issue to be tried.
39. So, too, with the claimant's secondary argument, which to my mind goes nowhere. Clause 5.1(b) obliges Citibank to make payment pursuant to an order, judgement, award, decision or decree determining the entitlement of the parties to sums in the account. Here there is the Tribunal's order. Citibank's obligation to make payments automatically set out in the table in Clause 5.1(c) is subject to any such order in clause 5.1(b). In no way can clause 5.1(b) be regarded as an exception to the automatic payments provided for in Clause 5.1(c). Rather, it is clear from its introductory words that Clause 5.1(c) is subject to the previous sub-clauses of Clause 5.1. In other words, the automatic payments schedule is overridden by an agreed payment order (Clause 5 (a)) and by any order, judgement, award, decision or decree as to the entitlement of the parties, or others, to the amount (Clause 5 (b)). In no way can it be said that Clause 5 (b) is a proviso to Clause 5 (c). There is no serious issue to be tried.
40. In my view the Tribunal's has made a final adjudication. There is no serious issue to be tried in this regard as well. The fact is that in the award in March this year the Tribunal ordered that the claimant withdraw its February 2015 stop notice and authorised Citibank to release the balance in the escrow account to the first defendant. In accordance with the procedure laid down in clause 5.1(b) of the escrow agreement, there is counsel's opinion, following his consideration of submissions by the parties, that there is a final adjudication. Admittedly there is the claimant's December 2016 Stop Notice, based on claims which originated well before that date, and the Tribunal's Procedural Order No 10. But the award still stands and I cannot see how the December 2016 stop notice, and the claimant's damages claim, can deprive it of its final, determinative character.
41. As a footnote to the judgment I record that the first defendant submitted that it was an abuse of process for the claimant to advance its damages claim as a basis for interim relief when it did not refer the December stop notice to the Tribunal, even though at that time it was in a position to do so under the ICC rules. There is no need for me to consider the argument given my earlier conclusions. There were also submissions before me as to whether the Tribunal's findings as to Clause 5.9 could defeat the claimant's damages claim in Phase 2 of the arbitration. In its reply the claimant disclosed the arguments in its Memorial for Phase 2 which, it contends, will achieve this goal. None of this is for me; these issues are for the Tribunal. Nor do I need to consider the submissions on how any amount retained in the escrow account is to be calculated, given different US dollar/Indonesian Rupiah exchange rates, in light of my decision that no interim injunction is to be granted.
42. This application for an interim injunction is dismissed.

Záznam o ověření elektronického podání doručeného na elektronickou podatelnu: Vrchní soud v Olomouci

dle vyhlášky 259/2012 Sb.

Pořadové číslo zprávy: 5170 / 2020 Ev. číslo: 6e2b91bd-db71-432f-9940-6ae40bb3ad82
Druh podání: Datová zpráva z ISDS ID zprávy: 817425113
Věc: Citibank_Vyjádření žalované č. 1

Odesílatel:

ID schránky: t26cvch Typ datové schránky: PFO
Osoba: Robert Klenka - Klenka Robert, Mgr., advokát Adresa: Klimentská 1207/10, 11000 Praha 1, CZ

Dodáno do DS dne: 01.09.2020 14:50:39 **Odesláno do DS dne:** 01.09.2020 14:50:39

Č.j. příjemce: 13 VSOL 133/2020, 32 ICm 3260/2016 Č.j. odesílatele:

Sp.zn. příjemce: 13 VSOL 133/2020, 32 ICm 3260/2016 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 3

Sériové číslo certifikátu: 5070fd Platnost: 30.10.2019 - 18.11.2020

Antivirový test: Proběhl v systému ISDS Obsah podání: OK

Elektronický podpis: Platný Časové razítko: Platné (připojeno 01.09.2020 14:50:39)

Certifikát: Ověřeno na základě CRL z 01.09.2020 13:57:52

Datum a čas autom. ověření: 01.09.2020 14:59:24

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		Citibank Statement to IA's supplementary filing and OKD's objection of lack of capacity (CZ) 200901 .pdf										
Podpis je platný		CRL z 01.09.2020 14:05:27	Mgr. Robert Klenka / b0ff78 / 04.11.2019 - 03.11.2020	I.CA Qualified 2 CA/RSA 02/2016	A	A	N	*	-	A	-	-
2		Příloha č.1 - Aveng (Africa) Ltd v Gabonese Republic & Anor [2012] EWHC 1687 (Comm) (18 June 2012).pdf										
Podpis není připojen (žádný podpis).					A	N	N					
3		Příloha č.2 - KUFPEC Singapore Holding Ltd v Sanderson Capital Resources Ltd & Anor [2017] EWHC 2816 (Comm) (09 November 2017).pdf										
Podpis není připojen (žádný podpis).					A	N	N					

Čas ověření příloh: 01.09.2020 14:59:24 Ověření příloh: ověřováno automaticky

Vysvětlení stavů při ověření příloh (vztaženo 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.