

KRAJSKÉ STÁTNÍ ZASTUPITELSTVÍ V OSTRAVĚ

729 01 Ostrava 1, Na Hradbách 21

KZC 3078/2016

V Ostravě dne 13. 11. 2017

Krajský soud
Havlíčkovo nábř. 34
728 81 Ostrava

ke sp. zn. 32 ICm 3260/2016

Krajské státní zastupitelství v Ostravě (dále jen „KSZ“) se v insolvenční věci **žalobkyně – Citibank N.A., London Branch**, se sídlem Citigroup Centre, Canada Square, Canary Wharf, Londýn, E14 5 LB, Spojené království, registrační číslo: BR001018, zastoupené JUDr. Petrem Přecechtělem, advokátem se sídlem Klimentská 1207, 110 00 Praha – Nové Město, proti žalovaným : **č. 1 OKD, a.s.**, se sídlem Stonavská 2179, 735 06 Karviná – Doly, IČ: 26863154, zastoupenému Mgr. Petrem Kuhnem, advokátem se sídlem 28. října 767/12, 110 00 Praha, Nové Město, **č. 2 Ing. Lee Louda**, se sídlem Vodičkova 41, 110 00 Praha 1, insolvenční správce dlužník : OKD, a.s., se sídlem Stonavská 2179, 735 06 Karviná – Doly, IČ: 26863154, zastoupenému JUDr. Dušanem Dvořákem, advokátem se sídlem Hlinky 505/118, 603 00 Brno, za účasti **Krajského státního zastupitelství v Ostravě, o určení pravosti pohledávky a odpůřčí žalobě,**

v y j a d ř u j e

takto:

I.

1. Žalobce spol. Citibank N.A., London Branch (dále jen „spol. Citibank“) přihlásila do insolvenčního řízení vedeného ve věci dlužníka spol. OKD, a.s. (dále jen „dlužník“) u Krajského soudu v Ostravě pod sp. zn. KSOS 25 INS 10525/2016 dvě pohledávky.
2. Jde jednak o pohledávku ve výši **9.530.033.808,71 Kč** vzniklou vydáním dluhopisů spol. New World Resources N.V., založené podle nizozemského práva, se sídlem 115 Park Street, Londýn, W1K 7 AP, Spojené království (dále jen „NWR N.V.“), ISIN : XS 1107303148 a ISIN : XS 1107303650 (dále jen „Dluhopisy“) a ručením dlužníka za splacení těchto dluhopisů, vše dle smluvní dokumentace „Indenture E300.000.000 Senior Secured PIK Toggle Notes due 2020“ (dále jen „SSN“) uzavřené dne 7.10.2014, která byla přihlášena jako pohledávka nezajištěná, nepodmíněná a nevykonatelná, číslo přihlášky P-33 a pohledávku ve výši **621.273.214,79 Kč** vzniklou

čerpáním úvěru ze strany spol. NWR Holdings B.V., založenou podle nizozemského práva, se sídlem Jachthavenweg 109 H, 1081 KM, Amsterdam, Nizozemsko (dále jen „NWR B.V.“) pro účely financování provozu dlužníka a ručením dlužníka za veškeré dluhy vzniklé v souvislosti s úvěrem, vše dle smluvní dokumentace „Super Senior Term Facility Agreement E35.000.000“ (dále jen „SSCF“) uzavřené dne 9.9.2014 a Intercreditor Agreement (dále jen „ICA“) uzavřené dne 7.10.2014, která byla přihlášena jako nezajištěná, nepodmíněná a nevykonatelná, číslo přihlášky P-100.

3. Na přezkumném jednání dne 10.8.2016 insolvenční správce dlužníka a dlužník výše uvedené pohledávky věřitele popřeli co do pravosti i výše, přičemž důvody popření uvedli v přezkumných listech jednotlivých pohledávek.
4. Vzhledem ke skutečnosti, že dne 12.8.2016 nadepsaný soud usnesením č.j. KSOS 25 INS 10525/2016-B-181 povolil reorganizaci dlužníka, podala spol. Citibank žalobu dle § 198 IZ proti dlužníku a insolvenčnímu správci.
5. Prohlášením ze dne pod sp. zn. KZC 3078/2016 vstoupilo do řízení KSZ.
6. Dne 28.2.2017 byla ke Krajskému soudu v Ostravě podána odpůřčí žaloba insolvenčního správce, řízení bylo vedeno pod sp. zn. 32 ICm 1277/2017, kdy usnesením ze dne 8.3.2017 č.j. 32 ICm 3260/2016-78 došlo ke spojení řízení o určení pravosti pohledávky a řízení o odpůřčí žalobě, které je nadále vedeno pod sp. zn. 32 ICm 3260/2016.

Důkaz :

Usnesení Krajského soudu v Ostravě č.j. KSOS 25 INS 10525/2016-B-181

II.

Existence primárního dluhu a ručení

1. originály listin

7. První námitka insolvenčního správce, která brání uznání pohledávky spol. Citibank, kterou správce uvedl již u přezkumného jednání dne 12.8.2017 a kterou zopakoval ve svém písemném vyjádření ze dne 24.2.2017 je námitka neexistence primárního dluhu, když spol. Citibank neprokázala, že došlo k poskytnutí jakéhokoliv plnění dle SSN, SSCF a ICA ze strany věřitelů (bod 7a vyjádření ze dne 24.2.2017).
8. Insolvenční správce ve svém vyjádření č. 1 (bod 7c) rovněž ve vztahu k SSN namítá, že předložená kopie smlouvy se neshoduje s originálem, když předložená smlouva byla dodatečně měněna a neshoduje se s originálem ve vztahu k uvedení právního postavení pana Boudewijna Wentika jakožto osoby, která za dlužníka na základě plné moci smlouvu podepsala. Totožnou námitku uplatnil dlužník v rámci popření pohledávky P-33 u přezkumného jednání dne 10.8.2016 a opětovně na ni poukazuje ve svém vyjádření ze dne 7.3.2017 (bod 14). V případě popření nevykonatelné pohledávky je ten, kdo se domáhá priznání práva žalobou zatížen břemenem tvrzení a

důkazním břemenem ohledně prokázání existence pohledávky v daném případě tedy spol. Citibank.

9. Dříve než KSZ přistoupí k hodnocení jednotlivých skutečností vyplývajících ze SSN, SSCF a ICA v podobě předložené spol. Citibank, považuje za nezbytné soudu navrhnout, aby v daném případě byly prováděny důkazy originály těchto listin. Byť tuto podmínku o.s.ř. výslovně nestanoví, jeví se tato podmínka jako podstatná v případě, kdy je stran účastníků řízení zpochybňována pravost listin předložených k důkazu, přičemž tato námitka může mít racionální základ. Z fotokopie SSN předložené žalobcem je pak patrné, že ve vztahu k popisu zmocnění Boudewijna Wentika jakožto osoby, která měla jednat jako zmocněnec dlužníka, skutečně docházelo k dodatečným úpravám. Bez ohledu na skutečný význam těchto úprav pro právní hodnocení smlouvy tak v daném případě vznikají určité pochybnosti ohledně správnosti údajů vyplývajících z listin, které jsou pouze kopiemi a tyto je možné odstranit pouze provedením důkazu originálem listin, které by měly být předloženy spol. Citibank.

2. SSN

10. Spol. Citibank ve své žalobě (bod 61) a vyjádření ze dne 5.4.2017 (bod 17) tvrdí, že základním důkazem o existenci pohledávky vyplývající ze SSN je samotná existence dluhopisů, které byly dle SSN emitovány spol. NWR NV, přičemž v důsledku zahájení insolvenčního řízení ve věci dlužníka došlo k případu porušení smlouvy definovanému v čl. 7.01 písm. (a), bod (ix), SSN a k automatickému zesplatnění celé jistiny dluhopisů, která činila ke dni zesplatnění 352.272.413 EUR (k původní výši byl kapitalizován úrok na základě článku II odst. 2.14. SSN) a v souladu s čl. 7.02 SSN ke zesplatnění ve výši 234.848,28 EUR.
11. Jak lze dovodit ze SSN, emitovala spol. NWR N.V. v roce 2014 PIK dluhopisy na částku 300 000 000 EUR splatných v roce 2020.
12. Jak vyplývá ze samotné SSN (str. 6) předložené spol. Citibank k důkazu, tato byla uzavřena dne 7.10.2014 mezi spol. NWR N.V. (jako emitentem), spol. OKD, a.s., spol. NWR Karbonia S.A. a NWR B.V. jakožto ručícími dceřinými společnostmi, spol. Deutsche Trustee Company Limited jako svěřeneckým správcem, spol. Deutsche Bank AG, London Branch jako hlavním převodním agentem a hlavním platebním agentem, spol. Deutsche Bank Luxembourg S.A. jako kotečním agentem a Registrátorem a spol. Citibank N.A. London Branch, jako agentem pro zajištění.
13. Dle čl. 2.01. b) SSN byl spol. NWR N.V. emitován jeden nebo více globálních dluhopisů podle nařízení S a dle čl. 2.01.c) SSN jeden nebo více globálních dluhopisů podle nařízení 144A.
14. V souladu s čl. 2.08 SSN byly globální dluhopisy, emitované k datu emise podle nařízení S přijaty ke clearingui přes clearingové systémy pod běžným kódem 110730314 s přiděleným ISIN : XS1107303148. Globální dluhopisy emitované k datu emise podle pravidla 144A byly přijaty ke clearingui pod běžným kódem 110730365 s přiděleným ISIN : XS1107303650.

15. Spol. Citibank ve svém vyjádření ze dne 11.10.2017 upřesnila údaje k uvedené emisi dluhopisů, když uvedla, že v rámci emise 2014 z celkového objemu 300.000.000 EUR byly uvedené dluhopisy vydány jednak ve formě globálního dluhopisu znějícího na částku 47.359.506 EUR (ISIN : XS1107303650 – nařízení 144A) a jednak ve formě globálního dluhopisu na částku 252.640.494 EUR (ISIN : XS1107303148 – nařízení S).
16. Spol. Citibank současně uvedla, že jediným registrovaným držitelem obou globálních dluhopisů je BT Globenet, jakožto zástupce společného depozitáře systémů Euroclear Bank S.A./N.V. a Clearstream banking société anonyme, kterým je spol. Deutsche Bank AG, London Branch. Toto tvrzení odpovídá čl. 2.09 písm. (a) SSN. Spol. Citibank současně doložila oba globální dluhopisy, které nahradily dluhopisy emitované v roce 2010, kupní smlouvy mezi spol. NWR N.V., dlužníkem, dalšími ručiteli a původními kupujícími v roce 2010 instrukce pro clearingové systémy a instrukce adresované společnému depozitáři.
17. Emise PIK dluhopisů za 300.000.000 EUR dle SSN byla rovněž mj. předmětem rozhodování anglického soudu – High Court of Justice in England and Wales ze dne 5.9.2014.
18. Jak vyplývá z prospektu dluhopisů schváleným pro přijetí k obchodování na Lucemburské burze (dále jen „prospekt“) na str. (v), tak spol. NWR N.V. podala žádost o kotaci každé série cenných papírů na oficiálním seznamu Lucemburské burzy.
19. Jak vyplývá z internetového výpisu z Lucemburské burzy cenných papírů ke dni 8.9.2016, které byly předloženy k důkazu spol. Citibank, tak na této burze byly k uvedenému dni obchodovány dluhopisy, jejichž emitentem je spol. NWR N.V. s přiděleným ISIN : XS1107303148 (nařízení S) a dluhopisy s přiděleným ISIN : XS1107303650 (pravidlo 144A) oboje s konečnou splatností v roce 2020. Spol. Citibank předložila také výpis ze Stuttgartské burzy ke dni 8.9.2016, z něhož rovněž vyplývá údaj o obchodování s dluhopisy, jejichž emitentem je spol. NWR N.V. s přiděleným ISIN : XS1107303148 (nařízení S) splatnými v roce 2020. Údaje o obchodovaných dluhopisech se tak shodují s údaji vyplývajícími ze SSN.
20. Pokud jde o výpisy z uvedených evropských burz, tak jde o významné burzy, které podléhají dohledu finančních institucí příslušných členských států EU (Spolková republika Německo, Velkovévodství lucemburské). Ve vztahu k burze Stuttgart jde o úřad pro bankovní dohled – Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) a ve vztahu k Lucemburské burze jde o komisi pro finanční dohled - Commission de surveillance du Secteur Financier (CSSF). V těchto zemích tedy stát přebírá odpovědnost za stav finančního trhu. Výpisy z těchto burz tak KSZ považuje za dostatečný důkaz toho, že určité dluhopisy jsou nebo byly veřejně obchodovány na těchto burzách, neboť opačný závěr by nutně vedl ke zpochybnění funkce kontrolních mechanismů členských států EU. Toto pochybení není z podstaty věci vyloučeno, mělo by být ovšem prokázáno tím, kdo případné pochybení namítá.
21. Z charakteru dluhopisů dle názoru KSZ vyplývá, že tyto jsou veřejně nabízeny jednak na základě mezinárodní nabídky mimo území USA (nařízení S podle amerického zákona o cenných papírech z roku 1933, U.S. Securities act of 1933) a v nabídce

v USA americkým profesionálním institucionálním investorům (pravidlo 144A podle amerického zákona o cenných papírech z roku 1933, U.S. Securities act of 1933).

22. Jak vyplývá z čl. 5.01. písm. (a) SSN „*Emitent (NWR N.V.) se zavazuje splatit jistinu, případnou prémii a úroky z dluhopisů způsobem a ve dnech, které jsou uvedeny na dluhopisech a v této smlouvě o vydání dluhopisů.*“
23. Dle čl. 12.01. písm. (a) SSN „*Každá ručící dceřiná společnost (OKD, a.s.) tímto bezpodmínečně a neodvolatelně ručí, a to společně a nerozdílně, každému majiteli a svěřeneckému správci a agentovi pro zajištění a jejich případným nástupcům a nabyvatelům za úplnou a včasnou úhradu jistiny a úroků dluhopisů, jakmile se stanou splatnými.*“
24. Dle čl. 7.01. písm. (a) bod (ix) jde o případ porušení SSN pokud „*Emitent nebo jakákoli důležitá dceřiná společnost....dobrovolně zahájí řízení vedené podle jakéhokoli příslušného úpadkového insolvenčního nebo jiného podobného aktuálně či v budoucnu účinného zákona....*“
25. Dle čl. 7.2 písm. (a) „*Pokud nastane a trvá případ porušení ve vztahu k dluhopisům nebo ručení dceřiné společnosti... jedná-li se o případ porušení na základě čl. 7.01 (a)(ix), stane se jistina všech v daném okamžiku nesplacených dluhopisů okamžitě splatnou.*“
26. Jak vyplývá z insolvenčního rejstříku, tak insolvenční řízení ve věci dlužníka, které je vedeno u Krajského soudu v Ostravě pod sp. zn. KSOS 25 INS 10525/2016, bylo zahájeno dne 3.5.2016 na návrh dlužníka, čímž nastal případ porušení dle čl. 7.01 (a) (ix) SSN. Skutečnost, že šlo o významného ručitele ve smyslu čl. 7.01. písm. (a) (ix) SSN, tedy důležitou dceřinou společností spol. NWR. N.V., je patrná z kapitoly IV. bod 1 vyjádření.
27. Dle názoru KSZ jsou zde dostatečné důkazy o existenci dluhopisů vydaných dle SSN a jsou zde tedy také dostatečné důkazy o existenci pohledávek majitelů dluhopisů a závazků NWR N.V. a dlužníka vyplývajících z těchto dluhopisů dle výše citovaných ustanovení SSN v důsledku splatnosti jistiny dluhopisů. KSZ považuje za nesporné, že jistina předmětných dluhopisů nebyla spol. NWR N.V. ani žádným z ručitelů dle SSN splacena a její výše odpovídá výši přihlášené pohledávky (P-33). Toto tvrzení činí KSZ s výhradou k platnosti těchto jednání dle cizozemského práva (blíže viz kapitola IV. bod 3 vyjádření).

3. SSCF

28. Jak vyplývá z SSCF na str. 4, tak smlouva byla uzavřena dne 9.9.2014 mezi spol. NWR N.V. (jako společnost), NWR Holdings B.V. (jako Midco), dceřinými společnostmi (které jsou uvedeny v části A přílohy č. 1, tedy mj. spol. OKD, a.s. - původní ručitelé), finančními institucemi (uvedenými v části B přílohy č. 1 – původní věřitelé), Deutsche Bank AG, London Branch jako agentem finančních stran původními věřiteli a Citibank N.A., London Branch jako agentem finančních stran pro zajištění.

29. Dle čl. 2.1. SSCF „*Za podmínek této smlouvy věřitelé poskytnou společnosti Midco termínovanou úvěrovou facilitu v eurech v úhrnné výši rovnající se celkovým příslibům. Midco si úvěr vypůjčí v plné výši.*“
30. Dle vymezení pojmů dle čl. 1.1. SSCF je celkovým příslibem částka 35.000.000 EUR, přičemž za Midco je nutno považovat NWR Holdings B.V., jak je uvedeno výše.
31. Dle čl. 30.2. SSCF „*Agent (Deutsche Bank) každou platbu, kterou na základě finančních dokumentů obdrží pro jinou smluvní stranu, s výhradou čl. 30.3 a čl. 30.4 co možná nejdříve po obdržení, vydá smluvní straně, která má v souladu s touto smlouvou nárok na obdržení platby, a to na účet, který daná smluvní strana může agentovi nejméně pět pracovních dnů předem sdělit, u banky určené danou smluvní stranou v hlavním finančním centru země dané měny (a v souvislosti s eurem v hlavním finančním centru zúčastněného členského státu nebo Londýna, které daná smluvní strana určí).*“
32. Jak vyplývá z výpisu z účtu Deutsche Bank ke dni 7.10.2014, který byl k důkazu předložen spol. Citibank, načerpala spol. NWR Holdings B.V. částku 35.000.000 EUR.
33. Jak vyplývá z bodu 18.1. SSCF „*Každý ručitel neodvolatelně, společně a nerozdílně ručí každé finanční straně za to, že každý jiný dlužník splní řádně a včas všechny své povinnosti plynoucí z finančních dokumentů...*“
34. Dle čl. 23 v návaznosti na čl. 23.7. písm. (a) nastane případ porušení, pokud je s významnou dceřinou společností spol. NWR Holdings B.V. zahájeno insolvenční řízení.
35. Jak vyplývá z insolvenčního rejstříku, tak insolvenční řízení ve věci dlužníka, které je vedeno u Krajského soudu v Ostravě pod sp. zn. KSOS 25 INS 10525/2016, bylo zahájeno dne 3.5.2016 na návrh dlužníka, čímž nastal případ porušení dle čl. 23.7. písm. (a) SSCF ve spojení s čl. 23 SSCF. Skutečnost že šlo o významnou dceřinou společnost ve smyslu čl. 23.7. SSCF, je patrná z kapitoly IV. bod 1 vyjádření.
36. V návaznosti na uvedená porušení SSCF došlo dle čl. 23.19. (b) SSCF k akceleraci, kdy agent (Deutsche Bank) prohlásil celý úvěr okamžitě splatným.
37. Dle názoru KSZ jsou zde dostatečné důkazy o poskytnutí úvěru spol. NWR Holdings B.V. ze strany věřitelů dle SSCF (specifikovaných v části B přílohy 1 SSCF), důkazy o splatnosti pohledávek těchto věřitelů a o existenci ručení dlužníka za tento závazek dle SSCF. KSZ považuje za nesporné, že dluh ze SSCF nebyl do dnešního dne uhrazen ani NWR Holdings B.V., ani nikým z ručitelů dle SSCF a jeho výše odpovídá výši přihlášené pohledávky (P-100). Rovněž toto tvrzení činí KSZ s výhradou k platnosti tohoto právního jednání dle cizozemského práva (blíže viz kapitola IV. bod 3 vyjádření).

Důkaz :

- smlouva SSN

- smlouva SSCF
- popisem způsobu výpočtu jistiny a úroků dluhopisů předloženým spol. Citibank
- rozhodnutí High Court of Justice in England and Wales ze dne 5.9.2014
- insolvenční návrh dlužníka ze dne 3.5.2016, vedený v insolvenčním rejstříku ve věci dlužníka pod sp. zn. KSOS 25 INS 10525/2016 (A-1)
- globální dluhopis znějící na částku 52.117.000 EUR
- globální dluhopis znějící na částku 422.883.000 EUR
- záznam o evidenci dluhopisů na Lucemburské burze (Luxembourg Stock Exchange)
- záznam o evidenci dluhopisů na Stutgartské burze (Boerse Stuttgart)
- výpisem z bankovního účtu společnosti NWR B.V. ze dne 7.10.2014
- prospekt dluhopisů schválený pro přijetí k obchodování na Lucemburské burze
- oznámení o zesplatnění úvěru ze dne 4.5.2016

vše součástí spisu 32 IČm 3260/2016

III. Aktivní legitimace

38. Vzhledem k tomu, že ve věci došlo ke spojení dvou incidenčních sporů, vyjádří se KSZ stručně k aktivní legitimaci spol. Citibank, která podala žalobu o určení pravosti a výše pohledávek a insolvenčního správce, který podal odpůřčí žalobu.

1. spol. Citibank

39. SSN byla uzavřena dne 7.10.2014 mezi NWR N.V. jako emitentem, NWR Holdings B.V., OKD, a.s. a NWR Karbonia S.A. jako ručícími dceřinými společnostmi, spol. Deutsche Trustee Company Limited, jako svěřeneckým správcem, spol. Deutsche Bank AG, London Branch jako hlavním převodním agentem a hlavním platebním agentem, Deutsche Bank Luxembourg S.A. jako kodačním agentem a registrátorem a spol. Citibank N.A. London Branch jako agentem pro zajištění.
40. Ve vztahu k aktivní legitimaci spol. Citibank je nutno poukázat na čl. 13.06 (a) SSN, dle kterého *„Agent pro zajištění je společným a nerozdílným věřitelem (spolu se seniorními věřiteli) každého závazku, který má emitent a každá ručící dceřiná společnost vůči každému seniornímu věřiteli na základě této smlouvy, dluhopisů a dokumentů k zajištění. Stejně tak má agent pro zajištění samostatné právo požadovat na emitentovi a každé ručící dceřiné společnosti plnění každého takového závazku v okamžiku splatnosti.“*
41. Pokud jde o právo vymáhat závazek dlužníka dle SSCF, tak tato smlouva byla uzavřena dne 9.9.2014 mezi spol. NWR N.V., NWR Holdings B.V., dceřinými společnostmi (které jsou uvedeny v části A přílohy č. 1, tedy mj. spol. OKD a.s.), finančními institucemi (uvedenými v části B přílohy č. 1), Deutsche Bank AG, London Branch jako agentem finančních stran a Citibank N.A., London Branch jako agentem finančních stran pro zajištění.
42. Dle 1.8. SSCF *„Smlouva podléhá mezivěřitelské dohodě a vztahují se na ni výhody plynoucí z mezivěřitelské dohody.“*

43. Jak vyplývá z bodu 18.1. SSCF „*Každý ručitel neodvolatelně, společně a nerozdílně ručí každé finanční straně za to, že každý jiný dlužník splní řádně a včas všechny své povinnosti plynoucí z finančních dokumentů.*“
44. Na uvedený článek 1.8. SSCF pak navazuje čl. 19.2. písm. (a) ICA, dle kterého „*Každý dlužník tímto neodvolatelně a bezpodmínečně souhlasí a zavazuje se vůči agentovi pro zajištění (abstraktním potvrzením dluhu) a každá zajištěná smluvní strana bere na vědomí, že každý dlužník zaplatí agentovi pro zajištění částky, které jsou ve měně a rovnají se částkám, které tento dlužník dluží zajištěné smluvní straně (jiné než částky dlužné agentovi pro zajištění výhradně na základě tohoto ustanovení) na základě jakéhokoliv dokumentu k zajištěnému dluhu (hlavní závazky), jakmile se tyto částky stanou splatnými dle příslušných dokumentů k zajištění dluhu (závazky z paralelního dluhu).*“
45. Nutno ještě poukázat na čl. 19.2. písm. (b) ICA, kde se uvádí, že „*Agent pro zajištění, dlužníci a každá jiná zajištěná smluvní strana dále souhlasí, že agent pro zajištění má své vlastní, samostatné právo požadovat plnění paralelních závazků od dlužníků v plné výši.*“
46. Z výše uvedeného KSZ dovozujeme, že spol. Citibank je oprávněna vymáhat jako agent pro zajištění pohledávky věřitelů vyplývající ze SSN a SSCF blíže specifikované v kapitole I, které byly popřeny insolvenčním správcem a dlužníkem. Je ovšem zřejmé, že aktivní věcná legitimace spol. Citibank se bude odvíjet od výsledku dokazování v průběhu řízení, i proto zde platí výše zmiňovaná výhrada posouzení věci ze strany KSZ s ohledem na platnost právního jednání dle cizozemského práva (blíže kapitola IV, bod 3 vyjádření). Žaloba byla v každém případě podána ve lhůtě dle § 198 odst. 1 IZ.

2. insolvenční správce

47. Aktivní procesní legitimace k podání odpůrčí žaloby vyplývá z § 235 odst. 2 IZ a z § 239 odst. 1 IZ. KSZ považuje za nesporné, že v projednávané věci je odpůrčí žaloba podána insolvenčním správcem, který byl jako insolvenční správce ustanoven ve věci dlužníka – spol. OKD, a.s. na základě usnesení Krajského soudu v Ostravě o zjištění úpadku č.j. KSOS 25 INS 10525/2016- A-19.
48. Insolvenční správce podal ke Krajskému soudu v Ostravě dne 28.2.2017 odpůrčí žalobu, ve které soudu navrhuje, aby určil jako právně neúčinné SSN, SSCF a ICA. Vzhledem k tomu, že účinky rozhodnutí o úpadku dlužníka nastaly dne 9.5.2016, je žaloba dle § 239 odst. 3 IZ podána včas.

Důkaz :

- smlouva SSN
- smlouva SSCF
- smlouva ICA

vše součástí spisu 32 ICm 3260/2016

- usnesení o zjištění úpadku č.j. KSOS 25 INS 10525/2016-A-19

IV. Neplatnost SSN, SSCF, ICA

49. Jak vyplývá z ustálené judikatury (např. rozh. NS ČR sp. zn. 30 Cdo 2432/2007), je nutno při střetu námitek spočívajících jak k neplatnosti určitého právního jednání (v daném případě SSN, SSCF a ICA), tak k jeho neúčinnosti, vyřešit nejprve otázku platnosti tohoto jednání, neboť pouze platnému právnímu jednání je možno odporovat.

1. koncern NWR

1.1. existence koncernu

50. Jak vyplývá z výroční zprávy dlužníka za rok 2014 (str. 80) a z výpisu z nizozemského obchodního rejstříku, byla v roce 2014 spol. NWR N.V. založena podle zákonů Nizozemí, registrovaná nizozemskou obchodní komorou pod číslem 34239108 a registrována jako zahraniční společnost v britském obchodním rejstříku s britským číslem založení BR016952 a se sídlem na adrese Park Street, Londýn, W1K 7AP, Velká Británie, jediným akcionářem dlužníka a bezprostředně ovládající mateřskou obchodní korporací od 7.9.2006 do 7.10.2014. Novou mateřskou obchodní korporací a jediným akcionářem dlužníka se od 7.10.2014 stala spol. NWR Holdings B.V., se sídlem 1081 KM Amsterdam, Jachtavenweg 109 H, Nizozemské království, registrační číslo: 6129479.
51. Jak vyplývá z výroční zprávy spol. NWR Plc za rok 2014 (str. 135), byla spol. NWR Holdings B.V. založena dne 21.8.2014 za účelem provádění holdingových činností a činností spojených s financováním v rámci restrukturalizace kapitálu (která byla dokončena 7.10.2014). Dlužníka pak v této zprávě NWR Plc označila za jednu z hlavních dceřiných společností (str. 4) vedle spol. OKK Koksovny, a.s. (prodána v roce 2013 skupině Metalimex) a NWR Karbonia S.A. (která dohlíží na dva rozvojové projekty v jižním Polsku, Dębiesko a Morcinek).
52. K popisu dlužníka jakožto ovládané osoby ve struktuře propojených osob je ve výroční zprávě dlužníka za rok 2014 (str. 82) uvedeno, že *„Společnost OKD byla v roce 2014 podrobena jednotnému řízení ze strany řídicí osoby, kterou je NWR Plc, přičemž tyto osoby spolu tvořily koncern ve smyslu § 79 ZOK. I přes tuto skutečnost byla společnost OKD v roce 2014 relativně nezávislou a autonomní korporací ve vztahu k faktickému provádění své hlavní podnikatelské činnosti. Jednotnému řízení OKD podléhalo ve vztahu k záležitostem prosazování společných koncernových zájmů, mezi které patří zejména společná finanční politika, obchodní politika a řízení v rámci plánování.“* Uvedené prohlášení o existenci koncernu je tak prohlášením ve smyslu § 79 odst. 3 ZOK, účinného od 1.1.2014.
53. K samotné společnosti NWR Plc je možno uvést, že dle výroční zprávy dlužníka z roku 2011 (str. 38), vznikla NWR Plc v roce 2011 ve Spojeném Království Velké

Británie a Severního Irska a jako výsledek nabídky výměny akcií se stala mateřskou společností New World Resources N.V., která zůstala jediným akcionářem dlužníka. V květnu 2011 začalo obchodování s akciemi typu A New World Resources Plc na burzách v Londýně, Varšavě a Praze.

54. Výše uvedená akcionářská (koncernová) struktura se od roku 2011 (vznik NWR Plc) do roku 2014 již nezměnila, jak je možno ověřit z výročních zpráv dlužníka za rok 2012 (str. 28) a 2013 (str. 39).
55. Pokud výroční zprávy za rok 2011, 2012 a 2013 odkazují ve zprávě o vztazích na BXR Group Limited jakožto ovládající osobu dle § 66a odst. 2 zák. č. 513/1991 Sb., tak dle výroční zprávy NWR za rok 2014 (str. 76) skupina BXR a Zdeněk Bakala ovládali prostřednictvím CERCL Mining v roce 2014 spol. NWR Plc. Tato skutečnost sama o sobě nemá dle názoru KSZ vliv na výše popsanou existenci koncernu NWR a níže popsanou jednotnou finanční politiku koncernu NWR.
56. Existenci koncernu, ve kterém jako řídící osoba prosazující čitelnou a srozumitelnou jednotnou politiku vystupovala spol. NWR Plc, je možno dovodit rovněž z výroční zprávy této společnosti za rok 2014, kde je výraz skupina NWR vysvětlen jako spol. NWR Plc a všechny její dceřiné společnosti. Zcela shodně je tento výraz (skupina NWR) vysvětlen v prospektu, tedy materiálem vydaným spol. NWR N.V. str. (xi).
57. Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že nejméně v letech 2011 až 2014 spol. OKD, a.s., NWR N.V., NWR Holdings B.V. (od roku 2014) a NWR Plc tvořily koncern ve smyslu § 79 ZOK, resp. § 66a odst. 7 zák. č. 513/1991 Sb., kdy řídící osobou v koncernu byla spol. NWR Plc, se sídlem One Silk Street, London EC2Y 8HQ, Spojené království, která v rámci koncernu prostřednictvím svých dceřiných společností (zejména NWR N.V., NWR B.V. a OKD, a.s.) prosazovala jednotnou finanční, obchodní politiku a řízení v rámci plánování.

1.2. podnikatelská činnost koncernu

58. V rámci popisu struktury koncernu KSZ na tomto místě považuje za nezbytné uvést, že samotná spol. NWR N.V. se v prospektu (str. 23) označila tak, že *„Emitent je holdingová společnost, která nemá žádnou činnost, kromě akciových podílů, které má ve svých dceřiných společnostech.“* Dále je v prospektu uvedeno (str. 100), že *„Společnost NWR Plc je střeoevropský producent černého uhlí. Společnost NWR Plc produkuje koksovatelné a energetické uhlí pro ocelářský a energetický sektor ve střední Evropě prostřednictvím své (nepřímé) dceřiné společnosti OKD největší společnosti těžící černé uhlí v České republice. Skupina byla založena na privatizaci součástí uhelného průmyslu v České republice, která byla zahájena v roce 1994.“* Pokud jde o lokality Dębieńsko a Morcinek, tedy polské vývojové projekty, které spadají pod NWR Karbonia S.A., tak tyto nejsou dle prospektu (str. 112) hospodářsky životaschopné a další vývoj těchto projektů není dle názoru NWR Plc realizovatelný. Stejně závěry vyplývají z výroční zprávy NWR Plc za rok 2014 (str. 28).
59. Jak bylo uvedeno výše, tak rovněž spol. NWR Holdings B.V. byla dne 21.8.2014 založena pouze za účelem provádění holdingových činností a činností spojených s financováním v rámci restrukturalizace kapitálu.

60. Z výše uvedeného (s přihlédnutím ke zmiňovanému pasivnímu postavení spol. NWR Karbonia S.A.) tedy KSZ dovozuje, že dlužník byl po celou dobu existence koncernu NWR jediným subjektem, který v tomto koncernu vyvíjel aktivní podnikatelskou činnost (těžba černého uhlí) a jeho obchodní závod byl primárním zdrojem příjmů koncernu NWR z podnikatelské činnosti. Hospodářská situace celého koncernu se tedy odvíjela především od hospodářských výsledků dlužníka. V této souvislosti KSZ poukazuje také na čl. 5.17. smlouvy Indenture 7.875% Senior Secured Notes due 2018 uzavřené dne 27.4.2010, dle kterého se spol. NWR N.V. zavázala, že „*nebude vyvíjet žádnou obchodní činnost než jako holdingová společnost svých dceřiných společností a činnosti, které jsou vedlejšími činnostmi v rámci holdingové společnosti...*“

1.3. jednotná finanční politika koncernu

61. Prostředkem dosažení koncernových zájmů je jednotná politika koncernu, která je současně jedním ze základních znaků existence koncernu. Cílem jednotného řízení má být koordinace alespoň jedné z významných složek nebo činnosti v rámci koncernu, jak vyplývá z ust. § 79 odst. 2 ZOK.
62. Pokud jde o vyhodnocení některé z významných složek činnosti v rámci výše popsaného koncernu NWR, které byly předmětem společného řízení, tak šlo nepochybně o společné financování a jednotnou finanční politiku koncernu, k čemuž se dlužník ostatně veřejně přihlásil ve výše zmiňované výroční zprávě za rok 2014. Společná finanční politika je rovněž patrná také z výše zmiňovaných výročních zpráv za rok 2011 (str. 35), 2012 (str. 27) a 2013 (str. 22), kde je uvedeno, že veškeré činnosti související s finančním řízením jsou koordinovány ve spolupráci s NWR Treasury, které funguje jako centrum sdílených služeb skupiny společností New World Resources.
63. Spol. Citibank ve svých vyjádřeních používá pojem Restrukturalizace 2014, v rámci které došlo k uzavření SSN, SSCF a ICA. KSZ je toho názoru, že tato restrukturalizace byla projevem společné koncernové politiky a byla řízena spol. NWR Plc. Tuto skutečnost dovozuje z popisu této restrukturalizace v prospektu, kde je uvedeno (str. 48-49), že v roce 2014 začala skupina NWR řešit nepříznivou finanční situaci, která měla původ ve zhoršení globálních trhů s uhlím a koksem v roce 2011. V květnu 2013 tak NWR Plc oznámila „*že obtížné tržní podmínky vedly k nutnosti provést přezkum činnosti s cílem přizpůsobit činnost skupiny těmto obtížným tržním podmínkám.... Po jednání se zástupci mnoha klíčových zainteresovaných stran skupiny, včetně majitelů předchozích dluhopisů, ECA věřitelů a majoritního akcionáře společnosti NWR Plc, CERCL Mining, se představenstvo emitenta (NWR N.V.) rozhodlo realizovat restrukturalizaci, což představenstvo NWR Plc podpořilo. Představenstvo NWR Plc a představenstvo emitenta NWR N.V. se kromě toho snažily vložit do skupiny nový kapitál a snížit její dluhy.*“ Restrukturalizace 2014 byla realizována mj. emisí seniorních zajištěných dluhopisů za celkem 300 mil. EUR a závazkem některých majitelů předchozích dluhopisů k nové superseniorní úvěrové facilitě za 35 mil. EUR (SSCF). Restrukturalizace 2014 byla dokončena 7.10.2014, kdy plán vypořádání s věřiteli skupiny (scheme of arrangement) byl založen na právním řádu Anglie a Walesu, který byl potvrzen rozhodnutím High Court of Justice in England and Wales ze dne 5.9.2014.

Důkaz :

- výroční zpráva OKD, a.s. za roky 2014, 2013, 2012, 2011, 2010
- prospekt dluhopisů schválený pro přijetí k obchodování na Lucemburské burze
- výroční práva NWR Plc za rok 2014
- rozhodnutí High Court of Justice in England and Wales ze dne 5.9.2014
- Indenture 7.875% Senior Secured Notes due 2018 uzavřená dne 27.4.2010

vše součástí spisu 32 ICm 3260/2016

- výpis z nizozemského obchodního rejstříku ke spol. NWR N.V. - kopie

2. plná moc pro Boudewijna Wentika

64. Jak bylo uvedeno výše pod bodem I. vyjádření, insolvenční správce popřel pravost pohledávek blíže neurčených věřitelů, které mají vyplývat ze SSN a SSCF. Insolvenční správce své popěrné důvody uvedl do přezkumného listu, přičemž přesněji tyto důvody rozvedl ve svém vyjádření ze dne 24.2.2017. Insolvenční správce shledává neplatnost SSN, SSCF a ICA, mj. z toho důvodu, že uvedené dokumenty podepsala osoba jménem Boudewijn Wentik, jednající na základě plné moci udělené mu dlužníkem. Boudewijn Wentik přitom podepisoval smluvní dokumentaci jak za emitenta NWR N.V., tak za úvěrovaného NWR Holdings B.V. Insolvenční správce uvádí, že Boudewijn Wentik byl ve střetu zájmů, když zájmy spol. NWR byly v přímém rozporu se zájmy dlužníka. Skupina NWR v rámci jednotného řízení donutila dlužníka k podpisu uvedených smluv a nijak nezajistila, aby se dlužník nedostal do úpadkové situace. Uzavření smluv bylo v zájmu NWR a nikoliv v zájmu dlužníka.
65. Neplatnost výše uvedených smluv namítal také dlužník, který k popěrným důvodům ve svém vyjádření ze dne 7.3.2017 blíže uvedl, že dlužník zmocnil Boudewijna Wentika na pokyn NWR N.V. (byl k tomuto v podstatě donucen) přesto, že NWR N.V. i jeho orgány věděli, že zájmy Wentika jsou v rozporu se zájmy dlužníka. Uvedená jednání byla v podstatě v osobním zájmu pana Wentika, který byl ve vztahu k NWR N.V. zaměstnancem a osobou blízkou a pokud by neuzavřením SSN a SSCF vznikla společností NWR újma, pocíťoval by ji Boudewijn Wentik jako újmu vlastní. Jednání, na základě kterých došlo k udělení plné moci, jsou tak relativně neplatná (§ 437 ve spojení s § 580 OZ). Dlužník dále uvádí, že neměl možnost hájit své oprávněné zájmy a byl odsouzen do role statisty.
66. Na přezkumném jednání dne 10.8.2016 pak dlužník a insolvenční správce dále namítali, že Boudewijn Wentik podepsal SSN za dlužníka jako Chief Legal Officer, přičemž takovouto funkci u dlužníka nikdy nezastával. Z uvedeného důvodu předložila spol. Citibank upravenou listinu, ze které vyplývá, že Boudewijn Wentik podepsal SSN jako zástupce dlužníka (under proxy). Listina tak byla dodatečně měněna a takovéto jednání nemohlo dlužníka platně zavázat.
67. K výše uvedeným námitkám KSZ předně konstatuje, že se ztotožňuje s názorem spol. Citibank v tom směru, že je irelevantní, zda je u podpisové kolonky pana Boudewijna

Wentika uvedeno, že podepisoval na základě plné moci či z jakéhokoliv jiného titulu. Podstatné je pouze to, zda byl oprávněn za dlužníka SSN podepsat. KSZ se nedomnívá, že by formální označení toho, kdo smlouvu podepisuje, mělo mít vliv na platnost jeho právního jednání z toho pohledu, zda je k tomuto jednání oprávněn nebo nikoliv. Není ani zcela zřejmé, jaký by nesprávné označení u podpisu Boudewijna Wentika (pokud by bylo účelové) mělo mít motiv, když Boudewijn Wentik disponoval v tomto směru plnou mocí udělenou dlužníkem a nebyl důvod cokoliv skrývat. KSZ tedy vnímá uvedenou skutečnost jako formální pochybení bez významu pro hodnocení platnosti smlouvy.

68. KSZ je téhož názoru jako spol. Citibank, pokud tvrdí, že posouzení platnosti plné moci pro Boudewijna Wentika je nutno poměřovat dle § 44 odst. 2, odst. 3 ZMPS, dle kterého je zmocnění platné, pokud je platné alespoň dle jednoho (alternativně) z následujících právních řádů
 - českého dle § 44 odst. 2 písm. b) ZMPS
 - nizozemského / anglického dle § 44 odst. 2 písm. c) ZMPS nebo
 - státu New York dle § 44 odst. 3 ZMPS
69. Pokud jde o právo české, tak KSZ uvádí, že věc je nutno především hodnotit z toho pohledu, že dlužník byl součástí koncernu NWR, a byl pod vlivem jednotného řízení ze strany NWR Plc ve smyslu § 79 ZOK. Dle § 81 ZOK je pak orgán řídící osoby oprávněn udělovat orgánům řízené osoby pokyny týkající se obchodního vedení, jsou-li v zájmu řídící osoby, nebo jiné osoby, se kterou tvoří řídící osoba koncern. Pokud jde o pokyn, který mělo obdržet představenstvo dlužníka od svého jediného akcionáře - NWR N.V. ke zmocnění Boudewijna Wentika a které vedlo k rozhodnutí představenstva ze dne 2.9.2014, jak tvrdí dlužník, tak tento pokyn zjevně směřoval k realizaci tzv. Restrukturalizace 2014 blíže popsané v kapitole V. bod 3, a byl výrazem jednotné finanční politiky koncernu a nástrojem k prosazení společných koncernových zájmů. Jak vyplývá z tiskového prohlášení skupiny NWR ze dne 8.8.2016 (str. 6), tak *„Dne 21.7.2014 podepsala spol. OKD ručitelské prohlášení, kterým souhlasila, že bude vázána závazky a bude plnit závazky, které pro ni vyplývají z dokumentů týkajících se programu vyrovnání v UK a Restrukturalizace 2014. To zahrnovalo jak zrušení starých záruk, tak poskytnutí záruk ze strany OKD ve vztahu k SSN a SSCF.“*
70. Ať již měli členové statutárního orgánu dlužníka jakýkoliv názor na koncernovou politiku skupiny NWR, byli postaveni do situace, že buď budou tuto politiku akceptovat a jednat v souladu s pokyny řídící osoby, nebo s odkazem na povinnost jednat s péčí řádného hospodáře odmítnou pokyn, který směřoval dle jejich názoru k poškození dlužníka (§ 81 odst. 2 ZOK), a to i s vědomím hrozby odvolání z funkce. Jak vyplývá z jednotlivých vyjádření dlužníka, osoby jednající jménem dlužníka byly velmi dobře seznámeny s koncernovou politikou skupiny NWR a s možností střetu zájmů, kterou nyní dlužník argumentuje. Od členů představenstva dlužníka pak lze očekávat a předpokládat dobré vědomí o způsobu financování skupiny NWR a vztazích mezi dlužníkem a osobami jej ovládajícími. Předseda představenstva dlužníka Marek Jelínek, který podepsal plnou moc pro Boudewijna Wentika, přitom byl členem představenstva dlužníka poměrně dlouhou dobu (od 1.11.2007 do 1.9.2015) a o jeho dobrých znalostech fungování koncernu NWR nelze pochybovat.

71. Pokud tedy dlužník pro něj nevýhodný pokyn akceptoval, byl (členové jeho statutárního orgánu, resp. předseda představenstva) nejméně srozuměn s tím, že plnou moc Boudewijnu Wentikovi uděluje s vědomím o skutečnostech, které mohou dle tvrzení insolvenčního správce a dlužníka zakládat rozpor dlužníka se zájmy spol. NWR N.V., což vylučuje neplatnost zastoupení ve smyslu § 437 odst. 1 OZ (zákon v tomto případě dává přednost autonomii vůle zastoupeného, blíže viz *Lavický P. a kol.* Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář. 1. Vydání. Praha : C.H.Beck, 2014, str. 1661).
72. KSZ tak udělení plné moci Boudewijnu Wentikovi chápe jako projev jednotné finanční politiky koncernu NWR (které si byl vědom také dlužník a pokyn řídící osoby akceptoval) a neshledává žádné důvody, které by měly založit neplatnost takového jednání ve vztahu k osobám mimo koncern NWR, které jednaly v dobré víře a kterým mj. musela být na základě výročních zpráv dlužníka a jiných veřejně dostupných informací existence koncernu NWR zřejmá. KSZ tímto nijak materiálně nehodnotí jednotnou politiku financování koncernu NWR a její následky, pouze konstatuje, že jde z pohledu § 437 OZ o platné právní jednání.
73. Pokud jde obecně o následky akceptace nevýhodného pokynu řídící osoby směřujícího k právnímu jednání vně koncernu, tak tyto KSZ nespátřuje v neplatnosti právního jednání řízené osoby, ale v odpovědnosti za škodu způsobenou členy statutárního orgánu řízené osoby ve smyslu § 81 odst. 2 ZOK s přihlédnutím k § 72 odst. 1, odst. 2 ZOK, případně v odpovědnosti vlivné osoby ve smyslu § 71 odst. 1 ZOK. Takto ostatně dlužník také postupuje, když za spol. NWR N.V. a Zdeňkem Bakalou vymáhá škodu způsobenou ovládající osobou (žaloba je vedena u Krajského soudu v Ostravě pod sp. zn. 15 Cm 225/2016 – dosud nebylo pravomocně rozhodnuto).
74. Pokud je tedy jednání směřující k udělení plné moci platné a platná je taky tato plná moc dle českého práva, není nezbytné ve smyslu § 44 ZMPS posuzovat tento vztah dle cizozemského práva.

Důkaz :

- smlouva SSN
- plná moc ze dne 2.9.2014 udělená dlužníkem panu Boudewijnu Wentikovi
- tiskové prohlášení NWR ze dne 8.8.2016
- zápis o přijetí rozhodnutí představenstva dlužníka mimo zasedání ze dne 2.9.2014
- výpis z obchodního rejstříku ve vztahu ke spol. OKD, a.s.

vše součástí spisu 32 ICm 3260/2016

3. neplatnost dle cizozemského práva

75. Insolvenční správce ve svém vyjádření ze dne 24.2.2017 (bod 17) uvedl, že ručení dlužníka dle SSN a SSCF a ICA je pouze zdánlivé, neboť absentuje základní prvek ručení, a to je regres vůči primárnímu dlužníkovi. Pokud nemá dlužník právo uplatnit regres, nejde o platně převzaté ručení, ale teoreticky by se mělo jednat o přímý dluh. Takovýto přímý dluh však nemá žádnou kauzu, neboť OKD, a.s. nic nedostalo. Toto má tedy být dle insolvenčního správce také důvodem neplatnosti výše uvedených

smluv, z nichž toto ručení vyplývá. Obdobně se vyjádřil rovněž dlužník ve svém vyjádření ze dne 7.3.2017 (bod III vyjádření).

76. Uvedené námitky tedy míří na samotnou podstatu určitého typu zajištění závazku, kterému musí v daném případě předcházet vyhodnocení relevantního práva pro posouzení věci.
77. Dle čl. 14.05 SSN „*Tato smlouva, dluhopisy a ručení dceřiných společností se řídí a vykládají v souladu se zákony státu New York.*“
78. Dle čl. 40 SSCF „*Tato smlouva a veškeré mimosmluvní povinnosti, které z této smlouvy plynou nebo které s ní souvisí, se řídí anglickým právem.*“ To vše s výjimkou přílohy č. 9, která se bude vykládat v souladu s právem státu New York.
79. Čl. 31 ICA stanoví, že „*Tato dohoda a jakékoli mimosmluvní závazkové vztahy vznikající na jejím základě nebo v souvislosti s ní se řídí anglickým právem.*“
80. Právo anglické a právo státu New York je možno zařadit do systému tzv. angloamerického práva, kde významným pramenem práva je mimo právo zákonné také právo soudcovské, které je tvořeno rozhodnutími soudu, které mají povahu závazných precedentů.
81. KSZ je z nahlížení do soudního spisu známo, že soud pořizuje překlady precedentů, které by mohly být podstatné pro posouzení věci. Vzhledem ke skutečnosti, že tyto překlady dosud nejsou kompletní, přičemž insolvenční správce ani dlužník sami dosud neoznačili jakýkoliv pramen cizozemského práva, který by měl být ve věci relevantní, podá KSZ vyjádření k této právní otázce až poté, co se seznámí se všemi potřebnými podklady.

Důkaz :

- smlouva SSN
- smlouva SSCF
- smlouva ICA

vše součástí spisu 32 ICm 3260/2016

V.

Neúčinnost SSN, SSCF a ICA

82. Jak bylo uvedeno výše, insolvenční správce dlužníka podal ke Krajskému soudu v Ostravě odpůrčí žalobu, kdy řízení v této věci bylo spojeno s řízením o odpůrčí žalobě na základě usnesení č.j. 32 ICm 3260/2016-78. Insolvenční správce se touto žalobou domáhá vyslovení neúčinnosti SSN, SSCF a ICA.
83. Jak SSN, SSCF a ICA představují dle názoru KSZ platná právní jednání, kterým je možno odporovat ve smyslu § 235 IZ a násl. Toto tvrzení je ovšem podáváno s výhradou ve vztahu k posouzení platnosti smluv dle cizozemského práva - kapitola IV. bod 3. vyjádření.

84. Dříve než KSZ přistoupí k hodnocení jednotlivých důvodů pro případnou neúčinnost uvedených právních jednání, je nutno se vypořádat s námitkou spol. Citibank, která ve svých vyjádřeních namítá procesní nepřipustnost posuzování odporovatelnosti uvedených smluv s ohledem na existenci závazného cizozemského rozhodnutí, které vychází z těchto smluv.

1. scheme of arrangement

85. Jak uvádí spol. Citibank již ve své žalobě (bod 39, 89), uzavření SSN, SSCF a ICA bylo uskutečněno v rámci tzv. Restrukturalizace 2014, která měla být provedena jako součást procesu podle anglického práva tzv. „scheme of arrangement“ a schválena i rozhodnutím mimo jiné anglického soudu High Court of Justice in England and Wales (dále jen „High Court of Justice“) ze dne 5.9.2014, který přezkoumal a potvrdil její podmínky a soulad s anglickým právem. K důkazu přikládá rozhodnutí High Court of Justice ze dne 5.9.2014 a navazující rozhodnutí United States Bankruptcy Court, Southern District of New York ze dne 9.9.2014.
86. Ve vyjádření ze dne 5.4.2017 (bod 13 d, 18) spol. Citibank uvádí, že Restrukturalizace 2014 byla uskutečněna jako součást procesu podle anglického práva, který lze v českém právním prostředí přirovnat k reorganizaci a který proběhl se souhlasem požadované většiny věřitelů skupiny NWR (včetně dlužníka) a pod dohledem anglického soudu High Court of Justice na základě jím schváleného scheme of arrangement (dle spol. Citibank lze přirovnat k reorganizačnímu plánu), přičemž toto rozhodnutí anglického soudu je dle nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22.12.2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (nařízení Brusel I) v České republice uznávané a přímo vykonatelné, tedy pro český soud závazné (zde spol. Citibank odkazuje na přiložené stanovisko prof. Dr. Pavla Šturmy ze dne 7.7.2014).
87. V bodě 41 vyjádření ze dne 5.4.2017 pak spol. Citibank poukazuje na nařízení Rady (ES) č. 1346/2000 ze dne 29.5.2000, o úpadkovém řízení, které nepřipouští napadat odpůřčí žalobou SSCF, a to konkrétně dle čl. 13 nařízení, protože podle anglického práva již napadána být nemůže. To má potvrzovat také anglické stanovisko profesora Gabriela Moose QC a Adama Goodisona ze dne 3.4.2017 v odst. 79 písm. A bod (viii), který spol. Citibank přikládá k důkazu.
88. Dlužník ani insolvenční správce se k těmto otázkám dosud nevyjádřili, přestože insolvenční správce dle odpůřčí žaloby napadá SSN, SSCF a ICA jako celek, přičemž tyto smlouvy tvoří podstatnou část Restrukturalizace 2014.
89. KSZ má na základě důkazů předložených spol. Citibank za prokázané, že dne 5.9.2014 byl rozhodnutím anglického soudu High Court of Justice (soud obchodních společností) na návrh spol. NWR N.V. schválen tzv. scheme of arrangement dle anglického práva, konkrétně dle části 26 Companies Act 2006 (zákon o obchodních společnostech). Ze samotného obsahu rozhodnutí je patrné, že jeho předmětem bylo určité vypořádání spol. NWR N.V. se svými věřiteli, kdy forma tohoto vypořádání odpovídá formě vyplývající ze SSN a SSCF. KSZ však v tomto směru schází ze strany spol. Citibank předložení návrhu dle „part 8 of the United Kingdoms Civil Procedure Rules to High Court of Justice in England and Wales (civilního procesního předpisu

upravujícího podávání návrhu k High Court of Justice) a předložení prohlášení (statement) ve smyslu bodu 897 (2) Companies Act 2006. Tyto dokumenty KSZ považuje za důležité pro posouzení komplexního obsahu dohody, která směřovala k restrukturalizaci dle anglického práva.

90. Rozhodnutí High Court of Justice vychází ze způsobu vyrovnacího řízení s věřiteli, který je ve Spojeném království Velké Británie a Severního Irska (dále jen „Spojené království“) upraven na základě Companies Act 2006 (part 26), tedy zákona o společnostech. Toto je zřejmé také z anglického posudku profesora Gabriela Moose QC a Adama Goodisona ze dne 3.4.2017 (bod 46), předložené spol. Citibank k důkazu.
91. Pokud spol. Citibank odkazuje na nařízení Rady ES č. 1346/2000 ze dne 29.5.2000, tak toto nařízení bylo od 26.6.2017 nahrazeno nařízením Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2015/848 ze dne 20.5.2015. Dle čl. 84 odst. 1 a 2 nařízení se však nařízení Rady ES č. 1346/2000 stále bude vztahovat na řízení zahájená před 26.6.2017, což dopadá také na rozhodnutí High Court of Justice.
92. Dle čl. 1 odst. 1 nařízení č. 1346/2000 se toto nařízení použije na kolektivní úpadková řízení, která zahrnují částečné nebo úplné zabavení majetku dlužníka a jmenování správce podstaty. Dle čl. 2 písm. a) nařízení je seznam relevantních úpadkových řízení pro účely tohoto nařízení obsažen v příloze A nařízení.
93. Jak vyplývá z přílohy A nařízení, tak ve vztahu ke Spojenému království jsou uvedena tato řízení:
 - Winding-up by or subject to the supervision of the court
 - Creditors voluntary winding-up (with confirmation by the court)
 - Administration, including appointments made by filing prescribed documents with the court
 - Voluntary arrangements under insolvency legislation
 - Bankruptcy or sequestration
94. Dle názoru KSZ řízení, které předcházelo vydání předmětného soudního rozhodnutí High court of Justice, do výše citovaných nařízení nezapadá. Tento závěr ostatně potvrzuje také spol. Citibank citované stanovisko prof. Pavla Šturmy, který uvádí, že příloha A nařízení č. 1346/2000 nezahrnuje scheme of arrangement (plán vypořádání s věřiteli) dle části 26 Companies Act 2006 a stanovisko profesora Gabriela Moose QC a Adama Goodisona ze dne 3.4.2017 (bod 17). Nařízení Rady ES č. 1346/2000 ze dne 29.5.2000 se tak na rozhodnutí High court of Justice nevztahuje.
95. S ohledem na výše uvedené je tedy nutno dále posoudit, zda je na uznání rozhodnutí High Court of Justice aplikovatelné nařízení Rady (ES) č. 44/2001 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (nařízení Brusel I), jak tvrdí spol. Citibank. Pro úplnost KSZ dodává, že přestože bylo nařízení Brusel I po 10.1.2015 nahrazeno nařízením Evropského parlamentu a Rady č. EU/1215/2012 ze dne 12.12.2012, tak dle čl. 66 odst. 1 posledně jmenovaného nařízení se toto nařízení mj. vztahuje pouze na řízení zahájená ke dni 10.1.2015 nebo po něm (blíže viz rozhodnutí NS ČR sp. zn. 20 Cdo 3795/2016). Rozhodnutí High Court of Justice je tedy nutno poměřovat dle nařízení Brusel I.

96. Dle čl. 2 písm. b) nařízení Brusel I se toto nařízení nevztahuje na konkursy, vyrovnání a podobná řízení. Tímto podobným řízením by mohlo být rovněž řízení dle části 26 Companies Act, dle kterého je toto řízení aplikovatelné také v případě úpadku dlužníka a mohlo by být chápáno rovněž jako předinsolvenční řešení krizové hospodářské situace. KSZ je tedy toho názoru, že nařízení Brusel I, uvedený typ řízení dle anglického práva, vylučuje ze své působnosti.
97. K námitce nepřípustnosti tzv. šedé zóny, o které se zmiňuje ve svém stanovisku prof. Pavel Šturma, KSZ uvádí, že chápe právní úpravu preventivních restrukturalizací ve smyslu anglického scheme of arrangement jako oblast, která je v Evropě upravena nejednotně a v některých významných členských státech EU nemá uplatnění (mimo ČR např. Německo) a je tedy zřejmé, že budou určité rozpory v uznávání soudních rozhodnutí vzešlých z těchto restrukturalizačních dohod mezi členskými státy EU, které bude zřejmě nutno přesněji upravit. O tom svědčí také návrh směrnice o rámcích pro preventivní restrukturalizaci, druhé šanci a opatřeních ke zvýšení účinnosti postupů restrukturalizace, insolvence a oddlužení a o změně směrnice č. 2012/30/EU (2016/0359 COD).
98. Důkazem o vědomí orgánů EU ohledně nutnosti upravit oblast předinsolvenčních řešení krizových hospodářských situací a nutnosti vyplnění oné šedé zóny, je právě přijetí nařízení č. 2015/848, které zrušilo nařízení č. 1346/2000 a které nově upravuje tzv. restrukturalizační postupy. Toto vyplývá také z důvodové zprávy k návrhu výše citované směrnice EU. Byť se nařízení č. 2015/848 na daný případ nevztahuje, tak KSZ považuje za vhodné poukázat na skutečnost, že ani tímto nařízením nepodařilo vyvrátit určité pochybnosti ohledně uznávání řízení dle části 26 Companies Act 2006.
99. Dle čl. 1, bod 1. nařízení se nařízení č. 2015/848 „vztahuje na veřejná kolektivní řízení, včetně předběžných řízení, která jsou založena na právu upravujícím úpadek a ve kterých, za účelem záchrany, úpravy dluhu, reorganizace nebo likvidace...je soudem nebo na základě zákona přiznáno dočasné přerušování řízení na vymáhání individuálních nároků s cílem umožnit jednání mezi dlužníkem a jeho věřiteli...Seznam řízení podle tohoto odstavce je obsažen v příloze A.“ Obsah přílohy A ve vztahu ke Spojenému království je přitom zcela totožný, jako u citované přílohy A nařízení č. 1346/2000.
100. Dále je nutno zmínit důvodovou zprávu k nařízení č. 2015/848 bod (16) „...toto nařízení by se mělo vztahovat na řízení, jež jsou založena na právu upravujícím úpadek. Za řízení založená na právu upravujícím úpadek, by neměla být považována řízení, jež jsou založena na obecném právu obchodních společností, které není určeno výhradně pro situace platební neschopnosti.“ Tímto řízením je pak dle názoru KSZ právě řízení, z něhož vzešlo rozhodnutí High Court of Justice dle části 26 Companies Act 2006 (zákon o společnostech).
101. KSZ dovozuje, že smyslem úpravy obou výše uvedených nařízení EU (č. 1346/2000 a č. 2015/848) jsou restrukturalizační postupy (např. formou dohody s věřiteli), které jsou ovšem prováděny v rámci insolvenční legislativy a bezprostředně souvisejí s úpadkem dlužníka. Jejich primárním smyslem je tedy řešení úpadkové situace dlužníka, nejde o univerzální postupy k narovnání vztahu mezi věřiteli nebo akcionáři obchodních společností. Z uvedeného důvodu byla zřejmě také řízení specifikována

v příloze A nařízení č. 1346/2000 specifikována v čl. 2 písm. a) jako úpadková řízení. Smyslem nařízení Brusel I je pak upravit uznávání rozhodnutí, která s insolvenční legislativou nijak nesouvisí.

102. Pokud tedy jde o povahu vyrovnání na základě části 26 Companies Act 2006, z něhož vzešlo předmětné rozhodnutí, tak toto je dle názoru KSZ založeno na obecném způsobu vyrovnání mezi dlužníkem a věřiteli, ať již ten kdo usiluje o vyrovnání s věřiteli je solventní nebo insolventní. Jak vyplývá ze stanoviska profesora Gabriela Moose QC a Adama Goodisona ze dne 3.4.2017 (bod 17), je restrukturalizace před insolvencí za účelem vyhnout se insolvenčnímu řízení pouze jedním z cílů této právní úpravy. Příslušná ustanovení Companies Act 2006 (part 26) tedy slouží jako obecná úprava způsobu úpravy vztahů mezi společnostmi a věřiteli a zahrnuje také případnou úpravu vnitřních struktur společnosti.
103. Rozhodování anglického soudu dle části 26 Companies Act 2006, je tedy s přihlédnutím ke shora uvedenému jakýmsi univerzálním typem řízení o vyrovnání, které nelze bez výhrad zařadit výlučně mezi řízení týkající se úpadku a stejně tak ovšem nelze tvrdit, že v tomto typu řízení nelze řešit také úpadkovou situaci obchodních společností. Tento typ řízení nemá v České republice žádnou alternativu.
104. S ohledem na výše uvedené se KSZ domnívá, jak nařízení Rady ES č. 1346/2000 tak nařízení Brusel I vylučují typ řízení dle části 26 Companies Act 2006 ze své působnosti, přičemž jsou vážné pochybnosti, zda o právech a povinnostech ve věci, která byla předmětem jednání anglického soudu, by mohly rozhodovat české soudy ve smyslu § 14 ZMPS a zda je zaručena vzájemnost dle § 15 odst. 1 písm. f) ZMPS.

1.1. Rozpor s veřejným pořádkem

105. I pokud by soud dospěl k závěru, že rozhodnutí High Court of Justice je možno v České republice uznat na základě nařízení Brusel I a potažmo také na základě § 14 ZMPS, jsou zde vážné důvody domnívat se, že uznání rozhodnutí se přičítá veřejnému pořádku ČR, což brání jeho uznání jak dle čl. 34 bod 1 nařízení Brusel I, tak dle § 15 odst. 1 písm. e) ZMPS. Rozpor s veřejným pořádkem brání také uznání cizozemského rozhodnutí dle čl. 26 nařízení č. 1346/2000 a čl. 33 nařízení č. 2015/848.
106. Jak je níže uvedeno pod bodem 2 vyjádření, KSZ je toho názoru, že dlužník se ke dni vydání rozhodnutí High Court of Justice, tedy ke dni 5.9.2014 nacházel v úpadku.
107. Ust. § 98 odst. 1 IZ (který je veřejnoprávním předpisem) stanoví povinnost dlužníka, který je právnickou osobou, podat insolvenční návrh bez zbytečného odkladu poté, co se dozvěděl nebo při náležité pečlivosti měl dozvědět o svém úpadku. Dle § 98 IZ pak dlužník odpovídá za škodu způsobenou nepodáním insolvenčního návrhu. Je tedy zřejmé, že zákon pod hrozbou odpovědnosti za škodu nutí dlužníka, který se nachází v úpadku, aby se podřídil režimu insolvenčního řízení, jehož základním cílem je dle § 1 písm. a) IZ uspořádání majetkových vztahů k osobám dotčeným úpadkem nebo hrozícím úpadkem a k co nejvyššímu a zásadně poměrnému uspokojení dlužníkůvých věřitelů v souladu s insolvenčním zákonem.

108. KSZ se domnívá, že pokud insolvenční zákon se stavem úpadku spojuje povinnost podat insolvenční návrh, tak předpokládá, že dlužníkovi v podstatě v tomto okamžiku vzniká povinnost uspokojovat své věřitele dle zásad, na kterých stojí insolvenční zákon a měl by se vyvarovat jakéhokoliv jednání, které by účelově mohlo nějakým způsobem omezit nebo ztížit aplikaci konkrétních ustanovení insolvenčního zákona, která slouží k naplnění jeho výše zmiňovaného smyslu a účelu.
109. Jakékoliv jiné jednání (v rozporu se smyslem a účelem insolvenčního zákona) v okamžiku zjištění úpadku dlužníka je tedy nutno vnímat jako jednání odporující výše citovaným ustanovením insolvenčního zákona a za určitých situací (při naplnění dalších podmínek stanovených trestním zákoníkem) také jako nezákonné jednání, které může také naplňovat skutkovou podstatu trestného činu (např. poškozování zvyhodňování věřitele).
110. Současně je nutno brát v úvahu skutečnost, že dlužník byl součástí koncernu NWR, a tak jak bylo uvedeno v kapitole IV. bod 1.2, byl jedinou společností v koncernu, která vytvářela svou podnikatelskou činností zisk. Je tedy možno dovozovat, že pokud jediné aktivum holdingových společností skupiny NWR byla společnost, která se nacházela v úpadku, byly v úpadku také ovládající společnosti NWR. Úpadek celé skupiny NWR je tedy nutno vnímat především jako úpadek dlužníka. Společnosti koncernu NWR se tedy v roce 2014 ocitly v úpadkové situaci, kterou bylo nutno nějakým způsobem vyřešit. KSZ je přesvědčeno, že způsob řešení, který skupina NWR zvolila, nijak nezohledňoval práva řady oprávněných věřitelů dlužníka a byl pokusem vyřešit tuto situaci pouze s přihlédnutím k zájmům největších věřitelů a akcionářů dlužníka, kteří byli současně věřiteli NWR N.V. a po restrukturalizaci také NWR Holdings B.V.
111. Spol. Citibank předložila v tomto řízení k důkazu již zmiňovaný prospekt vydaný v souvislosti s emisí dluhopisů 2014. Tento dokument byl vypracován spol. NWR N.V. jakožto emitentem výše specifikovaných dluhopisů. Účelem prospektu je poskytnout případným zájemcům o tyto dluhopisy podrobné informace o emisi a hospodaření emitenta. Jak vyplývá z úvodních ustanovení prospektu (str. v), tak představenstvo emitenta (NWR N.V.) přejímá veškerou odpovědnost za tento prospekt s ohledem na všechny záležitosti týkající se skupiny (NWR).
112. V kapitole prospektu označené jako restrukturalizace – přehled a nedávný vývoj (str. 48-49) uvádí emitent následující. *„Záměrem skupiny bylo snažit se zabránit nepříznivým důsledkům v podobě formální insolvence skupiny nebo jejích částí a zejména „zničení“ hodnoty, které by z takové insolvence vyplynulo. Emitent se domníval, že v případě formální insolvence dceřiných společností v jejich příslušných jurisdikcích by bylo dosaženo ještě menší splacení dluhu a NWR Plc a její akcionáři by nedostali nic. S cílem umožnit restrukturalizaci podle plánu se představenstvo emitenta rozhodlo přesunout centrum hlavních zájmů („COMI“) emitenta do Anglie. Kroky, které byly učiněny emitentem, s cílem přesunout jeho COMI do Anglie zahrnují: (i) odstoupení tří členů představenstva žijících v cizině, aby většina představenstva žila v Anglii, (ii) přesun klíčových zaměstnanců pro účely restrukturalizace do Anglie s tím, že zbývající zaměstnanci přejdou do NWR Plc, (iii) registraci jako zahraniční společnosti u registrátora (jak je definován v britském zákoně o společnostech), u britského obchodního rejstříku Companies House, (iv) uzavření smlouvy ohledně využívání prostor v Anglii nezbytných pro obchodní funkci*

emitenta a jeho řízení v UK, (v) změnu sídla u obchodní komory v Amsterdamu (Kamer van Koophandel) na adresu nových prostor v Anglii, (vi) přijetí všech přiměřených kroků za účelem informování věřitelů o přesunu COMI emitenta do Anglie (včetně oznámení tohoto přesunu v tisku a prostřednictvím webových stránek emitenta, na webových stránkách London Stock Exchange a Varšavské burzy cenných papírů, a doručení tohoto oznámení burzou cenných papírů Praha investorům v souladu s jejich běžnými postupy, zaslání oznámení do Euroclear a Clearstream (které je následně zašlou majitelům předchozích seniorních zajištěných dluhopisů a majitelům předchozích seniorních nezajištěných dluhopisů a některým stranám smluv o vydání předchozích dluhopisů), (vii) výkon administrativních funkcí emitenta v Anglii, (viii) uskutečňování všech hlavních jednání s věřiteli v rámci plánu z Anglie, (ix) přesun všech účetních knih, dokumentů a záznamů do sídla v Londýně, (x) otevření bankovních účtů v Londýně, podniknutí kroků s cílem zrušit bankovní účty emitenta v Nizozemsku, převod peněz na londýnské účty a uskutečňování většiny plateb z londýnských účtů, a (xi) konání všech schůzí představenstva emitenta v Londýně.“

113. Na str. 20 prospektu je pak uvedeno, že *„Počáteční ručitelé seniorních zajištěných dluhopisů byli založeni v České republice, Nizozemsku a Polsku. Insolvenční řízení s ohledem na ručitele v těchto jurisdikcích se tedy může řídit insolvenčními zákony České republiky, Nizozemska nebo Polska. Insolvenční zákony České republiky, Nizozemska a Polska nemusí být pro vaše zájmy tak příznivé jako zákony jiné jurisdikce, které možná znáte. V případě, že má emitent finanční těžkosti, není možné s jistotou předvídat výsledek insolvenčních nebo podobných řízení.“*
114. Z tiskového prohlášení skupiny NWR ze dne 8.8.2016 na str. 4 je zřejmé, že *„...hlavním cílem Restrukturalizace 2014 bylo zmírnění rizika, že by kterákoli ze společností v rámci skupiny NWR (zejména její klíčová provozní dceřiná společnost OKD), musela podat insolvenční návrh nebo zahájit proces likvidace (nebo jiný formální proces vedoucí k řešení úpadku).“*
115. Z uvedených tvrzení jednoznačně vyplývá, že skupina NWR si dobře uvědomovala rizika insolvenčního řízení v různých jurisdikcích, mj. tedy také v České republice.
116. Skupina NWR evidentně hledala způsob jak nastalou úpadkovou situaci dlužníka (a zřejmě celé skupiny NWR) řešit s vyloučením českého insolvenčního zákona, neboť zde byla jistá rizika sníženého výnosu zejména pro majitele dluhopisů (věřitele z původní emise dluhopisů v roce 2010) a nulového výnosu pro akcionáře dlužníka. KSZ k tomuto dodává, že český insolvenční zákon také přináší rizika popírání pohledávek a podávání odpůřících žalob, čehož si muselo být představenstvo NWR N.V. vědomo, když zvažovalo právní následky insolvenční právní úpravy dle sídla dceřiných společností NWR N.V. S přihlédnutím ke skutečnostem uvedených níže pod bodem 3, KSZ dovozuje, že si představenstvo NWR N.V. muselo být rovněž vědomo pravděpodobnosti napadení připravovaných smluv, které směřovaly k realizaci restrukturalizace ze strany insolvenčního správce. Z výše uvedeného prohlášení NWR N.V. v prospektu je zřejmé, že záměr restrukturalizace tak, jak byl realizován prostřednictvím SSN, SSCF a ICA, by nebyl dle jejich názoru realizovatelným dle českého práva.

117. S tímto vědomím a v souladu s jednotnou politikou koncernu tedy spol. NWR N.V. uskutečnila to, čemu se říká forum shopping, tedy našla v právním řádu jiné členské země EU právní úpravu, která jí umožňovala realizovat jejich záměr, který neodpovídal požadavkům českého práva a za tímto účelem přemístila do této země své sídlo – centrum hlavních zájmů tak, aby založila příslušnost místního soudu. Tato skutečnost by sama o sobě nebyla ničím, co by bránilo veřejnému pořádku v ČR (přestože je tato činnost v EU vnímána obecně jako negativní), pokud by jejím smyslem bylo nalezení efektivního řešení pro dlužníka OKD, a.s. (z pohledu zachování provozu) a všechny jeho věřitele. Jak ovšem lze z výše uvedeného usuzovat, smyslem bylo realizovat restrukturalizaci, která narovná vztahy pouze mezi největšími věřiteli NWR N.V. a akcionáři dlužníka k jejich vzájemnému prospěchu bez přihlédnutí k zájmům jiných, menších věřitelů dlužníka.

118. Ačkoliv bylo povinností dlužníka (zprostředkovaně tuto odpovědnost nesou všichni členové skupiny – koncernu NWR) podat v České republice insolvenční návrh a realizovat případnou reorganizaci dlužníka na základě stávajících závazkových vztahů s jeho věřiteli, realizovala skupina NWR za součinnosti dlužníka (prostřednictvím Boudewijna Wentika) restrukturalizaci dle anglického práva a narovnávala závazkové vztahy mezi NWR N.V. a jejími věřiteli způsobem, který měl přímý dopad do majetkové podstaty dlužníka, tedy s vědomím vyloučení všech oprávněných věřitelů dlužníka, kteří neměli žádnou možnost se k takovéto dohodě vyjádřit a byli postaveni před existenci cizozemského rozhodnutí o narovnání, které je dle názoru spol. Citibank nutno bez dalšího akceptovat.

119. Jak vyplývá z argumentace spol. Citibank, samotná existence rozhodnutí High Court of Justice, má být překážkou jak pro přezkoumání jejich pohledávek z hlediska její pravosti, tak pro posouzení neúčinnosti jednání, z nichž tyto pohledávky vychází. KSZ tedy hodnotí realizaci Restrukturalizace 2014 prostřednictvím scheme of arrangement dle části 26 Companies Act 2006 jako spekulativní záměr skupiny NWR, jehož smyslem bylo mj. zajistit platnost dohody, která by v ČR nebyla realizovatelná a účelově vyloučit její přezkum právě s odkazem na cizozemské rozhodnutí, to vše ke škodě věřitelů spol. OKD, a.s., kteří by dle uvedeného spekulativního záměru nemohli nijak napadnout existenci pohledávek věřitelů vzešlých z této dohody, ani tuto pohledávku nijak přezkoumávat (pokud by soud cizozemské rozhodnutí uznal) v případě, že by v České republice bylo zahájeno insolvenční řízení.

120. Restrukturalizace 2014 byla realizovatelná pouze ve vztahu mezi NWR N.V. a jejími věřiteli, tedy s vyloučením jiných věřitelů dlužníka, přestože se úpadek koncernu NWR týkal především dlužníka a bylo povinností dlužníka podat v České republice insolvenční návrh. Nepodání tohoto návrhu je pak nutno (v návaznosti na udělení plné moci pro Boudewijna Wentika) přičítat výše popsanému společnému koncernovému zájmu (jak je uvedeno výše) skupiny NWR.

121. Pokud jde o samotné rozhodnutí High Court of Justice, tak ze stanoviska profesora Gabriela Moose QC a Adama Goodisona ze dne 3.4.2017 vyplývá, že předmětem rozhodování není přezkum protiplnění, tedy otázek, které jsou z pohledu českého práva a odporovatelnosti jednání zásadní (bod 79 iv., v. stanoviska). S ohledem na skutečnost, že úpadková situace skupiny NWR byla řešena na úrovni NWR N.V., nemohl anglický soud z povahy věci ani přihlédnout k oprávněným zájmům řady věřitelů OKD, a. s. (kteří nebyli současně věřiteli NWR N.V.) a kteří by svůj zájem

mohli projevit u jednání hlasováním (blíže viz body 46-55 stanoviska). Skutečnost, že u High Court of Justice byla řešena úpadková situace skupiny NWR, je dobře patrná ze samotného soudního rozhodnutí, zejména pak ze sdělení soudu, že NWR nevytvořilo dostatečnou provozní hotovost k tomu, aby pokrylo své finanční závazky (což lze považovat za výraz platební neschopnosti). Soud rovněž konstatuje zájem stran vyhnout se insolvenčnímu řízení (mj. také nizozemskému), což je ovšem dle anglického práva legální možnost řešení úpadku obchodních společností v tomto typu řízení. Motivace k obcházení české insolvenční právní úpravy je dobře patrná z důvodů, které měly vést k vyloučení tzv. konsenzuální restrukturalizace a holandské insolvence (bod 9 rozhodnutí High Court of Justice). Tyto důvody vyplývají především z nemožnosti nalezení vhodné alternativy k postupu dle anglického práva v jiné jurisdikci a s přihlédnutím k nejistotám, které tyto insolvenční procesy provází. Rozhodnutí pak rovněž potvrzuje záměr účastníků dohody vyhnout se insolvenčnímu procesu s ohledem na větší riziko realizace aktiv (bod 27 rozhodnutí High Court of Justice), což KSZ vnímá jako sdělení vztahující se zejména k věřitelům NWR N.V. a NWR Holdings B.V.

122. KSZ je tak toho názoru, že došlo ze strany osob jednajících jménem společnosti NWR N.V. k pokusu o zneužití institutu scheme of arrangement dle části 26 Companies Act 2006 za účelem obcházení základních zásad, na kterých stojí české veřejnoprávní předpisy, zejména insolvenční zákon. Takovou dohodu s věřiteli, která svým smyslem a účelem směřuje k obcházení insolvenčního zákona – veřejnoprávního předpisu, tedy k nedovolenému účelu, je nutno z pohledu českého práva hodnotit jako dohodu neplatnou (KSZ předpokládá s přihlédnutím k tvrzením uvedeným níže pod bodem 3, že všechny zúčastněné smluvní strany byly seznámeny se skutečnostmi vyplývajících z prospektu, tedy rovněž skutečnostmi svědčícími o úpadku dlužníka a rizikovém předpokladu řešení situace dle insolvenčního práva ČR), resp. v rozporu s veřejným pořádkem a rozhodnutí, které tuto dohodu legalizuje, jako rozhodnutí odporující veřejnému pořádku ČR.
123. KSZ považuje za nutné zdůraznit, že nijak neshledává pochybení v rozhodování anglického soudu, resp. se ani nepokouší přezkoumávat správnost rozhodnutí soudu dle anglického práva, pouze uvádí, že základní parametry tohoto řízení umožňují i při dodržení všech správných právních postupů soudce vydat rozhodnutí, které nemusí být v souladu s českými právními předpisy, aniž by přitom došlo k pochybení soudce.

Důkaz :

- rozhodnutí High Court of Justice in England and Wales ze dne 5.9.2014
- rozhodnutí United States Bankruptcy Court, Southern district of New York ze dne 9.9.2014
- anglické stanovisko profesora Gabriela Moose QC a Adama Goodisona ze dne 3.4.2017
- stanovisko prof. Dr. Pavla Šturmy ze dne 7.7.2014
- návrh dle „part 8 of the United Kingdoms Civil Procedure Rules to High Court of Justice in England and Wales (civilního procesního předpisu upravujícího podávání návrhu k High Court of Justice) a předložení prohlášení (statement) ve smyslu bodu 897 odst. (2) Companies Act, které nechť jsou vyžádány od spol. Citibank

- tiskové prohlášení NWR ze dne 8.8.2016

2. jednání dlužníka v úpadku

124. KSZ tedy výše dovodilo, že rozhodnutí High Court of Justice nepředstavuje překážku pro projednání odpůrčí žaloby podané insolvenčním správcem. Zbývá tedy posoudit, zda jsou dle tvrzení insolvenčního správce naplněny podmínky pro posouzení napadených právních jednání (SSN, SSCF a ICA) jako neúčinných dle české právní úpravy, tedy insolvenčního zákona.
125. S přihlédnutím ke konkrétní právní kvalifikaci neúčinného právního jednání dle insolvenčního zákona, použité insolvenčním správcem (§§ 240, 241 IZ), je nutno posoudit, zda napadené právní jednání dlužníka bylo učiněno v době úpadku dlužníka nebo k jeho úpadku vedlo. Tímto jednáním je pak dle odpůrčí žaloby podané insolvenčním správcem uzavření SSN, SSCF a ICA, kdy smluvní stranou ve všech případech byl také dlužník.
126. KSZ se v podstatě ztotožňuje se závěry insolvenčního správce, který pod bodem IX. žaloby poměrně podrobně popsal ekonomické ukazatele, které nasvědčují tomu, že dlužník se v roce 2014 nacházel v úpadku z důvodu předlužení ve smyslu § 3 odst. 3 IZ. Jedním ze základních podkladů pro toto tvrzení je údaj o záporném vlastním kapitálu v roce 2014 tak, jak vyplývá z účetní závěrky dlužníka za rok 2014, když souhrn jeho závazků převyšoval hodnotu jeho majetku a měl zároveň více věřitelů. Insolvenční správce v podstatě konstatuje výrazné zhoršení výkonů dlužníka již v roce 2013.
127. Přestože insolvenční správce poměrně podrobným způsobem popsal okamžik a příčiny úpadku dlužníka, považuje KSZ za nezbytné v návaznosti na vlastní tvrzení pod bodem V. 1. pouze okrajově uvést některé skutečnosti, které KSZ vedou k závěru, že tzv. Restrukturalizace 2014, která vyústila v rozhodnutí High Court of Justice byla řešením úpadkové situace dlužníka, a tedy že okamžik úpadku v roce 2014 předcházela datu uzavření napadených smluv (9.9.2014 - SSCF, 7.10.2014 - SSN a ICA).
128. Jak vyplývá ze samotného rozhodnutí High Court of Justice, jak bylo uvedeno výše, pan soudce Norris v bodě 6 a 7 rozhodnutí konstatoval neschopnost skupiny NWR splácet své finanční závazky, když výnosy majetku nejsou volně k dispozici k financování činností skupiny. V rozhodnutí (bod 25) je uvedeno, že alternativou scheme of arrangement je insolvency, které je nutno se vyhnout (s ohledem na výše zmiňované riziko realizace hodnoty aktiv).
129. Údaje k nepříznivé hospodářské situaci dlužníka v roce 2014 jsou pak dobře patrné také z dokumentů emitovaných skupinou NWR, zejména pak z prospektu. Z údajů o emitentovi (NWR N.V.) na str. (xxv) prospektu vyplývá, že spol. KPMG, která provedla audit konsolidované účetní závěrky emitenta NWR N.V. za rok 2013 a mezitímní účetní závěrky končící 30.6.2014, uvedla rizikové faktory – „*Skupina nemusí mít dostatek disponibilní hotovosti ke splácení svých dluhů*“ a „*Pokud spol. NWR Plc nedokáže udržet minimální prahovou hodnotu likvidity ve výši 40 mil. EUR,*

nastane případ porušení podle SSCF a majitelé seniorních zajištěných dluhopisů a konvertibilních dluhopisů mohou uplatnit své právo na akceleraci. “

130. Na str. 16 prospektu se pak uvádí, že „Vzhledem k současným cenám uhlí jsou peněžní toky skupiny momentálně záporné a stávající nízké ceny uhlí vyvolávají výrazný tlak na pozici skupiny ohledně likvidity a na její platební schopnost. Nedosažení uspokojivé kapitálové struktury pro účely likvidity a platební schopnosti by znamenalo výrazné riziko, že skupina přestane vykonávat svou činnost. “
131. Závěrům insolvenčního správce pak nasvědčuje tvrzení NWR N.V. na str. 48 prospektu, kde se dále uvádí, že „zhoršení globálních trhů s uhlím a koksem začalo v polovině roku 2011, ještě více se zhoršilo v roce 2013 a trvalo až do roku 2014. V květnu 2013 společnost NWR Plc oznámila, že obtížné tržní podmínky vedly k nutnosti provést přezkum činnosti s cílem přizpůsobit činnost skupiny těmto obtížným tržním podmínkám...skupina dne 22.1.2014 zahájila jednání s některými velkými majiteli předchozích dluhopisů s cílem řešit neudržitelné závazky splácení dluhů ve vztahu k předchozím dluhopisům a zajistit, aby skupina mohla v budoucnu pokračovat ve své činnosti. “
132. Restrukturalizaci 2014 jako alternativu k nevyhnutelné insolvenční chápou také prof. Gabriel Mosse QC a Adam Goodison ve svém společném stanovisku ze dne 3.4.2017 (bod 21 a 23 B stanoviska), kdy v bodě 26 B stanoviska je výslovně uvedeno, že „Kdyby společnost OKD nebyla ochotna poskytnout ručení za novou peněžní půjčku, tato nová peněžní půjčka by nepochybně nebyla poskytnuta a skupina společně s OKD by skončila v insolvenční. “ KSZ k tomuto dodává, že dle jeho názoru se dle výše uvedených údajů a údajů specifikovaných v odpůřčí žalobě insolvence dlužníka již v roce 2014 jevila jako nevyhnutelná a Restrukturalizace 2014 směřovala pouze k uspořádání vztahů mezi největšími věřiteli skupiny NWR a samotným NWR N.V. tak, aby dopady formálního insolvenčního řízení v České republice byly pro tyto subjekty co nejmenší tak, jak bylo blíže uvedeno v kapitole V. bod 1.
133. Insolvenční správce v odpůřčí žalobě (bod 75) navrhuje, aby skutečnosti týkající se posouzení stavu úpadku dlužníka byly posouzeny znalcem z oboru ekonomika, který by se měl vyjádřit k tomu, že dlužník byl v době uzavření SSN, SSCF a ICA ve stavu úpadku. K tomuto KSZ uvádí, že otázka okamžiku úpadku dlužníka je v incidenčním sporu, který je konán v rámci insolvenčního řízení otázkou právní a nemůže být předmětem znaleckého zkoumání.

Důkaz :

- smlouva SSN
- smlouva SSCF
- smlouva ICA
- anglické stanovisko profesora Gabriela Moose QC a Adama Goodisona ze dne 3.4.2017
- rozhodnutí High Court of Justice in England and Wales ze dne 5.9.2014
- prospekt dluhopisů schválený pro přijetí k obchodování na Lucemburské burze

vše součástí spisu 32 ICm 3260/2016

3. Restrukturalizace 2014 a zkrácení věřitelů dlužníka

134. Ať již jsou důvody insolvenčního správce pro podání odpůrčí žaloby jakékoliv, tak dle názoru KSZ základem pro jakoukoliv úvahu o naplnění některé ze skutkových podstat neúčinného právního jednání dlužníka učiněného v době jeho úpadku ve smyslu § 235 a násl. IZ je posouzení, zda dotčené právní jednání nějakým způsobem poškodilo majetkovou podstatu dlužníka v tom směru, že se ostatním věřitelům dlužníka v důsledku naplnění některé ze skutkových podstat neúčinného právního jednání nedostává takového uspokojení, které mohou legitimně očekávat v insolvenčním řízení. Právo věřitelů dlužníka na co nejvyšší a zásadně poměrné uspokojení (§ 1 písm. a) IZ) musí být nějakým způsobem ohroženo, právní postavení oprávněných věřitelů se musí v důsledku neúčinného právního jednání zhoršit, což by v konečném důsledku mělo být důvodem pro podání odpůrčí žaloby a prohlášení tohoto jednání za neúčinné.
135. Při posuzování, která konkrétní skutková podstata neúčinného právního jednání by měla být naplněna, je dle názoru KSZ nutno rozlišovat poněkud odlišné právní postavení jednotlivých smluvních stran ve vztahu k dlužníkovi. Pokud jde o postavení dlužníka jako ručitele v předmětných smlouvách ve vztahu k ostatním účastníkům těchto smluv, resp. k posouzení charakteru tohoto ručení, tak zde bude zřejmě nutné vycházet z cizozemského práva tak, jak bylo uvedeno v kapitole IV. bod 3 vyjádření, a proto se z výše uvedených důvodů k této problematice KSZ prozatím nevyjadřuje. Dosud však nebylo prokázáno, že by spol. Citibank měla být ve vztahu k dlužníkovi v pozici osoby blízké. Tato skutečnost pak může mít vliv na povinnost tvrzení a povinnost důkazní ze strany spol. Citibank ve vztahu k úpadku dlužníka a rovněž na zachování lhůty pro odporovatelnost ve smyslu § 240 odst. 3 IZ nebo § 241 odst. 4 IZ. KSZ tak v rámci objektivního posouzení věci považuje za podstatné posoudit vzájemné postavení smluvních stran rovněž z pohledu subjektivní stránky jejich jednání, které vedlo k uzavření SSN, SSCF a ICA.
136. S ohledem na skutečnosti výše popsané v tomto vyjádření (informace vyplývající z veřejně dostupných zdrojů – výročních zpráv dlužníka a NWR Plc, prospektu apod.), si všechny smluvní strany v době uzavírání SSN, SSCF a ICA musely uvědomovat úpadkovou situaci dlužníka. Toto lze dovodit také z obsahu samotného rozhodnutí High Court of Justice, kde byl předmětem schvalování způsob vypořádání ve vztahu k záležitostem spol. NWR N.V. s přihlédnutím k jejímu zadlužení, to vše s vědomím, že provozní činnost (a tedy také ekonomické výsledky) v rámci skupiny NWR je zejména záležitostí dlužníka, když spol. NWR N.V. je především subjektem pro financování (bod 1 a 2 rozhodnutí High Court of Justice). Soud přitom vycházel z informací poskytnutých účastníky řízení (řízení zahájeno na návrh účastníka). Všechny smluvní strany si musely být vědomy, že úpadek spol. NWR N.V. bylo nutno vnímat především jako úpadek dlužníka, kdy údaje o koncernové struktuře NWR a úloze dlužníka v koncernu musely být všem smluvním stranám dobře známy nejen z veřejně dostupných zdrojů (výroční zprávy dlužníka), ale také z dlouhodobých právních vztahů s dlužníkem, když Restrukturalizace 2014 byla dle tvrzení spol. Citibank v podstatě narovnáním právních vztahů mezi původními věřiteli a skupinou NWR, které trvaly nejméně od roku 2010 na základě emise dluhopisů v roce 2010 (Indenture 7.875% Senior Secured Notes due 2018). Nutno dodat, že spol. Citibank byla sama smluvní stranou SSN, SSCF a ICA a podílela se tedy také na předmětné restrukturalizaci dlužníka.

137. Pokud se dlužník rozhodl Restrukturalizaci 2014 akceptovat (s přihlédnutím k jeho odpovědnosti jednat s péčí řádného hospodáře dle § 81 odst. 2 ZOK), tak s ohledem na skutečnost, že se nacházel v úpadku, musel zvažovat, jaké mu tato restrukturalizace přinese výhody tak, aby nedošlo k poškození oprávněných zájmů jeho věřitelů v insolvenčním řízení.
138. Tyto výhody pak spol. Citibank specifikuje ve svých vyjádřeních následujícím způsobem.
- Přijetím garancí v rámci Restrukturalizace 2014 došlo ke zlepšení finanční pozice dlužníka, když tyto garance (2014) nahradily původní ručitelské závazky z dluhopisů o celkové jmenovité hodnotě 500 mil. EUR vydaných v roce 2010, které byly v rámci Restrukturalizace 2014 nahrazovány emisí dluhopisů dle SSN. Konkrétně tedy došlo ke snížení rozsahu ručení dlužníka z 500 mil. EUR na 335 mil. EUR (SSN + SSCF), tedy o 165 mil. EUR, a rovněž k prodloužení splatnosti nové emise ve srovnání s původní emisí (z roku 2018 na 2020). Celkové zadlužení skupiny NWR se podařilo díky restrukturalizaci snížit z 825 mil. EUR na 535 mil. EUR a současně bylo skupině poskytnuto další financování ve výši 185 mil. EUR (bod 40-43 žaloby spol. Citibank).
 - Dlužník měl celkový prospěch nejen z Restrukturalizace 2014, ale také z restrukturalizovaného financování skupiny NWR sjednaného v roce 2010. Od roku 2010 dlužník na základě akcionářských půjček obdržel závratných 612 mil. EUR, přičemž zásadní část těchto půjček a k nim přirostlých úroků ve výši 586 mil. EUR byla následně zkaptalizována do kapitálu dlužníka.
139. Pokud mají být hodnoceny výhody Restrukturalizace 2014 pro dlužníka, je nutno předně vycházet z předpokladu, že to co může být výhodné pro ovládající společnosti NWR v rámci koncernu NWR, nemusí být vždy výhodné také pro dlužníka, ovšem s nezbytným přihlédnutím k tomu, v jaké ekonomické situaci se dlužník aktuálně nachází.

3.1. SSN

140. Jak bylo uvedeno v kapitole IV. bod 1.1., spol. NWR N.V. byla bezprostředně ovládající osobou dlužníka již od 7.9.2006. Dne 27.4.2010 byla uzavřena mezi NWR N.V. jako emitentem, OKD, a.s., OKK Koksovny, a.s. a NWR Karbonia Sp. z.o.o. jako subsidiárními ručiteli Deutsche Trustee Company Limited jako správcem, Deutsche Bank AG, London Branch Luxembourg S.A., jako agentem pro kotaci a registrátorem, Citibank N.A., London Branch jako poskytovatelem záruky a Deutsche International corporate Services (Ireland) Limited jako Irským platebním zmocněncem a Irským převodním zmocněncem smlouva - Indenture 7.875% Senior Secured Notes due 2018 (dále jen „Indenture 2010“).
141. Jak výslovně potvrzuje ve svém vyjádření ze dne 11.10.2017 spol. Citibank, byla přímým příjemcem finančních prostředků z emise dluhopisů v hodnotě 475.000.000 EUR splatných v roce 2018 (dle 2.01 (c) a 2.01. (b) Indenture 2010) a finančních prostředků získaných z dodatečné emise dluhopisů v hodnotě 25.000.000 EUR (dle

2.01. (b), (i) Indenture 2010), spol. NWR N.V. Indenture 2010 nijak neřešila jakýkoliv právní nárok dlužníka na takto získané finanční prostředky, řešila pouze ručení dlužníka. Jak vyplývá z bodu 12.01 (i) Indenture 2010, neměl dlužník žádný právní nárok po své „financující“ mateřské společnosti cokoliv požadovat v důsledku jakékoliv jeho platby na základě poskytnuté záruky. Další financování, resp. způsob nakládání s takto získanými finančními prostředky, byl zcela ponechán na záměru nebo dobré vůli mateřské společnosti dlužníka. Dlužníkovi tedy nezbylo, než bez jakékoliv záruky spoléhat, že způsob nakládání s takto získanými finančními prostředky bude k jeho prospěchu, pokud vůbec byla tato emise dluhopisů (a tedy také jeho ručení) pro jeho činnost podstatná.

142. Z uvedeného pohledu je pak logické a pochopitelné tvrzení spol. Citibank, když uvádí, že jí nejsou žádným způsobem známy finanční přesuny uvnitř koncernu NWR, tedy ve vztahu k dlužníkovi, neboť jak Indenture 2010, tak SSN žádným způsobem bezprostředně neřešila financování dlužníka, ale financování spol. NWR N.V. Následné financování dlužníka bylo založeno pouze na vnitrokoncernové solidaritě, případně smluvních vztazích uvnitř koncernu.
143. Indenture 2010, tak jak byla sjednána, shledává KSZ z pohledu dlužníka z důvodu absence nějaké právní jistoty dlužníka v tom směru, že se bude podílet na výnosu z emise dluhopisů a současné nízké odměny jako nevýhodnou pro dlužníka. K tomu je nutno připočítat některá další ustanovení Indenture 2010, které právní postavení dlužníka příliš nezlepšují (např. bod 5.05 Indenture 2010). KSZ k tomu ovšem dodává, že stejně jako spol. Citibank, ani jemu nejsou známy přesné údaje o způsobu přesunu finančních prostředků a vzájemných závazkových vztahů v rámci koncernu NWR a vychází tak zejména z důkazů předložených účastníky, v daném případě z Indenture 2010 a SSN, kdy tyto samotné smlouvy dlužníkovi žádné jistoty za jeho ručení neposkytují. Přes konstatovanou nevýhodnost smlouvy je ovšem nutno brát v úvahu, že dlužník se v roce 2010 v době úpadku nenacházel, což znemožňuje hodnotit jeho jednání v této době jako neúčinné dle insolvenčního zákona s přihlédnutím ke lhůtám dle § 240 odst. 3 IZ, § 241 odst. 4 IZ a § 242 odst. 3 IZ.
144. Následně v roce 2014, tedy v době, kdy nastal úpadek dlužníka a tedy celé skupiny NWR (jak bylo popsáno výše v kapitole V. bod 2), bylo nezbytné „řešit neudržitelné závazky splácení dluhů ve vztahu k předchozím dluhopisům a zajistit, aby skupina mohla v budoucnu pokračovat ve své činnosti“ (str. 48 prospektu).
145. Jak bylo uvedeno výše ve vztahu k závazkům NWR N.V., které jí vyplývaly z původní emise dluhopisů 2010 skupina NWR „dne 22. ledna 2014 zahájila jednání s některými velkými majiteli předchozích dluhopisů s cílem řešit neudržitelné závazky splácení dluhů ve vztahu k předchozím dluhopisům a zajistit, aby skupina mohla v budoucnu pokračovat ve své činnosti. 2. června 2014 NWR Plc a emitent (NWR N.V.) oznámili, že se dohodli na hlavních podmínkách restrukturalizace kapitálové struktury s Ad hoc výborem a některými dalšími majiteli předchozích dluhopisů, kam patří někteří majitelé předchozích dluhopisů a se spol. CERCL Mining, což je hlavní majoritní akcionář NWR Plc“ (str. 49 prospektu).

„Hlavní prvky restrukturalizace byly:

- reverzní „holandská aukce“, podle níž emitent odkoupit předchozí seniorní zajištěné dluhopisy za 41,4 mil. EUR od majitelů předchozích seniorních zajištěných dluhopisů („seniorní zajištěná peněžní opce“),
- peněžní opce s fixní cenou, podle níž emitent odkoupil předchozí seniorní nezajištěné dluhopisy za 120 mil. EUR od majitelů předchozích seniorních nezajištěných dluhopisů („seniorní nezajištěná peněžní opce“),
- emise seniorních nezajištěných dluhopisů celkem za 300 mil. EUR majitelům předchozích seniorních zajištěných dluhopisů,
- emise konvertibilních dluhopisů za 150 mil. EUR majitelům předchozích seniorních nezajištěných dluhopisů,
- emise práv na podmíněné plnění za 35 mil. EUR majitelům předchozích seniorních nezajištěných dluhopisů,
- uvolnění a zrušení předchozích dluhopisů vedoucí ke snížení nesplaceného dluhu emitenta,
- společnost NWR Plc získala přibližně 150 mil. EUR dalšího vlastního kapitálu prostřednictvím emise práv akcionářů, poskytnutí vlastního kapitálu zúčastněným majitelům předchozích dluhopisů a
- někteří majitelé předchozích dluhopisů poskytli a zavázali se k nové superseniorní úvěrové facilitě za 35 mil. EUR.

Po dokončení restrukturalizace dluhová struktura skupiny obsahovala:

- zadlužení ve výši 300 mil. EUR podle seniorních zajištěných dluhopisů, které se stane splatným 7.4.2020,
- zadlužení ve výši 150 mil. EUR podle konvertibilních dluhopisů,
- zadlužení ve výši přibližně 35 mil. EUR podle SSCF,
- závazek ve výši reálné hodnoty svěřeneckých smluv k CVR za 35 mil. EUR,
- zadlužení ve výši přibližně 50 mil. EUR podle smlouvy o ECA facilitě.

V důsledku Restrukturalizace 2014 byl celkový externí dluh skupiny (včetně dluhových závazků) snížen z přibližně 825.000.000 EUR na přibližně 570.000.000 EUR. 150.000.000 EUR takového zadlužení vzniklého po restrukturalizaci, by bylo převoditelných na vlastní kapitál (za podmínek konvertibilních dluhopisů) a 35.000.000 EUR by bylo splatných pouze tehdy, kdyby ceny uhlí dosáhly podstatně vyšších úrovní a skupina by měla dostatečnou likviditu (za podmínek práv na podmíněné plnění)“ (str. 51 prospektu).

146. Informace vyplývající z prospektu pak nasvědčují tvrzením spol. Citibank ohledně celkového snížení ručení dlužníka v rámci Restrukturalizace 2014, oproti původnímu ručení dle Indenture 2010.
147. Zde musí KSZ předně konstatovat, že k těmto skutečnostem, které KSZ považuje za poměrně zásadní, se insolvenční správce dosud nijak nevyjádřil. Jako žalobce je přitom insolvenční správce povinen prokázat, že Restrukturalizace 2014 mj. prostřednictvím SSN a SSCF, byla pro dlužníka, potažmo jeho věřitele ekonomicky nevýhodná.
148. Insolvenční správce se v odpůrcí žalobě (bod 32, 33) při právní kvalifikaci napadených právních jednání ve vztahu k SSN zcela soustředil na skutečnost, že ze samotné SSN nevyplývá pro dlužníka žádný prospěch, žádná finanční odměna s výjimkou odměny dlužníka ve výši 2.537.000 EUR, kterou dle spol. Citibank

dlužník obdržel. Insolvenční správce dále uvádí, že dlužník eviduje pouze písemnou dohodu o odměně uzavřenou mezi dlužníkem a NWR N.V. dne 9.9.2014 nazvanou „*Agreement on Payment of Guarantee Fee – SSN – OKD*“, na jejímž základě měl dlužník v letech 2014 a 2015 obdržet částku 5,074 mil. EUR. Uvedenou částku insolvenční správce považuje ve vztahu k výši částky, za jejíž splnění se dlužník zaručil, za zcela neadekvátní a ocenění spol. Ernst & Young, s.r.o. ve vztahu k výše uváděné odměně jako pouhé indikativní ocenění, které nemá dostatečnou důkazní hodnotu. Dle insolvenčního správce tak dlužník ve smyslu § 24 odst. 1 IZ získal plnění, jehož obvyklá cena je podstatně nižší, než obvyklá cena plnění, k jehož poskytnutí se dlužník zavázal.

149. Insolvenční správce se rovněž domnívá, že je naplněna skutková podstata zvýhodňujícího právního úkonu dle § 241 odst. 1 IZ (bod 35 žaloby), neboť nebyť SSN, nestala by se spol. Citibank vůbec věřitelem dlužníka a dostalo by se jí v konkursu dlužníka nulového uspokojení, čímž mělo dojít k jejímu zvýhodnění.
150. Z uvedeného je zřejmé, že insolvenční správce odmítá vzít v úvahu jakékoliv skutečnosti, které časově předcházely Restrukturalizaci 2014, jak ostatně sám potvrzuje ve svém vyjádření ze dne 11.9.2017 (bod 3).
151. V dané věci ale nelze přehlédnout, že Restrukturalizace 2014, jejíž součástí byly SSN, SSCF a ICA, řešila mj. závazky dlužníka, které předcházely roku 2014. Pokud má být výsledek Restrukturalizace 2014 poměřován kritérii neúčinnosti, není toto možné učinit jinak, než srovnáním struktury závazků dlužníka vůči věřitelům z dluhopisů emitovaných v roce 2010 před Restrukturalizací 2014 a po restrukturalizaci. Z tohoto pohledu je při posuzování neúčinnosti SSN nezbytné vyhodnotit stav, v jakém se dlužník nacházel v důsledku jeho závazku vůči věřitelům z Indenture 2010, a pokud Restrukturalizace 2014 prostřednictvím SSN tento stav zlepšila (např. snížením celkové výše ručení dlužníka), nelze konstatovat nevýhodnost takového řešení pro věřitele dlužníka. Restrukturalizaci 2014 je dle názoru KSZ nutno chápat jako celek – soubor opatření, který nějakým způsobem směřoval ke změně struktury závazků dlužníka, což má přímý dopad do jeho majetkové podstaty. Z tohoto pohledu nelze SSN hodnotit zcela izolovaně, vytržením z kontextu všech opatření, neboť jedna část restrukturalizace může být podmíněna jinou jeho částí a závazky dlužníka ze samotné SSN se tak mohou v kontextu jiných závazků dlužníka přijatých v rámci Restrukturalizace 2014 jevit dosti rozdílně. Z tohoto pohledu je také nutno přistoupit k hodnocení insolvenčním správcem zmiňované odměny dlužníka za ručení, neboť tuto odměnu, která se jeví jako nízká, je nutno poměřovat se snížením celkového ručení dlužníka za jeho závazky NWR N.V. dle Indenture 2010 a prodloužení lhůty splatnosti dluhopisů do roku 2020, což by pro dlužníka byl nepochybný ekonomický přínos oproti stávajícímu stavu, který vycházel z období před úpadkem. Přirozeně by bylo možno brát v úvahu rovněž to, zda se snížení rozsahu ručení dlužníka negativně neprojevovalo jiným způsobem mimo SSN, jinými slovy, zda je např. dána příčinná souvislost mezi SSN a jinými smlouvami uzavřenými v průběhu restrukturalizace, které dlužníka naopak finančně zatížily.
152. KSZ nijak nezpochybňuje a do jisté míry předpokládá, že Indenture 2010 mohla být pro dlužníka nevýhodná, nicméně jak bylo uvedeno výše, tato smlouva byla uzavřena v době, na kterou účinky insolvenčního zákona nedopadají. Insolvenční správce tak dnes již řeší pouze následky dříve uzavřených smluv, přičemž není vyloučeno, že tyto

negativní následky, jejíž původ leží v roce 2010 (a dosti pravděpodobně ještě dříve), byly Restrukturalizací 2014 spíše zmírněny.

153. KSZ tak očekává, že insolvenční správce jako osoba, která má přístup ke všem podstatným informacím, které souvisejí s hospodařením dlužníka (tedy i těm, které se dotýkají osob, které v minulosti ovládaly dlužníka), doplní svá tvrzení a navrhne důkazy k jejich prokázání především ve vztahu k tvrzení spol. Citibank ohledně celkového snížení ručení dlužníka v důsledku přijetí SSN v kontextu s jeho celkovým zadlužením před Restrukturalizací 2014. Uvedené skutečnosti však bude zřejmě možno objektivně prokázat znaleckým posudkem zpracovaným k ekonomickým otázkám Restrukturalizace 2014.

Důkaz :

- Indenture 2010
- smlouva SSN
- smlouva SSCF
- smlouva ICA
- prospekt dluhopisů schválený pro přijetí k obchodování na Lucemburské burze
- rozhodnutí High Court of Justice in England and Wales ze dne 5.9.2014
- výroční zpráva OKD, a.s. 2014, 2013, 2012, 2011, 2010
- výroční práva NWR Plc za rok 2014

vše součástí spisu 32 ICm 3260/2016

3.2. SSCF

154. Vše, co bylo výše uvedeno ve vztahu nutnosti komplexního posouzení závazků vzniklých v důsledku Restrukturalizace 2014, platí rovněž ve vztahu k SSCF a ICA, ovšem s tím rozdílem, že u SSCF vyplývá z bodu 3.1. (účel smlouvy) tolik, že „*Midco (NWR Holdings B.V.) všechny částky, které si vypůjčí v rámci facility (bez poplatků, nákladů a výdajů) dále půjčí spol. OKD, která je použije na obecné účely firemního a provozního kapitálu skupiny.*“
155. Z výše uvedeného tedy vyplývá závazek NWR Holdings B.V. poskytnout všechny prostředky získané z úvěru dlužníku bez navýšení ceny úvěru pro dlužníka. Z tohoto úhlu pohledu je tedy nutno nahlížet také na ručení dlužníka dle SSCF, tedy tak, že dlužník v důsledku svého ručení získal právní nárok na poskytnutí finančních prostředků, za jejichž vrácení se zaručil.
156. Zde považuje KSZ za nutné dodat, že dle jeho názoru není tolik podstatné, jaké konkrétní částky byly dlužníku ze strany ovládajících osob v koncernu NWR v důsledku Restrukturalizace 2014 skutečně vyplaceny, ale spíše tolik, jaké právní nároky mohl dlužník v důsledku uzavření konkrétních smluv uzavřených v rámci Restrukturalizace 2014 po ovládajících osobách (nebo svých věřitelích) vznášet. Pokud tyto nároky z nejrůznějších důvodů neuplatňoval, jde o otázku vymáhání pohledávky nebo náhrady škody (ze strany osob jednajících za dlužníka nebo také ovládající osoby) a nikoliv neúčinnosti. Zde pak nutno brát v úvahu rovněž to, že osoby ovládající dlužníka, ačkoli byly pouze holdingovými společnostmi, mohly

s ohledem na tvrzení níže uvedená pod bodem 3.3. vyjádření disponovat dostatečným množstvím finančních prostředků k financování dlužníka a nešlo tak (např. v případě spol. NWR Holdings B.V.) o právní nárok uplatňovaný vůči společnosti, která by byla evidentně bez jakýchkoliv finančních prostředků nebo bez možnosti tyto prostředky získat a nebyla by schopna od počátku své závazky plnit. NWR Holdings B.V. měla minimálně příjem z poskytované facility, kdy načerpání úvěru ze strany NWR Holdings B.V. bylo v řízení prokázáno (kapitola II., bod 3).

157. Rovněž s výše uvedenými otázkami a zejména s bodem 3.1. SSCF se insolvenční správce nevypořádal, když k neúčinnosti SSCF a ICA uvedl v podstatě totožné argumenty jako k neúčinnosti SSN s tím rozdílem, že ohledně protiplnění, které považuje za zcela neadekvátní odkázal na dohodu o odměně za poskytnuté ručení uzavřenou s NWR Holdings B.V. dne 9.9.2014 nazvanou „*Agreement on Payment of Guarantee Fee – SSFA – OKD, a.s.*“, na základě které dlužník obdržel platbu ve výši 6.000 EUR.
158. Rovněž i v tomto případě KSZ předpokládá, že insolvenční správce doplní svá tvrzení a důkazy k prokázání neúčinnosti SSCF a na ni navazující ICA.

Důkaz :

- smlouva SSCF
- smlouva ICA

vše součástí spisu 32 ICM 3260/2016

3.3. akcionářské půjčky

159. Pokud jde o tvrzení spol. Citibank ohledně významného přínosu a ekonomického smyslu Restrukturalizace 2014 pro dlužníka v tom směru, že na základě restrukturalizovaného financování přijímal od NWR N.V. akcionářské půjčky (dle tvrzení spol. Citibank tyto přijímal již od roku 2010, tedy od první emise dluhopisů), tak toto tvrzení nespátřuje KSZ z pohledu posouzení neúčinnosti SSN a SSCF jako relevantní. Z důkazů označených insolvenčním správcem a dlužníkem (zejména pak vyjádření insolvenčního správce ze dne 24.2.2017, část D a vyjádření dlužníka ze dne 7.3.2017 část IV.), je patrné, že příjem „financující“ mateřské společnosti NWR N.V., a tedy rovněž jí ovládajících osob, nepramenil pouze z financování na základě emise dluhopisů 2010 a Restrukturalizace 2014. Mateřská společnost v letech 2006 až 2012 získala značné množství finančních prostředků z dividend vyplacených dlužníkem. Tvrzení, že právě finanční prostředky získané emisí byly nezbytné a výhodné pro dlužníka, když spol. NWR N.V., případně také NWR Holdings B.V. mohly disponovat dostatečným množstvím finančních prostředků k poskytnutí akcionářských půjček případně i z jiných zdrojů (osob ovládajících NWR N.V.), je tvrzení spekulativní a jeho potvrzení není možné bez podrobných údajů o hospodaření NWR N.V. a způsobu vnitroskupinového financování v koncernu NWR. Tyto důkazy spol. Citibank (výhodnost akcionářských půjček je tvrzením spol. Citibank) nepředkládá a s ohledem na její tvrzení ve vyjádření ze dne 11.10.2017 zřejmě ani předkládat nebude.

Důkaz :

- kopie rozhodnutí jediného akcionáře dlužníka o rozdělení zisku ze dne 12.9.2006, 24. ledna 2007, 12. června 2007, 29. ledna 2008, 25. června 2008, 24. června 2009, 18. května 2010, 17. května 2011 a ze dne 15. května 2012.

vše součástí spisu 32 ICm 3260/2016

VI. Procesní stanovisko

160. S ohledem na řadu dosud nevyjasněných otázek v řízení (IV. c) v důsledku absence některých tvrzení a důkazních návrhů, zejména ze strany insolvenčního správce a dlužníka, kdy ve věci je nařízeno přípravné jednání, sdělí KSZ své procesní stanovisko až poté, co se seznámí se všemi dostupnými důkazy, které budou ve věci k dispozici.

JUDr. Robert Hradišťan v.r.
státní zástupce

Příloha :

Výpis z nizozemského obchodního rejstříku ke společnosti NWR N.V.
Tiskové prohlášení NWR ze dne 8.8.2016

Za správnost vyhotovení :
Zuzana Koryntová

**Zuzana
Koryntová**

Digitálně podepsal Zuzana Koryntová
DN: c=CZ, 2.5.4.97=NTRCZ-00026077,
o=ČR - Krajské státní zastupitelství v
Ostravě (IČ 00026077), ou=Krajské státní
zastupitelství v Ostravě, ou=640,
cn=Zuzana Koryntová, sn=Koryntová,
givenName=Zuzana,
serialNumber=P292021,
title=zapisovatelka
Datum: 2017.11.15 10:37:22 +01'00'