

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

Sp. zn.: **32 ICm 2790/2017**

Naše zn. OKD/C38

V Brně dne 28. 8. 2017

Žalobce: **Green Gas DPB, a.s.**, IČ 00494356, se sídlem Rudé armády 637, 739 21, Paskov, č. věřitele: 88

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

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

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

 Digitálně podepsal
JUDr. Dušan Dvořák

Vyjádření žalovaného č. 2 k žalobě

Podepsáno elektronicky
Zasláno datovou schránkou

I. Úvod

1. Výše nadepsaný soud usnesením č. j. 32 ICM 2790/2017-10 ze dne 28.6.2017 vyzval oba žalované, aby se ve lhůtě 60 dnů vyjádřili k připojené žalobě, kterou se žalobce domáhá určení pravosti a výše pohledávky č. 3 přihlášené přihláškou pohledávek č. P 569 a zejména uvedli, zda nárok uplatněný v žalobě uznávají, vylíčili rozhodné skutečnosti ve věci a označili důkazy k prokázání tvrzených skutečností.
2. Žalovaný č. 2 (dále jen „**Žalovaný**“) tímto soudu sděluje, že nárok uplatněný v žalobě neuznává, trvá na popěrných úkonech tak, jak je učinil na přezkumném jednání a níže přikládá své vyjádření k žalobě.

II. Přihlášená pohledávka

3. Žalobce se žalobou domáhá určení existence pohledávky uplatněné v insolvenčním řízení Dlužníka vedeném Krajským soudem v Ostravě pod sp. zn. KSOS 25 INS 10525/2016. Pohledávka ve výši **185.872,- Kč** byla uplatněna přihláškou č. **P569** jako dílčí pohledávka č. **3** (dále jen „**Pohledávka**“).
4. Žalobce tvrdí, že Pohledávka představuje škodu způsobenou žalobci odmítnutím plnění Smlouvy o dílo na zajištění speciálních inženýrských staveb služeb v oblasti hodnocení a prognózy účinků indukované seismicity uzavřené dne 8.1.2009 ve znění pozdějších dodatků (dále jen „**Odmítnutá smlouva**“) ve smyslu § 253 odst. 4 zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**InsZ**“) ve spojení s ustanovením § 330a InsZ.
5. Dle tvrzení žalobce mu odmítnutím plnění Odmítnuté smlouvy ze strany Dlužníka vznikla škoda odpovídající ušlému majetkovému prospěchu (zisku) žalobce za období roku 2017. Žalobce uvádí, že pro výpočet ušlého zisku použil výši očekávané odměny, za kterou by poskytoval plnění na základě Odmítnuté smlouvy a od této výše odečetl výši nákladů, které by na poskytnutí plnění dle Odmítnuté smlouvy vynaložil. Žalobce proto určil výši tvrzené škody tak, že od výše 11.277.206,- Kč představující cenu ročního plnění stanovené dle Přílohy č.1 Odmítnuté smlouvy (ve znění dodatku č. 8 ze dne 26. srpna 2014), jako její odsouhlasené kalkulace (dále jen „**Očekávané výnosy**“) odečetl částku 11.091.334,- Kč, představující mzdové náklady (dále jen „**Očekávané náklady**“).
6. Žalovaný nesouhlasí s existencí tvrzeného ušlého zisku, když především žalobce svá tvrzení žádným způsobem neprokázal. Eventuální vznik škody není v příčinné souvislosti s odmítnutím plnění Odmítnuté smlouvy. Na to je výše ušlého zisku vyčíslena chybně, není jednoznačné, jakým způsobem k tvrzeným částkám žalobce dospěl.

III. Neexistence pohledávky

7. V obecné rovině uplatňování náhrady škody nese žalobce důkazní břemeno o tom, že došlo k porušení právní povinnosti (protiprávnímu jednání), dále že došlo ke vzniku škody a současně existuje příčinná souvislost mezi protiprávním jednáním a vzniklou škodou. V případě, že žalobce uplatňuje škodu v podobě ušlého zisku, má jeho prokazování zvláštní specifiky, na která poukazuje ustálená judikatura Nejvyššího soudu, když lze odkázat například na rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 870/2006, ze dne 23. 4. 2008:

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

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

8. Žalobcem zmiňovaný rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 3586/2006 ze dne 28.1.2009 dále uvádí:

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

9. Z výše citovaných judikturních závěrů vyplývá povinnost žalobce při uplatňování nároku na úhradu ušlého zisku zásadně prokázat, že činnosti a plnění, o niž tvrdí, že byly odmítnutím plnění zmařeny, byly v minulosti uskutečňovány, nebo alespoň nepochybně mělo jejich uskutečňování započít a že jejich přerušení je přímým důsledkem jednání škůdce. Současně je nezbytné, aby prováděnou činností žalobce dosáhl reálného prospěchu (zisku). Takové skutečnosti ale žalobce v předmětné žalobce netvrdí a ani neprokazuje.
10. Není zřejmé, zda žalobce v minulosti plnil a současně byl připraven v dotčeném období z Odmítnuté smlouvy plnit a zároveň že k plnění bylo nezbytné využít právě tolik nákladů na zaměstnance, které uvedl.
11. Řádné plnění Odmítnuté smlouvy mělo současně vliv na možnost Dlužníka smlouvu okamžitě vypovědět podle čl. VII odst. 3, přičemž v takovém případě by jakýkoli nárok za budoucí období roku 2017 žalobci nemohl důvodně vzniknout. Žalobce by současně měl tvrdit a prokázat, že v průběhu roku 2017 nedošlo k naplnění podmínky čl. VII odst. 2, a sice že nebyly zjištěny takové technické skutečnosti, které by znemožňovali plnění, a současně nebyly smluvním stranám známy při uzavření Odmítnuté smlouvy.

Žalovaný dále namítá, že ze strany žalobce nebyla řádně tvrzena ani prokázána výše uplatněného nároku. Žalobce uvedl, že odečetl od Očekávaných výnosů Očekávané náklady a výslednou částku uplatnil. Při tom se žalobce omezil pouze na o konstatování, že dle Přílohy č.1 Odmítnuté smlouvy (ve znění dodatku č. 8 ze dne 26. srpna 2014) byla cenovou kalkulací pro rok 2017 stanovena cena ročního plnění v částce 11.277.206,- Kč, od níž následně odečetl částku 11.091.334,- Kč, představující údajné mzdové náklady. Není přitom vůbec patrné, z čeho je uvedená částka složena a jakým způsobem k ní žalobce přišel. Uváděnou výši žalobce ničím neprokazuje. Není zřejmé, zda a v jakém rozsahu činnosti vykonával v minulosti, kolik zaměstnanců na tyto činnosti využil a v jaké časové náročnosti.

12. Dle žalobcem předložené cenové kalkulace pro rok 2017 obsažené v Příloze č.1 Odmítnuté smlouvy (ve znění dodatku č. 8 ze dne 26. srpna 2014) je cena kalkulována s rozdělením na jednotlivé složky (položky) z nichž se má tato cena skládat. Mezi tyto položky jsou zařazeny především Osobní náklady v celkové výši 7.784.100,- Kč, které zároveň tvoří podstatnou část celkové ceny. Ve světle této skutečnosti proto působí zmíněná tvrzení žalobce o uplatňované výši mzdových nákladů poněkud zmateně a nesourodě.

- Tabulka – „Kalkulace na období let 2009-2017“ uvedená v Příloze č. 1 Smlouvy se pro období let 2015-2017 ruší a nahrazuje takto:

„Kalkulace na období let 2015-2017“

Položka	2015 (Kč)	2016 (Kč)	2017 (Kč)
Osobní náklady	7 432 783	7 505 776	7 784 100
a) výběr, příprava, instalace, nastavení sítě	1106250	1 134 375	1 162 500
b) kontrola, servis, údržba	950 158	948 338	971 850
c) vyhodnocování, konfrontace, podklady pro posuzování	4 646 250	4 764 375	4 882 500
d) mapové, hydrogeologické, geologické podklady pro predikci	730 125	748 688	767 250
Ostatní provozní náklady	1 385 555	1 420 780	1 456 007
a) nájem stanic + elektřina	554 222	568 312	582 403
b) přenos dat (triggerovaná data)	277 111	284 156	291 201
c) doprava, SC Polsko	554 222	568 312	582 403
Subdodávky - soubor rámcové smlouvy	460 000	470 000	480 000
a) GIG - úprava stanice GSI pro podmínky OKD	0	0	0
b) stavění - stanic	460 000	470 000	480 000
Odply	582 518	582 518	557 099
Rezerva (majetkoprávní vztahy)	1 000 000	1 000 000	1 000 000
CELKEM NÁKLADY	10860856	10979074	11277206

13. Současné Žalovaný upozorňuje na podstatnou skutečnost, kdy součástí kalkulované ceny dle předmětné cenové kalkulace je jednou ze složek této ceny také částka ve výši 1.000.000,- Kč nazvaná „Rezerva (majetkoprávní vztahy)“. Tato položka je v samotné Odmítnuté smlouvě definována v ustanovení čl. IV odst. 2 písm. b) jako *rezerva na řešení majetkoprávních vztahů spojených se vstupy a umístěním seizmických stanic v dobývacích prostorech monitorovaných VOJ. Cena podle tohoto odstavce bude odpovídat skutečně vynaloženým nákladům a bude doložena objednatelům odsouhlaseným soupisem provedených prací a dodávek.*
14. Jak plyne z uvedeného ustanovení Odmítnuté smlouvy, částka ve výši 1.000.000,- Kč, která byla kalkulována v celkové ceně dle čl. 4.1 Odmítnuté smlouvy, je zúčtovatelnou rezervou. Není proto možné tuto rezervu počítat mezi výnosy žalobce, když jde o zálohou platbu, která by musela být zúčtována, neboť jak čl. IV odst. 2 písm. b) jasně stanoví, „*cena podle tohoto odstavce bude odpovídat skutečně vynaloženým nákladům*“.
15. Vzhledem k tomu, že plnění dle Odmítnuté smlouvy ze strany žalobce vůbec neproběhlo, je současně zřejmé, že žádné náklady, které by Dlužník byl povinen hradit, nemohly vzniknout. Žalobce v tomto ohledu existenci takových nákladů opět netvrdí ani neprokazuje. Je třeba uzavřít, že částka 1.000.000 Kč nemohla tvořit výnos žalobce, neboť musela být žalobcem v plné výši vrácena. Nelze tuto částku proto započítávat mezi výnosy Žalobce.
16. Pokud žalobcem tvrzené náklady skutečně dosáhly výše 11.091.334,- a výnosy po odečtení zúčtovatelné rezervy tvoří částku 10.207.206 Kč, pak je zřejmé, že žalobce z Odmítnuté Smlouvy nemůže uplatňovat žádný ušlý zisk, neboť tento nevznikl.

IV. Shrnutí

17. Žalobce uplatněnou žalobou nedostál své povinnosti tvrzení a povinnosti důkazní. Žalobce vůbec neprokazuje, že svou činnost vykonával a byly připraven vykonávat i nadále, není tak postaveno na jisto, zda skutečně v době odmítnutí plnění existovali takové okolnosti, *z nichž lze usuzovat, že nebýt škodné události, k zamýšlenému zisku by skutečně došlo.*
18. Současně žalobce nepředložil jasné a srozumitelné vyčíslení jím uplatňovaného ušlého zisku. Údaje o výši Očekávaných nákladů a Očekávaných výnosů, které žalobce tvrdí, nejsou dostatečně prokázány. Žalobce zejména kalkuluje mezi své výnosy částky, které mají být hrazeny zálohově a mají být vyúčtovány.
19. Pohledávku z titulu náhrady škody Žalovaný nadále popírá, neboť odmítnutím plnění Odmítnuté smlouvy s § 330a odst. 2 InsZ až ke dni 9. září 2016 nedošlo k žádnému vzniku škody. Žalobce vyjma smluvní dokumentace nepředložil žádné relevantní důkazy k prokázání vzniku škody ani její výše. Z obsahu žaloby není zřejmé, jakým způsobem žalobce dospěl k požadované částce ušlého zisku. Žalobce současně vůbec neprokázal příčinnou souvislost mezi odmítnutím plnění a vznikem tvrzené škody.

V. Návrh

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

Podáno s účtou

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

JUDr. Dušan Dvořák,
advokát v plné moci