

KRAJSKÉ STÁTNÍ ZASTUPITELSTVÍ V OSTRAVĚ
729 01 Ostrava, Na Hradbách 21

VÁŠ DOPIS č.j.: 32 Icm 3260/2016

ZE DNE:

NAŠE č.j.: KZC 3078/2016

Krajský soud

Havlíčkovo nábřeží 34

728 81 OSTRAVA

VYŘIZUJE: JUDr. Hradišťan

TEL.: 595 131 519

FAX: 596 118 544

E-MAIL: rhradistan@ksz.ova.justice.cz

ID DS: 6kzabcw

DATUM: 30. 1. 2020

Krajské státní zastupitelství v Ostravě (dále jen „KSZ“) podává ve věci

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

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

Žalobce b) : **Správa pohledávek OKD, a.s., IČ: 268 63 154, Stonavská 2179, Doly, Karviná, PSČ 735 06 (dále také jen „OKD“)**

Žalovaný č. 1 : **Citibank N.A., London Branch, se sídlem Citigroup Centre, Canada Square, Canary Wharf, Londýn, E14 5LB, Spojené království, registrační číslo: BR00108 (dále také jen „Citibank“)**

Žalovaný č. 2 : **New World Resources N. V., založená podle zákonů Nizozemí a registrovaná v holandském obchodním rejstříku pod číslem 34239108 a registrována jako zahraniční společnost v britském obchodním rejstříku s britským číslem založení BR016952 a se sídlem na adrese 115 Park Street, Londýn, W1K 7AP, Velká Británie (dále jen „NWR N.V.“)**

Žalovaný č. 3 : **NWR Holdings B. V., založená podle zákonů Nizozemí a registrovaná v holandském obchodním rejstříku pod číslem : 61294179, s registrovaným sídlem Herengracht 448, 1017 CA Amsterdam, Nizozemské království (dále také jen „NWR B.V.“)**

o d v o l á n í

proti rozsudku Krajského soudu v Ostravě ze dne 23. 1. 2013, č.j. 32 ICM 3260/2016 - 1280, který byl KSZ doručen dne 17. 1. 2020.

I. rozsah a odvolání

1. KSZ podává odvolání pouze do výroků **I.** a **II.** rozhodnutí z důvodů uvedených pod body II. – IV. odvolání.
2. Pokud jde o výroky **III.**, **IV.** a **V.** napadeného rozhodnutí, tak tyto jsou v souladu se závěrečným návrhem KSZ, i když KSZ dopělo k těmto závěrům na základě jiných právních názorů než nalézací soud (dále jen „soud“) a nesouhlasí tak s částí odůvodnění těchto výroků, což však nemůže být důvodem pro podání odvolání (§ 202 odst. 3 o.s.ř.). K nákladům řízení se KSZ nevyjadřuje.
3. Přestože nejde o skutečnost, kterou by KSZ uplatňovalo jako samostatný odvolací důvod ve vztahu k jakémukoliv výroku rozsudku, považuje za nezbytné sdělit své stanovisko k procesnímu postupu soudu v průběhu řízení, který považuje za nesprávný, když soud zasáhl do ústavně zaručeného práva žalobce b) (dále jen „OKD“) na volbu zástupce, a současně podat procesní návrh na další postup ve věci.
4. Soud v průběhu jednání ve dnech 29. 10. – 30. 10. 2018 dospěl k závěru, že jsou dány důvody pro postup dle § 32 odst. 2 o.s.ř. a přestal jednat s právním zástupcem OKD Mgr. Petrem Kuhnem, advokátem advokátní kanceláře BADOKH, kterého si OKD zvolila pro zastupování na základě plné moci.
5. Soud svůj postup odůvodnil tím, že v průběhu jednání zjistil, že Mgr. Petr Kuhn v roce 2014 pracoval jako advokát pro advokátní kancelář White a Case, která v roce 2014, tedy v době OKD nyní napadané Restrukturalizace 2014 (uzavření SSN, SSCF a ICA) poskytovala právní služby koncernu NWR (včetně OKD).
6. Mgr. Petr Kuhn k dotazu soudu potvrdil, že v roce 2014 pracoval pro kancelář White & Case, vyloučil však, že by se podílel na přípravě Restrukturalizace 2014 pro NWR.
7. Soud neakceptoval návrh KSZ a neprovedl ve věci žádná podrobnější zjištění k rozsahu činnosti Mgr. Petra Kuhna v advokátní kanceláři White & Case v rozhodné době, čímž nepostavil jím tvrzený střet zájmů na jisto, co je však ale podstatnější, tak v soudem deklarované kombinaci zastoupení účastníků a jejich změn se KSZ jako jediný případný poškozený jednáním Mgr. Petra Kuhna jeví být žalovaný 2) a 3), včetně advokátní kanceláře White & Case a nikoliv OKD.

8. To byl dle názoru KSZ ostatně také důvod, proč žalovaní 2) a 3) a jejich právní zástupci na počátku jednání nijak nenamítali vadu právního zastoupení z pohledu § 32 odst. 2 o.s.ř., neboť v tomto nepochybně spatřovali naopak výhodu (možná neoprávněnou) pro OKD.
9. OKD si Petra Kuhna zvolila dosti pravděpodobně právě proto, že disponoval určitými zkušenostmi z doby výkonu práce ve White & Case, tedy advokátní kanceláře, která zastupovala skupinu NWR v roce 2014 (včetně OKD) a zastupuje ji také nyní, ovšem již bez OKD, která s ní v tomto řízení vede spor a jejich zájmy se tak rozcházejí. Důvod zvoleného právního zastoupení byl tedy dosti pravděpodobně spjat přímo s osobou Mgr. Petra Kuhna. Poněkud paradoxně se tak v řízení před soudem OKD jako „poškozený zastoupený“ celou dobu v rozporu s názorem soudu domáhala svého zvoleného právního zástupce a podala si dokonce ústavní stížnost, když shledala porušení svých ústavně zaručených práv na volbu zástupce. Těžko si představit, že takto by jednala osoba, která by zjistila u svého zástupce takový střet zájmů, který je způsobilý ovlivnit výkon práce advokáta v její neprospěch.
10. Lze uzavřít, že jediný, kdo měl v řízení z postupu soudu prospěch, byli žalovaní 2) a 3) a nikoli OKD, kterou chtěl soud svým postupem chránit. Otázka, kterou soud řešil prostřednictvím § 32 odst. 2 o.s.ř. je mnohem více otázkou zákona o advokacii než občanského soudního řádu.
11. KSZ tímto nijak nesnižuje kvalitu náhradního právního zastoupení OKD prezentovaného v dalším průběhu jednání Mgr. Tomášem Zagarem, jenom respektuje svobodnou volbu právního zástupce ze strany informovaného účastníka řízení, který jistě ví sám nejlépe, z jakého důvodu se takto rozhodl. OKD není osobou, která by nebyla způsobilá k vyhodnocení rizik plynoucích z případného střetu zájmů, když jde o právnickou osobu disponující právním oddělením a profesionálním managementem. Ust. § 32 odst. 2 o.s.ř. dle názoru KSZ mnohem více dopadá na případy, kdy zastoupený není pro své specifické osobní vlastnosti evidentně schopen posoudit následky své vlastní volby.
12. K ust. § 32 odst. 2 o.s.ř. KSZ dále uvádí, že toto ustanovení je dle jeho přesvědčení nutno vykládat v souladu s právními zásadami, na nichž jsou v platné právní úpravě vystavěny občanskoprávní vztahy v hmotněprávní rovině. Rozhodování soudu o platnosti zastoupení pro střet zájmů mezi zástupcem a zastoupeným bez ohledu na vůli zastoupeného má svůj původ v ust. § 22 odst. 2 zák. č. 40/1964 Sb., a § 27 odst. 2 o.s.ř. ve znění před rokem 1989, kdy platil silný státní zájem na korekci soukromoprávních vztahů. Platná právní úprava (byť hmotněprávní) však v novém občanském zákoníku (§ 437 odst. 1 OZ) evidentně upřednostňuje autonomii vůle zastoupeného. Pokud tedy OKD s vědomím všech okolností „životopisu“ Mgr. Petra Kuhna trvá na udělené plné moci, KSZ neshledává důvod, proč tuto volbu nerespektovat.
13. Soud současně nijak přesvědčivě nevysvětlil, z jakého důvodu při výše zaujatém názoru dále jednal s Mgr. Tomášem Zagarem, který je rovněž advokátem v advokátní kanceláři BADOKH a v rozhodné době 2014 byl rovněž advokátem v advokátní kanceláři White & Case.

14. KSZ však v této „problematice vyloučeného právního zástupce“ současně bere v úvahu názor Ústavního soudu vyjádřený v usnesení ze dne 19. 3. 2019 sp. zn. III. ÚS 4246/18, který vycházel z předpokladu, že právní zastoupení OKD je věcí celého týmu advokátů a pro OKD by tak neměl být problém nechat se zastoupit jiným advokátem obdobně seznámeným s projednávanou problematikou.
15. Ačkoli si OKD Mgr. Petra Kuhna zvolilo dosti pravděpodobně pro jeho určité osobní kvality, které jsou z povahy věci nepřenositelné, je nutno brát v úvahu, že v průběhu řízení, které trvalo několik let, prezentovali účastníci řadu svých právních stanovisek písemnou formou, kdy takto plnili rovněž břemeno tvrzení a břemeno důkazní. Tato písemná stanoviska jistě byla (alespoň s vysokou mírou pravděpodobnosti) výsledkem týmové práce advokátní kanceláře BADOKH, stejně jako strategie postupu při ústním jednání ze strany Mgr. Tomáše Zagara.
16. KSZ je tedy názoru, že výše uvedená vada řízení, které se soud dopustil, nemohla mít podstatný vliv na správnost rozhodnutí soudu. Přesto však s přihlédnutím k nutnosti respektovat svobodnou vůli informovaného účastníka řízení **KSZ tímto odvolacímu soudu navrhuje, aby se v rámci odvolacího řízení dotázal OKD, zda setrvává na právním zastoupení ze strany Mgr. Petra Kuhna, a pokud ano, tak aby OKD tuto volbu umožnil.**

II. úpadek OKD

17. Insolvenční správce podal dne 28. 2. 2017 odpůřčí žalobu, ve které soudu navrhl, aby určil, že smlouvy, v řízení označované jak SSN, SSCF a ICA, jejichž smluvní stranou byla také OKD, jsou neúčinné.
18. Jednou ze základních podmínek posouzení jednání dlužníka jako neúčinného ve smyslu § 235 IZ a násl. je skutečnost, že dlužník učinil napadené jednání v úpadku. KSZ se tak v této části odvolání bude zabývat výlučně úpadkem OKD, přičemž má za prokázané i další podmínky pro naplnění skutkové podstaty neúčinných právních jednání, jak je uvedeno níže pod bodem, IV. odvolání.
19. Předmětné smlouvy jsou vícestrannými smlouvami, ve kterých lze rozlišovat a oddělovat jednotlivé smluvní vztahy v závislosti na předmětu jejich právního posouzení. Pokud jde o ručitelský vztah mezi žalovaným č. 1) (dále jen „Citibank“) a OKD, tak nejde o vztah mezi osobami blízkými (alespoň to nebylo prokázáno) a nelze ani konstatovat, že by Citibank nebo majitelé dluhopisů byli členy koncernového seskupení NWR. Pokud by tedy byl posuzován jako neúčinný ručitelský závazek mezi Citibank a OKD, leží břemeno tvrzení ohledně úpadku OKD na insolvenčním správci.
20. Jinak je tomu u žalovaných 2) a 3) jakožto osob, které byly v předmětném období (rok 2014) členy koncernu NWR společně s dlužníkem. Ve vztahu k závazkovým vztahům inkorporovaných do předmětných smluv, které se dotýkají OKD a těchto žalovaných, se při tvrzení neúčinnosti těchto vztahů uplatní fikce existence úpadku

ve smyslu právní úpravy neúčinných právních jednání v insolvenčním zákoně (§ 240 odst. 2 IZ, § 241 odst. 2 IZ a § 242 odst. 2 IZ).

21. Insolvenční správce však bez ohledu na to, do jaké míry byl v uvedené kombinaci právních vztahů vázán břemenem tvrzení a břemenem důkazním, v průběhu řízení podrobně tvrdil a prokazoval existenci úpadku OKD ke dni 9. 9. 2014 (datum uzavření SSCF jakožto první v řadě napadených smluv).
22. V rámci prokazování úpadku insolvenční správce vycházel především z údajů dostupných v účetních závěrkách dlužníka, které podrobil vzájemnému srovnání a vyhodnocení. Pokud jde o předpoklad dalšího provozu závodu (going concern) v roce 2014, vycházel především z výročních zpráv dlužníka, z okolností Restrukturalizace 2014 a následujícího hospodářského vývoje OKD. Co je však podstatné, insolvenční správce již ve své odpůřčí žalobě sdělil, že s ohledem na náročnost dané problematiky by měly být skutečnosti týkající se stavu úpadku dlužníka posouzeny znalcem z oboru ekonomika a na tomto důkazním návrhu v průběhu řízení setrval.
23. Úpadek OKD tvrdilo také KSZ, které v podstatě ve shodě s insolvenčním správcem vycházelo z účetních závěrek OKD, výročních zpráv a okolností Restrukturalizace 2014, zejména pak z rozhodnutí High court of Justice ze dne 5. 9. 2014, dokumentu označovaného zkráceně jako prospekt a navazujícího hospodářského vývoje dlužníka. Rovněž se připojilo k návrhu insolvenčního správce na zpracování znaleckého posudku, když s ohledem na složitost a odbornost problematiky, jak v průběhu řízení opakovaně zdůrazňovalo, navrhlo ústavní znalecký posudek – Národohospodářskou fakultu vysoké školy ekonomické v Praze – znaleckého ústavu v oboru Ekonomika a služby. Nutno dodat, že tento názor na provedení důkazu znaleckým posudkem byl výsledkem přehodnocení právního názoru KSZ zaujatého v písemném vyjádření ze dne 13. 11. 2017.
24. Soud si byl evidentně vědom ekonomického aspektu dané problematiky, když si bez návrhu účastníků a KSZ vyžádal znalecký posudek z oboru ekonomika, odvětví oceňování podniku, zpracovaný pro účely trestního řízení spol. Znalecká společnost s.r.o., k ekonomickým otázkám hospodářského vývoje OKD zahrnující předmětné období roku 2014. V průběhu řízení také vyslechl zpracovatele znaleckého posudku Ing. Simonu Servusovou, přičemž v průběhu výsledku se soud dotazoval na základní údaje týkající se účetních závěrek OKD. Z téhož důvodu – tedy potřebou objasnit některé ekonomické ukazatele OKD si od orgánů činných v trestním řízení soud vyžádal tabulku klíčových ekonomických ukazatelů OKD za období 2005 – 2018.
25. V průběhu řízení soud opakovaně sdělil, že nemá potřebné znalosti k posouzení ekonomických, případně účetních otázek.
26. Přestože bylo evidentní, že soud se v ekonomických otázkách zcela neorientuje, což sám připustil, zamítl návrh insolvenčního správce a KSZ na přibrání znalce z oboru ekonomika k objektivizaci některých základních ekonomických výstupů pro vyhodnocení úpadku dlužníka k 9. 9. 2014 a pokusil se tyto otázky posoudit

svépomocí, což odůvodnil jednak tím, že jde o otázku právní a jednak z důvodu hospodárnosti.

27. V této souvislosti KSZ pouze podotýká, že nerozumí tomu, proč při přesvědčení o nadbytečnosti znaleckého posouzení věci z výše uvedených důvodů soud zajistil znalecký posudek z oboru ekonomika zpracovaný v trestním řízení a vyslýchal znalce, kterého se dotazoval nejen k základním otázkám ekonomického nebo účetního charakteru, ale kladl mu dokonce i otázky právní (dotazy k zákonnosti výplat dividend, zákonnosti navyšování základního kapitálu). Bylo by snad možno argumentovat tím, že materiály z trestního řízení poskytly soudu dostatečný podklad pro odborné posouzení věci, pokud by soud nerozhodl přesně v rozporu s těmito podklady na základě vlastního hodnocení, neboť Znalecká společnost s.r.o. na základě konkrétních ekonomických analýz dopěla k závěru, že *OKD se v roce 2014 nacházela s vysokou mírou pravděpodobnosti v úpadku* (str. 431 posudku), aniž by soud tyto závěry znalce ekonomickými postupy (tedy stejnou metodou jako znalec) vyvrátil.
28. V návaznosti na níže rozvedené závěry soudu lze konstatovat, že soud v konečném důsledku vlastní analýzou zpochybnil také výrok auditora KPMG k účetním závěrkám OKD za rok 2013 a 2014, když v rámci rozvahového testu přehodnocením závazků subjektivně vylepšil míru zadlužení OKD.
29. KSZ nepochybuje o tom, že insolvenční právo si vyžaduje pro svou správnou aplikaci určité znalosti z oblasti ekonomie. Je jistě věcí každého soudce a jeho individuálních znalostí, do jaké míry se pokusí posoudit některé odborné ekonomické nebo také účetní otázky, které s právem bezprostředně nesouvisí, nicméně jistě by se nemělo jednat o rozsáhlé posuzování různých ekonomických ukazatelů, a to tím spíše za situace, kdy soud v takto složité věci prohlásí, že si své vlastní odbornosti v této oblasti není jist. Toto přesvědčení soudu je ovšem nakonec z pohledu nutnosti přibrání znalce irelevantní, když zákon stanoví v § 127 o.s.ř. *zásadu, že tam, kde posouzení skutkového stavu závisí na odborných znalostech, je povinností soudu posoudit tyto okolnosti jen prostřednictvím odborného znaleckého posudku, bez ohledu na to, zda soudce sám disponuje potřebnými odbornými vědomostmi* (Drápal, L., Bureš, J. a kol. Občanský soudní řád I. § 1 – 200za. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2009, str. 892).
30. KSZ nezpochybňuje názor soudu, že otázka samotného úpadku je v konečném důsledku otázkou právní a nelze bez dalšího převzít závěr znalce o konstatování úpadku obchodní společnosti. V případě úpadku společnosti z důvodu předlužení se významným způsobem navzájem prolínají otázky ekonomické, účetní a právní. Je nepochybné, že výlučně soud při posuzování existence předlužení nakonec vysloví závěr o tom, jaký je vzájemný poměr majetku a závazků a zda jsou zde důvodné okolnosti předpokládat další provoz závodu. K tomuto závěru ovšem soud potřebuje výstupy, které jsou mnohem více výsledkem ekonomických analýz, výpočtů a vzorců než právních úvah. Tento závěr je dle názoru KSZ v souladu s ustálenou judikaturou Nejvyššího soudu, kterou v rozsudku cituje soud v odst. 45.2.5 (29 Cdo 1488/2016), která připouští, že *znalecké zkoumání může být relevantním podkladem pro skutkové závěry o skutečném stavu dlužnických aktiv a pasiv a jeho „cash flow“*.

31. Ryze odbornou záležitostí je pak otázka tvorby opravných položek, nebo obecně správnosti vedení účetnictví, vývoj trhu, oceňování majetku, ekonomické analýzy budoucího vývoje hospodaření atd., což jsou otázky, které mohou být významné pro posouzení předlužení dle § 3 odst. 4 IZ.
32. Současně je nutno brát v úvahu, že otázku úpadku je nutno zodpovědět co nejspolehlivěji, neboť jde o skutečnost, která má naprosto zásadní dopady na práva a povinnosti nejen podnikatelů – dlužníků, ale také věřitelů a může mít leckdy dokonce trestněprávní přesah.
33. Pokud jde tedy o posouzení úpadku z důvodu předlužení, jde o kombinaci právních a ekonomických aspektů, přičemž se jeví jako nanejvýše žádoucí, aby některé ekonomické aspekty byly přenechány odbornému posouzení. Nelze s jistotou konstatovat, že zadání posudku by bylo v rozporu se zásadou hospodárnosti, když při jeho absenci bude rovněž nepochybně stejnou měrou docházet k rozsáhlým diskusím mezi účastníky řízení a bude zde rovněž řada důvodů pro podávání opravných prostředků pro spory ohledně ekonomických otázek, které mohou dojít tak daleko, že se odbornému posouzení v konečném důsledku stejně nelze vyhnout a dochází tak ke zbytečným průtahům.

- going concern

34. Soud se v rámci hodnocení existence předlužení OKD zabýval nejprve otázkou, zda bylo možno k 9. 9. 2014 očekávat zachování principu going concern (platební neschopnost tvrzena nebyla) a to v odstavcích 45.2.18 – 45.2.30 odůvodnění rozhodnutí. Záměrem soudu bylo zřejmě sdělit, že ačkoliv měla OKD v rozhodné době závažné hospodářské problémy (odst. 45.2.18 – 45.2.21), přijímala řešení k jejich nápravě. To co však zcela schází, je nějaké hodnocení toho, zda se přijatá opatření jevila v kontextu hospodářských problémů jako dostatečná, nebo jakákoliv jejich hlubší analýza. Např. zřízení finančního výboru OKD (odst. 45.2.27) nelze samo o sobě považovat za seriózní argument pro posouzení zachování dalšího provozu závodu, když samotné zřízení jakéhokoliv výboru je pouze administrativním úkonem. V odst. 45.2.26 nalézáme souhrn dat, které jsou souhrnem velmi obecných konstatování zřejmě převzatých z výročních zpráv OKD bez posouzení, jaké konkrétní výsledky měla tato opatření přinést. KSZ vůbec není známo, co pro OKD v konkrétních číslech ekonomicky znamenalo ukončení prodeje uhlí přes prostředníky, pozastavení plánu prodeje na 7,5 až 8 mil. tun uhlí nebo konstatování o využívání faktoringu bez dalšího, resp. jaký to mělo, nebo mělo mít konkrétní vliv na její peněžní toky. KSZ ze souhrnu informací získalo pouze ten dojem, že OKD prostě něco dělala.
35. Je zřejmě pravdou, že OKD neměla v roce 2014 žádné splatné závazky (odst. 45.2.28, myšleno zřejmě mimořádné závazky delší dobu po splatnosti), což však nebránilo tomu, aby ke konci účetního období skončila hospodaření se záporným vlastním kapitálem a stala se dle auditora finančně závislá na svých mateřských společnostech.
36. Co se týče deklarované podpory ze strany mateřských společností (odst. 45.2.22), tak tuto soud sice částečně uvedl na pravou míru, když sdělil (odst. 45.2.23), že

kapitalizace vnitroskupinových úvěrů, kterou chtěly mateřské společnosti snížit zadlužení dlužníka, byla pouze účetní operací, která neměla žádný vliv na cashflow dlužníka, ovšem v rámci objektivit posouzení věci se opomněl vypořádat s tím, jaké byly v letech 2014 až 2016 informace o ekonomickém postavení mateřských společností dlužníka, zejména pak spol. NWR N.V., jakožto obligačního dlužníka dle SSN.

37. Postavení mateřských společností OKD v roce 2014 bylo přitom pro posouzení principu going concern mimořádně důležité, neboť jak konstatoval auditor KPMG ve své zprávě k účetní závěrce dlužníka nejen za rok 2014, ale i 2013, prováděné jako důkaz soudem, tak dlužník v letech 2013 a 2014 *vykazoval záporný vlastní kapitál a řídil svou likviditu mj. i čerpáním krátkodobého financování ze společností ve skupině. V případě neschopnosti těchto společností financování nadále poskytovat v očekávané výši a čase, bude pokračování činnosti OKD, a.s. závislé na možnosti získání externího financování. Tyto skutečnosti spolu s dalšími riziky uvedenými v bodě 2 přílohy účetní závěrky ukazují na významnou nejistotu, která by mohla zásadním způsobem zpochybnit schopnost OKD, a.s. nepřetržitě pokračovat ve své činnosti.*
38. Závěrům o špatné ekonomické situaci celého koncernu NWR v roce 2014 pak nasvědčuje tvrzení NWR N.V. na str. 48 dokumentu *podrobnosti ke kotaci ze dne 8. října 2014* zkráceně označovaného jako „prospekt“, 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.“*
39. Společnost NWR N.V. tak zahájila Restrukturalizaci 2014 s vědomím ohrožení principu going concern celé skupiny a pokusila se přijmout opatření, kterým by oddálila nevyhnutelnou insolvenční OKD, což potvrzuje také společné stanovisko prof. Gabriel Mosse QC a Adam Goodisona 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.“*
40. Důkazem o špatné ekonomické situaci v roce 2014 nejen na straně dlužníka, ale také na straně mateřských společností, konkrétně pak NWR N.V. jsou také informace plynoucí z rozhodnutí High Court of Justice ze dne 5. 9. 2014 – schválení scheme of arrangement. Je zapotřebí vidět, že toto rozhodnutí se netýkalo bezprostředně OKD, ale spol. NWR N.V. jakožto obligačního dlužníka z dluhopisů, která nebyla v roce 2014 schopna dostát svým vlastním závazkům dle Indenture 2010 a nacházela se minimálně na pokraji úpadku.
41. Jak totiž konstatoval soudce Norris v citovaném rozhodnutí, ačkoliv je skupina zásadně zdravým obchodním subjektem, tak *potíž je v tom, že došlo k velice*

dramatickému poklesu cen, které lze získat jak za koksovatelné uhlí, tak i za uhlí energetické. To mělo za následek snížení příjmů z činnosti skupiny na polovinu. Jelikož však náklady na těžbu zůstávají neměnnými, dochází k následnému vysokému tlaku na likviditu společnosti. Stanovisko je takové, že New World nevytvořila dostatečnou provozní hotovost k tomu, aby pokryla své závazky (bod 6 rozhodnutí). Výsledkem Restrukturalizace 2014 pak byl především odklad závazků, když zesplatnění dluhopisů by znamenalo okamžitý konec činnosti skupiny. Smyslem mělo být překonání kritického období do očekávaného obratu na trhu s uhlím (bod 16 rozhodnutí). K překonání tohoto období měly mj. sloužit finanční prostředky získané dle SSCF, což se však ani v souvislosti s dalšími finančními opatřeními neukázalo jako dostatečné, jak je uvedeno níže.

42. Negativní vývoj cen uhlí od roku 2011 konstatoval také znalecký posudek zpracovaný Znaleckou společností s.r.o. Dle znalce cena uhlí v letech 2014 a 2015 dále klesala (str. 68-74 posudku).
43. V souvislosti s posouzením předpokladu going concern v roce 2014 ve světle výše uvedených skutečností vyvstávají vážné pochybnosti ohledně schopnosti koncernu udržet financování OKD v průběhu celé jeho ekonomické krize a bránit tímto financováním insolvenčnímu řízení. Je totiž nutno vzít v úvahu, že jak uvedl soud, jednalo se v případě koncernu NWR o tzv. holding, kde jediným subjektem v tomto seskupení, který svou podnikatelskou činností vytvářel majetkové hodnoty, byla OKD. Od pádu OKD se tak odvíjel pád celého koncernu, pokud koncern nedisponoval jinými zdroji financování, což se však v průběhu následujícího hospodářského vývoje koncernu nijak výrazně neprojevovalo. Restrukturalizace 2014 přinesla pouze odklad splatnosti závazků a krátkodobou finanční výpomoc, která byla zřejmě poslední výraznější pomocí, kterou byl koncern schopen poskytnout, a která nebyla schopna v delším horizontu zvrátit stav předlužení. Spol. NWR N.V. se ostatně v současnosti nachází v likvidaci, když bez OKD ztratila svůj smysl.
44. Jistě tedy nelze přehlédnout kladné důsledky Restrukturalizace 2014, které majetkovou situaci OKD zlepšily. Jednalo se zejména o odklad splatnosti dluhopisů, snížení dluhového zatížení a poskytnutí hotovosti dle SSCF, což jsou nepochybně důležité argumenty. Pokud však má být splněno očekávání dalšího pokračování závodu ve smyslu § 3 odst. 4 IZ, měly by být finanční operace realizované v roce 2014 způsobilé odvrátit nastalé předlužení trvale, nebo alespoň v míře dostatečné pro překlenutí negativního období OKD v souvislosti s reálným očekáváním výhledu jeho hospodaření. Toto očekávání však Restrukturalizace 2014 nesplnila a zřejmě ani nebyla schopna splnit. Z pohledu KSZ byla Restrukturalizace 2014 účelovou operací, která měla pouze oddálit blížící se platební neschopnost OKD a NWR N.V. a získat časový prostor pro řešení situace.
45. To, že pomoc ze strany mateřských společností ovládajících OKD nebyla dostatečná pro překonání hluboké a trvalé ekonomické krize dlužníka na trhu s uhlím, je nejlépe patrné z toho, že v roce 2015 OKD opětovně vykázala záporný vlastní kapitál a auditor opětovně uvedl, že:

Z výhledu peněžních toků k datu sestavení této účetní závěrky vyplývá nutnost získat dodatečné finanční zdroje v průběhu roku 2016. Společnost řídí svou

likviditu, mimo jiné, i čerpáním krátkodobého financování ze společnosti ve skupině. V případě neschopnosti těchto společností financování nadále poskytovat v očekávané výši a čase, bude pokračování činnosti závislé na úsporných opatřeních a jiných finančních zdrojích, o kterých společnost OKD, a.s. spolu s vedením skupiny v současné době vyjednává s Vládou ČR a věřiteli skupiny. Nicméně vedení společnosti nemůže poskytnout žádnou záruku, že v těchto jednáních bude dosaženo dohody mezi všemi zúčastněnými stranami v dostupném čase. Tyto skutečnosti spolu s dalšími informacemi uvedenými v bodě 2) ukazují na významnou nejistotu, která by mohla zásadním způsobem zpochybnit schopnost společnosti nepřetržitě pokračovat ve své činnosti (str. 92 výroční zprávy za rok 2015).

46. Pokud již soud čerpal informace o dalším výhledu hospodaření OKD a účinnosti přijatých opatření v roce 2014 z výročních zpráv OKD, nevzal komplexně v úvahu veškeré údaje vyplývající z těchto zpráv např. následující závěr z výroční zprávy OKD za rok 2015.
47. Významným momentem roku byl pro OKD konec září. Mezinárodní benchmarková cena koksovatelného uhlí klesla ve třetím po sobě jdoucím čtvrtletí pod 110 \$ na tunu, a tím byla naplněna rozvazovací podmínka dohody se státem na udržení provozu dolu Paskov do konce roku 2017. Informace a detailní podmínky dohody naleznete v naší výroční zprávě za rok 2014 na straně 54. Navzdory našim úsporným opatřením a kapitálové restrukturalizaci skupiny New World Resources Plc, která byla hlavní událostí roku 2014 (více informací naleznete v naší výroční zprávě za rok 2014 na straně 84), bylo zřejmé, že finanční situace ve skupině se i nadále bude zhoršovat. Jakmile jsme v posledním čtvrtletí roku vstoupili do jednání s našimi zákazníky, bylo jasné, že k oživení cen v nejbližší době nedojde a naopak se budou ceny v roce 2016 ještě snižovat. Byli jsme proto nuceni provést strategické přezkoumání reálných možností společnosti a současně zahájit jednání se všemi dotčenými stranami, včetně vlády České republiky, o tom, jak můžeme udržet životaschopnou černouhelnou těžební společnost. Těsně před Vánocemi 2015 jsme poskytli všem dotčeným stranám a trhu výhledy týkající se období 2016-2020. Od té doby probíhají jednání a já věřím, že k nějaké dohodě dojde nejpozději v 1. čtvrtletí roku 2016 (str. 4 výroční zprávy – úvodní slovo předsedy představenstva).
48. Postoj osob ovládajících OKD ke způsobu a schopnostem řešení krize pak lze ilustrovat na níže uvedených údajích čerpaných opětovně z výroční zprávy za rok 2015.
49. Společnost poskytuje záruku společnosti ve skupině za úvěr ve výši 35 mil. EUR (Super Senior Credit Facility, dále jen „SSCF“) se splatností v říjnu 2016. Podmínky financování prostřednictvím SSCF zahrnují povinnost udržovat minimální skupinovou hotovost ve výši 40 milionů EUR k 31. 10. 2015 až do data splacení. Vedení skupiny očekávalo, že bez dohody s věřiteli by byla tato podmínka porušena ve druhém čtvrtletí 2016. Dne 23. 2. 2016, byly mezi skupinou a požadovanou většinou věřitelů SSCF (kteří jsou mimo jiné také akcionáři NWR Plc) dohodnuty podmínky dočasné dohody o výjimce, která od tohoto data snižuje minimální stav skupinové hotovosti (str. 37). Z uvedeného tedy plyne, že vedení skupiny bylo v nadcházejících letech schopno již pouze odkládat splatnost

závazků, zřejmě bez výraznější přímé finanční podpory. V této souvislosti KSZ poukazuje také na přehled akcionářských půjček, který byl jako důkaz předložen ze strany Citibank, z něhož vyplývá prudký pokles objemu půjček po roce 2012 (téměř o 50%). V letech 2015 a 2016 obdrželo OKD již pouhý zlomek toho, co byla skupina schopna poskytovat OKD před rokem 2014.

50. Jak uvádělo KSZ již v průběhu jednání, je veřejně známou skutečností, že počátkem roku 2016 již akcionáři OKD otevřeně hovořili o tom, že bez podpory státu hrozí ukončení provozu závodu dlužníka. OKD podalo dne 3. 5. 2016 insolvenční návrh a Krajský soud v Ostravě usnesením ze dne 9. 5. 2016 konstatoval její úpadek.
51. Na základě všech výše uvedených skutečností, které vyplývají z důkazů provedených v průběhu řízení se tak KSZ v rozporu s názorem soudu domnívá, že v roce 2014 zde byly vážné důvody předpokládat, že ekonomická krize dlužníka v roce 2014 je trvalá a hluboká, bez naděje na pozitivní obrat v horizontu nejméně nadcházejících dvou let. OKD nebyla v průběhu této krize schopna udržet provoz svého závodu ani s podporou ovládajících osob, které se samy nacházely nejméně na pokraji úpadku. Opatření, která byla ze strany těchto osob realizována v letech 2014 a 2015 byla nedostatečná a pouze dočasného charakteru. Jejich smyslem mohlo být pouze získání trocha času možná v naději na obrat trhu, který však nepřicházel a koncernu NWR došly peníze. Ovládající osoby evidentně buď neměly, nebo nebyly ochotny poskytnout OKD dostatečnou finanční podporu, když se obrátily na stát s žádostí o finanční výpomoc. Státní podporu v dané věci však s ohledem na její dobrovolnost a politickou nevypočitatelnost nelze zahrnovat do vyhodnocení předpokladu dalšího provozu závodu jako významný faktor, se kterým je možno s určitou mírou jistoty počítat. Dle názoru KSZ tak nebyly ke dni 9. 9. 2014 splněny na straně OKD předpoklady going concern, což je však nezbytné stvrdit zodpovězením některých odborných znaleckých otázek jak je uvedeno níže.

- rozvahový test

52. Soud při předpokladu splnění podmínky going concern přistoupil k rozvahovému testu (odst. 45.2.31), tedy srovnání majetku a závazků OKD.
53. Dříve než soud provedl vyhodnocení poměru majetku a závazků OKD, zabýval se tvorbou opravných položek, kterou v podstatě označil za správnou, když konstatoval, že *masivní tvorbou opravných položek, kterou dlužník reagoval na výhled cen uhlí od roku 2013 (viz výroční zprávy – tvorba opravných položek) spojenou s množstvím prokazatelně a pravděpodobně vytěžitelných geologických zásob uhlí (ekonomicky vytěžitelné uhlí se účetní hodnota přibližovala tržní hodnotě majetku* (odst. 45.2.36).
54. Soud rovněž sdělil, že *v posuzované věci je podstatné, že účetně vedou opravné položky v rozvaze ke snížení účetní hodnoty majetku, ale fakticky nedochází k jeho snižování. Tedy spojovat opravné položky se závěrem, že dlužníku poklesla hodnota majetku a z toho dovozovat závěr o faktickém zmenšení majetku je nesprávný* (45.2.36). Soud dále uvedl, že *ve světle uvedeného jsou tvrzení*

insolvenčního správce a KSZ o nadhodnocení majetku zcela lichá (45.2.37). Pokud mělo KSZ výhrady ke správnosti některých účetních údajů, týkalo se to zejména žalovanými předloženého přehledu aktiv a pasiv k 30. 9. 2014, kdy mělo podezření z účetního nadhodnocení majetku dlužníka, k čemuž také navrhlo důkazy. Pokud jde o řádné auditované účetní závěrky dlužníka, tak zde KSZ vycházelo z předpokladu jejich správnosti. KSZ tedy není úplně zřejmé, do jaké souvislosti soud tvrzení KSZ s podstatou opravných položek dává.

55. Pokud však již soud vůbec započal s hodnocením opravných položek, tak KSZ především vůbec neví, na základě jakých odborných závěrů tak učinil, neboť nejde o otázku právní, jak se soud domnívá (45.2.45).
56. Opravné položky jsou součástí rozvahy účetní jednotky a jsou uvedeny ve sloupci „korekce“ dle § 4 odst. 4 vyhlášky č. 500/2002 Sb., kterou se provádějí některá ustanovení zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví. Opravné položky a jejich tvorba mohou mít velký význam při posuzování úpadku dlužníka, neboť pochopitelně ovlivňují konečný stav majetku a závazků v rozvaze a tedy také výši hodnot, z nichž se provádějí výpočty jednotlivých ukazatelů úpadku jako např. výpočet likvidity. Přestože údaj o likviditě je podstatný zejména z pohledu existence platební neschopnosti, která v řízení tvrzena nebyla, tak dle soudem provedeného posudku spol. Znalecká společnost s.r.o. jde o významný údaj v rámci tzv. citlivostní analýzy, která je podstatná pro posouzení principu going concern, což má význam pro naplnění definice oddlužení. Přitom právě závěry citlivostní analýzy vedly znalce k závěru o vysoké míře pravděpodobnosti úpadku OKD v roce 2014 (str. 428-431 posudku).
57. Způsob tvorby opravných položek závisí na vnitřním předpisu účetní jednotky a kromě obecného požadavku, že účetní závěrka má podávat věrný a poctivý obraz o finanční situaci účetní jednotky, neexistuje konkrétním právním předpisem stanovený postup, jak výši opravných položek stanovit. Různé účetní jednotky tak mohou vykazovat rozdílný přístup k tvorbě opravných položek. Pokud se tedy soud domnívá, že jde o otázku právní, tak právní otázky v tomto případě končí u § 7 odst. 1 zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, jehož právním výkladem ke konkrétním hodnotám dospět nelze. Pro hodnocení správnosti opravných položek ve vztahu ke všem rozvahám OKD předložených účastníky v řízení, tedy nemá soud žádný podklad a navržené důkazy (znalecký posudek) v tomto směru neprovedl.
58. Soud se zabýval opravnými položkami konkrétně např. v bodě 45.2.35, kde zmínil opravné položky v celkové výši -25 073 mil., kterými OKD promítla budoucí riziko z pokračujícího trendu v poklesu cen uhlí do svého majetku. Kromě toho, že soud zde vůbec neuvádí, kde tento údaj získal, není KSZ zřejmé jaký vliv má tento údaj na správnou tvorbu opravných položek ve vztahu ke konkrétním položkám v rozvaze, např. ke stavbám a samostatným hmotným movitým věcem a souborům movitých věcí, jakožto nejvýraznějším položkám na straně aktiv. Jde zřejmě opět o odbornou úvahu, kterou však soud blíže nevysvětlil.
59. Vzhledem ke skutečnosti, že soud odmítl přibrat znalce, bylo KSZ nuceno vycházet z účetních údajů obsažených řádných a auditovaných účetních závěrkách OKD, které vykazovaly vyšší míru přesvědčivosti než přehled aktiv a

pasiv z 30. 9. 2014. I tyto údaje však soud na základě vlastní účetní a ekonomické analýzy zpochybnil.

60. Soud se vyhodnocení poměru majetku závazků dlužníka věnuje v odst. 45.2.41 - 45.2.51 odůvodnění, přičemž dospívá k závěru, že hodnota majetku OKD převyšovala její závazky o 8.818.109 tis. Kč. Soud však při tomto výpočtu postupoval způsobem, který je z pohledu insolvenčního zákona neakceptovatelný.
61. Soud nejprve sděluje, že od závazků dlužníka je nutno odečíst rezervy. K rezervám soud obecně uvedl, že jde o potencionální závazek a není vůbec jisto kdy a v jaké výši vznikne, a proto jej není možné promítat do závazků. Část těchto rezerv představují sice rezervy podle zvláštních předpisů, přesto s nimi dlužník může nakládat se souhlasem Báňského úřadu, např. část finančních rezerv dlužník transformoval do státních dluhopisů (45.2.41).
62. Soud rovněž na straně závazků nepřihlédl k vnitroskupinovým úvěrům, když vyslovil závěr, že nelze předpokládat, že by mateřská společnost při zdravém obchodním úsudku přistoupila k vymáhání závazku za dceřinou společností, která je hlavním zdrojem příjmů mateřské společnosti a ocitne se ve špatné finanční situaci představující nedostatečné generování provozní cash flow (45.2.49).
63. Výše uvedený výklad nemá oporu v zákoně. Rozvahový test ve smyslu § 3 odst. 4 IZ je stručným souhrnem závazků a pohledávek dlužníka. Je pravdou, že rozvahový test sám o sobě neznamená předlužení, když při stanovení hodnoty majetku dlužníka se přihlíží také k další správě dlužníkova majetku a dalšímu provozování podniku. Dle názoru KSZ však nelze z principu hodnotu dlužníkova majetku v rozvahovém testu vystavět na subjektivním (dokazováním nepodpořeném) hodnocení vůle majitelů pohledávek nakládat se svými pohledávkami do budoucna. Stejně tak nelze stavět vázanost finančních prostředků v rezervách na budoucím a z povahy věci nejistém rozhodnutí správního orgánu. Pokud by tento závěr soudu byl správný, musel by každý insolvenční soud, aby vyloučil libovůli v tomto hodnocení, v rámci rozhodování o úpadku z důvodu předlužení zkoumat subjektivní zájmy věřitelů, kteří mají za dlužníkem splatnou pohledávku a provádět rozsáhlé dokazování za účelem zjištění, zda svou pohledávku vůbec hodlají uplatňovat, v jaké výši a v jaké lhůtě (což soud neučinil). Insolvenční soud by musel jít dokonce tak daleko, že by měl zřejmě zjišťovat předběžná stanoviska správních orgánů, jak hodlají do budoucna rozhodnout ohledně některých veřejnoprávních povinností na základě žádosti dlužníka, pokud dlužník vůbec nějakou žádost vznesl. Tento závěr je neudržitelný.
64. Pokud jde konkrétně o závazky OKD ve formě rezerv (řádek 086 rozvahy OKD ke konci účetního období 2014), tak k této problematice se KSZ vyjadřovalo již v průběhu jednání, když stejný postup jako soud zvolili pro svá tvrzení žalovaní. KSZ tehdy uvedlo, že rezervy jsou specifickým typem závazku, který se vyznačuje neurčitou výší a neurčitým časovým obdobím, a proto jsou v rozvaze zahrnuty mezi cizí zdroje, neboli cizí kapitál, který zahrnuje všechny závazky účetní jednotky, a pro svou specifickou povahu jsou rezervy odděleny od typických závazků. V případě OKD šlo mj. o rezervy, které bylo povinno vytvářet dle horního zákona, na sanaci pozemků dotčených těžbou a důlní škody. S těmito rezervami nešlo počítat

jako s potencionálním zdrojem financí, neboť pak by byl porušován zákon. Dle § 37a odst. 6 zák. č. 44/1988 Sb., horní zákon v případě rezerv vytvářených na důlní škody, tyto finanční prostředky jsou složeny na vázaném účtu, ani nesmí být předmětem exekuce a zahrnuty do majetkové podstaty. KSZ vyslovilo názor, že nezákonné rozpouštění rezerv vede k umělému neoprávněnému vylepšování ekonomické situace podniku.

65. Pokud soud ve svých výpočtech počítal s výší oddělitelných rezerv ve výši 2.115.709 tis. Kč, tak z uvedené částky činila výše rezerv dle zvláštních právních předpisů částku 1.133.252 tis. Kč (řádek 087 rozvahy). Pokud by již KSZ chtělo polemizovat s teoretickou úvahou soudu ohledně využitelnosti těchto rezerv, muselo by uvést následující. Z právní úpravy čerpání těchto rezerv plyne, že organizace může tyto rezervy pouze zhodnotit postupem dle § 37a odst. 5 horního zákona (na což poukazuje soud ve vztahu k nákupu státních dluhopisů). Pokud dochází k čerpání z těchto rezerv ve smyslu § 37a odst. 2a, odst. 3 horního zákona, dochází k tomu pouze v případech, že je zapotřebí rezervy využít k úhradě důlních škod. KSZ se tedy domnívá, že za účelem úhrady obchodních závazků tyto rezervy využít nelze. Okrajem KSZ dodává, že soud se již vůbec nezabýval daňovými dopady odčerpání rezerv, když jde o daňově uznatelný náklad, který dlužník jistě uplatňoval. KSZ tak uzavírá, že minimálně rezervy dle zvláštních právních předpisů patří v rozvahovém testu do souhrnu závazků.
66. Soud v rámci rozvahového testu vyhodnotil vůli ovládající osoby OKD, když usoudil, že při zdravém obchodním úsudku by ovládající osoba nevymáhala své pohledávky za dlužníkem – ovládanou osobou, která má finanční problémy. Mimo to, že tato úvaha dle názoru KSZ soudu v rámci posuzování existence úpadku formou předlužení nepřísluší, je nutno dodat, že takovýto způsob nahlížení na právní závazkové vztahy v insolvenčním řízení vyvolá pouze chaos. Pokud by byl názor soudu v právní praxi přijat, musel by každý insolvenční soud bez dalšího vylučovat tento okruh pohledávek z rozvahového testu. Je tak např. otázkou, jak by se názor soudu projevil u dlužnického insolvenčního návrhu podaného z důvodu předlužení, kde by většina závazků dlužníka byla tvořena závazky vůči společníkům. Zřejmě by tento návrh musel být bez dalšího zamítnut. Soud tímto svým postojem v podstatě také dává prostor k účelové manipulaci s účetními údaji v případě předlužení, když by dlužníci a koncernoví věřitelé ovlivňovali bilanci majetku a závazků podle svých potřeb jednostranným prohlášením o připravenosti vymáhat své pohledávky nebo naopak. Subjektivní zájem věřitelů na vymáhání svých pohledávek by v rámci prokazování úpadku formou předlužení v rozvahovém testu dle § 3 odst. 4 IZ dle názoru KSZ neměl hrát žádnou roli.
67. KSZ si v souvislosti s úvahou soudu také klade otázku, zda by se v rámci rozvahového testu nebylo možno dovolávat také zdravého obchodního úsudku obchodních partnerů dlužníka mimo koncern, neboť dokud se dlužník nenachází v platební neschopnosti i oni by mohli vnímat dlužníka jako významný zdroj svých příjmů z obchodní činnosti a přát si zachování jeho činnosti a oddálení úpadku. Podobně by se v této situaci mohlo nahlížet také na finanční úřad, neboť velké obchodní společnosti jsou bezpochyby významným daňovým zdrojem příjmu pro stát.

68. Soud v odst. 45.2.49 hovoří v podstatě o koncernové solidaritě, když hovoří o sanaci ztrát v rámci koncernu. Koncernovou solidaritu je jistě do určité míry legitimní očekávat, ovšem v okamžiku úpadku dlužníka insolvenční zákon vnímá tyto koncernové vztahy spíše jako střet zájmů (§ 53 IZ). Sázet na koncernovou solidaritu v rámci posuzování úpadku obchodní společnosti – člena koncernu se KSZ jeví jako poněkud ošemetné. Subjektivní postoj ovládajících osob a jejich zdravý obchodní úsudek dozrává v průběhu existence koncernu a v průběhu insolvenčního řízení mnohých změn v závislosti na momentální ekonomické výhodnosti konkrétního řešení. Jistě nejsou výjimkou případy, kdy ovládající osoby v případě blížícího se úpadku člena koncernu, korigují finanční toky ve skupině ve prospěch jiných, životaschopnějších členů koncernu a zejména ve prospěch mateřské společnosti (tedy současně ke škodě dlužníka a jeho věřitelů). Schopnost soudu číst tyto ekonomické zájmy bez jakéhokoliv dokazování (pouze s odkazem na předpoklad zdravého obchodního úsudku) považuje KSZ za téměř vyloučené, neboť jak výstižně konstatoval soudce Norris v rozhodnutí z 5. 9. 2014 (scheme of arrangement), pouze věřitelé ví nejlépe, jaký je jejich zájem. Závěr soudu tak vykazuje obecně značnou míru právní nejistoty. I z těchto důvodů mělo být poměřování majetku a závazků u předlužení kategorií založenou mnohem více na objektivních principech.
69. V neposlední řadě KSZ dodává, že postoj ovládající osoby je rovněž nutno poměřovat péčí řádného hospodáře (čehož ji členství v koncernu nezbavuje) a tato je jistě v souladu s touto péčí povinna vymáhat všechny své pohledávky, obzvláště v situaci, kdy jí samotné minimálně hrozí úpadek (jak bylo konstatováno výše). Zdravý obchodní úsudek vedoucí k nevymáhání těchto pohledávek by tak mohl teoreticky vést k nezákonnému následku v podobě způsobení škody věřitelům ovládající osoby.
70. Tyto skutečnosti uvádí KSZ zejména proto, aby demonstrovalo, jak široký okruh okolností by bylo nutno v daném případě vzít v úvahu, pokud by již soud chtěl seriózně hodnotit zájmy věřitelů při posuzování motivace uplatňování jejich pohledávek. KSZ se však především obává, že při aplikaci úvahy soudu by předlužení jako takové zcela ztratilo svůj smysl.
71. Pokud jde o znalecký posudek zpracovaný v rámci insolvenčního řízení (odst. 45.2.37), který navrhoval k důkazu insolvenční správce, tak zde se KSZ sice ztotožňuje se závěry soudu ohledně jeho nepoužitelnosti, ovšem z důvodu časového odstupu od roku 2014 a nikoliv z toho důvodu, že byl zpracován likvidační metodou, neboť KSZ nesouhlasí se závěrem soudu ohledně toho, že byl v roce 2014 splněn u OKD předpoklad going concern. Pokud se soud zmiňuje o tom, že znalec pracoval s nejistými budoucími náklady na útlum těžby, s nimiž nelze pracovat, tak dle názoru KSZ při ukončení provozu závodu dlužníka (§ 155 odst. 1 IZ, z něhož znalec při zpracování posudku vycházel), by šlo o náklad velmi reálný. Pokud však soudu obecně vadí skutečnost, že pro právní posouzení věci nemůžou hrát roli nejisté budoucí náklady, tak opomněl, že s nejistou budoucností sám pracoval, když předpokládal, že v roce 2014 byly zachovány předpoklady going concern a zejména pak, když hodnotil podmínky zahrnutí mimobilančního závazků do rozvahového testu (odst. 46.7.). OKD přitom v roce 2016 skončila v úpadku na základě rozhodnutí insolvenčního soudu.

72. KSZ se tak domnívá, že soud nesprávně aplikoval tzv. rozvahový test a nepodařilo se mu vyvrátit skutečnost plynoucí z rozvahy OKD k 31. 12. 2014, dle které závazky OKD přesahovaly její majetek ve smyslu § 3 odst. 4 IZ. Pokud se soud zabýval hodnocením ryze odborných otázek (např. ve vztahu k opravným položkám) tak toto mu dle názoru KSZ nepřísluší. Některé odborné otázky, jak je uvedeno níže, zcela pominul.

- **přehled aktiv a pasiv dlužníka k 30. 9. 2014**

73. Ve vztahu k přehledu aktiv a pasiv zpracovaný OKD ke dne 30. 9. 2014 a který byl předložen žalovaným č. 2), tak u tohoto důkazního prostředku KSZ zpochybnilo jeho správnost a nad rámec již navrženého důkazu znaleckým posudkem navrhlo soudu za účelem vyvrácení tohoto důkazu jiné důkazy – výslech Ing. Petra Dostála, Ing. Kostelného, Ing. Frostové a Ing. Vachůtkové, jakožto osob, které svým podpisem stvrdily v roce 2014 správnost předloženého dokumentu a řádné účetní závěrky. Tyto důkazy však soud pro nadbytečnost zamítl (odst. 17.77. – 17.80.). Je přitom zřejmé, že tento přehled se v některých údajích, zejména informací o kladném vlastním kapitálu vymyká z řady auditovaných řádných účetních závěrek, ve kterých je od roku 2013 vykazován vlastní kapitál záporný. Předložený přehled přitom z povahy věci ani auditovaný nebyl.

- **mimobilanční závazky**

74. Pokud jde o mimobilanční závazky a způsobu účtování o těchto závazcích, tak v tomto případě se jedná ryze o odbornou účetní otázku, která pochopitelně úzce souvisí s předpokladem schopnosti OKD dále pokračovat ve své činnosti v roce 2014. Jelikož KSZ vychází z úvahy, že předpoklad going concern v roce 2014 splněn nebyl, tak zastává názor, že bylo namísto Restrukturalizace 2014 nutno na straně OKD zahrnout tyto závazky do rozvahy a podat insolvenční návrh pro evidentní předlužení. Jak však bylo uvedeno, jde opětovně o odbornou otázku, ke které by se měl vyjádřit znalec.

- **znalecký posudek**

75. KSZ v řízení opakovaně zdůraznilo, že nemá odborné znalosti k přesnému posouzení některých základních ekonomických východisek nezbytných pro prokázání tvrzení úpadku OKD a považovalo téměř za nezbytné, aby se v takto složité věci vyjádřil k některým ekonomickým a ryze odborným otázkám znalec, jak uvádělo výše.
76. Na základě dostupných znalostí a důkazů provedených v řízení se KSZ na základě shora uvedených hodnocení domnívá, že jsou zde vážné důvody předpokládat úpadek OKD v rozhodném období, tedy v době uzavírání SSN a SSCF, a jeho tvrzení a tvrzení insolvenčního správce jsou v tomto směru správná. Tyto závěry však považovalo za nezbytné stvrdit některými odbornými ekonomickými postupy, které KSZ není schopno provést.

77. Je totiž nutno vzít v úvahu, že většina tvrzení účastníků a KSZ ve vztahu k úpadku OKD formou předlužení v roce 2014 a rovněž následné hodnocení soudu, vycházelo z účetních údajů o majetku a závazcích OKD. KSZ akceptuje názor, že účetní údaje samy o době nejsou zcela spolehlivým důkazem o předlužení, jde především o velmi významný signál ve vztahu k předlužení, který je nutno doplnit dalším dokazováním.
78. Účetní hodnoty majetku dlužníka nemusí odrážet reálnou hodnotu majetku, která je z praktického pohledu na předlužení podstatná. Z tohoto úhlu pohledu by měl být brán v rámci rozvahového testu majetek, který lze v rozumné době zpeněžit, což je ovšem věcí spíše znaleckého odhadu. Dlužník totiž může mít majetek ve značné účetní hodnotě, který je však na trhu pro svou specifickou neprodejnost. Bilance majetku a závazků tedy může doznat značných změn při přecenění majetku dlužníka na reálnou hodnotu. Pokud jde o pojem reálné hodnoty, tak dle IFRS (mezinárodní standardy účetního výkaznictví) *jde o cenu, která by měla být získána při prodeji aktiva nebo uhrazena při převodu závazku v rámci řádné transakce mezi účastníky trhu ke dni ocenění (IFRS 13)*. Toto ocenění majetku však může provést pouze znalec (může jít mj. o hodnocení majetku pořízeného formou finančního leasingu, využitelnosti zásob, nebo také odhad bonity pohledávek).
79. Jak bylo uváděno výše, stav majetku a závazků je nutno poměřovat předpokladem dalšího provozu závodu, který je základním východiskem pro způsob ocenění majetku dlužníka. I z tohoto pohledu lze nalézt odborné znalecké postupy, kterými je např. tzv. strategická a finanční analýza.
80. Soud však návrh insolvenčního správce a KSZ na ustanovení znalce za účelem zjištění výše uvedených ryze ekonomických stanovisek neakceptoval (17.5.), byť z dostupných důkazů předložených insolvenčním správcem a KSZ bylo možno dovozovat vysokou pravděpodobnost úpadku OKD v roce 2014.
81. KSZ pochopitelně akceptuje závěr, že prokazování úpadku by mohlo být vnímáno jako nadbytečné, pokud by nebyly naplněny další znaky některé ze skutkových podstat neúčinnosti právních jednání OKD. KSZ je však přesvědčeno, že zde tyto znaky naplněny byly, jak uvádí níže pod bodem IV.
82. Samotným závěrem KSZ k problematice úpadku OKD konstatuje, že veškeré okolnosti projednávané věci, které zmiňovalo výše a které prezentovalo ve svých písemných a ústních vyjádřeních v průběhu jednání, jej vedou k přesvědčení, že v úpadku byl v roce 2014 celý koncern NWR a v ideálním případě mělo být v roce 2014 postupováno dle nového nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/848 upravujícího úpadek koncernových struktur (pokud by ovšem v té době bylo v účinnosti, jde tedy pouze o teoretickou úvahu).

III. neúčinnost SSN a SSCF

83. KSZ ve svém písemném vyjádření ze dne 18. 6. 2019 v části X. (s odkazem část VI., zejména odstavce 110-137), sdělilo soudu svůj právní názor na platnost a neúčinnost části smluv SSN a SSCF.
84. V souladu s tímto písemně prezentovaným názorem a v návaznosti přesvědčení o existenci úpadku OKD v době uzavírání SSN a SSCF navrholo KSZ soudu ve svém závěrečném návrhu, aby v případě, že shledá smlouvy SSN a SSCF jako platné, určil částečnou neúčinnost SSN (čl. 12.01 písm. i) a SSCF (čl. 18.8.), když ze strany OKD došlo vyloučením případně omezením subrogačního regresu v těchto smlouvách k naplnění skutkové podstaty zvýhodňujícího právního jednání dle § 241 odst. 3 písm. c) IZ, případně úmyslně zkracujícího právního jednání dle § 242 IZ.
85. Soud se tvrzením KSZ ani ve vztahu k platnosti a ani neúčinnosti vůbec nezabýval, když zřejmě dospěl k závěru, že KSZ tímto tvrzením (ve vztahu k neúčinnosti) překročilo svá procesní oprávnění (odst. 43.29).
86. KSZ setrvává na svých tvrzeních v předmětném vyjádření ze dne 18. 6. 2019 s výjimkou platnosti, resp. neplatnosti právních jednání, když nyní v podaném odvolání namítá pouze neúčinnost výše uvedených článků SSN a SSCF a vychází tedy nutně z předpokladu platnosti uvedených smluv. KSZ je přesvědčeno o tom, že svá procesní oprávnění nepřekročilo a pokud soud dopěl k závěru, že zde nejsou podmínky pro posouzení jakékoliv části SSN a SSCF jako neúčinné, aniž by bral v úvahu tvrzení KSZ, dospěl na základě provedených důkazů k nesprávným právním závěrům.
87. Soud k námitkám KSZ prezentovaných ve vyjádření z 18. 6. 2019 sdělil, že KSZ není aktivně legitimováno k podání odpůří žaloby, kterou může podat pouze insolvenční správce a poukázal na ust. § 239 odst. 1 IZ a Nález Ústavního soudu ze dne 7. 11. 2017 sp. zn. Pl.ÚS 33/15 (odst. 43.29).
88. KSZ se v rozporu s názorem soudu domnívá, že svá oprávnění nepřekročilo. KSZ především žádnou odpůří žalobu nepodalo a pokud jde o řízení, které bylo zahájeno odpůří žalobou insolvenčního správce, tak se v průběhu řízení celou dobu pohybovalo v rámci předmětu řízení vymezeného žalobcem – insolvenčním správcem, který odpůří žalobou napadl SSN, SSCF a ICA jako celek.
89. Státní zastupitelství je v průběhu civilního řízení, do něhož vstoupí limitováno především § 35 odst. 2 o.s.ř. Státní zastupitelství které vstoupí do řízení nemá hmotněprávní zájem na výsledku řízení. Jeho práva v řízení se odvíjejí výlučně od procesní legitimace odvozené od veřejného zájmu. I když KSZ není povinno v řízení prokazovat existenci veřejného zájmu, tak sděluje, že v řízení o odpůří žalobě se tento zájem pochopitelně primárně odvíjí od zájmu na ochraně práv poctivých věřitelů, kteří mohou být poškozeni nezákonným jednáním dlužníka, případně také jiných věřitelů.

90. Státní zastupitelství v návaznosti na § 35 odst. 2 o.s.ř. může v průběhu řízení činit pouze procesní úkony. Tyto procesní úkony se projevují tím, že státní zastupitelství předkládá soudu své vlastní právní názory na skutkový stav, který je s ohledem na aktivitu účastníků předmětem řízení a předkládá soudu také návrhy na provedení důkazů, které směřují k prokázání jeho vlastních tvrzení. Vždy se však pohybuje v rámci vymezeném žalobcem a není oprávněno navrhopat, aby bylo žalobci přisouzeno např. více než požadoval, neboť by tímto již zasahovalo do jeho hmotněprávního postavení. KSZ ve svém tvrzení nepřekročilo petit žalobce, pouze provedlo jiné právní hodnocení SSN a SSCF, než jaké provedl insolvenční správce a dospělo k závěru o částečné neúčinnosti těchto jednání. Ve své podstatě tak spíše minimalizovalo následky odpůrcí žaloby než naopak.
91. KSZ je navíc toho názoru, že na incidenční spor vyvolaný insolvenčním řízením je nutno nahlížet jinak než na standardní sporné řízení. Jde o spor vyvolaný insolvenčním řízením, tedy v podstatě z veřejnoprávních důvodů a osobou ustanovenou soudem, která má při zjištění neúčinných právních jednání zákonnou povinnost tuto žalobu podat i proti vůli dlužníka, jehož se tento procesní úkon dotýká v hmotněprávní rovině. Tedy i do sporu o neúčinnost právních jednání tímto způsobem významnou měrou vstupuje prvek oficiality, což také státní zastupitelství opravňuje ve veřejném zájmu prosazovat svůj právní názor na věc a navrhopat důkazy, pokud se pohybuje v předmětu řízení vymezeném žalobcem a nečiní vyloženě hmotněprávní úkony.
92. KSZ tak setrvává na svých tvrzeních v písemném vyjádření ze dne 18. 6. 2019 ve vztahu k absenci subrogačního regresu, které níže pouze opakuje a upřesňuje.
93. Jak již uvádělo KSZ ve svém písemném vyjádření ze dne 20. 3. 2019, tak vyloučení subrogačního regresu dle SSN a SSCF by mohlo být vnímáno jako jednání poškozující věřitele OKD.
94. Jak bylo uvedeno výše, smlouvy SSN a SSCF byly uzavírány v době úpadku OKD, které v těchto smlouvách vystupovalo jako ručitel společností, které jej ovládaly (NWR N.V. a NWR B.V.), všichni jako členové jednoho koncernu NWR. Okamžikem úpadku OKD byl založen určitý střet zájmů mezi požadavky věřitelů OKD a požadavky koncernu, resp. hlavními zájmy koncernu, konkrétně tedy mezi zájmy OKD na straně jedné a NWR N.V. a NWR B.V. na straně druhé.
95. Střet zájmů se ostatně projevil také v dalším postupu skupiny NWR, která se namísto podání insolvenčního návrhu, jak ukládá § 98 odst. 1 IZ, pokoušela nadále udržet „mimoinsolvenční situaci“, což je právě s ohledem na existenci § 98 odst. 1 IZ nepochybně v rozporu s insolvenčním zákonem (jak bylo popsáno blíže ve vyjádření KSZ ze dne 20. 3. 2019) a vystavovala se tak riziku způsobení škody věřitelům OKD.
96. Jak v SSN, tak v SSCF jsou obsažena následující ustanovení.
- SSN

Jak vyplývá z čl. 12.01 písm. i) SSN každá ručící společnost se tímto zavazuje, že nebude žádným způsobem vznášet jakékoli nároky či uplatňovat jakákoli práva na

náhradu, odškodnění nebo subrogaci, ani žádné jiné právo vůči Emitentovi ani žádné jiné Omezené dceřiné společnosti v důsledku jakékoli platby, kterou taková ručící dceřiná společnost provede na základě svého Ručení dceřiné společnosti, a takových práv se tímto vzdává, a to za předpokladu že nelze oprávněně očekávat, že vzdání se takových práv a přijetí takového závazku bude mít za následek (i) jakékoli porušení příslušného zákona nebo (ii) významné riziko vzniku osobní nebo trestněprávní odpovědnosti pro manažery a ředitele takové Ručící dceřiné společnosti, a pokud následkům v případě (i) nebo (ii) nelze předejít s využitím přiměřených opatření dostupných takové Ručící dceřiné společnosti.

- SSCF

Dle čl. 18.8. SSCF dokud nebudou všechny částky, které mohou být ze strany Dlužníků splatné na základě Finančních dokumentů či v souvislosti s Finančními dokumenty nebo které se splatnými mohou stát, neodvolatelně a plně uhrazeny a pokud Agent nenařídí něco jiného, žádný Ručitel neuplatní žádná následující práva, která může mít z důvodu plnění svých povinností plynoucích z Finančních dokumentů nebo z důvodu splatné částky či vzniklé odpovědnosti podle tohoto článku 18:

- a) Být odškodněn ze strany dlužníka*
- b) Domáhat se příspěvku od jiného ručitele zajišťujícího povinnosti dlužníka plynoucí z Finančních dokumentů,*
- c) Využít (úplně nebo částečně a bez ohledu na to zda subrogací či jinak) práv finančních stran plynoucích z finančních dokumentů nebo jiného ručení či zajištění, které finanční strana přijala na základě Finančních dokumentů či v souvislosti s nimi,*
- d) Zahájit soudní nebo jiné řízení o vydání rozhodnutí, kterým se dlužníkovi nařizuje zaplatit platbu nebo splnit povinnost, v souvislosti s níž Ručitel poskytl ručení, závazek nebo odškodnění podle čl. 18.1 (ručení a odškodnění)*
- e) Uplatnit vůči dlužníkovi právo na započtení, a/nebo*
- f) Prohlásit se za věřitele Dlužníka nebo se prokázat jako věřitel Dlužníka v konkurenčním postavení vůči finanční straně*

Pokud ručitel v souvislosti s těmito právy obdrží jakýkoli prospěch, platbu nebo výplatu, bude je mít v úschově pro Finanční strany v rozsahu nezbytném k tomu, aby všechny částky, které mohou být Finančním stranám splatné ze strany Dlužníků na základě Finančních dokumentů či v souvislosti s nimi nebo které se splatnými mohou stát, bylo možné v plné výši splatit, a okamžitě je zaplatí nebo převede Agentovi nebo v souladu s pokyny Agentu pro účely článku 30 (Platební mechanismus).

97. Pokud jde o SSN, je nutno zabývat se při posuzování vyloučení regresu částí čl. 12.01 písm. i), která se týká jeho podmíněného uplatnění (v textu výše podtrženo).

98. V daném případě jde zřejmě o druh rozvazovací podmínky dle § 548 odst. 2 OZ. To obecně znamená, že právní následek, v daném případě vyloučení subrogačního regresu platí, pokud v době uzavření smlouvy nebylo možno oprávněně očekávat negativní následky vyloučení regresu. S ohledem na formulaci textu je podmínka vystavěna na subjektivní stránce jednání smluvních stran. Je poměrně obtížné posoudit, kdy by splnění takto vyjádřené podmínky mělo nastat. Skutečně objektivní posouzení předpokladu takového oprávněného očekávání může zřejmě poskytnout pouze soud. Takováto podmínka se jeví jako podmínka, která nemá žádný význam pro postavení ručitele, který se nachází v úpadku z pohledu jeho věřitelů, chrání zejména postavení osob jednajících jménem smluvních stran. KSZ se s ohledem na níže uvedené domnívá, že není přijatelné, aby osoba, která se nachází v úpadku, vázala uplatnění svých přirozených majetkových práv (zákonné právo na subrogaci bylo zapotřebí vyloučit dohodou stran) na rozhodnutí o osobní odpovědnosti fyzických osob jednajících jménem dlužníka, a tím fakticky podržovala práva věřitelů dlužníka právům osob jednajících jménem dlužníka, tedy přesně naopak než určuje insolvenční právo. Vzhledem ke skutečnosti, že ve věci byly smlouvy a jejich platnost posuzovány také dle práva státu New York, nabízí se srovnání se zásadou, že *řádné principy veřejného pořádku zakazují, aby si společnost stanovila imunitu před následky vlastní nedbalosti nebo, což je stejná věc nedbalosti svého zástupce*. Olive. A. Sternamanová v. Metropolitan Life Insurance Co. 170 N.Y. 13,62 NE 763).
99. Pokud jde o č. 18.8. SSCF, tak zde se zřejmě jedná o podmínku odkládací, tedy v závislosti na míře plnění ručitele-dlužníka bude záviset možnost uplatnění subrogačního regresu vůči obligačnímu dlužníkovi. S přihlédnutím ke skutečnosti, že smlouva byla uzavírána v době úpadku dlužníka, který byl předlužen a souhrn jeho závazků tedy převyšoval hodnotu jeho majetku, bylo velmi nepravděpodobné, téměř vyloučené očekávat, že závazky z ručení budou plně uhrazeny. Subrogační regres byl touto podmínkou fakticky vyloučen.
100. NWR N.V. a NWR B.V. byli nejméně v roce 2014 nepochybně věřiteli OKD. Tato skutečnost se podává ze samotného tvrzení Citibank a NWR o poskytování akcionářských půjček a načerpání úvěru dle SSCF.
101. Dle vyjádření Citibank z 9. 9. 2016 (odst. 44) *...od roku 2010 žalovaný 1 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 zkapitalizována do kapitálu žalovaného 1.*
102. V podstatě totožné vyjádření se podává z vyjádření NWR N.V. a NWR B.V. z 24.10.2018...*dlužník získal od roku 2010 úvěry v celkové výši 612 mil. EUR....z toho částku ve výši 586 mil. EUR nemusel navíc dlužník žalovaným v důsledku provedené kapitalizace vracet. ...zároveň se sluší podotknout, že kapitalizací pohledávek společnost NWR N.V. své postavení věřitele vůči dlužníkovi snižovala...*(odst. 47 vyjádření)
103. Z uvedených tvrzení je zřejmé, že dluh z akcionářských půjček byl pouze snížen, tedy nezanikl.

104. Dle vyjádření Citibank ze dne 9. 9. 2016 *Samotný úvěr dle SSCF byl přitom dle čl. 3.1. SSCF sjednán za účelem financování žalovaného 1 (OKD), který od NWR B.V. v letech 2014 a 2015 také částku téměř 30 mil. EUR obdržel, aniž by ji kdykoliv vrátil.* (odst. 103)
105. Načerpání finančních prostředků pro OKD dle SSCF tvrdilo u jednání také NWR N.V.
106. Dle přílohy k účetní závěrce za rok 2014 evidovala OKD vůči NWR N.V. dlouhodobé závazky vzniklé z vnitroskupinových úvěrů ve výši 5.691.845 tis. Kč (bod 13 přílohy) a krátkodobé závazky ve výši 2.079.318 tis. Kč z titulu půjčky nahrazující cashpooling (bod 14 přílohy) a závazky za NWR B.V. ve výši 693.125 tis. Kč (bod 14 přílohy).
107. Z výše uvedených skutečností tak KSZ dovozuje, že v době uzavírání SSN bylo NWR N.V. věřitelem OKD a NWR B.V. se na základě SSCF mělo stát věřitelem OKD, kterým se také v roce 2014 stalo. Na tom nic nemění skutečnost, že NWR N.V. ani NWR B.V. nepřihlášily do insolvenčního řízení vedeného ve věci dlužníka OKD žádné pohledávky. To znamená pouze tolik, že tyto společnosti nebyly v předmětném insolvenčním řízení zahájeném v roce 2016 přihlášeným věřitelem, nikoliv to, že nebyly věřitelem vůbec a již vůbec nic to nevypovídá o vzájemném postavení OKD a ovládajících osob v době učinění posuzovaného právního jednání, tedy v roce 2014.
108. OKD se vzdala všech svých regresních majetkových nároků dle SSN a SSCF vůči NWR N.V. a NWR B.V., tedy ovládajícím osobám. Osobám, které s ohledem na všechny skutečnosti, které KSZ uvádělo ve svých přechozích vyjádřeních (okolnosti utváření dohody v rámci scheme of arrangement, údaje vyplývající z prospektu atd.) si musely být dobře vědomy skutečnosti, že se OKD nachází v úpadku a musely si být vědomy následků pro OKD a jeho věřitele, které přijetí předmětných smluv může způsobit.
109. Vědomí o úpadku lze předpokládat již ze samotné skutečnosti, že šlo o členy jednoho koncernu, u kterých lze přirozeně očekávat vědomí ohledně finančního stavu ovládané společnosti, jak ostatně plyne i z právní úpravy insolvenčního zákona (§ 242 odst. 2 IZ, § 241 odst. 2 IZ a § 242 odst. 2 IZ).
110. Následek vyloučení regresu v SSN a SSCF je dnes zcela zřejmý. Jak vyplývá z vyjádření OKD ze dne 7. 6. 2019 podaného v insolvenčním řízení (KSOS 25 INS 10525/2016 – B-409), dlužník do konkursního řízení NWR N.V. a NWR B.V. nemůže přihlásit žádnou pohledávku pro nedostatek aktivní legitimace. Tomu brání právě výše zmiňovaná ustanovení SSN a SSCF.
111. Dle názoru KSZ bylo vyloučení regresu projevem přímočaré a jednostranné politiky koncernu NWR vůči OKD, která spočívala v tom, že ohledně podstatných majetkových záležitostí týkajících se OKD bylo rozhodováno zásadně mimo OKD v rámci jednotné politiky koncernu projevované osobami ovládajícími OKD. Jak však bylo uváděno výše, tato politika, která může být do jisté míry akceptovatelná v době prosperity koncernu, musí být v době insolvence člena koncernu regulována insolvenčním zákonem.

112. Jednání, kterým se dlužník jako ručitel vzdává regresního nároku vůči svému věřiteli, tímto tohoto věřitele do budoucna fakticky zvýhodňuje, neboť tomuto věřiteli nijak nehrozí uplatnění regresního nároku, což by mohlo vést ke snížení celkové výše pohledávek tohoto věřitele za dlužníkem, na rozdíl od jiných věřitelů, vůči kterým dlužník důsledně vymáhá všechny své pohledávky.
113. Toto jednání současně může vést k poškození jiných věřitelů, když vyloučení regresu je v podstatě vyloučením možnosti vymáhat budoucí pohledávku, tedy budoucí majetek dlužníka.
114. Je zapotřebí uvést, že majetkový výsledek pro věřitele OKD vyplývající z vyloučeného regresu je dnes, kdy se ovládající společnosti koncernu NWR nacházejí v likvidaci a již v roce 2014 se pohybovaly minimálně na prahu insolvence, těžko určitelný, přičemž KSZ nemá bližší informace k majetkové situaci NWR.
115. KSZ však nemůže přijmout závěr, aby právo aprobovalo tento postup (vyloučení regresu) v okamžiku úpadku dlužníka – ručitele. Vzdávání se jakýchkoliv pohledávek, které mohou v budoucnu dlužníku vzniknout již v době uzavírání smlouvy, vede k hazardnímu postupu v nakládání s majetkem dlužníka, který v době jeho úpadku jistě není na místě. Je jistě věcí určitého odhadu, do jaké míry bylo možno v roce 2014 předpokládat další vývoj vzájemných závazkových vztahů a solventnosti členů koncernu, což by mohlo mít vliv na možnosti úspěšného uplatnění subrogačního regresu. Vyloučení subrogačního regresu v roce 2014 by snad bylo akceptovatelné za situace, pokud by již tehdy bylo s nejvyšší mírou jistoty zřejmé, že uplatnění regresu v budoucnu ze strany OKD bude neúspěšné. Toto však s vysokou mírou jistoty nebylo možno tvrdit. Přestože se ovládající společnosti skupiny NWR nacházely v roce 2014 nejméně ve stavu hrozícího úpadku, není obecně nijak neobvyklé, že dlužníku (zde společností NWR) můžou být ze strany ovládajících osob poskytnuty finanční prostředky za účelem překonání úpadkové situace, je možno předpokládat částečné plnění v závislosti na způsobu řešení úpadku dlužníka (NWR) v případě zahájení insolvenčního řízení, změnu činnosti skupiny atd. Za dané skutkové situace by tak bylo možno uzavřít, že budoucí úspěšné uplatnění subrogačního regresu se výhledem z roku 2014 jevílo minimálně jako sporné. Právě tato spornost výnosu budoucího plnění neumožňovala jeho odepsání bez dalšího.
116. Smysl insolvenčního zákona je zajistit a zafixovat stav majetku dlužníka tak, aby mohl být přerozdělen a vymáhán dle pravidel, na kterých stojí insolvenční zákon, a nikoliv dle názoru dlužníka nebo koncernu, jehož je součástí. Jakýkoliv jiný postup je v přímém rozporu se smyslem a účelem kogentních právních norem, na kterých stojí insolvenční právo, zejména pak ustanovení § 1 písm. a) IZ, a § 5 písm. a) IZ. Uvedená ustanovení dle názoru KSZ představují základní zásady, smysl účel insolvenčního práva, ochranu třetích osob (věřitelů dlužníka) a jde tedy o normy, na kterých je zapotřebí bezvýhradně trvat a jejich dodržování nelze ponechat na iniciativě dotčených jedinců (Lavický, P. a kol. Občanský zákoník I. Obecná část § 1-654), Komentář.1. vydání Praha: C.H. Beck 2014. str. 24). Z uvedeného pohledu jsou uvedená ustanovení také vyjádřením veřejného pořádku ve smyslu § 1 odst. 2 OZ a jejich porušení je zakázaným jednáním.

117. Ujednání SSN a SSCF týkající se vyloučení subrogačního regresu je ujednáním, které ačkoli bylo realizováno v rámci uzavírání SSN a SSCF, nedopadá samo o sobě na ručitelský závazek a právní vztah mezi věřiteli z dluhopisů a úvěru, ale jde o vztah vnitrokoncernový, týká se tedy pouze OKD a NWR N.V., NWR B.V. S ohledem na skutečnost, že SSN a SSCF byly za OKD uzavřeny v zastoupení osobou, která byla zaměstnancem NWR N.V. (se souhlasem OKD), došlo ke způsobení škodlivého následku pro věřitele OKD společným jediným jednáním OKD, NWR N.V. a NWR B.V. a o subjektivní stránce těchto smluvních stran nelze pochybovat v tom směru, že mateřským společností OKD musely být známy veškeré okolnosti a následky jednání OKD.
118. KSZ současně považuje ustanovení týkající se vyloučení subrogačního regresu za oddělitelné od ostatních částí SSN a SSCF, aniž by tím hlavní závazkové vztahy doznaly nějakých změn, nejde o skutečnosti, které by měly mít nějaký význam pro existenci ručení nebo hlavního – obligačního vztahu a s ohledem na bezvýznamnost samotné existence subrogačního regresu pro platnost samotné emise dluhopisů nebo ručení, se KSZ domnívá, že by k právnímu jednání (uzavření SSN a SSCF) mohlo dojít i bez této části. O tom ostatně ve vztahu k SSN svědčí právě existence rozvazovací podmínky, ze které je zřejmé, že při uzavírání smlouvy bylo počítáno i s variantou toho, že by regres platil (bez ohledu na skutečnou relevanci této rozvazovací podmínky, jak je uváděno výše).
119. KSZ tak shrnuje, že na základě všech výše uvedených skutečností, jednání obsažené v čl. 12.01 písm. i) SSN a čl. 18.8. SSCF hodnotí v souvislosti s výše uvedeným tvrzením, že smlouvy SSN a SSCF byly v roce 2014 uzavírány v době úpadku OKD jako jednání neúčinné, naplňující skutkovou podstatu zvýhodňujícího právního jednání § 241 odst. 1, odst. 3 písm. c) IZ případně také úmyslně zkracujícího právního jednání dle § 242 IZ.

IV. závěr

120. KSZ tak nejprve ve vztahu ke zjištění insolvenčním správcem a KSZ tvrzenému úpadku OKD shrnuje, že soud v důsledku nesprávného právního vyhodnocení posouzení podmínek předlužení ve smyslu § 3 odst. 4 IZ, kdy zaměnil otázky odborné za otázky právní, podrobil svému posouzení nedostatečný okruh skutečností, které učinil předmětem dokazování (přestože zde byly navrženy další důkazy) a dospěl tak k nesprávným právním závěrům. Je tedy dán odvolací důvod § 205 odst. 2 d) o.s.ř., když soud neúplně zjistil skutkový stav věci, neboť neprovedl navržené důkazy potřebné k prokázání rozhodných skutečností (úpadku OKD). Důkaz znaleckým posudkem je pak důkazem, který by měl být proveden před soudem prvního stupně.
121. I pokud by odvolací soud shledal, že k posouzení úpadku OKD nebylo zapotřebí znaleckého posudku a v rámci posouzení podmínek předlužení dle § 3 odst. 4 jde o výlučně otázky právní, tak KSZ dovozuje, že z dostupných provedených důkazů soud vyvodil nesprávná právní zjištění, když uzavřel, že tento úpadek v rozhodné

době neshledal a rozhodnutí tak z tohoto důvodu spočívá na nesprávném posouzení věci ve smyslu § 205 odst. 2 písm. g) o.s.ř.

122. Soud rovněž nesprávně vyhodnotil procesní postavení KSZ v řízení, v důsledku čehož ignoroval jeho další tvrzení o naplnění dalších znaků částečné neúčinnosti SSN a SSCF dle části IV. odvolání, které nijak nehodnotil, byť provedl důkazy, z nichž tato tvrzení vyplývala a učinil správná skutková zjištění k obsahu předmětných ustanovení SSN a SSCF a vzájemného postavení účastníků těchto právních jednání. Rovněž z tohoto důvodu spočívá rozhodnutí na nesprávném právním posouzení věci ve smyslu § 205 odst. 2 písm. g) o.s.ř.

V. odvolací návrh

123. **Ze všech uvedených důvodů KSZ navrhuje, aby Vrchní soud v Olomouci, jako soud odvolací, dle § 219a odst. 1 písm. a) o.s.ř. rozhodnutí zrušil a dle § 221 odst. 1 písm. a) o.s.ř. v r á t i l věc soudu prvního stupně k dalšímu řízení.**

„OTISK ÚŘEDNÍHO RAZÍTKA“

JUDr. Robert Hradišťan v.r.
státní zástupce

Za správnost vyhotovení :
Zuzana Koryntová

Zuzana
Koryntová

Digitálně podepsal
Zuzana Koryntová
Datum: 2020.01.31
12:45:27 +01'00'