

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

Sp. zn.: **32 ICm 2803/2017**

Naše zn. OKD/C44

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, PSČ 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 2803/2017-11 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. 2 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 **47.483.200,- Kč** byla uplatněna přihláškou č. **P569** jako **dílčí pohledávka č. 2** (dále jen „**Pohledávka**“).
4. Žalobce tvrdí, že Pohledávka představuje škodu způsobenou žalobci odmítnutím plnění Smlouvy o provádění doplňkové degazace uzavřené dne 12.3.2009 ve znění pozdějších smluv (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. Na základě Odmítnuté smlouvy měl žalobce projektovat, technicky realizovat a provozovat systém doplňkové degazace a čerpat pro Dlužníka degazační plyn, jehož cena byla stanovena pomocí kupní ceny odčerpávaného metanu sjednané v Rámcové kupní smlouvě na prodej a nákup metanu uzavřené dne 20.12.2006 (dále jen „**Rámcová smlouva**“).
6. Žalobce uplatňuje žalobou ušlý zisk, jehož výši stanovil tak, že nejprve určil výši očekávaného zisku z 1 m³ vytěženého plynu ve výši 1,8050542143 Kč/m³ (dále jen „**Očekávaný zisk**“) a dále stanovil datum předpokládaného provozování hornické činnosti Dlužníkem jako datum 31. prosince 2023. Následně s ohledem na údajné množství plynu vytěženého v roce 2015 (26.305.693 m³) uzavřel, že výše Pohledávky je 47.483.200,- Kč.
7. Žalovaný nesouhlasí s existencí tvrzeného ušlého zisku, když především žalobce svá tvrzení žádným způsobem neprokázal. Eventuální vznik škody není v příčinné souvislosti s odmítnutím plnění Odmítnuté smlouvy. Není zřejmé, jakým způsobem žalobce dospěl výši Očekávaného zisku za 1 m³ vytěženého plynu.

III. Neexistence pohledávky

8. 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.
9. Žalobce uplatňuje škodu v podobě ušlého zisku. Prokazování tohoto typu nároku má zvláštní specifika, na která poukazuje ustálená judikatura Nejvyššího soudu, když lze odkázat například na rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 870/2006, ze dne 23. 4. 2008:

„To, co poškozenému ušlo (ušlý zisk), je újmou spočívající v tom, že u poškozeného nedojde v důsledku škodní události k rozmnožení majetkových hodnot, ač se to dalo očekávat s ohledem

na pravidelný běh věcí (srov. R 55/1971). Ušlý zisk znamená ztrátu očekávaného přínosu. Nepostačuje přitom pouhá pravděpodobnost zvýšení majetkového stavu v budoucnu, neboť musí být najisto postaveno, že při pravidelném běhu věcí – nebýt protiprávního jednání škůdce – mohl poškozený důvodně očekávat rozmnožení svého majetku, k němuž nedošlo právě v důsledku jednání škůdce.

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

10. 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.“

11. Z výše citovaných judikturních závěrů vyplývá povinnost žalobce při uplatňování nároku na úhradu ušlého zisku zásadně prokázat, že činnosti a plnění o ní tvrdí, že byly odmítnutím plnění zmařeny, byly v minulosti uskutečňovány, nebo alespoň nepochybně mělo jejich uskutečňování započít a že jejich přerušení je přímým důsledkem jednání škůdce. **Současně je nezbytné postavit na jisto, že činnost by byla naplňována a prováděnou činností žalobce dosáhl reálného prospěchu (zisku).** Takové skutečnosti ale žalobce v předmětné žalobce netvrdí a ani neprokazuje.
12. V první řadě je třeba uvést, že Odmítá smlouva Dlužníka k ničemu nemohla zavazovat. V jejím čl. III obsahujícím předmět smlouvy jsou vyjmenovány závazky žalobce k realizaci, projektování a údržbě a provozu systému doplňkové degazace a dále zpracování projektové a další dokumentace. Naopak Dlužník **nebyl dle Odmítnuté smlouvy zavázán k žádným povinnostem. Z Odmítnuté smlouvy plynula pouze oprávnění Dlužníka využívat služeb žalobce. Odmítnutá smlouva nestanoví žádný minimální objem produkce plynu, který by měl být žalobcem odčerpáván.** Pokud tedy po odmítnutí plnění Odmítnuté smlouvy není ze strany Dlužníka potřeba využívat služeb žalobce, nemá Dlužník žádnou povinnost k náhradě jakéhokoli ušlého zisku. Dlužník nebyl povinen služeb žalobce využívat. Žalobce nemá a neměl žádnou garanci plnění Odmítnuté smlouvy ze strany Dlužníka. Není proto možné, aby se nyní takového plnění dožadoval, resp. aby z takto chybějícího plnění požadoval náhradu ušlého zisku. Dlužník z Odmítnutých smluv není povinen dodávat žalobci jakékoli minimální množství směsi důlních plynů.
13. I v případě, že by v Odmítnutých smlouvách byla stanovena povinnost Dlužníka k minimálním ročním dodávkám důlní plynové směsi, pak nelze jednoznačně určit, po jakou dobu by tato povinnost plnit Dlužníka trvala. Žalobce v tomto ohledu uplatňuje nároky na plnění až do 31.12.2023 s odkazem na text reorganizačního plánu Dlužníka, který předpokládá aktivní dobývání na dolu ČSM (Důlní závod 2) právě v roce 2023 ukončit. Žalobce zároveň uvádí, že při svých odhadech vychází z aktuálního vývoje tržeb a objemu

vytěženého plynu v roce 2016. K uzavření ostatních důlních závodů Dlužníka a tím pádem k výraznému útlumu těžby ale bude dle predikce docházet výrazně dříve. Je nezpochybnitelné, že stav úpadku Dlužníka, bez ohledu na způsob jeho řešení přináší, a jistě v budoucnu dále přinese, podstatné změny v objemu provádění hornické činnosti a povede k postupnému úplnému útlumu těžby. Nelze však předem s jistotou říci, v jakém rozsahu a v jakém časovém horizontu bude k útlumům docházet. Již nyní je zřejmé, že první z důlních závodů – Důl Paskov byl uzavřen k 31.3.2017. Již jen na základě této skutečnosti je zřejmé, že **při odhadu budoucí těžby nelze vycházet z čísel roku 2015**, neboť v tomto roce byla na Dole Paskov prováděna těžba. V tomto je možné odkázat na str. 63 reorganizačního plánu Dlužníka, kde je uvedeno pod bodem „3.11 – Útlum dolů“ následující: „*V rámci provozu závodu Dlužníka bude postupně docházet k útlumu jednotlivých důlních závodů. O uzavření Důlního závodu 3, tj. Paskova již bylo rozhodnuto. Těžba v tomto důlním závodě skončila 31. března 2017. Po splnění požadavků stanovených právními předpisy a rozhodnutí orgánů veřejné moci bude probíhat jeho technická likvidace. Přestože má Dlužník za to, že je žádoucí, aby důlní závody byly postupně uzavírány dle harmonogramu předloženého věřitelům na schůzi věřitelů svolené za účelem rozhodnutí o povolení reorganizace (tj. Darkov v roce 2018, Lazy v roce 2018, ČSA v roce 2021 a ČSM v roce 2023), nelze vyloučit, že Investor bude mít jinou preferenci. Po podpisu smluvní dokumentace tak budou s Investorem konzultovány produkce jednotlivých důlních závodů a časový plán útlumu důlních závodů bude ponechán na vůli Investora po Vypořádání transakce.*“

14. Objem a rozsah případného plnění na Odmítnutou smlouvu nelze předem s jistotou odhadovat, není tak možné přistoupit na tvrzení Dlužníka, že množství vytěženého plynu by odpovídalo období do roku 2023. Předně žalobce vůbec nezohledňuje plánované uzavírání jednotlivých dolů, když vychází z údajného zisku za období roku 2015, resp. z údajného množství vytěženého plynu v tomto roce (26.305.693 m³). Uvedené předpoklady jsou zcela mylné. Žalobce neměl zaručeno, že na základě plnění Odmítnuté smlouvy bude odčerpáváno jakékoli množství směsi důlních plynů, nelze proto predikovat jaké množství by reálně měl odčerpávat v budoucích letech. Platí přitom, že pro výši ušlého zisku je rozhodující, jakému prospěchu, k němuž mělo reálně dojít, zabránilo jednání škůdce, tedy konkrétně o **jaký reálně dosažitelný (nikoliv hypotetický) prospěch poškozený přišel**. V případě tvrzení žalobce se nejedná o reálně dosažitelný prospěch.
15. Žalobce dále žádným způsobem **neuvádí, jak dospěl k výši očekávaného ušlého zisku**. K vysvětlení tvrzených částek není v žalobě uvedeno nic.
16. K důkazu žalobce předkládá vyjma smluvní dokumentace pouze jednoduchou kalkulaci škody v podobě tabulky s přehledem objemu očekávaného množství plynu v jednotlivých letech. Není zřejmé, na základě jakých podkladů jsou čísla odhadu množství plynu vypočtena. Tvrzená výše ušlého zisku není nijak prokazována.

IV. Shrnutí

17. Žalovaný namítá, že ze strany žalobce nebyla řádně tvrzena ani prokázána výše uplatněného nároku. Žalobce uplatněnou žalobou nedostal své povinnosti tvrzení a povinnosti důkazní. Žalobce vůbec neprokazuje, že byl k plnění Odmítnuté smlouvy připraven a zda skutečně v době odmítnutí plnění existovali takové okolnosti, *z nichž lze usuzovat, že nebyť škodné události, k zamýšlenému zisku by skutečně došlo*.
18. Současně žalobce nepředložil jasné a srozumitelné vyčíslení jím uplatňovaného ušlého zisku. Údaje tvrzené v žalobě nejsou dostatečně prokázány.

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.
20. Nárok na náhradu skutečné škody by měl podléhat zpřísněnému přezkumu, když škoda je uplatňována podnikatelem v souvislosti s jeho podnikatelskou činností. V těchto případech by mělo být vždy přihlédnuto k nevyhnutelnému podnikatelskému riziku, které nese každý podnikatel a které je s podnikatelskou činností vždy již z principu spojeno.

**V.
Návrh**

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

Podáno s úctou

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

JUDr. Dušan Dvořák,
advokát v plné moci