

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.: 595 131 516

FAX: 596 118 544

E-MAIL: hradistan@ksz.ova.justice.cz
<mailto:oi@msp.justice.cz>

ID DS: 6kzabcw

DATUM: 18. 6. 2019

Krajské státní zastupitelství v Ostravě (dále jen „KSZ“) se 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, reistrační 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.“)

se vyjadřuje k neplatnosti a neúčinnosti právních jednání takto:

I.

tvrzení účastníků ohledně neplatnosti smluv

1. Dne **13.11.2017** podalo KSZ ve věci své písemné vyjádření. V tomto vyjádření se KSZ blíže nezabývalo tvrzenou neplatností smluv SSN, SSCF a ICA, neboť v době podání vyjádření byly ze strany soudu teprve pořizovány překlady podstatných pramenů cizozemského práva (právo státu New York, právo anglické), které jsou nezbytné pro právní posouzení skutkových tvrzení účastníků. Současně bylo očekáváno doplnění některých tvrzení insolvenčního správce a OKD, zejména ke konkrétním ustanovením cizozemského práva, které by byly aplikovatelné na tvrzené skutkové okolnosti. Stav řízení tak neumožňoval KSZ v době podání vyjádření objektivně zaujmout právní stanovisko k neplatnosti smluv. S ohledem na doplněná písemná vyjádření účastníků a jejich vyjádření u jednání konaného od 25.3.2019 do 4.4.2019 a výsledky dosud provedeného dokazování podává tímto KSZ své vyjádření k některým základním skutečnostem týkajících se neplatnosti smluv, pochopitelně s výhradou změny důkazní situace, neboť dosud nebyla realizována koncentrace řízení.

tvrzení insolvenčního správce

2. Pokud jde o konkrétní důvody insolvenčním správcem tvrzené neplatnosti smluv, tak již v seznamu přihlášených pohledávek, který byl insolvenčnímu soudu předložen podáním ze dne **20.7.2016** (ISIR B-139) insolvenční správce ve vztahu k pohledávce z SSN uvádí, že nelze vyloučit neplatnost právního jednání (uzavření SSN) z důvodu absence relevantního projevu vůle OKD, za kterého jednal Boudewijn Wentink, který SSN podepisoval jak za NWR N.V., tak za OKD (na základě plné moci), jako zaměstnanec NWR N.V., přičemž zájmy obou společností byly v rozporu. Boudewijn Wentink navíc u podpisu za OKD nesprávně uvedl, že podepisuje jako CLO (chief legal officer), přičemž tuto funkci u OKD nikdy nezastával. Kopie předložené SSN obsahuje dodatečné změny (přeškrtnuté označení CLO u podpisu za OKD), které originál smlouvy neobsahuje, což nasvědčuje dodatečné manipulaci s dokumenty.
3. Insolvenční správce současně poukázal na neexistenci primárního dluhu (závazku) spol. NWR N.V., dle SSN, když nebylo prokázáno poskytnutí plnění ze strany věřitele OKD, případně NWR N.V.
4. Obdobné důvody popření pohledávky správce uvádí ve vztahu k SSCF. Rovněž v tomto případě insolvenční správce namítá, že nebylo prokázáno, že by OKD platně převzala závazky z ručení dle uvedené smlouvy, když Boudewijn Wentink, který smlouvu podepisoval jak za OKD tak za NWR B.V., byl ve střetu zájmů. Skupina NWR měla donutit dlužníka k podpisu smluv, přičemž nijak nezajistila, aby se OKD nedostala do úpadekové situace. Nelze tak vyloučit neplatnost smlouvy z důvodu absence relevantního projevu vůle ze strany OKD. Stejně důvody platí pro smlouvu ICA.
5. Rovněž i zde insolvenční správce poukázal na neexistenci primárního dluhu a tedy také na neexistenci ručení, když nebylo prokázáno, že vznikl závazek spol. NWR B.V. (nebylo prokázáno poskytnutí plnění), a tedy nevznikl závazek ani spol. OKD.
6. Ve vyjádření ze dne **24.2.2017** insolvenční správce k určovací žalobě Citibank rozvedl výše uvedenou argumentaci v tom směru, že nelze souhlasit s tvrzením Citibank, že OKD převzala

ručení zcela dobrovolně a ve svém zájmu, když ze Zprávy o vztazích OKD za rok 2014 vyplývá, že OKD byla v roce 2014 podrobena jednotnému řízení ze strany NWR Plc, přičemž tyto osoby tvořily koncern. Dva ze tří členů představenstva OKD byli shodní s členy představenstva NWR N.V. (odst. 15 vyjádření).

7. Insolvenční správce k neplatnosti právních jednání dále doplnil, že v ručitelském závazku OKD absentuje základní prvek ručení, tedy regres vůči primárnímu dlužníkovi. Pokud nemá OKD možnost uplatnit regres, nejde o platně převzaté ručení, teoreticky by se mohlo jednat o přímý dluh, který však nemá žádnou kauzu, neboť OKD nic nedostala (odst. 17). Rovněž tyto skutečnosti by dle názoru IS mohly způsobit neplatnost předmětných právních jednání.
8. Insolvenční správce také opětovně namítl neexistenci primárního dluhu, když Citibank neprokázala poskytnutí jakéhokoliv plnění dle SSN, SSCF a ICA, nebylo prokázáno, kdo a jakým způsobem uhradil emisní kurz dluhopisů. Insolvenční správce také uvedl, že Citibank by měla objasnit, kdo jsou skuteční majitelé dluhopisů, což má být podstatné pro objasnění skutečnosti, zda právní jednání dle SSN, SSCF a ICA nebyly činěny ve prospěch osob blízkých či osob tvořících s OKD koncern (odst. 12).
9. Výše uvedené argumenty insolvenční správce stručně zopakoval také ve své odpůřčí žalobě ze dne **28.2.2017** (bod 4, písm. a), b).
10. Ve svých dalších písemných podáních (ze dne **16.6.2017**, **11.9.2017** a **24.3.2019**) se již insolvenční správce otázkou neplatnosti právních jednání blíže nezabýval.
11. Ačkoliv ke dni podání vyjádření nemělo KSZ k dispozici přepis jednání, které proběhlo ve dnech 25.3.2019 – 4.4.2019 KSZ předpokládá, na výše uvedených důvodech neplatnosti setrval insolvenční správce také v průběhu jednání. V průběhu jednání insolvenční správce také zpochybnil projevy vůle smluvních stran SSN, SSCF a ICA v rámci akceptace smluv.
12. Dle názoru KSZ tak z tvrzení insolvenčního správce vyplývají dva základní důvody neplatnosti SSN případně SSCF. Tyto důvody vycházejí jednak z tvrzeného střetu zájmů spol. OKD a NWR N.V., případně NWR B.V. v době podepisování smlouvy, kdy případné námitky OKD, které by mohly být při podpisu těchto smluv uplatněny, byly překonány zplnomocněním zaměstnance NWR N.V. (Boudewijna Wentinka) k podpisu smluv za OKD a jednak z toho, že v důsledku absence regresu SSN nejde o ručitelský závazek ale o přímý dluh, který postrádá kauzu, neboť OKD nic neobdržela. K platnému uzavření smlouvy nemohlo dle IS dojít také z toho důvodu, že projevy vůle osob uzavírajících SSN, SSCF a ICA neodpovídaly požadavkům zákona.

tvrzení OKD

13. Ke skutečnostem, které mají být předmětem neplatnosti právních jednání dle tvrzení insolvenčního správce, se vyjádřila rovněž OKD.
14. OKD současně s insolvenčním správcem ve výše zmiňovaném seznamu pohledávek (ISIR B-139) popřela pohledávku dle SSN s odůvodněním, že pohledávka z paralelního dluhu je pohledávkou abstraktní, která postrádá důvod, což se příčí veřejnému pořádku dle § 4 ZMPS.
15. OKD dále uvedla, že uzavření SSN bylo v zájmu NWR N.V. a nikoliv zájmu dlužníka, přičemž dlužník byl k uzavření SSN donucen tak, že představenstvu OKD byla udělena ze

strany NWR N.V. instrukce k přijetí usnesení, dle kterého OKD vyjádřila svůj souhlas s transakcemi realizovanými v rámci tzv. restrukturalizace 2014.

16. Shodně s insolvenčním správcem poukázala OKD na skutečnost, že smlouvy byly za OKD na základě zmocnění podepsány Boudewijnem Wentinkem, který byl ve střetu zájmů. Boudewijn Wentink totiž podepisoval smlouvy jako zaměstnanec NWR N.V. (chief legal officer), což samo o sobě mělo založit střet zájmů. Z uvedeného důvodu také mělo dojít k dodatečné manipulaci s podpisovou částí smlouvy. Sjednání nebo uzavření závazku osobou, která k tomu není způsobilá, se zjevně příčí veřejnému pořádku dle § 4 ZMPS. OKD se v popěrném úkonu výslovně nezmínila o neplatnosti smlouvy.
17. V podstatě totožně (co se týče střetu zájmů) se dlužník v seznamu přihlášených pohledávek vyjádřil k důvodům popření závazku OKD vyplývajícího z SSCF. Rovněž ani zde se OKD výslovně nezmínila o neplatnosti právního jednání.
18. Svá tvrzení pak OKD rozvinula v písemném vyjádření ze dne **7.3.2017**, kde uvedla, že veškeré závazky OKD ze SSN, včetně plné moci udělené ze strany OKD Boudewijnovi Wentinkovi jsou neplatné z důvodu rozporu zájmů zástupce (Boudewijna Wentinka) a zastoupeného (OKD). Spol. OKD byla k podpisu těchto smluv donucena svou mateřskou společností NWR N.V. OKD se pak blíže zabývá vztahem Boudewijna Wentinka a spol. OKD, když dochází k závěru, že p. Wentink byl ve vztahu k emitentovi NWR N.V. osobou blízkou, což mělo ovlivnit jeho postoj ke spol. OKD natolik, že nebyl schopen objektivně vyhodnotit přínos uzavření SSN pro OKD. OKD a.s. rovněž namítla relativní neplatnost jednání, na základě kterých došlo k udělení plné moci panu Wentinkovi dle SSN dle § 437, ve spojení s § 580 OZ. Uvedený střet zájmů shledává OKD také u SSCF.
19. OKD zdůraznila svou závislost OKD na koncernu NWR, v důsledku které byla OKD přinucena převzít závazky, ze kterých OKD neměla žádný přínos, pouze povinnosti, které mohly způsobit ztrátu celého majetku.
20. OKD dále uvedla, že i kdyby závazek mezi OKD a Citibank dle SSN vznikl, nejedná se o ručitelský závazek. S ohledem na skutečnost, že se dlužník dle čl. 12.01 písm. i) vzdal práva na náhradu toho, co sám plnil, na odškodnění nebo na subrogaci nebo jiných práv vůči emitentovi dluhopisů, nejde o ručitelský závazek (pro který je právo regresu příznačné), ale jde o dlužnický závazek, kdy OKD by měla být přímým dlužníkem ze SSN.
21. Výše uvedená tvrzení OKD písemně zopakovala ve vyjádření ze dne **22.3.2019**. Nad rámec výše uvedených tvrzení rozvinula úvahu o nepoctivosti jednání spol. Citibank. Základem této úvahy OKD je tvrzení, že Citibank se nejpozději od 14.2.2006, kdy byla uzavřena úvěrová smlouva 2006, aktivně podílela na postupném převodu majetku z dispozice OKD ve prospěch skupiny Z. Bakaly a ke škodě OKD, zejména tím, že zakrývala a usnadňovala protiprávní jednání skupiny. Jednání skupiny ve spolupráci se Citibank tak od počátku mělo směřovat ke způsobení úpadku OKD. Dle OKD jde o jedno trvající jednání, jehož součástí byla také emise dluhopisů 2010 a 2014, tedy zahrnuje také SSN a SSCF, které měly být právními nástroji, které měly umožnit restrukturalizaci dluhu vzniklého nejen z roku 2010, ale také dluhu z úvěrové smlouvy 2006.
22. Z výše uvedeného vyplývá, že OKD shodně s insolvenčním správcem namítá neplatnost závazků ze SSN a SSCF z důvodu střetu zájmů (OKD a skupiny NWR) a vznesla také námitku relativní neplatnosti jednání, na základě kterých došlo k udělení plné moci p. Wentinkovi dle § 437 OZ. OKD dále zpochybnila existenci závazku na základě tvrzení, že

z důvodu absence regresu nejde o ručitelský závazek ale o přímý dluh, který nemá kauzu, aniž by však spojovala toto tvrzení s neplatností právního jednání, tak jak to činí insolvenční správce. I když to OKD výslovně nezmiňuje, směřují její tvrzení ohledně nepoctivosti postupu Citibank také k neplatnosti právních jednání, neboť protiprávní účel smlouvy může za určitých okolností způsobit neplatnost smlouvy.

II. dohoda o volbě práva

23. V řízení vyvstala otázka platnosti a závaznosti volby práva sjednaného smluvními stranami, dle kterého se mají řídit a vykládat jak SSN (právo státu New York dle čl. 14.05 SSN), tak SSCF (anglické právo dle čl. 40 SSCF) a ICA (anglické právo dle čl. 31).
24. Dohoda o volbě práva byla zpochybněna jak ze strany insolvenčního správce, tak ze strany OKD. Vyřešení této otázky (platnosti, resp. závaznosti dohody) se tak jeví jako primární pro další právní posouzení platnosti SSN, SSCF a ICA z pohledu výše uvedených námitek vznesených OKD a insolvenčním správcem.
25. OKD ve svém podání ze dne **7.3.2019** k právu státu New York uvedla, že toto právo reguluje závazkové vztahy pro kontinentální právo nepřijatelným způsobem. V souvislosti s možností akceptace provedené volby práva soudem, poukázala na čl. 21 nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17.6.2008, o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (dále jen „ŘÍM I“), dle kterého může být ustanovení práva kterékoli země odmítnuto, pokud by jeho použití bylo zjevně neslučitelné s veřejným pořádkem místa soudu.
26. OKD dále poukazuje na základní zásadu tuzemského právního řádu, která spočívá v tom, že každý závazek musí mít kauzu, což (s ohledem na výše uvedené) závazek OKD nemá. Není tedy možné, aby takovýto (bezkauzální závazek) byl aprobován českým právním řádem.
27. Dále tvrdí, že i pokud by nebyla absence kauzy rozhodná pro posouzení věci, je nutno brát v úvahu, že ručitelský závazek OKD převzala pouze proto, že byla závislá na mateřské společnosti NWR N.V. a neměla jinou volbu. V tomto směru OKD poukazuje na jednu ze základních zásad, na kterých spočívá tuzemské soukromé právo, dle které nikdo nesmí pro závislost svého postavení utrpět nedůvodnou újmu (§ 3 odst. 2 písm. c) OZ).
28. Uvedené argumenty OKD zopakovala také v písemném vyjádření ze dne **22.3.2019** a setrvala na nich u soudního jednání.
29. I když vyjádření OKD není v tomto směru jednoznačné, tak KSZ se domnívá, že OKD v podstatě vytváří předpoklad, že pokud budou SSN a SSCF shledány platnými dle cizího práva, je pak toto právo nutně v rozporu s českou právní úpravou, resp. s českým právním pořádkem, dle kterého takový závěr nemůže obstát.
30. K výše uvedené argumentaci OKD se u jednání připojil také insolvenční správce, který navíc poukázal na čl. 10 odst. 2 ŘÍM I, dle kterého se může smluvní strana odvolat na právo země, ve které se nachází její obvyklé bydliště, pokud by z okolností vyplynulo, že by nebylo přiměřené určovat účinky chování strany podle práva, které má být v souladu s ust. čl. 10 odst. 1 ŘÍM I použito na posuzování existence a platnosti smlouvy.
31. KSZ se nejprve vyjádří k otázce přiměřenosti volby práva dle čl. 10 odst. 2 ŘÍM I.

Pokud jde o přiměřenost, resp. nepřiměřenost, tak tato se projevuje především v situacích, kdy je zjevný nepoměr mezi postavením jednotlivých účastníků smlouvy např. silnější postavení jedné ze smluvních stran, přiměřenost souvisí úzce také s některými právními principy (pacta sunt servanda, spravedlivé očekávání, zákaz zneužití práv atd. (Bělohávek, A.J. Římská úmluva a Nařízení Řím I. Komentář. 1. vydání. Praha : C.H.Beck, 2009, str. 1443). V dané situaci je tak nutno identifikovat především jednotlivé smluvní strany a jejich vzájemné postavení.

32. K samotné společnosti OKD jakožto jedné ze smluvních stran SSN a SSCF je nutno říci, že jde o jednu z největších obchodních společností v České republice, mezi jejíž největší odběratele patří zahraniční subjekty. OKD obchoduje s komoditou, která je výrazně ovlivňována celosvětovým trhem. Společnost disponuje rozsáhlým administrativním personálem, včetně právního oddělení, tedy vším nezbytným k tomu, aby mohla uzavírat po právní stránce kvalifikované smlouvy. Jak vyplynulo z průběhu jednání u soudu, OKD navíc v rozhodném roce 2014, využívala služeb advokátní kanceláře White & Case, tedy kanceláře, která má své pobočky po celém světě a poskytuje zřejmě běžně služby nadnárodním korporacím. S ohledem na určité námitky, které byly vzneseny ze strany insolvenčního správce k motivaci právních služeb kanceláře White & Case KSZ dodává, že toto uvádí pouze jako příklad schopnosti OKD a.s. zajistit si právní služby na mezinárodní úrovni. Ostatně i dnes OKD využívá služeb advokátní kanceláře s bohatými zkušenostmi ze zahraniční praxe.
33. Pokud jde o další smluvní strany SSN, SSCF a ICA, šlo o následující společnosti:
 - spol. Citibank, jako agent pro zajištění, smlouva byla realizována pobočkou Citibank v Londýně, přičemž centrála této banky se nachází v New Yorku,
 - Deutsche Bank AG, hlavní převodní agent a hlavní platební agent, smlouva realizována pobočkou v Londýně, centrála má sídlo ve Spolkové republice Německo,
 - Deutsche bank Luxembourg S.A. jako kotevní agent a registrátor, smlouva realizována pobočkou Deutsche bank v Lucembursku,
 - NWR N.V. a NWR Holdings B.V. založené dle práva Nizozemska se sídlem v Londýně,
 - NWR Karbonia S.A. se sídlem v Polsku
 - řada zahraničních věřitelů dle přílohy B SSCF.
34. Z uvedeného pohledu se nejeví volba cizího práva jako neobvyklá resp. nepřiměřená, je zřejmé, že v rámci sjednávání smluv byla prosazena volba, která je evidentně výhodnější pro ty účastníky smlouvy, kteří mají sídlo v zemi, jejíž právo má být aplikováno, toto je nicméně výsledkem určitého vyjednávání v průběhu kontraktace a samo o sobě ještě nemusí znamenat nepřiměřenost volby cizího práva, neboť stejně by mohly např. volbu českého práva vnímat jako nepřiměřenou jiné smluvní strany mimo OKD. Bylo by zřejmě neobvyklé a vzbuzovalo by mnohem větší pochybnosti, pokud by bylo aplikováno právo, se kterým nemá žádný z účastníků smluv žádné spojení (např. právo italské).
35. S ohledem na skutečnost, že první emise dluhopisů dle Indenture 2010 probíhala v měně Euro, KSZ předpokládá, že byla určena především zahraničním zájemcům zejména z oblasti

měnové unie, s čímž pochopitelně opětovně může souviset důvod uplatnění zahraničního práva.

36. Volbu práva státu New York, případně práva anglického připadá KSZ jako odpovídající významu celé finanční transakce a postavení jednotlivých účastníků předmětných smluv.
37. Pokud jde o námitky k rozporu volby práva s veřejným pořádkem České republiky, tak KSZ je toho názoru, že OKD (která především tento rozpor namítá), staví svou argumentaci opačným způsobem, než by měla probíhat při dokazování rozporu s veřejným pořádkem v souladu s nařízením ŘÍM I. Jinými slovy, OKD přdestírá soudu hotový závěr, aniž by uvedl premisy, které jej k tomuto závěru dovedly.
38. Dle čl. 10 odst. 1 ŘÍM I *se existence a platnost smlouvy nebo některého ustanovení smlouvy určuje podle práva, které by se na základě tohoto nařízení použilo, kdyby byla smlouva nebo ustanovení smlouvy platné.*
39. Dle čl. 21 ŘÍM I, *použití některého ustanovení práva kterékoli země určeného na základě tohoto nařízení může být odmítnuto pouze v případě, že by bylo zjevně neslučitelné s veřejným pořádkem soudu.*
40. *Čl. 10 odst.1 ŘÍM I se týká práva rozhodného pro veškeré otázky spojené s uzavíráním smluv a jejich platností, resp. případné neplatnosti (částečné i úplné) a zachováním platnosti v průběhu existence smlouvy a pokrývá mj. nabídku (ofertu) a přijetí nabídky (akceptaci) v rámci kontraktace, výklad smluv, důsledky omylu při uzavírání smlouvy, vliv nátlaku nebo nepatřičného vlivu při uzavírání smluv, chybná prohlášení při uzavírání smlouvy. Předmětná úprava se dotýká rovněž salvatorních ujednání, podle nichž neplatnost některého z ujednání nezpůsobuje neplatnost celé smlouvy.*
41. *Čl. 10 Nařízení upravuje nejen existenci a platnost smlouvy jako celku, nýbrž i konkrétní podmínky vzniku smlouvy a každého jejího jednotlivého ustanovení, tzn. otázky konsenzu, vzniku a platnosti dohody stran o rozhodném právu (platnost smluvního ujednání o volbě rozhodného práva podle čl. 3 nařízení. (Bělohlávek, A.J. Římská úmluva a Nařízení Řím I. Komentář. 1 vydání. Praha: C.H. Beck, 2009, str. 1438-39)*
42. *Možnou aplikaci výhrady veřejného pořádku lze zvažovat vždy až po důsledném zvážení obsahu cizí normy legis causae a jejich účinků na podkladě určitého skutkového a právního stavu. (Bělohlávek, A. Římská úmluva a Nařízení Řím I. Komentář. 1. vydání. Praha : C.H.Beck, 2009, str. 1757)*
43. Z výše uvedeného je zřejmé, že při posuzování platnosti a existence smluv (k čemuž směřují hlavní námitky OKD a insolvenčního správce popsané pod bodem I.), je nezbytné vycházet z předpokladu platnosti smlouvy, tedy i dohody o volbě práva a následně aplikovat příslušná ustanovení zvoleného práva, tedy práva státu New York, případně práva anglického. Teprve při zjištění, že při aplikaci zvoleného práva je nutno použít konkrétní ustanovení cizího práva, která jsou v rozporu s veřejným pořádkem místa soudu, je možno tato ustanovení odmítnout a posoudit věc dle práva místa soudu. KSZ současně vychází z předpokladu, že pod pojem „*ustanovení práva*“ ve smyslu čl. 21 ŘÍM I je zapotřebí zahrnout všechny prameny zvoleného práva, které mohou být určující pro právně závazné rozhodnutí soudu, neboť je obecně uznávanou zásadou, že cizí právo by mělo být aplikováno jako celek, včetně odpovídající výkladové praxe. V případě angloamerického práva se tak jedná kromě práva zákonného také o právo soudcovské a právo obyčejové (případně některé zdroje literatury).

44. KSZ se domnívá, že výhrada veřejného pořádku namítaná OKD dle čl. 21 ŘÍM I je hmotněprávního charakteru, což znamená, že je nezbytné provést určitou hypotetickou konstrukci dle zvoleného práva, která povede k účinku, který má být v rozporu s tuzemským veřejným pořádkem. V rámci této hypotetické konstrukce pak může být nalezeno ustanovení práva, jehož aplikace se po právním posouzení věci dle zvoleného práva jeví jako nevyhnutelná, což může způsobit rozpor předpokládaného rozhodnutí soudu s veřejným pořádkem místa soudu.
45. OKD se ovšem ani nepokusila prokázat správnost svých právních závěrů pomocí konkrétních ustanovení zvoleného práva, ačkoliv z literatury, která byla citována soudem v průběhu jednání je zřejmé, že jak právo anglické, tak právo Spojených států amerických (dále jen „právo USA“) umožňuje posoudit konkrétní právní jednání jako neplatná, resp. nevymahatelná pro rozpor se zákonem nebo veřejným pořádkem, přičemž prostor pro toto posouzení se dle citované literatury jeví jako poměrně široký a v některých ohledech obdobný jako v České republice. KSZ je toho názoru, že v tak obsáhlém a nepochybně složitém právním systému jako je angloamerické právo, nelze k jeho vyloučení vystačit s tvrzením, že reguluje právní závazkové vztahy způsobem, který je v kontinentálním právu nepřijatelný (ve vztahu k právu státu New York).
46. Z vyjádření OKD nijak nevyplývá, že následky uznání ručitelského závazku, jichž se obává, zvolené právo za okolností popisovaných dlužníkem (protiprávnost, střet zájmů atd.) aprobejuje, tedy že zde existují konkrétní ustanovení zvoleného práva, dle kterých je nezbytné přijmout závěr, který naopak odporuje imperativním ustanovením českého právního řádu, v nichž bývá veřejný pořádek zpravidla vyjádřen.
47. V návaznosti na zmínku ohledně imperativních ustanovení českého práva je nutné poukázat na skutečnost, že nařízení ŘÍM I nabízí i jiné řešení než aplikaci výhrady veřejného pořádku, a tím je přímá aplikace imperativních norem dle čl. 9 nařízení. Pokud je tedy dlužník toho názoru, že jsou zde právní normy českého práva na nichž je nutno bezvýhradně trvat (např. § 3 odst. 2 písm. c) O.Z.), je možno tyto normy přímo aplikovat na posouzení věci v podmínkách zvoleného práva, aniž by musel být přijat negativní následek v podobě vyloučení účinků právních norem zvoleného práva pro rozpor s veřejným pořádkem.
48. Na základě výše uvedeného tak KSZ shledává volbu práva provedenou dle SSN, SSCF a ICA jako platnou a je tak nutno pokusit se na posouzení platnosti a závaznosti právních vztahů vyplývajících z těchto jednání primárně aplikovat zvolené právo, tedy jednak právo státu New York (SSN) a jednak právo anglické (SSCF) s přihlédnutím k tomu, zda se v rámci této aplikace neprojeví rozpor s imperativními normami českého práva – práva soudu.

III. akceptace smluv

49. V průběhu jednání byla ze strany insolvenčního správce vznesena řada námitek k průběhu akceptace smluv SSN, SSCF a ICA, kdy bylo mimo střet zájmů OKD a ostatních smluvních stran namítáno, že podpisové části smluv byly podepisovány odděleně, zřejmě tedy bez znalosti textu samotné smlouvy, podpisy nebo označení účastníků jsou nepřesné nebo nesrozumitelné, což má způsobit vadu v projevu vůle při uzavírání smlouvy.

50. K platnosti právního zastoupení OKD panem Boudewijnem Wentinkem a s tím souvisejícími právními otázkami označení účastníků smlouvy se již KSZ vyjádřilo v podání ze dne **13.11.2017**. Nad rámec těchto tvrzení, na nichž setrvává, sděluje k problematice uzavírání předmětných smluv následující.
51. Obecně je nutno uvést, že jakákoliv osoba, která podepisuje smlouvu a projevuje svou svobodnou vůli, pokud není omezena nebo zbavena svéprávnosti, nese odpovědnost za svůj způsob projevu vůle směřující k uzavření smlouvy. Pokud dojde k jakémukoliv jednání (opomenutí) v rámci uzavírání smlouvy, které je výsledkem činnosti této osoby, jsou následky tohoto jednání přičitatelné této osobě a nelze je řešit dodatečným zpochybněním projevu vůle k tíži jiných osob. Toto by mělo platit obzvláště v obchodněprávních vztazích.
52. Pokud tedy jakákoliv osoba v rámci podepisování SSN, SSCF nebo ICA akceptovala smlouvu, o jejímž obsahu nic nevěděla, nejde o vadu projevu vůle ale spíše o nedbalost v projevu vůle, což může za určitých okolností založit spíše závazek k náhradě škody mimo samotnou smlouvu.
53. V této souvislosti KSZ poukazuje na ust. § 4 O.Z., z něhož vyplývá, že *se má za to, že každá svéprávná osoba má rozum průměrného člověka i schopnost užívat jej s běžnou péčí a opatrností a že to každý od ní může v právním styku důvodně očekávat*.
54. K problematice akceptace smluv co do formy projevu vůle je nutno odkázat na rozh. NSČR 29 Odo 965/2006 a rozh. 32 Odo 940/2006, v nichž se uvádí, že *skutečnost, že ve smlouvě, pro kterou zákon vyžaduje písemnou formu, nejsou uvedena jména a příjmení osob, které ji za smluvní strany podepsaly, resp. tyto podpisy jsou nečitelné, není důvodem neplatnosti smlouvy pro nedostatek formy*.
55. Je ovšem zapotřebí uvést, že s ohledem na provedenou volbu práva se také otázky akceptace smluv stávají podřízenými zvolenému právu, kterým je, zjednodušeně řečeno, právo angloamerické.
56. V této souvislosti pak KSZ poukazuje na závěry z odborné literatury, kde se uvádí, že výše uvedené judikáty mají zabránit nadbytečnému formalismu. *Právní praxe v každé zemi má totiž určité zvyklosti. Tak například zatímco v České republice je letitým zvykem, že každá smlouva začíná velmi přesnou specifikací účastníků smlouvy, včetně všech identifikátorů, tzn. identifikačních čísel, údajů o zápisu v obchodním rejstříku, často též dokonce včetně bankovního spojení, daňového identifikačního čísla, přesné specifikace jednajících osob a jejich funkce apod., smlouvy pořízení v jiném právním prostředí takovou úvodní specifikaci někdy vůbec neobsahují (zejména v případě smluv pořízených/vyhotovených v oblasti common law) v úvodní části ani specifikaci samotných jednajících účastníků (stran smlouvy) a údaj o tom, kdo je stranou smlouvy, je velmi často obsažen teprve v závěrečné, ne-li dokonce v podpisové části. Taková grafická podoba smlouvy pak často svádí k vysoce formalistickému výkladu o tom, že smlouva je neurčitá, nebo dokonce že nesplňuje požadavek písemné formy. Tento formalistický přístup je zásadně nepřipustný, o to méně by pak byl přípustný v mezinárodní praxi, kdy se často setkávají nejrůznější právní kultury* (Bělohávek, A.J. Římská úmluva a Nařízení Řím I. Komentář. 1. vydání. Praha : C.H.Beck, 2009, str. 1448).
57. Pokud jde o námitky použití jiného druhu papíru na podpisové části smluv, odlišného od papíru, na němž je obsažen samotný text smlouvy, tak lze zcela důvodně očekávat, že s ohledem na skutečnost, že osoby podepisující smlouvy vykonávají svou činnost v různých zemích, byly tyto smlouvy uzavírány distančním způsobem, kdy samotný text smlouvy byl

mezi smluvními stranami přeposílán v elektronické podobě, což mohlo následně vést k určitým rozdílům v použitém médiu, na němž byly smlouvy zachyceny, v závislosti na potřebě tisku jednotlivých částí smlouvy smluvními stranami. Na této praxi pak obecně nelze shledat nic negativního a s ohledem na výše uvedené by tento závěr měl platit tím spíše v oblasti angloamerického práva a v oblasti obchodněprávních závazků, pro které je vlastní určitá míra bezformálnosti, která je pro obchod nezbytná. Samotné tvrzení o použití rozdílného druhu papíru nemůže vést k závěru o vadném projevu vůle.

58. S ohledem na shora uvedené tak KSZ neshledává takové nedostatky v rámci akceptace SSN, SSCF a ICA smluvními stranami, které by měly mít za následek to, že ručitelský závazek OKD nevznikl (pochopitelně s výhradou jiných skutečností, které by mohly mít vliv na existenci nebo vymahatelnost smluv nebo jejich částí). Insolvenční správce ostatně neuvedl konkrétní ustanovení zvoleného práva, které by měly potvrdit správnost jeho právních závěrů, přičemž jak bylo uvedeno výše, i na tyto právní otázky (způsob akceptace smluv) je nezbytné použít zvolené právo.

IV.

obecně k posuzování neplatnosti smluv

59. Pokud jde o problematiku neplatnosti smluv v angloamerickém právu, případně v právu českém (v anglickém právu jde o protiprávní smlouvy nebo smlouvy, jimž nelze poskytnout právní ochranu, v právu USA se pak hovoří spíše o nevymahatelnosti smluv, nadále bude v textu pro zjednodušení používán výraz neplatnost smluv), je nutno brát v úvahu některé základní zásady, od kterých se musí právní posouzení v této věci odvíjet.
60. *Dle literatury citované soudem v průběhu jednání (Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vydání. Praha : C.H. Beck, 2004, str. 138) Americké právo vychází podobně jako jiné právní řády západní hemisféry ze zásady smluvní svobody. Veřejný zájem diktuje, aby hranice smluvní svobody jednotlivců (právních subjektů) byly co nejširší, aby si mohli právně relevantní vztahy mezi sebou upravit vymahatelnými smlouvami, u nichž nemusí soud zkoumat jejich podstatu a charakter. Ve veřejném zájmu tedy je, aby soudy podporovaly existenci širokých mezí smluvní svobody a činily smluvní ujednání nicotnými jen tehdy, pokud v tomto ohledu nezbytně převáží veřejný zájem. Tento veřejný zájem vychází zejména z ochrany některých základních pravidel lidského chování, na nichž je nutno trvat a která jsou vyjádřena v konkrétních zákonných zákazech nebo širším pojetí veřejného pořádku.*
61. *Obdobně anglické smluvní právo tak jako kontinentální systémy vychází ze zásady smluvní svobody, která umožňuje, zhruba řečeno, uzavřít smlouvu o libovolném obsahu. Na druhé straně existují určité korektivy smluvní svobody (Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vydání. Praha : C.H. Beck, 2004 str. 96). Smlouvy nesmí být, obdobně jako v právu USA, v rozporu s objektivním právem a veřejným pořádkem.*
62. České právo přistupuje k problematice smluvní svobody obdobně, když v oblasti soukromého práva v návaznosti na zásadu autonomie vůle umožňuje stranám právního vztahu, aby si práva a povinnosti sjednaly podle svých představ. K omezení svobodného stanovení obsahu právního vztahu by mělo dojít tehdy, existuje-li proto nějaký legitimní důvod, resp. intenzivní společenský zájem (Lavický, P. a kol. Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654. Komentář.1. vydání. Praha: C.H.Beck 2014, str. 17). Oblasti, kde je autonomie vůle vyloučena, vyplývají jednak z kogentních právních norem (typických pro oblast veřejného

práva) a jednak je určována posouzením tzv. zakázaných ujednání, tedy ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti, jak výslovně plyne z § 1 odst. 2 OZ.

63. V rámci výkladu právních jednání je pak v oblasti českého práva zapotřebí brát v úvahu ust. § 574 OZ, dle kterého je zapotřebí na právní jednání třeba spíše hledět jako na platné než jako na neplatné. Odborná literatura k tomu uvádí, že *favorizace platnosti právního jednání před jeho neplatností je podle důvodové zprávy významná vzhledem k tomu, že přetrvávající tradice formalistického vnímání práva vyrostlá na základech zdejší doktríny 50. a zejména 60. a 70 let minulého století stále sleduje opačné trendy odrážející se jak v právní praxi, tak zejména v judikatuře* (Lavický, P. a kol. Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář. 1. vydání. Praha : C.H.Beck 2014, str. 2057.
64. Jak právo USA (Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vydání. Praha : C.H. Beck, 2004, str. 158, 140), anglické (Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vydání. Praha : C.H. Beck, 2004, str. 127), tak právo české (§ 576 OZ) připouští částečnou neplatnost smluv, pokud se důvody neplatnosti dotýkají oddělitelné části smlouvy, tedy že důvody neplatnosti závazků ze smluv se dotknou pouze těchto vadných částí smlouvy.
65. KSZ rovněž považuje za nezbytné v rámci hodnocení platnosti smluvních závazkových vztahů obecně chránit dobrou víru smluvních stran jednajících poctivě, jakožto obecnou zásadu právní (v české právní úpravě viz § 7 OZ). *Dobrou víru je proto nutno chránit nejen v těch případech, kdy se na ni zákon výslovně odvolává, ale obecně* (Lavický, P. a kol. Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář. 1. vydání. Praha : C.H.Beck 2014, str. 83). Tyto skutečnosti je tedy nutno brát v úvahu také při posuzování neplatnosti smluv s přihlédnutím ke smyslu a účelu ustanovení omezujících smluvní volnost. Opačný postup, tedy posuzování neplatnosti jednání bez přihlédnutí k dobré víře smluvních stran, by dle názoru KSZ vyvolával právní nejistotu, což se jeví jako nežádoucí obzvláště v obchodněprávních vztazích, které jsou vystavěny na důvěře v platnost smluv. S tím souvisí nutnost zvažovat, zda není možné oddělit vadnou část smlouvy od ostatního obsahu tak, aby nebyly zasaženy práva osob jednajících v dobré víře.
66. Z výše uvedeného obecně vyplývá, že konstatování neplatnosti smlouvy je jakýmsi ultima ratio řešení smluvních závazkových vztahů a mělo by k němu být přistoupeno skutečně jen v těch případech, kdy se uzavírání smluv dostane do zásadního střetu s požadavky veřejného zájmu.
67. V rámci posuzování toho, zda je smlouva neplatná či nikoliv pak hraje význam jednak samotný obsah smlouvy a jednak její účel sledovaný smluvními stranami.
68. *V anglickém právu má úmysl resp. vědomost stran o protiprávní povaze smlouvy značný význam pro stanovení následků takové smlouvy.... Pokud se jedná o smlouvy, které samy o sobě netrpí vadou protiprávnosti, ale obě strany hodlají zneužít realizace smlouvy k protiprávnímu účelu, jsou také smlouvy neplatné od samého počátku. Strany smlouvy jsou zajedno v dosažení protiprávního následku, a proto ztrácejí všechny prostředky právní ochrany, ke kterým měly přístup v případě platnosti smlouvy.... Nevinnost strany smlouvy záleží zejména na okolnosti, zda mohla předvídat, že realizace smlouvy je protiprávní, či zda se tato strana účastnila rozvíjení protiprávního záměru.* (Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vydání. Praha : C.H. Beck, 2004, str. 113).

69. Rovněž v právu USA hraje roli vědomost smluvních stran o nezákonném účelu smlouvy. *Platí zásada, že pokud prodávající nevěděl o závadném účelu, jeho právní pozice není dotčena. Ovšem ani vědomost o ilegálním účelu sama o sobě nezpůsobuje nevymahatelnost smlouvy ze strany prodávajícího. Převládající mínění totiž diferencuje podle povahy daného následného škodlivého jednání* (Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vydání. Praha : C.H. Beck, 2004, str. 157). S ohledem na skutkové vymezení posuzované věci se jeví jako vhodné poukázat na judikaturu soudů USA, dle které *Vědomost věřitele o tom, že půjčené peníze mají být použity k nelegálnímu účelu, nepostačuje k nevymahatelnosti smlouvy, pokud se nejedná o závažný trestný čin. Pokud se však prodávající podílel, či rozvíjel ilegální účel realizovaný kupujícím, stává se smlouva nevymahatelnou, i když samotný ilegální účel není hrubě nebezpečný.... Je-li z okolností patrné, že se prodávající na nelegální transakci vědomě podílet musel, není třeba jeho vědomost dále zkoumat* (Potoma leasing Co v Vitality Centers, 1986, 290 Ark. 265).
70. Pokud jde o české právo, lze poukázat na judikaturu Nejvyššího soudu, dle které právně významným účelem smlouvy je takový účel, který sledují všichni účastníci smlouvy, a nebo jej sleduje pouze některý z účastníků, ostatní však o tomto cíli vědí nebo jej z okolností, ze kterých ke smluvnímu jednání dochází, musí předpokládat (NS ČR sp. zn. 22 Cdo 2119/2003). *Smlouvy jsou založeny na konsenzu smluvních stran. Smluvní strany rozhodují o tom, jakým způsobem upraví svá vzájemná práva a povinnosti, pro určení významu každého smluvního ujednání je proto rozhodující, jaký význam tomuto ujednání zamýšlely dát samotné smluvní strany. Z tohoto důvodu se význam smluvních ujednání posuzuje podle společného úmyslu jednajících stran, který je základním hlediskem pro interpretaci smluv* (Lavický, P. a kol. Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář. 1. vydání. Praha : C.H.Beck 2014, str. 1993). Pokud se tedy účel smlouvy sledovaný oběma smluvními stranami dostane do rozporu se zákonem, dobrými mravy nebo veřejným pořádkem, může způsobit neplatnost smlouvy, k čemuž soud přihlédne i bez návrhu (§ 588 OZ).
71. V rámci posuzování neplatnosti smlouvy je tak nutno hodnotit vědomost všech smluvních stran ohledně způsobení následku smlouvy, který se přičítá buď zákonu a veřejnému pořádku (v angloamerickém právním prostředí), nebo zákonu, dobrým mravům a veřejnému pořádku (v českém právním prostředí). Pokud je protiprávnost, rozpor s veřejným pořádkem nebo dobrými mravy patrný již ze samotného obsahu smlouvy, bude situace zřejmá, pokud však bude smlouva dle svého obsahu bezvadná a protiprávnost nebo rozpor s veřejným pořádkem a dobrými mravy bude vyplývat pouze z jejího účelu, resp. z okolností, za jakých byla uzavřena (je tedy pouze jakýmsi nástrojem nepoctivého záměru), bude nutné prokazovat subjektivní stránku jednání smluvních stran, kdy toto dokazování je zatíženo břemenem tvrzení a břemenem důkazním na straně toho, kdo tento nezákonný účel tvrdí.
72. Na základě výše uvedeného není dle názoru KSZ rovněž vyloučeno, aby v případě, kdy je smlouva uzavřena mezi více než dvěma stranami, postihla neplatnost pouze část smlouvy za situace, kdy nepoctivý záměr (účel) této části smlouvy sledují pouze smluvní strany, jichž se tato část dotýká, přičemž tato část je oddělitelná od ostatního obsahu smlouvy (bez ovlivnění práv a povinností jiných smluvních stran jednajících poctivě).

V.

aplikace cizozemského práva

73. Jak bylo uvedeno výše, je hlavním tvrzením, které se v podstatě prolíná jakoukoliv argumentací insolvenčního správce a OKD tvrzený střet zájmů mezi OKD a jejími mateřskými společnostmi z koncernu NWR.
74. KSZ se domnívá, že tvrzení o střetu zájmů se poněkud nedostatečně vypořádává s jednou naprosto zásadní skutečností, a to je existence koncernu NWR, jehož byla v roce 2014 OKD legitimní součástí.
75. K existenci a povaze koncernu NWR se KSZ již vyjádřilo ve svém písemném podání ze dne **13.11.2017** a nic na něm nehodlá měnit. Z pohledu českého práva, je pro koncern jako takový naprosto charakteristické jednotné řízení, uplatňování vlivu řídících osob formou pokynů, což vše směřuje k naplnění koncernového zájmu, který vytváří rámec, v němž se pohybuje jednotná politika skupiny.
76. *Otázka zájmu, ať už koncernu či jiné korporace, je otevřeným pojmem, jemuž se tuzemská doktrína ve větším rozsahu nevěnuje. Lze se snad shodnout na závěru, že zájem koncernu není prostou sumou zájmů koncernu. Ty se ostatně mohou lišit a protirečt si. Stejně tak jej nelze ztotožňovat se zájmem řídící osoby, a to ani, kdyby byla jediným společníkem řízených obchodních korporací. Zájem koncernu v pozitivním smyslu lze odvozovat od důvodů, které vedou či vedly k jeho vytvoření. Jimi mohou být podle okolností větší hospodářská stabilita celku ve srovnání se samostatným podnikáním nezávislé obchodní korporace, posílení konkurence schopnosti seskupení na vnitřním či nadnárodním trhu, rozložení rizik spojených s realizací velkých projektů, diverzifikace podnikatelského zaměření umožňující čelit konjunkturálním výkyvům, případně kombinace těchto a dalších důvodů* (Prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc., o koncernu, koncernovém řízení a vyrovnání újmy, obchodněprávní revue 2/2014, str. 2).
77. Z uvedeného je zřejmé, že zájem koncernu je něco, co stojí nad zájmem jednoho člena skupiny a je prosazováno v rámci koncernu formou jednotného řízení, a tedy i formou pokynů řídících osob. Zájem koncernu je zpravidla ekonomický. V rámci realizace tohoto záměru pak pochopitelně může docházet k uzavírání smluv, které se pro jednoho člena koncernu mohou jevit v daném okamžiku jako nevýhodné, což je ovšem akceptovatelné za předpokladu, že tyto kroky s největší pravděpodobností povedou k větší ekonomické stabilitě koncernu a v konečném důsledku povedou k výhodám pro dočasně „poškozeného“ člena skupiny, takže učiněná újma bude nahrazena.
78. Pokud by tedy střet zájmů, jehož důsledkem by měla být neplatnost smluv uzavřených mezi členy koncernu a právními subjekty stojícími mimo skupinu, měl vyplývat pouze ze skutečnosti, že řídící osoba „vnutila“ ovládané osobě uzavření určitého typu smlouvy, nebylo by vůbec myslitelné koncernové právo. Dle české právní úpravy však nejsou členové koncernu zcela bezbranní proti nevýhodné politice koncernu. Členové orgánu řízené osoby totiž nejsou zbaveni veškeré odpovědnosti a zákon jim ukládá jednat s péčí řádného hospodáře (§ 81 odst. 2 ZOK). Mohou pokyn řídící osoby odmítnout, pokud by byli přesvědčeni, že dojde ke způsobení zásadní, nenahraditelné škody pro ovládanou osobu. Pokud osoby, které zastupují ovládaného člena koncernu, způsobí tomuto svým jednáním škodu, mohou za ni nést odpovědnost. To platí obzvláště v případě OKD, kdy s ohledem na její vlastní tvrzení zřejmě nebylo možno od ovládajících osob očekávat vyrovnání způsobené újmy, pokud by byla způsobena (§ 72 odst. 1 ZOK). Jde tedy primárně o vznik deliktního typu závazku, což nemusí nutně vést k neplatnosti právního jednání – smluv uzavřených se subjekty stojícími mimo koncern, jde o vnitrokoncernovou záležitost.

79. Jak bylo uvedeno výše, platnost smluv SSN, SSCF a ICA z pohledu OKD a insolvenčním správcem tvrzeného střetu zájmů je nutno posuzovat z pohledu práva státu New York, resp. práva anglického. Jak bylo uvedeno na příkladu českého práva, jeví jako nezbytné aplikovat zvolené právo na pozadí existence koncernu a zhodnocení koncernových zájmů, vztahů a vazeb. V průběhu řízení byly provedeny důkazy cizozemským právem, zejména jednotlivými soudními rozhodnutími a názory prezentovanými v odborné literatuře. V žádném citovaném zdroji cizozemského práva však nebyl zmíněn naprosto zásadní skutkový faktor, který je schopen narušit standardní vnímání koncernových vztahů a založit střet zájmů v koncernu a tím je úpadek člena koncernu – jakožto ručitele, účastníka smlouvy, kde obligačním dlužníkem je ovládající osoba v koncernu.
80. KSZ je s ohledem na dosavadní závěry dokazování přesvědčeno o tom, že OKD se v okamžiku uzavírání SSN, SSCF a ICA nacházela v úpadku. Své závěry opírá zejména o závěry vyplývající ze znaleckého posudku zpracovaného Znaleckou společností s.r.o., vyjádření znalkyně Ing. Simony Servusové u soudního jednání, zpráv auditora KPMG, které jsou součástí účetních závěrek OKD za rok 2013 a 2014, rozhodnutí High Court of Justice in England and Wales ze dne 5.9.2014 a tzv. prospektu dluhopisů schváleného pro přijetí k obchodování na Lucemburské burze, tedy důkazy již provedené v řízení a k nimž se již KSZ vyjádřilo.
81. Tvrzení KSZ ve vztahu k úpadku OKD v roce 2014 by se dala shrnout tak, že dle účetních závěrek OKD z let 2013 a 2014 souhrn závazků OKD převyšoval hodnotu jeho majetku. Z pohledu dalšího provozu závodu lze konstatovat, že pokračování v podnikatelské činnosti dlužníka bylo možné pouze za předpokladu financování ze strany mateřských společností. Tyto se přitom v roce 2014 nacházely minimálně na pokraji úpadku (NWR N.V.). Vývoj cen uhlí (hlavní komodity, se kterou skupina obchodovala) setrvale klesal bez výhledu na obrát. Insolvence dlužníka se tak již v roce 2014 jevila jako nevyhnutelná, k čemuž v konečném důsledku přes veškerou aktivitu koncernu NWR v roce 2016 došlo.
82. Pokud jde o ručitelský závazek OKD ze SSN, tak s ohledem na ekonomický stav skupiny tak, jak je popisován v prospektu (blíže viz vyjádření KSZ ze dne **13.11.2017**), tedy ekonomický stav obligačního dlužníka, bylo dle názoru KSZ z pohledu účetní opatrnosti nutno začít již v roce 2014 účtovat ohledně ručitelských závazků ze SSN, tak aby byly objektivně posouzeny možnosti účetní jednotky z pohledu potencionálních závazků a posouzení zachování dalšího zachování provozu závodu. Zahrnutí ručitelských závazků do rozvahy by pochopitelně vedlo k dalšímu hlubokému propadu vlastního kapitálu. Tato účetní operace nastala až v roce 2016, což ostatně bylo jedním ze zásadních důvodů podání insolvenčního návrhu, jak vyplývá ze zasedání představenstva OKD ze dne 3.5.2016.
83. Koncernové právo je založeno na normách práva soukromého. Insolvenční právo na normách práva veřejného. Pokud dochází k úpadku člena koncernu, nastává nezbytná aplikace kogentních norem veřejného práva a do závazkových vztahů člena koncernu tímto vstupuje nový prvek, kterým je veřejný zájem na spravedlivém uspořádání závazkových vztahů dlužníka. Spravedlnost uspořádání těchto vztahů je vyjádřena především účelem insolvenčního řízení, kterým bývá zpravidla poměrné uspokojení zájmů věřitelů. Obecně lze konstatovat, že v období úpadku obchodní korporace je to především věřitel stojící mimo koncern, kdo má v první řadě (alespoň morálně) nárok na majetek společnosti, neboť se nijak zpravidla nepodílel na hospodaření, které vedlo k úpadku dlužníka. Nároky věřitelů stojících vně koncernu se tak dostávají do konkurence s koncernovými věřiteli, přičemž koncern disponuje právními nástroji k ovlivňování dlužníka a nakládání s jeho majetkem. Nutnost vyloučení uvedeného střetu zájmů je pak dobře patrné z ust. § 53 odst. 1 IZ a § 333 odst. 1 IZ,

kteří omezují práva ovládajících osob v koncernu. Insolvenční zákon ostatně umožňuje také omezení koncernového vlivu rozhodnutím soudu z důvodu střetu zájmů, což se také v insolvenčním řízení vedeném ve věci dlužníka také stalo formou usnesení o nařízení předběžného opatření (KSOS – 25 INS 10525/2016-B-43). Ve svém rozhodnutí insolvenční soud uvedl:

Jak soud již deklaroval ve svých předchozích usneseních, pokračování výrobní činnosti dlužníka je společným zájmem věřitelů. Způsob řízení dlužníkovu podniku je upraven jednak v zákoně o obchodních korporacích (ustanovení § 398 a násl.) a v případě, že dlužník se nachází v úpadku, také příslušnými ustanoveními insolvenčního zákona. V tomto případě, kdy jeden z majoritních věřitelů dlužníka je současně osoba ovládající dlužníka a kdy rozsah jeho práv je nesrovnatelně větší než ostatních věřitelů, je soud přesvědčen, že je třeba zajistit rovný výkon práv všech věřitelů, případně i zamezit situacím, kdy by mohly nastat dohady o případných majetkových transakcích s majetkem dlužníka. Z tohoto důvodu je soud přesvědčen, že je na místě předsunout okamžik pozastavení výkonu funkce orgánů dlužníka před okamžik povolení reorganizace, neboť zde existuje možnost kolize zájmů mezi společníky a věřiteli dlužníka.

Při svém rozhodování soud přihlédl i k ustanovení § 76 odst. 1 písm. f) o. s. ř., na základě něhož je možno účastníku uložit, aby něco snášel, a především pak k zásadám, na nichž spočívá insolvenční zákon, konkrétně pak vydané rozhodnutí koresponduje s ustanovením § 5 písm. a), b) a d) IZ.

84. Tvrzený střet zájmů mezi členem koncernu, který se nachází v úpadku a ovládajícími osobami koncernu sám o sobě neznamená, že dlužník nemůže uzavírat ve spolupráci s koncernem žádné smlouvy (např. také formou zastoupení dlužníka, který si je střetu zájmů koncernu a povinností vyplývajících z insolvenčního zákona vědom, jak tomu bylo také v případě SSN a SSCF), pokud se však nachází v úpadku, je nutno na platnost a účinnost takto uzavřených smluv nahlížet především z pohledu věřitelů dlužníka (stojících vně koncernu) a zájmů vyplývajících z insolvenčního zákona a nikoliv z pohledu zájmů koncernu.
85. Výše uvedené závěry nebo spíše výchozí skutkové premisy (zejména ve vztahu k úpadku člena koncernu) by měly být relevantní také v případě aplikace anglického práva, zejména pak práva státu New York. Výše zmiňovaná ustanovení insolvenčního zákona (§ 53 odst. 1 IZ a § 333 odst. 1 IZ) a rozhodnutí soudu o předběžném opatření v českém právním prostředí byla zmiňována především ve vztahu k reorganizaci dlužníka (tato forma řešení úpadku byla aplikována také v případě OKD). Jak vyplývá z důvodové zprávy k insolvenčnímu zákonu, tak vzorem pro českou právní úpravu reorganizace byla zejména právní úprava platná v USA (*Bankruptcy law z roku 1978*). KSZ je toho názoru, že Bankruptcy code je federální právní předpis, platný také ve státě New York (US Code, Title 11). KSZ je přesvědčeno o tom, že je zde dobrý důvod předpokládat, že tento právní předpis, který je v právu USA rovněž pramenem práva, upravuje vztahy mezi koncernem a členem koncernu, který se nachází v úpadku z pohledu konfliktu zájmů, který je tvrzen insolvenčním správcem a dlužníkem. Rovněž z toho důvodu navrhovalo KSZ v průběhu jednání pořízení překladu tohoto právního předpisu, na čemž setrvává. V anglickém právním prostředí pak výše uvedené právní otázky může upravovat Insolvency act 1986.
86. Okrajem KSZ dodává, že pokud by mělo být posouzení napadených smluv opravdu komplexní, tak jak předpokládá výše citovaná literatura v rámci aplikace cizozemského práva, bylo by nezbytné seznámit se s podstatně širším okruhem pramenů práva anglického a práva státu New York, než jaké byly doposavad provedeny jako důkaz. Jednání v konfliktu zájmů,

kteřé může být zakázané nebo v rozporu s dobrými mravy a veřejným pořádkem může být vyjádřeno v právních předpisech zmiňovaného zahraničního práva, zejm. pak právních normách trestního práva, které typicky specifikují okruhy regulace soukromoprávních vztahů ve veřejném zájmu. *Veřejný pořádek jako soubor zvláštních vztahů, které jsou předmětem intenzivní ochrany jím poskytované zejména trestním právem, či jinými veřejnoprávními sankčními předpisy. Z pohledu tuzemského práva lze spatřovat úzkou provázanost veřejného pořádku vymezeného normami práva veřejného (typicky trestními předpisy) a veřejného pořádku civilněprávního, ať již jako veřejného pořádku kolizního, nebo jako veřejnoprávního pořádku hmotněprávního (subjektivního).* (Bělohávek, A.J. Římská úmluva a Nařízení Řím I. Komentář. 1. vydání. Praha : C.H.Beck, 2009, str. 1733).

87. Stejně je na okruh právních předpisů, které stanoví hranice smluvní svobody a mohou zakládat neplatnost smluv, nahlíženo ve Spojených státech amerických a Anglii (Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vydání. Praha : C.H. Beck, 2004, str. 106-107, 142-144). Co do specifikace toho co vnímá nebo může vnímat právo státu New York nebo právo anglické jako protiprávní v dané skutkové situaci (úpadek ručitele, ručícího za závazek ovládající osoby), je tedy snad možno vycházet také z norem trestního práva, v případě práva USA tedy části U.S. Code – crimes and criminal procedure, chapter 9 – bankruptcy. Jak je dále z citované literatury patrné, existují v USA konkrétní rozhodnutí, která se zabývají právě nezákonným střetem zájmů při uzavírání smluv, což může vést k jejich neplatnosti (např. Horbach v. Coyle, 1924, 2 F 2d 702).
88. Aby nedošlo k nepřesnému výkladu tvrzení KSZ, tak KSZ zdůrazňuje, že není jeho ambicí prokázání toho, zda byl dle zahraničního práva spáchán trestný čin, ale pouze nalezení norem veřejnoprávní povahy, které vymezují zákonem zakázané jednání v souvislosti s úpadkem obchodní korporace a aplikovat tento zákaz na posouzení platnosti nebo neplatnosti smluv. Prokázání trestné činnosti zahrnuje zpravidla splnění dalších kvalifikačních kritérií, než jaká postačují pro posouzení neplatnosti smluv z pohledu civilního práva.
89. Výše uvedené závěry o nezbytnosti zajištění dalších pramenů cizozemského práva se vztahují rovněž k tvrzení OKD v jejím písemném vyjádření z **22.3.2019**, ve kterém dovozovala, že SSN, SSCF a ICA jsou součástí jediného trvajícího protiprávního jednání koncernu, na kterém se měla podílet také Citibank (zřejmě ke škodě třetích osob stojících mimo skupinu tvořenou koncernem a spol. Citibank, nejspíše věřitelů OKD). Z odborné literatury pak vyplývá, že v právu USA, existuje řada soudních rozhodnutí, která se zabývají neplatností smluv, které smluvním stranám slouží jako nástroj nezákonné činnosti a souvisejí s úpadkem smluvní strany (Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vydání. Praha : C.H. Beck, 2004, str. 153-154 a soudní rozhodnutí citovaná v textu, Crandall v Durham, 1941, 348 Mo. 240, Re Levy, 1942, 127 F 2d 627 atd.).
90. S ohledem na závěry vyplývající z citované literatury (Salač, J. Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. 2. vydání. Praha : C.H. Beck, 2004 str. 151 a 153) se v souvislosti s právem USA jeví jako nezbytné seznámit se také s dokumentem Restatement (First) on contracts, což je odborné právní pojednání o závazkových vztazích, z nichž by měly vyplývat obecné právní zásady ohledně posuzování smluv uzavíraných ke škodě třetích osob v právu USA. V této souvislosti KSZ poukazuje také na dokument 2 NY Practice guide: Business and Commercial § 12.02., který podává odborný výklad k problematice Guaranty a Suretyship.

91. Z překladů pořízených soudem je patrné, že byl pořízen překlad Restatement (Third) of Agency, který se ovšem nejeví jako překlad celého dokumentu, navíc odkazuje místy také na Restatement (Second) agency and codifications, jehož překlad pořízen nebyl.
92. V anglickém právu by se mohlo jednat o rozhodnutí, která se týkají uzavření smluv, které samy o sobě netrpí vadou protiprávnosti, ale obě strany hodlají zneužít realizace smlouvy k protiprávnímu účelu, jsou takové smlouvy neplatné od samého počátku. Strany smlouvy jsou zajedno v dosažení protiprávního následku, a proto ztrácejí všechny prostředky právní ochrany, ke kterým by měly přístup v případě platnosti smlouvy a rovněž rozhodnutí, kdy nemá být nevinná strana zasažena sankcí postihující protiprávní úmysl strany druhé (Salač str. 112 – 113, 115 – 117, a soudní rozhodnutí citovaná v textu, zejména Cheshire, G.C. Fifoot, C.H.S., Furnston, M.P., op.cit., s 373: Teritel, G.H., op cit in 6, s 427 an, Re Trepca Mines Ltd. in ALL ER, 1962 sv. III, s. 351, Scott v. Brown, Doering, McNab and Co ltd., atd.).
93. Pokud nebudou zajištěna nebo se soudu nepodaří v rámci projednávané věci zajistit soudní rozhodnutí a právní předpisy (v jejich překladu do českého jazyka), které se zabývají střetem zájmů koncernu a obchodní korporace – člena koncernu v okamžiku úpadku této obchodní korporace, případně protiprávního jednání účastníků smlouvy ke škodě třetích osob, nebude dle KSZ zjištěno zahraniční právo v rozsahu potřebném pro rozhodnutí s odkazem na § 23 odst. 5 ZMPS. Z toho pohledu je také zapotřebí vzít v úvahu, zda je vůbec v možnostech soudu s ohledem na rozsah právních otázek plynoucích z řízení zjistit opravdu komplexní podklady cizího práva pro rozhodnutí. KSZ bere v úvahu, že soud sice učinil maximum pro zjištění pramenů cizího práva, avšak dosud získané podklady se nejeví jako dostatečné a z účastníků řízení dosud poskytla součinnost pouze Citibank a KSZ má pouze omezené možnosti jak tyto prameny získat a vychází především z veřejně dostupných zdrojů.

Důkaz:

- zápis ze zasedání představenstva OKD ze dne 3.5.2016
- znalecký posudek zpracovaný spol. Znalecká společnost s.r.o., zejména str. 68-98, 101-103, 226-233, 377-378, 422-431

Výše uvedené důkazní prostředky jsou součástí spisu sp. zn. 32 ICm 3260/2016.

VI. posouzení platnosti smluv dle českého práva

94. S ohledem na skutečnost, že dle názoru KSZ zde dosud není dostatek právních podkladů pro posouzení věci dle práva státu New York nebo práva anglického, sděluje svůj právní názor na věc dle práva českého.

nepoctivost Citibank

95. KSZ nejprve považuje za nezbytné věnovat se tvrzením obsaženým v podání OKD ze dne **22.3.2019**, a to zejména částí VI., ve které je namítána nepoctivost jednání Citibank. OKD v podání výslovně netvrdí, že následkem protiprávního jednání má být neplatnost právního

jednání, tento závěr však lze dovodit z povahy věci, neboť protiprávní jednání nemůže požívat právní ochrany.

96. Z vyjádření OKD plyne, že osoby ovládající OKD (skupina Z. Bakaly) pojalý nejpozději v roce 2006 záměr uzavřít řadu finančních operací, které povedou na jedné straně k jejich obohacení a na druhé straně k nevyhnutelnému úpadku OKD a tedy poškození OKD a jeho věřitelů. Spol. Citibank o tomto záměru dle OKD od počátku věděla, aktivně a vědomě skupině Z. Bakaly napomáhala a byla aktivním účastníkem mj. také SSN, SSCF a ICA, jejichž smyslem bylo zakrýt a usnadnit protiprávní jednání osob ze skupiny Z. Bakaly. Součinnost skupiny Z. Bakaly a Citibank měla spočívat zejména v tom, že Citibank z pozice věřitele poskytla v roce 2006 skupině Z. Bakaly finanční prostředky, které byly využity ve prospěch osob ze skupiny Z. Bakaly na účet OKD, z čehož měla spol. Citibank majetkový prospěch. Tyto vnucené závazky měly přispět k plánovanému úpadku OKD.
97. Jak bylo uváděno výše, pro posouzení platnosti smluv z toho pohledu, zda smluvní strany jejich prostřednictvím nesledují nezákonný účel, se jeví jako nezbytné posuzovat subjektivní stránku jednání účastníků smlouvy, jinými slovy tedy to, jaký záměr sledují strany uzavřením smlouvy a současně je nutno brát v úvahu zmiňovanou obecnou ochranu smluv a dobrou víru účastníků závazkových vztahů.
98. Pokud jde o SSN a SSCF, tak zde je nutno uvést jednu zcela zásadní skutečnost, a sice to, že Citibank se účastnila smluv pouze jako agent pro zajištění na základě čl. 19 ICA. S postavením agenta pro zajištění pak dle čl. 19 ICA souvisí mj. právo agenta požadovat plnění závazků od dlužníků v plné výši v prospěch zajištěných smluvních stran (kromě agenta pro zajištění).
99. Jak plyne z vyjádření Citibank ze dne **11.10.2017** a z důkazů přiložených k tomuto vyjádření, tak původními subjekty, které nakoupily předmětné dluhopisy byli:

Goldman Sachs International
 J.P. Morgan Securities Ltd.
 Morgan Stanley & Co. International plc
 Erste Group Bank AG
 Citigroup Global Markets Limited
 Bayerische Landesbank
100. V průběhu řízení nebylo tvrzeno, že by některý z uvedených kupujících (nebo snad osob, které kupující zastupoval) měl nějakou spojitost se spol. Citibank (bylo by to snad možno očekávat ve vztahu k Citigroup Global Markets Limited) a do jaké míry měli tyto původní kupující spolupracovat na nezákonném záměru skupiny Z. Bakaly a Citibank dle vyjádření OKD z **22.3.2019**.
101. KSZ není známo, jaká byla struktura věřitelů z dluhopisů v průběhu jejich existence, a proto se ani nemůže vyjadřovat k subjektivní stránce jednání těchto věřitelů. Jediné co lze s určitou mírou jistoty tvrdit, je to, že původní kupující již z velké části zřejmě nemají nic společného s dnešními věřiteli z dluhopisů, když k 43% těchto dluhopisů se v insolvenčním řízení vedeném ve věci OKD přihlásila spol. Alcentra Limited (protokol ze schůze věřitelů str. 4, KSOS 25 INS 10525/2016 B-345, odst. 26 vyjádření IS B-372). Je však zapotřebí uvést, že Alcentra Limited je institucionálním investičním fondem, dceřinou spol. BNY Mellon, který pouze zastupuje skutečné majitele dluhopisů. To byl z pohledu KSZ ostatně jeden z důležitých důvodů, proč tato společnost nebyla úspěšná ve výběrovém řízení na majetek

OKD, neboť nebyla dostatečně transparentní a odmítla sdělit údaje o koncových vlastních dluhopisů. Vědomost o tom, že Alcentra Limited je (nebo byla) držitelem dluhopisů, nebo spíše vykonávala určitá práva související s dluhopisy, je pro posouzení subjektivní stránky jednání věřitelů ze SSN nepodstatné.

102. Dle SSCF jsou věřitelé ze smlouvy označeni jako „původní věřitelé“ uvedeni v části B SSCF. Opětovně jde o finanční instituce (fondy), u kterých nelze bez dalšího nalézt souvislost se skupinou Citibank, nebo skupinou Z. Bakaly. Jde opětovně (jako v případě spol. Alcentra Limited) o finanční instituce, které zřejmě jenom zastupují koncové věřitele.
103. Co je tedy v rámci posouzení smluv podstatné, je skutečnost, že spol. Citibank nebyla z pohledu uzavírání smluv SSN a SSCF ani v pozici věřitele ani dlužníka a její vědomost ohledně smyslu a účelu smlouvy, ať již byla jakákoliv, se z pohledu výše uvedeného nahlížení na posuzování platnosti závazkových vztahů dle čl. IV. vyjádření nejeví jako podstatná pro posouzení platnosti hlavní části smlouvy, tedy existenci dluhu a ručení. Spol. Citibank neposkytovala formou nákupu dluhopisů v roce 2010 ani v roce 2014 skupině NWR finanční prostředky, byla pouze jednou ze stran smlouvy, v jejíž kompetenci byly především technické a administrativní úkoly spojené s vymáháním pohledávek věřitelů dle SSN a SSCF (tvrzeno s výhradou ke spol. Citigroup Global Markets Limited o jejíž činnosti a vztazích nemá KSZ bližší poznatky).
104. Okrajové postavení Citibank v rámci uzavírání těchto smluv v podstatě akceptuje i OKD ve svém vyjádření ze dne **22.3.2019** když uvádí, (odst. 72-73), že v rámci uzavírání Indenture 2010 Citibank opustila svoji pozici věřitele z toho důvodu, že jí bylo známo, že OKD již nebude schopno své závazky uhradit a vystupovala dále jako agent pro zajištění. Emise z dluhopisů dle SSN pak nahrazovala emisi dluhopisů z roku 2010 dle Indenture 2010.
105. Z uvedeného pohledu (za předpokladu správnosti tvrzení OKD) se jeví věřitelé ze SSN a SSCF spíše jako poškození, než jako „spolupachatelé“ na nezákonném jednání. KSZ dosud nezaznamenalo tvrzení, které by směřovalo proti dobré víře prvních majitelů dluhopisů případně proti dobré víře finančních institucí dle části B SSCF.
106. Dle názoru KSZ by se jevilo jako nepřiměřené tvrdit, že SSN a SSCF jsou celkově neplatné, neboť sledují nezákonný účel bez jakéhokoli posouzení subjektivní stránky hlavních věřitelů ze smlouvy.
107. Tvrzení OKD by tak v podstatě mohlo spíše zpochybnit aktivní legitimaci Citibank zastupovat v řízení majitele dluhopisů, než samotnou podstatu smlouvy, tedy dluh a ručení z emise dluhopisů (SSN) a z poskytnutého úvěru (SSCF). Z pohledu výše uvedeného tvrzení OKD se opětovně nabízí právní kvalifikace směřující spíše k posouzení existence škody způsobené agentem pro zajištění nebo osobami ovládajícími NWR hlavním věřitelům z dluhopisů a z úvěru, případně také ručiteli OKD, než k neplatnosti právních jednání, což však není předmětem tohoto řízení.
108. I pokud by výše uvedené závěry nebyly relevantní, tak KSZ dodává, že k prokázání nepoctivého záměru Citibank dle tvrzení OKD v jeho vyjádření ze dne **22.3.2019** by bylo nezbytné dokázat, že Citibank již v roce 2006 věděla, jaké kroky podniknou osoby ze skupiny Z. Bakaly v letech 2014-2016, resp. že nepodniknou žádné kroky k tomu, aby v době finanční krize dle svých finančních možností zachránily OKD před úpadkem, který mu záměrně způsobily (resp. neučiní žádné kroky k odvrácení úpadku) a nastane tak předpokládaný následek, který bude završením nepoctivého záměru pojatého již v letech 2005

a 2006, což způsobí škodu zejména věřitelům OKD. Vědomí o tomto záměru nelze dovozovat pouze ze samotných smluv, kde tento záměr zpravidla není explicitně vyjádřen, ale spíše z řady souvisejících (často skrytých) skutkových okolností. Dle názoru KSZ takové důkazy v řízení (alespoň dosud) nejsou k dispozici.

109. Tvzení o nepoctivosti Citibank dle vyjádření OKD zejména v jeho podání ze dne **22.3.2019** tak dle KSZ nevede bez dalšího k neplatnosti SSN, případně SSCF. Ovšem s ohledem na skutečnost, že postavení majitelů věřitelů z dluhopisů by mohlo mít význam pro posouzení platnosti právního jednání ve světle tvzení OKD (pokud bylo prokázáno propojení věřitelů z dluhopisů se skupinou Z. Bakaly), přičemž k neplatnosti právního jednání přihlíží soud z úřední povinnosti (§ 588 OZ), navrhuje KSZ, aby soud (v návaznosti na čl. 2.11. SSN) vyžádal od spol. Deutsche trustee company limited jako svěřeneckého správce dle SSN seznam jmen a adres majitelů dluhopisů společně s výší jistiny dluhopisů, které každý tento majitel vlastní.

vyloučení subrogačního regresu

110. Jak již uvádělo KSZ ve svém vyjádření ze dne **20.3.2019**, tak vyloučení subrogačního regresu dle SSN a SSCF by mohlo být vnímáno jako jednání poškozující věřitele OKD.
111. 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.
112. Střet zájmů se ostatně projevil také v dalším postupu skupiny NWR, která se namísto podání insolvenčního návrhu, jak ukládá § 98 odst. 1 IZ, se 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.
113. 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).

114. 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).
115. 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 vedené 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 by mělo být primárně aplikováno právo 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).

116. 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.
117. 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.
118. 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.*
119. 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)
120. Z uvedených tvrzení je zřejmé, že dluh z akcionářských půjček byl pouze snížen, tedy nezanikl.
121. 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)
122. Načerpání finančních prostředků pro OKD dle SSCF tvrdilo u jednání také NWR N.V.
123. Dle přílohy k účetní závěrce za rok 2014 evidovala OKD vůči NWR N.V. dlouhodobé závazky vzniklé z vnítrskupinových 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).
124. 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. nepřihlásily 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.
125. 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.

126. 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).
127. Následek vyloučení regrese 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.
128. Dle názoru KSZ bylo vyloučení regrese 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.
129. 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.
130. Toto jednání současně může vést k poškození jiných věřitelů, když vyloučení regrese je v podstatě vyloučením možnosti vymáhat budoucí pohledávku, tedy budoucí majetek dlužníka.
131. Je zapotřebí uvést, že majetkový výsledek pro věřitele OKD vyplývající z vyloučeného regrese 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.
132. KSZ však nemůže přijmout závěr, aby právo aprobovalo tento postup (vyloučení regrese) 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 regrese. Vyloučení subrogačního regrese v roce 2014 by snad bylo akceptovatelné za situace, pokud by již tehdy bylo s nejvyšší mírou jistoty zřejmé, že uplatnění regrese v budoucnu ze strany dlužníka 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) mohou 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.

133. 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.
134. 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.
135. 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 a nebo ručení, se KSZ domnívá, že by k právnímu jednání došlo i bez neplatné části, rozpoznala-li by strana neplatnost včas (§ 576 OZ). 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).
136. KSZ tak shrnuje, že na základě všech výše uvedených skutečností, je jednání obsažené v čl. 12.01 písm. i) SSN a čl. 18.8. SSCF zakázaným, protiprávním jednáním, které je současně v rozporu s veřejným pořádkem a nemůže požívat právní ochrany a je tedy neplatné ve smyslu § 580 odst. 1 OZ. Smysl a účel zákona (insolvenčního) vyžaduje důsledné uplatňování všech majetkových práv dlužníka ve prospěch a na ochranu třetích osob (věřitelů dlužníka) neumožňuje aprobovat jednání, které je v rozporu se samotným smyslem a účelem insolvenční právní úpravy. K této neplatnosti přihlédně soud bez návrhu. V ostatních částech shledává KSZ smlouvy SSN a SSCF jako platné, včetně smlouvy ICA.
137. Samotným závěrem KSZ uvádí, že i pokud by výše uvedené skutečnosti měly být hodnoceny dle zahraničního práva, považuje citovaná ustanovení insolvenčního zákona (§ 1 písm. a) IZ a § 5 písm. a) IZ) za imperativní právní normy ve smyslu čl. nařízení ŘÍM I (viz část vyjádření), které se uplatní také v rámci aplikace zahraničního práva.

VII.**vliv výše odměny na platnost SSN, SSCF a ICA**

138. KSZ se domnívá, že v řízení nebylo tvrzeno, že by výše odměny za sjednané ručení sjednané dle Agreement on Payment of Guarantee (SSN a SSCF) v roce 2014 mělo způsobit neplatnost právních jednání, proto se KSZ k této otázce vyjadřuje pouze okrajově a uvádí, že uvedené odměny za ručení byly sjednány mimo SSN, SSCF a ICA, přičemž s ohledem na shora uvedené KSZ nejsou známy žádné konkrétní důkazy, na základě kterých by bylo možno uvést, že věřitelé ze SSN, SSCF měli nějaký vliv na utváření těchto odměn, šlo o vnitrokoncernovou záležitost. Z uvedeného pohledu nahlíží KSZ také na posouzení platnosti SSN a SSCF, když s přihlédnutím ke skutečnostem tvrzeným pod bodem IV. vyjádření neshledalo žádné důvody, pro které by mohl mít způsob majetkového vypořádání uvnitř koncernu vliv na platnost právních jednání mezi koncernem a subjekty vně koncernu, neboť nejsou k dispozici důkazy, které by prokazovaly nějakou angažovanost bank a věřitelů ze SSN a SSCF na způsobu utváření odměny za ručení v souvislosti se samotným přijetím ručení, jinými slovy, že nízká odměna za ručení byla součástí nepoctivého záměru smluvních stran již při uzavírání SSN a SSCF.

VIII.**závazek OKD postrádá kauzu**

139. OKD tvrdí, že mezi ním a Citibank nevznikl ručitelský závazek dle SSN, neboť s ohledem na ustanovení bodu 12.01 písm. i) SSN, ve kterém se OKD vzdala práva na náhradu toho, co sama plnila, na odškodnění nebo na subrogaci nebo jiných práv vůči emitentovi dluhopisů. Právo regresu na dlužníkovi je přitom pro ručitelský vztah příznačné. Pokud nejde o závazek z ručení, mělo by jít o dlužnický závazek, tedy že OKD by byla přímým dlužníkem dle SSN, k čemuž však nikdy nemohlo dojít, neboť OKD si od Citibank nic nepůjčila a neexistuje tak kauza takového plnění. Z uvedeného důvodu tak nemá OKD vůči Citibank žádný závazek.
140. Pokud jde o existenci kauzy v případě závazkových vztahů, tak dle OKD jde o naprosto základní zásadu tuzemského právního řádu (§ 1791 OZ), na které je nutno trvat, a pokud by jiné právo (v daném případě zřejmě právo státu New York) existenci závazku za popsanych okolností umožňovalo, je nutno jej odmítnout pro rozpor s veřejným pořádkem, neboť by tímto v podstatě aprobovalo bezdůvodné obohacení, což je v rozporu čl. 11 Listiny základních práv a svobod.
141. Jak uvádělo KSZ pod bodem vyjádření, je na právní vztahy vyplývající ze SSN nutno aplikovat především právo státu New York a teprve následně poměřovat následky této aplikace veřejným pořádkem místa soudu. Pro posouzení právních otázek spojených s izolovaným tvrzením o nedostatku kauzy, pak považuje KSZ dosavadní zjištění týkající se práva státu New York jako dostatečné.
142. Jak vyplývá z dokazování právem státu New York, které bylo provedeno u jednání dne 25.3.-4.4.2019, lze se domnívat, že v čl. 12.01 písm. a) SSN byla dle uvedeného práva sjednána ve vztahu k OKD tzv. úplná a bezpodmínečná záruka. Platnost a vymahatelnost ručení z takové záruky je nezávislé na možnosti uplatnění regresu ručitele vůči primárnímu dlužníkovi (jak plyne např. z rozh. Compagnie financière de cici et de lunion v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner and Smith INC).

143. Na základě výše uvedeného se lze domnívat, že vyloučení regresu z pohledu práva státu New York nemá žádný vliv na existenci a vymahatelnost ručitelského závazku.
144. Pokud jde o námitku veřejného pořádku dle čl. 21 ŘÍM I, tak především je nutno uvést, že veřejný pořádek bývá zpravidla vyjádřen v kogentních normách. Z kogentních norem vycházejí rovněž tzv. imperativní ustanovení, která sice nejsou s kogentními normami zcela totožná, ale jsou v čl. 9 odst. 1 ŘÍM I definována následujícím způsobem. *Imperativní ustanovení jsou ustanovení, jejichž dodržování je pro stát při ochraně jeho veřejných zájmů jako např. jeho politického, společenského a hospodářského uspořádání zásadní do té míry, že se vyžaduje jejich použití na jakoukoli situaci, která spadá do jejich oblasti působnosti, bez ohledu na právo, které by se jinak na smlouvu podle tohoto nařízení použilo.*
145. Pokud jde o zákonnou subrogaci, tato je upravena v ust. § 1937 odst. 2 OZ. Ve spojení s ust. § 1 odst. 2 OZ KSZ dovozuje, že jde o dispozitivní ustanovení. Toto ustanovení tedy samo o sobě (bez přihlédnutí k výše tvrzeným okolnostem úpadku ručitele a záměru smluvních stran) nemůže tedy působit jako imperativní norma, která by činila výše uvedené závěry zahraničního práva nepoužitelnými. Současně se KSZ domnívá, že dispozitivnost uvedené normy neumožňuje dle českého práva považovat zákonnou subrogaci za pojmový znak ručení.

IX. existence dluhopisů

146. V průběhu insolvenčního řízení byla zejména ze strany insolvenčního správce zpochybněna existence dluhopisů s ohledem na poskytnuté internetové výpisy z webových stránek Lucemburské výpisy a burzy Stuttgart, které dle jeho tvrzení nemohou sloužit jako důkaz.
147. KSZ v tomto směru setrvává na svých závěrech prezentovaných v písemném vyjádření ze dne **13.11.2017** (část II) a nad rámec již uvedených tvrzení poukazuje na rozh. NSS sp. zn. 1 As 80/2016, z něhož vyplývá, že *věrohodný způsob zachycení obsahu internetových stránek závisí na tom, jakou část obsahu stránek je třeba dokázat. Například pokud je třeba dokázat tvrzení uvedené v textu publikovaném na internetových stránkách, postačí vytištění části stránky s textem bez grafických prvků. Z judikatury Nejvyššího správního soudu je v takových situacích patrné, že právě tímto způsobem soud činí skutková zjištění vyplývající z obsahu internetových stránek (srov. rozsudek ze dne 4. 3. 2009, čj. Pst 1/2008-66, č. 1841/2009 Sb. NSS, bod [35]).*
148. Vzhledem ke skutečnosti, že k prokázání toho, že určité konkrétní dluhopisy byly v daném časovém okamžiku obchodovány na burze cenných papírů, postačuje zachycení textu, jeví se důkaz výpisem z internetových stránek předložených Citibank jako dostatečný.
149. Okolnosti průběhu samotné emise dluhopisů (splacení emisního kurzu dluhopisů atd.) by se navíc zřejmě měly opětovně řídit zahraničním právem. K právním předpisům zahraničního práva, které by měly upravovat tyto skutečnosti, se dosud nikdo z účastníků nevyjádřil.
150. KSZ rovněž považuje za nezbytné uvést, že právě existence dluhopisů, které má, nebo měla v době schvalování reorganizačního plánu OKD z 43% v držení spol. Alcentra Limited, byla argumentem OKD a insolvenčního správce o nevěrohodnosti této společnosti a propojením se spol. Citibank (protokol ze schůze věřitelů str. 4, KSOS 25 INS 10525/2016 B-345, odst. 26 vyjádření insolvenčního správce na B-372). K této argumentaci se připojilo také KSZ ve

svém vyjádření ze dne **25.8.2017** podaném v insolvenčním řízení ve věci OKD (str. 7 vyjádření KSOS 25 INS 10525/2016 B-351) a setrvává tak na svém dřívějším názoru.

X.

neúčinnost právního jednání

151. Závěrem vyjádření se KSZ stručně vyjádří také k některým skutečnostem, které byly v průběhu řízení tvrzeny ve vztahu k neúčinnosti SSN, SSCF a ICA.

152. Jak vyplývá z odpůrčí žaloby insolvenčního správce a navazujících tvrzení, je základním argumentem tvrzené neúčinnosti nedostatek protiplnění, které měla OKD v souvislosti s poskytnutím ručení obdržet jednak na základě smlouvy Agreement on Payment of Guarantee Fee – SSN – OKD a.s. uzavřené dne 9.9.2014 a jednak na základě smlouvy Agreement on Payment of Guarantee Fee – SSFA – OKD a.s. uzavřené také dne 9.9.2014.

153. KSZ má s ohledem na všechny doposud provedené důkazy důvod se domnívat, že jednání koncernu NWR (včetně OKD) směřovalo v roce 2014 především k oddálení následků zvoleného způsobu hospodaření osob ovládajících NWR z dřívějšího období v kombinaci s nepříznivými vnějšími ekonomickými vlivy, které vedly k úpadku dlužníka. Podporou pro tento závěr je ostatně samotné tvrzení dlužníka, který ve svém vyjádření z **23.3. 2019** uvedl, že v případě SSN a SSCF šlo již jen o zakrytí následků dřívějšího jednání. Z uvedeného pohledu byla samotná restrukturalizace 2014 mnohem více pokusem o oddálení insolvenčního řízení, tedy oddálení následku, jehož příčina nastala mimo období vymezené lhůtami, ve kterých lze neúčinnému právnímu jednání odporovat dle insolvenčního zákona a nemůže být z pohledu neúčinnosti přezkoumávána. Součástí dřívějších jednání koncernu NWR tak bylo také uzavření Indenture 2010, tedy jednání, které bylo provedeno a ukončeno v roce 2010 podpisem příslušných smluv, čímž se staly platně uzavřenými. K neplatnosti Indenture 2010 pak KSZ neshledalo podmínky ze stejných důvodů, které byly uvedeny v části VI. vyjádření. Na Indenture 2010 je tak nutno nahlížet jako na platné a účinné právní jednání a restrukturalizaci 2014 poměřovat s následky tohoto jednání.

154. V roce 2014 nešlo dle SSN o vytvoření nového ručení, které by zatížilo OKD, ale o změnu ve struktuře dosavadních závazků, tedy závazků, které OKD již v roce 2010 přijala a k nimž také již v roce 2010 přijala odměnu za ručení v souvislosti s emisí dluhopisů. Jinými slovy, odměna za ručení byla vypořádána již v roce 2010 (mj. rovněž mimo Indenture 2010), v roce 2014 šlo dle SSN především o snížení celkových závazků vyplývajících z dluhopisů emitovaných v roce 2010 a prodloužení splatnosti dluhopisů. SSCF pak sloužila k poskytnutí finančních prostředků pro OKD, které OKD dle svých vlastních údajů vyplývající z účetní závěrky skutečně načerpala. To vše mělo sloužit k oddálení nevyhnutelného insolvenčního řízení, což by mohlo opětovně vést spíše ke způsobení škody věřitelům (§ 99 IZ), což však není předmětem tohoto řízení. Obsahem a účelem restrukturalizace 2014, tedy obsahem a účelem smluv SSN a SSCF nebyla žádná revize odměny za poskytnuté ručení v roce 2010. Na tom nic nemění skutečnost, že za účelem poskytnutí další odměny OKD byly uzavřeny další samostatné smlouvy, které stojí mimo SSN a SSCF a které insolvenční správce odpůrčí žalobou nenapadá.

155. Odpůrčí žalobou jsou jako neúčinná napadena SSN, SSCF a ICA. Součástí těchto smluv není odměna za poskytnuté ručení. Je tomu tak zřejmě z toho důvodu, že odměna za ručení byla spíše vnitrokoncernovou záležitostí NWR a netýkala se primárně právních vztahů vyplývajících z emise dluhopisů nebo poskytnutého úvěru, jejichž součástí byli věřitelé stojící

mimo skupinu NWR a finanční instituce. Přestože se smlouvy o odměně jeví jako podstatné z hlediska tvrzení insolvenčního správce, tento je svou odpůřčí žalobou nenapadá, napadá samotné poskytnutí ručení dle SSN a SSCF.

156. KSZ je toho názoru, že s ohledem na existenci koncernu NWR s přihlédnutím k některým základním zásadám koncernu, jak bylo popsáno výše, je nutno na finanční transakci formou emise dluhopisů v roce 2010 nezbytné nahlížet tak, že touto emisí byly získány finanční prostředky pro realizaci zájmů koncernu (jakožto celku). Pokud došlo uvnitř koncernu k přerozdělení finančních prostředků nebo vytvoření závazkových vztahů způsobem, který poškozoval člena koncernu, lze si představit zejména spor o náhradu škody, případně neplatnost nebo neúčinnost právních jednání (na pozadí úpadku člena koncernu) ovšem právních vztahů uvnitř koncernu, a nikoliv mimo koncern, což je nutno zdůraznit. To, co OKD poškodilo, nemuselo být samotné poskytnutí ručení, přesněji řečeno potvrzení již (v mimoúpadkovém období 2010) poskytnutého ručení, pokud jeho ujednání (přesněji zachování) bylo podmíněno získáním majetkové výhody pro dlužníka, což nepochybně bylo, neboť restrukturalizace 2014 vyžadovala souhlas věřitelů dle SSN. Pokud byla OKD dále poškozena tím, že odměna za „nové“ ručení byla příliš nízká, bylo tomu především v důsledku právních vztahů přijatých uvnitř koncernu. Ve vztahu k SSN se tak KSZ domnívá, obrazně řečeno, že spor o neúčinnost se z velké části odehrává na špatném místě a zřejmě také po lhůtě.
157. Pokud jde o samotnou SSN a přímé důsledky této smlouvy pro předluženou OKD v roce 2014, jakožto způsobu určité změny závazkových vztahů mezi koncernem NWR a jeho věřiteli z dřívějšího období, tak šlo především o snížení celkového dluhu a prodloužení splatnosti dluhopisů. Samotná SSN tedy majetkovou podstatu OKD nezatížila, pokud nebude bráno v úvahu, co přineslo pro OKD oddálení insolvenčního řízení (což ovšem není předmětem tohoto řízení).
158. Ve vztahu k SSCF je pak tato situace ještě více patrná, když načerpané finanční prostředky byly v souladu s čl. 3.1. SSCF načerpány dlužníkem. Pokud jde o způsob tohoto čerpání, tedy podmínky, za jakých si OKD zapůjčila od NWR B.V. finanční prostředky ze SSCF, např. výše úroků poskytnutá ze strany NWR B.V., (na pozadí úpadku OKD) apod., jde opět o vnitrokoncernovou záležitost, která byla řešena právním jednáním mimo samotnou SSCF a není předmětem odpůřčí žaloby.
159. Z výše uvedeného tvrzení shledává KSZ jedinou výjimku a tou je opětovně vyloučení zákonné subrogace ke škodě věřitelů OKD, sjednané přímo v SSN a SSCF, které jsou předmětem odpůřčí žaloby. Ujednání o vyloučení subrogace jak v SSN tak v SSCF se dotýká jednání uvnitř koncernu a způsobu vypořádání uvnitř koncernu. Jde o ustanovení smluv, jejichž existence nemá zjevně žádný vliv na práva a povinnosti smluvních stran z obligačního závazku a ručení. To ostatně plyne právě z té části čl. 12.01 písm. i) SSN, kde je upravena rozvazovací podmínka uplatnění regresu. Existence regresu je vázána výlučně na postavení osob, které jsou spjaty s ručící dceřinou společností (management ručící společnosti). Obdobně KSZ vnímá ustanovení o vyloučení regresu dle SSCF. KSZ je tak přesvědčeno, že předmětné ujednání týkající se regresu mohlo být ze SSN a SSCF vyloučeno dohodou uvnitř koncernu NWR bez podstatného vlivu na sjednané výhody, které přinesla restrukturalizace 2014.
160. Subrogační regres přitom právě bezprostředně souvisí s výše tvrzeným finančním vypořádáním uvnitř koncernu, přičemž jeho vyloučení musí jít v době úpadku ručitele, bez nutnosti splnění dalších podmínek ke škodě ručitele dlužníka. Pokud jde o okolnosti

vyloučení regresu a podmínek s tímto souvisejících, odkazuje tímto KSZ na výklad v části VI. vyjádření.

161. Jak KSZ uvádělo výše, na NWR N.V. a NWR B.V. bylo nutno nejméně v roce 2014 nahlížet jako na věřitele OKD. Vzdání se subrogačního regresu v této době úpadku OKD za popsanych skutkových okolností tak odpovídá skutkové podstatě zvýhodňujícího právního jednání dle § 241 odst. 1 odst. 3 písm. c) IZ, případně jednání, které s přihlédnutím k subjektivní stránce osob jednajících v rámci restrukturalizace 2014 za NWR N.V., NWR B.V. a OKD bylo jednáním, kterým dlužník úmyslně zkrátil věřitele tím, že je připravil o právo na vymáhání pohledávky (viz vyjádření OKD ze dne **7.6.2019**, KSOS 25 INS 10525/2016 B-409, přičemž druhé smluvní straně (NWR) byl tento úmysl znám, nebo jí se zřetelem ke všem okolnostem musel být znám.
162. Pokud tedy soud neshledá čl. 12.01. písm. i) SSN a 18.8. SSCF smluv jako neplatné, jak bylo uváděno výše, jsou zde dány podmínky pro shledání těchto ustanovení jako neúčinných.

JUDr. Robert Hradišťan v. r.
státní zástupce

Za správnost vyhotovení:
Taťána Jedlinská

Taťána
Jedlinská

Digitálně podepsal
Taťána Jedlinská
Datum: 2019.06.20
09:25:19 +02'00'