

## O ochraně smluvních vztahů a hotovosti v insolvenčním řízení

Mgr. Juraj Alexander, LL.M., Praha\*

*České insolvenční právo v rámci ustanovení o reorganizaci zdánlivě poskytuje dlužníkovi pouze zlomek z možných nástrojů na záchranu jeho podniku. Na základě rozboru účelu a smyslu insolvenčního řízení lze však dle názoru autora článku prokázat, že insolvenční zákon dlužníkovi poskytuje daleko více možností. Vždy je však třeba dbát na to, aby nad rozumnou mírou vyplývající ze samotného faktu úpadku nebyla poškozena druhá strana.*

### I. Úvod

Podnikatel, který se rozhodne řešit svou zhoršující se finanční situaci prostřednictvím nelikvidační formy insolvenčního řízení, čelí v období následujícím po zahájení tohoto řízení silnému tlaku. Veřejně oznamuje, že své potíže řešit neovládá, stávající závazky s největší pravděpodobností (alespoň částečně) neuhradí a též, že jeho budoucnost je fatálně ohrožena. Jeho obchodní partneři mají proto často důvod nebo alespoň nutkání (pokud nejsou ve vztahu k vlastnímu právnímu postavení liknaví) na tuto zprávu reagovat poměrně zoztra, a to zpravidla tak, aby z insolvence dlužníka vyšli s co nejmenšími ztrátami. Zvažují kroky jako zadržení předmětů zajištění, ukončení dlouhodobých smluv a započtení.

Insolvenční právo zpravidla takové kroky omezuje, a zahájení insolvenčního řízení proto často způsobuje některé z následujících účinků: a) ochranu majetkové podstaty zastavením exekuce, realizaci zajištění a nápadem nových žalob, b) omezení započtení a c) zákaz ukončení<sup>1</sup> smluv druhým účastníkem z důvodu předinsolvenčního porušení smlouvy nebo insolvence dlužníka.<sup>2</sup> Kromě toho, i když ne nutně v přímé vazbě na zahájení řízení, insolvenční právo často dlužníkovi umožňuje ukončit probíhající smlouvy, a tím se zbavit provozních nákladů z nich vyplývajících a druhé účastníky takových smluv zařadit mezi ostatní věřitele s pohledávkou na náhradu škody.

České insolvenční právo v rámci ustanovení o reorganizaci zdánlivě poskytuje dlužníkovi z těchto nástrojů pouze zlomek: zahájení insolvenčního řízení způsobuje automaticky pouze omezení výkonu zajištění a exekuce a fakultativním účinkem je, v návaznosti na další opatření, omezení započtení. Předmětem následujících tří částí tohoto článku je na základě rozboru účelu a smyslu insolvenčního řízení (část II) prokázat, že insolvenční zákon dlužníkovi poskytuje i další ze zmiňovaných nástrojů, a to možnost uchovat v existenci pro něj výhodné smlouvy i přes pokus protistrany o jejich ukončení (část III) a ukončit pro něj nevýhodné smlouvy (část IV). V další části se pak věnuje možnosti dlužníka omezit započtení v průběhu insolvenčního řízení nad rámec zákona (část V) a zároveň výkladu obecného omezení započtení, kde dle mého názoru dosavadní komentářová literatura nesprávně dovozuje nemožnost provedení započtení po rozhodnutí o řešení úpadku (část V).

### II. Nesplněné smlouvy a logika insolvence

V insolvenčním řízení, zejména reorganizačním, se dlužník snaží upravit svou kapitálovou strukturu, tj. zpra-

vidla snížit své závazky tak, aby mohl nadále provozovat svoje podnikání. Většina závazků pochází ze smluv, přičemž tyto smlouvy mohou být ve stavu, kdy a) povinnost k plnění zůstává pouze dlužníkovi a smluvní partner dlužníka (dále jen „druhý účastník smlouvy“)<sup>3</sup> má pouze pohledávku, kterou musí uplatnit přihláškou, b) plnit musí již pouze druhý účastník smlouvy a dlužník má pohledávku, kterou může, v případě nesplnění, vynutit, anebo c) povinnost k plnění mají ještě obě strany. Právě osud smluv uvedených v poslední kategorii (dále označované jako „nesplněné smlouvy“) je často zcela klíčový pro možnost sanace dlužníkovy podnikání, protože často jde o dlouhodobé smlouvy, které definují úroveň nákladovosti dlužníkovy podnikání.

Insolvenční zákon se v rámci ustanovení o reorganizaci nijak explicitně k otázce nesplněných smluv nevyjadřuje. Na první pohled neomezuje druhé účastníky ve využití práva ukončit nebo modifikovat nesplněné smlouvy z důvodu úpadku, špatné finanční situace dlužníka nebo porušení smlouvy, které nastalo před zahájením řízení. Naproti tomu, např. slovenský zákon o konkursu a restrukturalizaci v restrukturalizaci zakazuje druhým účastníkům vypovědět nesplněné smlouvy z důvodu jejich porušení, které nastalo před zahájením řízení, a z důvodu samotného zahájení řízení. Americký insolvenční řád poskytuje podobnou ochranu, avšak požaduje od dlužníka, pokud má zájem ve smlouvě pokračovat, aby věřiteli zajistil náhradu způsobené škody (ne však, aby platil okamžitě).<sup>4</sup>

Na rozdíl od ustanovení o konkursu, insolvenční zákon pro případ reorganizace nedeclaruje ani právo dlužníka (resp. osoby s dispozičními oprávněními) ukončit nesplněné smlouvy s tím, že pohledávky druhého účastníka na náhradu takovým ukončením způsobené škody se uspokojí stejně jako jiné předinsolvenční pohledávky.<sup>5</sup> V americké i německé úpravě reorganizačního řízení dlužník takovou možnost má.<sup>6</sup> Při rozhodování, zda nesplněnou smlouvu ukončit, zde může proto dlužník vycházet z toho, že případnou náhradu škody bude muset hradit pouze ve výši, v níž budou v insolvenčním řízení uspokojeni nezajištění věřitelé. Pokud tedy druhý účastník utrpí z důvodu ukončení smlouvy škodu 100 Kč a míra uspokojení nezajištěných věřitelů je 32 %, dlužník bude muset (v rámci reorganizačního plánu)<sup>7</sup> uhradit pouze 32 Kč. Na druhé straně, pokud se dlužník rozhodne smlouvu splnit, bude požívat výnosy z ní plynoucí, ale musí též plnit své povinnosti v plné výši. Důsledkem je, že dlužník, pokud nemá obchodní důvod postupovat jinak, ukončí prakticky veškeré smlouvy, které pro něj nejsou výhodné.<sup>8</sup>

Smyslem uvedených opatření je zajisté ochrana hodnoty smluv pro provoz podniku dlužníka, a tím umožnění sanace. Jejich skutečné vysvětlení v rámci struktury insolvenčního práva však vyplývá z koncepce insolvenčního řízení (včetně řízení reorganizačního) jako kolektivní exekuce a s tím souvisejícího požadavku rovného zacházení s věřiteli (*par conditio*).<sup>9</sup> Insolvenční právo proto poskytuje věřitelům poměrné uspokojení jejich pohledávek, přičemž poměr nároku jednotlivých věřitelů k aktivům dlužníka se určuje na základě hodnoty, kterou jejich pohledávky měly k momentu zahájení řízení.

Nesplněná smlouva je pouze směsí závazků a pohledávek. Od věřitelů, kteří mají vůči dlužníkovi pouze pohledávku, se postavení druhého účastníka nesplněné

smlouvy odlišuje zejména tím, že oproti plnění, která mu má dlužník dle smlouvy poskytnout, stojí jeho povinnost poskytovat další plnění. Postavení druhého účastníka nesplněné smlouvy k okamžiku zahájení insolvenčního řízení tak je možné definovat ve výši rozdílu současné hodnoty budoucích plnění dlužníka a budoucích plnění druhého účastníka (samozřejmě při zohlednění možnosti náhradního pokrytí příslušné potřeby a dalších okolností). Stejným způsobem se vypočte náhrada škody v případě, že dlužník smlouvu poruší (nebo deklaruje neochotu plnit), a smluvní partner proto odstoupí.<sup>10</sup>

Mimo insolvenční řízení může druhá strana občas dlužníka přinutit smlouvu splnit, ne však vždy. V insolvenčním řízení je taková možnost ve vztahu k čistě obligacním nárokům zcela vyloučena.<sup>11</sup> To je logické – splnění smlouvy dlužníkem v souladu s původní dohodou (tj. specifické plnění) totiž znamená 100% uspokojení druhého účastníka a takové řešení by bylo v rozporu se zásadou rovnosti věřitelů. Rozdíl spočívající v existenci budoucích povinností druhého účastníka neodůvodňuje vyšší uspokojení oproti ostatním věřitelům.

Uvedené řešení insolvenční zákon obsahuje pro případ konkursu, pro případ reorganizace však ne. Je proto otázkou, zda insolvenční zákon předvídá řešení odlišné, nebo zda je možné výkladem dospět k obdobnému závěru.

### III. Ukončení nesplněných smluv v reorganizaci

I když insolvenční zákon dlužníkovi v reorganizaci nedává explicitní možnost ukončit nesplněné smlouvy, dlužník vždy může prostě odmítnout takovou smlouvu plnit – vynucení splnění smlouvy prostřednictvím žaloby na plnění a exekuce je nemožné. V takové situaci se stává klíčovou otázka, zda bude mít pohledávka druhého účastníka na náhradu škody způsobené takovým porušením smlouvy postavení běžné nezajištěné pohledávky nebo postavení pohledávky za podstatou. První z uvedených řešení by vedlo k tomu, že dlužník bude moci nesplněné smlouvy *de facto* ukončit, když může nesplněnou smlouvu jednoduše neplnit, pohledávky na náhradu škody uspokojit stejně jako běžné nezajištěné pohledávky a smlouvu v reorganizačním plánu zrušit.<sup>12</sup> Ve druhém případě takovou možnost mít nebude, protože pohledávka druhého účastníka, kterou musí průběžně hradit v plné výši, by zpravidla narostla do nezvládnutelné výše.

Závěr vedoucí k tomu, že pohledávka druhého účastníka na náhradu škody by mohla být pohledávkou za podstatou, by mohl plynout z § 168 odst. 2 písm. g) InsZ, dle kterého jsou pohledávkami za majetkovou podstatou, pokud vznikly po rozhodnutí o úpadku, „*pohledávky věřitelů ze smluv, jejichž splnění osoba s dispozičními oprávněními povolila, jakož i ze smluv, které osoba s dispozičními oprávněními nevyověděla*“.

Uvedené ustanovení však dle mého názoru není možné vykládat tak, že by mezi pohledávky za podstatou patřily i pohledávky na náhradu škody způsobené tím, že dlužník záměrně a otevřeně smlouvu plnit odmítá, a to na základě zásady rovnosti věřitelů, jak byla rozvedená výše – pokud by tato pohledávka měla postavení pohledávky za podstatou, byl by druhý účastník smlouvy nepřiměřeně zvýhodněn vůči ostatním věřitelům. Toto ustanovení zcela jednoznačně míří pouze na

pohledávky vyplývající z dalšího plnění smluv, a tak je potřeba je i vykládat.

V zájmu spravedlnosti pak může druhý účastník od soudu v rámci dohledávací činnosti vyžadovat, aby dlužníkovi nařídil vyjádřit se ve vymezené době po zahájení řízení,<sup>13</sup> zda smlouvu a) bude plnit a pohledávky druhého účastníka z nich bude považovat za pohledávky za podstatou, nebo b) plnit nehodlá a v reorganizačním plánu navrhne jejich ukončení. Takové vyjádření by pak pro dlužníka bylo závazné, resp. jeho nedodržení by mělo za následek, že pohledávky na náhradu škody budou pohledávkami za podstatou. Naopak v případě, že dlužník smlouvu plnit nehodlá, musí druhý účastník pohledávku na náhradu škody přihlásit jako běžnou předinsolvenční pohledávku.<sup>14</sup>

Proti zde navrhovanému řešení se argumentuje tím, že management dlužníka by mohl oportunisticky zneužít insolvenční řízení pro vyhnutí se plnění nevýhodných smluv, a že české právo proto respektuje princip *pacta sunt servanda*.<sup>15</sup> Oportunistickému zneužití reorganizace však české právo brání tím, že pro vstup do reorganizační vyžaduje, na rozdíl např. od amerického nebo slovenského práva, soudní zjištění alespoň hrozícího úpadku.<sup>16</sup> Pokud je však dlužník v úpadku, musí se jeho věřitelům dostat rovného zacházení, a toho je možné dosáhnout pouze zde navrhovaným přístupem.

Závěru umožňujícího dlužníkovi ukončit nevýhodné smlouvy je možné dosáhnout i aplikací § 227 InsZ, který umožňuje správci, se souhlasem věřitelského výboru a soudu, vyjmout majetek z podstaty. Takovým majetkem mohou být i pohledávky dlužníka vyplývající z nesplněných smluv.<sup>17</sup> Pokud dlužník, resp. správce, takto vyjme z podstaty veškeré pohledávky vyplývající z nesplněné smlouvy, zůstane v insolvenčním řízení pouze zbývající závazek dlužníka – pohledávka druhého účastníka, kterou je potřeba vyčíslit a přihlásit. Výše takové pohledávky se pak stanoví shora popsanou metodou vyčíslení náhrady škody.

Nicméně, tento závěr se nevztahuje na nájemní ani licenční smlouvy, v nichž dlužník vystupuje jako pronajímatel (poskytovatel licence), ani na jiné smlouvy, dle kterých má druhý účastník specifická práva vztahující se k jednotlivě určenému aktivu dlužníka, pokud taková práva přetrvávají i případný převod tohoto aktiva na třetí osobu. Nájemní i licenční smlouva taková práva vytvářejí a výše uvedená argumentace založená na ustanoveních o pohledávkách za podstatou (§ 168 odst. 2 písm. g) InsZ] nebo na vyloučení věcí z majetkové podstaty (§ 227 InsZ) proto v tomto případě neobstojí – nájem i licence vážnou na předmětu dále, i přes jeho zcizení dlužníkem, resp. vynětí z majetkové podstaty.<sup>18</sup> Zároveň odmítnutí plnění ze strany dlužníka nestačí k tomu, aby byl druhý účastník zbaven práva užívat předmět nájmu nebo licence. Insolvenční zákon neumožňuje správci (osobě s dispozičními oprávněními) druhého účastníka o užívání pronajatého (licencovaného) majetku připravit,<sup>19</sup> a nájemce (držitel licence) má proto k dispozici standardní věcněprávní nástroje ochrany svého postavení, které může uplatnit vůči každému, tj. i vůči insolvenčnímu správci nebo insolventnímu dlužníkovi.<sup>20</sup> Insolvenční zákon tak správně stanoví zvláštní ochranu nájemce v případě konkursu.<sup>21</sup> V reorganizaci je pak potřeba konstruovat ochranu nájemce obdobně.

Z praktického hlediska se klade též otázka, zda dlužník může odmítnout poskytovat nájemci služby spojené

s užíváním předmětu nájmu, popř. zda bude nárok nájemce na náhradu škody způsobené nedostatky v poskytování služeb pohledávkou za podstatou. Dle mého názoru může dlužník odmítnout tyto služby poskytovat pouze v případě, že by se nájemce práva na příjem takové služby nemohl domáhat věcněprávní žalobou na ochranu nerušeného užívání. Taková ochrana však bude zpravidla nájemci k dispozici, pokud přerušeni poskytování služeb způsobí dlužník-pronajímatel aktivním zásahem a nejde např. o totální selhání procesů zajišťování takových služeb na straně pronajímatele-dlužníka. Ve druhém případě se způsobená škoda bude uspokojovat jako obecná nezajištěná pohledávka.

Na závěr je ještě potřeba upřesnit, že zmíněná výjimka týkající se nájmních a licenčních smluv se neuplatní u jiných smluv, které dlužníkovi ukládají povinnost něco strpět, pokud zároveň tuto povinnost nevážou ke konkrétnímu aktivu (typicky konkurenční doložky). To vyplývá z toho, že když dlužník tuto povinnost poruší, druhý účastník má k dispozici pouze zdržovací žalobu – tj. osobní žalobu proti dlužníkovi – a nárok na náhradu škody.

#### IV. Záchrana výhodných smluv a neúčinnost *ipso facto* ujednání

Jak bylo zmíněno, insolvenční právo často prohlašuje za neplatné nebo neúčinné úkony vedoucí k ukončení nesplněných smluv, k předčasné splatnosti závazků dlužníka dle takových smluv nebo k obdobným následkům, popř. též ustanovení smluv, která takové následky umožňují nebo s nimi automaticky spojují, pokud k nim dochází a) v návaznosti na zahájení insolvenčního řízení nebo zhoršením finanční situace dlužníka (taková ustanovení se nazývají *ipso facto* ujednání, protože možnost ukončení vážou na samotný fakt insolvence) anebo b) v návaznosti na minulá porušení smlouvy.<sup>22</sup>

Takový zásah do právního postavení druhého účastníka je samozřejmě odůvodněn zájmem na ochraně hodnoty nesplněných smluv pro podnik dlužníka. V případě *ipso facto* ujednání má však i další důvody. Smluvní strany užívají *ipso facto* ujednání proto, aby pro případ insolvenčního řízení umožnily solventní straně ukončení smlouvy bez ohledu na to, zda se prokáže porušení smlouvy ze strany dlužníka – takové porušení automaticky v případě úpadku předpokládají. V době, kdy je dlužník ještě solventní, nemá motivaci snažit se přesvědčit druhé účastníky, aby na takových ujednáních netrvali (a nést náklady s tím spojené), protože ví, že v momentě úpadku již nebude mít (resp. jeho akcionáři nebudou mít) zájem na osudu svých aktiv a že tato aktiva budou distribuována věřitelům, kteří tím pádem ponесou i případné ztráty způsobené účinností *ipso facto* ujednání. Jsou zde tudíž poměrně závažné právně-ekonomické důvody pro neúčinnost těchto ujednání v rámci insolvenčního řízení směřujícího k sanaci dlužníkovy podniku (a tedy pro prolomení zásady, že insolvenční právo by nemělo zasahovat do hmotněprávního postavení stran, není-li to nutné). Nicméně, jak je zřejmé z výše uvedeného, toto odůvodnění se uplatní pouze pro *ipso facto* ujednání a neplatí ve vztahu k úpravě neúčinnosti úkonů (typu odstoupení) navazujících na minulá porušení smlouvy dlužníkem.<sup>23</sup>

Insolvenční zákon v části týkající se reorganizace obsahuje § 329 odst. 3, který stanoví, že „[s]placnost zá-

vazků a pohledávek se rozhodnutím o povolení reorganizace vždy vrátí do původních termínů“. Toto ustanovení vnímá dosavadní literatura k insolvenčnímu zákonu správně jako opatření umožňující dlužníkovi odvrácení negativních dopadů vyplývajících z *ipso facto* ujednání a z porušení smluv před povolením reorganizace.<sup>24</sup> Zmínka o pohledávkách jednoznačně vede k závěru, že zákonodárce mířil i na nesplněné smlouvy, a ne pouze na závazky dlužníka.

Dle mého názoru na základě § 329 odst. 3 InsZ ztrácejí účinnost výpovědi, odstoupení od smluv, oznámení o předčasné splatnosti závazku (akcelerace)<sup>25</sup> a podobná opatření ze strany druhých účastníků smluv učiněná kdykoliv po zahájení insolvenčního řízení až do povolení reorganizace. Taktéž dle mého názoru nemůže druhý účastník ani později, tj. po povolení reorganizace, smlouvu ukončit pouze z důvodu insolvenčního řízení nebo zhoršené finanční situace dlužníka. Druhý účastník však může oproti svému dalšímu plnění smlouvy po zahájení insolvenčního řízení požadovat od dlužníka zárukou, že své závazky splní (což bude někdy nemožné, např. u smluv o úvěru, a někdy možné, např. u smluv o dodávkách surovin – např. prostřednictvím akreditivu). Pohledávky druhého účastníka z takového plnění smlouvy (po rozhodnutí o úpadku) budou pohledávkami za podstatou.<sup>26</sup>

Kromě toho, pokud bude mít dlužník zájem v plnění smlouvy po povolení reorganizace pokračovat, bude muset druhému účastníkovi zároveň poskytnout plnění, kterým napraví svá předchozí porušení této smlouvy. Takový požadavek plyne ze skutečnosti, že insolvenční zákon neobsahuje pro reorganizaci ustanovení, která zakazují druhému účastníkovi ukončení smlouvy pro minulé porušení bez ohledu na další situaci, jak je tomu v konkursu nebo moratoriu.<sup>27</sup> Navrácení splatnosti do původních termínů tudíž způsobí jednorázově k datu povolení reorganizace, avšak pokud dlužník nenapraví minulé porušení smlouvy, druhému účastníkovi zůstane zachována možnost smlouvu pro tato porušení ukončit.

Uvedený závěr týkající se nutnosti nápravy minulých porušení smlouvy ze strany dlužníka nijak nekoliduje s výše zmíněným požadavkem na úplnou neúčinnost *ipso facto* ujednání – napravit minulé porušení smlouvy totiž dlužník v průběhu reorganizace může, přestat být v insolvenčním řízení však ne. Zároveň, zatímco samotné zahájení insolvenčního řízení druhému účastníkovi škodu nezpůsobuje, v případě porušení smlouvy druhý účastník škodu utrpěl a pokud má být opatření, k němuž byl podle smlouvy v důsledku takového porušení oprávněn, neúčinné, musí být tato škoda nahrazena. Tento závěr nekoliduje ani se zákazem uspokojování předinsolvenčních pohledávek v průběhu řízení jinak než v souladu s insolvenčním zákonem. Tento zákaz totiž stanoví výjimku umožňující úhradu předinsolvenčních závazků pro účely odvrácení škody. Pokud bude dlužník nahrazením takové škody odvracet vypovězení pro něj výhodné smlouvy, nepochybně o odvrácení škody půjde, zejména pokud to svým rozhodnutím potvrdí insolvenční soud.<sup>28</sup>

Řešení umožňující neúčinnost *ipso facto* ujednání pak vyplývá i z požadavku rovnosti věřitelů. Dlužník bude před ukončením ze strany druhého účastníka chránit zejména smlouvy, které jsou pro něj výhodné (tj. cena v nich sjednaná je lepší než cena, kterou může dlužník dosáhnout na trhu). U takových smluv by zpravidla

druhý účastník v případě účinnosti *ipso facto* ujednání získal, pouze z důvodu zahájení insolvenčního řízení, výhodu spočívající v možnosti vyvázat se z nevýhodné smlouvy, a to na úkor ostatních věřitelů.

Ohledně neúčinnosti ukončení smlouvy druhým účastníkem v návaznosti na minulé porušení smlouvy (tedy ne na *ipso facto* ujednání) je pak možné argumentovat tím, že je téměř nemožné rozlišit, zda byl druhý účastník k takovému opatření motivován více samotným porušením smlouvy, nebo tím, že dlužník se nachází v úpadku. V této situaci je pak jednání druhého účastníka srovnatelné s ukončením smlouvy na základě *ipso facto* ujednání. Z toho důvodu a i s ohledem na to, že v takovém případě má před pokračováním ve smluvním vztahu druhý účastník právo na náhradu škody, která mu porušením smlouvy vznikla, se zdá být rozsah uvedeného opatření přiměřený.

## V. Započtení a ochrana hotovosti

Stejně klíčový jako možnost pokračovat ve výhodných smlouvách a zbavit se nevýhodných smluv je pro dlužníka v reorganizaci přístup k hotovosti potřebné pro provoz podniku.<sup>29</sup> Insolvenční právo proto zpravidla omezuje započtení. Kromě toho se omezení, resp. zákaz započtení často obhajuje i potřebou zajištění rovnosti započteníschopných věřitelů s ostatními nezajištěnými věřiteli.<sup>30</sup>

Na druhé straně, tj. ve prospěch možnosti provádět započtení v průběhu insolvenčního řízení, svědčí potřeba chránit věřitele před rizikem druhotného kolapsu, který by podstatně zvyšoval systémové riziko tržního mechanismu. Tuto potřebu dobře ilustrují výjimky ze zákazu započtení pro finanční transakce – při neexistenci takové výjimky by riziko spojené s těmito transakcemi bylo podstatně vyšší, protože nemožnost vyrovnávání vzájemných sald by způsobila nutnost rozsáhlejšího zajištění závazků. Umožnění započtení tak v obecné rovině snižuje náklady na kapitál, na monitorování rizika a transakční náklady s uvedenými situacemi spojené. V průběhu reorganizace (resp. jiného sanačního insolvenčního řízení) může však zájem na zajištění likvidity dlužníka převážet.

Český dlužník může dosáhnout omezení započtení podáním návrhu na povolení reorganizace nebo dosažením nařízení moratoria nebo předběžného opatření.<sup>31</sup> To je důležité zejména v případě věřitelského insolvenčního návrhu, kdy může vzniknout mezi zahájením řízení (a zveřejněním této skutečnosti) a účinností jakéhokoliv opatření omezujícího započtení časový prostor, který mohou hbití věřitelé využít k provedení započtení. Vzhledem k tomu, že jedním ze základních cílů insolvenčního práva je zastavit soutěž věřitelů o aktiva dlužníka, umožnění provedení započtení (pouze) těm nejrychlejším z věřitelů by bylo zcela nesmyslné. I s ohledem na uvedené byl insolvenční zákon novelizován za účelem rozšíření možností dlužníka omezit započtení, a to zejména v případech, kdy „*dlužník-podnikatel poctivě usiluje o řešení svého úpadku nebo brozícího úpadku sanační formou (reorganizací nebo s využitím institutu moratoria)*“.<sup>32</sup>

Mimo případy, kdy je zřejmé, že insolvenční návrh nemůže být řešen jinak než úplnou likvidací (tj. kromě reorganizace ani případným prodejem smysluplné části podniku v rámci konkursu), by proto soudy měly bez

hlubšího zkoumání věci vydávat předběžná opatření omezující započtení na jakkoliv narychlo připravený návrh, a to zejména v případě insolvenčního návrhu věřitele, nebo zjevně nepřipraveného návrhu dlužníka. Dlužníkům, kteří připravují insolvenční návrh a nepodávají zároveň návrh na povolení reorganizace,<sup>33</sup> je pak vhodné doporučit, aby zároveň vydání takového předběžného opatření navrhli. Následná revize předběžného opatření, často i jeho úplné odstranění,<sup>34</sup> způsobí podstatně méně škody než případné započtení ze strany dlužníkovy banky, kterým bude dlužník připraven o veškerou likviditu v prvních dnech insolvenčního řízení.

Konečně povinnost skládat jistotu v případě dlužnického návrhu na omezení započtení, kterou insolvenční zákon i po novele stanoví, je značně protismyslná – důsledkem předběžného opatření totiž zpravidla bude zejména to, že započtení bude možné pouze se souhlasem soudu, a škoda věřiteli proto z důvodu nemožnosti započtení reálně nehrozí – pokud se domnívá, že by započtení měl mít možnost provést, může dlužníkovi nezaplátit a podat namísto toho návrh soudu, aby předběžné opatření změnil. Navíc s ohledem na to, že dlužník je v úpadku, zde lze – a soudy by měly – uvažovat o osvobození od povinnosti skládat jistotu z důvodu, že poměry dlužníka takové osvobození odůvodňují.<sup>35</sup> Nepochybně půjde o legálnější postup, než tuto zákonem jednoznačně stanovenou povinnost prostě ignorovat, jak to v pravděpodobně prvním případě vydání předběžného opatření zakazujícího započtení učinil Krajský soud v Hradci Králové.<sup>36</sup>

## VI. Na okraj – kdy se tedy započíst dá?

Dosavadní komentářová literatura dovozuje, že po rozhodnutí o způsobu řešení úpadku není započtení vůbec možné provést, a to na základě tvrzení, že samotný úkon, kterým se započtení provádí, je součástí „zákonných podmínek započtení“, a proto je potřeba jej provést před rozhodnutím o způsobu řešení úpadku (tj. do prohlášení konkursu nebo povolení reorganizace).<sup>37</sup> Tato interpretace je chybná – zákonodárce ji ostatně zcela jasně vyvrátil v krizové novele insolvenčního zákona, kterou doplnil nový § 324 odst. 3 InsZ ve znění:

„*Od okamžiku zveřejnění návrhu na povolení reorganizace ... není přípustné započtení vzájemných pohledávek dlužníka a věřitele... To platí i tehdy, jestliže zákonné podmínky tohoto započtení byly splněny před uvedeným okamžikem.*“<sup>38</sup>

Z uvedeného logicky vyplývá, že termínem „započtení“ se míní něco jiného než „splnění zákonných podmínek započtení“, tj. že úkon směřující k započtení není součástí těchto podmínek. Stávající § 140 odst. 2 InsZ je proto potřeba interpretovat tak, že započtení je možné provést i po rozhodnutí o způsobu řešení úpadku, nebyli v mezích podán návrh na povolení reorganizace, vyhlášeno moratorium nebo vydáno předběžné opatření, které započtení zakazuje nebo omezuje, pokud byly ostatní podmínky započtení (vzájemnost pohledávek a splatnost, pokud se vyžaduje) splněny před tímto rozhodnutím.<sup>39</sup>

## VII. Závěr

V tomto článku jsem se pokusil nastínit několik opatření, která mohou dlužníci nacházející se ve finančních

potřích v rámci českého insolvenčního řízení využít na záchranu svého podniku.

Dlužníkům tak dle mého názoru insolvenční zákon umožňuje, i když ne zcela explicitně, navrátit zpátky na světlo světa smlouvy unáhleně vypovězené druhým účastníkem před povolením reorganizace, ukončit smlouvy, které jsou pro ně nevýhodné, ale i ochránit svou hotovostní pozici v době mezi zahájením řízení a podáním návrhu na povolení reorganizace.

Zároveň je však (alespoň ze strany insolvenčních soudů) potřeba tato opatření vždy koncipovat způsobem, který nepoškodí druhou stranu nad rozumnou míru vyplývající ze samotného faktu úpadku.

\* Autor je advokátem.

Za připomínky a názor děkuji Mgr. Dušanovi Sedláčkovi, Mgr. Michalovi Hinkovi a za pomoc s redakcí tohoto článku Monice Gotfridové a Tamaře Zarembové. Veškeré chyby jsou mé vlastní.

- 1) „Ukončením“ zde míním jak výpověď a odstoupení, tak i jakýkoliv jiný způsob zániku závazkověprávního vztahu. Též používám jako synonyma smlouvu a smluvní vztah jí založený, protože rozlišování těchto dvou pojmů by dle mého názoru bylo zcela zbytečné.
- 2) Srov. § 109 a 111 zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení, ve znění pozdějších předpisů (InsZ) a § 114 ods. 1 písm. a), b) a c) zákona č. 7/2005 Z.z., o konkurzu a restrukturalizaci (ZKR).
- 3) Srov. § 122 InsZ.
- 4) Srov. § 114 ods. 2 písm. d) ZKR a ustanovení 11 U.S.C. § 365(a), (b) a (f) amerického insolvenčního řádu, <http://www.law.cornell.edu/uscode/11/>.
- 5) Pro kritiku použití institutu odstoupení od smlouvy v rámci ustanovení o konkurzu viz *Richter, T.* Insolvenční právo. Praha : ASPI, 2008, s. 299. S touto kritikou se ne zcela ztotožňuji, z insolvenčního zákona je totiž dle mého názoru dostatečně zřejmé, že jiné nároky než na náhradu škody z rozhodnutí správce odstoupit neplynou.
- 6) Srov. § 103 odst. 2 německého insolvenčního řádu (Insolvenzordnung), zákon z 5. 10. 1994 (BGBl. I S. 2866), poslední změna čl. 9 zákona z 12. 12. 2007 (BGBl. I S. 2840) a 11 U.S.C. § 365(a) (2010).
- 7) Podobná analýza se uplatní v případě, že úpadek se řeší konkursem s prodejem podniku – dlužník v této situaci zvažuje, jakou variantu věřiteli schválí a pro tento scénář uvažuje s tím, jakou částku bude mít po prodeji podniku k dispozici pro distribuci nezajištěným věřitelům, kteří musí s takovým prodejem souhlasit. Srov. § 290 odst. 2 InsZ.
- 8) Srov. *Westbrook, J. L.* A Functional Analysis of Executory Contracts. 74 Minn. L. Rev. 227, 253 (1989).
- 9) Tato koncepce vyplývá z *Jackson, T.* The Limits and Logic of Bankruptcy Law. Beard Books, 1986, s. 105 a násled. Thomas Jackson kritizuje ustanovení o *ipso facto* ujednáních v americkém insolvenčním řádu a zákaz vypovědi vidí jako teoreticky opodstatněný pouze z důvodu insolvenčního řízení, ne však z důvodu předcházejícího porušení smlouvy.
- 10) Srov. § 348 odst. 2 ObchZ („Ohledně povinnosti, jež má být plněna v budoucnu, lze odstoupit od smlouvy i v případě, kdy povinná strana prohlásí, že svou povinnost nesplní.“). V common law se taková situace označuje jako *anticipatory repudiation*.
- 11) Srov. § 175 InsZ. Srov. též *Bureš, J., Drápal, L., Krčmář, Z. a kol.* Občanský soudní řád. 7. vyd. Praha : C. H. Beck, 2006, s. 356. K přihlašování nepeněžitých pohledávek, srov. *Richter, T.*, op. cit. sub 5, s. 237.
- 12) To nepochybně v reorganizačním plánu udělat lze, srov. § 356 InsZ.
- 13) Zcela úmyslně nenavrhuji jako mezní dobu, do kdy se dlužník tak musí vyjádřit, rozhodnutí o úpadku – dochází k němu brzy po zahájení řízení a dlužník nemůže mít v této hektické době dostatek času na analýzu, které smlouvy vypovědět a které nikoliv.
- 14) Srov. stejné řešení v konkurzu na základě § 253 odst. 4 InsZ dovozené VS Olomouc v usneseních z 16. 7. 2009 č. j. 2 VSOL 196/2009-P30-11, (dlužník MORAVIA ENERGO, a. s., KS Ostrava, sp. zn. 36 INS 1078/2009) a z 25. 2. 2010, č. j. 2 VSOL 417/2009-P339-8 (dlužník MAGNETON a. s., KS Brno, sp. zn. 31 INS 2875/2009).
- 15) Srov. *Richter, T.*, op. cit. sub 5, s. 306. Obě důvodové zprávy k návrhům insolvenčního zákona mlčí, srov. vládní návrh, posl. tisk č. 1120 (IV. volební období) a návrh poslance J. Pospíšila, posl. tisk č. 1044 (IV. volební období).
- 16) Srov. § 136 odst. 1 InsZ, § 3 odst. 1 ZKR [„Ak dlžník podá (insolvenčný) návrh ... rozumie sa tým, že je v úpadku.“] a *NMSBPCSLDHB, LP v. Integrated Telecom Express, Inc. (In re Integrated Telecom Express, Inc.)*, 384 F.3d 108 (3d Cir. 2004) (o zneužití insolvenčního řízení se jedná, když je solventní společenství využije pouze za účelem využití specifických pravidel k omezení svých závazků).
- 17) Srov. § 206 odst. 1 písm. h) InsZ. Na základě zde uvedené úvahy se celý koncept nakládání s nesplněnými smlouvami vyvinul v americkém insolvenčním právu. Srov. *Countryman, V.* Executory Contracts in Bankruptcy. Part I. 57 Minn. L.R. 439 (1973).
- 18) Srov. § 680 ObčZ; *Telec, I., Tůma, P.* Autorský zákon. Komentář. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2007, s. 537 (licence k autorskému dílu smrti autora nezániká) a *Horáček, R. a kol.* Zákon o ochranných známkách / Zákon o ochraně označení původu a zeměpisných označení / Zákon o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví. 2. vyd. Praha : C. H. Beck, 2008, s. 168 (licence vázne na ochranné známce i při jejím převodu nebo přechodu).
- 19) Srov. § 213 InsZ.
- 20) Nájemce, resp. držitel licence, má k dispozici žalobu na ochranu užívání věci (práva) vůči třetím osobám i vůči pronajímateli (autorovi, vlastníkovému právu průmyslového vlastnictví). Srov. § 126 odst. 2 ObčZ, § 41 AutZ a § 2 zákona č. 221/2006 Sb., o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví, dle kterého je k vymáhání práv oprávněn i držitel licence.
- 21) Srov. § 253 a násled. InsZ.
- 22) Srov. např. § 257 InsZ.
- 23) Srov. *Jackson, T.*, op. cit. sub 9, s. 42 a násled.
- 24) Srov. *Zelenka, J. a kol.* Insolvenční zákon – poznámkové vydání s důvodovou zprávou. Praha : Linde, 2008, s. 484; *Richter, T.*, op. cit. sub 5, s. 315.
- 25) Takové opatření nemusí mít pouze povahu odstoupení od smlouvy, jak je konstruuje § 506 ObchZ, ale může jít i pouze o dohodu o termínu splatnosti, srov. § 392 odst. 2 ObchZ.
- 26) Srov. *Richter, T.*, op. cit. sub 5, s. 314; § 560 ObčZ, § 326 odst. 1 ObchZ a § 168 odst. 2 písm. g) InsZ.
- 27) Srov. § 122 odst. 1 a § 257 InsZ.
- 28) Srov. § 5, § 111 odst. 1, 2 InsZ.
- 29) K některým otázkám souvisejícím s nakládáním s hotovostí po zahájení řízení viz *Alexander, J.* Cash collateral aneb komu patří příjmy z podnikání v reorganizaci. Lexforum, 9. 11. 2008, <http://www.lexforum.sk/134>.
- 30) Srov. *Wood, P.* Principles of international insolvency. Londýn : Thomson Sweet&Maxwell, 2007, s. 403 a násled.
- 31) Srov. § 82 odst. 3 (umožňující soudu omezit započtení předběžným opatřením), § 122 odst. 3 (zakazující započtení v průběhu moratoria) a § 324 odst. 3 InsZ.
- 32) Srov. vládní návrh zákona, kterým se mění zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), posl. tisk č. 770 (V. volební období), s. 30.
- 33) Srov. § 318 odst. 1 InsZ (návrh na povolení reorganizace lze zpravidla podat až do 10 dnů před první schůzí věřitelů vyjma případu, kdy dlužník podává návrh pro hrozící úpadek, kdy tak musí učinit před rozhodnutím o úpadku). S ohledem na riziko odpovědnosti za podání návrhu na povolení reorganizace dle § 317 odst. 2 InsZ (požadavek dobré víry, že může být schválen plán) si lze představit situaci, kdy dlužník s návrhem na povolení reorganizace váhá.
- 34) Dle § 324 odst. 3 InsZ může soud zákaz započtení tam, kde by jinak možné nebylo. K okolnostem, kdy je vhodné započtení takto povolit, srov. *Alexander, J.*, op. cit. sub 29.
- 35) Srov. § 75b odst. 3 písm. f) a § 138 OSŘ. Srov. i rozhodnutí VS Olomouc, z 28. 5. 2009, č. j. 2 VSOL 143/2009-B-36, (dlužník Josef Ježek, KS Ostrava, sp. zn. 22 INS 1108/2008).
- 36) Srov. usnesení KS Hradec Králové, z 10. 2. 2010, č. j. KSPA 56 INS 7856/2009-B-4, (dlužník ORLET služby, s. r. o.), o nařízení předběžného opatření (zejména zákaz započtení vůči bankám vedoucím účty dlužníka), kde soud konstatoval, že insolvenční správce jako navrhovatel není povinen složit jistotu, protože je pojištěn. Takovou výjimku však zákon neumožňuje.
- 37) Srov. § 140 odst. 2 InsZ; *Richter, T.*, op. cit. sub 5, s. 262; *Kotoučová, J. a kol.* Zákon o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon). 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2008, s. 362.
- 38) Srov. § 324 odst. 3 InsZ ve znění zákona č. 217/2009 Sb. (bod č. 17). Ekvivalentní ustanovení obsahuje i § 122 odst. 3.
- 39) Srov. pro stejný názor usnesení VS Olomouc, z 28. 4. 2009, č. j. 2 VSOL 106/2009-B-26 (dlužník MORAVIA ENERGO, a. s., KS Ostrava, sp. zn. 36 INS 1078/2009).