

Sygn. akt **XXIII Gz 687/18**

POSTANOWIENIE

Dnia 4 lipca 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: **SSO Bernard Litwiniec**

Sędziowie: SO Bolesław Wadowski

SO Andrzej Sobieszczański

po rozpoznaniu w dniu 4 lipca 2018 r. w Warszawie

na posiedzeniu niejawnym

sprawy z wniosku **(...) spółki akcyjnej w W.**

z udziałem **(...) spółki akcyjna w W.**

o wyznaczenie biegłego rewidenta do spraw szczególnych

na skutek zażalenia wnioskodawcy

od postanowienia Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie

z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt Wa XII Ns Rej KRS (...)

postanawia:

uchylić zaskarżone postanowienie i sprawę przekazać do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu dla m.st. Warszawy, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania.

SSO Bolesław Wadowski SSO Bernard Litwiniec SSO Andrzej Sobieszczański

Sygn. akt **XXIII Gz 687/18**

UZASADNIENIE

Wnioskiem z dnia 10 lipca 2017 r. (data prezentaty Sądu) (...) spółka akcyjna z siedzibą w W. złożyła wniosek o wyznaczenie biegłego rewidenta do spraw szczególnych, w trybie art. 85 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych celem zbadania wybranych zagadnień dotyczących prowadzenia spraw przez spółkę (...) spółka akcyjna z siedzibą w W.. Uzasadniając wniosek wskazano, że wnioskodawca jest zaniepokojony wskaźnikami wynikającymi ze sprawozdań finansowych uczestnika (rosnące koszty spółki przy małym wzroście przychodów), co zdaniem wnioskodawcy wskazuje na bardzo małą zyskowność prowadzenia działalności gospodarczej przez uczestnika.

W odpowiedzi na wniosek uczestnik (...) spółka akcyjna z siedzibą w W. wniósł o oddalenie wniosku, wskazując, iż wnioskodawca prowadzi działalność konkurencyjną wobec uczestnika i prawdziwym celem złożenia wniosku nie jest korzystanie z uprawnień akcjonariusza, ale nadużyciem tych uprawnień zmierzającym do pozyskania tajemnic przedsiębiorstwa uczestnika.

Postanowieniem z dnia 14 września 2017 r. referendarz sądowy oddalił wniosek stwierdzając, iż ustanowienie rewidenta w sprawie nie jest zasadne, gdyż wskazane przez wnioskodawcę przyczyny do jego powołania nie są przekonujące.

Na orzeczenie referendarza sądowego skargę wniósł wnioskodawca, zarzucając naruszenie prawa materialnego w postaci art. 85 ust. 4 Ustawy o ofercie poprzez przyjęcie, że w niniejszej sprawie wystąpiły przesłanki pozwalające na odmowę wyznaczenia rewidenta do spraw szczególnych, w szczególności zaś poprzez przyjęcie, że przesłanką taką zgodnie z ww. przepisem jest okoliczność prowadzenia przez Wnioskodawcę działalności konkurencyjnej wobec spółki (...) S.A. (dalej jako: (...), „Uczestnik”, Spółka). W uzasadnieniu skargi wskazano, iż podstawą prawną wyznaczenia przez sąd rewidenta do spraw szczególnych stanowi art. 85 Ustawy o ofercie. Przepis ten określa jednoznaczne ramy rozpoznania wniosku w sprawie. Wedle skarżącego to na podstawie tego przepisu Sąd ocenia, czy spełnione są przesłanki z art. 84 ust. 3 i 4 Ustawy o ofercie dotyczące osoby rewidenta oraz warunki formalne złożenia wniosku. Wnioskodawca podkreślił przy tym, iż przepisy ustawy o ofercie nie tworzą podstawy dla Sądu do dowolności w ocenie zasadności powołania rewidenta, gdyż wniosek stanowi realizację prawa mniejszości zagwarantowanego przez ustawodawcę. Dlatego spełnienie wymagań formalnych z art. 84 i 85 Ustawy o ofercie przesądza o jego zasadności.

W odpowiedzi na skargę uczestnik wskazał, iż chybione są twierdzenia wnioskodawcy jakoby Sąd Rejestrowy mógł oddalić wniosek o wyznaczenie biegłego rewidenta ds. szczególnych jedynie w oparciu o art. 84 ust. 5 Ustawy o ofercie. Uczestnik podkreślił, iż w skardze powołano się w ww. zakresie tylko na jeden pogląd K. H. w dodatku całkowicie odosobniony, ponieważ dominujące stanowisko doktryny prowadzi do przeciwnego wniosku, od prezentowanego w skardze, że Sąd Rejestrowy ma swobodę oceny zasadności i celowości powołania rewidenta do spraw szczególnych na wniosek akcjonariuszy mniejszościowych. Uczestnik podkreślił też, iż biegły o którego powołanie wnosi (...), tj. (...) sp. z o.o. nie spełnia kryterium niezależności, ponieważ podmiot ten wykonał czynności rewizji finansowej m.in. dla (...) S.A. w W..

W dalszych pismach procesowych wnioskodawca i uczestnik powielili swoją wcześniej przytoczoną argumentację.

Sąd Rejestrowy w pierwszej kolejności wskazał, że ustalił, iż wnioskodawca jest akcjonariuszem spółki, co do której złożył wniosek i posiada 505 153 akcji w kapitale tej spółki, nadto że wnioskodawca złożył wniosek o wyznaczenie rewidenta do spraw szczególnych przez Walne Zgromadzenie zwołane na 26 czerwca 2017 r., które jednak nie podjęło uchwały w tym przedmiocie.

W ocenie Sądu Rejestrowego okoliczności, na które powoływała się Spółka nie uzasadniają uwzględnienia wniosku. Sąd wskazał, że obie strony mają po części rację, iż problematycznym zagadnieniem jest zakres autonomii sądu przy wydawaniu postanowienia o wyznaczeniu bądź odmowie wyznaczenia rewidenta do spraw szczególnych, gdyż co prawda sąd podejmuje decyzję w sposób uznaniowy na podstawie reguł słusznościowych uwzględniając w szczególności zasadność i celowość powołania rewidenta do spraw szczególnych z drugiej jednak strony ustawodawca w art. 85 ust. 4 u.o.p. wprost wskazuje, kiedy sąd odmawia wyznaczenia rewidenta do spraw szczególnych.

W ocenie Sądu wnioskodawca, pomimo obszerności swoich pism procesowych, przyczyny wniosku ustanowienia biegłego rewidenta ograniczył jedynie do lakonicznego stwierdzenia, iż są nimi „niepokojące wskaźniki wynikające ze sprawozdań finansowych spółki”. Powyższe nie jest przekonujące dla Sądu, gdyż uczestnik wykazuje zysk z prowadzonej działalności, a jednocześnie żądany przez wnioskodawcę zakres badania spraw spółki wskazany we wniosku nie jest w pełni powiązany z uzyskiwanym przez uczestnika zyskiem. Mianowicie informacje o procedurach przetargowych i zakupowych, modelach biznesowych, budżety poszczególnych szkoleń i konferencji nie tylko stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa uczestnika która podlega szczególnej ochronie, ale także nie przełożą się w sposób bezpośredni na uzyskanie informacji, które mają być podstawą wniosku. Nie bez znaczenia dla oceny zasadności wniosku jest też kwestia działalności konkurencyjnej obu spółek, co daje podstawy do przyjęcia, iż wniosek w zgłoszonym kształcie nosi znamiona szantażu korporacyjnego, tj. nadużycia prawa w rozumieniu art. 5 k.c. i nie może zostać uwzględniony.

Zażalenie na powyższe postanowienia wniósł wnioskodawca, zaskarżając je w całości. Rozstrzygnięciu Sądu Rejonowego zarzucił:

1. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez ustalenie, że wnioskodawca prowadzi działalność konkurencyjną wobec uczestnika, w sytuacji gdy w rzeczywistości:

- działalność wnioskodawcy na rynku szkoleń i konferencji ma charakter marginalny z perspektywy prowadzonej przez niego działalności i stanowi źródło zaledwie 2-3% wszystkich uzyskiwanych przez niego przychodów;
- udział wnioskodawcy w rynku szkoleniowym jest tak mały, że nie jest on uwzględniany w rankingach firm szkoleniowych i nie mieści się na liście 27 największych firm szkoleniowych w Polsce,
- wnioskodawca nie konkuruje z uczestnikiem na rynku szkoleń i konferencji, ponieważ posiada niemal 50% akcji uczestnika, dlatego prowadzenie przez niego działalności konkurencyjnej wobec uczestnika byłoby sprzeczne z jego interesem majątkowym;

2. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez ustalenie, że wniosek w sprawie nosi znamiona szantażu korporacyjnego, w sytuacji gdy w rzeczywistości:

- w spółce (...) dochodzi najprawdopodobniej do wyprowadzania na dużą skalę majątku na rzecz akcjonariusza większościowego. Drenowanie (...) odbywa się poprzez zlecenie przez Prezesa Zarządu (...) świadczenia usług na rzecz (...) zależnej od niego spółce (...) sp. z o.o. Fakt istnienia takiej praktyki wyprowadzania majątku uczestnika wnioskodawca wykazał sprawozdaniami (...) sp. z o.o. załączonymi do pisma z dnia 18.01.2018 r.;
- (...) zataja w swoich sprawozdaniach finansowych fakt intensywnej współpracy ze spółką kontrolowaną przez Prezesa Zarządu i uniemożliwia ustalenie, jak duża część kosztów działalności uczestnika jest konsumowana przez (...) sp. z o.o. na szkodę (...) i jej akcjonariuszy;
- wnioskodawca jest największym poszkodowanym drenowania (...), ponieważ posiada akcje odpowiadające niemal połowie majątku (...), a jednocześnie jest stale odcinany od korzyści uzyskiwanych przez tę Spółkę z prowadzonej działalności. Prezes Zarządu (...) wyprowadza bowiem znaczną część przychodów uczestnika do kontrolowanych przez siebie podmiotów, przez co (...) wykazuje jedynie symboliczny zysk netto w porównaniu do skali osiąganego wyniku z działalności operacyjnej, a dodatkowo ten zysk netto jest przez większościowego akcjonariusza uczestnika, wyłączany od podziału pomiędzy akcjonariuszy;
- w powyższych okolicznościach wyznaczenie rewidenta do spraw szczególnych jest jedynym środkiem prawnym, który pozwala wnioskodawcy obecnie uzyskać rzeczywistą informację o tym, na jaką skalę i w jaki sposób wyprowadzane są z (...) środki finansowe na rzecz podmiotów powiązanych z Prezesem Zarządu tej spółki. Dlatego uznanie złożenia przez wnioskodawcę wniosku w niniejszej sprawie za szantaż korporacyjny jest krzywdzącym nieporozumieniem. Prowadzi bowiem do tego, że Sąd bezpodstawnie obraca się przeciwko poszkodowanemu, a nie sprawcy szkody;

3. art. 85 ust. 4 Ustawy o ofercie poprzez błędną wykładnię przepisu i przyjęcie, że zasadne jest oddalenie wniosku, pomimo braku wystąpienia przesłanek wymienionych w tym przepisie, które uzasadniają odmowę wyznaczenia rewidenta do spraw szczególnych, w sytuacji gdy:

- z art. 84 lub 85 Ustawy o ofercie nie wynika, aby wyznaczenie rewidenta do spraw szczególnych zależało do uznaniowej decyzji sądu, w szczególności ustawodawca nie posługuje się wyrażeniem „sąd może wyznaczyć”, jak czyni to np. w art. 223 k.s.h;

- art. 84 i 85 Ustawy o ofercie należą do prawa publicznego i służą zapewnieniu transparentności działalności spółek publicznych, a przepisy prawa publicznego powinny być interpretowane w sposób ścisły, zgodnie z ich wykładnią literalną. Brak jest więc podstaw do wprowadzania przy stosowaniu art. 85 Ustawy o ofercie swobody decyzyjnej;

- uznaniowość w stosowaniu art. 85 Ustawy o ofercie oznaczałoby, że przepis ten jest normą bez praktycznego znaczenia i nie tworzy żadnych gwarancji ochrony akcjonariuszy i uczestników publicznego obrotu akcjami. Taka wykładnia byłaby sprzeczna z celem tego przepisu i intencjami stojącymi za jego uchwaleniem;

4. art. 5 k.c. poprzez błędne zastosowanie tego przepisu i uznanie, że wniosek stanowi nadużycie prawa, w sytuacji gdy:

- w niniejszej sprawie prawa są nadużywane przez Prezesa Zarządu (...), który transferuje zyski z działalności (...) do kontrolowanej przez niego spółki, która jest jednocześnie większościami akcjonariuszem (...);

- wniosek stanowi formę ochrony majątku (...) przed niekorzystnymi transakcjami z udziałem spółki kontrolowanej przez P. Z. a także formę ochrony wnioskodawcy przed całkowitym pozbawianiem go udziału w zyskach, stale generowanych przez działalność operacyjną uczestnika;

- wniosek nie zmierza i nie może zmierzać do uzyskania tajemnicy przedsiębiorstwa uczestnika, ponieważ ustawodawca wprost wyłączył możliwość uzyskiwania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa od rewidenta do spraw szczególnych. Rewident nie może bowiem, zgodnie z art. 86 ust. 2 Ustawy o ofercie, ujawniać informacji stanowiących tajemnicę techniczną, handlową lub organizacyjną spółki.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia poprzez uwzględnienie wniosku wnioskodawcy w całości i wyznaczenie rewidenta do spraw szczególnych oraz o zasądzenie od uczestnika postępowania na rzecz wnioskodawcy kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Skarżący wniósł ewentualnie, w przypadku uznania, że uwzględnienie wniosku w pełnym zakresie stwarza zagrożenie dla tajemnicy przedsiębiorstwa (...) spółka akcyjna, o zmianę zaskarżonego postanowienia poprzez wyznaczenie rewidenta do spraw szczególnych do zbadania działalności uczestnika wyłącznie w zakresie następujących spraw wskazanych w petitum wniosku w pkt 1), 2), 4), 5), 6) oraz 9).

Skarżący z ostrożności wniósł również o przedstawienie przez Sąd Okręgowy do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu pytania prawnego: „Czy dopuszczalne jest oddalenie wniosku o wyznaczenie rewidenta do spraw szczególnych na podstawie innych przesłanek niż wskazane w art. 85 ust. 4 ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych?”.

Uczestnik postępowania (...) spółka akcyjna, wniósł o oddalenie zażalenia wnioskodawcy oraz o zasądzenie od wnioskodawcy na rzecz uczestnika kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Zażalenie okazało się zasadne.

Skarżący wskazuje, że katalog przyczyn odmowy ustanowienia przez sąd rewidenta do spraw szczególnych jest zamknięty i ogranicza się do przesłanek wskazanych w art. 85 ust. 4 ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych. Sąd Okręgowy takiego stanowiska nie podziela. W doktrynie wskazuje się raczej, że sąd winien mieć na uwadze całokształt okoliczności sprawy i może odmówić wyznaczenia rewidenta, kiedy zachodzą istotne wątpliwości co do zasadności przedmiotu badania (tak Agata Waclawik – Wejman w komentarzu do art. 85 ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych, podobnie Maciej Mataczyński twierdzi, że w szczególnie uzasadnionych przypadkach sąd może odmówić wyznaczenia rewidenta – oba stanowiska w lex.online.wolterskluwer.pl)

Nader ogólnikowy sposób uzasadnienia zaskarżonego postanowienia powoduje, że nie może być dokonana jego pełna kontrola instancyjna. Sąd Rejonowy przede wszystkim błędnie wskazał, że wnioskodawca przyczyny wniosku dotyczącego ustanowienia biegłego rewidenta ograniczył jedynie do lakonicznego stwierdzenia, iż są nimi „niepokojące wskaźniki wynikające ze sprawozdań finansowych spółki”. Z treści uzasadnienia przedmiotowego wniosku wynika natomiast, że zostały w nim podane liczne przyczyny, które - w ocenie wnioskodawcy, uzasadniają wyznaczenie rewidenta. Natomiast „niepokojące wskaźniki wynikające ze sprawozdań finansowych spółki” zostały jedynie wskazane jako impuls do podjęcia działań zmierzających do poddania weryfikacji działań spółki.

Sąd Rejonowy nie odniósł się szczegółowo do kwestii podnoszonych przez wnioskodawcę, które miały uzasadnić potrzebę wyznaczenia rewidenta. Z tego względu samo tylko wskazanie przez sąd I instancji, że uczestnik wykazuje zysk z prowadzonej działalności, a żądany przez wnioskodawcę zakres badania spraw spółki wskazany we wniosku nie jest w pełni powiązany z uzyskiwanym przez uczestnika zyskiem, nie może być wystarczającą przyczyną oddalenia wniosku.

Sąd wskazał też, że informacje o procedurach przetargowych i zakupowych, modelach biznesowych, budżety poszczególnych szkoleń i konferencji nie tylko stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa uczestnika, która podlega szczególnej ochronie, ale także nie przelożą się w sposób bezpośredni na uzyskanie informacji, które mają być podstawą wniosku. Tego rodzaju rozważania nie są przekonujące. Należało bowiem wskazać, które konkretnie informacje uzyskane przez rewidenta i w jakim zakresie mogą spowodować naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Kwestia działalności konkurencyjnej obu spółek w aspekcie wystarczającej przeszkody do uwzględnienia wniosku nie została szerzej omówiona w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia, podobnie jak konkluzja, iż wniosek w zgłoszonym kształcie nosi znamiona szantażu korporacyjnego.

Z wyżej wymienionych przyczyn Sąd Okręgowy uznał, że zaskarżone postanowienie z mocy art. 386 § 4 w zw. z art. 397 § 2 kpc należało uchylić i sprawę przekazać do ponownego rozpoznania przez Sąd Rejonowy.

Przy ponownym rozpoznaniu wniosku Sąd zobowiąże wnioskodawcę do ostatecznego sprecyzowania granic wniosku, a następnie odniesie się w sposób szczegółowy do argumentacji wnioskodawcy w zakresie żądania wyznaczenia rewidenta. Będzie miał na uwadze, że - poza przesłankami wskazanymi w art. 85 ust. 4 ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych, jedynie istotne wątpliwości co do zasadności przedmiotu badania i szczególnie uzasadnione przypadki uzasadniają odmowę wyznaczenia rewidenta. Uczestnik stosownie zastrzeżenia zgłaszał w swoich pismach i

obowiązkiem Sądu będzie przekonywująca ocena ich wiarygodności i zasadności. Sąd zobowiąże także wnioskodawcę do ostatecznego sprecyzowania granic wniosku.

O kosztach postępowania zażaleniowego postanowiono w myśl art. 108 § 2 w zw. z art. 397 § 2 kpc.

SSO Bolesław Wadowski SSO Bernard Litwiniec SSO Andrzej Sobieszczęński