

Sygn. akt I ACa 246/11

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 lipca 2011 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Magdalena Pankowiec (spr.)
Sędziowie	:	SSA Elżbieta Bieńkowska SSA Jadwiga Chojnowska
Protokolant	:	Urszula Westfal

po rozpoznaniu w dniu 30 czerwca 2011 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **Przedsiębiorstwa (...) S.A. w Ł.**

przeciwko **(...) w N. (Cypr)**

o ustalenie

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 26 stycznia 2011 r. sygn. akt VII GC 84/09

1. Zmienia zaskarżony wyrok w pkt. I 1) i II 2) w ten sposób, że

ustala, że pozwany (...) w N. (Cypr) nie może wykonywać prawa głosu z 23.364,845 (dwudziestu trzech milionów trzystu sześćdziesięciu czterech tysięcy ośmiuset czterdziestu pięciu) akcji zwykłych na okaziciela spółki Przedsiębiorstwa (...) S.A. w Ł.

2. Oddala apelację pozwanego;

3. Zasądza od pozwanego na rzecz powoda 12.027 zł tytułem zwrotu kosztów instancji apelacyjnej.

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Białymstoku ustalił, że pozwany (...) z siedzibą w N. Cypr (dalej M.) nie może wykonywać prawa głosu z 21.156.023 akcji zwykłych na okaziciela spółki publicznej powoda Przedsiębiorstwa (...) Spółka Akcyjna w Ł. (dalej P.), oddalił powództwo w pozostałym zakresie.

Odnosząc się do podniesionego przez pozwanego zarzutu braku jurysdykcji krajowej, wskazał, że postanowieniem z dnia 12 października 2009 r. odmówił odrzucenia pozwu i uznał się właściwym do rozpoznania sprawy. Pozwany nie zaskarżył tego postanowienia. W trakcie procesu ponownie zgłosił wnioski o odrzucenie pozwu na tej podstawie. Postanowienie o odrzuceniu pozwu zostało uchylone przez Sąd Apelacyjny, który uznał, że ponowny zarzut braku jurysdykcji krajowej nie powinien być brany przez pod uwagę, gdyż zgłoszony był po wdaniu się w spór. Według art. 24 Rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 i art. 1104 § 2 k.p.c. nie uwzględnia się tego zarzutu, gdyż pozwany nie skarżąc postanowienia o odmowie odrzucenia pozwu z 12 października 2009 r., poddał się w sposób dorozumiany jurysdykcji sądów polskich. Kwestia ta została zatem rozstrzygnięta prawomocnym postanowieniem i jest ostateczna.

Badając przesłankę zasadności roszczenia o ustalenie dochodzonego na podstawie art. 189 k.p.c., jaką jest interes prawny, wskazał że przepis ten stanowi materialnoprawną podstawę ochrony praw podmiotowych. Ma na celu ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego między określonymi podmiotami, bądź prawa, które służy określonemu podmiotowi względem określonych podmiotów w ramach danego stosunku prawnego. W dominującej w piśmiennictwie i orzecznictwie sądowym mieszanej koncepcji interesu prawnego przyjmuje się, że składa się z elementów obiektywnych, tj. niezależnych od oceny i odczuć powoda, uzupełnionych elementami subiektywnymi, stanowiącymi osobiste, niejako wewnętrzne przekonanie powoda o potrzebie udzielenia ochrony sądowej, przy czym elementy subiektywne muszą wynikać z określonego stanu obiektywnego. Dominuje zatem szerokie rozumienie interesu prawnego. Sens wydania wyroku ustalającego zachodzi wtedy, gdy powstała sytuacja grozi naruszeniem stosunku prawnego lub statuje wątpliwość co do jego istnienia lub nieistnienia. Interes prawny powinien być interpretowany z uwzględnieniem szeroko pojmowanego dostępu do sądów w celu zapewnienia ochrony prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 2004 r., II CK 125/03), a także z uwzględnieniem celowościowej wykładni tego pojęcia, konkretnych okoliczności danej sprawy i tego, czy strona może uzyskać pełną ochronę swoich praw w drodze powództwa o świadczenie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2004 r., II CK 387/02, Lex 391789). Powszechnie przyjmowana zasada, że brak interesu prawnego ma miejsce, gdy zainteresowany może uzyskać zaspokojenie swoich praw w wyniku realizacji innego roszczenia, nie ma charakteru bezwzględnie i okoliczności zaistniałe w sprawie mogą prowadzić do zastosowania art. 189 k.p.c. także w razie możliwości wystąpienia z powództwem wydobywczym. W uzasadnieniu wyroku z dnia 15 października 2002 r., II CKN 833/00 Sąd Najwyższy uznał, że brak interesu prawnego, jako przesłanki powództwa z art. 189 k.p.c. zachodzi wówczas, gdy powód nie ma żadnej potrzeby ustalania prawa lub stosunku prawnego, gdyż jego sfera prawna nie została naruszona ani zagrożona.

Interes prawny powoda w znaczeniu pozytywnym istnieje, gdyż wyrok ustalający usunie jednoznacznie stan niepewności co do tego, czy akcjonariusz może wykonywać prawo głosu z akcji. Uregulowanie tej sytuacji na przyszłość będzie stanowić rozwiązanie problemu prawnego i zapobiegnie powstawaniu kolejnych sporów, opartych na tym samym zdarzeniu. Spółka publiczna nie może być pozbawiona możliwości domagania się ustalenia także na przyszłość, czy akcjonariusz legitymujący się znacznym pakietem akcji posiada związane z tym prawo głosu. Okoliczność ta ma bowiem istotne znaczenie dla funkcjonowania organów spółki i zgodności z prawem podejmowanych przez nie uchwał, wpływa także na skuteczną możliwość realizacji przyjętych celów gospodarczych.

Sąd przyjął jednocześnie, że nie ma negatywnej przesłanki interesu prawnego z art. 189 k.p.c., istniejącej w sytuacji gdy zainteresowany może na innej drodze osiągnąć ochronę swoich praw. W sprawach o świadczenie dłużnik dopóty ma interes prawny w ustaleniu rozmiaru swego obowiązku, dopóki nie został przez wierzyciela pozwany o świadczenie. Gdy już został pozwany, przysługuje mu tylko obrona w takim procesie (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 lutego 1972 r., I CR 388/71, Lex nr 7066). Sąd nie podzielił zatem argumentacji, że ma to miejsce, gdy pozwana spółka wytoczyła powództwo o stwierdzenie nieważności uchwał powziętych na Zgromadzeniu w dniu 27 maja 2009 r. w odrębnym procesie. Argumentem wykluczającym możliwość dochodzenia prawa przez zainteresowanego w trybie art. 189 k.p.c. w sytuacji, gdy służy mu roszczenie o świadczenie, jest, że sfera podlegająca ochronie jest w takiej sytuacji szersza, a rozstrzygnięcie o różnicy zdań w stanowiskach stron nabiera charakteru przesłankowego. W tej sprawie sfera podlegająca ochronie jest węższa. Przedmiotem takiego postępowania jest zbadanie przesłanek formalnych podjęcia konkretnej uchwały oraz jej merytorycznej treści. Powództwo o ustalenie ma szerszy zakres przedmiotowy. Jego wynik w sposób definitywny i kategoryczny usunie stan niepewności co do prawa.

W rezultacie Sąd przyjął, że powód ma interes prawny w wytoczeniu powództwa, gdyż wykazał, że oczekiwane rozstrzygnięcie wywoła takie skutki w stosunkach między stronami, w następstwie których ich sytuacja prawna zostanie określona jednoznacznie i tym samym zostanie wyeliminowana niepewność w zakresie uprawnień pozwanej z posiadanych akcji. Rozstrzygnięcia zapadłe na skutek powództw wytoczonych na podstawie art. 422 § 1 k.s.h. lub art. 425 § 1 k.s.h. nie będą miały takiego charakteru, także w przyszłości. Wyroki zapadłe w tych sprawach nie będą korzystać z waloru prawomocności materialnej rozszerzonej z uwagi na brak tożsamości przedmiotowej. Sądy rozstrzygające w przyszłości zaistniałe spory, ponownie będą badać przesłankę zgodnego z prawem nabycia znacznych pakietów akcji i mogą dojść do odmiennych wniosków, co spowoduje dysfunkcję działania powodowej spółki. Utrzymujący się stan niepewności będzie prowadzić do wzruszania uchwał podjętych na kolejnych walnych zgromadzeniach, co stwarza duże zagrożenie dla bezpieczeństwa obrotu prawnego. Do czasu rozstrzygnięcia powództwa o stwierdzenie nieważności lub uchylenie uchwał należy przyznawać im skutki prawne, mimo ich ewentualnego unieważnienia (por. uchwała 7 sędziów Sadu Najwyższego z dnia 1 marca 2007 r., III CZP 94/06, OSNC 2007/7-8/95). Prawomocne stwierdzenie nieważności uchwały wspólników nie ma ponadto skutku wobec osób trzecich działających w dobrej wierze (art. 427 § 2 i 4 k.s.h.).

Dochodzone w sprawie roszczenie nie skutkuje obejściem art. 425 § 1 k.s.h., gdyż przepis ten może być skuteczną podstawą do wyeliminowania z obrotu prawnego konsekwencji określonej, zaprotokołowanej przez notariusza uchwały powziętej niezgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy o ofercie. Każde wykonanie prawa głosu wbrew zakazowi tej ustawy (np. z akcji niemych) podlega stwierdzeniu nieważności, jeżeli miało wpływ na wynik głosowania. W rozpoznawanej sprawie roszczenie wynika jednak między innymi z treści art. 89 ust. 3 ustawy o ofercie, która przewiduje, że wykonanie prawa głosu z akcji spółki publicznej wbrew przewidzianym tą ustawą zakazom prowadzi do pominięcia tych głosów. Ustalenie rezultatu takiego głosowania powinno zatem nastąpić jedynie w trybie przewidzianym w art. 189 k.p.c.

Podejmowanie uchwał przez organy spółek kapitałowych jest jednym z wielu przejawów działania spółki handlowej i służy zapewnieniu jej prawidłowego funkcjonowania. Uznanie, że powód nie ma interesu w ustaleniu, czy pozwanemu przysługuje prawo głosu z akcji, prowadzi do destabilizacji stosunków w spółce i do utrzymania stanu niepewności prawnej (postanowienia Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 grudnia 2009 r., I ACz 1046/09. Pr.Sp. 2010, nr 2, s. 6; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 2 marca 2010 r., I ACz 153/10).

Przepisy prawa nie określają, kto jest uprawniony do stwierdzenia poprawności lub niepoprawności nabycia akcji. W orzecznictwie sądowym panuje pogląd, że niedopuszczalne jest, aby przewodniczący, zarząd, czy walne zgromadzenie rozstrzygało o tym, czy akcje zostały nabyte zgodnie, bądź niezgodnie z przepisami. Jest to sytuacja niewłaściwa i kreująca poważne problemy w praktyce. Nie jest zatem zasadne, aby w takim wypadku jedyną drogą było zaskarżanie kolejnych powziętych już uchwał, co w istocie nie rozwiązuje problemu. Fakt, że w art. 89 ust. 3 ustawy o ofercie wskazane zostały konsekwencje niezgodnego z prawem nabycia akcji, nie oznacza sam w sobie, że jedyną drogą, jaką przysługuje zainteresowanemu, są powództwa z art. 422 § 1 k.s.h. czy też z art. 425 § 1 k.s.h. Ustawodawca nie wyłączył stosowania regulacji z art. 189 k.p.c. Do chwili wejścia w życie kodeksu spółek handlowych (tj. do dnia 1 stycznia 2001 r.), w judykaturze i doktrynie pojawiały się wątpliwości, czy uchwały nieważne mogą być zaskarżane tylko na drodze wskazanej w ustawie o spółkach handlowych, czy również na podstawie art. 189 k.p.c. Ostatecznie w kodeksie spółek handlowych przyznano legitymację czynną do wniesienia powództwa o uchylenie i ustalenie nieważności uchwały walnego zgromadzenia wyłącznie osobom wymienionym w art. 422 § 2 oraz art. 425 § 1 k.s.h. Z kolei w art. 89 ust. 3 ustawy o ofercie zostały wskazane jedynie konsekwencje niezgodnego z prawem nabycia akcji. Przepis ten stanowi, że prawo głosu z akcji spółki publicznej wykonane wbrew zakazowi, o którym mowa w ust. 1 lub 2, nie jest uwzględniane przy obliczaniu wyniku głosowania nad uchwałą walnego zgromadzenia, ale nie oznacza to jednak, że niedopuszczalne jest powództwo z art. 189 k.p.c. zmierzające do jednoznacznego usunięcia stanu niepewności poprzez ustalenie, czy akcjonariuszowi przysługuje prawo głosu z akcji.

Sąd przechodząc do merytorycznych przesłanek rozstrzygnięcia wskazał, że akcje P. zostały na mocy decyzji Komisji Papierów Wartościowych i Giełd dopuszczone do publicznego obrotu, są zdematerializowane i zarejestrowane w

Krajowym Depozycie Papierów Wartościowych S.A. W świetle poprzednio obowiązującego art. 4 pkt 9 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi spółka ta była spółką publiczną. Obecnie spółkę publiczną definiuje się, jako spółkę, w której co najmniej jedna akcja jest zdematerializowana w rozumieniu przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (art. 4 pkt 20 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej).

Pozwany na dzień Zwyczajnego Walnego Zgromadzenia w maju 2009 r. posiadał 23.364.845 akcji zwykłych na okaziciela stanowiących 28, 15 % w kapitale zakładowym P.. Akcje te zostały pierwotnie nabyte przez J. G. (1). Transakcje kupna akcji przedstawiały się następująco:

W dniu 14 lutego 2000 r. J. G. (1) zawiadomił powoda, że 10 lutego 2000 r. nabył 84.638 akcji stanowiących 7, 23 % kapitału zakładowego powodowej spółki (...) S.A. Pismem z dnia 7 kwietnia 2000 r. poinformował, że 4 kwietnia 2000 r. nabył 162.507 akcji stanowiących 13, 89 % kapitału zakładowego spółki (...). Pismem z dnia 2 stycznia 2001 r. zawiadomił, że 29 grudnia 2000 r. nabył 239.261 akcji stanowiących 20, 45 % kapitału zakładowego spółki (...). 12 lutego 2001 r. poinformował, że wraz z podmiotami zależnymi posiada 255.005 akcji. Wskazał, że 7 lutego 2001 r. została zrealizowana transakcja kupna 2.586 akcji. Pismem z dnia 29 września 2008 r. oświadczył, że z dniem 25 września 2008 r. przestał być podmiotem dominującym w stosunku do M..

16 listopada 2005 r. J. G. (1) wniósł aportem 246.559 akcji spółki (...) stanowiących 21, 07% ogólnej liczby akcji do spółki C.z siedzibą w D. w Stanach Zjednoczonych. Po tej transakcji spółka C.stała się posiadaczem 257.082 akcji stanowiących 21, 97 % kapitału zakładowego spółki (...). Zawiadomienie o nabyciu akcji złożone spółce i (...) zostało zawarte w piśmie z 18 listopada 2005 r. Nie zawierało informacji o rodzaju zdarzenia powodującego zmianę udziału w ogólnej liczbie głosów oraz o zamiarach dalszego zwiększania udziału w ogólnej liczbie głosów w okresie 12 miesięcy od złożenia zawiadomienia oraz celu zwiększania tego udziału. Spółka C. i H. G. (1) uzupełnili te braki w pismach z dnia 28 listopada 2005 r.

W wyniku podziału akcji P. poprzez obniżenie ich wartości nominalnej, przy jednoczesnym zwiększeniu liczby akcji bez zmiany wysokości kapitału zakładowego Spółki w stosunku 1:100 z dnia 6 sierpnia 2007 r., spółka C. posiadała w nowym przeliczeniu 25.708.200 akcji stanowiących 21, 97 % kapitału zakładowego. Akcje te były sukcesywnie zbywane na rzecz M.. W listopadzie 2007 r pozwany nabył w ten sposób 20.379.811 akcji. Według ustaleń Sądu proces sprzedaży przedstawiał się następująco:

W rezultacie transakcji z dnia 6 listopada 2007 r. rozliczonej w depozycie papierów wartościowych w dniu 7 listopada 2007 r. spółka C. sprzedała 2.707.390 akcji. Przed sprzedażą posiadała 25.708.200 akcji stanowiących 21, 97 %, a po transakcji - 23.000.810 akcji stanowiących 19, 66 %. Stosownie do art. 69 ust. 1 pkt 2 ustawy o ofercie publicznej w brzmieniu z 2005 r. zawiadomienie notyfikacyjne zostało złożone powodowi w dniu 9 listopada 2007 r.

W drodze transakcji z dnia 7 listopada 2007 r. rozliczonej w depozycie papierów wartościowych 8 listopada 2007 r. spółka C.sprzedała 3.426.644 akcji. Przed sprzedażą posiadała 23.000.810 akcji, stanowiących 19, 66 %, a po tej transakcji - 19.574.166 akcji stanowiących 16, 73 %. Zawiadomienie notyfikacyjne zostało złożone powodowi 12 listopada 2007 r. M. powiadomił P. o nabyciu tych akcji pismem z 12 listopada 2007 r. Wskazał, że w wyniku nabycia akcji z dnia 7 listopada 2007 r. posiada 6.134.034 akcji, co stanowi 5, 24 % kapitału zakładowego spółki (...), a przed nabyciem tego pakietu posiadał 2.707.390 akcji stanowiących 2, 31 % ogólnej liczby głosów. Podniósł także, że akcje nabył od podmiotu wchodzącego w skład tej samej grupy kapitałowej. W drodze transakcji z 8 listopada 2007 r., rozliczonej w depozycie papierów wartościowych w dniu 9 listopada 2007 r., spółka C.sprzedała 4.853.675 akcji. Przed sprzedażą posiadała 19.574.166 akcji stanowiących 16, 73 %, a po transakcji- 14.720.491 akcji stanowiących 12,58%. Zawiadomienie notyfikacyjne zostało złożone powodowi w dniu 13 listopada 2007 r. W wyniku tego nabycia M. zwiększył swój stan posiadania z 6.134.034 do 10.987.709 akcji, co stanowiło 9, 39 % kapitału zakładowego powodowej spółki. 9 listopada 2007 r. miała miejsce kolejna transakcja, rozliczona w depozycie papierów wartościowych 12 listopada 2007 r., w wyniku której spółka C.sprzedała 4.703.095 akcji. Przed sprzedażą posiadała 14.720.491 akcji stanowiących 12, 58 %, a po transakcji- 10.017.396 akcji stanowiących 8, 56 %. Zawiadomienie notyfikacyjne zostało złożone powodowi w dniu 14 listopada 2007 r. M. o nabyciu tych akcji powiadomił P. pismem z 13 listopada 2007 r.,

wskazując, że w posiada 15.690.804 akcji, co stanowi 13, 41 % kapitału zakładowego P., a przed nabyciem posiadał 10.987.709 akcji stanowiących 9, 39 % ogólnej liczby głosów. Poinformował także, że nabycie akcji nastąpiło od podmiotu wchodzącego w skład tej samej grupy kapitałowej i że ma zamiar dalszego zwiększania udziału w ogólnej liczbie głosów w okresie 12 miesięcy od dnia złożenia niniejszego zawiadomienia w celu zwiększania zakresu inwestycji w akcje P..

12 listopada 2007 r. miała miejsce transakcja rozliczna w depozycie papierów wartościowych w dniu 13 listopada 2007 r., w wyniku której spółka C. sprzedała 4.689.007 akcji. Przed sprzedażą posiadała 10.017.396 akcji stanowiących 8, 56 %, a po transakcji - 5.328.389 akcji stanowiących 4, 55 %. Zawiadomienie notyfikacyjne zostało złożone powodowi 14 listopada 2007 r. M. pismem z dnia 13 listopada 2007 r. powiadomił o tym nabyciu P., wskazując, że posiada 20.379.811 akcji, co stanowi 17, 42 % kapitału zakładowego, a przed nabyciem posiadał 15.690.804 akcji stanowiących 13,41 % ogólnej liczby głosów. Poinformował także, że nabycie akcji nastąpiło od podmiotu wchodzącego w skład tej samej grupy kapitałowej. Pismem z dnia 16 listopada 2007 r. M. poinformował powoda, że w wyniku transakcji z 13 listopada 2007 r. rozliczonej w depozycie papierów wartościowych 14 listopada 2007 r. nabył 4.276.089 akcji, w związku z czym posiada 24.655.900 akcji, co stanowi 21,07 % kapitału zakładowego P.. Przed nabyciem posiadał 20.379.811 akcji stanowiących 17,42 % ogólnej liczby głosów. Poinformował także, że akcje nabył od podmiotu wchodzącego w skład tej samej grupy kapitałowej. W listopadzie 2007 r. M. zwiększył stan posiadanych akcji z 24.655.900 (21,07%) do 25.708.200 (21,97%) akcji. Pismem z 19 listopada 2007 r. poinformował powoda, że w rezultacie transakcji z 16 listopada 2007 r. rozliczonej w depozycie papierów wartościowych 19 listopada 2007 r. nabył 5.081.127 akcji i posiada 30.789.327 akcji, co stanowi 26,32 % kapitału zakładowego P., a przed nabyciem posiadał 25.708.200 akcji stanowiących 21,97 % ogólnej liczby głosów.

W wyniku wezwania na skup akcji własnych w celu ich umorzenia M. sprzedał 9.633.304 akcji. Po tej transakcji posiadał 21.156.023 akcji, co stanowiło 18,08 %. Powyższa transakcja została rozliczona przez Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych w (...) S.A. w dniu 28 listopada 2007 r.

18 marca 2008 r. M. nabył 2.208.822 akcji, w wyniku czego posiadał 23.364.845 akcji, co stanowiło 19, 97 % kapitału zakładowego P.. Na skutek obniżenia kapitału zakładowego spółki (...) w dniu 9 maja 2008 r. stan posiadania M. wyniósł 23.364.845 akcji, które stanowiły 28, 15 %. Pozwany powiadomił o tym spółkę (...) 29 maja 2008 r.

Analizy opisanych zdarzeń w kontekście naruszenia przepisów art. 72 ust. 1 pkt 1 i art. 73 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie tej ustawy dokonał po ustaleniu powiązań kapitałowych pomiędzy M., J. G. (1) i spółką C. J. G. (1) oświadczył w piśmie z dnia 29 września 2008 r., że z dniem 25 września 2008 r. przestał być podmiotem dominującym w stosunku do spółki (...) Ltd., ale nie wiadomo, od kiedy trwał stosunek dominacji i czy był on ciągły. Nie było też możliwe ustalenie, jakie jeszcze podmioty będące akcjonariuszami spółki (...) pozostawały pod jego ewentualną kontrolą. Nie zostało wykazane, że łącznie z podmiotami zależnymi kontroluje lub kontrolował łącznie ponad 33% akcji w kapitale zakładowym powoda. W ocenie Sądu zeznania przesłuchanych w sprawie świadków nie potwierdziły tych okoliczności.

Dowody z zeznań świadków oraz dołączone do akt sprawy doniesienia prasowe potwierdzają wprawdzie występowanie powiązań między J. G. (1), (...) Ltd, spółką (...) S.A. oraz (...) spółką z o.o. Nie pozwalają jednak na określenie charakteru tych powiązań (osobowe czy kapitałowe). Powód na podstawie tych dowodów nie wykazał, czy i w jaki sposób następował przepływ akcji pomiędzy tymi spółkami, w jakich datach i jakie jest ich kapitałowe powiązanie, co pozwalałoby na stwierdzenie, że J. G. (1) kontroluje pakiet ponad 33 % akcji w kapitale zakładowym powoda.

Z tych względów Sąd uznał za chybiony zarzut naruszenia art. 73 ust. 2 ustawy o ofercie publicznej, gdyż w świetle tego przepisu znacznie mają jedynie kapitałowe związki podmiotów, a nie ich personalne powiązania, czy też szeroko rozumiany związek gospodarczy wynikający z uczestnictwa w obrocie gospodarczym.

Występowania zaś powiązań kapitałowych między spółką C., a spółką (...) Ltd. nie wykazał pozwany, który argumentował, że proces nabywania akcji w listopadzie 2007 r. następował w ramach tej samej grupy kapitałowej, a więc zgodnie z art. 75 ust. 3 pkt 2 powołanej ustawy, nabycie akcji mogło nastąpić bez ogłoszenia wezwania. Ciężar dowodu co do wykazania wszystkich przesłanek zastosowania tego przepisu ciąży na podmiocie, który się na niego powołuje. Pełnomocnik pozwanego w wyjaśnieniach złożonych w piśmie z dnia 29 listopada 2007 r. poinformował, że (...) Ltd. i C. wchodzi w skład tej samej grupy kapitałowej, gdyż w dniu 6 listopada 2007 r. doszło do podwyższenia kapitału zakładowego M., na podstawie którego C. objęła 66 % udziałów spółki. Zobowiązał się jednocześnie do przesłania stosownych dokumentów odzwierciedlających powiązania prawne w ramach grupy po ich otrzymaniu z Cypru. Zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że powód nie otrzymał tych dokumentów. Z danych zamieszczonych w Cypryjskim Rejestrze Spółek wynikało, że C. nie była podmiotem dominującym w stosunku do spółki (...) Ltd. Spółka ta posiadała w pozwanej spółce 2.000 udziałów, które w dniu 13 grudnia 2007 r. sprzedała spółce (...). Stanowiły one mniej niż 50 % ogólnej liczby udziałów, co znalazło również potwierdzenie w zeznaniach M. T. (1).

W tych okolicznościach twierdzenia pozwanego, które zostały zakwestionowane przez stronę przeciwną, że M. i C. działały w ramach jednej grupy kapitałowej, nie zostały podzielone. Pozwany nie przedłożył dokumentów, które potwierdziłyby to powiązanie, mimo że do ich złożenia zobowiązał się w 2007 r. Nie było zatem podstaw do przyjęcia, że C. i M. wchodziły w skład tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 16 ustawy o ofercie publicznej.

Sąd przeanalizował transakcje mające miejsce w listopadzie 2007 r., kiedy M. nabył od C. i innych podmiotów (co dotyczy transakcji z dnia 16 listopada 2007 r. - nabycie 5.081.127 akcji) akcje stanowiące ponad 20 % ogólnej liczby głosów w spółce (...). Wskazał, że nabycie akcji spółki publicznej w liczbie powodujące zwiększenie udziału w ogólnej liczbie głosów o więcej niż 10 % ogólnej liczby głosów w okresie krótszym niż 60 dni, przez podmiot, którego udział w ogólnej liczbie głosów w tej spółce wynosi mniej niż 33 % - może nastąpić, z zastrzeżeniem ust. 2, wyłącznie w wyniku ogłoszenia wezwania do zapisywania się na sprzedaż lub zamianę akcji (art. 72 ust. 1 pkt 1 ustawy o ofercie publicznej). W wyniku tych transakcji pozwany zwiększył swój udział w ogólnej liczbie głosów o więcej niż 10% w okresie krótszym, niż 60 dni. Nabycie akcji mogło zatem nastąpić jedynie w ramach szczególnego trybu, jakim jest ogłoszenie wezwań.

W ocenie Sądu spółka (...) Ltd. nie mogła zatem na podstawie art. 89 ust. 1 wykonywać prawa głosu z 21.156.023 akcji, gdyż tyle akcji znalazło się w jej portfelu po dokonanych w listopadzie obniżeniu kapitału zakładowego spółki (...). Jedynie transakcja, jaka miała miejsce w dniu 18 marca 2008 r., w wyniku której pozwany nabył 2.208.822 akcji stanowiących mniej, niż 2 % ogólnej liczby głosów w spółce powodowej, została dokonana zgodnie z przepisami ustawy o ofercie publicznej, która nie nakłada w takim wypadku obowiązku dokonania notyfikacji. W konsekwencji pozwana spółka może wykonywać prawo głosu jedynie z tego pakietu akcji.

Apelację od tego wyroku wywiodły obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo, zarzucając naruszenie:

1. art. 4 pkt 14), 15) i 16) ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (przez jego błędną wykładnię, a w konsekwencji przyjęcie, że podmiotem dominującym w rozumieniu tego przepisu może być jedynie podmiot powiązany kapitałowo z podmiotem zależnym);

2. art. 73 ust. 2 w zw. z art. 4 pkt 14), 15) i 16), art. 87 ust. 1 pkt 1 lit. (c) i (d) i ust. 5 pkt 1 oraz art. 89 ust 2 ustawy o ofercie (w brzmieniu obowiązującym do dnia 12 stycznia 2009 r., przed wejściem w życie ostatniej noweli do ustawy o ofercie), poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, że dla naruszenia obowiązku ogłoszenia wezwania wynikającego z art. 73 ust. 2 ustawy o ofercie, skutkującego na podstawie art. 89 ust 2 ustawy o ofercie utratą prawa głosu, przez podmiot dominujący w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ofercie, mają znaczenie wyłącznie kapitałowe powiązania;

3. art. 69 w zw. z art. 4 pkt 14), 15) i 16) oraz art. 87 ust. 1 pkt 1 lit. (c) i (d) i ust. 5 pkt 1 oraz art. 89 ust 2 ustawy o ofercie (w brzmieniu sprzed nowelizacji) poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, że dla naruszenia obowiązku notyfikacji na podstawie art. 69 ustawy o ofercie, skutkującego na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 1 lit. (c) i (d) i ust. 5 pkt 1 oraz art. 89 ust 2 ustawy o ofercie (w brzmieniu sprzed nowelizacji) utratą prawa głosu, przez podmiot dominujący w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ofercie, mają znaczenie wyłącznie kapitałowe powiązania;

5. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez uchybienie obowiązkowi wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego, w wyniku czego wyrok w zaskarżonej części nie znajduje w nim oparcia oraz dokonanie dowolnej oceny materiału dowodowego, w szczególności poprzez zaniechanie oceny i skutków wpływających z :

a) pisma J. G. (1) z dnia 29 września 2008 r. informującego, że przestał być podmiotem dominującym nad pozwaną (...);

b) wyjaśnień złożonych przez Prezesa Zarządu spółki P. W. F.;

c) zeznań świadków K. B., K. Z., B. D., A. K. oraz A. C. i M. T., zeznających na okoliczność dostarczenia świadectw depozytowych M. przed Zwyczajnym Walnym Zgromadzeniem Spółki z dnia 27 maja 2009 r. przez kierowcę J. G. (1), przebiegu rejestracji przed (...) 2009, przebiegu (...) 2009, głosowania oraz podejmowania czynności na (...) 2009 przez pełnomocników (...) S.A. z siedzibą w L. (dalej (...)) oraz Towarzystwa (...) sp. z o.o. (dalej, (...)) wyłącznie w interesie akcjonariusza M., zainteresowanie J. G. (1) przebiegiem (...) 2009, na które przybył razem z Prezesem Zarządu P.; przekazywanie dokumentów pełnomocnikowi P.; fakt kontaktowania się M. T. z J. G. w dniu (...); reprezentowanie przez A. C. i M. T. interesów J. G., działań polegających na ukrywaniu jego faktycznej roli w Spółce i sprawowania faktycznej kontroli w spółkach (...), P. i J.;

d) faktu złożenia przez (...) oraz P. tego samego dnia niemalże identycznych i opatrzonych taką samą stopką pozwów w sprawach o sygn. akt VII GC 70/09 oraz VII GC 71/09; złożenia powództw przez P. wyłącznie w interesie (...); występowanie w niniejszym postępowaniu i w innych toczących się obecnie postępowaniach przed Sądami w Białymstoku, w których stroną lub uczestnikiem jest P., P. wyłącznie w interesie M.;

e) wiadomości e-mail z dnia 31 lipca 2009 r., w którym K. B., pełnomocnik M. przesłała projekt repliki P. na odpowiedź na pozew P. w postępowaniu o sygn. VII GC 71/09 wraz ze szczegółową instrukcją w jaki sposób pismo to powinno być przez P. złożone w Sądzie Okręgowym;

f) wypowiedzi pełnomocnika (...), który w trakcie rozpraw nie potrafił wskazać, kto aktualnie, w trakcie procesu o ustalenie prawa wykonywania prawa głosu, pełni funkcje zarządcze (directors) w tej spółce;

g) raportu z niezależnego badania historii zmian w składzie wspólników (...) z dnia 26 lutego 2010 r. (dalej „raport z Cypru”) oraz opinii prawnej przedstawionej przez prawników cypryjskich z kancelarii (...);

h) treści pełnomocnictwa udzielonego przez M. prawnikom z kancelarii (...). O. Kancelaria (...) sp. k. i w konsekwencji uznanie, że powyższy materiał dowodowy nie dowodzi istnienia powiązań pomiędzy J. G. (1) oraz akcjonariuszami spółki (...): M., P. oraz J., tj. stosunku dominacji w rozumieniu art. 4 pkt 14), 15) i 16) ustawy o ofercie, pomimo że w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy taki wniosek należałoby przyjąć, a w związku z tym uznanie przez Sąd, że powódka nie udowodniła naruszenia przez J. G. (1) obowiązku dokonania zawiadomienia na podstawie art. 69 ustawy o ofercie oraz ogłoszenia wezwania przewidzianego w art. 73 ust. 2 ustawy o ofercie, co na podstawie art. 89 ust 2 ustawy o ofercie skutkuje utratą prawa głosu przez pozwaną ze wszystkich posiadanych akcji;

6. art. 231 k.p.c. poprzez uznanie za nieustalone faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a mianowicie faktu istnienia powiązań pomiędzy J. G. (1) oraz akcjonariuszami powodowej spółki: (...), P. oraz J., tj. stosunku dominacji w rozumieniu art. 4 pkt 14), 15) i 16) ustawy o ofercie, pomimo że istnienie tych faktów można wyprowadzić z innych faktów bezsprzecznie ustalonych w toku postępowania dowodowego :

- a) faktu niesamodzielnej pozycji pozwanej spółki;
- b) faktu dostarczenia świadectw depozytowych pozwanej spółki przed (...) 2009 przez kierowcę J. G. (1);
- c) przebiegu rejestracji przed (...) 2009; przebiegu głosowania na (...) 2009 oraz podejmowania czynności na (...) 2009 przez pełnomocników P. oraz J. wyłącznie w interesie akcjonariusza (...);
- d) zainteresowania J. G. (1) przebiegiem (...) 2009, na które przybył razem z Prezesem Zarządu P.; przekazywania dokumentów pełnomocnikowi P. przez J. G. (1); fakt kontaktowania się M. T. z J. G. w dniu (...) 2009;
- e) reprezentowania przez A. C. i M. T. interesów p. G., działań polegających na ukrywaniu faktycznej roli p. G. w spółce,
- f) sprawowania faktycznej kontroli przez J. G. (1) nad spółkami (...), P. i J.;
- g) faktu złożenia przez (...) oraz P. tego samego dnia niemalże identycznych i opatrzonych taką samą stopką pozwów w sprawach o sygn. akt VII GC 70/09 oraz VII GC 71/09; złożenia powództw przez P. wyłącznie w interesie pozwanej; występowanie w niniejszym postępowaniu i w innych toczących się obecnie postępowaniach przed sądami w Białymstoku, w których stroną lub uczestnikiem jest powódka, P. wyłącznie w interesie pozwanej;

7. art. 217 § 2 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji bezpodstawne oddalenie wniosku dowodowego powódki o przesłuchanie strony postępowania- pozwanej spółki, mimo że powyższy wniosek dowodowy zmierzał do wykazania istnienia faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, tj. wykazania istnienia powiązań pomiędzy J. G. (1) oraz akcjonariuszami powodowej spółki: (...), P. oraz J. powiązań tj. stosunku dominacji w rozumieniu art. 4 pkt 14), 15) i 16) ustawy o ofercie;

Wnosił o zmianę wyroku w zaskarżonej części i uwzględnienie powództwa w całości, ewentualnie uchylenie go w tej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Okręgowy.

Pismem procesowym z dnia 21 czerwca 2011 r. powód wniósł o wystąpienie przez Sąd Apelacyjny z pytaniem prejudycjalnym na podstawie art. 267 wersji skonsolidowanych Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako, (...); dawny art. 234 TWE) do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w Luksemburgu, dotyczącym następujących kwestii:

1. czy roszczenie spółki publicznej, której akcje są dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym w Państwie Członkowskim, w którym ma ona siedzibę, o ustalenie, że akcjonariusz tej spółki mający siedzibę w innym Państwie Członkowskim, w związku z naruszeniem obowiązków przewidzianych w bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa państwa siedziby powodowej spółki, utracił prawo wykonywania głosu ze wszystkich posiadanych przez niego akcji powodowej spółki jest „roszczeniem wynikającym z umowy”, o którym mowa w art. 5 ust. 1 lit. a) Rozporządzenia 44/2001?

2. jeżeli odpowiedź na pytanie pierwsze jest twierdząca, czy sądem posiadającym jurysdykcję do rozstrzygnięcia sporu na podstawie art. 5 ust. 1 lit. a) Rozporządzenia 44/2001 jest sąd siedziby powodowej spółki wobec faktu, że wykonywanie prawa głosu przez akcjonariusza ma miejsce tylko i wyłącznie podczas walnego zgromadzenia akcjonariuszy, które odbywa się co do zasady w siedzibie powodowej spółki lub wobec faktu, że prawa i obowiązki akcjonariusza wynikające ze stosunku członkostwa w spółce wykonywane są co do zasady w miejscu siedziby spółki i posiadają z miejscem siedziby spółki ścisły związek?

ewentualnie o przedstawienie przez Sąd Apelacyjny Sądowi Najwyższemu na podstawie art. 390 k.p.c. tak samo sformułowanego zagadnienia prawnego.

Wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

a) odpisu protokołu notarialnego Zwyczajnego Walnego Zgromadzenia, które odbyło się w dniach 10 maja, 24 maja i 2 czerwca 2011 r., zał. nr 1 a-1 c;

b) pisma pełnomocnika (...) S.A. (dalej, (...)) do Pani Notariusz J. D., zał. nr 2;

c) wniosku P. z dnia 31 maja 2011 r. złożonego w trybie art. 429 k.s.h. do Sądu Rejonowego XII Wydział Gospodarczy zarejestrowanego pod sygn. BI.XII.Ns-Rej.KRS (...) na okoliczność wzajemnych powiązań pomiędzy (...), (...) sp. z o.o. (dalej (...)) i P. zał. nr 3.

Pozwany zaskarżył wyrok w części uwzględniającej powództwo, zarzucając:

1. nieważność postępowania (art. 1099 § 2 k.p.c.) na skutek rozpoznania sprawy pomimo braku jurysdykcji krajowej (art. 1099 § 1 k.p.c. w zw. z art. 2 ust. 1 Rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych- dalej (...));

2. naruszenie art. 189 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że powodowi przysługuje interes prawny w ustaleniu nieistnienia prawa;

3. naruszenie art. 229 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie i pominięcie okoliczności, że powód jako podstawę swojej argumentacji w pozwie i replice na odpowiedź na pozew wskazywał fakt, że pozwana jest podmiotem zależnym od C., co czyniło tę okoliczność niesporną, a jej dowodzenie przez pozwaną- zbędnym;

4. naruszenie art. 72 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2009 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (t.j. Dz. U. z 2005 r., nr 185, poz. 1439 z późn. zm.) w zw. z art. 75 ust. 3 pkt 2 ustawy o ofercie w zw. z art. 6 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że obowiązek ogłoszenia wezwania na zapisywanie się na sprzedaż lub zamianę akcji ma zastosowanie do transakcji nabycia akcji powódki przez pozwaną od C.w listopadzie 2007 r., podczas gdy powódka nie wykazała - zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu- wszystkich przesłanek jego zastosowania;

5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy o ofercie przez jego błędne zastosowanie i ustalenie, że pozwana nie może wykonywać prawa głosu z 21.156.023 akcji powodowej spółki;

Wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku i odrzucenie pozwu, ewentualnie jego zmianę i oddalenie powództwa.

Wnosił nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

a) pisma Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 24 listopada 2009 r.,(...) wraz z załącznikiem;

b) odpowiedzi spółki (...)- pisma do Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 2 grudnia 2009 r.;

c) odpowiedzi spółki (...)- pisma do Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 16 grudnia 2009 r. wraz z załącznikami;

d) odpisu z księgi udziałów spółki (...) z dnia 23 lutego 2011 r. na okoliczność, że transakcja nabycia akcji w kapitale zakładowym powódki przez pozwaną od C.w listopadzie 2007 r. została dokonana pomiędzy podmiotami wchodzącymi w skład tej samej grupy kapitałowej, gdyż (...) był podmiotem zależnym od C..

Podał, że potrzeba powołania tych dowodów powstała dopiero w związku z treścią uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku ponieważ, oparł rozstrzygnięcie na zarzucie nieudowodnienia okoliczności, która nie była sporna.

Sąd Apelacyjny zważył:

Rozpoznanie merytorycznych zarzutów apelacji obu stron winno być poprzedzone odniesieniem się do zgłoszonych w postępowaniu apelacyjnym wniosków powoda o zwrócenie się do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w trybie

art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dalej określanym jako (...), z pytaniem prejudycjalnym w przedmiocie jurysdykcji sądu polskiego na podstawie z art. 5 ust. 1 a) Rozporządzenia Rady (WE) z dnia 22 grudnia 2000 r. nr (...) w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, Dz.U.UE.L.01.12.1, zwanego dalej Rozporządzeniem, oraz o przedstawienie tożsamego, jak postawione w tym pytaniu, zagadnienia prawnego Sądowi Najwyższemu na podstawie art. 390 § 1 k.p.c. Pozostają one w ścisłym związku z podniesionym w apelacji pozwanego na podstawie art. 1099 § 2 k.p.c. zarzutem nieważności postępowania.

Wniosek powoda i przedstawiona w nim argumentacja stoją w sprzeczności z równocześnie prezentowanym zapatrywaniem, że możliwość rozważania tej kwestii jest wyłączona z uwagi na związanie wcześniej wydanym w tym przedmiocie postanowieniem Sądu Apelacyjnego, stosownie do art. 358 i 359 k.p.c. Nie jest to pogląd trafny. Według art. 202 zd. drugie k.p.c., jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, okoliczności, które uzasadniają odrzucenie pozwu, sąd bierze pod rozwagę z urzędu w każdym stanie sprawy. Brak jurysdykcji krajowej stanowi przyczynę nieważności (art. 1099 § 2 k.p.c.), którą sąd bierze pod rozwagę z urzędu w każdym stanie sprawy (art. 1099 § 1 k.p.c.) – tak Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 11 marca 2009 r. I CSK 302/08. W postępowaniu apelacyjnym, będącym kontynuacją postępowania przed sądem pierwszej instancji, obowiązkiem sądu wynikającym z art. 378 § 1 k.p.c. jest wzięcie pod rozwagę z urzędu wszystkich przyczyn nieważności (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 2007 r., II CSK 457/06). Dlatego konieczność badania w postępowaniu apelacyjnym ocenionego już wcześniej w trybie instancyjnym zarzutu braku jurysdykcji krajowej nie może być wyłączona regulacją zawartą w przepisach art. 222, 358, 359 i 380 k.p.c. Nie ma znaczenia dla tej oceny to, że w związku z dokonaną z dniem 1 lipca 2009 r. zmianą art. 1104 k.p.c. (dodanie § 2) zarzut braku jurysdykcji krajowej, podobnie jak zapisu na sąd polubowny, stał się zarzutem względnym. Za przyjęciem takiego kierunku wykładni przemawia odmiennosc sposobu zredagowania art. 1099 § 1 k.p.c. i art. 1165 § 1 k.p.c., co nie pozwala na przeniesienie wprost na grunt niniejszej sprawy oceny zawartej w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002 r., IV CKN 1320/00.

Dodatkowo nie może ująć z pola widzenia, że z uwagi na występujący w sprawie element wspólnotowy podstawy jurysdykcji określa przywołane na wstępie Rozporządzenie, mające, stosownie do art. 91 ust. 2 Konstytucji RP, pierwszeństwo stosowania przed ustawą krajową. Zasada pierwszeństwa, a także efektywności prawa wspólnotowego prowadzi do ograniczenia autonomii proceduralnej państw członkowskich. Stoi zatem na przeszkodzie takiej interpretacji przepisów prawa krajowego, aby wyłączona była możliwość badania przez sąd właściwy w każdym etapie postępowania zarzutów odwołujących się do prawidłowości stosowania prawa wspólnotowego (por. wyrok ETS w sprawie C-312/93 P., V. C. &C. v. Belgia). Dotyczy to także regulacji w przedmiocie jurysdykcji. W jej zakresie mieści się bowiem prawo do korzystania z efektywnego środka ochrony prawnej (dostępu do sądu).

Dokonanie tej oceny obliguje Sąd Apelacyjny do zbadania zarzutu braku jurysdykcji krajowej. Nie oznacza to jednak aprobaty dla argumentów podniesionych przez pozwanego na rozprawie apelacyjnej. Powoływane przez niego postanowienie (SN z dnia 26 stycznia 2011 r., IV CSK 284/10) nie wiąże w niniejszej sprawie, zostało nadto wydane w odmiennym stanie faktycznym (zarówno powód, jak i pozwany w tamtej sprawie nie mieli siedziby w Polsce). Przedstawienie Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawnego nie jest zatem, jak wywodzi pozwany, bezprzedmiotowe z uwagi na wyrażone w nim stanowisko. Jest niedopuszczalne wobec regulacji art. 267 (...), który ustanawia wyłączną właściwość Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej ETS). do rozstrzygnięcia wątpliwości w przedmiocie wykładni prawa wspólnotowego. Skierowanie takiego pytania do Sądu Najwyższego w trybie art. 390 § 1 k.p.c. byłoby naruszeniem wiążących Polskę obowiązków traktatowych, a uchwała, gdyby została podjęta, mimo formalnego związania w danej sprawie (art. 390 § 2 k.p.c.), nie miałaby mocy wiążącej (por. wyrok ETS w sprawie C-166/73, R.-D. v. E., postanowienie SN z 28 IV 2010 r., III CZP 3/10).

Wniosek o wystąpieniu z pytaniem prejudycjalnym nie jest dla Sądu Apelacyjnego wiążący. Każdy z sądów krajowych korzysta w tym zakresie z autonomii decyzyjnej. W sprawie K.A. i inni w wyroku z dnia 4 lipca 2006 r., C-212/04, ETS dokonując wykładni art. 234 TWE (obecnie 267 (...)) wyjaśnił, że gdy przed sądem państwa członkowskiego podnoszone jest pytanie w sprawie wykładni Traktatu WE lub aktów wykonawczych instytucji Wspólnoty, sąd ten może lub, zależnie od przypadku, musi wnieść do Trybunału wniosek o wydanie wyroku w tym względzie, jeśli uważa, że wyrok dotyczący pytania jest niezbędny do wydania jego orzeczenia. W razie powzięcia wątpliwości co do wykładni

prawa wspólnotowego, jest to obowiązkiem sądu, od orzeczeń którego w krajowym systemie prawa nie ma możliwości wniesienia środka odwoławczego (art. 267 akapit trzeci (...)).

Sąd Apelacyjny nie podziela argumentacji powoda, że jest w myśl przepisów prawa krajowego sądem ostatecznej instancji. Od jego orzeczenia w niniejszej sprawie przysługuje skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego. Nie jest zobowiązany, w myśl art. 267 akapit trzeci (...), a jedynie uprawniony (art. 267 akapit drugi (...)) do wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym (por. też wyrok ETS z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawie C-99/00 K.R. L.).

Z wynikającym z prawa wspólnotowego obowiązkiem bezpośredniego stosowania Rozporządzenia wiąże się obowiązek sądu krajowego dokonywania wykładni jego postanowień. Potrzeba wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym powstaje wówczas, gdy wątpliwości dotyczące interpretacji prawa wspólnotowego powziął sąd, nie zaś tylko wtedy, gdy są sygnalizowane w związku z rozbieżną argumentacją prawną stron procesowych. (por. A. Wróbel, Pytania prawne sądów państw członkowskich do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w: Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy, Kraków 2005 r., str. 803).

Sąd Apelacyjny w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę ocenił, że na tle regulacji Rozporządzenia sąd polski - siedziby powoda - jest właściwy z uwagi na łącznik z art. 5 ust. 1 a). Nie podzielił tym samym wyrażonego we wcześniej wydanym w tej sprawie postanowieniu zapatrywania, że sprawa podlega jurysdykcji sądu polskiego na podstawie art. 24 Rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że jeżeli sąd Państwa Członkowskiego nie ma jurysdykcji na podstawie innych przepisów rozporządzenia, uzyskuje jurysdykcję, jeżeli pozwany przed sądem tym wda się w spór. W dalszym ciągu jednak stwierdza, że zasada ta nie ma zastosowania wówczas, gdy pozwany wdaje się w spór w tym celu, aby podnieść zarzut braku jurysdykcji.

W niniejszej sprawie zarzut braku jurysdykcji krajowej pozwany podniósł przed powołaniem zarzutów merytorycznych, w odpowiedzi na pozew. Na gruncie uregulowania zawartego w art. 18 konwencji brukselskiej, będącego odpowiednikiem art. 24 Rozporządzenia, ETS (orzeczenie z dnia 7 marca 1985 r. w sprawie S. v. S., Rs 48/84) uznał, że sąd państwa członkowskiego uzyskuje jurysdykcję w przypadku, gdy powód nie podnosząc zarzutu braku jurysdykcji, wdał się w spór. W orzeczeniu z dnia 24 czerwca 1981 r. w odmiennej, podobnej za to do rozpatrywanej, sytuacji, jaka miała miejsce w sprawie E. S. v. J. (Rs 150/80), orzekł natomiast, że można wnieść zarzuty merytoryczne do sprawy głównej, a pomimo to zastosować uregulowanie zawarte w art. 18 konwencji brukselskiej, o ile zarzut braku jurysdykcji zostanie zgłoszony najpóźniej wraz z wniesieniem zarzutu merytorycznego. Tożsamy pogląd wyraził w kolejnych orzeczeniach (z dnia 22 października 1981 r. w sprawie R. v. O., Rs 27/81, z dnia 31 marca 1982 r. w sprawie (...) v. (...), Rs 25/81, oraz z dnia 14 lipca 1983 r. w sprawie G. v. A. del tesoro dello S., Rs 201/82), wskazując, że na podstawie art. 18 konwencji pozwany może wnieść nie tylko zarzut jurysdykcji, ale także wdać się pomocniczo w spór w innym celu, nie tracąc z tego powodu skutków podniesienia zarzutu braku jurysdykcji. Takie działanie pozwanego podjęte w rozpoznawanej sprawie jest tym bardziej uzasadnione i celowe wobec obowiązku powołania w postępowaniu w sprawach gospodarczych w pierwszym piśmie wszystkich zarzutów i dowodów pod rygorem ich utraty (art. 479¹⁴ § 2 k.p.c.).

W literaturze przedmiotu (por. Karol Weitz, Europejskie prawo procesowe cywilne w: Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy, ibidem, str. 503-504) wskazuje się, w nawiązaniu do orzecznictwa ETS, ukształtowanego jeszcze na tle konwencji brukselskiej, że pojęcie z art. 5 ust. 1 a) Rozporządzenia „umowa lub roszczenia wynikające z umowy” podlega wykładni autonomicznej, poprzez odniesienie głównie do systemu i celów konwencji, aby zapewnić jej pełną skuteczność (por. wyrok z dnia 22 marca 1983 r., w sprawie C-34/82 P.). Wyłączone jest zatem sięganie w tym celu do prawa krajowego, aczkolwiek nie budzi wątpliwości na gruncie art. 3 k.s.h. umowy charakter umowy założycielskiej, jak i statutu spółki (por. SN w wyroku z dnia 27 lutego 2003 r., IV CKN 1811/00). Wskazuje się także (por. Katarzyna Sznajder, Pojęcie umowy i roszczenia wynikającego z umowy na tle regulacji europejskich dotyczących jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2005 r., z.2 str. 498 i nast.), że potrzeba jednolitego stosowania przepisów z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego wymusza wykładnię podyktowaną specyficznymi funkcjami tej regulacji, mimo że może ona prowadzić do wyników niełatwych do pogodzenia z rozumieniem danego pojęcia w poszczególnych krajach. Przy wykładni

przepisu uwzględniane ma być dążenie prawodawcy do zapewnienia równości praw i obowiązków stronom toczących się postępowań w poszczególnych państwach. Art. 2 i 5 powinny być interpretowane w sposób pozwalający normalnie poinformowanemu pozwanemu na rozsądne przewidzenie, w którym państwie może zostać wszczęte postępowanie w związku z określonym zdarzeniem.

Według ETS dla kwalifikacji danego stosunku jako umownego decydujące jest to, czy chodzi o zobowiązanie dobrowolnie zaciągnięte przez jeden podmiot względem drugiego. Brak takiego zobowiązania wyklucza możliwość zakwalifikowania danego stosunku jako umownego (por. wyroki z 27 października 1998 r., w sprawie C-51/97 Réunion européenne SA i z dnia 17.09.2002 r. w sprawie C-334/00, T.. W powołanym już wyroku w sprawie P. oraz w wyroku z dnia 10 marca 1992 r., C-214 /89, P. D., ETS zakwalifikował stosunki wewnętrzne w osobach prawnych, takich jak stowarzyszenie i spółka, jako stosunki o charakterze umownym. W wyroku P. D. stwierdził wprost, że postanowienie statutu spółki ma w rozumieniu konwencji umowny charakter. Będąc bądź stając się współnikiem, określony podmiot poddaje się postanowieniom zawartym w statucie oraz decyzjom władz spółki, ponieważ zdecydował się uczestniczyć w spółce. Umowny charakter ETS przypisał nie tylko zobowiązaniom współnika i spółki, jako wynikającym z utworzenia spółki i przystąpienia do niej, ale także relacjom między współnikami (akcjonariuszami). Przystąpienie do spółki zaliczył, zgodnie z przedstawioną definicją, do aktów dobrowolnego przyjęcia na siebie obowiązków. Stosunek zobowiązaniowy pomiędzy współnikami i spółką zaklasyfikował jako porównywalny do umownego, a zatem w stosowaniu konwencji kwalifikowany na równi z umownym.

Przyjmuje się, że art. 5 ust. 1 dotyczy nie tylko wszelkich roszczeń o wykonanie zobowiązań, ale także innych roszczeń, które mogą powstać na tle nawiązanego stosunku umownego, choćby miały swą podstawę w treści przepisów ustawowych (por. K. Weitz, Europejskie prawo procesowe..., str. 502 i powołana tam literatura). Według ETS (por. wyrok z dnia 4 marca 1982 r., w sprawie 38/81 E.), omawianej podstawie jurysdykcji podlegają powództwa o istnienie albo nieistnienie stosunku umownego. Nie sposób zatem wyłączyć spod jej działania tych powództw, których przedmiotem jest, jak w niniejszej sprawie, ustalenie jego treści.

Dochodzone roszczenie zmierza do ustalenia, czy akcjonariuszowi przysługuje nierozzerwalnie związane ze stosunkiem członkostwa w spółce prawo głosu, zatem ustalenia nieistnienia po jego stronie jednego z uprawnień korporacyjnych i odpowiadających im obowiązków spółki: umożliwienia udziału w głosowaniu i uwzględniania liczby głosów z akcji, przy ustalaniu jego wyniku. Na tle przytoczonych powyżej wypowiedzi ETS nie może budzić wątpliwości jego umowny charakter w rozumieniu art. 5 ust. 1 a) Rozporządzenia. Nie stoi na przeszkodzie takiemu jego zakwalifikowaniu to, że wynik sporu prowadzonego w niniejszej sprawie jest uzależniony od oceny, czy w związku z posiadaniem bądź nabywaniem akcji, miało miejsce uchybienie obowiązkowi, które nie są uregulowane wprost w umowie, lecz przepisach prawa publicznego (ustawy o ofercie). Są one konsekwencją dobrowolnego nawiązania w wyniku nabycia akcji spółki publicznej (przystąpienia do spółki) więzi umownej, z czym wiąże się obowiązek podporządkowania nie tylko regulacjom statutowym i decyzjom organów, ale także obowiązkowi, jakie na akcjonariusza nakłada prawo powszechnie obowiązujące, a których niedopełnienie wpływa na jego status w spółce. W stosunkach umownych przyjmuje się, że treść stosunku prawnego regulują przepisy jego dotyczące niezależnie od tego, czy strony inkorporowały je do samej czynności (art. 56 k.c.). Sankcjonowany zakazem wykonywania prawa głosu obowiązek przestrzegania przez akcjonariusza lub podmiot nad nim dominujący przepisów prawa publicznego regulujących sposób nabywania znacznych pakietów akcji nie powoduje zmiany relacji podmiotowej między nim i spółką z umownej na stosunek prawny innego rodzaju.

Uznaniu jurysdykcji sądu polskiego nie sprzeciwia się zapis zawarty w pkt 11 preambuły Rozporządzenia, który nakazuje ściśle interpretowanie przepisów przewidujących inne – poza miejscem zamieszkania lub siedziby – łączniki. W pkt 12 preambuły wskazano bowiem na potrzebę uzupełnienia jurysdykcji opartej na łączniku miejsca zamieszkania jurysdykcją opartą na innych łącznikach, które powinny zostać dopuszczone ze względu na ścisły związek pomiędzy sądem a sporem prawnym lub w interesie wymiaru sprawiedliwości. Na tego rodzaju względy powołał się ETS w sprawie P., wskazując, że sąd siedziby stowarzyszenia jest najlepiej predestynowany, aby zrozumieć akt założycielski stowarzyszenia, zasady oraz decyzje stowarzyszenia, oraz okoliczności, z których wyniknął spór. Dlatego za rozpoznaniem niniejszej sprawy przez sąd polski przemawiać powinny te same względy, które zadecydowały o

ustanowieniu jurysdykcji wyłącznej sądu siedziby spółki w sprawach enumeratywnie wymienionych w art. 22 pkt 2 Rozporządzenia. ETS w wyroku z dnia 2 października 2008 r. w sprawie C-372/07 Nicole H. wskazała, że sądy państwa członkowskiego znajdują się w najlepszej sytuacji, jeśli chodzi o rozpoznawanie tego rodzaju sporów. Celem zaś przyjętego rozwiązania jest scentralizowanie jurysdykcji dla uniknięcia sprzecznych ze sobą orzeczeń dotyczących istnienia spółek i ważności uchwał ich organów (Nb.21 i przywołane w niej sprawozdanie J. – Dz.U. 1979, C 59 s.1).

Sprawa, która jest rozpoznawana przez Sąd Apelacyjny, w postępowaniu przed Sądem Okręgowym była prowadzona łącznie ze sprawą VII GC 70/09 z powództwa M. przeciwko P., w której spór powstał na gruncie tożsamego stanu faktycznego – zakwestionowania przez P. możliwości wykonywania przez akcjonariusza prawa głosu z posiadanych akcji z uwagi na naruszenie przepisów ustawy o ofercie, co pozwany w tamtej sprawie mylnie utożsamiał z utratą prawa udziału w Zgromadzeniu. Jeszcze przed rozpoznaniem apelacji w niniejszej sprawie przed Sądami: Apelacyjnym (Sygn. akt I ACz 749/11) i Okręgowym w B. (Sygn. akt VII GC 115/11) zawisły zainicjowane przez M. w postępowaniu zabezpieczającym i procesowym sprawy odpowiednio: z wniosku i z powództwa przeciwko P., w których kwestionuje ważność uchwały Walnego Zgromadzenia Akcjonariuszy, między innymi na tej podstawie, że zapadła przy nieuwzględnieniu jego prawa głosu z posiadanych akcji (okoliczność znana stronom i Sądowi z urzędu). W tych sprawach Sąd Okręgowy w Białymstoku ma na podstawie art. 22 pkt 2 Rozporządzenia jurysdykcję wyłączną. Mające wpływ na rozstrzygnięcie w tamtych sprawach stosunki faktyczne i prawne są tożsame z tymi, które podlegają ocenie w niniejszej sprawie. W przypadku uznania, że niniejsza sprawa podlega jurysdykcji sądu na Cyprze, ewentualna sprzeczność wydanych w obu sprawach orzeczeń może być wyeliminowana tylko na drodze powództwa przewidzianego w art. 1099¹ § 2 k.p.c. Generuje to możliwość powstania kolejnego sporu o ustalenie, że orzeczenie sądu cypryjskiego nie podlega wykonaniu, w których sąd polski, nie zaś sąd państwa siedziby spółki, będzie rozstrzygał o możliwości jego uznania, stosownie do art. 33 i 34 Rozporządzenia.

Poddawane tej ocenie zachowanie akcjonariusza i organów spółki, z uwagi na regulacje statutowe, ustawowe, a także przyjęte w Rozporządzeniu (art. 60) – wykazuje ścisły związek z terytorium Polski. Odwołując się zatem do przytoczonej na wstępie dyrektywy interpretacyjnej art. 5 pkt 1) Rozporządzenia dotyczącej możliwości rozsądnego przewidywania, w którym państwie może być wszczęte postępowanie, należy zakładać, że pozwany, który aktywnie i efektywnie, na co wskazuje wynik sprawy VII GC 70/09 Sądu Okręgowego w Białymstoku, wykorzystuje swoje uprawnienia do kwestionowania przed sądem uchwał organów spółki, powinien liczyć się z tym, że zostanie pozwany przez spółkę przed sąd państwa jej siedziby w sprawie o ustalenie, czy i w jakim zakresie może korzystać z innego uprawnienia korporacyjnego - prawa głosu z akcji. W tym przypadku odpada potrzeba ochrony pozwanego przed niedogodnościami, jakie dotknęłyby go w związku z pozwaniem przed sąd obcego państwa, a taką funkcję ma realizować przyjęty w art. 2 Rozporządzenia łącznik miejsca zamieszkania pozwanego.

Zgodzić się zatem należy z powodem, że uznanie jurysdykcji sądu cypryjskiego prowadziłoby do naruszenia celu Rozporządzenia, jakim jest zachowanie zasady równości stron procesowych. Zarejestrowana w Polsce spółka publiczna w celu uchylecia wątpliwości co do faktu i konsekwencji zarzucanych akcjonariuszom mającym siedziby w innych państwach członkowskich naruszeń prawa polskiego, musiałaby wytaczać powództwa w każdym z tych państw. Stawia to w korzystniejszej sytuacji podmioty obce. Nie sposób bowiem ocenić, że dla aktywnego uczestnika polskiego rynku kapitałowego konieczność podjęcia akcji ofensywnej na terenie Polski (np. wystąpienie z pozwem o stwierdzenie nieważności uchwały), dla której w art. 22 pkt 2) Rozporządzenia przewidziano wyłączną właściwość państwa siedziby spółki, oznacza tożsamą uciążliwość. Ten sam podmiot natomiast w razie wytoczenia przez spółkę powództwa wywiedzionego z tego samego lub zbliżonego stanu faktycznego, byłby uprzywilejowany, mogąc podnosić zarzut braku jurysdykcji.

W ocenie Sądu Apelacyjnego interpretacja Rozporządzenia, według której sądem właściwym byłby w niniejszej sprawie wskazany w art. 2, jest również nie do pogodzenia z zasadami traktatowymi. W art. 63 i nast. (...) została ustanowiona zasada swobodnego przepływu kapitału. Z obowiązkiem państwa członkowskiego zapewnienia przedsiębiorcom z innych krajów Unii Europejskiej możliwości inwestowania na swoim terytorium musi być skorelowane poddanie ich rygorom związanym z funkcjonowaniem krajowego rynku kapitałowego – takim, jakie

przepisy prawa nakładają na podmioty krajowe. Dotyczy to także możliwości ich egzekwowania w krajowym porządku prawnym, zatem konieczności poddania się jurysdykcji sądów polskich, jeśli chodzi o ocenę konsekwencji prawnych działań, jakie - stosownie do obowiązujących przepisów - miały lub powinny mieć miejsce na terenie Polski i dotyczą czynności podejmowanych wobec podmiotów polskich.

Kolejną przesłanką podlegającą badaniu przed merytoryczną oceną sporu, jest kwestionowana przez pozwanego interesu prawnego w ustaleniu.

Sąd Apelacyjny podziela w całości i uznaje za swoją przedstawioną w związku z tym ocenę zawartą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, którą zwalcza pozwany podnosząc zarzut naruszenia art. 189 k.p.c. Swoje stanowisko motywuje w apelacji tylko poprzez nawiązanie do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2007 r., w którym wypowiedział się odnośnie konkurencyjności roszczeń z art. 425 k.s.h. i 189 k.p.c., dając w tej jednostkowej sprawie prymat tym pierwszym. Stanowisko to nie wiąże w niniejszej sprawie. Nie wynika też z niego, że Sąd Najwyższy dokonał jednoznacznej, uniwersalnej, a nie tylko odnoszącej się do okoliczności ujawnionych w rozpoznawanej sprawie, wykładni.

W ocenie Sądu Apelacyjnego spółka akcyjna ma zawsze interes prawny w ustaleniu, czy akcjonariusz, zwłaszcza zaś dysponujący znacznym pakietem akcji, może wykonywać prawo głosu. Ma to bowiem wpływ na wewnętrzne relacje w spółce i zapobiega możliwości wypaczenia wyników głosowań na walnym zgromadzeniu prowadzonych z udziałem akcjonariusza, który oddał głos wbrew zakazowi z art. 89 ustawy o z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz. U. nr 184, poz.1539), zwanej dalej ustawą o ofercie. Sąd Okręgowy trafnie wskazał, że interes prawny powoda jest szerszy i nie eliminuje tej przesłanki sama tylko możliwość zaskarżenia uchwały, przy której podjęciu taki akcjonariusz uczestniczył. Wyraża się on w potrzebie uzyskania rozstrzygnięcia o charakterze prejudycjalnym, które jako wiążące sąd i strony z mocy art. 365 § 1 k.p.c. ureguluje stosunki w spółce na przyszłość poprzez wyeliminowanie niepewności co do tego, czy akcjonariusz może wykonywać prawo głosu i jak należy obliczać głosy w przypadku, gdyby oddał je wbrew zakazowi (art. 89 ust. 1 i 3 ustawy o ofercie). Dokonanie przeciwnej oceny doprowadziłoby do destabilizacji stosunków w spółce wskutek konieczności rozstrzygnięcia każdorazowo w postępowaniu sądowym niepewności co do tego, czy dana uchwała została podjęta. Taka sytuacja stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa obrotu. Uchwały, nawet w przypadku zaskarżenia, mają moc wiążącą (por. uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2007 r., III CZP 94/06), a prawomocne stwierdzenie nieważności uchwały nie ma skutku wobec osób trzecich działających w dobrej wierze (art. 427 § 2 i 4 k.s.h.).

Sąd Apelacyjny ocenia pozytywnie przesłankę interesu prawnego, także przy przyjęciu, zgodnie ze stanowiskiem pozwanego, konieczności każdorazowego rozstrzygnięcia w postępowaniu sądowym o ważności uchwały. Istnienie prejudykatu nie eliminuje możliwości powstania sporów sądowych w sprawach, w których z uwagi na brak tożsamości przedmiotowej sąd zobowiązany będzie rozstrzygnąć daną kwestię merytorycznie. Usuwa natomiast, wobec związania sądu treścią wyroku w sprawie o ustalenie (art. 365 § 1 k.p.c.), niepewność co do treści rozstrzygnięcia, jakie w niezmiennych okolicznościach faktycznych mogłoby zapaść w tej sprawie.

Nie bez znaczenia dla tej oceny jest odmienny charakter sankcji bezskuteczności głosu, jaką przewidywał przepis art. 156 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi (Dz. U. nr 118, poz. 745 ze zm.), i zakazu wykonywania prawa głosu z art. 89 ustawy o ofercie. Według art. 89 ust. 3 ustawy o ofercie prawo głosu wykonane wbrew zakazowi nie jest uwzględniane przy ustalaniu wyniku głosowania. Wskazuje się w związku z tym (por. Krzysztof Haładyj, Ustawa o ofercie publicznej, C.H.Beck 2009, str. 514 - 515), że należy je traktować jako irrelevantne z prawnego punktu widzenia, zatem nie mające wpływu na ważność podjętej uchwały. Podjęcie uchwały z naruszeniem tego przepisu prowadzi do zniekształcenia jej treści, ale nie do nieważności. W doktrynie i orzecznictwie niemieckim (przytaczanym przez Annę Pęczyk - Tofel i Marcina Tofel w: „Obrót znacznymi pakietami akcji na gruncie ustawy o ofercie publicznej”, PPH 4/2010 str. 18 i nast.), powszechnie akceptowany jest pogląd, że w sytuacji oddania głosu wbrew zakazowi powstaje konieczność ustalenia rzeczywistego kształtu uchwały, co może nastąpić w drodze powództwa o ustalenie, niezależnie od przysługującego udziałowcowi powództwa

o wyeliminowanie tak podjętej uchwały z obrotu prawnego. Także zatem powoływane przez autorów względy prawnoporównawcze prowadzić powinny do wniosku, że na tle podobnych rozwiązań prawnych stosowanych w obu krajach, uwarunkowanych obowiązkiem zapewnienia zgodności regulacji krajowych z postanowieniami Dyrektywy 2004/109/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 2004 r. w sprawie harmonizacji wymogów dotyczących przejrzystości informacji o emitentach, których papiery wartościowe dopuszczone są do obrotu na rynku regulowanym oraz zmieniająca dyrektywę 2001/34/WE. (dalej Dyrektywa), istnieje po stronie powoda potrzeba uzyskania orzeczenia, w którym ta kwestia zostanie wiążąco przesądzona.

W dalszej kolejności pozwany, zarzucając naruszenie art. 229 k.p.c., wskazywał na bezsporny według treści pozwu i argumentów prezentowanych przez obie strony fakt, że jest podmiotem zależnym odC., co czyniło jego dowodzenie zbędnym.

Jest to zarzut nieuzasadniony. Ustalenie Sądu Okręgowego jest wprawdzie sprzeczne z początkowo prezentowanym stanowiskiem obu stron procesowych, na co powołuje się pozwany przytaczając w uzasadnieniu apelacji stosowne, świadczące o tym fragmenty pozwu i innych pism procesowych powoda. Oceny tej Sąd Okręgowy dokonał jednak po przeprowadzeniu na wniosek powoda dowodu z pochodzących z Cypru dokumentów dotyczących struktury udziałowej pozwanego (rejestr) i ich analizy. Odzwierciedlone w nich stosunki, których prawdziwość nie była kwestionowana, nie potwierdzają tezy pozwanego, jakoby C. był w listopadzie 2007 r. podmiotem dominującym w stosunku do M.. Okoliczność początkowo niesporna, w związku z pozyskanymi przez powoda w toku procesu informacjami, straciła taki charakter. Pozwany powinien był zatem, stosownie do obowiązku, jaki wynika z art. 479⁽¹⁴⁾ § 2 k.p.c., w terminie dwóch tygodni przedstawić dowody na poparcie zgłoszonej tezy. Ich zaoferowanie w postępowaniu apelacyjnym było spóźnione. Dodatkowo należy wskazać, że dokumenty nie zostały przedłożone w języku urzędowym sądu, przed którym toczy się postępowanie, a towarzyszące im wyjaśnienie pełnomocnika ma jedynie walor dowodowy, jaki nadaje mu regulacja z art. 245 k.p.c. Zgłoszony dowód był zatem nieprzydatny dla wyjaśnienia tej okoliczności, co nakazuje jego pominięcie stosownie do art. 217 § 2 k.p.c.

Sąd Apelacyjny nie podziela także zarzutu naruszenia art. 6 k.c. Powód powinien podać okoliczności kształtujące podstawę faktyczną powództwa, co w tym przypadku sprowadza się do wykazania faktu nabycia znacznego pakietu akcji. Temu zadaniu sprostał. Nie do niego należało natomiast dowodzenie, że w związku z tym nabyciem powstały po stronie pozwanego obowiązki przewidziane w ustawie o ofercie. Wynikają one wprost z ustawy. Reguła dotycząca rozkładu ciężaru dowodu nie może być rozumiana w taki sposób, że zawsze, bez względu na okoliczności sprawy, spoczywa on na stronie powodowej. W sytuacji, gdy powód wykaże okoliczności uzasadniające roszczenie, na stronie pozwanej spoczywa ciężar udowodnienia ekscencji i faktów uzasadniających jej zdaniem oddalenie powództwa (tak SN w wyroku z dnia 20 kwietnia 1982 r., I CR 79/82).

Sąd Okręgowy trafnie ocenił, że analiza treści raportu odzwierciedlającego skład udziałowców M. (k.2299 – 2301) nie pozwala na ustalenie, że wskazywany jako podmiot dominujący C. był nim w istocie. Prawidłowo też ustalił, że brak jest w materiale aktowym dowodu, że pozwany przedstawił „stosowne dokumenty odzwierciedlające powiązania prawne w ramach grupy”, do czego zobowiązał się udzielając odpowiedzi na pismo powoda z dnia 22 listopada 2007 r. (k.2302). Pozwany nie zaoferował zatem we właściwym czasie dowodów, które jednoznacznie potwierdzałyby tezę, że wraz zC. tworzył grupę kapitałową. W tym kontekście zwrócić też trzeba uwagę na pismo J. H. G., w którym poinformował, że z dniem 25 września 2008 r. przestał być podmiotem dominującym w stosunku do M.. Nie ujawnił natomiast, kiedy tę pozycję uzyskał, czy była to dominacja bezpośrednia, czy poprzez inne podmioty zależne.

Z uwagi na związanie zarzutami naruszenia prawa procesowego, jakie zostały podniesione w apelacji pozwanego, Sąd Apelacyjny czyniąc własne ustalenia faktyczne odniesie się do dowodów, z których wyprowadził odmienne od przyjętych przez Sąd Okręgowy wnioski, w wyniku rozpoznania zarzutów uchybień procesowych podniesionych w apelacji powoda. Jej uwzględnienie w całości czyni też zbędnym analizowanie zarzutów naruszenia przytoczonych przez pozwanego przepisów ustawy o ofercie.

Odnosząc się do apelacji powoda, zgodzić się należy z zarzutem, że Sąd Okręgowy w ocenie prawnej nie trafnie przyjął, że o stosunku dominacji i zależności mogą decydować tylko powiązania kapitałowe. Zawarta w art. 4 pkt. 14) definicja pojęcia dominacji jest szersza i odnosi się do podmiotu, który:

a) posiada bezpośrednio lub pośrednio przez inne podmioty większość głosów w organach innego podmiotu, także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub

b) jest uprawniony do powoływania lub odwoływania większości członków organów zarządzających innego podmiotu, lub

c) więcej niż połowa członków zarządu drugiego podmiotu jest jednocześnie członkami zarządu, prokurentami lub osobami pełniącymi funkcje kierownicze pierwszego podmiotu bądź innego podmiotu pozostającego z tym pierwszym w stosunku zależności.

Trafnie nawiązując do niej oraz zdefiniowanych w art. 4 pkt. 15 i 16 pojęć podmiotu zależnego i grupy kapitałowej powód wywodzi, że dla przyjęcia stosunku dominacji wystarczające jest, aby dany podmiot (osoba fizyczna lub prawna) miał możliwość wywierania wpływu na działalność innego podmiotu.

W literaturze przedmiotu (tak Krzysztof Haładyj, Ustawa o ofercie publicznej, wyd. C.H.Beck, 2009 r., s. 127 -131), w nawiązaniu do art. 4 pkt 14 ustawy o ofercie, wskazuje się, że w nawet w pierwszym z tych przypadków, dotyczącym tak zwanej dominacji udziałowej, możliwość oddziaływania na podmiot zależny nie wynika tylko z posiadania udziału kapitałowego. Może wynikać z różnych stosunków, także z porozumień, przy czym ustawa nie przewiduje dla nich wymogu co do formy. Jeśli zaś chodzi o powiązania personalne, swoistą „unię personalną”, o której mowa w punkcie c), jej przesłanki zostały oznaczone w sposób dość nieostry i bardzo szeroki. W rezultacie stosunek dominacji i zależności może zachodzić, nawet gdy pomiędzy spółkami brak jest jakichkolwiek powiązań kapitałowych lub operacyjnych. Pojęcia dominacji i zależności pozwalają na bardziej precyzyjne określenie natury istniejących powiązań pomiędzy poszczególnymi podmiotami oraz mechanizmów wywierania wpływu na prowadzoną przez nie działalność. Stosunki holdingowe dotyczą podmiotów formalnie w pełni autonomicznych i niezależnych. Jednak struktura istniejących powiązań może powodować, że podmiot formalnie niezależny może faktycznie stanowić instrument realizacji celów innego podmiotu. Sytuacja taka może wynikać z relacji dominacji i zależności powodującej, że jeden z podmiotów w rzeczywistości ma możliwość wywierania decydującego wpływu na działalność innego podmiotu. Taka sytuacja – normalna w praktyce obrotu, z uwagi na specyfikę zorganizowanego obrotu papierami wartościowymi, wymaga daleko idącej transparentności.

Stosunek dominacji i zależności nie może być więc sprowadzony do powiązań czysto formalnych. Tylko taka interpretacja, nie zaś postulowana przez pozwanego i przyjęta przez Sąd Okręgowy, prowadzi do pełnego urzeczywistnienia założeń Dyrektywy. Obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z celami i brzmieniem dyrektywy został jednoznacznie sformułowany w jednolitym orzecznictwie ETS (por. jako reprezentatywna sprawa V. C. &K. – C 14/83). Zgodnie z definicją z art. 2 ust. 1 pkt. 1) f) iv) Dyrektywy "przedsiębiorstwo kontrolowane" oznacza każde przedsiębiorstwo, na które osoba fizyczna albo prawna ma prawo wyrzecz, lub wywiera dominujący wpływ albo nad którym może sprawować lub sprawuje kontrolę. W rozumieniu Dyrektywy traktowane są na równi powiązania formalne: „ma prawo wyrzecz”, „może sprawować” oraz faktyczne: „wywiera”, „sprawuje” Stosunek dominacji i zależności według Dyrektywy nie może być więc ograniczony do powiązań kapitałowych bądź personalnych podlegających ujawnieniu w publicznych rejestrach. W konsekwencji należy ocenić, że obejmuje wszelkie rodzaje powiązań, także o charakterze pośrednim i niesformalizowane, w efekcie których podmiot dominujący ma faktyczną możliwość wywierania różnymi sposobami wpływu na podmiot zależny, tak aby realizował jego interesy.

Grupa kapitałowa powinna być zatem definiowana jako zgrupowanie spółek lub innych podmiotów, kierowane przez jeden podmiot dominujący, który sprawuje formalną albo faktyczną kontrolę nad zależnymi. Pominięcie na użytek stosowania ustawy o ofercie faktycznych powiązań stanowi pole do nadużyć, nie sprzyja budowaniu bezpieczeństwa obrotu i zaufania inwestorów. Powiązania te mogą być z różnych powodów ukrywane, w tym także w celu objęcia,

z obejściem przepisów ustawy o ofercie, poprzez sieć formalnie niezależnych podmiotów kontroli nad znacznym pakietem akcji spółki publicznej, co prowadzi do zniekształcenia rzeczywistej struktury akcjonariatu, a zapewnienie jej transparentności jest jednym z podstawowych celów Dyrektywy i wdrażającej ją ustawy o ofercie. Jej przepisy mają charakter ochronny. Ich celem, realizowanym poprzez nałożenie tak na spółkę, jak akcjonariusza i podmioty nad nim dominujące odpowiednich obowiązków informacyjnych, jest zapewnienie gwarancji bezpieczeństwa inwestowania w akcje spółek dopuszczone do obrotu na rynku publicznym (por. pkt 1 preambuły i art. 12 ust. 1 c) Dyrektywy). Nie powinny być zatem interpretowane tak, aby były oceniane jako prawnie irrelevantne rzeczywiste, faktyczne powiązania między uczestnikami rynku kapitałowego. Przyjęcie odmiennego zapatrywania wiązałoby się ze szkodą dla przejrzystości obrotu.

Przyjęta ocena prawna prowadzi do podzielenia argumentacji powoda, że przedstawiony Sądowi Okręgowemu materiał dowodowy daje podstawy do oceny, że stosunek między J. G. (1) oraz spółkami (...), P. i J., był w dacie odbywanego w dniu 27 maja 2009 r. Zgromadzenia ze strony tego pierwszego stosunkiem dominacji, zaś pozostałych – zależności, w rozumieniu art. 4 pkt. 14) i 15) ustawy o ofercie, a wszystkie te spółki stanowiły wraz z nim grupę kapitałową (art. 4 pkt. 16). Ich udział w kapitale zakładowym P. wynosił łącznie 33,33% ogólnej liczby głosów, z uzyskaniem których wiążą się nie tylko obowiązki notyfikacyjne (art. 69 ustawy o ofercie), ale także obowiązek ogłoszenia wezwania (art. 73 ust. 2). Ciąży on na akcjonariuszu i na podmiocie dominującym - art. 87 ust. 1c) i ust. 5 w brzmieniu obowiązującym przed 12 stycznia 2009 r.). Powstaje w związku z przekroczeniem przez grupę kapitałową tworzoną przez podmioty dominujące i zależne wspólnie określonego progu głosów. Zarzut naruszenia tych przepisów jest zatem uzasadniony.

Szerokie rozumienie stosunku dominacji i zależności, o czym była mowa powyżej, uzasadnia wnioskowanie, że tego rodzaju relacje mogą być wykazywane przy wykorzystaniu wszystkich dopuszczalnych prawem środków dowodowych oraz domniemań faktycznych. Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, jednoznaczny w swej wymowie, wskazuje, że sytuacja taka miała miejsce. Potrzeba dokonania jego ponownej oceny i poczynienia przez Sąd Apelacyjny własnych ustaleń faktycznych wynika z tego, że Sąd Okręgowy nie odniósł się do wszystkich przeprowadzonych dowodów we wzajemnym powiązaniu ze sobą i nie wyprowadził na tej podstawie prawidłowych wniosków co do faktów istotnych dla rozstrzygnięcia oraz ich kwalifikacji prawnej. Uzasadnione są tym samym także zarzuty uchybień procesowych.

W pierwszej kolejności należy przywołać zeznania K. B. (3) (k.551, 2215). Według niego J. G. (1) kontroluje wszystkie te trzy spółki, o czym dowiedział się od niego samego oraz głównego akcjonariusza spółki (...), B., który w imieniu J. G. (1), ale formalnie na własny rachunek, nabył akcje, wystawiając mu w zamian weksel. Świadek osobiście uczestniczył w przekazaniu B. przez G. w tym celu 60.000 zł. Uczestniczył też w przenoszeniu akcji P. Browary (...) do spółek cypryjskich. Wyjaśnił, że według jego wiedzy strategia inwestowania J. G. (1) polegała na tym, że działał poprzez inne podmioty w różnych krajach i celach: podatkowych – rejestracja spółki na Cyprze; bądź aby przejąć kontrolę nad spółką poprzez osoby i spółki, z którymi łączyły go nieformalne powiązania. Podał dokładnie, skąd czerpał swoją wiedzę, dane personalne informatorów oraz okoliczności, w których uzyskał te informacje.

Zbieżnie z nim, co do faktu kontrolowania przez J. G. (1) osobiście albo przez inne podmioty spółek (...), P. i J. zeznał W. F.. Dowiedział się o tym nie tylko od K. B. (3), ale także jednego z akcjonariuszy (M. J.), a przede wszystkim od J. G. (1).

Ich zeznania nie zostały podważone. Pozwany nie zaoferował żadnych dowodów, które mógłby im przeciwstawić. Nic też nie stało na przeszkodzie temu, aby wymienione przez świadków osoby zostały przesłuchane w sprawie i przedstawiły własne stanowisko co do przytoczonych informacji o faktach. Wiarygodność tych zeznań potwierdzają inne, przywołane w apelacji powoda dowody, z których, jak słusznie wywodzi, wypływa domniemanie faktyczne (art. 231 k.p.c.), że M., J. i P. tworzą jedną grupę kapitałową kontrolowaną przez J. G. (1). Układają się one w oczywisty związek, który wyklucza logiczną poprawność wniosków odmiennych od prezentowanych przez powoda.

Dane z Cypryjskiego Rejestru Spółek dotyczące udziałowców M. i raportu nie wskazują na to, aby którykolwiek z nich był kontrolowany przez J. G. (1) (k.2292-2313), podczas gdy on sam we wrześniu 2008 r. poinformował, że utracił

wobec M. status podmiotu dominującego. Jednak świadectwa depozytowe M. dostarczył w 2008 i 2009 r. ten sam kierowca - J. G. (1), który powiedział też, że go reprezentuje. J. G. (1) był widziany w Ł. pod siedzibą spółki w czasie, gdy odbywało się Zgromadzenie w 2009 r. (K. Z. (2) k.554, 2381, B. D. k.555, 2381, A. K. (2) k.3113). W 2008 r. interweniował osobiście u A. K. (2), aby dopuścił M. do udziału w Zgromadzeniu mimo spóźnionego dostarczenia świadectw depozytowych, „Nie mając przełożenia kapitałowego na P.”, wpływał na jego działanie poprzez prezesa M. i podobnie chciał sobie podporządkować kolejnego prezesa A. K. (2) (A. K. (2)). Mający reprezentować na tym Zgromadzeniu M. pełnomocnicy A. C. (2) i M. T. (1), gdy zorientowali się, że M. nie zostanie dopuszczony do udziału w nim, przestawili pełnomocnictwa spółki (...) (K. Z. (2) k.554), zależnej od P. Browary (...) (A. K. (2)). W czasie Zgromadzenia M. T. (1) kontaktował się z J. G. (1). Zgodnie z instrukcjami przekazanymi przez M. i J. miał być wraz z A. C. (2) zgłoszony jako kandydat do Rady Nadzorczej (M. T. (1) k. 2212 i nast). Obaj pełnomocnicy nie potrafili sprecyzować, od kogo konkretnie otrzymali instrukcje co do sposobu postępowania na Zgromadzeniu. A. C. (2) zaprzeczył wręcz temu, aby miał je otrzymywać, miał też nie wiedzieć, że zostanie zgłoszony jako kandydat do Rady Nadzorczej. Stoi to w sprzeczności z tym, co odnośnie udzielonych instrukcji zeznał M. T. (1). Każdy z nich miał przy tym kontakty z J. G. (1) (A. C. (2) k.2208, M. T. (1)). Na Zgromadzeniu, reprezentując formalnie J., faktycznie działali wraz P. w interesie M.. Pełnomocnik P. kontaktował się z G. w czasie Zgromadzenia i odebrał od niego jakąś kartkę (K. B. (3), A. K. (2)). Pozew w sprawie VII GC 71/09 został wniesiony przez P. wyłącznie w interesie M., a w obu sprawach VII GC 70/09 i VII GC 71/09, działał ten sam pełnomocnik, co wynika nie tylko z podobieństwa obu pism, lecz także z prowadzonej przez niego elektronicznej korespondencji (k.3333).

Sąd Apelacyjny nie podziela zastrzeżenia, jakie zostało wniesione odnośnie przeprowadzenia z niej dowodu w trybie art. 162 k.p.c. (k.3355). Z treści pisma procesowego powoda wynika, że został uzyskany 29 grudnia 2010 r., zatem w dacie zgłoszenia nie był spóźniony w rozumieniu art. 479¹² § 1 k.p.c. W procesie cywilnym nie ma też zamkniętego katalogu środków dowodowych, o czym stanowi przytoczony w zastrzeżeniu przepis art. 309 k.p.c. Strona pozwana nie zaprzeczyła prawdziwości ani źródła pochodzenia tego dowodu, co pozwala na ocenę jego mocy dowodowej jako równoznacznej dowodowi z dokumentu prywatnego (art. 245 k.p.c.). Wykazanie powiązań między powodami w sprawach VII GC 70/09 i VII GC 71/09 ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia (art. 217 i 227 k.p.c.), z uwagi na konieczność sumowania ich głosów przy ustaleniu, czy w związku z nabywaniem akcji doszło do naruszenia ustawy o ofercie (art. 87 pkt 5). Jest to zresztą tylko jeden z dowodów, który dodatkowo tylko potwierdza istnienie wystarczająco wykazanych przy pomocy innych środków dowodowych powiązań między tymi podmiotami.

Kończąc ten fragment rozważań należy odnieść się do zarzutu naruszenia art. 217 § 2 k.p.c., jaki podniósł powód w związku z oddaleniem wniosku o przesłuchanie w charakterze strony prezesa zarządu pozwanej spółki. Umyka on ocenie Sądu Apelacyjnego. Powód nie zgłosił zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c. Przepis ten ma natomiast na celu zapobieżenie przenoszeniu na dalszy etap postępowania badania zarzutów uchybień procesowych, które mogłyby zostać usunięte przez sąd pierwszej instancji w trybie art. 240 § 1 k.p.c.

Niemniej jednak z zarzutem tym wiąże się słusznie podniesiona w innym miejscu apelacji uwaga, że zachowanie pełnomocnika pozwanego, który prosił o udzielenie mu stosownego terminu na wskazanie, kto z członków zarządu mógłby być przesłuchany jako strona, świadczy - podobnie jak pozostałe dowody - o niesamodzielnej pozycji M.. Normalną praktyką jest bowiem, że pełnomocnicy kontaktują się w sprawach związanych z prowadzonymi sporami sądowymi z członkami organów zarządzających spółek, którzy udzielili im pełnomocnictwa. Oni powinni decydować o podejmowanych czynnościach i ogólnej taktyce procesowej, udostępniać posiadane dowody i wiedzę o faktach. Skoro pełnomocnik procesowy nie wie, kto zasiada w składzie zarządu i mógłby jako osoba zorientowana w sprawie złożyć zeznania, nasuwa się uzasadniony wniosek, że kontaktuje się w tych sprawach z kimś innym. Nikt z członków zarządu M. – mimo istnienia takiej potrzeby - nie kontaktował się także z zarządem powoda (zeznania W. F.). W sprawie M. interweniował natomiast u poprzedniego prezesa zarządu J. G. (1) (zeznania A. K. (2)). Pełnomocnicy umocowani przez M. i J. na Zgromadzenie w dniu 29 maja 2009 r. nie potrafili wskazać, od kogo konkretnie otrzymali instrukcje, popadli w swych zeznaniach w sprzeczności, starali się ukrywać, jaką rzeczywiście rolę odgrywał J. G. (1), wyraźnie zainteresowany przebiegiem Zgromadzenia, kontaktujący się w jego trakcie z M. T. (1) i pełnomocnikiem P..

W konsekwencji Sąd Apelacyjny zgadza się ze stanowiskiem powoda, że zostały wykazane, stosownie do spoczywającego na nim obowiązku (art. 6 k.c.) powiązania zachodzące między J. G. (1) i spółkami (...), J. oraz P. Browary (...) na tyle, aby ocenić, że w dacie Zgromadzenia tworzyli jedną grupę kapitałową jako podmiot dominujący i podmioty zależne od J. G. (1) w rozumieniu art. 4 pkt 14-16 ustawy o ofercie. Wynika to wprost z zeznań świadków B., K. i F., którzy opisali też mechanizm jego postępowania prowadzący do zatarcia rzeczywistych źródeł pochodzenia inwestowanego kapitału. J. G. (1) obejmował kontrolę nad tymi spółkami działając poprzez osobę trzecią (B.), bądź poprzez operacje wielokrotnego przenoszenia pakietów akcji między utworzonymi przez siebie podmiotami. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie jest w tych okolicznościach rzeczą powoda wykazywanie natury każdego z tych powiązań, zatem w jaki sposób faktycznie oddziaływał lub oddziałuje na podmioty zależne, jaki był lub jest jego wpływ na obsadzanie członków organów zarządzających lub kontrolnych, albo udział w kapitale poszczególnych spółek. Dowód taki jest niewykonalny dla osoby trzeciej wobec tego, że J. G. (1) działa poprzez inne podmioty - nie ujawnia własnych danych w rejestrach, ani nie informuje o podmiotach zależnych. Przykładowo można tu wskazać, że na podstawie danych rejestrowych M., nie sposób było ustalić nie tylko, że wskazywany przez pozwanego jako podmiot dominujący C. jest nim w istocie, ale też kto jest podmiotem dominującym. Nie wynikało z nich w szczególności, że w okresie do 25 września 2008 r. był nim J. G. (1) (pismo k. 73). W orzecznictwie ukształtowany został pogląd, że ilekroć jedna ze stron swoim postępowaniem spowoduje uniemożliwienie lub znaczne utrudnienie wykazania okoliczności przeciwnikowi, na którym spoczywał ciężar ich udowodnienia, tylekroć na tę stronę przechodzi ciężar dowodu, że okoliczności te nie zachodziły (por. SN w wyroku z dnia 3 marca 1971 r., II PR 453/80. Dlatego, w ocenie Sądu Apelacyjnego, dowód, że powiązania dominacji i zależności nie zachodziły, aczkolwiek dotyczy okoliczności negatywnej, obciąża pozwanego.

Na pozwanym też, jak wyżej wskazano, spoczywał dowód wykazania, że akcje posiadane przez spółki zależne od J. G. (1) zostały nabyte od podmiotu wchodzącego w skład tej samej grupy kapitałowej, co uwalniałoby, stosownie do art. 75 ust. 2 pkt 2) ustawy o ofercie, od wykonania obowiązków związanych z nabywaniem znacznych pakietów akcji określonych przepisami art. 72 – 74 tej ustawy. Dowód taki nie został przeprowadzony.

Art. 87 ust. 5 ustawy o ofercie w brzmieniu obowiązującym do 12 stycznia 2009r., stanowił, że do liczby głosów powodujących powstanie obowiązków związanych z nabyciem znacznych pakietów akcji po stronie podmiotu dominującego wlicza się liczbę głosów posiadanych przez podmioty zależne. Stosownie do art. 73 ust. 2, w przypadku gdy przekroczenie progu 33 % ogólnej liczby głosów nastąpiło w wyniku nabycia akcji w ofercie publicznej lub w ramach wnoszenia ich do spółki jako wkładu niepieniężnego, połączenia lub podziału spółki, w wyniku zmiany statutu spółki, wygaśnięcia uprzywilejowania akcji lub zajścia innego niż czynność prawna zdarzenia prawnego, akcjonariusz jest obowiązany, w terminie trzech miesięcy od przekroczenia 33 % ogólnej liczby głosów, do:

1) ogłoszenia wezwania do zapisywania się na sprzedaż lub zamianę akcji tej spółki w liczbie powodującej osiągnięcie 66 % ogólnej liczby głosów, albo

2) zbycia akcji w liczbie powodującej osiągnięcie nie więcej niż 33 % ogólnej liczby głosów

- chyba że w tym terminie udział akcjonariusza w ogólnej liczbie głosów ulegnie zmniejszeniu do nie więcej niż 33 % ogólnej liczby głosów, odpowiednio w wyniku podwyższenia kapitału zakładowego, zmiany statutu spółki lub wygaśnięcia uprzywilejowania jego akcji.

Uzyskanie przez grupę kapitałową łącznej ilości głosów powodujących przekroczenie tego progu, zatem pośrednie nabycie akcji, należy zakwalifikować jako „inne niż czynność prawna zdarzenie prawne”, które rodziło po stronie J. G. (1) określone w tym przepisie obowiązki, niezależnie od obowiązków notyfikacyjnych z art. 69 ustawy o ofercie (art. 87 ust. 1 c) ustawy o ofercie w ówczesnym brzmieniu). Według art. 89 ust 2 tej ustawy, podmiot, którego udział w ogólnej liczbie głosów powodujący powstanie obowiązków, o których mowa odpowiednio w art. art. 73 ust. 1 (zatem 33%) uległ zmianie w wyniku zdarzenia, o którym mowa odpowiednio w art. 73 ust. 2, nie może wykonywać prawa głosu z wszystkich akcji spółki publicznej do dnia wykonania obowiązków określonych w tych przepisach. Zakaz ten został utrzymany w ustawie w brzmieniu obecnie obowiązującym.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie jest możliwe przyjęcie takiej interpretacji, że uchybienie obowiązkom przewidzianym w ustawie o ofercie przez podmiot dominujący nie będzie sankcjonowane w stosunku do osoby akcjonariusza. Zakaz taki nie może się odnosić do nikogo innego poza akcjonariuszem. Pomijając oczywisty argument, że sposób wykonywania prawa głosu przez akcjonariusza, będącego podmiotem zależnym, pozostaje pod kontrolą podmiotu dominującego, nie można regulacji z art. 89 ust. 2 ustawy wyklądać w oderwaniu od innych zawartych w niej rozwiązań oraz celu, jaki ma realizować. Ocena, że prawo głosu mogłoby być w takiej sytuacji wykonywane, prowadziłaby wprost do uznania, że rozwiązania ustawowe dotyczące dominacji i zależności oraz nakładające równorzędne obowiązki na akcjonariusza i podmiot dominujący (art. 87 ust. 1c) przy nabywaniu znacznych pakietów akcji są różnie sankcjonowane. Sprzeciwia się zatem podstawowej wytycznej wykładni –zasadzie racjonalnego działania ustawodawcy, który nakładając tożsame obowiązki na różne podmioty różnicowałby skutki ich uchybieniu. Naruszenie obowiązków ustawowych przez podmiot dominujący zostałyby, w tej sytuacji pozbawione skutecznej sankcji, poza ewentualną karą administracyjną. Tymczasem właśnie poprzez wykonywanie prawa głosu, podmiot dominujący za pośrednictwem podmiotów zależnych wpływać może na decyzje spółki publicznej, jej strategię gospodarczą, skład organów zarządzających i kontrolnych, zatem na to wszystko, co jest brane pod uwagę przez aktualnych i potencjalnych inwestorów. Prowadzić to może do nadużyć poważnie zagrażających bezpieczeństwu obrotu. Wiedza o tym, kto faktycznie ma wpływ na decyzje w tych sprawach leży więc nie tylko w interesie spółki, ale także osób, które działając w zaufaniu do upublicznionych przez spółkę na podstawie podanych przez zobowiązanym (akcjonariuszy i podmioty dominujące) podmioty informacji, zdecydowały się zainwestować własny kapitał w emitowane przez nią papiery wartościowe.

Tym samym Sąd Apelacyjny nie zgadza się ze stanowiskiem pozwanego, jakoby wprowadzenie takiego zakazu w stosunku do podmiotów zależnych dopiero z dniem 13 stycznia 2009 r., poprzez dodanie do ustawy o ofercie art. 89 ust. 2 a, nie pozwalało na jej stosowanie wobec podmiotów zależnych w związku z naruszeniami prawa mającymi miejsce przed tą datą.

Takie wnioski byłyby też sprzeczne z celem ustawy o ofercie, która ma zapewnić transparentność stosunków w spółkach publicznych. Poprzez jej uchwalenie nastąpiło wdrożenie do krajowego porządku prawnego przepisów Dyrektywy. W orzecznictwie ETS ukształtował się pogląd, że wynikający z dyrektywy obowiązek państw członkowskich osiągnięcia przewidzianego w niej celu oraz wynikający z art. 5 TWE obowiązek podjęcia wszelkich środków, zarówno ogólnych, jak i szczególnych do zapewnienia realizacji tego obowiązku, wiąże wszystkie organy państwa członkowskiego w sprawach należących do jego jurysdykcji. Wynika stąd, że stosując prawo krajowe, bez względu na to, czy przepisy te zostały wydane przed, czy po przyjęciu dyrektywy, sąd krajowy powinien je zinterpretować tak dalece, jak jest to możliwe w świetle treści i celu dyrektywy, by osiągnąć przewidziany w niej cel i w ten sposób zachować się w sposób zgodny z art. 189 ust.3 TWE (por. wyrok w sprawie C-106/89 M.). Przepis art. 89 zarówno w brzmieniu sprzed, jak i po nowelizacji powinien być zatem interpretowany poprzez wskazania Dyrektywy, która w pkt. 1 preambuły stanowi, że skuteczne, przejrzyste i zintegrowane rynki papierów wartościowych stanowią wkład w tworzenie prawdziwego, jednolitego rynku europejskiego we Wspólnocie oraz sprzyjają rozwojowi i tworzeniu nowych miejsc pracy poprzez lepsze rozdysponowanie kapitału oraz redukcję kosztów. Ujawnienie precyzyjnych, wyczerpujących i aktualnych informacji o emitentach papierów wartościowych buduje trwale zaufanie inwestorów i umożliwia opartą na odpowiednich informacjach ocenę ich wyników oraz aktywów. Wpływa to na poprawę ochrony inwestorów oraz skuteczności funkcjonowania rynku. Nakazuje też (pkt.37 preambuły), aby wszelkie naruszenia tych wymagań były niezwłocznie wykrywane oraz, jeśli jest to konieczne, sankcjonowane. W tym celu, środki te i sankcje powinny skutecznie zniechęcać do popełniania dalszych naruszeń, mieć charakter proporcjonalny oraz być stale egzekwowane. W art. 12 ust. 1 b) nakłada obowiązek ujawniania sieci kontrolowanych przedsiębiorstw, za pośrednictwem której efektywnie wykonywane są prawa głosu, wyraźnie skierowany do podmiotu dominującego. Według zaś art. 28 ust. 1 Dyrektywy, bez uszczerbku dla prawa Państw Członkowskich do nakładania sankcji karnych, Państwa Członkowskie zapewniają zgodnie ze swoim prawem krajowym możliwość zastosowania odpowiednich środków administracyjnych lub też nałożenia sankcji cywilnych i/lub administracyjnych na osoby odpowiedzialne

w przypadku, gdy przepisy przyjęte zgodnie z niniejszą dyrektywą nie są przestrzegane. Państwa Członkowskie zapewniają, aby środki te były efektywne, proporcjonalne i odstraszające.

Przy braku możliwości nałożenia skutecznej sankcji na podmioty zależne od podmiotu, który nie przestrzega obowiązków ustawowych, wynikający z Dyrektywy wymóg skutecznego egzekwowania obowiązków informacyjnych nie mógłby zostać wypełniony. Nie jest możliwe do zaakceptowania z punktu widzenia celów Dyrektywy, nazywanej Dyrektywą o przejrzystości, wnioskowanie, że podmiot dominujący, który nie wykonuje obowiązków związanych z nabyciem znacznych pakietów akcji, nie ujawnia swojej tożsamości, i stanu posiadania, może mieć nadal wpływ, poprzez korzystające z prawa głosu podmioty zależne, na stosunki w spółce. Taka koncepcja, prezentowana przez pozwanego, sprzyjałaby ukrywaniu prawdziwej struktury akcjonariatu, co uniemożliwia zachowanie przejrzystości i jawności informacji mogących oddziaływać na decyzje inwestorów.

Odwołać się też należy do stanowiska ustawodawcy przedstawionego w uzasadnieniu wprowadzonych z dniem 13 stycznia 2009 r. zmian ustawowych, w którym wskazał, że ma służyć wdrożeniu Dyrektywy, uściśleniu dotychczasowych regulacji i usunięciu stwierdzonych luk. Miała zatem na celu pełniejsze i bardziej prawidłowe wprowadzenie przyjętych w niej rozwiązań do krajowego porządku prawnego. Dlatego tylko taka, jak zaprezentowana powyżej, wykładnia art. 89 ustawy o ofercie w brzmieniu sprzed nowelizacji może zapewnić realizację celów dyrektywy, a zatem prowadzić do wypełnienia przez Polskę obowiązków traktatowych (por. powołany powyżej wyrok ETS w sprawie C-106/89 M.).

Reasumując zatem ten wątek rozważań, w ocenie Sądu Apelacyjnego M., jako podmiot zależny od J. G. (1), który nie wykonał obowiązków ciążących na nim z mocy art. 73 ust. 2 w związku z art. 87 ust. 1 c), nie może na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy o ofercie wykonywać prawa głosu ze wszystkich posiadanych akcji. Z materiału aktowego nie wynika, aby takie obowiązki kiedykolwiek zostały dopełnione. Ponieważ ustawa o ofercie publicznej nie przewiduje możliwości ewentualnej sanacji stanu naruszenia, która skutkowałaby przywróceniem prawa głosu, zakaz będzie utrzymany do czasu nabycia przez objęty nim podmiot akcji powoda w sposób zgodny z ustawą o ofercie. Nie ma zatem znaczenia, czy w dacie wyrokowania przez Sąd Apelacyjny nadal trwa między M. i pozostałymi spółkami oraz J. G. (1) stosunek dominacji i podporządkowania, ani to, czy zmienił się udział wszystkich podmiotów zależnych w ogólnej liczbie głosów.

Do tożsamego rezultatu dla pozwanego prowadzi też analiza skutków prawnych, jakie wynikły w rezultacie zawiadomienia przez J. G. (1) o utracie z dniem 25 września 2008 r. statusu podmiotu dominującego w stosunku do M.. Podmiot, który taki status uzyskał, w związku z przekroczeniem progu 25% ogólnej liczby głosów nabytych pośrednio poprzez kontrolowany podmiot był zobowiązany do dokonania obowiązku notyfikacyjnego, stosownie do art. 69 ust. 1 i 4 w związku z art. 87 ust. 1c) ustawy o ofercie w brzmieniu obowiązującym w tamtej dacie. Brak notyfikacji skutkuje utratą prawa głosu z wszystkich akcji M., bowiem wszystkie zostały nabyte w związku ze zdarzeniem powodującym przekroczenie tego progu (art. 89 ust. 1). Jeśli zaś w wyniku takiego zdarzenia nie powstały obowiązki notyfikacyjne, dowód co do tej okoliczności spoczywa na pozwanym (art. 6 k.c.).

Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. orzekł jak w sentencji.