

Kraków, dnia 27 listopada 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie
Wydział XX Gospodarczy
ul. Czerniakowska 100
00-454 Warszawa

POWÓD: **Daniel Olechnowicz**

reprezentowany przez
radcę prawnego **Jakuba Ciborowskiego**
Kancelaria Radcy Prawnego
ul. Starowińska 83/5, 31-052 Kraków

POZWANY: **Elektrim spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie**
ul. Pańska 77/79, 00-834 Warszawa
KRS: 0000039329
reprezentowany przez
radcę prawnego **Jacka Sińskiego**
adwokata **Bartosza Pyzdera**
Sołtysiński, Kawęcki, Szlęzak
Kancelaria Radów Prawnych
i Adwokatów sp. k.
ul. Jasna 26, 00-054 Warszawa

PISMO PRZYGOTOWAWCZE POWODA

Działając imieniem Powoda, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa znajdującego się w aktach sprawy, w związku ze zobowiązaniem Sądu do ustosunkowania się do odpowiedzi Pozwanego na pozew z dnia 7 listopada 2018 r., podtrzymuję dotychczasowe stanowisko w sprawie oraz powołane w pozwie wnioski dowodowe oraz jednocześnie wyjaśniam co następuje.

1.

Pozwany domaga się oddalenia wniosków Powoda o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków i przesłuchania stron. Pozwany wskazuje przy tym, iż okoliczności, na które powyższe dowody zostały powołane wynikają z dokumentów. Tymczasem znajdujące się w aktach sprawy protokoły z obrad NWZA odbytego w dniu 27 lipca i 24 sierpnia 2018 r. nie dokumentują w pełni przebiegu obrad NWZA. Protokół zgromadzenia zgodnie z treścią art. 421 § 2 k.s.h. zawiera jedynie informacje o przebiegu obrad zgromadzenia w zakresie takich elementów jak prawidłowość zwołania walnego zgromadzenia i jego zdolność do powzięcia uchwał, przebieg głosowania oraz zgłoszone sprzeciwy. Treść protokołu ma zatem charakter ograniczony, a sam protokół nie stanowi pełnego odzwierciedlenia przebiegu Zgromadzenia, ani tym bardziej stenogramu z jego przebiegu. W konsekwencji dołączone do pozwu protokoły nie pozwalają między innymi na ustalenie

następujących okoliczności faktycznych mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy:

- w jakim stopniu na Zgromadzeniu zrealizowane zostało prawo akcjonariuszy do informacji,
- w jakim zakresie i z jakich powodów Przewodniczący NWZA uchylał pytania akcjonariuszy mniejszościowych,
- czy w toku Zgromadzenia możliwa była debata i zadawanie pytań związanych z punktami porządku obrad, następnie skreślonymi uchwałą nr 6 w nawiązaniu do przyjętej kolejności porządku obrad,
- czy udzielono akcjonariuszom informacji, na czym rzekoma sprzeczność projektów ich uchwał z prawem miałyby polegać,
- czy główny akcjonariusz przedkładał Zgromadzeniu alternatywne propozycje projektów uchwał,
- czy udzielono akcjonariuszom informacji, co do rzeczywistej intencji projektodawcy uchwały nr 6 na pierwszym posiedzeniu NWZA odbytym w dniu 27 lipca 2018 r.,
- jakie były okoliczności odstąpienia przez głównego akcjonariusza od głosowania nad uchwałą o emisji akcji serii W.

Powyższe okoliczności mają związek z zarzutami do zaskarżonej uchwały, w szczególności w zakresie ewentualnego żądania uchylenia uchwały jako naruszającej dobre obyczaje i prowadzącej do pokrzywdzenia akcjonariuszy. Wniosek dowodowy w omawianym zakresie jest zatem jak najbardziej uzasadniony.

Znaczenie dla przedmiotowej sprawy mają także okoliczności związane z ofertą zakupu akcji pozwanej spółki Elektrim S.A. przez Karswell Limited z siedzibą w Nikozji, Cypr. Karswell Limited to podmiot osobowo powiązany z Elektrim S.A. Oferta zakupu akcji pojawiła się przy tym niedługo po ogłoszeniu rozszerzonego porządku obrad obejmującego głosowanie nad uchwałą o emisji akcji serii W. W takiej sytuacji uzasadnione jest podejrzenie, iż celem planowanej emisji akcji serii W było skłonienie jak największej liczby akcjonariuszy mniejszościowych do zbycia swoich akcji w związku z powstałym ryzykiem rozwodnienia ich praw udziałowych na skutek planowanej emisji. Dodatkowo, jak wynika z uzasadnienia pozwu, przebieg NWZA sprowadził się w istocie do wielogodzinnej debaty i dyskusji nad uchwałą o emisji akcji serii W, z której to uchwały główny akcjonariusz w ostatniej chwili zrezygnował, nie przystępując do głosowania nad nią. W takiej sytuacji oferta zakupu akcji przez Karswell Limited oraz uzewnętrzniony zamiar podjęcia uchwały o emisji akcji serii W stanowiły elementy strategii głównego akcjonariusza służące obstrukcji inicjatywy akcjonariuszy Porozumienia, której finalnym działaniem było podjęcie uchwały nr 6 skreślającej z porządku obrad wszystkie merytoryczne punkty porządku obrad wprowadzone z inicjatywy akcjonariuszy Porozumienia. Konsekwencją zrealizowanych założeń było bowiem wypaczenie celu, dla którego NWZA zostało zwołane i wykorzystanie go przeciwko interesom akcjonariuszy mniejszościowych. Okoliczności związane z złożoną przez Karswell Limited ofertą zakupu akcji pozostają zatem w bezpośrednim związku z oceną zaskarżonej uchwały jako wpisującej się w szereg działań głównego akcjonariusza prowadzących do uniemożliwienia akcjonariuszom Porozumienia wykonania swoich uprawnień jako akcjonariuszy mniejszościowych wynikających z treści art. 400, 401 i 428 k.s.h. Okoliczności te są zatem istotne dla oceny zaskarżonej uchwały jako sprzecznej z dobrymi obyczajami oraz prowadzącej do pokrzywdzenia mniejszościowych akcjonariuszy.

Wbrew twierdzeniom Pozwanego znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy ma również okoliczność realizacji przez Pozwanego prawa do informacji. Jednym z głównych celów wprowadzenia art. 400 § 1 k.s.h., co potwierdza między innymi treść dyrektywy 2007/36/WE, było zapewnienie akcjonariuszom mniejszościowym prawa do informacji poprzez zapewnienie możliwości debaty oraz zadawania pytań w zakresie spraw umieszczonych w porządku obrad walnego zgromadzenia. Okoliczności ograniczenia prawa do informacji na skutek podjęcia zaskarżonej uchwały mają zatem znaczenia dla oceny tej uchwały jako sprzecznej z prawem, tym bardziej, iż zarząd pozwanej Spółki to prawo ograniczał również podczas wcześniejszych zgromadzeń.

2.

Pozwany już na wstępie uzasadnienia odpowiedzi na pozew formułuje tezę jakoby zaskarżona uchwała była dla akcjonariuszy mniejszościowych korzystna, bowiem zapobiegła ona czynnościom sprzecznym z prawem, a jednocześnie generującym znaczne koszty dla Spółki, a tym samym pośrednio dla jej akcjonariuszy.

Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Na skutek zmian w porządku obrad wprowadzonych przez głównego akcjonariusza trwające aż dwa dni i łącznie ponad 10 godzin NWZA sprowadziło się praktycznie w całości do jałowej i bezcelowej debaty nad potencjalnie niekorzystną dla akcjonariuszy mniejszościowych uchwałą o emisji akcji serii W. Co więcej, jak się później okazało, główny akcjonariusz przedmiotowej uchwały wcale nie miał zamiaru podejmować, zaś prawdopodobnym powodem poddania jej pod głosowanie było wywołanie jak najszerzego odzewu po stronie akcjonariuszy mniejszościowych w związku z ofertą zakupu złożoną przez Karswell Limited. Przebieg obrad NWZA ograniczył się natomiast w głównej mierze do debaty nad projektami uchwał głównego akcjonariusza, z całkowitym pominięciem projektów uchwał akcjonariuszy mniejszościowych.

W takiej sytuacji zaskakują twierdzenia o rzekomych korzyściach dla Spółki w sytuacji, gdy jedynym efektem NWZA była obstrukcja inicjatywy akcjonariuszy Porozumienia mająca na celu wyjaśnienie oraz wyeliminowanie nawarstwionych przez lata nieprawidłowości w spółce Elektrim S.A. Zastanawiające jest również w jaki sposób korzystne dla spółki było faktyczne ograniczenie przebiegu NWZA do realizacji planów i założeń głównego akcjonariusza, w tym w szczególności procedowania sprawy emisji akcji serii W.

Wątpliwości budzi też teza o rzekomych oszczędnościach dla Spółki w sytuacji, gdy NWZA głosami głównego akcjonariusza podjęło w dniu 24 sierpnia 2018 r. uchwałę nr 5, zgodnie z którą koszty zwołania i odbycia NZWZA (zgodnie z wyjaśnieniami prezesa zarządu Spółki złożonymi w toku NWZA stanowiącymi kwotę ok. 20.000,00 zł), mają ponieść w całości akcjonariusze, na żądanie których NWZA zostało zwołane. Nasuwa się zatem pytanie, jaką rzekomo oszczędność uzyskała Spółka nie realizując porządku obrad zaproponowanego przez akcjonariuszy mniejszościowych, który to porządek obrad możliwy był do zrealizowania już w toku jednego, pierwszego posiedzenia NWZA.

3.

Porozumienie Akcjonariuszy Spółki Akcyjnej Elektrim powstało w związku działaniami lub zaniechaniami organów Spółki oraz akcjonariusza większościowego realizowanymi w ocenie

akcjonariuszy Porozumienia z naruszeniem interesów zarówno Spółki, jak też akcjonariuszy mniejszościowych.

Jedną z głównych osi sporu jest brak podejmowania przez organy Spółki jakichkolwiek działań związanych ze zobowiązaniem Spółki do powrotu na Giełdę Papierów Wartościowych. Przypomnieć w tym miejscu należy, iż wykluczenie Spółki z obrotu giełdowego miało charakter warunkowy. Zgodnie z treścią § 1 pkt. 3 uchwały zarządu Giełdy Papierów Wartościowych w Warszawie z dnia 5 listopada 2007 r. nr 871/2007 wykluczenie z obrotu nastąpiło pod warunkiem, iż walne zgromadzenie spółki podejmie uchwałę upoważniającą zarząd spółki do podjęcia działań zmierzających do ponownego dopuszczenia akcji spółki do obrotu na rynku giełdowym albo w alternatywnym systemie obrotu prowadzonym przez Giełdę Papierów Wartościowych w Warszawie S.A. w terminie 6 miesięcy od dnia uprawomocnienia się wydanego przez sąd postanowienia o zakończeniu postępowania upadłościowego, chyba że postępowanie to zakończy się postanowieniem o ogłoszeniu upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika lub po przeprowadzeniu wezwania do wykupu liczba akcji pozostających w wolnym obrocie będzie niższa niż 15% wszystkich akcji emitenta.

Postanowienie Sądu Rejonowego dla M. St. Warszawy w Warszawie X Wydziału Gospodarczego dla Spraw Upadłościowych i Naprawczych z dnia 17 grudnia 2010 r. sygn. X GUp 45/07 uprawomocniło się z dniem 31 grudnia 2010 r., a ilość akcji pozostających w wolnym obrocie była większa niż 15%. Pomimo ziszczenia się tych przesłanek organy Spółki przez niemal 8 lat od uprawomocnienia się postanowienia sądu upadłościowego nie podjęły w tym zakresie żadnej znanej akcjonariuszom aktywności.

Skutkiem nieobecności Spółki na rynku regulowanym jest natomiast, zarówno znaczne ograniczenie obowiązków informacyjnych Spółki, jak też faktyczne ograniczenie obrotu akcjami Spółki przez akcjonariuszy mniejszościowych. Wskutek zawinionej w ocenie Powoda przez organy Spółki nieobecności na Giełdzie Papierów Wartościowych - standardy Spółki w zakresie transparentności, polityki informacyjnej oraz zarządzania uległy obniżeniu. W związku z powyższym usprawiedliwione jest podejrzenie, iż rzeczywista wycena majątku Spółki może istotnie różnić się od tej podawanej przez jej organy.

Faktyczne ograniczenia w zbyciu akcji Spółki wiąże się z kolei z nieobecnością na rynku regulowanym i brakiem możliwości efektywnego i prostego obrotu akcjami akcjonariuszy mniejszościowych. Brak transparentności w działaniach organów Spółki w ocenie Powoda wpływa również na ograniczenie zbywalności akcji za cenę odzwierciedlającą faktyczną wartość Spółki i należących do niej spółek Grupy Elektrim.

W związku z powyższym akcjonariusze Porozumienia, w tym Powód, od ponad 10 lat pozbawieni zostali możliwości zbycia posiadanych przez siebie akcji za cenę zbliżoną do rzeczywistej wartości Spółki. Akcjonariusze Porozumienie w akcje Spółki zainwestowali niekiedy dorobek życia, stąd rozumiało jest z ich poczucie krzywdy i bezsilności, jakie towarzyszy im w związku z zaistniałą sytuacją.

4.

Niesłuszne i błędne są twierdzenia Pozwanego, jakoby celem żądania zwołania NWZA miało być oczernienie Spółki oraz jej organów. Jest to jedynie subiektywna ocena Pozwanego w zakresie zarzutów formułowanych przez akcjonariuszy Porozumienia. W istocie wskutek nierównego dostępu do informacji akcjonariusze mniejszościowi pozbawieni zostali podstawowych informacji

o kluczowych dla wyceny wartości Spółki związanych z zagadnieniami mającymi ogromne znaczenie dla rzeczywistej wartości Spółki, takich jak sposób rozliczenia ugody kończącej spór w sprawie operatora sieci telefonii komórkowej Era czy przewłaszczenie akcji ZE PAK S.A. Dlatego też na obecnym etapie formułowanie przez Pozwanego jakichkolwiek twierdzeń o wartości Spółki budzić będzie uzasadnione wątpliwości akcjonariuszy Porozumienia.

Jak już zostało to wyartykułowane w treści pozwu jednym z głównych celów akcjonariuszy Porozumienia jest przeprowadzenie rzetelnej wyceny majątku Spółki przez niezależnego audytora, a w dalszej perspektywie doprowadzenie do powrotu spółki do notowań na Giełdę Papierów Wartościowych. W ocenie akcjonariuszy Porozumienia realizacja wyżej wymienionych założeń leżałaby zarówno w interesie Spółki, jak i akcjonariuszy mniejszościowych.

Realizacji tego celu służyło w szczególności przedłożenie projektu uchwały o powołaniu rewidentów ds. szczególnych w trybie art. 84 ustawy o ofercie. Zgodnie z projektem uchwały przedmiotem badania objęte zostałyby 4 zagadnienia kluczowe w kontekście wyceny wartości Spółki. Kolejnym etapem byłoby natomiast powołanie rewidenta ds. szczególnych celem niezależnej wyceny wartości Spółki. Zauważyć należy, iż pierwotna wersja projektu uchwały w przedmiocie badania obejmowała również badanie polegające na wycenie spółki. Skoro jednak badanie w zakresie wyceny winno uwzględniać wyniki badania w zakresie możliwych nieprawidłowości – konieczne było zachowanie odpowiedniej chronologii działań. Tym samym z uwagi na trudności w określeniu szacunkowego czasu badania zagadnień w zakresie możliwych nieprawidłowości oraz mając na względzie ustawowy, maksymalnie 3 miesięczny termin do rozpoczęcia badania od daty podjęcia uchwały (art. 84 ust. 4 pkt. 4 ustawy o ofercie) akcjonariusze Porozumienia podjęli decyzję o zmianie porządku obrad poprzez ograniczenie go na obecnym etapie do badania w zakresie nieprawidłowości.

Bezpodstawne i niesprawiedliwe jest zatem sprowadzanie działań Porozumienia do próby wymuszenia wykupu akcji po zawyżonej cenie. Działania Porozumienia sprowadzają się bowiem przede wszystkim do doprowadzenia do rzetelnej wyceny Spółki przy udziale niezależnych ekspertów. W takiej sytuacji formułowanie tez co do skonkretyzowanej „realnej” wartości spółki w relacji do jakichkolwiek kwot trudno uznać za właściwe. Niemniej należy podkreślić, iż rozbieżności głównego akcjonariusza i akcjonariuszy Porozumienia co do rzeczywistej wartości Spółki być może byłyby możliwe do rozstrzygnięcia, gdyby główny akcjonariusz skorzystał z możliwości powołania niezależnego audytora poprzez podjęcie uchwały o treści zaproponowanej przez akcjonariuszy mniejszościowych, czego jednak nie uczynił.

Nie sposób pominąć, iż to właśnie działania głównego akcjonariusza związane z emisją akcji serii W powiązane zostały w aspekcie czasowym z ofertą zakupu akcji przez Karswell Limited po cenie 12,50 zł, którą z kolei akcjonariusze Porozumienia uważają za rażąco zaniżoną. Stąd też w ocenie Powoda to główny akcjonariusz podejmował działania mające na celu skłonienie akcjonariuszy mniejszościowych do zakupu akcji po zaniżonej cenie.

Błędne jest także odwoływanie się do historycznego kursu akcji z ostatniego dnia notowań 10 stycznia 2008 r., tj. z okresu, gdy toczyło się postępowanie upadłościowe Spółki. Od tego czasu kondycja Spółki uległa istotnej poprawie między innymi w związku z wykonaniem korzystnej dla Spółki ugody w sprawie sieci Era. Jak wynika z treści wyroku WSA w Warszawie z dnia 31 marca 2017 sygn. akt III SA/Wa 239/17 przychód z tytułu przedmiotowej ugody w latach 2006-2011 sięgnął kwoty 1,45 miliarda euro (co wg średniego kursu NBP na dzień 30 sierpnia 2018 r. daje kwotę 6.222.965.000,00) zł, na co wskazuje między innymi poniższy fragment uzasadnienia przywołanego orzeczenia: „*DUKS wskazał, że pismami z 13 lipca i 15 grudnia 2010 r., 14 lutego i 2 marca 2011 r.*

zwracano się do Spółki o podanie ceny sprzedaży udziałów w P. oraz dowodów (umowa/umowy), w których Spółka i D. określiły wysokość ceny sprzedaży ww. udziałów. Spółka nie przedłożyła dowodów, w których określono cenę sprzedaży ww. udziałów, a w piśmie z 11 marca 2011 r. wyjaśniła, że otrzymała od D., tytułem wykonania I i II Wyroku Częściowego Trybunału Arbitrażowego, za przeniesienie udziałów P. 718.667.000 EUR. W M. and I. A. wysokość wynagrodzenia za przeniesienie ww. udziałów określona jako m.in. 1.100.000.000 EUR plus 350.000.000 EUR, jako udział w skumulowanej dywidendzie, łącznie 1.450.000.000 EUR, chyba, że Trybunał Arbitrażowy w ramach ww. postępowania zasądziłby wyższą kwotę.”

Sama kwota osiągniętego przychodu 6.222.965.000,00 zł podzielona na ilość akcji 83.770.297 daje kwotę na akcję 75,89 zł. Oczywiście brak możliwości wykazania bezpośredniego związku pomiędzy wartością przychodu a ostateczną wyceną. Powodowi nie są przy tym znane szczegóły przepływów związanych z przedmiotową ugodą. Jednak już z powyższego zestawienia wynika, iż przedmiotowa ugoda, z uwagi na jej skalę, mogła mieć istotne znaczenie dla wyceny wartości Spółki. Szczegóły związane z rozliczeniem tej ugody nie są jednak akcjonariuszom mniejszościowym znane, a sama ugoda została utajniona. W takiej sytuacji wpływ tych przepływów na wartość spółki powinien być przedmiotem specjalistycznej analizy, do której sprowadza się wniosek akcjonariuszy mniejszościowych o powołanie rewidenta ds. szczególnych.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż kwestia wyceny wartości majątku Spółki wykracza poza przedmiot niniejszego postępowania i będzie przedmiotem badania przez rewidenta ds. szczególnych. Niemniej celem wykazania zasadności i istotności zagadnień jakie akcjonariusze Porozumienia chcieliby poddać badaniu rewidentów ds. szczególnych, a także celem zaprzeczeniu tezie strony Pozwanej, iż zarzuty kierowane wobec organów Spółki mają charakter bezpodstawny – wnoszę o **dopuszczenie dowodu z dokumentu** w postaci odpisu wniosku o powołanie rewidentów ds. szczególnych oraz o zwolnienie z kosztów odbycia NWZA z dnia 7 września 2018 r.

Dowód: odpis wniosku o powołanie rewidentów ds. szczególnych oraz o zwolnienie z kosztów odbycia NWZA z dnia 7 września 2018 r.

5.

Pozwany zaprzecza jakoby Zarząd Spółki wykorzystał wniosek akcjonariuszy Porozumienia do przeforsowania własnych propozycji. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż Powód tego rodzaju zarzutu nie stawiał Zarządowi spółki, a głównemu akcjonariuszowi i jego reprezentantom. To z inicjatywy głównego akcjonariusza zaskarżona uchwała została wprowadzona do porządku obrad i to właśnie procedowanie nad uchwałą o emisji akcji serii W wprowadzonej do porządku obrad na żądanie głównego akcjonariusza zdominowało przebieg NWZA.

Twierdzenia o rozszerzeniu porządku obrad wbrew twierdzeniom Pozwanego zawartym w odpowiedzi na pozew nie wprowadzają w błąd. W rzeczy samej porządek obrad wyznaczonego NWZA zwołanego na żądanie akcjonariuszy Porozumienia główny akcjonariusz rozszerzył o własne punkty porządku obrad. Było to działanie prawnie dopuszczalne, ale w ostatecznym rozrachunku w toku obrad Zgromadzenia skutkowało faktycznym zmarginalizowaniem punktów porządku obrad wprowadzonych na żądanie akcjonariuszy Porozumienia.

Pełnomocnik Powoda pozostaje również pełnomocnikiem substytucyjnym akcjonariuszy Porozumienia w dalszym ciągu umocowanym przez zdecydowaną większość członków Porozumienia.

Wskutek zbycia akcji z Porozumienia wystąpiło wedle wiedzy pełnomocnika jedynie 3 członków, a międzyczasie do Porozumienia przystąpiło kilkudziesięciu nowych. Brak rejestracji wszystkich akcjonariuszy na NZWA wcale nie świadczy o braku poparcia dla inicjatywy Porozumienia. Rejestracja udziału wymagała bowiem od akcjonariuszy Porozumienia podjęcia w ciągu miesiąca od ogłoszenia informacji o wyznaczeniu terminu NWZA szeregu działań, tj. rejestracji w biurze maklerskim oraz wniesienia stosownej opłaty. Biorąc pod uwagę, iż akcjonariat mniejszościowy Spółki cechuje się znacznym rozproszeniem, część członków Porozumienia mieszka za granicą, a czas rejestracji przypadł w okresie wakacyjnym – to rejestracja aż 85,50% członków Porozumienia na NWZA jest wynikiem bardzo dobrym, świadczącym o wysokim stopniu mobilizacji i zaangażowania akcjonariuszy Porozumienia w sprawy Spółki. Zaznaczyć przy tym należy, że akcjonariusze Robert Bibrowski oraz Artur Kowalczyk działający w imieniu własnym, jak i spółki prawa stanu Delaware EQUINTO LLC pisemnie poparli wniosek o powołanie rewidentów ds. szczególnych i osobiście uczestniczyli w NWZA, a zatem wraz z nimi przekroczony został 5% próg kapitału zakładowego Spółki.

Zaskarżone uchwała mogła wprowadzać w błąd i budziła wątpliwości akcjonariuszy. Uchwała w tym zakresie została przez niektórych akcjonariuszy odebrana jako mająca charakter materialno-techniczny. Skreślenie z porządku punktów nr 5-11 z uwagi na ich przeniesienie do punktów nr 9-15 mogło zostać odebrane jako mające na celu uniknięcia podwójnego głosowania nad tymi samymi uchwałami. Pierwotne brzmienie projektu tej uchwały zawarte w ogłoszeniu nie odwoływało się bowiem w ogóle do nowego porządku obrad z dnia 7 lipca 2018 r., w którym wykreślane uchwałą punkty porządku obrady miały numery 10-16. Ostatecznie początek zaskarżonej uchwały otrzymał następujące brzmienie:

„Skreśla się z porządku obrad niniejszego Nadzwyczajnego Walnego Zgromadzenia punkty od 5-11, to jest obecnie punkty od 10-16 porządku obrad obejmujące: (...)”

Co więcej w zmienionym porządku obrad odwołano się m. in. do pkt. 5 poprzedniego porządku obrad opublikowanego w dniu 6 czerwca 2018 r. W § 1 tiret pierwsze uchwały skreślającej opublikowanej w dniu 7 lipca 2018 r. pojawiło się z kolei odwołanie do uchwały o powołaniu „rewidenta” (zgodnie z porządkiem obrad opublikowanym w dniu 6 czerwca 2018 r.), a nie „rewidentów” (zgodnie z nowym porządkiem obrad opublikowanym w dniu 7 lipca 2018 r.) . Prowadzić to mogło do wniosku, iż zaskarżona uchwała miała charakter wyłącznie materialno-techniczny, a jej celem było usunięcie nieaktualnych propozycji uchwał w związku z kolejnością porządku obrad oraz zmianą pkt. 5 porządku obrad.

Nadto w toku pierwszego posiedzenia NWZA w dniu 27 lipca 2018 r. pełnomocnik akcjonariuszy mniejszościowych poddał pod głosowanie zmienioną propozycję uchwały, w której skreślenie uchwał 5-11 wiązałoby się z rozszerzeniem porządku obrad, nie zaś ze sprzecznością z prawem. W toku NWZA ani Zarząd Spółki, ani pełnomocnik akcjonariusza większościowego – nie sygnalizowali, że uchwały akcjonariuszy mniejszościowych nie będą objęte porządkiem obrad NWZA. Wniosek o zamiarze procedowania pełnego porządku obrad mógł być tym bardziej usprawiedliwiony, że podjęta w dniu 27 lipca 2018 r. uchwała nr 2 zatwierdziła porządek obrad obejmujący merytoryczne projekty uchwał akcjonariuszy mniejszościowych zawarte w punktach od 10 do 16. Porządek obrad przewidziany uchwałą nr 2 nie został jednak wykonany.

Założenie, że nikt z akcjonariuszy takich wątpliwości nie miał, nie odpowiada rzeczywistości. Akcjonariusze mogli i w istocie mieli wątpliwości co do charakteru zaskarżonej uchwały, co zresztą

w ramach wnioskowanego dowodu ze świadków może zostać wykazane. Dodać przy tym należy, iż wnioskowani świadkowie uczestniczyli w obu posiedzeniach NWZA, a zatem mają wiedzę o przebiegu obrad Zgromadzenia.

Wbrew twierdzeniom Pozwanego projekty uchwał wprowadzone przez akcjonariusza większościowego mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Akcjonariusz większościowy wprowadził do porządku obrad NWZA zwołanego przez akcjonariuszy mniejszościowych punkty porządku obrad związane z emisją akcji serii W oraz upoważnieniem zarządu do nabycia akcji własnych Spółki. Punkty te zdominowały przebieg NWZA i czas poświęcony jego obradom. Pomimo tego główny akcjonariusz w ostatniej chwili, ku zaskoczeniu zgromadzonych na Sali akcjonariuszy nie przystąpił nawet do głosowania nad tymi uchwałami. Następnie zaś w bardzo szybkim tempie NWZA głosami głównego akcjonariusza podjęło uchwałę nr 6, co skutkowało zamknięciem porządku obrad Zgromadzenia i jego zakończeniem. Powyższe działania trudno zatem ocenić inaczej niż obstrukcję inicjatywy członków Porozumienia, tj. sprowadzenie przebiegu obrad NWZA do dyskusji nad projektami uchwał, których główny akcjonariusz nie miał zamiaru podejmować. W takiej sytuacji zaskarżona uchwała jako element zaprezentowanej wyżej strategii głównego akcjonariusza, a tę strategię wieńczący, jest uchwałą sprzeczna z dobrymi obyczajami.

6.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Pozwanego sprowadzającymi się do wniosków, iż głosami głównego akcjonariusza dysponującego większością głosów na walnym zgromadzeniu można usuwać z porządku sprawy wprowadzone do tego porządku obrad na wniosek mniejszości wykonującej swoje uprawnienia określone w art. 400 § 1 i 401 § 1 k.s.h.

Co do charakteru przedmiotowego prawa mniejszości i niedopuszczalności odejmowania tego prawa w sposób jaki uczynił to główny akcjonariusz Pozwanego – Powód podtrzymuje w całości swoje stanowisko prawne zaprezentowane w uzasadnieniu pozwu. Niemniej uzupełniając to stanowisko dodać należy, iż wykładnia ww. przepisów zaprezentowana przez Pozwanego jest niedopuszczalna bowiem wypacza istotę ustawowego i bezwzględnego praw mniejszości jakim jest wyartykułowane w treści art. 400 § 1 k.s.h. uprawnienie do żądania zwołania nadzwyczajnego walnego zgromadzenia i umieszczenia określonych spraw w porządku obrad. Uprawnienie mniejszości miałoby bowiem zupełnie iluzoryczny charakter, gdyby przyjąć, iż większość, a w szczególności jeden główny akcjonariusz, może te sprawy z porządku obrad usunąć. Wówczas prawo wprowadzenia określonych spraw do porządku obrad sprowadzałoby się w istocie do uprawnienia do skierowania do zarządu petycji o umieszczenie określonych spraw w porządku obrad i nie miało by żadnej doniosłości faktycznej lub prawnej dla akcjonariuszy mniejszościowych. Nadto taka wykładnia pozostaje w rażącej sprzeczności z wykładnią prowsólnotową przepisów art. 400 § 1 i 401 § 1 k.s.h. stanowiących przeciwieństwo implementację dyrektywy 2007/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. Przypomnieć w tym miejscu należy, iż celem rzeczony Dyrektywy było zapewnienie akcjonariuszom mniejszościowym prawa do debaty, zadawania pytań i uzyskania na nie odpowiedzi. Przyjęcie uchwały nr 6 przez NWZA owe prawa mniejszości niewątpliwie odjęło.

Pozwany uzasadniając prawo zgromadzenia do skreślenia z porządku obrad spraw wprowadzonych na żądanie akcjonariuszy mniejszościowych zakłada, że skoro zarząd może odmówić

zwołania zgromadzenia powołując się na nadużycie prawa – to tym bardziej walne zgromadzenie ma prawo zdecydować, że określonymi sprawami nie będzie się zajmować i skreślić je z porządku obrad. Takie porównanie jest nietrafione. Owszem, w literaturze przyjęty jest pogląd, iż wniosek mniejszości złożony w trybie art. 400 § 1 nie jest bezwzględnie wiążący dla zarządu i zarząd może w określonych okolicznościach odmówić zwołania zgromadzenia. Niemniej w takim przypadku akcjonariuszom przysługuje środek ochrony prawnej w postaci wniosku do sądu rejestrowego o upoważnienie do zwołania zgromadzenia wynikający z art. 400 § 3 k.s.h. W ramach postępowania sądowego prawidłowość działania zarządu podlega jednak kontroli sądowej, co ogranicza dowolność zarządu w tym zakresie i stanowi procesową gwarancję realizacji prawa mniejszości. W przypadku natomiast usunięcia z porządku obrad spraw mniejszości głosami większościowego akcjonariusza (większości zgromadzenia) – akcjonariusze mniejszościowi nie dysponują skutecznym środkiem ochrony prawnej i nie dysponują tego rodzaju gwarancjami procesowymi. Nie mogą również wnioskować o sądowe upoważnienie do zwołania zgromadzenia, bowiem zarząd termin zgromadzenia wyznaczył. Z wyżej wymienionych powodów porównywanie uprawnień zarządu w tym zakresie do uprawnień zgromadzenia nie jest właściwe i w pełni usprawiedliwiony jest pogląd, iż przepis art. 400 § 1 k.s.h. nakłada na zgromadzenie obowiązek poddania pod obrady punktów porządków obrad wprowadzonych na żądanie akcjonariuszy mniejszościowych.

Powyższe rozważania nasuwają również pytania, dlaczego zarząd Pozwanego w ogóle dopuścił do zwołania NWZA z porządkiem obrad zaproponowanym przez akcjonariuszy, skoro Pozwany uważa zaproponowane projekty uchwał za sprzeczne z prawem. Nie można wykluczyć, że stało się tak, bowiem Pozwany zdawał sobie sprawę, iż odmowa lub niezwołanie zgromadzenia w dwutygodniowym terminie może skutkować wyznaczeniem terminu zgromadzenia oraz jego przewodniczącego przez sąd, co utrudniłoby realizację scenariusza polegającego na pominięciu punktów porządku obrad niewygodnych dla akcjonariusza większościowego.

W nawiązaniu do powyższych wywodów i na ich potwierdzenie wskazać należy na prezentowane w literaturze stanowiska o niedopuszczalności usuwania spraw wprowadzonych na żądanie mniejszości z porządku obrad głosami zgromadzenia.

Nie jest dopuszczalne podjęcie uchwały o usunięciu z porządku obrad sprawy, która została do tego porządku obrad wprowadzona na wniosek mniejszości wykonującej uprawnienie określone w art. 385 § 3 bądź art. 400. (Rodzyńkiewicz, Mateusz. Art. 409. W: Kodeks spółek handlowych. Komentarz, wyd. VII. Wolters Kluwer Polska, 2018.).

Wydaje się jednak, że uregulowanie to nie powinno znaleźć zastosowania w przypadku, gdy dana sprawa została wprowadzona do porządku obrad walnego zgromadzenia na wniosek mniejszości wykonującej swojej ustawowe uprawnienia. (Strzępka, Janusz, Art. 409, W; W: Kodeks spółek handlowych. Komentarz, wyd. V. C.H. Beck, 2012.)

Do obrony jest opinia, zgodnie z którą nie jest dopuszczalne usunięcie z porządku obrad w trybie art. 409 § 2 spraw umieszczonych w nim na żądanie mniejszościowych akcjonariuszy (art. 401 § 1) ani spraw ujętych w porządku obrad walnego zgromadzenia zwołanego przez akcjonariuszy mniejszościowych na podstawie upoważnienia sądu rejestrowego (art. 400 § 3) (Naworski, Jerzy Paweł. Art. 409. W: Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł III. Spółki kapitałowe. Dział II. Spółka akcyjna. Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2012.)

7.

Błędne jest stanowisko Pozwanego prowadzące do wniosku jakoby walnemu zgromadzeniu przysługiwała kompetencja do oceny zgodności z prawem spraw objętych porządkiem obrad wprowadzonych na żądanie akcjonariuszy mniejszościowych wykonujących swoje ustawowe uprawnienia wynikające z art. 400 § 1 i 401 § 1 k.s.h. Pogląd Pozwanego sprowadza się do przyznania walnemu zgromadzeniu uprawnienia do oceny zgodności z prawem projektów uchwał akcjonariuszy mniejszościowych poprzez wywiedzenie takiego uprawnienia z konstytucyjnego obowiązku przestrzegania prawa. Tymczasem zgromadzenie akcjonariuszy nie posiada jakichkolwiek ustawowych uprawnień do kontroli zgodności z prawem projektów uchwał akcjonariuszy mniejszościowych. Błędne jest zatem wywiedzenie tak daleko idącego uprawnienia z ogólnych norm konstytucyjnych. Walne zgromadzenie akcjonariuszy, w szczególności wykonujące swoje kompetencje głosami głównego akcjonariusza, nie jest organem władzy wykonawczej lub sądowniczej, do której należałoby egzekwowanie prawa i rozstrzyganie, która z propozycji akcjonariuszy mniejszościowych jako niesprzeczna z prawem zasługuje na poddanie jej pod głosowanie. Walne zgromadzenie jako organ Spółki jest natomiast adresatem norm prawnych wynikających z przepisów art. 400 § 1 i 401 § 1 zapewniających mniejszości bezwzględne prawo żądania wprowadzenia do porządku obrad określonych spraw i to te normy w pierwszej kolejności winny być realizowane, nie zaś odwoływać się do subiektywnego poczucia praworządności.

Stanowisko o bezprawności uchwały skreślającej z porządku obrad punktów dotyczących spraw mniejszości jest tym bardziej zasadne, iż w świetle regulacji k.s.h. akcjonariuszom mniejszościowym nie przysługuje środek ochrony prawnej pozwalający wyegzekwować poddanie pod głosowanie porządku obrad wprowadzonego na ich żądanie. Przyjęcie tak daleko idącej kompetencji zgromadzenia zamyka tym samym akcjonariuszom realizację ustawowego prawa mniejszości. W takiej sytuacji pogląd o bezwzględnej nieważności zaskarżonej uchwały jako sprzecznej odnoszącej się do spraw mniejszości jest w pełni uzasadniony.

8.

Jak zostało wyjaśnione powyżej NWZA głosami głównego akcjonariusza nie było uprawnione, zarówno do skreślania jakichkolwiek spraw wprowadzonych do porządku obrad na wnioski akcjonariuszy mniejszościowych, jak też do oceny zgodności przedłożonych uchwał z prawem.

Pozwany w uzasadnieniu odpowiedzi na pozew wskazuje jednak na sprzeczność przedłożonych projektów uchwał z prawem. W związku z powyższym z ostrożności procesowej Powód zaprzecza, jakoby projekty uchwał akcjonariuszy mniejszościowych były sprzeczne z prawem.

Nie jest sprzeczny z prawem projekt uchwały w sprawie odwołania Wojciecha Piskorza z funkcji prezesa zarządu. Odwoływanie zarządu to niewątpliwa kompetencja walnego zgromadzenia, a zatem możliwość poddania tego rodzaju uchwały pod głosowanie nie powinna budzić żadnych wątpliwości. Tymczasem uchwała nr 6 skreśliła z porządku obrad również punkt porządku obrad dotyczący odwołania urzędującego prezesa zarządu. Takie działanie było niedopuszczalne. Zauważyć przy tym trzeba, iż akcjonariusze mniejszościowi byli uprawnieni do zawarcia w projekcie uchwały uzasadnienia odwołania członka zarządu toczącym się postępowaniem przygotowawczym. W konsekwencji skreślenie tego punktu porządku obrad zaskarżoną uchwałą już samodzielnie i równoległe z opisywanymi wcześniej okoliczności przesądza o nieważności zaskarżonej uchwały nr 6.

Bezasadne było też skreślenie zaskarżoną uchwałą punktu porządku obrad w zakresie powołania rewidentów ds. szczególnych. Charakter zagadnień, które miały być poddane badaniu został szczegółowo opisany w załączonej do niniejszego pisma treści wniosku o powołanie rewidentów ds. szczególnych i zwolnienie z kosztów odbycia NWZA z dnia 7 września 2018 r. Nie sposób zgodzić się przy tym ze stanowiskiem strony pozwanej jakoby celem powołania rewidentów ds. szczególnych było rozpowszechnianie nieprawdziwych zarzutów. Przedmiotem analizy będzie natomiast badanie przez rewidentów ds. szczególnych szeregu spraw, które w ocenie wnioskodawców mogły skutkować pokrzywdzeniem spółki. W ocenie Powoda wątpliwości wnioskodawców zostały w tym zakresie uprawdopodobnione w treści wniosku. Przesądzanie na obecnym etapie postępowania, czy te zarzuty są prawdziwe jest przedwczesne, gdyż właśnie ustalenie istnienia ewentualnych nieprawidłowości będzie przedmiotem badania. Co więcej, ocena tych zagadnień, niewątpliwie wymaga wiadomości specjalnych, stąd też wszelkie kategoryczne wnioski w tym zakresie wydają się w chwili obecnej niedopuszczalne.

Kwestia związku zagadnień, których dotyczył projekt uchwały o powołania rewidentów ds. szczególnych z prowadzeniem spraw spółki została szczegółowo wyjaśniona w treści wniosku z dnia 7 września 2018 r. Rozstrzygnięcie w zakresie dopuszczalności wniosku pod kątem ustawowych przesłanek wyda natomiast właściwy sąd rejestrowy. W ocenie Powoda dla oceny przedmiotu niniejszej sprawy wystarczające wydaje się wskazanie, iż NWZA podejmując głosami głównego akcjonariusza zaskarżoną uchwałą nie było w żaden sposób uprawnione do uznania projektu uchwały w tym zakresie za sprzeczny z prawem, nawet w sytuacji, gdy główny akcjonariusz stał na stanowisku, iż uchwała nie spełniała przesłanek z art. 84 ustawy o ofercie.

Nie jest natomiast prawdziwe twierdzenie jakoby akcjonariusze mniejszościowi wykluczali możliwość modyfikacji czy ograniczenia zakresu badania przez rewidentów ds. szczególnych. Tego rodzaju propozycje nie padały ze strony głównego akcjonariusza czy zarządu Spółki. Niemniej, gdyby nie zaskarżona uchwała nr 6 i będące jej konsekwencją wykreślenie z porządku obrad sprawy powołania rewidentów ds. szczególnych, hipotetycznie możliwe byłoby ustalenie między stronami projektu kompromisowej uchwały, która pozwoliłaby na powołanie rewidentów dla badania w zakresie akceptowalnym przez obie strony. Na sali obrad było bowiem obecny pełnomocnik akcjonariuszy Porozumienia umocowany do zmiany zakresu wniosku. Takie propozycje jednak nie padły, a działania głównego akcjonariusza ograniczyły się do pozorowania zamiaru podjęcia uchwały o emisji akcji serii W oraz skreślenia zaskarżoną uchwałą między innymi punktu porządków obrad w przedmiocie powołania rewidentów ds. szczególnych.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem o rzekomej sprzeczności z prawem uchwały objętej porządkiem obrad związanym z przywróceniem Spółki na Giełdę Papierów Wartościowych w Warszawie. Zobowiązanie do powrotu Spółki na giełdę wynikało z przywoływanej już w niniejszym piśmie uchwały Giełdy Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie. Sprzeczny z prawem jest natomiast brak jakiegokolwiek aktywności głównego akcjonariusza czy zarządu Spółki w zakresie działań koniecznych do przeprowadzenia przywrócenia spółki do notowań na GPW.

W kwestii zarzutu rzekomej sprzeczności kolejnych uchwał z treścią art. 375¹ k.s.h. wskazać należy, iż w spółce akcyjnej ograniczenia zarządu wynikające zarówno z uchwał rady nadzorczej, jak i walnego zgromadzenia nie mogą stanowić wiążących ograniczeń, a mogą być jedynie zaleceniami (Rodzyńkiewicz, Mateusz. Art. 375(1). W: Kodeks spółek handlowych. Komentarz, wyd. VII. Wolters Kluwer Polska, 201). Nie powinno budzić wątpliwości, iż procedowane uchwały w razie ich ewentualnego przyjęcia nie mogły mieć dla zarządu charakteru bezwzględnie wiążących poleceń, a stanowiłyby jedynie sugestie czy zalecenia zgromadzenia, dla zarządu co do przyszłych kierunków.

Jak wskazują bowiem przedstawiciele doktryny. *Nie ma przeszkód, aby wymienione w przepisie organy wydawały zarządowi niewiążące polecenia.* (por. Naworski, Jerzy Paweł. Art. 375(1). W: Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł III. Spółki kapitałowe. Dział II. Spółka akcyjna. Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2012.).

Zaznaczyć także należy, iż przedłożone projekty uchwały miały charakter propozycji w ramach przyjętego porządku obrad. Tymczasem zgodnie z art. 401 § 5 k.s.h. każdy z akcjonariuszy mógł podczas walnego zgromadzenia zgłaszać projekty uchwał dotyczące spraw wprowadzonych do porządku obrad. W takiej sytuacji skreślenie zaskarżoną uchwałą wszystkich spraw porządku obrad uniemożliwiło jakąkolwiek debatę co do ostatecznej treści propozycji uchwał, a także ewentualne modyfikacje projektu uchwały przez ich projektodawców np. w zakresie doprecyzowania nieścisłości w projekcie uchwały lub zaakcentowania upoważniającego, nie zaś zobowiązującego charakteru głosowanej uchwały. Jednocześnie podkreślić należy, iż w sytuacji, w której główny akcjonariusz uważał dany projekt uchwały za sprzeczny z prawem, mógł dać temu wyraz głosując przeciwko jej podjęciu lub proponując alternatywną i w jego ocenie zgodną z prawem propozycję uchwały. W żadnym wypadku jednak główny akcjonariusz nie był w związku z powyższym uprawniony do skreślenia danej sprawy z porządku obrad, a już tym bardziej do skreślenia wszystkich projektów uchwał akcjonariuszy mniejszościowych.

9.

Odnosząc się do zarzutu braku wykazania przesłanek alternatywnego żądania pozwu, tj. uchylenia zaskarżonej uchwały jako sprzecznej z dobrymi obyczajami i mającej na celu pokrzywdzenie akcjonariuszy Powód podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w pkt. 2 uzasadnienia pozwu.

Jednocześnie Powód wyjaśnia, iż pojęcie dobrych obyczajów jest generalną klauzulą odsyłającą opartą na kryterium ocennym zaczerpniętym z zasad powszechnej obyczajowości. Przez dobre obyczaje należy rozumieć takie zachowania, które wpływają pozytywnie na funkcjonowanie spółki i otoczenie "gospodarcze", a są z pewnością związane z przestrzeganiem uczciwości "kupieckiej" przy prowadzeniu działalności gospodarczej (Kidyba, Andrzej. Art. 422. W: Komentarz aktualizowany do art. 301-633 Kodeksu spółek handlowych. System Informacji Prawnej LEX, 2018). Przykład spisanych dobrych obyczajów (dobrych praktyk) stanowią Dobre Praktyki Spółek Notowanych na Giełdzie Papierów Wartościowych, załącznik do uchwały nr 19/1307/2012 Rady Giełdy z dnia 13 października 2016 r., które co prawda nie mają wiążącego zastosowania do Pozwanego jako spółki publicznej pozostającej poza obrotem giełdowym – jednak mogą okazać się pomocne dla wykładni pojęcia „dobrych obyczajów” w rozumieniu art. 422 § 1 k.s.h. Zgodnie natomiast z pkt. IV powołanego dokumentu: *Zarząd spółki giełdowej i jej rada nadzorcza powinny zachęcać akcjonariuszy do zaangażowania się w sprawy spółki, wyrażającego się przede wszystkim aktywnym udziałem w walnym zgromadzeniu.*

W związku powyższym zauważyć należy, iż zaskarżona uchwała godziła w dobre obyczaje w zakresie, w jakim wyłączała lub ograniczała udział akcjonariuszy mniejszościowych w sprawach spółki, możliwości uczestnictwa akcjonariuszy w debacie związanej z kluczowymi dla spółki zagadnieniami, a także w zakresie w jakim uniemożliwiła akcjonariuszom zadawanie pytań do spraw objętych porządkiem obrad. Także sposób procedowania tej uchwały i przeniesienie głosowania nad nią na sam koniec dwudniowego NWZA, po wyczerpaniu znacznej części czasu zgromadzenia na

bezcelową debatą o emisji akcji serii W, dodatkowo wskazuje na jej sprzeczność z dobrymi obyczajami. Właściwym i zgodnym z dobrymi obyczajami trybem byłoby przystąpienie w pierwszej kolejności do głosowania nad punktami porządku obrad akcjonariuszy mniejszościowych, którzy żądali zwołania NWZA, a dopiero w dalszej kolejności na chronologicznie późniejszymi punktami wprowadzonymi na żądanie głównego akcjonariusza.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, iż nieobecność Spółki na GPW nie miałyby wpływu na sytuację prawną i ekonomiczną Powoda. Potencjalny wpływ przywrócenia notowań Spółki na GPW wydaje się być niezwykle istotny zarówno względem standardów informacyjnych i związanych z zarządzaniem, jakie spółki giełdowe winny spełniać, jak też względem potencjalnej wartości akcji Powoda w Spółce zarządzanej w sposób transparentny i prawidłowy, co szerzej zostało opisane w pkt. 3 niniejszego pisma procesowego.

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak dotychczas.

Oświadczam, iż odpis niniejszego pisma został nadany przesyłką poleconą bezpośrednio pełnomocnikowi Pozwanego.

Załączniki:

- 1) odpis wniosku z dnia 7 września 2018 r.