

Andrzej Kidyba*, Małgorzata Dumkiewicz**

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poprawy równowagi płci wśród dyrektorów niewykonawczych spółek, których akcje są notowane na giełdzie, i odnośnych środków – analiza projektu

Directive of the European Parliament and of the Council on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures: The proposal aims at harmonising national legislation in the area in which European Union has no exclusive competences. Therefore, it is subject to scrutiny by the national parliaments to assess its compliance with the subsidiarity principle. The article examines in detail the consistency of the proposed directive with the principle of subsidiarity. The authors prove that the proposal infringes the subsidiarity principle and those Treaty provisions which delineate the competences of EU legislative institutions.

Keywords: European Union | companies | gender equality | subsidiarity
Słowa kluczowe: Unia Europejska | spółki prawa handlowego | równouprawnienie kobiet | pomocniczość

* Profesor zwyczajny, doktor hab. nauk prawnych, kierownik Katedry Prawa Gospodarczego i Handlowego UMCS w Lublinie; akidyba@lfr.lublin.pl.

** Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego i Handlowego UMCS w Lublinie; ghalas@interia.pl.

W listopadzie 2012 r. zakończone zostały prace nad projektem dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej w sprawie poprawy równowagi płci wśród dyrektorów niewykonawczych spółek, których akcje są notowane na giełdzie i odnośnych środków¹. Jako projekt aktu ustawodawczego stanowiącego w dziedzinie kompetencji niewyłącznych Unii Europejskiej, podlega on ocenie dokonywanej przez parlamenty narodowe pod względem jego zgodności z zasadą pomocniczości, na podstawie art. 6 i 8 protokołu nr 2 w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności (Dz.Urz. UE C 115 z 9 maja 2008 r.; dalej: protokół nr 2), załączonym do Traktatu o Unii Europejskiej

¹ Tekst mający znaczenie dla EOG, COM(2012) 614 final, 2012/0299 (COD), Bruksela, 14 listopada 2012 r.

(Dz.Urz. UE C 115 z 9 maja 2008 r.; dalej: TUE) oraz Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 115 z 9 maja 2008 r.; dalej: TFUE). Ewentualne wejście w życie przedmiotowej dyrektywy w zaproponowanym kształcie wiązać się będzie z koniecznością dokonania stosownych zmian implementacyjnych w polskich przepisach, tj. przede wszystkim w Kodeksie spółek handlowych (k.s.h.)², ustawie o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej³ oraz przypuszczalnie w ustawie o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych⁴. Procedura oceny zgodności projektu dyrektywy przez parlamenty narodowe poszczególnych państw członkowskich (o której mowa w art. 6 protokołu nr 2) została wszczęta w listopadzie 2012 r. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej wypowiedział się w tej sprawie w uchwale podjętej 19 grudnia 2012 r.⁵, uznając przedmiotowy projekt za niezgodny z zasadą pomocniczości. Zgodnie zaś z art. 7 ust. 2 protokołu nr 2, w wypadku gdy uzasadnione opinie o niezgodności projektu aktu ustawodawczego z zasadą pomocniczości stanowią co najmniej jedną trzecią głosów przyznanych parlamentom narodowym, projekt zostaje poddany ponownej analizie. Pomimo zaawansowania prac legislacyjnych nad wprowadzeniem w życie przedmiotowej dyrektywy, jej losy i ostateczny kształt nie są więc jeszcze przesądzone. Uzasadnione wydaje się zatem przeprowadzenie szerszej dyskusji na temat potrzeby wprowadzenia oraz zakresu wiążących rozwiązań prawnych, mających na celu poprawę równowagi płci w organach spółek. Przyczynę do podjęcia tej dyskusji stanowić może bliższa analiza projektu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady⁶.

Przedmiot projektu dyrektywy

Przedmiotem projektu jest harmonizacja prawa prywatnego państw członkowskich dotycząca poprawy równowagi płci wśród dyrektorów niewykonawczych spółek giełdowych. Jak wskazuje się w art. 1 projektu dyrektywy, ma ona na celu ustanowić środki służące zapewnieniu bardziej zrównoważonej reprezentacji mężczyzn i kobiet w spółkach giełdowych, przez ustanowienie środków w celu przyspieszenia postępu w osiągnięciu równowagi płci.

W art. 2 wyjaśnione są podstawowe pojęcia, istotne dla stosowania dyrektywy, jak: spółka giełdowa, organy spółki, dyrektor, dyrektor wykonawczy

² Ustawa z 15 września 2000 r., Dz.U. z 2000 r. nr 94, poz. 1037 ze zm.

³ Ustawa z 4 marca 2005 r., Dz.U. nr 62, poz. 551 ze zm.

⁴ Ustawa z 29 lipca 2005 r., Dz.U. z 2009 r. nr 185, poz. 1439 ze zm.

⁵ Druk sejmowy nr 1003/VII kad.

⁶ Artykuł powstał na podstawie opinii prawnej sporządzonej przez autorów na zlecenie Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu w grudniu 2012 r.

i niewykonawczy, organ spółki w systemie monistycznym, system dualistyczny, małe i średnie przedsiębiorstwo, przedsiębiorstwo publiczne.

W kontekście tytułu projektu dyrektywy najistotniejsze są pojęcia:

- 1) spółka giełdowa – oznacza spółkę zorganizowaną w państwie członkowskim, w której papiery wartościowe są dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym, w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 11 dyrektywy 2004/39/WE, w co najmniej jednym państwie członkowskim,
- 2) dyrektor niewykonawczy – oznacza każdego członka organu spółki w systemie monistycznym niebędącego dyrektorem wykonawczym i każdego członka rady nadzorczej w systemie dualistycznym.

Zgodnie z art. 3 projektu dyrektywa nie będzie miała zastosowania w małych i średnich przedsiębiorstwach.

Kluczowe dla dyrektywy wydają się być art. 4 i 5. Artykuł 4 określa cele, jakie przyświecają projektowi w stosunku do dyrektorów niewykonawczych. Mianowicie, państwa członkowskie mają zagwarantować, że jeśli spółki giełdowe, w których osoby należące do płci niedostatecznie reprezentowanej zajmują mniej niż 40% stanowisk dyrektorów niewykonawczych, muszą powołać kandydatów na przedmiotowe stanowiska na podstawie oceny porównawczej ich kwalifikacji, opierając się na wcześniej określonych, przejrzystych, rzetelnie sformułowanych i jednoznacznych kryteriach. Wspomniany odsetek ma być osiągnięty najpóźniej do 1 stycznia 2020 r., a w wypadku spółek giełdowych będących przedsiębiorstwami publicznymi najpóźniej do 1 stycznia 2018 r. Liczba stanowisk dyrektorów niewykonawczych niezbędna do osiągnięcia celu wskazanego w art. 1 projektu jest liczbą najbardziej zbliżoną do wartości 40%, ale nieprzekraczającą 49%. Zgodnie z art. 4 ust. 3 projektu, aby wypełnić cel określony w ust. 1, państwa członkowskie gwarantują, że podczas wyboru dyrektorów niewykonawczych pierwszeństwo przyznaje się kandydatom należącym do niedostatecznie reprezentowanej płci, gdy kandydat ma takie same kwalifikacje jak kandydat należący do płci przeciwnej. Zasada ta nie obowiązuje, jeżeli obiektywna ocena uwzględniająca wszystkie kryteria wypada na korzyść kandydata należącego do płci przeciwnej. Jednak w takim razie państwa członkowskie mają zapewnić, że spółki giełdowe będą zobowiązane do ujawnienia na wniosek niewybranego kandydata kryteriów kwalifikacji, na których oparto wybór. A jeżeli niewybrany kandydat, należący do niedostatecznie reprezentowanej płci, ustali fakty, na podstawie których można domniemywać, że miał on takie same kwalifikacje jak powołany kandydat, na spółce giełdowej spoczywa ciężar dowodu, że nie naruszono zasady ustalonej w ust. 3.

Projekt dyrektywy (art. 4 ust. 6) dopuszcza, że państwa członkowskie mogą postanowić, iż spółki giełdowe, w których osoby należące do niedostatecznie reprezentowanej płci stanowią mniej niż 10% siły roboczej, nie będą zobowiązane do realizacji celu określonego w ust. 1, tj. osiągnięcia blisko 40% zajmo-

wanych stanowisk dyrektorów niewykonawczych przez przedstawicieli płci niedostatecznie reprezentowanej.

Drugie odstępstwo od osiągnięcia celu określonego w art. 4 ust. 1 projektu polega na tym, że państwa członkowskie mogą postanowić, że jest on spełniony, gdy osoby należące do niedostatecznie reprezentowanej płci zajmują co najmniej jedną trzecią wszystkich stanowisk dyrektorów, niezależnie od tego, czy są to stanowiska dyrektorów wykonawczych czy niewykonawczych (art. 4 ust. 7).

Artykuł 5 projektu nakłada na państwa członkowskie określone, dodatkowe środki podejmowane przez spółki w celu osiągnięcia efektów wyznaczonych w dyrektywie. Ponadto, zgodnie z art. 5 ust. 2 projektu dyrektywy, spółki powinny być zobowiązane do dostarczenia (w ciągu 2 lat od daty jej przyjęcia) informacji na temat reprezentacji płci w ich organach, a dodatkowo uzasadnienia niezrealizowania celów określonych w art. 4 ust. 1.

Obowiązek wyjaśnienia powodów oraz dołączenia opisu środków podjętych i zaplanowanych ma służyć wypełnieniu celu lub zobowiązania w przyszłości.

Artykuł 6 projektu określa rodzaje sankcji, jakie państwa członkowskie ustanowią w razie naruszeń przepisów krajowych przyjętych na podstawie dyrektywy. Sankcje te powinny być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające i mogą obejmować następujące środki: 1) grzywny administracyjne, 2) nieważność lub stwierdzenie nieważności powołania lub wyboru dyrektorów niewykonawczych, dokonanego w sposób sprzeczny z przepisami krajowymi, podjętymi przez organ sądowiczy na podstawie art. 4 ust. 1 projektu.

Natomiast art. 7 projektu daje możliwość wprowadzenia lub utrzymania przepisów bardziej korzystnych niż te przewidziane w dyrektywie. Z kolei art. 8 przewiduje założenie, że państwa członkowskie przyjmą i opublikują w ciągu dwóch lat od daty przyjęcia dyrektywy przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne, niezbędne do jej wykonania. Artykuł 9 zaś reguluje zasady implementacji dyrektywy w państwach członkowskich. Przyjęto też założenie, że dyrektywa traci moc 31 grudnia 2028 r.

Ocena zgodności działań UE, o których mowa w projekcie dyrektywy, z zasadą pomocniczości i proporcjonalności

Zgodnie z art. 5 ust. 1 TUE granice kompetencji Unii Europejskiej wyznacza zasada przyznania, a wykonywanie tych kompetencji podlega zasadom pomocniczości i proporcjonalności. Zasada przyznania oznacza, że Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez państwa członkowskie w traktatach do osiągnięcia określonych w nich celów (art. 5 ust. 2 TUE). Problematyka równouprawnienia kobiet i mężczyzn jest elementem polityki społecznej, która nie została uwzględniona w zawartym w art. 3 ust. 1 TFUE

wykazie dziedzin, w których UE ma wyłączne kompetencje. Jest to natomiast dziedzina, w której obowiązuje podział kompetencji pomiędzy Unią a państwami członkowskimi (art. 4 ust. 2 pkt b TFUE). W dziedzinach, które nie należą do wyłącznej kompetencji, Unia Europejska podejmuje zaś działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele zamierzonego działania nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystarczający przez państwa członkowskie, zarówno na poziomie centralnym, jak i regionalnym oraz lokalnym, i jeśli ze względu na rozmiary lub skutki proponowanego działania możliwe jest lepsze jego osiągnięcie na poziomie Unii (art. 5 ust. 3 TUE).

Zasada pomocniczości, określona w art. 5 ust. 3 TUE, uzupełniona jest o zasadę proporcjonalności. Zgodnie z art. 5 ust. 4 TUE zasada proporcjonalności oznacza, że zakres i forma działania Unii nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów traktatów. Przy czym instytucje unijne stosują zasadę pomocniczości i proporcjonalności zgodnie z protokołem nr 2 w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności. Zgodnie zaś z art. 5 protokołu nr 2 projekty aktów ustawodawczych są uzasadniane w odniesieniu do zasad pomocniczości i proporcjonalności. Każdy projekt aktu prawodawczego powinien zawierać szczegółowe stwierdzenie umożliwiające ocenę zgodności z zasadami pomocniczości i proporcjonalności. Takie stwierdzenie powinno zawierać dane umożliwiające ocenę skutków finansowych danego projektu aktu oraz, w wypadku dyrektywy, jej skutków dla regulacji wprowadzanych przez państwa członkowskie, w tym, w stosownym przypadku, dla prawodawstwa regionalnego. Podstawy stwierdzenia, że cel Unii może zostać lepiej osiągnięty na poziomie unijnym, są uzasadniane na podstawie wskaźników jakościowych, a tam gdzie to możliwe – ilościowych. Projekty aktów prawodawczych biorą pod uwagę konieczność zminimalizowania wszelkich obciążeń finansowych lub administracyjnych nakładanych na Unię, rządy krajowe, władze regionalne lub lokalne, podmioty gospodarcze i obywatele oraz to, by takie obciążenia były współmierne do zamierzonego celu.

Ocena zgodności przedmiotowego projektu z zasadą pomocniczości i proporcjonalności wymaga zastosowania logicznie spójnego kryterium oceny, czy Parlament Europejski i Rada mają kompetencję do działania w obszarze objętym tym projektem i czy wykonanie tej kompetencji zapewniło jakościowo lepsze osiągnięcie celu niż działania państw członkowskich⁷. Podstawowe znaczenie dla dokonania takiej oceny ma zatem uzasadnienie projektu. Oznacza to, że ciężar wykazania, iż projekt jest zgodny z zasadami pomocniczości i proporcjonalności, spoczywa nie na państwach członkowskich czy ich parlamentach, lecz na projektodawcy. W orzecznictwie przyjęto przy tym, że nie-

⁷ Tak m.in. C. Mellein, *Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente, Eine Untersuchung zur Rolle der mitgliedstaatlichen Parlamente in der Architektur Europas*, Baden-Baden 2007, s. 200.

pełne albo niepoddające się weryfikacji uzasadnienie projektu aktu prawnego obciąża projektodawcę⁸.

W przypadku przedmiotowego projektu jego ocena w świetle zasady pomocniczości i proporcjonalności jest istotnie utrudniona przez powierzchowne i w wielu miejscach niespójne uzasadnienie. Konsekwencje tego stanu, jak była o tym mowa wyżej, obciążają projektodawcę.

Trzeba też zauważyć – niezależnie od późniejszych, konkretnych zarzutów merytorycznych – że sam projekt, a w szczególności jego uzasadnienie oraz preambuła, nie przekonują co do konieczności przyjmowania tej treści aktu normatywnego. Proponowany projekt dyrektywy nie ma nic wspólnego z rzeczywistym promowaniem równości płci, o którym mowa jest w uzasadnieniu, ale stanowi poważną ingerencję w stosunki gospodarczo-społeczne, bez pełnej analizy istniejącego stanu rzeczy. Uzasadnienie projektu zawiera raczej zbiór ideologicznych sloganów, pozostających w stosunku do siebie w „luźnym” związku logicznym, niż rzetelną analizę zjawiska, przeciwdziałaniu któremu służyć mają przewidziane w nim środki. Nieoparte żadnymi dowodami jest między innymi stwierdzenie, że brak kobiet w organach spółek powoduje gorsze ich wyniki finansowe. Trudno również uznać za poważny i mający merytoryczne znaczenie argument, że: *w organach spółek, w których przeważają członkowie jednej płci, występuje znacznie większe prawdopodobieństwo wąskiego myślenia stadnego*. To samo należy odnieść do stwierdzenia, iż: *dokonując wyboru korzysta się często ze zbyt wąskiej puli osób – dyrektorów niewykonawczych, zatrudnia się nadal często w drodze znajomości „ze szkolnej ławy” spośród osób, z którymi obecni członkowie organów spółek utrzymują kontakty biznesowe i osobiste*.

Zestawienie uzasadnienia projektu z treścią proponowanych w nim rozwiązań wywołuje istotne zastrzeżenia co do jego zgodności z zasadą pomocniczości i proporcjonalności.

Po pierwsze, na uzasadnienie konieczności wprowadzenia środków przewidzianych w projekcie wskazuje się niedostateczną reprezentację kobiet w organach spółek giełdowych poszczególnych państw członkowskich oraz brak istotnej poprawy tego stanu rzeczy, pomimo środków stosowanych dotychczas przez poszczególne państwa członkowskie. Przy czym stan nierównowagi płci w organach spółek postrzegany jest jedynie przez pryzmat procentowo określonej liczby kobiet, które zajmują obecnie stanowiska w organach największych spółek giełdowych. Nie ma natomiast jakiegokolwiek analizy tego zjawiska pod kątem jego przyczyn w poszczególnych państwach członkowskich. Bardziej miarodajne w tym zakresie byłoby na przykład porównanie liczby kobiet, które ubiegały się w poszczególnych państwach członkowskich o najwyższe stanowiska w spółkach, z liczbą kobiet, które ostatecznie zostały na nie

⁸ Wyrok Sądu pierwszej instancji z 23 września 2009 r. w sprawie T-263/07 *Republika Estonii v. Komisja*, pkt 52.

wybrane. Pozwoliłoby to lepiej zidentyfikować źródło omawianego problemu w poszczególnych państwach członkowskich, które nie musi być jednorodne. Brak stosownej analizy we wskazanym zakresie nie pozwala na weryfikację głównego założenia, które legło u podstaw projektu, a mianowicie, że przeszkodą w osiągnięciu większego zróżnicowania płci wśród członków organów spółek stanowi brak przejrzystości procedur rekrutacji i kryteriów kwalifikacji na te stanowiska. Przyczyn niedostatecznego zaangażowania kobiet w procesy decyzyjne zachodzące na najwyższych szczeblach struktur korporacyjnych może być wiele, a poza tym mogą one być zupełnie odmienne w poszczególnych państwach członkowskich. To zaś oznacza, że wprowadzenie jednolitego w całej Unii Europejskiej środka wiążącego w postaci „parytetu”, może okazać się jedynie sztucznym i fasadowym działaniem, a nie sposobem na dokonanie rzeczywistej i efektywnej zmiany istniejącej sytuacji. Jeżeli natomiast, jak deklaruje projektodawca, zaproponowane przepisy mają przekładać się na bardziej świadomy i sprawniejszy proces decyzyjny, lepszą alokację kapitału, a w efekcie na większy i bardziej zrównoważony wzrost gospodarczy w Unii, to jedynie iluzoryczne zmiany nie są w stanie sprostać zakładanemu celowi. Brak wskazania przyczyn niedostatecznej reprezentacji kobiet w organach spółek nie pozwala na dokonanie oceny zaproponowanych rozwiązań pod kątem zasady pomocniczości i proporcjonalności. Nie znając źródła problemu, nie można nawet stwierdzić, czy proponowany sposób jego rozwiązania może w ogóle być skuteczny, nie wspominając już o jego analizie pod kątem adekwatności i proporcjonalności na tle innych możliwych do zastosowania środków.

Po drugie, już sama treść uzasadnienia podaje w wątpliwość zgodność przewidzianych w projekcie środków z zasadą proporcjonalności. Jeżeli bowiem, jak twierdzi projektodawca, niedostateczna reprezentacja kobiet w organach spółek jest w głównej mierze wynikiem braku przejrzystości procedur rekrutacji i kryteriów kwalifikacji na te stanowiska, to wystarczające dla osiągnięcia celu dyrektywy mogłoby okazać się przyjęcie na poziomie UE środków służących jedynie obiektywizacji kryteriów wyboru członków organów spółek, bez potrzeby ustalania wiążących parytetów. Należy bowiem mieć na uwadze, że proponowane rozwiązania, ze względu na ich ingerencję w sferę autonomii woli akcjonariuszy, powinny wprowadzać jak najmniejsze ograniczenia, gdyż ściślejsza reglamentacja i wprowadzanie wiążących limitów w zasadach funkcjonowania spółek giełdowych może zniechęcać do inwestowania w nie.

Kolejne wątpliwości, jakie powstają na gruncie uzasadnienia projektu w świetle zasady pomocniczości i proporcjonalności, dotyczą zakresu jego regulacji, tj. objęcia nim jedynie spółek giełdowych oraz jedynie stanowisk dyrektorów niewykonawczych.

W uzasadnieniu wskazano, że rozbieżność lub brak regulacji, odnoszącej się do składu organów spółek giełdowych, na poziomie krajowym prowadzi do fragmentaryzacji ram prawnych Unii, która przekłada się między innymi na

zamieszanie i wyższe koszty dla spółek, inwestorów i innych zainteresowanych stron i w efekcie utrudnia sprawne funkcjonowanie rynku wewnętrznego. W motywie 8 projektu dyrektywy podkreślono ponadto, iż: *wiele badań wykazało, że istnieje pozytywny związek między zróżnicowaniem płci na poziomie ścisłego kierownictwa oraz wynikami finansowymi spółki i jej rentownością*. Pozostaje to z kolei w sprzeczności z uzasadnieniem nieobjęcia dyrektywą małych i średnich przedsiębiorstw. Wskazano bowiem, że: *wniosek nie dotyczy małych i średnich przedsiębiorstw (MSP), dla których takie środki mogłyby stanowić nieproporcjonalne obciążenie* (uzasadnienie, s. 11). Na tym tle powstaje istotna wątpliwość co do charakteru proponowanych środków pod kątem zasady proporcjonalności. Wynika bowiem z tego, że bilans kosztów i obciążeń związanych z zastosowaniem tych środków w stosunku do efektów, które mogą one wygenerować, jest na tyle mało korzystny, iż małe i średnie przedsiębiorstwa nie powinny być nimi obarczane. Nie wskazano przy tym żadnego racjonalnego uzasadnienia, dlaczego te same działania, które mają doprowadzić do wzrostu korzyści po stronie spółek giełdowych, nie są adekwatne dla pozostałych podmiotów funkcjonujących w obrocie gospodarczym. Wszystkie te podmioty w zakresie swojej działalności (niezależnie od jej skali) zmierzają przeciw do tego samego celu – maksymalizacji zysków (tj. zwiększenia rentowności). Uzasadnienie dyrektywy nie daje odpowiedzi na pytanie, dlaczego wprowadzenie instrumentów obiektywizujących kryteria doboru kandydatów na członków organów spółek oraz zapewniających zwiększenie udziału kobiet w tych organach wiązałoby się z dużymi korzyściami dla spółek giełdowych, a z nieproporcjonalnymi obciążeniami dla małych i średnich przedsiębiorstw.

Objęcie zakresem regulacji dyrektywy jedynie spółek giełdowych wątpliwe jest jeszcze z jednego powodu. Jeśli bowiem projektodawca przyczyni niedostatecznej reprezentacji kobiet w organach spółek upatruje w braku jasnych i obiektywnych kryteriów dotyczących ich obsadzania, to dlaczego adresuje środki, które mają temu przeciwdziałać, wyłącznie do spółek giełdowych, które na tle pozostałych charakteryzują się i tak najwyższym stopniem przejrzystości i obiektywizacji w tym zakresie. Publiczny (otwarty) status spółek giełdowych wymusza obiektywne i oparte na czysto merytorycznych kryteriach dobór osób pełniących w nich najwyższe funkcje decyzyjne. Spółki te, a ściślej rzecz ujmując decyzje podejmowane przez ich funkcjonariuszy, podlegają w zdecydowanie większym stopniu niż ma to miejsce w przypadku spółek niepublicznych stałej weryfikacji za strony inwestorów. Poza tym spółki te stosują się do zasad ładu korporacyjnego, ujednolicanych przez organy giełd papierów wartościowych, na których notowane są ich akcje. W wypadku polskich spółek giełdowych obowiązujące w tym zakresie dobre praktyki⁹ przewidują, że członek rady nadzor-

⁹ „Dobre praktyki spółek notowanych na Giełdzie Papierów Wartościowych”, załącznik do uchwały nr 19/1307/2012 Rady Giełdy z 21 listopada 2012 r.

czej powinien mieć należytą wiedzę i doświadczenie oraz być w stanie poświęcić niezbędną ilość czasu na wykonywanie swoich obowiązków (pkt I.6 „Dobrych praktyk...”). Ponadto w pkt I.9 „Dobrych praktyk...” Giełda Papierów Wartościowych rekomenduje spółkom publicznym i ich akcjonariuszom, by zapewniały one zrównoważony udział kobiet i mężczyzn w wykonywaniu funkcji zarządu i nadzoru w przedsiębiorstwach, wzmacniając w ten sposób kreatywność i innowacyjność w prowadzonej przez spółki działalności gospodarczej.

Odniesienie wiążącego celu dyrektywy (tj. wymogu co najmniej 40% reprezentacji kobiet) jedynie do stanowisk dyrektorów niewykonawczych również budzi istotne wątpliwości z punktu widzenia zasady pomocniczości i proporcjonalności. W uzasadnieniu wskazano, że: *we wniosku nie ustanowiono wiążącego celu w odniesieniu do członków organów spółek pełniących funkcje wykonawcze ze względu na zwiększoną potrzebę posiadania przez nich specjalistycznej wiedzy branżowej oraz doświadczenia w codziennym zarządzaniu spółką*. Biorąc pod uwagę, że głównym motywem wprowadzenia proponowanych zmian jest zwiększenie udziału kobiet w procesie podejmowania decyzji gospodarczych na wszystkich szczeblach i we wszystkich dziedzinach, w celu pełnego wykorzystania talentów całej populacji, to zakres regulacji dyrektywy ograniczony jedynie do dyrektorów niewykonawczych jest niespójny z jej podstawowymi założeniami. Proponowane rozwiązania promują kobiety jedynie w zakresie pełnienia funkcji wymagających mniejszej wiedzy specjalistycznej oraz mniejszego doświadczenia w zarządzaniu, co jeszcze bardziej przyczynia się do utrwalania istniejących stereotypów, a nie ich zacierania. W efekcie może to doprowadzić do odwrotnych niż zakładane skutków, tj. do ugruntowania niechęci w powierzaniu kobietom funkcji dyrektorów wykonawczych.

Kolejna niespójność uzasadnienia wprowadzenia przewidzianych w projekcie dyrektywy środków wynika z zestawienia treści pkt 20 i 31 jej preambuły. Jak wskazano bowiem w pkt 20 preambuły: *ponieważ dyrektorzy niewykonawczy pełnią funkcje nadzorcze, proces powoływania na te stanowiska osób z zewnątrz jest łatwiejszy; często są to osoby spoza branży, w której działa dana spółka, co ma szczególnie duże znaczenie w tych obszarach gospodarki, w których osoby danej płci są szczególnie słabo reprezentowane wśród pracowników*. Jednocześnie jednak w pkt 31 preambuły przewidziano, że: *ponieważ skład siły roboczej pod względem płci ma bezpośredni wpływ na dostępność kandydatów należących do niedostatecznie reprezentowanej płci, państwa członkowskie mogą postanowić, że w przypadku gdy osoby należące do niedostatecznie reprezentowanej płci stanowią mniej niż 10% całej siły roboczej, dana spółka nie będzie zobowiązana do realizacji celu określonego w niniejszej Dyrektywie, co znalazło odzwierciedlenie w treści art. 4 ust. 6 projektu dyrektywy*.

Wszystkie wskazane wyżej sprzeczności i niekonsekwencje, wynikające z uzasadnienia projektu dyrektywy, powodują, że wymyka się ona rzetelnej weryfikacji z punktu widzenia zasady pomocniczości i proporcjonalności. Uza-

sadnienie to nie pozwala na stwierdzenie – przy zastosowaniu logicznie spójnego kryterium oceny – czy wprowadzenie proponowanych środków zapewni lepsze osiągnięcie celu niż działania państw członkowskich.

Podstawa prawna wprowadzenia rozwiązań zawartych w projekcie

Problematyka równouprawnienia mężczyzn i kobiet wpisana jest w politykę społeczną. Zgodnie zaś z art. 4 ust. 2 pkt b TFUE kompetencje dzielone między Unię Europejską a państwa członkowskie stosują się do polityki społecznej w odniesieniu do aspektów określonych w niniejszym traktacie. Zakres, w jakim Unia ma kompetencje do przyjmowania w drodze dyrektyw minimalnych wymagań w obszarze polityki społecznej, wyznacza art. 153 i n. TFUE. Zgodnie z art. 153 ust. 2 pkt b w związku z ust. 1 pkt i TFUE Parlament Europejski i Rada mogą przyjąć w drodze dyrektyw minimalne wymagania stopniowo wprowadzane w życie, z uwzględnieniem warunków i norm technicznych istniejących w każdym z państw członkowskich, w dziedzinie równości mężczyzn i kobiet w odniesieniu do ich szans na rynku pracy i traktowania w pracy. Przepisy traktatu ograniczają więc możliwość działania Unii w trybie przyjmowania dyrektyw jedynie do dwóch aspektów problematyki równouprawnienia kobiet i mężczyzn, tj. ich szans na rynku pracy oraz traktowania w pracy. *A contrario*, w pozostałych aspektach równouprawnienie mężczyzn i kobiet może być wspierane i promowane przez UE jedynie w drodze niewiążących środków.

Jako podstawę prawną dla przyjęcia projektu dyrektywy wskazano art. 157 ust. 3 i 4 TFUE, odnoszący się do stosowania zasady równości szans i równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy. Z uwagi jednak na przedmiot i zakres regulacji projektu podstawa ta nie wydaje się właściwa. Zasada równego traktowania w dziedzinie zatrudnienia i pracy, o której mowa w art. 157 ust. 3 i 4 TFUE (tak jak cała regulacja art. 157 TFUE), odnosi się bowiem do pracowników obojga płci. Jak podkreśla się w orzecznictwie, pojęcie „pracownik” jest terminem prawa unijnego i nie może być interpretowane zawężająco na podstawie regulacji prawa krajowego. Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie odnosił się do tej definicji, najpełniej precyzując ją w wyroku w sprawie *Lawrie Blum*¹⁰. Za pracownika uznana została osoba, która świadczy w określonym czasie pracę o wartości ekonomicznej na rzecz innej osoby i podlega przy tym jej poleceniom, w zamian za co otrzymuje wynagrodzenie lub świadczenie wzajemne. Pojęcie pracownika określono na podstawie kryteriów obiektywnych, którymi charakteryzuje się stosunek pracy pod względem praw i obowiązków osób w nim pozostających. W orzeczeniu

¹⁰ Wyrok TS z 3 lipca 1986 r. w sprawie 66/85.

w sprawie *Allonby*¹¹ Trybunał Sprawiedliwości doprecyzował, że w rozumieniu art. 157 TFUE (dawny art. 141 TWE) pracownikiem nie jest osoba świadcząca usługi w sposób niezależny, która nie pozostaje w stosunku podporządkowania wobec osoby odbierającej od niej usługi. W ocenie Trybunału trzy kryteria wypełniają definicję pracownika: świadczenie pracy, podporządkowanie oraz wynagrodzenie. Trybunał Sprawiedliwości konsekwentnie stoi na stanowisku, że wymóg „świadczenia pracy” oznacza konieczność prowadzenia efektywnej i rzeczywistej działalności zawodowej.

Dyrektorów niewykonawczych w rozumieniu przepisów projektu dyrektywy, tj. między innymi członków rad nadzorczych spółek giełdowych, nie można natomiast uznać za pracowników we wskazanym wyżej rozumieniu. Członkostwo w radzie nadzorczej jest specyficznym stosunkiem organizacyjnym¹², w ramach którego członek rady nadzorczej powinien wykonywać czynności nadzorcze w interesie spółki¹³ w sposób niezależny, nie podlegając jakimkolwiek poleceniom i nie pozostając w tym zakresie ze spółką w jakimkolwiek stosunku podporządkowania¹⁴. Bezpośrednia podległość danej osoby wobec członków zarządu lub likwidatorów spółki wyklucza członkostwo w jej radzie nadzorczej (art. 214 i 387 k.s.h.). Niezależność członków rad nadzorczych spółek giełdowych, jako jeden z elementów ładu korporacyjnego, akcentowana jest dodatkowo w „Dobrych praktykach...” (pkt I.6–7). Ponadto pełnienie funkcji członka rady nadzorczej nie musi wiązać się z pobieraniem z tego tytułu jakiegokolwiek wynagrodzenia¹⁵.

¹¹ Wyrok TS z 13 stycznia 2004 r. w sprawie C-256/01.

¹² Zob. m.in. A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. II, Warszawa 2013, s. 551; A. Opalski, *Rada nadzorcza w spółce akcyjnej*, Warszawa 2006, s. 134; S. Sołtysiński [w:] *System prawa prywatnego*, t. 17 B, S. Sołtysiński (red.), Warszawa 2010, s. 510.

¹³ Zob. m.in. A. Szumański [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. III, Warszawa 2008, s. 852.

¹⁴ Zob. szerzej: A. Opalski, *Rada*, *op. cit.*, s. 212 i n.; S. Sołtysiński [w:] *System*, *op. cit.*, s. 521 i n.; A. Całus, *Wybrane aspekty statusu prawnego członka rady nadzorczej spółki akcyjnej – próba kwalifikacji prawnej charakteru stosunków prawnych ze spółką – pozycja tzw. członka niezależnego* [w:] *Węzłowe problemy prawa handlowego*, Szczecin–Międzyzdroje 2007, s. 31 i n.

¹⁵ Zgodnie z przepisem art. 392 § 1 k.s.h. członkom rady nadzorczej może zostać przyznane wynagrodzenie; na temat fakultatywnego charakteru wynagrodzenia członków rad nadzorczych spółek akcyjnych zob. m.in. J. Frąckowiak [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, W. Pyziół (red.), Warszawa 2008, s. 790, który podkreśla, że nie jest wykluczone pełnienie funkcji członka rady nadzorczej honorowo; A. Kidyba, *Kodeks*, *op. cit.*, s. 551; P. Pinior, *Problematyka wynagradzania członków rady nadzorczej w spółce akcyjnej*, „Prawo Spółek” 2007, nr 7–8, s. 29 i n.; M. Spyra [w:] *System prawa handlowego*, t. II, S. Włodyka (red.), Warszawa 2012, s. 1206.

Ze wskazanych wyżej powodów członkostwa w radzie nadzorczej nie można uznać ani za świadczenie pracy, ani nawet za wykonywanie zawodu. Jest to pełnienie pewnej funkcji, stanowiące formę dodatkowej (obok zawodowej czy pracowniczej) aktywności. Niespójność uzasadnienia projektu po części wynika właśnie z tego powodu, że projektodawca próbuje ująć stosunek organizacyjny członkostwa w radzie nadzorczej w ramy stosunku pracowniczego, co z wyżej wymienionych przyczyn nie jest możliwe. Specyfika pełnienia funkcji dyrektora niewykonawczego (w rozumieniu art. 2 ust. 5 projektu dyrektywy), przekłada się nie tylko na odrębność – wobec stosunków pracowniczych – treści istniejącego pomiędzy nim a spółką stosunku organizacyjnego, ale także na odmienne zasady zależne od nawiązania tego stosunku. Projektodawca posługuje się w uzasadnieniu określeniami charakterystycznymi i właściwymi dla doboru pracowników przez pracodawcę (np. rekrutacja, awans), co nie może być wprost odnoszone do powoływania członków rady nadzorczej. Sposoby obsadzania tego organu są różne i często sprowadzają się do wyznaczania konkretnych osób przez poszczególnych wspólników lub akcjonariuszy czy też nawet przez osoby spoza spółki¹⁶. Stanowi to rodzaj szczególnego uprawnienia o charakterze osobistym bądź akcyjnym. Powoływanie członków rady nadzorczej nie musi się przy tym wiązać z jakąś procedurą rekrutacji czy ograniczonej choćby selekcji kandydatów. Najczęściej sprowadza się to bowiem do wskazania konkretnej osoby, która cieszy się zaufaniem wyznaczającego i w jego ocenie daje rękojmię należytego wykonywania funkcji¹⁷. Przewidziane w projekcie środki prowadziłyby zatem do znacznego ograniczenia tego typu przywilejów, które zgodnie z obowiązującym prawem mogą być przyznawane akcjonariuszom, stanowiąc formę zachęty do kapitałowego angażowania się w działalność spółek. Tak istotna ingerencja w sferę autonomii akcjonariuszy oraz ograniczenie korporacyjnych uprawnień związanych z uczestnictwem w spółkach może mieć zaś negatywny wpływ na podejmowanie decyzji inwestycyjnych, zwłaszcza przez tzw. inwestorów strategicznych.

Z uwagi na powyższe wprowadzenie środków służących zapewnieniu równowagi płci w ramach członkostwa w radach nadzorczych (pełnienia funkcji dyrektorów niewykonawczych w radach administrujących) nie znajduje uzasadnienia w treści art. 157 TFUE, na który powołuje się projektodawca. Ponadto stosowanie zasady równouprawnienia kobiet i mężczyzn w dziedzinie,

¹⁶ Zob. m.in. A. Kidyba, *Kodeks*, *op. cit.*, t. II, s. 490 i n.; S. Sołtysiński [w:] *System*, *op. cit.*, s. 508; J. Szwaja [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks*, *op. cit.*, s. 780 i n.; M. Michalski, *Spółka akcyjna*, A. Kidyba (red.), Warszawa 2008, s. 444 i n.; W. Popiołek [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, J.A. Strzępka (red.), Warszawa 2012, s. 981; M. Spyra [w:] *System*, *op. cit.*, s. 1189 i n.

¹⁷ Jak podkreśla A. Opalski, stosunek organizacyjny istniejący między spółką a członkiem rady nadzorczej jest stosunkiem opartym na zaufaniu, *idem*, *Rada*, *op. cit.*, s. 134.

do której odnosi się ten przepis, objęte jest już regulacją dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. UE L 204 z 26 lipca 2006 r.). Dyrektywa ta w sposób kompleksowy, uwzględniając dorobek orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości w tym zakresie, reguluje stosowanie zasady równości kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy. Postanowienia tej dyrektywy zostały w pełni transponowane do polskiego porządku prawnego, co znajduje odzwierciedlenie w przepisach podstawowego dla regulacji stosunków pracowniczych aktu prawnego, czyli Kodeksu Pracy (dalej: k.p.)¹⁸. Postanowienia przewidujące wiążące środki prawne służące zapewnieniu równego traktowania mężczyzn i kobiet w dziedzinie zatrudnienia i pracy zawarte są w przepisach art. 18^{3a}–18^{3c} k.p.

Ocena rozwiązań zawartych w projekcie z punktu widzenia autonomii woli stron

Projekt dyrektywy odnosi się bezpośrednio do stosunków korporacyjnych podmiotów prawa prywatnego. Metoda regulacji przyjęta w obrocie prywatnoprawnym polega zaś na wytyczaniu przez normy systemu szerokiego pola wyboru możliwych zachowań, które mogą podejmować z własnej (autonomicznej) inicjatywy uczestnicy obrotu¹⁹. Sprowadza się ona do kształtowania relacji między równorzędnymi podmiotami, dysponującymi autonomią i szerokim zakresem swobody w określaniu treści wiążących je stosunków prawnych²⁰. Nie może więc być wątpliwości, że podstawowe znaczenie dla prawa prywatnego ma zasada autonomii woli²¹. Jest ona jedną z podstaw kształtowania stosunków cywilnoprawnych, stanowiąc punkt wyjścia do sformułowania cywilnoprawnej zasady swobody umów. Zasada ta ma kilka aspektów. W szczególności w kontekście aksjologicznym przejawia się ona w procesie decydowania o sferze,

¹⁸ Ustawa z 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, Dz.U. z 1998 r. nr 21, poz. 94 ze zm.

¹⁹ Zob. szerzej M. Safjan [w:] *System prawa prywatnego*, t. I, M. Safjan (red.), Warszawa 2012, s. 42; autor podkreśla, że w sferze stosunków prywatnoprawnych przepisy typu kogencyjnego wyznaczają pewne punkty progowe działania autonomicznych podmiotów, ale nadal istota relacji między tymi podmiotami związana jest z autonomicznymi zachowaniami i inicjatywą stron tych stosunków.

²⁰ *Ibidem*, s. 43.

²¹ Zob. m. in. M. Nazar, *Przedmiot, zakres i systematyka polskiego prawa cywilnego* [w:] *W kręgu problematyki władzy i państwa prawa. Księga jubileuszowa w 70-lecie urodzin profesora Henryka Groszyka*, Lublin 1996, s. 205 i n.; A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 35; S. Włodyka, *Problem struktury prawa*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 4, s. 8.

która jest domeną stosunków osobistych i majątkowych²². W tym kontekście obowiązująca jest również zasada wolności gospodarczej (art. 20 Konstytucji RP), co przejawia się na gruncie prawa prywatnego w przyjętej zasadzie swobody umów. Wolność umowna to również wolność w kształtowaniu statutów spółek akcyjnych, także giełdowych.

Autonomia stron dotyczy zawierania umów dowolnie kształtowanych pod względem treści. Dotyczy to też swobody decyzji co do kształtowania treści statutu²³. Strona przystępująca do umowy spółki akcyjnej (podpisanie statutu lub akceptacja jego treści przez objęcie lub nabycie akcji) nie powinna być skrupowana w takim ukształtowaniu jej treści, aby mogła realizować się w ramach autonomii woli. Zasada autonomii woli stron ma więc również zastosowanie w kontekście spółek prawa handlowego. Na podstawie art. 2 k.s.h. możemy przyjąć, że w stosunkach spółek handlowych obowiązują te same ograniczenia jak w przypadku innych podmiotów prawa cywilnego, chyba że co innego wynika z przepisów Kodeksu spółek handlowych.

Istotną cechą polskiego modelu regulacyjnego jest poszanowanie autonomii statutowej spółek prawa handlowego oraz to, że nie ogranicza on nadmiernie zasady swobody kształtowania treści i celu stosunków łączących akcjonariuszy ze spółkami.

Projekt dyrektywy wyznacza takie ukształtowanie personalne struktur spółek (dyrektorów niewykonawczych), które uniemożliwia swobodne podejmowanie decyzji w tym zakresie. Skutki prawne tak daleko idącej ingerencji w istniejące stosunki są trudne do przewidzenia i nie ma żadnych dowodów na to, że wywołają one określone pozytywne efekty gospodarcze. Nie można zapominać, że spółki giełdowe tworzone są w określonym celu gospodarczym, a giełda stanowi sposób „upublicznienia” akcji spółki. Nie powinno być wątpliwości – wbrew temu co wynika z preambuły projektu – że polski model regulacyjny spółek w publicznym obrocie opiera się na zasadach przejrzystości na podstawie już istniejących regulacji prawnych. Toteż próba ingerencji w obowiązujące przepisy nie powinna mieć miejsca. W konsekwencji przyjęć należy, że projekt może prowadzić do obniżenia, po pierwsze, poziomu ochrony wolności gospodarczej i, po drugie, poziomu ochrony autonomii prywatnej przez nałożenie określonych obowiązków na uczestników obrotu.

²² M. Safjan [w:] *System, op. cit.*, t. I, s. 323 podkreśla, że natura stosunków występujących na gruncie prawa prywatnego, których istota i funkcja sprowadza się do kształtowania zindywidualizowanych relacji w obrocie między równorzędnymi podmiotami, wyposażonymi w kompetencję decydowania o sposobie realizacji własnych prawnie chronionych interesów, wskazuje na rolę i znaczenie zasady autonomii woli stron.

²³ S. Sołtysiński [w:] *System, op. cit.*, t. XVII B, s. 19, podkreśla, że istotną cechą wszystkich spółek akcyjnych są: zasada autonomii statutowej oraz zasada suwerenności organizacyjnej.

Projekt dyrektywy narzuca liczne obowiązki, które – w imię niesprecyzowanych w prawie prywatnym relacji – nie pozwalają na swobodne kształtowanie treści norm statutowych. Wyrównywanie różnic między płciami jest z pewnością pożądane, ale nie może stanowić jakiegokolwiek argumentu dla narzucania spółkom określonego modelu funkcjonowania.

Wnioski

Wyrównywanie szans kobiet i mężczyzn w sferze życia zawodowego stanowi jedno z wyzwań stojących przed państwami członkowskimi Unii Europejskiej. Podejmowanie działań w tym zakresie również na szczeblu Unii zasługuje zasadniczo na aprobatę. Aby mogły okazać się one efektywne, muszą być jednak głęboko przemyślane i należyście uzasadnione. Z uwagi na wskazane wyżej zastrzeżenia sens wprowadzenia wiążących rozwiązań na poziomie unijnym w kształcie zaproponowanym w przedmiotowym projekcie dyrektywy wydaje się co najmniej wątpliwy. Projekt budzi obiekcyjne zarówki z punktu widzenia zasady pomocniczości i proporcjonalności, jak też wyboru podstawy prawnej. Obniża ponadto poziom autonomii prywatnoprawnej uczestników obrotu, działających na wspólnym rynku.