

Michał Romanowski

Projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poprawy równowagi płci wśród dyrektorów niewykonawczych spółek giełdowych a suwerenność parlamentu narodowego. Wokół idei prawa prywatnego i zasady pomocniczości

Proposal for a 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 the sovereignty of a national parliament. The idea of private law and the principle of sovereignty: The aim of the article is to assess substantive rightness and consistency with EU law of the Proposal for a Directive on improving the gender balance among non-executive directors (members of supervisory boards) of companies listed on stock exchanges. The article explains the reasons for under-representation of women in supervisory boards of companies (corporations). It focuses on a formal analysis of the proposed binding acts of the European Union. The assessment is performed in the context of the principles of private law and conformity with EU legal standards, particularly the principles of proportionality and subsidiarity. The author proves that the proposal is not consistent with the subsidiarity principle, as the proposed action is not necessary and its objectives can be achieved by other means.

Keywords: European Union | commercial | companies | gender equality | subsidiarity

Słowa kluczowe: Unia Europejska | spółki prawa handlowego | równouprawnienie kobiet | pomocniczość

Doktor hab. nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Warszawskiego, członek Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego; m.romanowski@romanowski.eu.

Tło i istota problemu prawnego

Komisja Europejska zakomunikowała Sejmowi RP projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poprawy równowagi płci wśród dyrektorów niewykonawczych spółek, których akcje są notowane na giełdzie i odnośnych środków (dalej: projekt dyrektywy)¹. Przekazanie Sejmowi projek-

¹ Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poprawy równowagi płci wśród dyrektorów niewykonawczych spółek, których akcje

tu dyrektywy zostało dokonane zgodnie z art. 4 protokołu do Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności (dalej: protokół). Celem niniejszego artykułu jest dokonanie oceny zasadności merytorycznej i zgodności z systemem prawnym Unii Europejskiej projektu dyrektywy.

Projekt dyrektywy, powołując art. 157 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) jako podstawę prawną, zakłada wprowadzenie w systemach prawnych państw członkowskich obowiązku, aby przynajmniej 40% składu rady nadzorczej² spółek giełdowych stanowiły kobiety. Obowiązek taki został jednak ograniczony do spółek o odpowiedniej skali działalności. Nie są nim objęte spółki prowadzące małe lub średnie przedsiębiorstwa (zatrudniające poniżej 250 pracowników, których obrót nie przekracza 50 mln euro lub całkowity bilans roczny nie przekracza 43 mln euro). Odsetek 40% udziału kobiet w radach nadzorczych miałby być osiągnięty do 1 stycznia 2020 r. Powoływanie kandydatów na stanowiska członków rady nadzorczej miałyby następować na podstawie oceny porównawczej ich kwalifikacji, przeprowadzonej na podstawie wcześniej określonych, jasnych, neutralnie sformułowanych jednoznacznych kryteriów.

Projekt dyrektywy jest efektem starań organów Unii w zakresie promowania równości płci w procesie podejmowania decyzji gospodarczych. Już w 1984 r. oraz 1996 r. na wniosek Komisji zostały przez Radę przyjęte dwa zalecenia, tzw. instrumenty prawa miękkiego³. W 2011 r. Komisja Europejska opublikowała *Zieloną księgę „Unijne ramy ładu korporacyjnego”*⁴ (dalej: zielona księga), w której sformułowała pytanie: „Czy spółki giełdowe powinny mieć obowiązek zapewniania większej równowagi płci w składzie rad? Jeżeli tak, to w jaki sposób?”. Parlament Europejski uchwalił 6 lipca 2011 r. rezolucję wzywającą, aby

są notowane na giełdzie i odnośnych środków COM (2012) 614 final, 2012/0299 (COD), Bruksela, 14 listopada 2012 r..

² Ze względu na funkcjonujące w systemach prawnych państw członkowskich różne systemy struktury organów spółek akcyjnych (system monistyczny z radą dyrektorów i system dualistyczny z zarządem i radą nadzorczą) pod pojęciem rady nadzorczej na potrzeby niniejszego artykułu należy rozumieć dyrektorów niewykonawczych wchodzących w skład rady dyrektorów w systemie monistycznym oraz członków rady nadzorczej w systemie dualistycznym.

³ Zalecenie Rady 84/635/EWG z 13 grudnia 1984 r. dotyczące działań w zakresie promowania mechanizmu akcji pozytywnych na rzecz kobiet; zalecenie Rady 86/694/WE z 2 grudnia 1996 r. w sprawie zrównoważonego udziału kobiet i mężczyzn w procesie podejmowania decyzji.

⁴ *Zielona księga „Unijne ramy ładu korporacyjnego”*, Bruksela, 5 kwietnia 2011 r., COM(2011) 164 final; ec.europa.eu/internal_market/company/docs/.../com2011-164_pl.pdf.

w państwach członkowskich do 2015 r. 30%, a do 2020 r. 40% miejsc w radach⁵ było zarezerwowanych dla kobiet⁶.

W marcu 2012 r. Komisja przeprowadziła badania, które wykazały średni roczny wzrost reprezentacji kobiet w radach nadzorczych o 0,6 punktu procentowego⁷. Przyjmując taką skalę wzrostu na lata następne, osiągnięcie zrównoważonej reprezentacji płci w radach nadzorczych zajęłoby 40 lat. Wobec faktu, że władze UE uznały tak określoną perspektywę wzrostu reprezentacji kobiet w radach nadzorczych za niewystarczającą, zostały podjęte działania legislacyjne, które doprowadziły do przygotowania projektu dyrektywy.

Inicjatywa Komisji Europejskiej nie jest odosobniona. Pierwszym krajem, w którym zdecydowano się na prawne „wymuszenie” powoływania kobiet w skład rad nadzorczych, była Norwegia. W Norwegii już w 2003 r. zostało uchwalone prawo nakazujące, aby w spółkach giełdowych do 2008 r. kobiety stanowiły nie mniej niż 40% składu rad. Hiszpania uchwaliła analogiczne prawo w 2007 r. z okresem przejściowym do 2015 r., a Francja w 2011 r. z okresem przejściowym do 2017 r. Nad ustanowieniem podobnych ustaw są prowadzone prace w Holandii, a także dyskutuje się o tym w Belgii, Niemczech, Finlandii i we Włoszech.

Inicjatywy legislacyjne, o których mowa, w tym zamierzenia Komisji Europejskiej, mogą doprowadzić do najgłębszej reformy w prawie spółek giełdowych z punktu widzenia jej wpływu na funkcjonowanie spółek i to o znaczeniu nieporównywalnym do licznych, bardziej wyrafinowanych intelektualnie reform europejskiego prawa spółek. Dyskusja na temat prawnego „wymuszenia” równowagi płci w radach spółek giełdowych nie może być zatem sprowadzona wyłącznie do problematyki dyskryminacji kobiet i sposobu jej rozumienia, jak zdaje się to wynikać z dokumentów Komisji Europejskiej i cytowanej rezolucji Parlamentu Europejskiego, a także projektu dyrektywy. Wymaga ona wszechstronnej analizy skutków ekonomicznych wprowadzenia „odgórnego” nakazu parytetu płci. W sposób naturalny prowadzi to także do pytania o dopuszczalny zakres ingerencji prawa unijnego w prawo krajowe oraz prawodawcy (uniijnego i krajowego) w autonomię woli jednostki (tu: akcjonariuszy) w swobodę kształtowania sposobu prowadzenia przedsięwzięć gospodarczych. Chodzi tu

⁵ Pojęcie „rad” określa na potrzeby opinii zarówno rady dyrektorów w systemie monistycznym (zintegrowany organ zarządzający i nadzorczy), jak i zarządy oraz rady nadzorcze w systemie dualistycznym. Odnosząc się do projektu dyrektywy, jest używany termin „rada nadzorcza”, jako że projekt odnosi się wyłącznie do dyrektorów niewykonawczych.

⁶ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 6 lipca 2011 r. w sprawie kobiet i kierownictwa przedsiębiorstw (2010/2115/(INI)); <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0330+0+DOC+XML+V0//PL&language=PL>.

⁷ *Women in economic decision making in the EU*, marzec 2012 r., http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/women-on-boards_en.pdf.

zatem o skonfrontowanie inicjatywy wprowadzania ustawowych gwarancji parytetu płci w obszarze prawa prywatnego z zasadą pomocniczości (subsydiarności) i proporcjonalności.

Istota problemu prawnego sprowadza się do oceny zakomunikowanego Sejmowi przez Komisję Europejską projektu dyrektywy pod kątem jego zasadności merytorycznej, jak i zgodności z systemem prawnym Unii Europejskiej. W pierwszej kolejności będzie dokonana ocena zasadności merytorycznej projektu dyrektywy, ponieważ ma ona ścisły związek z zasadą pomocniczości i proporcjonalności. W następnej kolejności ocenie zostanie poddana zgodność projektu dyrektywy z systemem prawnym Unii zmierzająca do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy uchwalenie dyrektywy nie prowadziłyby do naruszenia kompetencji, a więc *de facto* suwerenności w stanowieniu prawa, parlamentów państw członkowskich.

Czy istnieje problem niskiej reprezentatywności kobiet w radach nadzorczych?

Badania empiryczne, na które powołuje się Komisja Europejska w zielonej księdze, w sposób jednoznaczny dowodzą, że niska, a wręcz bardzo niska reprezentatywność kobiet w radach spółek giełdowych jest faktem. Komisja przeanalizowała szczegółowo kwestię różnorodności płci w podejmowaniu decyzji gospodarczych w „Strategii na rzecz równości kobiet i mężczyzn 2010–2015”⁸ z września 2010 r. oraz podjęła w związku z tą strategią działania następcze⁹. Zgodnie z danymi zebranymi przez Komisję kobiety stanowią obecnie średnio około 12% składu rad unijnych spółek giełdowych¹⁰. Dostępne są dowody potwierdzające, że wzrost liczby absolwentek szkół wyższych nie przekłada się na znaczący wzrost tego odsetka¹¹. W uzasadnieniu (s. 3) projektu dyrektywy podnosi się, że w największych spółkach giełdowych kobiety zajmują zaledwie 13,7% stanowisk w ich organach, przy czym wśród dyrektorów niewykonawczych kobiety stanowią 15%.

Wyniki analiz Komisji Europejskiej pokrywają się z danymi, na które powołuje się prestiżowy tygodnik brytyjski „The Economist”. „The Economist” przytacza dane, z których wynika, że kobiety stanowią połowę populacji,

⁸ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Strategia na rzecz równości kobiet i mężczyzn 2010–2015”, COM(2010) 491 final.

⁹ Zob. szczegółowe informacje w dokumencie roboczym służb Komisji poświęconym równowadze płci w kierownictwie przedsiębiorstw, SEC(2011) 246 final.

¹⁰ Komisja Europejska, baza danych dotycząca udziału kobiet i mężczyzn w procesie decyzyjnym, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=764&langId=en>.

¹¹ Analiza McKinsey & Company z 2007 r. „Women matter”.

a mimo to jedynie 15% stanowią kobiety w radach największych spółkach amerykańskich. W Europie wskaźnik ten wynosi około 10%; kobiety są przy tym znacznie częściej powoływane do pełnienia funkcji nadzorczych (*non-executive board member* w systemie monistycznym, członek rady nadzorczej w systemie dualistycznym) niż do pełnienia funkcji zarządczych. Według danych na 2010 r. podawanych przez „The Economist” na podstawie badań firmy McKinsey: w Norwegii kobiety stanowiły ponad 30% członków rad pełniących funkcje nadzorcze, a ponad 10% funkcje zarządcze; w Szwecji odpowiednio ponad 25% i ponad 15%; we Francji odpowiednio 15% i ponad 5%; w Niemczech niespełna 15% i około 2%; w Hiszpanii około 10% i niewiele ponad 5%. Interesujące jest to, że dane statystyczne przytaczane przez „The Economist” nie potwierdzają takiej dysproporcji w USA, gdzie kobiety stanowią około 15% zarówno wśród dyrektorów niewykonawczych, jak i dyrektorów wykonawczych, oraz w Brazyli, gdzie wskaźnik ten wynosi odpowiednio około 5%¹². Są także kraje, w których wskaźnik udziału kobiet w zarządzaniu przewyższa wskaźnik udziału kobiet w nadzorze (Wlk. Brytania – w składzie osób nadzorujących kobiety stanowią niewiele ponad 10%, a w składzie osób zarządzających blisko 15%; Rosja – odpowiednio ponad 10% i ponad 5%; Chiny – nieco ponad 5% i niespełna 10%). Cechą wspólną przytaczanych danych statystycznych jest jednak nadal stosunkowo niski udział kobiet w ogóle w radach rozumianych jako organy zarządzające i nadzorujące spółki giełdowe. W projekcie dyrektywy podnosi się, że nierównowaga płci jest uderzająca we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej, przy czym średnie krajowe wahają się od około 5% dla Malty, Cypru, Węgier, Luksemburga, Portugalii, Włoch, Estonii, do około 25% dla Szwecji, Łotwy i Finlandii. Udział kobiet różni się w poszczególnych państwach członkowskich od około 3% do około 28% w wypadku dyrektorów niewykonawczych i od 0% do około 21% w wypadku dyrektorów wykonawczych¹³.

Dokonanie oceny zasadności merytorycznej oraz zgodności z systemem prawa UE projektu dyrektywy wymaga – z polskiej perspektywy – odwołania się do pierwszych badań ekonomicznych przeprowadzonych na polskich spółkach giełdowych¹⁴. Badania były prowadzone w latach 2005–2009 na podstawie obserwacji w 389 spółkach notowanych na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie. Łącznie przeprowadzono 1524 rocznych obserwacji. Z przeprowadzonych badań wynikają następujące wnioski:

¹² „The Economist” z dn. 23–29 lipca 2011 r., s. 9.

¹³ Zob. sprawozdanie z postępu prac „*Women in economic decision-making in the EU*”, marzec 2012 r., http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenon-boards_en.pdf.

¹⁴ Zob. L. Bohdanowicz, *Obecność kobiet w organach statutowych polskich spółek publicznych: perspektywa teorii instytucjonalnej i zasobowej*, „*Master of Business Administration*” 2011, z. 2 (marzec–kwiecień), s. 68 i n.

- a) liczba kobiet w zarządach i radach nadzorczych jest rzeczywiście symboliczna (średnia liczba kobiet w radach nadzorczych wyniosła 0,74 przy średniej liczbie członków rady nadzorczej 5,79, a w zarządach 0,31 przy średniej liczebności zarządów 3,19). W blisko 74% obserwacji (1121 przypadków) w zarządach spółek nie było żadnej kobiety, w blisko 50% (758 przypadków) w radach nadzorczych nie zasiadała żadna kobieta,
- b) wpływ sektora na udział kobiet w organach statutowych spółki (spółki produkcyjne, handlowe i usługowe, banki, pozostałe spółki z sektora finansowego i deweloperskie) nie jest wyraźny, choć wyróżnia się tu (ale nie w sposób spektakularny) sektor bankowy (średnia kobiet w radach nadzorczych wynosi 0,92, a w zarządach 0,58). Dla porównania w sektorze produkcji średnia dla rad nadzorczych wyniosła 0,74, a dla zarządów 0,29, w handlu i usługach odpowiednio 0,77 i 0,29, a w pozostałych spółkach 0,52 i 0,31,
- c) brak jest potwierdzenia hipotezy, że kobiety są częściej powoływane do rad nadzorczych dużych spółek, a rzadziej do ich zarządów,
- d) brak jest potwierdzenia hipotezy, że stopień koncentracji własności ma wpływ na liczbę kobiet w zarządach i radach nadzorczych,
- e) nie znalazła potwierdzenia hipoteza, że wpływ na powoływanie kobiet do zarządów i rad nadzorczych ma udział w spółkach takich akcjonariuszy, jak Skarb Państwa i inwestorzy zagraniczni,
- f) dostrzeżono pozytywny wpływ na powoływanie kobiet do zarządów i rad nadzorczych spółek giełdowych znaczącego udziału w ich akcjonariacie członków zarządu. Jest to jednak tłumaczone rodzinnym charakterem takich firm i powoływaniem kobiet do zarządów i rad nadzorczych nie ze względu na ich kompetencje, ale fakt, że są one żonami menedżerów będących jednocześnie znaczącymi akcjonariuszami,
- g) dostrzeżono negatywny wpływ na powoływanie kobiet do zarządów i rad nadzorczych spółek giełdowych udziału w ich akcjonariacie inwestorów finansowych. To z kolei jest tłumaczone faktem, że istnieje dysproporcja w stosunku kobiet i mężczyzn zajmujących się w funduszach inwestycyjnych polityką inwestycyjną (struktura zatrudnienia dowodzi, że kobiety są zatrudniane w funduszach inwestycyjnych w działach *back i front office*, a inwestorzy finansowi wskazują jako swoich przedstawicieli osoby zajmujące się polityką inwestycyjną w celu ochrony interesów funduszy w spółce-celu inwestycyjnym).

Dlaczego warto promować udział kobiet w radach nadzorczych?

Komisarz Unii Europejskiej ds. sprawiedliwości Viviane Reding twierdzi, że przymus parytetu płci w spółkach giełdowych jest jedynym instrumentem mogącym przełamać dyskryminację kobiet. Pani komisarz próbowała zachęcić

spółki do składania dobrowolnych deklaracji, że do 2015 r. 30% składu rad będą stanowić kobiety, a do 2020 r. 40%. Na swojej stronie internetowej opublikowała w marcu 2011 r. hasło *Women on the Board Pledge for Europe*. Od tego czasu do 12 lipca 2011 r. deklarację złożyło siedem spółek, w tym francuski koncern LVMH (producent dóbr luksusowych), który – jak podkreślają sceptycy – złożył obietnicę stosowania praktyk, które będzie musiał stosować zgodnie z francuskim prawem.

Kwestia udziału w radach spółek giełdowych powinna być funkcją kompetencji każdej osoby niezależnie od jej płci. W sensie formalnym, w każdym cywilizowanym państwie jedynym wymogiem formalnym dla pełnienia funkcji członka rady spółki jako prywatnoprawnej organizacji jest zdolność bycia uczestnikiem obrotu prawnego, czyli zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych umożliwiające wykonywanie funkcji piastuna organu osoby prawnej. W niektórych przypadkach prawo formułuje dodatkowe wymagania odwołujące się do wiedzy lub doświadczenia, ale w oderwaniu od kryterium płci (np. wymagania formalne dotyczące członków zarządu w instytucjach finansowych ze względu na konieczność zapewnienia bezpieczeństwa w zarządzaniu powierzonymi im środkami). Projekt dyrektywy sprowadza się do wprowadzenia kryterium „formalnego” płci jako kryterium powołania w skład rady spółki giełdowej.

Szacunek wobec kobiet wymaga w pierwszej kolejności przeanalizowania argumentów merytorycznych dostarczających odpowiedzi na pytanie, dlaczego warto, aby udział kobiet w radach spółek giełdowych był adekwatny do ich udziału w populacji osób wykształconych, mając na względzie długoterminowy interes akcjonariuszy spółki powiązany z ideą zrównoważonego rozwoju spółki. W innym bowiem przypadku problem udziału kobiet w radach jest sprowadzany do problemu reprezentacji płci, podobnie jak zagadnienie uczestnictwa pracowników w radach jest sprowadzane do funkcji reprezentacji interesów pracowników.

Zdaniem Komisji Europejskiej obecność obu płci w składzie rady może pozwolić uniknąć „myślenia stadnego”. Komisja powołuje się na dowody, że kobiety reprezentują odmienne style przywództwa¹⁵, uczestniczą w większej liczbie posiedzeń rady¹⁶ i mają pozytywny wpływ na inteligencję zbiorową grupy¹⁷. Badania empiryczne wskazują, że istnieje pozytywna korelacja między odsetkiem kobiet w składzie rady a wynikami spółki¹⁸. Zwraca na to uwagę

¹⁵ Analiza McKinsey, *op. cit.*

¹⁶ R.B. Adams, D. Ferreira, *Women in the boardroom and their impact on governance and performance*, „Journal of Financial Economics” 2009, nr 94.

¹⁷ A.W. Woolley i inni, *Evidence for a Collective Intelligence Factor in the Performance of Human Groups*, „Sciencexpress” z 30 września 2010 r.

¹⁸ Analiza McKinsey, *op. cit.*; *Female Leadership and Firm Profitability*, Finnish Business and Policy Forum, EVA 2007; *The Bottom Line: Connecting Corporate Performance and Gender*, Catalyst 2004.

także tygodnik „The Economist”, powołując się na badania firmy McKinsey¹⁹. Na 89 przebadanych w Europie spółek giełdowych McKinsey stwierdziła, że spółki, w których występuje wyższy odsetek udziału kobiet w ich radach, w porównaniu do swoich konkurentów wykazują wyższy poziom zwrotu na kapitale dla akcjonariuszy, wyższy zysk operacyjny i wyższą stabilność kursu akcji. Ekspertki McKinsey zastrzegają się zarazem, że nie mogą udowodnić, co stanowi bezpośrednią przyczynę takiego stanu rzeczy. Można jedynie spekulować, że w wypadku badanych firm został osiągnięty sukces rekrutacyjny w związku ze znalezieniem bardzo kompetentnych i uzdolnionych kobiet – menedżerów (a nie przedstawicielek swojej płci) lub po prostu, że spółki osiągające lepsze wyniki finansowe są bardziej skłonne odpowiadać na oczekiwania społeczne związane z reprezentacją kobiet w radach. Wymaga podkreślenia, że badania firmy McKinsey dotyczyły w rzeczywistości niskiego udziału procentowego kobiet w radach, co może uprawdopodobniać tezę, że w składzie rad spółek osiągających bardzo dobre wyniki finansowe znalazły się nie tyle kobiety jako przedstawicielki płci, ale kobiety mające ponadprzeciętne predyspozycje menedżerskie. Uczciwość intelektualna nakazuje przyznać, iż całościowy wpływ kobiet na wyniki spółek stanowi bardziej złożone zagadnienie, oraz że przywoływane badania nie dowodzą żadnego związku przyczynowego.

Mimo braku jednoznacznych danych potwierdzających bezpośredni związek między wynikami spółek a wysokim odsetkiem udziału kobiet w zarządzaniu spółkami, w projekcie dyrektywy dochodzi się do wniosku, że już istniejące dane uwidaczniają zasadność zapewnienia równowagi płci w radach i w procesie decyzyjnym spółek. Dodatkowo z uzasadnienia projektu dyrektywy wynika, że promowanie członkostwa kobiet w radach powiększa dostępną pulę osób przygotowanych do zajmowania najwyższych funkcji kierowniczych i nadzorczych w spółce. Jednak projekt dyrektywy nie zawiera wyjaśnienia tego, w jaki sposób owa pula profesjonalistów/profesjonalistek miałyby ulec zwiększeniu. Grupa osób przygotowanych profesjonalnie do pełnienia funkcji w zarządzie i radzie nadzorczej czy radzie dyrektorów jest faktem, którego źródłem nie jest sztuczna dekretnacja.

Niesporna jest teza zawarta w uzasadnieniu projektu dyrektywy (s. 4), stosownie do której nieodpowiednie praktyki w zakresie powoływania na stanowiska członków organów spółek utrudniają prowadzenie debaty i sporów przy podejmowaniu decyzji związanych z ryzykiem gospodarczym, oparta na założeniu, że ścieranie się poglądów wywodzonych z posiadania różnych kompetencji, wiedzy, doświadczenia i osobowości może przyczynić się do wypracowywania optymalnych rozwiązań. Jednak wiązanie takich praktyk z niską reprezentatywnością kobiet w zarządach i radach nadzorczych stanowi przejaw nadużycia intelektualnego. W uzasadnieniu projektu dyrektywy podnosi

¹⁹ „The Economist” z 23–29 lipca 2011 r., s. 54–55.

się, że przyczyną wadliwości procesów rekrutacyjnych na stanowiska w organach spółek jest dokonywanie wyboru ze zbyt wąskiej grupy osób, a dyrektorów niewykonawczych zatrudnia się nadal często w drodze znajomości „ze szkolnej ławki” spośród osób, z którymi obecnie członkowie organów spółek utrzymują kontakty biznesowe lub osobiste. Pomijając ocenę, czy taki pogląd można przyjąć jako uzasadnienie uchwalenia aktu takiego, jak dyrektywa (biorąc pod uwagę, że stanowi on wyraz pewnej subiektywnej obserwacji, której uogólnienie może być zawodne), nie wiadomo, na czym autorzy uzasadnienia projektu dyrektywy opierają przekonanie, iż wprowadzenie parytetu płciowego w radach spółek będzie stanowiło skuteczne remedium na zjawisko „szkolnej ławy”. Czyżby kontakty biznesowe i osobiste nie odgrywały roli w przypadku kobiet? Sądzę, że oczekiwanie takie jest naiwnością lub dowodem na próbę „ukrycia” faktu, iż w istocie dyrektywa ma być narzędziem inżynierii społecznej, dla wprowadzenia którego próbuje się dorobić uzasadnienie prawne. Prawo nie zastąpi jednak rozsądku i kompetencji. Nie bardzo także wiadomo, dla czego wprowadzenie parytetu ma wzmocnić jakość procesów informacyjnych i przejrzystości związanej z doбором na stanowiska członków rad w sposób znacznie lepszy niż zalecenia dotyczące wyodrębniania w radach spółek giełdowych komitetów do spraw nominacji i wynagrodzeń.

Autorzy uzasadnienia projektu dyrektywy stawiają daleko idące, a niekiedy wręcz zaskakujące hipotezy, m.in., że zbyt mała reprezentacja kobiet, wpływając na brak przejrzystości procesu rekrutacji i informowania o zróżnicowaniu składu organów spółek pod względem płci, wpływa na ogólne wyniki spółek, ich odpowiedzialność (nie bardzo wiadomo, o jaką odpowiedzialność tu chodzi i wobec kogo), zdolność inwestorów do odpowiedniego i terminowego oceniania i uwzględnienia wszystkich istotnych informacji oraz na sprawność rynków finansowych Unii Europejskiej. Nie bardzo wiadomo, w jaki sposób niska reprezentatywność kobiet w radach miałaby podnieść zdolność inwestorów do odpowiedniego, a w dodatku terminowego, oceniania i uwzględniania wszystkich istotnych informacji (*sic!*).

Istotną wadą uzasadnienia projektu dyrektywy jest całkowite pominięcie innych czynników, które zostały zidentyfikowane jako mogące mieć potencjalny wpływ na wadliwe zarządzanie ryzykiem spółek giełdowych, błędy w zarządzaniu, słabe wyniki, brak twórczych i merytorycznych sporów przy podejmowaniu decyzji biznesowych, które zostały ujęte w postaci pytań zawartych w *Zielonej księdze „Unijne ramy ładu korporacyjnego”* z 2011 r. W uzasadnieniu opublikowania zielonej księgi czytamy m.in., że: *Komisja niedawno potwierdziła swoje zaangażowanie na rzecz silnego i dobrze działającego jednolitego rynku, który ponownie zwraca się w stronę obywateli i odzyskuje ich zaufanie. Jak stwierdzono w komunikacie Komisji „W kierunku Aktu o jednolitym rynku”: «Zasadnicze znaczenie ma fakt, że przedsiębiorstwa europejskie dają wyraz najwyższej odpowiedzialności, zarówno wobec swoich pracowników i akcjonariu-*

szy, jak i ogółu społeczeństwa». Ład korporacyjny i społeczna odpowiedzialność przedsiębiorstw stanowią najważniejsze elementy budujące zaufanie społeczeństwa do jednolitego rynku. Przyczyniają się one również do konkurencyjności europejskiego biznesu, ponieważ dobrze zarządzane, kierujące się zasadą zrównoważonego rozwoju przedsiębiorstwa są najlepiej przygotowane do realizacji ambitnych celów dotyczących wzrostu wyznaczonych w strategii „Europa 2020”. Jeżeli chodzi o odpowiedzialność społeczną przedsiębiorstw, Komisja ogłosiła już konsultacje społeczne dotyczące ujawniania informacji niefinansowych przez przedsiębiorstwa i przedstawi jeszcze w tym roku nową inicjatywę ramową ukierunkowaną na rozwiązanie wyzwań społecznych stojących przed przedsiębiorstwami. W komunikacie z dnia 5 września 2009 r. ministrowie finansów grupy G20 i prezesi banków centralnych podkreślili konieczność podjęcia działań w celu zapewnienia zrównoważonego wzrostu i stworzenia odporniejszego międzynarodowego systemu finansowego. Ład korporacyjny stanowi jedną z metod ograniczenia szkodliwych praktyk polegających na przyjmowaniu perspektywy krótkoterminowej i podejmowaniu nadmiernego ryzyka. Celem niniejszej zielonej książki jest ocena skuteczności obecnych ram ładu korporacyjnego obowiązujących w europejskich przedsiębiorstwach pod kątem powyższych zagadnień. Ład korporacyjny definiuje się zwykle jako system, zgodnie z którym są kierowane i zarządzane przedsiębiorstwa, oraz jako ogół relacji pomiędzy kierownictwem, zarządem i akcjonariuszami przedsiębiorstwa oraz innymi zainteresowanymi stronami. Na obowiązujące w Unii Europejskiej ramy ładu korporacyjnego dla spółek giełdowych składa się prawodawstwo i „prawo miękkie”, w tym zalecenia oraz kodeksy ładu korporacyjnego. Kodeksy ładu korporacyjnego są wprowadzane przyjmowane na poziomie krajowym, ale dyrektywa 2006/46/WE upowszechnia ich stosowanie dzięki wprowadzonym wymogom, zgodnie z którymi spółki giełdowe powinny zawierać w swoim oświadczeniu o stosowaniu zasad ładu korporacyjnego odniesienie do kodeksu i powinny składać sprawozdania ze stosowania tego kodeksu zgodnie z podejściem „przestrzegaj lub wyjaśnij”. Aby móc zidentyfikować kwestie mające największe znaczenie dla dobrego ładu korporacyjnego w UE oraz przygotować niniejszą zieloną książkę, Komisja przeprowadziła ankiety w wybranych spółkach giełdowych z różnych państw członkowskich i różnych sektorów gospodarczych, o różnej kapitalizacji i strukturze akcjonariatu. Komisja spotkała się także z ekspertami od ładu korporacyjnego, a także przedstawicielami środowiska inwestorów i społeczeństwa obywatelskiego. Niektóre istotne kwestie uwidoczniły się już wcześniej w kontekście przyjętej w czerwcu 2010 r. zielonej książki „Ład korporacyjny w instytucjach finansowych oraz polityka wynagrodzeń”. I tak na przykład zaangażowanie akcjonariuszy jest kwestią istotną nie tylko dla instytucji finansowych, ale i dla wszystkich spółek. Instytucje finansowe stanowią jednak przypadek szczególny, ze względu na szczególne wyzwania dotyczące zapewnienia skutecznego zarządzania ryzykiem oraz z uwagi na ryzyko systemowe dla systemu finansowego, które mogą powodować. Rozwiązania

przewidziane w zielonej księdze z czerwca 2010 r. mogą zatem nie być odpowiednie dla ogółu spółek w UE. Dlatego też w niniejszej zielonej księdze skupiono się na trzech następujących kwestiach, które mają kluczowe znaczenie dla dobrego ładu korporacyjnego:

- **Rada dyrektorów** – sprawnie działające, skuteczne rady są potrzebne jako przeciwwaga dla kadry kierowniczej wyższego szczebla. Oznacza to, że rady potrzebują członków niebędących dyrektorami wykonawczymi, reprezentujących szerokie spektrum poglądów i umiejętności oraz posiadających odpowiednie doświadczenie zawodowe. Członkowie rady muszą być także gotowi do poświęcania tej pracy odpowiedniego czasu. Szczególne znaczenie mają funkcja przewodniczącego rady oraz odpowiedzialność rady za zarządzanie ryzykiem.
- **Akcjonariusze** – fundamentem ram ładu korporacyjnego jest założenie, zgodnie z którym akcjonariusze angażują się w sprawy spółki i rozliczają kierownictwo z wyników jego pracy. W praktyce potwierdza się jednak, że większość akcjonariuszy jest bierna i często skupia się wyłącznie na krótkoterminowych zyskach. W związku z tym wydaje się, że warto jest rozważyć możliwości zachęcenia większej liczby akcjonariuszy do zainteresowania się „równoważonymi” stopami zwrotu i wynikami osiąganymi w dłuższej perspektywie czasowej oraz do większego zaangażowania w kwestie ładu korporacyjnego. Różne struktury akcjonariatu wiążą się ponadto z innymi zagadnieniami takimi jak ochrona akcjonariuszy mniejszościowych.
- **W jaki sposób należy stosować podejście „przestrzegaj lub wyjaśnij” leżące u podstaw unijnych ram ładu korporacyjnego?** Niedawne badanie wykazało, że wartość informacyjna wyjaśnień publikowanych przez spółki odstępujące od kodeksu ładu korporacyjnego jest w większości przypadków niezadowalająca i że w wielu państwach członkowskich nie monitoruje się odpowiednio stosowania kodeksów.

W związku z tak zidentyfikowanymi problemami Komisja sformułowała 25 pytań w ramach konsultacji:

- (1) Czy unijne środki w zakresie ładu korporacyjnego powinny uwzględniać wielkość spółek giełdowych? W jaki sposób? Czy należy ustanowić zróżnicowane, proporcjonalne zasady w odniesieniu do małych i średnich spółek giełdowych? Jeżeli tak, czy istnieją odpowiednie definicje lub progi? Jeżeli tak, odpowiadając na poniższe pytania, proszę zaproponować, w jaki sposób można dostosować te definicje i progi (w odpowiednich przypadkach) na potrzeby MŚP.
- (2) Czy na poziomie UE należy podjąć środki w zakresie ładu korporacyjnego w odniesieniu do spółek nienotowanych na rynku regulowanym? Czy UE powinna skupić się na wspieraniu rozwoju i stosowania dobrowolnych kodeksów dla spółek nienotowanych na rynku regulowanym?
- (3) Czy UE powinna dążyć do zapewnienia wyraźnego rozdziału funkcji i obowiązków przewodniczącego rady dyrektorów i dyrektora generalnego?

- (4) Czy polityka zatrudnienia powinna bardziej szczegółowo określać profil dyrektorów, w tym przewodniczącego, aby zapewnić posiadanie odpowiednich umiejętności przez dyrektorów oraz odpowiednio różnorodny skład rady? Jeżeli tak, w jaki sposób można najlepiej osiągnąć ten cel i na jakim poziomie zarządzania, tzn. krajowym, unijnym czy międzynarodowym?
- (5) Czy spółki giełdowe powinny mieć obowiązek informowania o posiadaniu polityki zapewniającej różnorodność składu rady, a jeżeli tak, czy powinny opisywać cele tej polityki, jej główne założenia oraz regularnie składać sprawozdania z jej realizacji?
- (6) Czy spółki giełdowe powinny mieć obowiązek zapewniania większej równowagi płci w składzie rad? Jeżeli tak, to w jaki sposób?
- (7) Czy jest Pan/Pani zdania, że na szczeblu UE powinien istnieć środek ograniczający liczbę stanowisk dyrektora niewykonawczego, które może jednocześnie zajmować jedna osoba? Jeśli tak, w jaki sposób należy sformułować takie ograniczenie?
- (8) Czy spółki giełdowe należy zachęcać do przeprowadzania zewnętrznej oceny w regularnych odstępach czasu (np. co trzy lata)? Jeśli tak, to w jaki sposób można to robić?
- (9) Czy należy wprowadzić obowiązek ujawniania polityki wynagrodzeń, rocznego sprawozdania w sprawie wynagrodzeń (informującego o sposobie realizacji polityki wynagrodzeń w poprzednim roku) oraz indywidualnych wynagrodzeń dyrektorów wykonawczych i niewykonawczych?
- (10) Czy powinien istnieć obowiązek poddawania pod głosowanie akcjonariuszy polityki wynagrodzeń i sprawozdania w sprawie wynagrodzeń?
- (11) Czy zgadzają się Państwo, że rada powinna zatwierdzać „profil ryzyka” spółki, brać za niego odpowiedzialność i komunikować go wyraźnie akcjonariuszom? Czy powyższe ustalenia dotyczące ujawnień powinny także obejmować najważniejsze powiązane ryzyka społeczne?
- (12) Czy zgadzają się Państwo, że rada powinna zapewnić skuteczność obowiązujących w spółce zasad dotyczących zarządzania ryzykiem oraz ich zgodność z profilem ryzyka spółki?
- (14) Czy należy podjąć środki dotyczące systemów motywacyjnych dla zarządzających aktywami, którzy zajmują się portfelami długoterminowych inwestorów instytucjonalnych, oraz oceny wyników pracy tych zarządzających, a jeżeli tak, to jakie środki?
- (15) Czy prawo UE powinno wspierać skuteczniejsze monitorowanie zarządzających aktywami przez inwestorów instytucjonalnych w zakresie strategii, kosztów, zawieranych transakcji i stopnia zaangażowania zarządzających aktywami spółki, w które dokonano inwestycji? Jeżeli tak, to w jaki sposób?
- (16) Czy przepisy UE powinny wymagać zachowania pewnego stopnia niezależności (np. wobec spółki dominującej) przez organ zarządzający podmiotu

zarządzającego aktywami czy też potrzebne są inne środki (ustawodawcze), aby poprawić sytuację w zakresie ujawnień informacji i zarządzania konfliktami interesów?

- (17) *W jaki sposób UE może najlepiej ułatwić współpracę pomiędzy akcjonariuszami?*
- (18) *Czy prawo unijne powinno zobowiązywać doradców inwestorów w sprawie głosowania do większej przejrzystości, np. jeżeli chodzi o stosowane przez nich metody analityczne, konflikty interesów albo politykę zarządzania konfliktami interesów oraz czy powinni oni stosować kodeks postępowania? Jeżeli tak, w jaki sposób można najlepiej osiągnąć ten cel?*
- (19) *Czy są Państwo zdania, że konieczne są inne środki (ustawodawcze) np. ograniczenie możliwości jednoczesnego świadczenia przez doradców usług na rzecz inwestora w związku z głosowaniem i usług konsultingowych na rzecz spółek, w które dokonano inwestycji?*
- (20) *Czy widzą Państwo potrzebę wprowadzenia technicznego i/lub prawnego mechanizmu europejskiego, który umożliwiłby emitentom identyfikację ich akcjonariuszy, aby ułatwić dialog w sprawie kwestii ładu korporacyjnego? Jeżeli tak, czy są Państwo zdania, że taki mechanizm sprzyjałby także współpracy pomiędzy inwestorami?*
- (21) *Czy są Państwo zdania, że akcjonariusze mniejszościowi potrzebują dodatkowych praw, aby móc skutecznie reprezentować swoje interesy w spółkach, w których istnieje akcjonariusz posiadający pakiet kontrolny czy też akcjonariusz główny?*
- (22) *Czy są Państwo zdania, że akcjonariusze mniejszościowi potrzebują większej ochrony przed transakcjami z jednostkami powiązanymi? Jeśli tak, to jakie można by podjąć środki?*
- (23) *Czy należy podjąć środki, aby wspierać na poziomie UE akcjonariat pracowniczy, a jeżeli tak, to jakie środki?*
- (24) *Czy zgadzają się Państwo, że spółki odstępujące od zaleceń kodeksów ładu korporacyjnego powinny mieć obowiązek przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dotyczących takich odstępstw oraz opisanie przyjętych przez nie alternatywnych rozwiązań?*
- (25) *Czy zgadzają się Państwo, że organy monitorujące powinny być uprawnione do sprawdzania wartości informacyjnej wyjaśnień zawartych w oświadczeniach o stosowaniu zasad ładu korporacyjnego i do żądania od spółek, w razie takiej potrzeby, uzupełnienia przedstawionych wyjaśnień? Jeżeli tak, jaka dokładnie powinna być rola organów monitorujących?*

Analiza uzasadnienia opublikowania zielonej księgi, cytowanych wyżej pytań i ich bliższego omówienia w zielonej księdze, dobrze ilustruje, że wyłaniająca się z projektu dyrektywy teza, iż niska reprezentatywność kobiet w radach spółek giełdowych stanowi jedną z podstawowych barier rozwoju rynku

wewnętrznego i braku konkurencyjności europejskiej gospodarki jest tezą co najmniej dyskusyjną, a w mojej ocenie wysoce nieprzekonującą. Komisja w zielonej księdze (punkt 1.1.3.) wprost przyznaje, iż: *Badania wskazują, że istnieje pozytywna korelacja pomiędzy odsetkiem kobiet w składzie rady a wynikami spółki, chociaż całościowy wpływ kobiet na wyniki spółek stanowi na pewno bardziej złożone zagadnienie. Chociaż badania te nie dowodzą żadnego związku przyczynowego, korelacja ta uwidacznia zasadność zapewnienia równowagi płci w zarządzie i w procesie decyzyjnym spółek.* W ciągu 1,5 roku od opublikowania uzasadnienia zielonej księgi autorzy uzasadnienia projektu dyrektywy prezentują jednoznaczny wniosek o niewątpliwie pozytywnym wpływie udziału kobiet w zarządach spółek i procesie decyzyjnym na wyniki spółek, powołując się na różne badania. Ta zmienność „pewności” co do wyników badań wywołuje poważne wątpliwości. Gdyby przyjąć uzasadnienie projektu dyrektywy bez zastrzeżeń, należałoby podnieść, że nie rozwiązuje ona problemu zniesienia barier rozwoju rynku wewnętrznego ani konkurencyjności rynku UE, ponieważ decydujący wpływ na procesy zarządcze, a więc na rozwój rynku wewnętrznego i konkurencyjność europejskiej gospodarki, mają zarządzający spółkami. Wniosek stąd, że parytety należałoby wprowadzić w zarządach spółek i w grupie dyrektorów wykonawczych, a nie ograniczać się do rad nadzorczych spółek oraz dyrektorów niewykonawczych.

Dyrektywa nie realizowałaby także swojego – jak się wydaje podstawowego założenia – jakim jest równouprawnienie kobiet przez zastosowanie inżynierii społecznej w postaci tzw. dyskryminacji pozytywnej, czyli uprzywilejowania kobiet w dostępie do stanowisk w organach spółek. Skoro bowiem niska reprezentatywność kobiet: wpływa negatywnie na wyniki spółek, wpływa na zwiększenie ryzyka podejmowania błędnych lub wręcz nieodpowiedzialnych decyzji biznesowych, a co najmniej decyzji nieoptymalnych, ogranicza dobór profesjonalnej i zróżnicowanej kadry menedżerskiej, a także promuje niemyślny kryterium doboru według klucza „szkolnej ławy”, to w pierwszej kolejności parytety należałoby wprowadzić w zarządach spółek i przy doborze dyrektorów wykonawczych. Wszak to zarządzający ma decydujący wpływ na sposób zarządzania spółkami.

Z badań przeprowadzonych w Polsce, wykonanych z powołaniem się na analogiczne badania w innych krajach, nie wynika, że przyczyną niskiej reprezentatywności kobiet w organach statutowych spółek giełdowych jest dyskryminacja kompetentnych kobiet. Autor badań L. Bohdanowicz, za S. Tersjenem²⁰, zastrzega, że generalizowanie ich wyników na temat obecności kobiet w organach statutowych spółek jest trudne ze względu na różnice otoczenia

²⁰ S. Tersjen, R. Seaty, V. Singh, *Women Directors on Corporate Boards; A Review and Research Agenda*, „Corporate Governance: An International Review” 2009, vol. 17, nr 3, s. 320–337.

kulturowego, ekonomicznego i regulacyjnego, a także na różny stopień rozwoju rynków kapitałowych i efektywność mechanizmów nadzoru korporacyjnego. Prowadzone badania opierają się na teorii instytucjonalnej D. Bilimoria²¹ oraz teorii zasobowej A.J. Hillmana²². Obie teorie dążą do wyjaśnienia przyczyn powoływania kobiet w skład organów zarządzających i rad nadzorczych spółek.

Według teorii instytucjonalnej kobiety są powoływane w skład organów zarządzających i rad nadzorczych spółek ze względu na oczekiwania (presję) społeczne i presję instytucjonalną otoczenia, w jakim działają spółki. Zgodnie z tą teorią procesy społeczne zachodzące na zewnątrz organizacji, jaką jest spółka, oddziałują między innymi na kształtowanie składu osobowego organów statutowych spółek, ponieważ spółka jest zmuszona dostosowywać się do norm i praktyk kształtujących się pod wpływem zasad społecznych przenikających następnie do prawa. Prowadzi to do efektu instytucjonalizacji wartości społecznych. Podkreśla się, że spółki podlegają, obok nacisków mimetycznych (twórcze naśladowanie), m.in. naciskom represyjno-normatywnym przy podejmowaniu decyzji w sferze prywatnej²³. O ile naciski o charakterze mimetycznym nie są wyrazem nakazu prawnego zabezpieczonego sankcją prawną, o tyle nałożenie obowiązku zapewnienia równowagi płci w spółkach giełdowych oznacza głęboką ingerencję w zasadę autonomii woli i wolności gospodarczej. Przykładem takiego nacisku represyjno-normatywnego są inicjatywy podjęte w Norwegii, Francji i Hiszpanii nakazujące, aby w spółkach giełdowych co najmniej 40% rad stanowiły kobiety²⁴. Instytucjonalizacja wartości społecznych prowadzi nieuchronnie do powoływania kobiet w skład rad spółek z przyczyn „formalnych” (nakaz prawny) czy „instrumentalnych” (uleganie presji społecznej lub oczekiwanie akceptacji społecznej). Oznacza to, że podstawowym kryterium powoływania kobiety w skład organu zarządzającego lub nadzorczego jest jej płeć. Nie oznacza to pozbawienia znaczenia kryteriów merytorycznych (wiedza, umiejętności, doświadczenie). Jednak nietrudno dostrzec, że nakaz prawny czy presja społeczna powodują, iż spółki w praktyce – w razie konfliktu między kryterium płci a kryterium merytorycznym – aby spełnić nakaz for-

²¹ *Idem*, *The Relationship Between Women Corporate Directors and Women Corporate Officers*, „Journal of Managerial Issues” 2006, vol. 18, nr 1, s. 47–61.

²² A.J. Hillman, C. Shropshire, A.A. Jr Cannella, *Organizational Predictors of women corporate boards*, „Academy of Management Journal” 2007, vol. 50, nr 4, s. 941–952.

²³ Zob. L. Bohdanowicz, *Obecność kobiet w organach statutowych polskich spółek publicznych*, *op. cit.*, s. 70.

²⁴ C. de Anca, *Women on corporate boards of Spanish listed companies* [w:] *Women on Corporate Boards of Directors: International Research and Practices*, S. Vinnicombe i inni (red.), Cheltenham 2008, s. 96–107; M. Hoel, *The Quota Story: Five Years of Change in Norway* [w:] *Women on Corporate Boards of Directors: International Research and Practices*, S. Vinnicombe i inni (red.), Cheltenham 2008, s. 79–87.

malny lub społeczny, w istocie nie mają pola manewru i dokonują wyboru na rzecz przedstawicielki płci, a nie na rzecz profesjonalizmu.

Teoria zasobowa zakłada, że sposobem na zarządzanie ryzykiem związanym z otoczeniem, w jakim funkcjonuje spółka, jest takie skonstruowanie składu organów zarządzających i nadzorczych, aby ich członkowie mogli podejmować optymalne merytorycznie decyzje na podstawie wiedzy, umiejętności, doświadczenia, związku z istotnymi interesariuszami spółki. Chodzi o to, aby organ zarządzający i nadzorujący spółkę był skonstruowany w taki sposób, który zapewnia optymalny kapitał ludzki (ekspertyzy z obszarów związanych z działalnością spółki, wiedza i umiejętności, doświadczenie, czyli kapitał merytoryczny) i kapitał relacyjny (budowanie renomy spółki, relacji z istotnymi dla spółki grupami interesu, zdolność pozyskiwania kapitału, czyli umiejętność optymalnej sprzedaży kapitału merytorycznego). Teoria zasobowa jest, jak się wydaje, w tym sensie obojętna płciowo (bezpłciowa), ponieważ kryterium formalne płci jest dla niej bez znaczenia. Nie chodzi bowiem o to, czy w skład organu zarządzającego lub nadzorczego wchodzi kobieta czy mężczyzna, ale o cechy odwołujące się do kapitału ludzkiego i relacyjnego, które wykazuje kandydatka lub kandydat do danego organu.

Element płci jako kryterium wyboru w świetle teorii zasobowej może mieć znaczenie merytoryczne w tym sensie, że w przypadku konkretnej spółki czy branży, w jakiej spółka działa, kobiety mogą mieć większe, naturalne predyspozycje dla zapewnienia sukcesu spółce (kompetencje, doświadczenie, wiarygodność, umiejętności relacyjne). Elementem kapitału relacyjnego jest znane powiedzenie „gdzie diabeł nie może, tam babę pośle”, które odczytywane pozytywnie, wskazuje na pożądane cechy w zarządzaniu spółką. W badaniach poświęconych temu, dlaczego kobiety mogą mieć pozytywny wpływ na zarządzanie i nadzór nad spółką, wskazuje się w sposób przekonujący nie tylko na wysoki poziom wykształcenia współczesnych kobiet w porównaniu z mężczyznami oraz doświadczenie w zarządzaniu, ale – co istotne – w nie mniejszym stopniu na to, co ma stanowić ich przewagę konkurencyjną wobec mężczyzn, a więc specyficzne umiejętności związane z naturalną rolą kobiet w rodzinie i społeczeństwie, wymagające dużej empatii, systematyczności, poszukiwania kompromisu²⁵.

Wnioski te nie potwierdzają jednak narzucania przez prawodawcę (państwo) parytetu płci, ale bezpośrednio miękkie sposoby promowania udziału kobiet w zarządzaniu (wykłady, seminaria, konferencje, publikacje, miękkie – pozbawione kryteriów liczbowych – rekomendacje w kodeksach dobrych praktyk) oraz pośrednie twarde sposoby (regulacje prawne z zakresu prawa pracy – warunki pracy i płacy). Bezpośrednie miękkie i pośrednie twarde spo-

²⁵ J.B. Rosner, *Ways Women Lead*, „Harvard Business Review” 1990 (listopad–grudzień), s. 119–125.

soby promowania kobiet powinny być ukierunkowane nie na narzucanie równowagi płciowej w radach spółek, ale na ułatwienia zdobywania kompetencji i doświadczenia profesjonalnego szczególnie w początkowym okresie godzenia obowiązków macierzyńskich z zawodowymi.

Wymaga poszanowania faktu, że na wybory życiowe w zakresie profilu pracy profesjonalnej mogą mieć wpływ naturalne różnice psychofizyczne zachodzące między kobietami i mężczyznami. „The Economist” przytacza dane, że ze względu na trudności w pogodzeniu obowiązków macierzyńskich i kariery kobiety często wybierają zawody zapewniające im przewidywalną liczbę godzin pracy, takie jak w działach *human resources* (zarządzanie zasobami ludzkimi) i rachunkowości. Co więcej, z tego samego względu kobiety często wybierają taki kierunek studiów, który minimalizuje ryzyko utraty przez nie zdobytej wiedzy i umiejętności w związku z urlopem macierzyńskim. Amerykański instytut badawczy (tzw. *think tank*) The Centre for Work-Life Policy z Nowego Jorku przedstawił w 2009 r. dane, z których wynika, że 31% Amerykanek przebrało pracę średnio na okres 2,7 roku, a 66% przeszło na część etatu lub z elastycznymi godzinami pracy, aby godzić obowiązki zawodowe z rodzinnymi²⁶.

Wydaje się zatem uzasadniony pogląd, że na poparcie zasługują inicjatywy promujące udział kobiet w radach nie dlatego, że są kobietami, ale dlatego, że potrafią dla dobra spółki odpowiednio wykorzystać posiadaną wiedzę i doświadczenia w połączeniu z kapitałem relacyjnym wynikającym z ich predyspozycji.

Czy w świetle zasad prawa prywatnego wprowadzenie obowiązku prawnego zapewnienia równowagi płci w radach nadzorczych prywatnych spółek jest pożądane

Zasada autonomii woli

Wprowadzanie obowiązku prawnego zapewnienia równowagi płci w organach prywatnej spółki giełdowej wywołuje bardzo poważne wątpliwości. Narzucanie prywatnym spółkom formalnego kryterium dotyczącego zasad wyboru członków rad nadzorczych byłoby sprzeczne z zasadą autonomii woli będącą fundamentem prawa prywatnego.

Nie istnieje prawny zakaz kształtowania składu osobowego rad z uwzględnieniem parytetu płci. Znikomy udział kobiet w radach nadzorczych nie jest zatem skutkiem bariery prawnej, ale – jeżeli – to bariery faktycznej. Kluczowe jest więc ustalenie, jakie jest źródło tej bariery faktycznej i czy nałożenie na spółki obowiązku 40% udziału kobiet w radach nadzorczych może tę barierę „zburzyć”. Bariere faktyczną w powoływaniu kobiet do rad nadzorczych sta-

²⁶ „The Economist” z dn. 23–29 lipca 2011 r., s. 56.

nowią same spółki, które przez swoje organy nie dokonują „odpowiednich” powołań. Posłużenie się rozumowaniem, że niepowoływanie kobiet do rad nadzorczych jest efektem „woli” spółki może w tym wypadku stanowić nadmierne uproszczenie. Spółka, choć wyposażona w osobowość prawną, nie jest autonomicznym „tworem” oderwanym od jej wspólników. To właśnie wspólnicy, których wierzytelności wobec spółki są z góry nieokreślone i niepewne, są również jej ostatecznymi podmiotami ryzyka. Oznacza to, że wspólnicy ponoszą swoimi wkładami ryzyko ekonomiczne działania spółki. Spółka jest więc jedynie formą organizacyjno-prawną, która pozwala grupie ludzi (większej lub mniejszej) na realizację celów. Jeżeli zatem twierdzimy, że spółki w znikomym stopniu decydują się na powołanie kobiet do rad nadzorczych, to należy takie twierdzenie zawsze odnieść do ekonomicznych właścicieli spółki, jakimi są wspólnicy. To właśnie w ich interesie spółka w ogóle istnieje, a przez mechanizmy decyzyjne na płaszczyźnie poszczególnych organów to właśnie ich wola jest realizowana pośrednio przy powoływaniu członków rad nadzorczych. Pytanie, czy obowiązek zapewnienia udziału kobiet w radach nadzorczych na poziomie 40% jest pożądany, w istocie powinno więc zmierzać do ustalenia, czy pożądane jest narzucenie ekonomicznym właścicielom spółek, którzy ponoszą ryzyko ich działalności gospodarczej, takich rozwiązań.

Decyzja o składzie osobowym rady nadzorczej powinna być decyzją biznesową podejmowaną przez właściwy organ spółki na mocy decyzji akcjonariuszy, jako ponoszących ryzyko ekonomiczne działań spółki. Państwo, nie ponosząc ryzyka ekonomicznego konkretnego przedsięwzięcia gospodarczego, nie powinno narzucać sposobu doboru środków zarządzania i kontroli. Przekonanie, że państwo „wie lepiej”, wydaje się zawodne, w szczególności w świetle obecnych wydarzeń w niektórych państwach członkowskich. Przykładami są tutaj Grecja, Irlandia, Włochy, Hiszpania, a ostatnio Cypr, które dowodzą, że podstawowym zagrożeniem dla stabilności ekonomicznej Unii w chwili obecnej nie jest zarządzanie ryzykiem przez korporacje, ale nieodpowiedzialna polityka finansowa poszczególnych rządów państw członkowskich UE.

Uzasadnienie projektu dyrektywy cechuje się podejściem zakładającym, że państwo (a w istocie stojąca za nim Unia Europejska) „wie lepiej” niż same spółki i ich akcjonariusze, jak należy korzystać z własności prywatnej, czyli z majątku „uwięzionego” w strukturze organizacyjno-prawnej, jaką jest spółka. W analizowanym przypadku chodzi o własność prywatną w ujęciu, które obejmuje uprawnienia decyzyjne (tu: zarządzanie spółką oraz forma sprawowania nadzoru nad sposobem zarządzania spółką). Przykładowo, w uzasadnieniu projektu dyrektywy krytycznie rozpoznano zjawisko powoływania osób znajomych „ze szkolnej ławy” na stanowisko członka rady nadzorczej²⁷: *Dokonując*

²⁷ Uzasadnienie projektu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poprawy równowagi płci wśród dyrektorów niewykonawczych spółek, których akcje

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. Doświadczenia z USA dowiodły, że fakt niezależności dyrektorów nie miał znaczenia w kontekście upadłości banków w czasie kryzysu finansowego²⁸. Nawet gdyby jednak uwzględnić teorie ekonomii lub nawet badania empiryczne, które wskazują, że obsadzanie organów spółki „po znajomości” jest nieefektywne, nie należy zapominać, iż takie działanie mieści się w zakresie autonomii woli ekonomicznych właścicieli spółek, którzy w tej kwestii działają pośrednio przez jej organy. Paternalistyczne narzucanie spółkom rozwiązań nawet obiektywnie „korzystniejszych” pozostaje więc w sprzeczności z zasadą autonomii woli stron stosunków prywatnoprawnych. Zasada ta obejmuje bowiem również takie działania, które według obiektywnych kryteriów można uznać za niekorzystne dla spółki, ponieważ to cele wspólników definiują jej interes.

Paternalistyczne podejście „wiemy lepiej” jaskrawo podkreśla sposób powołania w uzasadnieniu projektu dyrektywy wyników przeprowadzonych konsultacji społecznych. Konsultacje społeczne przeprowadzone od maja do marca 2012 r. wykazały, że mimo konsensusu co do podjęcia działań w kierunku zwiększenia reprezentacji kobiet w radach nadzorczych, zdania co do środków, które miałyby służyć wprowadzeniu takich zmian, były zróżnicowane. Jak zostało przytoczone w samym uzasadnieniu do projektu dyrektywy: *Część zainteresowanych stron, przede wszystkim z sektora biznesu, preferowała dalszą samoregulację*²⁹. To stwierdzenie „ginie” w uzasadnieniu projektu dyrektywy, jest, obrazowo rzecz ujmując, „zamicione pod dywan”. Taka sytuacja wydaje się zadziwiająca, ponieważ mamy do czynienia z empirycznym dowodem na to, że projekt dyrektywy w istocie jest forsowany wbrew woli samych zainteresowanych, tj. sektora biznesu. Kluczowe jest zwrócenie uwagi na doniosłość naruszenia zasady autonomii woli przez projekt dyrektywy, ponieważ jego autorzy działali w pełnej świadomości, że wyraźnie mija się on z oczekiwaniami środowisk biznesu. „Zamicione pod dywan” są również wyniki badań Eurobarometru z 2011 r., które mają za zadanie odzwierciedlać „zdanie Europejczyków”. Wykazano, że 88% Europejczyków uważa za zasadne, żeby kobiety i mężczyźni byli na stanowiskach kierowniczych reprezentowani w równym stopniu. Na pytanie o środki osiągnięcia równowagi płci 31% opowiedziało się za samoregulacją w ramach spółek, 26% za wiążącymi środkami prawnymi,

są notowane na giełdzie i odnośnych środków, Bruksela, 14 listopada 2012 r., COM (2012) 614, s. 4.

²⁸ Zob. R. Pozen, *The Case for Professional Boards*, „Harvard Business Review” 2010 (grudzień), s. 52.

²⁹ Uzasadnienie projektu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poprawy równowagi płci, *op. cit.*, s. 8.

a 20% za niewiązącymi środkami prawnymi, takimi jak kodeksy i karty ładu korporacyjnego. „Suche” przywołanie tych liczb przez autorów uzasadnienia do projektu dyrektywy nie pozwala na pierwszy rzut oka dostrzec istotnej kwestii. Porządkując odpowiedzi respondentów według pytania, czy powinien być wprowadzony wiążący prawnie obowiązek parytetów płci na stanowiskach kierowniczych w spółkach, jedynie 26% opowiada się za takim rozwiązaniem, a 51% uczestników jest przeciwnych. Doliczając do tych 51% procent osoby przeciwnie osiągnięciu parytetów płciowych na stanowiskach kierowniczych w jakikolwiek sposób, dochodzimy do wniosku, że większość Europejczyków jest przeciwna forsowaniu szerszej reprezentacji kobiet na stanowiskach kierowniczych poprzez wiążące instrumenty prawne. Podsumowując, zarówno środowiska biznesowe, jak i „zwykli” Europejczycy nie popierają projektu dyrektywy. Stanowi to empiryczne tło dla tezy, że wprowadzenie obowiązku reprezentacji kobiet w radach nadzorczych na poziomie 40% jest głęboką ingerencją w autonomię woli podmiotów prywatnych.

Zasada proporcjonalności w świetle polskiej Konstytucji

Obok zasady autonomii woli ustanowienie prawnego obowiązku zapewnienia parytetu płci w radach nadzorczych stanowiłoby również naruszenie zasady proporcjonalności. Zasada ta zakłada konieczność adekwatności stosowanego środka do celu. Innymi słowy, zastosowany środek nie może przekraczać pewnego, akceptowanego wagą zamierzonego celu jako wartości wyższego rzędu, stopnia uciążliwości.

Jak była mowa, narzucanie kształtowania składu osobowego rady nadzorczej jest bardzo głęboką ingerencją w zasadę autonomii woli stanowiącej fundament prawa prywatnego, a w konsekwencji w konstytucyjną zasadę wolności gospodarczej oraz zasadę ochrony własności i innych praw majątkowych. W warunkach polskich wywołuje uzasadnione wątpliwości, czy nie dochodziłoby w ten sposób do naruszenia art. 20 Konstytucji RP (*Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej*) przez ingerowanie przez państwo w decyzje właścicielskie podejmowane suwerennie przez właściwe organy spółki (w sytuacji, w której państwo nie ponosi ryzyka ekonomicznego takiej ingerencji) bez wyraźnego i jednoznacznego uzasadnienia odwołującego się do bezwzględnej konieczności ochrony ważnego interesu publicznego. Ograniczenie wolności gospodarczej jako prawa fundamentalnego w państwie, którego ustrój jest oparty na gospodarce rynkowej, wymaga jednoznacznego uzasadnienia odwołującego się do konieczności ochrony ważnego interesu publicznego. Każde ograniczenie prawa jednostkowego z powołaniem się na ważny interes

publiczny wymaga jednoznacznego uzasadnienia opartego na faktach, a nie na spekulacjach, intuicji lub subiektywnym przeświadczeniu. Ograniczenie prawa jednostkowego powinno odpowiadać zasadzie proporcjonalności. W zasadę proporcjonalności jest wpisany postulat oczywistej przewagi dobra chronionego, jakim jest dobro publiczne, nad dobrem jednostkowym (indywidualnym).

Dostępne badania naukowe nie wykazują, aby przyczyną kryzysów finansowych była niska reprezentatywność kobiet w radach lub że niska reprezentacja kobiet w radach jest spowodowana dyskryminacją płciową. Inną kwestią, która nie została wzięta pod uwagę w projekcie dyrektywy, a mającą doniosłe znaczenie przy podejmowaniu decyzji w sprawie parytetu płci w radach, jest zakres dopuszczalnej dyskryminacji w prawie prywatnym wpisanym w naturę prawa prywatnego jako chroniącego interes prywatny trochę w myśl powiedzenia z wiersza *Paweł i Gawel* A. Fredry „Wolność, Tomku, w swoim domku”, ilustrującego obszar swobody zachowania i zarazem granice tej swobody. Należy zwrócić uwagę, że nawet gdyby potwierdzono bezspornie związek przyczynowo-skutkowy między zwiększoną reprezentacją kobiet w radach spółek a ich wynikami finansowymi, to nie stanowiłoby to wystarczającego uzasadnienia dla wprowadzenia ustawowego parytetu płci. Prawo prywatne nie nakazuje bowiem działać racjonalnie czy rozsądnie, ale zgodnie z prawem i dobrymi obyczajami. Kwestia racjonalności i rozsądku w kształtowaniu składu osobowego rad spółek giełdowych to obszar korporacyjnej komunikacji między akcjonariuszami i organami spółki. Konsekwencją błędnych decyzji personalnych jest decyzja o inwestycji w akcje spółki lub dezinwestycji (tzw. głosowanie nogami przez akcjonariuszy zbywających akcje spółki), a także zdolności spółki do pozyskiwania źródeł finansowania na rozwój. Konsekwencją taką mogą być niskie oceny agencji ratingowych, które mają wpływ na ocenę ryzyka dostarczania spółkom kapitału, a więc także na jego koszt.

Ingerencja państwa w kształtowanie składu osobowego organów statutowych spółek giełdowych oznacza arbitralną decyzję prawodawcy w zakresie sposobu korzystania z własności i innych praw majątkowych (chodzi o decyzje akcjonariuszy co do sposobu zarządzania i kontroli majątkiem spółki – stanowiącym w sensie ekonomicznym własność akcjonariuszy, a w sensie prawnym „uwięzionym” w strukturze spółki; chodzi także w sensie prawnym o ingerencje w korzystanie z praw akcjonariusza dotyczących sposobu zarządzania majątkiem spółki). Powstaje uzasadniona wątpliwość, czy nie stanowiłoby to naruszenia art. 65 Konstytucji (zasada ochrony własności i praw majątkowych).

Kolejnym argumentem przemawiającym za brakiem zasadności założeń projektu dyrektywy jest sztuczność proponowanego kryterium zarówno w kontekście ilościowym, jak i jakościowym. Obowiązek prawny polegający na zapewnieniu określonego udziału kobiet w radzie nadzorczej jest oderwany od sektora, w jakim działa przedsiębiorstwo, struktury jego akcjonariatu i wielkości przedsiębiorstwa. Tym samym nie mogą być realizowane wymogi uzyskania

efektu optymalnego zarządzania i kontroli spółki giełdowej w świetle założeń teorii zasobowej. W konsekwencji może to stanowić działanie na szkodę spółki, jej akcjonariuszy i interesariuszy. Ponadto proponowane rozwiązanie nie daje odpowiedzi na rozstrzygnięcia problemu braku znalezienia osoby kompetentnej oraz odwoływania osoby niekompetentnej, jeżeli kryterium koniecznym staje się płeć, a nie wyłącznie kompetencje członka rady. Jak już była mowa, nie jest również przekonujący argument, że sztuczne zadekretowanie struktury płci w radzie nadzorczej „powiększa dostępną pulę” osób przygotowanych do zajmowania tych stanowisk.

Podkreślenia wymaga, że założenie, iż parytet płciowy zmniejszy ryzyko nieodpowiedzialnego zarządzania przedsiębiorstwem nie zostało jak dotąd udowodnione. Dowodów takich nie dostarczają ani teoria instytucjonalna, ani – co ważniejsze – zasobowa, która odnosi się raczej do mieszanki cech przypisywanych typowemu mężczyźnie i typowej kobiecie jako zjawisku pozytywnemu z punktu widzenia zarządzania, a nie do prawnego narzucania równowagi płciowej w procesach zarządzania. Doświadczenia USA dowodzą, że takich gwarancji nie daje także skonstruowanie rad dyrektorów w taki sposób, aby większość członków rady miała status członka niezależnego. Większość instytucji finansowych w 2008 r. posiadała liczbę niezależnych członków rad ponad wymóg, który nakładał *The Sarbanes-Oxley Act*, a w bankach, które upadły, 80% członków rady dyrektorów miało status niezależnych, w tym wszyscy członkowie komitetu audytu, nominacji i wynagrodzeń³⁰. Potwierdzają to także komparatystyczne analizy prawno-ekonomiczne prowadzone w polskiej doktrynie prawa spółek z powołaniem się na doświadczenia amerykańskie³¹.

Dogmatyczne dążenie do zapewnienia równowagi płci – niezależnie od przedstawianego uzasadnienia – może prowadzić do efektów niepożądanych, które obrazuje wysoce dyskusyjny wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) z 2 marca 2011 r. W cytowanym wyroku ETS orzekł, że różnicowanie składek ubezpieczeniowych ze względu na płeć klientów jest zakazanym aktem dyskryminacji. Mimo faktu, że problem dotyczy nieco odmiennej kwestii niż analizowana w kontekście zapewnienia równowagi płci w spółkach giełdowych, to cechą wspólną jest dogmatyczne i formalne podejście do równowagi płci. Cytowany wyrok ETS jest znamieny, gdyż paradoksalnie służy on ochronie mężczyzn przed dyskryminacją. Michaela Koller, dyrektor generalny Europejskiego Komitetu Ubezpieczeń, komentując krytycznie wyrok ETS, stwierdziła, że: *W dziedzinie ubezpieczeń nieodzowne są statystyczne dowody i udowodniono, że płeć jest jednym z czynników, posiadających oczywi-*

³⁰ Zob. R. Pozen, *The Case for Professional*, op. cit., s. 52.

³¹ Zob. J. Bak, J. Dominowska, *Niezależni członkowie rady nadzorczej. Analiza prawno-ekonomiczna*, „Czasopismo Kwartalne Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego” 2010, nr 1(9), s. 39–76.

sty wpływ na ryzyko, szczególnie dotyczące pojazdów mechanicznych, długości życia, ubezpieczeń zdrowotnych oraz rent. W istocie chodzi o to, że analiza, czy określona praktyka jest efektem dyskryminacji czy naturalnych uwarunkowań związanych z różnicą płci, powinna być oparta na racjonalnej ocenie oderwanej od tego, czy chodzi o kobiety czy o mężczyzn. W cytowanym orzeczeniu negatywne skutki wyroku ETS dotkną bezpośrednio kobiety, a – paradoksalnie – także mężczyzn, gdyż wymuszają podwyżkę ceny ubezpieczycieli, które dotkną konsumentów.

Decyzja w sprawie wprowadzenia obowiązku zapewnienia równowagi płci powinna być także poprzedzona analizą ekonomiczną skutków takiego nakazu i jego funkcjonowania, zgodnie z teorią ekonomicznej analizy prawa. Parytet płci w spółkach giełdowych wywiera bowiem wpływ nie tylko na spółki i ich akcjonariuszy, ale także na interesariuszy spółek i całą gospodarkę. Warto przyrzeć się bliżej doświadczeniom Norwegii jako pierwszego kraju europejskiego, w którym wprowadzono obowiązkowy parytet płci w organach kierowniczych spółek. W 2003 r. średni udział kobiet w radach spółek norweskich wynosił 9%. Spółki norweskie były zobowiązane w ciągu 5 lat dostosować ten udział do poziomu 40%. W praktyce zastosowały one metodę określaną jako *window-dressing*, czyli były zmuszone kierować się kryterium płci, a nie kompetencji, w tym zastępując kobietami bardziej doświadczonych członków rad. Przeprowadzone badania, cytowane przez „The Economist”, wykazują, że doprowadziło to do pogorszenia wartości spółek norweskich, mierzonej wskaźnikiem kapitalizacji rynkowej do wartości odtworzeniowej aktywów (wskaźnik *Tobin's q*)³². Wniosek taki jest oczywiście obarczony ryzykiem spekulatywności, gdyż przeprowadzenie w tym zakresie bezspornego dowodu nie wydaje się możliwe, ale ilustruje to, z jak delikatną i niepewną materią mamy do czynienia.

Czy porządek prawny Unii Europejskiej i cele jej funkcjonowania uzasadniają wprowadzenie obowiązku prawnego zapewnienia równowagi płci w radach nadzorczych prywatnych spółek?

Uwagi wstępne

Niezależnie od oceny projektu dyrektywy pod kątem jego zgodności z zasadami prawa prywatnego i tym samym jego merytorycznej zasadności, konieczne jest również rozważenie kwestii jego zgodności z systemem prawnym Unii Europejskiej. Nawet twierdzenie, że projekt dyrektywy jest „pożądany” od strony merytorycznej, nie oznaczałoby automatycznie, iż istnieją ścieżki prawne na poziomie unijnym dopuszczające jego uchwalenie.

³² „The Economist” z dn. 23–29 lipca 2011 r., s. 55.

Artykuł 5 TUE ustanawia podział kompetencji między państwami członkowskimi a Unią Europejską. W ust. 1 i 2 tego artykułu została sformułowana zasada przyznania, zgodnie z którą Unia dysponuje jedynie kompetencjami przyznanymi jej w traktatach. Kompetencje w dziedzinach nieprzyzanych UE w sposób wyraźny w traktatach, wykonują wyłącznie państwa członkowskie. Z zasady przyznania wynikają zasady pomocniczości (art. 5 ust. 3 TUE) i proporcjonalności (art. 5 ust. 4 TUE) określające, w jakim stopniu Unia Europejska może wykonywać kompetencje przyznane w traktatach. Zasada pomocniczości określa, w jakich przypadkach Unia ma kompetencje do stanowienia prawa. Zasada proporcjonalności stanowi, że treść i forma działania UE nie powinny przekraczać granic koniecznych dla osiągnięcia celów wyznaczonych w traktatach. Wyznacznikiem sposobu stosowania zasady pomocniczości i proporcjonalności jest protokół do Traktatu o Unii Europejskiej.

Zasada przyznania

Jako bezpośrednia podstawa prawna uzasadniająca uchwalenie projektowanej dyrektywy, został powołany art. 157 ust. 3 TFUE, który stanowi, że: *Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą i po konsultacji z Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, przyjmują środki zmierzające do zapewnienia stosowania zasady równości szans i równości traktowania mężczyzn i kobiet w dziedzinie zatrudnienia i pracy, w tym zasadę równości wynagrodzeń za taką samą pracę lub pracę takiej samej wartości.*

Ocena zgodności projektu dyrektywy z zasadą przyznania jest uwarunkowana ustaleniem, czy Unii Europejskiej została przyznana kompetencja działania w dziedzinie objętej projektem dyrektywy. Uzasadnienie projektu dyrektywy, jak również jej preambuła, nie udzielają jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, z której z dziedzin wymienionych w art. 3 TFUE (kompetencje wyłączne) lub art. 4 TFUE (kompetencje dzielone) wynika uprawnienie Unii Europejskiej do stanowienia kryteriów formalnych powoływania członków rad nadzorczych w spółkach publicznych. Wzajemnie przenikają się, i to w sposób dość niekonsekwentny, argumenty natury społecznej (w konkretniej inżynierii społecznej), jak i nawiązania do konieczności ograniczania barier rynku wewnętrznego, do jakich mają należeć: brak wystarczającej reprezentacji kobiet w radach nadzorczych spółek publicznych oraz niejednolite rozwiązania ustanawiające parytety kobiet w radach nadzorczych spółek publicznych w systemach prawnych poszczególnych państw członkowskich. Odniesienie się w uzasadnieniu projektu dyrektywy do zasady pomocniczości pozwala przyjąć, że jego twórcy założyli, iż regulowana materia jest elementem kompetencji dzielonych.

Powołana w projekcie podstawa prawna kompetencji Komisji w postaci art. 157 ust. 3 TFUE wywołuje poważne wątpliwości. Przywołany powyżej przepis przyznaje Unii Europejskiej kompetencje w zakresie *zasady równości szans i równości traktowania mężczyzn i kobiet w dziedzinie zatrudnienia*

i pracy. Materią regulowaną przez projekt dyrektywy są wymogi powoływania osób na stanowisko członka rady nadzorczej w spółkach publicznych. Pełnienie funkcji członka rady nadzorczej należy rozumieć jako stosunek organizacyjny spółki istniejący między członkiem rady nadzorczej a spółką, który nie ma związku z dziedziną zatrudnienia i pracy. Obok stosunku organizacyjnego prawnego spółki może istnieć w spółce stosunek „dodatkowy” w postaci stosunku pracy lub innego pozapracowniczego stosunku zatrudnienia (np. na podstawie umowy-zlecenia lub innej umowy o świadczenie usług). Istnienie takiego dodatkowego stosunku jest jednak typowe w odniesieniu do członków zarządu spółki czy szerzej osób sprawujących zarząd spółką. W wypadku członków rady nadzorczej taki dodatkowy stosunek zatrudnienia nie występuje. Wyjątkiem jest tu pełnienie w radzie nadzorczej funkcji członka rady przez przedstawicieli pracowników w ramach konstrukcji tzw. partycypacji pracowniczej. Idea partycypacji pracowniczej stanowi jednak wyjątek potwierdzający regułę, ponieważ:

- 1) jest to konstrukcja wdrożona w nielicznych państwach członkowskich,
- 2) dotyczy wyłącznie wybranej grupy członków rady nadzorczej, którzy są powoływani przez pracowników,
- 3) stosunek pracy, który łączy tzw. pracowniczych członków rady nadzorczej ze spółką, jest oderwany od pełnienia funkcji członka rady nadzorczej.

Związanie członka rady nadzorczej wyłącznie stosunkiem organizacyjnym spółki jest sytuacją typową i pożądaną. Nawiązywanie z członkiem rady nadzorczej dodatkowych stosunków prawnych w dziedzinie zatrudnienia i pracy stanowi zagrożenie dla powstania konfliktu interesów między obowiązkami członka rady nadzorczej a obowiązkami wynikającymi z zatrudnienia. Zatrudnienie zakłada bowiem formę zależności od zatrudniającego, podczas gdy funkcja członka rady nadzorczej polega na sprawowaniu zadań nadzorczych i kontrolnych dotyczących prowadzenia spraw spółki. Jak była mowa, projekt dyrektywy, powołując się na art. 157 ust. 3 TFUE, zakłada, że uregulowanie parytetów płci w radach nadzorczych jest wyrazem przyjmowania środków wpływających na równość szans i równość traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie zatrudnienia i pracy. Założenie takie jest błędne, ponieważ stosunek prawny leżący u podstaw powołania członka rady nadzorczej nie ma charakteru stosunku pracy lub zatrudnienia (pozapracowniczego). Autorzy projektu dyrektywy, powołując art. 157 ust. 3 TFUE jako jej podstawę prawną, nieprawidłowo wskazali zatem źródło kompetencji Unii Europejskiej.

Niezależnie od tego, czy w ramach traktatów jest możliwe odnalezienie innego przepisu, który mógłby stanowić podstawę prawną projektu dyrektywy, przedłożony Sejmowy projekt musi zostać uznany za wadliwy. Podstawowym wymogiem prawidłowości legislacyjnej jest bowiem powołanie właściwej podstawy prawnej działania Unii w ramach kompetencji dzielonych. Ma to szczegól-

nie doniosłe znaczenie, gdy aktywność prawodawcza na poziomie organów UE prowadzi do ograniczenia kompetencji parlamentu narodowego. Obecna redakcja projektu dyrektywy, zawierająca art. 157 ust. 3 TFUE jako podstawę prawną, nie pozwala na stwierdzenie, że projekt ten jest zgodny z zasadą przyznania.

Zasada pomocniczości i proporcjonalności

Mimo że zasadnicze wątpliwości co do zgodności projektu dyrektywy z systemem prawnym Unii Europejskiej wynikają już z samego powołania podstawy prawnej, celowe jest rozważenie tej zgodności również na płaszczyźnie zasady pomocniczości. Celem zasady pomocniczości jest określenie odpowiedniego poziomu interwencji w dziedzinach kompetencji dzielonych między Unię Europejską a państwa członkowskie. Artykuł 5 ust. 3 TUE stanowi, że: *Zgodnie z zasadą pomocniczości, w dziedzinach, które nie należą do jej wyłącznej kompetencji, Unia podejmuje 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 ich osiągnięcie na poziomie Unii.* Jak zostało podkreślone w protokole³³ i w doktrynie³⁴, zasada pomocniczości ma za zadanie przyczynić się do podejmowania decyzji „jak najbliżej obywateli”. Zgodnie z zasadą pomocniczości Unia Europejska może interweniować tylko wówczas, jeżeli jej działania będą skuteczniejsze niż działania państw członkowskich.

Artykuł 5 protokołu stanowi, że każdy projekt aktu ustawodawczego powinien zawierać informacje umożliwiające ocenę tego projektu pod kątem zgodności z zasadą pomocniczości. Informacje te powinny w szczególności wskazywać skutki (w tym skutki finansowe) danej regulacji. Ponadto projekty aktów ustawodawczych powinny wskazywać, w jaki sposób i dlaczego skuteczniejsze będzie podjęcie działań legislacyjnych na poziomie unijnym niż na poziomie państw członkowskich.

Jak już zostało wskazane, w uzasadnieniu projektu dyrektywy w „mglisty” sposób przeplatają się wątki „społeczne”, podkreślające równość płci jako cel UE (art. 2 i art. 3 ust. 3 TUE), oraz wątki „rynkowe”, wskazujące powierchownie na negatywne efekty braku regulacji parytetów płci w radach nadzorczych w chwili obecnej. Zarówno w odniesieniu do aspektów „społecznych”, jak i „rynkowych” uzasadnienie projektu dyrektywy nie dostarcza satysfakcjonujących argumentów przemawiających za tym, że regulacja na poziomie Unii Europejskiej będzie skuteczniejsza niż na poziomie państw członkowskich.

³³ Preambuła do protokołu nr 2 do Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności.

³⁴ G. Bermann, R. Goebel, W. Davey, E. Fox, *Cases and Materials on European Union Law*, Third Edition 2012, s. 117.

Aspekt „społeczny” uzasadniający projekt dyrektywy zakłada konieczność wyrównania udziału kobiet i mężczyzn w gospodarczych procesach decyzyjnych z pobudek opartych wyłącznie na pewnym poglądzie dotyczącym pożądanых stosunków społecznych. Niezbędne jest zwrócenie uwagi, że uzasadnienie projektu nie odpowiada kompleksowo na pytanie, dlaczego inicjatywa w zakresie dążenia do zapewnienia kobietom odpowiedniej reprezentacji w radach nadzorczych powinna należeć do Unii. Uzasadnienie projektu dyrektywy zawiera jedynie stwierdzenie, że dotychczasowe tempo wzrostu udziału kobiet w radach nadzorczych nie jest wystarczające. Natomiast uzasadnienie, dlaczego takie tempo jest „zbyt wolne”, nawiązuje do drugiej grupy argumentów, jakimi są argumenty „rynkowe”.

Argumenty „rynkowe” uzasadniające konieczność interwencji na poziomie UE odwołują się do różnic, jakie powstały w porządkach prawnych państw członkowskich na skutek braku koordynacji działań w zakresie popierania parytetów w radach nadzorczych. Uzasadnienie wskazuje, że rozbieżności wymogów między państwami członkowskimi prowadzą do: *fragmentaryzacji ram prawnych w UE, która przekłada się na niespójne, trudne do porównania obowiązki prawne, zamieszanie i wyższe koszty dla spółek, inwestorów i innych zainteresowanych stron i w efekcie utrudnia sprawne funkcjonowanie rynku wewnętrznego*³⁵. W szczególności różnice w wymogach prawnych dotyczą: *spółek prowadzących działalność transgraniczną, zwłaszcza przy tworzeniu jednostek zależnych lub przy połączeniach i przejęciach*³⁶.

W świetle wymogu precyzyjnego uzasadnienia inicjatywy ustawodawczej Unii Europejskiej w zakresie kompetencji dzielonych (art. 5 protokołu) argumenty przywołane w uzasadnieniu projektu dyrektywy nie są satysfakcjonujące. Wskazują one bowiem jedynie powierzchownie pewne hipotetyczne trudności na rynku wewnętrznym. „Oderwanie” tych argumentów od rzeczywistości podkreślają wyniki badań przywołanych powyżej, które wskazują brak zainteresowania samych przedsiębiorców inicjatywą ujednociającą ich obowiązki w zakresie udziału kobiet w radach nadzorczych na całym obszarze Unii. Skoro dla samych przedsiębiorców nie jest dolegliwa „fragmentaryzacja” ram prawnych, nie przekonuje argument, że stanowi to barierę w rozwoju rynku wewnętrznego. Ilustruje to, że rzeczywistym motywem projektu dyrektywy ma być wykorzystanie jej jako narzędzia inżynierii społecznej, a nie znoszenia barier prawnych rozwoju rynku wewnętrznego.

Argumenty dotyczące niespójności ram prawnych odnośnie do udziału kobiet w radach nadzorczych w UE nawiązują do idei harmonizacji prawa spółek wewnątrz Unii, która dominowała w latach 60. i 70. ubiegłego stulecia. W la-

³⁵ Uzasadnienie projektu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poprawy równowagi płci, *op. cit.*, s. 3.

³⁶ *Ibidem.*

tach 80. XX wieku nastąpiło silne wyhamowanie procesów harmonizacyjnych w prawie spółek. Od tego czasu harmonizacja przepisów w zakresie prawa spółek przebiegała w sposób punktowy i wybiórczy. Porzucona została idea zupełnej spójności systemów prawa spółek państw członkowskich. Plan działania (*Action Plan*) przyjęty przez Komisję w 2003 r.³⁷ podkreślił odejście od dążeń do ujednoczenia porządków prawnych w zakresie prawa spółek i wprowadził jakościową zmianę w zakresie stosowanych działań legislacyjnych. Zmiana ta polegała na wprowadzeniu we wzmożonym stopniu rekomendacji jako instrumentu prawnego oraz podkreśleniu znaczenia zasady pomocniczości i proporcjonalności³⁸. Projekt dyrektywy wraz z jego uzasadnieniem stoją na przeciwnym biegunie wobec wypracowanych od lat 80. XX wieku tendencji w stanowieniu europejskiego prawa spółek. Ponadto projekt nie uwzględnia również faktu, że niejednolitość prawa spółek na obszarach państw federalnych (zbliżona do UE struktura) jest zjawiskiem powszechnie znanym i akceptowanym. Jako najbardziej wyrazisty przykład należy tutaj powołać się na sytuację w USA, gdzie stan Delaware znacząco „wyprzedził” inne stany liczbą rejestracji spółek. Początkowo były podnoszone głosy, że brak jednolitego systemu prawa spółek prowadzi do tzw. *race to the bottom*, które to zjawisko polega na „konkurowaniu” poszczególnych stanów o spółki przez obniżanie standardów ochrony akcjonariuszy i wierzycieli. Takie poglądy nie są już dzisiaj aktualne. Stan Delaware ma najlepiej wykształcony system prawa spółek oraz wyspecjalizowane sądownictwo gospodarcze ze wszystkich stanów USA. Zauważono, że konkurencja między stanami polegająca na różnorodności prawa spółek w istocie prowadzi do zjawiska *race to the top*, które powoduje podwyższanie standardów ładu korporacyjnego³⁹.

Obok argumentu „rynkowego” bazującego na fragmentaryzacji porządków prawnych, uzasadnienie projektu dyrektywy nawiązuje również do poprawy efektywności w skali mikro, co ma się przełożyć na skalę makro i tym samym poprawę konkurencyjności między Unią Europejską a państwami trzecimi. Wydaje się, że w debacie unijnej na temat parytetów w radach nadzorczych zostaje przez organy Unii popełniany klasyczny błąd logiczny *cum hoc ergo propter hoc*, który polega na wyciąganiu wniosku z istnienia stosunku korelacji. Mimo że niektóre badania wykazują stosunek korelacji między udziałem kobiet w radach nadzorczych a wzrostem efektywności spółek, nie zostało potwierdzone,

³⁷ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:EN:PDF>.

³⁸ A. Opalski, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 45.

³⁹ W. Cary, *Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware*, „Yale Law Journal” 1974, vol. 88, s. 663; R. Romano, *The Genius of American Corporate Law*, Waszyngton 1993, s. 13–41.

że to udział kobiet był bezpośrednią przyczyną tego wzrostu. Nie istnieje zatem argument prawny, który uzasadniałby w sposób precyzyjny i przekonujący projekt dyrektywy poprawą konkurencyjności rynku europejskiego.

Argumenty przywołane w uzasadnieniu projektu dyrektywy są niewystarczające dla uzasadnienia, że interwencja ustawodawcza na poziomie UE będzie skuteczniejsza niż na poziomie krajowym. Nie jest bowiem możliwe dokonywanie oceny, czy działanie Unii będzie skuteczniejsze niż działanie państw członkowskich, jeżeli nie są precyzyjnie zdefiniowane cele i skutki takiego działania. Powoływanie się na wolne tempo wzrostu udziału kobiet w radach nadzorczych należy uznać zatem za niewystarczające. Brakuje bowiem odniesienia do konkretnego celu, w obliczu którego można rozważać, czy tempo jest zbyt wolne. W orzecznictwie przyjęto, że niepełne albo niepoddające się weryfikacji uzasadnienie projektu aktu prawnego obciąża projektodawcę⁴⁰.

Naruszenie przez projekt dyrektywy zasady proporcjonalności jest pochodną naruszenia zasad przyznania i pomocniczości. Skoro nie istnieją argumenty uzasadniające interwencję legislacyjną w zakresie parytetów płci na poziomie unijnym, to każdy środek takiej interwencji będzie środkiem przekraczającym granice konieczności dla osiągnięcia celu.

Wnioski końcowe

Badania naukowe wykazują, że reprezentacja kobiet w składzie rad jest stosunkowo niewielka, a niekiedy wręcz symboliczna. Badania naukowe nie wykazują jednak jednoznacznie, co stanowi przyczynę tego stanu. Praktyka niskiej czy wręcz symbolicznej reprezentacji kobiet w składzie rad kontrastuje z potwierdzonym naukowo faktem, że wykształcenie biznesowe kobiet oraz ich umiejętności są co najmniej porównywalne z wykształceniem i umiejętnościami mężczyzn. Badania naukowe dowodzą także, że w świetle teorii zasobowej kobiety wnoszą istotne dla zarządzania i nadzoru nad spółką pozytywne cechy rozpoznawane jako kapitał ludzki i relacyjny. Mimo to nie wydaje się właściwe, aby na spółki giełdowe – na poziomie regulacji Unii Europejskiej – był nakładany obowiązek zapewnienia większej równowagi płci w składzie rad. Na obecnym etapie kwestia ta powinna być pozostawiona swobodzie państw członkowskich. Za takim wnioskiem przemawia dodatkowo doświadczenie Norwegii, które – jak dotąd – wskazuje, że prawna ingerencja w kształtowanie składu rad pod względem płci mogła doprowadzić do negatywnych skutków z punktu widzenia jakości zarządzania i nadzoru, a w konsekwencji kreowania szkodliwego wizerunku kobiet w radach jako przedstawicielek swojej płci, a nie profesjonalnych menedżerów i nadzorców.

⁴⁰ Wyrok Sądu pierwszej instancji (siódma izba) z 23 września 2009 r. w sprawie T-263/07 *Republika Estonii v. Komisja*, nlb. 52.

Właściwą metodą postępowania jest konsekwentne odwoływanie się do miękkich sposobów promowania udziału kobiet w zarządzaniu (wykłady, seminaria, konferencje, publikacje, miękki – pozbawione kryteriów ilościowych – rekomendacje w kodeksach dobrych praktyk). W zakresie regulacji prawnej, prawodawca powinien w sposób pośredni promować udział kobiet w zarządzaniu korporacją (i to nie tylko giełdową) przez instrumenty z zakresu prawa pracy (warunki pracy i płacy), które nie byłyby ukierunkowane na narzucanie równowagi płciowej w organach statutowych spółek, ale na ułatwianie zdobywania kompetencji i doświadczenia profesjonalnego przez kobiety, szczególnie w początkowym okresie godzenia obowiązków macierzyńskich z zawodowymi.

Przed podjęciem decyzji o ingerencji w sferę, która powinna być obszarem swobody spółek, warto także, aby prawodawca europejski i krajowy brał pod uwagę, że na wybory życiowe w zakresie profilu pracy profesjonalnej mogą mieć wpływ naturalne różnice psychofizyczne zachodzące między kobietami i mężczyznami.

Dyskusja na temat parytetów nie jest prosta, gdyż łatwo można być osądzonym o męski szowinizm w wypadku mężczyzn lub brak solidarności z kobietami w wypadku kobiet. Jeżeli odrzucić tego rodzaju „łatki”, to należy w sposób uczciwy intelektualnie odpowiedzieć na pytanie, czy parytety płciowe w prawie prywatnym nie są instrumentem inżynierii społecznej, którego wprowadzenie uzasadnia się koniecznością arbitralnego ingerowania w statystyczny wizerunek społeczeństwa bez zrozumienia, że przesłanki wyborów ludzkich i systemów wartości są złożone. Jako specjaliście prawa prywatnego bliski jest mi pogląd, że rolą ustawodawcy jest kształtowanie takich rozwiązań, które będą chronić prawa człowieka, wolność jednostki, a także bezwzględnie likwidować wszelkie przejawy dyskryminacji. Czym innym jest norma formułująca zakaz ze względu na płeć, a czym innym norma, która formułuje nakaz oparty na kryterium płci. Podzielam pogląd, stosownie do którego wrażliwość społeczna w pierwszej kolejności powinna polegać na oczekiwaniu, że polityka państwa będzie sprzyjać rozwiązywaniu problemów związanych z godzeniem pracy zawodowej i opieki nad dziećmi. Wyłącznie wtedy będzie możliwe godzenie macierzyństwa, czy szerzej rodzicielstwa, z obowiązkami zawodowymi. Istota problemu polega bowiem na rozwiązaniu naturalnego konfliktu oczekiwanej dyspozycyjności kobiet, a szerzej rodziców, wobec dzieci i wobec biznesu. Procesy społeczne nie są bezpłciowe niezależnie od tego, co się twierdzi. Chodzi o to, aby infrastruktura społeczna kształtowana normami prawnymi sprzyjała godzeniu roli rodzica i menedżera, a nie ustawiała te role w nierozwiązywalnym konflikcie w myśl powiedzenia „są rzeczy ważne i ważniejsze”. Nie jestem przekonany, czy da się udowodnić tezę, iż parytet płciowy stanowi remedium na zarządzanie ryzykiem firmy lub stanowi warunek rozwoju firm i gospodarki, albo że jego brak generuje straty. Intuicyjnie wydaje mi się, że z łatwością da się udowodnić tezę, iż wzrost zamożności społeczeństwa i rozwój gospo-

darczy połączony z przestrzeganiem praw człowieka, wolności gospodarczej, rygorystycznym zwalczaniem wszelkich przejawów dyskryminacji w edukacji, na rynku pracy i obyczajach oraz kreowaniu rozwiązań sprzyjających godzeniu obowiązków rodzinnych i zawodowych, sprzyja naturalnemu, a nie ustawowo zadekretowanemu, zwiększeniu obecności kobiet w życiu społecznym i gospodarczym, a więc także w zarządach i radach nadzorczych spółek giełdowych.

Przekonanie, że nakaz zawarty w normie prawnej rozwiąże problem życiowych wyborów ludzkich grzeszy prymitywizmem intelektualnym. Pozostawmy ludziom wolność wyboru, promując wszelkimi dostępnymi sposobami równość szans bez względu na płeć. Egalitaryzm demokratyczny nie wymusza identyczności, ale wolność do bycia innym, preferowania różnych wartości. Niezależnie od poprawności politycznej, faktem pozostaje, że kryterium płciowe jest źródłem fascynującego intelektualnie zróżnicowania kobiet i mężczyzn. Owo zróżnicowanie nie ma nic wspólnego z dyskryminacją. Dyskryminację należy bezwzględnie zwalczać, ale indywidualne wybory szanować i chronić. Problemem prawnym jest zakaz ze względu na płeć, który prowadzi do dyskryminacji. Pielęgnowmy zróżnicowanie między cechami kobiet i mężczyzn, a „wypalajmy żelazem” dyskryminację, ponieważ narusza ona wartość podstawową, jaką jest wolność wyboru człowieka.

Dyskusja o parytetach we władzach spółek jest zarazem dyskusją o miejscu prawa prywatnego i własności prywatnej w porządku społecznym oraz prawnym, a także granicach interwencjonizmu państwowego. Dostrzegając nieprawidłowości, których dopuszczają się uczestnicy obrotu, niepokoi mnie wizja państwa jako wszechwiedzącego autorytetu, jakie zachowania są racjonalne, a jakie nie. Temu – jak rozumiem – ma służyć postulowane zwiększanie w prawie prywatnym liczby przepisów bezwzględnie wiążących oraz wprowadzenie parytetów, jeżeli poważnie traktujemy uzasadnienie projektu dyrektywy odwołujące się do interesu (a więc dobra) spółek giełdowych i ich akcjonariuszy. Zwolennicy usankcjonowania w prawie prywatnym hipotezy ograniczonej racjonalności uczestników obrotu powołują się na zwolenników teorii behawioralnej, która w opozycji do teorii racjonalnego wyboru kieruje decyzjami uczestników obrotu. Stąd próbuje się wyprowadzać wnioski dla sposobu konstruowania norm w prawie prywatnym. Istnieje jednak zasadnicza różnica między teoriami zachowań ludzkich w ekonomii a polityką tworzenia prawa prywatnego. Celem teorii ekonomicznych jest próba wytłumaczenia zachowań uczestników obrotu z punktu widzenia celów makroekonomicznych i mikroekonomicznych. Głównym problemem teorii racjonalnego wyboru, będącej jednym z paradygmatów mikroekonomii, są relacje między preferencjami uczestników gry rynkowej. Preferencje te mogą być rozbieżne bądź zbieżne. Regułą jest rozbieżność preferencji, gdyż rzadko zdarza się, aby to, co było racjonalne dla jednostki, było racjonalne obiektywnie. Teoria racjonalnego wyboru zajmuje się dylematem polegającym na tym, że racjonalne działania

jednostki mogą pogorszyć ogólną sytuację, spowodować konflikt. Teoria behawioralna zajmuje się przede wszystkim granicami racjonalności czynników ekonomicznych (interesowność, samokontrola). Zakłada ona, że modele zachowań zazwyczaj łączą w całość intuicję z psychologii z neoklasyczną teorią ekonomiczną. Nie przypadkiem finanse behawioralne stały się teoretyczną podstawą analizy technicznej, która ma charakter krótkookresowy, w przeciwieństwie do analizy fundamentalnej mającej charakter długookresowy. Obie teorie od wielu lat były, są i zapewne będą nadal przedmiotem sporu w teorii ekonomii. Relatywizm licznych koncepcji ekonomicznych wymaga ostrożnego przenoszenia ich na grunt rozwiązań prawnych. Warto także pamiętać, że to nie kryzys finansowy z 2008 r. ujawnił, iż założenie o efektywności informacyjnej rynków, a w konsekwencji wyborach świadomie racjonalnych, jest idealizujące. To ekonomiczna szkoła prawa odwołuje się „od zawsze” do problemu asymetrii informacyjnej oraz konieczności zapewnienia konkurencji. Zagadnienie idealizującego założenia efektywności informacyjnej rynku jest przedmiotem dyskusji już od ponad 40 lat.

Jednak znacznie ważniejsze jest to, że prawo prywatne w swoim konstrukcyjnym założeniu zezwala na zachowania obiektywnie nieracjonalne (przyjmując, iż wybór jednostki, np. co do zawarcia umowy lub ukształtowania jej treści, poddaje się w ogóle obiektywnie racjonalnej ocenie). Prawo prywatne jest oparte na zasadzie autonomii woli. Zasada ta zakłada prawo jednostki do podejmowania decyzji, którą ktoś może ocenić jako nieracjonalną lub nierozsądną. Ocena taka podlega zresztą łatwej relatywizacji i jest prawnie bez znaczenia. Prawo prywatne nie nakazuje bowiem działać racjonalnie lub rozsądnie. Prawo prywatne nakazuje działać zgodnie z prawem i dobrymi obyczajami. Kryteria te określają granice wolności. Skoro prawo prywatne akceptuje zachowania racjonalne i nieracjonalne (zakładając, że uda się określić, co stanowi punkt odniesienia dla obiektywizacji racjonalności zachowania), dyskusja na temat wyższości teorii racjonalnego wyboru lub teorii behawioralnej w odniesieniu do zachowań uczestników obrotu jest interesująca poznawczo, ale mało doniosła z punktu widzenia konstruowania norm prawa prywatnego. Czy przypiszemy motywom zachowania osoby racjonalność czy działanie pod wpływem emocji jest obojętne dla oceny prawnej tak długo, jak nie narusza to norm bezwzględnie wiążących oraz dobrych obyczajów. Bez względu na teorie ekonomiczne rozwój społeczeństw dowodzi, że przymus ekonomiczny jest efektywnym instrumentem skłaniającym uczestników obrotu do poszukiwania racjonalnych decyzji. Uczestnik obrotu nie jest zainteresowany poniesieniem straty. Oczywiście uczestnicy obrotu podejmują decyzje nieracjonalne, nierozsądne czy błędne w świetle konstruowanych modelowych mierników zachowań (nierzadko weryfikacja może nastąpić dopiero *post factum* w myśl przysłowia „mądry Polak po szkodzie”). Jest to jednak wpisane w istotę prawa prywatnego i gospodarki wolnorynkowej. Jednak, jeżeli przyczyną niskiej obecności kobiet

we władzach spółek giełdowych jest dyskryminacja, to należy odpowiedzieć na pytanie, czym jest dyskryminacja, kto dyskryminuje i dlaczego?

Nie wydaje mi się, aby dane statystyczne były wystarczającym argumentem za uznaniem, że mamy do czynienia z dyskryminacją. Czy to, że w sądach powszechnych orzeka znacznie więcej kobiet niż mężczyzn, oznacza, iż mężczyźni są dyskryminowani przy powoływaniu na stanowiska sędziowskie? Czy to, że w szkołach naucza znacznie więcej kobiet niż mężczyzn, oznacza, iż mężczyźni są dyskryminowani przy powoływaniu na stanowisko nauczyciela? Czy to, że więcej kobiet ma wyższe wykształcenie, oznacza, iż mężczyźni są dyskryminowani przez uczelnie wyższe? Odwołuję się do przykładów, które wiążą się z wielkim wpływem na życie społeczne i kształtowanie określonych postaw społecznych.

Dyskryminacja jest działaniem określonej osoby lub grupy osób mającej wpływ na ukształtowanie określonej sytuacji innej osoby (tu: kobiety). Jeżeli akceptujemy parytety jako instrument antydyskryminacyjny, to znaczy, że stawiamy zarzut konkretnej osobie o stosowaniu praktyk dyskryminacyjnych. Odpowiedzią na pytanie, kto dyskryminuje, jest odczytanie, do kogo ma być skierowany nakaz stosowania parytetów. Nakaz stosowania parytetów – aby miał sens – musi być skierowany do osoby lub grupy osób, które mają uprawnienia do kształtowania składu rady nadzorczej spółki publicznej, a więc do walnego zgromadzenia, rady nadzorczej lub akcjonariusza, który ma osobiste uprawnienie do powoływania członków rady nadzorczej. Jeżeli dla uproszczenia przyjmiemy, że to akcjonariusze bezpośrednio lub pośrednio decydują o składzie rady nadzorczej, w tym za pomocą takich instrumentów, jak zaskarżanie uchwały w sprawie powołania w skład rady mężczyzny z powodu naruszenia dobrych obyczajów i interesu spółki, to statystka dowodziłaby, iż to akcjonariusze spółek publicznych stosują praktyki dyskryminacyjne. Jeżeli prawdą jest, że równowaga płci ogranicza ryzyko spółki oraz sprzyja zwiększeniu jej rentowności, to konsekwentnie należałoby uznać, iż dla akcjonariuszy spółek publicznych podstawową wartością jest dyskryminacja kobiet nawet kosztem zwiększenia ryzyka spółki oraz zwiększenia ryzyka zmniejszenia jej rentowności. Cóż oznacza zwiększenie ryzyka spółki? Oznacza to zwiększenie ryzyka ekonomicznego akcjonariuszy, którzy powierzyli spółce pieniądze. Przecież w teorii prawa spółek nie ulega wątpliwości, że to akcjonariusze są ostatecznymi podmiotami ryzyka. Nie stoi to w sprzeczności z koncepcją *stakeholders*, sprowadzającą się do nakazu uwzględniania interesu wszystkich interesariuszy spółki, a więc nie tylko akcjonariuszy. Cóż oznacza zwiększenie ryzyka zmniejszenia rentowności spółki? Oznacza to świadomą akceptację akcjonariuszy zmniejszenia wartości ich majątku powierzonego spółce. Wniosek stąd, że zachowanie akcjonariuszy spółek publicznych, którzy nie powołują w skład rad i zarządów kobiet, a co najmniej nie dbają o równowagę liczbową kobiet i mężczyzn, jest nieracjonalne ekonomicznie, ale są oni gotowi zapłacić

cenę związaną z ich ryzykiem inwestycyjnym, aby promować poglądy społeczne ograniczające rolę kobiet w spółkach giełdowych. Stawiam jednak tezę, nie hipotezę, ale tezę (przysłowiowe dolary przeciw orzechom), że osoba, która wykaże taką motywację akcjonariuszy, powinna otrzymać podwójną Nagrodę Nobla – z zakresu nauk ekonomicznych i społecznych.

Jeżeli jako dyrektywę przy konstruowaniu prawa prywatnego i jego stosowania przyjmiemy założenie o braku racjonalności wyborów dokonywanych przez uczestników obrotu, to konsekwencją jest uznanie, że ustawodawca wie lepiej, co jest racjonalne, np. dla stron umowy, a co nie. Ale co w takim wypadku z hipotezą ograniczonej racjonalności (ujmując rzecz eufemistycznie) państwa? Jaki tu zastosować środek? Chciałbym przypomnieć, że to rządy europejskich państw emitowały obligacje, „namawiając” banki, aby je kupowały. Oczywiście banki kupowały owe obligacje rządowe, bo nie były zmuszone wyceniać ryzyka, oceniać projektów biznesowych. Wszak państwo jest ekonomicznie nieśmiertelne. Przedsiębiorca chcący uzyskać kredyt jest zmuszony wykazać zdolność kredytową i ustanowić zabezpieczenia. Długi trzeba w końcu spłacić, nawet jeżeli dłużnikiem jest państwo. Państwo niestety spłaca długi kosztem podatników.

Historia ekonomii dowodzi, że zawężenie wolności gospodarczej z odwołaniem się do różnych teorii pogarsza warunki życia, hamuje innowacje i rozwój gospodarczy. Ustrój wolnościowy jest zbiorem współzależnych elementów, takich jak państwo, rynek, społeczeństwo obywatelskie, dobroczynność oraz osobista odpowiedzialność. Nie ma empirycznych dowodów, że rozwiązania liberalne (wolny rynek, społeczeństwo obywatelskie, ograniczone państwo) prowadzą do patologii szerszych niż inne koncepcje. Jest odwrotnie. Król Midas miał nieograniczony dostęp do złota i nie skończył najlepiej. Jeżeli jako dogmat przyjmiemy, że państwo ma racjonalizować zachowania uczestników obrotu, to kto będzie racjonalizował zachowania państwa?

U podstaw autonomii woli leży nieufność wobec rozumu prawodawcy, czyli sceptycyzm wobec wszechwiedzy prawodawcy. Chodzi tu o to, że tworzący prawo prywatne powinien zakładać, iż nie zna wszystkich odpowiedzi, niektórych odpowiedzi nie jest w stanie znaleźć oraz że nie ma pewności, iż odpowiedzi, które proponuje np. w postaci norm dyspozytywnych, są właściwe w konkretnych okolicznościach. Stąd ustawodawca powinien mieć daleko idącą pewność, uchwalając normy imperatywne. Koncepcja autonomii woli jest wyrazem przyznania się do niewiedzy lub braku pewności co do wiedzy. Ten stopień niepewności pozwala uczestnikom obrotu podejmować decyzje, które uznają dla siebie samych za najlepsze.

Narzucanie za pomocą parytetów sposobu nadzorowania i zarządzania spółką jest modelowym przykładem interwencjonizmu państwowego ograniczającego własnościowe uprawnienia decyzyjne. Mamy tu zatem do czynienia ze swoistym rozwodnieniem praw akcjonariuszy do decydowania o tym, komu

powierzyć zarządzanie i nadzór nad prowadzeniem spraw spółki. Obawiam się takiego interwencjonizmu, i to uzasadnianego w sposób, w jaki czyni się to w projekcie dyrektywy, przez wskazanie, że dzięki temu spółki będą osiągać lepsze wyniki oraz bardziej odpowiedzialnie i profesjonalnie będą zarządzać ryzykiem. Przy wszystkich podnoszonych wadach kapitalizmu nie należy zapominać, że jego założenia, takie jak wolność i odpowiedzialność, własność prywatna, prawa człowieka, równe traktowanie, społeczeństwo obywatelskie, przyczyniły się w okresie ostatnich stu lat do ogromnego rozwoju społeczeństw, które wdobyły je w życie. B. Gates podczas Forum Ekonomicznego w Davos 24 stycznia 2008 r., dzieląc się swoimi spostrzeżeniami na temat idei *Creative Capitalism*, podkreślał, że idea wolnego rynku powoduje, iż świat staje się lepszy niż był kiedykolwiek wcześniej. B. Gates proponuje, aby spojrzeć na prawa kobiet i mniejszości w społeczeństwie, przeciętną długość życia, która prawie podwoiła się na przestrzeni ostatnich stu lat, prawa wyborcze, wolność głosu poglądów, wolność ekonomiczną. To wszystko stało się możliwe dzięki innowacji człowieka, której warunkiem jest wolność wyboru. B. Gates mówi, że jest optymistą, ale niecierpliwym – dostrzegając problem wykluczenia⁴¹.

O wolność wyboru trzeba nieustannie walczyć. Promocja wolności jest promocją odpowiedzialności. Lord Acton powiedział, że: *Szczerzy przyjaciele wolności byli zawsze rzadkością, a jej triumfy były dziełem mniejszości*. Tak jest i dzisiaj, czego dowodzi projekt dyrektywy i jej uzasadnienie.

⁴¹ *Creative Capitalism. Conversations with Bill Gates*, M. Kinsley, W. Buffet i in. (ed.), 2009, s. 7–9.