

Marek Szydło

Równowaga płci wśród dyrektorów niewykonawczych spółek giełdowych jako cel legislacyjnego działania Unii Europejskiej

Gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges as an aim of EU legislative action: Currently, there is a large disparity between the proportion of women who are employed and well educated and those who sit on corporate boards in the EU. This poses a great challenge for the EU and its Member States. This disparity should be significantly reduced because it is mandated by the EU fundamental right of equality between women and men (Article 23 of the Charter) and by the need for democratic legitimisation of the EU and of its economic governance (Articles 2 and 3(3) TEU). The proposal for a directive on gender equality on boards of listed companies is a legislative solution that should be further developed and improved.

Keywords: gender equality | non-executive directors of companies | corporate governance

Słowa kluczowe: równowaga płci | dyrektorzy niewykonawczy spółek | zarządzanie korporacyjne

Doktor hab. nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Wrocławskiego, ekspert ds. legislacji BAS; m.szydlo@prawo.uni.wroc.pl.

Uwagi wprowadzające

W listopadzie 2012 r. Komisja Europejska przedstawiła projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie poprawy równowagi płci wśród dyrektorów niewykonawczych spółek, których akcje są notowane na giełdzie i odnośnych środków [COM(2012) 614 final; dalej: projekt dyrektywy]. Projekt ten ustanawia środki mające w swoim założeniu służyć zapewnieniu bardziej zrównoważonej reprezentacji mężczyzn i kobiet wśród dyrektorów niewykonawczych spółek giełdowych, przyspieszając w ten sposób postęp w osiągnięciu równowagi płci w określonych organach spółek giełdowych. Podstawowym i bezpośrednim celem projektowanej dyrektywy jest znaczne zwiększenie liczby kobiet w organach spółek w całej Unii Europejskiej za pomocą ustanowienia celu minimalnego w wysokości 40% udziału niedostatecznie reprezentowanej płci wśród dyrektorów niewykonawczych spółek, których akcje są notowane

na giełdzie oraz nałożenie wymogu na spółki, w których udział osób należących do niedostatecznie reprezentowanej płci jest niższy od średniej, do wprowadzenia wcześniej ustalonych, jasnych, neutralnie sformułowanych i jednoznacznych kryteriów w procedurach powoływania kandydatów na stanowiska w organach spółek w celu wypełnienia ustanowionego celu. W charakterze traktatowej podstawy prawnej projektu tej dyrektywy wskazany został art. 157 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), który upoważnia Parlament Europejski i Radę do przyjmowania środków zmierzających do zapewnienia stosowania zasady równości szans i równości traktowania mężczyzn i kobiet w dziedzinie zatrudnienia i pracy.

Niniejszy artykuł ma na celu zweryfikowanie zgodności projektu dyrektywy z prawem pierwotnym Unii Europejskiej, w tym przede wszystkim z wynikającą z art. 5 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) zasadą pomocniczości, rozumianą przy tym szeroko jako obejmującą również obowiązek stosowania właściwej podstawy kompetencyjnej oraz obowiązek respektowania zasady proporcjonalności¹. Chcąc przy tym poddać analizie projekt dyrektywy z tego właśnie punktu widzenia, w niniejszym opracowaniu dokonano w pierwszym rzędzie ustalenia najbardziej ogólnych aksjologicznych motywów i celów projektu dyrektywy, tak aby można było następnie zweryfikować, czy dla urzeczywistnienia takich właśnie celów Unia jest w ogóle upoważniona do wydawania stosownych aktów prawnych oraz czy dla realizacji tychże celów konieczne jest podjęcie działań przez samą Unię, nie zaś samodzielnie przez poszczególne państwa członkowskie (a więc, czy projekt dyrektywy jest zgodny z wąsko ro-

¹ Na temat takiego szerokiego rozumienia zasady subsydiarności zob. L. Bosek, D. Olejniczak, *Opinia w sprawie projektu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi oraz uchylenia dyrektywy 2001/20/WE*, „Zeszyty Prawnicze BAS” 2012, nr 4, s. 136; C. Mellein, *Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente. Eine Untersuchung zur Rolle der mitgliedstaatlichen Parlamente in der Architektur Europas*, Baden-Baden 2007, s. 200 i n.; I. Pernice, S. Hindelang, *Potenziale europäischer Politik nach Lissabon – Europapolitische Perspektiven für Deutschland, seine Institutionen, seine Wirtschaft und seine Bürger*, „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2010, nr 11, s. 409; J. Schwarze, *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents – Struktur, Kernelemente und Verwirklichungschancen* [w:] *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, Verfassungsrechtliche Grundstrukturen und wirtschaftsverfassungsrechtliches Konzept*, J. Schwarze (ed.), Baden-Baden 2004, s. 522 i n.; E. Wohland, *Bundestag, Bundesrat und Landesparlamente im europäischen Integrationsprozess. Zur Auslegung von Art. 23 Grundgesetz unter Berücksichtigung des Verfassungsvertrags von Europa und des Vertrags von Lissabon*, Frankfurt am Main 2008, s. 201 i n.; P. Altmaier, *Die Subsidiaritätskontrolle der nationalen Parlamente nach dem Subsidiaritätsprotokoll zum EU-Verfassungsvertrag* [w:] *Freiheit, Sicherheit und Recht. FS für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag*, H.-J. Derra (ed.), Baden-Baden 2006, s. 314.

zumianą zasadą subsydiarności), a także, czy przepisy projektu dyrektywy są względem tychże właśnie celów środkiem proporcjonalnym.

W związku z tym główna teza niniejszego artykułu jest taka, że podstawowe ekonomiczne motywy (cele) projektu dyrektywy, które w jej uzasadnieniu oraz w preambule wskazuje Komisja Europejska jako mające przemawiać za koniecznością jej przyjęcia, są stosunkowo wątpliwe i nieoparte konkluzywnymi empirycznymi dowodami. Jest zatem wysoce wątpliwe, czy przyszła dyrektywa (której projekt jest obecnie rozważany) będzie skutecznym instrumentem mogącym służyć realizacji tychże ekonomicznych celów, tak mocno przez Komisję akcentowanych. Z drugiej wszakże strony projekt dyrektywy wydaje się być skutecznym i koniecznym środkiem, a przy tym środkiem subsydiarnym, dla realizacji takich uprawnionych celów Unii Europejskiej, jak: promowanie określonych praw podstawowych obywateli UE (o czym w uzasadnieniu oraz w preambule projektu dyrektywy jest tylko krótka wzmianka) oraz urzeczywistnianie zapisanej w art. 3 ust. 3 zdanie drugie TUE zasady społecznej gospodarki rynkowej, a także przyczynianie się do większej legitymizacji i demokratyzacji Unii oraz działających z jej upoważnienia państw członkowskich. O tych ostatnio wspomnianych celach, tzn. o celach w postaci społecznej gospodarki rynkowej oraz większej legitymizacji i demokratyzacji UE, w uzasadnieniu oraz w preambule projektu dyrektywy nie wspomina się ani słowem, podczas gdy w przekonaniu autora niniejszego opracowania stanowią one tak naprawdę podstawowe cele, które są w stanie czynić analizowany projekt dyrektywy zgodny z uijnym prawem pierwotnym oraz z wynikającymi zeń zasadami (w tym z zasadą subsydiarności *sensu stricto* oraz z zasadą proporcjonalności).

Ekonomiczne cele projektu dyrektywy i legitymacja Unii Europejskiej do ich realizacji

Ekonomiczne cele projektu dyrektywy wskazywane przez Komisję Europejską

W uzasadnieniu projektu dyrektywy oraz w jej preambule Komisja przytacza i powtarza bardzo dobrze znane z licznej literatury i opracowań motywy oraz argumenty mające przemawiać za zdecydowanie większym niż ma to miejsce obecnie udziałem kobiet we władzach (organach) spółek handlowych. I tak, w uzasadnieniu projektu dyrektywy Komisja stwierdza, że większy udział kobiet w organach spółek ma pozytywny wpływ na wzrost zaufania inwestorów do spółki, czyni proces decyzyjny w organach spółki bardziej świadomym i sprawniejszym, przyczynia się do lepszej alokacji kapitału przez spółki, a w efekcie zapewnia to większy i bardziej zrównoważony wzrost gospodarczy i wzrost zatrudnienia. Zdaniem Komisji niewykorzystanie umiejętności wysoko wykwalifikowanych kobiet stanowi utratę potencjału wzrostu gospodarcze-

go, i to w sytuacji, gdy całkowita mobilizacja wszystkich dostępnych zasobów ludzkich może być istotnym czynnikiem dla rozwiązania stojących przed Unią Europejską wyzwań demograficznych, skutecznego konkurowania na poziomie globalnej gospodarki oraz zapewniania przewagi komparatywnej wobec państw trzecich. Ponadto większa równowaga pod względem płci w organach spółek w Unii może polepszyć ład korporacyjny tychże spółek oraz ich finansowe wyniki, co Komisja dokumentuje powołaniem się na stosowne badania i raporty².

Również w preambule projektu dyrektywy w sposób jednoznaczny i pewny stwierdza się, że obecność kobiet w organach spółek poprawia funkcjonowanie ładu korporacyjnego, ponieważ wyniki działania zespołów oraz jakość procesu decyzyjnego ulegają poprawie ze względu na bardziej zróżnicowane oraz wspólnotowe podejście łączące szersze spektrum różnych punktów widzenia, prowadząc w ten sposób do podejmowania bardziej zrównoważonych decyzji. W tym względzie w preambule stanowi się też, iż: *Wiele badań wykazało, że istnieje pozytywny związek między zróżnicowaniem płci na poziomie ścisłego kierownictwa oraz wynikami finansowymi spółki i jej rentownością. Zwiększenie obecności kobiet w organach spółek giełdowych w Unii będzie zatem miało pozytywny wpływ na wyniki tych spółek* (pkt 8 preambuły do projektu dyrektywy).

Preambuła do projektu dyrektywy odwołuje się ponadto do istniejących dowodów wskazujących na to, że równość na rynku pracy może wywierać bardzo pozytywny wpływ na wzrost gospodarczy. Zwiększenie obecności kobiet w organach spółek w Unii wpływa – zgodnie z tym co przyjmują projektodawcy dyrektywy – nie tylko na kobiety powołane do tych organów, ale również przyczynia się do przyciągania utalentowanych kobiet do przedmiotowych przedsięwzięć oraz zapewniania większej obecności kobiet na wszystkich szczeblach zarządzania i w obrębie siły roboczej. Dlatego też wyższy udział kobiet w organach spółek ma pozytywny wpływ na niwelowanie zarówno zróżnicowania poziomu zatrudnienia ze względu na płeć, jak również zróżnicowania wynagrodzeń ze względu na płeć. W preambule przyjmuje się, że wykorzystywanie w pełni istniejącej puli talentów kobiet stanowiłoby znaczną poprawę pod względem zwrotu z inwestycji w kształcenie zarówno w przypadku osób fizycznych, jak i sektora publicznego. Niedostateczna reprezentacja kobiet w organach spółek (giełdowych) w UE stanowi straconą szansę pod względem osiągnięcia długoterminowego, zrównoważonego wzrostu gospodarczego we wszystkich państwach członkowskich (pkt 9 preambuły do projektu dyrektywy).

² Między innymi raport *Gender diversity and corporate performance*, sporządzony przez Credit Suisse Research Institute w sierpniu 2012 r.; sprawozdania *Women Matter*, sporządzane przez McKinsey i pochodzące z lat 2007, 2008 i 2010; a także raport *The Bottom Line: Connecting Corporate Performance and Gender Diversity*, sporządzony przez Catalyst w 2004 r.; zob. s. 3–4 uzasadnienia.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe stwierdzenia i uwagi przedstawione w uzasadnieniu oraz w preambule do projektu dyrektywy, można powiedzieć, że zasadniczym i ostatecznym celem projektu tej dyrektywy jest polepszenie ładu korporacyjnego spółek giełdowych w Unii Europejskiej oraz poprawienie ich wyników finansowych i rentowności. Dzięki istotnie zwiększonej obecności kobiet w organach wspomnianych spółek działalność gospodarcza tych spółek ma być bardziej efektywna oraz opłacalna, a także ma się przyczyniać do osiągnięcia wyższego wzrostu gospodarczego w całej Unii. Tym samym dla twórców projektu dyrektywy zasadnicze jej cele mają charakter typowo ekonomiczny, zarówno w wymiarze mikro-, jak i makroekonomicznym.

Krytyka ekonomicznych celów projektu dyrektywy

Jednoznaczność i pewność, z jaką twórcy projektu dyrektywy mówią o niezwykle pozytywnym przyszłym wpływie przewidzianych w niej normatywnych rozwiązań na efektywność poszczególnych spółek, na ich ład korporacyjny oraz na ich wyniki finansowe, budzi dość poważne zdziwienie oraz zastrzeżenia. Wbrew bowiem temu, co stwierdza się w uzasadnieniu oraz w preambule do projektu dyrektywy, empiryczne analizy wpływu obecności kobiet w organach spółek na funkcjonowanie tychże spółek oraz na ich wyniki nie są wcale tak jednoznaczne i bezsporne, jak tego by chcieli projektodawcy, oraz nie dają całkowitej pewności co do tego, jak rynek oraz zainteresowane spółki będą w przyszłości reagowały na obligatoryjne i radykalne zwiększenie udziału kobiet w zarządzaniu poszczególnymi spółkami. Nawet, jeżeli wiele studiów i empirycznych badań rzeczywiście pokazało, że spółki z większym udziałem kobiet w zarządzaniu nimi osiągają lepsze wyniki niż inne spółki³, to jednak tego rodzaju analizy miały bardzo często poważne metodologiczne słabości podważające ich wartość lub też były oparte na założeniach wykluczających możliwość wyciągania z tych analiz uogólniających (uniwersalnych) wniosków. Ponadto nie można zapominać, że istnieją też badania prowadzące do zupełnie odmiennych wniosków i w których zwraca się uwagę na liczne niekorzystne zjawiska, jakie w funkcjonowaniu i w wynikach spółek pojawiają się lub mogą się pojawić w następstwie ustanowienia obligatoryjnych płciowych kwot odnoszących się do członków organów tychże spółek.

³ Oprócz opracowań, do których odwołuje się Komisja Europejska, zob. też np. N. Smith, V. Smith, M. Verner, *Do women in top management affect firm performance? A panel study of 2,500 Danish firms*, „International Journal of Productivity and Performance Management” 2006, vol. 55, s. 569 i n.; *Female Leadership and Firm Profitability*, Finnish Business and Policy Forum (EVA) 2007; *Groundbreakers, using the Strength of Women to rebuild the World Economy*, Ernst&Young, Deutsche Bank Research 2010, www.dbresearch.com; *Women on Boards*, Lord Davies of Abersoch Report, UK 2011.

I tak, przy empirycznym badaniu wpływu większego udziału kobiet w zarządzaniu spółkami na wyniki ekonomiczne tychże spółek najczęściej był brany pod uwagę taki wskaźnik wspomnianych wyników, którym jest zwrot z kapitału własnego (*return on equity* – ROE), czyli wskaźnik rentowności pokazujący wielkość zysku, jaki udało się spółce wygospodarować z wniesionych kapitałów własnych. Tymczasem jest przecież niezaprzeczalnym faktem, że wiele sektorów czy też branż gospodarki w sposób zupełnie naturalny cechuje się wyższym zwrotem z kapitału własnego niż ma to miejsce w innych sektorach, co jest uwarunkowane specyfiką oraz immanentnymi cechami tychże sektorów i występuje bez względu na udział kobiet lub jego brak w zarządzaniu spółkami⁴. Wiele tego rodzaju badań było przy tym opartych również na innych jeszcze subiektywnych kryteriach lub założeniach, w tym na bardzo subiektywnym i dowolnym doborze spółek będących przedmiotem analizy⁵. Dość powszechnie się przy tym podkreśla – również w samych raportach z przeprowadzonych badań – że nawet te badania, które pokazują fakt osiągnięcia przez spółki z większym udziałem kobiet w ich organach lepszych wyników finansowych, ujawniają jedynie pewną występującą tutaj korelację, nie zaś związek przyczynowy, dowodzący istnienia koniecznej relacji typu: przyczyna (większy udział kobiet w zarządzaniu spółką) – skutek (lepsze wyniki finansowe spółki). Inaczej mówiąc, lepsze wyniki finansowe osiągnięte przez spółki, w których organach kobiety mają większy udział niż w innych spółkach, mogą mieć wiele bardzo różnych przyczyn i wcale niekoniecznie musi do nich należeć sam fakt szerszej partycypacji kobiet w zarządzaniu daną spółką⁶. W większości przypadków jest wręcz bardzo prawdopodobne, że lepsze wyniki takich spółek są spowodowane po prostu tym, iż rekrutacja osób do pracy w tychże spółkach, w tym również na stanowiska zarządcze, jest dokonywana na podstawie rzeczywistych kwalifikacji i umiejętności poszczególnych kandydatów, bez względu na ich płeć. W takim układzie lepsze wyniki finansowe tychże spółek powoduje nie tyle sam fakt zatrudniania akurat kobiet, ile po prostu fakt zatrudniania osób najbardziej odpowiednich (kompetentnych) i nadających się na dane stanowiska.

⁴ D. Rosenblum, *Feminizing Capital: A Corporate Imperative*, „Berkeley Business Law Journal” 2009, vol. 6.1, s. 92.

⁵ Na temat metodologicznych słabości omawianych tutaj empirycznych analiz zob. np. R. Adams, S. Gray, J. Nowland, *Does Gender Matter in the Boardroom? Evidence from the Market Reaction to Mandatory New Director Announcements*, 2 listopada 2011 r., s. 8 i n., <http://ssrn.com/abstract=1953152>; M. Lückerath-Rovers, *Women on Board and Firm Performance*, 9 kwietnia 2010 r., s. 11 i n., <http://ssrn.com/abstract=1586832>.

⁶ D. Rosenblum, *Feminizing Capital: A Corporate Imperative*, *op. cit.*, s. 92; *Report: The Bottom Line: Corporate Performance and Women's Representation on Boards*, Catalyst 2007, przypis 2, <http://www.catalyst.org/knowledge/bottom-line-corporate-performance-and-womens-representation-boards>.

To, że w niektórych spółkach większość takich osób stanowią kobiety, nie może implikować wniosku, iż zatrudnianie kobiet, stanowi samo w sobie niezawodny środek do osiągnięcia przez spółki lepszych wyników finansowych⁷. Nie można wreszcie lekceważyć faktu, że zdecydowana większość empirycznych badań pokazujących pozytywną korelację pomiędzy większym udziałem kobiet w organach spółek a ich lepszymi wynikami finansowymi była przeprowadzana w takich państwach, w których nie obowiązują obligatoryjne kwoty płciowe odnoszące się do minimalnego udziału kobiet w organach spółek. Nie można więc całkowicie wykluczyć i takiej interpretacji, że spółki, które w sposób całkowicie dobrowolny zapewniały kobietom odpowiednio duży udział w swoich organach, były bardzo pozytywnie odbierane przez rynek i przez akcjonariuszy z uwagi na pionierski i innowatorski charakter takich nominacji, a więc były postrzegane jako swego rodzaju liderzy. W sytuacji, gdy nominacje kobiet na stanowiska zarządcze byłyby wymuszane przepisami prawa, spółki mające w swoich organach duży odsetek kobiet nie mogłyby być już dłużej postrzegane przez rynek jako nowatorskie i oryginalne, tracąc w ten sposób swoistą przypisywaną im przez akcjonariuszy premię, co mogłoby w rezultacie zmniejszyć ich wartość⁸. W tym kontekście jest zresztą rzeczą bardzo znamioną, że empiryczne badania przeprowadzone w Norwegii po tym, jak państwo to zdecydowało się (w 2003 r.) na ustanowienie obligatoryjnej kwoty płciowej dla organów tamtejszych spółek, pokazały, że spółki te doświadczyły wówczas swego rodzaju egzogenego szoku, który miał bardzo istotny negatywny wpływ na ich wartość. Obligatoryjna kwota płciowa doprowadziła do tego, że organy spółek norweskich zaczęły się składać z młodszych i mniej doświadczonych osób, co w efekcie skutkowało zwiększoną liczbą przejęć tych spółek oraz znacznym pogorszeniem się wyników ich operacyjnej działalności⁹. Koszty pracy ponoszone przez norweskie spółki istotnie wzrosły, ich ogólne zyski zaś w okresie kilku lat od wprowadzenia obligatoryjnej kwoty płciowej spadły¹⁰.

W literaturze zajmującej się omawianym zagadnieniem zwraca się też uwagę na okoliczność, że większa różnorodność wśród członków organów spółek, wynikająca między innymi z faktu należenia przez tych członków do różnych płci, może rodzić liczne konflikty w obrębie organów spółek oraz może sprawiać, że proces decyzyjny w tych organach będzie znacznie wydłużony i opóźniony, jako że

⁷ M. Lückerath-Rovers, *Women on Board and Firm Performance*, *op. cit.*, s. 18; H.A. Krishnan, D. Park, *A few good women – on top management teams*, „Journal of Business Research” 2005, vol. 58, s. 1712 i n.

⁸ R. Adams, S. Gray, J. Nowland, *Does Gender Matter in the Boardroom?*, *op. cit.*, s. 7.

⁹ K.R. Ahern, A.K. Dittmar, *The Changing of the Boards: The Impact on Firm Valuation of Mandated Female Board Representation*, „Quarterly Journal of Economics” 2012, vol. 127(1), s. 137 i n.

¹⁰ D.A. Matsa, A.R. Miller, *A Female Style in Corporate Leadership? Evidence from Quotas*, 1 listopada 2012 r., <http://ssrn.com/abstract=1636047>.

w naturalny sposób pojawi się wówczas konieczność długotrwałych dyskusji, wynikających z różnych postaw, preferencji oraz perspektyw prezentowanych przez przedstawicieli różnych płci. Rozważanie takich różnych perspektyw prezentowanych przez obydwie płcie może być bardzo czasochłonne i może rodzić niedające się przewyciężyć podziały wśród członków organów spółek poddanych płciowemu paritetowi¹¹. Takie zdywersyfikowane pod względem płci organy spółek są przy tym bardziej kosztowne (choćby z uwagi na większe koszty rekrutacji osób należących do płci niedostatecznie dotychczas reprezentowanej), a przy tym zdecydowanie trudniej jest koordynować ich pracę niż w przypadku ciał bardziej homogenicznych. Wszystko to może zneutralizować i osłabić ewentualne korzyści wynikające z faktu posiadania przez spółkę bardziej zróżnicowanego pod względem płci organu, nawet jeżeli takie korzyści rzeczywiście się pojawiają¹².

Wszystkie te sceptyczne uwagi i zastrzeżenia odnośnie do spodziewanego pozytywnego wpływu zwiększonego udziału kobiet w zarządzaniu spółkami na wyniki i na wartość tychże spółek – które to uwagi i zastrzeżenia można by z pewnością jeszcze mnożyć – przekonują, że cel, do którego zmierzają twórcy projektu dyrektywy, wydaje się być raczej mało realny i pozostaje jedynie, jak należy sądzić, w sferze pobożnych życzeń. Gdyby bowiem było tak, że większe procentowo uczestnictwo kobiet w organach spółek rzeczywiście polepsza ład korporacyjny w spółce oraz wpływa korzystnie i pozytywnie na finansowe wyniki danej spółki, to pojawia się pytanie i wątpliwość, dlaczego to sami wspólnicy poszczególnych spółek, zwłaszcza tych dużych, którym powinno przecież zależeć na jak najlepszych wynikach ich spółek oraz na optymalizowaniu ich ładu korporacyjnego, nie dążą – jak pokazuje praktyka w Unii Europejskiej – do tego, by zapewnić w organach nadzorczych lub zarządzających tych spółek odpowiednią równowagę płciową? Być może jest tak, że wspólnicy czy też ekonomiczni właściciele spółek po prostu nie wierzą w to, że równowaga płciowa w organach spółek jest takim dobrym i skutecznym środkiem do polepszania efektywności spółek (tj. efektywności pracy ich organów) oraz wyników finansowych spółek. Skoro zaś akcjonariusze/właściciele spółek nie uznają omawianej tutaj równowagi płciowej za będącą ekonomicznie dla ich spółek korzystną, to pojawia się poważna wątpliwość co do tego, czy równowagę tę może im obligatoryjnie narzucać prawodawca unijny, motywując to tym, że wpłynie to niezwykle pozytywnie na ekonomiczną sytuację ich spółek? Lektura uzasadnienia oraz preambuły projektu dyrektywy rodzi wrażenie, że obecnie akcjonariusze/właściciele spółek w Unii dobrowolnie rezygnują z wdrożenia tego rodzaju

¹¹ C. Rose, *Does female board representation influence firm performance? The Danish evidence*, „Corporate Governance” 2007, vol. 15, s. 404 i n.

¹² S. Dwyer, O.C. Richard, K. Chadwick, *Gender diversity in management and firm performance: the influence of growth orientation and organizational culture*, „Journal of Business Research” 2003, vol. 56, s. 1009 i n.

praktyki korporacyjnej, która może znacząco poprawić finansowe wyniki ich spółek i że w związku z tym – widząc to niezrozumiałe zaniechanie po stronie akcjonariuszy/właścicieli spółek – do stosowania takiej praktyki musi ich zobligować prawodawca unijny, który z określonych (ogólnogospodarczych) względów troszczy się o finansową kondycję tychże spółek i jest zainteresowany, by spółki te osiągały jak najlepsze wyniki. Wbrew jednak takiej właśnie sugestii, którą można odczytać z uzasadnienia oraz z preambuły do projektu dyrektywy, należy wyraźnie stwierdzić, że tego rodzaju sytuacja, w której akcjonariusze/właściciele spółek nie widzą ekonomicznych korzyści z określonej korporacyjnej praktyki, lecz są do jej wdrożenia zmuszeni przez władze publiczne, które jakoby wiedzą lepiej, co będzie dla poszczególnych spółek bardziej korzystne, nie wydaje się być zgodna z podstawowymi zasadami gospodarki rynkowej. W gospodarce rynkowej to przecież do samych poszczególnych przedsiębiorstw należą wiążące decyzje co do tego, jak powinny być alokowane czynniki produkcji (także w postaci siły roboczej) i co należy robić, by dane przedsiębiorstwo osiągało jak najlepsze ekonomiczne wyniki. Jeżeli o tym, co będzie dla danej spółki lepsze i bardziej korzystne finansowo (ekonomicznie), decyduje prawodawca (wszystko jedno zresztą, czy unijny czy też krajowy), a nie sama spółka i jej właściciele, to wówczas ma to niewiele wspólnego z paradygmatem gospodarki wolnorynkowej i przypomina raczej dyrygistyczne poczynania w państwach o gospodarce centralnie sterowanej. W tym kontekście jest zresztą rzeczą bardzo znamioną, że niektórzy przedstawiciele doktryny prawa unijnego bardzo mocno krytykują określone obowiązujące obecnie unijne akty prawne oraz praktykę ich stosowania przez organy unijne, czyniąc to dlatego, że akty te oraz ich stosowanie odrzucają wolnościowy model konkurencji na rynku, w którym decyzje o alokacji zasobów podejmują same przedsiębiorstwa, na rzecz modelu, w którym to prawodawca unijny oraz inne unijne organy decydują o tym, co będzie bardziej korzystne z punktu widzenia efektywności ekonomicznej na rynku oraz dla samych przedsiębiorstw¹³. W takim przypadku nie mamy już do czynienia jedynie z pewną korektą przez władze publiczne rynkowego wyniku (co jeszcze jak najbardziej mieściłoby się w koncepcji gospodarki wolnorynkowej, zwłaszcza tej mającej – jak w Unii – charakter „społecznej” gospodarki rynkowej), lecz raczej mamy do czynienia z projektowaniem przez władze publiczne wspomnianego wyniku rynkowego i z przejmowaniem przez te władze odpowiedzialności za takie ekonomiczne decyzje, które zawsze należały do samych zainteresowanych przedsiębiorstw. W gospodarce wolnorynkowej, nawet tej opatrzonej kwalifikatorem „społeczna”, nie sposób się zaś godzić na to, by to władze publiczne decydowały o tym, co będzie bardziej korzystne dla poszczególnych przedsiębiorstw z punktu wi-

¹³ Zob. np. K.F. Gärditz, *Europäisches Regulierungsverwaltungsrecht auf Abwegen*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 2010, nr 2, s. 252 i n.

dzenia ich ekonomicznej efektywności oraz finansowych wyników. Decyzje w tych sprawach powinny należeć do samych przedsiębiorstw, zwłaszcza jeżeli można zasadnie wątpić, czy określone rozwiązania proponowane przez organy unijne, takie jak np. wprowadzenie obligatoryjnego parytetu płci w organach spółek giełdowych w UE, rzeczywiście pozytywnie wpłyną na poprawę ładu korporacyjnego oraz na finansowe wyniki wchodzących w grę spółek. Jest więc rzeczą bardzo niepokojącą to, że Komisja Europejska uzasadnia przygotowany przez siebie projekt dyrektywy, powołując się na to, że dyrektywa ta, tak mocno ograniczając swobodę decyzji akcjonariuszy/właścicieli spółek giełdowych w wyborze członków organów tychże spółek, będzie skutecznym środkiem dla poprawy efektywności i wyników finansowych wchodzących w grę spółek.

Uzasadnienie projektu dyrektywy koniecznością promowania określonych praw podstawowych obywateli UE

W preambule projektu dyrektywy znalazła się krótka wzmianka o tym, że przewidziane w niej rozwiązania prawne są zgodne z zasadami, które zostały uznane w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej (dalej: KPP, Karta). W szczególności, jak stwierdza się w preambule, projektowana dyrektywa przyczynia się do urzeczywistnienia prawa do równości kobiet i mężczyzn (art. 23 KPP), wolności wyboru zawodu oraz prawa do podejmowania pracy (art. 15 KPP). Projekt dyrektywy ogranicza wprawdzie wolność prowadzenia działalności gospodarczej (art. 16 KPP) oraz prawo własności (art. 17 ust. 1 KPP), ale tego rodzaju ograniczenia respektują istotę tych praw i wolności oraz są konieczne i proporcjonalne. Wpisują się one faktycznie w cele interesu ogólnego uznane przez Unię i w konieczność ochrony praw i wolności innych osób¹⁴.

Chociaż, uzasadniając projekt przygotowanej przez siebie dyrektywy oraz wskazując jej zasadnicze cele, Komisja Europejska tak dużą (a właściwie przeważającą) uwagę poświęca opisanym już wyżej celom ekonomicznym i jedynie bardzo zdawkowo wspomina o konieczności promowania w tym zakresie określonych unijnych praw podstawowych, to jednak należy uznać, iż to właśnie te ostatnie cele i związana z nimi aksjologia są tym argumentem, który jest w stanie przekonać o tym, że omawiany projekt dyrektywy jest rzeczywiście potrzebny i że powinien on zostać w proponowanym aktualnie kształcie przyjęty. Inaczej mówiąc, legitymowanymi celami, na które powołując się analizowany projekt dyrektywy może być uchwalony, są przede wszystkim cele o charakterze idealistycznym, związane z koniecznością realizowania fundamentalnych wartości związanych z osobą ludzką i ucieleśnionych normatywnie w koncepcji unijnych praw podstawowych, nie zaś cele czysto ekonomiczne, związane z dążeniem do

¹⁴ Pkt 36 preambuły do projektu dyrektywy; zob. też s. 6–7 uzasadnienia.

poprawy wyników finansowych spółek (tym bardziej że te ostatnie cele, jak starano się wykazać, są raczej jedynie pobożnymi życzeniami i nie powinny być zresztą realizowane przez władze UE, lecz przez same zainteresowane spółki).

W tym kontekście szczególnie istotne jest prawo podstawowe – czy też właściwie zasada prawna – zapisane w art. 23 KPP. Zgodnie z tym ostatnim przepisem: *Należy zapewnić równość kobiet i mężczyzn we wszystkich dziedzinach, w tym w zakresie zatrudnienia, pracy i wynagrodzenia. Zasada równości nie stanowi przeszkody w utrzymywaniu lub przyjmowaniu środków zapewniających specyficzne korzyści dla osób płci niedostatecznie reprezentowanej.* Projekt dyrektywy ma na celu promowanie tak właśnie pojmowanej równości kobiet i mężczyzn (w tym wypadku w obszarze prawa spółek) i jest środkiem, który daje pewne szczególne korzyści dla płci aktualnie niedostatecznie reprezentowanej w organach spółek (gieldowych).

Należy wszakże zwrócić uwagę, że w omawianym przypadku obowiązkiem realizacji czy też urzeczywistnienia prawa podstawowego zapisanego w art. 23 KPP zostaną obarczone poszczególne przedsiębiorstwa, tj. spółki giełdowe, czyli w dużej mierze podmioty prywatne (pomijając w tym miejscu te spółki giełdowe, które są przedsiębiorstwami publicznymi). Tymczasem obciążanie podmiotów prywatnych obowiązkiem przestrzegania czy też urzeczywistnienia praw podstawowych innych osób zawsze budziło i nadal budzi bardzo duże kontrowersje¹⁵. W tym kontekście zwraca się uwagę na fakt, że obarczanie podmiotów prywatnych obowiązkiem urzeczywistnienia praw podstawowych przekreśla regułę, zgodnie z którą podmiotom prywatnym przysługuje co do zasady pełna swoboda (wolność) zachowań, jedynie wyjątkowo ograniczana przez państwo (zasada-wyjątek). Jeżeli podmioty prywatne mają w sposób prawnie egzekwowalny respektować prawa podstawowe innych osób, to wówczas tego rodzaju reguła ulega odwróceniu (jak to niektórzy ujmują obrazowo: reguła ta zostaje wówczas postawiona na głowie¹⁶), gdyż zasadą staje się wtedy

¹⁵ Na temat tego rodzaju horyzontalnego obowiązywania praw podstawowych czy też praw człowieka zob. np. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main 1986, s. 475 i n.; K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/1. Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München 1988, s. 1509 i n.; W. Rübner, *Die Subjekte der Freiheitsrechte. Grundrechtsadressaten* [w:] *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band V. Allgemeine Grundrechtslehren*, J. Isensee, P. Kirchhof (red.), Heidelberg 1992, s. 550 i n.; B. Pieroth, B. Schlink, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg 2003, s. 43 i n.; H. v. Barby, *Die „Drittwirkung der Grundrechte“ im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten*, „Deutsches Verwaltungsblatt“ 1971, nr 9, s. 333 i n.; J. Schwabe, *Bundesverfassungsgericht und „Drittwirkung“ der Grundrechte*, „Archiv des öffentlichen Rechts“ 1975, nr 3, s. 442 i n.; B. Banaszak, *Prawa jednostki i systemy ich ochrony*, Wrocław 1995, s. 71 i n.

¹⁶ W. Kluth, *Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages. Eine Analyse am Beispiel des Bosman-Urteils des EuGH*, „Archiv des öffentlichen Rechts“ 1997, nr 4, s. 570–571.

generalne ograniczenie swobody zachowań jednostek, które jedynie wyjątkowo mogą usprawiedliwić swoje odstępstwo od tego generalnego obowiązku. Ponadto związanie podmiotów prywatnych obowiązkiem ochrony praw podstawowych przysługujących innym osobom ogranicza liczne prawa podstawowe samych tych prywatnych podmiotów zobowiązanych (co w przypadku projektu dyrektywy przyznają nawet sami jego twórcy)¹⁷.

Z drugiej jednak strony obligowanie podmiotów prywatnych do urzeczywistniania praw podstawowych innych osób niesie z sobą dość oczywiste korzyści dla beneficjentów tychże praw, wyrażające się w szczególności w pełniejszej realizacji wzmiankowanych praw. Stąd też w ramach dogmatyki praw podstawowych oraz w doktrynie prawa konstytucyjnego i unijnego proponuje się różne rozwiązania kompromisowe, które mają optymalnie pogodzić ze sobą dwa kolidujące cele, jakimi są: konieczność pełniejszej ochrony praw podstawowych z punktu widzenia podmiotów uprawnionych (z jednej strony) oraz konieczność jak najdalej idącego poszanowania autonomii i praw podstawowych podmiotów prywatnych, będących jednocześnie podmiotami zobowiązanymi do respektowania praw podstawowych innych osób (z drugiej strony). Kompromis ten może polegać między innymi na tym, że do respektowania praw podstawowych zostają zobligowane bynajmniej nie wszystkie podmioty prywatne, lecz jedynie te, które dysponują odpowiednio dużą siłą ekonomiczną lub społeczną w danej dziedzinie życia, gdyż są np. uprawnione do ustanawiania tzw. prywatnej legislacji, a więc mogą kolektywnie regulować czy też wpływać na regulację pewnej sfery życia społecznego w państwie¹⁸.

Warto zauważyć, że analizowany projekt dyrektywy przyjmuje takie właśnie rozwiązanie kompromisowe, gdyż przewidziany w tym projekcie obowiązek urzeczywistniania prawa podstawowego wynikającego z art. 23 KPP będzie obciążał jedynie spółki giełdowe (z wyłączeniem przy tym małych i średnich przedsiębiorstw), a więc będzie spoczywał na spółkach, które w poszczególnych branżach gospodarki dysponują rzeczywiście poważną siłą ekonomiczną i istotnie wpływają (choćby w sensie czysto faktycznym i ekonomicznym, nie zaś *stricte* normatywnym) na warunki prowadzenia w tych branżach działalności gospodarczej. Tego rodzaju spółki giełdowe mogą być współcześnie uznane za swego rodzaju faktycznych regulatorów życia gospodarczego, zwłaszcza je-

¹⁷ Pkt 36 preambuły do projektu dyrektywy oraz s. 6–7 uzasadnienia.

¹⁸ Por. W.-H. Roth, *Drittwirkung der Grundfreiheiten?* [w:] *Festschrift für Ulrich Everling*, O. Due (ed.), Baden-Baden 1995, s. 1245 i n.; podobne stanowisko zajął Trybunał Sprawiedliwości w odniesieniu do związania podmiotów prywatnych swobodami rynku wewnętrznego – zob. orzeczenia TS w sprawach: 36/74 *B.N.O. Walrave i L.J.N. Koch v. Association Union cycliste internationale*, *Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo*, Zb.Orz. 1974, s. 1405, pkt 16–17; 13/76 *Gaetano Donà v. Mario Mantero*, Zb.Orz. 1976, s. 1333, pkt 17–18.

żeli się zważy na okoliczność, że wyznaczają one faktycznie pewne standardy określonych zachowań biznesowych w poszczególnych branżach.

Inne jeszcze rozwiązanie kompromisowe w omawianym zakresie może polegać na tym, że podmioty prywatne zostają wprawdzie zobligowane do urzeczywistniania praw podstawowych przysługujących innym osobom, ale jedynie w zakresie funkcji czysto negatywnej (obronnej) tych praw, nie zaś w ich funkcji pozytywnej (afirmatywnej). Przykładowo, podmioty prywatne zostają zobligowane do niedyskryminowania określonych osób, lecz już nie do pozytywnego promowania (i aktywnego urzeczywistniania) praw tychże osób¹⁹. Prawdą jest przy tym, że projekt dyrektywy odrzuca tego rodzaju kompromis, gdyż na podmioty prywatne (tj. na prywatne spółki giełdowe) nakłada on obowiązek urzeczywistniania prawa podstawowego (wynikającego z art. 23 KPP) w jego funkcji pozytywnej i afirmatywnej. Obowiązek zapewniania odpowiedniej równowagi płciowej w organach spółek wychodzi przecież dalece poza sam tylko formalny zakaz dyskryminacji, lecz implikuje też konieczność podejmowania konkretnych działań pozytywnych. Równocześnie jednak trzeba pamiętać, że tego rodzaju obowiązek nie zostaje bynajmniej uznany w projekcie dyrektywy za generalnie i wprost wynikający z art. 23 KPP i za bezpośrednio wiążący już na podstawie samego tego przepisu. O konieczności określonego (punktowego) rozciągnięcia obowiązku urzeczywistniania prawa podstawowego zapisanego w art. 23 KPP także na podmioty prywatne ma w omawianym przypadku zadecydować prawodawca unijny, wydając w tym zakresie akt prawa wtórnego. W akcie tym prawodawca unijny zamierza przy tym samodzielnie określić szczegółowe przesłanki aktualizujące omawiany obowiązek (zob. np. art. 1 i 3 projektu dyrektywy) oraz ustala bardzo konkretne związane z tym powinności podmiotów prywatnych (zob. art. 4 projektu dyrektywy). Wynika z tego, że prawodawca unijny sam sprawuje bezpośrednią kontrolę nad tym, w jakim zakresie podmioty prywatne zostaną obciążone obowiązkiem realizacji prawa podstawowego wynikającego z art. 23 KPP, czuwając przy tym, by zakres ten nie był nadmierny. Można więc powiedzieć, że projektowana dyrektywa nie dokona bynajmniej radykalnego wyłomu w dogmatyce i w normatywnej regulacji unijnych praw podstawowych. Projekt nie przesądza bowiem, że prawo podstawowe z art. 23 KPP będzie w pełnym i nieograniczonym zakresie wiążące dla wszystkich podmiotów prywatnych, i to już bezpośrednio na podstawie samej Karty. Pośrednikiem między art. 23 KPP a zobowiązanymi podmiotami prywatnymi jest prawodawca unijny wydający akt prawa wtórne-

¹⁹ Por. J. Gebauer, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, Berlin 2004, s. 143; tak też przyjął Trybunał Sprawiedliwości w odniesieniu do swobody przepływu pracowników, uznawanej za unijne prawo podstawowe – zob. orzeczenie TS w sprawie C-281/98 *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, Zb.Orz. 2000, s. I-4139, pkt 30–36.

go (tj. dyrektywę) i troszczący się o to, by zakres obowiązku spoczywającego na podmiotach prywatnych nie był odebrany jako ekscesywny.

Należy ponadto zwrócić uwagę na niezwykle znamienne okoliczność, że zobowiązanie podmiotów prywatnych do realizacji prawa podstawowego wynikającego z art. 23 KPP oznacza w swojej konsekwencji włączenie tych podmiotów prywatnych do realizacji określonego zadania publicznego, tj. zadania ze sfery publicznej, obciążającego co do zasady samo państwo (władze publiczne). W tym sensie nałożenie na podmioty prywatne takiego obowiązku, jak ten wynikający z projektu dyrektywy, oznacza w pewnym sensie zatarcie granicy między sferą publiczną (w której obrębie znajdują się określone zadania publiczne, w tym zadanie w postaci urzeczywistnienia prawa podstawowego polegającego na gwarantowaniu równych praw kobiet i mężczyzn) a sferą prywatną (w której obrębie znajduje się działalność gospodarcza prowadzona na rynku przez przedsiębiorstwa, mogące co do zasady same podejmować różnego rodzaju decyzje korporacyjne, w tym wyznaczać członków swoich organów). Inaczej mówiąc, rozwiązanie przewidziane w projekcie oznacza przewyższenie w pewnym zakresie dychotomii pomiędzy tym, co publiczne, a tym, co prywatne, w dziedzinie spraw związanych z kobietami²⁰. W ten sposób działalność gospodarcza prowadzona na rynku oraz sam rynek uzyskują wymiar publiczny, gdyż w tym zakresie zostają one zobligowane do urzeczywistnienia bardzo ważnego zadania publicznego, wynikającego z art. 23 KPP. Przy czym należy zauważyć, że tego rodzaju publicyzacja rynku (oznaczająca, jak wspomniano, zatarcie granicy między sferą publiczną z jej zadaniami, polegającymi na promowaniu praw podstawowych, a sferą prywatną w postaci rynku, gdzie realizowane są określone prywatne interesy majątkowe) dotknie jedynie, na podstawie przepisów projektu, bardzo specyficzne spółki, a mianowicie spółki giełdowe, czyli spółki, których akcje znajdują się w – *nomen omen* – „publicznym” obrocie. W rezultacie obowiązek realizacji publicznego zadania w postaci promowania prawa podstawowego z art. 23 KPP spocznie jedynie na spółkach publicznych, tzn. publicznych w tym sensie, że do ich akcjonariatu każda osoba zainteresowana ma co do zasady wolny dostęp i może do niego przystąpić. Tym samym wspomniane wyżej zatarcie granicy pomiędzy tym, co publiczne, a tym, co prywatne w dziedzinie spraw związanych z kobietami będzie dotyczyło jedynie „publicznej” części rynku, czyli spółek, do których każdy może kapitałowo przystąpić. Można zatem powiedzieć, że przewidziane w projekcie dyrektywy nałożenie obowiązku urzeczywistnienia prawa podstawowego z art. 23 KPP na spółki giełdowe nie będzie rozwiązaniem publicyzującym sferę prywatną w sposób radykalny czy też nadmierny, gdyż dotknie jedynie tej części sfery prywatnej, która już i tak jest obecnie poddana wpływowi czynników publicznych i ma w dużej mierze również publiczny wymiar. Z punktu widzenia konieczno-

²⁰ Por. D. Rosenblum, *Feminizing Capital: A Corporate Imperative*, op. cit., s. 68 i n.

ści urzeczywistniania prawa podstawowego z art. 23 KPP rozwiązanie prawne przewidziane w projekcie jawi się więc jako w pełni uzasadnione i racjonalne.

Uzasadnienie projektu dyrektywy koniecznością realizacji zasady społecznej gospodarki rynkowej oraz zasad demokracji

Nałożenie na spółki giełdowe obowiązku gwarantowania co najmniej 40% stanowisk dyrektorów niewykonawczych dla przedstawicieli płci niedostatecznie reprezentowanej znajduje swoje aksjologiczne uzasadnienie w zasadzie społecznej gospodarki rynkowej, będącej jedną z ogólnych zasad Unii Europejskiej (art. 3 ust. 3 zdanie drugie TUE) oraz w zasadach demokracji, na których opiera się Unia (art. 2 zdanie pierwsze TUE). Zasada społecznej gospodarki rynkowej, tak jak jest ona dość powszechnie rozumiana, implikuje kooperatywny model relacji między państwem a społeczeństwem, a więc model, w którym poszczególni partnerzy społeczni współdziałają z państwem (z władzami publicznymi) w podejmowaniu najbardziej istotnych decyzji gospodarczych, mogących istotnie wpływać na warunki prowadzenia działalności gospodarczej oraz na poziom życia społeczeństwa. W koncepcji społecznej gospodarki rynkowej państwowe rozstrzygnięcia wpływające na sferę gospodarki – a więc na sferę, w której co do zasady powinna dominować swoboda samych podmiotów gospodarujących – znajdują swoją legitymację między innymi w podjętych uprzednio przez państwo działaniach konsultacyjnych, mających na celu zgromadzenie stanowisk przedstawicieli społeczeństwa i środowisk gospodarczych, którzy powinni móc sami się wypowiedzieć na temat bezpośrednio ich dotyczących przyszłych działań władz publicznych. Dialog, współpraca partnerów społecznych, stała wymiana i konfrontowanie stanowisk przez przedstawicieli władz publicznych oraz środowisk gospodarczych i społecznych we wspólnie ich dotyczących sprawach społecznych i gospodarczych – to zasadnicze elementy ustroju społecznej gospodarki rynkowej, gwarantujące urzeczywistnienie zasad demokratycznych także w obszarze gospodarki. Koncepcja społecznej gospodarki rynkowej jest więc przeniknięta ideami demokratycznymi, zakładającymi udział samych osób zainteresowanych w rozstrzygnięciu bezpośrednio ich dotyczących spraw. Nie znaczy to bynajmniej, że sam rynek jako taki, tj. pojmowany jako zdecentralizowany mechanizm podejmowania decyzji gospodarczych, jest równoznaczny z demokracją czy też z zasadami demokratycznymi²¹. Ale z całą pewnością „społeczna” gospodarka rynkowa powinna mieć

²¹ Por. J. Drexel, *Wettbewerbsverfassung. Europäisches Wettbewerbsrecht als materielles Verfassungsrecht* [w:] *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, A. von Bogdandy (ed.), Berlin–Heidelberg 2003, s. 782–783.

wbudowane w swoje ramy określone komponenty demokratyczne i partycypacyjne, tym bardziej że jest to koncepcja, która zakłada określony ład społeczny i określone zorganizowanie stosunków międzyludzkich w społeczeństwie²².

W tym kontekście niezwykle znamienne jest stanowisko polskiego Trybunału Konstytucyjnego, który, analizując koncepcję społecznej gospodarki rynkowej na szerokim tle porównawczym (ogólnoeuropejskim), stwierdził, że zasada społecznej gospodarki rynkowej jest w sposób immanentny sprzęgnięta z zasadą państwa demokratycznego i że bez poszanowania zasad demokracji nie ma społecznej gospodarki. W takim układzie *społeczna gospodarka rynkowa (...), wspiera się na solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych, co zakłada koncepcję równowagi interesów uczestników rynku i zarazem poszanowania ich autonomii, tworząc konstytucyjną gwarancję negocjacyjnego sposobu rozstrzygania spraw spornych, umożliwiającą przewyższanie napięć i konfliktów w procesie gospodarowania. Źródeł powyższych wartości upatrywać należy w filozofii społecznej, znanej pod nazwą solidaryzmu społecznego. (...) wspomniana wartość daje wyraz preferencjom na rzecz negocjacyjnego trybu załatwiania spornych spraw społecznych*²³.

To negocjacyjne i kooperacyjne rozstrzygnięcie przez partnerów społecznych spraw społecznych czy też gospodarczych, będące przejawem implementacji zasad demokracji w obszarze życia społecznego i gospodarczego oraz będące, jak wspomniano, zasadniczym założeniem koncepcji społecznej gospodarki rynkowej, odbywa się między innymi przez konsultowanie się władz publicznych z przedstawicielami przedsiębiorstw oraz z organizacjami zrzeszającymi przedsiębiorstwa. W sprawach szczególnie ważkich konsultowane być muszą zwłaszcza przedsiębiorstwa duże, gdyż to one są największymi pracodawcami, ich działalność zaś znacząco wpływa na wszelkie parametry ogólnogospodarcze oraz na socjalne warunki życia obywateli. Dlatego też tak ważne jest, aby w organach wspomnianych przedsiębiorstw zagwarantowane było w miarę równe uczestnictwo przedstawicieli obu płci, gdyż to dopiero obie te płcie razem, wraz ze swoimi różnymi uwarunkowaniami biologicznymi i rolami społecznymi, dają pełny obraz całości społeczeństwa i mogą być uznane za rzeczywistych tego społeczeństwa reprezentantów. Skoro przy podejmowaniu ważkich decyzji gospodarczych i społecznych państwo – kierujące się zasadą społecznej gospodarki rynkowej oraz demokracji – współdziała z poszczególnymi przedsiębiorstwami i liczy się z ich zdaniem przy projektowaniu swojej polityki, to z tego procesu konsultacyjnego nie można *a priori* wykluczać żadnej z obu płci, lecz należy im zapewnić w miarę zrównoważony udział. Taka bowiem kooperacja czy też takie współdziałanie, z którego jest wykluczona lub też w którym jest niedoreprezentowana niemal połowa społeczeństwa, nie spełnia standar-

²² Por. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011, s. 81.

²³ Wyrok TK z 30 stycznia 2001 r., sygn. akt K 17/00, OTK ZU 2001, nr 1, poz. 4.

dów rzeczywistej współpracy i nie pozwala uzyskać pluralistycznego przeglądu całego spektrum reprezentowanych postaw i stanowisk. Stąd też odpowiednio zrównoważony udział kobiet w organach spółek jest kwestią dalece wykraczającą poza sam tylko ład korporacyjny. Jest to raczej warunek demokracji i jedna z przesłanek odpowiedniej legitymacji państwowych działań. Z uwagi na fakt, że w większości europejskich państw władze publiczne muszą się konsultować z partnerami społecznymi w takich sprawach publicznych, jak zatrudnienie lub ochrona socjalna, wśród podmiotów konsultowanych odpowiednio zrównoważony udział obu płci powinien być zapewniony już na poziomie instytucjonalno-korporacyjnym, czyli w organach poszczególnych przedsiębiorstw. Tylko to daje bowiem gwarancję, że takie samo zrównoważenie będzie można uzyskać bezpośrednio w gremiach konsultacyjnych, czyli w ciałach, w których odbywają się konsultacje czy też negocjacje z władzami publicznymi, i że zrównoważenie to nie będzie tylko czysto formalne czy też liczbowe, ale będzie zrównoważeniem rzeczywistej siły i znaczenia głosu przedstawicieli obu płci. Biorąc powyższe pod uwagę, należy się zgodzić ze stwierdzeniami, że jeżeli największe przedsiębiorstwa, mające swój udział w wykonywaniu władzy publicznej (choćby przez uprawnienie do bycia konsultowanym), nie zapewniają w swoich organach zrównoważonego udziału obu płci i w ten sposób nie zapewniają reprezentacji połowie społeczeństwa, to wówczas cierpi na tym legitymizacja działań państwowych i naruszane są zasady prawdziwej demokracji²⁴. W tym kontekście niezwykle znamienne jest też często przytaczane przy takich okazjach stwierdzenie wypowiedziane przez norweską minister do spraw dzieci, równości i społecznego włączenia społecznego, że osiągnięcie zrównoważonego udziału obu płci w organach spółek jest „kwestią demokracji”²⁵. Zrównoważony udział obu płci w organach spółek na pewno legitymizuje te spółki w oczach społeczeństwa, ale co istotniejsze legitymizuje też samo państwo, które w ten sposób pokazuje swoją troskę o to, aby bezpośredni udział we władzy gospodarczej (powiązanej przecież w różny sposób z władzą polityczną) mieli przedstawiciele całego społeczeństwa, w tym obu istniejących w jego ramach płci.

Zgodność projektu dyrektywy z wąsko rozumianą zasadą subsydiarności

Omawiając zgodność rozwiązań prawnych przewidzianych w projekcie dyrektywy z wąsko rozumianą zasadą subsydiarności, należy w pierwszym rze-

²⁴ J.C. Suk, *Gender Parity and State Legitimacy: From Public Office to Corporate Boards*, „International Journal of Constitutional Law” 2012, vol. 10, s. 460.

²⁵ Ministry of Children, Equality and Social Inclusion, *Representation of both sexes on company boards*, www.regjeringen.no.

dzie podkreślić, że wzmiankowana zasada subsydiarności nie jest bynajmniej formułą wyłącznie prawniczą, o której treści przesądzałyby kryteria o jedynie jurydycznym charakterze. Zasada ta głosi przecież, że: *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* (art. 5 ust. 3 TUE). To, czy jakieś działanie „nie może być osiągnięte w sposób wystarczający” przez państwa członkowskie i równocześnie może być „lepiej osiągnięte” przez Unię (co w rezultacie pozwala, w świetle zasady subsydiarności, na centralizację tego działania na poziomie unijnym), może być ocenione jedynie przez odwołanie się do pewnych kryteriów pozaprawnych, a więc np. ekonomicznych, efektywnościowych, społecznych. Również to, czy dane działanie „może być osiągnięte w sposób wystarczający” przez państwa członkowskie i równocześnie nie będzie „lepiej osiągnięte” przez Unię (co w rezultacie nie pozwoli, w świetle zasady subsydiarności, na centralizację tego działania i będzie przemawiało za jego decentralizacją na poziomie krajowym), będzie musiało być ocenione przez pryzmat wspomnianych wyżej kryteriów pozaprawnych. Z kolei poza omówionymi wyżej argumentami (czy też okolicznościami) o charakterze efektywnościowym czy też ekonomicznym, w ramach zasady subsydiarności (a więc w ramach oceny tego, czy dane działanie „nie może być osiągnięte w sposób wystarczający” przez państwa członkowskie i równocześnie może być „lepiej osiągnięte” przez Unię), można też uwzględnić pewne kryteria polityczne, jak np. konieczność zachowania pewnego wyważonego balansu pomiędzy kompetencjami Unii a kompetencjami państw członkowskich²⁶.

²⁶ B. Holznagel, P. Schumacher, *Europäischer Regulierer für den Telekommunikations- und Energiewirtschaftssektor?*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 2007, nr 7, s. 412–413; ogólnie na temat zasady subsydiarności w prawie unijnym zob. P. Häberle, *Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 1994, nr 2, s. 169 i n.; M. Heintzen, *Subsidiaritätsprinzip und Europäische Gemeinschaft*, „Juristenzeitung” 1991, nr 7, s. 317 i n.; R. von Borries, *Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union*, „Europarecht” 1994, nr 3, s. 263 i n.; G. Konow, *Zum Subsidiaritätsprinzip des Vertrags von Maastricht*, „Die Öffentliche Verwaltung” 1993, nr 10, s. 405 i n.; U. Pieper, *Subsidiaritätsprinzip – Strukturprinzip der Europäischen Union*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 1993, nr 13, s. 705 i n.; W. Möschel, *Zum Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1993, nr 47, s. 3025 i n.; W. Kahl, *Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3b EG-Vertrag*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 1993, nr 3, s. 414 i n.; H.-J. Lambers, *Subsidiarität in Europa – Allheilmittel oder juristische Leerformel?*, „Europarecht” 1993, nr 3–4, s. 229 i n.; I. Hochbaum, *Kohäsion und Subsidiarität – Maastricht und die Länderkulturhoheit*,

Należy uznać, iż przyjęcie projektu dyrektywy w istniejącym obecnie kształcie będzie zgodne z tak rozumianą zasadą subsydiarności, jako że harmonizacja na szczeblu unijnym zagadnień związanych ze zrównoważonym udziałem obu płci w organach spółek giełdowych pozwoli na o wiele lepsze osiągnięcie omówionych już wyżej celów w postaci promocji praw podstawowych i urzeczywistniania zasad społecznej gospodarki rynkowej i demokracji w porównaniu z sytuacją, w której cele te byłyby realizowane samodzielnie przez poszczególne państwa członkowskie. Przede wszystkim trzeba zauważyć, że bez przyjęcia projektu dyrektywy jest rzeczą niemal nieprawdopodobną, by wszystkie państwa członkowskie zdecydowały się na ustanowienie w swoim wewnętrznym porządku prawnym wymogu, zgodnie z którym w organach spółek, w tym w szczególności w organach spółek giełdowych, powinna być zapewniona określona równowaga płci. Jak dotąd, co najmniej kilka państw członkowskich dość otwarcie zadeklarowało, że nie planują wprowadzania w swoim prawie tego rodzaju obligatoryjnych płciowych kwot. Wśród państw, które nie będąc do tego zmuszone przez prawodawcę unijnego nie nadałyby takim kwotom charakteru obligatoryjnego i pozostałyby raczej przy stosowaniu różnego rodzaju „miękkich” środków, w postaci określonych zachęt lub rekomendacji, jest Wielka Brytania²⁷. Tymczasem Londyn jest przecież jednym z centrów finansowych Unii Europejskiej, a na tamtejszej giełdzie jest notowanych bardzo wiele dużych spółek ze wszystkich państw członkowskich. Gdyby spółki notowane na giełdzie londyńskiej nie miały prawnego obowiązku zapewnienia odpowiedniej kwoty płciowej wśród swoich dyrektorów niewykonawczych, to wówczas można założyć, że w związku z tym bardzo duża część największych spółek w Europie w ogóle nie realizowałaby celu w postaci omawianego tutaj parytetu płciowego.

Zharmonizowanie na szczeblu unijnym najważniejszych zagadnień związanych z udziałem płci niedostatecznie reprezentowanej w organach spółek giełdowych zmniejszy istotnie koszty transakcyjne, które w razie braku takich

„Die Öffentliche Verwaltung” 1992, nr 7, s. 288 i n.; P.-C. Müller-Graff, *Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip?*, „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht” 1995, Band 159, s. 46 i n.; A.G. Toth, *The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty*, „Common Market Law Review” 1992, vol. 29, s. 1079 i n.; N. Emiliou, *Subsidiarity: An Effective Barrier Against „the Enterprises of Ambition”?*, „European Law Review” 1992, vol. 17, s. 383 i n.; D.Z. Cass, *The Word that Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community*, „Common Market Law Review” 1992, vol. 29, s. 1107 i n.; T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford 2003, s. 114 i n.; N. Bernard, *The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity*, „Common Market Law Review” 1996, vol. 33, s. 633 i n.

²⁷ Por. C. Villiers, *Women on Boards: Report from the UK*, „European Company Law” 2011, vol. 8, s. 94 i n.

zharmonizowanych regulacji ponosiłyby poszczególne spółki, a także kandydaci na dyrektorów niewykonawczych w spółkach. Gdyby bowiem takich zharmonizowanych reguł na szczeblu unijnym w ogóle nie było, wówczas spółki, które prowadzą swoją działalność gospodarczą w kilku różnych państwach członkowskich, w tym zwłaszcza są notowane na giełdach w różnych państwach członkowskich, musiałyby się zapoznawać z odmiennymi przepisami prawnymi obowiązującymi w poszczególnych państwach członkowskich i musiałyby się do takich heterogenicznych regulacji dostosowywać, w tym dostosowywać do tego swoją strukturę zarządczą. Tego rodzaju koszty transakcyjne byłyby szczególnie widoczne i niekorzystne wówczas, gdyby spółki pochodzące z różnych państw członkowskich i podlegające prawu różnych państw członkowskich zamierzały dokonać operacji w postaci połączenia się, prawo państw członkowskich zaś, któremu dotychczas te łączące się spółki podlegały, zupełnie odmiennie normowałoby omawiane tutaj zagadnienie udziału kobiet w zarządzaniu spółkami. Mogłoby się wówczas zdarzyć, że łączące się spółki unikałyby podlegania po operacji połączenia reżimowi prawnemu tego państwa członkowskiego, które przewiduje obligatoryjne kwoty płciowe. To zaś z kolei mogłoby skutkować błędną alokacją zasobów i przynosić straty ekonomiczne. Zharmonizowanie omawianych zagadnień na szczeblu unijnym sprawi, że kwestia kwot płciowych nie będzie czynnikiem brany pod uwagę w ramach tzw. regulacyjnego arbitrażu²⁸, a więc, że z tego przynajmniej punktu widzenia poszczególne krajowe porządki prawne będą oceniane przez poszczególne spółki – zwłaszcza przez spółki zamierzające dokonać operacji połączenia się lub reinkorporacji – jako neutralne.

Prawdą jest przy tym, że istnienie w poszczególnych państwach członkowskich różniących się regulacji prawnych dotyczących pewnych zagadnień prawa spółek, w tym w kwestii parytetu płciowego w organach tych spółek, może dawać szansę na wystąpienie tych wszystkich korzyści, jakie są zazwyczaj następstwem zjawiska tzw. konkurencji instytucjonalnej, czyli wzajemnej rywalizacji poszczególnych krajowych prawodawców i/lub wzajemnej rywalizacji krajowych organów z poszczególnych państw stosujących przepisy prawa. Dzięki istnieniu na szczeblu krajowym tej wzajemnej rywalizacji mogą być tam wypracowywane możliwie najbardziej optymalne rozwiązania (na opisanie zjawiska wzajemnej rywalizacji krajowych prawodawców i/lub zjawiska wzajemnej rywalizacji krajowych organów z poszczególnych państw stosujących przepisy prawa używa się w doktrynie bardzo różnych określeń, takich jak: konkurencja instytucjonalna, konkurencja systemowa, konkurencja systemów czy też konkurencja regulacyjna²⁹).

²⁸ Por. M. Szydło, *Konkurencja regulacyjna w prawie spółek*, Warszawa 2008, s. 199–200.

²⁹ Zob. E.-M. Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Tübingen 2002, s. 15–16.

Trzeba jednak w tym miejscu powiedzieć, że przedstawiana konkurencja instytucjonalna, pojmowana jako wzajemna rywalizacja ze sobą poszczególnych krajowych prawodawców oraz krajowych podmiotów stosujących prawo, może w praktyce prowadzić do bardzo różnych skutków (różnych następstw) i bynajmniej nie wszystkie z nich będą mogły być ocenione jako pozytywne i pożądane. Z jednej bowiem strony rzeczywiście może być tak, że dzięki istnieniu wzajemnej rywalizacji podmiotów tworzących określone reguły w poszczególnych państwach, reguły te będą stawały się coraz bardziej optymalne w sensie treściowym, odpowiadając nie tylko potrzebom i preferencjom ich bezpośrednich adresatów, ale po prostu będą one korzystne z punktu widzenia dobra ogółu (inaczej mówiąc, będą one zwiększały efektywność ekonomiczną i będą też sprawiedliwe ze społecznego punktu widzenia). Konkurencja instytucjonalna może bowiem sprawiać, że podmioty tworzące omawiane tutaj reguły będą stale zdobywały nową wiedzę na temat tego, które reguły (tzn. reguły o jakiej konkretnie treści) są z omawianego w artykule punktu widzenia najlepsze (najbardziej optymalne). Podmioty te nie będą się też wówczas poddawały żadnej presji ze strony partykularnych grup interesów i będą w efekcie kreowały reguły możliwie najbardziej efektywne i najlepsze dla ogółu³⁰. Z drugiej jednak strony może być i tak, że omawiana tu konkurencja instytucjonalna doprowadzi do bardzo niekorzystnych następstw, polegających na tym, iż rywalizujące ze sobą krajowe podmioty, tworząc określone reguły, będą się kierowały bynajmniej nie dobrem ogółu i chęcią zwiększenia ogólnej efektywności ekonomicznej, lecz raczej będą nastawione na preferowanie jedynie wąsko zdefiniowanych i arbitralnie dobranych (a więc nie wszystkich) adresatów tychże reguł, powodując uprzywilejowanie nielicznej (ale dysponującej określoną władzą ekonomiczną) grupy podmiotów. Ponadto konkurencja instytucjonalna może też doprowadzić do wystąpienia licznych negatywnych efektów zewnętrznych³¹.

Jak się wydaje, pozostawienie omawianej tutaj kwestii udziału kobiet w zarządzaniu spółkami (giełdowymi) wolnej grze konkurencji regulacyjnej (tj. konkurencji instytucjonalnej pomiędzy państwami członkowskimi) nie byłoby właściwe, a to z uwagi na aksjologiczną rangę zagadnienia, które wchodzi

³⁰ Zob. np. K. Röpke, *Gläubigerschutzregime im europäischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte*, Berlin 2007, s. 58; K. Kern, *Überseering – Rechtsangleichung und gegenseitige Anerkennung. Eine Untersuchung zum Wettbewerb der Gesetzgeber im Europäischen Gesellschaftsrecht*, Berlin 2004, s. 41–42; W. Schön, *Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht*, „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht” 1996, Band 160, s. 233.

³¹ Zob. np. K. Heine, *Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht. Zur Funktionsfähigkeit eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen im europäischen Gesellschaftsrecht*, Berlin 2003, s. 44 i n.; E.-M. Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, *op. cit.*, s. 67 i n.

tutaj w grę. Zagadnienie to, jak starano się wykazać, ma bardzo silny związek z podstawowymi prawami osoby ludzkiej i dotyczy przy tym spraw związanych z legitymizacją władzy publicznej oraz z podstawowymi zasadami ustrojowymi, na których oparta jest Unia Europejska (tj. zasada społecznej gospodarki rynkowej oraz zasada demokracji). Z uwagi na tę ustrojową rangę omawianego zagadnienia i z uwagi na postęp, jaki Unia stara się w tym względzie osiągnąć, byłoby rzeczą niewłaściwą, gdyby zagadnienie to stało się w przyszłości elementem gry konkurencyjnej pomiędzy porządkami prawnymi poszczególnych państw członkowskich, usiłujących wyciągnąć z takiej międzysystemowej rywalizacji określone korzyści ekonomiczne (np. w postaci większej liczby inkorporacji lub reinkorporacji dokonywanych pod rządami reżimu prawnego nieprzewidującego obligatoryjnych kwot płciowych lub w postaci większej liczby spółek wprowadzających swoje akcje do obrotu na rynku regulowanym w państwie, które nie stosuje kwot płciowych lub stosuje te kwoty w niższej wysokości). Dlatego też należy się opowiedzieć za zasadnością unormowania tej kwestii na szczeblu unijnym, tym bardziej że rozwiązania prawne przewidziane w projekcie dyrektywy są i tak stosunkowo elastyczne i dają państwom członkowskim wiele różnych możliwości.

Zgodność projektu dyrektywy z zasadą proporcjonalności

Projekt dyrektywy jest zgodny z zasadą proporcjonalności w rozumieniu art. 5 ust. 4 TUE. Dla osiągnięcia omówionych wyżej celów jest on środkiem przydatnym (skutecznym), a przy tym nie wykracza poza to, co jest dla osiągnięcia tychże celów konieczne.

W swoim orzecznictwie dotyczącym zasady proporcjonalności Trybunał Sprawiedliwości zwraca uwagę na fakt, że ważnym elementem wskazującym na przydatność danego środka dla osiągnięcia pewnych celów jest między innymi to, czy środek ten jest dostatecznie spójny z innymi środkami podjętymi w przeszłości (przez Unię lub przez państwo członkowskie) w danej dziedzinie życia, w tym, czy nie istnieją inne środki podjęte w przeszłości, które zmierzają w przeciwnym kierunku i które mogłyby potencjalnie zakłócić osiągnięcie danego pożądanego celu³². Należy uznać, że analizowany tutaj projekt dyrektywy jest w tym sensie w pełni spójny ze wszystkimi działaniami podjętymi

³² Zob. orzeczenia TS w sprawach: C-243/01 *Piergiorgio Gambelli i inni*, Zb.Orz. 2003, s. I-13031, pkt 67; C-46/08 *Carmen Media Group Ltd v. Land Schleswig-Holstein, Innenminister des Landes Schleswig-Holstein*, Zb.Orz. 2010, s. I-8149, pkt 55; zob. też G. Mathisen, *Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement*, „Common Market Law Review” 2010, vol. 47, s. 1021 i n.

w przeszłości przez Unię i ukierunkowanymi na promowanie równych szans kobiet i mężczyzn na rynku pracy. W tym kontekście wystarczy wskazać na okoliczność, że o możliwości pozytywnego promowania określonej płci niedostatecznie reprezentowanej jest mowa już w prawie konstytucyjnym Unii Europejskiej, gdyż wprost o tym wspomina art. 157 ust. 4 TFUE oraz art. 23 KPP. Również w dyrektywie 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. UE z 2006 r. L 204, s. 23) oraz w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/41/UE z 7 lipca 2010 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn prowadzących działalność na własny rachunek oraz uchylającą dyrektywę Rady 86/613/EWG (Dz.Urz. UE z 2010 r. L 180, s. 1) jest wprost mowa o tym, że w celu zapewnienia w praktyce pełnej równości kobiet i mężczyzn w życiu zawodowym państwa członkowskie mogą utrzymywać lub przyjmować środki pozytywne (tj. środki afirmujące płęć niedostatecznie reprezentowaną) w rozumieniu art. 157 ust. 4 TFUE (zob. art. 3 dyrektywy 2006/54/WE oraz art. 5 dyrektywy 2010/41/UE). Można tu zatem zaobserwować pełną koherencję i spójność działań po stronie prawodawcy unijnego.

Z kolei istnieje też w projekcie wiele takich elementów, które jednoznacznie przekonują, że rozwiązania przewidziane w projekcie dyrektywy dla realizacji swoich założonych celów nie wykraczają poza to, co jest rzeczywiście niezbędne i konieczne, lecz są raczej tak pomyślane, by były możliwie łagodne i względne dla zainteresowanych przedsiębiorstw. I tak, po pierwsze, projekt dyrektywy dotyczy jedynie spółek giełdowych (art. 4 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 1 projektu dyrektywy), a więc bynajmniej nie wszystkich spółek czy też nawet nie wszystkich spółek akcyjnych. Po drugie, projekt dyrektywy wyłącza z zakresu jego zastosowania przedsiębiorstwa małe i średnie (art. 3 projektu dyrektywy). Po trzecie, pierwszeństwo przyznawane przez projekt dyrektywy w organach spółek na rzecz płci niedostatecznie reprezentowanej nie jest wcale automatyczne i bezwarunkowe, ale może zostać uchylone, jeżeli względy szczególne dotyczące konkretnego kandydata płci przeciwnej przechylają szalę na jego korzyść (art. 4 ust. 3 projektu dyrektywy). Jest to zresztą zgodne z wcześniejszym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości³³. Po czwarte, projekt dyrektywy przewiduje też inne jeszcze wyłączenia czy też derogacje od ogólnej reguły wymagającej zapewnienia zrównoważonego udziału obu płci w organach spółek giełdowych (art. 4 ust. 6 i 7 projektu dyrektywy). Ogólnie więc można przyjąć, że projekt dyrektywy jest środkiem proporcjonalnym względem założonych celów.

³³ Zob. np. orzeczenia TS w sprawach: C-450/93 *Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, Zb.Orz. 1995, s. I-3051, pkt 22; C-407/98 *Katarina Abrahamsson, Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist*, Zb.Orz. 2000, s. I-5539, pkt 44–56.

Podstawa prawna projektu dyrektywy

Podstawą prawną projektu dyrektywy jest art. 157 ust. 3 TFUE, stanowiący, 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.* Wybranie w charakterze podstawy prawnej art. 157 ust. 3 TFUE jest w pełni prawidłowe. Podstawy tej nie można kwestionować, powołując się na okoliczność, że działalność w charakterze dyrektorów niewykonawczych spółek nie jest działalnością „w dziedzinie zatrudnienia i pracy”, o czym ma jakoby świadczyć fakt, że dyrektorzy ci nie są zatrudniani w spółkach w ramach stosunku pracy. „Zatrudnienie i praca” w rozumieniu art. 157 ust. 3 TFUE powinny być rozumiane szeroko, jako wszelka działalność związana z wykonywaniem pracy, a więc z wykonywaniem aktywności życiowej będącej podstawą zdobywania środków utrzymania. Nie chodzi tu jedynie o aktywność typowo prawnopracowniczą, a więc w ramach wąsko rozumianego stosunku pracy. Prawdą jest przy tym, że art. 157 ust. 1 i 2 TFUE dotyczy jedynie „pracowników” w wąskim tego słowa znaczeniu, tak jak to pojęcie rozumiane jest w prawie unijnym. Potwierdza to w swoim orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości³⁴. Ale równocześnie art. 157 ust. 3 TFUE może być uznany za mający szerszy zakres zastosowania niż poprzedzające go ustępy, gdyż w przeciwieństwie do tych ostatnich słowo „pracownik” (*worker*) w ust. 3 w ogóle się nie pojawia. W art. 157 ust. 3 TFUE jest natomiast mowa o pewnych szerzej rozumianych zagadnieniach związanych z „zatrudnieniem” i „pracą”. To, że art. 157 ust. 3 TFUE ma szerszy zakres zastosowania niż art. 157 ust. 1 i 2 TFUE, wynika również z tego, że o ile w art. 157 ust. 1 i 2 TFUE jest mowa jedynie o zasadzie równego wynagrodzenia (dla kobiet i mężczyzn), gdzie to wynagrodzenie rzeczywiście dotyczy ściśle rozumianych pracowników, o tyle w art. 157 ust. 3 TFUE jest mowa o szerzej pojmowanych kwestiach związanych z dziedziną „zatrudnienia” i „pracy”, samo wynagrodzenie zaś jest tylko jednym z aspektów tych szerszych zagadnień. W żadnym zresztą ze swoich orzeczeń Trybunał nie uznał nigdy, że upoważnienie przewidziane w art. 157 ust. 3 TFUE (dawny art. 141 ust. 3 TWE) odnosi się jedynie do spraw związanych z pracownikami w rozumieniu przyjmowanym w prawie unijnym.

Warto ponadto przypomnieć, że na podstawie art. 157 ust. 3 TFUE były już w przeszłości przyjmowane dyrektywy, które dotyczyły osób wykonujących działalność na własny rachunek, a więc nie w ramach stosunku pracy (zob.

³⁴ Zob. np. orzeczenie TS w sprawie C-256/01 *Debra Allonby v. Accrington & Rosendale College, Education Lecturing Services i Secretary of State for Education and Employment*, Zb.Orz. 2004, s. I-873, pkt 61–79.

np. dyrektywę 2010/41/UE) i że prawidłowość wyboru takiej właśnie podstawy prawnej nie została nigdy skutecznie zakwestionowana.

Kwestia podstawy prawnej projektu dyrektywy nie jest *notabene* aż tak bardzo istotna, gdy to nie ona może ewentualnie wpłynąć na zablokowanie prac nad tym projektem. Nawet bowiem, gdyby uznane zostało, że art. 157 ust. 3 TFUE stanowi niewłaściwą podstawę prawną, to jako alternatywne podstawy prawne wchodziłyby w grę art. 50 ust. 2 lit. g oraz art. 114 TFUE³⁵.

Podsumowanie

Analizowany w niniejszym opracowaniu projekt dyrektywy zmierza do osiągnięcia w pełni legitymowanych celów Unii Europejskiej, jakimi są promowanie prawa podstawowego do równego traktowania kobiet i mężczyzn oraz zasady społecznej gospodarki rynkowej i zasad demokracji. Względem tak pojmowanych celów projekt dyrektywy jest środkiem subsydiarnym i proporcjonalnym. Należy natomiast krytycznie ocenić fakt, że w uzasadnieniu oraz w preambule do projektu dyrektywy Komisja motywuje konieczność przyjęcia tej dyrektywy niemal wyłącznie określonymi celami ekonomicznymi. Te spodziewane korzyści ekonomiczne są raczej wątpliwe i wywołują tylko lub też mogą wywołać zupełnie nieuzasadnione oczekiwania po stronie podmiotów rynkowych. Komisja Europejska powinna się zatem posługiwać w tym wypadku (a przynajmniej powinna posługiwać się w szerszym zakresie) nie tyle argumentacją instrumentalną (pragmatyczną), ale raczej idealistyczną, odwołującą się do pewnych wartości zasadniczych. Nawet bowiem brak osiągnięcia w przyszłości tych spodziewanych przez Komisję korzyści ekonomicznych nie będzie mógł sprawić, że rozwiązania przewidziane w projekcie dyrektywy nie będą zasadne czy też potrzebne. Rozwiązania te będą potrzebne, ale nie z powodów czysto ekonomicznych, lecz z uwagi na wskazane już wyżej wartości zasadnicze dla Unii Europejskiej.

³⁵ Z drugiej wszakże strony trzeba przyznać, że powyższe uwagi na temat podstawy prawnej projektowanej dyrektywy mogą się wydać nieco kontrowersyjne i wykazujące zbyt dużo wyrozumiałości dla prawodawcy unijnego chcącego ustanowić akt prawny z dziedziny prawa spółek. W literaturze przedmiotu w kwestii stosowania właściwej podstawy prawnej dla aktów prawnych z dziedziny unijnego prawa spółek dominuje stanowisko bardziej rygorystyczne. Istota tego bardziej rygorystycznego stanowiska sprowadza się do konstatacji, że zakresy zastosowania norm wynikających z przepisów TFUE upoważniających do wydawania aktów z omawianej dziedziny (w szczególności dotyczy to art. 50 ust. 2 lit. g oraz art. 114 TFUE) nie są bynajmniej rozłączne i że czasami jest bardzo wątpliwe, czy w TFUE istnieje właściwa podstawa prawna do ustanowienia aktu prawa unijnego, które normuje nie tylko zagadnienia *stricto* korporacyjne, ale wkracza też swoim zakresem w inne dziedziny prawa; zob. szerzej J. Napierała, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2006, s. 93 i n.