

Bartosz Pawłowski

Opinia na temat zgodności z prawem Unii Europejskiej rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o działalności leczniczej oraz niektórych innych ustaw¹

Opinion on the compatibility with European Union law of the Government bill amending the Act on Therapeutic Activities and certain other acts (Sejm Paper No. 562) (WAPEiM-1308/16): In the author's opinion, doubts can be raised as to compliance of the provisions concerning the prohibition of sale of stock and shares by public entities below the threshold of 51% of the issued capital of the company and the ban on the payment of dividends in the light of the principles of freedom of establishment and free movement of capital, due to the absence of proof that the purpose of these regulations is the public interest and the failure to demonstrate that obedience of the principle of proportionality. To the extent that it prohibits the disposal of stock and shares by public entities and to the extent that it prohibits the payment of dividends, the bill in question may be regarded as contrary to EU law.

Keywords: economic activity | capital | health care | bill | companies | European Union | services

Słowa kluczowe: działalność gospodarcza | kapitał | ochrona zdrowia | projekt ustawy | spółka | Unia Europejska | usługi

Ekspert ds. legislacji BAS; bartosz.pawlowski@sejm.gov.pl.

Przedmiot opinii

Opinia dotyczy wyłącznie przewidzianych w projekcie ustawy o zmianie ustawy o działalności leczniczej oraz niektórych innych ustaw: *kwestii dotyczących zakazu zbywania akcji i udziałów przez podmioty publiczne poniżej progu 51% udziału w kapitale zakładowym spółki oraz zakazu wypłacania dywidendy* (druk sejmowy nr 562/VIII kad.; dalej: projekt).

¹ Opinia sporządzona 10 czerwca 2016 r. na zlecenie przewodniczącego Komisji Zdrowia; BAS-WAPEiM-1308/16.

Projekt w art. 1 pkt 4 przewiduje zmiany w art. 6 ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. 2015, poz. 618, ze zm.; dalej: ustawa).

Zgodnie z obowiązującym art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy Skarb Państwa reprezentowany przez ministra, centralny organ administracji rządowej albo wojewodę może utworzyć i prowadzić podmiot leczniczy w formie spółki kapitałowej. Natomiast zgodnie z art. 6 ust. 3 ustawy uczelnia medyczna może utworzyć i prowadzić podmiot leczniczy w formie spółki kapitałowej (zgodnie z projektem: także w formie samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej).

Zgodnie z projektem w spółce kapitałowej utworzonej przez uczelnię medyczną, wykonującej działalność leczniczą w formie realizacji zadań dydaktycznych i badawczych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia, w tym wdrażaniem nowych technologii medycznych oraz metod leczenia, wartość nominalna udziałów albo akcji należących do uczelni medycznej nie może stanowić mniej niż 51% kapitału zakładowego spółki oraz uczelnia ta dysponuje bezpośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu. Udziały albo akcje w tej spółce poza uczelniami medycznymi mogą posiadać wyłącznie Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego oraz jednoosobowe spółki Skarbu Państwa o szczególnym znaczeniu dla gospodarki państwa (proponowany art. 6 ust. 7 ustawy). Skarb Państwa reprezentowany przez ministra, centralny organ administracji rządowej albo wojewodę oraz jednostka samorządu terytorialnego mogą przystępować do spółki kapitałowej wykonującej działalność leczniczą (proponowany art. 6 ust. 8 ustawy).

Projekt przewiduje również dodanie nowych przepisów, zgodnie z którymi w spółce kapitałowej, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 lub ust. 2 pkt 1 ustawy, lub do której przystąpiły podmioty, o których mowa w art. 6 ust. 8 ustawy, wartość nominalna udziałów albo akcji należących do Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego nie może stanowić mniej niż 51% kapitału zakładowego spółki oraz Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego dysponuje bezpośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu. Przepisu tego nie stosuje się, jeżeli nabywcą lub obejmującym akcje spółki prowadzącej działalność w zakresie, o którym mowa w art. 2 pkt 1 ustawy z 28 lipca 2005 r. o lecznictwie uzdrowiskowym, uzdrowiskach i obszarach ochrony uzdrowiskowej oraz o gminach uzdrowiskowych (Dz.U. 2012, poz. 651 i 742, Dz.U. 2015, poz. 1844), jest spółka kapitałowa, wobec której Skarb Państwa ma kontrolę w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2015, poz. 184, 1618 i 1634). W spółce kapitałowej, w której Skarb Państwa, jednostka samorządu terytorialnego lub uczelnia medyczna posiada udziały albo akcje o wartości nominalnej nie mniejszej niż 51% kapitału zakładowego spółki, nie wypłaca się dywidendy (proponowany art. 6 ust. 9–11 ustawy).

Należy wskazać, że zgodnie z zawartym w projekcie przepisem przejściowym projektowane przepisy art. 6 ust. 7 i 9 znajdują zastosowanie do spółek,

w których w dniu wejścia w życie projektu ustawy Skarb Państwa, jednostka samorządu terytorialnego lub uczelnia medyczna posiadać będą udziały albo akcje o wartości nominalnej nie mniejszej niż 51% kapitału zakładowego spółki oraz uprawnienie, o którym mowa w tych przepisach. Czynności mające na celu zbycie udziałów albo akcji spółek lub skutkujące utratą uprawnień, o których mowa w projektowanych art. 6 ust. 7 i 9, podjęte przed dniem wejścia w życie projektowanej ustawy, mają zachować ważność.

Stan prawa Unii Europejskiej w materii objętej projektem

Opiniowany projekt ustawy należy poddać ocenie z uwzględnieniem następujących przepisów prawa Unii Europejskiej: art. 49 i n. Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) (swoboda przedsiębiorczości), art. 63 i n. TFUE (swoboda przepływu kapitału) oraz art. 345 TFUE (zasada neutralności). Ponadto, w odniesieniu do swobody przepływu kapitału, należy uwzględnić przepisy dyrektywy 88/361 w sprawie wykonania art. 67 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą (dalej: TEWG, dyrektywa 88/361/EWG)². Artykuł 67 TEWG został co prawda uchylony zgodnie z postanowieniami traktatu amsterdamskiego, niemniej – zważywszy że traktaty nie definiują pojęcia „przepływu kapitału” – również aktualne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyznaje dyrektywie istotną rolę jako instrumentowi wyjaśniającemu znaczenie tego pojęcia³.

Analiza przepisów projektu pod kątem ustalonego stanu prawa Unii Europejskiej

Swoboda przedsiębiorczości i swoboda przepływu kapitału

■ Treść swobód przedsiębiorczości i przepływu kapitału

Swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami w rozumieniu art. 54 akapit drugi TFUE, na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli⁴. Traktat zakazuje ograniczania swobody przedsiębiorczości obywateli oraz spółek z jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego, przy czym zakaz ten obejmuje również ogra-

² Dyrektywa Rady 88/361/EWG z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 Traktatu, Dz.Urz. WE L 178 z 8 lipca 1988 r., s. 5.

³ Wyrok TS z 26 kwietnia 2012 r., w sprawach: C-578/10 *Staatssecretaris van Financiën v. L. A. C. van Putten*; C-579/10 *P. Mook*; C-580/10 *G. Frank*, pkt 28.

⁴ Artykuł 49 akapit 2 TFUE.

niczenia w tworzeniu agencji, oddziałów lub filii na terytorium innego państwa członkowskiego⁵. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału pojęcie przedsiębiorczości w traktatowym rozumieniu oznacza uczestniczenie przez obywatela Unii w sposób trwały i nieprzerwany w życiu gospodarczym państwa członkowskiego innego niż jego państwo członkowskie pochodzenia i czerpania z tego tytułu korzyści, a tym samym wspieranie w ten sposób wzajemnego gospodarczego i społecznego przenikania wewnątrz Unii Europejskiej na płaszczyźnie działalności wykonywanej na własny rachunek⁶. Z uwagi na przedmiot projektu ustawy trzeba też podkreślić, że sytuację, w której podmiot pochodzący z jednego z państw członkowskich ma udziały w kapitale spółki z siedzibą w innym państwie członkowskim, pozwalające mu wywierać określony wpływ na decyzje podejmowane przez tę spółkę i determinować jej działalność, należy zgodnie z orzecznictwem zakwalifikować jako korzystanie ze swobody przedsiębiorczości⁷.

Z kolei treść swobody przepływu kapitału jest precyzowana przez odniesienie do dyrektywy 88/361/EWG. Dokonuje ona klasyfikacji przepływu kapitału zgodnie z nomenklaturą, zawartą w załączniku I. Trzeba zwrócić uwagę, że do przepływu kapitału zalicza się tam m.in. inwestycje bezpośrednie (w tym nabycie w całości istniejącego przedsiębiorstwa oraz uczestniczenie w nowym lub istniejącym już przedsiębiorstwie), rozumiane jako wszelkiego rodzaju inwestycje dokonywane przez osoby fizyczne lub przedsiębiorstwa handlowe, przemysłowe bądź finansowe, które służą ustanowieniu lub utrzymaniu trwałych i bezpośrednich powiązań między osobą, która wniosła kapitał, a przedsiębiorcą lub przedsiębiorstwem, któremu udostępnia ona kapitał w celu prowadzenia działalności gospodarczej. Pojęcie inwestycji bezpośrednich należy rozumieć w najszerszym sensie. Ponadto w myśl dyrektywy 88/361/EWG w odniesieniu do przedsiębiorstw, które mają status spółek akcyjnych, inwestycja o charakterze bezpośrednim występuje, gdy pakiet akcji, będący w posiadaniu osoby fizycznej, innego przedsiębiorstwa lub każdego innego akcjonariusza umożliwia jego posiadaczowi, na mocy przepisów prawa krajowego dotyczącego spółek akcyjnych lub z innego tytułu, rzeczywisty udział w zarządzaniu spółką lub sprawowanie nad nią kontroli. Uwzględniając omawianą problematykę, należy podkreślić, że pojęciem przepływu kapitału objęte jest, zgodnie z powołaną dyrektywą, również nabycie akcji w liczbie mniejszej niż określona wyżej. Takie transakcje nie są jednak uznawane za „inwestycje bezpośrednie” w rozumieniu dyrektywy.

Opierając się na treści dyrektywy 88/361/EWG, Trybunał orzekł, że przepływem kapitału w rozumieniu Traktatu ustanawiającego Europejską Wspól-

⁵ Artykuł 49 akapit 1 TFUE w związku z art. 54 TFUE.

⁶ Wyrok TS z 24 maja 2011 r. w sprawie C-53/08 *Komisja Europejska v. Republika Austrii*, pkt 77.

⁷ Wyrok TS z 8 listopada 2012 r. w sprawie C-244/11 *Komisja Europejska v. Republika Grecja*, pkt 21.

notę Gospodarczą są w szczególności inwestycje zwane „bezpośrednimi”, czyli inwestycje w formie udziału w danym przedsiębiorstwie, polegające na nabyciu akcji, które przyznają możliwość rzeczywistego udziału w zarządzaniu spółką lub sprawowaniu nad nią kontroli, jak również inwestycje zwane „portfelowymi”, czyli inwestycje w formie nabycia papierów wartościowych na rynku kapitałowym, dokonane jedynie w celu lokaty kapitału bez zamiaru uczestniczenia w zarządzaniu przedsiębiorstwem lub sprawowania nad nim kontroli⁸.

Podobnie jak w przypadku swobody przedsiębiorczości, również potencjalne ograniczenia swobody przepływu kapitału są postrzegane przez Trybunał bardzo szeroko. Zgodnie z orzecznictwem za takie ograniczenie należy uznać te środki krajowe, które mogą stanowić przeszkodę lub ograniczać nabycie akcji w danych spółkach, lub które są w stanie zniechęcić inwestorów z innych państw członkowskich do inwestowania w nich kapitału⁹. Pojęcie ograniczeń obejmuje również środki, które nie dyskryminują obywateli innych państw członkowskich. Swoboda przepływu kapitału to, zdaniem Trybunału, coś więcej, niż tylko eliminacja nierównego traktowania w związku z przynależnością do innego państwa. Za ograniczenie należy więc uznać również środki, które stosuje się bez rozróżnienia na rezydentów i nierezydentów, jeżeli wpływają na sytuację osoby nabywającej akcje, przez co mogą zniechęcić inwestorów z innych państw członkowskich do dokonania inwestycji i – w konsekwencji – utrudnić im dostęp do rynku¹⁰.

■ Wzajemne relacje zakresowe swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu kapitału

Jak wynika z powyższego zestawienia, zakresy obu swobód w pewnym stopniu się pokrywają. Rozgraniczenie między nimi może okazać się szczególnie problematyczne w przypadku, w którym doszłoby do nabycia tak znacznej liczby akcji spółki, że umożliwiłoby to wywieranie istotnego wpływu na jej działalność. Z jednej strony mogłoby to zostać zakwalifikowane jako korzystanie ze swobody przedsiębiorczości, bowiem nabywca podjąłby w ten sposób działalność gospodarczą w innym państwie członkowskim przez kontrolowaną spółkę. Z drugiej strony taka transakcja mieściłaby się w ramach przedstawionego wyżej rozumienia inwestycji bezpośrednich, a więc stanowiłaby rodzaj przepływu kapitału.

Niezależnie od tych trudności, zgodnie z ogólną tendencją w orzecznictwie Trybunału, należy dążyć do oceny przepisów krajowych z punktu widzenia tyl-

⁸ Wyrok TS z 10 listopada 2011 r. w sprawie C-212/09 *Komisja Europejska v. Republika Portugalska*, pkt 47.

⁹ *Ibidem*, pkt 48.

¹⁰ Wyrok TS z 13 maja 2003 r. w sprawie C-98/01 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, pkt 42–43, 47.

ko jednej z dwóch omawianych swobód podstawowych, jeśli ta druga ma charakter wyłącznie drugoplanowy i może zostać podporządkowana tej pierwszej. Ma to miejsce, gdy skutki wywierane przez przepis krajowy na realizację jednej swobody podstawowej stanowią jedynie nieuniknioną konsekwencję ograniczenia innej swobody podstawowej, naruszonej przez ten przepis w pierwszym rzędzie¹¹. W każdym razie, ustalając, w świetle której ze swobód należy dokonać oceny przepisów krajowych, trzeba wziąć pod uwagę cel tych przepisów¹².

Analizując zastosowanie przez Trybunał powyższej reguły do swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu kapitału, otrzymujemy obraz następujący: w sytuacji, w której przepisy krajowe dotyczą tylko nabycia większej liczby akcji, w związku z czym tylko akcjonariusze mogący wywierać określony wpływ na zarządzanie i kontrolę nad spółką podlegają owemu uregulowaniu krajowemu, sytuacja powinna podlegać ocenie jedynie w świetle art. 49 TFUE¹³. Podobne jest podejście Trybunału do przypadku ustanowienia mechanizmu kontroli następczej, wykonywanej przez państwo w stosunku do decyzji z zakresu zarządzania sprywatyzowanym przedsiębiorstwem. Kontrola taka w istocie dotyczy wyłącznie akcjonariuszy mogących wywierać wpływ na treść tych decyzji i z tego względu przedmiotowy mechanizm podlega ocenie tylko w świetle przepisów dotyczących swobody przedsiębiorczości. Nawet zakładając, że uregulowanie takie ma negatywne skutki dla swobody przepływu kapitału, są one nieuniknioną konsekwencją ewentualnego ograniczenia swobody przedsiębiorczości i nie uzasadniają odrębnej oceny pod kątem art. 65 TFUE¹⁴. Natomiast przepisy krajowe, które znajdują zastosowanie do udziałów objętych jedynie w celu lokaty kapitału, bez zamiaru uczestniczenia w zarządzaniu przedsiębiorstwem lub sprawowania nad nim kontroli, należy analizować wyłącznie w świetle swobody przepływu kapitału¹⁵.

Rozgraniczenie obu swobód nie zawsze jest jednak możliwe. Orzecznictwo Trybunału nie wyklucza wtedy oceniania danej sytuacji faktycznej jednocześnie w świetle przepisów dotyczących swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu kapitału: uregulowania krajowe, które znajdują zastosowanie nie

¹¹ Opinia rzecznika generalnego z 20 marca 2012 r. w sprawie C-31/11 *Marianne Scheunemann v. Finanzamt Bremerhaven*, pkt 32; wyrok TS z 14 października 2004 r. w sprawie C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH przeciwko Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, pkt 26 (w odniesieniu do swobód przepływu towarów i usług).

¹² Wyrok TS z 10 listopada 2011 r. w sprawie C-212/09 *Komisja Europejska v. Republika Portugalska*.

¹³ Wyrok TS z 8 listopada 2012 r. w sprawie C-244/11 *Komisja Europejska v. Republika Grecka*, pkt. 23–25.

¹⁴ *Ibidem*, pkt 30.

¹⁵ Wyrok TS z 19 lipca 2012 r. w sprawie C-31/11 *Marianne Scheunemann v. Finanzamt Bremerhaven*, pkt 23.

tylko do udziałów pozwalających wywierać określony wpływ na decyzje spółki i determinować jej działalność, lecz które stosują się niezależnie od wielkości udziału w kapitale spółki, mogą podlegać zarówno art. 49 TFUE, jak i art. 63 TFUE¹⁶.

Artykuł 345 TFUE (zasada neutralności)

Zgodnie z art. 345 TFUE traktaty nie przesądzają w niczym zasad prawa własności w państwach członkowskich. Przepis ten wyraża zasadę neutralności traktatów wobec zasad prawa własności w państwach członkowskich. W związku z tym traktaty co do zasady nie stoją na przeszkodzie ani nacjonalizacji przedsiębiorstw, ani ich prywatyzacji. Państwa członkowskie mają więc prawo wprowadzić lub zachować własność publiczną w określonych dziedzinach. Na podstawie art. 345 TFUE należy więc stwierdzić, że podjęcie zasadniczej decyzji w sprawie prywatyzacji (czy w ogóle prywatyzować, ewentualnie – w jakim zakresie) leży w kompetencji państw członkowskich i postanowienia traktatów nie ograniczają ich kompetencji pod tym względem.

Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Trybunału art. 345 TFUE nie skutkuje wyłączeniem obowiązujących w państwach członkowskich zasad prawa własności spod podstawowych zasad Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁷. Jakkolwiek więc przepis ten nie podważa prawa państw członkowskich do ustanawiania uregulowań w dziedzinie prywatyzacji, to muszą one być zgodne z podstawowymi zasadami traktatu, do których należą swobody przedsiębiorczości i przepływu kapitału¹⁸. Zważywszy na treść art. 345 TFUE, należałoby przyjąć, że przepisy gwarantujące podstawowe swobody unijne nie mogą przesądzać o tym, czy państwo powinno prywatyzować, czy nie. Znajdują one zastosowanie dopiero w sytuacji, w której państwo podjęło decyzję o prywatyzacji, i w zakresie, w jakim prywatyzacja ma zostać przeprowadzona. Wówczas na tym etapie i w tym zakresie można poddać zachowanie państwa ocenie pod kątem zgodności z wymienionymi swobodami. Możliwość powoływania się przez państwo członkowskie na art. 345 TFUE podlega więc ograniczeniom dopiero wtedy, kiedy postanowiono o prywatyzacji (i w takim zakresie, w jakim państwo zamierza przeprowadzić – lub już przeprowadziło – prywatyzację). Patrząc na problem pod nieco innym kątem, można stwierdzić, że chociaż państwo rzeczywiście nie powinno powoływać się na art. 345 TFUE w celu uchylecia się od ciężących na nim z mocy prawa unijnego obowiązków (takich jak realizacja podstawowych swobód), to przecież prawo unijne nie nakłada na państwo obowiązku prywatyzacji. Nie można więc oceniać odwo-

¹⁶ Wyrok TS z 8 listopada 2012 r. w sprawie C-244/11 *Komisja Europejska v. Republika Grecka*, pkt 22.

¹⁷ *Ibidem*, pkt 16.

¹⁸ *Ibidem*, pkt 17.

łania się przez państwo do art. 345 TFUE jako unikania realizacji rzekomego obowiązku wynikającego z prawa unijnego, skoro obowiązek taki nie istnieje. Należy więc zgodzić się z poglądem rzecznika generalnego N. Jääskinen, wyrażonym w sprawie *Essent*, w ocenie którego zakaz prywatyzacji stanowi nieuniknioną konsekwencję dokonania wyboru własności publicznej oraz idei zatrzymania własności w rękach władz publicznych¹⁹.

Rozważając zakres stosowania art. 345 TFUE, należy wziąć pod uwagę również orzeczenie Trybunału w przywołanej wyżej sprawie *Essent*²⁰. Trybunał stwierdza tam, że zakaz prywatyzacji przedsiębiorstwa mieści się również w zakresie zastosowania art. 63 TFUE i należy go rozpatrywać w świetle tego postanowienia²¹. Oznaczałoby to, że należy ocenić, czy taki zakaz prywatyzacji stanowi ograniczenie gwarantowanych w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej swobód przepływu kapitału, a w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej – czy to ograniczenie jest uzasadnione zgodnie z prawem unijnym.

Ograniczenia w zbywaniu akcji i udziałów w spółkach oraz w wypłacie dywidendy a swoboda przedsiębiorczości i przepływu kapitału

Należy zwrócić uwagę na orzecznictwo Trybunału dotyczące ograniczeń w nabywaniu akcji. Stwierdzone tam naruszenia dotyczyły utrudnień istniejących w związku z nabywaniem (lub wykonywaniem) uprawnień z akcji już znajdujących się w obrocie rynkowym lub akcji tych spółek, które zostały przeznaczone do prywatyzacji²². W takich przypadkach przewidziane przez prawo krajowe limity udziałów muszą być uzasadnione w sposób dopuszczalny przez prawo unijne, a decyzje dotyczące sprzedaży akcji przez państwo lub wyrażające zgodę na przekroczenie przez nabywcę ustalonego przez prawo krajowe udziału w kapitale spółki mają opierać się na kryteriach jasnych, precyzyjnych i określonych w sposób wyczerpujący, niepozostawiający organowi szerokiego

¹⁹ Opinia rzecznika generalnego z 16 kwietnia 2013 r. w sprawach połączonych *Staat der Nederlanden v. Essent NV* (C-105/12), *Essent Nederland BV* (C-105/12), *Eneco Holding NV* (C-106/12) i *Delta NV* (C-107/12), pkt 48.

²⁰ Wyrok TS (Wielka Izba) z 22 października 2013 r. w sprawach połączonych *Staat der Nederlanden v. Essent NV* (C-105/12), *Essent Nederland BV* (C-105/12), *Eneco Holding NV* (C-106/12) i *Delta NV* (C-107/12).

²¹ Wyrok TS w sprawie C-105/12 *Essent Nederland BV*, pkt 29–34, 38.

²² Wyroki TS z: 8 listopada 2012 r. w sprawie C-244/11 *Komisja Europejska v. Republika Grecka*; 16 grudnia 2010 r. w sprawie C-89/09 *Komisja Europejska v. Republika Francuska*; 17 lipca 2008 r. w sprawie C-207/07 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*; 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-174/04 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*; 13 maja 2003 r. w sprawie C-98/01 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*; 13 maja 2003 r. w sprawie C-463/00 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*.

marginesu uznania i pozwalający zainteresowanym z pewnością określić sytuację, w których może nastąpić ewentualna odmowa²³.

Trzeba podkreślić, że Trybunał szeroko ujmuje środki krajowe, które są uznawane za ograniczenie swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu kapitału. W orzecznictwie zalicza się do nich bowiem nie tylko środki dyskryminujące ze względu na przynależność państwową, ale również wszelkie przepisy krajowe (choćby stosowane bez dyskryminacji), które mogą zakłócić lub uczynić mniej atrakcyjnym korzystanie z tych swobód przez obywateli Unii²⁴.

Ograniczenie zbywania akcji i udziałów oraz ograniczenia w wypłacie dywidendy należy uznać za ograniczenia swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu kapitału.

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej dopuszcza wprowadzanie przez państwa członkowskie pewnych ograniczeń w swobodzie przedsiębiorczości i swobodzie przepływu kapitału. Stwierdzenie istnienia ograniczenia wskazanych swobód nie oznacza jednak automatycznie stwierdzenia naruszenia prawa unijnego. Przepisy krajowe mogące utrudniać wykonywanie podstawowych swobód ustanowionych w traktacie lub czynić je mniej atrakcyjnymi mogą mimo to być dopuszczalne, pod warunkiem że służą osiągnięciu celu leżącego w interesie ogólnym, są właściwe dla zapewnienia realizacji tego celu oraz nie wykraczają poza zakres konieczny do jego osiągnięcia²⁵.

Uwzględniając traktatową możliwość derogacji od swobody przepływu kapitału, ustaloną w art. 65 TFUE, należy ocenić, czy zachodzą przesłanki umożliwiające prawodawcy krajowemu jej zastosowanie. Stwierdzić zatem należy, czy wprowadzane na mocy projektu ustawy ograniczenia swobód są uzasadnione interesem publicznym oraz są proporcjonalne i niedyskryminacyjne.

Ustalając interes publiczny, który mógłby uzasadnić ograniczenie swobód, należy zwrócić uwagę, że zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy przewidziane w nim ograniczenia są niezbędne do realizacji zadań w zakresie odpowiedzialności za bezpieczeństwo zdrowotne, jakość i dostępność świadczeń zdrowotnych wynikających z art. 68 ust. 1 Konstytucji RP. Proponowana regulacja podyktowana jest koniecznością zapewnienia ciągłości i szerokiego zakresu świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmioty lecznicze bę-

²³ Wyrok TS z 8 listopada 2012 r. w sprawie C-244/11 *Komisja Europejska v. Republika Grecka*, pkt 73–75, 78.

²⁴ Wyroki TS z: 16 grudnia 2010 r. w sprawie C-89/09 *Komisja Europejska v. Republika Francuska*, pkt 44; 10 listopada 2011 r. w sprawie C-212/09 *Komisja Europejska v. Republika Portugalska*, pkt 48; 13 maja 2003 r. w sprawie C-98/01 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, pkt 42–43, 47.

²⁵ Wyrok TS z 8 maja 2013 r. w sprawach połączonych *Eric Libert i in. v. Gouvernement flamand* (C-197/11) i *All Projects & Developments NV i in. v. Vlaamse Regering* (C-203/11), pkt 49.

dące spółkami, o których mowa w ustawie. Z uwagi na powyższe – zdaniem Rady Ministrów – proponowane ograniczenia w zbywaniu udziałów albo akcji w tych spółkach są konieczne dla ochrony zdrowia i życia pacjentów. Mają zatem kluczowe znaczenie dla zdrowia publicznego.

Choć sam interes publiczny (bezpieczeństwo zdrowotne, ochrona zdrowia i życia pacjentów) może zostać uznany za uzasadniony, zauważyć należy, że Rada Ministrów wskazuje na powyższe dobra jedynie w sferze deklaratywnej, nie przedstawiając żadnych danych, z których wynikałoby, że rzeczywistym celem wprowadzenia ograniczeń jest zapewnienie bezpieczeństwa zdrowotnego oraz ochrona życia i zdrowia pacjentów. Z punktu widzenia wymogów formułowanych w orzecznictwie Trybunału można stwierdzić, że taki rodzaj uzasadnienia derogacji mógłby być uznany za niewystarczający i prowadzić do wniosku, że rzeczywiste powody wprowadzenia derogacji są inne od postulowanych.

Odnosząc się do wymogu, by ograniczenia były niedyskryminacyjne, należy stwierdzić, że jest on spełniony, gdyż przewidziane w projekcie ustawy rozwiązania będą stosowane zarówno pod względem podmiotów krajowych, jak i podmiotów z innych państw, w tym państw członkowskich Unii Europejskiej.

Inną ocenę można sformułować wobec zasady proporcjonalności. Stanowi ona, że zakres i forma działania władczego nie może wykroczać poza to, co jest konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Spośród możliwych rozwiązań należy zaś stosować te, które są najmniej dotkliwe, przy czym wynikające z dokonanego wyboru niedogodności nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonych celów²⁶. Jeżeli rzeczywistymi celami projektu są zapewnienie bezpieczeństwa zdrowotnego oraz ochrona życia i zdrowia pacjentów, to trudno *prima facie*, bez żadnych danych przyjąć, że dla realizacji tego celu konieczne jest, np. ustawowe zagwarantowanie faktycznej kontroli nad spółką oraz zakaz wypłaty dywidendy. Wydaje się, że zakładane cele mogą być osiągnięte przy użyciu mniej dotkliwych, z punktu widzenia swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu kapitału, środków. Jako przykład tego rodzaju środków można przytoczyć szczególne uprawnienia ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych, które określa ustawa z 18 marca 2010 r. (Dz.U. 2010, nr 65, poz. 404, ze zm.). Artykuł 2 tej ustawy przewiduje, że minister może wyrazić sprzeciw wobec podjętej przez zarząd spółki uchwały lub innej dokonanej przez zarząd spółki czynności prawnej, której przedmiotem jest rozporządzenie składnikami mienia spółek, stanowiące rzeczywiste zagrożenie dla funkcjonowania, ciągłości działania oraz integralności infrastruktury kry-

²⁶ Wyroki TS: w sprawie C-331/88 *Fedesa*, pkt 13; w sprawach połączonych C-133/93, C-300/93 i C-362/93 *Crispoltoni*; w sprawie C-189/01 *Jippes i in.*

tycznej. Sprzeciwem może być również objęta uchwała organu spółki dotycząca m.in. jej rozwiązania, zbycia lub wydzierżawienia przedsiębiorstwa spółki lub jego zorganizowanej części, jeżeli wykonanie takiej uchwały stanowiłoby rzeczywiste zagrożenie dla funkcjonowania, ciągłości działania oraz integralności infrastruktury krytycznej.

Jeżeli jednak, w ocenie projektodawcy, osiągnięcie zakładanych przez niego celów wymaga użycia tak daleko idących rozwiązań, jak przewidziano w projekcie ustawy, i żadne inne środki nie umożliwią ich realizacji, to konieczność tę należało wykazać.

Podsumowanie

Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o działalności leczniczej oraz niektórych innych ustaw w zakresie, w jakim zakazuje zbywania akcji i udziałów przez podmioty publiczne, oraz w zakresie, w jakim zakazuje wypłaty dywidendy, może być uznany za sprzeczny z prawem Unii Europejskiej.