

Monika Floriańczyk\*

## NOWA KONSTRUKCJA USTAWOWEJ „ZŁOTEJ AKCJI” SKARBU PAŃSTWA

### 1. Uwagi wstępne

„Złota akcja” jest jednym z instrumentów realizacji zadań państwa. Stanowi próbę pogodzenia postępującego procesu prywatyzacji z zachowaniem przez państwo kontroli w spółkach prowadzących działalność w strategicznych sektorach gospodarki. Żadne bowiem racjonalnie rządzone państwo nie pozostawia gospodarki w sferach decydujących o jego funkcjonowaniu niczym nieograniczonej grze rynkowej<sup>1</sup>. W problematyce „złotej akcji” jak w soczewce skupia się zasadnicza kwestia stosunku państwa do gospodarki i pojawia się pytanie o rolę państwa w gospodarce, a w rezultacie czy państwo powinno dążyć do utrzymania własności w spółkach strategicznych czy raczej dążyć do jak najszerzej prywatyzacji przy zachowaniu szczególnych uprawnień umożliwiających wpływ na procesy decyzyjne w spółce.

Problematyka „złotej akcji” ponownie stała się w Polsce przedmiotem ożywionej dyskusji z uwagi na fakt, iż po pięciu latach obowiązywania ustawa z dnia 3.6.2005 r. o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla po-

---

\* Mgr Monika Floriańczyk – asystent w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie; aplikant radcowski w Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie.

<sup>1</sup> W. Katner, *Pozakodeksowe uprzywilejowanie akcji – konstrukcja „złotej akcji”: Skarbu Państwa według ustawy z 2005 r.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 12, s. 43.

rzędu publicznego lub bezpieczeństwa publicznego<sup>2</sup> została uchylona i w jej miejsce weszła w życie ustawa z dnia 18.3.2010 r. o szczególnych uprawnieniach ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych<sup>3</sup> (zwana w dalszej części „ustawa o szczególnych uprawnieniach”).

Ustawa o szczególnych uprawnieniach określa instrumenty prawne za pomocą których państwo może skutecznie oddziaływać na spółki kapitałowe prowadzące działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych i wymusić na tych spółkach realizację zadania publicznego. Paliwa i energia są dobrami rzadkimi i użytecznymi – jak mawiają ekonomiści, dobrem strategicznym – jak często powtarzają politycy<sup>4</sup>. Obowiązek zapewnienia swoim obywatelom bezpieczeństwa energetycznego spoczywa na władzach publicznych i wynika *expressis verbis* z art. 5 Konstytucji RP, w świetle którego Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli. Paliwa i energia jako dobra strategiczne muszą być dostępne w sposób ciągły i nieprzerwany, także w sytuacjach kryzysowych, gdyż przerwy w dostawach energii wiążą się z bardzo wysokimi kosztami. W doktrynie zauważa się, iż funkcjonowanie całych systemów ekonomicznych zarówno w kontekście krajowym, jak i europejskim uzależnione jest od zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego, czyli stałości i niezawodności dostaw<sup>5</sup>.

Ustawa o szczególnych uprawnieniach stwarza niezbędne gwarancje ochrony interesu publicznego bez konieczności utrzymywania kontroli właścicielskiej nad tymi spółkami. „Złota akcja” przewidziana w ustawie o szczególnych uprawnieniach gwarantuje Ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa kontrolę nad działalnością spółek działających w wyżej wymienionych sektorach bez względu na to, czy i jak długo Skarb Państwa pozostaje akcjonariuszem spółki. Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa realizując funkcje nadzorcze wobec podmiotów gospodarczych przysługujące mu na podstawie ustawy o szczególnych uprawnieniach, działa w ramach *impe-*

---

<sup>2</sup> Dz.U. Nr 132, poz. 1108.

<sup>3</sup> Dz.U. Nr 65, poz. 404.

<sup>4</sup> M. Czarnecka, T. Ogłódek, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Bydgoszcz–Katowice 2007, s. 9.

<sup>5</sup> F. Elżanowski, *Polityka energetyczna. Prawne instrumenty realizacji*, Warszawa 2008, s. 181.

*rium*. Jego uprawnienia mają *stricte* publicznoprawny charakter i przesyczone są elementami władczości.

Wraz z wejściem Polski do Unii Europejskiej problematyka „złotych akcji” Skarbu Państwa zarówno tych zastrzeżonych w statutach spółek kapitałowych, jak też wykreowanych w drodze legislacyjnej nabrała szczególnego znaczenia z uwagi na konieczność dostosowania do standardów unijnych w tym zakresie. Państwa członkowskie podejmują szereg działań mających na celu zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego i zarazem wywiązanie się z konstytucyjnego obowiązku zapewnienia bezpieczeństwa swoim obywatelom. Jednym z przykładów takich działań, jest wprowadzenie instrumentu „złotej akcji”. „Złote akcje” wprowadzone przez państwa członkowskie mogą prowadzić do ograniczeń swobodnego obrotu na poziomie inwestycji transgranicznej, tym samym do złamania podstawowych swobód traktatowych, w tym swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu kapitału. Pojawia się wówczas zagadnienie czy państwa członkowskie mogą skutecznie powoływać się na bezpieczeństwo energetyczne swoich państw uzasadniając w ten sposób wprowadzenia „złotej akcji”.

Celem niniejszego opracowania jest omówienie nowych rozwiązań normatywnych przewidzianych ustawą o szczególnych uprawnieniach oraz przyczyn ich wprowadzenia. Zasadnicza kwestia sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na pytanie czy poszczególne przepisy regulacji mieszczą się w ramach konstytucyjnie dopuszczalnego ograniczenia wolności gospodarczej. Czy obowiązujące przepisy w omawianym zakresie nie pozwalają na zbyt daleko idącą ingerencję w sferę praw podstawowych przedsiębiorców poddanych nadzorowi ze strony Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa. Czy rozwiązania wprowadzone ustawą o szczególnych uprawnieniach uwzględniają europejskie standardy, w tym orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (w dalszej części „Trybunał”) w sprawach tzw. „złotej akcji”.

## 2. Sposoby definiowania „złotej akcji”

Zagadnienie „złotej akcji”<sup>6</sup> jest przedmiotem szerokiej dyskusji w środowisku prawniczym. „Złota akcja” nie jest pojęciem normatywnym, nie istnieje ustawowa ani traktatowa definicja tego pojęcia. „Złota akcja” jest tworem doktryny i judykatury. Pod tym określeniem rozumie się zwykle

---

<sup>6</sup> Ang. *golden shares*; fran. *actions spécifiques*; niem. *Goldene Aktien*.

pewien szczególny przywilej przysługujący posiadaczowi takiej akcji, polegający na niemożności podejmowania uchwał przez walne zgromadzenie bez zgody posiadacza akcji<sup>7</sup>. Uprawnienie to może mieć charakter negatywny (polegający na sprzeciwienu się podjętej uchwale) albo pozytywny (polegający na konieczności wyrażenia przez akcjonariusza zgody, aby uchwała mogła być ważna)<sup>8</sup>.

Zdaniem S. Sołtysińskiego<sup>9</sup> pojęcie „złota akcja” stanowi skrót myślowy oznaczający różne formy szczególnych uprawnień przyznających ich posiadaczowi kontrolę strategicznych decyzji w spółce. Autor podkreśla, że termin ten nie jest pojęciem ustawowym. Używa się go najczęściej dla określenia przywilejów akcyjnych, które dają upoważnionemu z jednej lub niewielkiego procenta akcji w spółce prawo weta wobec statutowego katalogu najważniejszych decyzji w sprawach spółki (np. zmian statutu, zmian w składzie zarządu, znacznych rozporządzeń majątkiem spółki, podziału zysku, itp.). Przyznane uprawnionemu prerogatywy korporacyjne są zazwyczaj silniejsze niż wynikałoby to z przepisów o akcjach (udziałach) uprzywilejowanych. Tak silne przywileje pozostają w konflikcie z zasadą równego traktowania akcjonariuszy. S. Sołtysiński zauważa także, że termin „złota akcja” używany jest również dla oznaczenia szczególnych kompetencji organów państwa, zapewniających mu wpływ na skład akcjonariatu oraz funkcjonowanie spółek<sup>10</sup>.

Zdaniem A. Szumańskiego „złota akcja” występuje zasadniczo jako akcja z prawem weta. Polega ona na tym, że statut określa katalog spraw, w których Walne Zgromadzenie nie może podjąć pewnych uchwał bez zgody posiadacza złotej akcji. Mogą to być jednak też inne uprawnienia szczególne skła-

---

<sup>7</sup> Pod rządem Kodeksu Handlowego pojęcie „złotej akcji” rozumiane było dwojako: jako akcja dająca prawo weta wobec uchwał podejmowanych przez walne zgromadzenie, a także jako akcja pozbawiona prawa głosu, ale gwarantująca akcjonariuszowi określony udział w zysku niezależnie od tego, czy spółka w danym roku obrotowym wypłacała zysk. Zob. A. Szumański, „Złota” akcja w prawie polskim, „Przegląd Prawa Handlowego” 1998, nr 12, s. 1–7; Ł. Gasiński, *Dopuszczalność wprowadzenia „złotej akcji” do konstrukcji spółki*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1999, nr 3, s. 27–35.

<sup>8</sup> A. Witosz, *Tak zwane prawo weta w spółce akcyjnej a procesy restrukturyzacyjne spółek handlowych (artykuł dyskusyjny)*, „Prawo Spółek” 2003, nr 3, s. 5.

<sup>9</sup> S. Sołtysiński [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. II, Warszawa 1996, s. 392; zob. także S. Sołtysiński [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003, s. 373–374.

<sup>10</sup> S. Sołtysiński, *Prawo spółek [w:] Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Prawo materialne i polityki*, (red. J. Barcz), Warszawa 2006, s. 246.

dające się na treść „złotej akcji”, np. prawo do indywidualnej kontroli spółki przez posiadacza tej akcji, czy prawo do powoływania bądź odwoływania członków zarządu czy rady nadzorczej, jakkolwiek nie mają one w praktyce tak dużego znaczenia gospodarczego jak wspomniane wyżej prawo weta. Zasadniczo jednak wszystkie uprawnienia szczególnie wiążące się ze „złotą akcją” odnoszą się do praw korporacyjnych<sup>11</sup>. Stanowisko takie potwierdzają wyrażane w literaturze z zakresu prawa spółek poglądy<sup>12</sup>.

M. Romanowski prezentuje jeszcze bardziej kategorię stanowisko i stwierdza, że o „złotej akcji” w ścisłym tego słowa znaczeniu można mówić w wypadku, gdy uprzywilejowanie Skarbu Państwa wynika z korzystania przez niego ze środków prawnych z zakresu *imperium*, a nie *dominium*, a więc gdy źródłem uprzywilejowania jest specjalna ustawa lub przepis Kodeksu spółek handlowych dotyczący wyłącznie Skarbu Państwa. Zdaniem tego autora „złota akcja” jest konstrukcją prawną zapewniającą Skarbowi Państwa jako akcjonariuszowi uprzywilejowane traktowanie w stosunku do innych akcjonariuszy oznaczonej spółki akcyjnej polegające na uzyskaniu przez państwo prawnej możliwości bezpośredniego (np. za pomocą prawa weta) lub pośredniego (wpływ na strukturę udziałowców oraz na skład organów nadzorczych lub zarządzających) zablokowania decyzji strategicznych podejmowanych przez spółkę, zagwarantowane w drodze ustawy wyłącznie dla Skarbu Państwa. Zgodnie z taką koncepcją źródłem uprzywilejowania Skarbu Państwa w formie „złotej akcji” jest sfera *imperium* jego działalności, która narusza zasadę równości uczestników obrotu cywilnoprawnego<sup>13</sup>.

Z kolei W. Katner zauważa, że konstrukcja „złotej akcji” jest ustawowo nieokreślona i może oznaczać każdy nadzwyczajny przywilej, zarówno prywatnoprawny, jak i mający źródło w prawie publicznym. Zdaniem tego autora nie ma przeszkód, aby uprawnienia Skarbu Państwa wskazane w polskiej ustawie nazywać „złotą akcją” i w niej widzieć ich źródło<sup>14</sup>. K. Strzyczkowski

---

<sup>11</sup> A. Szumański [w:] *System prawa prywatnego. Prawo papierów wartościowych*, t. 19, (red. A. Szumański), Warszawa 2006, s. 141.

<sup>12</sup> Por. M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 610; W. Popiołek [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. II, (red. J. Strzempki), wyd. 3, Warszawa 2005, s. 152; Ł. Gasiński, *Dopuszczalność wprowadzenia „złotej akcji” do konstrukcji spółki*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1999, nr 3, s. 27–35.

<sup>13</sup> M. Romanowski, *Zasada jednakowego traktowania udziałowców spółki kapitałowej*, część II, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 2, s. 28; M. Romanowski, *Europeizacja „złotej akcji: i jej wpływ na prawo polskie* [w:] *W kierunku europeizacji prawa prywatnego: księga pamiątkowa dedykowana prof. Jerzemu Rajskiemu*, Warszawa 2007, s. 371 i n.

<sup>14</sup> W. Katner, op.cit., s. 46.

konstatuje, że pod pojęciem „złotej akcji” należy rozumieć całokształt uprawnień gwarantujących państwu kontrolę podejmowania strategicznych decyzji w formalnie sprywatyzowanych spółkach<sup>15</sup>. Z kolei, dla K. Pawłowicz zwrot „złota akcja” nie oznacza żadnego jednego, jednorodnego rozwiązania. Używany jest na zbiorcze określenie różnych wariantów uprzywilejowania akcji, zapewniających istotny wpływ jej posiadaczowi (obecnie głównie Skarbowi Państwa) na decyzje spółki. Autorka zauważa, że najdalej idącym środkiem tego mechanizmu jest prawo weta wobec uchwał i czynności organów spółki lub inne sytuacje skutkujące blokowaniem niektórych jej działań. Charakter i skutki prawne działań składających się na umowną „złotą akcję” radykalnie zmieniają się z prywatnoprawnych na publicznoprawne, gdy korzystającym z nich jest państwo (Skarb Państwa lub jego organy). Przypisane przez ustawę o szczególnych uprawnieniach możliwości stosowania środków prawnych (władczych) tzw. „złotej akcji” organowi administracji publicznej reprezentującemu Skarb Państwa tj. Ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa realizującemu interes publiczny w trybie postępowania administracyjnego (szczególnego), nadaje tym działaniom cechy typowych ingerencji nadzorczych<sup>16</sup>.

Pojęcie „złotej akcji” były również przedmiotem rozstrzygnięć judykatury. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 30.9.2004 r.<sup>17</sup> trafnie stwierdził, że pojęcie „złotej akcji” nie jest kategorią normatywną, gdyż w prawie polskim instytucja ta nie została odrębnie uregulowana. Przyjmuje się, że oznacza ona szczególne uprzywilejowanie akcji w sposób, który umożliwia akcjonariuszowi pełną kontrolę nad podejmowaniem w spółce strategicznych decyzji. Sąd Najwyższy analizując „złotą akcję” wpisaną do statutu Cukrowni „M” S.A. zakwestionował ten przywilej i uznał, że jest to sprzeczne z zasadą jednakowego traktowania akcjonariuszy. Ponadto zdaniem Sądu Najwyższego przedmiotowe postanowienie (uzależniające ważność uchwał od uczestnictwa w walnym zgromadzeniu reprezentanta Skarbu Państwa dysponującego jedną imienną, uprzywilejowaną akcją) wręcz uniemożliwia normalne funkcjonowanie spółki oraz jakiegokolwiek ustawowe i statutowe działania innych akcjonariuszy i realizowanie ich interesów, oddając Skarbowi Państwa pełną i całkowitą władzę, wykonywaną przez sam fakt uczestniczenia lub nieuczestniczenia, także bez żadnych powodów, w walnych zgromadzeniach. Takie uprzywilejowanie

<sup>15</sup> K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, s. 314.

<sup>16</sup> K. Pawłowicz, *Złota akcja Skarbu Państwa jako instytucja prawa publicznego*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 2, s. 31.

<sup>17</sup> Z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 30.9.2004 r., sygn. IV CK 713/03, OSP 2005, Nr 9, poz. 112, s. 500–504.

jednej akcji Skarbu Państwa sprzeczne jest z istotą spółki akcyjnej, w której możliwość wpływu na jej działalność powinni mieć wszyscy akcjonariusze stosownie do posiadanej wielkości kapitału. Sąd Najwyższy zaznaczył także, że wprowadzenie do statutu postanowienia określającego kworum, bez którego nie może być podjęta żadna uchwała, narusza także zasadę swobodnego przepływu kapitału w kształcie nadanym przez Trybunał Sprawiedliwości.

Termin „złotej akcji” funkcjonuje również w prawie Unii Europejskiej, choć jest pojmowany niejednolicie. Początków „złotej akcji” należy doszukiwać się w niemieckiej ustawie z dnia 21.7.1960 r. o prywatyzacji udziałów spółki Volkswagen<sup>18</sup>. Konstrukcja złotej akcji zaczęła być powszechnie stosowana w krajach europejskich takich jak Belgia, Francja, Hiszpania, Holandia, Portugalia, Wielka Brytania, Włochy<sup>19</sup>.

W kwestii „złotej akcji” wielokrotnie wypowiadał się Europejski Trybunał Sprawiedliwości, który za złotą akcję uznaje wszelkie uregulowania prawne podlegające zastosowaniu w odniesieniu do poszczególnych spółek w celu zachowania wpływu władzy publicznej na strukturę udziałową spółki lub jej zarząd na poziomie wyższym od tego, który by wynikał z zastosowania normalnych zasad obowiązującego w danym państwie prawa spółek<sup>20</sup>. W wyroku w sprawie C-112/05 *Komisja Europejska v. Niemcy*<sup>21</sup>, Trybunał stwierdził, że pod pojęciem „złotej akcji” należy rozumieć każdą konstrukcję prawną mającą zastosowanie indywidualnie do poszczególnych przedsiębiorstw, która utrzymuje lub przyczynia się do utrwalenia wpływu organów władzy publicznej na takie spółki<sup>22</sup>. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał,

---

<sup>18</sup> *Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand*, BGBl. 1960 I, s. 585 ze zmianami z 31.7.1970 r., BGBl. 1970 I, s. 1149. zob. M. Mataczyński, *Swoboda przepływu kapitału a złota akcja Skarbu Państwa*, Warszawa 2007, s. 79; Szerzej na temat prywatyzacji spółki Volkswagen i znaczenia tego procesu dla kształtowania się zasad *corporate governance* w Niemczech zob. B. Cheffins, *Mergers and Corporate Ownership Structure: The United States and Germany at the Turn of the 20th Century*, „American Journal of Comparative Law” 2003, nr 51, s. 473 i n.

<sup>19</sup> Szerzej na ten temat: V. Brophy, *EU Judgment ends state protection from takeovers*, „International Financial Law Review” 2000, nr 7, a w polskiej literaturze: A. Frankowska, A. Bodnar, *Nie każda „złota akcja” jest złota*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 3.

<sup>20</sup> J. Adolff, *Turn of Tide? The golden share judgments of the European Court of Justice and the liberalization of the European capital markets*, „German Law Journal” 2002, nr 8, s. 8, cyt. za Ł. Adamczyk, T. Barański, *Polskie unormowania dotyczące złotej akcji Skarbu Państwa a prawo wspólnotowe*, „Studia Prawnicze” 2008, z. 2, s. 41.

<sup>21</sup> ETS, sprawa 112/05 *Komisja Europejska v. Niemcy* Zb.Orz. 2007 I-8995.

<sup>22</sup> J. Van Bekkum, J. Kloosterman, J. Winter, *Golden Shares and European Company Law: The Implications of Volkswagen*, „European Company Law” 2008, nr 1, s. 8.

że „złote akcje” są dopuszczalne o ile nie mają dyskryminacyjnego charakteru w stosunku od inwestorów z pozostałych państw członkowskich Unii Europejskiej. Ponadto konieczne jest spełnienie przez „złotą akcję” pozostałych warunków tj: „złota akcja” powinna być uzasadniona bezwzględną koniecznością ochrony interesu publicznego, zgodna z zasadą proporcjonalności, oparta na systemie deklaracji *ex post facto*, zgodna z zasadą gwarancji proceduralnych – co oznacza, że kryteria są przejrzyste i powszechnie znane spółkom objętym zakresem ustawy<sup>23</sup>.

W niniejszym opracowaniu przyjmuje za K. Strzyczkowskim, że „złota akcja” stanowi całokształt uprawnień gwarantujących państwu kontrolę podejmowania strategicznych decyzji w formalnie sprywatyzowanych spółkach<sup>24</sup>. „Złota akcja” przewiduje instrument typowy dla prawa publicznego: sprzeciw w formie decyzji wobec najważniejszych decyzji spółek. Jednocześnie pojęcia „złotej akcji” nie można ograniczać tylko do sprzeciwu Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa, czasami mogą to być także inne uprawnienia szczególne. Za tego rodzaju uprawnienie należy uznać pośredni wpływ Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa na powołanie i odwołanie pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej w spółkach będących adresatami ustawy o szczególnych uprawnieniach. Ponadto, w przeciwieństwie do poglądu wyrażonego przez M. Romanowskiego przyjmuje, że źródłem uprzywilejowania Skarbu Państwa może być nie tylko sfera *imperium*, gdyż zgodnie z orzecznictwem Trybunału za „złotą akcją” uznawane są także działania państwa w sferze *dominium* polegające na przykład na wprowadzeniu szczególnych przywilejów w drodze regulacji statutowych<sup>25</sup>.

### 3. Dopuszczalność „złotej akcji” w prawie Unii Europejskiej

#### 3.1. Wprowadzenie

Szczególnego znaczenia problematyka „złotych akcji” nabiera w kontekście Unii Europejskiej, której misją jest stworzenie rynku wewnętrznego

---

<sup>23</sup> A. Frankowska, A. Bodnar, *op.cit.*, s. 41.

<sup>24</sup> K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 314.

<sup>25</sup> Połączone sprawy 282/04 i 283/04 *Komisja Europejska v. Niderlandy*, Zb.Orz. 2006 I-9141; ETS, sprawa 112/05 *Komisja Europejska v. Niemcy*, Zb.Orz. 2007 I-8995; Zob. także opinię Rzecznika Generalnego M. Poiarasa Madura z 6.4.2006 r. w połączonych sprawach 282/04 i 283/04 *Komisja Europejska v. Niderlandy*, opublikowany na stronie [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)



nego. Organy Unii Europejskiej podejmują działania zmierzające do zniesienia nadmiernych przywilejów posiadanych przez państwa członkowskie w gospodarkach krajowych<sup>26</sup>. Szczególną rolę odgrywa Komisja Europejska, która dokłada starań, żeby środki dające szczególne uprawnienia Skarbowi Państwa nie były przeszkodą dla inwestycji z innych państw członkowskich Unii Europejskiej. Konstrukcja „złotej akcji” występuje w większości państw członkowskich Unii Europejskiej, które ją w wprowadziły w latach 90. ubiegłego stulecia. Było to spowodowane zwiększającą się liczbą inwestycji zagranicznych w tamtym czasie. Ojczyzną „złotej akcji” jest Wielka Brytania, która w trakcie prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych uznawanych za strategiczne, zagwarantowała sobie prawo weta wobec kluczowych decyzji gospodarczych podejmowanych przez prywatyzowaną spółkę. Za rządów premier M. Thatcher w wielu prywatyzowanych spółkach rząd brytyjski zapewnił sobie tak silne gwarancje wpływu na ich działalność, że spotkało się to z krytyką wykorzystywania „złotej akcji”, jako ukrytego instrumentu prowadzenia przy ich pomocy kontrowersyjnej polityki przemysłowej<sup>27</sup>. W ślad za rozwiązaniami przyjętymi w Wielkiej Brytanii poszły inne państwa członkowskie, w tym Polska, które stosowały tzw. „złotą akcję” w celu zapewnienia sobie kontroli nad prywatyzowanymi spółkami.

Znacząca ilość inwestycji transgranicznych w krajach Unii Europejskiej skłoniła Komisję do wydania w dniu 19.7.1997 r. Komunikatu w sprawie niektórych aspektów prawnych inwestycji wewnątrzspółnotowych<sup>28</sup>. W komunikacie Komisja dokonała wykładni postanowień traktatu odnoszących się do swobody przepływu kapitału i swobody przedsiębiorczości, w szczególności w kontekście wykonywania prawa weta przez władze pu-

---

<sup>26</sup> Unii Europejska dąży do wprowadzenia na terenie wszystkich państw członkowskich zasady „1 akcja – 1 głos” (*one share – one vote* – „*ISIV*”), która została przewidziana w art. 11 ust. 3 Trzynastej Dyrektywy w sprawie publicznych przejęć spółek. W myśl tego przepisu, w razie głosowania na walnym zgromadzeniu spółki nad wnioskiem dotyczącym publicznej oferty obowiązuje zasada „1 akcja – 1 głos” i nie mają zastosowania ograniczenia prawa głosu (*ang. voting caps*). Rozwiązanie to, służące niewątpliwie umocnieniu zasady przepływu kapitału, zostało jednak osłabione wskutek sprzeciwu tych grup interesu, które korzystają ze „złotych akcji” w niektórych państwach członkowskich, tolerujących nadal akcje wielogłosowe i inne istotne odstępstwa od zasady „1 akcja – 1 głos”. S. Sołtysiński, *Prawo spółek...*, s. II-251.

<sup>27</sup> A. Graham, *All that Glitters, Golden Shares and Privatised Enterprises*, „*The Company Lawyer*” 1988, nr 9, s. 23, cyt. za S. Sołtysiński, *Złota akcja Skarbu Państwa w świetle prawa unijnego i polskiego* [w:] *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Pionka*, Zakamycze 2005, s. 311.

<sup>28</sup> Komunikat Komisji Europejskiej z 19.7.1997 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych inwestycji wewnątrzspółnotowych, Dz.Urz. WE 1997 Nr C 220/06.

bliczne. Wydanie przez Komisję tego komunikatu zostało potraktowane przez niektóre państwa członkowskie jako ostrzeżenie i spowodowało wycofanie się tych państw ze stosowania niedozwolonych „złotych akcji”, zaś w pozostałych przypadkach sprawa trafiła na wokandę Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Praktyka stosowania przez państwa członkowskie „złotych akcji” została, z nielicznymi wyjątkami, uznana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości za sprzeczną z prawem Unii Europejskiej, w szczególności ze swobodą przedsiębiorczości (art. 49 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej w skrócie TFUE) oraz swobodą przepływu kapitału (art. 63 TFUE). Pierwsze orzeczenie w tej sprawie Europejski Trybunał Sprawiedliwości wydał w wyroku z dnia 23.5.2000 r., w sprawie C-58/99 *Komisja Europejska v. Włochy*<sup>29</sup>. Trybunał potwierdził przyjętą linię orzeczniczą w następnych wyrokach przeciwko kolejnym państwom członkowskim wydając w dniu 4.6.2002 r. trzy wyroki w sprawach: C-367/98 *Komisja Europejska v. Portugalia*<sup>30</sup>, C-503/99 *Komisja Europejska v. Belgia*<sup>31</sup> i C-483/99 *Komisja Europejska v. Francja*<sup>32</sup>. Dwa kolejne wyroki zostały wydane w dniu 13.5.2003 r., w sprawach C-463/00 *Komisja Europejska v. Hiszpania*<sup>33</sup> oraz C-98/01 *Komisja Europejska v. Zjednoczone Królestwo*<sup>34</sup>, następnie w wyroku z dnia 2.6.2005 r. w sprawie C-174/04 *Komisja Europejska v. Włochy*<sup>35</sup> oraz w wyroku z dnia 28.9.2006 r. w połączonych sprawach C-282/04 i C-283/04 *Komisja Europejska v. Niderlandy*<sup>36</sup>. W dniu 23.10.2007 r. Trybunał wydał wyrok w sprawie C-112/05 *Komisja Europejska v. Niemcy*<sup>37</sup>. Kolejny wyrok Trybunału w sprawie „złotej akcji” został wydany w dniu 26.3.2009 r. w sprawie C-326/07 *Komisja Europejska v. Włochy*<sup>38</sup>. Najnowszy wyrok Trybunału został wydany w dniu 8.7.2010 r. w sprawie C-171/08 *Komisja Europejska v. Portugalia*<sup>39</sup>.

---

<sup>29</sup> ETS, sprawa 58/99 *Komisja Europejska v. Włochy*, Zb.Orz. 2000 I-3811.

<sup>30</sup> ETS, sprawa 367/98 *Komisja Europejska v. Portugalia*, Zb.Orz. 2002 I-4731.

<sup>31</sup> ETS, sprawa 503/99 *Komisja Europejska v. Belgia*, Zb.Orz. 2002 I-4809.

<sup>32</sup> ETS, sprawa 483/99 *Komisja Europejska v. Francja*, Zb.Orz. 2002 I-4781.

<sup>33</sup> ETS, sprawa 463/00 *Komisja Europejska v. Hiszpania*, Zb.Orz. 2003 I-4581.

<sup>34</sup> ETS, sprawa 98/01 *Komisja Europejska v. Zjednoczone Królestwo*, Zb.Orz. 2003 I-4641.

<sup>35</sup> ETS, sprawa 174/04 *Komisja Europejska v. Włochy*, Zb.Orz. 2005 I-4933.

<sup>36</sup> ETS, połączone sprawy 282/04 i 283/04 *Komisja Europejska, v. Niderlandy* Zb.Orz. 2006 I-9141.

<sup>37</sup> ETS, sprawa 112/05 *Komisja Europejska v. Niemcy*, Zb.Orz. 2007 I-8995.

<sup>38</sup> ETS, sprawa 326/07 *Komisja Europejska v. Włochy*, Zb.Orz. 2009 I-2291.

<sup>39</sup> ETS, sprawa 171/08 *Komisja Europejska v. Portugalia*, dostępny na stronie: [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

W znakomitej większości spraw Trybunał uwzględnił stanowisko Komisji Europejskiej, tym samym wzmocniając pozycję i rolę tego organu w wykonywaniu efektywnej kontroli stosowania instrumentu „złotej akcji” przez państwa członkowskie Unii Europejskiej.

Warto zaznaczyć, że sprawa polskiej „złotej akcji” ostatecznie nie trafiła na wokandę Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W dniu 2.6.2010 r. Komisja Europejska wycofała skargę i umorzyła postępowanie przeciwko Rzeczpospolitej Polskiej złożoną w związku z ustawą z dnia 3.6.2005 r. o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego<sup>40</sup>, która nadawała państwu polskiemu specjalne prawa w spółkach Skarbu Państwa o istotnym znaczeniu, łącznie z prawem wniesienia sprzeciwu wobec określonych istotnych decyzji dotyczących zarządzania spółką.

### 3.2. Rodzaje i źródła „złotych akcji” w państwach członkowskich Unii Europejskiej

Analiza dotychczasowego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości prowadzi do wniosku, że „złota akcja” występowała w państwach członkowskich najczęściej w następujących odmianach:

- jako ograniczenie maksymalnego udziału w spółce inwestora zagranicznego do 25% udziału kapitałowego (Portugalia<sup>41</sup>);
- jako konieczność uzyskania uprzedniego zatwierdzenia decyzji organów spółek dotyczących połączenia, podziału rozwiązania spółki lub zmiany przedmiotu działalności, rozporządzania składnikami mienia spółki (Holandia<sup>42</sup>, Hiszpania<sup>43</sup>);
- jako prawo wyznaczania członków organów zarządzających lub nadzorczych (Niemcy<sup>44</sup>) lub obserwatorów z głosem doradczym bez prawa głosu (Belgia<sup>45</sup>, Francja<sup>46</sup>);

---

<sup>40</sup> Ustawa weszła w życie 19.7.2005 r.

<sup>41</sup> ETS, sprawa 367/98, *Komisja Europejska v. Portugalia*, Zb.Orz. 2002 I-4731.

<sup>42</sup> ETS, połączone sprawy 282/04 i 283/04 *Komisja Europejska v. Niderlandy*, Zb.Orz. 2006 I-9141.

<sup>43</sup> ETS, sprawa 463/00 *Komisja Europejska v. Hiszpania*, Zb.Orz. 2003 I-4581.

<sup>44</sup> ETS, sprawa 112/05 *Komisja Europejska v. Niemcy*, Zb.Orz. 2007 I-8995.

<sup>45</sup> ETS, sprawa 503/99 *Komisja Europejska v. Belgia*, Zb.Orz. 2002 I-4809.

<sup>46</sup> ETS, sprawa 483/99 *Komisja Europejska v. Francja*, Zb.Orz. 2002 I-4781.

- jako ograniczenie prawa wykonywania głosu akcjonariuszy posiadających więcej niż 15% (Wielka Brytania<sup>47</sup>) lub 20% (Niemcy<sup>48</sup>) akcji w kapitale zakładowym polegające na zakazie wykonywania prawa głosu powyżej tego limitu;
- jako prawa zawieszenia wykonywania prawa głosu przez akcjonariuszy posiadających co najmniej 2% w kapitale zakładowym (Włochy<sup>49</sup>);
- jako konieczność uzyskania uprzedniej zgody władz publicznych na nabycie określonego pakietu akcji przekraczającego próg: 10, 20, 33,3% udziału kapitałowego lub praw głosów (Francja<sup>50</sup>);
- jako konieczność uzyskania uprzedniego zatwierdzenia decyzji dotyczących emisji akcji, ograniczenia prawa poboru, nabycia lub zbycia przez spółkę własnych akcji stanowiących więcej niż 1% kapitału zakładowego przez właściwe organy (Holandia<sup>51</sup>);
- jako konieczność uzyskania uprzedniej zgody na zmianę struktury udziałowej spółki skutkującą redukcją udziału państwa o co najmniej 10% (Hiszpania<sup>52</sup>);
- jako prawo wyrażenia sprzeciwu przeciwko strategicznym decyzjom w sprawie zbycia spółki lub ustanowienia zabezpieczenia (Francja<sup>53</sup>);
- jako prawo wyrażenia sprzeciwu wobec uchwał organów spółki o podziale zysku albo pokryciu straty w danym roku obrotowym, zmianie statutu i podwyższeniu kapitału zakładowego, ograniczeniu lub zniesieniu prawa pierwszeństwa, emisji obligacji lub innych papierów wartościowych oraz określenie kwoty emisji (Portugalia<sup>54</sup>);
- jako prawo wyrażenia sprzeciwu wobec umów lub porozumień pomiędzy akcjonariuszami reprezentującymi co najmniej 5% praw głosu (Włochy<sup>55</sup>);
- jako konieczność uzyskania zgody na nabycie przez akcjonariuszy prowadzących działalność konkurencyjną względem działalności

---

<sup>47</sup> ETS, sprawa 98/01 *Komisja Europejska v. Zjednoczone Królestwo*, Zb.Orz. 2003 I-464.

<sup>48</sup> ETS, sprawa 112/05 *Komisja Europejska v. Niemcy*, Zb.Orz. 2007 I-8995.

<sup>49</sup> ETS, sprawa 174/04 *Komisja Europejska v. Włochy*, Zb.Orz. 2005 I-4933.

<sup>50</sup> ETS, sprawa 483/99 *Komisja Europejska v. Francja*, Zb.Orz. 2002 I-4781.

<sup>51</sup> ETS, połączone sprawy 282/04 i 283/04 *Komisja Europejska v. Niderlandy*, Zb.Orz. 2006 I-9141.

<sup>52</sup> ETS, sprawa 463/00 *Komisja Europejska v. Hiszpania*, Zb.Orz. 2003 I-4581.

<sup>53</sup> ETS, sprawa 483/99 *Komisja Europejska v. Francja*, Zb.Orz. 2002 I-4781.

<sup>54</sup> ETS, sprawa 171/08 *Komisja Europejska v. Portugalia*, dostępny na stronie: [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>55</sup> ETS, sprawa 326/07 *Komisja Europejska v. Włochy*, Zb.Orz. 2009 I-2291.

prowadzonej przez spółki kontrolowanej przez Skarb Państwa akcji zwykłych w liczbie przekraczającej 10% kapitału zakładowego (Portugalia<sup>56</sup>).

W doktrynie podkreśla się, że istnieje kilka równoprawnych źródeł powstania tej szczególnej konstrukcji prawnej występującej w jednej z podanych wyżej postaci. Może nim być w szczególności przepis ustawy, umowa prywatyzacyjna, umowa sprzedaży udziałów/akcji, umowa cywilnoprawna, w której poprzedni właściciel (państwo) gwarantuje sobie kontrolę nad spółką, a także statut spółki kapitałowej, oraz akty administracyjne<sup>57</sup>. Należy stwierdzić, że ani rodzaj „złotej akcji” ani źródło wprowadzania ograniczeń nie mają znaczenia z punktu widzenia zastosowania art. 49 TFUE i art. 63 TFUE dotyczących odpowiednio swobody przedsiębiorczości oraz swobody przepływu kapitału.

Ponadto, warto zaznaczyć, że niekoniecznie samo państwo<sup>58</sup> musi podejmować działania związane z wykreowaniem „złotych akcji”. Może być bowiem tak, że te wzmiankowane działania będzie podejmowało określone przedsiębiorstwo publiczne lub też inna jednostka organizacyjna (instytucja), która wprawdzie nie jest częścią struktury czy aparatu administracyjnego państwa, ale jest w dostatecznie ścisły sposób powiązana z państwem (np. państwo finansuje taką jednostkę lub też mianuje jej członków)<sup>59</sup>. Odnosi się to także do władz samorządowych. W konsekwencji działania podjęte przez wymienione wyżej podmioty należy traktować jako działania samego państwa. Co oznacza, że także i te podmioty są zobowiązane do przestrzegania ograniczeń wynikających ze swobody przepływu kapitału. Zatem wszelkie próby posługiwania się przez państwo przedsiębiorstwami publicznymi czy jednostkami organizacyjnymi do zagwarantowania sobie szczególnych uprawnień bądź przywilejów należy uznać za niedopuszczalne.

---

<sup>56</sup> ETS, sprawa 171/08 *Komisja Europejska v. Portugalia*, dostępny na stronie: [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>57</sup> I. Kuznetsov, *The Legality of Golden Shares under EC Law*, „Hanse Law Review”, vol. 1, s. 23 i powołana tam literatura.

<sup>58</sup> W sprawie 112/05 *Komisja Europejska v. Niemcy* Komisja Europejska i Rzecznik Generalny zgodnie uznają za ograniczenie swobody przywileje przyznane m.in. rządowi kraju związkowego (Dolnej Saksonii) wchodzącego w skład Republiki Federalnej Niemiec.

<sup>59</sup> H. D. Jarass, *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten* 1995, nr 3 s. 210, cyt. za M. Szydło, *Złote akcje posiadane przez państwo w prywatyzowanych przedsiębiorstwach a swoboda przepływu kapitału w Unii Europejskiej*, „Prawo Spółek” 2006, nr 3, s. 23 i orzeczenia ETS tam powołane.

### 3.3. Swoboda przepływu kapitału w Unii Europejskiej i jej znaczenie dla problematyki „złotej akcji”

Przepisy Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>60</sup> dotyczące swobód rynku wewnętrznego – swoboda przepływu towarów art. 28–37 TFUE, swoboda przepływu osób art. 45–48 TFUE, swoboda przedsiębiorczości art. 49–55 TFUE, swoboda świadczenia usług art. 52–62 TFUE, oraz swoboda przepływu kapitału art. 63–66 TFUE – mają fundamentalne znaczenie w procesie ustanowienia rynku wewnętrznego<sup>61</sup>. Z punktu widzenia przedmiotu niniejszej pracy, najważniejsze znaczenie ma swoboda przepływu kapitału<sup>62</sup>, która została uregulowana w art. 63 ust. 1 i 2 TFUE. Zgodnie z treścią tego przepisu zakazane są wszelkie ograniczenia w przepływie kapitału i płatności między państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a państwami trzecimi. Swoboda przepływu kapitału umożliwia transgraniczne transferowanie do państwa członkowskiego wartości kapitałowych (finansowych) w celach inwestycyjnych. Celem swobody przepływu kapitału jest uzyskanie stanu, w którym inwestorzy podejmując decyzję o miejscu ulokowania kapitału będą mogli kierować się przede wszystkim kryterium gospodarczej atrakcyjności, z pominięciem prawnych czy administracyjnych przeszkód<sup>63</sup>.

W kontekście „złotej akcji”, swoboda przepływu kapitału oznacza, że państwa członkowskie mają zakaz wprowadzania do krajowych porządków prawnych instytucji „złotej akcji” z uwagi na fakt, iż instrument ten przyznaje państwu specjalne uprawnienia, które nie mają uzasadnienia w poziomie zaangażowania kapitałowego w spółce.

Warto zaznaczyć, że regulacja dotycząca swobody przepływu kapitału w przeciwieństwie do pozostałych swobód rynku wewnętrznego była wielo-

---

<sup>60</sup> Traktat o Unii Europejskiej w wersji skonsolidowanej Traktatem z Lizbony, Dz.Urz. UE 2008 Nr C 115-01.

<sup>61</sup> Ang. *internal market*; niem. *Binnenmarkt*.

<sup>62</sup> Ang. *free movement of capital and payments*, niem. *Kapital- und Zahlungsverkehr*. Zob. M. Rumiński, *Wolność przepływu kapitału we Wspólnocie Europejskiej*, Warszawa 2000; A. Zawidzka, *Swoboda przepływu kapitału i płatności [w:] Prawo Unii Europejskiej*, (red. J. Barcz), Warszawa 2006; R. Stefanicki, *Ograniczenia swobodnego przepływu usług (kapitału) usprawiedliwione względami interesu publicznego w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2005, nr 3.

<sup>63</sup> A. Opalski, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 161.

krotnie modyfikowana na przestrzeni kilkudziesięciu lat obowiązywania Traktatu. Pełna liberalizacja swobody przepływu kapitału nastąpiła dopiero w dniu 1.1.1994 r., kiedy wszedł w życie Traktat z Maastricht. Wówczas jednoznacznie zostało uznane, że regulacja dotycząca swobody przepływu kapitału jest bezpośrednio skuteczna, gdyż zawiera jasny, precyzyjny i bezwarunkowy zakaz<sup>64</sup>, do realizacji którego nie jest konieczne przyjęcie innych aktów prawnych<sup>65</sup>. Bezpośrednia skuteczność wiąże się z możliwością powoływania się przez jednostki przed krajowymi organami stosowania prawa (sądami lub organami administracyjnymi) na prawa wynikające z norm wspólnotowych, o ile tylko spełniają one pewne kryteria<sup>66</sup>. Kluczowym orzeczeniem, w którym Europejski Trybunał Sprawiedliwości zaakcentował bezpośrednią skuteczność jest orzeczenie w sprawie C-26/62 *van Gend en Loos*<sup>67</sup>. W kontekście problematyki „złotej akcji” przyznanie swobodzie przepływu kapitału bezpośredniej skuteczności umożliwia organom Unii Europejskiej podjęcie skutecznych działań przeciwko państwom członkowskim naruszającym tę swobodę, a także przyznaje podmiotom prywatnym prawo do powoływania się na przyznane im uprawnienia wynikające ze swobody przepływu kapitału i na tej podstawie wniesienia sprawy do sądu.

Obecnie zasadą jest pełna liberalizacja przepływu kapitału, chociaż w sytuacjach wyjątkowych dopuszczalne jest wprowadzenie ograniczeń od tej zasady. Ciężar dowodu w takich sytuacjach spoczywa na państwie człon-

---

<sup>64</sup> Bezwarunkowość przepisu oznacza niemożność uzależnienia przyznania określonego uprawnienia od dyskrejonalnej oceny organu krajowego bądź wspólnotowego. Por. Z. Brodecki, M. Derezińska, *Prawo integracji europejskiej. Zarys wykładu z wyborem źródeł*, Lex Spot 1999, s. 82.

<sup>65</sup> ETS, sprawa 163/94 *Postępowanie karne v. L.E. Sanz de Lera*, Zb.Orz. 1995 4821; sprawa 57/95 *Francja v. Komisji*, Zb.Orz. 1997 I-1627.

<sup>66</sup> C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe, Zagadnienia teorii i praktyki*, tom. I, Warszawa 2000, s. 241. Zob. także: T.C Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford 2003, s. 197; J.A Winter, *Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, „Common Market Law Review” 1972, vol. 9, s. 425 i n.; S. Prechal, *Does direct effect still matter?*, „Common Market Law Review”, 2000, vol. 37, s. 1047.

<sup>67</sup> ETS, sprawa 26/62 *NV Algemene Transport-en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, Zb.Orz. 1963 I-1. W orzeczeniu w tej sprawie zostały wskazane ogólne warunki bezpośredniej skuteczności norm wspólnotowych: norma musi być jasna i bezwarunkowa, nakładać na określone podmioty (państwa członkowskie, instytucje wspólnotowe, osoby fizyczne lub prawne) obowiązek podjęcia lub zaniechania określonych działań; nadawać się do stosowania bez konieczności wprowadzenia) przez ustawodawcę krajowego lub wspólnotowego) żadnych dodatkowych środków; cyt. za: J. Maliszewska-Nienartowicz, *Porzędek Prawny Unii Europejskiej z uwzględnieniem postanowień Traktatu Konstytucyjnego*, Toruń 2005, s. 68–69.

kowskim, które musi udowodnić legalność i zgodność z wymogami proporcjonalności wprowadzonych ograniczeń.

Traktat nie zawiera definicji „przepływu kapitału”. Należy więc odwołać się przy interpretacji tego pojęcia do aktów prawa wtórnego, a także do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W doktrynie podkreśla się, że przepływ kapitału jest równoznaczny z jednostronnym przemieszaniem przez granicę określonych środków finansowych (np. monet, banknotów, weksli, czeków, akcji, udziałów, innych papierów wartościowych lub instrumentów pieniężnych) w celu zainwestowania ich w innym państwie, a więc w celu osiągnięcia wymiernych korzyści (zysków) z tytułu gospodarczego wykorzystania i pomnożenia tychże środków<sup>68</sup>. W prawie wtórnym definicję „przepływu kapitału: można odnaleźć w „Nomenklaturze przepływów kapitału” stanowiącej Załącznik Nr 1 do Dyrektywy 88/361<sup>69</sup> ustanawiającej harmonogram i metody osiągnięcia pełnej liberalizacji. Wprawdzie rzeczona dyrektywa już nie obowiązuje, to Trybunał jednoznacznie w swoich orzeczeniach wskazuje, że „Nomenklatura przepływów kapitału” ma ten sam walor interpretacyjny i zachowuje w pełni swoją aktualność, a także, że powinna służyć delimitacji pojęcia przepływu kapitału<sup>70</sup>. Tym samym przepływem kapitału w rozumieniu art. 63 ust. 1 TFUE są w szczególności inwestycje bezpośrednio w formie udziału w danym przedsiębiorstwie poprzez posiadanie akcji, które przyznają możliwość rzeczywistego udziału w zarządzaniu spółką lub sprawowaniu nad nią kontroli (inwestycje zwane „bezpośrednimi”), jak również nabycie papierów wartościowych na rynku kapitałowym dokonane jedynie w celu lokaty kapitału bez zamiaru uczestniczenia w zarządzaniu przedsiębiorstwem lub sprawowania nad nim kontroli (inwestycje zwane „portfelowymi”). Takie rozumienie pojęcia przepływu kapitału zostało potwierdzone w bogatym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości<sup>71</sup>.

Podkreślając znaczenie swobody przepływu kapitału, Trybunał nie tylko wniósł wkład w otwarcie rynków państw członkowskich dla transgranicz-

---

<sup>68</sup> M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 141; zob. także L. Flynn, *Coming of Age: the free movement of capital case law 1993–2002*, „Common Market Law Review” 2002, vol. 39, s. 776.

<sup>69</sup> Dz.Urz. WE 1988 Nr L 178/5.

<sup>70</sup> ETS, sprawa 222/97 *Manfred Trummer and Peter Mayer*, Zb.Orz. 1999 I-1661, pkt 19–24; zob. też M. Rumiński, *Wolność przepływu kapitału we Wspólnocie Europejskiej*, Warszawa 2000, s. 45.

<sup>71</sup> Zob. ETS, sprawa 222/97 *Trummer i Mayer* Zb.Orz. 1999 I-1661, pkt 21; ETS, sprawa 483/99 *Komisja v. Francji*, Zb.Orz. 2002 I-4781, pkt 36 i 37; ETS, sprawa 98/01 *Komisja v. Zjednoczonemu Królestwu*, Zb.Orz. 2003 I-4641, pkt 39 i 40.



nych inwestycji, ale także przyczynił się w pewnym stopniu do uchwalenia spornej Trzynastej Dyrektywy w sprawie ofert przejęcia<sup>72</sup>. Wyroki Trybunału ułatwiły bowiem Komisji Europejskiej przeforsowanie projektu Dyrektywy<sup>73</sup>. W art. 11 ust.3 Dyrektywy została wprowadzona zasada „1 akcja – 1 głos” („one share – one vote” – „1S1V”). W myśl tego przepisu, w razie głosowania na walnym zgromadzeniu spółki nad wnioskiem dotyczącym publicznej oferty obowiązuje zasada „1 akcja – 1 głos” i nie mają zastosowania ograniczenia prawa głosu<sup>74</sup>. Rozwiązanie to, służące niewątpliwie umocnieniu zasady przepływu kapitału, zostało jednak osłabione wskutek sprzeciwu tych grup interesu, które korzystają ze „złotych akcji” w niektórych państwach członkowskich, tolerujących nadal akcje wielogłosowe i inne istotne odstępstwa od zasady „1 akcja – 1 głos”<sup>75</sup>.

#### 3.4. „Złote akcje” a zasada neutralności traktatowej

W myśl art. 345 TFUE<sup>76</sup> Traktaty nie przesądzają w niczym zasad prawa własności w Państwach Członkowskich<sup>77</sup>. Z treści tej zasady wynika, że państwa członkowskie są zasadniczo suwerenne w wyborze określonego ustroju (typu) własności, w ramach którego ma być prowadzona działalność gospodarcza. Może to być w równym stopniu działalność prowadzona w ramach sektora publicznego, jak i w ramach sektora prywatnego<sup>78</sup>. Taka relacja między prawem wspólnotowym a regulacjami państw członkowskich dotyczących systemów własności jest konsekwencją zasady subsydiarności, która stanowi jedną z podstawowych zasad ustrojowych Wspólnoty<sup>79</sup>. Cho-

---

<sup>72</sup> Implementacja do prawa polskiego nastąpiła ustawą z 4.9.2008 r. o zmianie ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzenia instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych oraz zmianie innych ustaw, Dz.U. Nr 231, poz. 1547.

<sup>73</sup> A. Opalski, *op.cit.*, s. 162.

<sup>74</sup> *Ang. voting caps.*

<sup>75</sup> S. Sołtysiński, *Prawo spółek...*, s. II-251.

<sup>76</sup> Dawny art. 295 TWE.

<sup>77</sup> Podobna regulacja znajduje się także w Traktacie Euratom, zgodnie z art. 91 System własności dotyczącej obiektów, materiałów i aktywów, które przysługuje Wspólnocie na mocy niniejszego rozdziału, regulują prawa Państw Członkowskich. Z kolei art. 83 Traktatu EWWiS stanowi, że powołanie Wspólnoty w niniejszej mierze nie wpływa na system własności przedsiębiorstw podlegających postanowieniom niniejszego Traktatu.

<sup>78</sup> K. Strzyckowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 110.

<sup>79</sup> A. Verhoeven, *Privatisation and EC law: is the European Commission neutral with respect to public versus private ownership of companies?*, „International and Comparative Law Quarterly” 1996, nr 45, s. 863.

ciaż art. 345 TFUE zakłada suwerenność państw członkowskich w wyborze istniejącego na ich terytorium systemu własności, to jednak rozumienie tego przepisu jako całkowicie wyłączającego prawo państw członkowskich do korzystania ze swojej własności z zakresu oddziaływania prawa wspólnotowego wydaje się niewłaściwe, albowiem własność pozostaje jednym z głównych zadań Wspólnoty, jakim jest ingerencja gospodarcza<sup>80</sup>.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że gospodarka Unii Europejskiej jest oparta w znacznej mierze na własności prywatnej. W świetle prawa unijnego przedsiębiorstwa prywatne stały się w dużej części preferowaną formą organizacji życia gospodarczego<sup>81</sup>. Nie oznacza to jednak, że państwa członkowskie należące do Unii Europejskiej zmuszone są do wyzbycia się wszelkiego wpływu na strategiczne z punktu widzenia gospodarki państwa przedsiębiorstwa.

Znaczenie zasady neutralności traktatowej w kontekście problematyki „złotej akcji” zostało zaakcentowane w opinii Rzecznika Generalnego Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer z dnia 3.7.2001 r.<sup>82</sup>, powtórzone w opinii z dnia 6.11.2008 r.<sup>83</sup> Zdaniem Rzecznika zasada neutralności traktatowej uzasadnia w państwach członkowskich tj. we Francji, Portugalii i Belgii zasadność funkcjonowania „złotej akcji”. Rzecznik podkreślił, że powyższe wynika z powszechnie znanej zasady, kto może więcej, może także i mniej. Skoro państwo członkowskie może na podstawie art. 345 TFUE utrzymać pełną kontrolę nad spółkami i zrezygnować z prywatyzacji, może także *a fortiori* kontrolować spółki w mniej inwazyjny sposób poprzez zachowanie szczególnych uprawnień tj. „złotej akcji”. Zdaniem Rzecznika zarówno decyzja o prywatyzacji, nacionali-

---

<sup>80</sup> M. Muszyński, S. Hambura, *Własność niejedno ma imię*, „Rzeczpospolita” z 7.8.2003 r. – cyt. za P. Kucharski, *Prywatyzacja sektora publicznego, a wspólnotowe prawo konkurencji*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 11, s. 6.

<sup>81</sup> M. Siragusa, *Privatization and EC Competition Law*, „Fordham International Law Journal” 1996, nr 19, s. 1069.

<sup>82</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Dámaso Ruiz-Jarabo Colmer z 3.7.2001 r. dotycząca spraw: 367/98, 483/99, 503/99, pkt 66. Rzecznik przypominał, że przepis art. 295 TWE jest oparty bezpośrednio na tekście Deklaracji Schumanna z 9.5.1950 r., zgodnie z którym: „L’institution de la Haute Autorité ne préjuge en rien du régime de propriété des entreprises” z niewielkimi poprawkami w takim kształcie ten przepis funkcjonuje do dziś.

<sup>83</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Dámaso Ruiz-Jarabo Colmer z 6.11.2008 r. dotycząca sprawy 326/07 *Komisja Europejska v. Włochy*, Zb.Orz. 2009 I-2291. Rzecznik podkreślił, że art. 295 TWE (obecnie art. 345 TFUE), nie uchyla podstawowych postanowień traktatu, lecz uniemożliwia uznanie wspomnianych środków *per se* za niezgodne z traktatem, ponieważ obejmuje je „domniemanie ważności”, które przyznaje im zgodny z prawem charakter art. 295 TWE.

zacji jak też decyzja o wprowadzeniu „złotej akcji” jest zgodne z prawem Unii Europejskiej. Powyższe stanowisko Rzecznika zostało jednoznacznie odrzucone przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C-302/97 *Klaus Konle*<sup>84</sup>. Trybunał uznał, że państwa członkowskie nie mogą powoływać się na system prawa własności, o którym mowa w art. 345 TFUE, w celu usprawiedliwienia przeszkód w stosunku do swobód wynikających z prawa europejskiego, a będących skutkiem przywilejów, które państwa członkowskie przyznają sobie jako akcjonariuszom, ponieważ przywołany przepis nie stawia zasad prawa własności obowiązujących w państwach członkowskich poza zakresem systemu podstawowych postanowień traktatu. Art. 345 TFUE nie stanowi klauzuli wyłączającej stosowanie przepisów dotyczących swobód rynku wewnętrznego. Oznacza to, że art. 345 nie może być stosowany w sposób, który utrudnia bądź uniemożliwia osiągnięcie celów Traktatu. Jakkolwiek państwa członkowskie są suwerenne w podjęciu decyzji o prywatyzacji bądź nacjonalizacji, to muszą przestrzegać ograniczeń wynikających z prawa unijnego. Celem tego przepisu nie jest bowiem wyłączenie reżimów prawa własności obowiązujących w państwach członkowskich z zakresu zasad podstawowych traktatu<sup>85</sup>.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że art. 345 TFUE upoważnia państwa członkowskie do utrzymywania przedsiębiorstw publicznych, nie upoważnia ich jednak do utrzymywania kontroli po ich sprywatyzowaniu, co przewiduje polska ustawa o szczególnych uprawnieniach. Wszelka kontrola sprawowana przez państwo w sprywatyzowanych spółkach powinna być wynikać z obowiązujących przepisów prawa spółek, o ile nie istnieje konieczność ochrony ważnego interesu publicznego. W każdym jednak przypadku wymaga się, aby

---

<sup>84</sup> Zob. ETS, sprawa 182/83 *Fearon v. Irish Land Commission*, Zb.Orz. 1984 I-3677 pkt. 7; ETS, sprawa 302/97 *Klaus Konle v. Austria*, Zb.Orz. 1999 I-3099, pkt 38; ETS, sprawa 483/99 *Komisja Europejska v. Francja*, Zb.Orz. 2002 I-4781, pkt 44; ETS, sprawa 503/99 *Komisja Europejska v. Belgia*, Zb.Orz. 2002 I-4809, pkt 44; ETS, sprawa 463/00 *Komisja Europejska v. Hiszpania*, Zb.Orz. 2003 I-4581, pkt 67.

<sup>85</sup> Np. Art. 101 TFUE i art. 102 TFUE ustanawiający zakazy praktyk ograniczających konkurencję są skierowane zarówno do przedsiębiorstw prywatnych jak i przedsiębiorstw publicznych. Zob. sprawa 41/83 *Italy v. Komisja (British Telecom)*, Zb.Orz. 1985 I-873; Zob. też T. Skoczny, *Podstawy i zakres wspólnotowego prawa konkurencji [w:] Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Prawo materialne i polityki*, (red. J. Barcz), Warszawa 2006, s. II-339 i n. Zob. też ETS, sprawa 163/99 *Portugalia v. Komisja Europejska*, Zb.Orz. 2001 I-2613, w której Trybunał orzekł, że zakaz sformułowany art. 102 TFUE odnosi się także do przedsiębiorstw publicznych. Taka regulacja nie narusza zasady neutralności traktatowej i prawa państw członkowskich co do wyboru formy własności, w jakiej ma być prowadzona działalność gospodarcza.

podjęte środki były właściwe do zabezpieczenia realizacji interesu publicznego i nie wykraczały poza ten zakres.

### 3.5. Swoboda przepływu kapitału a swoboda przedsiębiorczości w kontekście problematyki „złotej akcji”

W Traktacie poszczególne swobody zostały uregulowane odrębnie. Nie mniej jednak w literaturze trwa dyskusja dotycząca podobieństw i różnic zachodzących w obrębie poszczególnych swobód rynku wewnętrznego, przy czym podkreśla się przewagę tendencji konwergencyjnych<sup>86</sup>. Same postanowienia traktatu wskazują na zbieżność występującą między swobodą przepływu kapitału a swobodą przedsiębiorczości. Art. 63 ust. 2 TFUE stanowi, że niniejszy rozdział nie przesądza o możliwości stosowania ograniczeń w dziedzinie prawa przedsiębiorczości zgodnych z Traktatem. Jednocześnie art. 49 ust. 2 TFUE stanowi, że z zastrzeżeniem postanowień rozdziału dotyczącego 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 2, na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli.

W doktrynie podnosi się, że w przypadku relacji swoboda przedsiębiorczości a swobodny przepływ kapitału należy mówić o współistnieniu czy współzależności<sup>87</sup>. Ponadto zauważa się, że swobody traktatowe interpretowane są coraz szerzej, a jednocześnie przy dokonywaniu wykładni przepisów Traktatu dąży się do tego, aby nie dochodziło do nieuzasadnionych różnic pomiędzy poszczególnymi swobodami<sup>88</sup>. Całkowite ujednoczenie reguł dotyczących swobód traktatowych nie jest jednak możliwe ani *de lege lata* (od-

---

<sup>86</sup> Por. K. Mortelmans, *Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition?*, „Common Market Review” 2001, vol. 38; H.D. Jarass, *A Unified Approach to the Fundamental Freedoms* [w:] *Services and Free movement in EU Law*, (red. M. Andenas, W.-H. Roth), Oxford 2002, s. 141–162; M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego...*, s. 102–108; A. Wróbel, *Pojęcie wspólnego rynku i rynku wewnętrznego a swobody traktatowe* [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Prawo materialne i polityki*, (red. J. Barcz), Warszawa 2006, s. II-3-43.

<sup>87</sup> Tak J. Barcz, *Swoboda przedsiębiorczości* [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Prawo materialne i polityki*, (red. J. Barcz), Warszawa 2006, II-99.

<sup>88</sup> A. Gawrysiak-Zabłocka, *Swoboda przedsiębiorczości na tle innych swobód traktatowych* [w:] *Europejskie Prawo Spółek. Tom IV*, (red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka), Warszawa 2008, s. 39–43.

mienne brzmienie poszczególnych regulacji w Traktatu), ani *de lege ferenda* celowe (różny charakter swobód i dóbr przez nie chronionych)<sup>89</sup>.

Warto zwrócić uwagę, że Komisja Europejska konsekwentnie w prowadzonych przeciwko państwom członkowskim postępowaniach o naruszenie swobód rynku wewnętrznego, wskazywała w sprawach tzw. „złoty akcji” zarówno na naruszenie swobody przedsiębiorczości jak też swobody przepływu kapitału. I tak, w ostatnio prowadzonym przeciwko Polsce postępowaniu Komisja Europejska zarzuciła, że ustawa z dnia 3.6.2005 r. o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego jest niezgodna z art. 49 (swoboda przedsiębiorczości) oraz z art. 63 (swoboda przepływu kapitału). Wydaje się zasada swobody przedsiębiorczości jest naturalnym polem do oceny legalności instrumentu, jakim jest „złota akcja”, gdyż państwa członkowskie zwykle dążą do kształtowania decyzji organów spółki poprzez interwencję w skład akcjonariatu.

Rzecznik Generalny Alber<sup>90</sup>, w sprawie C-251/98 *C. Baars* wskazał na trzy relacje, w jakich może pozostawać swoboda przepływu kapitału i swoboda przedsiębiorczości. Po pierwsze wskazał, że w sytuacji, gdy bezpośrednio ograniczenie przepływu kapitału tylko pośrednio narusza swobodę przedsiębiorczości, zastosowania mają przepisy odnoszące się do swobody przepływu kapitału. W drugiej sytuacji, a mianowicie wtedy, gdy doszło do bezpośredniego ograniczenia swobody przedsiębiorczości i jednocześnie tylko pośrednio do ograniczenia swobody przepływu kapitału, zastosowanie mają przepisy odnoszące się do swobody przedsiębiorczości. I wreszcie w sytuacji, gdy działanie podjęte przez państwo członkowskie bezpośrednio i zarazem jednocześnie narusza swobodę przepływu kapitału i swobodę przedsiębiorczości, zastosowanie znajdują przepisy odnoszące się do obu wymienionych swobód. W uzasadnieniu ostatniego przypadku, Rzecznik odwołał się do orzeczenia w sprawie C-302/97 *Klaus Konle v. Austria*, w której Trybunał uznał, że środek zastosowany przez państwo członkowskie musi być zgodny nie tylko ze swobodą przepływu kapitału, ale także swobodą przedsiębiorczości.

Jeżeli chodzi o praktykę orzecniczą Trybunału, to w sprawie C-208/00 *Überseering*<sup>91</sup> oraz w sprawie C-251/98 *C. Baars v. Inspecteur*<sup>92</sup> opowie-

<sup>89</sup> Ibidem, s. 68.

<sup>90</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Alberta z 14.10.1999 r. w sprawie 251/98 *C. Baars v. Inspecteur der Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, Zb.Orz. 2000 I-2787.

<sup>91</sup> ETS, sprawa 208/00 *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Zb.Orz. 2002 I-9919, pkt 77.

<sup>92</sup> ETS, sprawa 251/98 *C. Baars v. Inspecteur der Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, Zb.Orz. 2000 I-2787, pkt 21 i 22.

dział się za rozłącznym (alternatywnym) stosowaniem przepisów dotyczących swobód i uznał, że w przypadku, gdy nabycie akcji w spółce mającej siedzibę na terytorium innego państwa członkowskiego zapewnia decydujący wpływ na decyzje podejmowane przez spółkę, to zastosowanie znajdą postanowienia Traktatu o swobodzie przedsiębiorczości. Natomiast, jeżeli nabycie akcji w spółce mającej siedzibę na terytorium innego państwa członkowskiego nie zapewnia możliwości wywierania decydującego wpływu na działalność spółki, to nabycie akcji należy oceniać z punktu widzenia swobody przepływu kapitału. W sprawie C-196/04 *Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas*<sup>93</sup> Trybunał uznał, że do analizy sytuacji, w której spółka posiada udziały przyznające jej kontrolę nad innymi spółkami, wyłącznie właściwym jest art. 49 TFUE odnoszący się do swobody przedsiębiorczości, nie ma potrzeby odrębnej analizy pod kątem art. 63 TFUE. W kluczowym dla zwolenników „złotej akcji” orzeczeniu w sprawie C-503/99 *Komisja Europejska v. Belgia*<sup>94</sup>, Trybunał stanął na stanowisku, że skoro analiza stanu faktycznego na podstawie przepisów o swobodzie przepływu kapitału prowadzi do tego samego wniosku, co analiza przeprowadzona na podstawie przepisów o swobodzie przedsiębiorczości, to nie istnieje potrzeba przeprowadzania tej ostatniej analizy. Trybunał wskazał, że ta sama reguła odnosi się do klauzul derogacyjnych i stwierdził, że skoro ograniczenia wprowadzone przez ustawodawstwo belgijskie zostały usprawiedliwione względami bezpieczeństwa publicznego na gruncie art. 65 TFUE<sup>95</sup>, to tym samym te ograniczenia są analogicznie usprawiedliwione na gruncie art. 52 TFUE<sup>96</sup>. Tożsamość wartości (bezpieczeństwo publiczne), których ochrona uzasadnia odstępianie od zakazu wprowadzania ograniczeń dowodzi ścisłego związku pomiędzy swobodą przepływu kapitału i swobodą przedsiębiorczości. Nierozzerwalny związek pomiędzy tymi dwoma swobodami został podkreślony w licznych orzeczeniach, w świetle których w zakresie w jakim szczególne uprawnienia spowodowały ograniczenie swobody przedsiębiorczości, ograniczenia takie stanowią bezpośrednie następstwo przeszkód odnoszących się do swobody przepływu kapitału<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> ETS, sprawa 196/04 *Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas*, Zb.Orz. 2006 I-7995, pkt 31–33.

<sup>94</sup> ETS, sprawa 503/99 *Komisja Europejska v. Belgia*, Zb.Orz. 2002 I-4809, pkt 58–60.

<sup>95</sup> Dawny art. 58 TWE.

<sup>96</sup> Dawny art. 46 TWE.

<sup>97</sup> ETS, sprawa 367/98, *Komisja Europejska v. Portugalia*, Zb.Orz. 2002 I-4731, pkt 56; ETS, sprawa 483/99 *Komisja Europejska v. Francja*, Zb.Orz. 2002 I-4781, pkt 56; ETS, sprawa 463/00 *Komisja Europejska v. Hiszpania*, Zb.Orz. 2003 I-4581, pkt 86; ETS, sprawa 98/01 *Komisja Europejska v. Zjednoczone Królestwo*, Zb.Orz. 2003 I-4641, pkt 52.

W najnowszym orzecznictwie Trybunału, w wyroku z dnia 26.3.2009 r. w sprawie C-326/07 *Komisja Europejska v. Włochy*<sup>98</sup> Trybunał potwierdził możliwość kumulatywnego stosowania przepisów dotyczących swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu kapitału uznając, że ustawodawstwo krajowe, które ma zastosowanie nie tylko do takich udziałów kapitałowych, które pozwalają na wywieranie decydującego wpływu na decyzje spółki i na określanie jej działalności, lecz które także ma zastosowanie niezależnie od wielkości udziału posiadanego przez akcjonariusza w kapitale zakładowym spółki dokonującej wypłat, może wchodzić zarówno w zakres art. 49 TFUE, jak i art. 63 TFUE<sup>99</sup>.

Warto zauważyć, że w praktyce mogą zachodzić poważne problemy przy próbie kumulatywnego stosowania swobody przepływu kapitału i swobody przedsiębiorczości wynikające faktu, że z tych dwóch swobód jedynie swoboda przepływu kapitału przewiduje zakaz wprowadzania ograniczeń w przepływie kapitału między państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a państwami trzecimi. Swoboda przedsiębiorczości jest ograniczona tylko do stosunków między państwami członkowskimi<sup>100</sup>. To rozróżnienie między swobodą przedsiębiorczości a swobodą przepływu kapitału *de facto* oznacza, że choć środek taki jak weto wobec decyzji o rozwiązaniu spółki działającej w sektorze strategicznym zostałby uznany za niezgodny z art. 49 TFUE, byłby on skuteczny w stosunku do akcjonariuszy z krajów trzecich.

### 3.6. Wyjątki od zakazu wprowadzania ograniczeń w swobodzie przepływu kapitału – tzw. klauzule derogacyjne

Swobody przepływu, mimo ich fundamentalnego znaczenia dla funkcjonowania rynku wewnętrznego, nie mają charakteru absolutnego. Traktat przewiduje możliwość ich ograniczania zarówno na podstawie przepisów bezwzględnie obowiązujących jak też ze względu na inne zasługujące na ochronę inne wartości. Wspólną podstawą dla ograniczeń wszystkich czterech swobód są porządek publiczny i bezpieczeństwo publiczne. Dodatkowo, za wyjątkiem

---

<sup>98</sup> ETS, sprawa 326/07 *Komisja Europejska v. Włochy*, Zb.Orz. 2009 I-2291.

<sup>99</sup> Ibidem, pkt 36.

<sup>100</sup> Art. 49 ust. 1 TFUE stanowi, że ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane. Przy czym pod pojęciem państwa należy rozumieć wszystkie organy i struktury państwa odpowiedzialne za zapewnienie efektywności prawa wspólnotowemu.

swobody przepływu kapitału, wspólną podstawę stanowi zdrowie publiczne (odnośnie do towarów określone jako ochrona zdrowia i życia ludzi). Dla ograniczeń w swobodzie przepływu towarów katalog podstaw obejmuje ponadto: moralność publiczną, ochronę zdrowia i życia zwierząt i ochronę roślin, ochronę narodowych dóbr kultury oraz ochronę własności przemysłowej i handlowej<sup>101</sup>. Jak trafnie zauważają przedstawiciele doktryny pomiędzy tymi wszystkimi skodyfikowanymi wyjątkami występuje tyle podobieństw i zbieżności, że tworzą one w istocie pewien system (system wyjątków od podstawowych swobód), świadczący o zachodzących pomiędzy poszczególnymi swobodami tendencjach konwergencyjnych<sup>102</sup>.

Traktat pozwala wprowadzać państwom członkowskim pewne ograniczenia w zakresie swobody przedsiębiorczości. Wyjątki przewidziane są w art. 51 i 52 TFUE<sup>103</sup>, odwołują się do „wykonywania władzy publicznej” oraz do „względów porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego”. Zgodnie z praktyką sądową Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, wyjątki te muszą być interpretowane w sposób zawężający. Z kolei relatywizacja zakazu wprowadzania jakichkolwiek ograniczeń w zakresie swobody przepływu kapitału jest dopuszczalna na podstawie art. 65 TFUE (tzw. wyjątek skodyfikowany) oraz na podstawie imperatywnych wymogów interesu publicznego<sup>104</sup> (wyjątek nieskodyfikowany). W przeciwieństwie do enumeratywnej listy wyjątków przewidzianych w art. 65 TFUE, lista imperatywnych wymogów interesu publicznego jest otwarta. Wraz z upływem czasu i kolejnymi sprawami, które trafiają na wokandę, Trybunał rozszerza katalog przesłanek dopuszczalności ograniczenia swobód tj. katalog imperatywnych wymogów interesu publicznego.

Klauzule derogacyjna przewidziana w art. 65 TFUE<sup>105</sup> przyznała państwom członkowskim szerokie możliwości stosowania środków, które naruszają swobodę przepływu kapitału. Zgodnie z treścią art. 65 TFUE państwa członkowskie są m.in. uprawnione do podejmowania środków uzasadnionych

---

<sup>101</sup> A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 123.

<sup>102</sup> M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego...*, s. 447; P. Oliver, W. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms*, „Common Market Law Review” 2004, t. 41, nr 2, s. 410; por. też analizę orzecznictwa ETS dokonaną pod kątem konwergencji swobód rynku wewnętrznego A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 124–126.

<sup>103</sup> Dawny art. 45 i 46 TWE.

<sup>104</sup> Ang. *imperative requirements in the general interest*.

<sup>105</sup> Dawny art. 58 TWE.



powodami związanymi z porządkiem publicznym lub bezpieczeństwem publicznym. Kluczowe znaczenie dla niniejszego opracowania ma wykładnia pojęć: porządek i bezpieczeństwo publiczne, na które mogą się powoływać państwa członkowskie wprowadzające określone przeszkody w swobodnym przepływie kapitału. Należy zaznaczyć, że jakkolwiek ocena możliwości powołania się na klauzulę porządku i bezpieczeństwa publicznego może być relatywizowana do sytuacji krajowej, odmiennie w państwach członkowskich, to jej wykładnia musi być zgodna z prawem Unii Europejskiej. W orzeczeniu C-54/99 *Association Eglise de scientologie de Paris i Scientology International Reserves Trust v. The Prime Minister*<sup>106</sup> dotyczącym porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego w odniesieniu do swobody przepływu kapitału, Trybunał podkreślał, że państwa członkowskie muszą przeprowadzić analizę tych pojęć w duchu prawa Unii Europejskiej. Powyższe orzeczenie dotyczyło zgodności ze swobodą przepływu kapitału prawa francuskiego dotyczącego inwestycji zagranicznych, w zakresie w jakim przewidywało ono wymóg uzyskania zezwolenia ministra ds. gospodarki na dokonanie inwestycji mogących stanowić zagrożenie dla porządku lub bezpieczeństwa publicznego. Trybunał zwrócił uwagę na konieczność precyzyjnego zdefiniowania zakresu przedmiotowego pojęć porządku i bezpieczeństwa publicznego i stwierdził, że wymóg uzyskania zezwolenia na każdą inwestycję zagraniczną, która może stanowić zagrożenie dla polityki państwa oraz bezpieczeństwa publicznego, nie umożliwia osobom zainteresowanym ustalenia, kiedy takie zezwolenie jest wymagane, co sprawia, że przyjęte rozwiązanie jest sprzeczne z zasadą pewności prawa, a także swobodą przepływu kapitału.

W sprawie C-503/99 *Komisja Europejska v. Belgia* Trybunał przyznał, że w pojęciu bezpieczeństwa publicznego, które usprawiedliwia odstępianie od podstawowej zasady swobody przepływu kapitału, mieści się zabezpieczenie dostaw energii na wypadek kryzysu. Z kolei w sprawie C-463/00 *Komisja Europejska v. Hiszpania* Trybunał orzekł, że zapewnienie dostaw wytwarzanych produktów na wypadek kryzysu przez przedsiębiorstwa działające na rynku telekomunikacyjnym, paliwowym i energetycznym może stanowić wymóg bezpieczeństwa publicznego uzasadniający odstępianie od zakazu przewidzianego w art. 63 TFUE<sup>107</sup>. Takie stanowisko zaprezentował również w sprawie C-483/99 *Komisja Europejska v. Francja*<sup>108</sup>. Powyższe potwierdził w niedaw-

<sup>106</sup> ETS, sprawa 54/99 *Église de scientologie i Scientology International Reserves Trust v. The Prime Minister*, Zb.Orz. 2000 I-1335, pkt 17 oraz pkt 21–22.

<sup>107</sup> ETS, sprawa 463/00 *Komisja Europejska v. Hiszpania*, Zb.Orz. 2003 I-4581, pkt 71.

<sup>108</sup> ETS, sprawa 483/99 *Komisja Europejska v. Francja*, Zb.Orz. 2002 I-4781, pkt 47.

no wydanym wyroku z dnia 26.3.2009 r. w sprawie C-326/07 *Komisja Europejska v. Włochy*, w którym stwierdził, że w odniesieniu do podmiotów działających w sektorach paliwowym, telekomunikacji i elektryczności cel zagwarantowania bezpieczeństwa zaopatrzenia w takie produkty lub świadczenia takich usług w przypadku kryzysu na terytorium danego państwa członkowskiego może stanowić przyczynę bezpieczeństwa publicznego, a zatem uzasadniać ograniczenie swobody podstawowej<sup>109</sup>. Podobnie Trybunał orzekł w najnowszym wyroku z dnia 8.7.2010 r. w sprawie C-171/08 *Komisja Europejska v. Portugalia*, i uznał, że zapewnienie bezpiecznego dostępu do sieci telekomunikacyjnych w sytuacjach kryzysowych, w przypadku wojny lub aktu terroryzmu może stanowić wzgląd bezpieczeństwa publicznego i uzasadniać przeszkodę w swobodnym przepływie kapitału<sup>110</sup>.

Jednocześnie Trybunał podkreśla, że pojęcie bezpieczeństwa publicznego jako pomniejszenie fundamentalnej zasady swobody przepływu kapitału musi być interpretowane w sposób ścisły, tak aby ich zakres nie mógł być jednostronnie określany przez każde państwo członkowskie, i musi podlegać ścisłej kontroli ze strony instytucji wspólnotowych<sup>111</sup>. Tym samym państwa członkowskie wprowadzając do ustawodawstwa krajowego instrument „złotej akcji”, mogą usprawiedliwić swoje działanie na powołując się na bezpieczeństwo publiczne tylko wówczas, gdy istnieje prawdziwe i wystarczająco poważne niebezpieczeństwo dla podstawowych interesów społecznych, a wprowadzone instrumenty są przejrzyste i precyzyjne i podlegają zaskarżeniu do sądu oraz spełniają test proporcjonalności.

Na marginesie, warto dodać, że niedostateczne zdefiniowanie pojęć bezpieczeństwa i porządku publicznego przez polskiego ustawodawcę było jedną z przyczyn wszczęcia przez Komisję Europejską postępowania przeciwko Polsce. W Uzasadnionej Opinii Komisja Europejska podniosła, że fakt, że ustawa z dnia 3.6.2005 r. o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla po-

---

<sup>109</sup> ETS, sprawa 326/07 *Komisja Europejska v. Włochy*, Zb.Orz. 2009 I-2291.

<sup>110</sup> ETS, sprawa 171/08 *Komisja Europejska v. Portugalia*, dostępny na stronie: [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), pkt 72.

<sup>111</sup> ETS, sprawa 503/99 *Komisja Europejska v. Belgia*, Zb.Orz. 2002 I-4809, pkt 47; zob. także: ETS, sprawa 54/99 *Église de scientologie i Scientology International Reserves Trust v. The Prime Minister*, Zb.Orz. 2000 I-1335, pkt 17; ETS, sprawa 36/75 *Rutili v. Minister for the Interior*, Zb.Orz. 1975 I-1219, pkt 26 i 27; ETS, sprawa 483/99 *Komisja Europejska v. Francja*, Zb.Orz. 2002 I-4781, pkt 48; ETS, sprawa 463/00 *Komisja Europejska v. Hiszpania*, Zb.Orz. 2002 I-4581, pkt 72.

rzędu publicznego lub bezpieczeństwa publicznego odwołuje się jedynie do przewidywanego efektu uchwały, wskazuje, iż nie musi istnieć żaden dowód sytuacji kryzysowej, a więc żaden wzgląd bezpieczeństwa publicznego.

Niezależnie od skodyfikowanych wyjątków zawartych w art. 65 TFUE, istnieją inne przesłanki uzasadniające odstępianie od zakazu, a wynikają z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W literaturze przedmiotu te przesłanki są określane imperatywnymi bądź nadrzędnymi wymogami interesu publicznego, względami imperatywnymi w interesie ogólnym, bezwzględными przyczynami dotyczącymi interesu powszechnego, albo po prostu wymogami koniecznymi<sup>112</sup>. Te i podobne sformułowania są merytorycznie równoważne. Pojęcie imperatywnych wymogów interesu publicznego jest w całości koncepcją orzecniczą Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i nie znajdują się w postanowieniach Traktatu. A. Zawidzka słusznie zauważa, że rozwój doktryny wymogów koniecznych jest jednym z bardziej spektakularnych efektów celowościowej interpretacji Traktatu, jakiej dokonuje Europejski Trybunał Sprawiedliwości w swej praktyce orzecniczej. Trybunał w ten sposób współtworzy wspólnotowy dorobek prawny wypełniając ramy nakreślone w postanowieniach Traktatu<sup>113</sup>.

Pojęcie imperatywnych wymogów interesu publicznego zostało po raz pierwszy wprowadzone w słynnym wyroku z dnia 20.2.1979 r. w sprawie C-120/78 *Cassis de Dijon*<sup>114</sup> w odniesieniu do swobody przepływu towarów. Z czasem doktryna imperatywnych wymogów interesu publicznego zaczęła być stosowana także w swobodzie przepływu kapitału. Pierwszym orzeczeniem, w którym Trybunał dopuścił możliwość ograniczania swobody przepływu kapitału ze względu na wartości inne niż wymienione w art. 65 TFUE, było orzeczenie w sprawie *Veronica Omroep*<sup>115</sup>, w którym Trybunał orzekł, że państwa członkowskie mogą wprowadzać ograniczenia w swobodzie przepływu kapitału (ograniczenia dotyczące inwestycji), jeżeli jest to uzasadnione zachowaniem pluralizmu i niekomercyjnego charakteru systemu audio-wizualnego<sup>116</sup>. W sprawie

---

<sup>112</sup> ETS posługuje się sformułowaniami takimi jak: *mandatory requirements, pressing reasons in the public interest, compelling reasons in the general interest, overriding reasons based on the general interest*.

<sup>113</sup> A. Zawidzka, *Rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej a interes publiczny*, Warszawa 2005, s. 10.

<sup>114</sup> ETS, sprawa 120/78 *REWE-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Zb.Orz. 1979 I-649.

<sup>115</sup> ETS, sprawa 148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie v. Commissariaat voor de Media*, Zb.Orz. 1993 I-487.

<sup>116</sup> A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 138.

*Manfred Trummer i Peter Mayer*<sup>117</sup> Trybunał zasadniczo uznał zapewnienie przewidywalności i przejrzystości systemu kredytów hipotecznych może stanowić wymóg konieczny, tym samym usprawiedliwiać stosowane przez państwo ograniczenia w przepływie kapitału. Nie mniej jednak w tej konkretnej sprawie nie stwierdził nie dopuścił takiej możliwości. W sprawie *Klaus Konle v. Austrian Republic*<sup>118</sup> Trybunał uznał, że wprowadzone przez państwo austriackie ograniczenie polegające na konieczności uzyskania uprzedniego zezwolenia na nabycie nieruchomości może zostać usprawiedliwione imperatywnymi wymogami interesu publicznego polegającego w tym przypadku na utrzymaniu w pewnych regionach stałej populacji i działalności gospodarczej niezależnie od sektora turystycznego.

Analiza dotychczasowego orzecznictwa Trybunału pozwala stwierdzić, że względy czysto ekonomiczne na które powoływały się państwa członkowskie uzasadniając wprowadzane ograniczenia nie zostały przez Trybunał uznane za wymogi konieczne usprawiedliwiające odstępianie od zakazu<sup>119</sup>. Zatem wprowadzane przez państwa członkowskie ograniczenia są dopuszczalne tylko o ile mają pozaekonomiczny charakter. Warto podkreślić, że wymóg pozaekonomicznego charakteru wprowadzanych ograniczeń dotyczy zarówno imperatywnych wymogów interesu publicznego, jak też skodyfikowanych wyjątków z art. 65 TFUE.

### 3.7. Stanowisko Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczące „złotych akcji”

W zdecydowanej większości spraw dotyczących „złotych akcji”, które trafiły na wokandę, Trybunał uznał, że są one sprzeczne z prawem Unii Europejskiej, gdyż wprowadzają ograniczenia w swobodzie przepływu kapitału zniechęcając tym samym inwestorów pochodzących z innych państw członkowskich do inwestowania kapitału w krajach, w których stosowane są tego typu środki krajowe. Argumentacja państw członkowskich zmierzająca do usprawiedliwienia wprowadzanych ograniczeń w swobodzie przepływu kapitału okazała się nieskuteczna. Jedynym przypadkiem, w którym Trybunał orzekł o legalności „złotej akcji” było orzeczenie w sprawie C-503/99 *Komisja Europejska v. Belgia*. Trybunał zaakceptował regulacje prawa belgij-

<sup>117</sup> ETS, sprawa 222/97 *Trummer and Mayer*, Zb.Orz. 1999 I-1661, pkt 29.

<sup>118</sup> ETS, sprawa 302/97 *Klaus Konle v. Austrian Republic*, Zb.Orz. 1999 I-3099, pkt 40.

<sup>119</sup> ETS, sprawa 72/83 *Campus Oil Limited i inni v. Minister Przemysłu i Energii i inni*, Zb.Orz. 1984 I-2727; ETS, sprawa 120/95 *Decker v. Caisse de Maladie des Employés Privés*,

skiego i uznał, że wprowadzone przez państwo belgijskie „złote akcje” są zgodne z Traktatem. Dekrety belgijskie przyznawały Skarbowi Państwa szczególne uprawnienia w odniesieniu do dwóch spółek, zajmujących strategiczną pozycję w systemie belgijskich dostaw energii: *Societe Nationale de Transport par Canalisations* (SNTC), która jest właścicielem systemu linii przesyłowych i rurociągów, które stanowią infrastrukturę dla krajowego przesyłu produktów energetycznych oraz w spółce *Distrigaz*, która zarządza infrastrukturą dla krajowego przesyłu i magazynowania gazu. Belgijskie „złote akcje”<sup>120</sup> charakteryzowały się tym, że dotyczyły wyłącznie konkretnych spółek o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa energetycznego państwa. Instrument „złotej akcji” został wprowadzony do tych spółek celem zapewnienia dostępności infrastruktury energetycznej dla dostaw energii na wypadek kryzysu. „Złota akcja” w spółce *SNTC* przyznawała właściwemu ministrowi ds. energii prawo sprzeciwu wobec decyzji organów spółki dotyczących każdego zbycia, ustanowienia na nich zabezpieczenia lub każdej zmiany przeznaczenia instalacji lub niektórych innych aktywów strategicznych, jeżeli minister uzna, iż przedmiotowa decyzja może mieć negatywny wpływ na interes państwa belgijskiego w sektorze energetycznym. Zaś „złota akcja” w spółce *Distrigaz* przyznawała właściwemu ministrowi ds. energii prawo sprzeciwu wobec każdej decyzji rady dyrektorów, która może być uznana za sprzeczną z wytycznymi energetycznymi państwa, w tym z celami rządu w zakresie zaopatrzenia kraju w energię. Ponadto w obu spółkach „złota akcja” gwarantowała właściwemu ministrowi prawo powołania dwóch przedstawicieli rządu do rady dyrektorów z głosem doradczym. Przedstawiciele rządu zasiadali w radzie dyrektorów w charakterze obserwatorów – nie mają bowiem prawa głosu. W ocenie Trybunału powyższe uprawnienia ministra ds. energetyki nie mają charakteru ogólnego, gdyż odnoszą się do precyzyjnie określonego katalogu decyzji. Dodatkowo właściwy minister ds. energii mógł wnieść prawo sprzeciwu od decyzji organów spółki w ściśle określonym przedziale czasowym tj. w terminie od 8 do 21 dni od chwili uzyskania informacji na ten temat. Jeżeli w tym okresie minister nie wniósł prawa sprzeciwu, decyzja spółki stawała się ostateczna. Istotnym ograniczeniem stosowania prawa weta była

---

Zb.Orz. 1998 I-1831, pkt 39; ETS, sprawa 158/96 *Kohll v. Union des Caisses de Maladie*, Zb.Orz. 1998 I-1931, pkt 41. Co do przepływu kapitału: ETS, sprawa 54/99 *Église de scientologie i Scientology International Reserves Trust v. The Prime Minister*, Zb.Orz. 2000 I-1335, a także ETS, sprawa 367/98 *Komisja Europejska v. Portugalia*, Zb.Orz. 2002 I-4731.

<sup>120</sup> Por. S. Sołtysiński, *Prawo spółek...*, s. 248; A. Frankowska, A. Bodnar, *Nie każda „złota akcja”...*, s. 41 i n.

konieczność przedstawienia przez właściwego ministra szczegółowej argumentacji podjęcia takiego działania oraz fakt poddania decyzji ministra kontroli sądowej<sup>121</sup>. Trybunał przychylnie odniósł się do belgijskich rozwiązań w zakresie systemu kontroli *ex post facto*<sup>122</sup> polegającego na tym, że do przedstawicieli ministra ds. energetyki w Radzie Dyrektorów *SNTC* oraz *Distrigaz* należało informowanie o podejmowanych decyzjach dotyczących rozporządzenia strategicznymi składnikami majątku tych spółek, i dopiero po takim zawiadomieniu, minister ds. energetyki mógł skorzystać ze swoich uprawnień do wniesienia prawa sprzeciwu<sup>123</sup>. Trybunał uznał, że przyjęcie powyższego systemu kontroli *ex post facto* w przeciwieństwie do kontroli *ex ante* znacznie wpływa na zmniejszenie uciążliwości zastosowanego środka. Trybunał stwierdził, że choć regulacje belgijskie wprowadzają ograniczenia swobody przepływu kapitału, to zamierzony cel spornych przepisów, a mianowicie zagwarantowanie dostaw energii w sytuacji kryzysowej, mieści się w zakresie uzasadnionego interesu publicznego usprawiedliwiającego wprowadzone ograniczenia<sup>124</sup>.

Mniej skuteczna okazała się być argumentacja przedstawiona przez Francję<sup>125</sup>, która w sprawie C-483/99 *Komisja Europejska v. Francja* bez powodzenia próbowała uzasadnić wprowadzenie „złotej akcji” w państwowej spółce paliwowej *ELF* względami bezpieczeństwa publicznego tj. koniecznością zapewnienia dostępności produktów ropopochodnych w przypadkach kryzysu. Osiągnięcie powyższego celu miało być zagwarantowane poprzez prawo do zajęcia rezerw ropy zgromadzonych przez spółkę za granicą i poprzez procedurę uprzedniej kontroli zmierzającą do zapewnienia, że główny ośrodek decyzyjny pozostanie we Francji<sup>126</sup>. W ocenie Trybunału, francuskie przepisy nie dają inwestorowi żadnej wskazówki, na podstawie której można by przewidzieć, czy minister udzieli autoryzacji czy raczej odmówi jej udzielenia, co należy uznać za sprzeczne z zasadą pewności prawa<sup>127</sup>. Trybunał podkreślił, że system uprzedniej kontroli może być zaakceptowany tylko wte-

---

<sup>121</sup> ETS, sprawa 503/99 *Komisja Europejska v. Belgia*, Zb.Orz. 2002 I-4809, pkt 51.

<sup>122</sup> *Ibidem*, pkt 49 -52. System kontroli *ex post facto* jest uznawany przez Trybunał za mniej uciążliwy niż system kontroli *ex ante*.

<sup>123</sup> *Ibidem*, pkt 49.

<sup>124</sup> *Ibidem*, pkt 46.

<sup>125</sup> ETS, sprawa 483/99 *Komisja Europejska v. Francja*, Zb.Orz. 2002 I-4781.

<sup>126</sup> *Ibidem*, pkt 28.

<sup>127</sup> ETS, sprawa 54/99 *Association Eglise de scientologie de Paris i Scientology International Reserves Trust v. The Prime Minister*, Zb.Orz. 2000 I-1335, pkt 21–22.

dy, gdy jest proporcjonalny do realizowanego celu, nie może być osiągnięty przez mniej obciążające środki, w szczególności poprzez zastosowanie systemu kontroli *ex post facto*<sup>128</sup>. Ponadto Trybunał zaznaczył, że system uprzedniej kontroli musi być oparty o obiektywne, niedyskryminujące kryteria, które są znane publicznie<sup>129</sup>. Trybunał uznał, że wprowadzone przez rząd francuski ograniczenia wykraczają poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu, którym jest według deklaracji Francji zapewnienia dostępności produktów ropopochodnych w przypadkach kryzysu.

Trybunał nie zgodził się również z argumentacją władz hiszpańskich przedstawioną w sprawie C-463/00 *Komisja Europejska v. Hiszpania*<sup>130</sup>. Hiszpanie twierdzili, że wprowadzony przez przepisy krajowe obowiązek uprzedniego zezwolenia właściwego organu administracyjnego na dokonanie likwidacji, podziału, połączenia przedsiębiorstwa, zbycia lub obciążenia kluczowych części majątku spółki, zmiany przedmiotu działalności może być usprawiedliwiony z uwagi na ochronę strategicznych interesów państwa oraz konieczność zagwarantowania przez państwa członkowskie dostarczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. Państwa członkowskie są bowiem odpowiedzialne za nieprzerwane świadczenie usług dla ludności, a także za społeczną i gospodarczą stabilizację kraju i ochronę konsumentów<sup>131</sup>. Trybunał podniósł, że wśród przedsiębiorstw będących adresatem spornego ustawodawstwa była grupa banków komercyjnych oraz spółka, będąca producentem tytoniu, których w żadnym wypadku nie można zakwalifikować jako przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym<sup>132</sup>. Zastosowanie „złoty akcji” wobec tych przedsiębiorstw nie znajduje uzasadnienia. Z kolei w odniesieniu do pozostałych przedsiębiorstw będących adresatem hiszpańskiej regulacji, Trybunał potwierdził, że zapewnienie dostaw wytwarzanych produktów na wypadek kryzysu przez te przedsiębiorstwa działające na rynku telekomunikacyjnym, paliwowym i energetycznym może stanowić wymóg bezpieczeństwa publicznego uzasadniający odstępianie od zakazu<sup>133</sup>. W tym konkretnym przypadku Trybunał uznał jednak, że system uprzedniej kontroli

---

<sup>128</sup> ETS, sprawa 163, 165 i 250/94 *Postępowanie karne v. Sanz de Lera*, Zb. Orz. 1995 I-4821, pkt 23–28; ETS, sprawa 302/97 *Klaus Konle v. Austrian Republic*, Zb.Orz. 1999 I-3099, pkt 44; ETS, sprawa 205/99 *Analir and Others*, Zb.Orz. 2001 I-1271, pkt 35.

<sup>129</sup> ETS, sprawa 483/99 *Komisja Europejska v. Francja*, Zb.Orz. 2002 I-4781, pkt 46.

<sup>130</sup> ETS, sprawa 463/00 *Komisja Europejska v. Hiszpania*, Zb.Orz. 2003 I-4581.

<sup>131</sup> *Ibidem*, pkt 44.

<sup>132</sup> *Ibidem*, pkt 70.

<sup>133</sup> *Ibidem*, pkt 71.

gwarantujący władzom publicznym możliwość ingerencji w decyzje organów spółek stanowi poważne zagrożenie dla swobody przepływu kapitału i może skutkować całkowitym jej wykluczeniem, gdyż przewiduje zbyt szeroki zakres władzy dyskrecyjnej organom publicznym. Regulacja hiszpańska wykracza poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celów przedstawionych przez rząd hiszpański, to jest zapobieżenia zakłóceniom dostaw paliwa, elektryczności i usług telekomunikacyjnych<sup>134</sup>.

Trybunał nie podzielił również argumentacji władz włoskich w sprawie C-174/04 *Komisja Europejska v. Włochy*<sup>135</sup> co do legalności włoskiego ustawodawstwa, które przewiduje automatyczne zawieszenie prawa głosu dla pakietów akcji przekraczających limit 2% kapitału akcyjnego spółek prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej i gazu w sytuacji, gdy udziały zostały nabyte przez przedsiębiorstwa państwowe, które nie są notowane na reglamentowanych rynkach finansowych i mają na swoim rynku krajowym pozycję dominującą. Rząd włoski twierdził, że wprowadzone „złote akcje” mają na celu zagwarantowanie dostaw energii na terytorium Włoch<sup>136</sup>. W opinii rządu włoskiego – zanim europejski sektor energetyczny nie zostanie rzeczywiście zliberalizowany „złote akcje” pozwolą na uniknięcie sytuacji, w której rynek włoski byłby przedmiotem antykonkurencyjnych ataków ze strony podmiotów państwowych prowadzących w innych państwach członkowskich działalność w tym samym sektorze, które to podmioty są wciąż traktowane przez regulacje krajowe w sposób uprzywilejowany. Nabycie przez takie przedsiębiorstwa pakietu kontrolnego przedsiębiorstw prowadzących działalność na włoskich rynkach energii elektrycznej i gazu może w opinii rządu włoskiego udaremnić wysiłki, które rząd włoski włożył w otwarcie sektora energetycznego na konkurencję<sup>137</sup>. Ta argumentacja nie zyskała aprobaty Trybunału, który stwierdził, że przewidziane przez to rozporządzenie zawieszenie prawa głosu wyklucza dla określonej kategorii przedsiębiorstw państwowych możliwość rzeczywistego udziału w zarządzaniu i sprawowaniu kontroli nad włoskimi przedsiębiorstwami prowadzącymi działalność na rynkach energii elektrycznej i gazu. W opinii Trybunału włoskie regulacje skutkują zniechęceniem przedsiębiorstw państwowych, mających siedzibę w innym państwie członkowskim, do nabywania akcji przedsiębiorstw włoskich prowadzących działalność w sektorze energetycznym<sup>138</sup>. Trybunał podkreślił, że

---

<sup>134</sup> Ibidem, pkt 76.

<sup>135</sup> ETS, sprawa 174/04 *Komisja Europejska v. Włochy*, Zb.Orz. 2005 I-4933.

<sup>136</sup> Ibidem, pkt 39.

<sup>137</sup> Ibidem, pkt 36.

<sup>138</sup> Ibidem, pkt 30.



nawet wówczas, gdy konieczność zagwarantowania zaopatrzenia w energię może pod pewnymi warunkami uzasadnić ograniczenia traktatowych zasad podstawowych, to rząd włoski nie wykazał, dlaczego ograniczenie prawa głosu, którego adresatem jest tylko określona kategoria przedsiębiorstw państwowych, miałyby być do osiągnięcia tego celu niezbędne. W szczególności nie został wyjaśniony powód, dla którego – aby zagwarantować wystarczające i nieprzerwane dostawy energii elektrycznej i gazu na rynek włoski – akcjonariuszami przedsiębiorstw prowadzących działalność we włoskim sektorze energetycznym koniecznie musieliby być akcjonariusze prywatni lub akcjonariusze-przedsiębiorstwa państwowe notowane na reglamentowanych rynkach finansowych<sup>139</sup>. W ocenie Trybunału rząd włoski nie udowodnił, że wprowadzona „złota akcja” jest niezbędna do zagwarantowania dostaw energii na terytorium Włoch i orzekł, że wprowadzone przez rząd włoski regulacje stanowią ograniczenia w przepływie kapitału.

W połączonych sprawach C-282/04 i C-283/04 *Komisja Europejska v. Niderlandy*<sup>140</sup> rząd holenderski argumentował, że wprowadzenie „złotej akcji” w statutach spółek *KPN NV* i *TPG NV* jest uzasadnione imperatywnymi względami interesu publicznego, to znaczy koniecznością zagwarantowania powszechnych usług pocztowych, a w szczególności dla ochrony wypłacalności i ciągłości *TPG*, będącej obecnie jedynym przedsiębiorstwem, które jest w stanie zapewnić w Niderlandach owe powszechne usługi pocztowe na poziomie wymaganym przez prawo<sup>141</sup>. Trybunał zgodził się, że zagwarantowanie usług leżących w interesie ogólnym, takich jak powszechne usługi pocztowe, może stanowić imperatywne wymóg interesu publicznego, który może uzasadniać ograniczenie w swobodnym przepływie kapitału. Jednakże zdaniem Trybunału sporna akcja specjalna wykracza poza to, co jest konieczne dla zagwarantowania wypłacalności i ciągłości podmiotu świadczącego powszechne usługi pocztowe. Po pierwsze bowiem, szczególne uprawnienia, które posiada państwo niderlandzkie w *TPG*, nie ograniczają się do działalności *TPG* jako podmiotu świadczącego powszechne usługi pocztowe. Po drugie, wykonywanie tych szczególnych uprawnień nie podlega żadnym szczegółowym kryteriom i nie musi być uzasadnione, co uniemożliwia efektywną kontrolę sądową przedmiotowych zapisów. Trybunał odrzucił więc uzasadnienie przedstawione przez rząd holenderski i stwierdził naruszenie art. 63 TFUE<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> Ibidem, pkt 40.

<sup>140</sup> Połączone sprawy 282/04 i 283/04 *Komisja Europejska v. Niderlandy*, Zb.Orz. 2006 I-9141.

<sup>141</sup> Ibidem, pkt 37.

<sup>142</sup> Ibidem, pkt 39–40.

Trybunał w sprawie C-98/01 *Komisja Europejska v. Zjednoczone Królestwo* uznał, że „złota akcja” wprowadzona na podstawie brytyjskiej ustawy o lotniskach jest sprzeczna z *acquis communitare*. Na podstawie tej ustawy została sprywatyzowana spółka BAA (*British Airport Authority*), która posiadała i zarządzała 7 największymi lotniskami w Wielkiej Brytanii. Zgodnie z ustawą Sekretarzowi Stanu przysługiwały kompetencje do zatwierdzania i wnoszenia poprawek do propozycji zmian Statutu BAA, których uchwalenie mogłoby doprowadzić do przejścia spółki lub przejęcia kompetencji do zarządzania lotniskami. „Złota akcja” przyznała Sekretarzowi Stanu szerokie uprawnienia, uniemożliwiające innym akcjonariuszom skuteczne zarządzanie spółką, w szczególności limitowała nabywanie akcji spółki BAA oraz wprowadzała system uprzedniej kontroli decyzji ze strony posiadacza akcji. Rząd brytyjski nie próbował usprawiedliwiać wprowadzonych ograniczeń imperatywnymi względami interesu publicznego. Rząd brytyjski argumentował, że „złota akcja” przewidziana w statucie tej spółki należy do dopuszczalnych klas akcji w brytyjskim prawie spółek, które przewiduje akcje o różnych uprawnieniach dla akcjonariuszy<sup>143</sup>. Ponadto zdaniem rządu brytyjskiego nie każdy środek, który utrudnia lub zmniejsza atrakcyjność korzystania z podstawowych swobód, musi być uzasadniony w świetle zasady proporcjonalności. Test proporcjonalności musi być przeprowadzony jedynie w odniesieniu do środków, które ograniczają dostęp do rynku, a nie tych środków, które regulują działanie spółki na rynku<sup>144</sup>. Brytyjczycy zarzucili nadmiernie szeroką wykładnię swobody przepływu kapitału i zaproponowali zaadaptowanie formuły Keck–Mithouard w swobodzie przepływu kapitału<sup>145</sup>. Trybunał odrzucił tę argumentację i stwierdził, że sporne przepisy statutu nie są rezultatem normalnego stosowania prawa spółek, gdyż statut *British Airport Authority* został zgodnie z ustawą z 1986 r. zatwierdzony przez Sekretarza Stanu. W konsekwencji wprowadzone restrykcje muszą być poczytywane za działanie państwa<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> ETS, sprawa 98/01 *Komisja Europejska v. Zjednoczone Królestwo*, Zb.Orz. 2003 I-4641, pkt 26.

<sup>144</sup> Ibidem, pkt 28.

<sup>145</sup> ETS, połączone sprawy 267 i 268/91 *Keck and Mithouard*, Zb.Orz.1993 I-6097. Zob. na ten temat literaturę: P. Craig, G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, wyd. 2, Oxford 1998, s. 616–621; P.J.G. Kapteyn, P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, wyd. 3, (red. L. W. Gormley), London–The Hague–Boston 1998, s. 631–637; S. Weatherill, *After Keck: Some thoughts on how to clarify the clarification*, „Common Market Review” 1996, vol. 33, s. 885–906.

<sup>146</sup> ETS, sprawa 98/01 *Komisja Europejska v. Zjednoczone Królestwo*, Zb.Orz.2003 I-4641, pkt 48.

Ponadto Trybunał odpierając argumentację rządu brytyjskiego odnośnie zaadaptowania formuły Keck-Mithouard stwierdził, że środki wprowadzone przez brytyjczyków nie są porównywalne z regułami dotyczącymi form sprzedaży (*selling arrangements*), które w sprawie *Keck* uznano za pozostające poza zakresem traktatowej swobody przepływu kapitału<sup>147</sup>.

Kolejnym wyrok Trybunału, który można uznać za sprzyjający stanowisku Komisji Europejskiej, a co za tym idzie, utrudniający stosowanie szczególnych uprawnień Skarbu Państwa w państwach członkowskich, jest wyrok z dnia 26.3.2009 r. w sprawie C-326/07 *Komisja Europejska v. Włochy*. Trybunał uznał, że Włochy przyjmując dekret Prezesa Rady Ministrów z dnia 10.6.2004 r. w sprawie określenia kryteriów dotyczących wykonywania szczególnych uprawnień uchybiły zobowiązaniom traktatowym spoczywającym na nim na podstawie art. 49 TFUE i art. 63 TFUE. W ocenie Trybunału włoskie ustawodawstwo wprowadzające kryteria zastosowania szczególnych uprawnień państwa do sprzeciwu wobec nabycia udziałów lub zawarcia umów akcjonariuszy reprezentujących określony procent praw głosu w danych spółkach krajowych, nie zawiera uściśleń co do konkretnych okoliczności, w jakich może być wykonywane uprawnienie do sprzeciwu, a zatem kryteria, które wymienia, nie są oparte na obiektywnych i możliwych do skontrolowania przesłankach. Ponadto zdaniem Trybunału zastosowanie owych kryteriów nie jest właściwe dla osiągnięcia zamierzonych celów z powodu braku związku między tymi kryteriami a tymi uprawnieniami. W istocie uprawnienia interwencyjne państwa włoskiego polegające na uprawnieniu do wyrażenia sprzeciwu, których przesłanki wykonywania określają kryteria, a które nie podlegają żadnemu warunkowi z wyjątkiem odwołania się do ochrony interesów krajowych sformułowanych w sposób ogólny i bez dokładnego określenia szczególnych i obiektywnych okoliczności, w jakich są wykonywane te uprawnienia, stanowią naruszenie swobody przepływu kapitału. Ponadto Trybunał stwierdził, że państwo włoskie naruszyło również art. 49 TFUE odnoszący się do swobody przedsiębiorczości, gdyż przyjmując ustawodawstwo wprowadzające kryteria zastosowania szczególnych uprawnień państwa do zgłoszenia weta wobec decyzji danych spółek krajowych o ich rozwiązaniu, przeniesieniu przedsiębiorstwa, łączeniu, podziale, przeniesieniu siedziby spółki za granicę, zmianie przedmiotu działalności oraz zmiany statutu, które uchylają lub zmieniają szczególne uprawnienia, gdyż okoliczności, w jakich uprawnienie to może być wykonywane, są niejasne

---

<sup>147</sup> Ibidem, pkt 45.

i jest uregulowanie nieproporcjonalne do wskazanego celu. Trybunał uznał, że sytuacje umożliwiające wykonywanie uprawnień do weta są potencjalnie liczne, nieokreślone i niemożliwe do określenia oraz że pozostawiają szeroki zakres uznania władzom włoskim, a inwestorzy nie wiedzą, kiedy to uprawnienie do weta może znajdować zastosowanie. Trybunał podkreślił także, że stwierdzenie państwa włoskiego, że uprawnienie do weta będzie wykonywane tylko zgodnie z prawem wspólnotowym, i okoliczność, że jego wykonanie podlega kontroli sądowej, nie czynią ustawodawstwa włoskiego zgodnym z prawem wspólnotowym<sup>148</sup>.

Fiasko w postępowaniu przed Trybunałem Sprawiedliwości poniosły również Portugalia w sprawie C-367/98 *Komisja v. Portugalia*<sup>149</sup>. Rząd portugalski argumentował, że wprowadzone przepisy krajowe ograniczające możliwość sprzedaży udziałów ponad określony limit cudzoziemcom mają na celu zapewnienie skutecznego działania w zakresie reprivatyzacji poprzez m.in. wybór strategicznego inwestora, wzmocnienie konkurencyjnej pozycji na rynku lub modernizację i zwiększenie produkcji<sup>150</sup>. Trybunał stwierdził, że środki przyjęte przez Portugalię stanowią naruszenie przepływu kapitału i mogą utrudniać nabywanie udziałów w portugalskich przedsiębiorstwach i zniechęcić inwestorów z innych państw członkowskich do inwestowania w te przedsiębiorstwa. Trybunał nie dopatrył się tutaj możliwości usprawiedliwienia wprowadzonych ograniczeń względami, o których mowa w art. 65 TFUE ani tzw. imperatywnymi wymogami interesu publicznego. Zdaniem Trybunału, prawdziwym celem wprowadzonych rozwiązań była chęć zabezpieczenia finansowych interesów Portugalii, co nie stanowi wystarczającego uzasadnienia naruszenia przepisów Traktatu<sup>151</sup>. Trybunał wyraźnie podkreślił, że także interes związany z ogólnym wzmocnieniem struktury konkurencji na spornym rynku nie może uzasadniać ograniczeń w przepływie kapitału<sup>152</sup>.

W najnowszym wyroku z dnia 8.7.2010 r. w sprawie C-171/08 *Komisja Europejska v. Portugalia* Trybunał stwierdził, że fakt posiadania przez portugalski Skarb Państwa szczególnych uprawnień w *Portugal Telecom* sta-

---

<sup>148</sup> ETS, sprawa 326/07 *Komisja Europejska v. Włochy*, Zb.Orz. 2009 I-2291, pkt 60–63, 66, 72–74.

<sup>149</sup> ETS, sprawa 367/98 *Komisja Europejska v. Portugalia*, Zb.Orz. 2002 I-4731.

<sup>150</sup> Ibidem, pkt 31.

<sup>151</sup> Ibidem pkt 52. Zob. też ETS, sprawa 265/95 *Komisja v. France*, Zb.Orz. 1997 I-6959, pkt 62 i w odniesieniu do swobody świadczenia usług: ETS, sprawa 398/95 *SETTG*, Zb.Orz. 1997 I-3091, pkt 23.

<sup>152</sup> ETS, sprawa 367/98, *Komisja Europejska v. Portugalia*, Zb.Orz. 2002 I-4731, pkt 52; ETS, sprawa 174/04 *Komisja Europejska v. Włochy*, Zb.Orz. 2005 I-4933, pkt 37.

nowi przeszkodę dla inwestowania w tą spółkę w formie zarówno bezpośredniej, jak i portfelowej, co stanowi ograniczenie swobodnego przepływu kapitału oraz swobody przedsiębiorczości. Założona w 1994 r. *Portugal Telecom* stanowi uwieńczenie szeroko zakrojonego procesu restrukturyzacji portugalskiego sektora telekomunikacyjnego. W trakcie prywatyzacji, sprzedane zostały wszystkie akcje Skarbu Państwa w *Portugal Telecom*, z wyjątkiem 500 akcji, do których przypisane zostały szczególne uprawnienia (akcje kategorii A), które pozostały własnością Skarbu Państwa. Trybunał uznał, że wbrew twierdzeniom władz portugalskich omawiane akcje uprzywilejowane nie mogą być uznane za mające charakter czysto prywatny. Pomimo że związane z nimi szczególne uprawnienia są przewidziane wyłącznie w statucie *Portugal Telecom*, to jednak statut ten został przyjęty w okresie, w którym portugalski Skarb Państwa miał kontrolę nad spółką. Przyjęcie przeciwnej argumentacji prowadziłoby do umożliwienia państwowym członkowskim uchylania się od stosowania art. 63 TFUE tylko na tej podstawie, że to nie „państwo-prawodawca”, lecz „państwo-akcjonariusz” utworzyło akcje uprzywilejowane w następstwie zezwolenia udzielonego przez państwo-prawodawcę<sup>153</sup>.

Jako uzasadnienie wprowadzenia „złotej akcji” Portugalia podniosła konieczność zapewnienia pewnego poziomu konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych, konieczność uniknięcia ewentualnych perturbacji na rynku kapitałowym, jak również względy bezpieczeństwa publicznego oraz wymóg zagwarantowania świadczenia powszechnej usługi telekomunikacyjnej,

Trybunał orzekł, że interes polegający na zachowaniu warunków konkurencji na danym rynku nie może uzasadniać ograniczeń w przepływie kapitału<sup>154</sup>. Co do konieczności uniknięcia ewentualnych zakłóceń na rynku kapitałowym, Trybunał uznał, że cel ten należy do względów o charakterze gospodarczym, które zgodnie z utrwalonym orzecznictwem nie mogą uzasadniać ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału<sup>155</sup>. Co prawda, Trybunał zgodził się z argumentacją władz portugalskich, że cel polegający na zapewnieniu bezpiecznego dostępu do sieci telekomunikacyjnych w sytuacjach kryzysowych, w przypadku wojny lub aktu terroryzmu może stanowić wzgląd bezpieczeństwa publicznego i ewentualnie uzasadniać przeszkodę w swobodnym przepływie kapitału, jednak w tej konkretnej sprawie, uznał, że takie

---

<sup>153</sup> Zob. opinię Rzecznika Generalnego Paola Mengozziego z 2.12.2009 r. w sprawie 171-08 *Komisja Europejska v. Portugalia*, pkt 61.

<sup>154</sup> ETS, sprawa 171/08 *Komisja Europejska v. Portugalia*, dostępny na stronie: [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), pkt 70.

<sup>155</sup> Ibidem, pkt 71.

uzasadnienie nie może zostać uwzględnione, gdyż Portugalia nie sprecyzowała powodów, dla których uważa, że posiadanie akcji uprzywilejowanych przez Skarb Państwa umożliwi uniknięcie tego rodzaju zagrożenia dla podstawowych interesów społeczeństwa. Ani ustawa prywatyzacyjna, ani statut *Portugal Telecom* nie określają kryteriów odnośnie okoliczności, w których mogą być wykonywane wskazane szczególnie uprawnienia. Ponadto Portugalia nie wykazała, że procedura uprzedniego zezwolenia administracyjnego wynikająca z posiadania w kapitale zakładowym *Portugal Telecom* akcji uprzywilejowanych jest uruchamiana wyłącznie w przypadku „rzeczywistego i dostatecznie poważnego” zagrożenia dla interesów społeczeństwa. Co do wymogu zagwarantowania świadczenia usługi powszechnej, Trybunał uznał, że posiadanie przez władze portugalskie akcji uprzywilejowanych w *Portugal Telecom* nie może być uznane za środek konieczny dla osiągnięcia celu<sup>156</sup>.

Sens wyroków dotyczących „złoty akcji” sprowadza się do potwierdzenia, że wpływ państwa na transgraniczne inwestycje w spółki, znajdujący wyraz w ograniczeniu uprawnień członkowskich płynących z tych inwestycji, podlega kontroli w świetle kryteriów rygorystycznego testu proporcjonalności (formuła Gebhard), wypracowanego w orzecznictwie Trybunału<sup>157</sup>. Trybunał stwierdził, że regulacje krajowe mogące utrudnić lub uczynić mniej atrakcyjnym korzystanie z fundamentalnych swobód traktatowych muszą spełniać cztery wymogi tj.

- 1) muszą być stosowane w sposób niemający charakteru dyskryminującego;
- 2) muszą być uzasadnione bezwzględными wymogami dotyczącymi dobra ogólnego;
- 3) muszą być zdolne do osiągnięcia zamierzonego celu (adekwatne do założonego celu);
- 4) nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia tego celu<sup>158</sup>.

## 4. Reforma polskiej instytucji „złotej akcji” Skarbu Państwa

### 4.1. Przyczyny uchylecia ustawy z dnia 3.6.2005 r.

Poprzednio obowiązująca ustawa o złotej akcji tj. ustawa z dnia 3.6.2005 r. o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykony-

---

<sup>156</sup> Ibidem, pkt 73, 74, 75.

<sup>157</sup> M. Habersack, *Europaisches Gesellschaftsrecht*, s. 2, cyt. za A. Opalski, op.cit., s. 162.

<sup>158</sup> ETS, sprawa 55/94 *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Zb.Orz. 1995 I-4165, pkt 37.

waniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego w praktyce nigdy nie została zastosowana<sup>159</sup>, nigdy też nie zostali powołani obserwatorzy w spółkach o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa i porządku publicznego. Z uzasadnienia projektu nowej ustawy o szczególnych uprawnieniach wynika, że ustawa poprzednio obowiązująca nie spełniła celów stawianych przez ustawodawcę, z uwagi na nieprecyzyjne i zarazem skomplikowane mechanizmy ustawy, takie jak np.: zastosowanie nieostrych i niejasnych kryteriów ustawowych określających czynności spółki objęte obowiązkiem powiadomienia do Ministra Skarbu Państwa oraz uzyskania zgody Ministra Skarbu Państwa, zastosowanie sankcji nieważności czynności spółki w przypadku braku powiadomienia o tak niejednoznacznie określonych czynności, zbyt dużą ilość sektorów objętych regulacjami ustawowymi bez wyraźnego wskazania na związek przyczynowy z istotnym znaczeniem tych sektorów dla porządku i bezpieczeństwa publicznego, wprowadzenie kosztownej instytucji obserwatorów powoływanych i opłacanych przez Ministra Skarbu Państwa<sup>160</sup>.

Dodatkowo wśród motywów uchwalenia nowej ustawy, ważną rolę odegrało postępowanie Komisji Europejskiej wszczęte przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie art. 258 TFUE<sup>161</sup>. Komisja Europejska w toku prowadzonego postępowania uznała ustawę z dnia 3.6.2005 r. za niezgodną z prawem Unii Europejskiej, a w szczególności z art. 49 TFUE (swoboda przedsiębiorczości) oraz z art. 63 TFUE (swoboda przepływu kapitału). Komisja Europejska w dniu 15.12.2006 r. wszczęła formalne postępowanie przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej przesyłając tzw. pismo ostrzegawcze<sup>162</sup> informujące o zarzucanym państwu naruszeniu prawa WE i wyznaczające termin dla jego usunięcia. Następnie w dniu 27.6.2007 r. Komisja Europejska wystosowała wobec Rządu Rzeczypospolitej Polskiej tzw. uzasadnioną opinię, w której wskazała, że polska uchybiła zobowiązaniom traktatowym i wyznaczyła Polsce dodatkowy termin umożliwiając Polsce dostosowanie regulacji do prawa unijnego zanim skarga zostanie skierowana do Trybunału.

Komisja Europejska uznała, że prawa specjalne przyznane na mocy ustawy z dnia 3.6.2005 r. upoważniają Skarb Państwa do wyrażenia sprzeciwu wobec strategicznych decyzji dotyczących zarządzania w spółkach o istot-

---

<sup>159</sup> Potwierdza to odpowiedź Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa na interpelację nr 2403 posła Ryszarda Zbrzyznego, opublikowana na stronie internetowej orka2.sejm.gov.pl.

<sup>160</sup> Por. uzasadnienie projektu nowej ustawy

<sup>161</sup> Dawny art. 226 TWE.

<sup>162</sup> Ang. *letter of formal notice*.

nym znaczeniu oraz prawo do ustanowienia jednego albo dwóch obserwatorów w spółkach tj. do posiadania reprezentacji w ich zarządzie. Prawa te, zdaniem Komisji, ograniczają możliwość innych właścicieli do skutecznego uczestniczenia w zarządzaniu spółką albo w jej kontroli, i dlatego też stanowią ograniczenie dla inwestycji bezpośrednich w tych spółkach. Skoro te szczególne uprawnienia ograniczałyby inwestorów także przy zakupie niekontrolnego pakietu akcji dla celów inwestycji portfelowych, mogą być one dodatkowo uznane za ograniczenia dokonywania inwestycji portfelowych w tych spółkach. Komisja zarzuciła w szczególności, że ustawa nie zawiera celu, któremu ma służyć. W ocenie Komisji cel ten powinien być dopuszczalny w świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału. Ponadto Komisja zakwestionowała zbyt szeroką listę sektorów podlegających ustawie z dnia 3.6.2005 r. oraz niewystarczająco uzasadnione dodatkowe warunki jakie muszą spełniać funkcjonujące w nich podmioty gospodarcze, by mogły zostać uznane za spółki o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego (zarzuty wobec art. 8 ustawy). Wśród spółek objętych ustawą znalazły się spółki zajmujące się wydobywaniem i przerobem rudy miedzi (art. 8 ust. 1 pkt 8)<sup>163</sup>. Komisja nie uznała argumentu władz polskich, że ruda miedzi stanowi strategiczny zasób dla armii i przemysłu wojskowego<sup>164</sup>. Odnośnie spółek z sektora telekomunikacyjnego<sup>165</sup> Komisja stwierdziła, że władze polskie nie wyjaśniły związku pomiędzy koniecznością zapewnienia dostaw telekomunikacyjnych w sytuacji kryzysu a ograniczeniami dotyczącymi zarządzania w spółkach objętych ustawą z dnia 3.6.2005 r.<sup>166</sup> W odniesieniu zaś do

---

<sup>163</sup> Sektor wydobywania i przerobu rudy miedzi nie był objęty zakresem rządowego projektu ustawy z 2005 r. Został dodany w trakcie prac Komisji Sejmowej. Zastrzeżenia co do tego sektora przedstawił w swoim czasie Sekretarz Urzędu Komitetu Integracji Europejskiej, stwierdzając, że przemysł wydobywczy nie jest związany z zapewnieniem bezpieczeństwa energetycznego państwa i nie jest wymieniany w orzecznictwie Trybunału jako sektor strategiczny, w którym możliwe jest wprowadzenie instrumentu złotej akcji. Opinia Sekretarza UKiE do druku 3941, dostępna na [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl).

<sup>164</sup> Spółka KGHM Polska Miedź została usunięta z listy spółek o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego Rozporządzeniem Rady Ministrów z 30.9.2008 r. (Dz.U Nr 192, poz. 1184).

<sup>165</sup> Spółka Telekomunikacja Polska S.A oraz Polkomtel S.A zostały usunięte z listy spółek Rozporządzeniem Rady Ministrów z 30.9.2008 r. (Dz.U Nr 192, poz. 1184).

<sup>166</sup> Telekomunikacja Polska S.A znalazła się na liście z uzasadnieniem, że jest posiadaczem infrastruktury telekomunikacyjnej umożliwiającej przesyłanie sygnałów publicznej radiofonii i telewizji między nadawcą a siecią nadajników na obszarze obejmującym co najmniej 70% terytorium Polski, tymczasem posiadaczem tej infrastruktury jest TP-Emitel S.A. – spółka zależna TPSA, która również została wpisana na listę. O stwierdzenie niezgodności wpisania na listę tych spół-



spółek z sektora kolejowego, Komisja nie uznała argumentu władz polskich, które twierdziły, że istotna część energii elektrycznej i ciepłowniczej w Polsce jest produkowana przy zastosowaniu węgla kamiennego i węgla brunatnego transportowanych koleją. Zdaniem Komisji istnieją alternatywne środki gwarantujące dostawę produktów w sektorze energetycznym, inne niż infrastruktura kolejowa. Ponadto Komisja nie dostrzegła związku pomiędzy ograniczeniem decyzji dotyczących zarządzania spółkami mającymi wpływ na własność infrastruktury kolejowej a uniknięciem zagrożeń dotyczących używania tej infrastruktury. W ocenie Komisji, specjalne uprawnienia są zbędne, gdyż jedynym akcjonariuszem spółki wymienionej w Rozporządzeniu Rady Ministrów jest Polskie Linie Kolejowe, jest Skarb Państwa. Wobec wymienionych wyżej trzech sektorów, Komisja jednoznacznie wykluczyła możliwość usprawiedliwienia funkcjonowania złotej akcji względami bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Komisja podniosła również zarzut, iż coroczna zmiana listy spółek zobowiązanych do stosowania ustawy z dnia 3.6.2005 r. w drodze rozporządzenia wydawanego przez Radę Ministrów nie zapewnia odpowiedniego poziomu pewności prawnej. Komisja wskazuje, że to uprawnienie pociąga za sobą istnienie dużej swobody decyzyjnej Rady Ministrów ograniczonej jedynie przepisem art. 8 ustawy z dnia 3.6.2005 r., który ogólnie wskazuje sektory objęte zakresem ustawy i udział spółek w rynku. Powoduje to niepewność, co do zakresu stosowania ustawy i sprawia, że inwestorzy nie mają jasnych wskázówek co do szczególnych i obiektywnych okoliczności, w których zatwierdzenie czynności przez właściwego Ministra będzie wymagane. Ponadto Komisja Europejska zaakcentowała także brak precyzji użytych pojęć o istotnym znaczeniu i zbyt dużą uznaniowość odnośnie decyzji organów spółki, co do których Minister Skarbu Państwa może wyrazić swój sprzeciw. Ustawa z dnia 3.6.2005 r. odwoływała się bowiem do ogólnego pojęcia „istotnego znaczenia” podejmowanej przez spółkę czynności prawnej dla porządku i bezpieczeństwa publicznego (art. 2 ustawy).

---

ek wystąpiły do Trybunału Konstytucyjnego Polska Konfederacja Pracodawców Prywatnych „Lewiatan” oraz Rada Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji jako ogólnokrajowe władze organizacji pracodawców uprawnione do wystąpienia z wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności z Konstytucją RP rozporządzenia wydanego na podstawie ustawy. Trybunał Konstytucyjny postanowieniem z 25.1.2008 r. (Tw 37/04 oraz Tw 43/07) odmówił nadania obu wnioskom biegu. Więcej na ten temat: Ł. Adamczyk, T. Barański, *Polskie unormowania dotyczące złotej akcji Skarbu Państwa a prawo wspólnotowe*, „Studia Prawnicze” 2008, z. 2, s. 63–64.

Komisja sprzeciwiła się także zbyt ogólnemu określeniu składników mienia spółki, którymi zadysponowanie może podlegać sprzeciwowi Ministra Skarbu Państwa (art. 3 ustawy). Zdaniem Komisji ustawowe sformułowanie „podstawowe składniki mienia spółki” pociąga zbyt daleko idącą swobodę decyzyjną państwa, ponieważ kryteria stosowania szczególnych uprawnień będą znane spółkom dopiero po uczynieniu przez Ministra użytku z przyznanych mu praw. Komisja zakwestionowała również brak założeń polityki państwa w dziedzinach życia społecznego lub gospodarczego<sup>167</sup> (art. 4 ustawy), a także ich niewiążący charakter (założenia polityki państwa miały być publikowane w drodze uchwały, która nie jest źródłem powszechnie obowiązującego prawa).

Zdaniem Komisji Europejskiej ustawa z dnia 3.6.2005 r. stanowiła czynnik odstrasżający inwestorów z pozostałych państw członkowskich i naruszający przepisy traktatu dotyczące swobodnego przepływu kapitału oraz swobody przedsiębiorczości. W 2007 r. Polska podjęła dialog i zadeklarowała chęć współpracy z Komisją Europejską w celu dostosowania spornej regulacji do wymogów unijnych. Jednak z uwagi na przedłużającą się procedurę legislacyjną w dniu 29.10.2009 r. Komisja Europejska podjęła decyzję o skierowaniu skargi w tej sprawie przeciwko Polsce do Trybunału Sprawiedliwości. Wobec takiego rozwoju sytuacji, jedynym sposobem na zaniechanie kontynuowania przez Komisję Europejską postępowania przeciwko Polsce było wyeliminowanie z polskiego porządku prawnego zakwestionowanej przez Komisję Europejską ustawy z dnia 3.6.2005 r. o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego i zastąpienie jej nową regulacją.

Wskazane powyżej przyczyny doprowadziły do uchwalenia w dniu 18.3.2010 r. nowej ustawy o szczególnych uprawnieniach ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych<sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> Art. 12 ust. 1 ustawy stanowił, że Rada Ministrów, na wniosek właściwego ministra, określa założenia polityki państwa w dziedzinach życia społecznego lub gospodarczego posiadających istotne znaczenie dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego. W trakcie obowiązywania ustawy z 3.6.2005 r. założenia zostały ogłoszone tylko w odniesieniu do sektora telekomunikacyjnego w postaci obwieszczenia Prezesa Rady Ministrów z 1.9.2006 r. w sprawie strategii regulacyjnej 2006–2007 na rynku telekomunikacyjnym (Monitor Polski Nr 65, poz. 674).

<sup>168</sup> Dz.U. Nr 65, poz. 404.

## 4.2. Zakres podmiotowy nowej ustawy o szczególnych uprawnieniach

Zgodnie z treścią art. 1 ust. 1 ustawy o szczególnych uprawnieniach zakres podmiotowy jest ograniczony do spółek spełniających określone w ustawie kryteria. Ustawa jest adresowana do spółek lub grup kapitałowych<sup>169</sup> prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych, których mienie zostało ujawnione w jednolitym wykazie obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej, o którym mowa w ustawie z dnia 2.4.2007 r. o zarządzaniu kryzysowym<sup>170</sup>. Wskazać należy na silne powiązanie ustawy o szczególnych uprawnieniach z systemem zarządzania kryzysowego przewidzianym w ustawie z dnia 26.4.2007 r. o zarządzaniu kryzysowym. Treść art. 1 ust. 1 ustawy o szczególnych uprawnieniach wyraźnie wskazuje, iż uprawnienia Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa zostały jednoznacznie ograniczone do obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej objętych wykazem stworzonym w oparciu o art. 5b ust. 7 pkt 1 ustawy o zarządzaniu kryzysowym<sup>171</sup>. Jednolity wykaz obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej z podziałem na systemy jest sporządzany, stosownie do art. 5 b ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 26.4.2007 r. o zarządzaniu kryzysowym, przez Dyrektora Rządowego Centrum Bezpieczeństwa, który sporządza powyższy wykaz na podstawie szczegółowych kryteriów, określonych w tej ustawie<sup>172</sup> we współpracy z odpowiednimi ministrami odpowiedzialnymi za systemy. Szczegółowe kryteria pozwalające wyodrębnić obiekty, instalacje, urządzenia i usługi wchodzące w skład systemów infrastruktury krytycznej, biorąc pod uwagę ich znaczenie dla funkcjonowania państwa i zaspokojenia potrzeb obywateli, są określone przez Radę Ministrów w drodze uchwały o Narodowym Programie Ochrony Infrastruktury Krytycznej. Stosownie do art. 4 ust. 2 ustawy o szcze-

---

<sup>169</sup> Definicja grupy kapitałowej zawarta jest w art. 3 ust. 1 pkt 44 ustawy z 29.9.1994 r. o rachunkowości, Dz.U. z 2009 r., Nr 152, poz. 1223 i Nr 165, poz. 1316.

<sup>170</sup> Dz.U. Nr 89, poz. 590, z późn.zm.

<sup>171</sup> Art. 5 ust. 7. pkt 1 ustawy o zarządzaniu kryzysowym stanowi, że Dyrektor Rządowego Centrum Bezpieczeństwa na podstawie szczegółowych kryteriów, o których mowa w ust. 2 pkt 3, we współpracy z odpowiednimi ministrami odpowiedzialnymi za systemy, sporządza jednolity wykaz obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej z podziałem na systemy.

<sup>172</sup> Art. 5b ust. 2 pkt 3 ustawy o zarządzaniu kryzysowym z 26.4.2007 r.

gólnych uprawnieniach Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa powiadamia spółkę o ujęciu w wykazie składników jej mienia, sporządzanego przez Dyrektora Rządowego Centrum Bezpieczeństwa.

Ustawodawca przyjął formułę potrójnego kwalifikowania spółek objętych zakresem ustawy. Minister Skarbu Państwa może wykonać przysługujące mu na podstawie ustawy o szczególnych uprawnieniach szczególne uprawnienia w przypadku kumulatywnego spełnienia się trzech przesłanek:

- spółki kapitałowe prowadzą działalność gospodarczą w sektorze energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych;
- spółki kapitałowe zostały wymienione w jednolitym wykazie obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej;
- czynności prawne podjęte przez organy spółki stanowią rzeczywiste zagrożenie dla funkcjonowania, ciągłości działania oraz integralności infrastruktury krytycznej.

Dokonując porównania zakresu podmiotowego obecnie obowiązującej ustawy o szczególnych uprawnieniach w stosunku do poprzedniej ustawy z dnia 3.6.2005 r. należy wskazać, że krąg adresatów został znacznie ograniczony tylko do spółek kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych. Na podstawie poprzednio obowiązującej regulacji na liście spółek o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego znalazły się także spółki zajmujące się wydobywaniem i przerobem rudy miedzi, spółki zarządzające infrastrukturą kolejową, oraz spółki z sektora telekomunikacyjnego. Ustawodawca nie objął wymienionych wyżej sektorów nową regulacją, gdyż zostały one zdyskwalifikowane przez Komisję Europejską jako niespełniające kryterium doniosłości dla porządku i bezpieczeństwa publicznego.

W miejsce listy spółek o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego sporządzanej corocznie do 30 września przez Radę Ministrów<sup>173</sup>, nowa regulacja przewiduje sporządzenie przez Dyrektora

---

<sup>173</sup> Zob. art. 8 ust. 2 ustawy z 3.6.2005 r. oraz Rozporządzenie Rady Ministrów z 30.9.2008 r. w sprawie listy spółek o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego (Dz.U. Nr 192, poz. 1184). Na liście spółek o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego znalazło się 13 podmiotów. Są to: 1) Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie; 2) Grupa LOTOS S.A. z siedzibą w Gdańsku; 3) Operator Logistyczny Paliw Płynnych Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku; 4) Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. z siedzibą w Płocku; 5) Tauron Polska Energia S.A. z siedzibą w Katowicach; 6) PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Lublinie; 7) PSE – Operator S.A.

Rządowego Centrum Bezpieczeństwa jednolitego wykazu obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej.

Nadto, kluczową zmianą jest to, że ustawa obejmuje wszystkie spółki niezależnie od formy własności. Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa może bowiem skorzystać z przysługujących mu szczególnych uprawnień wobec wszystkich spółek niezależnie od stopnia zaangażowania kapitałowego, w tym w spółkach całkowicie sprywatyzowanych. W świetle poprzednio obowiązującej ustawy zakresem podmiotowym były objęte spółki, w których Skarb Państwa bezpośrednio lub pośrednio pozostawał akcjonariuszem lub współnikiem, chociażby jego zaangażowanie było symboliczne. Istniał wymóg posiadania przez Skarb Państwa co najmniej jednej akcji. Uniezależnienie możliwości korzystania przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa ze szczególnych uprawnień od posiadania akcji lub udziałów, należy uznać za prawidłowe rozwiązanie legislacyjne. Minister Skarbu Państwa wyrażając sprzeciw nie wykonuje bowiem uprawnień przysługujących mu jako właścicielowi spółki (tj. nie podejmuje działań w sferze *dominium*). Na aprobatę zasługuje pogląd wyrażony w doktrynie, zgodnie z którym możliwość władczej ingerencji nadzorczej przez organ państwa chroniący dobra wspólne (życie, zdrowie, bezpieczeństwo państwa itp.) nie wymaga bowiem, by organ ten posiadał jakikolwiek tytuł prawny do majątku nadzorowanego pomiotu. Nie musi być on właścicielem, współwłaścicielem, dzierżawcą czy akcjonariuszem nadzorowanej spółki<sup>174</sup>.

Warto podkreślić nowatorski charakter przyjętego przez polskiego ustawodawcę rozwiązania, gdyż wszystkie sprawy będące dotychczas przedmiotem orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczyły regulacji wprowadzających szczególne uprawnienia Skarbu Państwa w związku z pla-

---

z siedzibą w Warszawie; 8) Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. z siedzibą w Warszawie; 9) Przedsiębiorstwo Eksploatacji Rurociągów Naftowych „Przyjaźń” S.A. z siedzibą w Płocku; 10) Przedsiębiorstwo Przeładunku Paliw Płynnych „Naftoport” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku; 11) PKP – Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie; 12) TP – Emitel Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie; 13) Inowrocławskie Kopalnie Soli „Solino” S.A. z siedzibą w Inowrocławiu. Z listy spółek o specjalnym znaczeniu zostały wykreślone w porównaniu z poprzednio obowiązującym Rozporządzeniem Rady Ministrów z 4.9.2007 r.: Spółka BOT – Górnictwo i Energetyka S.A. z siedzibą w Łodzi, KGHM Polska Miedź S.A. z siedzibą w Lublinie, Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie, Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie. Do listy spółek dopisano natomiast: Tauron Polska Energia S.A. z siedzibą w Katowicach, Polską Grupę Energetyczną S.A. z siedzibą w Lublinie.

<sup>174</sup> K. Pawłowicz, *Złota akcja Skarbu Państwa jako instytucja prawa publicznego*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 2, s. 39.

nowaną prywatyzacją. Żadne z orzeczeń Trybunału nie analizuje wykonywania szczególnych uprawnień przez państwo w spółkach całkowicie sprywatyzowanych.

#### 4.3. Sprzeciw jako instrument sprawowania nadzoru przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa nad działalnością gospodarczą spółek kapitałowych z sektora energetycznego

Ustawa o szczególnych uprawnieniach określa zakres uprawnień przysługujący Ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa w spółkach kapitałowych, prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych. Podstawowym środkiem nadzoru w jaki ustawodawca wyposażył Ministra Skarbu Państwa jest możliwość zgłoszenia sprzeciwu (prawo *veta*) wobec określonych czynności spółek kapitałowych, tj.:

- 1) sprzeciwu wobec podjętej przez zarząd spółki uchwały lub innej dokonanej przez zarząd spółki czynności prawnej (art. 2 ust. 1 ustawy o szczególnych uprawnieniach), oraz
- 2) sprzeciwu wobec uchwały Walnego Zgromadzenia lub Zgromadzenia Wspólników (art. 2 ust. 2 ustawy o szczególnych uprawnieniach).

Stosownie do art. 2 ust. 1 ustawy, Minister Skarbu Państwa może wyrazić sprzeciw wobec podjętej przez zarząd spółki uchwały lub innej dokonanej przez zarząd spółki czynności prawnej, której przedmiotem jest rozporządzenie składnikami mienia, które zostało ujawnione w jednolitym wykazie obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej, stanowiące rzeczywiste zagrożenie dla funkcjonowania, ciągłości działania oraz integralności infrastruktury krytycznej. Sprzeciw Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa dotyczyć może uchwały zarządu lub innej dokonanej przez zarząd czynności prawnej. Uchwały zarządu są podstawową formą podejmowania decyzji przez zarząd<sup>175</sup>. Do kategorii „innej dokonanej przez zarząd czynności prawnej” należy zaliczyć wszelkie czynności prawne zarządu nie mające formy uchwały oraz czynności poszczególnych członków zarządu<sup>176</sup>. Chodzi przede wszystkim o podpisywane przez zarząd umowy.

---

<sup>175</sup> Stosowanie do art. 208 § 5 k.s.h. warunkiem powzięcia uchwały jest prawidłowe zawiadomienie o posiedzeniu zarządu.

<sup>176</sup> M. Mataczyński, *Swoboda przepływu kapitału...*, s. 198.

Obok sprzeciwu wobec podjętej przez zarząd spółki uchwały lub innej dokonanej przez zarząd spółki czynności prawnej ustawa o szczególnych uprawnieniach przyznaje Ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa prawo sprzeciwu wobec uchwały Walnego Zgromadzenia lub Zgromadzenia Wspólników. Stosownie do art. 2 ust. 2 ustawy o szczególnych uprawnieniach, Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa może wyrazić sprzeciw wobec uchwały Walnego Zgromadzenia lub Zgromadzenia Wspólników w sprawach enumeratywnie wymienionych w ustawie tj.:

- 1) rozwiązania spółki;
- 2) zmiany przeznaczenia lub zaniechania eksploatacji składnika mienia spółki, o którym mowa w art. 1 ust. 1 i 2;
- 3) zmiany przedmiotu przedsiębiorstwa spółki;
- 4) zbycia albo wydzierżawienia przedsiębiorstwa spółki lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienia na nim ograniczonego prawa rzeczowego;
- 5) przyjęcia planu rzeczowo-finansowego, planu działalności inwestycyjnej lub wieloletniego planu strategicznego;
- 6) przeniesienia siedziby spółki za granicę – jeżeli wykonanie takiej uchwały stanowiłoby rzeczywiste zagrożenie dla funkcjonowania, ciągłości działania oraz integralności infrastruktury krytycznej.

W porównaniu do poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 3.6.2005 r. został rozszerzona liczba przypadków, kiedy Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa ma prawo wyrażenia sprzeciwu<sup>177</sup>.

Zgodnie z art. 2 ust. 4 ustawy o szczególnych uprawnieniach uchwały, o których mowa wyżej, nie podlegają wykonaniu, a skutki czynności prawnej, o której mowa powyżej, ulegają zawieszeniu:

- 1) na czas, w którym ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa przysługuje prawo do wniesienia sprzeciwu;
- 2) na czas, w którym stronie przysługuje prawo wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy;
- 3) w przypadku złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy lub złożenia skargi na decyzję ministra właściwego do spraw Skarbu Pań-

---

<sup>177</sup> Zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy z 3.6.2005 r. prawo wyrażenia sprzeciwu przez Ministra Skarbu Państwa obejmowało uchwały organów spółek tylko w czterech przypadkach: 1) rozwiązania spółki, 2) przeniesienia siedziby spółki za granicę, 3) zmiany przedmiotu przedsiębiorstwa spółki, 4) zbycia albo wydzierżawienia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienia na nich ograniczonego prawa rzeczowego w wypadkach gdy istniało uzasadnione podejrzenie, że uchwała taka narusza porządek publiczny lub bezpieczeństwo publiczne.

stwa do właściwego sądu administracyjnego, odpowiednio do chwili zmiany decyzji, jej uchylenia albo stwierdzenia jej nieważności.

Należy przyjąć, że nie tylko w przypadku wszczęcia przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa postępowania nadzorczego, ale także w czasie przed wszczęciem przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa postępowania (w okresie, kiedy minister ma potencjalną możliwość zgłoszenia sprzeciwu) mamy do czynienia z tzw. stanem zawieszenia skutków czynności prawnej. Na tym tle pojawiają się wątpliwości, według jakich norm prawnych (prywatnych czy publicznych) należy oceniać ten stan. Wydaje się, że nie znajduje w tym przypadku zastosowania art. 63 Kodeksu Cywilnego<sup>178</sup> stanowiący samodzielną podstawę do tzw. bezskuteczności zawieszonyj. Zaznaczenia wymaga fakt, że sprzeciw nie ma charakteru cywilnoprawnego. Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa wyrażając sprzeciw realizuje uprawnienia władcze, działa w sferze *imperium*. Ponadto konstrukcja art. 2 ust. 4 ustawy o szczególnych uprawnieniach znacznie różni się od konstrukcji przyjętej w prawie cywilnym, gdyż ustawa o szczególnych uprawnieniach nie przewiduje postępowanie w sprawie udzielenia zgody, określa zaś postępowanie w sprawie wyrażenia sprzeciwu. Wniosek o odmiennym od przewidzianego w art. 63 Kodeksu Cywilnego charakterze regulacji prawnej z art. 2 ust. 4 ustawy o szczególnych uprawnieniach jest również zasadny w świetle wykładni funkcjonalnej całego aktu prawnego, który jest nasycony rozwiązaniami charakterystycznymi dla prawa publicznego, nie zaś prawa prywatnego.

Zgodnie z art. 2 ust. 7 ustawy o szczególnych uprawnieniach ostateczna decyzja Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa o wyrażeniu sprzeciwu, w stosunku do której nie złożono wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, której nie zaskarżono do sądu lub której sąd nie uchylił, skutkuje nieważnością czynności prawnej od chwili podjęcia uchwały lub dokonania czynności prawnej (*ex tunc*). W analizowanej ustawie mamy do czynienia ze stanem bezwzględnej nieważności gdyż kwestionowana przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa czynność prawna jest sprzeczna z ustawą. Bezwzględna nieważność powstaje z mocy samego prawa (*ex lege*) i datuje się od początku (*ex tunc*), tzn. od chwili dokonania czynności<sup>179</sup>. Warto za-

---

<sup>178</sup> Art. 63 § 1 k.c. Jeżeli do dokonania czynności prawnej potrzebna jest zgoda osoby trzeciej, osoba ta może wyrazić zgodę także przed złożeniem oświadczenia przez osoby dokonywające czynności albo po jego złożeniu. Zgoda wyrażona po złożeniu oświadczenia ma moc wsteczną od jego daty.

<sup>179</sup> M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2008, s. 401, wyrok SN z 17.6.2005 r., III CZP 26/05, OSNC 2006, Nr 4, poz. 63, z aprobującymi glosami: S. Dalki, „Prze-



uważyć, że nie znajduje tu zastosowania art. 17 k.s.h.<sup>180</sup>, gdyż wyczerpującą regulacją w tym zakresie, którą należy zakwalifikować jako *lex specialis*, zawiera art. 2 ust. 7 ustawy o szczególnych uprawnieniach.

Należy stwierdzić, że ustawa o szczególnych uprawnieniach zachowała w zasadzie w niezmienionym kształcie tryb postępowania przez Ministra Skarbu Państwa w wykonywaniu szczególnych uprawnień, pomimo zastrzeżeń przedstawionych w tym zakresie przez Komisję Europejską w Uzasadnionej Opinii, że ze względu na zawieszenie wykonania decyzji organów spółki do czasu uzyskania decyzji Ministra Skarbu Państwa *de facto* mechanizm taki ma cechy wcześniejszego zatwierdzania. Rozwiązania wprowadzone przez polskiego ustawodawcę są odmienne od rozwiązań belgijskich zaakceptowanych przez Trybunał w sprawie C-503/99 *Komisja Europejska v. Belgia*<sup>181</sup>.

#### 4.3.1. Charakter prawny sprzeciwu

Istnieją trudności w ustaleniu charakteru prawnego środka prawnego, jaki stanowi sprzeciw Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa przewidziany w art. 2 ustawy o szczególnych uprawnieniach. Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale składu siedmiu sędziów z 30.10.2007<sup>182</sup> podkreślił, że sprzeciw nie jest instytucją jednolitą. Występuje jako procesowy środek zaskarżenia służący stronie w celu skierowania sprawy do rozpoznania przez sąd lub właściwy organ administracji (np. art. 258–260 p.p.s.a., art. 184 k.p.a.). Może też występować w przepisach prawa materialnego jako środek przysługujący organowi administracji w ramach jego kompetencji kontrolnych lub nadzorczych w stosunku do podmiotów podporządkowanych administracji publicznej. Należy wskazać, że konstrukcja sprzeciwu zastosowana w ustawie o szczególnych uprawnieniach jest całkowicie odmienna niż mechanizmy sprzeciwu przewidziane w przepisach ustawy z 7.7.1994 r. Prawo budowlane<sup>183</sup>, ustawy z dnia 29.8.1997 r. Prawo bankowe<sup>184</sup>, ustawy z 22.5.2003 r. o działalności ubezpieczeniowej<sup>185</sup>.

---

gląd Prawa Egzekucyjnego” 2006, nr 1–3, s. 99 i n. oraz W. Broniewicza, „OSP” 2006, z. 7–8, poz. 85.

<sup>180</sup> Art. 17 § 1 k.s.h.: Jeżeli do dokonania czynności prawnej przez spółkę ustawa wymaga uchwały wspólników albo walnego zgromadzenia bądź rady nadzorczej, czynność prawna dokonana bez wymaganej uchwały jest nieważna.

<sup>181</sup> ETS, sprawa 503/99 *Komisja Europejska v. Belgia*, Zb.Orz. 2002 I-4809.

<sup>182</sup> Uchwała NSA składu siedmiu sędziów z 30.10.2007, sygn. akt II GPS 3/07, ONSAiWSA 2008 r., Nr 1, poz. 1.

<sup>183</sup> Art. 71 ustawy z 7.7.1994 r. prawo budowlane, Dz.U. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.

<sup>184</sup> Art. 144 ust. 1 ustawy z 29.8.1997 r. prawo bankowe, Dz.U. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.

Konstrukcja sprzeciwu przewidziana w ustawie o szczególnych uprawnieniach jest konstrukcją *sui generis*. Ustawa o szczególnych uprawnieniach wyraźnie w art. 2 ust. 3 wskazała decyzję administracyjną jako formę, w jakiej sprzeciw może być wyrażony przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa. Do ustalenia charakteru prawnego sprzeciwu konieczna jest analiza relacji łączącej Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa z podmiotami nadzorowanymi. Wyraźną cezurę czasową dla określenia powyższej relacji stanowi dzień 18.3.2010 r., kiedy uchwalona została ustawa o szczególnych uprawnieniach uchylająca poprzednio obowiązującą ustawę z dnia 3.6.2005 r. Ustawodawca jednoznacznie oderwał wówczas uprawnienia przysługujące Ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa od stosunku prawnego spółki, czyniąc w ten sposób przepis ustawy jedynym źródłem szczególnych uprawnień Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa. Na gruncie obecnie obowiązującej ustawy o szczególnych uprawnieniach realizacja uprawnień przysługująca Ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa nie jest w żaden sposób powiązana z posiadaniem przez Skarb Państwa akcji czy udziałów w spółkach. W rezultacie, należy uznać, że sprzeciw przewidziany w ustawie o szczególnych uprawnieniach jest instrumentem prawa publicznego, zaś Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa wyrażając sprzeciw działa w ramach *imperium*. Uprawnienia przysługują Ministrowi Skarbu Państwa zarówno w spółkach przeznaczonych do prywatyzacji, jak i w spółkach całkowicie już sprywatyzowanych.

Co do się tyczy charakteru prawnego sprzeciwu, to należy wskazać, że zagadnienie to zostało szeroko omówione w literaturze na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 3.6.2005 r. Wyrażony został wówczas pogląd uznający, iż sprzeciw jest cywilnoprawnym oświadczeniem woli Skarbu Państwa. Zdaniem autora tego poglądu taki charakter prawny sprzeciwu wynika ze źródła, jakim jest prawo własności akcji. Nie ma na to wpływu ani przyznanie uprawnienia drogą ustawową ani publicznoprawny charakter samej decyzji administracyjnej, poprzez którą minister wyraża swoje weto. Jest to tylko formalna postać uzewnętrznienia materialnoprawnego uprawnienia, które nie musi polegać na aprobachie czyjegoś oświadczenia woli, a może stanowić dezaprobatę, czyli brak zgody, jakim jest sprzeciw, powszechnie zwany wetem. Weto jest również pozytywnym korzystaniem z przyznanego ustawą uprawnienia, bo wymaga działania uprawnionego (*facere*) przez złożenie oświadczenia. Jest to oświadczenie woli w rozumieniu prawa cywil-

---

<sup>185</sup> Art. 35 ust. 3 ustawy z 22.5.2003 r. o działalności ubezpieczeniowej, Dz.U. Nr 124, poz. 1151 z późn. zm.

nego<sup>186</sup>. Powyższy pogląd spotkał się również z krytyką komentatorów, którzy uznają, że sprzeciw jest jedną z form władczej ingerencji administracji państwowej w swobodę działalności gospodarczej<sup>187</sup>. Niewątpliwie zarówno przyczyna (konieczność wypełniania przez państwo pieczy nad dobrami zbiorowymi) jak też forma wprowadzenia uprawnień ministra (ingerencja ustawowa); forma wykonywania tych uprawnień (jest to decyzja administracyjna musi spełniać wymogi formalne i materialne określone w Kodeksie Postępowania Administracyjnego, dalej w skrócie „k.p.a.”), tryb badania prawidłowości działania ministra (sądownictwo administracyjne) wskazują jednoznacznie na publicznoprawny charakter regulacji<sup>188</sup>.

#### 4.3.2. Tryb postępowania w sprawie sprzeciwu Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa

Zarząd spółki zobowiązany jest do przekazywania pełnomocnikowi do spraw ochrony infrastruktury krytycznej dokumentów lub informacji o podjęciu uchwały lub o dokonaniu przez organy spółki czynności prawnych. Przekazanie informacji powinno nastąpić nie później niż w terminie 3 dni od dnia ich podjęcia lub dokonania<sup>189</sup>. Pełnomocnik do spraw ochrony infrastruktury krytycznej, w terminie 4 dni od dnia otrzymania dokumentów lub informacji o podjęciu uchwały lub o dokonaniu przez organy spółki czynności prawnych, przekazuje Ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa oraz dyrektorowi Rządowego Centrum Bezpieczeństwa pisemną informację w tej sprawie oraz stanowisko odnośnie do wniesienia sprzeciwu, wraz ze stosownym uzasadnieniem<sup>190</sup>. Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa może wszcząć postępowanie nadzorcze, jeżeli z analizy przekazanych przez pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej informacji wynika, że spełnione są przesłanki warunkujące zastosowanie ustawy o szczególnych uprawnieniach. Postępowanie nadzorcze jest zawsze przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa wszczynane z urzędu. Pisemna informacja pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej oraz jego stanowisko odnośnie wniesienia sprzeciwu przekazane Ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa, nie mogą być traktowane jako wniosek o wszczęcie postępowania.

<sup>186</sup> W. Katner, *op.cit.*, s. 46.

<sup>187</sup> M. Mataczyński, *Złote weto w prawie polskim na tle ustawy z 3 czerwca 2005 r., „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 11, s. 18.*

<sup>188</sup> M. Mataczyński, *Swoboda przepływu kapitału...*, s. 218.

<sup>189</sup> Art. 6 ust. 1 ustawy o szczególnych uprawnieniach.

<sup>190</sup> Art. 6 ust. 6 ustawy o szczególnych uprawnieniach.

Uprawnienie Ministra Skarbu Państwa do wyrażenia sprzeciwu wobec czynności spółek jest ograniczone do ściśle wskazanego w ustawie o szczególnych uprawnieniach przedziału czasowego. Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa ma czternastodniowy termin na wniesienie sprzeciwu, którego bieg rozpoczyna się od dnia otrzymania od pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej, informacji o podjęciu przez organy spółki uchwały lub dokonaniu przez zarząd spółki czynności prawnej. Nie może to jednak nastąpić później niż w terminie trzydziestu dni od dnia dokonania czynności prawnej<sup>191</sup>. Po upływie tego terminu Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa nie będzie mógł wykonać swoich uprawnień. Jest to termin prawa materialnego, ponieważ dotyczy kompetencji nadzorczego organu. Termin ten nie podlega przywróceniu, przerwaniu ani zawieszeniu<sup>192</sup>. Podkreślić należy, że w przypadku nieskorzystania z przysługującego prawa sprzeciwu, Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa nie jest zobowiązany na gruncie ustawy o szczególnych uprawnieniach do wydania jakiegokolwiek innego indywidualnego aktu prawnego (np. zgody na dokonanie czynności). Brak sprzeciwu w określonym wyżej terminie należy kwalifikować *a contrario* jako zgodę na podjętą przez organy spółki uchwałę lub dokonanie przez zarząd spółki czynności prawnej, co jest rozwiązaniem znanym w systemie prawnym<sup>193</sup>.

Ograniczony w czasie charakter uprawnień Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa do zablokowania decyzji biznesowych spółek uzasadniony jest koniecznością zagwarantowania bezpieczeństwa obrotu. Nadto, wydaje się, iż wyraźnie wskazane ramy czasowe stanowią czynnik ograniczający ryzyko dla potencjalnych inwestorów, co jest to zgodne z zaleceniami Komisji Europejskiej oraz linią orzeczniczą Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

W przypadku wniesienia sprzeciwu przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa, uprawnionemu tj. spółce lub grupie kapitałowej prowadzącej działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych przysługuje prawo do wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie

---

<sup>191</sup> Art. 2 ust. 3 ustawy o szczególnych uprawnieniach.

<sup>192</sup> Por. uchwała składu siedmiu sędziów NSA z 30.10.2007, sygn. akt II GPS 3/07, opubl. w ONSAiWSA z 2008 r., Nr 1, poz. 1.

<sup>193</sup> Takie rozwiązanie występuje np. w art. 19 ustawy o przedsiębiorstwach państwowych, zgodnie z którym decyzję o likwidacji podejmuje organ założycielski z własnej inicjatywy bądź na wniosek rady pracowniczej przedsiębiorstwa, o ile minister właściwy do spraw Skarbu Państwa nie zgłosi sprzeciwu, wraz z uzasadnieniem, w terminie dwóch tygodni, Dz.U. z 2002 r., Nr 112, poz. 981 z późn. zm.

sprawy. Ustawa o szczególnych uprawnieniach nie zawiera uregulowań dotyczących wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy. W tym zakresie uzupełniająco należy stosować przepisy kodeksu postępowania administracyjnego, tj. art. 127§ 3 k.p.a.

Z powyższego wynika, że Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa rozstrzyga sprawę dwukrotnie, po raz pierwszy w I instancji, a następnie w II instancji rozpatrując wniosek złożony przez uprawnionego na podstawie art. 127§ 3 k.p.a. Termin na załatwienie sprawy przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa działającego jako organ II instancji, wynosi 14 dni<sup>194</sup>.

Wyczerpanie przez stronę prawa do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy jest przesłanką dopuszczalności skargi do sądu administracyjnego, zgodnie z art. 52 § 1 ustawy z dnia 30.8.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (dalej w skrócie p.p.s.a). Niewykorzystanie prawa do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, jest zgodne z art. 58 § 1 pkt 6 p.p.s.a podstawą do odrzucenia skargi.

Należy zauważyć, że regulacja dotycząca sprzeciwu Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa w ustawie nie ma charakteru wyczerpującego ani samodzielnego. Stosownie do art. 2 ust. 8 ustawy o szczególnych uprawnieniach, w sprawach nieuregulowanych do postępowania w sprawie sprzeciwu stosuje się przepisy kodeksu postępowania administracyjnego.

#### 4.4. Status pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej

Ustawa o szczególnych uprawnieniach zakłada rezygnację z instytucji obserwatora, przewidzianej w uchylonej ustawie z dnia 3.6.2005 r. oraz powierzenie jego obowiązków pełnomocnikowi do spraw ochrony infrastruktury krytycznej. Na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy uprawnienia przysługujące Ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa były wykonywane przy pomocy obserwatorów<sup>195</sup>. Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa mógł ustanowić jednego albo dwóch obserwatorów<sup>196</sup>. Upraw-

---

<sup>194</sup> Art. 2 ust. 5 ustawy o szczególnych uprawnieniach.

<sup>195</sup> Obowiązywało Rozporządzenie Rady Ministrów z 24.1.2006 r. w sprawie obserwatorów w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego, które przewidywało powoływanie i odwoływanie przez Ministra Skarbu Państwa obserwatorów w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego. Dz.U. Nr 19, poz. 145.

<sup>196</sup> Szerzej na ten temat: M. Mataczyński, *Swoboda przepływu kapitału...*, s. 208 i n.

nienia i obowiązki obserwatora mógł wykonywać członek zarządu spółki powołany przez Skarb Państwa, jeżeli na podstawie przepisów ustawy lub statutu albo umowy spółki Skarb Państwa posiadał uprawnienie do powołania członka zarządu w takiej spółce<sup>197</sup>. Obserwatorem mógł być mianowany urzędnik służby cywilnej mający uprawnienia do pełnienia funkcji członka rady nadzorczej w spółce z udziałem Skarbu Państwa, posiadający doświadczenie niezbędne do prawidłowego wykonywania uprawnień i obowiązków określonych w ustawie<sup>198</sup>. Zadaniem obserwatorów było uzyskiwanie od spółek informacji o wszelkich możliwych planach, zamierzeniach i działaniach oraz analiza dostarczonych informacji oraz raportowanie Ministrowi<sup>199</sup>. Obserwator z tytułu pełnionej funkcji otrzymywał miał wynagrodzenie z budżetu państwa<sup>200</sup>. Jednocześnie spółki, w których ustanawiany był obserwator, zobowiązane były do notyfikowania Ministrowi Skarbu Państwa informacji o określonych czynnościach prawnych, pod rygorem nieważności tych czynności. Stanowiło to daleko idącą ingerencję organów administracji państwowej w proces zarządzania spółką.

W przeciwieństwie do instytucji obserwatora, na gruncie obecnie obowiązującej ustawy o szczególnych uprawnieniach pełnomocnik do spraw ochrony infrastruktury krytycznej będzie powoływany i odwoływany przez zarząd spółki w porozumieniu z Ministrem Skarbu Państwa oraz Dyrektorem Rządowego Centrum Bezpieczeństwa<sup>201</sup>. Pełnomocnik do spraw ochrony infrastruktury krytycznej jest pracownikiem spółki monitorującym działalność spółki, odpowiedzialnym za utrzymywanie kontaktów z administracją publiczną w zakresie ochrony infrastruktury krytycznej.

Z uwagi na kluczową rolę pełnioną przez pełnomocnika w procesie ochrony infrastruktury krytycznej będącej w posiadaniu spółek z sektora energetycznego, ustawa o szczególnych uprawnieniach przewiduje wydanie przez Prezesa Rady Ministrów rozporządzenia określającego szczegółowy sposób powoływania i odwoływania pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej oraz sposób wykonywania przez niego obowiązku monitorowania działalności spółki. Na mocy delegacji ustawowej Prezes Rady Ministrów wydał

---

<sup>197</sup> Art. 5 ust. 2 ustawy z 3.6.2005 r.

<sup>198</sup> Art. 7 ust. 1 ustawy z 3.6.2005 r.

<sup>199</sup> M. Przychodźki, *Szczególne kompetencje państwa w stosunku do spółek kapitałowych – analiza rządowego projektu ustawy o „złotej” akcji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 4, s. 32

<sup>200</sup> Art. 7 ust. 2 ustawy z 3.6.2005 r.

<sup>201</sup> Art. 5 ust. 1 ustawy o szczególnych uprawnieniach.

w dniu 14.7.2010 r. rozporządzenie w sprawie pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej<sup>202</sup>, które określa szczegółowy zakres współpracy zarządu spółki, Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa oraz Dyrektora Rządowego Centrum Bezpieczeństwa. Zgodnie z postanowieniami powyższego rozporządzeniem, zarząd spółki w terminie 5 dni od dnia otrzymania od Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa powiadomienia o ujęciu mienia spółki w wykazie obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej, wyznacza kandydata na pełnomocnika. W terminie 5 dni po wyznaczeniu kandydata, zarząd spółki sporządza dwa egzemplarze wniosku o wyrażenie zgody na powołanie kandydata i wysyła je do Ministra oraz do Dyrektora Centrum Bezpieczeństwa, zaś Minister niezwłocznie przekazuje kopie wniosku do wiadomości Szefowi Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego<sup>203</sup>. Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa i Dyrektor Centrum Bezpieczeństwa wyrażają zgodę bądź nie wyrażają zgody na powołanie kandydata na stanowisko pełnomocnika. W tym ostatnim przypadku przekazuje się zarządowi spółki informacje o przyczynach niewyrażenia zgody zobowiązując zarząd spółki do wyznaczenia innego kandydata<sup>204</sup>. Zaś w przypadku wyrażenia zgody ministra oraz Dyrektora Centrum Bezpieczeństwa zarząd spółki powołuje pełnomocnika i przekazuje tym organom kopie uchwały oraz zakres obowiązków pełnomocnika<sup>205</sup>. Identyczna procedura obowiązuje w przypadku odwołania pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej, to znaczy pełnomocnika odwołuje zarząd po uprzednim uzyskaniu zgody Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa oraz Dyrektora Centrum Bezpieczeństwa. W przypadku złożenia wniosku o odwołanie pełnomocnika, zarząd jest zobowiązany złożyć jednocześnie wniosek o wyrażenie zgody na powołanie innego kandydata na to stanowisko.

Ponadto rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej określa prawa i obowiązki pełnomocnika. Pełnomocnik ma prawo uczestniczenia w posiedzeniach zarządu spółki w sprawach związanych z funkcjonowaniem, ciągłością działania oraz integralnością infrastruktury krytycznej. Zarząd spółki jest zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia pełnomocnika o terminie, miejscu oraz porządku obrad posiedzenia nie później niż dwa dni przed planowanym po-

---

<sup>202</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 14.7.2010 r. w sprawie pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej, Dz.U Nr 135, poz. 906.

<sup>203</sup> Ibidem, § 3.

<sup>204</sup> Ibidem, § 4 ust. 5.

<sup>205</sup> Ibidem, § 5.

siedzeniem organu spółki<sup>206</sup>. Ponadto zarząd spółki jest zobowiązany do udostępniania pełnomocnikowi pisemnej informacji o zamiarze dokonania przez spółkę czynności stanowiących rzeczywiste zagrożenie dla funkcjonowania, ciągłości działania oraz integralności infrastruktury krytycznej, wraz z kopiami dokumentów dotyczących tej czynności lub zdarzenia, nie później niż na dwa dni przed planowanym dokonaniem czynności<sup>207</sup>. W zakresie wynikającym z wykonywania powierzonych pełnomocnikowi zadań, pełnomocnik ma prawo żądania od organów spółki wszelkich dokumentów, informacji oraz wyjaśnień<sup>208</sup>. Nadto, pełnomocnik do spraw ochrony infrastruktury krytycznej w terminie 4 dni od dnia otrzymania dokumentów lub informacji o podjęciu uchwały lub o dokonaniu przez organy spółki czynności prawnych, przekazuje Ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa oraz dyrektorowi Rządowego Centrum Bezpieczeństwa pisemną informację w tej sprawie oraz stanowisko odnośnie do wniesienia sprzeciwu, wraz z jego uzasadnieniem.

Zakres kompetencji pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej określa również ustawa o szczególnych uprawnieniach. Pełnomocnik jest zobowiązany do przygotowywania informacji o ochronie infrastruktury krytycznej dla zarządu, rady nadzorczej spółki, dla Ministra Skarbu Państwa oraz Dyrektora Rządowego Centrum Bezpieczeństwa. Ponadto do zadań pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej należy monitorowanie działalności spółki w zakresie ochrony infrastruktury krytycznej, przekazywanie informacji o infrastrukturze krytycznej dyrektorowi Rządowego Centrum Bezpieczeństwa na jego wniosek, przekazywanie i odbieranie informacji o zagrożeniu infrastruktury krytycznej we współpracy z dyrektorem Rządowego Centrum Bezpieczeństwa<sup>209</sup>. Na żądanie zarządu spółki lub rady nadzorczej lub co kwartał pełnomocnik jest zobowiązany do sporządzenia raportu o stanie ochrony infrastruktury krytycznej. Raport jest przekazywany Ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa oraz dyrektorowi Rządowego Centrum Bezpieczeństwa. Jeżeli raport jest niepełny, zawiera nieścisłości lub nie przedstawia dokładnie stanu faktycznego w zakresie spraw w nim zawartych, pełnomocnik do spraw ochrony infrastruktury krytycznej jest zobowiązany, na wezwanie ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa lub dyrektora Rządowego Centrum Bezpieczeństwa, do uzupełnienia raportu we wskazanym zakresie i terminie<sup>210</sup>. Ponadto pełnomocnik do spraw ochrony

---

<sup>206</sup> Ibidem, § 10 ust. 1.

<sup>207</sup> Ibidem, § 10 ust. 3.

<sup>208</sup> Ibidem, § 11.

<sup>209</sup> Ustawy o szczególnych uprawnieniach, art. 5 ustęp 2.

<sup>210</sup> Ibidem, art. 6 ust. 4.



infrastruktury krytycznej ma obowiązek sporządzenia sprawozdania kwartalnego z wykonanych obowiązków i złożenia ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa oraz dyrektorowi Rządowego Centrum Bezpieczeństwa<sup>211</sup>. Zarówno sporządzenie raportów, sprawozdań jak i przekazywanie informacji następuje zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych. Z uwagi na to, że wykonywanie czynności przez pełnomocnika wymaga dostępu do informacji niejawnych związanych z realizacją zadań, ujętych w załączniku nr 1 (część II) do ustawy z dnia 22.1.1999 r. o ochronie informacji niejawnych ustawa przewiduje, że pełnomocnikiem może być osoba, która posiada poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne”. Organem właściwym w tych sprawach jest Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, stąd też rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 14 lipca w sprawie pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej przewiduje, że Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa informuje Szefa ABW o otrzymaniu wniosku o powołanie i odwołanie pełnomocnika oraz o zmianach informacji zawartych w tym wniosku<sup>212</sup>. Pozwoli to na sprawny przepływ informacji pomiędzy Ministrem a Szefem Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, w szczególności w kontekście art. 12a ustawy o zarządzaniu kryzysowym, który przyznaje Szefowi Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego uprawnienia mające na celu ochronę przed zdarzeniami nadzwyczajnymi, w tym o charakterze terrorystycznym.

Warto podkreślić, że ustawa o szczególnych uprawnieniach nie przewiduje sankcji za niewykonanie przez pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej obowiązków. W poprzednio obowiązującej regulacji, za działania obserwatorów, którzy powoływani byli przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa, odpowiedzialność ponosił na zasadzie ryzyka Skarb Państwa za bezprawne wyrządzenie szkody przez osoby działające na zlecenie organów władzy i administracji państwowej. Obecnie ustawa o szczególnych uprawnieniach nie rozstrzyga kwestii, kto ponosi odpowiedzialność za działania pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej. Biorąc pod uwagę fakt, że zarząd jest organem spółki, zaś pełnomocnik do spraw ochrony infrastruktury krytycznej jest pracownikiem, to za ich działalność powodującą szkodę, odpowiedzialność ponosi spółka na zasadzie art. 416 Kodeksu Cywilnego.

---

<sup>211</sup> Ibidem, art. 6 ust. 5.

<sup>212</sup> § 3 ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 14.7.2010 r.

Nadto, pojawia się wątpliwość czy przewidziane ustawą mechanizmy gwarantują, że zadania będą wykonywane przez pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej w sposób efektywny i niezależny. Może dojść do powstania tzw. konfliktu interesów, przez co rozumie się taki układ wzajemnych wartości (lub potrzeb), w którym wartości te wykluczają się bądź też realizacja jednych utrudnia realizację innych<sup>213</sup>. Należy podkreślić, że pomiędzy pełnomocnikiem do spraw ochrony infrastruktury krytycznej (pracownikiem) a zarządem spółki (pracodawca) może dochodzić do sporów dotyczących wykonywania przez tego pierwszego obowiązków wynikających z ustawy o szczególnych uprawnieniach. Pełnomocnik do spraw infrastruktury krytycznej stoi przed dylematem natury lojalnościowej, gdyż podmiot ten jednocześnie reprezentuje zarówno spółkę zobowiązaną do stosowania ustawy o szczególnych uprawnieniach jak i Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa. Pojawia się wątpliwość czy interes publiczny będzie dla pełnomocnika zawsze priorytetem, czy też wybierze on raczej interes spółki, której jest pracownikiem i od której otrzymuje wynagrodzenie. Na tym tle pojawia się wątpliwość czy ustawa o szczególnych uprawnieniach zawiera wystarczające instrumenty zapobiegające powstaniu konfliktu, w szczególności czy współudział Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa oraz Dyrektora Rządowego Centrum Bezpieczeństwa w wyborze osoby na stanowisko pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej<sup>214</sup>, okaże się wystarczające do zniwelowania konfliktu interesów. Z drugiej strony, wskazać należy, że niewątpliwą zaletą przyjętego przez ustawodawcę rozwiązania jest to, że pełnomocnik do spraw ochrony infrastruktury krytycznej jest jednocześnie pracownikiem spółki, a więc istnieje domniemanie, że posiada on głęboką wiedzę o jej funkcjonowaniu, orientuje się w bieżącej działalności spółki i posiada dostęp do wszelkich informacji.

Wskazać także należy, że analizowana regulacja w zakresie powierzenia obowiązków pełnomocnikowi do spraw ochrony infrastruktury krytycznej zawiera rozwiązania zgodne z zasadami wyrażonymi w Dyrektywie Rady WE 2008/114/WE w sprawie rozpoznania i wyznaczenia Europejskiej Infrastruktury Krytycznej oraz oceny potrzeb w zakresie poprawy jej ochrony<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986, s. 164.

<sup>214</sup> Art. 5 ust. 1 ustawy o szczególnych uprawnieniach.

<sup>215</sup> Dz.Urz. UE Nr L 345/75.

#### 4.5. Odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkodę

Realizacja przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa szczególnych uprawnień w stosunku do spółek zobowiązanych do stosowania ustawy o szczególnych uprawnieniach, może wywoływać skutki cywilnoprawne w majątku tych spółek. Ustawodawca kwestie odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa uregulował w art. 3 ustawy o szczególnych uprawnieniach, zgodnie z którym do roszczeń o odszkodowanie z tytułu strat majątkowych poniesionych przez spółki wskutek wydania przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa zgodnych z prawem decyzji, o których mowa w art. 2 ust. 1 i 2 ustawy o szczególnych uprawnieniach, stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 22.11.2002 r. o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela<sup>216</sup>. W myśl art. 2 tej ustawy każdemu, kto poniósł stratę majątkową w następstwie ograniczenia wolności i praw człowieka i obywatela w czasie stanu nadzwyczajnego, służy roszczenie o odszkodowanie. Do odszkodowania stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego z wyłączeniem art. 415–420<sup>2</sup>. Zaś art. 3 tej ustawy wyłącza możliwość ubiegania się o odszkodowanie, jeżeli strata majątkowa powstała wyłącznie z winy poszkodowanego lub osoby trzeciej. Odszkodowanie obejmuje wyrównanie straty majątkowej do *damnum emergens*, bez korzyści (*lucrum cessans*), które poszkodowany mógłby osiągnąć, gdyby strata nie powstała. Należy podkreślić, że ograniczenie odszkodowania do wysokości poniesionych strat (*damnum emergens*) poniesionych przez spółki dotyczy tylko i wyłącznie tzw. legalnego działania państwa<sup>217</sup>, a mianowicie przypadku, kiedy Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa wydał decyzję zgodną z prawem tj. zgodną z warunkami przewidzianymi w ustawie SzczegUprMsp. Natomiast, w przypadku wydania przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa decyzji niezgodnych z prawem (bezprawnych), stronie (tj. spółce zobowiązanej do stosowania ustawy SzczegUprMsp, której uchwały zostały zablokowane poprzez zgłoszenie sprzeciwu przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa) przysługuje odszkodowanie na zasadach ogólnych. Wówczas podstawą

<sup>216</sup> Dz.U. Nr 233, poz. 1955.

<sup>217</sup> Szkody legalne to takie uszczerbki, które powstały w wyniku zgodnego z prawem (*lege artis*) wykonywania obowiązków i kompetencji. Zob. P. Dzień, *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 154.

żądania odszkodowania jest art. 417 § 1 i art. 417<sup>1</sup> § 2 k.c. Strona może żądać odszkodowania w pełnej wysokości (nie wyłączając *lucrum cessans*).

Rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę w ustawie o szczególnych uprawnieniach jest identyczne z funkcjonującym poprzednio na gruncie uchylonej ustawy z dnia 3.6.2005 r. o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego, pomimo tego, że Komisja Europejska w Uzasadnionej Opinii uznała, że zasady przyznawania odszkodowania są niewystarczające, podnosząc, iż ochrona prawna spółek jest iluzoryczna.

Na gruncie poprzedniej ustawy został wyrażony pogląd kwestionujący możliwość domagania się odszkodowania za zgodne z prawem decyzje Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa. Zdaniem M. Przychodzkiego trudno jest uznać za zasadną odpowiedzialność Skarbu Państwa za legalne decyzje, których celem jest ochrona porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego. Zdaniem tego komentatora istnieje poważne niebezpieczeństwo, że roszczenie o odszkodowanie zostanie potraktowane jako instrument wymuszania na Skarbie Państwa odszkodowań z tytułu wyrządzonych szkód za skuteczne zgłaszanie sprzeciwu lub nałożenie obowiązku kontynuowania działalności<sup>218</sup>. Odmienne stanowisko prezentuje M. Kępiński oraz M. Mataczyński. Zdaniem tych autorów spółka przymuszona do kontynuowania działalności albo do zaniechania skądinąd zgodnej z prawem czynności prawnej ma prawo do domagania się odszkodowania. Zdaniem M. Mataczyńskiego przepis ten nie będzie stanowił instrument wymuszania na Skarbie Państwa odszkodowań, gdyż *gros* szkód jakie poniosą spółki będzie miała charakter utraconych korzyści pozostające poza zakresem odszkodowania przewidzianego w art. 2 ustawy z dnia 22.11.2002 r. o wyrównaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela. Ponadto zdaniem tego autora brak takiego przepisu mógłby skutkować uznaniem ustawy za niekonstytucyjną i niezgodną z art. 63 TFUE – brak odszkodowania niewątpliwie skutkowałby zniechęceniem inwestorów z innych Państw Członkowskich do inwestowania w akcje takich spółek<sup>219</sup>.

W pełni podzielam zaprezentowany powyżej pogląd. Wydaje się, że ograniczenie wysokości odszkodowania do *damnum emergens* w przypadku zgodnych z prawem decyzji Ministra właściwego do spraw Skarbu Pań-

---

<sup>218</sup> M. Przychodzki, *op.cit.*, s. 34.

<sup>219</sup> M. Mataczyński, *Swoboda przepływu kapitału...*, s. 206.

stwa jest uzasadnione celem wprowadzonego ograniczenia, którym jest ochrony ważnego interesu publicznego polegającego na zapewnienie bezpieczeństwa dostaw energii w sytuacji kryzysu. Wprowadzone ustawą o szczególnych uprawnieniach ograniczenie wysokości odszkodowania jest wyrazem preferencji ochrony interesu państwa nad ekonomicznym interesem spółek kapitałowych.

## 5. Ocena legalności nowej konstrukcji polskiej „złotej akcji” w świetle prawa polskiego

Szczególne uprawnienia przyznane Ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa mocą ustawy ograniczają przysługujące akcjonariuszom możliwości rzeczywistego udziału w zarządzaniu i sprawowaniu kontroli nad spółką proporcjonalnie do wartości posiadanych przez nich akcji i ponadto ograniczają ich uprawnienia do podejmowania strategicznych decyzji, takich jak decyzje dotyczące rozwiązania spółki, zmiany przeznaczenia lub zaniechania eksploatacji mienia spółki, zmiany przedmiotu przedsiębiorstwa spółki lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienia na nim ograniczonego prawa rzeczowego, przyjęcia planu rzeczowo-finansowego, planu działalności inwestycyjnej lub wieloletniego planu strategicznego, przeniesienia siedziby spółki za granicę. Uczynienie użytku przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa z uprawnienia do wyrażenia sprzeciwu wobec wyżej wymienionych decyzji organów spółek wywołuje daleko idące skutki w sferze prowadzenia działalności gospodarczej przez te spółki i stanowi niewątpliwie ograniczenie przysługującej tym podmiotom wolności działalności gospodarczej, gdyż ingeruje w samodzielność podejmowanych przez nich decyzji. Warto zaznaczyć, że państwo jest uprawnione do limitowania swobody działalności gospodarczej, gdy uzasadnia to interes publiczny wynikający ze specyfiki prowadzonej działalności. Należy zgodzić się z poglądem A. Walaszek-Pyziół, która stwierdziła, że w odniesieniu do przedsiębiorstw energetycznych konieczne jest i uprawnione ograniczenie przysługującej ogółowi przedsiębiorców tzw. wolności gospodarczej. Równocześnie autorka podkreśla, iż jest kwestią wyboru ustawodawcy określenie zakresu i „instrumentów” ograniczenia tej wolności<sup>220</sup>. Ocena legalności nowej konstrukcji „złotej akcji” sprowadza się zatem do udzielenia odpowiedzi na pytanie czy rozwią-

---

<sup>220</sup> A. Walaszek-Pyziół, *Energia i Prawo*, Warszawa 2002, s. 10.

zania wprowadzone ustawą o szczególnych uprawnieniach są zgodne z zasadą demokratycznego państwa prawnego oraz czy spełnione są przesłanki wynikające z art. 22 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

### **5.1. Zasada demokratycznego państwa prawnego jako granica ingerencji Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa w działalność gospodarczą spółek kapitałowych sektora energetycznego zobowiązanych do stosowania ustawy o szczególnych uprawnieniach**

Zasady i normy wynikające z Konstytucji i RP jak i innych ustaw, a w szczególności ustawy o szczególnych uprawnieniach wyznaczają zakres dopuszczalnego oddziaływania Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa na działalność spółek z sektora energetycznego. Wszelkie działania podejmowane przez Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa muszą mieścić się w zakresie tej limitacji i są przedmiotem kontroli sądowej. Zgodnie z art. 2 Konstytucji z 2.4.1997 r. Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej. Powyższy przepis należy rozumieć jako określenie stanu, do którego z mocy normy konstytucyjnej stosować mają się w swojej działalności wszystkie organy państwa<sup>221</sup>. Z zasady demokratycznego państwa prawnego wynika generalny postulat, żeby wszelkie działania organów władzy publicznej miały podstawę w przepisach prawa. Przepisy prawa powinny zawierać zarówno podstawę działania, jak też wyznaczać zakres dopuszczalnego działania organów administracji publicznej<sup>222</sup>. Zgodnie z treścią art. 7 Konstytucji RP organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, co rodzi domniemanie legalności czynności podejmowanych przez te organy. Oparcie działalności władzy publicznej na przepisach prawa oznacza obowiązek organów administracji do należytej realizacji norm prawnych, a także sprowadza się do pozbawienia organu administracji możliwości podejmowania i prowadzenia działań, do których organ ten nie jest upoważniony na mocy przepisów prawa<sup>223</sup>. W prawie publicznym w przeciwieństwie do prawa prywatnego nie obowiązuje zasada, że dozwolone jest wszystko to, co nie jest zabronione<sup>224</sup>. Organ władzy

<sup>221</sup> M. Wierzbowski, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2003, s. 45.

<sup>222</sup> Postanowienie TK z 19.4.2006 r., sygn. SK 12/05, OTK 2006, Nr 4, poz. 50.

<sup>223</sup> Por. Z. Tabor, *Teoretyczne problemy legalności*, Katowice 1998, s. 95–96.

<sup>224</sup> K. Pawłowicz, *Wolność gospodarcza [w:] Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, (red. M. Wierzbowski, M. Wyrzykowski), Warszawa 2003, s. 73.

publicznej mogą działać tylko tam i o tyle, o ile prawo je do tego upoważnia. Jak trafnie stwierdził Naczelny Sąd Administracyjny, organ administracji wydając decyzję, nie może ani nałożyć na obywatela obowiązku, ani odmówić mu przyznania uprawnienia, jeżeli nie wykaże, że upoważniają go do tego konkretne przepisy prawa. Są to podstawowe zasady działania aparatu administracji państwowej w praworządnym państwie<sup>225</sup>.

Dokonując przełożenia powyższej zasady na działania podejmowane przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa w stosunku do spółek z sektora energetycznego, należy podkreślić, że zasada demokratycznego państwa prawnego delimituje ingerencję tego organu w sferę działalności tych spółek ściśle do przypadków wskazanych w ustawie o szczególnych uprawnieniach. Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa ma obowiązek i upoważnienie do podejmowania działań tylko w przypadku spełnienia przesłanek wskazanych w ustawie o szczególnych uprawnieniach. Nie można domniemywać ani interpretować w sposób rozszerzający kompetencji Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa, muszą one wynikać ściśle z przepisów ustawy o szczególnych uprawnieniach.

Ponadto, w judykaturze<sup>226</sup> podkreśla się, że współcześnie standardem funkcjonowania administracji powinno być nie tylko jej legalne działanie, ale również działanie rzetelne – realizacja nałożonych na organy administracji publicznej zadań powinna być wolna od wszelkich przejawów arbitralności i dowolności, a podejmowane działania powinny dać się racjonalnie wytłumaczyć okolicznościami danego przypadku. Oznacza to, że działania Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa nie tylko mogą być podejmowane na zasadach i warunkach przewidzianych w ustawie o szczególnych uprawnieniach, ale także muszą być obiektywnie uzasadnione. Prawdliwość działań podejmowanych przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa jest sprawdzana w toku kontroli prowadzonej przez sąd administracyjny. Ponadto, od dnia 1.5.2004 r., kiedy to prawo Unii Europejskiej stało się *corpus iuris* prawa krajowego, władze administracyjne, w tym Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa jest zobowiązany do stosowania postanowień prawa unijnego. Zostało to potwierdzone w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-03/88 *Costanzo*<sup>227</sup>, w której Trybunał stwierdził, że organy krajowe są w takim samym stopniu zobowiązane do stosowania pra-

<sup>225</sup> Wyrok NSA z 17.11.1982 r. sygn. II SA 1474/82.

<sup>226</sup> Wyrok SN z 5.8.1992 r., sygn. I PA 5/92, OSP 1993, Nr 7–8, poz. 142.

<sup>227</sup> ETS, sprawa 103/88 *F. Costanzo SpA v. Comune di Milano*, Zb.Orz. 1989 1839 – sprawa dotyczyła stosowania aktu prawa unijnego jakim są dyrektywy.

wa unijnego jak sędziwie. W konsekwencji, Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa musi działać na podstawie i w granicach zarówno z prawa krajowego jak też prawa Unii Europejskiej.

## **5.2. Konstytucyjna gwarancja wolności gospodarczej jako granica ingerencji Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa w działalność spółek kapitałowych sektora energetycznego zobowiązanych do stosowania ustawy o szczególnych uprawnieniach**

Ustawa o szczególnych uprawnieniach wprowadza do polskiego porządku prawnego instrument władczego wpływu Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa w wewnętrzne funkcjonowanie spółek z sektora energetycznego przejawiającą się w możliwości wyrażenia przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa sprzeciwu wobec decyzji organów spółki, przez co niewątpliwie narusza swobodę wolności gospodarczej spółki jako przedsiębiorcy. Poszanowanie przysługującej spółkom zasady wolności gospodarczej jest podstawą bezpieczeństwa prawnego oraz wiarygodności państwa w stosunkach z obywatelami, ponieważ od stopnia poszanowania tego prawa przez władzę publiczną zależy stopień zaufania obywateli do prawa i państwa.

Wolność działalności gospodarczej w ujęciu Konstytucji RP występuje zarówno jako prawo podmiotowe jak też zasada ustrojowa, gdyż art. 20 i 22 odnoszące się do wolności zostały umieszczone w Rozdziale I Konstytucji, zatytułowanym „Rzeczpospolita”, a więc zawierającym przede wszystkim zbiór zasad. Wolność gospodarcza jako prawo podmiotowe oznacza prawo do podjęcia i wykonywania działalności gospodarczej, także wolnego wyboru wykonywania zawodu i miejsca pracy. Od wolności gospodarczej rozumianej jako zasada ustrojowa Konstytucja w art. 22 wprowadza wyjątek, z którego wynika, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Ustawodawca wskazał wartości, których ochrona uzasadnia ograniczenie praw i wolności. Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, ograniczenia mogą być ustanawiane w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne dla bezpieczeństwa państwa lub porządku prawnego, dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Warto podkreślić, że Konstytucja przewiduje jedynie możliwość ograniczenia wolności gospodarowania, nie dopuszcza natomiast możliwości jej całkowitego wyeliminowania<sup>228</sup>.

---

<sup>228</sup> Por. Wyrok TK z 2.6.1993 r., sygn. W 17/93, OTK 1993, Nr 2, poz. 44.



Zdaniem P. Winczorka, stopień dozwolonego ograniczenia nie jest określony. Można jednak założyć, że nie może ono być posunięte tak daleko, by praktycznie niweczyć samą istotę tej wolności<sup>229</sup>. Trafnie zauważa K. Strzyckowski, że w gospodarce rynkowej ograniczenie wolności gospodarczej nie może wynikać wyłącznie z mechanizmów „samoograniczenia się” gospodarki, a niezbędnym elementem w tym zakresie są odpowiednie uregulowania prawne dające określone środki prawne organom publicznym<sup>230</sup>. Z drugiej strony, M. Friedman, wielki jej orędownik stwierdza, iż żyjemy w społeczeństwie powiązanych mnóstwem współzależności i pewne ograniczenia wolności są konieczne, aby uniknąć innych ograniczeń jeszcze gorszych<sup>231</sup>.

W celu ograniczenia wolności działalności gospodarczej konieczne jest kumulatywne spełnienie dwóch przesłanek. Trybunał Konstytucyjny wskazał, że przesłanką materialną ograniczenia wolności gospodarczej jest wystąpienie ważnego interesu publicznego, zaś przesłanką formalną jest konieczność drogi ustawowej<sup>232</sup>. Ustawa o szczególnych uprawnieniach nie wskazuje *expressis verbis* celu wprowadzonej regulacji<sup>233</sup>. Z analizy treści przepisu wynika, że celem wprowadzanych ustawą o szczególnych uprawnieniach ograniczeń w autonomii decyzyjnej spółek z sektora energetycznego jest zagwarantowanie społeczeństwu ciągłości dostaw energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych, należy zatem zbadać czy w ten sposób określony cel mieści się w pojęciu ważnego interesu publicznego.

Pojęcie interesu publicznego należy do kategorii klauzul generalnych, które dają podstawy do różnorodnej interpretacji. W literaturze definicja interesu publicznego jest wywodzona z wartości związanych z interesami indywidualnymi jako uprawnione i zgeneralizowane interesy jednostek. Pod tym pojęciem rozumiany jest interes wszystkich ludzi żyjących w ramach politycznie zorganizowanej wspólnoty, gdzie zapewniona jest realizacja określonych, legitymowanych interesów ogółu<sup>234</sup>. Trybunał Konstytucyjny wska-

---

<sup>229</sup> P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 35.

<sup>230</sup> K. Strzyckowski, *Kilka uwag o istocie i granicach wolności gospodarczej [w:] Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004, s. 299.

<sup>231</sup> M. i R. Friedman, *Wolny wybór*, Sosnowiec 1994, s. 61 i n.

<sup>232</sup> Wyrok TK z 10.4.2001 r., sygn. U 7/00.

<sup>233</sup> W uzasadnieniu projektu ustawy wskazuje się, iż jej celem jest zapewnienie prawidłowego gospodarowania mieniem wchodzącym w skład infrastruktury krytycznej.

<sup>234</sup> M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986, s. 36–43.

zał, jakie wartości dookreślają ogólniejsze pojęcie interesu publicznego i stwierdził, że ograniczenie wolności gospodarczej jest możliwe ze względu na ochronę innych wartości konstytucyjnych, a w szczególności bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej oraz wolności i praw innych osób<sup>235</sup>. Jednocześnie Trybunał podkreślił, że każdy wypadek konieczności ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści się w klauzuli ważnego interesu publicznego w rozumieniu art. 22 Konstytucji, i jednocześnie stwierdził, że w zakresie owego ważnego interesu publicznego mieszczą się ponadto wartości niewymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W konsekwencji zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej jest przynajmniej z punktu widzenia materialnoprawnych przesłanek ograniczeń szerszy od zakresu ograniczeń tych wolności i praw, do których odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji<sup>236</sup>. Trybunał Konstytucyjny w kontekście oceny przesłanki „ważności” interesu publicznego podniósł także, że interes ten – a w rezultacie wprowadzane na jego podstawie ograniczenie wolności gospodarczej – powinno być na tyle merytorycznie uzasadnione, tak aby w konflikcie z zasadą wolności gospodarczej rachunek aksjologiczny przeważał na korzyść ograniczenia<sup>237</sup>. Ograniczenie wolności gospodarczej nie może prowadzić do dowolności<sup>238</sup>.

Na szczególną uwagę w kontekście analizowanej ustawy zasługuje orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25.7.2006 r.<sup>239</sup>, w którym Trybunał Konstytucyjny sprecyzował jakie wartości uzasadniają ograniczenie wolności gospodarczej w sektorze energetycznym. Przedmiotem analizy Trybunału Konstytucyjnego była zgodność z art. 22 i art. 92 Konstytucji przepisów art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 10.4.1997 r. – Prawo energetyczne<sup>240</sup> w brzmieniu obowiązującym do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 24.7.2002 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne. Przedmiotowy przepis nakładał na przedsiębiorstwa energetyczne obowiązek zakupu energii oraz ciepła ze źródeł niekonwencjonalnych i odnawialnych. Po rozpatrzeniu sprawy Trybunał Konstytucyjny stwierdził, zgodność tego przepisu z art. 22 Konstytucji i wskazał w uzasadnieniu, że zarówno specyfika rynku energetycznego, który jest rynkiem regulowanym, jak też konstytucyjnie legitymowane potrzeby, uzasad-

<sup>235</sup> Wyrok TK z 17.12.2003 r., sygn. SK 15/02; zob. też wyrok TK z 29.1.2002 r., sygn. K 19/01.

<sup>236</sup> Wyrok TK z 8.7.2008 r., sygn. K 46/07.

<sup>237</sup> Wyrok TK z 20.8.1992 r., sygn. K 4/92.

<sup>238</sup> Wyrok TK z 9.4.1991 r., sygn. U 9/90.

<sup>239</sup> Wyrok TK z 25.7.2006 r., sygn. P 24/05.

<sup>240</sup> Dz.U. Nr 54, poz. 348 z późn.zm.

niają ograniczenie wolności działalności gospodarczej w odniesieniu do tej dziedziny gospodarki.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej ustawy o szczególnych uprawnieniach, należy stwierdzić, że szczególne uprawnienie Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa do wyrażenia sprzeciwu odnoszą się wyłącznie do spółek z określonego sektora mające strategiczne znaczenie dla funkcjonowania państwa, a mianowicie do sektora energetycznego. Wyposażenie Ministra w prawo sprzeciwu umożliwia temu organowi kontrolę decyzji dotyczących zarządzania w spółkach z sektora energetycznego. Swoboda wolności gospodarczej rozumiana jako autonomia decyzyjna spółek zobowiązanych do stosowania ustawy o szczególnych uprawnieniach jest uzależniona od decyzji Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa. Tym samym państwo ingeruje w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez spółki zobowiązane do stosowania ustawy o szczególnych uprawnieniach.

Nie ulega wątpliwości, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej przyjęte w ustawie o szczególnych uprawnieniach spełnia wymóg formalny<sup>241</sup>, zważywszy na wprowadzenie powyższego ograniczenia ustawą z dnia 18.3.2010 r. o szczególnych uprawnieniach ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych. Oczywiście sama ustawowa ranga ustawowego ograniczenia wolności działalności gospodarczej spółek nie wystarcza dla uznania ich merytorycznej zasadności, gdyż konieczne jest spełnienie przesłanki materialnej w postaci wystąpienia ważnego interesu publicznego dla wprowadzanych ograniczeń. Ustawodawca wprowadził ograniczenie wolności gospodarczej dla spółek prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych w celu zagwarantowania bezpieczeństwa energetycznego kraju, w szczególności poprzez

---

<sup>241</sup> Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że wymaganie umieszczenia bezpośrednio w tekście ustawy wszystkich zasadniczych elementów regulacji prawnej musi być stosowane ze szczególnym rygoryzmem, gdy regulacja ta dotyczy władczych form działania organów administracji publicznej wobec obywateli, praw i obowiązków organu administracji i obywatela w ramach stosunku publicznoprawnego lub korzystania przez obywateli z ich praw i wolności. Zob. wyrok TK z 25.5.1998 r., sygn. U. 19/97; wyrok TK z 5.2.2008 r., sygn. K 34/06; ponadto P. Winczorek wskazuje, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej tylko w drodze ustawy zapewnia większą stabilność środowiska prawnego gwarantującego wolność gospodarczą, gdyż oczywistym jest, że zastosowanie trybu rozporządzenia lub decyzji administracyjnej nie wypełni przesłanki z art. 22 Konstytucji. Zob. P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 35.

zapewnienie ciągłości dostaw energii elektrycznej, gazu i ropy naftowej na wypadek kryzysu, co niewątpliwie mieści się w pojęciu legitymowanego interesu publicznego, o którym mowa w art. 22 Konstytucji. Ograniczenie wolności gospodarczej spółek objętych zakresem podmiotowym ustawy jest wyrazem preferencji ustawodawcy ochrony bezpieczeństwa energetycznego nad ochroną wolności gospodarczej. Jest to zgodne z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, który akcentuje istnienie legitymowanego interesu państwa w stworzeniu takich ram prawnych obrotu gospodarczego, które pozwolą zminimalizować niekorzystne skutki mechanizmów wolnorynkowych, jeżeli skutki te ujawniają się w sferze, która nie może pozostać obojętna dla państwa ze względu na ochronę powszechnie uznawanych wartości<sup>242</sup>. Wprowadzone mocą ustawy ograniczenie wolności gospodarczej jest usprawiedliwione koniecznością realizacji celu, jakie państwo chce osiągnąć. Cel ten w postaci zagwarantowania obywatelom bezpieczeństwa energetycznego jest na tyle istotny i aksjologicznie uzasadniony, że nie sposób zakwestionować tego przejawu uszczuplenia wolności gospodarczej.

Niezależnie jednak od spełnienia przesłanek formalnych i materialnych wynikających z art. 22 Konstytucji RP dopuszczalność ograniczenia wolności działalności gospodarczej uwarunkowana jest koniecznością spełnienia dalszych przesłanek wynikających z zasady proporcjonalności. Respektowanie zasady proporcjonalności jest niezbędną przesłanką, której spełnienie warunkuje legalność ograniczenia wolności działalności gospodarczej spółek prowadzących działalność w sektorze energetycznym.

### **5.3. Zasada proporcjonalności jako granica ingerencji Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa w działalność spółek kapitałowych sektora energetycznego zobowiązanych do stosowania ustawy o szczególnych uprawnieniach**

Zgodnie z poglądem ugruntowanym w doktrynie, zasada proporcjonalności jest elementem zasady demokratycznego państwa prawnego i jest wyrazem dążenia do racjonalizacji działania organów państwowych, a w szczególności dopuszczalnej ingerencji organów władzy publicznej w sferę konstytucyjnie chronionych praw podmiotowych<sup>243</sup>. Zasada proporcjonal-

---

<sup>242</sup> Wyrok TK z 8.4.1998 r., sygn. K 10/97, OTK 1998, Nr 3, poz. 29.

<sup>243</sup> K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 73; zob. także na temat zasady proporcjonalności: A. Walaszek-Pyziół, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*

ności jest również jedną z zasad orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Przepis art. 31 ust. 3 Konstytucji, z którego wywodzi się obowiązujące zasady proporcjonalności odrzuca wzorzec wolności gospodarczej o charakterze absolutnym. Zdaniem A. Łabno z treści tego przepisu wynikają trzy zasady: tzw. wyłączności ustawy, proporcjonalności i zachowania istoty wolności i praw, z których pierwsza ma charakter formalny, zaś dwie pozostałe przesłanki mają charakter materialny. Oprócz nich przepis zawiera materialne przesłanki dopuszczalności ograniczeń tj. bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej oraz wolności i prawa innych osób<sup>244</sup>.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego<sup>245</sup> zasada proporcjonalności, wyznaczająca dopuszczalny zakres ograniczeń korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, wymaga zbadania, czy kwestionowana norma spełnia trzy wymagania: przydatności, konieczności i proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu. Ustanowione ograniczenia spełniają wymóg proporcjonalności, jeżeli:

- 1) wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (wymóg przydatności);
- 2) regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (wymóg konieczności), a ponadto
- 3) jej efekty pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (wymóg proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu).

Należy zaznaczyć, że przepis art. 31 ust. 3 Konstytucji nie ma wszakże polegać na kontroli celowości i trafności rozwiązań przyjętych przez usta-

---

go, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1995, nr 1, s. 14 i n.; D.R. Kijowski, *Zasada adekwatności w prawie administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 4, s. 59 i n.; J. Oniszczyk, *Państwo prawne w orzecznictwie TK (zasady państwa prawnego)*, Warszawa 1996, s. 48; R.W. Kaszubski, A. Koniewicz, *Zasady działalności gospodarczej w świetle Konstytucji RP*, „Glosa” 2000, nr 7, s. 7; K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 139 i n.; na temat zasady proporcjonalności w prawie Unii Europejskiej: zob. N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, London 1996, G. de Búrca, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, „Yearbook of European Law” 1993, s. 105 i n.

<sup>244</sup> A. Łabno, *Ograniczenie wolności i praw człowieka na podstawie art. 31 Konstytucji III RP* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, (red. B. Banaszak, A. Preisner), Warszawa 2002, s. 699 i n.

<sup>245</sup> Wyrok TK z 26.3.2007 r., sygn. K 29/06; wyrok TK z 11.4.2006 r., sygn. SK 57/04, OTK ZU Nr 4/A/2006, poz. 43; wyrok TK z 11.4.2000 r., sygn. K. 15/98, OTK ZU 2000, Nr 3, poz. 86.

wodawcę, a jedynie na ocenie, czy nie naruszają one norm i wartości zawartych w konstytucji<sup>246</sup>. Do oceny, czy doszło do naruszenia zasady zakazu nadmiernej ingerencji, *ergo* do nadmiernego ograniczenia wolności działalności gospodarczej spółek zobowiązanych do stosowania ustawy o szczególnych uprawnieniach i wobec których Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa ma określone prerogatywy, niezbędne jest zbadanie czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, czy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana oraz czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na spółki. Dokonując rozstrzygnięcia w tym względzie, należy stwierdzić, że istotą zakazu nadmiernej ingerencji – wynikającą z zasady proporcjonalności – jest uznanie, że państwo nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, zwłaszcza zaś ograniczeń o zaburzonej proporcji pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą podlegającego ochronie interesu publicznego<sup>247</sup>.

Rozważając pierwszą przesłankę tzw. wymóg przydatności należy wskazać, że władcze instrumenty przewidziane w ustawie o szczególnych uprawnieniach takie jak prawo zgłoszenia sprzeciwu przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa wobec decyzji organów spółek oraz instytucja pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej mają zdolność realizacji zamierzonego celu, którym jest zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego kraju, w szczególności przez zagwarantowanie bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej, gazu ziemnego i ropy naftowej na wypadek kryzysu.

Druga przesłanka wynikająca z zasady proporcjonalności tzw. wymóg konieczności zawęża stosowanie środków ograniczających konstytucyjnie prawo podmiotowe do sytuacji koniecznego ograniczenia i w zakresie niezbędnym do osiągnięcia zamierzonego celu<sup>248</sup>. Takie rozumienie wymogu konieczności potwierdził Trybunał Konstytucyjny w jednym ze swoich orzeczeń, w którym stwierdził, że samo kryterium „konieczności” łączące się z zasadą proporcjonalności oznacza, że ustawodawca chcąc osiągnąć zamierzony cel winien wybierać najmniej uciążliwie środki doń prowadzące. Oznacza to, że

---

<sup>246</sup> J. Zakolska, *Problem klauzuli ograniczającej korzystanie z praw i wolności człowieka w pracach konstytucyjnych, w poglądach doktryny i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 5, poz. 70, s. 24. Zob. także wyrok TK z 12.1.1999, sygn. P 2/98, OTK ZU 1999, Nr 1, poz. 2, s. 18.

<sup>247</sup> Wyrok TK z 8.7.2008 r., sygn. K 46/07.

<sup>248</sup> K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 75.

jeśli ten sam cel można osiągnąć stosując środki w mniejszym stopniu ograniczające prawa i wolności, to zastosowanie środka uciążliwszego stanowi wykroczenie ponad „konieczność”, a zatem jest naruszeniem Konstytucji<sup>249</sup>. Należy zatem rozważyć w kontekście analizowanej regulacji ustawowej, czy tego samego celu jakim jest zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego kraju, w szczególności przez zagwarantowanie bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej, gazu ziemnego i ropy naftowej nie można było osiągnąć przy użyciu mniej uciążliwych środków dla tych spółek. Innymi słowy czy dla wywołania tego skutku konieczne jest oddziaływanie za pomocą instrumentu władczego przewidzianego ustawą o szczególnych uprawnieniach, czy możliwe jest oddziaływanie przy wykorzystaniu instrumentów o charakterze niewładczym. Należy podkreślić, że spółki działające w sektorze regulowanym są poddane zgodnie z prawem energetycznym kontroli ze strony organów regulacyjnych tj. Ministra właściwego do spraw gospodarki, który jest naczelnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach polityki energetycznej<sup>250</sup> oraz Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki<sup>251</sup>. Uprawnienia nadzorcze powyższych organów regulacyjnych<sup>252</sup> są na tyle szerokie, aby zapewnić skuteczne wykonywanie wszelkich zobowiązań przez spółki z sektora energetycznego bez konieczności wykorzystania instrumentów przewidzianych w ustawie o szczególnych uprawnieniach. Taka konkluzja wydaje się być właściwa także ze względu na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, który wielokrotnie wyrażał pogląd, że jeżeli osiągnięcie przez ustawodawcę zamierzonego celu jest możliwe przy użyciu środka mniej dolegliwego, pociągającego za sobą mniejsze ograniczenia praw i wolności, to użycie przez ustawodawcę środka znacznie bardziej uciążliwego, prowadzącego do znacznego ograniczenia praw i wolności, wykracza poza to, co jest konieczne w demokratycznym państwie, a tym samym narusza konstytucyjną zasadę proporcjonalności<sup>253</sup>. Ponadto Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że uznanie propor-

---

<sup>249</sup> Wyrok TK z 21.4.2004 r., sygn. K 33/03; wyrok TK z 12.1.2000 r., sygn. P 11/98; wyrok TK z 3.10.2000 r., sygn. K 33/09.

<sup>250</sup> Art. 12 ust. 1 ustawy z 10.4.1997 r. Prawo energetyczne, t.j.: Dz.U z 2006 r., Nr 89, poz. 625 z późn.zm.

<sup>251</sup> Na podstawie art. 21 ustawy z 10.4.1997 r. Prawo energetyczne zadania z zakresu spraw regulacji gospodarki energią oraz promowania konkurencji realizuje centralny organ administracji rządowej – Prezes Urzędu Regulacji Energetyki.

<sup>252</sup> Zob. więcej R. Stasikowski, *Regulacja jako nowa funkcja współczesnej administracji publicznej w Polsce*, „Studia Prawnicze” 2007, nr 3, s. 27–58.

<sup>253</sup> Por. między innymi wyroki TK z 11.5.1999 r., sygn. K. 13/98, OTK ZU 1999, Nr 4, poz. 74 oraz wyrok TK z 29.6.2001 r., sygn. K 23/00, OTK ZU 2001, Nr 5, poz. 124.

jonalności ograniczenia prawa wymaga ustalenia, czy wkroczenie prawodawcy w sferę wolności lub praw jest niezbędne dla osiągnięcia zamierzonego celu, a nie jedynie „sprzyja” temu celowi, czy też „ułatwia” jego osiągnięcie<sup>254</sup>.

Wydaje się, iż w przypadku „złotej akcji” Skarbu Państwa mamy do czynienia raczej z ułatwieniem osiągnięcia celu. Zamierzony cel, jakim jest zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego kraju, w szczególności przez zagwarantowanie bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej, gazu ziemnego i ropy naftowej na wypadek kryzysu może być osiągnięty w inny, mniej ograniczający wolność gospodarczą sposób i za pomocą środków mniej uciążliwych dla spółek niż kontrola decyzji dotyczących zarządzania w spółkach z sektora energetycznego przez władze publiczne.

Trzecia przesłanka wynikająca z testu proporcjonalności określana jest mianem wymogu proporcjonalności *sensu stricto*. Wymóg proporcjonalności obejmuje nakaz wyważenia użyteczności instrumentów przewidzianych ustawą o szczególnych uprawnieniach dla dobra ogólnego (bezpieczeństwa energetyczne kraju) z jednej strony z ograniczeniami chronionych interesów jednostkowych z drugiej strony. Kluczowe znaczenie dla określenia relacji zachodzącej między interesem publicznym a interesem indywidualnym ma orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, który stwierdził, iż w państwie prawa nie ma miejsca dla mechanicznie i sztywno pojmowanej zasady nadrzędności interesu ogólnego nad interesem indywidualnym. Oznacza to, że w każdym przypadku działający organ ma obowiązek wskazać, o jaki interes ogólny (publiczny) chodzi i udowodnić, iż jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień indywidualnych obywateli. Zarówno istnienie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym wypadku interesu publicznego nad indywidualny podlegać muszą zawsze wnikliwej kontroli instancyjnej i sądowej<sup>255</sup>. W przypadku analizowanej ustawy konieczne jest rozstrzygnięcie czy interes publiczny na który powołuje się ustawodawca wprowadzając instrumenty władczego oddziaływania na spółki z sektora energetycznego, usprawiedliwia naruszenie indywidualnego interesu<sup>256</sup> spółek kapi-

---

<sup>254</sup> Wyrok TK z 8.7.2008 r., sygn. K 46/07.

<sup>255</sup> Wyrok NSA z 18.11.1993 r., III ARN 49/93, OSNCP 1994, Nr 9, poz. 181.

<sup>256</sup> Kwestia interesu spółki jest w literaturze różnorodnie pojmowana. Sam termin „interes” jest wieloznaczny i może być używany w rozumieniu ekonomicznym, prawnym i potocznym. Zob. J. Szwaja, S. Stanisławska-Kloc, *Obowiązek wstrzymania się członka zarządu od rozstrzygnięcia spraw* (art. 202 i 373 kodeksu handlowego), „Prawo Spółek” 2000, nr 3, s. 8. Pojęcie interesu spółki jest na gruncie kodeksu spółek handlowych zwrotem ustawowym – zob. art. 377, art. 422



tałowych będących adresatami ustawy, a w zasadzie ich samodzielności do podejmowania decyzji dotyczących celu i przedmiotu działalności. Należy podkreślić, że brak kontroli nad strategicznymi decyzjami spółek z sektora energetycznego ze strony Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa mógłby wywołać niepowetowane straty dla gospodarki narodowej i dla całego społeczeństwa (np. gdyby zagraniczny podmiot powiązany z organizacją terrorystyczną nabył znaczne udziały w polskich spółkach z sektora energetycznego). Nadto, kryzysy paliwowe w ostatnich latach, jak też potencjalna możliwość wrogiego przejęcia polskich spółek energetycznych przez podmioty zagraniczne, zwłaszcza w kontekście ostatnich działań rosyjskiego Gazpromu, uzasadnia sprawowanie kontroli przez władze publiczne w tak strategicznych sektorach gospodarki, jak energetyka.

Rekapitulując, ograniczenie wolności działalności gospodarczej spółek kapitałowych z sektora energetycznego wprowadzone ustawą o szczególnych uprawnieniach, chociaż spełnia warunek przydatności ograniczenia i warunek proporcjonalności *sensu stricte*, to nie spełnia warunku konieczności. W rezultacie, przyjęty przez ustawodawcę kształt norm prawa materialnego wykracza poza zasadę proporcjonalności. Ingerencja Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa w działalność spółek będących adresatami ustawy o szczególnych uprawnieniach jest nadmierna i jest uciążliwa w większym stopniu niż byłoby to konieczne do osiągnięcia zamierzonego przez ustawodawcę celu. Jednocześnie zaznaczam, że dla sprecyzowania ostatecznego stanowiska czy ograniczenie wolności działalności gospodarczej spółek na zasadach i w formie określonej w ustawie o szczególnych uprawnieniach jest dopuszczalne – niezależnie od analizy powyższych warunków wynikających z art. 22 Konstytucji i z art. 31 ust. 3 Konstytucji – konieczne jest dokonanie analizy przewidzianych w ustawie ograniczeń w świetle prawa Unii Europejskiej i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego „złotej akcji”. Na potrzebę dokonania wykładni proeuropejskiej pojęcia wolności gospodarczej, o którym mowa w art. 22 Konstytucji wskazał Trybunał Konstytucyjny w jednym ze swoich orzeczeń, stwierdzając, iż od organów stosujących prawo oczekuje się zgodnej z prawem europejskim interpretacji prawa wewnętrznego<sup>257</sup>.

---

§ 1 i art. 433 § 2 k.s.h., przy czym nie istnieje w kodeksie definicja normatywna. Wydaje się, iż w kontekście analizowanej regulacji ustawowej, interes spółki związany będzie z sytuacją majątkową tej spółki. W doktrynie wskazuje się, że pojęcie to obejmować może jednak również aspekty niemajątkowe dotyczące funkcjonowania spółki akcyjnej, w tym zwłaszcza dobre imię spółki.

<sup>257</sup> Wyrok TK z 21.4.2004 r., sygn. K 33/03, pkt 9.

## 6. Ocena legalności nowej konstrukcji „złotej akcji” w świetle prawa Unii Europejskiej

Kwestia dopuszczalności „złotej akcji” w krajowych porządków prawnych państw członkowskich była wielokrotnie poddawana analizie przez organy Unii Europejskiej, w szczególności przez Komisję Europejską i Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Trybunał niezmiennie stoi na stanowisku, że uprzywilejowanie Skarbu Państwa umożliwiające wywieranie wpływu na decyzje spółki, a niemające uzasadnienia w wielkości zaangażowanego kapitału w spółkę, jest sprzeczne z traktatowymi zasadami swobody przepływu kapitału i swobody przedsiębiorczości. Przepisy ustawy o szczególnych uprawnieniach wymagają przeprowadzenia wnikliwej analizy pod kątem prawa Unii Europejskiej na tle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału. Stosowanie przez państwa członkowskie „złotej akcji” podlega kontroli w świetle wypracowanej w orzecznictwie Trybunału formuły Gebhard<sup>258</sup>. Zgodnie z tą formułą, środki krajowe, aby zostały zakwalifikowane jako dozwolone muszą spełniać cztery warunki: muszą być stosowane w sposób niedyskryminacyjny, muszą być uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego, muszą prowadzić do realizacji celu, jakiemu służą, i nie mogą wykroczać poza zakres konieczny do jego osiągnięcia. Respektowanie wszystkich powyższych warunków formuły Gebhard sprawia, że interes państwa, z powodu którego stosowana jest „złota akcja” jest urzeczywistniany w sposób zgodny z traktatowymi zasadami swobody przepływu kapitału i swobody przedsiębiorczości.

### 6.1. Szczególne uprawnienia Ministra Skarbu Państwa jako niedozwolone „ograniczenie” swobody przepływu kapitału

W pierwszej kolejności należy rozstrzygnąć, czy przewidziana w ustawie o szczególnych uprawnieniach konstrukcja „złotej akcji” w ogóle stanowi „ograniczenie” swobody przepływu kapitału. Zgodnie z utrwalonym poglądem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości pojęcie ograniczenia powinny być interpretowane w sposób szeroki. Trybunał stwierdził, że pod

---

<sup>258</sup> Zob. ETS, sprawa 55/94 *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Zb.Orz. 1995 I-4165, pkt 37. Choć wyrok zapadł w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości, to z pkt 6 wyroku bezspornie wynika, że ma on zastosowanie także do pozostałych swobód.

pojęciem ograniczenia należy rozumieć każdy środek krajowy, który nawet, jeśli nie prowadzi do nierównego traktowania, to może utrudniać nabywanie akcji w danych spółkach i zniechęcić inwestorów z innych państw członkowskich do inwestowania w te spółki. Wprowadzenie przez państwa członkowskie tego typu środków, które wywołują powyżej opisany skutek, czyni swobodę przepływu kapitału iluzoryczną<sup>259</sup>. Dla przyjęcia ograniczenia swobody wystarcza zatem jedynie potencjalne utrudnianie<sup>260</sup>.

Nowa konstrukcja „złotej akcji” przyznaje Ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa następujące szczególne uprawnienia:

- prawo do wyrażenia sprzeciwu wobec podjętej przez zarząd spółki uchwały lub innej dokonanej przez zarząd spółki czynności prawnej, której przedmiotem jest rozporządzenie składnikami mienia spółki ujawnionego w jednolitym wykazie obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej;
- prawo do wyrażenia sprzeciwu wobec uchwały Walnego Zgromadzenia lub Zgromadzenia Wspólników w sprawie rozwiązania spółki, zmiany przeznaczenia lub zaniechania eksploatacji składnika mienia spółki ujawnionego w jednolitym wykazie obiektów, instalacji, urządzeń i usług wchodzących w skład infrastruktury krytycznej, zmiany przedmiotu przedsiębiorstwa spółki, zbycia albo wydzierżawienia przedsiębiorstwa spółki lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienia na nim ograniczonego prawa rzeczowego, przyjęcia planu rzeczowo-finansowego, planu działalności inwestycyjnej lub wieloletniego planu strategicznego, przeniesienia siedziby spółki za granicę;
- prawo do współdecydowania o wyborze pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej.

Nie ulega wątpliwości, że uprzywilejowanie Skarbu Państwa – poprzez przyznanie mu powyższych prerogatyw, które nie znajdują uzasadnienia w zaangażowaniu kapitałowym Skarbu Państwa jako akcjonariusza w spółce –

---

<sup>259</sup> ETS, sprawa 483/99 *Komisja Europejska v. Francja*, Zb.Orz. I-4781, pkt 41; ETS, sprawa 302/97 *Klaus Konle v. Austrian Republic*, Zb.Orz. 1999 I-3099, s. 44; ETS, sprawa 163, 165 i 250/94 *Postępowanie karne v. Sanz de Lera*, Zb.Orz. 1995 I-4821, pkt 25; ETS, sprawa 174/04 *Komisja Europejska v. Włochy*, Zb.Orz. 2005 I-4933, pkt 30–31; ETS, sprawa 265/04 *Margaretha Bouanich v. Skatteverket*, Zb.Orz. 2006 I-923, pkt 34 i 35.

<sup>260</sup> W odniesieniu do swobody przepływu towarów z uzasadnienia do wyroku w sprawie 8/74 *Procureur du Roi v. Benoit i Gustave Dassonville*, Zb.Orz. 1974 I-631, pkt 5: „zważywszy, że wszelkie przepisy państw członkowskich dotyczące obrotu handlowego mogące bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie utrudnić wewnątrzspółnotową wymianę handlową uznać należy za środek o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych”.

może zniechęcać inwestorów z innych państw członkowskich do nabywania akcji w spółkach zobowiązanych do stosowania ustawy.

## 6.2. Niedyskryminacyjny charakter polskiej „złotej akcji”

Poszanowanie dla zasady równego traktowania wprowadza nie tylko zakaz dyskryminacji na podstawie kraju pochodzenia inwestora wobec wszelkich inwestorów z Unii Europejskiej, ale również zakaz stosowania wszelkich innych środków przez poszczególne państwa, które poprzez ustanawianie innych kryteriów odniosłyby w ostatecznym rozrachunku taki sam skutek<sup>261</sup>. Analiza ustawy o szczególnych uprawnieniach prowadzi do wniosku, że regulacja nie wprowadza ograniczeń wyłącznie dla inwestorów pochodzących z innych państw członkowskich uprzywilejowując w ten sposób inwestorów krajowych. Polska „złota akcja” polegająca na zapewnieniu Ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa wpływu na kształt decyzji podejmowanych przez spółkę ma charakter niedyskryminacyjny. Europejski Trybunał Sprawiedliwości na stanowisku, że nawet, jeśli „złota akcja” nie ma charakteru dyskryminacyjnego i nie ogranicza praw inwestorów pochodzących z innych państw członkowskich względem krajowych przedsiębiorców, to nadal może zostać uznana za sprzeczną z prawem europejskim<sup>262</sup>. Niedyskryminacyjny charakter polskiej „złotej akcji” jest przesłanką konieczną, ale niewystarczającą do uznania jej za zgodną z *acquis communautaire*. Z orzecznictwa Trybunału niezbitnie wynika, że do uznania legalności „złotej akcji” niezbędne jest spełnienie pozostałych warunków. Trybunał wskazuje, że środki o charakterze niedyskryminacyjnym mogą być uznane za dozwolone, jeśli są oparte na publicznie dostępnych, obiektywnych i stałych kryteriach i dodatkowo spełniają test proporcjonalności.

---

<sup>261</sup> Słynnym przykładem zakwestionowania przez Trybunał niedyskryminacyjnych ograniczeń swobód jest sprawa 120/78 *REWE-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Zb.Orz.1979 I-649 tzw. *Cassis de Dijon*. Za sprzeczne z zasadą wolnego przepływu towarów zostało uznane prawo niemieckie, zgodnie z którym tylko likiery owocowe o zawartości alkoholu przekraczającej 25% mogły być sprzedawane na terenie Niemiec (francuski likier Cassis de Dijon cechuje zawartość alkoholu na poziomie 15–20%). Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że każdy towar, który znajduje się legalnie na rynku państwa członkowskiego, musi mieć dostęp do wszystkich państw członkowskich, a środki określające minimalną zawartość alkoholu stanowią środki o skutkach analogicznych do ograniczeń ilościowych. Ponieważ Cassis de Dijon odpowiada normom francuskim, powinien być dopuszczony do obrotu na rynku niemieckim.

<sup>262</sup> ETS, sprawa 483/99 *Komisja Europejska v. Francja*, Zb.Orz. 2002 I-4781, pkt 40.

### 6.3. Polska „złota akcja” uzasadniona bezwzględną koniecznością ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego

W tym względzie należy przypomnieć, że swobodny przepływ kapitału, jako traktatowa zasada podstawowa, może być ograniczony przez regulację krajową jedynie wtedy, gdy ta ostatnia jest uzasadniona przyczynami wskazanymi w art. 65 ust. 1 TFUE lub też imperatywnymi wymogami interesu publicznego. Art. 65 TFUE przewiduje klauzulę derogacyjną, która umożliwia państwu członkowskiemu usprawiedliwienie wprowadzeniu ograniczeń w inwestycjach transgranicznych w spółki względami bezpieczeństwa publicznego lub porządku publicznego. Praktyka sądowa Trybunału wskazuje, że porządek i bezpieczeństwo publiczne powinny być interpretowane ściśle i w sposób zawężający.

Analizowana ustawa o szczególnych uprawnieniach nie posługuje się kryterium porządku lub bezpieczeństwa publicznego. Jest to istotna różnica w porównaniu do zasad wyrażonych w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 3.6.2005 r. Uchylona ustawa przewidywała, że Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa może wyrażać w drodze decyzji administracyjnej sprzeciw wobec określonych czynności organów spółek, jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie, że czynność taka narusza porządek publiczny lub bezpieczeństwo publiczne. Obecnie ustawa o szczególnych uprawnieniach przewiduje, że Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa ma prawo wyrazić w drodze decyzji administracyjnej sprzeciw wobec szczegółowo określonych w ustawie czynności cywilnoprawnych zarządu spółki lub czynności o charakterze wewnątrz korporacyjnym w sytuacji, gdy podjęta przez organy spółki decyzja stanowi „rzeczywiste zagrożenie dla funkcjonowania, ciągłości działania oraz integralności infrastruktury krytycznej”. Przepis art. 2 ust. 1 i 2 ustawy o szczególnych uprawnieniach w sposób bardzo wąski ujmują przesłankę sprzeciwu, co sprawia, że Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa posiada ograniczony stopień uznaniowości dokonywania oceny na gruncie konkretnego stanu faktycznego. Wykonywanie szczególnych uprawnień jest w sposób wyraźny ograniczone do sytuacji rzeczywistego i poważnego zagrożenia tj. sytuacji kryzysowej. Jest zgodne z zasadą obiektywnych i przejrzystych kryteriów eksponowaną w orzecznictwie Trybunału. Dzięki w ten sposób określonym okolicznościom wykonywania sprzeciwu, potencjalni inwestorzy są w stanie przewidzieć, kiedy, dlaczego i w jakim zakresie „złota akcja” zostanie zastosowana przez polskie władze publiczne. Przewidywalność zastosowania złotej akcji przyczynia się do zwiększenia atrakcyjności

inwestycji w spółkach objętych zakresem podmiotowym ustawy o szczególnych uprawnieniach.

Ponadto, w z orzecznictwa Trybunału wyłania się stanowcza teza, że przyznanie państwu szczególnych prerogatyw jest dopuszczalne w kilku wrażliwych sektorach gospodarki takich jak sektor energetyczny, ochrony zdrowia, transportu, telekomunikacji. Ustawa o szczególnych uprawnieniach uwzględnia te ograniczenia, ustanawiając szczególne uprawnienia Skarbu Państwa tylko w spółkach kapitałowych prowadzących działalność w ściśle określonych sektorach takich jak sektor: energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych.

Mając powyższe na względzie, należy stwierdzić, że zagwarantowanie bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej, gazu ziemnego i ropy naftowej na wypadek kryzysu mieści się w pojęciu bezpieczeństwa publicznego, o którym mowa w art. 65 TFUE.

#### 6.4. Polska „złota akcja” a mniej restrykcyjne środki w prawodawstwie wtórnym

Z orzecznictwa Trybunału wynika także, że swoboda przedsiębiorczości i swoboda przepływu kapitału mogą być ograniczone na mocy regulacji krajowych, tylko o ile nie istnieją wspólnotowe dyrektywy harmonizacyjne przewidujące środki gwarantujące ochronę interesów państwa. Dopiero brak dyrektyw harmonizujących, pozwala państwom członkowskim podjąć decyzje, na jakim poziomie chcą zapewnić realizację określonych interesów oraz co do sposobu, w jaki ten poziom ochrony chcą osiągnąć<sup>263</sup>. Trybunał kładzie zatem nacisk na to, aby nie było innego środka, przy pomocy którego można osiągnąć ten sam cel, a który w możliwie najmniejszym stopniu wpływałby na funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Nadto, w orzecznictwie podkreśla się, że państwa członkowskie nawet w tym ostatnim przypadku muszą przestrzegać zasady proporcjonalności, która wymaga, aby podjęte środki były właściwe dla zagwarantowania zamierzonego przez nie celu i nie wykraczały poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia.

W przypadku sektora regulowanego, jakim jest sektor energii elektrycznej i gazu istnieje szereg aktów prawa wtórnego<sup>264</sup> mających na celu zagwaranto-

---

<sup>263</sup> ETS, sprawa 326/07 *Komisja Europejska v. Włochy*, Zb.Orz. 2009 I-2291, pkt 41 i 42; ETS, sprawa 112/05 *Komisja Europejska v. Niemcy*, Zb.Orz. 2007 I-8995, pkt 72; ETS, połączone sprawy 282/04 i 283/04 *Komisja Europejska v. Niderlandy*, Zb.Orz. 2006 I-9141, pkt 32.

<sup>264</sup> Więcej na ten temat: M. Będkowski-Kozioł, F. Elżanowski, T. Skoczny, *Polityka energetyczna Unii Europejskiej* [w:] *Polityki Unii Europejskiej: polityki sektorów infrastrukturalnych*.

wanie szeroko rozumianego bezpieczeństwa energetycznego, w tym także zapewnienie ciągłości dostaw energii, ropy naftowej oraz gazu ziemnego na wypadek kryzysu, wśród nich należy wymienić: Dyrektywę 96/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19.12.1996 r. w sprawie wspólnych reguł wewnętrznego rynku energii elektrycznej<sup>265</sup>, Dyrektywę 98/30/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22.6.1998 r. w sprawie wspólnych reguł rynku gazu naturalnego<sup>266</sup>, Dyrektywę 2009/72/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13.7.2009 r. dotyczącą wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającą dyrektywę 2003/54/WE<sup>267</sup>, Dyrektywę 2009/73/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13.7.2009 r. dotyczącą wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającą dyrektywę 2003/55/WE, a także Dyrektywę 2005/89/WE z dnia 18.1.2006 r. dotyczącą działań na rzecz zagwarantowania bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej i inwestycji infrastrukturalnych<sup>268</sup>.

W odniesieniu do sektora ropy naftowej<sup>269</sup>, względy bezpieczeństwa publicznego, w tym zagwarantowanie ciągłości dostaw ropy naftowej na wypadek kryzysu mogą być osiągnięte za pomocą dyrektyw unijnych, nakładających na państwa członkowskie EWG obowiązek utrzymywania minimalnego poziomu zapasów ropy naftowej i/lub produktów naftowych, co przewiduje Dyrektywa 2006/67/WE z dnia 24.7.2006 r. nakładająca na państwo członkowskie obowiązek utrzymywania minimalnych zapasów ropy naftowej lub produktów ropopochodnych<sup>270</sup>.

*Prima facie* wydaje się, że sektorowe dyrektywy unijne umożliwiają państwom członkowskim przyjęcie przepisów krajowych, które zabezpieczą interes publiczny polegający na zapewnieniu społeczeństwu ciągłości dostaw energii elektrycznej, gazu ziemnego i ropy naftowej na wypadek kryzysu przy użyciu środków mniej restrykcyjnych niż instrumenty przewidziane w ustawie o szczególnych uprawnieniach. Jednak nawet pobieżne omówienie tych

---

*Aspekty wybrane*, (red. A. Jurkowska, T. Skoczny), Warszawa 2010 r., s. 128–164; B. Nowak, *Wewnętrzny rynek energii w Unii Europejskiej*, Warszawa 2009.

<sup>265</sup> Dz.Urz. UE 1997 Nr L 27/02.

<sup>266</sup> Dz.Urz. UE 1998 Nr L 204/1.

<sup>267</sup> Dz.Urz. UE 2009 Nr L 211/55.

<sup>268</sup> Dz.Urz. UE 2006 Nr L 32/22.

<sup>269</sup> Zob. też M. Stoczkiewicz, *Ograniczenia wolności gospodarczej z uwagi na bezpieczeństwo energetyczne. Zagadnienia wybrane* [w:] *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*, (red. W. Szwajdler, H. Nowicki), Toruń 2009, s. 375–393; F. Elżanowski, *Polityka energetyczna. Prawne instrumenty realizacji*, Warszawa 2008, s. 198 i n.

<sup>270</sup> Wersja ujednolicona uchylająca dyrektywę 68/414/EWG zmienioną dyrektywą 98/93/WE.

zagadnień przekroczyłyby znacząco ramy niniejszego opracowania, stąd ograniczam się do stwierdzenia, że państwa członkowie uznają za niewystarczające działania organów unijnych mające na celu zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego, skoro decydują się na wprowadzenie kontrowersyjnego instrumentu realizacji zadań państwa, jakim jest „złota akcja”.

Na marginesie należy wskazać, że jedyne orzeczenie, w którym Trybunał orzekł o zgodności przepisów krajowych w zakresie „złotej akcji” z prawem Unii Europejskiej tj. orzeczenie w sprawie C-503/99 *Komisja Europejska v. Belgia* zostało wydane w dniu 4.6.2002 r., kiedy jeszcze nie obowiązywały dyrektywy liberalizacyjno-harmonizacyjne w sektorze energetycznym. Wobec powyższego, należy wyrazić wątpliwość czy w aktualnym stanie prawnym wyrok Trybunału uznający „złotą akcję” w spółce *SNTC i Distrigaz* byłby również korzystny dla państwa belgijskiego.

### 6.5. Test proporcjonalności polskiej „złotej akcji”

Trybunał w licznych orzeczeniach w sprawie „złotej akcji” podkreślał, że wprowadzane przez państwa członkowskie ograniczenia w swobodzie przepływu kapitału podlegają rygorystycznej kontroli w świetle zasady proporcjonalności, co oznacza, że przepisy wewnętrzne państw członkowskich wprowadzające ograniczenia w swobodzie przepływu kapitału muszą być odpowiednie dla zapewnienia realizacji zamierzonego celu i nie mogą wykroczać poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia<sup>271</sup>. Zasada proporcjonalności wymaga wykazania, że nie jest możliwe zastosowanie innego rodzaju środków pozwalających zachować równowagę między interesem publicznym a jednostkowym przy jednoczesnym zabezpieczeniu interesu publicznego<sup>272</sup>. Pojawia się zatem pytanie, czy nowa konstrukcja „złotej akcji” przewidziana w ustawie o szczególnych uprawnieniach spełnia wymóg proporcjonalności. Trybunał w orzeczeniu w sprawie C-503/99 *Komisja Europejska v. Belgia*<sup>273</sup> wytyczył linię demarkacyjną pomiędzy tym, co może być uznane za proporcjonalne uzasadnienie dla ograniczenia swobody przepływu kapitału poprzez stosowanie „złotej akcji”, a co stanowi nieuzasadnione ogranicze-

---

<sup>271</sup> ETS, sprawa 367/98 *Komisja Europejska v. Portugalia*, Zb.Orz. 2002 I-4731, pkt 49; sprawa 503/99 *Komisja Europejska v. Belgia*, Zb.Orz. 2002 I-4809, pkt 45; sprawa 483/99 *Komisja Europejska v. Francja*, Zb.Orz. 2002 I-4781, pkt 45; sprawa 463/00 *Komisja Europejska v. Hiszpania*, Zb.Orz. 2003 I-4581, pkt 68.

<sup>272</sup> S. Sołtysiński, *Złota akcja Skarbu Państwa...*, s. 383.

<sup>273</sup> ETS, sprawa 503/99 *Komisja Europejska v. Belgia*, Zb.Orz. 2002 I-4809.



nie swobód traktatowych. Przewidziane w dekretach belgijskich uprawnienia ministra właściwego ds. gospodarki zostały ściśle sprecyzowane, co umożliwiło urzeczywistnienie zakładanych przez państwo belgijskie celów w sposób najmniej ograniczający traktatową swobodę przepływu kapitału. W tym orzeczeniu Trybunał zwrócił także uwagę na autonomię decyzyjną spółek kapitałowych i zasugerował, aby konstrukcja „złotej akcji” opierała się na systemie kontroli *ex post*, który zdaniem Trybunału jest mniej uciążliwy dla spółki, gdyż inicjatywa w sprawie przeprowadzenia kontroli należy do władz publicznych, a nie do spółki.

W analizowanej ustawie system zgłoszenia nie ma wyłącznie charakteru *a posteriori*, skoro decyzje organów spółki zarządu jak i Walnego Zgromadzenia/Zgromadzenia Wspólników nie mogą być skutecznie wykonywane do czasu wygaśnięcia terminu określonego w art. 2 ust. 4 ustawy o szczególnych uprawnieniach. Treść powołanego przepisu powoduje, że procedura notyfikacji nie stanowi zwykłego narzędzia informowania władz publicznych o decyzji spółki. W konsekwencji przewidziany przez ustawę o szczególnych uprawnieniach system kontroli decyzji spółek ma cechy systemu wcześniejszego zezwolenia administracyjnego, co wielokrotnie spotkało się z dezaprobatą Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Jednocześnie należy zauważyć, że polski legislator, wzorem rozwiązań belgijskich, słusznie przyjął, że interwencja Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa jest możliwa jedynie w ściśle określonym przedziale czasowym. Na aprobatę zasługuje również rozwiązanie, zgodnie z którym od Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa wymaga się sporządzania uzasadnienia do podjętej decyzji o wyrażeniu sprzeciwu. Nowa konstrukcja „złotej akcji” wydaje się *prima facie* spełniać wymóg gwarancji proceduralnych eksponowanych w orzecznictwie Trybunału. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na przepis art. 2 ustawy o szczególnych uprawnieniach, który zawiera zarówno upoważnienie do uznania dla Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa „Minister może wyrazić sprzeciw”, jak też niedookreślone pojęcie „rzeczywiste zagrożenie dla funkcjonowania, ciągłości działania oraz integralności infrastruktury krytycznej” stanowiące kryterium stosowania ustawy. Konieczne jest rozgraniczenie istnienia upoważnienia do uznania od występowania pojęć niedookreślonych. Wbrew dawniejszym<sup>274</sup> poglądom doktrynalnym uznanie administracyjne nie jest wprowadzane w przypadku występowania w przepisie ogólnym stwierdzeń (pojęć niedookreślonych, klauzul

---

<sup>274</sup> Por. M. Mincer, *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983, s. 55 i n.

generalnych), bo trzeba ich znaczenie ustalić w toku wykładni w odniesieniu do konkretnej indywidualnej sprawy<sup>275</sup>. O ile przepisy wprowadzające uznanie dopuszczają wielość rozstrzygnięć, o tyle przy pojęciach niedookreślonych występuje uwarunkowany właściwościami języka sposób dotarcia do jednego rozstrzygnięcia<sup>276</sup>. Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa w pierwszej kolejności ma obowiązek dokonać oceny stanu faktycznego poprzez wartościowanie pojęć niedookreślonych tj. pojęcia „rzeczywiste zagrożenie dla funkcjonowania, ciągłości działania oraz integralności infrastruktury krytycznej”, a następnie ustalić następstwa prawne ustalonego stanu faktycznego. Należy wyraźnie podkreślić, że decyzja Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa oparta na uznaniu administracyjnym nie jest arbitralna, gdyż minister działa w oparciu o zasadę praworządności, a jego działanie podlega kontroli sądowo – administracyjnej. W tym miejscu należy podnieść dwie uwagi. Po pierwsze, zgodnie z orzecznictwem Naczelnego Sądu Administracyjnego możliwa jest pełna kontrola decyzji administracyjnych zawierających pojęcia nieostre takie jak w analizowanym przypadku „rzeczywiste zagrożenie dla funkcjonowania, ciągłości działania oraz integralności infrastruktury krytycznej”. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził w wyroku z dnia 21.6.2001 r., że zastosowanie pojęcia nieostrego wymaga wskazania nie tylko jego uwarunkowań zewnętrznych wynikających z chronionych wartości zawartych w całym systemie prawa (Konstytucji), ale i jego uwarunkowań wynikających z wartości i zasad leżących u podstaw aktu normatywnego, w którym zastosowano dane pojęcie nieostre. Dopiero wtedy dokonana ocena szczegółowo ustalonych okoliczności sprawy nie nosi cech dowolności i mieści się w ramach dopuszczalnego stosowania pojęcia nieostrego<sup>277</sup>. W rezultacie, Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa musi wykazać istnienie interesu publicznego i przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym przypadku interesu społecznego ponad indywidualny, zwłaszcza że poprzez wydanie decyzji administracyjnej dochodzi do ograniczenia zagwarantowanej w Konstytucji wolności gospodarczej przysługującej przedsiębiorcom. Po drugie, podkreślić należy, że decyzja wydana przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa wyrażająca sprzeciw wobec określonych czynności spółki będzie podlegała ocenie przez wojewódzki sąd administracyjny z punktu wi-

---

<sup>275</sup> B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks Postępowania Administracyjnego. Komentarz*, wyd. 10, Warszawa 2009, s. 378.

<sup>276</sup> M. Zdyb, *Prawny interes jednostki w sferze materialnego prawa administracyjnego. Studium teoretyczno – prawne*, Lublin 1991, s. 249.

<sup>277</sup> Wyrok NSA z 20.11.1990 r., I SA 759/90, OSP 1991, z. 7–8, poz. 178.

dzenia legalności tzn. czy działanie Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa zostało podjęte w trybie i na warunkach przewidzianych w ustawie o szczególnych uprawnieniach. Wojewódzki sąd administracyjny nie bada merytorycznej zasadności wniesienia przez Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa sprzeciwu wobec czynności prawnej konkretnej spółki.

## 7. Podsumowanie

Podsumowując zawarte w niniejszym opracowaniu rozważania, należy podkreślić, że ustawowa „złota akcja” umożliwi państwu wywieranie wpływu na działalność i funkcjonowanie spółek z sektora energetycznego, przy braku korelacji między stopniem zaangażowania kapitałowego państwa jako akcjonariusza w spółce a zakresem przysługujących mu uprawnień. Szczególne uprawnienia przewidziane w analizowanej ustawie polegające na upoważnieniu dla Ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa do wyrażenia sprzeciwu wobec niektórych decyzji organów spółek oraz do współudziału przy wyborze pełnomocnika do spraw ochrony infrastruktury krytycznej bez wątplenia stanowią jedną z odmian „złotej akcji” która powoduje ograniczenie wspólnikom danej spółki możliwości zarządzania nią. Tym samym przyznanie w drodze legislacyjnej Skarbowi Państwa „złotej akcji” w spółkach z sektora energetycznego może zniechęcać inwestorów z innych państw członkowskich do dokonywania inwestycji bezpośrednich w tych spółkach, zważywszy, że w takich okolicznościach, nie mogliby uczestniczyć w zarządzaniu i kontroli nad spółką proporcjonalnie do wartości ich akcji. Podobnie sytuacja wygląda z inwestycjami portfelowymi, które mogą zostać uznane przez zagranicznych inwestorów za mniej atrakcyjne, z uwagi na fakt, że wartość giełdowa akcji należących do akcjonariuszy mogłaby się zmniejszyć w następstwie skorzystania przez Skarb Państwa z przysługującego mu prawa weta.

Dotychczasowe stanowisko Komisji Europejskiej i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wskazuje, że wypowiedziana przez te organy prawie 10 lat temu kruczata przeciwko „złotym akcjom” w państwach członkowskich podąża niezmiennie w kierunku zwalczania wszystkich rodzajów i postaci „złotych akcji”. W orzeczeniach Trybunał eksponuje zasadą proporcjonalności praw i opowiada się za zasadą „siły głosu” akcjonariusza w stosunku do wielkości udziału w kapitale zakładowym. Uprzywilejowanie Skarbu Państwa umożliwiające wywieranie wpływu na decyzje spółki, a nie mające uzasadnienia w wielkości zaangażowanego kapitału w spółkę, jest co do zasady

sprzeczne z traktatowymi zasadami swobody przepływu kapitału i swobody przedsiębiorczości.

Dlatego też państwa członkowskie zanim wprowadzą regulacje przewidujące szczególne przywileje powinny wnikliwie przeanalizować czy spełnione są wszystkie standardy europejskie, tak aby uchronić się przed zarzutem uchybienia zobowiązaniom traktatowym. „Złote akcje” stanowią dozwolony instrument realizacji zadań państwa, o ile służą realizacji ważnego interesu publicznego i są kształtowane przez państwa członkowskie w sposób uwzględniający zarówno przepisy traktatowe, jak też bogate, choć zarazem rygorystyczne orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w tym zakresie.