

Kaja Kowalczevska

Uprzywilejowana pozycja skarbu państwa w spółkach kapitałowych a ochrona strategicznych interesów państwa

Kultura Bezpieczeństwa. Nauka-Praktyka-Refleksje nr 17, 92-109

2015

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

UPRZYWILEJOWANA POZYCJA SKARBU
PAŃSTWA W SPÓLKACH KAPITAŁOWYCH
A OCHRONA STRATEGICZNYCH
INTERESÓW PAŃSTWA

KAJA KOWALCZEWSKA
Uniwersytet Jagielloński

ABSTRACT

The synthesis of the privatisation process concerning state-owned enterprise is presented in combination with the privileged position of the Treasury. The concept of a golden share is juxtaposed with the principle of equal treatment of the shareholders and the qualification of enterprises strategic because of the important public interest. Examples of Polish regulations are presented in the light of the case law of the European Court of Justice. **Keywords** golden share, privileged position, equal treatment, corporate governance

ABSTRAKT

Artykuł przedstawia w sposób syntetyczny problematykę prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych i powiązaną z nią uprzywilejowaną pozycją Skarbu Państwa. Instytucja złotej akcji zostaje zestawiona z zasadą równego traktowania akcjonariuszy w spółkach kapitałowych oraz kwalifikacją spółek strategicznych ze względu na ważny interes publiczny. Przykładowe polskie regulacje zostają zaprezentowane w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Słowa kluczowe: złota akcja, pozycja uprzywilejowana, zasada równego traktowania, nadzór właścicielski



Transformacja ekonomiczna mająca miejsce w Polsce od lat 90 - tych przyczyniła się nie tylko do podniesienia efektywności działania polskich przedsiębiorstw, które w większości zostały przekazane w prywatne ręce, ale także umożliwiła Polsce przystąpienie do Unii Europejskiej i jej jednolitego rynku. Bez wzrostu konkurencji, a co za tym idzie poprawy jakości i obniżenia cen produktów i usług, polski rynek nie mógłby sprostać wymogom swobodnego przepływu towarów, usług, kapitału i pracowników¹. Między innymi na skutek wymogów i żądań Komisji Europejskiej stojącej na straży reguł konkurencji na wolnym rynku, dzisiaj jedynie 3% (czyli 242 podmioty według stanu na 30 czerwca 2014 r.) z początkowej liczby 8453 przedsiębiorstw państwowych (stan na 1990 rok) znajduje się pod nadzorem właścicielskim Ministra Skarbu Państwa (dalej: MSP)². Jednym ze sposobów realizowania owego nadzoru jest wykonywanie uprawnień z tzw. "złotej akcji" należącej do Skarbu Państwa (dalej: SP). W niniejszym eseju zostanie przedstawiony zarys problematyki prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, zasada równego traktowania akcjonariuszy w spółkach kapitałowych w świetle kodeksu spółek handlowych oraz dopuszczalne odstępstwa na rzecz Skarbu Państwa motywowane ważnym interesem publicznym. W dalszej części, zostanie podjęta próba opisanie sposobu kwalifikacji podmiotów do kategorii spółek strategicznych objętych wyjątkowym traktowaniem. W końcu, polskie regulacje na przykładzie zapisów statutu Grupy Azoty Tarnów S.A. zostaną zaprezentowane w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS).

PRYWATYZACJA PRZEDSIĘBIORSTW PAŃSTWOWYCH

Golden share czyli inaczej złota akcja jest jednym z pojęć nieodłącznie powiązanych z realizacją przekształceń własnościowych mających na celu sukcesywne ograniczanie liczby podmiotów kontrolowanych i nadzorowanych przez SP na rzecz prywatnych właścicieli, czyli prywatyzację

1 Art. 26 ust. 2 TFUE (dawny Art. 14 ust. 2 TWE).

2 Ministerstwo Skarbu Państwa, "Priorytety zarządzania portfelem podmiotów nadzorowanych przez Ministra Skarbu Państwa do roku 2015", Warszawa 2014, s.3.

w ujęciu makroekonomicznym. Zasadniczo prywatyzacja jest motywowana chęcią podniesienia efektywności produkcji, a zatem ograniczeniem marnotrawienia zasobów, tworzenia się monopolu państwowych i ogólnie niższej konkurencyjności gospodarki narodowej z jaką mamy do czynienia w sytuacji gdy administracja rządowa kontroluje większość procesów gospodarczych³. Jednym z ważnych elementów sanacji sytuacji ekonomicznej prywatyzowanych przedsiębiorstw jest pozyskanie zagranicznych inwestorów, którzy wnoszą nie tylko kapitał, ale też niezbędne *know-how* umożliwiające stworzenie konkurencyjnych i innowacyjnych produktów, a zatem otwarcie na nowe rynki zbytu. Pełna prywatyzacja jest możliwa w większości przypadków, poza sektorem objętym polityką właścicielską państwa gdzie działania w imieniu Rządu podejmuje odpowiedni minister np. Minister Skarbu Państwa, Minister Gospodarki czy Minister Infrastruktury. Celem polityki właścicielskiej państwa jest, podobnie jak w przypadku podmiotów prywatnych, zapewnienie zarządzania w sposób ekonomicznie efektywny, jednak gdy w przypadku podmiotów prawnych w ostatecznym rozliczeniu zazwyczaj chodzi o zapewnienie zysku to w przypadku przedsiębiorstw, gdzie władztwo korporacyjne i nadzór właścicielski wykonuje państwo, priorytetem jest realizacja interesu publicznego. W rezultacie oczywistym staje się stwierdzenie, iż pełna prywatyzacja jest bardzo ryzykowna, a nawet niepożądana dla państwa, które rezerwuje sobie pewne kompetencje w sferze *dominium* (oddziaływanie właścicielskie vs. sfera *imperium* - oddziaływanie władcze) w tzw. sektorach strategicznych - istotnych z punktu widzenia porządku i bezpieczeństwa publicznego.

Zjawisko to nie byłoby problematyczne gdyby państwo działało w próżni geopolitycznej, natomiast wraz ze wzrostem licznych bi- i multilateralnych międzynarodowych umów gospodarczych, a także członkostwem w różnego typu uniach i organizacjach handlowych, wewnętrzne ustawodawstwo regulujące dostęp do wolnego rynku przez podmioty zagraniczne musi uwzględniać obowiązujące międzynarodowe standardy. Niniejszy tekst podejmuje jedynie wątek członkostwa Polski w UE i wiążących się z tym ograniczeń oddziaływania właścicielskiego państwa.

3 K. Oplustil, M. Porzycki, "Prywatyzacja i nadzór właścicielski", [w:] T. Włudyka, M. Smaga (red.) "Instytucje Gospodarki Rynekowej", Wolters Kluwer Polska, 2012, s. 332-333.

Sam proces prywatyzacji wiąże się z licznymi ryzykami o naturze ekonomicznej i politycznej. Przede wszystkim źle przeprowadzona prywatyzacja polegająca na wyborze nieodpowiedniego inwestora oraz braku odpowiedniego zabezpieczenia interesów pozafinansowych (ceny) w umowie prywatyzacyjnej może prowadzić do wzrostu bezrobocia, rozwoju praktyk monopolistycznych lub nawet do bankructwa. Jest to szczególnie istotne o ile dane przedsiębiorstwo państwowe zatrudnia wielu pracowników a profil jego działalności można uznać za strategiczny w związku z zaspokajaniem podstawowych potrzeb społeczeństwa (np. sektor energetyczny, telekomunikacyjny).

Powyższe ryzyka ekonomiczne można zniwelować poprzez odpowiednie zapisy umowne kształtujące strukturę zatrudnienia i płac oraz np. możliwość nieodpłatnego nabycia akcji prywatyzowanej spółki przez jej pracowników. Szczególnie ważna, nie tylko w kontekście wymogów jednolitego rynku UE, jest dywersyfikacja struktur rynku i rozwój konkurencji umożliwiające, w dłuższej perspektywie, poprawę jakości oferowanych usług i produktów, a zatem polepszenie sytuacji konsumentów. Co więcej, powyższe ryzyka ekonomiczne są nieodłącznie powiązane z ryzykiem politycznym.

Z jednej strony, niepopularne decyzje ekonomiczne, które mają na celu sanację sytuacji gospodarczej wymagają długoletniego kredytu zaufania społeczeństwa, które staje się łatwym celem opozycji rządowej wykorzystującej chwilowe pogorszenie dobrobytu obywateli w celu promowania swojej opcji politycznej. Ponadto, dystrybucja stanowisk zarządzających w spółkach Skarbu Państwa naznaczona jest (słusznie) krytykowaną praktyką obsadzania w ramach nagrody za lojalność danej opcji politycznej. Niestety skutkuje to brakiem długoterminowej strategii, ciągłości zarządzania oraz przywiązania i lojalności wobec danego przedsiębiorstwa, natomiast jest silnie powiązane z kadencyjnością rządów i zmianami opinii publicznej.

Z drugiej strony, mamy do czynienia z konsekwencjami dla polityki zagranicznej kraju, który otwiera swój rynek dla podmiotów z krajów członkowskich UE, ale jednocześnie dla wszelkich innych podmiotów, które prowadzą na jej terenie działalność. W rezultacie, pomimo gwarancji utrzymania równych standardów prowadzenia działalności oraz kontroli Komisji Europejskiej, wciąż istnieje ryzyko, iż inwestorzy z krajów trzecich pozyskają legalnie wpływy w polskich strategicznych przedsiębiorstwach, realizując nie tylko swoje ekonomiczne plany, ale równocześnie wspierając politykę swoich rządów, zmierzającą np. do rozwoju transgranicznego monopolu i niszczenia konkurencji.

Z powyższych powodów w Polsce mamy do czynienia z połowiczną prywatyzacją części dużych spółek sektora finansowego i energetycznego, w których SP, a zatem politycy, właśnie dzięki instytucji złotej akcji zachowują wpływ na działalność przedsiębiorstw.

ZASADA RÓWNEGO TRAKTOWANIA AKCJONARIUSZY W SPÓŁCE AKCYJNEJ

Naczelną zasadą wymienioną na początku kodeksu spółek handlowych jest jednakowe traktowanie akcjonariuszy spółki kapitałowej w takich samych okolicznościach (art. 20 k.s.h.), zwana inaczej zasadą równego traktowania, która to natomiast nie stanowi ogólnej zasady prawa spółek w UE (trudno jest w ogóle mówić o wspólnych zasadach w zakresie prawa spółek krajów członkowskich)⁴. Zasada ta znajduje zastosowanie w stosunkach wewnątrz-korporacyjnych i ma na celu ochronę interesów akcjonariuszy w ich traktowaniu przez organy spółki. Jednocześnie blankietowy zapis artykułu 20 k.s.h. nie stanowi bezwzględnie obowiązującego standardu gdyż zakres jego zastosowania podlega ograniczeniom na mocy artykułów szczególnych ustawy dopuszczających specjalne (a więc nierówne, uprzywilejowane) traktowanie akcjonariuszy⁵. Chodzi tu o zapis z art. 251 § 1 zd. 1 “Spółka może wydawać akcje o szczególnych uprawnieniach, które powinny być określone w statucie (akcje uprzywilejowane)” oraz § 2 “uprzywilejowanie (...) może dotyczyć w szczególności prawa głosu, prawa do dywidendy lub podziału majątku w przypadku likwidacji spółki. Uprzywilejowanie w zakresie prawa głosu nie dotyczy spółki publicznej”. Natomiast w art. 352 k.s.h. ustawodawca jasno stwierdza iż “jednej akcji nie można przyznać więcej niż dwa głosy.” (pod rządami kodeksu handlowego z 1934 roku było to pięć głosów), zasada ta nie może być uchylona przez postanowienia statutowe.

Wynika z tego, iż owa równość na gruncie kodeksu spółek handlowych nie jest dobrem samoistnym, a stanowi dobro instrumentalne mające na celu ochronę praw akcjonariuszy na tym samym poziomie, które z kolei wyznaczane są w stosunku do udziału w spółce. Zasada równego traktowania akcjonariuszy jest aksjologicznie uzasadniona ze względu na

4 A. Gabrysiak-Zabłocka, *Równe traktowanie akcjonariuszy w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Master of Business Administration” 3/2010 (104):s. 117–122, ISSN 1231-0328, Copyright by Akademia Leona Koźmińskiego.

5 T. Sójka, *Zasada równego traktowania akcjonariuszy w kodeksie spółek handlowych*, „RPEiS” 2000/04.

cel istnienia spółki akcyjnej - osiągnięcie efektywności gospodarczej poprzez wspólne kierowanie tą strukturą organizacyjną (art. 3 k.s.h.). Zatem w przypadkach spółek o znaczeniu strategicznym, realizujących interes społeczny w perspektywie makroekonomicznej oraz politycznej, ustawowe lub statutowe uprzywilejowanie SP do kontrolowania ewentualnych decyzji pozostałych akcjonariuszy, wydaje się być uzasadnionym, o ile rzeczywiście motywowane jest ważnym interesem państwa zbieżnym z celem spółki. W rezultacie uprzywilejowanie SP jest uzasadnione jeśli jednocześnie da się pogodzić z ochroną interesów majątkowych pozostałych akcjonariuszy i będzie poprawiało efektywność organizacji w realizowaniu celu spółki⁶. Zasady wolnego rynku nie pozwalają na przekazanie pełnej swobody w ręce SP, gdyż takie przedsiębiorstwo mogłoby być narażone na instrumentalizację jego działalności i spełnianie jedynie priorytetów politycznych, a nie ekonomicznych. W celu utrzymania niezbędnego balansu między powszechnymi i publicznymi priorytetami państwa, w określonych przypadkach SP zachowuje pozycję uprzywilejowaną wykonując funkcje prywatnoprawne.

Należy zauważyć, iż pojęcie złotej akcji nie jest pojęciem kodeksowym, mimo iż potrzeba i zasadność jej regulacji były dyskutowane w czasie prac nad kodeksem spółek handlowych (ostatecznie postanowiono uregulować ją pozakodeksowo). Może ona mieć cechy uprawnienia zarówno publiczno- jak i prywatnoprawnego, w każdym przypadku stawiając jej posiadacza w pozycji uprzywilejowanej. Złota akcja w klasycznej interpretacji "daje jej posiadaczowi prawo do decydowania o najistotniejszych sprawach spółki, jak też o kształcie jej organów bez względu na wielkość udziałów w kapitale spółki, a więc nawet w razie posiadania tylko jednej, czyli tzw. 'złotej akcji'"⁷. Zazwyczaj posiadaczem tym jest państwo (Skarb Państwa) lub samorząd (samorządowe osoby prawne), które nie potrzebują w takiej konstrukcji posiadania większości akcji, gdyż nawet z pozycji akcjonariuszy mniejszościowych otrzymują szczególne uprzywilejowanie ze złotej akcji.

Przyjmując, że szczególne uprawnienia państwa wynikają z pobudek politycznych i strategicznych, należy przychylić się do poglądu stanowią-

⁶ *Ibidem*, s.50.

⁷ W. Katner, *Pozakodeksowe uprzywilejowanie akcji – konstrukcja „złotej akcji” Skarbu Państwa według ustawy z 2005 r.*, "Przegląd Prawa Handlowego" 2005/12, grudzień 2005, s.43.

cego, że nie powinno dopuszczać do powstawania sytuacji gdy państwo pozbawia się jakiegokolwiek wpływu na bezpieczeństwo i porządek publiczny (np. związany z dostawą energii, wody, niezbędnych surowców oraz świadczenia podstawowych usług publicznych), oddając pewne sektory w 100% w ręce prywatnych inwestorów. Jednocześnie, należy zaznaczyć, iż UE jest niechętna nadawania państwom funkcji prywatnoprawnych przedsiębiorców, gdyż ze swojej natury (np. organizacyjnej) państwo jest złym gospodarzem (mieszającym politykę z gospodarką). Stąd niechęć do szczególnego uprzywilejowania jego pozycji jako akcjonariusza mniejszościowego w grupie kapitałowej.

ZŁOTA AKCJA A PRAWO UNIJNE

Biorąc pod uwagę powyższe zagrożenia, należy dążyć do jak najbardziej przejrzystego i konkretnego uregulowania uprawnień państwa w gospodarce. Jak podaje prof. W. Katner, w czasie wczesnej prywatyzacji w Polsce, wiele przedsiębiorstw państwowych i z udziałem kapitału zagranicznego nie przestrzegało ustawowych ograniczeń uprzywilejowania akcji - nieprawidłowości te były następnie ujawniane podczas kontroli Najwyższej Izby Kontroli⁸. Kluczową wydaje się być zasada proporcjonalności proponowanych środków uprzywilejowania państwa w odniesieniu do celu, który zamierza się osiągnąć. W przypadku naruszenia tego standardu odpowiednie postanowienia ustawy mogą zostać (skutecznie) zaskarżone do ETS jako ograniczające swobodny przepływ dóbr, usług i kapitału. Taki też mógłby być los polskiej ustawy z 3 czerwca 2005 roku o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego⁹, która straciła moc wraz z wejściem w życie ustawa z dnia 18 marca 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 gazowych¹⁰.

Ustawa z 2005 roku przewidywała, iż przyznane państwu uprawnienie tzw. prawo weta nie będzie zależne od liczby posiadanych akcji, co ciekawe nie stanowiło to problemu w praktyce, gdyż SP zachował kontrolę kapi-

⁸ *Ibidem*, s. 42.

⁹ Dz.U. 2005 nr 132 poz. 1108.

¹⁰ Dz.U. 2010 nr 65 poz. 404.

tałową w strategicznych sektorach pozwalającą mu na wpływ kierunków rozwoju danych przedsiębiorstw. Natomiast Komisja Europejska skutecznie ścigała podobne zapisy we wszystkich krajach członkowskich przed ETS, który konsekwentnie przychylił się do jej argumentów o wpływie danych przywilejów państwa na ograniczenie swobody przedsiębiorczości¹¹. Komisja Europejska szczegółowo badała każdy przypadek, podważając często zbyt daleko idącą interpretację klasyfikującą sektory np. jak kopalnictwo czy wydobycie miedzi do sektorów o szczególnym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa, uznając iż zastosowane rozwiązania prawne nie spełniają testu proporcjonalności lub adekwatności. Jednym z często powoływanych orzeczeń jest sprawa C 503/99 *Commission v. Kingdom of Belgium* z 2002 roku, w której ETS “wyjątkowo” nie dopatrył się nieprawidłowości dekretów z 1994 roku, które podważała Komisja Europejska. System zastosowany w Belgii nie przewidywał obowiązku uzyskania uprzednich zgód odpowiedniego ministra, działania organu administracji rządowej były ograniczone w czasie, a podejmowanego przez niego decyzje były przedmiotowo zawężone do kwestii strategicznych. Wszelkie działania organu musiały być uzasadnione oraz mogły zostać poddane kontroli sądowej.

W konsekwencji linia orzecznicza ETS ukształtowała następujący test zgodności złotej akcji z prawem unijnym, szczególnie z zasadą niedyskryminacji inwestorów z państw członkowskich. Zatem regulacja uprzywilejowanej pozycji organów państwa:

1. musi być uzasadniona koniecznością ochrony interesu publicznego poprzez wskazanie sektorów tzw. strategicznych (zasada nadrzędności - tylko w spółkach o określonej działalności i tylko w sytuacji naruszenia

11 Wyroki ETS: z 23.05.2000 r. w sprawie C-58/99, Komisja Europejska v. Republika Włoska; z 4.06.2002 r. w sprawie C-367/98, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Portugalii; z 4.06.2002 r. w sprawie C-483/99, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska; z 4.06.2002 r. w sprawie C-503/99, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii; z 13.05.2003 r. w sprawie C-463/00, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii; z 13.05.2003 r. w sprawie C-98/01, Komisja Wspólnot Europejskich v. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej; z 2.06.2005 r. w sprawie C-174/04, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska; z 28.09.2004 r. w sprawach połączonych: C-282/04 i C-283/04 z, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Niderlandów; z 23.10.2007 r. w sprawie C-112/05, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec; z 17.07.2008 r. w sprawie C-207/07, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, por. www.curia.eu.

ogłoszonych założeń polityki państwa w dziedzinach życia społecznego lub gospodarczego posiadających istotne znaczenie dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego, jednak z samego orzecznictwa nie wynika jasno jakie sektory ETS uznaje za strategiczne),

2. zachowuje proporcje przewidywanych środków do wyznaczonych celów (uzasadnienia i ograniczenia uprawnień wynikających ze złotej akcji) - zasada proporcjonalności,
3. kryteria formułuje w sposób przejrzysty, kryteria powinny być obiektywne i powszechnie znane (np. autonomia decyzyjna przedsiębiorców, ograniczenia czasowe wykonywania uprawnień) - zasada adekwatności,
4. ocena jej zgodności powinna być dokonywana *ex post* oraz należy umożliwić sądową kontrolę decyzji¹².

Odkąd Wielka Izba wydała pod koniec 2013 roku dwa orzeczenia wskazujące na bardziej ostrożne podejście ETS¹³ do interpretacji i w ogóle rozpatrywania pojęcia interesu publicznego w spółkach z udziałem państwowym, w świetle ograniczania zasady swobodnego przepływu kapitału, można mówić o pewnej, nieśmiałej zmianie w linii orzeczniczej ETS¹⁴. Ponadto zmiana ta stanowi pewną wiadomość dla Komisji Europejskiej, która sukcesywnie kwestionuje wszelkie przepisy krajowe, które różnią się od promowanego modelu *corporate governance*¹⁵.

Wobec przyspieszającej prywatyzacji przedsiębiorstw, a szczególnie prywatyzacji giełdowej spółek należących do sektorów strategicznych (np. ENEA S.A., Polska Grupa Energetyczna S.A. oraz Tauron Polska Energia S.A.) oraz obaw o możliwość podważenia zapisów ustawy z 2005 roku została uchwalona nowa ustawa "o złotym wecie" z 2010 roku. Ma ona na celu porządkowanie praw przysługujących państwu w zakresie wykonywa-

12 K. Osajda, „Złota” akcja w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i w prawie polskim, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004/8, s. 25 i n.; Sprawa C-483/99, ECR (Oficjalny Zbiór Orzecznictwa ETS) 2002, s. I-4781, Komisja v. Hiszpania w sprawie C-463/00 i Komisja v. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej w sprawie C-98/01, pismo Sekretarza Komitetu Integracji Europejskiej z 23.12.2004 r. (JP-2753/04/DPE/tlk).

13 C. Klaupa, *A more prudent approach in the 'golden shares' cases*, 30.10.2013, dostępne na: <http://europeanlawblog.eu/?p=2015#sthash.u3898nbp.dpuf>.

14 Dwa wyroki Trybunału (wielka izba) z dnia 22 października 2013 r, Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec, Sprawa C-95/12 oraz Staat der Nederlanden przeciwko Essent NV (C-105/12), Essent Nederland BV (C-105/12), Eneco Holding NV (C-106/12) i Delta NV (C-107/12), Sprawy połączone C-105/12 do C-107/12.

15 Więcej na http://ec.europa.eu/internal_market/company/shareholders/indexb_en.htm.

nia nadzoru właścicielskiego, a zatem działania w oparciu o te same zasady co podmioty prywatne oraz wzmocnienie dobrej polityki właścicielskiej państwa, która mogła być narażona na zarzut niekonstytucyjności w związku z naruszaniem zasady subsydiarności¹⁶. Nowe ujęcie sprzeciwu ministra SP ma charakter indywidualnej decyzji administracyjnoprawnej względem niektórych decyzji korporacyjnych spółek pozostających w zakresie podmiotowym ustawy. W odróżnieniu do ustawy z 2005 roku, brak jest w niej wymogu posiadania przez SP co najmniej jednej akcji w spółce podlegającej zakresowi owego "nadzoru policyjnego". Zatem na gruncie ustawy z 2010 roku nie mamy do czynienia z uprawnieniem SP o charakterze korporacyjnym, w konsekwencji można również uznać, iż nie mamy tu dłużej do czynienia ze złotą akcją, a innym ustawowym uprawnieniem państwa.

STRATEGICZNE INTERESY PAŃSTWA

Wykonywanie przez państwo funkcji z zakresu *dominium* uzasadniane jest ochroną interesu państwa, powszechnego interesu społecznego, bezpieczeństwa i porządku publicznego (bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa publicznego, które autorka uważa za tożsame) czyli inaczej interesów strategicznych państwa. Co najmniej kontrowersyjną wydaje się rekomendacja wynikająca z orzeczeń ETS, według której podstawą decyzji nie może być interes ekonomiczny państwa. Wyłączenie interesów gospodarczych państwa z szerszego pojęcia jakim jest bezpieczeństwo publiczne wydaje się nietrafne ze względu na współczesną formułę stosunków międzynarodowych, w której bezpieczeństwo państwa nie opiera się jedynie na zdolnościach defensywnych i wojskowych, ale również (a może i przede wszystkim) na umiejętności adekwatnej obrony przed naciskami ekonomiczne stanowiące korelat zewnętrznych agitacji politycznych.

Pomimo to należy dążyć do czytelnej, proporcjonalnej i precyzyjnej definicji sektorów strategicznych, w których państwo może zachować uprzywilejowaną pozycję kosztem swobód jednolitego rynku. O ile w ustawie z 2005 roku mieliśmy do czynienia z uprawnieniami w "spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego" to w ustawie z 2010 roku uszczególniono zakres podmiotowy określając kompetencje ministra SP "w niektórych spółkach kapitałowych

16 F. Grzegorzcyk, *Charakter prawny i skutki „złotego weta” w nowej ustawie o szczególnych uprawnieniach ministra Skarbu Państwa*, „Przegląd Prawa Handlowego” - numer 3 z 2011 r.

lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych”. Dalej, zgodnie z art. 2 ust. 1, przedmiotem sprzeciwu może być “podjęta przez zarząd spółki uchwała lub innej dokonana przez zarząd spółki czynność prawna, której przedmiotem jest rozporządzenie składnikami mienia, o których mowa w art. 1 ust. 1 i ust. 2, stanowiące rzeczywiste zagrożenie dla funkcjonowania, ciągłości działania oraz integralności infrastruktury krytycznej”. Pod rządami ustawy z 2005 roku spółki, w których przyznano szczególne uprawnienia SP określone zostały według kryteriów posiadania siedziby na terytorium RP (1), przynależności do jednej z dziesięciu wymienionych w ustawie dziedzin działalności gospodarczej (2) oraz procentowo określonej obecności na rynku (3). Natomiast w akcie wykonawczym określono listę spółek kapitałowych spełniających owe kryteria (lista 15 spółek w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 13 grudnia 2005 roku, lista 17 spółek w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 4 września 2007 roku oraz lista 13 spółek w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 30 września 2008 roku).

W zestawieniu od razu widać, iż nowa ustawa stawia nacisk na wzmocnioną ochronę interesów państwa w zakresie infrastruktury krytycznej w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych. Chodzi tu o spółki, których mienie wymieniono w art. 5b ust 7 pkt 1 ustawy o zarządzaniu kryzysowym z 26 kwietnia 2007 roku¹⁷. Wydaje się, że ustawa z 2010 roku może powielić losy swojej poprzedniczki, gdyż SP kontuuje politykę zabezpieczającą większość kapitałową w spółkach, których składniki mienia zalicza się do infrastruktury krytycznej.

Ponadto, w Sejmie czeka (od 2010 roku) na II czytanie rządowy projekt ustawy o zasadach wykonywania niektórych uprawnień Skarbu Państwa¹⁸. Zarzuca się mu zbyt szerokie określenie spółek jako strategicznych oraz zbyt konserwatywne podejście do zarządzania ze względu na wzmocnienie wpływów polityków na gospodarkę. Z drugiej strony należy pochwalić jego założenie, iż centra decyzyjne dla przedsiębiorstw szczególnie istotnych dla bezpieczeństwa publicznego pozostaną w kraju.

17 Dz.U. 2007 nr 89 poz. 590.

18 Więcej: <http://bip.msp.gov.pl/bip/prawo/tworzenie-prawa/wedlug-roku/projekty-aktow-prawnyc-3/3516,Projekt-ustawy-o-zasadach-wykonywania-niektorych-uprawnien-Skarbu-Panstwa.html>

W końcu, należy dodać, iż w najnowszym dokumencie MSP „Priorytety zarządzania portfelem podmiotów nadzorowanych przez Ministra Skarbu Państwa do roku 2015”, jako podmioty o strategicznym znaczeniu dla gospodarki państwa w nadzorze MSP zostały określone 22 podmioty (Załącznik nr 1, stan na 30.06.2014r.), natomiast jako podmioty o istotnym znaczeniu w nadzorze MSP, w tym spółki objęte szczególnymi strategiami i przepisami prawa 31 podmiotów (Załącznik nr 2, stan na 30.06.2014r.). Podmioty o znaczeniu strategicznym według MSP “mogą odgrywać rolę liderów gospodarczych w procesie reindustrializacji polskiej gospodarki¹⁹” natomiast te o istotnym znaczeniu ze względu na “funkcjonowanie oraz możliwości przekształceń własnościowych określone są przez poszczególne strategie, przepisy prawa czy decyzje kierunkowe, w tym dotyczące infrastruktury krytycznej”. Obydwie grupy znajdują się pod nadzorem MSP ze względu na ich znaczenie dla współtworzenia bezpieczeństwa ekonomicznego państwa. Zgodnie z zapisami ustawy z 2010 roku, nie we wszystkich podmiotach z przedstawionych list MSP ma szczególne uprawnienie “złotego weta”, natomiast we wszystkich sprawuje nadzór właścicielski, który ma ulegać dalszej profesjonalizacji i prowadzić do zwiększania efektywności gospodarczej zarządzanych spółek²⁰.

Umieszczenie danej spółki na jednej z przywołanych list ma znaczenie dla inwestorów, którzy w ten sposób mają okazję zapoznać się z planami państwa wobec największych i najbardziej “cennych” spółek. Co za tym idzie, mogą lepiej oszacować ryzyko związane z zakupem lub sprzedażą ich akcji, z drugiej strony akcjonariusze mniejszościowi mogą spodziewać się, że ich interesy nie będą brane pod uwagę lub traktowane jako priorytetowe. Podanie listy do publicznej wiadomości spotkało się z pozytywnym przyjęciem, gdyż zakwalifikowanie danego podmiotu na jedną z list ma istotne znaczenie rynkowe dla zarządu spółek i potencjalnych inwestorów. Zagadką pozostaje sposób definiowania i klasyfikacji danych kategorii spółek umieszczanych na poszczególnych listach.

KAZUS GRUPY AZOTY S.A.

Na zakończenie warto zastanowić się nad przypadkiem Grupy Azoty S.A., o której było głośno w ostatnich miesiącach w związku z udaremnioną

¹⁹ Zgodnie z rezolucją Parlamentu Europejskiego z dnia 15 stycznia 2014 r. w sprawie reindustrializacji Europy z myślą o promowaniu konkurencyjności i trwałego rozwoju.

²⁰ Ministerstwo Skarbu Państwa, *op.cit.*, ss.7-9.

próbą “wrogiego przejęcia”. Przy okazji, wielu komentatorów odniosło się do pojęcia sektorów strategicznych oraz ewentualnej niezgodności postanowień statutu spółki przyznających w ramach złotej akcji SP uprawnienia, które wcześniej w innych przypadkach zostały uznane przez ETS za nieproporcjonalne i niezgodne z prawem unijnym.

Grupa Azoty S.A. powstała w wyniku przekształcenia czterech największych zakładów chemicznych należących do państwa (w Tarnowie, w Puławach, w Policach i w Kędzierzynie-Koźlu), wieńczącego proces konsolidacji polskiego przemysłu chemicznego w styczniu 2013 roku. Grupa Azoty S.A., uważana za polskiego czempiona chemicznego, jest jednym z największym producentów nawozów wieloskładnikowych i azotowych w Europie. Komercjalizacja polskich zakładów chemicznych była realizowana poprzez emisję akcji na Giełdzie Papierów Wartościowych, przy czym państwo zachowało pakiet kontrolny²¹. Ponadto, mimo iż zakres ustawy z 2010 roku nie obejmuje sektora chemicznego, Grupa Azoty S.A. znalazła się na liście MSP podmiotów o znaczeniu strategicznym, w którym państwo zachowa władztwo korporacyjne.

Jak wspomniano wcześniej, specjalne uprzywilejowanie SP może wynikać z przepisu rangi ustawowej (np. w świetle ustawy z 2010 roku nawet w oderwaniu od posiadania akcji danego podmiotu) lub umownej, w drodze przyjęcia odpowiednich zapisów statutowych, precyzyjnie i czytelnie określających uprawnienia SP. Sprawowanie kontroli przez państwo jest zagwarantowane pomimo braku posiadania większościowego pakietu akcji, poprzez uprawnienia wynikające ze złotej akcji.

Szczególnie istotne postanowienia Statutu Grupy Azoty S.A., oderwane od wielkości jego udziału kapitałowego i umożliwiające mu wywieranie wpływu na strategiczne decyzje w tym zakresie to:

1. indywidualne uprawnienie SP do powoływania i odwoływania jednego członka Rady Nadzorczej (§ 16 ust.2),
2. prawo do umieszczenia określonych spraw w porządku najbliższego Walnego Zgromadzenia (§ 45 ust. 4),
3. ograniczenie prawa głosu akcjonariuszy Spółki - żaden z nich nie może wykonywać na Walnym Zgromadzeniu więcej niż jednej piątej ogólnej liczby głosów istniejących w Spółce w dniu odbywania Walnego Zgromadzenia, tak długo jak SP posiada w sumie co najmniej 20% akcji (§ 47 ust. 3).

21 Informacja Ministerstwa Skarbu Państwa na temat konsolidacji i prywatyzacji branży przemysłu chemicznego w Polsce, 30 posiedzenie Senatu RP, 3-4 kwietnia 2014 roku.

Pomimo tak sformułowanych przywilejów wynikających ze złotej akcji SP, niektórzy podnoszą, iż w celu zachowania efektywnej kontroli nad spółką należy zdobyć również większość kapitałową²², gdyż w przeciwnym przypadku akcjonariusze mniejszościowi, którzy posiadają 20% akcji mogą wprowadzić swoich przedstawicieli do Rady Nadzorczej (również głosować grupami na podstawie zapisów k.s.h., które nie mogą zostać zmienione statutem spółki). Co prawda, nie przesądza to jeszcze o przejęciu kontroli nad zarządzaniem, lecz może stanowić potencjalne zagrożenie wynikające z dostępu do pełnej dokumentacji spółki, informacji, które mogą okazać się strategiczne dla konkurentów. Szczególnie istotna jest tu rola spółki Acron, powiązanej z gospodarką rosyjską, a działającej przez spółki-córki zarejestrowane w krajach członkowskich UE (np. Norica Holding zarejestrowana w Luksemburgu). Zdobyć kontroli nad zakładem produkcyjnym na terenie UE pozwoliłoby ominąć cła antydumpingowe powstrzymujące spółki rosyjskie przed ekspansją na rynek europejski. Biorąc pod uwagę duże zapotrzebowanie Grupy Azoty S.A. na gaz oraz napięte relacje na linii Polska - Rosja właśnie w kontekście bezpieczeństwa energetycznego, można spodziewać się dalszego uzależniania polskiego przemysłu chemicznego od państwa²³.

W rezultacie należy zastanowić się czy zapisy statutowe w tym strategicznym dla Polski przedsiębiorstwie mogłyby zostać skutecznie podważone przez sąd rejestrowy jako niezgodne ze swobodami jednolitego rynku? ETS ma kompetencję do kontrolowania prawa wewnętrznego, natomiast zgodność z prawem umów spółek uchwalonych przy wykorzystaniu kompetencji nadanych w ustawie (art. 411 §3 k.s.h.) w kontekście swobody przepływu kapitału, podlega kontroli sądowej w kraju członkowskim²⁴. W tym przypadku, ETS mógłby skontrolować jedynie zapisy kodeksu spółek handlowych, wprowadzające kompetencje do statutowego ograniczenia prawa głosu w spółkach akcyjnych (w przeciwieństwie do Polskich Kolei Państwowych czy Poczty Polskiej nie miała tu miejsce prywatyzacja przez specjalnie dedykowaną ustawę). Sprawą o podobnym stanie faktycznym

22 Człowiek Putina chce zdobyć Grupę Azoty? „Złota akcja to za mało”, 11.06.2014r, dostępne na: <http://tvn24bis.pl/informacje,187/czlowiek-putina-chce-zdobyc-grupe-azoty-zlota-akcja-to-za-malo,438496.html>

23 J. Ćwiek - Karpowicz, Raport PISM, *Polityka energetyczna Rosji – szanse i wyzwania dla Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa lipiec 2011, s.28.

24 A. Mataczyński, *Swoboda przepływu kapitału a złota akcja Skarbu Państwa*, Wolters Kluwer 2007, s.182.

była sprawa ustawy prywatyzującej niemieckiego Volkswagena (Sprawa C-95/12), która została jednak uchylona ze względów proceduralnych. W tym przypadku, ustawa wprowadzała na zasadzie odstępstwa od przepisów ogólnych ograniczenie prawa głosu wszystkich akcjonariuszy do 20% kapitału zakładowego Volkswagena. Podobny zapis znajduje się w statucie Grupy Azoty S.A., natomiast sam k.s.h. przewiduje podobną kompetencję w przypadku akcjonariuszy dysponujących “powyżej jednej dziesiątej ogółu głosów w spółce” (art. 411 §3 k.s.h.). Trudno w takim przypadku stwierdzić jak wyglądałoby orzeczenie ETS, jednak należy przypuszczać, iż pułap 10% mógłby zostać uznany za proporcjonalny, a zatem nie naruszający prawa unijnego. Wydaje się, że prywatyzacja przez mechanizm giełdowy oraz komercjalizację spółek państwowych, bez wydawania specjalnej ustawy prywatyzacyjnej, pozwala na uniknięcie zarzutów o nieprawidłowościach wcześniej podnoszonych przez Komisję Europejską.

Proces prywatyzacji pośredniej Zakładów Azotowych w Tarnowie można zaliczyć do tzw. pseudoprywatyzacji, gdyż mimo iż akcje sprzedawane są przez rynek kapitałowy to przeznaczone są spółkom kontrolowanym przez państwo (w tym przypadku PGNiG S.A. i Ciech S.A.). Aktualnie Skarb Państwa posiada 33% akcji Grupy Azoty S.A. oraz zachowuje kontrolę korporacyjną dzięki wyżej przedstawionym zapisom statutowym gwarantującym mu uprzywilejowaną pozycję.

PODSUMOWANIE

Spółki kapitałowe należące do sektorów strategicznych dla bezpieczeństwa publicznego zabezpieczone są na wielu poziomach poprzez zróżnicowane metody regulacyjne, poczynając od posiadania przez państwo kontroli kapitałowej, poprzez złote akcje oderwane od uczestnictwa kapitałowego (zatem wbrew zasadzie “*one vote, one share*”) kończąc na dodatkowych gwarancjach ustawowych szczególnych uprawnień MSP oraz ochrony przedsiębiorstw zaklasyfikowanych jako strategiczne lub istotne dla gospodarki. Wydaje się również, iż użycie różnych sposobów regulacji uprzywilejowanej pozycji państwa w stosunkach należących do prywatnoprawnej sfery *dominium* pozwala na bardziej elastyczne ustosunkowanie się do rekomendacji Komisji Europejskiej oraz linii orzeczniczej ETS, szczególnie w świetle swobody przepływu kapitału.

W końcu, w celu osiągnięcia ostatecznego celu prywatyzacji, czyli pełnej efektywności gospodarczej przedsiębiorstw, tendencja do zachowania

kontroli właścicielskiej w spółkach kapitałowych, których działalność jest strategiczna dla interesu publicznego powinna iść w parze ze zdecydowanym usprawnieniem mechanizmów nadzoru właścicielskiego. Bez odpowiedniej profesjonalizacji nadzoru, polska gospodarka nie tylko zostanie pod kontrolą polityków, ale straci szanse na rozwój innowacyjności i konkurencyjności, co na dłuższą metę samo w sobie może stać się zagrożeniem dla jej bezpieczeństwa.

BIBLIOGRAFIA

1. Ćwiek - Karpowicz, J., Raport PISM, Polityka energetyczna Rosji – szanse i wyzwania dla Polski i Unii Europejskiej, Warszawa lipiec 2011.
2. Gabrysiak-Zabłocka, A., Równe traktowanie akcjonariuszy w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, „Master of Business Administration” 3/2010 (104), ISSN 1231-0328, Copyright by Akademia Leona Koźmińskiego.
3. Grzegorzczak, F., Charakter prawny i skutki „złotego weta” w nowej ustawie o szczególnych uprawnieniach ministra Skarbu Państwa, „Przegląd Prawa Handlowego” - numer 3 z 2011 r.
4. Katner, W., Pozakodeksowe uprzywilejowanie akcji – konstrukcja „złotej akcji” Skarbu Państwa według ustawy z 2005 r., „Przegląd Prawa Handlowego” 2005/12, grudzień 2005.
5. Klaupa, C., A more prudent approach in the ‘golden shares’ cases, 30.10.2013, dostępne na: <http://europeanlawblog.eu/?p=2015#sthash.u3898nbp.dpuf>.
6. Mataczyński, A., Swoboda przepływu kapitału a złota akcja Skarbu Państwa, Wolters Kluwer 2007.
7. Osajda, K., „Złota” akcja w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i w prawie polskim, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004/8
8. Sójka, T., Zasada równego traktowania akcjonariuszy w kodeksie spółek handlowych, „RPEiS” 2000/04.
9. Włudyka, T., Smaga, M., (red.) „Instytucje Gospodarki Rynkowej”, Wolters Kluwer Polska, 2012.
10. Człowiek Putina chce zdobyć Grupę Azoty? „Złota akcja to za mało”, 11.06.2014r, dostępne na: <http://tvn24bis.pl/informacje,187/czlowiek-putina-chce-zdobyc-grupe-azoty-zlota-akcja-to-za-malo,438496.html>

11. Informacja Ministerstwa Skarbu Państwa na temat konsolidacji i prywatyzacji branży przemysłu chemicznego w Polsce, 30 posiedzenie Senatu RP, 3-4 kwietnia 2014 roku.

Akty prawne

12. Dz.U.2004.90.864/2 - Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej - tekst skonsolidowany uwzględniający zmiany wprowadzone Traktatem z Lizbony.

13. Dz.U. 2005 nr 132 poz. 1108 - Ustawa z dnia 3 czerwca 2005 r. o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego.

14. Dz.U. 2007 nr 89 poz. 590 - Ustawa z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym.

15. Dz.U. 2010 nr 65 poz. 404 - Ustawa z dnia 18 marca 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.

16. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 15 stycznia 2014 r. w sprawie reindustrializacji Europy z myślą o promowaniu konkurencyjności i trwałego rozwoju, P7_TA(2014)0032.

Wyroki ETS

17. z 23.05.2000 r. w sprawie C-58/99, Komisja Europejska v. Republika Włoska;

18. z 4.06.2002 r. w sprawie C-367/98, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Portugalii;

19. z 4.06.2002 r. w sprawie C-483/99, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska;

20. z 4.06.2002 r. w sprawie C-503/99, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Belgii;

21. z 13.05.2003 r. w sprawie C-463/00, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii; z 13.05.2003 r. w sprawie C-98/01, Komisja Wspólnot Europejskich v. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej;

22. z 2.06.2005 r. w sprawie C-174/04, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska;
23. z 28.09.2004 r. w sprawach połączonych: C-282/04 i C-283/04 z, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Niderlandów;
24. z 23.10.2007 r. w sprawie C-112/05, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec;
25. z 17.07.2008 r. w sprawie C-207/07, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii,
26. z 22.10.2013 r., w sprawie C-95/12, Komisja Europejska v. Republice Federalnej Niemiec, oraz w sprawach połączonych C-105/12 do C-107/12. Staat der Nederlanden przeciwko Essent NV (C-105/12), Essent Nederland BV (C-105/12), Eneco Holding NV (C-106/12) i Delta NV (C-107/12).



MGR KAJA KOWALCZEWSKA
Zakład Prawa Międzynarodowego Publicznego
Uniwersytet Jagielloński
kaja.kowalczevska@uj.edu.pl