

Michał Dąbrowski
Uniwersytet Wrocławski

Publiczny czy prywatny? Rozważania o charakterze podmiotów gospodarczych w perspektywie międzynarodowej

*Public or private? Considerations on the nature
of business organizations from an international
law's perspective*

Streszczenie

Artykuł obejmuje swoim zakresem tematycznym zagadnienie praktycznego określania charakteru prawnego podmiotów gospodarczych. Refleksja na powyższy temat dokonana została z uwzględnieniem kontekstu międzynarodowo-prawnego, za punkt wyjścia przyjmując spór przed MTS dotyczący Anglo-Iranian Oil Company. Na podstawie kazusu wyłania się zarys potencjalnych kryteriów, które należy brać pod uwagę przy ocenianiu charakteru prawnego podmiotu. Następnie w ten sposób wyprowadzone kryteria zostały zestawione ze współczesnym prawodawstwem unijnym oraz polskim. Na koniec opisana została instytucja prawa międzynarodowego, jaką jest immunitet państwa; na podstawie podobieństw pomiędzy zagadnieniem immunitetu a omawianym tematem wyłaniają się propozycje potencjalnych rozwiązań, które można w przyszłości przyjąć w polskiej praktyce prawa konstytucyjnego.

Słowa kluczowe

prawo konstytucyjne, prawo międzynarodowe, prawo, immunitet państwa, publiczny, prywatny, charakter prawny, podmiot gospodarczy, osoba prawna, Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, Wielka Brytania, Anglo-Iranian Oil Company, Iran, Persja

Abstract

The scope of this work covers the problem of determining legal nature of business entities. Author's consideration is based on the international law and the case in ICJ between United Kingdom and Anglo-Iranian Oil Company. This particular case law reveals potential criteria which should be applied during determining the

legal nature of an entity. These criteria are further compared to both EU and Polish law. Lastly, the article covers the international law institution of state immunity; similarities between immunity and the way of determining nature of business entities allow to propose new solutions – potentially applicable in the Polish constitutional jurisprudence and practice.

Keywords

constitutional law, international law, law, state immunity, public, private legal nature, business entity, legal entity, International Court of Justice, United Kingdom, Anglo-Iranian Oil Company, Iran, Persia

Zadanie określenia publicznego bądź prywatnego charakteru podmiotu prawa jest szczególnie ważne w przypadku próby odpowiedzenia na pytanie, czy dany podmiot może być adresatem konstytucyjnych praw i wolności. Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo stoją na stanowisku, iż konstytucyjnej ochrony nie można przyznać podmiotom publicznym, gdyż stanowiłoby to zaprzeczenie podstawowej funkcji konstytucyjnych praw i wolności, jaką jest ochrona jednostki przed działaniami władz publicznych.

Mimo wyraźnie zaznaczonego kryterium decydującego o możliwości korzystania z konstytucyjnych praw i wolności, tj. posiadania przez podmiot charakteru niepublicznego, brak jest jednoznacznych przesłanek, na podstawie których można byłoby określić charakter prawny podmiotu. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w tej sprawie bywa sprzeczne¹, choć dominującym poglądem jest dokonywanie kwalifikacji na podstawie czynnika majątkowego, najczęściej poprzez analizę struktury akcjonariatu oraz obecności udziałów Skarbu Państwa. Zauważyć należy, iż fakt nieposiadania przez Skarb Państwa udziałów większościowych nie jest przeszkodą w uznaniu badanego przedmiotu za publiczny (w sprawie SK 80/06 udziały Skarbu Państwa w spółce KGHM wynosiły 41,7%).

¹ Np. por. SK 37/01 oraz SK 80/06.

W dalszej części wywodu przedstawię, iż kryterium majątkowe nie zawsze musi być podstawą do określenia charakteru prawnego podmiotu, a za przykład posłuży mi kasus Anglo-Persian Oil Company (APOC) – będącej protoplastą dzisiejszego przedsiębiorstwa naftowego BP – i sporu, który wynikł w związku z nią w 1951 r. przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości (MTS) pomiędzy Wielką Brytanią a Iranem (do 1935 r. znanym jako Persja).

Przed przejściem do analizy postępowania przed MTS, należy uprzednio nakreślić historię Anglo-Persian Oil Co. oraz chronologię wydarzeń, które doprowadziły do dysputy.

Spółka została założona przez brytyjskiego inwestora Williama Knoxa D'Arcy'ego, który koncesję na wydobywanie uzyskał w 1901 r. Poszukiwania złóż pochłonęły wiele czasu i środków, w rezultacie czego przedsiębiorstwo rozpoczęło działalność dopiero w roku 1908. Pierwsza rafineria powstała w mieście Abadan nad Zatoką Perską i bardzo szybko przyciągnęła uwagę brytyjskiego rządu.

W związku z wynalezieniem nowego typu statków – drednotów – Royal Navy rozpoczęła proces modernizacji floty, zastępując mało wydajne napędy węglowe silnikami Diesla. Ze względu na duże zapotrzebowanie na ropę władze Wielkiej Brytanii podjęły szeroko zakrojone działania mające na celu zabezpieczenie dostaw paliwa do kraju. Rok przed wybuchem I wojny światowej w londyńskiej siedzibie APOC pojawił się Winston Churchill, będący wtedy Pierwszym Lordem Admiralicji, i zaproponował wsparcie finansowe ze strony rządu. Rok później brytyjski skarb państwa na mocy ustawy stał się właścicielem aż 53% udziałów spółki oraz dysponował możliwością wyznaczania dwóch dyrektorów z prawem weta. W związku z tym rząd brytyjski zdobył faktyczną kontrolę nad przedsiębiorstwem i doprowadził do podpisania przez APOC korzystnej umowy z Wielką Brytanią na dostawy ropy do kraju po przystępnych cenach.

Podczas Wielkiej Wojny Persja znalazła się pod okupacją dwóch mocarstw, Wielkiej Brytanii oraz Rosji, które na mocy tajnej umowy międzynarodowej z 1907 r. kontrolowały odpowiednio południową i północną część kraju w celu zabezpieczenia złóż ropy przed ofensywą Osmanów. Po zakończeniu wojny Brytyjczycy uzyskali dominującą pozycję w regionie ze względu na wycofanie się wojsk rosyjskich po wybuchu rewolucji październikowej. Wielka Brytania podjęła próbę uczynienia z Persji swego protektoratu, jednak starania te spotkały się ze sprzeciwem nowo powstałej Ligi Narodów. Mimo to sytuacja w Persji pozostawała niestabilna, co skłaniało rząd brytyjski do dalszego ingerowania w sprawy wewnętrzne kraju aż do II wojny światowej.

W wyniku przewrotu wojskowego inspirowanego przez Brytyjczyków władzę w Persji w 1921 r. przejął Reza Szah Pahlawi, który po objęciu tronu rozpoczął szereg reform mających na celu unowocześnienie państwa oraz wzmocnienie władzy centralnej, aby ostatecznie uwolnić się spod obcych wpływów. W 1932 r. Pahlawi poinformował APOC o wycofaniu koncesji na wydobywanie ze względu na rażąco niekorzystne i niesprawiedliwe postanowienia. Sprawa na krótko trafiła do Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej w Hadze, aczkolwiek strony szybko doszły do porozumienia na mocy ugody. W 1933 r. APOC uzyskała nową koncesję na kolejne 60 lat, zobowiązując się do płacenia podatku dochodowego oraz dodatkowo uiszczania corocznej opłaty w wysokości 750 tys. funtów. Persja w zamian zrzekła się prawa do przedterminowego wypowiedzenia koncesji. To naruszenie tej koncesji miało w przyszłości stać się podstawą do sporu przed MTS.

APOC została w 1935 r. przemianowana na Anglo-Iranian Oil Company (AIOC), ze względu na zmianę nazwy kraju przez Pahlawiego z Persji na Iran. Sytuacja w regionie ustabilizowała się, a kraj został zreformowany na wzór państw zachodnich, co przyczyniło się do stopniowego uniezależniania się od wpływów Brytyjczyków. Sytuacja ta utrzymywała się aż do 1941 r., kiedy to do neutralnego Iranu ponownie wkroczyły

wojska Wielkiej Brytanii oraz ZSRR w celu zabezpieczenia złóż surowców przed ewentualnym zajęciem ich przez III Rzeszę. Iranowi zagwarantowano integralność terytorialną i suwerenność, wraz z obietnicą wycofania sił zbrojnych w ciągu pół roku od zakończenia wojny. Alianci sprawowali faktyczną władzę w kraju, zatem po ich wycofaniu się z regionu powstała pustka, której osłabiony i pozbawiony autorytetu rząd nie potrafił wypełnić. Bardzo szybko na popularności zaczęły zyskiwać ugrupowania patriotyczne z Mohammadem Mosaddeghiem na czele, nawołujące m.in. do całkowitego upaństwowienia złóż surowców naturalnych w celu ostatecznego wyparcia wpływów państw ościennych. Mosaddegh został w 1951 r. wybrany na premiera i w przeciągu kilku dni doprowadził do uchwalenia ustawy tworzącej National Iranian Oil Company (Państwowe Przedsiębiorstwo Naftowe Iranu – tłum. M.D.) w miejsce AIOC. Wielka Brytania uznała to za naruszenie koncesji z 1933 r. (*nota bene* wynegocjowanej z APOC, a nie Wielką Brytanią) i jeszcze w tym samym roku skierowała sprawę do MTS.

Brytyjczycy stali na stanowisku, iż nacjonalizacja stanowi przedterminowe zerwanie koncesji, co z kolei narusza jej postanowienia. Jednocześnie uznali, że przedmiotowa koncesja ma „podwójny charakter”, to jest reguluje jednocześnie sferę prywatnoprawną na linii Iran–AIOC i sferę publicznoprawną na linii Iran–Wielka Brytania. W związku z tym Brytyjczycy uznali naruszenie koncesji nie tylko za złamanie prawa międzynarodowego, lecz również jako naruszenie interesów prywatnej spółki o brytyjskiej proveniencji, a co za tym idzie uznali, iż posiadają czynne prawo procesowe również w ramach prawa ochrony dyplomatycznej (*right of diplomatic protection*) obejmującego AIOC. W ramach tej ochrony domagano się dodatkowo odpowiedniego odszkodowania dla spółki ze względu na kroki poczynione w kierunku nacjonalizacji.

W tym miejscu należałoby pochylić się nad istotą prawa ochrony dyplomatycznej, aby móc lepiej zrozumieć stanowisko Wielkiej Brytanii i widoczne w nim nieścisłości. *Right of diplomatic protection* jest

uprawnieniem państwa do występowania we własnym imieniu przeciwko innemu państwu w obronie interesów swoich obywateli, w tym również osób prawnych, a przesłanką jego zastosowania jest uprzednie wyczerpanie krajowych środków odwoławczych przez podmiot pokrzywdzony. W definiowaniu owej instytucji kładzie się duży nacisk na fakt, że państwo nie może za jej pomocą chronić swoich przedstawicieli, jak również samego siebie (choćby w postaci państwowych spółek)². Zasada ta jednak nie stoi na przeszkodzie, aby uznawać możliwość ochrony dyplomatycznej innych podmiotów publicznych, np. jednostek samorządu terytorialnego lub uniwersytetów; warunkiem jest tutaj posiadanie przez dany podmiot autonomii w stosunku do państwa ochraniającego³. W związku z powyższym zauważyć można, iż Brytyjczycy w omawianej sprawie poprzez próbę objęcia AIOC prawem ochrony dyplomatycznej pośrednio przyznali tej spółce charakter albo prywatnoprawny, albo publicznoprawny ze wskazaniem na szeroką autonomię, porównywalną z autonomią uniwersytetów lub jednostek samorządu terytorialnego, tym samym przecząc swoim twierdzeniom, jakoby spółka była integralną częścią samego państwa. Co znamienne, w literaturze prawo ochrony dyplomatycznej określa się jako broń wykorzystywaną przez rozwinięte państwa przeciwko państwom biedniejszym⁴. Praktyka ta wskazuje na duże znaczenie dostępu do surowców naturalnych dla Wielkiej Brytanii, jak również dla każdego innego mocarstwa. Ze względu na ich strategiczny charakter z punktu widzenia stabilności państwa rządy w celu realizacji konstytucyjnego obowiązku zapewnienia porządku i bezpieczeństwa często posuwają się do wyżej przedstawionych środków.

Iran zakwestionował publicznoprawny (a co za tym idzie międzynarodowy) charakter koncesji, argumentując, iż jest to umowa czysto

² C.F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 26.

³ *Ibidem*, s. 140.

⁴ *Ibidem*, s. 19.

prywatna, negocjowana pomiędzy Iranem a przedsiębiorstwem, nie zaś Wielką Brytanią. W związku z tym przedstawiciel irańskiego rządu stwierdził, że dysputa pomiędzy AIOC a Iranem podlega wyłącznie pod prawo krajowe, jednocześnie wykluczając jurysdykcję MTS w tym zakresie. Odrzucono także możliwość zasądzenia odszkodowania na mocy prawa ochrony dyplomatycznej ze względu na niewyczerpanie przez AIOC wszystkich środków odwoławczych przewidzianych w ustawie nacjonalizującej.

MTS zajął ostateczne stanowisko w 1952 r., zasadniczo przychylając się argumentacji strony irańskiej. Pominąwszy kwestie prawa traktatowego, znajdujące się poza obszarem tematycznym niniejszego tekstu, przejdę do rozważań Trybunału na temat charakteru prawnego Anglo-Iranian Oil Company.

MTS stwierdził stanowczo, iż koncesja ta nie jest niczym innym, jak umową między rządem a zagranicznym przedsiębiorstwem, regulującą kwestie pozostające w całości w sferze prywatnej, takie jak warunki wydobywania, zasady dokonywania płatności oraz czas obowiązywania i warunki rozwiązania. Określono tym samym cel koncesji, którym było uregulowanie stosunków pomiędzy państwem a podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą. Jednocześnie Trybunał, stwierdzając, iż koncesja ta nie reguluje w żadnym stopniu spraw pomiędzy dwoma państwami („It did not regulate any public matters directly concerning two Governments”), odmówił jej domniemanego podwójnego charakteru prawnego. Jak można zauważyć, kwestie majątkowe, tak silnie eksponowane w polskim orzecznictwie, w uznaniu Trybunału nie są wcale determinantami. Wyraźnie można zauważyć tendencję do skupiania się na celu i charakterze zarówno koncesji, jak i działalności danego podmiotu, a nie na strukturze ekonomicznej stojącej za nim. Niniejsze orzeczenie zostało wydane przy pięciu zdaniach odrębnych; dwa z nich odniosły się do kwestii określenia charakteru prawnego spółki i oba z nich były zgodne ze stanowiskiem Trybunału co do prywatnego charakteru AIOC.

Sędzia Alvarez w swym zdaniu napisał: „The United Kingdom is therefore not appearing in this case in defence of its own interests, but to *protect* the interests of its nationals”. Widoczne jest zatem wyraźne oddzielenie państwa od prywatnego przedsiębiorstwa. Przypomnieć należy fakt, iż w omawianej sprawie brytyjski skarb państwa posiadał aż 51% udziałów w AIOC, gdzie dla przykładu w sprawie SK 80/06 KGHM z państwowym akcjonariatem w wysokości 41,7% został uznany przez Trybunał Konstytucyjny za podmiot publiczny, co stanowiło podstawę odmowy rozpatrzenia skargi.

Omawiane orzeczenie MTS w dużej mierze dotyczyło oczywiście kwestii prawa traktatowego, zatem refleksja o charakterze prawnym Anglo-Iranian Oil Company jest subsydiarna względem meritum sprawy, aczkolwiek pozwala przyjąć alternatywne, być może inspirujące, spojrzenie na zagadnienie, które w polskiej doktrynie jest traktowane bardzo jednowymiarowo.

W celu uzupełnienia ogólnie zarysowanych w orzecznictwie MTS zasad określania charakteru prawnego podmiotów gospodarczych należy w dalszej kolejności poświęcić uwagę prawu Unii Europejskiej oraz prawu krajowemu w zakresie, w jakim normy wspólnotowe wpływają na polski porządek normatywny. Za punkt wyjścia można uznać dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE. Dyrektywa ta zasługuje na szczególną uwagę ze względu na zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 4 definicję podmiotu prawa publicznego, która to definicja została transponowana do krajowego porządku prawnego w praktycznie niezmienionej formie, jak to okaże się w dalszej części wywodu. Podmiot prawa publicznego według definicji oznacza podmiot, który posiada wszystkie poniższe cechy:

- a) został utworzony w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;

- b) posiada osobowość prawną; oraz
- c) jest finansowany w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne lub inne podmioty prawa publicznego; bądź jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów; bądź ponad połowa członków jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub przez inne podmioty prawa publicznego.

Powyżej zaprezentowane elementy wskazują wyraźnie na dwa kluczowe kryteria statuujące publiczny charakter danego podmiotu: kryterium funkcjonalne (podpunkt a) definicji) oraz kryterium majątkowe i organizacyjne (podpunkt c) definicji). Zauważmy, że wyłączenie zawarte w podpunkcie a) dotyczące podmiotów o charakterze przemysłowym lub handlowym nie odmawia im tym samym publicznego charakteru – oznacza to jedynie, iż podmioty te wyłączone są z zakresu niniejszej regulacji.

Dalszych wskazówek interpretacyjnych dotyczących omawianego pojęcia dostarcza orzecznictwo TSUE. Co prawda częściowo dotyczy ono dyrektywy 2004/18/WE, uchylonej przez przytoczoną wcześniej dyrektywę 2014/24/WE, ale definicja podmiotu prawa publicznego w obu aktach prawnych pozostała niezmieniona, zatem orzecznictwo TSUE sprzed nowelizacji w tym zakresie wciąż zachowuje aktualność i dowodzi swej przydatności. Trybunał poddał analizie przesłankę zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 4 lit. a, dotyczącą zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym. Stwierdził wtedy, iż kluczowe znaczenie ma sam fakt, iż państwo lub jednostka samorządu terytorialnego stworzyło dany podmiot w interesie ogółu, niezależnie od tego, że zadania powierzone takiemu podmiotowi mogłyby zostać wykonane przez inny podmiot prywatny działający komercyjnie⁵. Przykładowo, Trybunał dopuszcza możliwość, aby za podmiot

⁵ Wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r., C-393/06.

prawa publicznego został uznany także podmiot prywatny, mówiąc, iż w takim wypadku należy zbadać jedynie, czy dany podmiot spełnia łącznie trzy warunki wymienione w definicji⁶. Dopuszczalne jest także, aby taki podmiot, obok prowadzenia działalności zaspokajającej potrzeby w interesie ogólnym, prowadził także działalność komercyjną⁷. TSUE zajął także stanowisko na temat art. 2 ust. 1 pkt 4 lit. c, w którym zawarto kryterium majątkowe i organizacyjne. Zdaniem Trybunału warunek finansowania jest spełniony w sytuacji, w której państwo ustala jego wysokość i zasady przyznawania – *a contrario* zatem pozostawienie tych kwestii do regulacji samemu podmiotowi może wykluczać jego publiczny charakter, szczególnie w wypadku, gdy ewentualny nadzór nad budżetem sprawowany jest przez państwo jedynie w zakresie legalności lub jego zbilansowania⁸. Ze względu na ważne miejsce w definiowaniu podmiotów prawa publicznego, jakie zajmuje pojęcie „potrzeb w interesie ogólnym”, należy również określić granice tego pojęcia, aby móc w obliczu potrzeby skonstruować otwarty katalog celów, pozwalających uznać podmiot je wykonujący za publiczny. Opinia interpretacyjna opublikowana w Repozytorium Wiedzy Urzędu Zamówień Publicznych dokonuje analizy tego pojęcia w rozumieniu TSUE i to z niej będę korzystał w omawianiu przedmiotowego zagadnienia⁹. W rozumieniu TSUE potrzeby w interesie ogólnym zazwyczaj występują w sytuacji, w której państwo ze względu na interes publiczny podejmuje się świadczenia usług samemu, w celu uczynienia zadość tym potrzebom lub z chęci utrzymania pozycji pozwalającej na decydowanie w kwestiach świadczenia danych usług; zaspokajanie tych potrzeb musi być ściśle związane z instytucjonalną działalnością

⁶ Wyrok z dnia 13 stycznia 2005 r., C-84/03.

⁷ A. Kunkiel-Kryńska, *Prawo unijne – orzecznictwo TSUE. Pojęcie podmiotu prawa publicznego*, „Przetargi Publiczne” 2014 nr 2, s. 45.

⁸ *Ibidem*, s. 46.

⁹ Urząd Zamówień Publicznych, *Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/podmioty-prawa-publicznego-w-swietle-prawa-ue> [dostęp 8.06.2019].

państwa w ramach konstytucyjnych i ustawowych kompetencji, powinno służyć społeczeństwu jako całości i dlatego leży w interesie ogólnospołecznym (wyrok TSUE z dnia 10 listopada 1998 r., C – 360/96, oraz wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r., C – 44/96). Jak można zauważyć, forma organizacyjno-prawna, za pomocą której zaspokajana jest taka potrzeba, nie ma wpływu na zakres zadań objętych tym pojęciem, z istoty swojej uważanych za mające charakter publiczny. Co za tym idzie, pojęcie zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym zawiera w sobie, co do zasady, każdą aktywność, która nie jest podejmowana ani wykonywana w interesie jednostkowym lub prywatnym. Na przytoczenie zasługuje postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 30 maja 2005 r., (IX Ca 196/05, niepubl.), trafnie identyfikujące istotę problemu poprzez uznanie, że użyte w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych słowo „powszechny” nie powinno być rozumiane w znaczeniu „dostępny dla wszystkich”, a w znaczeniu „dotyczący wielu, dostępny dla wielu”, czy też dla konkretnego kręgu podmiotowego, spełniającego określone w przepisach prawa powszechnie obowiązującego warunki.

Kluczowy jest również pogląd prezentowany przez TSUE, iż zaspokajanie „potrzeb o charakterze powszechnym przez instytucję zamawiającą w warunkach konkurencji z podmiotami prywatnymi, nie przesądza o tym, że potrzeby te nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego”. Zdaniem Trybunału dopuszczenie odmiennej wykładni przepisów w sytuacji, w której prawie wyłącznie podmioty prywatne zajmowałyby się zaspokajaniem określonych potrzeb o charakterze powszechnym, „prowadziłaby do nadmiernego zawężenia pojęcia zamawiającego, a tym samym zakresu stosowania dyrektyw”. Ugruntowana praktyka orzecznicza TSUE zmagająca się z problematyką ustalenia faktu, czy dany podmiot został utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, jasno pokazuje, iż „należy dokonać oceny wszystkich istotnych czynników

prawnych i faktycznych, a także okoliczności towarzyszących jego powstaniu i warunków, na jakich wykonuje swoje zadania, biorąc w szczególności pod uwagę niezarobkowy cel działalności, fakt nieponoszenia ryzyka związanego z jej prowadzeniem oraz ewentualne finansowanie ze środków publicznych” (wyrok TSUE z dnia 27 lutego 2003 r., C – 373/00).

Ważne, że na mocy art. 2 ust. 1 pkt 1 podmioty te są wymienione w katalogu „instytucji zamawiających” z zakresu zamówień publicznych, co przy ocenianiu charakteru prawnego podmiotu na podstawie powyższych przepisów pozwala zastosować prosty test, dający się sprowadzić do następującego twierdzenia: „Jeśli bierzesz udział w postępowaniu z zakresu zamówień publicznych jako zamawiający – jesteś podmiotem prawa publicznego”. Dopiero w przypadku dalszych wątpliwości można sięgnąć po dodatkowe kryteria zawarte w definicji podmiotu prawa publicznego.

Zaprezentowana definicja znalazła swoje wierne odwzorowanie w polskim porządku prawnym w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.). Art. 3 ust. 1 stanowi, iż ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
- 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;
- 3) inne, niż określone w pkt 1, **osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty**, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
 - a. **finansują je w ponad 50% lub**
 - b. **posiadają ponad połowę udziałów lub akcji, lub**
 - c. **sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub**

d. mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego

Pewnych informacji dostarcza art. 3 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz. U. z 2016 r., poz. 2259 ze zm.), w którym to zawarto definicję legalną państwowej osoby prawnej. Zgodnie z przepisem, przesłankami pozwalającymi na zakwalifikowanie danej osoby prawnej jako „państwowej” są: posiadanie osobowości prawnej; utworzenie danego podmiotu w drodze ustawy, na jej podstawie lub w ramach jej wykonywania przez organ administracji rządowej, przy czym utworzenie musi nastąpić w celu realizacji zadań publicznych. Dodatkowo wymogiem jest, aby wymieniona w art. 3 ustawa zawierała w sobie następujące unormowania:

- 1) przyznanie kompetencji do nadawania i zmiany statutu organowi administracji rządowej albo przyznanie w całości Skarbowi Państwa prawa do udziału w organie stanowiącym, w tym uprawnionym do zmiany statutu;
- 2) prawo do nadwyżki między dochodami a kosztami osoby prawnej przysługujące w całości Skarbowi Państwa albo inny sposób dysponowania nadwyżką;
- 3) przepis przewidujący, iż w przypadku utraty bytu prawnego przez podmiot prawa do jego majątku oraz dysponowania nim przysługują wyłącznie Skarbowi Państwa.

Powyższe regulacje zarysowują wymagane więzi, które dana osoba prawna powinna mieć z państwem, aby móc uznać ją za podmiot publiczny – zakładając, iż pojęcie to znaczeniowo pokrywa się z pojęciem podmiotu państwowego. Co ciekawe, w omawianym przepisie prawie całkowicie pominięto kryterium majątkowe, tj. rozstrzygnięcie o charakterze podmiotu na podstawie udziału majątku Skarbu Państwa w ogólnej strukturze majątkowej osoby prawnej. Odnoszą się do tego kryterium jedynie 1) wymóg zawarcia w ustawie przepisu przenoszącego prawa do majątku osoby prawnej na rzecz Skarbu Państwa już po utracie przez nią

bytu prawnego oraz 2) prawo Skarbu Państwa do dysponowania nadwyżką finansową podmiotu, aczkolwiek należy zwrócić uwagę, iż wymóg ten ma charakter względny, gdyż możliwe jest odmienne uregulowanie kwestii dysponowania nadwyżką.

Najsilniej eksponowanymi kryteriami zdają się być, po pierwsze, geneza takiego podmiotu oraz, po drugie, funkcje, który dany podmiot ma pełnić. Ustawa o zasadach zarządzania mieniem państwowym jasno stanowi, iż podmiot państwowy może powstać jedynie w związku z ustawą lub jej wykonaniem, zatem kompetentni do tego będą odpowiednio parlament oraz szeroko rozumiana egzekutywa. Następnie art. 3 ustawy wymaga, aby utworzenie państwowej osoby prawnej zawsze następowało w celu realizacji zadań publicznych, co jest oczywistym odwołaniem do kryterium funkcjonalnego, tak wyraźnie zaznaczonego także przez MTS. Art. 3 ust. 2 ustawy stanowi, że podmiot nie przestaje być państwową osobą prawną z tej przyczyny, że ustawa regulująca ustrój tej osoby prawnej przewiduje, że prawo do udziału w organie stanowiącym osoby prawnej przysługiwać będzie chociażby w części innemu podmiotowi niż organ administracji rządowej, o ile organ sprawować będzie nadzór nad taką osobą prawną. Co za tym idzie, dopuszczalne jest, aby osłabić do pewnego stopnia więź łączącą podmiot z państwem, jednocześnie nie tracąc jego publicznego charakteru. Ustęp 3 dodaje ostatecznie dwie grupy podmiotów, które zalicza się do grona państwowych osób prawnych; są to jednostki organizacyjne niespełniające przesłanek z art. 3, jeżeli ustawa tak stanowi, oraz spółki, których akcjonariuszami są wyłącznie Skarb Państwa lub inne państwowe osoby prawne. Zauważyć można zatem, iż przy zastosowaniu wyłącznie kryterium majątkowego podmiot jest państwową osobą prawną tylko w przypadku, gdy jego majątek jest w 100% publiczny.

Powyższe rozważania prezentują zatem sytuacje, w których ustawodawca prezentuje swoje rozumienie publicznego charakteru podmiotu, a które to rozumienie wpływa prawie w całości z prawodawstwa

unijnego oraz aktywności orzeczniczej TSUE. Można zaryzykować stwierdzenie, iż TSUE, ze względu na swój *quasi*-międzynarodowy charakter, w swej praktyce wykazuje wiele miejsc wspólnych z doktryną publicznego prawa międzynarodowego, o czym może świadczyć omówione powyżej skupienie się na aspektach funkcjonalnych prezentowanego zagadnienia, tak charakterystyczne dla sądownictwa międzynarodowego. Co za tym idzie, postrzegam publiczne prawo międzynarodowe jako potencjalnie przydatne w znajdowaniu odpowiedzi na pytania rangi konstytucyjnej, wobec których ściśle krajowa perspektywa może często okazywać się zbyt wąska dla znalezienia satysfakcjonującej odpowiedzi.

W związku z powyższym w dalszej części wywodu pozwolę sobie przytoczyć jeszcze jedno zagadnienie z zakresu publicznego prawa międzynarodowego dotyczące immunitetu jurysdykcyjnego państwa, w celu zaproponowania nowej koncepcji postrzegania publicznych podmiotów gospodarczych – koncepcji dualnego charakteru owych podmiotów.

Pojęcie immunitetu wywodzi się bezpośrednio z przymiotu suwerenności, które posiada każde państwo, i sprowadza się, co do zasady, do zakazu wykonywania jurysdykcji jednego państwa nad drugim bez uzyskania uprzedniej zgody. Zakres przedmiotowy pojęcia immunitetu, to jest katalog działań państwa objętych immunitetem, ulegał ewolucji na przestrzeni dziejów, i tak koncepcja immunitetu bezwzględnego, obecnie będąca reliktem przeszłości, jasno i zwięźle określała, iż każde działanie państwa zasługuje na ochronę w ramach omawianej instytucji. Pierwsze próby odejścia od powyższej koncepcji miały miejsce już w drugiej połowie XIX w., kiedy to belgijski Sąd Apelacyjny w Gandawie zastosował tzw. koncepcję immunitetu względnego¹⁰. Koncepcja ta opiera się na rozróżnieniu działań państwa na sferę imperium i dominium; odpowiednio zatem sfera imperium rozumiana jako suwerenne wykonywanie kompetencji państwowych objęta jest ochroną immunitetową. Natomiast

¹⁰ X. Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, s. 13.

sfera dominium, rozumiana w tym przypadku jako działania mające na celu realizację interesów państwa w płaszczyźnie gospodarczej przy wykorzystaniu instrumentów prywatnoprawnych, jest już wyłączona spod zastosowania immunitetu państwa i działania z tej sfery jako takie mogą podlegać krajowej jurysdykcji państw trzecich (np. spór z 1879 r. pomiędzy Belgią a Francją w sprawie *Rau v. Duruty* o dostawę guano). Podobnie uznał belgijski Sąd Kasacyjny w 1903 r. w sprawie *Compagnie des chemins de fer Liegeois Limbourgeois*, mówiąc, iż „Państwo nie może skorzystać ze swego immunitetu w momencie, gdy nie wykonuje swoich władczych kompetencji, lecz zamiast tego działa jak osoba fizyczna w ramach prawa prywatnego” („when a State was not exercising public power [...] but was acting like a private person [...] pursuant to private law [...], then it could not enjoy immunity”)¹¹. Przyczyną takiej zmiany w pojmowaniu immunitetu państwa były coraz szybciej postępujące zmiany na arenie międzynarodowej, szczególnie wzrost znaczenia państwa w nieślabnącej wymianie handlowej i niejako „zejście” organów publicznych do skomercjalizowanej sfery prawa prywatnego¹². W obliczu tego zjawiska doktryna oraz judykatura doszły do wniosku, iż dalsze obstawanie przy koncepcji immunitetu bezwzględnego byłoby nie do pogodzenia z szeroko rozumianym pojęciem sprawiedliwości, doprowadzając do sytuacji, w których państwo, *de facto* działające jak podmiot prywatny, cieszyłoby się szerszą ochroną niż inne podmioty, w praktyce uniemożliwiając np. osobom fizycznym dochodzenia swoich roszczeń w sferze cywilnoprawnej przed sądami krajowymi przeciwko takiemu państwu. Uzasadnieniem zatem dla takiego rozwiązania jest niechęć do skrajnego różnicowania pozycji prawnej podmiotów, które funkcjonalnie powinny być równe, a co za tym idzie – przyjęcie postawy, którą można zwięźle ująć jako: „jeżeli działasz jak podmiot prywatny, to traktujemy cię jak podmiot prywatny”. Zaprezentowane ujęcie, skupiające się na faktycznym

¹¹ *Ibidem*, s. 13.

¹² *Ibidem*, s. 19.

sposobie działania oraz funkcjonalnym aspekcie podmiotu zdaje się być charakterystyczne dla orzecznictwa i doktryny prawa międzynarodowego, jak zaprezentowane również zostało we wcześniej omawianej sprawie AIOC, aczkolwiek podejściu temu daleko jest do jednolitości i spójności ze względu na rozproszoną praktykę sądowniczą, zmuszoną dostosowywać się do unikalnych krajowo bądź regionalnie uwarunkowań oraz do różnorodnych stanów faktycznych. Jednakowoż w mojej ocenie przesądza to jedynie o przydatności prawa międzynarodowego jako gałęzi, która wypracowała wiele wszechstronnych rozwiązań, dla prawa krajowego, w tym prawa konstytucyjnego, szczególnie w zakresie potencjalnych propozycji uregulowania obszarów znajdujących się dotąd poza zainteresowaniem ustawodawcy.

Rozróżnienie działań państwa na sferę imperium i dominium jest zatem w tym kontekście kluczowe, aczkolwiek oczywistym następstwem tego podziału jest pytanie o granicę obu tych sfer: czy istnieje, a jeśli tak, to którędy przebiega? Powyżej wspomniana różnorodność stanowisk w pewnym stopniu utrudnia wskazanie jednej uniwersalnej odpowiedzi¹³. Pogląd przytaczany przez część judykatury mówi, iż czynnikiem determinującym charakter prawny działań państwa jest „istota” takiego działania („nature of a particular act”)¹⁴. Pojęcie istoty działania nie zostało wprost zdefiniowane, aczkolwiek jest ono w tej koncepcji przeciwstawiane pojęciu celu działania („purpose”), który to cel określany jest jako oczywiście zawsze publiczny. *A contrario* zatem uznać można, iż istota działania może oznaczać m.in. rodzaj oraz formę czynności prawnej; najczęściej przytaczanymi przykładami są umowa sprzedaży, umowa pożyczki, a także umowa o świadczenie usług¹⁵. Co ciekawe, uważa się, że zawieranie wymienionych umów, lecz dotyczących tak silnie powiązanego ze sferą imperium obszaru jak siły zbrojne, wcale nie przekreśla

¹³ *Ibidem*, s. 76.

¹⁴ *Ibidem*, s. 75.

¹⁵ *Ibidem*, s. 76.

kwalifikowania tych czynności prawnych do sfery dominium¹⁶. Pozostałe zasady rozgraniczania obu sfer można sprowadzić do ogólnej reguły mówiącej, że do sfery dominium należy wszystko, co nie jest wykonywaniem suwerennych kompetencji państwa. Tak szeroko i niewyraźnie zarysowane zasady rozgraniczania imperium i dominium z pewnością nie czynią zadość wymaganiom określoności stawianym ewentualnym krajowym regulacjom, aczkolwiek w mojej ocenie mogą stanowić ciekawy punkt wyjścia w rozważaniach nad możliwym kształtem przepisów w przyszłości.

Aby zamknąć temat immunitetu państwa należy na koniec odnieść się do relacji pomiędzy działaniem państwa samego w sobie, rozumianego jako organy wchodzące w skład legislatywy, judykatywy, a także egzekutywy w wąskim jej znaczeniu, a działaniem państwowych podmiotów prawnych, w tym m.in. państwowych przedsiębiorstw. Odrębność państwowych podmiotów prawnych od reszty egzekutywy – według prezentowanego poglądu – przejawia się w posiadaniu czynnej i biernej legitymacji procesowej („[being] capable of suing and [being] sued”)¹⁷. Według dominującego poglądu, działania podmiotu publicznego cieszą się ochroną immunitetu transponowaną z państwa na ów podmiot tak długo, jak owe działania zawierają się w pojęciu wykonywania suwerennych kompetencji państwa¹⁸. Co za tym idzie, dopuszczalne jest, aby np. podmiot kontrolowany w całości przez państwo w obliczu różnych stanów faktycznych w jednym z nich był objęty ochroną immunitetową, a w drugim tej ochrony był już pozbawiony. Konkluzja ta kładzie fundamenty pod koncepcję nowego rozumienia charakteru prawnego podmiotów publicznych, którą zaprezentuję poniżej.

Mimo faktu, iż omawiane zagadnienie immunitetu dotyczy jedynie dopuszczalności zastosowania go i nie przesądza wcale o charakterze

¹⁶ *Ibidem*, s. 77.

¹⁷ T. Reece, *State Immunity*, City University of London, London 2016, s. 13.

¹⁸ X. Yang, *op. cit.*, s. 231.

prawnym państwowego podmiotu gospodarczego, powinno się zwrócić uwagę na ciekawą myśl wyłaniającą się z analizy przytoczonych powyżej przypadków. Dopuszczalna wydaje się bowiem sytuacja, w której podmiot w oczywisty sposób publiczny może być traktowany w danym konkretnym stanie faktycznym lub w danej grupie stanów jako podmiot prywatny ze względu na ważne argumenty funkcjonalne i zasady słuszności oraz sprawiedliwości. W obliczu niedomagania polskiego systemu prawnego w zakresie ustalania charakteru prawnego podmiotów gospodarczych, a co za tym idzie – przyznawania bądź odmawiania takim podmiotom ochrony ich konstytucyjnych praw i wolności, zasadnym wydaje się proponowanie koncepcji „dualnego charakteru publicznych podmiotów gospodarczych”, w myśl której szeroko pojęte podmioty państwowe funkcjonowałyby prawnie na dwóch płaszczyznach jednocześnie: publicznej oraz prywatnej. I tak, KGHM w przytaczanej na wstępie wywodu sprawie SK 80/06 mógłby zostać potraktowany w danym stanie faktycznym jak podmiot prywatny ze względu na charakter problemu przedstawionego Trybunałowi Konstytucyjnemu, gdyż pewność norm prawa podatkowego wpływa w takim samym stopniu na działalność gospodarczą zarówno podmiotów prywatnych, jak i publicznych, ze szczególnym uwzględnieniem ewentualnej odpowiedzialności karnej grożącej za potencjalne uchybienia w zakresie przestrzegania przepisów prawa powszechnie obowiązującego. W przedstawionej sprawie podmiot publiczny nie różnił się od podmiotu prywatnego pod względem podlegania opodatkowaniu, a co za tym idzie, różnicowanie ich pozycji, tak jak miało miejsce w orzeczeniu TK, jest w świetle prezentowanej koncepcji nieuzasadnione, szczególnie z perspektywy funkcjonalnej. Takie różnicowanie mogłoby natomiast nastąpić przykładowo w sytuacji, gdyby taka spółka posiadała dodatkowe kompetencje władcze nad innymi podmiotami działającymi w tym samym sektorze gospodarczym i gdyby potencjalne naruszenie konstytucyjnych praw i wolności związane byłyby z wykonywaniem tychże kompetencji.

Problematyka określania charakteru prawnego podmiotów ma kluczowe znaczenie dla oceny, czy można objąć je konstytucyjną ochroną praw i wolności. Powyższy artykuł miał na celu zdefiniować istotę „bycia publicznym” oraz zaproponować potencjalne rozwiązania inspirowane doktryną prawa międzynarodowego, które mogłyby w przyszłości stanowić punkt wyjścia dla rozważań nad nowym, pełniejszym uregulowaniem omawianej materii. Bez wątpienia jest to problem aktualny i niesłabnący; tendencje światowe pokazują, iż rosnąca aktywność państwa w sferze gospodarczej przyczyni się do wzrostu liczby przypadków, w których podmioty kwalifikowane jako publiczne będą borykały się z naruszeniami ich konstytucyjnych praw i wolności. Dobrze jest być przygotowanym na takie wypadki, a zadanie to spoczywa w dużej mierze na ustawodawcy. Zachowawczość i niekonsekwencja w polskiej judykaturze może wynikać głównie ze zjawiska „niedoregulowania” omawianej materii. Uzasadniona niechęć sądów do wkraczania w rolę ustawodawcy z jednej strony, a bierność legislatury z drugiej kreuje w polskim porządku prawnym niekorzystny impas, godzący nie tylko w interesy samych publicznych podmiotów gospodarczych, ale także w pozycję jednostek znajdujących się w ich strukturach, gdzie stabilność działania spółki i przewidywalność oraz przejrzystość systemu prawnego, w którym działa, może potencjalnie rzutować na zarobki lub nawet zatrudnienie. O ile ryzyko związane z działalnością rynkową jest nieuniknione, o tyle normy prawne nie powinny go zwiększać, oferując klarowne i sprawiedliwe zasady i reguły postępowania w przypadku naruszeń konstytucyjnych praw i wolności publicznych podmiotów gospodarczych. Z tego względu tak szeroko czerpałem z doktryny prawa międzynarodowego oraz zaproponowałem koncepcję rozumienia charakteru prawnego publicznych podmiotów gospodarczych – w nadziei, iż praca ta będzie być może jednym z wielu czynników przyczyniających się do postępu nauki w tym zakresie.

Na koniec chciałbym podziękować wszystkim osobom zaangażowanym w projekt, którego częścią jest niniejszy artykuł. Bez ich pracy i pomocy opracowanie tak wymagającej tematyki nie byłoby możliwe. W pierwszej kolejności słowa wdzięczności należą się Panu dr. hab. prof. nadzw. UWr Michałowi Bernaczykowi za wyjście z inicjatywą rozpoczęcia prac nad przedmiotową publikacją oraz za ciągłe wsparcie zarówno na płaszczyźnie organizacyjnej, jak i merytorycznej. Wyrazy uznania należą się Panu dr. hab. prof. nadzw. UWr Arturowi Kozłowskiemu za inspirację do napisania tej pracy. Pragnę podziękować również przedstawicielom spółki KGHM Polska Miedź S.A. w osobach Pana Łukasza Stelmacha oraz Pana Michała Kilijańskiego, którzy uprzejmie zgodzili się na spotkanie z nami w celu przybliżenia nam istoty postępowania prowadzonego przed Trybunałem Konstytucyjnym przez KGHM. Niezależnie od ilości zgromadzonych informacji i nakładu pracy, publikacja ta nie ujrzałaby światła dziennego bez wsparcia ze strony dziekana Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Pana prof. dr. hab. Karola Kiczki. Chcę również podziękować, a także złożyć gratulacje, moim kolegom i koleżankom, z którymi miałem przyjemność współpracować przy tworzeniu omawianego projektu.

