

Sławomir Czarnow

Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego jako element gospodarki komunalnej

Wstęp

W rezultacie reformy samorządowej, wprowadzonej z dniem 1 stycznia 1999 r., samorząd terytorialny w Polsce uzyskał trójszczeblową strukturę, na którą składają się: na szczeblu regionalnym – województwa, na szczeblu lokalnym – powiaty, a na szczeblu podstawowym – gminy. Zasady prowadzenia gospodarki komunalnej, a w tym działalności gospodarczej przez gminy określa ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (dalej: u.g.k.), obowiązująca od dnia 20 lutego 1997 r.¹, której przepisy z dniem 1 stycznia 1999 r. rozciągnięte zostały również na powiaty i województwa. Niektóre aspekty gospodarki komunalnej oraz samorządowej działalności gospodarczej uregulowane zostały ponadto w ustawach: z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym² oraz z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym³ i wojewódzkim⁴. Ustawodawca wprowadził tu pewien chaos, gdyż zasady działalności powiatów i województw poza sferą użyteczności publicznej unormowane zostały w powołanych wyżej ustawach ustrojowych, podczas gdy zasady działalności gmin – w u.g.k. Brakuje natomiast unormowania zasad gospodarki związków oraz porozu-

¹ Dz.U z 1997 r. Nr 9, poz. 43 ze zm.

² Dz.U. Nr 16, poz. 95 ze zm.

³ Dz.U. Nr 91, poz. 578 ze zm.

⁴ Dz.U. Nr 91, poz. 576 ze zm.

mięń zawieranych przez powiaty i województwa (w przypadku zadań związków i porozumień międzygminnych stosuje się odpowiednio u.g.k. – art. 5 u.g.k.).

Dla uzyskania pełnego obrazu zasad gospodarki komunalnej, a w tym komunalnej działalności gospodarczej, konieczna jest ponadto analiza wprowadzanych sukcesywnie od 1999 r. reform w dziedzinie finansów publicznych oraz prawa handlowego i gospodarczego. Analizie poddane będą zwłaszcza: ustawa z dnia 28 listopada 1998 r. o finansach publicznych⁵, ustawa z dnia 26 listopada 1998 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego w latach 1999-2001 (do 1 stycznia 2000 r. ustawa ta obejmowała lata 1999 i 2000)⁶, ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej⁷, ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym⁸ oraz ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych⁹.

1. Pojęcie gospodarki komunalnej

Zasady gospodarki komunalnej jednostek samorządu terytorialnego (gmin, powiatów i województw) pozostały niezmienione w stosunku do stanu sprzed 1 stycznia 1999 r. obowiązującego wobec gmin. W myśl art. 1 u.g.k., gospodarka komunalna jednostek samorządu terytorialnego polega „na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej” (ust. 1) i „obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych” (ust. 2). Gospodarka komunalna oznacza więc całość działań jednostki samorządu terytorialnego w zakresie zadań własnych, którymi – zgodnie z art. 166 ust. 1 Konstytucji – są „zadania publiczne służące zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej”. Oprócz zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego wykonują zadania pozostające poza zakresem gospodarki komunalnej: regu-

⁵ Dz.U. Nr 155, poz. 1014 ze zm.

⁶ Dz.U. Nr 150, poz. 983 ze zm.

⁷ Dz.U. Nr 101, poz. 1178.

⁸ Dz. U Nr 121, poz. 769 ze zm.

⁹ Dz.U. Nr 94, poz. 1037.

lowane odrębnymi ustawami zadania zlecone oraz zadania powierzone, przejęte na podstawie porozumień z innymi organami władzy publicznej. Zadania zlecone zostały zdefiniowane w art. 166 ust. 2 Konstytucji jako „inne zadania publiczne”, które „jeżeli wynika to z uzasadnionych potrzeb państwa”, mogą być zlecone odrębnymi ustawami, określającymi tryb ich przekazywania i sposób wykonywania. Konstytucja nie posługuje się natomiast pojęciem zadań powierzonych, przyjmuje się jednak, że powierzenie zadań w drodze porozumień stanowi w istocie formę „decentralizacji władzy publicznej”, wymaganej art. 15 Konstytucji¹⁰. Pojęcie decentralizacji zakłada przekazywanie zadań ze szczebla państwowego na samorządowy. Natomiast ani Konstytucja, ani ustawodawstwo nie dają możliwości przekazywania zadań samorządowych do wykonania administracji rządowej.

Samorządowe ustawy ustrojowe: o samorządzie gminnym (dalej: u.s.g.), o samorządzie powiatowym (dalej: u.s.p.), o samorządzie województwa (dalej: u.s.w.) oraz ustawa o administracji rządowej w województwie (dalej: u.a.r.w.) dopuszczają przekazywanie (powierzenie) w drodze porozumień¹¹: zadań administracji rządowej – do wykonania gminom, powiatom i województwom (art. 33 u.a.r.w., art. 5 ust. 1 u.s.p., art. 8 ust. 2 u.s.g., art. 46 ust. 3 u.s.w.); zadań województw – innym województwom oraz jednostkom samorządu lokalnego z obszaru danego województwa (art. 8 ust. 2 u.s.w.); zadań powiatów – innym jednostkom samorządu lokalnego oraz gminie, która wystąpiła z uzasadnionym wnioskiem w tej sprawie (art. 5 ust. 2 i art. 4 ust. 5 u.s.p.). Gminy nie mogą przekazywać swoich zadań

¹⁰ Pogląd ten reprezentuje E. Knosala, *Prawne układy sterowania w administracji publicznej*, Katowice 1998, s. 175. Pojęcie decentralizacji definiują m.in. J. Boć, *Decentralizacja*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2000, s. 29 oraz M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Decentralizacja i centralizacja administracyjna*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 1999, s. 105-107.

¹¹ W literaturze zgłoszono wątpliwości co do możliwości zawierania porozumień między wojewodą a województwem (B. Dolnicki, *Koncepcja województwa samorządowego*, [w:] *Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej*, pod red. E. Knosali, A. Matana, G. Łaszczycy, Warszawa 1999, s. 170-171 i mniej kategorycznie, C. Martysz, *Podział zadań i kompetencji pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego ze szczególnym uwzględnieniem samorządowego powiatu i samorządowego województwa*, tamże, s. 224) oraz co do dopuszczalności traktowania gminy jako jednostki samorządu lokalnego (tenże, s. 224).

do wykonania innym organom, wolno im natomiast nawiązywać współdziałanie z innymi gminami w celu wykonywania zadań przekraczających ich możliwości (art. 10 ust. 1 u.s.g.). Jednostki samorządu terytorialnego realizujące przekazane zadania finansują je z dotacji celowych otrzymywanych od organów powierzających te zadania, na zasadach i w kwocie określonych w zawartym porozumieniu, stosownie do art. 46-48 ustawy o dochodach jednostek samorządu terytorialnego w latach 1999-2001.

Przez zadania rozumie się zazwyczaj pośrednie (częstkowe) cele działalności organu rządowego lub samorządowego, poprzez które realizuje on swój cel ogólny. Cel ten (kierunek działania) wynika zaś ze spraw, którymi dany organ ma się zajmować (zakres działania). Zakres działania jednostek samorządu terytorialnego wyznaczają właściwe przepisy ustrojowe (u.s.g., u.s.p. i u.s.w.), a poszczególne zadania tych jednostek – przepisy szczególne, np. ustawa o systemie oświaty, o działalności kulturalnej, prawo wodne *etc.*¹² O ile realizacja zadań przypisanych jednostkom samorządu terytorialnego jest w zasadzie obowiązkowa, to nie każdemu zadaniu odpowiada prawo podmiotowe osób trzecich domagania się od właściwej jednostki samorządowej wykonania danego zadania. Jeśli jednak wyraźny przepis ustawy przyznaje określonym osobom takie prawo, wówczas zaniechanie przez gminę (powiat, województwo) realizacji zadania może zostać zaskarżone do Naczelnego Sądu Administracyjnego w trybie art. 101a ustawy o samorządzie gminnym lub art. 88 ustawy o samorządzie powiatowym albo art. 91 ustawy o samorządzie województwa jako niewykonanie czynności nakazanych prawem, naruszające prawa osób trzecich (tak wyroki NSA: z dnia 6 lutego 1996 r. SA/Łd 2722/95, OSP 1997, nr 5, poz. 106 i z dnia 27 sierpnia 1996 r. II SA/Wr 280/96, OSP 1998, nr 7, poz. 103). Całość czynności podjętych przez samorząd terytorialny w jego zakresie działania stanowi działalność komunalną, zdefiniowaną w uchwałach Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W.8/96, OTK 1997, nr 1, poz. 15) i z dnia 27 września 1994 r. (W.10/93, OTK 1994, nr 2, poz. 46) jako „wszelka działalność gmin (obecnie dotyczy to także powiatów i województw) oraz innych jednostek samorządu terytorialnego” w ramach

¹² Zob. Z. Le o ń s k i, Z. N i e w i a d o m s k i, *Samorząd terytorialny Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa-Zielona Góra 1994, s. 23; J. B o ń c, *Pojęcie administracyjne*, [w:] *Prawo...*, s. 7-24.

najszerzej pojętych „zadań publicznych, których realizacja ciąży na administracji rządowej i samorządowej”, a polegających na „zaspokajaniu potrzeb zbiorowych społeczeństwa o charakterze ogólnym”. Działalność ta nie może być nastawiona na maksymalizację zysku.

Sposób i formy prowadzenia gospodarki komunalnej konkretyzowane są w uchwałach organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego (art. 4 ust. 1 pkt 1 u.g.k.). W szczególności są to, stanowiące akty prawa miejscowego:

- uchwały rad gmin w sprawie zasad zarządu mieniem gminy (art. 40 ust. 2 pkt 3 u.s.g.), rad powiatów w sprawie szczególnego trybu zarządzania mieniem powiatu (art. 40 ust. 2 pkt 3 u.s.p.) oraz sejmików województw w sprawie zasad gospodarowania mieniem wojewódzkim (art. 18 pkt 1b u.s.w.);

- uchwały rad gmin, rad powiatów i sejmików określające zasady i tryb korzystania z obiektów i urządzeń użyteczności publicznej odpowiednio gminy, powiatu i województwa (art. 40 ust. 2 pkt 4 u.s.g., art. 40 ust. 2 pkt 4 u.s.p. oraz art. 18 pkt 1c u.s.w.).

Nie zostały natomiast zaliczone do aktów prawa miejscowego uchwały w sprawie wysokości lub sposobu ustalania cen i opłat za usługi komunalne o charakterze użyteczności publicznej oraz za korzystanie z obiektów i urządzeń użyteczności publicznej jednostek samorządowych, podejmowane przez organy stanowiące lub – na podstawie ich upoważnienia – przez zarządy gmin, powiatów i województw (art. 4 ust. 2 u.g.k.). Przepisy u.s.g. (art. 18 ust. 2 pkt 6-10), u.s.p. (art. 12 pkt 8 i 9) oraz u.s.w. (art. 18 pkt 2, 18 i 19) przewidują ponadto podejmowanie, w ramach wyłącznej właściwości rad lub sejmików, szeregu innych uchwał z zakresu gospodarki komunalnej (nie będących aktami prawa miejscowego), a dotyczących:

- programów gospodarczych gminy oraz strategii rozwoju i wieloletnich programów gospodarczych województwa (u.s.p. nie określa zasad uchwalania ww. programów dla powiatu),

- tworzenia związków, stowarzyszeń, fundacji oraz ich rozwiązywania, a także przystępowania do nich lub występowania z nich,

- tworzenia spółek (w przypadku województwa tylko spółek prawa handlowego) i przystępowania do nich oraz określania zasad wnoszenia wkładów, a także obejmowania, nabywania i zbywania udziałów i akcji,

a także ich rozwiązywania lub występowania ze spółek (u.s.w. nie określa zasad rozwiązywania lub występowania województwa ze spółek);

- tworzenia, likwidacji i reorganizacji innych niż ww. jednostek organizacyjnych (w przypadku gmin także jednostek pomocniczych, nie występujących w powiatach i województwach) oraz wyposażania ich w majątek (u.s.w. nie określa organu właściwego do dokonania tej czynności);

- zasad nabywania, zbywania i obciążania nieruchomości oraz ich wydzierżawiania lub wynajmowania na okres dłuższy niż 3 lata albo udzielenia zgody na te czynności,

- emitowania obligacji oraz określania zasad ich zbywania, nabywania i wykupu,

- zaciągania długoterminowych pożyczek i kredytów,

- zaciągania zobowiązań gminy i powiatu w zakresie inwestycji i remontów o wartości przekraczającej granicę corocznie ustaloną przez radę oraz

- ustalania maksymalnej wysokości udzielanych przez zarząd pożyczek i poręczeń w roku budżetowym, zaciąganych przez zarząd pożyczek i kredytów krótkoterminowych oraz, w przypadku gminy i powiatu, innych zobowiązań zaciąganych samodzielnie przez zarząd.

Gospodarka komunalna, prowadzona na zasadach określonych w ww. uchwałach, realizowana jest zarówno w drodze działań faktycznych (obsługa i organizacja przedsięwzięć oraz imprez mających na celu zaspokojenie potrzeb zbiorowych wspólnoty, współpraca w tym zakresie z instytucjami pozarządowymi oraz z obywatelami *etc.*), jak i prawnych (np. tworzenie i przystępowanie gmin, powiatów i województw do spółek, fundacji lub stowarzyszeń, wyłanianie wykonawców w trybie ustawy o zamówieniach publicznych i podpisywanie z nimi umów, udzielanie dotacji itd.).

Do gospodarki komunalnej należy też, moim zdaniem, zaliczyć zadania jednostek samorządu terytorialnego przewidziane w art. 61 prawa o działalności gospodarczej, a polegające na promowaniu przedsiębiorczości, organizowaniu działalności informacyjnej i oświatowej z tego zakresu oraz współdziałaniu z samorządem gospodarczym. W myśl ustawy o zasadach wspierania rozwoju regionalnego z dnia 12 maja 2000 r.¹³, województwa

¹³ Dz.U. Nr 48, poz. 550. Ustawa obowiązuje od 15 VII 2000 r.

otrzymują na realizację tych zadań dofinansowanie z budżetu państwa oraz ze środków pomocowych, na podstawie kontraktów regionalnych, zawieranych z ministrem właściwym ds. rozwoju regionalnego.

Specyficzną częścią gospodarki komunalnej jest działalność gospodarcza, którą – w oparciu o art. 1 ust. 2 u.g.k. – można najogólniej zdefiniować jako „bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych”. Nie wyczerpuje to oczywiście treści skomplikowanego zjawiska, jakim jest samorządowa (komunalna) działalność gospodarcza.

2. Specyfika działalności gospodarczej jednostek samorządu terytorialnego

W orzecznictwie Sądu Najwyższego odnoszącym się do gmin, a aktualnym także w stosunku do powiatów i województw, wyjaśniono już ponad wszelką wątpliwość, że wśród wielu przejawów działalności gminy jako korporacji publicznoprawnej mieści się również prowadzenie działalności gospodarczej. W przypadku prowadzenia takiej działalności gmina jest przedsiębiorcą (podmiotem gospodarczym). Tezę taką SN zawarł w wielu orzeczeniach, m.in. w uchwałach: z dnia 30 listopada 1992 r. (III CZP 134/92, OSNCP 1993, nr 5, poz. 79), z dnia 9 marca 1993 r. (III CZP 156/92, OSNCP 1993, Nr 9, poz.152), z dnia 14 marca 1995 r. (III CZP 6/95, OSNC 1995, nr 5, poz.72), a ostatnio w postanowieniu z dnia 19 października 1999 r. (III CZ 112/99, OSNC 2000, nr 4, poz. 78).

Nie znaczy to bynajmniej, że działalność gospodarcza gminy (powiatu, województwa) podlega przepisom prawa działalności gospodarczej. Jednostki samorządu terytorialnego nie są bowiem przedsiębiorcami, a ich zadania nie polegają na prowadzeniu działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 ust. 1 i 2 prawa działalności gospodarczej (do końca 2000 r. – art. 2 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej). Zgodnie z prawem działalności gospodarczej, zadania tych jednostek w zakresie działalności gospodarczej polegają nie na jej prowadzeniu, a na promowaniu przedsiębiorczości, działalności informacyjnej i oświatowej w tym zakresie oraz na współdziałaniu z samorządem gospodarczym, jak też na wydawaniu koncesji i zezwoleń, o ile odrębne ustawy tak stanowią (art. 61-62). Wójtowie gmin (burmistrz, prezydenci) sprawują ponadto kontrolę przestrzegania prawa przez przedsiębiorców (art. 62-63). Jednostki sa-

morządu terytorialnego mogą być natomiast uznane za przedsiębiorców w rozumieniu art. 479¹ i 479² kodeksu postępowania cywilnego oraz art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 24 maja 1989 r. o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych¹⁴. Rozróżnienie między działalnością gospodarczą a pozostałą działalnością (statutową) jednostek samorządu terytorialnego jest istotne przy ustalaniu kosztów ponoszonych przez te jednostki w postępowaniu cywilnym. W myśl art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 13 czerwca 1967 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych¹⁵, gminy, powiaty i województwa oraz związki tych jednostek nie mają obowiązku uiszczania opłat, chyba że sprawa dotyczy prowadzonej przez nie działalności gospodarczej.

W orzecznictwie sądu antymonopolowego jeszcze pod rządami poprzedniej ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym utrwalili się poglądy, aktualny także po wejściu w życie z dniem 1 kwietnia 2001 r. ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁶, że gmina (obecnie dotyczy to także powiatów i województw) może być przedsiębiorcą w rozumieniu ww. przepisów, „o ile działalność publiczna gminy w zakresie zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty (...) wywołuje skutki praktyk monopolistycznych” (tak wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 23 kwietnia 1992 r. XVII Amr 7/92, Wokanda 1992, nr 9, poz. 39, podobnie wyrok z dnia 4 lutego 1998 r. XVII Ama 61/97, Wokanda 1999, nr 3, poz. 57).

Analizę działalności gospodarczej jednostek samorządu terytorialnego wypada rozpocząć od stwierdzenia, że podana w art. 2 ust. 1 prawa działalności gospodarczej definicja działalności gospodarczej nie ma charakteru uniwersalnego. Wyrażane czasem poglądy przeciwne (formułowane na gruncie uchylonej już ustawy o działalności gospodarczej) nie zasługują na aprobatę¹⁷. W szczególności w orzecznictwie SN trafnie wskazano, że przyjęty w ustawie (obecnie: prawie) o działalności gospodarczej zamknię-

¹⁴ Dz.U. Nr 33, poz. 173 ze zm.

¹⁵ Dz.U. Nr 24, poz. 110 ze zm.

¹⁶ Dz.U. Nr 122, poz. 1319.

¹⁷ Tak m.in. komentarz J. G u d o w s k i e g o do art. 479 k.p.c. w: *Komentarz do KPC. Część I, postępowanie rozpoznawcze*, t. 1, red. T. Ereciński, Warszawa 2001, s. 917-922 oraz J. O l s z e w s k i, *Fundacje. Działalność gospodarcza*, Warszawa 1999, s. 13. Zob. też S. C z a r n o w, *Status prawny spółki gminy w świetle ustawy o gospodarce komunalnej*, Państwo i Prawo 1998, z. 4, s. 69-70 i cytowaną tam literaturę.

ty podział tej działalności na wytwórczą, budowlaną, handlową i usługową (art. 2 ust. 1 prawa działalności gospodarczej dodaje do tego jeszcze poszukiwanie, rozpoznawanie i eksploatację zasobów naturalnych) jest w istocie umowy i nie wyczerpujący, gdyż nie można wykluczyć innych jeszcze rodzajów działalności. Podział ten jest też niekonsekwentny, gdyż np. działalność budowlana może być usługową, a usługowa wytwórczą (uchwały SN: z dnia 18 czerwca 1991 r. III CZP 40/91, OSNCP 1992, nr 2, poz. 17 i z dnia 6 grudnia 1991 r. III CZP 117/91, OSNCP 1992, nr 5, poz. 65 oraz powołana już uchwała SN z dnia 14 marca 1995 r.).

Powołane orzecznictwo SN oraz doktryna przyjmują, że działalność gospodarczą należy rozumieć szeroko, ponieważ jej formy mogą być nietypowe i bardzo różnorodne¹⁸. Pogląd powyższy akceptuje też NSA, uznając, że działalność gospodarcza nie sprowadza się tylko do procesów technologicznych i zjawisk ekonomicznych, ale obejmuje też wszelkie dozwolone prawem czynności faktyczne i prawne, związane np. z uzyskiwaniem czynników produkcji (tak wyrok NSA z dnia 24 maja 1991 r. SA/Wr 294/91, OSP 1992, nr 2, poz. 30). Dlatego przy ustalaniu, czy dana działalność ma charakter gospodarczy, należy uwzględnić odrębności zarówno dyktowane celem tej działalności lub specyfiką zadań realizowanych przez podejmujący ją podmiot, jak też wynikające z kontekstu prawnego tej działalności (przepisów szczególnych normujących dany typ działalności oraz ustroj prawni danej jednostki). Uwagi te aktualne są zwłaszcza w stosunku do jednostek samorządu terytorialnego, gdyż ich działalność ma różnorodny charakter, a cele tej działalności oraz sposoby ich osiągania są bardzo zróżnicowane.

W orzecznictwie SN wielokrotnie rozstrzygano wątpliwości co do gospodarczego charakteru działalności podejmowanej przez gminy. Z reguły SN uznawał za działalność gospodarczą usługi świadczone na rzecz ludności przez przedsiębiorstwa użyteczności publicznej, dotowane z budżetu gminy (tak uchwała SN z dnia 30 listopada 1992 r. i postanowienie SN z dnia 19 października 1999 r.). Szersze rozumienie działalności gospodarczej gmin przyjął SN w uchwale z dnia 9 marca 1993 r., w której charakter gospodarczy przypisano działaniom gminy w zakresie gospoda-

¹⁸ M. Zdyb, *Komentarz do ustawy o działalności gospodarczej*, Bydgoszcz 1997, s. 35 i nast.

rowania mieniem komunalnym, w szczególności polegającym na wynajmie lokali oraz na pobieraniu i egzekwowaniu opłat z tego tytułu. W wyrokach SN z dnia 11 października 1996 r. (III RN 4/96, OSNAP 1997, nr 10, poz. 160) oraz NSA z dnia 28 stycznia 1998 r. (II SA1226/97, nie publ.), wyrażono pogląd, że czynnikiem decydującym o uznaniu za działalność gospodarczą gospodarowania własnym mieniem (w tym przez gminę) m.in. w drodze wynajmu lokali, decyduje aktywny i dynamiczny charakter podjętych działań. Działalność o charakterze pasywnym, bez przejawów aktywności w jej prowadzeniu, ograniczająca się tylko do pobierania korzyści z rzeczy (art. 53 § 1 i 2 kodeksu cywilnego), nie może być uznana za gospodarczą. W powołanym wyroku NSA wskazano też, że za uznaniem działalności polegającej na wynajmie własnych lokali za gospodarczą przemawiać może „zamierzony charakter wykonywania działalności, rozmiar jej wykonywania, organizacja przedsięwzięcia, a także sposób i stopień przygotowania przedmiotów i środków prowadzenia działalności”. W literaturze przedmiotu uznano zaś, że działalność kulturalna prowadzona na podstawie ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej¹⁹, jak też odpłatna działalność badawcza, diagnostyczna, lecznicza, rehabilitacyjna, artystyczna, sportowa, doświadczalna i oświatowa może być uznana za działalność gospodarczą, o ile nie ogranicza się do samego założenia placówki oświatowej czy naukowej²⁰.

Natomiast przykłady działań gminy nie stanowiących działalności gospodarczej to pozyskanie dokumentacji technicznej parkowych terenów rekreacyjno-sportowych (postanowienie SN z dnia 19 października 1999 r.) lub udział kapitałowy gminy w banku działającym w formie spółki akcyjnej (uchwała SN z dnia 14 marca 1995 r.). W podanych przykładach działanie gmin nie polega na świadczeniu usług w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb ludności, lecz na działaniach statutowych, mieszczących się co prawda w ramach gospodarki komunalnej, ale pozbawionych przymiotu działalności gospodarczej. W pierwszym z opisanych przypadków miały bowiem miejsce czynności przygotowawcze do podjęcia przez gminę re-

¹⁹ Dz.U. Nr 114, poz. 493 ze zm.

²⁰ Komentarz do art. 479¹ k.p.c. J. G u d o w s k i e g o w: *Komentarz do KPC.*, op. cit., s. 921.

alizacji zadań własnych z zakresu kultury fizycznej (art. 7 ust. 1 pkt 9 u.s.g.), a w drugim – uczestnictwo gminy w dochodach innego podmiotu.

W uzasadnieniu do powołanego wyżej postanowienia z dnia 19 października 1999 r., stanowiącym swoiste podsumowanie dotychczasowej linii orzecznictwa, SN wskazał, że „o tym, co – w ujęciu generalnym – jest działalnością gospodarczą gminy, przesądza obecnie treść art. 9 u.s.g. w brzmieniu ustalonym przez art. 24 u.g.k. Wynika z niego, że działalnością gospodarczą gminy jest działalność w zakresie wykraczającym poza zadania o charakterze użyteczności publicznej, na którą zezwała odrębna ustawa (inna niż ustawa samorządowa), a także działalność w zakresie zadań o charakterze użyteczności publicznej, prowadzona w ramach przewidzianych w odrębnej ustawie (przez komunalne zakłady budżetowe lub spółki prawa handlowego – art. 2 u.g.k.). (...) Zgodnie z art. 9 ust. 4 u.s.g., zadaniem użyteczności publicznej w tym rozumieniu są zadania własne gminy określone w art. 7 ust. 1 ww. ustawy, których celem jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych (np. najem lokali)”.

Wywód ten powiązać należy z tezą wcześniejszego orzeczenia SN, że w ostateczności o dopuszczalnej skali działalności gospodarczej gmin decydują ich cechy ustrojowe (zwłaszcza fakt, że gospodarują one środkami publicznymi), które „jednoznacznie wykluczają możliwość przekształcenia gmin (...) w podmioty, których głównym lub jednym z wielu celów byłoby prowadzenie działalności gospodarczej obliczonej na osiągnięcie zysków” (wyrok z dnia 29 lipca 1993 r. III ARN 38/93, OSNC 1994, nr 5, poz. 109). Tezy zawarte w dwóch powyższych orzeczeniach SN, sformułowane w stosunku do gmin, ale aktualne także wobec powiatów i województw, znajdują oparcie zwłaszcza w treści art. 163 oraz 166 ust. 1 Konstytucji. Zgodnie z nimi, jednostki samorządu terytorialnego są organami władzy publicznej, a ich obligatoryjnym celem jest wykonywanie zadań własnych, służących zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej.

Trzeba tu zwrócić uwagę, że SN traktuje działalność gospodarczą jednostek samorządu terytorialnego jako wyjątkową i specyficzną, z założenia nie przynoszącą zysku i pozbawioną motywu zarobkowego. Uczestnictwo jednostek samorządu gospodarczego w obrocie gospodarczym wynika głównie z tego, że muszą one przejąć określone funkcje interwencyjne w gospo-

darce. Chodzi tu zwłaszcza o działalność społecznie niezbędną, w dziedzinach, w których podmioty prywatne nie są zainteresowane jej podjęciem (np. z powodu braku opłacalności). W literaturze przedmiotu wskazuje się, że może to być np. tworzenie nowych miejsc pracy, podtrzymywanie lokalnych tradycji i lokalnych ośrodków aktywności gospodarczej i kulturalnej (przemysł ludowy, uzdrowiska, centra turystyki *etc.*). Dominuje pogląd, że o ile działalność komunalna ukierunkowana na tzw. potrzeby społeczne czy użyteczność publiczną jest pożądana, a przynajmniej dopuszczalna ze względu na konieczność pozyskania środków finansowych niezbędnych na realizację zadań, o tyle czysta działalność komercyjna jednostek samorządowych może doprowadzić do zmonopolizowania niektórych dziedzin aktywności gospodarczej przez te jednostki i odwracać ich uwagę od rzeczywistych potrzeb społecznych²¹.

Nie znaczy to bynajmniej, że jednostki samorządu terytorialnego w ogóle nie mogą pozyskiwać dochodów w drodze działalności własnej. Art. 167 ust. 2 i 3 Konstytucji wyraźnie stanowi, że dochodami tych jednostek – obok dotacji celowych i subwencji ogólnych z budżetu państwa – są także dochody własne, przy czym źródła tych dochodów określa ustawa (obecnie jest to ustawa o dochodach jednostek samorządu terytorialnego w latach 1999-2001). W literaturze przedmiotu wyróżnia się dochody obligatoryjne jednostek samorządu terytorialnego, którymi są m.in. dochody uzyskiwane przez jednostki budżetowe, wpłaty od zakładów budżetowych i gospodarstw pomocniczych, odsetki od środków zgromadzonych na rachunkach bankowych oraz dochody z majątku jednostek samorządu terytorialnego (art. 3, 8, 11 ww. ustawy, posługujące się formułą „dochodami.. są”) oraz dochody fakultatywne – m.in. spadki, zapisy, darowizny, odsetki od udzielanych pożyczek, odsetki i dywidendy od kapitału wniesionego do spółek, a także inne dochody należne na podstawie odrębnych przepisów (art. 4, 9 i 12 ustawy, posługujące się formułą „dochodami... mogą być”)²².

Z powyższego wynika, że wpływy z działalności gospodarczej jednostki samorządu terytorialnego mogą pozyskiwać tylko za pośrednictwem jednostek i zakładów budżetowych, gospodarstw pomocniczych oraz spółek. Bez pośrednictwa tych podmiotów, tj. w ramach własnych działań jako

²¹ Z. Leoński, Z. Niewiadomski, *Samorząd terytorialny...*, s. 123-126.

²² E. Ruśkowski, *Budżety jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] *Finanse publiczne i prawo finansowe*, t. 1, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2000, s. 222.

osób prawnych, jednostki samorządu terytorialnego mogą pozyskiwać wpływy z odsetek z udzielonych pożyczek i z własnego majątku (opłaty dzierżawne, opłaty za korzystanie z mienia itp.). Powstaje więc pytanie, jakie są dopuszczalne formy prawne jednostek samorządowych prowadzących działalność gospodarczą.

3. Dopuszczalne formy gospodarki komunalnej oraz działalności gospodarczej jednostek samorządu terytorialnego

W świetle dotychczasowych wywodów, w ramach gospodarki komunalnej obejmującej działalność jednostki samorządowej, w zakresie zadań własnych wyróżnić można:

- 1) działalność niekomercyjną w sferze użyteczności publicznej, w tym:
 - a) realizowaną przez świadczenie usług powszechnie dostępnych, zaspokajających zbiorowe potrzeby ludności,
 - b) realizowaną w formie innej niż usługowa (działalność statutowa),
- 2) działalność komercyjną poza sferą użyteczności publicznej.

Problematyka rozróżnienia sfery użyteczności publicznej (niekomercyjnej) od sfery komercyjnej poruszana była w orzecznictwie TK (cytowane już uchwały z dnia 27 września 1994 r. i z dnia 12 marca 1997 r.) i NSA (wyrok z dnia 11 sierpnia 1994 r. II SA 739/94, Wokanda 1995, nr 1, poz. 33), w którym ugruntował się pogląd, że zarobkowy lub komercyjny charakter działalności wyklucza możliwość uznania jej za mieszczącą się w sferze użyteczności publicznej. W powołanym wyroku NSA uznał, że „działalnością gospodarczą o charakterze komercyjnym, wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej” jest „prowadzenie działalności wytwórczej, usługowej, handlowej, a w szczególności skup i przechowywanie produktów rolnych, ogrodniczych, sadowniczych i handlowych, przetwórstwo rolno-spożywcze, handel węglem, nawozami, środkami ochrony roślin, częściami zamiennymi i in. towarami przemysłowymi i spożywczymi, usługi transportowe i in.”

Działalność jednostek samorządowych wymieniona w grupach 1a) oraz 2), czyli działalność gospodarcza komercyjna i niekomercyjna, unormowana jest przede wszystkim w u.g.k. Natomiast działalność z grupy 1b), czyli działalność statutowa o charakterze niegospodarczym, unormowana jest we właściwych ustawach ustrojowych i w ustawie o finansach publicznych. Zgodnie z art. 2 u.g.k. „gospodarka komunalna może być prowadzona przez

jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach: zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego”, a zadania z jej zakresu mogą być powierzane „osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nie posiadającym osobowości prawnej, w drodze umowy na zasadach ogólnych, z zastosowaniem przepisów o zamówieniach publicznych” (art. 3 ust. 1 u.g.k.).

Z przepisów tych wynika, że realizację zadań z zakresu gospodarki komunalnej jednostki samorządu terytorialnego mogą powierzyć każdej jednostce organizacyjnej, wyłonionej w trybie określonym ustawą o zamówieniach publicznych, niezależnie od jej formy prawnej i statusu własnościowego (z zastrzeżeniem wymogów dotyczących uzyskiwania zezwoleń lub koncesji na określoną działalność). Chodzi tu, co istotne, nie o całość gospodarki komunalnej, ale o poszczególne jej elementy (zadania) – niedopuszczalne jest więc przekazanie tą drogą całości zadań z zakresu gospodarki komunalnej podmiotom niesamorządowym. Natomiast podmioty samorządowe realizujące gospodarkę komunalną wyłaniane są, zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 1 u.g.k., nie w drodze zamówienia publicznego, lecz poprzez uchwały organów stanowiących jednostek samorządowych.

Użyte w art. 2 u.g.k. wyrażenie „w szczególności” sugeruje, że katalog form organizacyjnych, dopuszczalnych w gospodarce komunalnej, jest otwarty. Jedyne ograniczenie zawiera w istocie tylko art. 9 u.g.k., zawężający swobodę jednostek samorządu terytorialnego w wyborze typu spółki handlowej do spółek z o.o. i akcyjnych. Również samorządowe ustawy ustrojowe nie wprowadzają w tej mierze ograniczeń. I tak, art. 9 ust. 1 u.s.g., art. 6 ust. 1 u.s.p. i art. 8 ust. 1 u.s.w. uprawniają odpowiednio gminy, powiaty i województwa do tworzenia „jednostek organizacyjnych”, nie określając dopuszczalnych ich form, z tym tylko zastrzeżeniem, że utworzenie niektórych jednostek organizacyjnych należy do wyłącznej właściwości organów stanowiących. W szczególności do kompetencji rady gminy należy powoływanie spółek cywilnych i handlowych, spółdzielni, przedsiębiorstw i zakładów (art. 18 ust. 2 u.s.g.), a do kompetencji rad powiatów oraz sejmików województw – spółek (w przypadku województw tylko spółek handlowych), spółdzielni, związków samorządowych, stowarzyszeń i fundacji (art. 12 u.s.p. oraz art. 18 u.s.w.). Podmioty inne niż wyżej wymienione zarządy jednostek samorządu terytorialnego mogą tworzyć samodzielnie – chodzi tu np. o jednostki i zakłady budżetowe oraz gospodarstwa

pomocnicze jednostek budżetowych (art. 18-20 ustawy o finansach publicznych).

W art. 17 ustawy o finansach publicznych wprowadzono wymóg, aby jednostki sektora finansów publicznych tworzone były jedynie w formie określonej ustawami. Należy przez to rozumieć zakaz powoływania jednostek organizacyjnych, których formę i ustrój regulują przepisy rangi podstawowej. Nie znaczy to oczywiście, że wszystkie podmioty, których ustrój określa ustawa, zaliczają się do sektora finansów publicznych. Zgodnie z art. 5 pkt 1-11 ustawy o finansach publicznych, do sektora tego należą m.in. jednostki samorządu terytorialnego i ich organy oraz związki, jednostki budżetowe, zakłady budżetowe i gospodarstwa pomocnicze, samorządowe instytucje kultury oraz utworzone na podstawie odrębnych ustaw samorządowe osoby prawne, z wyłączeniem przedsiębiorstw, banków i spółek prawa handlowego.

Uważna analiza u.g.k. wykazuje jednak, że swoboda wyboru formy organizacyjnej podmiotów realizujących działalność komunalną dotyczy tylko podmiotów funkcjonujących w sferze użyteczności publicznej. Działalność poza tą sferą, tj. komercyjna, podlega ograniczeniu zarówno podmiotowym, jak i przedmiotowym. I tak, działalność ta jest w całości zabroniona powiatom oraz miastom na prawach powiatu (art. 6 ust. 2 u.s.p. w zw. z art. 91 ust. 5 u.s.p.), a gminy i województwa mogą ją prowadzić w ograniczonym zakresie i tylko w formie spółek handlowych określonego typu (art. 10 u.g.k. oraz art. 13 ust. 1 u.s.w.).

W art. 7 u.g.k. wprowadzony został zakaz prowadzenia działalności przekraczającej zadania użyteczności publicznej w formie zakładów budżetowych. W związku z tym powstaje wątpliwość, czy zakaz ten dotyczy także innych jednostek sektora finansów publicznych, działających w oparciu o ustawę o finansach publicznych: jednostek budżetowych i gospodarstw pomocniczych tychże jednostek (art. 18 i 20 ww. ustawy). W przypadku jednostek budżetowych zakaz działania poza sferą użyteczności publicznej wynika z ich cech ustrojowych, gdyż art. 18 ust. 6 ustawy o finansach publicznych wyłącza możliwość uzyskiwania przez te jednostki przychodów własnych. Inaczej jest w gospodarstwach pomocniczych, które zgodnie z art. 20 ust. 2 tejże ustawy mogą uzyskiwać przychody własne, w tym z działalności ubocznej i utrzymywać się z nich. Prawdopodobnie ustawodawca uznał, że skoro gospodarstwa te stanowią wydzieloną część

działalności jednostki budżetowej, to nie mogą wykroczać swoją działalnością poza sferę użyteczności publicznej. Należy jednak zauważyć, że zasady gospodarki finansowej gospodarstw są zbliżone do zasad obowiązujących zakłady budżetowe (art. 19 ust. 1 ustawy o finansach publicznych). Skoro więc zakazem z art. 7 u.g.k. objęte zostały zakłady budżetowe, to dla wyeliminowania wątpliwości powinny nim zostać objęte również gospodarstwa pomocnicze.

Co do spółek handlowych, to województwo może poza sferą użyteczności publicznej tworzyć lub przystępować do spółek z o.o. lub akcyjnych, jeśli ich działalność polega na wykonywaniu czynności promocyjnych, edukacyjnych i wydawniczych, służących rozwojowi województwa (art. 13 ust. 1 u.s.w.).

Szerszymi możliwościami prowadzenia działalności dysponują tu gminy, mogące poza sferą użyteczności publicznej tworzyć spółki prawa handlowego bez ograniczeń ich typu i przystępować do nich (art. 10 u.g.k. w zw. z art. 9 ust. 2 u.s.g.)²³. Jedyne ograniczenie tej swobody (w sensie podmiotowym) znajduje się w art. 87 kodeksu spółek handlowych (dalej: k.s.h.). Stanowi on, że partnerami (wspólnikami) spółki partnerskiej mogą być tylko osoby fizyczne, uprawnione do wykonywania określonych wolnych zawodów. Przepisy dotyczące wspólników pozostałych spółek handlowych (jawnej, komandytowej, komandytowo-akcyjnej, z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjnej) nie wyłączają możliwości przystępowania do nich jednostek samorządu terytorialnego, w tym gmin. Ważną zmianę przyniósł tu z dniem 1 stycznia 2001 r. art. 301 § 1 k.s.h., zezwalający na zawiązywanie spółek akcyjnych pojedynczym osobom fizycznym lub prawnym, z wyłączeniem jednoosobowej spółki z o.o. (zakaz ten nie dotyczy jednak sytuacji, kiedy jednoosobowa spółka z o.o. zostaje jedynym wspólnikiem spółki akcyjnej, której akcje należały uprzednio do więcej niż 1 osoby. Identyczną regulację wprowadza w stosunku do spółek z o.o. art. 151 § 2 k.s.h.). Obowiązujący do końca 2000 r. kodeks handlowy pozwalał na samodzielne tworzenie spółek akcyjnych tylko Skarbowi Państwa oraz związkom samorządu terytorialnego (art. 306 § 1).

²³ Por. S. Czarnow, *Cel i przedmiot przedsiębiorstwa spółki gminy w świetle ustawy o gospodarce komunalnej*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1997, nr 11, s. 16 (przedrukowane w: Rejent 1998, nr 1, s. 60 i Przegląd Prawa Handlowego 1998, nr 2, s. 13).

Ograniczenia przedmiotowe wprowadza natomiast art. 10 u.g.k. Zgodnie z art. 10 ust. 1 u.g.k., podstawowym warunkiem dopuszczalności komercyjnej aktywności gmin jest istnienie „nie zaspokojonych potrzeb wspólnoty na rynku lokalnym” (pkt 1), związanych z bezrobociem w znacznym stopniu ujemnie wpływającym na poziom życia wspólnoty, w sytuacji gdy inne działania i środki prawne (u.g.k. nie precyzuje, czy chodzi tu o działania podejmowane przez gminę czy inne instytucje, zwłaszcza urzędy pracy) „nie doprowadziły do aktywizacji gospodarczej, a w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia” (pkt 2). Położono tu nacisk na potrzeby całej wspólnoty, a nie jednostkowe czy grupowe. Problemy może rodzić interpretacja pojęcia „rynek lokalny” – czy chodzi tu o obszar całej gminy, czy też poszczególnych miejscowości wchodzących w jej skład.

Ustawodawca nie odwołał się tu do pojęcia bezrobocia strukturalnego, o którym mowa w art. 37 h ustawy z dnia 14 grudnia 1994 r. o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu²⁴. Dlatego też wydane na podstawie tego przepisu rozporządzenia Rady Ministrów określające wykazy gmin zagrożonych szczególnie wysokim bezrobociem strukturalnym mają tu znaczenie tylko pomocnicze. Działalność komercyjną mogą więc podejmować także gminy nie objęte ww. wykazem, byleby cechowały się one brakiem aktywizacji gospodarczej i niskim poziomem życia wspólnoty samorządowej. Rozwiązanie takie jest co prawda elastyczne, ale grozi pewną dowolnością ze strony organów gminy, które samodzielnie i uznaniowo oceniają spełnienie tych kryteriów. Warto zwrócić uwagę, że ustawodawca w jednym zdaniu wprowadził aż 3 niezdefiniowane pojęcia niedookreślone: „aktywizacja gospodarcza” oraz będące jej przykładowymi przejawami (wskazuje na to wyrażenie „w szczególności”) „znaczne ożywienie rynku lokalnego” i „trwałe ograniczenie bezrobocia”. Jak można przypuszczać, celem tworzonej przez gminę spółki ma być właśnie aktywizacja gospodarcza wspólnoty gminnej, nie zostało to jednak w ustawie wyrażone wprost.

Podobnymi niezręcznościami redakcyjnymi cechuje się też art. 10 ust. 2 u.g.k. Dopuszcza on wnoszenie przez gminę aportów do spółek prawa handlowego: „jeżeli zbycie składnika mienia komunalnego mogącego stanowić wkład niepieniężny [lepiej byłoby „składnika mienia stanowiącego

²⁴ Dz.U. z 1995, Nr 1, poz. 1 ze zm.

wkład” – dopisek mój S.C.] gminy do spółki albo też rozporządzenie nim w inny sposób spowoduje dla gminy poważną stratę majątkową”. Omawiany przepis nie określa bliżej składników mienia, których dotyczy, ani sposobu ich wyceny. Oznacza to, że wkładem w rozumieniu art. 10 ust. 2 u.g.k. może być mienie każdego rodzaju, nadające się jako aport do spółki (problematyka aportu była przedmiotem wielu uchwał SN, np. z dnia 2 marca 1993 r. III CZP 123/92, OSNC 1993, nr 10, poz. 167 i z dnia 20 maja 1992 r. III CZP 52/92, OSP 1993, nr 6, poz. 120)²⁵, a sposób jego wyceny i wartość udziałów (akcji) przyznawanych w zamian za to mienie pozostawiona jest uznaniu gminy i przyjmującej wkład spółki, w granicach określonych prawem podatkowym i przepisami o rachunkowości. Sens omawianego przepisu polega m.in. na tym, aby przez wniesienie wkładu gmina unikała poważnej straty majątkowej – niestety, nie zostało to powiedziane wprost.

Omawiany przepis nie definiuje „poważnej straty majątkowej”. Stosownie do art. 362 § 2 kodeksu cywilnego, przez stratę rozumie się rzeczywisty uszczerbek (stracone składniki mienia), natomiast przez szkodę – także utracone korzyści (spodziewane dochody, których nie udało się uzyskać)²⁶. Poważna strata majątkowa jest pojęciem niedookreślonym, które trudno doprecyzować kwotowo, gdyż decydującym kryterium powinna tu być relacja straty do wartości majątku (mienia?) gminy, która to wartość będzie w poszczególnych gminach odmienna.

Należy tu zauważyć, że wniesienie wkładu do spółki po zaniżonej cenie, wyrządzające gminie znaczną szkodę (przekraczającą 200 najniższych miesięcznych wynagrodzeń pracowniczych – art. 115 § 5 i 7 kodeksu karnego), stanowi przestępstwo z art. 296 § 1 kodeksu karnego, a taki sam czyn wyrządzający szkodę w wielkich rozmiarach (przekraczającą 1.000 najniższych miesięcznych wynagrodzeń pracowniczych – art. 115 § 6 i 7 kodeksu karnego) – przestępstwo z art. 296 § 3 kodeksu karnego. Odpowiedzialności karnej podlega osoba „obowiązana do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą” gminy, która wyrządziła szkodę „przez nadużycie udzielonych uprawnień lub niedopełnienie

²⁵ Zob. też S. Czarnow, *op. cit.*, s. 18 (Rejent, s. 67, PPH, s. 16).

²⁶ Zob. np. *Komentarz do Kodeksu cywilnego*. Księga trzecia – *zobowiązania*, t. 1, red. G. Bieniek, Warszawa 1999, s. 63-64.

ciążącego obowiązku”, działając umyślnie lub nieumyślnie (art. 296 § 4 kodeksu karnego).

W myśl art. 10 ust. 3 u.g.k., ograniczenia określone w art. 10 ust. 1 i 2 „nie mają zastosowania do posiadania [w istocie chodzi tu o nabywanie lub obejmowanie – dopisek mój S.C.] przez gminę akcji lub udziałów spółek zajmujących się czynnościami bankowymi, ubezpieczeniowymi oraz działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego, a także innych spółek ważnych dla rozwoju gminy”. Opisane wyżej unormowanie budzi zdziwienie: dlaczego w wykazie tym znalazły się także spółki zajmujące się czynnościami bankowymi i ubezpieczeniowymi? Wydaje się, że podmioty tego typu, choć stanowiące niezbędny składnik rynku finansowego, nie mogą zostać uznane za ważne dla rozwoju gminy jako wspólnoty mieszkańców. Trafniejsze rozwiązanie przyjęto w tym względzie w stosunku do województw, zawężając dopuszczalny zakres działalności komercyjnej spółek do „czynności promocyjnych, edukacyjnych i wydawniczych, służących rozwojowi województwa” (art. 13 ust. 2 u.s.w. w zw. z art. 10 ust. 4 u.g.k.). Niemniej obydwie przytoczone sformułowania („spółki ważne dla rozwoju gminy”, „spółki służące rozwojowi województwa”) są o tyle wadliwe, że nie określają one, o jaki rodzaj rozwoju chodzi: społeczny, ekonomiczny, kulturalny *etc.* W tej sytuacji za spółkę ważną dla rozwoju czy też służącą rozwojowi gminy (województwa) uznać wypada w istocie każdą spółkę realizującą zadania statutowe gminy (województwa).

Obowiązujące przepisy w zasadzie nie wprowadzają ograniczeń co do osób mogących zostać współudziałowcami jednostek samorządu terytorialnego w spółkach komunalnych. Jedyny wyjątek dotyczy osób pełniących funkcje publiczne, w szczególności radnych, członków zarządu, sekretarzy i skarbników jednostek samorządu terytorialnego, a także osób wydających w imieniu tych jednostek decyzje administracyjne; nie mogą one posiadać pakietu większego niż 10% udziałów lub akcji w spółkach prawa handlowego (w przypadku radnych zakaz ten dotyczy tylko spółek z udziałem samorządowych osób prawnych lub podmiotów gospodarczych, w których uczestniczą takie osoby)²⁷. Natomiast udział podmiotów zagranicznych w

²⁷ Art. 2 i 4 ustawy z dnia 21 VIII 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz.U. Nr 106, poz. 679 ze zm.) oraz art. 24f u.s.g., art. 21 ust. 6 u.s.p. i art. 24 ust. 4 u.s.w.

spółce komunalnej od 1 stycznia 2001 r. nie podlega już ograniczeniom określonym w uchylonej z tym dniem ustawie z dnia 14 czerwca 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym. W myśl art. 6 ust. 2 i 3 prawa działalności gospodarczej „osoby zagraniczne mogą podejmować i wykonywać” w Polsce „działalność gospodarczą na takich samych zasadach jak przedsiębiorcy” polscy. Stosuje się tu zasadę wzajemności, o ile międzynarodowe umowy ratyfikowane przez Polskę nie stanowią inaczej. W przypadku braku wzajemności osoby zagraniczne mogą w Polsce „tworzyć wyłącznie spółki komandytowe, spółki z o.o. i akcyjne, przystępować do tych spółek oraz obejmować bądź nabywać ich udziały i akcje”. Ratyfikowaną umową, o której mowa wyżej, jest zwłaszcza Układ Europejski²⁸, zobowiązujący Polskę do zapewnienia podejmującym działalność w Polsce przedsiębiorcom z Unii Europejskiej traktowania nie mniej korzystnego niż przedsiębiorstw i obywateli polskich (art. 44-58 Układu). W rozumieniu art. 44 Układu, działalnością gospodarczą jest w szczególności działalność o charakterze przemysłowym i handlowym oraz działalność rzemieślnicza lub w zakresie wolnych zawodów. W Układzie przyjęto więc, odmiennie niż w prawie działalności gospodarczej, przykładowe wyliczenie rodzajów działalności gospodarczej.

Możliwością sprawowania nadzoru nad tworzeniem przez gminę lub województwo spółek działających poza sferą użyteczności publicznej dysponują tylko wojewodowie, uprawnieni do stwierdzania nieważności uchwał rad gmin, powiatów oraz sejmików sprzecznych z prawem (art. 90-91 u.s.g., art. 78-79 u.s.p., art. 81-82 u.s.w.). Zgodnie z art. 171 ust. 1 Konstytucji, jedynym kryterium nadzoru nad samorządem terytorialnym jest legalność. Tymczasem przepisy dopuszczające tworzenie lub przystępowanie gmin albo województw – na podstawie uchwał ich organów stanowiących – do spółek działających poza sferą użyteczności publicznej, powołują się na okoliczności, które należy oceniać wg kryteriów innych niż legalność. I tak, ocena dopuszczalności wniesienia przez gminę aportu do spółki w sytuacji opisanej w art. 10 ust. 2 u.g.k. jest możliwa tylko z punktu widzenia gospodarności, a ocena, czy dana spółka może doprowadzić do

²⁸ Układ Europejski ustanawiający stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską z jednej strony a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi z drugiej strony, sporządzony w Brukseli 16 XII 1991 r., obowiązujący w stosunku do Polski od 1 III 1994 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 11, poz. 38 i 39).

aktywizacji gospodarczej wspólnoty gminnej (art. 10 ust. 1 u.g.k.) lub czy jest ważna dla rozwoju gminy (art. 10 ust. 1 i 3 u.g.k.) albo czy służy rozwojowi województwa (art. 13 ust. 1 u.s.w.) – tylko z punktu widzenia celowości.

W istocie więc wojewoda nie może w ramach sprawowanego nadzoru zakazać gminie lub województwu utworzenia lub przystępowania do spółek handlowych, działających poza sferą użyteczności publicznej, jeśli tylko rada gminy lub sejmik podjęły w tej sprawie stosowną uchwałę, powołując się w niej na odpowiednie przepisy u.g.k. lub u.s.w. oraz podając stosowne uzasadnienie faktyczne. Również sąd rejestrowy, w ramach uprawnień określonych w art. 23 ust. 1 i 2 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, nie może odmówić wpisania takiej spółki do rejestru sądowego.

Inaczej jest tylko w przypadku oceny statutowego zakresu działalności spółki komunalnej lub komunalnego zakładu budżetowego pod względem, czy nie wykracza on poza sferę użyteczności publicznej lub poza zakres zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego. Jak przyjmuje orzecznictwo, ocena taka mieści się w granicach uprawnień nadzorczych wojewody (tak np. cytowany już wyrok NSA z dnia 11 sierpnia 1994 r.). Podobnie należy uznać, że wojewoda władny jest również do oceny, czy statutowy zakres działalności spółki nie wykracza poza czynności wymienione w art. 10 ust. 3 u.g.k. oraz art. 13 ust. 1 u.s.w.

4. Działalność gospodarcza podmiotów samorządowych

Podmioty samorządowe prowadzące działalność gospodarczą, których formy szczegółowo opisano w punkcie 3., z zasady stanowić będą przedsiębiorcę w rozumieniu art. 2 ust. 2 prawa działalności gospodarczej (do końca 2000 r. – art. 2 ust. 2 ustawy o działalności gospodarczej). W myśl powołanego przepisu, działalność gospodarcza wykonywana musi być „w sposób zorganizowany i ciągły”, „we własnym imieniu” oraz „zawodowo”. Podstawowymi cechami charakteryzującymi, zdaniem SN, działalność gospodarczą, które powinny występować łącznie, są: fachowość, tj. profesjonalny lub zawodowy charakter, podporządkowanie regułom opłacalności i zysku lub zasadzie racjonalnego gospodarowania, działanie na własny rachunek, powtarzalność działań oraz uczestnictwo w obrocie gospodarczym (tak zwłaszcza uchwały SN z dnia 18 czerwca i z dnia 6 grudnia 1991 r. oraz z dnia 14 marca 1995 r.).

Przez profesjonalizm rozumie się stały, tj. nie amatorski i nie okazjonalny charakter działalności, która musi ponadto cechować się planowością i zawodowością (fachowością, specjalizacją). Z zawodowości wynika z zasady powtarzalność działań, podejmowanych z reguły w dużej skali, a polegająca np. na seryjności i masowości produkcji, stypizowaniu transakcji, stałej kooperacji. Przez działanie na własny rachunek należy rozumieć działalność podmiotu mogącego zaciągać zobowiązania i nabywać prawa we własnym imieniu, tj. posiadającego podmiotowość prawną, a przynajmniej wyodrębnionego pod względem rachunkowym. Uczestnictwo w obrocie gospodarczym polega na sprzedaży produktów (towarów i usług) odbiorcom – ludności lub jednostkom organizacyjnym, w tym przedsiębiorcom. W braku takiej sprzedaży, działalność sprowadzałaby się do zaspokajania własnych potrzeb, a to odebrałoby jej gospodarczy charakter. Sprzedaż umożliwić ma utrzymanie się na rynku, prowadzona jest więc odpłatnie, na zasadzie ekwiwalentności świadczeń. Przedsiębiorcą jest każdy, kto faktycznie sprzedaje swoje świadczenia, choćby nie dopełnił formalności związanych z rejestracją przedsiębiorstwa, nie prowadził rachunkowości *etc.* Nie ma tu znaczenia, czy działalność gospodarcza danego podmiotu prowadzona jest w ramach tzw. działalności podstawowej (operacyjnej, statutowej – ogół przedsiębiorców), czy też ubocznej (pozaoperacyjnej, pozastatutowej – np. instytucje charytatywne). Wykluczone jest natomiast uznanie za gospodarczą działalność wyraźnie zabronionej lub zakazanej przez prawo (stanowiącej przestępstwo lub wykroczenie)²⁹. Motyw zarobkowy pojmuje się jako dążenie do uzyskania zysku – nadwyżki wpływów nad wydatkami. Zysk musi pochodzić z prowadzonej działalności. Dochód okazjonalny, pochodzący np. z wygranych w grach losowych, z darowizn czy ofiarności prywatnej lub publicznej, jak też wszelki inny przypadkowy zarobek nie stanowi zysku gospodarczego i nie przesądza o gospodarczym charakterze działalności. Wystąpienie zysku nie jest koniecznym warunkiem gospodarczego charakteru działalności – również działalność prowadzona ze stratą może być uznana za gospodarczą, o ile podjęta została z zamiarem osiągnięcia jak najlepszego wyniku ekonomicznego.

Z reguły działalność podmiotów komunalnych polega na świadczeniu usług powszechnie dostępnych dla ludności, co stanowi działalność usłu-

²⁹ Zob. literaturę powołaną w przypisach 17 i 18.

gową w rozumieniu art. 2 ust. 1 prawa działalności gospodarczej. Działalność taka niewątpliwie spełnia wymóg zawodowości, działania we własnym imieniu oraz zorganizowania i ciągłości. Powstają natomiast wątpliwości, czy podmioty komunalne działające w sferze użyteczności publicznej prowadzą „działalność zarobkową” w rozumieniu art. 2 ust. 1 prawa działalności gospodarczej. Co do zasady działalność zarobkową prowadzić mogą tylko spółki handlowe z udziałem województwa lub gminy, działające poza sferą użyteczności publicznej, w zakresie określonym w art. 10 u.g.k. oraz w art. 13 ust. 1 u.s.w.

W powoływanym wyżej orzecznictwie SN przyjęto, że choć zasadą jest motyw zarobkowy działalności, to dopuszcza się tu wyjątki. Dotyczą one m.in. komunalnej działalności gospodarczej, z założenia nie przynoszącej zysku i pozbawionej motywu zarobkowego. Zastępowany jest on tu motywem racjonalnego gospodarowania, rozumianego bądź jako zamiar uzyskania maksymalnego efektu przy danym nakładzie środków (efektywności) bądź zamiar minimalnego zużycia tych środków w celu osiągnięcia wyznaczonego efektu (wydajności).

Moim zdaniem, art. 2 ust. 1 prawa działalności gospodarczej nie można w świetle tych uwag rozumieć jako bezwzględnego nakazu uzyskania zysku przez przedsiębiorcę. Nawet jeśli zysk jest obiektywnie możliwy do osiągnięcia, przedsiębiorca może przecież dobrowolnie zrezygnować z jego uzyskania (np. przez zaniechanie pobrania należności lub zwiększenie kosztów działalności celem uniknięcia podatku). W literaturze przedmiotu podnosi się, że w praktyce występuje szereg podmiotów gospodarczych, które nie mają celów zarobkowych, a nawet kierują się po części celami niegospodarczymi. Chodzi tu zwłaszcza o struktury zrzeszające przedsiębiorców we wspólnych grupach interesów (np. koncerny, holdingi i in.), których zadania i cele są złożone i nie dają się wtłoczyć w ramy definicji, przyjętej w prawie działalności gospodarczej³⁰.

Należy zauważyć, że rezygnacji z uzyskania zysku, np. w drodze prowadzenia działalności po kosztach własnych, nie zabrania ani ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji³¹, ani usta-

³⁰ Co do możliwych celów działalności gospodarczej spółek zob. zwłaszcza A. S z a j - k o w s k i, *Kodeks spółek handlowych*, Warszawa 1997, s. 92.

³¹ Dz.U. Nr 47, poz. 211 ze zm.

wa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, która z dniem 1 kwietnia 2001 r. uchyliła uprzednio obowiązującą ustawę o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. Powołane przepisy zakazują natomiast m.in. stosowania cen rażąco niskich lub sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia albo zakupu, jeśli działanie takie utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku lub zmierza do ich eliminacji (art. 15 ustawy o nieuczciwej konkurencji oraz art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a uprzednio art. 5 ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym).

Warto też zwrócić uwagę, że przyjęty w prawie działalności gospodarczej wymóg celu zarobkowego działalności gospodarczej nie odpowiada unormowaniom k.s.h., który nie wymaga już, aby spółki – nawet osobowe – zawiązywane były w celach zarobkowych. Obecnie spółki z o.o. i akcyjne mogą prowadzić wszelką działalność dozwoloną prawem (art. 151 § 1 oraz art. 304 § 1 k.s.h.), a przedsiębiorstwa spółek osobowych, tj. spółek jawnych, komandytowych, komandytowo-akcyjnych oraz partnerskich, nie muszą mieć charakteru zarobkowego (art. 22 § 1, art. 86 § 1, art. 102 oraz art. 125 k.s.h.). Ponadto, zgodnie z ustawą o Krajowym Rejestrze Sądowym, do rejestru przedsiębiorców podlegają wpisaniu spółki handlowe wszystkich typów, niezależnie od statutowego celu i zakresu ich działalności (art. 36), w rejestrze zamieszcza się też przedmiot ich działalności określony zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności (art. 40 pkt 1). Klasyfikacja ta obejmuje także działalność niezarobkową i niegospodarczą, która również może zostać ujawniona w rejestrze.