

Anna WOJTKOWIAK
Akademia im. Jana Długosza w Częstochowie

Kryterium zysku w odniesieniu do zasad prowadzenia działalności komunalnej przez gminy

1. Ewolucja zasad prowadzenia działalności komunalnej przez gminy

W Polsce w 1990 r., po czterdziestoletniej przerwie, został reaktywowany samorząd terytorialny na mocy wejścia w życie ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym¹. Ustawa ta jako pierwsza w powojennej rzeczywistości określiła przesłanki dopuszczalności prowadzenia przez gminę działalności gospodarczej. Od momentu jej wejścia w życie reguły wykonywania działalności gospodarczej przez gminy kilkakrotnie uległy już zmianie.

Ustawa o samorządzie terytorialnym w swym pierwotnym brzmieniu wyrażała dwie zasady odnośnie do dopuszczalnego zakresu działalności gospodarczej gminy. Pierwsza polegała na pełnej dopuszczalności działalności gospodarczej gminy, mieszczącej się w zadaniach o charakterze użyteczności publicznej. Druga zasada dopuszczała działalność gospodarczą gminy wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej, jeżeli wymagały tego potrzeby społeczne².

Zdaniem C. Kosikowskiego, podział ten był niespójny z koncepcją systemu dochodów gminy, wyrażającą ograniczoność tych dochodów. O skali działalności gospodarczej gminy decydowały ostatecznie przepisy określające podstawowe źródła dochodów gmin a ograniczenie działalności gospodarczej miało przy

¹ Dz. U. 1990, nr 16, poz. 95 ze zm., obecnie ustawa o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz. U. 2001, nr 142, poz. 1591 ze zm.). Ustawa o samorządzie terytorialnym jako pierwsza regulowała kwestie związane z wykonywaniem działalności gospodarczej przez gminy.

² C. Kosikowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 1994, s. 225–229.

tym charakter względny, ponieważ ustawa zezwalała na jej prowadzenie, gdy wymagały tego potrzeby społeczne, które w kontekście całokształtu zadań gminy należało odczytywać szeroko³. Jednak należy pamiętać, że pojęcie „potrzeb społecznych” jest pojęciem nieostrym i w praktyce było również wykorzystywane do uzasadniania prowadzenia działalności o charakterze komercyjnym⁴.

Przytoczona wyżej sytuacja prawna była różnie oceniana w literaturze przedmiotu. Aprobatę tego stanu rzeczy znajdujemy w poglądach C. Kosikowskiego, który opowiadał się za szerokim rozumieniem pojęcia „potrzeb społecznych”. Uznawał on, że są nimi zarówno potrzeby zwiększenia dochodów gminy, jak i inne (regulacyjne, interwencyjne). Autor ten oceniał jako zjawisko niekorzystne ograniczanie przedsiębiorczości komunalnej do przedsiębiorstw użyteczności publicznej oraz zakładów urzędów publicznych, ze względu na konieczność ich wspomagania finansowego. Uważał on, że dla wielu gmin rozwiązaniem problemu byłoby podjęcie działalności w celach zarobkowych. Jego zdaniem, tworzenie komunalnych przedsiębiorstw poza sferą użyteczności publicznej mogło być też podyktowane innymi potrzebami społecznymi, np. stworzeniem miejsc pracy dla lokalnej społeczności, zagospodarowaniem regionu, tworzeniem lokalnych banków. Poza tym komunalne przedsiębiorstwa komercyjne można tworzyć także dla celów interwencyjnych, a zwłaszcza dla konkurencji i przeciwdziałania próbom monopolizacji niektórych dziedzin życia społecznego ze strony przedsiębiorców prywatnych, np. piekarnie, mleczarnie itp.⁵

Za szeroką interpretacją pojęcia „potrzeb społecznych” opowiadał się także A. Agopszowicz, który twierdził m.in., że art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie terytorialnym zezwalał „gminie na uczestniczenie w obrocie na tych samych zasadach, na jakich działają inne podmioty gospodarcze w ramach gospodarki rynkowej, jednak tylko w wyraźnie określonym w art. 7 ust. 1 celu”⁶. Cel ten autor rozumiał bardzo szeroko. Według niego, w jego zakresie przedmiotowym mieściła się też działalność, która nie prowadziła bezpośrednio do realizacji wskazanego w art. 7 ust. 1 celu, a jedynie miała zapewnić środki na jego realizację w przyszłości⁷.

Zdaniem S. Dudzika: „przy tak szerokim rozumieniu potrzeb społecznych mówienie o „zasadzie ograniczonej **dopuszczalności** działalności gospodarczej gmin” jest pewnym nieporozumieniem. Praktycznym, gdyż skutkiem przedstawionej [...] wykładni jest zrównanie działalności gospodarczej gminy w zakresie użyteczności publicznej z działalnością komercyjną, co stoi w sprzeczności

³ Idem, *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 1998, s. 337.

⁴ M. Ciepela, *Formy komunalnej działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2001, nr 6, s. 18.

⁵ C. Kosikowski, *Status prawny przedsiębiorstw komunalnych (uwagi na tle projektu ustawy)*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 7–8, s. 31–32.

⁶ A. Agopszowicz, *Zarys prawa samorządu terytorialnego*, Katowice 1991, s. 45.

⁷ Ibidem.

z literalnym brzmieniem uprzednio obowiązującej wersji art. 9 ust. 2 ustawy o sam. teryt. Przepis ten bowiem [...] oddzielał jednoznacznie te dwie sfery działalności samorządu terytorialnego. Jeśli zaś ustawa dokonywała w tym zakresie rozróżnienia, to nie jest dopuszczalne takie prowadzenie wykładni, które rozróżnienie to czyniłoby zbędnym”⁸.

Wkrótce w literaturze przedmiotu pojawiła się krytyka przyjętych przez ustawodawcę rozwiązań, doprowadzających do zbyt szerokiej interpretacji pojęcia potrzeb społecznych, co w konsekwencji powodowało pełną swobodę prowadzenia przez gminę działalności komercyjnej na szeroką skalę. Krytykę tego stanu rzeczy odnajdujemy w poglądach T. Skoczny, który podkreślał, że kryterium „potrzeb społecznych” tylko w niewielkim stopniu jest przydatne przy wyznaczaniu zakresu dopuszczalności działalności gospodarczej gminy poza zadania o charakterze użyteczności publicznej. Nie stanowi ono ochrony przed „konkurencją ręki publicznej w ogólności, ani przed „nadgorliwością komercyjną” gmin w szczególności. Jest to warunek zbyt łatwy do spełnienia. Za potrzebę społeczną można bowiem uznać zarówno budowę obwodnicy, jak i zdobywane środków na takie inwestycje w formie prowadzenia restauracji, sklepów, hal targowych, wypożyczalni kaset, kantorów. Katastrofalna sytuacja finansowa gmin może sprawić, iż gminy będą interpretowały kategorię «potrzeb społecznych» tak, jak będzie to dla nich korzystne”⁹.

Autor ten prezentował stanowisko, że docelowo należy dążyć do całkowitej eliminacji lub przynajmniej znacznego zawężenia działalności gospodarczej gmin wykraczającej poza sferę użyteczności publicznej, gdyż przemawia za tym negatywna ocena efektywności tej działalności, oraz „przekonanie, że trudno byłoby zbudować demokratyczny ład społeczno-ekonomiczny kraju, nie opierając go na zasadzie *in dubio pro libertate* i na niektórych przynajmniej «regułach subsydiarnościowych» (np. pierwszeństwa aktywności gospodarczej jednostki przed nowymi działaniami gmin)”. Jednocześnie T. Skoczny uznawał, że ze względu na panujące realia można powiedzieć, iż „brak absolutnego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej przez gminy jest *hic et nunc* zjawiskiem korzystnym”¹⁰.

Efektom krytycznych głosów na temat zapisów dotyczących prowadzenia przez gminy działalności komercyjnej była zmiana brzmienia ustawy o samorządzie terytorialnym¹¹. Z dniem 12 stycznia 1993 r. została wyłączona możli-

⁸ S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Kraków 1998, s. 302.

⁹ T. Skoczny, *Dopuszczalność działalności gospodarczej gmin*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 3, s. 8.

¹⁰ *Ibidem*, s. 9.

¹¹ Art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie terytorialnym zmieniony przez art. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 6 listopada 1992 r. o zmianie ustawy o samorządzie terytorialnym (Dz. U. 1992, nr 100, poz. 499).

wość prowadzenia przez gminy działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej, a działalność już prowadzona w tym zakresie miała zostać zakończona w terminie do dnia 30 czerwca 1994 r. Termin zakończenia przez gminy prowadzenia działalności komercyjnej był kilkakrotnie przedłużany i definitywnie upłynął z końcem 1996 r.

Wprowadzony w 1993 r. zakaz prowadzenia przez gminy działalności gospodarczej poza sferą użyteczności publicznej spotkał się z krytyką przede wszystkim tych przedstawicieli doktryny, którzy wcześniej akceptowali szerokie możliwości prowadzenia przez gminę działalności gospodarczej. A. Agopszowicz przyjął nawet, iż pomiędzy pierwotną a obecną wersją art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie terytorialnym nie ma w istocie większej różnicy, gdyż to potrzeby (społeczne) ludności rozstrzygają o tym, czy zadania mające na celu ich zaspokajanie uznamy za zadania o charakterze użyteczności publicznej. Dlatego też, w jego opinii, kategorie „potrzeby społeczne” i „użyteczność publiczna” są synonimami¹².

Również C. Rudzka-Lorentz negatywnie oceniała wprowadzone zmiany w ustawie o samorządzie terytorialnym, powodujące zakaz prowadzenia działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej¹³.

Bezwzględny zakaz prowadzenia działalności komercyjnej przez gminę i inne komunalne osoby prawne został zastąpiony nową regulacją zawartą w ustawie z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej¹⁴.

W myśl art. 1 ust. 2 obecnie obowiązującej ustawy o gospodarce komunalnej „gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych”. Natomiast na podstawie art. 10 ust. 1 tejże ustawy: „Poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące warunki:

- istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym,
- występujące w gminie bezrobocie w znacznym stopniu wpływa ujemnie na poziom życia wspólnoty samorządowej, a zastosowanie innych działań i wynikających z obowiązujących przepisów środków prawnych nie doprowadziło do aktywizacji gospodarczej, a w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia”.

¹² A. Agopszowicz, *Zarys prawa...*, s. 54.

¹³ Zob. szerzej na ten temat C. Rudzka-Lorentz, *Samorząd terytorialny i gospodarka lokalna*, Warszawa 1994, s. 57–58; patrz też: C. Banasiński, M. Kulesza, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 91.

¹⁴ Tekst jedn. Dz. U. 2011, nr 45, poz. 236 ze zm.

Działalność komercyjna gminy jest dopuszczalna także w sytuacji, gdy: „zbycie składnika mienia komunalnego mogącego stanowić wkład niepieniężny gminy do spółki albo też rozporządzenie nim w inny sposób spowoduje dla gminy poważną stratę majątkową”¹⁵.

Ograniczenia wymienione wyżej nie mają zastosowania do posiadania 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, w tym klubów sportowych działających w formie spółki kapitałowej¹⁶.

Zatem generalnie – gmina może prowadzić działalność komercyjną na własnym terenie pod warunkiem występowania na nim niezaspokojonych potrzeb wspólnoty w połączeniu ze zjawiskiem bezrobocia, w znacznym stopniu wpływającym negatywnie na poziom życia mieszkańców gminy. Przy założeniu, że gmina wcześniej już podjęła działania, mające na celu likwidację bezrobocia, a jej wysiłki nie przyniosły zamierzonego efektu w postaci aktywizacji gospodarczej, znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałej likwidacji bezrobocia.

Z przedstawionych wyżej zapisów ustawy o gospodarce komunalnej wynika stosunkowo szeroki zakres możliwości prowadzenia działalności wykraczającej poza sferę działalności użyteczności publicznej przez gminę.

2. Użyteczność publiczna a zysk w działalności gospodarczej

2.1. Pojęcie działalności gospodarczej

Kluczową kwestią dla rozważań na temat działalności komunalnej samorządu terytorialnego jest ustalenie zakresu pojęciowego terminu działalność gospodarcza i charakteryzujących go elementów. Dzięki temu można odróżnić czynności gospodarcze jednostek samorządu terytorialnego oraz tworzonych przez nie podmiotów od pozostałej działalności komunalnej¹⁷.

W literaturze przedmiotu termin działalność gospodarcza często jest używany w odniesieniu do aktywności gospodarczej samorządu terytorialnego. Mówi się o działalności gospodarczej w dwóch sferach – użyteczności publicznej bądź wykraczającej poza nią. W kwestii posługiwania się w stosunku do działalności gminy w sferze gospodarczej pojęciem działalności gospodarczej powstają w doktrynie oraz orzecznictwie liczne spory i rozbieżności¹⁸.

¹⁵ Art. 10 ust. 2 ustawy o gospodarce komunalnej.

¹⁶ Art. 10 ust. 3 ustawy o gospodarce komunalnej.

¹⁷ P. Zaborniak, *Działalność gospodarcza podmiotów komunalnych (charakterystyka pojęć)*, „Causus” 2002, nr 24, s. 12.

¹⁸ S. Redel, *Pojęcie i zakres gospodarki komunalnej*, [w:] K. Byjoch, S. Redel, *Prawo gospodarki komunalnej*, Warszawa 2000, s. 50.

Normatywną definicję pojęcia działalności gospodarczej zawiera art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej¹⁹. Stosownie do treści tego artykułu działalnością gospodarczą jest **zarobkowa działalność**²⁰ wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Przytoczona wyżej definicja ustawowa pojęcia działalności gospodarczej składa się z kilku elementów. Są nimi:

1. gospodarczy charakter prowadzonej działalności,
2. zarobkowy charakter tej działalności,
3. prowadzenie tej działalności w sposób zorganizowany i ciągły²¹.

Zarobkowy charakter działalności gospodarczej polega na dążeniu danego przedsiębiorcy do osiągnięcia zysku. Przy czym należy oddzielić chęć osiągnięcia zysku od jego faktycznego wystąpienia. W związku z tym motywem zysku będzie subiektywny zamiar przedsiębiorcy, efektem natomiast faktyczny dochód z prowadzonej przez niego działalności²². Cel zarobkowy jest, zdaniem K. Pawłowicz, podstawowym wyróżnikiem działalności gospodarczej²³. Również S. Biernat i A. Wasilewski podkreślają, że pojęcie działalności gospodarczej ma zastosowanie tylko w sytuacji, gdy daną działalność prowadzi się w celach zarobkowych. Przy czym zarobek ten należy traktować jako cel podmiotowo-subiektywny. W związku z tym dla określenia, czy mamy do czynienia z działalnością gospodarczą, decydujący będzie cel, którym kieruje się przedsiębiorca a nie efekt, który udaje mu się osiągnąć w konkretnej sytuacji²⁴.

Niektórzy przedstawiciele doktryny utożsamiają pojęcie ukierunkowania działalności na osiągnięcie zysku z określeniem zarobkowego celu prowadzenia działalności. Konsekwencją tego jest przyjęcie założenia, że działalność gospodarczą mogą także prowadzić podmioty, których celem podstawowym nie jest prowadzenie działalności gospodarczej; czyli fundacje, stowarzyszenia, związki zawodowe itp. Za taką interpretacją przemawiają przepisy kodeksu spółek handlowych²⁵, dotyczące spółki akcyjnej, która może być zawiązana w każdym celu prawnie dozwolonym, zarówno gospodarczym, jak i niegospodarczym, np. charytatywnym czy kulturalnym²⁶. Spółka akcyjna jest bez wątpienia przedsiębiorcą

¹⁹ Tekst jedn. Dz. U. 2010, nr 220, poz. 1447 ze zm.

²⁰ Podkreślenie moje.

²¹ P. Zaborniak, *Działalność gospodarcza...*, s. 13; patrz też: C. Kosikowski, *Prawo działalności gospodarczej – komentarz do ustawy*, Warszawa 2000, s. 11.

²² M. Waligórski, *Nowe prawo działalności gospodarczej*, Poznań 2001, s. 86.

²³ K. Pawłowicz, *Wolność gospodarcza*, [w:] *Prawo gospodarcze zagadnienia administracyjno-prawne*, red. M. Wierzbowski i M. Wyrzykowski, Warszawa 2003, s. 90.

²⁴ S. Biernat, A. Wasilewski, *Ustawa o działalności gospodarczej. Komentarz*, Kraków 1997, s. 43.

²⁵ Ustawa z dnia 26 lipca 2000 r. kodeks spółek handlowych (Dz. U. 2000, nr 94, poz. 1037, ze zm.).

²⁶ K. Kruczałak, *Prawo handlowe. Zarys wykładów*, Warszawa 1996, s. 154, 181 i przytoczona tam literatura.

gospodarczym, mimo że nie zawsze musi w związku z tym posiadać cel gospodarczy²⁷.

Charakteru zarobkowego bez wątplenia nie mają zachowania zmierzające jedynie do zaspokojenia własnych potrzeb określonych podmiotów, które jednocześnie nie służą sprzedaży towarów i usług, np. amatorski połów ryb i łowiectwo, działalność wytwórcza w zakresie produkcji towarów przeznaczonych na zaspokajanie własnych potrzeb (np. produkcja cegieł, warzyw, owoców na własny użytek)²⁸.

W stosunku do definicji normatywnej pojęcia działalności gospodarczej, znajdującego się w nieobowiązującej obecnie ustawie z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej²⁹, nowe pojęcie działalności gospodarczej (zawarte początkowo w ustawie z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej³⁰, a następnie w ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej³¹) zostało poszerzone o kolejne atrybuty, tj. zorganizowany charakter oraz ciągłość wykonywanych czynności.

Określenie „zorganizowany charakter” ma podkreślać „profesjonalizm w wykonywaniu czynności zarobkowych. Cecha ta dotyczy działań mających umożliwić rozpoczęcie działalności, a także jej kontynuowanie. Chodzi tu więc o powołanie wymaganej prawem formy organizacyjno-prawnej i zarejestrowanie działalności, jak i uzyskanie niezbędnych pozwoleń administracyjnych (m.in. koncesji, zezwoleń), certyfikatów. Ciągłość oznacza zaś, że za działalność gospodarczą nie można uznawać czynności jednorazowych, jak i dokonywanych okazjonalnie, spontanicznie. Muszą to być działania permanentne, oddzielone od siebie w miarę krótkimi odstępami czasu”³².

Pojęcie działalności gospodarczej zostało także zdefiniowane w orzecznictwie sądowym. Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z 6 grudnia 1991 r.³³ uznał, że do istotnych cech działalności gospodarczej należy zaliczyć jej zawodowy charakter, powtarzalność podejmowanych działań, podporządkowanie zasadzie racjonalnego gospodarowania i uczestnictwo w obrocie gospodarczym. Z kolei w wyroku z dnia 5 września 1997 NSA³⁴ stwierdził, że ocena, czy dany podmiot prowadzi działalność gospodarczą, uzależniona jest od ustalenia, czy dana działalność spełnia jednocześnie wszystkie przesłanki wymienione w definicji ustawowej tego pojęcia, a w szczególności – czy działalność ta pro-

²⁷ S. Redel, *Pojęcie i zakres...*, s. 51.

²⁸ C. Kosikowski, *Prawo działalności gospodarczej – komentarz do ustawy*, Warszawa 1996, s. 15 i nn.

²⁹ Dz. U. 1988, nr 41, poz. 324 z późn. zm.

³⁰ Dz. U. 1999, nr 101, poz. 1178 z późn. zm.

³¹ Dz. U. 2004, nr 173, poz. 1807 z późn. zm.

³² P. Zaborniak, *Działalność gospodarcza...*, s. 13.

³³ Uchwała SN III CZP 117/91, OSNCP 1992 nr 5 poz. 65, pogląd aktualny w świetle obecnie obowiązującej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

³⁴ Wyrok NSA III S.A. 1645/96, Glosa 1998/10/30.

wadzona jest „w celach zarobkowych” oraz czy jest prowadzona „na własny rachunek”.

2.2. Zastosowanie pojęcia działalności gospodarczej w kontekście gospodarki komunalnej

W literaturze przedmiotu wiele uwagi poświęcono kwestii, czy w przypadku realizacji przez gminę zadań użyteczności publicznej można mówić o prowadzeniu przez nią działalności gospodarczej, w myśl definicji działalności gospodarczej zawartej obecnie ustawie o swobodzie działalności gospodarczej³⁵.

Przy rozpatrywaniu tego zagadnienia należy zauważyć, że nowe, zawarte w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, ujęcie działalności gospodarczej nie zmieniło dotychczasowych, podstawowych jej wyznaczników. W związku z tym nie straciły na aktualności poglądy doktryny związane z działalnością gospodarczą samorządu terytorialnego powstałe na bazie pojęcia działalności gospodarczej określonego początkowo w art. 2 ust. 1 ustawy o działalności gospodarczej, a następnie w art. 2 ust. 1 ustawy Prawo działalności gospodarczej.

Jednocześnie należy podkreślić, że do chwili obecnej przedstawiciele doktryny, jak i judykatury nie ustalili jednolitego stanowiska w kwestii tego, jak należy interpretować pojęcie gospodarki komunalnej w odniesieniu do definicji normatywnej działalności gospodarczej. Powstała sytuacja jest wynikiem przede wszystkim braku w tej materii jakichkolwiek jednoznacznych wypowiedzi ustawodawcy, co pozwala jedynie na podejmowanie domysłów, mających na celu ustalenie: co ustawodawca chciał osiągnąć, formułując przepisy w taki sposób.

2.2.1. Stanowisko doktryny

Zdaniem T. Skoczego, poprzez działalność gospodarczą gmin należy rozumieć wszelką aktywność gmin, która nie jest działalnością władczą. Celem i efektem tej działalności jest: „materialna (rzeczowa) realizacja zadań publicznych (wytwarzanie dóbr lub świadczenie usług) lub zdobywanie na nią środków. Tak rozumiana działalność gospodarcza gmin obejmuje:

- aktywność niezorientowaną na zysk (niezarobkową), choć przynoszącą czasami dochód, oraz
- działalność nastawioną na osiągnięcie zysku (zarobkową czy komercyjną), tj. wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej³⁶.

Pierwsza służy bezpośrednio realizacji zadań publicznych; druga może ją wspierać, choćby przez to, że dostarcza gminie dodatkowych środków finanso-

³⁵ Wcześniej definicję tę zawierała ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz. U. 1988, nr 41, poz. 324 z późn. zm.).

³⁶ Sformułowanie użyte w art. 9 ust. 2 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym (cytuję za autorem).

wych. Jej bezpośrednim celem jest jednak osiągnięcie zysku (zarobku)³⁷. Tylko ten ostatni obszar działalności gminy pokrywa się z definicją działalności gospodarczej zawartą w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. W związku z tym można stwierdzić, że definicja ta nie odpowiada potrzebom prawa samorządu terytorialnego³⁸.

Do poglądów przedstawionych przez T. Skocznygo nawiązuje wyraźnie C. Kosikowski, którego zdaniem pojęcie działalności gospodarczej zawarte w ustawie o samorządzie gminnym jest szersze od definicji ustawowej znajdującej się w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, ze względu na to, że działalność gospodarcza gmin ma służyć przede wszystkim realizacji zadań, nie zawsze będąc przy tym działalnością prowadzoną w celach zarobkowych. Uważa on, podobnie jak T. Skoczny, że „działalność gospodarcza gmin jest traktowana jako forma realizacji zadań gminy. Jest to działalność, której celem i efektem jest materialna (rzeczowa) realizacja zadań publicznych (wytwarzanie dóbr lub świadczenie usług) lub zdobywanie środków”³⁹.

Podobne stanowisko prezentuje A. Agopszowicz, którego zdaniem definicja działalności gospodarczej, o której mowa wyżej, nie jest dostosowana do potrzeb ustawy o samorządzie gminnym. Autor ten podkreśla, że celem działania gminy jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty, a nie osiągnięcie zysku. W związku z tym gmina może uczestniczyć w obrocie gospodarczym na tych samych zasadach, co inne podmioty, ale jedynie w celu realizowania wyznaczonych jej przez ustawodawcę zadań określonych w art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym⁴⁰.

Z kolei J. Niczyporuk wyróżnia trzy rodzaje typowych sytuacji gospodarczych, z którymi mamy do czynienia w przypadku gminy:

1. administracja samorządowa korzysta z działalności gospodarczej innych podmiotów w niezbędnym zakresie,
2. administracja samorządowa umożliwia działalność gospodarczą innym podmiotom, kształtując sprzyjające im warunki,
3. administracja samorządowa prowadzi **własną działalność gospodarczą**⁴¹ bezpośrednio sama lub pośrednio przez powiązane z nią podmioty.

Zdaniem J. Niczyporuka, prowadzenie przez gminę własnej działalności gospodarczej jest najbardziej doniosłą ze wszystkich sytuacji gospodarczych, z jakimi ma ona do czynienia. Autor ten podkreśla też, że jej celem cząstkowym, sformułowanym jako zadanie własne gminy w akcie prawnym rangi ustawy, jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej a użyteczność publiczna oznacza kwalifikację prawną, przy wytyczaniu granic własnej działalno-

³⁷ T. Skoczny, *Dopuszczalność...*, s. 3.

³⁸ S. Dudzik, *Działalność gospodarcza...*, s. 101–102, podobnie S. Redel, *Pojęcie i zakres...*, s. 52.

³⁹ C. Kosikowski, *Działalność gospodarcza gmin*, Białystok 1992, s. 11.

⁴⁰ A. Agopszowicz, *Zarys prawa...*, s. 53.

⁴¹ Podkreślenie moje.

ści gospodarczej podejmowanej przez gminę. Jak wielu przedstawiciele doktryny, dzieli on działalność gospodarczą gminy na: niekomercyjną – nienastawioną w pełni na zysk i mieszczącą się w kategorii użyteczności publicznej i komercyjną – nastawioną w pełni na osiąganie dochodu i wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej⁴².

Natomiast zdaniem S. Redeła, definicję z art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej „należy odczytywać literalnie i traktować przede wszystkim jako stworzoną na użytek tejże ustawy. Wywodzenie z ustawy o działalności gospodarczej⁴³ uzasadnienia używania pojęcia działalności gospodarczej samorządu terytorialnego (lokalnego) dla określenia jego aktywności gospodarczej jest niezgodne z literalnym brzmieniem art. 2 tejże ustawy. Żadna bowiem wykładnia pojęcia działalności gospodarczej z pominięciem najistotniejszego elementu definicji (z ustawy o działalności gospodarczej), tj. kryterium prowadzenia jej w celach zarobkowych, nie będzie zgodna z wykładnią tegoż pojęcia przyjętego na potrzeby tego konkretnego aktu prawnego. Niemniej jednak definicja ta może pełnić użyteczną rolę, będąc jedynie pewną wskazówką interpretacyjną. Na gruncie prawa samorządu terytorialnego należy odczytywać tę definicję z pominięciem owego kryterium działalności nastawionej na osiągnięcie zysku. Gdyby bowiem *stricte* literalnie odczytywać pojęcie działalności gospodarczej z ustawy o działalności gospodarczej (punkt ciężkości przenieść na jej zarobkowy charakter), to należałoby stwierdzić, że w efekcie o jakiegokolwiek aktywności gospodarczej samorządu terytorialnego nie można by powiedzieć, że jest działalnością gospodarczą. W sferze użyteczności publicznej zawsze podstawowym celem będzie bieżące i nieprzerwane zaspokajanie potrzeb mieszkańców”⁴⁴.

W literaturze przedmiotu można także spotkać się z poglądem, że „działalność gospodarcza gmin nie ma jednorodnego charakteru, zaś kwestia zysku w tego rodzaju działalności może mieć różne znaczenie”⁴⁵. Przykładowo B. Ziemianin przyjmuje, że definicja działalności gospodarczej zawarta w art. 2 ust. 1 ustawy o działalności gospodarczej ma zastosowanie również w sytuacji, gdy chodzi o działalność o charakterze użyteczności publicznej gminy⁴⁶. Również A. Wasilewski zwraca uwagę na fakt, że sama gmina angażuje się w **pro-**

⁴² J. Niczyporuk, *Zadania gospodarcze samorządu terytorialnego*, [w:] *Państwo, ustrój, samorząd terytorialny*, red. M. Chmaj, Lublin 1997, s. 167.

⁴³ Obecnie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

⁴⁴ S. Redeł, *Pojęcie i zakres...*, s. 53, także zdaniem M. Radwan pojęcie działalności gospodarczej zostało odmiennie uregulowane w obu wymienionych wyżej ustawach, zob. M. Radwan, *Gmina przed sądem antymonopolowym*, „Samorząd Terytorialny” 1994, nr 5, s. 35–36.

⁴⁵ S. Dudzik, *Działalność gospodarcza...*, s. 103–104.

⁴⁶ B. Ziemianin, *Działalność gospodarcza gminy*, Zielona Góra 1992, s. 5; podobnie A. Szewc, G. Jyż, *Komentarz do wyroku Sądu Antymonopolowego z 23 kwietnia 1992 r., XVII Amr 7/92*, „Orzecznictwo Gospodarcze” 1992, z. 4, s. 48–49.

wadzenie działalności gospodarczej⁴⁷ (wytwórczej lub usługowej), w dwóch rodzajach sytuacji:

1. faktycznej realizacji własnych zadań gminy (np. w zakresie zaopatrzenia w wodę, komunikacji miejskiej). Przy czym, także zdaniem tego autora, w tej sytuacji nie ma wątpliwości, że gmina może, a wręcz powinna, prowadzić tego typu działalność, gdyż jej celem jest realne zaspokojenie określonych potrzeb społeczności lokalnej. Skutkuje to koniecznością dotowania działalności gminy w tej sferze z jej budżetu, w przypadku gdyby okazała się ekonomicznie nieopłacalna.
2. w celu osiągnięcia dochodu, który zasiliłby jej budżet i pomógł w realizacji innych zadań gminy⁴⁸.

Podobne poglądy można odnaleźć w pracach innych przedstawicieli nauki prawa administracyjnego⁴⁹.

Warto też przedstawić poglądy S. Dudzika, który przyjmuje, że „pojęcie działalności gospodarczej na gruncie prawa samorządowego należy interpretować zgodnie z treścią definicji zawartej w art. 2 ust. 1 ustawy o działalności gospodarczej⁵⁰, co nie oznacza, iż pojęcie to nie może zostać w tym zakresie wzbogacone o dalsze znamiona, właściwe dla gospodarki komunalnej”⁵¹. Podkreśla on, że ustawa o samorządzie gminnym nie definiuje pojęcia działalności gospodarczej, w związku z tym konieczne jest sięgnięcie do innego aktu prawnego definiującego to pojęcie, czyli do aktu o podstawowym znaczeniu dla tej dziedziny stosunków społecznych. W tym konkretnym przypadku będzie to ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, która posiada szczególne miejsce w systemie prawnym RP. W literaturze zostaje ona określana jako „ustawa wiodąca”, „ustawa podstawowa” lub „konstytucja działalności gospodarczej”. Ustawa ta zawiera ogólne zasady porządku prawnego dla tego rodzaju działalności człowieka, które we wszystkich przypadkach należy traktować jako *lex generalis*. Oznacza to, że dopuszczalne wyjątki od reguł rządzących tym aktem prawnym winno się interpretować ściśle, nieograniczenie (*exceptiones non sunt extendendae*), domniemanie przemawia bowiem zawsze za zastosowaniem ustawy wiodącej. Prowadzi to do wniosku, że pojęcia zdefiniowane w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej należy w ten właśnie sposób interpretować na gruncie innych aktów prawnych, chyba, że przewidują one w danym zakresie wyraźne wyjątki. W związku z tym należy stwierdzić, iż przepis art. 9 ust. 2 ustawy

⁴⁷ Podkreślenie moje.

⁴⁸ A. Wasilewski, *Działalność gospodarcza a funkcje i zadania gmin*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 11–12, s. 130–131.

⁴⁹ Szerzej na ten temat patrz: Z. Niewiadomski, J. Szreniawski, *Problem dopuszczalności działalności gospodarczej samorządu terytorialnego*, „Rejent” 1994, nr 5, s. 31 i nn. oraz S. Dudzik, *Działalność gospodarcza...*, s. 104 i szeroko podana tam literatura.

⁵⁰ Pogląd aktualny na bazie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

⁵¹ S. Dudzik, *Działalność gospodarcza...*, s. 107–114.

o samorządzie gminnym dokonuje rozróżnienia działalności gospodarczej gminy na realizującą zadania o charakterze użyteczności publicznej oraz pozostałą działalność gospodarczą⁵².

2.2.2. Poglądy judykatury

Kwestia zastosowania pojęcia działalności gospodarczej w odniesieniu do gminy stała się również przedmiotem zainteresowania orzecznictwa sądowego. Podobnie jak przy omawianiu poglądów doktryny w tej sprawie, mamy tu do czynienia z dwoma różnymi stanowiskami zawartymi w poszczególnych orzeczeniach.

Pierwsza grupa orzeczeń w przedmiotowej sprawie, bezpośrednio odwołuje się do pojęcia działalności gospodarczej z ustawy o działalności gospodarczej, obecnie zastąpionej ustawą o swobodzie działalności gospodarczej. Stanowisko takie zajął np. Sąd Apelacyjny w Łodzi w postanowieniu z dnia 6 sierpnia 1992 r.⁵³, w którym stwierdził, że do działalności gospodarczej gminy ma zastosowanie definicja ustawowa działalności gospodarczej, zawarta w art. 2 ust. 1 ustawy o działalności gospodarczej.

Z kolei w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 14 marca 1995 r.⁵⁴ pojawia się stwierdzenie, że pojęcie działalności gospodarczej „zostało przeniesione do języka prawnego z ekonomii, w której jako działalność tę określa się zaspokajanie potrzeb gospodarczych człowieka, za pomocą użytecznych dóbr materialnych i usług, dokonywane w wymiarze społecznym, a nie jednostkowym. Ze względu na nieograniczoną wręcz liczbę sytuacji faktycznych występujących w procesach gospodarczych, niemożliwe było wyczerpujące określenie działalności gospodarczej w jednym akcie normatywnym”. Za najpełniejszą ogólną definicję działalności gospodarczej Sąd Najwyższy przyjął przepis art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej. Jednocześnie w uchwale czytamy, że w związku z przekształceniem części mienia ogólnonarodowego w mienie komunalne oraz nabywaniem mienia komunalnego przez gminy, m.in. w wyniku prowadzenia przez nie własnej działalności, są one obowiązane nim gospodarować w sposób efektywny. Jest więc zdaniem SN oczywiste, że – w zależności od rodzajów posiadanego mienia i konkretnych warunków ekonomicznych – gminy nie mogą uniknąć prowadzenia działalności gospodarczej.

Drugą grupę poglądów występujących w orzecznictwie sądowym, dotyczących zastosowania pojęcia działalności gospodarczej w odniesieniu do działalności gminy, odnajdujemy w licznych orzecznictwie Sądu Antymonopolowego. Przykładem poglądów prezentowanych przez Sąd Antymonopolowy jest wyrok

⁵² Ibidem, s. 107–114.

⁵³ I ACz 274/92, „Przełąd Sądowy. Wkładka” 1994, nr 1, poz. 15.

⁵⁴ SN III CZP 6/95 OSNC 1995/5/72.

z 23 kwietnia 1992 r.⁵⁵, w którym czytamy, że gmina „w zakresie zadań własnych, dotyczących zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, o których mowa w art. 7 ustawy o samorządzie terytorialnym, wykonywanych w różnych formach działania (wydawanie decyzji administracyjnych, stanowienie przepisów prawnych, podejmowanie czynności prawnych w rozumieniu prawa cywilnego, czy też innych czynności), nie prowadzi działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy o działalności gospodarczej. Wniosek taki wyprowadzić można z treści art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie terytorialnym. W świetle tego przepisu gmina oraz inna komunalna osoba prawna może prowadzić działalność gospodarczą, wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej, jeżeli wymagają tego potrzeby społeczne”. Na wyżej wymienione stanowisko Sądu w przedmiotowej sprawie powołał się również Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 26 lutego 1993 r.⁵⁶

2.3. Kategoria zysku jako kryterium prowadzenia działalności gospodarczej przez gminę

W celu odróżnienia działalności gospodarczej podmiotów komunalnych od działalności komunalnej w zakresie użyteczności publicznej stosuje się **kryterium zysku**. Przyjmuje się przy tym, że działalność komunalna nie jest nastawiona na zysk, ale ma służyć zaspokajaniu podstawowych potrzeb życiowych ludności.

Początkowo kwestia odrębności przedsiębiorstwa użyteczności publicznej⁵⁷, ze względu na znaczenie w jego działalności rachunku ekonomicznego, znalazła swój wyraz w art. 6 ust. 3 ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych⁵⁸. Na podstawie tego artykułu zobowiązano organ założycielski przedsiębiorstwa użyteczności publicznej do dotowania jego działalności w przypadku, gdy jest ona nierentowna, ale konieczna ze względu na zaspokajanie potrzeb ludności. W związku z tym, w literaturze przedmiotu uznawano, że wynik finansowy odgrywa mniejszą rolę w działalności tego typu podmiotów. Ograniczoną rolę rachunku ekonomicznego uzasadniano faktem, iż przedsiębiorstwa użyteczności publicznej nie posiadały pełnej samodzielności (suwerenności) w ustalaniu zadań, środków na ich wykonywanie, a także w doborze odbiorców itp. Równocześnie uznawano, że podmioty świadczące usługi użyteczności publicznej powinny dążyć do realizacji wytyczonych im zadań przy jak najmniejszym nakładzie kosztów. Prawidłowa ocena efektywności gospodarczej działań przedsiębiorców użyteczności publicznej była dokonywana tylko w skali większych układów gospodarczych i społecznych, a w odniesieniu do niektórych

⁵⁵ Sąd Antymonopolowy XVII Amr 7\92, Wokanda 1992\9\39.

⁵⁶ Sąd Antymonopolowy XVII Amr 35\93, Wokanda 1993\7\37.

⁵⁷ Obecnie nie istnieje ustawowa kategoria przedsiębiorstw użyteczności publicznej.

⁵⁸ Tekst jedn. Dz. U. 2002, nr 112, poz. 981 z późn. zm.

dziedzin działalności w ogóle kwestionowano celowość stosowania rachunku ekonomicznego⁵⁹.

Obecnie powszechnie uznaje się, że kryterium zysku odgrywa istotną rolę również przy prowadzeniu działalności komunalnej w sferze użyteczności publicznej przez gminy i dlatego nie może być ono pomijane. Zdaniem Z. Niewiadomskiego, kryterium zysku powinno być traktowane w gospodarce komunalnej jako równorzędne, a nie uzupełniające w stosunku do zaspokajania potrzeb lokalnego społeczeństwa⁶⁰. Pogląd ten reprezentuje również C. Kosikowski, który twierdzi, że sprzeciw budzi zwłaszcza akcentowanie, że celem działalności „przedsiębiorstwa użyteczności publicznej” nie jest maksymalizacja osiąganego zysku. Jego zdaniem, nie jest to cecha wyróżniająca tego rodzaju przedsiębiorstwa spośród innych przedsiębiorstw. Za niesłuszne uważa też traktowanie jej jako przyzwolenia na brak racjonalności ekonomicznej i finansowej tego typu przedsiębiorstw⁶¹.

W związku z tym trzeba przyjąć, że w odniesieniu do przedsiębiorców komunalnych należy stosować zasady dotyczące wszystkich uczestników obrotu gospodarczego, w tym zasadę: samofinansowania, racjonalności i rachunku ekonomicznego, a subwencjonowanie nie jest cechą charakterystyczną dla tego rodzaju działalności.

Analizując powyższą kwestię, należy także przytoczyć pogląd NSA, który w wyroku z dnia 17 stycznia 1989 roku⁶² stwierdził, że istotną cechą każdej działalności prowadzonej w celu osiągnięcia zysku jest kwestia odpłatności za świadczone przez dany podmiot usługi. W związku z tym, w przypadku gdy tego rodzaju odpłatność faktycznie występuje, mamy zawsze do czynienia z działalnością gospodarczą obliczoną na osiąganie dochodu, przy czym kwestią drugorzędą jest wielkość tego dochodu⁶³. Podobny pogląd reprezentuje T. Kocowski, który komentując treść przytoczonego wcześniej wyroku, zwraca uwagę na fakt, że zarobkowy charakter działalności gospodarczej wiąże się z jej odpłatnością. Zatem regułą jest, iż prowadzona przez dany podmiot działalność powinna być nastawiona na osiąganie zysku, co jednocześnie nie wyklucza jej okresowego deficytowego charakteru. Autor ten podziela również pogląd prezentowany przez wielu przedstawicieli doktryny, że dla oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia z działalnością gospodarczą, decydujące znaczenie ma nie sam wynik ekonomiczny prowadzonej działalności, lecz „jej cel w sensie moty-

⁵⁹ S. Piątek, *Przedsiębiorstwa użyteczności publicznej (problemy prawne)*, „Państwo i Prawo” 1981, z. 8, s. 94.

⁶⁰ Z. Niewiadomski, *Kierunki rozwoju samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 1–2, s. 84.

⁶¹ C. Kosikowski, *Status prawny...*, s. 31.

⁶² Wyrok NSA z dnia 17 stycznia 1989 r., I S.A. 1019/88, OSP 1990, poz. 252, s. 545 z aprobowaną glosą J. Borkowskiego.

⁶³ S. Dudzik, *Działalność gospodarcza...*, s. 294.

wu lub zamiaru, jakim kierował się podmiot podejmujący i prowadzący działalność w konkretnym przypadku. Znaczenie rozstrzygające powinno więc mieć to, czy dany podmiot prowadzi działalność w celach zarobkowych, czy w celu osiągnięcia określonego przysporzenia majątkowego (zysku), czy też w celach niezarobkowych, czyli bez takiego zamiaru (zwykle występuje to w wypadku działalności dobroczynnej)⁶⁴.

Również S. Dudzik stwierdza, że brak odpłatności za świadczone przez danego przedsiębiorcę usługi wskazuje, iż mamy do czynienia z działalnością społeczną lub charytatywną, a nie z działalnością gospodarczą. Jego zdaniem, nawet w sytuacji, gdy odpłatność za dane usługi i towary nie pokrywa w całości kosztów własnych ponoszonych przez świadczące je przedsiębiorstwo, można przyjąć, że mamy do czynienia z działalnością gospodarczą, pod warunkiem, że spełnia ona przesłanki z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Jednocześnie autor ten podkreśla, że działalność poniżej kosztów własnych każdego przedsiębiorstwa skutkuje koniecznością jego likwidacji lub pozyskania nowych źródeł finansowania, takich jak: kredyt bankowy, pożyczka, emisja obligacji. Natomiast w przypadku przedsiębiorstw będących własnością gminy źródłem finansowania mogą być dotacje lub subwencje budżetowe. Konieczność dotowania ma miejsce najczęściej w przypadku wielu przedsiębiorstw zaliczanych tradycyjnie do sfery użyteczności publicznej. Są one dotowane z budżetu centralnego (energia ciepła) lub z budżetów poszczególnych gmin (dostarczanie wody, odprowadzanie ścieków). Zdaniem tego autora, całkowite urynkowanie tego typu gospodarki nie nastąpi szybko, gdyż wiąże się ono ze zbyt dużymi kosztami społecznymi, a tym samym napotyka na silny opór społeczny⁶⁵.

W związku z koniecznością dotowania przedsiębiorstw działających w sferze użyteczności publicznej, niektórzy przedstawiciele doktryny uważają, że nie należy traktować działalności przez nie prowadzonej jako działalności gospodarczej. Uznają oni, że działalności przedsiębiorstw wymagających stałych dotacji nie da się zakwalifikować do działalności prowadzonej w celach zarobkowych. Trudno się zgodzić z takim stanowiskiem, ponieważ już z samego sformułowania art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym wynika, że działalność gospodarcza podmiotów komunalnych prowadzona jest przede wszystkim w zakresie zadań o charakterze użyteczności publicznej. Zatem działalność ta jest niejako szczególnym rodzajem działalności gospodarczej⁶⁶, będącej w tym przypadku kategorią nadrzędną⁶⁷.

⁶⁴ T. Kocowski, *Przedsiębiorcy*, [w:] A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2005, s. 73–79.

⁶⁵ S. Dudzik, *Działalność gospodarcza...*, s. 295–296.

⁶⁶ Podkreślenie moje.

⁶⁷ S. Dudzik, *Działalność gospodarcza...*, s. 297.