

Michał Bernaczyk¹
Uniwersytet Wrocławski

Sfera prywatna i publiczna jako paradygmat współczesnego prawa konstytucyjnego na przykładzie spółek (z udziałem) Skarbu Państwa prowadzących działalność gospodarczą

*Public and private divide as a paradigm of contemporary
constitutional law. Example of the commercial companies
owned by the State Treasury*

Streszczenie

Autor wyjaśnia, w jaki sposób tradycyjny podział na sferę prywatną i publiczną wpływa na konstytucyjną pozycję spółek prowadzących działalność gospodarczą. Polskie prawo konstytucyjne nie dokonało jednoznacznej oceny spółek prawa handlowego, w których udziały należą do podmiotów publicznych oraz prywatnych. Konsekwencje tej ambiwalencji mogą wpływać negatywnie na prawo do informacji o działalności państwa (opisane na przykładzie obowiązków informacyjnych wynikających z prawa polskiego oraz prawa UE) oraz naruszać prawo do ochrony własności prywatnej. Autor wskazuje, w jakich obszarach należałoby wypracować nowe podejście statusu takich podmiotów, w szczególności w odniesieniu do spółek z częściowym udziałem Skarbu Państwa.

Słowa kluczowe

Konstytucja RP, konstytucjonalizm, sfera publiczna, sfera prywatna, wolność działalności gospodarczej, własność prywatna, Skarb Państwa, spółki kapitałowe, interwencjonizm, Skarb Państwa, jawność, prawo do informacji publicznej, ponowne wykorzystywanie informacji sektora publicznego, UE, zamówienia publiczne, osobowość prawna, spółka akcyjna.

¹ ORCID: [0000-0001-7683-8852](https://orcid.org/0000-0001-7683-8852), dr hab. prof. nadzwyczajny Uniwersytetu Wrocławskiego, Katedra Prawa Konstytucyjnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. E-mail: michal.bernaczyk@uwr.edu.pl

Abstract

The Author explains how a traditional public-private divide affects the constitutional status of State-owned commercial companies undertaking business activity in Poland. Polish constitutional law has not provided conclusive classification of companies whose shares belong to both private and public share/stock holders (mixed companies). Such ambivalence and its impact on freedom of information legislation and EU law on re-use of public sector information may result in significant loss of transparency or violation of right to private property. Author suggests the need for a new approach to a constitutional status of mixed companies.

Keywords

The Constitution of Poland, constitutionalism, public sphere, private sphere, freedom of entrepreneurship, freedom of economic activity, private ownership, commercial companies owned by the State Treasury, mixed-companies, public task, transparency, freedom of information, re-use of public sector information, EU law, public procurement, legal personality, judicial person, joint-stock company, public company.

1. Podział sfer w ewolucyjnym pojmowaniu prawa konstytucyjnego

Prawo konstytucyjne oznacza dziedzinę prawa, którego przedmiotem są normy określające podmiot władzy w państwie, ustrój i funkcje organów władzy państwowej, status jednostki oraz relacje między centralnymi organami państwa oraz jego składowymi (samorządem terytorialnym, regionami). Współczesny kanon polskiego wykładu akademickiego głosi, że normy prawa konstytucyjnego tworzą tematyczną triadę składającą się z zasad ustroju, charakterystyki aparatu centralnego oraz statusu jednostki², aczkolwiek w niemieckim i amerykańskim prawie konstytucyjnym to zagadnienie bywa redukowane do dwóch płaszczyzn³.

² L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2015, s. 41.

³ Zob. szerzej S. Sagan, *Definicja konstytucji w wybranych kulturach prawnych* [w:] M. Serwaniec, A. Bień-Kacała, A. Kustra-Rogatka (red.), *Potentia non est nisi da bonum. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Zbigniewowi Witkowskiemu*, Toruń 2018, s. 644–645. Autor w ślad za R. Arnoldem wskazuje na podział materii według

Podstawowe rozwiązania w tym zakresie są od blisko 250 lat⁴ włączane do aktów prawnych zwanych konstytucjami. Pojęcie prawa konstytucyjnego jako specjalności nauk prawnych jest więc ściśle powiązane z ewolucją pojmowania granic, istoty oraz funkcji tak unikalnego aktu prawnego, jak konstytucja.

W zależności od politycznego łańcucha wydarzeń i zastosowanej techniki prawodawczej, może się zdarzyć, iż zasady i reguły dotyczące wspomnianej triady przyjmują postać jednego lub kilku aktów prawnych (konstytucji, ustaw konstytucyjnych), stąd obszar normatywny rekonstruowany na tej podstawie zwykle się nazywać prawem konstytucyjnym w znaczeniu formalnym. Zakres prawa konstytucyjnego jest tożsamy z granicami aktów prawnych, które nazwano konstytucyjnymi. Jeśli normy te zostały rozproszone nie tyle w aktach konstytucyjnych odrębnych pod względem ilościowym, ale w wielopoziomowej, zhierarchizowanej strukturze aktów prawnych, to zwykle się mówić o prawie konstytucyjnym w znaczeniu materialnym. Podział na prawo konstytucyjne w znaczeniu materialnym i formalnym jest jednak problematyczny dla odbiorcy, który po raz pierwszy styka się z prawem konstytucyjnym. Ów podział jest z pewnością podszyty szczerą chęcią uporządkowania materii podlegającej poznaniu, ale ma też swoją cenę: maskuje kilkusetletni proces dochodzenia do współczesnych dogmatów prawa konstytucyjnego. Konstytucja może być (w sensie czysto redakcyjnym, strukturalnym) jednym

metrycznego klucza: organizacja państwa oraz relacje państwa i jednostki. Jest to podział bardzo podobny do pojmowania prawa konstytucyjnego w USA, gdzie przedmiot badań rozpada się na dwa zasadnicze wątki: *structure of government* (obejmujący organizację aparatu władzy) oraz status jednostki (*Bill of Rights*).

⁴ Jeśli przyjmiemy, że pierwszymi pełnymi konstytucjami obejmującymi te materie były amerykańskie konstytucje stanowe przyjęte pomiędzy rokiem 1776 (po którym w większości przypadków kolonie ogłosiły niepodległość) a 1789 (kiedy to większość stanów ratyfikowała Konstytucję). Trudno przecenić wpływ amerykańskich konstytucji stanowych na pojmowanie treści konstytucji, gdyż wszystkie federalne gwarancje statusu jednostki w pierwotnym brzmieniu (*Bill of Rights*) zaprojektowano właśnie w oparciu o konstytucje stanowe; zob. J.S. Sutton, *51 Imperfect Solutions. States and The Making of American Constitutional Law*, New York 2018, s. 8.

aktem lub zespołem aktów prawnych. Ułatwia to „formalne” wyodrębnienie norm prawa konstytucyjnego na podstawie ich umiejscowienia w akcie lub aktach o swej unikalnej nazwie, lecz nie należy mieć złudzeń, że ukrytą cechą kryterialną takiego podziału jest najwyższa moc prawna przypisana aktowi prawnemu.

Tymczasem powiązanie pojęcia „konstytucja” z najwyższą mocą prawną jest efektem przemian politycznych na przełomie XVIII i XIX w. Wówczas rzeczownik „konstytucja” nabiera swej kryterialnej cechy, ponieważ jego desygnatem nie staje się jakikolwiek akt prawny, lecz tylko taki(e) o najwyższej mocy prawnej. Takie sformułowanie pada w art. VI drugiej sekcji Konstytucji USA (przyjętej 17 września 1787 r. i ratyfikowanej 21 czerwca 1788 r.)⁵ oraz w preambule Konstytucji 3 maja 1791 r.⁶ Polska konstytucja jest dobrą ilustracją momentu, w którym owe akty prawne o najwyższej mocy prawnej uzyskują unikalne nazewnictwo⁷.

Aktualna nazwa tej gałęzi prawa jest więc efektem procesu zapoczątkowanego w XVIII wieku, kiedy to łacińskie słowo *constitutio* (pojawiające się relatywnie wcześniej w historii Europy) zaczęło tracić swój związek z pierwotnym desygnatem. Otóż w XVI w. słowo „konstytucja” nie miało wiele wspólnego z dzisiejszym znaczeniem, natomiast było bliższe naszemu współczesnemu pojmowaniu „ustawodawstwa”. Oznaczało kodyfikację wąskiej dziedziny prawa (np. *Constitutio Criminalis Bambergensis* z 1507 r., *Constitutio Criminalis Carolina* z 1532 r. lub

⁵ W przykładzie A. Pułły, „Niniejsza konstytucja i zgodnie z nią wydane ustawy Stanów Zjednoczonych oraz wszystkie traktaty, które zostały lub zostaną zawarte z ramienia Stanów Zjednoczonych, stanowią najwyższe prawo krajowe. Jest ono wiążące dla sędziów każdego stanu, nawet gdyby było sprzeczne ze stanową konstytucją lub ustawą”, A. Pułło (tłum.), *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, Warszawa 2002.

⁶ „[...] niniejszą konstytucję uchwalamy i tę całkowicie za świętą, za niewzruszoną deklarujemy, dopóki by naród w czasie prawem przepisany, wyraźną wolą swoją nie uznał potrzeby odmienienia w niej jakiego artykułu. Do której to konstytucji dalsze ustawy sejmu terazniejszego we wszystkim stosować się mają”.

⁷ Oficjalna nazwa to wszakże „Ustawa Rządowa z dnia 3 maja 1791 r.”, mimo że w jej tekście użyto krótszego rzeczownika „konstytucja” w naszym współczesnym rozumieniu.

Constitutio Criminalis Theresiana z 1768 r.; w Polsce od XVI wieku stosowano pojęcie „konstytucji sejmowych”).

Do końca XVIII w. akty prawne regulujące ustrój państwa nazywano zgółą odmiennie, np. Instrumentem Rządzenia (Anglia w 1653 r.) lub Aktami o Formie Rządów (Szwecja w 1720 lub 1772 r.). Połączenie nazwy ze szczególnym zakresem regulacji (bądź co bądź znanymi ówczesnej Europie prawami zasadniczymi, *leges fundamentales*) spychało w cień kamień milowy w rozwoju prawa konstytucyjnego: legitymizację nowego porządku budowanego w porewolucyjnej Francji i Ameryce przy pomocy nadrzędnej mocy prawnej konstytucji. W literaturze trafnie podkreślono, że upadek monarchii absolutnej w rewolucyjnej Francji był jednocześnie upadkiem porządku inspirowanego średniowiecznym modelem, w którym obowiązywanie prawa było ściśle powiązane z osobą monarchy i religijnym uzasadnieniem. W momencie drastycznej zmiany modelu sprawowania władzy prawo musiało stać się wyłącznie produktem politycznej woli, zbiorowego konsensusu, a to wywołało zasadnicze pytanie roztrząsane w nauce prawa przez kolejne stulecia: Jak prawo wywodzące się z procesu politycznego może jednocześnie ustanawiać dla niego ograniczenia?⁸.

Odpowiedź na to pytanie przyszła jako wypadkowa dwóch czynników. Pierwszy był na wskroś oświeceniowy – wynosił na pierwszy plan zgodę rządzących, przywoływaną najczęściej jako metaforyczna umowa społeczna. Drugim czynnikiem był hierarchiczny podział norm na boskie i świeckie (jak na ironię – o korzeniach religijnych)⁹. W efekcie prawo pozytywne oznaczało konieczność wyodrębnienia dwóch kategorii: „takiej, która wywodziła się od ludu lub została przypisana ludowi, wiążąc władzę publiczną, oraz takiej, która pochodziła od władzy publicznej i wiązała lud. Pierwsza normowała tworzenie i stosowanie

⁸ D. Grimm, *Types of constitution* [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, s. 102.

⁹ *Ibidem*, s. 103.

drugiej. Prawo zaczęło podlegać prawu”¹⁰. Dieter Grimm przypomniał, że te kategorie odzwierciedliły się w idei władzy Emmanuela Sieyesa¹¹ opartej na dualnym podziale na władzę konstytuującą (*pouvoir constituant*) oraz władzę ukonstytuowaną (*pouvoir constitué*)¹². Konstytucja stała się więc prawem, które – ciesząc się atrybutem nadrzędności – określało treść i kierunki pozostałego, podległego jej prawotwórstwa. Wypełnianie tej roli nie byłoby jednak możliwe bez wspomnianych klauzul nadrzędności (najwyższej mocy prawnej), chociaż w momencie ich uchwalania nie wszyscy zaprojektowali czytelny system gwarancji jej przestrzegania (milczenie Konstytucji USA w sprawie *judicial review*) lub umniejszali znaczenie nadrzędności konstytucji praktyką stopniowo oddalającą się od konstytucyjnego wzorca (takim sztandarowym przykładem było powstanie ustawodawstwa delegowanego *décret-loi* – dekretów z mocą ustawy w III Republice Francuskiej¹³). Klauzule nadrzędności pojawiły się również jako kryterialne cechy konstytucji w państwach przez długie lata pogrążonych w nihilizmie prawniczym¹⁴.

Konsekwencją klauzul supremacyjnych (nadrzędności) jest ustanowienie wyraźnego lub dorozumianego podziału prawa pod względem hierarchicznym na „jedną konstytucję” i inne, „zwykłe [źródła] prawa”

¹⁰ W oryg. *law became reflexive*, *ibidem*, s. 103.

¹¹ Szerzej na temat koncepcji pisze K.J. Kaleta, *Władza konstytuująca jako przedmiot badań nauk prawnych*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2018, nr 7, s. 43 i n.

¹² D. Grimm, *Types...*, s. 103.

¹³ W literaturze powołuje się ten przykład jako symptomatyczny dla francuskiego prawa konstytucyjnego, w którym stopniowy rozdźwięk pomiędzy praktyką a normatywnym wzorcem konstytucji zwiastuje całościową zmianę tej ostatniej, a nawet aprobatę dotychczasowych praktyk ustrojowych. W okresie I wojny światowej, ale i po jej zakończeniu parlament III Republiki upoważniał egzekutywę do stanowienia dekretów z mocą ustawy, mimo że konstytucja zastrzegała władzę ustawodawczą na rzecz parlamentu, bez możliwości jej delegowania. Po II wojnie światowej artykuł 13 Konstytucji IV Republiki wyraźnie zabronił tego rodzaju praktyk, ale niestabilność powojennych gabinetów doprowadziła do naruszania tego zakazu, aż do jego zniesienia przez art. 38 Konstytucji V Republiki Francuskiej; zob. szerzej S. Boyron, *The Constitution of France (Constitutional Systems of the World)*, Bloomsbury Publishing, s. 20.

¹⁴ S. Sagan, *op. cit.*, s. 657.

(ang. *ordinary laws*). Ten podział w praktyce i doktrynie zapoczątkowano w 1803 r. treścią uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego USA w sprawie *William Marbury v. James Madison*. W uzasadnieniu wyroku sędzia John Marshall stwierdził, że „Konstytucja [Stanów Zjednoczonych Ameryki – przyp. MB] jest prawem wyższej rangi, nadrzędnym, niezmiennym zwykłymi środkami albo mieści się na tym samym poziomie wraz z innymi aktami władzy ustawodawczej i podobnie jak inne akty, podlega zmianom ilekroć legislatura ma wolę jej zmiany. Jeśli pierwsza część tej alternatywy jest prawdziwa, wówczas akt władzy ustawodawczej sprzeczny z konstytucją nie jest prawem; jeśli prawdziwa jest druga, wówczas konstytucje pisane są absurdalną próbą ludzi w ograniczaniu władzy w swej istocie nieograniczalnej”¹⁵. Należy dodać, że sto lat później Brytyjczyk James Bryce na łamach monografii pt. *Konstytucje* zaproponował podział konstytucji na sztywne i elastyczne. James Bryce uzasadniał go jednak w sposób bardzo zbliżony do jurydycznego wywodu Marshalla sprzed stulecia, ponieważ wyjaśniał sposób zmiany konstytucji hierarchizacją konstytucji w stosunku do innych źródeł prawa: „Sztywne Konstytucje [...] stoją ponad innymi prawami państwa, którym rządzą. Narzędzie (bądź narzędzia), w którym wyraża się taka konstytucja, pochodzi ze źródła innego, aniżeli tego, skąd przychodzą inne prawa, jest uchylane w inny sposób, korzysta z najwyższej mocy. Jest ono uchwalane, nie przez zwykłą władzę ustawodawczą, lecz przez jakąś wyższą bądź specjalnie przybrane ciało. Jeśli podlega zmianom, to zmian dokonuje się wyłącznie przez taką władzę bądź przez szczególną osobę lub ciało. [Konstytucja] Przeważa, jeżeli kolidują z nim jakiekolwiek postanowienia zwykłego prawa, zaś zwykłe prawo musi ustąpić”¹⁶. Konstytucje elastyczne według Bryce’a nie posiadały cechy nadrzędności, ponieważ z punktu widzenia hierarchizacji należały do tego samego zbioru, co zwykłe prawa, zaś tryb ich uchwalania nie różnił się niczym od innych aktów władzy prawodawczej. We

¹⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 177 (1803).

¹⁶ J. Bryce, *Constitutions*, Oxford University Press 1905, s. 7–8.

współczesnych opracowaniach skupiamy się więc nad podziałem konstytucji wedle stopnia „trudności” ich zmiany, lecz nie roztrząsamy, co stanowiło przyczynę skalowania owej trudności. Tymczasem owa „trudność” jest bezpośrednią konsekwencją nadrzędności konstytucji.

Z kolei w przypadku tzw. prawa konstytucyjnego w znaczeniu materialnym nasza uwaga wykracza poza akt prawny o najwyższej mocy prawnej, zwany konstytucją (lub zespół aktów obdarzonych tą cechą) – akcent przenosi się na tematykę (zakres normowania). Wyraźny hierarchiczny podział na konstytucję oraz inne (zwykłe) prawa nie ma w takim podziale najistotniejszego znaczenia, lecz liczy się to, czy (jedna) konstytucja i inne (zwykłe) prawa regulują status organów władzy, relacje między nimi oraz status jednostki (przy czym ten ostatni element triady jest najmłodszy i dopiero po II wojnie światowej zaczęto traktować go jako integralną część konstytucji oraz prawa konstytucyjnego¹⁷). Konstytucja

¹⁷ Mimo skojarzeń z odległą rewolucją amerykańską i francuską oraz amerykańskim *Bill of Rights* nie można zapominać, że wśród ojców założycieli byli i tacy, którzy nie widzieli argumentów za umiejscowieniem statusu jednostki, zaś uchwalenie *Bill of Rights* (Poprawki 1–10) przez pierwszy Kongres Stanów Zjednoczonych było polityczną kartą przetargową, bez której ratyfikacja samej Konstytucji USA nie byłaby możliwa (tzw. Kompromis z Massachusetts). Alexander Hamilton poświęcił esej w 84. numerze *Federalist Papers* wywodowi przeciwko włączaniu praw jednostki do konstytucji. Hamilton wychodził za założenia, że system hamulców i równowagi władz sam w sobie jest najlepszym zabezpieczeniem jednostki przed nadużyciami władzy, zaś włączenie katalogu praw do konstytucji może doprowadzić do niebezpiecznej konkluzji, iż tylko prawa enumeratywnie wymienione w konstytucji podlegają ochronie. Pozostały obszar ludzkiej egzystencji zostałby pozostawiony niekontrolowanej ingerencji państwa. W nauce przypomina się, że przed II wojną światową prawo konstytucyjne (a w Polsce „prawo polityczne”) skupiało się na ustroju organów władzy publicznych, zaś konstytucje państw demokratycznych – na podstawowych zasadach wyłaniania organów przedstawicielskich. Prawa jednostki w ogóle nie były włączane do konstytucji bądź nie miały charakteru praw podmiotowych (utożsamianych z możliwością ich sądowej ochrony); S. Gardbaum, *The Place of Constitutional Law in the Legal System* [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó (red.), *op. cit.*, s. 176. Zresztą podobnie formułowano zakres „polskiego prawa politycznego” w przedwojennej Polsce. Jeśli spojrzeć na cele badawcze nakreślone przez W. Komarnickiego, to kwestia statusu jednostki była opisywana od strony możliwości działań państwa: „Zadaniem nauki polskiego prawa politycznego jest dać systematyczny wykład ustroju państwowego Polski aktualnie istniejącego, a zatem dać określenie prawne instytucji państwowych polskich, czyli przedstawić zasady ich

jako źródło prawa konstytucyjnego w znaczeniu materialnym pełni jednak funkcję zrębową, ponieważ to jej treść i jej odesłania determinują, które akty prawne zostaną zaliczone do materii konstytucyjnej. Należy pamiętać, że ewentualne dylematy dotyczące istoty oraz granic tak szeroko rozumianego prawa konstytucyjnego mogą wynikać wyłącznie z unikalnych cech systemu prawnego, w szczególności lokalnego znaczenia słowa „konstytucja”. Na przykład brytyjski Human Rights Act z 1998 r. jest ustawą pochodzącą od parlamentu, aczkolwiek w o rzecznictwie i nauce doczekała się ona swoistej klasyfikacji jako tzw. *constitutional statute*. Uczyniono tak dla zaakcentowania szczególnego znaczenia norm w niej zawartych i rozwoju sądowej kontroli pozostałego ustawodawstwa oraz aktów wykonawczych pod kątem przestrzegania praw jednostki. Tymczasem brytyjskie prawo konstytucyjne rozwijało się w pewnych uwarunkowaniach historycznych, które często są niedostrzegane przez zewnętrznych badaczy. Poza krótkim epizodem podczas Protektoratu Cromwella nie wystąpiła potrzeba stworzenia całościowej, zwartej regulacji ustroju państwowego, ale to nie znaczy, że nie istnieje system konstytucyjny Wielkiej Brytanii. Przeciwnie, składa się on z aktów prawa pisanego rozciągniętych na przestrzeni od 1295 r. (Magna Carta) aż do The European Union (Withdrawal) Act 2018. Należy jednak pamiętać, że Wielka Brytania jest krajem o unikalnym prawie konstytucyjnym. Niektóre typologie konstytucji bardziej służą Brytyjczykom do uwypuklenia odmienności ich ustroju, aniżeli do uniwersalnych dyskursu prawnoporównawczego¹⁸.

organizacji i funkcjonowania; z drugiej zaś strony nakreślić granice praw państwa, a więc przedstawić treść i gwarancje publicznych praw indywidualnych tak, jak sformułowane są one w obowiązującym w Państwie Polskiem ustawodawstwie”; W. Komarnicki, *Polskie prawo polityczne (geneza i system)*, Warszawa 1922, s. 1.

¹⁸ S. Sagan przypomina, że „prawo angielskie nie zna, w swej siatce pojęciowej, pojęcie normy o najwyższej mocy prawnej”; S. Sagan, *op. cit.*, s. 660. Z tym poglądem nie do końca się zgadzam, ponieważ jego odpowiednikiem jest w jakimś stopniu podział na *constitutional* oraz *ordinary statute*.

Z mozaiki rozwiązań konstytucyjnych Zachodu wyłania się więc obraz bardzo zróżnicowanych rozwiązań, ale ze swą stałą cechą najwyższej mocy prawnej konstytucji. Konstytucjonalizm Zachodu ma jednak jeszcze jedną bardzo istotną cechę, która pojawia się w tym samym momencie, co pierwsze klauzule supremacyjne. Tą cechą jest podział organizacji społeczeństwa na sferę publiczną i prywatną. Wyraża się on głównie poprzez wzbogacenie materii konstytucyjnej o przepisy dotyczące statusu jednostki. Głównym celem tego zabiegu było stworzenie linii demarkacyjnej pomiędzy dopuszczalną aktywnością władzy publicznej a wolnością jednostki (amerykańska koncepcja *limited government*), aczkolwiek wskazuje się, że w Europie podbudowa praw jednostki wynikała przede wszystkim z ideologii prawa natury rozwijanej przez Emmanuela-Josepha Sieyès'a. W nauce prawa konstytucyjnego przypomina się, że podział Sieyès'a na prawa naturalne (przyrodzone jednostce), prawa polityczne (do uczestnictwa w życiu politycznym) oraz prawa cywilne (określające relację między podmiotami prywatnymi) został wyparty w XIX w. przez dualną klasyfikację praw jednostki na prawa cywilne (prywatne) oraz publiczne¹⁹. Ten ostatni przetrwał próbę czasu i jest objaśniany poprzez kryterium podmiotowe, tzn. rodzaju podmiotu, z którym człowiek nawiązuje relację (prawa publiczne jako te, które przysługują wobec państwa, oraz prywatne jako te, które przysługują względem innych podmiotów)²⁰.

Jednakże XIX-wieczny podział na prawa publiczne i prywatne nie pomaga wyjaśnić pojęcia sfery publicznej bądź prywatnej. Na przykład osoba fizyczna pełniąca służbę publiczną wciąż może skutecznie powoływać się na prawo do prywatności (np. prawo do ochrony tajemnicy korespondencji) znalazłszy się w układzie organizacyjnym stworzonym do wykonywania władzy publicznej. Europejskie konstytucje nakładają na ustawodawcę zobowiązane do ochrony jednostki przed szkodliwym działaniem

¹⁹ M. Jagielski, *Status prawny jednostki* [w:] R.M. Małajny, *Polskie prawo konstytucyjne na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 2013, s. 219–220.

²⁰ *Ibidem*, s. 220.

innych członków społeczeństwa (zob. zwłaszcza art. 31 ust. 2 i 3 oraz art. 75 Konstytucji RP), m.in. poprzez ustanawianie ograniczeń swobody umów poprzez określanie autonomicznych skutków tej swobody²¹ lub tworzenie podmiotów zaspokajających potrzeby społeczne, których wolny rynek nie jest w stanie zaspokoić. To właśnie status tych ostatnich jest ciekawym wyzwaniem dla polskiego prawa konstytucyjnego, gdyż najczęściej nie można ich zakwalifikować do kategorii sektora finansów publicznych, zaś ich działalność przybiera formy typowe dla prawa prywatnego.

Nie można jednak popadać w uproszczenia i twierdzić, że sfera prywatna to w gruncie rzeczy sfera prywatnoprawna, a więc obszar regulowany przez normy prawa prywatnego (cywilnego). Wydaje się, że może to być pewna odpowiedź w sprawie oceny charakteru relacji zachodzącej między podmiotami, ale nie kryterium rozstrzygające o naturze podmiotu. Sfera prywatnoprawna to obszar różnych stosunków majątkowych lub osobistych między osobami fizycznymi lub prawnymi podlegający regulacji prawa cywilnego zdominowanego przez normy *iuris dispositivi*. Marek Safjan wskazał, że polska doktryna cywilistyczna upatruje w metodzie regulacji „najbardziej precyzyjne *criterium divisionis*, pozwalające na identyfikację norm należących do prawa prywatnego”²². Jednocześnie podkreśla, że metoda regulacji właściwa prawu prywatnemu „nie jest cechą normy, ale pewną koncepcją kształtowania stosunków prawnych uwzględniającą zasadę równości pozycji podmiotów. Cecha [...] ma charakter formalny i w żaden sposób nie przesądza o materialnej treści rozwiązań przyjmowanych w ramach systemu”²³. To dość

²¹ Np. w nauce prawa cywilnego zwraca się uwagę, że od nieważności wywołanej naruszeniem zakazującej normy prawa publicznego należy odróżnić sytuację, w której przepisy prawa publicznego określają własne, szczególne, dodatkowe konsekwencje określonych czynności cywilnoprawnych w obszarze prawa publicznego; P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 215–216.

²² M. Safjan, *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego* [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 1*, Warszawa 2012, s. 36.

²³ M. Safjan, *op. cit.*, s. 37.

trafny pogląd, jeśli rozważyć prawo prywatne przez pryzmat współczesnych konstytucji. Wybór prywatnej metody regulacji jest więc w dużej mierze uzależniony od systemu wartości istniejącego w danym miejscu i czasie, manifestowanego przez większość polityczną w parlamencie. Nie przesądza wcale, że podmiot utworzony i prowadzący działalność dzięki takiej metodzie regulacji staje się podmiotem prywatnym.

Wybór metody regulacji może być jednak pośrednim rezultatem nakazów konstytucyjnych. Jeśli państwo decyduje się na interwencję na wolnym rynku, to wybór formy prywatnej (w idealistycznym założeniu – uwzględniający zasadę równości stron) może być efektem dążenia do jak najmniejszych zaburzeń wolnorynkowej rywalizacji podmiotów gospodarczych. Widać to dość dobrze na przykładach przywoływanych w dalszej części niniejszego opracowania. Artykuł 61 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP oraz przepisy art. 2 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (dalej jako: u.d.i.p.²⁴) umożliwiają każdemu dostęp do informacji o działalności podmiotów gospodarczych (będących własnością lub pod kontrolą Skarbu Państwa bądź jednostek samorządu terytorialnego). O odmowie rozstrzyga się w sposób analogiczny do organu władzy publicznej (zob. art. 16 u.d.i.p.). Obok u.d.i.p. istnieje też odrębna regulacja dostępową, zaprojektowana głównie z myślą o komercyjnych odbiorcach informacji (ustawa dnia 25 lutego 2016 r. o ponownym wykorzystywaniu informacji sektora publicznego; dalej jako: u.p.w.i.s.p.²⁵). Podmioty związane tą ustawą

²⁴ T.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1429.

²⁵ T.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1369 ze zm. Powołana ustawa jest efektem implementacji prawa Unii Europejskiej i częściowo nakłada się na ustawodawstwo konkretyzujące art. 61 Konstytucji RP. Jej cel określono w 3. motywie dyrektywy z 27 czerwca 2013 r. (Dz. Urz. UE L 175/1 z 27.06.2013 r.) zmieniającej dyrektywę 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 listopada 2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (Wersja skonsolidowana po zmianie z 2013 r. 2003L0098 – PL – 17.07.2013 – 001.001): „Polityka otwartego dostępu do danych propagująca szeroką dostępność i ponowne wykorzystywanie informacji sektora publicznego do celów prywatnych lub komercyjnych, przy minimalnych ograniczeniach prawnych, technicznych lub finansowych bądź

zostały scharakteryzowane w podobny sposób (zob. art. 3 pkt 3 u.p.w.i.s.p.), ale o ostatecznym zakresie udostępnienia informacji wnioskodawcy decyduje umowa zawarta pomiędzy podmiotem zobowiązanym a wnioskodawcą (art. 23 ust. 2 zd. 1 u.p.w.i.s.p.).

W ten sposób docieramy do kwestii osób prawnych operujących dzięki normom prawa prywatnego (zob. zwłaszcza Tytuł III „Spółki kapitałowe” ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych²⁶; dalej jako: k.s.h.), aczkolwiek tworzonych przy różnym stopniu i formach zaangażowania państwa. Jeśli polska konstytucja pozostaje wierna podstawowym założeniom wcześniejszych konstytucji oświeceniowych, to ten dylemat sprowadza się do oceny charakteru takich osób prawnych na tle dualnego podziału, w którym taki podmiot może być publiczny albo prywatny. W tej alternatywie nie ma pola szarości. Jak ujął to były sędzia niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Dieter Grimm: „System, w którym państwo cieszy się swobodą osoby prywatnej miałby co najwyżej konstytucję rozumianą jako system [zasad], w którym osoby prywatne sprawują władzę publiczną. Jeśli osoby prywatne zyskują udział we władzy publicznej, to konstytucja nie może rościć sobie wyczerpującego normowania założeń i wykonywania władzy publicznej, dopóki prywatne podmioty nie poddadzą się regułom konstytucyjnym, na mocy których utraciłyby swój status wolnych członków społeczeństwa (tj. stając się adresatami władczych czynności państwa). [...] Koncentracja wszelkiej władzy publicznej w rękach państwa pociąga za sobą prywatyzację społeczeństwa”²⁷.

bez takich ograniczeń, i wspierająca obieg informacji przeznaczonych nie tylko dla podmiotów gospodarczych, lecz także dla opinii publicznej, może odegrać ważną rolę w stymulowaniu rozwoju nowych usług opartych na nowatorskich sposobach łączenia i korzystania z takich informacji, pobudzić wzrost gospodarczy i wesprzeć zaangażowanie społeczne”.

²⁶ T.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 505.

²⁷ D. Grimm, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed Worlds* [w:] P. Dobner, M. Loughlin (red), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford-New York 2012, s. 12

Z perspektywy amerykańskiej F.I. Michelman uzupełniał tę myśl w podobnym duchu: „Rządzenie milcząco zakłada rządzących. Państwo zakłada społeczeństwo. Koncentracja kompetencji to wykonywania władzy w wyspecjalizowanych strukturach oznacza, że adresaci tego władztwa – społeczeństwo – tworzą sferę aktywności szczególną, oddzieloną od sfery władzy publicznej, trafnie poddaną odpowiedniemu i odrębnemu zbiorowi normatywnych regulacji. Ów „duch” – nieuchronnie prymitywne, maksymalnie abstrakcyjne pojęcie publicznego/prywatnego podziału w prawie – wydaje się przez to bezpośrednim odbiciem podziału pomiędzy rządzącymi a rządzonymi, zawartym już w samej koncepcji dualistycznego konstytucjonalizmu lub jego protoliberalnych politycznych inspiracjach”²⁸.

Europejski konstytucjonalizm ma jednak nieco odmienne spojrzenie ten podział. Przede wszystkim dopuszcza rozwiązanie, w którym konstytucja obejmuje obie sfery ludzkiej aktywności (publiczną i prywatną) za sprawą jej horyzontalnego stosowania. Podział na sferę publiczną i prywatną zostaje utrzymany, ale zakres oddziaływania konstytucji jest znaczenie większy, ponieważ ocena zgodności z konstytucją stosunków horyzontalnych nie może być redukowana wyłącznie do warstwy proceduralnej (tzn. dochowania trybu ustawodawczego), ale obejmuje również treść norm o prawach jednostki. Amerykański konstytucjonalizm ma w tym zakresie poważne (o ile nie „kategoryczne”) ograniczenia, ponieważ opiera się na zasadzie *State Action Doctrine*, która zakłada, że konstytucyjne klauzule dotyczące ochrony praw jednostki i jej równego traktowania stosuje się wyłącznie w stosunku do państwa, a nie podmiotów prywatnych. Jest również ograniczony sformułowanym pod koniec XVIII w. dogmatem ochrony własności i postrzegania państwa w charakterze „stróża nocnego”, podczas gdy w Europie (począwszy od niemieckiej konstytucji weimarskiej z 1919 r.)

²⁸ F.I. Michelman, *Constitutions and the public/private divide*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó (red.), *op. cit.*, Oxford 2013, s. 308–309.

wprowadzono nowy zakres treściowy konstytucji, poświęcony ustrojowi gospodarczemu (tzw. konstytucja gospodarcza)²⁹.

Powstaje jednak pytanie, czy Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r., przynależna wszakże do innego okresu rozwoju konstytucjonalizmu, osadzona w europejskich doświadczeniach XX w., aby nie zmodyfikowała tego podziału, wprowadzając pewne odstępstwa od sztywnego dualizmu. Jeśli obierzemy ten kierunek, to oczywistą konsekwencją tego wyboru staną się pytania o zasady uczestnictwa takich osób prawnych w obrocie gospodarczym, w szczególności dopuszczalność np. udzielenia im ochrony przed nadmierną ingerencją w prawo własności i inne prawa majątkowe³⁰, naruszeniem zasady równego traktowania³¹. Jeśli zaś trzymać się dotychczasowego podziału, to roztrząsanie takich kwestii wydają się zbyteczne, ponieważ prowadzenie działalności gospodarczej przy wsparciu lub udziale państwa będzie co do zasady manifestacją funkcji regulacyjnej wynikającej z art. 20 Konstytucji RP (zob. dalsze uwagi w pkt III). Dotychczasowy schemat kwalifikowania osób prawnych prowadzących działalność gospodarczą nie jest jednak wolny od dylematów, ponieważ dorobek Trybunału Konstytucyjnego nie wyjaśnia przekonująco konstytucyjnego statusu np. spółek akcyjnych, w których akcjonariat Skarbu Państwa ma charakter skoncentrowany, ale niekoniecznie większościowy³². Problematiczne staje się wówczas redukcja własności prywatnej w aspekcie podmiotowym do własności „osób fizycznych” oraz „osób prawnych prawa prywatnego”, bez wyjaśnienia pojmowania tych ostatnich³³. Sformułowanie „osoba

²⁹ Zob. L. Garlicki, M. Zubik, teza nr 2 w komentarzu do art. 20 Konstytucji RP [w:] L. Garlicki, M. Zubik, *Konstytucja Rzeczypospolitej. Komentarz*, t. I, Warszawa 2016, s. 513.

³⁰ Zob. zwłaszcza art. 20 i 64.

³¹ Dyskryminacja w „życiu gospodarczym” jest zakazana (art. 32 ust. 2 Konstytucji RP).

³² Zob. uwagi A. Górki, P. Grada poczynione w niniejszej książce w odniesieniu do KGHM Polska Miedź S.A., A. Górka, P. Grad, *Jakimi kryteriami powinien kierować się Trybunał Konstytucyjny przy ocenie dopuszczalności skargi konstytucyjnej publicznej osoby prawnej?*

³³ Zob. L. Garlicki, S. Jarosz-Zukowska, teza nr 27 w komentarzu do art. 64 Konstytucji RP [w:] L. Garlicki, M. Zubik, *Konstytucja Rzeczypospolitej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2016, s. 604.

prawna prawa prywatnego” akcentuje metodę regulacji, ale nie wyjaśnia wszystkich niuansów tzw. „własności grupowej”.

Gdyby więc trzymać się konsekwentnie poglądu, że poza zakresem ochrony własności prywatnej pozostaje własność Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, to w skrajnym wariacie oznaczałoby to, że spółka nie uzyska jakiegokolwiek ochrony na płaszczyźnie konstytucyjnej, a już zwłaszcza na gruncie art. 64 Konstytucji RP³⁴. Tymczasem własność dóbr materialnych i niematerialnych oraz inne prawa majątkowe mają wszakże strategiczne znaczenie dla sukcesu gospodarczego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Jeśli ten pogląd nie ulegnie rewizji, to należy liczyć się z tym, że jakakolwiek (nie mylić z „wyłączną”) partycypacja Skarbu Państwa w kapitale zakładowym oraz akcjach otrzymanych za jego pokrycie oznaczałaby całkowity brak ochrony na płaszczyźnie konstytucyjnej. Tymczasem tzw. pośredni udział Skarbu Państwa w gospodarce wyrażający się poprzez prawo własności akcji przybiera dość zróżnicowany zakres. Wojciech Katner i Piotr Matysiak przypominają, że „poza pełnym akcjonariatem, kiedy Skarb Państwa jest właścicielem wszystkich udziałów lub akcji, może on także występować jako współudziałowiec większościowy lub mniejszościowy, a nawet szczątkowy (tzw. resztówki udziałowe), będąc współlnikiem w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością lub w spółce akcyjnej”³⁵.

³⁴ „W szczególności ani państwo, ani jednostki samorządu terytorialnego nie mogą być podmiotami wolności i praw «człowieka i obywatela», nie mogą więc do nich mieć zastosowania prawa i gwarancje zawarte w rozdziale II konstytucji. Tym samym poza podmiotowym zakresem art. 64 pozostaje własność Skarbu Państwa, niezależnie od formy prawnej administrowania tą własności [podkreślenie własne – M.B.], a także własność komunalna czy szerzej jednostek samorządu terytorialnego”; zob. L. Garlicki, S. Jarosz-Żukowska, teza nr 28 w komentarzu do art. 64 Konstytucji RP [w:] L. Garlicki, M. Zubik, *Konstytucja...*, t. II, s. 605.

³⁵ W. Katner, P. Matysiak, *Warunki prawne uczestnictwa państwa w gospodarce III Rzeczypospolitej* [w:] A. Kidyba, *Skarb Państwa a działalność gospodarcza*, Warszawa 2014, <https://sip.lex.pl/#/monograph/369301832/254925> [dostęp 1.12.2019].

W przypadku spółek akcyjnych kluczowe znaczenie dla ich funkcjonowania ma właśnie pojęcie akcji oraz kapitału zakładowego. Kapitał zakładowy spółki akcyjnej (rozumiany jako „cyfrowo oznaczoną wartość odzwierciedlającą sumę wniesionych do spółki wkładów”³⁶) dzieli się na akcje (zob. art. 302 k.s.h.), których pokrycie przez osoby uprawnione (akcjonariuszy) następuje w momencie powstania spółki akcyjnej (zob. art. 306 pkt 2 k.s.h.). Jeśli przyjmiemy hipotetycznie, że państwo (Skarb Państwa) staje się jednym z założycieli spółki, to w zamian za wkład wniesiony do spółki uzyskuje akcje. To samo odnosi się do innych wspólników, których „prywatny” charakter nie ulega wątpliwości.

Pojęcie akcji w prawie handlowym ma trojake znaczenie. Po pierwsze, jest to matematycznie oznaczony udział w kapitale zakładowym spółki, który realizuje się w pełni z chwilą pokrycia go w kapitale zakładowym. Drugie znaczenie akcji obejmuje ogół praw i obowiązków o charakterze organizacyjnym (ew. korporacyjnym)³⁷ i obligacyjnym³⁸, zaś trzecie oznacza dokument o treści wynikającej z art. 328 k.s.h. stanowiący papier wartościowy o charakterze deklaratoryjnym. Na płaszczyźnie konstytucyjnej pojęcie akcji najbliższe jest „innym prawom majątkowym”, które w obrocie cywilnym mogą przysługiwać zarówno osobom prawnym, jak i fizycznym. Nie mogą być one utożsamiane z majątkiem spółki, a ten ostatni – z kapitałem zakładowym: „[...] majątek spółki oraz kapitał zakładowy są dwiema różnymi kategoriami prawnymi [...]. Wskazuje się,

³⁶ Zob. A. Kidyba, pkt 1 komentarza do art. 302 k.s.h. [w:] A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 301–633 Kodeksu spółek handlowych*, System Informacji Prawnej LEX 2019.

³⁷ Mimo że spółkę akcyjną określa się jako spółkę o najmniejszym stopniu nasycenia elementami osobowymi, to k.s.h. wprost takowe przewiduje, a w szczególności z możliwością kreowania osobistych uprawnień akcjonariusza w statucie (por. art. 354 § 1, 418 i 428 k.s.h.). Ponadto w grupie uprawnień organizacyjnych *vel* korporacyjnych należy wymienić prawo uczestnictwa w walnym zgromadzeniu (art. 406–406² k.s.h.) oraz prawo głosu (art. 411 k.s.h.).

³⁸ Wśród tych ostatnich należy wymienić prawo akcjonariusza do udziału w zysku przeznaczonym do wypłaty akcjonariuszom (art. 347 § 1 k.s.h.) oraz prawo do udziału w majątku pozostałego po likwidacji (art. 474 § 1–2 k.s.h.).

że kapitał zakładowy w znaczeniu wniesionym na pokrycie wkładów jest zawsze majątkiem spółki jako osoby prawnej, jednak nie zawsze cały majątek spółki jest kapitałem zakładowym. Spółka odpowiada zatem w stosunku do osób trzecich za swoje zobowiązania całym swoim majątkiem – nie zaś tylko do wysokości kapitału zakładowego [...]”³⁹.

Oddzielenie majątku spółki od praw majątkowych i organizacyjnych jej akcjonariuszy nie daje jednak odpowiedzi na pytanie o publiczny lub prywatny charakter owego odrębnego majątku spółki (majątku osoby prawnej).

Tymczasem orzecznictwo TK (związane głównie z dekreacją skarg konstytucyjnych) sprawia wrażenie skoncentrowanego głównie na akcjonariuszach (bezsprzecznie) publicznych, bez roztrząsania charakteru pozostałych. Przykładem jest postanowienie TK z dnia 8 kwietnia 2008 roku, (SK 80/06) w sprawie skargi złożonej przez KGHM S.A.: „Sprzężenie art. 22 z art. 20 Konstytucji, w którym materiałną podstawą wolności działalności gospodarczej jest szeroko pojęta własność prywatna [podkreślenie własne – M.B.], świadczy o tym, iż konstytucyjną ochroną nie jest objęta działalność prowadzona przez państwo, a także instytucje publiczne wykorzystujące mienie Skarbu Państwa oraz inne państwowe osoby prawne (zob. L. Garlicki, uwagi do art. 22 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2001, t. II, s. 9)”. Jednakże sam TK odnotował, że w momencie rozpoznawania sprawy, mimo wprowadzenia akcji do obrotu giełdowego, państwo „zachowało znaczący wpływ na działania spółki”. Skarb Państwa posiadał wówczas 41,795% akcji spółki i – co pokazuje poniższa tabela – liczba ta spadła obecnie do poziomu 31,79%.

³⁹ A. Kidyba, pkt 2 komentarza do art. 302 k.s.h. [w:] A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany...*, z powołaniem na W. Popiołek [w:] J. Frąckowiak, A. Kidyba, W. Popiołek, W. Pyziół, A. Witosz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2008.

Tabela 1. Struktura własnościowa KGHM Polska Miedź S.A. według stanu na 19 lutego 2019 r.

Akcjonariusz	Liczba akcji/ głosów	Udział w kapitale zakładowym	Udział w ogólnej liczbie głosów
Skarb Państwa	63 589 900	31,79 %	31,79 %
Nationale-Nederlanden OFE	10 104 354	5,05 %	5,05 %
Aviva OFE	10 039 684	5,02 %	5,02 %
Pozostali akcjonariusze	116 266 062	58,13 %	58,13 %
Razem	200 000 000	100,00 %	100,00 %

Źródło: dr M. Kilijański, *Trybunał Konstytucyjny – doświadczenia KGHM Polska Miedź S.A.* Materiał zaprezentowany na seminarium naukowym 4 kwietnia 2019 r. zorganizowanym na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii UW

W czym manifestował się ów wpływ w tej konkretnej spółce, tego TK nie sprecyzował, ale możemy przyjąć, odwołując się do statusu akcjonariusza wynikającego z ogólnych zasad sformułowanych w k.s.h., że chodzi tu zwłaszcza o prawa natury organizacyjnej, a niekoniecznie majątkowej. Tutaj jednak zarysowuje się pewna niespójność argumentacji TK. Uważna lektura uzasadnienia ww. postanowienia (z zastrzeżeniem dużej ogólności w kwestiach substratu majątkowego spółki kapitałowej) sugeruje, że TK skupia się na „działalności państwa” i to właśnie w KGHM Polska Miedź S.A. widzi jej manifestację, lecz nie definiuje jej istoty. Pytaniem, które nigdy nie padło w okolicznościach sprawy, jest funkcja (cel), dla której taka działalność jest prowadzona (zob. dalsze uwagi w punkcie II na temat tzw. „misyjności spółek Skarbu Państwa”). Nie chodzi więc o proste stwierdzenie faktu jej prowadzenia, lecz pierwotną przyczynę jej rozpoczęcia lub zachowania kontroli nad spółką (mimo ew. komercjalizacji). Ustalenie przesłanek zaangażowania państwa w gospodarkę rodzi więc konieczność weryfikacji stopnia kontroli nad tą działalnością na późniejszych etapach działalności podmiotu o spornym

statusie. Wydaje się, że w tym kierunku podążał TK, kiedy odwołał się do dyrektywy Komisji nr 2006/111/WE z dnia 16 listopada 2006 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw⁴⁰, by wskazać, że relacja państwa z podmiotem gospodarczym może przybierać postać (bezpośredniego lub pośredniego) wpływu „z racji bycia jego właścicielem, posiadania w nim udziału kapitałowego, lub zasad, które nim rządzą”. Ten wątek argumentacji TK ignoruje jednak kwestię odrębności podmiotowej akcjonariusza i spółki, co ma oczywiste przełożenie na odrębność majątku obu tych podmiotów. Rażącym i nieuprawnionym uproszczeniem byłoby zrównanie majątku spółki z majątkiem jej akcjonariuszy. Rozważanie tej kwestii byłoby możliwe wyłącznie w kategoriach dość odległej ekspektatywy (np. prawa akcjonariusza do majątku spółki w wypadku jej likwidacji). Wydaje się więc, że uzasadnienie w sprawie SK 80/06 błędnie utożsamia prawo własności akcji z prawem własności i innymi prawami majątkowymi spółki. Oczywiście wypowiedź TK nie głosi wprost, że prawa majątkowe spółki akcyjnej są „publiczne”, ew. nie są prywatne (nie stanowią własności prywatnej w rozumieniu art. 20 Konstytucji RP), ale jak w takim razie odczytać koronny argument pozbawiający zdolności skargowej („materialną podstawą wolności działalności gospodarczej jest szeroko pojęta własność prywatna”)? W przywołanej sprawie KGHM Polska Miedź S.A. wielkim nieobecnym pozostaje grupa podmiotów (innych niż państwo), które posiadają łącznie 68,21% udziału w kapitale zakładowym oraz identyczną liczbę głosów. Skoro „zaledwie” 31,79% publicznego udziału w kapitale zakładowym pozbawiło, odrębny w sensie cywilistycznym, majątek spółki prywatnego charakteru, to oznacza to bezwzględny prymat zainwestowanych środków publicznych nad prywatnymi wyłącznie przez sam fakt ich obecności. Tymczasem pierwotnie

⁴⁰ Dz. Urz. UE L 318 z 17.11.2006, s. 17.

rozważania TK koncentrowały się nie tyle na kwestii własności, ile – co trafniejsze – na zdolności do kontroli działalności spółki przez mniejszościowego (lecz zdyscyplinowanego) państwowego akcjonariusza. Prawo własności akcji i wynikające z niego prawo do udziału w zysku (art. 347 § 1 k.s.h.) jest więc ważne, ale nie najważniejsze w świetle możliwości obsady rady nadzorczej (art. 385 k.s.h.) oraz zarządu spółki (art. 368 k.s.h.). Wypada więc odpowiedzieć na pytanie, czemu ma służyć ta kontrola, bądź inaczej rzecz ujmując, co na konstytucyjnej płaszczyźnie normatywnej uprawnia Skarb Państwa do wnoszenia środków na pokrycie udziałów (akcji) w spółkach kapitałowych? Odpowiedź na to pytanie nie jest możliwa bez sięgnięcia do zasad ustroju społecznego gospodarczego w Polsce (art. 20–24 Konstytucji RP).

2. Wpływ zasady społecznej gospodarki rynkowej na ocenę charakteru działalności gospodarczej osób prawnych z udziałem Skarbu Państwa

Leszek Garlicki i Marek Zubik stwierdzają, że konsekwencją umieszczenia w art. 20 zasady społecznej gospodarki rynkowej miało swoją inspirację w niemieckiej „niepisanej” koncepcji *soziale Marktwirtschaft*, ale w przeciwieństwie do państw zachodnich klauzula ta nie tyle miała być podstawą korekty wolnego rynku, ile przede wszystkim nałożyć obowiązek jego wprowadzenia. Podczas gdy konstytucje zachodnie niejako wchodziły w zastany model stosunków gospodarczych, transformacja ustrojowa w Polsce przebiegała w ideologicznej kontrze do stosunków własnościowych oraz roli państwa w realnym socjalizmie⁴¹. Swoista negacja poprzedniego ustroju (dostrzegana już w Preambule do Konstytucji RP) ciążyła na problematyce stosunków społecznych od samego początku,

⁴¹ Zob. L. Garlicki, M. Zubik, teza nr 2 w komentarzu do art. 20 Konstytucji RP [w:] L. Garlicki, M. Zubik, *Konstytucja...*, t. I, s. 518.

o czym przypominają obiekcje z 1989 r. wobec „zasad sprawiedliwości społecznej” uzupełniających klauzulę demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP *in fine*)⁴².

Połączenie kwestii „społecznej” z wolnym rynkiem daje jednak wyraźne podstawy do aktywnej roli państwa w sferze ustroju społeczno-gospodarczego, przy czym wcale nie ma zgody, w jakim charakterze ono tutaj wystąpi: jako podmiot wolności działalności gospodarczej czy też jako podmiot ograniczający wolność działalności gospodarczej (korygujący mechanizmy wolnego rynku w imię dynamicznie pojmowanych zasad sprawiedliwości społecznej). Ilustracją tych rozbieżności w pojmowaniu roli państwa jako podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą może być polemika C. Kosikowskiego z orzecznictwem TK: „Nie zawsze poglądy Trybunału na ten temat [rozumienia zasady wolności działalności gospodarczej – podkreślenie M.B.] można aprobować. Dotyczy to zwłaszcza stanowiska Trybunału (wyrok z dnia 7 maja 2001 r., K 19/00), według którego zasada wolności działalności gospodarczej nie obejmuje w jednakowym stopniu wszystkich podmiotów faktycznie zajmujących się jej prowadzeniem. W szczególności zaś, zdaniem Trybunału, formuły wolnościowej nie można używać w odniesieniu do państwa i innych instytucji publicznych, których bezpośredni udział lub pośredni wpływ na gospodarkę nie jest wykluczony (np. do samorządu terytorialnego). Poglądu tego nie podzielam, ponieważ w stosunku do przedsiębiorców publicznych ustawodawca stawia takie same wymagania i warunki podejmowania oraz wykonywania działalności gospodarczej jak w odniesieniu do przedsiębiorców prywatnych. Konstytucja RP nakazuje wszystkich przedsiębiorców traktować równo, chociaż nie zawsze jednakowo ze względu na ich właściwości naturalne (np. inne z natury rzeczy cechy osoby

⁴² Zob. T. Chauvin, J. Winczorek, P. Winczorek, *Wprowadzenie klauzuli państwa prawnego do porządku konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej* [w:] *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP pod red. Sławomiry Wronkowskiej*, Warszawa 2006, s. 25.

fizycznej i osoby prawnej, inne cele przedsiębiorców prywatnych i przedsiębiorców publicznych)⁴³.

Kłopotliwe jest jednak wskazanie „przedsiębiorcy” (prywatnego bądź publicznego) jako autonomicznego (lub zastanego) pojęcia konstytucyjnego, ponieważ najzwyczajniej nie występuje ono w tekście Konstytucji RP. Najbliższe temu pojęciu wydaje się określenie „podmiot gospodarczy” z art. 203 ust. 3 Konstytucji RP. Powołanie się na zasadę równości niewiele zmienia, ponieważ jej aktualizacja – w ocenie TK – następuje w połączeniu z inną konstytucyjną wolnością bądź prawem, więc to tylko odsuwa konfrontację z pytaniem o szczegółowe uprawnienie konstytucyjne chroniące działalność gospodarczą. W uzasadnieniu wyroku z dnia 8 czerwca 1999 r. (SK 12/98) Trybunał stwierdził w miarę stanowczo: „Wydaje się też oczywiste, że pewne prawa, np. prawo własności, lub wolności, np. prowadzenia działalności gospodarczej, muszą – z istoty systemu gospodarczego – obejmować nie tylko osoby fizyczne, ale też podmioty gospodarcze niebędące osobami fizycznymi”⁴⁴. Cytowana teza nie dotyczyła sporu o publiczny bądź prywatny charakter osoby prawnej (SIPMA S.A.), ale wpływu osobowości prawnej na zdolność skargową. W uzasadnieniu faktycznym i prawnym nie analizowano natomiast akcjonariatu i kapitału zakładowego takiej osoby prawnej⁴⁵.

⁴³ C. Kosikowski, *Wolność działalności gospodarczej i jej ograniczenia w praktyce stosowania Konstytucji RP* [w:] C. Kosikowski (red.), *Zasada ustroju społecznego i gospodarczego w procesie stosowania konstytucji*, Warszawa 2005, s. 42.

⁴⁴ Zob. pkt III.1 uzasadnienia prawnego, opubl. w Internetowym Portalu Orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego.

⁴⁵ SIPMA S.A. została powołana do życia 1 grudnia 1989 jako polsko-włoska spółka *joint venture* *Socjeta Italo-Polacca Motori e Machini Agricole Lublin* zrzeszająca akcjonariuszy z obu krajów (w skardze podniesiono zresztą tą kwestię: „[...] zmiana stanu prawnego dotknęła spółki z udziałem kapitału obcego, wprowadzenie zaskarżonego przepisu oznacza zróżnicowanie prawne podmiotów i dyskryminację podmiotów z udziałem zagranicznym, w przypadku skarżącej – włoskim”, zob. pkt III.1 uzasadnienia prawnego wyroku TK w sprawie SK 12/98, opubl. w Internetowym Portalu Orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego). Przedsiębiorstwo utworzono na bazie części majątku przedsiębiorstwa państwowego „Agromet” Fabryka Maszyn Rolniczych w Lublinie.

Określenie gospodarki rynkowej jako „społecznej” pomaga umieścić przedsiębiorcę „publicznego” w innym kontekście niż wolność kojarzona z samorealizacją indywidualnych osób fizycznych lub ich zrzeszeń. W doktrynie dało to asumpt do aprobaty dla zwiększenia roli państwa jako podmiotu odpowiedzialnego za korektę wolnego rynku bez jednoczesnej eliminacji tego ostatniego: „Podstawową treścią polskiego unormowania konstytucyjnego jest stwierdzenie, że porządek gospodarczy musi się opierać na istnieniu wolnego rynku, a – dopiero na tle tego stwierdzenia – wskazanie, że ma być to rynek «uporządkowany», tak aby państwo mogło realizować swoją odpowiedzialność urzeczywistniania zasad sprawiedliwości społecznej, zwłaszcza bezpieczeństwa socjalnego obywateli”⁴⁶.

Istota zasad konstytucyjnych tkwi w optymalizacyjnym określeniu celów państwa, co siłą rzeczy pozostawia środki ich osiągnięcia przepisom (na ogół) rangi podkonstytucyjnej. Leszek Garlicki i Marek Zubik widzą w art. 20 Konstytucji RP stały nakaz pełnienia przez władze publiczne funkcji regulacyjnej, przy czym nie rozwijają, czy ma się ona wyczerpywać w ustanawianiu granic i treści stosunków horyzontalnych⁴⁷, czy w przejmowaniu określonych ról, których rynek nie jest w stanie na siebie przyjąć z racji na związane z tym ryzyko⁴⁸. W szczególności Konstytucja RP nie określa bynajmniej, że rolą państwa jest tworzenie w tym celu osób prawnych prowadzących działalność gospodarczą, ale praktyka ustrojowa przyjmuje to rozwiązanie za jedną z metod łagodzenia

⁴⁶ L. Garlicki, M. Zubik, teza nr 5 w komentarzu do art. 20 Konstytucji RP [w:] L. Garlicki, M. Zubik, *Konstytucja...*, t. I, s. 519.

⁴⁷ Autorzy przywołują ochronę działalności związkowej na mocy art. 59, obowiązek określenia dopuszczalnych form zatrudnienia w art. 65 ust. 3, nakaz zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy oraz ochrony prawa do urlopu w art. 66, obowiązek zwalczania chorób epidemicznych i zapobiegania negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska, *ibidem*, s. 519.

⁴⁸ Od strony negatywnej można charakteryzować obowiązki państwa następującymi (i trafnymi) skrajnościami: z jednej strony państwo nie może abdykować całkowicie na rzecz „czysto wolnorynkowej wersji porządku gospodarczego”, z drugiej zaś nie może zastąpić mechanizmów rynkowych własnymi decyzjami (*ibidem*, s. 520).

negatywnych skutków wolnego rynku, zaś Konstytucja RP zdaje się wspierać taką możliwość np. w formie wykonywania „zadań władzy publicznej” (art. 61 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP) lub wdrażania programów zwalczania bezrobocia (art. 65 ust. 5 Konstytucji RP). W nauce prawa handlowego wyróżniono dwie postacie uczestnictwa państwa w gospodarce: instytucjonalną (np. tworzenie przedsiębiorstwa państwowego, tworzenie i przystępowanie do spółek prawa handlowego) oraz kapitałową. Żadna z nich nie jest wykluczona na gruncie art. 20 Konstytucji RP, ale w ocenie doktryny uczestnictwo kapitałowe nie zawsze oznacza działalność gospodarczą: „[...] zgodnie z utrwalonym i słusznym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa samo inwestowanie w daną działalność, np. poprzez zakup akcji lub udziałów jakiejś spółki, nie stanowi samo przez się działalności gospodarczej inwestora finansowego. Poprzez takie inwestowanie inwestor ten nie staje się przedsiębiorcą. Tym samym Skarb Państwa, będąc jedynym współnikiem lub akcjonariuszem spółki kapitałowej, nie jest przedsiębiorcą. Przedsiębiorcą jest sama spółka kapitałowa z ograniczoną odpowiedzialnością lub akcyjna”⁴⁹.

Należy jednak podnieść, że w świetle przytaczanych poglądów TK takie działania nie zmieniałyby publicznego charakteru takiej spółki kapitałowej i nie oznaczałyby negacji ochrony konstytucyjnych wolności i praw jednostki.

Podmiot „państwowy” lub „publiczny” może więc prowadzić działalność gospodarczą, ale – na płaszczyźnie konstytucyjnej – trudno byłoby twierdzić, że korzysta z wolności działalności gospodarczej dla własnej samorealizacji lub osiągania zysku rozumianego jako cel sam w sobie. Trudność z określeniem roli takich przedsiębiorców może wynikać z błędu w przyporządkowaniu ich kryterialnych funkcji do poszczególnych elementów klauzuli ochrony wolności działalności gospodarczej. W nauce prawa wskazuje się – w ślad za orzecznictwem

⁴⁹ W. Katner, W. Matysiak, Udział bezpośredni państwa w gospodarce [w:] A. Kidyba (red.), *Skarb Państwa...*, <https://sip.lex.pl/monograph/369301832/254924> [dostęp 1.12.2019].

Trybunału Konstytucyjnego – że niewątpliwym podmiotem wolności działalności gospodarczej są „osoby fizyczne i inne podmioty, korzystające z praw i wolności przysługujących człowiekowi i obywatelowi”⁵⁰. Poręczenie ochrony tej wolności następuje przede wszystkim w celu określenia granic ingerencji państwa z powołaniem na konstytucyjnie uzasadniony interes publiczny. Ilekroć ustawodawca tworzy reżim prawny uprawniający podmioty publicznoprawne do prowadzenia działalności gospodarczej, należy traktować to jako „przyznanie”, „dozwolenie”⁵¹ na interwencję, korektę mechanizmu wolnorynkowego, a nie „uznanie” wolności działalności gospodarczej takich podmiotów. Odmienne podejście groziłoby zatarciem fundamentalnego podziału na sferę prywatną i publiczną leżącą u podstaw współczesnych konstytucji demokratycznych, przy czym nie zwalnia to z obowiązku wypracowania nowego, pośredniego spojrzenia na charakter własności i innych praw majątkowych osób prawnych o mieszanej strukturze udziałów (akcji), o których była mowa w punkcie I *in fine*. Jest to szczególnie istotne, ponieważ obecne kryteria oceny takich podmiotów sugerują, iż przejście od wolności działalności gospodarczej do działalności gospodarczej utożsamianej z interwencjonizmem państwa może również odbyć się relatywnie szybko, bez zmiany formy organizacyjnej działalności gospodarczej bądź zasadniczego wzrostu akcjonariatu Skarbu Państwa. W świetle przytaczanych poglądów wystarczy jedynie wykazać zaangażowanie Skarbu Państwa w kapitał zakładowy (bez roztrząsania jego rzeczywistych skutków), aby na płaszczyźnie konstytucyjnej nastąpiła utrata statusu „nosiciela wolności i praw”.

⁵⁰ Zob. K. Zaradkiewicz, pkt VIII.D.1 w komentarzu do art. 20 Konstytucji RP z powołaniem na wyroki TK: z dnia 8 lipca 2008 r., K 46/07 (OTK-A 2008, nr 6, poz. 104), z dnia 18 lipca 2012 r., K 14/12 (OTK-A 2012, nr 7, poz. 82); wyrok TK z dnia 7 maja 2001 r., K 19/00 (OTK 2001, nr 4, poz. 82); wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2004 r., K 33/03 (OTK-A 2004, nr 4, poz. 31); wyrok TK z dnia 11 października 2011 r., P 18/09 (OTK-A 2011, nr 8, poz. 81), [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016.

⁵¹ K. Zaradkiewicz [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP...*, pkt VIII.D.6.

Inspirującym przykładem jest historia firmy Polimex-Mostostal S.A., którą okrzyknięto pierwszą prywatną spółką w historii III RP uratowaną przed upadłością dzięki Agencji Rozwoju Przemysłu (która zakupiła akcje za 150 mln zł) oraz dokapitalizowaniu przez inne spółki Skarbu Państwa⁵². Przy obecnej strukturze akcjonariatu powoływanie się przez Polimex-Mostostal S.A. na konstytucyjne wolności lub prawa byłoby nieuchronnie wystawione na ciężką próbę.

Należy więc pamiętać, że prowadzenie działalności gospodarczej przez podmioty publiczne może być przede wszystkim rozpatrywane przez TK jako ograniczenie wolności działalności gospodarczej (a nie jej synonim)⁵³, jeśli zaczynają one konkurować z podmiotami prywatnymi i uzyskują możliwości (choćaby częściowego) pokrycia strat i zmniejszenia ryzyka gospodarczego. Obecność państwa w gospodarce poprzez formy typowe dla jego prywatnych uczestników zdaje się nie zmieniać publicznego charakteru spornych podmiotów, jeśli państwo jest siłą sprawczą, podczas gdy do fundamentów ustroju społeczno-gospodarczego zaliczono tylko własność prywatną. Państwo, angażując ludzi i środki w przedsięwzięcia gospodarcze, jest postrzegane jako interwenient wobec działania lub zaniechania innych uczestników obrotu gospodarczego. W szczególności widać to na przykładzie działalności gospodarczej, która nie jest nastawiona na zysk (zaliczany skądinąd do istoty wolności działalności gospodarczej), lecz zaspokojenie potrzeb nieopłacalnych

⁵² ENEA Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ENERGA Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, PGE Polska Grupa Energetyczna Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz PGNiG Technologie Spółka Akcyjna z siedzibą w Krośnie. Udział Skarbu Państwa w akcjonariacie tych spółek waha się od 51,5% do 70% udziałów. Zob. szerzej na temat akcjonariatu spółki: <https://www.polimex-mostostal.pl/page/historia-0> [dostęp 25.06.2019].

⁵³ Zob. pkt III.5 uzasadnienia prawnego wyroku TK z dnia 26 marca 2007 r., K 29/06 (IPOTK). Znamienne, że w odniesieniu do działalności podmiotów publicznych użyto ostrożnego sformułowania „uczestnictwo w obrocie gospodarczym”, które ogranicza wolność (utożsamianą m.in. ze swobodą konkurencji) w sposób niezgodny z zasadą proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) – może być również traktowane jako naruszenie zasady równego traktowania.

w świetle czystych zasad rynkowych⁵⁴. Jest to jednak typowa dla pozycji władczej interwencja rządzących w stosunku do rządzonych, gdzie forma ma drugorzędne znaczenie. W orzecznictwie TK określającym konsekwencje art. 20 Konstytucji RP podkreślono „jednoznaczną podstawę do odmiennego traktowania przez ustawodawcę działalności gospodarczej, która nie jest prowadzona z wykorzystaniem mienia prywatnego. Przepis ten daje podstawę do pewnego zróżnicowania sytuacji ustawowej sektora publicznego i sektora prywatnego w gospodarce. Istotne jest założenie, iż sektor publiczny nie może być traktowany w sposób uprzywilejowany w stosunku do podmiotów prywatnych, natomiast z uwagi na jego inne funkcje mogą być tu wprowadzane ograniczenia i regulacje, które z punktu widzenia konkurencyjności mogą być traktowane jako dodatkowe utrudnienie i obciążenie. Pamiętać jednak należy, że z punktu widzenia art. 20 Konstytucji podmioty publiczne działać mają nie tylko w ramach »czystych« zasad rynkowych (prawa popytu i podaży), ale wprowadzać powinny w gospodarce elementy społeczne, które stanowią uzupełnienie i podstawę do pewnych korekt zasad rynkowych”⁵⁵. Jak już jednak podniesiono w poprzedzającym punkcie, są to dość stanowcze wypowiedzi oparte na słabo rozwiniętym argumentie „własności prywatnej”, której specyfika w kontekście podmiotowości (zwłaszcza) spółek kapitałowych wciąż nie doczekała się pogłębionej analizy TK.

Widząc wyraźne wyodrębnienie „czystych zasad rynkowych” oraz „elementy społeczne” w cytowanej sprawie K 19/00, należy z uznaniem odnotować podobne obserwacje w nauce prawa handlowego. Pojawiają się one właśnie w ramach charakterystyki aktywności gospodarczej Skarbu Państwa w formie spółek kapitałowych. W efekcie należy zapytać:

⁵⁴ Zob. art. 1 ust. 2 i art. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 712, 2020).

⁵⁵ Zob. pkt IV.4 uzasadnienia prawnego wyroku TK z dnia 7 maja 2001 r., K 19/00 (OTK 2001, nr 4, poz. 82).

- 1) czy państwo może być obecne w gospodarce wyłącznie dla konkurowania i/lub osiągania zysku („społeczny” wymiar tego uczestnictwa byłby więc dyskusyjny)⁵⁶,
czy też
- 2) jego obecność jest zawsze wtórna wobec (mniej lub bardziej skonkretyzowanego⁵⁷) zadania publicznego zakorzenionego w „społecznej” cesze gospodarki rynkowej?

Dylematy ujęte w powyższych pytaniach zostały dostrzeżone przez F. Grzegorzcyka przy okazji poszukiwania desygnatu pojęcia „spółka Skarbu Państwa”. Autor uznał je za trudne do sprecyzowania ze względu na fakt, „że spółki z udziałem Skarbu Państwa są liczne i nie tworzą grupy wewnętrznie jednorodnej”⁵⁸. Autor zaproponował więc klucz podziału tych spółek za pomocą kryterium zadania publicznego powierzono im zgodnie z zasadą subsydiarności (pomocniczości), co wydaje się rozwiązaniem słusznym, aczkolwiek na poziomie konstytucyjnym wymagałoby wpierw rozważenia sytuacji jednostki w układzie „aparatu centralny – wspólnota (najbliższa człowiekowi) – człowiek”, podczas gdy

⁵⁶ Na gruncie prawa handlowego konkluzje nie odbiegają zasadniczo od tych czynionych na płaszczyźnie konstytucyjnej. F. Grzegorzcyk stwierdza, że „państwo nie powinno prowadzić działalności gospodarczej w sektorach gospodarki, w których możliwa jest działalność gospodarcza obywateli. W przeciwnym razie dochodziłoby do sytuacji, w której państwo (pośrednio, przy wykorzystaniu podmiotów prawa prywatnego – spółek) konkurowałoby z obywatelami. Wydaje się, że cele organizacji państwowej są inne aniżeli konkutowanie z własnymi obywatelami”, F. Grzegorzcyk, *Spółki z udziałem Skarbu Państwa – zagadnienie nadzoru w ujęciu systemowym* [w:] A. Kidyba (red.), *Skarb Państwa...*, <https://sip.lex.pl/#/monograph/369301832/23> [dostęp 1.12.2019].

⁵⁷ Ten wariant wymagałby teoretycznego rozwinięcia w oparciu o zasadę bezpośredniego stosowania konstytucji (art. 8 ust. 2 Konstytucji RP), aczkolwiek jego zasadniczą wadą jest niedookreśloność klauzul dotyczących ustroju społeczno-gospodarczego. Gdyby przyjąć, że art. 20 Konstytucji RP stanowi dla rządu samodzielną podstawę do aktualizacji zadań publicznych korygujących wolny rynek i zawiązywania w tym celu spółek prawa handlowego na zasadach k.s.h., to niechybnie stanęlibyśmy w obliczu zarzutu, iż jest to ograniczenie wolności działalności gospodarczej jednostki bez wyraźnej podstawy prawnej, ilekroć podmiot prywatny doznałby uszczerbku w konkurencji ze spółką z udziałem Skarbu Państwa (por. art. 31 ust. 3 zd. 1 *ab initio* Konstytucji RP).

⁵⁸ *Ibidem*.

z kontekstu można wnosić, iż autorowi mogło chodzić również o zasadę proporcjonalności⁵⁹ (identyfikowaną z mechanizmem oceny dopuszczalnego ograniczenia wolności działalności gospodarczej wskutek umieszczenia na tym samym rynku spółek z udziałem Skarbu Państwa). Autor proponuje więc – poprzez recepcję siatki pojęciowej ekonomii – podział spółek Skarbu Państwa według kryterium wykonywania przez nie zadań publicznych na spółki „misyjne” i „niemisyjne”⁶⁰, co jednak z miejsca wywołuje pytanie o konstytucyjne konsekwencje zakwalifikowania spółek z udziałem Skarbu Państwa do tej drugiej kategorii⁶¹. Trudno byłoby zaakceptować, że powstaje kategoria aktywności Skarbu Państwa (a *de facto* rządu; por. art. 146 ust. 4 pkt 4 Konstytucji RP) nieznana, chociażby

⁵⁹ Por. następującą uwagę L. Garlickiego i M. Zubika: „Nie ulega bowiem wątpliwości, że państwo współczesne nie może całkowicie wyeliminować swojej roli jako podmiotu uczestniczącego w życiu gospodarczym. Artykuł 20 nakazuje tylko zachowanie właściwych proporcji tego uczestnictwa i zakazuje przyznawania uprzywilejowanej pozycji dla własności publicznej”; L. Garlicki, M. Zubik, teza nr 9 w komentarzu do art. 20 Konstytucji RP [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja...*, t. I, s. 526.

⁶⁰ „Obecny stan faktyczny pozwala także na wyróżnienie grup kapitałowych, w których obok spółek «niemisyjnych» funkcjonują spółki «misyjne». Przykładowo w ramach grupy PKP funkcjonuje «niemisyjna» spółka PKP Cargo SA (której akcje zostały wprowadzone do obrotu publicznego) oraz spółka PKP Polskie Linie Kolejowe, zarządzająca infrastrukturą kolejową, co stanowi zadanie publiczne. W grupie Tauron funkcjonuje «misyjna» spółka Tauron Dystrybucja SA (zarządzająca jako operator systemu dystrybucyjnego sieciami elektroenergetycznymi dystrybucyjnymi na obszarze południowej Polski) i spółka Tauron Wytwarzanie SA, produkująca energię elektryczną, co stanowi działalność czysto komercyjną”. F. Grzegorzcyk, *Spółki z udziałem Skarbu Państwa – zagadnienie nadzoru w ujęciu systemowym*, [w:] A. Kidyba (red.), *Skarb Państwa a działalność gospodarcza*, Warszawa 2014, <https://sip.lex.pl/monograph/369301832/23> [dostęp 1.12.2019].

⁶¹ Autor charakteryzuje grupę tych podmiotów następująco: „Niestety, w praktyce liczna grupa spółek wykonuje działalność gospodarczą typową dla podmiotów prywatnych (tj. podmiotów, w których nie występuje jakiekolwiek zaangażowanie kapitałowe Skarbu Państwa). Jest to działalność prowadzona na rynku konkurencyjnym, ma na celu wzrost wartości spółki, a jedyny pierwiastek publiczny sprowadza się do zaangażowania kapitału Skarbu Państwa w funkcjonowanie danego podmiotu. W przypadku tych spółek powstaje oczywiście problem przestrzegania zasady subsydiarności. Jeśli jednak weźmie się pod uwagę skalę zjawiska i długotrwałość procesów prywatyzacyjnych, wątpliwe jest, by w dającej się przewidzieć rzeczywistości możliwe było dostosowanie stanu faktycznego do wymogów wynikających z Konstytucji RP”. F. Grzegorzcyk, *op. cit.*, <https://sip.lex.pl/monograph/369301832/23> [dostęp 1.12.2019].

w najmniejszych zrębach, instytucjom polskiego prawa konstytucyjnego i niepoddana jakiegokolwiek kontroli. Swoboda i zdolność do szybkiego działania są w gospodarce pożądane, ale połączenie z pierwiastkiem politycznym nakazuje ostrożniejsze traktowanie takich podmiotów, m.in. z obawy o trudne do przewidzenia konsekwencje dla całości systemu politycznego, a nie wyłącznie ustroju społeczno-gospodarczego. Taka groźba rysuje się w np. w przypadku potraktowania spółek kapitałowych jako rezerwuaru finansowania partii politycznych (poza ustawowym mechanizmem subwencji) albo tworzenia klientelistycznej bazy politycznej, co *de facto* uprzywilejowuje partie udzielające inwestytury parlamentarnej aktualnej Radzie Ministrów, bądź też wykorzystania ich majątku do pozamerytorycznego oddziaływania na personel pozostałych organów władzy publicznej⁶², dyskryminacji obywateli krytycznych wobec rządu lub nacisku na przeciwników politycznych.

Zwróćmy uwagę, że przy uwzględnieniu powyższej propozycji, mimo scharakteryzowania obu typów spółek mianem „spółek z udziałem Skarbu Państwa”, przejrzystość działania oraz stopień kontroli suwerena nad takimi spółkami zależy od kryterialnej cechy w postaci powierzenia zadania publicznego. Jeśli intencją ustrojodawcy było rzeczywiście stworzenie podstawy normatywnej do ustanawiania przez państwo podmiotów gospodarczych, którym nie powierzono żadnego zadania publicznego, to stoimy w obliczu podmiotów, które bez wątpienia są formą „kapitałowego” uczestnictwa państwa w gospodarce, ale przy istotnym rozluźnieniu mechanizmów odpowiedzialności i niejasnym celu takiej

⁶² Na ten problem zwrócił uwagę Specjalny Sprawozdawca Rady Praw Człowieka ONZ w sprawozdaniu z 5 kwietnia 2018 r. (*Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers on his mission to Poland*, A/HRC/38/38). Punkt III.A.19 wskazuje na wykorzystanie majątku pochodzącego od spółek z udziałem Skarbu Państwa do przeprowadzenia przez Polską Fundację Narodową kampanii pod hasłem „Sprawiedliwe sądy”. Wśród fundatorów znalazło się szeregi spółek prawa handlowego wymienionych w art. 13 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz. U. z 2018 r., poz. 1182).

aktywności⁶³. Stąd już tylko krok do tezy, że państwo działa nieracjonalnie. Być może dostrzeżony przeze mnie problem jest pozorny i wynika np. z:

- 1) braku precyzji i ogólności przyjętej siatki pojęciowej,
- 2) nieumiejętności dostrzeżenia norm o realizacji zadania publicznego w systemie źródeł prawa i błędnego wniosku o braku takowych,
- 3) apriorycznego odrzucenia tzw. „komercyjnej” sfery działalności spółek Skarbu Państwa jako aktywności nakładającej się na pojęcie zadania publicznego.

Z tych powodów w dalszej części wywodu należy przyrzeć się kwestii powierzenia osobom prawnym zadań publicznych. Należy przypomnieć, że polskie prawa konstytucyjne mierzy się już z problematyką powierzenia osobie prawnej (spółkom kapitałowym) „zadania władzy publicznej” lub „gospodarowania mieniem Skarbu Państwa” (zob. art. 61 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP⁶⁴). Pierwszej fundamentalnej interpretacji tych pojęć dokonał ustawodawca, uchwalając 6 września 2001 r. u.d.i.p. Nie zmienia to jednak faktu, że obowiązek uchwalenia ustawy (art. 61 ust. 4 Konstytucji RP) nastręczył ustawodawcy wyraźnych trudności, zaś ostateczny kształt przepisów (niezmienionych od 18 lat) powoduje, że spółki (z udziałem) Skarbu Państwa chętnie kontestują swoje związanie obowiązkiem informacyjnym. W ich argumentacji (prezentowanej w postępowaniach przed sądami cywilnymi i administracyjnymi) pojawiają się zasygnalizowane problemy (np. zarzut braku normy ustawowej powierzającej zadanie władzy publicznej lub autonomiczny charakter majątku spółki mimo niekwestionowanego, często jedynego akcjonariusza w postaci Skarbu Państwa).

⁶³ Wypadałoby również rozpatrzyć to działanie na gruncie art. 7 Konstytucji RP, ponieważ na pierwszy rzut oka taka działalność państwa podważa zasadniczą logikę systemu konstytucyjnego, wyraźnie wzmacniając rząd.

⁶⁴ Zgodnie z art. 61 ust. 1 Konstytucji RP „obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa”.

Stawką w sporze o ocenę znaczenia tych konstytucyjnych i ustawowych pojęć jest zakres informacji o zaangażowaniu majątkowym Skarbu Państwa. Jeśli judykatura uzna, że takiego elementu zadaniowego bądź gospodarowania mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa brak, to w oczywisty sposób zmniejsza to wiedzę społeczeństwa nad rolą państwa w gospodarce.

3. Problematyka wykonywania „zadań władzy publicznej” przez spółki Skarbu Państwa na przykładzie konstytucyjnego prawa do informacji

W doktrynie prawa konstytucyjnego – mimo pewnych wątpliwości co do umocowania prawa do informacji w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP – najczęściej stykamy się z poglądem, że art. 61 Konstytucji RP jest publicznym prawem podmiotowym o charakterze pozytywnym i politycznym⁶⁵. Uważam to za znaczne uproszczenie, które odsuwa na dalszy plan złożoność relacji zachodzących pomiędzy art. 54 a 61 Konstytucji RP⁶⁶, niemniej jednak ta zwięzła charakterystyka W. Sokolewicz została dostrzeżona w orzecznictwie NSA, który czyni z tego ogólną wskazówkę

⁶⁵ W. Sokolewicz stwierdził, że „prawo do informacji publicznej zostało ukształtowane, pomimo różnych niekonsekwencji semantycznych w brzmieniu odnoszących się do niego przepisów [...], jako prawo właśnie, a nie jako «wolność». [...] Konsekwencją takiego ujęcia prawa do informacji jest dopuszczalność ścisłej wykładni przepisów odnoszących się do jego realizacji, mniej restryktywnej wobec ograniczeń, niż gdybyśmy mieli do czynienia z obywatelską wolnością [podkreślenie własne – M.B.]”. W. Sokolewicz, teza nr 3 w komentarzu do art. 61 Konstytucji RP [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Warszawa 2005, s. 5. Podobne stanowisko zajął M. Chmaj, wychodząc, z założenia, że „przyznanie obywatelom «prawa» do uzyskiwania informacji” oznacza, że „ustawodawca jest uprawniony do dokładnego uregulowania [podkreślenie własne – M.B.] wszelkich przejawów korzystania z tego «prawa». Obywatele nie mogą przy tym wychodzić poza przyznane im możliwości działania”. M. Bidziński, M. Chmaj, P. Szustakiewicz, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2010, s. VIII.

⁶⁶ Szczegółowo na ten temat zob. M. Bernaczyk, „Dokument wewnętrzny” jako ograniczenie konstytucyjnego prawa do informacji do informacji. *Rozstrzyganie kolizji w teorii i praktyce prawa*, Warszawa 2017, s. 52-54.

do rozstrzygania szczegółowych problemów podmiotowego i przedmiotowego zakresu reżimu dostępu do informacji publicznej⁶⁷.

Konstytucyjną przesłanką nałożenia obowiązków informacyjnych na spółki kapitałowe z udziałem Skarbu Państwa jest zd. 2 art. 61 ust. 1 Konstytucji RP w części odnoszącej się do „innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa”. Spółki akcyjne są osobami prawnymi, jednakże z konstytucyjnego punktu widzenia warunkiem *sine qua non* związania ich art. 61 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP jest kumulatywne wystąpienie dwóch cech: wykonywania przez nich zadań władzy publicznej (tzw. cecha „władcza”) oraz gospodarowania mieniem (komunalnym lub Skarbu Państwa) (tzw. cecha „majątkowa”). Pojęciu „zadanie władzy publicznej” przyjrzymy się jeszcze w dalszej części rozważań. W tym miejscu można jednak uczynić uwagę, że na gruncie art. 61 ust. 1 Konstytucji RP brakuje wypowiedzi TK dotyczącej wykładni „gospodarowania”. W nauce prawa administracyjnego wyrażono pogląd, że „gospodarowanie mieniem publicznym polega niewątpliwie na podejmowaniu czynności faktycznych i prawnych, mających na celu wykorzystanie tego mienia w sposób zgodny z przeznaczeniem”, a „w skomplikowanym procesie gospodarowania mieniem publicznym organy Skarbu Państwa i organy poszczególnych wspólnot samorządowych podejmują, na podstawie przyznanых im prawem kompetencji, działania o charakterze cywilnoprawnym, jak i administracyjnoprawnym”⁶⁸. Mamy więc do czynienia z szerokim zakresem działań, które obejmują zarówno czynności faktyczne, jak i prawne (cywilnoprawne, administracyjnoprawne), podczas gdy w ustawodawstwie pod

⁶⁷ Zob. uzasadnienie wyroku NSA z dnia 12 kwietnia 2016 r. (I OSK 1599/15), opubl. w CBOSA.

⁶⁸ Zob. M. Guziński, *Wybrane zagadnienia zarządu mieniem publicznym*, [w:] A. Borkowski, A. Chelmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2000, s. 227.

pojęciem „gospodarowania” zwykle w obrębie gospodarowania pojawia się opis czynności o charakterze cywilnoprawnym.

Podział na elementy zadaniowe i majątkowe koresponduje w jakimś stopniu ze spostrzeżeniami autorów wyodrębniających spółki akcyjne, które posiadają umocowanie do władczego kształtowania sytuacji prawnej jednostki (*imperium*) i/lub gospodarowania mieniem (*dominium*)⁶⁹. Pamiętajmy jednak, że przy szerokości pojęcia „zadanie władzy publicznej” nie jest wcale wykluczone powierzanie spółkom prawa handlowego zadania polegającego na gospodarowaniu rozumianym jako jak najefektywniejsze, sprawne utrzymywanie składników wchodzących w skład mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Rodzi się pytanie, czy konstytucyjne prawo do informacji uzasadnione jest odrębnymi, samoistnymi czynnikami, a więc przede wszystkim władczym wpływem na sytuację jednostki (na wzór organów władzy publicznej z art. 61 ust. 1 zd. 1 Konstytucji RP), czy też potrzebą kontroli społecznej dla szeroko rozumianego mienia, majątku (co przywoływane wcześniej poglądy nauki prawa handlowego zdają się określać mianem „inwestycyjnego” udziału w gospodarce lub „spółek nie-misyjnych”)? Poza Republiką

⁶⁹ Por. uwagi W. Katnera i P. Matysiaka dotyczące zniesionej już Agencji Rynku Rolnego – W. Katner, P. Matysiak, *Warunki prawne uczestnictwa państwa w gospodarce III Rzeczypospolitej* [w:] A. Kidyba, *Skarb Państwa a działalność gospodarcza*, Warszawa 2014, <https://sip.lex.pl/#/monograph/369301832/254925> [dostęp 1.12.2019]. Obecnie zadania zniesionej agencji realizuje Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa (dalej jako: KOWR), który powstał 1 września 2017 roku na mocy ustawy z dnia 10 lutego 2017 r. o Krajowym Ośrodku Wsparcia Rolnictwa (Dz. U. z 2017 r., poz. 623). Z chwilą powołania KOWR przestały istnieć dwie agencje rolne (Agencja Rynku Rolnego i Agencja Nieruchomości Rolnych), których zadania przejął w znacznej części KOWR. W kontekście poruszanych wątków interesujące rozwiązanie przewidziano w art. 17 ustawy o KOWR: „Art. 17. Krajowy Ośrodek, za zgodą ministra właściwego do spraw rozwoju wsi, może tworzyć lub przystępować do spółki prawa handlowego oraz posiadać, obejmować lub nabywać akcje lub udziały w spółkach”. Ustawa nie precyzuje jednak, jaki jest cel takiej aktywności, o ile nie założymy, że wynika on z ogólnych celów KOWR określonych w art. 9 ustawy o KOWR. Dodajmy, że ten ostatni przepis statuuje odrębne, samoistne zadanie KOWR, jakim jest „wykonywanie praw z udziałów i akcji” (zob. art. 9 ust. 1 pkt 9 ustawy o KOWR).

Południowej Afryki⁷⁰ współcześnie nie odnotowujemy horyzontalnego konstytucyjnego prawo do informacji do działalności podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców), chyba że w sposób nie budzący wątpliwości stanowią oni emanację kompetencji, działań władzy publicznej. Z drugiej strony optowanie za kumulatywnym występowaniem tych cech jest nieco niebezpieczne dla przyszłości polskiej gospodarki (wolnorynkowej) i systemu politycznego w Polsce. Jeśli zakładamy, że wpływ czynnika politycznego na obsadę i działalność takich podmiotów jest nieunikniony, to prawo do informacji ma w swym idealistycznym założeniu dawać przede wszystkim wiedzę o skali tego wpływu. Może to zapobiec kamuflowaniu mechanizmów patologicznego wpływu nie tylko na działalność jednostek sektora finansów publicznych, ale i na gospodarkę. Również aktywność państwa w gospodarce może prowadzić do podziałów społecznych, np. poprzez tworzenie bazy klientów politycznych, stopniowe rugowanie z przestrzeni publicznej osób o odmiennych poglądach bądź niewygodnych dla politycznej większości (np. skutek odmowy świadczenia usług określonym podmiotom; poprzez sponsorowanie działalności uwikłanej politycznie, finansowanie marketingu politycznego itp.).

Niniejsze wtrącenie byłoby niepotrzebne, gdyby nie problem z oceną użycia w Konstytucji RP funktora logicznego „i” (spinającego zadania władzy publicznej oraz gospodarowanie publicznym majątkiem). Na przykład dla W. Sokolewicz nie miało to charakteru rozstrzygającego ponieważ w jego ocenie „w interpretacji konstytucji nie powinno się przyznawać pierwszeństwa wykładni gramatycznej”⁷¹. W konkluzji

⁷⁰ Artykuł 32 Konstytucji Republiki Południowej Afryki z dnia 8 maja 1996 r. zawiera prawo do informacji o charakterze wertykalnym i horyzontalnym. Przepis – obok tradycyjnego prawa do informacji o działalności państwa – przyznaje każdemu „prawo do dostępu do [...] każdej informacji posiadanej przez inną osobę, koniecznej do korzystania z praw lub do ich ochrony”; zob. *Konstytucja Republiki Południowej Afryki*, tłum. A. Wojtyczek-Bonnard, K. Wojtyczek, Warszawa 2006.

⁷¹ W. Sokolewicz, teza nr 6 w komentarzu do art. 61 Konstytucji RP [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 32.

proponował on możliwość samoistnego występowania cechy „władczej” bądź „majątkowej”⁷².

Z powołanym poglądem trudno się jednak zgodzić bez uprzedniego zaznajomienia się z argumentami przemawiającymi za odejściem od wykładni językowej. Konstytucja RP – będąca wszakże aktem prawnym – podlega przede wszystkim wykładni językowej⁷³. W szczególności to sam Trybunał podkreślał, że „w państwie prawnym interpretator musi zawsze w pierwszym rzędzie brać pod uwagę językowe znaczenie tekstu prawnego. Jeżeli językowe znaczenie tekstu jest jasne, wówczas – zgodnie z zasadą *clara non sunt interpretanda* – nie ma potrzeby sięgania po inne, pozajęzykowe metody wykładni”⁷⁴. W takiej sytuacji odwołanie się do innych metod wykładni może jedynie wzmocnić wcześniejsze ustalenia dokonane metodą wykładni językowej (gramatycznej)⁷⁵. Oczywiście nie jest to dyrektywa o charakterze bezwzględnym, ponieważ w ocenie TK „nie oznacza to [nie-dopuszczalność przyjęcia swoistych wyników wykładni funkcjonalnej, jeżeli wykładnia językowa prowadzi do jednoznaczności tekstu prawnego – przyp. M.B.] jednakże, że granica wykładni, jaką stanowić może językowe znaczenie tekstu, jest granicą bezwzględną. Oznacza to jedynie, że do przekroczenia tej granicy niezbędne jest silne uzasadnienie aksjologiczne, odwołujące się przede wszystkim do wartości konstytucyjnych”⁷⁶.

W Polsce istotne znaczenie przypisuje się kanonom budowy tekstu aktu prawnego, a te nie mogą milczeć na temat konsekwencji użycia

⁷² *Ibidem*, s. 32.

⁷³ Taką preferencję wyraził TK w odniesieniu do prawa do informacji w pkt III.4 uzasadnienia wyroku z dnia 16 września 2002 r. (K 38/01, OTK-A 2002, Nr 5, poz. 59), aczkolwiek sprawa dotyczyła rzeczownika „tryb” z art. 61 ust. 4 Konstytucji RP.

⁷⁴ Zob. pkt IV.2 uzasadnienia wyroku w sprawie K 25/99.

⁷⁵ Analogiczny pogląd TK wyraził w pkt III.1.4. uzasadnienia wyroku z dnia 24 listopada 2003 r. (K 26/03, OTK-A 2003, Nr 9, poz. 95).

⁷⁶ Zob. pkt IV.2 uzasadnienia wyroku TK z dnia 28 czerwca 2000 r. w sprawie K 25/99, z powołaniem na K. Pleszka, *Językowe znaczenie tekstu prawnego jako granica wykładni*, [w:] M. Zirk-Sadowski (red.), *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, Łódź 1997, s. 69–77, opubl. w IPOTK.

spójnika „i” w polskim prawoznawstwie i dwóch odmiennych reguł jego stosowania.

Z pierwszą regułą mamy do czynienia w przypadkach wyliczania lub wskazywaniem stanów, rzeczy lub podmiotów o ustalonych cechach, niepozostawiających wątpliwości, że chodzi o różne byty. Taka sytuacja następuje m.in. w początkowej części zd. 2 art. 61 ust. 1 Konstytucji RP, gdzie nie mamy żadnych wątpliwości, iż samorząd zawodowy i samorząd gospodarczy to dwa odrębne podmioty (por. treść art. 17 Konstytucji RP, nieprzypadkowo złożonego z dwóch odrębnych ustępów). Tymczasem w tekście art. 61 Konstytucji występuje zwięzła formuła „samorząd zawodowy i gospodarczy”. Nie jest jednak możliwe jednoczesne istnienie tych samorządów jako jedności, więc spójnik „i” stojący pomiędzy nimi wskazuje na fakt objęcia daną regulacją zarówno podmiotu wymienionego wcześniej, jak i później. Jest to tak zwane użycie spójnika „i” w wariantcie enumeratywnym, łagodnym, co na ogół wynika z chęci utrzymania zwięzłości tekstu prawnego. Są to przypadki częste, ale zwykle dotyczą przepisów, w których określenie przedmiotu regulacji występuje przed lub po wymienieniu podmiotów wskazanych jako podlegające danej normie⁷⁷.

⁷⁷ S. Wronkowska i M. Zieliński następująco wyjaśniają sposób użycia spójnika: „Zarówno spójnik «i», jak i jego odpowiedniki znaczeniowe mogą występować nie tylko w znaczeniu koniunkcyjnym, ale i enumeratywnym, tzn. pozwalającym stwierdzić, że z dwóch podmiotów: A i B oba z osobna brane mają cechę C albo częściej: «A odnosi się do (przysługuje, jest związane z) B i C», tj. cecha A przysługuje z osobna podmiotowi (przymiotowi) B i z osobna podmiotowi (przymiotowi) C. Przy tym w grę mogą tu wchodzić dwie odmiany: radykalna – która nie dopuszcza, by B i C były tym samym podmiotem (przedmiotem), i łagodna – w której tego zastrzeżenia się nie podnosi. W pierwszym przypadku, jeśli przyjąć, że jest tu znaczenie enumeracyjne, zwrot «zwolnione od opłaty skarbowej są sprawy alimentacyjne i opieki» znaczyłby tyle, iż zwolnione są z opłat tylko takie przypadki, które dotyczą albo tylko alimentacji, albo tylko opieki, natomiast nie byłyby zwalniane przypadki dotyczące zarazem jednej i drugiej sprawy. Byłoby to w takiej sytuacji oczywiście paradoksalne. Tego paradoksu unika rozumienie enumeracyjne «łagodne», i z tego choćby powodu można generalnie przyjąć, że w tekstach prawnych, w których występują zwroty enumeracyjnie użyte, występują one w wersji «łagodnej»”; zob. S. Wronkowska, M. Zieliński, *Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych*, Warszawa 1993, s. 150.

Druga reguła operowania spójnikiem „i” dotyczy określania tego, co podlega regulacji. Chodzi o wskazanie przedmiotu regulacji poprzez opisanie istotnych cech (znamion) regulowanego czynu lub stanu. Jeśli ów stan jest na tyle skomplikowany, że wymaga wskazania kilku charakteryzujących go elementów, to użycie przy tej okazji spójnika „i” jest zazwyczaj sposobem oddania konieczności łącznego ich wystąpienia. Tak samo postępuje się, chcąc jednoznacznie pokazać, że konieczne jest wystąpienie jedynie dwu przesłanek stanowiących razem (tylko przy ich jednoczesnym wystąpieniu) podstawę do uznania, iż będziemy mieć do czynienia ze stanem, z którym wiążemy określone skutki. „W klasycznym, «logicznym» użyciu zwrotów koniunkcyjnych nie ma żadnej doniosłości kolejność zdarzeń przedstawionych w dwóch – połączonych koniunkcyjnie – zdaniach, byleby oba te zdarzenia faktycznie zostały zrealizowane. Natomiast w języku powszechnym, a także języku tekstów prawnych, kolejność ta ma często pierwszorzędną wagę i wiąże się z koniecznością zrealizowania zdarzenia przedstawionego w pierwszym ze zdań przed realizacją zdarzenia przedstawionego w drugim z nich”⁷⁸.

Argumentów językowych za łącznym wymaganiem obu cech (władzej i majątkowej) od podmiotów zobowiązanych dostarcza również przebieg prac na projektowaniu obowiązującej Konstytucji RP. Materiał empiryczny (zapis stenograficzny) rejestrujący prace w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego jest na tyle obszerny, iż trudno lekceważyć jego znaczenie dla rekonstruowania woli ustawodawcy konstytucyjnego. Sięgając po tenże materiał, Mariusz Jabłoński przypomina⁷⁹, że pierwotne brzmienie obecnego artykułu 61 Konstytucji RP wynika z projektu wariantowego art. 14a ust. 1 o treści: „Obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie

⁷⁸ *Ibidem*, s. 149.

⁷⁹ M. Jabłoński, *Udostępnienie informacji publicznej w formie wglądu do dokumentu*, Wrocław 2013, s. 23.

informacji o działalności organów samorządu gospodarczego, zawodowego lub innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy lub administracji publicznej, gospodarują mieniem komunalnym lub mieniem Skarbu Państwa”⁸⁰. Cytowana propozycja znalazła się w treści art. 45 projektu jednolitego Konstytucji RP. W sierpniu 1996 r., po zmianie numeracji z art. 45 na art. 52, podczas prac podkomisji redakcyjnej zaproponowano bardzo istotną zmianę językową: w końcowej części zd. 2 zastąpiono przecinek spójnikiem „i”, co doprowadziło do obecnej, „koniunkcyjnej” budowy elementów „władczego” i „zadaniowego”.

Nie można więc mówić o przypadkowym działaniu członków Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego, o postępowaniu w sposób pozbawiony głębszej refleksji nad praktycznymi konsekwencjami przeredagowania tego przepisu. W piśmiennictwie prawniczym dostrzeżono, że wprowadzenie spójnika odczytano w Komisji jako „diametralną” zmianę znaczenia przepisu⁸¹. Konsekwencje tej propozycji zauważył przedstawiciel Prezydenta RP Ryszard Mojak, który podkreślił, że w odróżnieniu od poprzedniego rozwiązania mamy do czynienia z koniunkcją, a nie alternatywą, co nie pozostaje bez wpływu na zidentyfikowanie podmiotu zobowiązanego. Zapis tej dyskusji znajduje się w *Biuletynie Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego* nr XXXXVII z 1995 r. na stronach 125–126. Nie była to luźna uwaga, której nie poddano analizie semantycznej: o pozostawienie redakcji przepisu opartej na kumulatywnym traktowaniu cechy władczej i majątkowej jako dwóch odrębnych cech przesądziła uwaga eksperta Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego Jerzego Bralczyka, który wyjaśnił, że „w grę wchodzi dwie grupy zjawisk. Pierwsza to wykonywania zadań władzy publicznej, druga to gospodarowanie. Nie można między nimi postawić przecinka, bo

⁸⁰ Posiedzenie z 8 grudnia 1994 r., *Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego*, nr XI z 1995 r., Warszawa 1995, s. 57 i n.

⁸¹ M. Jabłoński, *op. cit.*, s. 23.

są to dwie kwestie. Dopiero po wyrazie «gospodarują» następuje wyliczenie, czym gospodarują⁸².

Podsumowując dotychczasowy wywód należy bez cienia wątpliwości stwierdzić, że na płaszczyźnie językowej ustrojodawca objął osoby prawne (spółki kapitałowe) obowiązkiem udostępnienia informacji o swej działalności w zakresie, w jakim wykonują łącznie zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem (komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa).

Zważywszy na fakt, że przepisy u.d.i.p. stanowią konkretyzację art. 61 Konstytucji RP (skądinąd wyraźnie nakazaną treścią art. 61 ust. 4), wykładnia przepisów u.d.i.p. powinna w maksymalnym stopniu uwzględniać treść wzorca, chociaż tutaj zarysowało się wyraźne odstępstwo. Należy więc jasno stwierdzić, że stawką w sporze o autorytatywną wykładnię wzorca konstytucyjnego jest poziom wiedzy o wpływie państwa na gospodarkę (z groźbą jej ukrytej oligarchizacji włącznie).

Wybór określonego wariantu interpretacyjnego może zasadniczo wpłynąć na rozumienie przepisów ustawowych za sprawą „metadyrektywy” nakazującej stosować przepisy art. 61 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP bezpośrednio (zob. art. 8 ust. 2 Konstytucji RP), a w okolicznościach konkretnej sprawy – nadawać spornym przepisom u.d.i.p. znaczenie mieszczące się w zakresie wzorca konstytucyjnego. Wykładnia pojęć w zgodzie z konstytucją jest częścią procesu zwanego bezpośrednim stosowaniem konstytucji. W literaturze istnieje konsensus, że pojęcie stosowania konstytucji bazuje na pojęciu stosowania prawa rozumianego jako ustalenie przez organy państwa (w tym sądy) konsekwencji prawnych określonych faktów, przybierające postać aktu indywidualnego i konkretnego⁸³. Odmienność pojęcia „stosowanie Konstytucji RP” od

⁸² Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego nr XXXXVII z 1995 r., s. 126.

⁸³ K. Działocha, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP (stan doktryny prawa)* [w:] K. Działocha (red.), *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2005, s. 16 z powołaniem na: A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992, s. 250.

pojęcia „stosowania prawa” (w tym norm u.d.i.p.) wyraża się we wzbo-
gaceniu o konstytucyjny wymóg „bezpośredniości” (wynikający ze
wspomnianej zasady – norma z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP). Kazimierz
Działocha zwraca uwagę, że w doktrynie bezpośredniość bywa niekiedy
zastępowana słowem „samoistność” („samoistne stosowanie konstytucji”),
jednak uważa tę nazwę za nieuprawnioną, gdyż „zawęża [...] pojęcie
bezpośredniego stosowania do jednego z jego znaczeń i nie oddaje w peł-
ni jego konstytucyjnej formuły”⁸⁴. Wspomniane „jedno znaczenie” obej-
muje sytuacje, w których interpretator konstytucji dokonuje subsumpcji
tylko i wyłącznie normy konstytucyjnej. Ten rodzaj bezpośredniego
stosowania konstytucji nazywa się w doktrynie „bezpośrednim stoso-
waniem w znaczeniu wąskim” lub „bezpośrednim samoistnym stosowa-
niem w wariancie samoistnym (samoistnym bezpośrednim stosowaniem
konstytucji)”. Subsumpcja takiej normy w wariancie „bezpośrednim”
jest możliwa, ponieważ norma konstytucji spełnia warunek konkretności
i jednoznaczności. Taka norma jest traktowana jako „samowykonalna”
(ang. *self-executable norm*) i niekoniecznie potrzebuje treściowego pre-
cyzowania na poziomie ustawowym. W historii polskiego prawa do in-
formacji o działalności państwa odnotowujemy przypadki bezpośred-
niego stosowania art. 61 Konstytucji RP w takim wąskim znaczeniu⁸⁵.

Kazimierz Działocha wyraził pogląd, że owa samowykonalność
norm nie jest synonimem bezpośredniości stosowania. Pamiętajmy też,
że całościowe spojrzenie na tekst art. 8 i art. 91 ust. 1 Konstytucji RP
wzmocnia taką konkluzję: są to dwa różne pojęcia (por. art. 91 ust. 1
Konstytucji RP dotyczący samowykonalności ratyfikowanych umów
międzynarodowych). Można więc mówić o denotacji pojęć języka

⁸⁴ K. Działocha, *op. cit.*, s. 19.

⁸⁵ Zob. wyrok NSA (do 2003.12.31) w Warszawie z dnia 12 października 1999 r., II SA 220/99, stwierdzający niezgodność uchwały rady gminy zakazującej nagrywania obrad na kasecie wideo z art. 61 ust. 2 Konstytucji RP, opubl. w CBOSA. Oznacza to, że w okolicz-
nościach sprawy NSA uznał przepisy art. 61 za wystarczająco precyzyjne (i jedyne) kryterium
legalności do utrzymania w mocy sankcji nadzorczych.

prawnego (prawniczego) w układzie nadrzędności. Ujmując prościej: każde zastosowanie normy konstytucyjnej o cechach jednoznaczności i konkretności będzie bezpośrednim stosowaniem konstytucji, lecz nie każde bezpośrednie stosowanie konstytucji wyczerpuje się na normie konstytucyjnej o cechach jednoznaczności i konkretności. Ten ograniczony wywód nie aspiruje to roli studium bezpośredniego stosowania konstytucji, lecz ma stanowczo podkreślić, że bezpośrednie stosowania konstytucji jest i powinno być rozumiane szeroko. Obejmuje swym znaczeniem również bezpośrednie stosowanie konstytucji w wariancie nie-samoistnym, zwane także współstosowaniem.

W doktrynie przyjęto, że „współstosowanie konstytucji i ustaw stanowi słabszą wersję bezpośredniego stosowania ustawy zasadniczej, ale jest też najszerszą formą jej stosowania. Ma ono miejsce wtedy, gdy dana materia jest jednocześnie uregulowana w części w konstytucji, a w części w ustawie. Polega na ustaleniu właściwego sensu normy ustawy za pomocą normy konstytucji, z przyznaniem pierwszeństwa tej drugiej [podkreślenie własne – M.B.]”⁸⁶. Zdecydowałem się na uwypuklenie tego wątku, ponieważ analiza praktyki stosowania art. 61 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP i u.d.i.p. do roku 2005 r. pokazywała coś odmiennego: wykładnia wzorca konstytucyjnego była pomijana kosztem bezkrytycznego podejścia do pojęć i budowy tekstu prawnego zawartych w pkt 5 art. 4 ust. 1 u.d.i.p.

Zgodnie z treścią art. 4 ust. 1 u.d.i.p. „Obowiązane do udostępniania informacji publicznej są władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne, w szczególności:

- 1) organy władzy publicznej;
- 2) organy samorządów gospodarczych i zawodowych;

⁸⁶ K. Działocha, *op. cit.*, s. 19. Ta metoda jest również dogmatem w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Dokonując oceny wątpliwych pojęć, TK stosuje najpierw technikę wykładni w zgodzie z konstytucją (zob. wyrok z dnia 5 stycznia 1999 r., K 27/98; wyrok z dnia 9 lutego 1999 r., U 4/98; wyrok z dnia 28 kwietnia 1999 r., K 3/99; wyrok z dnia 11 maja 1999 r., K 13/98; wyrok z dnia 15 września 1999 r., K 11/99, dostępne w Internetowym Portalu Orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, <http://ipo.trybunal.gov.pl/>).

- 3) podmioty reprezentujące zgodnie z odrębnymi przepisami Skarb Państwa;
- 4) podmioty reprezentujące państwowe osoby prawne albo osoby prawne samorządu terytorialnego oraz podmioty reprezentujące inne państwowe jednostki organizacyjne albo jednostki organizacyjne samorządu terytorialnego;
- 5) podmioty reprezentujące inne osoby lub jednostki organizacyjne, które wykonują zadania publiczne lub dysponują majątkiem publicznym, oraz osoby prawne, w których Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub samorządu gospodarczego albo zawodowego mają pozycję dominującą w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów⁸⁷.

Obejmowanie spółek kapitałowych z udziałem Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego obowiązkiem udzielania informacji publicznej opiera się na pkt 5 ust. 1 cytowanego wyżej art. 4 u.d.i.p., jednakże należy stanowczo podkreślić, że ustawodawca nie nałożył obowiązku udzielania informacji publicznej tylko i wyłącznie na tej podstawie, że Skarb Państwa posiada w danej spółce udział kapitałowy (występujący w postaci akcji). Sytuację wyklarowała dopiero uchwała 7 sędziów NSA z dnia 11 kwietnia 2005 r. (I OPS 1/05), która zdaje się narzucać opisany przeze mnie model współstosowania Konstytucji RP i u.d.i.p. Naczelny Sąd Administracyjny w uzasadnieniu uchwały I OPS 1/05 stwierdził, że „przepis art. 4 ustawy [o dostępie do informacji publicznej – M.B.] powinien być interpretowany w kontekście art. 61 ust. 1 Konstytucji RP, który wskazuje, działalność jakich podmiotów stanowi przedmiot informacji.

⁸⁷ Posiadanie pozycji dominującej przez przedsiębiorcę – rozumianej zgodnie z definicją legalną z art. 4 pkt 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 369, dalej jako: u.o.k.k.) – umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Zgodnie z treścią art. 4 pkt 10 zd. 2 u.o.k.k. domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.

[...] Przykładowe wyliczenie podmiotów zobowiązanych w art. 4 ust. 1 w pkt od 1 do 5 jest poprzedzone ogólnym wyrażeniem, że są to «władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne». Oznacza to, że przy dokonywaniu oceny, czy dany podmiot jest zobowiązany do udostępniania informacji publicznej, konieczne jest w każdym wypadku ustalenie, czy podmiot ten mieści się w tym ogólnym określeniu «władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne» [podkreślenie własne – M.B.]⁸⁸.

Odmienny rezultat wykładni sądowo-administracyjnej był możliwy do czasu wspomnianej uchwały NSA tylko z tego powodu, że w trakcie wykładni bezzasadnie sugerowano się wyłącznie brzmieniem przepisu pkt 5 art. 4 ust. 1 u.d.i.p. Taki zabieg powodował, że na poziomie ustawowym:

- 1) nie uwzględniano tzw. „preambuły” przepisu art. 4 ust. 1 w brzmieniu „obowiązane do udostępniania informacji publicznej są władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne”; oznaczało to w istocie łamanie zakazu wykładni *per non est* (nie można wyklądać prawa tak, aby pewne jego fragmenty okazały się normatywnie nieistotne), skądinąd stanowczo przestrzegane go w orzecznictwie NSA⁸⁹,
a także

⁸⁸ Przypomnę, że cytowana uchwała zapadła na tle stanu faktycznego, w którym orzecznictwo sądowo-administracyjne uznawało spółdzielnie mieszkaniowe (osoby prawne prawa prywatnego) za podmioty zobowiązane do udostępniania informacji publicznych. Taką radykalną konkluzję stawiano na podstawie użytkowania wieczystego gruntu pod spółdzielczymi lokalami, uznawanego przez wojewódzkie sądy administracyjne za postać dysponowania majątkiem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Stoję na stanowisku, że drogą wykładni *contra legem* źródła prawa publicznego usiłowano likwidować deficyty polskiego prawa spółdzielczego (prywatnego), pozbawionego wówczas horyzontalnego prawa do informacji dla członka spółdzielni mieszkaniowej. Korektę tego stanu rzeczy rozpoczęto w 2005 r. w drodze interwencji ustawodawczej, tworząc prawo dostępu do informacji o działalności spółdzielni w relacji członek spółdzielni–spółdzielnia.

⁸⁹ Zob. wyrok NSA z dnia 22 września 2010 r. (II FSK 836/09), opubl. w CBOSA.

- 2) wyciągano zbyt daleko idące wnioski z umieszczenia w początkowej części pkt 5 funktora „lub” pomiędzy cechą majątkową i zadaniową („wykonują zadania publiczne lub dysponują majątkiem publicznym”) w sposób pomijający nakaz wykładni wątpliwych pojęć w zgodzie z Konstytucją RP.

Skoro art. 4 ust. 1 u.d.i.p. wskazuje jedynie przykładowo podmioty mieszczące się w pojęciu władz publicznych oraz innych podmiotów wykonujących zadania publiczne, a na to wskazuje zwrot „w szczególności”, to trudno uzasadnić włączenie do podmiotów zobowiązanych do udostępniania informacji publicznej wszystkich tych, którzy jedynie „dysponują majątkiem publicznym”. Na pierwszy rzut oka można więc odnieść mylne wrażenie, że stanowisko ustawodawcy jest odmienne, skoro użył słowa „lub”, a więc spójnika wskazującego na alternatywne traktowanie wymienianych cech. Artykuł 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. rozpoczyna się od słów „podmioty reprezentujące inne osoby lub jednostki organizacyjne, które wykonują zadania publiczne”⁹⁰, a dopiero w enumeracji pojawia się kontrowersyjny spójnik „lub”. Jest to typowy zabieg prowadzący do wskazania jakiejś odmiennej cechy charakteryzującej czyn lub podmiot objęty daną regulacją, ale skutki jego niefortunnego użycia nie rugują obowiązku prowadzenia wykładni w kierunku uwzględnienia „cechy zadaniowej” zawartej w preambule art. 4 ust. 1 u.d.i.p. Odmienny kierunek wykładni należy porzucić, ponieważ prowadzi on do absurdalnych konsekwencji (*argumentum ad absurdum*)⁹¹. Moja teza jest

⁹⁰ Prowokuje to do postawienia pytania o celowość wpisania do pkt 5 art. 4 ust. 1 u.d.i.p. tej cechy działalności. Jeśli odsuniemy na bok argumenty pozamerytoryczne o niskiej jakości legislacji i braku refleksji na etapie procesu tworzenia ustawy, to pozostaje tylko jedno wyjaśnienie: ustawodawca dokonał pozornego powtórzenia, ponieważ uważa je za nieobjęte zakresem już wskazanym. Użyte w cytacie „lub” wskazuje, że głównym powodem konieczności udostępnienia informacji publicznej ma być wykonywanie zadań publicznych, a zobligowanymi do tego są „podmioty reprezentujące”, zarówno „inne osoby”, jak i „jednostki organizacyjne” – alternatywnie traktuje się więc w tym wypadku formę organizacyjną reprezentowanych.

⁹¹ Np. właściciel nieruchomości w ramach swojego obowiązku uprzątnięcia błota, śniegu, lodu i innych zanieczyszczeń z chodników położonych wzdłuż nieruchomości (za

więc zasadna, o ile przyjmie się zarazem stanowisko, że z samego dysponowania majątkiem publicznym nie wynika wykonywanie zadań publicznych, a do tego poglądu wyraźnie się skłaniam. W tym ostatnim poglądzie utwierdza mnie stanowisko NSA wyrażone w wyroku z dnia 9 sierpnia 2011 r. (I OSK 877/11), zapadłym wskutek skargi kasacyjnej od wyroku WSA w Bydgoszczy z dnia 22 lutego 2011 r. (II SAB/Bd 4/11)⁹²: „Z momentem prawnego powstania spółki i uzyskania osobowości prawnej, wniesiony aport, jak i wkłady pieniężne, stały się majątkiem spółki i nie mają one przymiotu majątku publicznego [podkreślenie własne – M.B.]. Majątek ten stał się własnością spółki, nie zaś majątkiem tylko w dyspozycji spółki. Wniesiony do spółki majątek nie jest odrębnym majątkiem akcjonariuszy pozostającym w dyspozycji spółki. W zamian za wniesione do spółki wkłady pieniężne i niepieniężne, akcjonariusze obejmują akcje dające im stosowne uprawnienia, zaś wniesiony majątek staje się niepodzielnie majątkiem spółki”⁹³. Na podobnym stanowisku stanął NSA w wyroku z dnia 21 stycznia 2015 r. (I OSK 1493/14) dotyczącym spółki akcyjnej prowadzącej działalność gospodarczą w granicach prawa telekomunikacyjnego, w którym całkowicie pominięto kwestię akcjonariatu Skarbu Państwa (skądinąd ponad wszelką wątpliwość niewystępującego w okolicznościach sprawy), lecz przesądzono o związaniu spółki u.d.i.p. za pomocą kryterium „wykonywania zadania publicznego”: „*Przepis ten* [art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. – M.B.] nie uzależnia uznania określonego podmiotu za podmiot zobowiązany do udzielenia informacji publicznej wyłącznie od kwestii związanych z jego strukturą właścicielską”⁹⁴.

taki chodnik uznaje się wydzieloną część drogi publicznej służącą dla ruchu pieszego położoną bezpośrednio przy granicy nieruchomości) musiałyby odpowiadać na wnioski o udostępnienie informacji publicznej i prowadzić stronę podmiotową BIP (zob. art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach).

⁹² Opubl. w CBOSA.

⁹³ Zob. uzasadnienie wyroku w sprawie I OSK 877/11, opubl. w CBOSA.

⁹⁴ Opubl. w CBOSA.

Wcześniejsza analiza przepisów art. 61 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP zestawionych z treścią art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. uniemożliwia (bez silnego aksjologicznie uzasadnienia przełamania językowych reguł wykładni) potraktowanie udziału kapitałowego Skarbu Państwa jako jedynego kryterium, zaś praktyka sądowo-administracyjna świadczy raczej o postępującej marginalizacji tego kryterium⁹⁵.

Artykuł 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. powinien być interpretowany jako przepis obejmujący dwie odrębne rodzajowo grupy podmiotów, co powoduje, iż obowiązek udostępniania informacji publicznych powstaje, gdy:

- 1) spółka kapitałowa została utworzona w celu wykonywania zadania publicznego, przyjęła do realizacji zadanie publiczne bądź otrzymała nakaz realizacji zadania publicznego na mocy przepisów prawa powszechnie obowiązującego (rangi ustawowej); nie jest przy tym istotne pokrycie udziału kapitałowego z majątku publicznego („podmioty reprezentujące inne osoby lub jednostki organizacyjne, które wykonują zadania publiczne lub dysponują majątkiem publicznym”)

lub

- 2) spółka kapitałowa spełniająca kryterium „zadaniowe” jest podmiotem, w którym Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub samorządu gospodarczego albo zawodowego mają pozycję dominującą w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów.

Orzecznictwo sądowo-administracyjne przenosi więc ciężar rozważań na następującą kwestię: czy spółka kapitałowa wykonuje zadanie władzy publicznej?

Z gramatycznego punktu widzenia, zwłaszcza jeśli traktujemy autonomicznie nomenklaturę ustawy zasadniczej, „wykonywanie zadań

⁹⁵ Nie jest jednak słuszne podejście traktujące wykonywanie zadania publicznego jako samoistne kryterium, gdyż prowadzi ono do kolejnej skrajności niezgodnej z konstytucyjnym założeniem kumulatywnego występowania tych cech.

władzy publicznej” (art. 61 ust. 1 zd. 2) nie jest tożsame z „wykonywaniem zadań publicznych” z art. 4 ust. 1 u.d.i.p. Sygnalizuję jednak, że w ostatnim czasie NSA słusznie uznał, iż „wykonywanie zadań władzy publicznej” obejmuje znaczeniowo „wykonywanie zadań publicznych” (tak wyrażnie w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 stycznia 2015 r., I OSK 1493/14⁹⁶), podczas gdy jeszcze w 2010 roku przedstawiono bardzo kontrowersyjną i odmienną tezę (moim zdaniem trudną do obrony w świetle art. 20, 22 i 31 ust. 3 Konstytucji RP): „Pojęcie «zadanie publiczne» użyte w art. 4 ustawy zamiast pojęcia «zadanie władzy publicznej» użytego w art. 61 Konstytucji RP ignoruje element podmiotowy i oznacza, że zadania publiczne mogą być wykonywane przez różne podmioty niebędące organami władzy i bez konieczności przekazywania tych zadań [podkreślenie – M.B.]”⁹⁷. Dodajmy, że cytowany wyrok dotyczył przedsiębiorstwa, w którym Skarb Państwa posiadał jedynie 15% akcji w kapitale zakładowym spółki i co zresztą wyrażnie odnotowano w uzasadnieniu wyroku.

Cytowany brak konieczności przekazywania tych zadań pozostaje w jaskrawej sprzeczności z instrukcyjną wypowiedzią NSA zawartą w uchwale z dnia 11 kwietnia 2005 r. (I OPS 1/05): „[...] wykonywanie zadań publicznych (wykonywanie władzy publicznej) przez konkretny podmiot powinno wynikać z wyraźnych unormowań ustawowych lub rozstrzygnięć opartych na unormowaniach ustawowych, które powierzają (zlecają) określone zadania publiczne sprecyzowanym podmiotom. [podkreślenie – M.B.] [...] Brak jest podstaw prawnych, aby działalność spółdzielni mieszkaniowych utożsamiać z wykonywaniem zadań publicznych w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej [...]. Obowiązek prowadzenia przez władze polityki sprzyjającej

⁹⁶ „Pod pojęciem «zadania władzy publicznej», użytym w art. 61 ust. 1 Konstytucji, należy rozumieć zarówno te zadania publiczne, które są wykonywane przez organy państwa, jak też te, które są zadaniami publicznymi, ale z różnych względów władza publiczna przekazała ich realizację na rzecz podmiotów prywatnych”; opubl. w CBOSA.

⁹⁷ Zob. uzasadnienie wyroku NSA z dnia 18 sierpnia 2010 r. (I OSK 851/10), opubl. w CBOSA.

zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli wynika z art. 75 Konstytucji RP i dotyczy wszelkich form uzyskania przez obywateli własnego mieszkania. Nie oznacza to jednak, że podmioty, które prowadzą działalność w zakresie budownictwa mieszkaniowego i gospodarki zasobami mieszkaniowymi, wykonują za Państwo (władze publiczne) jego zadania”.

W 2008 r. w odrębnej monografii przedstawiłem pogląd, że „zadanie publiczne” ma szerszy zakres niż „zadanie władzy publicznej”, choć może odznaczać się tymi samymi cechami, co analogiczne czynności prowadzone przez określoną władzę publiczną: powszechnością, użytecznością dla ogółu oraz osiąganiem lub sprzyjaniem osiągnięciu celów uznanych przez Konstytucję RP lub ustawy za pożądane lub nakazane⁹⁸. Podobne stanowisko zajął Paweł Sarnecki, uznając, że „zadania publiczne» są to zadania należące – w myśl przepisów (głównie) konstytucyjnych [powołał się tu na art. 16 ust. 2, 163 i 166 Konstytucji RP – M.B.] – do państwa, ale „państwa” niejako *sensu largo*, przez co należy rozumieć również zadania samorządu terytorialnego, będącego przecież – jak można by to określić – «samorządem państwa polskiego»”⁹⁹. Zwracałem wówczas uwagę, że „zadanie publiczne ignoruje element podmiotowy”. Natomiast „zadanie władzy publicznej” jest determinantem istnienia tejże władzy, leży u podstaw kreowania określonych organów władzy publicznej i jest do nich przypisane prawem. W ten sposób świadczenie np. usług przewozowych oraz usług z zakresu ochrony osób lub mienia na szerszą skalę, niezależnie od formy w jakiej się świadczy¹⁰⁰, może

⁹⁸ M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwinnoskowego udostępniania informacji publicznej*, Warszawa, 2008, s. 82, opubl. w Systemie Informacji Prawnej LEX OMEGA.

⁹⁹ Zob. P. Sarnecki, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z 11 kwietnia 2005 roku (sygn. I OPS 1/05)*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 5, s. 202.

¹⁰⁰ Tak twierdził m.in. Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96): „Charakter «użyteczności publicznej» należy rozumieć możliwie najszerszej i wydaje się, że winny one być utożsamiane z zadaniami publicznymi, których realizacja ciąży na administracji rządowej i samorządowej. Do zadań tych należy zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa, w tym między innymi: zaopatrywanie ludności w wodę, energię

zostać uznane za zadanie publiczne pod jednym zasadniczym warunkiem. Otóż to, czy będzie ono funkcjonalnie powiązane z konstytucyjnym „zadaniem władzy publicznej”¹⁰¹, zależy już od ustalenia, czy określone zadanie zostało powierzone przez ową władzę w drodze ustawy lub innego porozumienia zawartego na jej podstawie, czyniąc tym samym podmiot prawa „wykonawcą zadania publicznego”. Dlatego też z pewnym zaskoczeniem przyjmuję bardzo niefortunną parafrazę tych poglądów dokonaną w orzecznictwie NSA (*vide* wspomniany wyrok I OSK 851/10), którą w późniejszym okresie szczęśliwie skorygowano poprzez zaakcentowanie wymogu ustawowej formy powierzenia zadania publicznego.

Konstytucja RP traktuje związek zadania władzy publicznej z organem władzy publicznej jako oczywistą zasadę i dlatego połączenie „zadania władzy publicznej” z podmiotem umieszczonym poza katalogiem organów władzy publicznej za pomocą ustawowego zwrotu „zadanie publiczne” ma podkreślać odstępstwo od pewnej reguły. To odstępstwo od „funkcji świadczącej” organu władzy publicznej stanowi konstytucyjne *ratio legis* nałożenia obowiązków informacyjnych na takie podmioty. Warto podkreślić, że w nauce prawa administracyjnego operuje się pojęciem „zadania publicznego”. Na zasadzie pewnego automatyzmu kojarzy się je z charakterem podmiotu, któremu to zadanie powierzono. Oznacza ono

elektryczną, gazową i ciepłą, utrzymanie dróg i komunikacji, rozwój nauki, zapewnienie oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, realizacja różnego rodzaju potrzeb kulturalnych itp. Realizacja tych zadań może odbywać się w różnych formach organizacyjnych, a nie tylko w formie prawnej przedsiębiorstwa użyteczności publicznej, określonej w ustawie o przedsiębiorstwach państwowych [podkreślenie własne – M.B.]” (opubl. w CBOSA, Internetowym Portalu Orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego oraz w Dz. U. z 1997 r. Nr 29, poz. 162).

¹⁰¹ Por. uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 kwietnia 2002 r. (SK 23/01), gdzie znalazło się stwierdzenie, że „wymienione w art. 31 ust. 3 cele publiczne, w kontekście których dopuszczalne jest ograniczenie konstytucyjnych praw i wolności, mieszczą się w zakresie treściowym pojęcia «interes publiczny». Wszystkie są zadaniami władzy publicznej”. OTK-A 2002, nr 3, poz. 26. Zadaniami władzy publicznej będą również te wymienione szczegółowo (art. 65 ust. 5, art. 68 ust. 2–5, art. 69, art. 70 ust. 4, art. 71 ust. 1 i 4, art. 75 ust. 1 oraz art. 76 Konstytucji RP).

zbiorcze określenie zadań państwa i samorządu terytorialnego¹⁰². Nie deprecjonując roli podmiotu-wykonawcy zadania, Jolanta Blicharz akcentowała określoną funkcję „zadań publicznych”, przytaczając za orzeczeniem TK z dnia 27 września 1994 r. (W 10/93)¹⁰³ tezę, że „wszystkie zadania samorządu terytorialnego mają charakter zadań publicznych w tym znaczeniu, że służą zaspokojeniu potrzeb zbiorowych społeczności czy to lokalnych, w wypadku zadań własnych, czy zorganizowanego w państwo całego społeczeństwa, jak w wypadku zadań zleconych”¹⁰⁴. Analizując wewnętrzne zróżnicowanie administracji publicznej (rządowa, samorządowa) i elementu obowiązku immanentnie powiązanego z zadaniem publicznym, autorka konkluduje: „Z faktu, iż wykonywanie zadań publicznych zawsze wiąże się z realizacją podstawowych publicznych praw podmiotowych obywateli – uznać trzeba, iż dobro wspólne obywateli jest podstawowym celem działania administracji [podkreślenie własne – M.B.], realizowanym w interesie publicznym”¹⁰⁵.

Tomasz Bąkowski dokonał analizy poglądów nauki prawa administracyjnego i w oparciu o systematykę S. Biernata¹⁰⁶ wskazał na wyodrębnienie kilku typowych postaci (prawnych form) przesuwania tych zadań do sfery działalności podmiotu prywatnego w ramach teoretycznej konstrukcji tzw. prywatyzacji zadań publicznych. W efekcie prywatyzacja takich zadań może wyrażać się poprzez:

- 1) przejęcie przez podmioty spoza systemu administracji publicznej wykonania (realizacji) zadań nadal uznawanych przez państwo (prawodawcę) za zadania publiczne; w tym ujęciu można dodatkowo wyróżnić dwa rodzaje sytuacji:

¹⁰² Zob. S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa-Kraków 1994, s. 13.

¹⁰³ Wyrok TK z dnia 27 września 1994 r. (W 10/93), OTK 1993, cz. 2, poz. 96.

¹⁰⁴ Zob. J. Blicharz, *Zakres znaczeniowy pojęcia „zadanie publiczne”*, „Przegląd Prawa i Administracji”, t. LXXI, Wrocław 2005, s. 62.

¹⁰⁵ *Ibidem*, s. 66.

¹⁰⁶ S. Biernat, *op. cit.*, s. 30–41.

- a) sytuację, w której zadania publiczne są powierzone do wykonania osobom fizycznym lub osobom prawnym (np. spółkom prawa handlowego) – jednostkom organizacyjnym, które z uwagi na charakter prawny i cel działania funkcjonują w obrocie prywatnoprawnym;
 - b) sytuację, w której zadania publiczne są powierzone do wykonania podmiotom wykonującym ze swej istoty funkcje społeczne, działającym na rzecz określonej społeczności i dobra wspólnego lub reprezentującym określone grupy społeczne. Do takich podmiotów należy zaliczyć: stowarzyszenia, związki zawodowe i inne korporacje o charakterze zawodowo-gospodarczym oraz kościoły i inne związki wyznaniowe. W przypadkach powierzenia realizacji zadań publicznych tej kategorii podmiotów winno się raczej mówić o swoistym uspołecznieniu realizowania zadań;
- 2) przejęcie przez podmioty spoza systemu administracji publicznej wykonania (realizacji) zadań nadal uznawanych przez państwo (prawodawcę) za zadania publiczne wraz z przejęciem, tj. prywatyzacją majątku państwowego lub komunalnego służącego do wykonywania przejętych zadań publicznych;
- 3) nałożenie na obywateli oraz na inne podmioty spoza systemu administracji publicznej obowiązków o charakterze publicznym¹⁰⁷.

Można pokusić się o tezę, że w przypadku „innych osób oraz jednostek organizacyjnych” powołanych w art. 61 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP wykonywanie „zadania władzy publicznej” powinno polegać na osiągnięciu dobra wspólnego (bez względu na poziom działalności, np. rządowy, samorządowy, lokalny), ale w celu pogodzenia tego celu z wolnością

¹⁰⁷ T. Bąkowski, *Administracyjnoprawna sytuacja jednostki w świetle zasady pomocniczości*, Warszawa 2007, opubl. w Systemie Informacji Prawnej LEX OMEGA. Pomijam sytuację wskazaną przez autora, w której państwo całkowicie z danego zadania pozostawiając je sektorowi prywatnemu i związanej z tym całkowitej dobrowolności realizacji takich zadań.

działalności gospodarczej musi istnieć wyraźna podstawa dla obligatoryjnego lub dobrowolnego włączenia (w sensie funkcjonalnym) podmiotów „niepublicznych” (tj. prywatnych) do grona organów władzy publicznej wykonujących te zadania. Jeżeli określone działanie ma wiele cech „zadania publicznego” lub „zadania władzy publicznej”, jednakże jest realizowane wyłącznie w sferze „wolnościowej” danego podmiotu, to nie można utożsamiać go z zadaniem władzy publicznej. Przekroczeniem linii granicznej obu sfer jest podjęcie przez podmiot decyzji o współuczestniczeniu lub przejściu zadań publicznych pierwotnie należących do danej władzy¹⁰⁸. Wówczas działalność podmiotu staje się pochodną działalności organów władzy publicznej (wykonywaniem zadania publicznego, a nie wyłącznie zadania użytecznego, pożądanego, korzystnego dla ogółu).

Jeśli przyjmiemy, że do objęcia obowiązkiem informacyjnym konieczne jest każdorazowe ustalenie powierzenie zadania władzy publicznej, to wyzwaniem nadal pozostaje jednoznaczne stwierdzenie, że w świetle obowiązującego prawa doszło do jego przejścia lub nałożenia (zob. pkt 2 i 3 ww. klasyfikacji T. Bąkowskiego). Jeśli przyjrzeć się przykładom zastosowania art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. wobec osób prawnych w formie spółki akcyjnej, w których udziały posiadały jednostki samorządu terytorialnego (np. Małopolska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. – wyrok NSA z dnia 2 czerwca 2011 r., I OSK 317/11 lub Toruńska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. – wyrok NSA z dnia 11 sierpnia 2011 r., I OSK

¹⁰⁸ Analogiczny pogląd wyraził T. Bąkowski: „W obowiązującym porządku prawnym można wskazać na dwa podstawowe sposoby prywatyzowania realizacji zadań publicznych: pierwszy jest dokonywany ex lege; drugi – na podstawie porozumienia zawieranego między podmiotem administracji publicznej ustawowo umocowanym do realizacji zadań publicznych, a podmiotem spoza systemu administracji publicznej, zainteresowanym realizacją zadań publicznych lub na podstawie zezwolenia, wydawanego zazwyczaj przez podmiot zamierzający scedować zadania publiczne”, zob. zwłaszcza T. Bąkowski, Rozdział V pt. „Organizacja i funkcjonowanie podmiotów administracji publicznej według zasady pomocniczości a administracyjnoprawna sytuacja jednostki” [w:] T. Bąkowski, *Administracyjnoprawna sytuacja...*

956/11 i odpowiednio wyroki NSA z dnia 30 sierpnia 2011 r., I OSK 1051/11, I OSK 1054/11, I OSK 1055/11¹⁰⁹, to należy stwierdzić, że z przepisów ustawy wynikała przesłanka utworzenia określonej osoby prawnej w skonkretyzowanym normą prawną celu: wykonywania zadań publicznych.

Prowadzi to zresztą do interesujących sytuacji (i być może nieco paradoksalnych), w których np. Krajowa Spółka Cukrowa S.A. (spółka z większościowym udziałem Skarbu Państwa)¹¹⁰ nie posiada wyraźnie określonych prawem zadań na rynku cukru (zasadniczym obszarze jej działalności), natomiast wykonywanie przez nią zadań publicznych pojawia się w nieco innym obszarze. Artykuł 20 (uchylonej) ustawy z dnia 21 czerwca 2001 r. o regulacji rynku cukru¹¹¹ – w przeciwieństwie do reżimu prawnego np. spółek akcyjnych z udziałem jednostek samorządu terytorialnego¹¹² – nie określił celu konsolidacji spółek prawa handlowego kontrolowanych przez Skarb Państwa; w szczególności ustawodawca nie zdecydował się na przypisanie producentom cukru określonego zadania publicznego. Można mówić o pewnej optymalizacji struktury majątku Skarbu Państwa, lecz trudno wyprowadzić z przepisów rozdziału VII ustawy o regulacji rynku cukru zadania władzy publicznej. Uczestnictwo

¹⁰⁹ Wyroki opubl. w CBOSA.

¹¹⁰ Kapitał zakładowy Krajowej Spółki Cukrowej S.A. wynosi 990.677.758 zł i dzieli się na 990.677.758 akcji imiennych o wartości nominalnej 1 zł, z czego 789.495.890 akcji stanowi własność Skarbu Państwa, co stanowi 79,69% w kapitale zakładowym. 201.181.868 akcji jest własnością obecnych i byłych pracowników i plantatorów buraka cukrowego oraz ich spadkobierców, co stanowi 20,31% w kapitale zakładowym spółki. Zob. strona podmiotowa Biuletynu Informacji Publicznej spółki pod adresem <http://www.polski-cukier.bip-e.pl/ksc/struktura-wlasnoscowa/24,Struktura-wlasnoscowa.html> [dostęp 28.06.2019].

¹¹¹ Dz. U. z 2001 r. Nr 76, poz. 810 ze zm.

¹¹² Por. art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1392 i 1890): „W sferze użyteczności publicznej województwo może tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki akcyjne lub spółdzielnie, a także może przystępować do takich spółek lub spółdzielni”. Artykuł 13 ust. 2: „Poza sferą użyteczności publicznej województwo może tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne oraz przystępować do nich, jeżeli działalność spółek polega na wykonywaniu czynności promocyjnych, edukacyjnych, wydawniczych oraz na wykonywaniu działalności w zakresie telekomunikacji służących rozwojowi województwa”.

w krajowym rynku cukru (wszak silnie reglamentowanym) nie przesądza jeszcze o wykonywaniu zadania publicznego, lecz jest wykonywaniem przez przedsiębiorcę własnego prawa podmiotowego w granicach precyzyjnie określonych przez państwo (jest to więc prawo co do zasady negatywne – jeśli odnieść je do relacji prywatny przedsiębiorca–państwo). Przedsiębiorstwa ma więc zarówno prywatne, jak i publiczne prawo podmiotowe ochrony swobody działalności gospodarczej. Prawo podmiotowe jest roszczeniem (korzystną sytuacją prawną) przypisaną uprawnionemu, z którą powiązano obowiązek określonego zachowania się państwa na rzecz uprawnionego. W piśmiennictwie prawniczym przyjmuje się, że „kwoty na produkcję cukru oraz kwoty mleczne zaliczane bywają do publicznych praw podmiotowych. Są one z reguły traktowane jako szczególnego rodzaju instrumenty reglamentacji rolniczej działalności gospodarczej, różniące się od koncesji i zezwoleń, zwłaszcza z uwagi na swoiste sankcje związane z przekroczeniem wyznaczonego przez nie pułapu produkcji”¹¹³.

Odnosząc te poglądy do powołanego przykładu nie można zatem twierdzić, że prowadzenie działalności gospodarczej prawnie reglamentowanej jest synonimem realizacji zadania publicznego (wykonywaniem kompetencji). Zgodnie z treścią art. 31 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o Agencji Rynku Rolnego i organizacji niektórych rynków rolnych¹¹⁴ można mówić o wykonywaniu zadań władzy publicznej przez ministra właściwego ds. rynków rolnych (Ministra Rolnictwa), polegających na wyznaczaniu granic swobody działalności gospodarczej¹¹⁵. Analiza powołanego artykułu nie pozwala na przyjęcie, że zawiera on obowiązek (lub możliwość) powierzenia zadania publicznego producentowi cukru. Jest to niewątpliwie instrument reglamentowania wolności działalności

¹¹³ Ł. Bobeł, *Prawo do uprawy i dostawy buraków cukrowych (zagadnienia wybrane)*, „Przegląd Prawa Rolniczego” 2007 nr 1, s. 81.

¹¹⁴ T.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 945.

¹¹⁵ Artykuł 31 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy stanowi wprost, że minister „realizuje zadania związane z kwotowaniem produkcji cukru i izoglukozy”.

gospodarczej. Jak słusznie stwierdza Cezary Kosikowski, reglamentacja działalności gospodarczej stanowi klasyczną formę ograniczania tej wolności i bywa niekiedy niesłusznie utożsamiana z policją gospodarczą (ta ostatnia ma na celu zagwarantowanie nienaruszalności dotychczasowego stanu porządku prawnego, mienia, niektórych dóbr osobistych człowieka jak życie lub zdrowie, jak również moralności publicznej, bezpieczeństwa czy środowiska naturalnego). Autor wyjaśnia, że „reglamentacja gospodarcza jest podejmowana dla celowego kształtowania działalności gospodarczej przez państwo. Wyraża więc interwencję państwa w sferę gospodarki (interwencjonizm państwowy) w celu wywołania w niej skutków, uznanych przez organy państwa za pożądane z punktu widzenia interesu publicznego lecz podejmowaną w innym celu niż policja gospodarcza”¹¹⁶.

Gdyby przyjąć, że wykonywanie działalności gospodarczej przez podmiot prywatny w granicach przydziału kwot produkcji cukru jest jednocześnie wykonywaniem zadania publicznego (wykonywaniem jakiejś pochodnej działalności państwa), to doszłoby do sytuacji absurda: utożsamienia działalności z jej reglamentacją. To zaś podawałoby w wątpliwość celowość opierania form aktywności gospodarczej na jakiegokolwiek „wolnościowej”, „prywatnoprawnej” konstrukcji. Stawiałoby pod znakiem sensu tworzenia konstytucyjnych i mechanizmów ochrony wolności działalności gospodarczej, skoro wprowadzenie reglamentacji z miejsca przekształca beneficjenta kwot produkcyjnych w podmiot *quasi*-państwowy (wykonujący zadanie publiczne). Jak jednak potraktować przedsiębiorcę, którego istnienie zostało zdeterminowane udziałem kapitałowym Skarbu Państwa (państwo zaistniało więc w gospodarce), któremu jednak nie przypisano na poziomie ustawowym zadania publicznego, a jednocześnie zaczęto reglamentować jego działalność? Dwuznaczność tej sytuacji tkwi więc w tym, że państwo używa mechanizmu regulacyjnego w stosunku

¹¹⁶ C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 55.

do podmiotu, który samo utworzyło bez sprecyzowanego ustawowo celu. Brak normatywnego ujęcia tej ostatniej kwestii nie musi jednak oznaczać, że jest to działanie przypadkowe i pozbawione faktycznych przesłanek regulacyjnych.

W orzecznictwie zaznaczyła się tendencja do obejmowania zakresem u.d.i.p. przedsiębiorców prywatnych poprzez przypisywanie im – moim zdaniem nie zawsze zasadnie – wykonywanie zadań publicznych poprzez nawiązanie do wspomnianej już prywatyzacji zadań publicznych, aczkolwiek na najbardziej dyskusyjnej płaszczyźnie: poprzez nałożenie na obywateli oraz na inne podmioty spoza systemu administracji publicznej określonych obowiązków (zob. wcześniejszą klasyfikację T. Bąkowskiego). Inaczej rzecz ujmując: w sądownictwie administracyjnym spotykany jest pogląd, że nałożenie określonych obowiązków (choćby bez zgody adresata obowiązku) jest *per se* powierzeniem zadania władzy publicznej do wykonywania. Uważam, że jest to pogląd błędny, ponieważ (jak wspominałem w kontekście regulacji rynku cukru) nie można na zasadzie pewnego automatyzmu utożsamiać każdego obowiązku adresowanego do przedsiębiorcy z powierzeniem mu zadania publicznego (zadania władzy publicznej). Konieczna jest najpierw ocena takiego obowiązku z uwzględnieniem podziału prawnych form ingerencji w wolność działalności gospodarczej (reglamentacja, policja gospodarcza, działalność gospodarcza regulowana). Pod tym względem orzecznictwo sądowo-administracyjne daje przestrzeń do polemiki, ponieważ w praktyce sądowo-administracyjnej nie dokonuje się takiej analizy. Jest to szczególnie widoczne w przypadku oceny obowiązków informacyjnych przedsiębiorstw energetycznych. Orzecznictwo wywodzi prawną podstawę do powierzenia zadania publicznego przez państwo np. z art. 9c ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne¹¹⁷ (zob. wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2014 r., I OSK 2118/13, a także

¹¹⁷ T.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1059 z późn. zm.

wyroki NSA z dnia 22 stycznia 2014 r., I OSK 1998/13, I OSK 1999/13, I OSK 2000/13, I OSK 2001/13 i I OSK 2002/13¹¹⁸). Powołany przepis adresowany jest do operatorów systemu przesyłowego, dystrybucyjnego, magazynowania paliw gazowych i skraplania gazu ziemnego lub operatorów systemu połączonego gazowego, jednakże ustawodawca w żadnej jednostce redakcyjnej art. 9c Prawa energetycznego nie wspomniał, iż sformułowane w nim obowiązki stanowią zadanie publiczne (zadanie władzy publicznej).

Bliższa analiza tych przepisów wskazuje, że może chodzić tu o tzw. policję administracyjną, w szczególności jeśli zwrócić uwagę, że odpowiedzialność prawna za realizację tych obowiązków pozostaje przy operatorach. Jeśli zatem uznać słuszność argumentacji NSA, to jej trafność podważa jeden zasadniczy czynnik. Otóż realizacja ww. domniemanych zadań władzy publicznej z zakresu przesyłu energii tworzy wyłom w konstrukcji dekoncentracji zadań publicznych, ponieważ z tak sformułowanych obowiązków nie da się wyprowadzić jakichkolwiek form subsydiarnej odpowiedzialności państwa („powierającego” rzekome zadanie władzy publicznej). Tymczasem orzecznictwo sądowo-administracyjne zaliczyło do kryteriów powierzenia (dekoncentracji) zadań publicznych zachowanie odpowiedzialności państwa za ich wykonywanie¹¹⁹. W ten oto sposób docieramy do sygnalizowanego wcześniej paradoksu: we wcześniejszym powołanym przykładzie Krajowej Spółki Cukrowej S.A. – mimo dominującego udziału Skarbu Państwa – trudno nam wyodrębnić ustawowe zadanie publiczne związane z wiodącym nurtem działalności tej spółki. Niemniej jednak status podmiotu realizującego zadania publiczne na

¹¹⁸ Powołane wyroki opubl. w CBOSA.

¹¹⁹ Por. uzasadnienia wyroków NSA z dnia 24 listopada 2014 r., I OSK 2051/14 oraz I OSK 725/14, opubl. w CBOSA. W obu przypadkach wskazano, że „tylko, gdy państwo całkowicie rezygnuje z zajmowania się niektórymi sprawami i odpowiedzialnością za ich wykonanie, zadania te tracą charakter publiczny” [podkreślenie własne – M.B.].

podstawie art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p można ustalić w powiązaniu z przepisami prawa energetycznego¹²⁰.

Istnieje jednak inne rozwiązanie ustawowe, które dostrzega państwową proveniencję spółek kapitałowych i nie domaga się wyodrębnienia zadania władzy publicznej jako cechy *sine qua non* koniecznej dla objęcia takich podmiotów obowiązkiem informacyjnym.

4. Alternatywne podejście do spółek (z udziałem) Skarbu Państwa na przykładzie prawa do ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego

4.1. Geneza katalogu podmiotów zobowiązanych do udostępniania informacji w celu tzw. *re-use*

29 grudnia 2011 r. w polskim porządku prawnym pojawiła się po raz pierwszy ustawowa regulacja modyfikującą zakres konstytucyjnego prawa do informacji o działalności państwa i podmiotów określonych w art. 61 ust. 1 Konstytucji RP w kierunku usługi publicznoprawnej polegającej nie tyle na udostępnianiu informacji, ile na udostępnianiu i przekazywaniu jej wnioskodawcy w określonej formie umożliwiającej komercyjne bądź niekomercyjne wykorzystywanie informacji. Cel tej modyfikacji jest w pełni zgodny i popierany przez Parlament i Radę Unii Europejskiej w motywie 3 dyrektywy z dnia 27 czerwca 2013 r.¹²¹

¹²⁰ Wynika to z faktu, że w analizowanym przeze mnie okresie spółka deklarowała w przedmiocie swej działalności „wytwarzania energii elektrycznej” oraz „handel energią elektryczną”. W świetle przytoczonych poglądów NSA oznaczałoby to jednak, że obowiązek udostępnienia informacji publicznej powstaje tylko na płaszczyźnie tych zadań, więc zawartość (merytoryczną treść żądania) ewentualnego wniosku o udostępnienie informacji publicznej należałoby wiązać tylko i wyłącznie z tą sferą. Zob. opis przedmiotu działalności spółki na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej Krajowej Spółki Cukrowej pod adresem <http://www.polski-cukier.bip-e.pl/ksc/struktura-wlasnoscowa/24,Struktura-wlasnoscowa.html> [dostęp 28.06.2019].

¹²¹ Dz. Urz. UE L 175/1 z 27.06.2013 r.

zmieniającej dyrektywę 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 listopada 2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego¹²² (ta ostatnia dalej jako: dyrektywa PSI): „Polityka otwartego dostępu do danych propagująca szeroką dostępność i ponowne wykorzystywanie informacji sektora publicznego do celów prywatnych lub komercyjnych, przy minimalnych ograniczeniach prawnych, technicznych lub finansowych bądź bez takich ograniczeń, i wspierająca obieg informacji przeznaczonych nie tylko dla podmiotów gospodarczych, lecz także dla opinii publicznej, może odegrać ważną rolę w stymulowaniu rozwoju nowych usług opartych na nowatorskich sposobach łączenia i korzystania z takich informacji, pobudzić wzrost gospodarczy i wesprzeć zaangażowanie społeczne”.

Aktualnie prawo do ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego unormowano w u.p.w.i.s.p. Nie jest moją intencją charakteryzowanie prawa do ponownego wykorzystywania informacji publicznej, ponieważ konceptualizacja tego uprawnienia dokonała się w już w orzecznictwie. W praktyce wdrażania ustawy ujawniły się jednak problemy analogiczne do stosowania u.d.i.p. Polegają one na próbach uniknięcia obowiązku udostępnienia lub przekazywania informacji do ponownego wykorzystywania poprzez kwestionowanie związania ustawą (w aspekcie podmiotowym) przez spółki (z udziałem) Skarbu Państwa.

Zgodnie z powołanym przepisem (który warto przytoczyć *in extenso*):

„(Art. 3) Podmiotami zobowiązanymi do udostępniania lub przekazywania informacji sektora publicznego w celu ponownego wykorzystywania, zwanymi dalej «podmiotami zobowiązanymi», są:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 2077 oraz z 2018 r., poz. 62 i 1000);

¹²² Wersja skonsolidowana po zmianie z 2013 r. 2003L0098 — PL — 17.07.2013 — 001.001.

- 2) inne niż określone w pkt 1 państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;
- 3) inne niż określone w pkt 1 osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio albo pośrednio przez inny podmiot:
 - a) finansują je w ponad 50% lub
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub
 - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub
 - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.
- 4) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1–3”.

Przed dalszą analizą aspektu podmiotowego cytowanej ustawy należy wskazać pewną prawidłowość. Otóż ilekroć ustawodawca chce wyłączyć jakiekolwiek podmioty z zakresu zastosowania ustawy o ponownym wykorzystywaniu informacji sektora publicznego (np. zawężając jej katalog w stosunku do podmiotów o identycznej lub podobnej charakterystyce ujętych w art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p.), to czyni tak wprost w art. 4 ust. 1 u.p.w.i.s.p. („Przepisów ustawy nie stosuje się do informacji sektora publicznego będących w posiadaniu [...]”). Mimo wzorowania się dyrektywy PSI (2003/98/WE) o ponownym wykorzystywaniu informacji sektora publicznego na europejskim prawie zamówień publicznych, polski ustawodawca świadomie zrezygnował z cech, które mogły zawężyć katalog podmiotów zobowiązanych i powodować dylematy związane z opisywanym uprzednio zadaniem władzy publicznej.

Widać to wyraźnie po zestawieniu cytowanego art. 3 ust. 1 u.p.w.i.s.p. z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych¹²³. W tej ostatniej ustawie jednobrzmiący przepis art. 3 ust. 1

¹²³ T.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.

pkt 3 kończy się sformułowaniem modyfikującym (zawężającym) zakres zastosowania ustawy („o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności”). Takiego obostrzenia nie ma już jednak w u.p.w.i.s.p. Nie ma go również w *lex specialis* do art. 3 (art. 4 ust. 1 u.p.w.i.s.p.), co pokazuje, że ustawodawca był bardzo konsekwentny, skoro reżim prawa zamówień publicznych był mu znany w momencie implementacji dyrektywy PSI do polskiego porządku prawnego. Rozszerzanie zakresu podmiotowego adresatów dyrektywy jest co do zasady dopuszczalne. Dyrektywa 2003/98/WE nie musiała być wcale implementowana na minimalnym poziomie podmiotowym, zaś krajowe środki implementacyjne mogły iść znacznie dalej, zarówno co do zakresu podmiotowego, jak i przedmiotowego¹²⁴.

Przyjrzyjmy się zatem, na jakiej podstawie dochodzi zaliczenia spółek z udziałem Skarbu Państwa do katalogu podmiotów zobowiązanych.

Po pierwsze, spółki kapitałowe Skarbu Państwa nie są jednostkami sektora finansów publicznych. Zgodnie z art. 3 pkt 1 u.p.w.i.s.p. podmiotem zobowiązanym są jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, zaś lektura art. 9 pkt 1–13 tej ustawy nie pozwala zaliczyć ich do którejkolwiek z wymienionych tam kategorii. Ponadto wystarczy zapoznać się z treścią art. 9 pkt 14 ustawy o finansach publicznych i odnaleźć wyłączenie (ze względu na formę prawną działalności poprzez przywołanie „spółek prawa handlowego”). Zgodnie z art. 9 pkt 14 powołanej ustawy nie zalicza się do jednostek sektora finansów publicznych „innych państwowych lub samorządowych osób prawnych utworzonych na podstawie

¹²⁴ Aktualnie procedowana nowelizacja dyrektywy 2003/98/WE przetnie nieuzasadnione wątpliwości i wprost obejmie zakresem normowania przedsiębiorstwa publiczne i prywatne (zob. art. 2 Rezolucji ustawodawczej Parlamentu Europejskiego z dnia 4 kwietnia 2019 r. w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (wersja przekształcona) (COM(2018)0234 – C8-0169/2018 – 2018/0111(COD))).

odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, instytutów działających w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicz, banków oraz spółek prawa handlowego”.

Po drugie, spółki te nie mieszczą się w zakresie „innej [...] państwowej jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej” (zob. art. 3 pkt 2 u.p.w.i.s.p.), ze względu na posiadanie osobowości prawnej (zob. art. 12 k.s.h.), aczkolwiek w orzecznictwie sądowo-administracyjnym można odnotować sytuacje, w których spółki prawa handlowego zaliczono do kategorii podmiotu administracji państwowej właśnie na podstawie sformułowania „państwowa jednostka organizacyjna” (zob. uzasadnienie WSA we Wrocławiu z dnia 26 października 2006 r. w sprawie IV SA/Wr 514/06, opubl. w CBOSA). Jedynie dla jasności terminologicznej należałoby wspomnieć, że pojęcie organu (ew. jednostki organizacyjnej) „państwowej” jest pojęciem wynikającym z ustroju administracji publicznej w Polsce istniejącego przed 1990 r., kiedy to przepisy używały tylko jednego pojęcia („organ administracji państwowej”). Nie traci zatem aktualności ogólne założenie doktryny prawa administracyjnego, że organem lub jednostką organizacyjną państwową będzie podmiot usytuowany poza strukturami samorządu terytorialnego, któremu przepisy prawa materialnego przyznały kompetencje (inne niż ustawodawcze, prawotwórcze lub z zakresu wymiaru sprawiedliwości) z zakresu administracji publicznej. Pojęcie może obejmować jednostki organizacyjne, którym prawo przyznało kompetencje (rozumiane jako „zdolność organu administrującego do skonkretyzowanego aktualizowania w drodze odpowiedniego postępowania, potencjalnego obowiązku działania sformułowanego przez prawo”¹²⁵, lecz nie tylko). Jak dowodzi przywołany uprzednio wyrok WSA we Wrocławiu w sprawie IV SA/Wr 514/06, pojęciem tym można również objąć również podmioty gospodarujące mieniem publicznym (co tłumaczy rezygnację języka prawnego z pojęcia „organ” na rzecz pojęcia

¹²⁵ Zob. J. Jendrośka [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2003, s. 142.

„jednostka organizacyjna”). Ten tok rozumowania ujawnił się również w uchwale Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96) na gruncie dawnego reżimu zamówień publicznych (zob. dalsze uwagi), zaś zniesienie (z dniem 17 października 1997 r.) powszechnie obowiązującej trybunalskiej wykładni prawa nie umniejsza wagi wniosku TK.

Pojęcie organów lub jednostek organizacyjnych administracji „państwowej” jest aktualnie utożsamiane z pojęciem organów lub jednostek organizacyjnych administracji „rządowej” (w znaczeniu wynikającym z przepisów Rozdziału VI Konstytucji RP). Paradoksalnie, utrzymywanie tego pojęcia w przepisach prawa materialnego i procesowego wynika z zabezpieczenia adresatów przed skutkami niekonsekwencji ustawodawcy przy ujednolicaniu terminologii polskiego prawa administracyjnego¹²⁶. Użycie tego sformułowania w pkt 2 art. 3 u.p.w.i.s.p. w połączeniu z treścią pkt 3 prowadzi do konkluzji, że ustawodawca chciał w ten sposób „uszczelnić” zakres podmiotowy ustawy, aby nie pominąć jakichkolwiek podmiotów administracji publicznej, w tym form gospodarowania mieniem publicznym, o ile nie wyłączył ich *expressis verbis* na podstawie art. 4 u.p.w.i.s.p.

Po trzecie, mając na uwadze dotychczas przeprowadzoną analizę art. 3 pkt 1 i 2 u.p.w.i.s.p., gołym okiem widać, iż formy gospodarowania mieniem publicznym oraz prowadzenia przez państwo działalności gospodarczej (nie mylić z „wykonywaniem wolności działalności gospodarczej” w rozumieniu art. 20 Konstytucji RP) zostały umieszczone w pkt 3 art. 3 u.p.w.i.s.p., lecz – co po raz kolejny należy stanowczo podkreślić – bez zawężenia znanego polskiemu prawu zamówień publicznych. Cecha „wykonywania zadania władzy publicznej” (art. 61 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP), ujęta na poziomie ustawowym (nieco szerzej) jako „zadanie publiczne” (zob. art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p.), nie występuje w tekście art. 3 pkt 3 u.p.w.i.s.p.

¹²⁶ Zob. E. Ura, E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2004, s. 44.

W orzecznictwie sądowo-administracyjnym zaznaczyła się tendencja do swoistej „ucieczki” od związania spółek Skarbu Państwa u.d.i.p. lub u.p.w.i.s.p. negacją przesłanki wykonywania zadań publicznych (m.in. poprzez dość kontrowersyjne rozumienie kapitału zakładowego i praw akcjonariatu) bądź publicznego charakteru wnioskowanych informacji. Podobne wątpliwości miał również Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 grudnia 2015 r. (sygn. II PO 1/15, opubl. w Bazie Orzeczeń Supremus) na gruncie u.d.i.p. Sąd Najwyższy dostrzegł zjawisko komercjalizacji spółek Grupy PKP w pierwszej dekadzie stulecia, ale ostatecznie skonstruował, że prywatnoprawny (cywilistyczny) reżim organizacji działalności przewozów kolejowych nie ma charakteru rozstrzygającego: rozstrzygające znaczenie ma wykonywanie zadania publicznego, czego sądy cywilne niższych instancji w okolicznościach tamtego sporu nie zbadały („Z prawa handlowego nie wynika, że spółka wykonuje zadania władzy publicznej. W sprawie nie przedstawiono i nie wykazano, że w części objętej żądaniem władza publiczna wykonuje zadania z pomocą albo za pomocą pozwanej spółki. Nie jest wykluczone, że pozwana wykonuje takie zadania, jednak wówczas powinno to być wyraźnie ocenione i rozstrzygnięte”, tamże, s. 15 uzasadnienia, pkt 5).

4.2. Cechy kryterialne podmiotu z art. 3 pkt 3 ustawy o ponownym wykorzystywaniu informacji sektora publicznego w świetle zadań, zasad nadzoru i finansowania działalności spółek z udziałem Skarbu Państwa

4.2.1. Osoba prawna utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego

Osobowość prawna kapitałowych spółek Skarbu Państwa jest niekwestionowanym faktem konwencjonalnym, w związku z czym należy odnieść się do zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego.

W pierwszej kolejności należy przyrzeć się cesze ujętej w przepisie w postać idiomatu („charakter powszechny”). Pojęcie to było już przedmiotem wykładni dokonanej w wyroku WSA w Warszawie z dnia 28 sierpnia 2015 r. (sygn. V SA/Wa 880/15, opubl. w CBOSA), w którym Sąd wyraźnie stwierdził, iż „nie ma znaczenia w sprawie, czy jedynym celem prowadzenia działalności przez podmiot jest zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, czy też towarzyszy mu prowadzenie działalności o charakterze komercyjnym. Status podmiotu prawa publicznego nie zależy bowiem od stopnia, w ramach całej działalności danego podmiotu, zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym niemającym charakteru przemysłowego ani handlowego”.

Dobłą ilustracją zaspokajania takich potrzeb będzie wykonywanie przewozów na podstawie przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym¹²⁷ przez spółki grupy PKP – np. PKP Intercity S.A. wykonuje przewozy pasażerskie w ramach publicznego transportu zbiorowego, zaspokajając potrzeby osób fizycznych w interesie ogólnym¹²⁸. Odnosząc przytoczony zakres działalności do ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, należy w pierwszej kolejności przywołać art. 4 ust. 1 pkt 12 ustawy, który definiuje „przewóz o charakterze użyteczności publicznej”. Jest to „powszechnie dostępna usługa w zakresie publicznego transportu zbiorowego wykonywana przez operatora publicznego transportu zbiorowego w celu bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania potrzeb przewozowych społeczności na danym obszarze”. Zgodnie z treścią art. 4 ust. 1 pkt 14 tej ustawy, publiczny transport

¹²⁷ Dz. U. z 2018 r., poz. 2016 ze zm.

¹²⁸ Zgodnie z zawartością działu 3 (Rubryka 1) ujawnioną w przez PKP Intercity S.A. w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem wpisu 296032, przedmiotem przeważającej działalności spółki jest „49, 10, Z, Transport kolejowy pasażerski międzymiastowy”. W przypadku pozostałej działalności występuje m.in. „60, 10, Z, Transport kolejowy – pasażerski i towarowy kolejowy międzymiastowy” oraz „60, 21, B, Transport pasażerski międzymiastowy – międzymiastowy przewóz pasażerów autobusami po wyznaczonych trasach i według ustalonego rozkładu jazdy”.

zbiorowy to „powszechnie dostępny, regularny przewóz osób wykonywany w określonych odstępach czasu i po określonej linii komunikacyjnej, liniach komunikacyjnych lub sieci komunikacyjnej”. Podmiotem odpowiedzialnym za organizację publicznego transportu zbiorowego jest minister właściwy do spraw transportu, zapewniający funkcjonowanie publicznego transportu zbiorowego na danym obszarze (zob. art. 4 ust. 1 pkt 9 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym w zw. z art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej¹²⁹).

Zważywszy na masowe, ogólnonarodowe zapotrzebowanie na usługę przewozu pasażerskiego, a także wielokrotnie akcentowany przez ustawodawcę przymiot „powszechności” przewozu, zakres pojęć „powszechna dostępność” (usługi transportu publicznego) w sposób oczywisty nakłada się na „potrzebę o charakterze powszechnym”, o której mowa w art. 3 pkt 3 u.p.w.i.s.p. (np. w 2017 r. spółka PKP Intercity przewiozła 42 834 751 pasażerów i ta liczba utrzymuje tendencję wzrostową).

4.2.2. Utworzenie spółki Skarbu Państwa w celu zaspokajania potrzeb niemających charakteru przemysłowego ani handlowego

Powołana tytułem przykładu spółka PKP Intercity S.A. nie działa w warunkach konkurencyjnych, ponieważ zawarła z ministrem właściwym ds. transportu umowy ramowe o świadczenie usług publicznych w zakresie przewozów międzywojewódzkich¹³⁰. PKP Intercity S.A. korzysta z ustawowej instytucji rekompensaty określonej w rozdziale 6 ustawy o transporcie publicznym („Finansowanie przewozów o charakterze użyteczności publicznej”), który opiera się na mechanizmie pokrywania strat wprost przewidzianym w ustawie (np. w 2015 r. PKP Intercity

¹²⁹ T.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 762.

¹³⁰ Chodzi o Umowę ramową o świadczenie usług publicznych w zakresie międzywojewódzkich kolejowych przewozów pasażerskich pomiędzy Ministrem Infrastruktury działającym w imieniu i na rzecz Skarbu Państwa a spółką PKP Intercity S.A. zawartą 25 lutego 2011 r. w Warszawie na okres 10 lat.

otrzymało z budżetu państwa 484,4 mln złotych dofinansowania do przewozów międzywojewódzkich, w 2016 r. była to kwota 522,9 mln zł, a w 2017 r. 545,5 mln zł). Problem działania w warunkach braku konkurencyjności i ocena charakteru zaspokajanych potrzeb przebiega wedle wytycznych wynikających z europejskiego prawa zamówień publicznych, a przede wszystkim wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 10 maja 2001 r. w sprawach C-223/99 oraz C-260/99 *Agorà Srl, Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano, Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C.* W orzeczeniu dokonano interpretacji „potrzeb niemających charakteru przemysłowego ani handlowego”. Przewodnią wskazówką płynącą z uzasadnienia wyroku TSUE jest konieczność poszukiwania „zjawiska konkurencji” jako kryterium pozwalającego wykluczyć „potrzebę niemającą charakteru przemysłowego ani handlowego”. Swoją pogląd na ten temat TSUE wyłożył punkcie 37 i 38 uzasadnienia ww. wyroku:

„37. Analiza listy [podmiotów wymienionych w Załączniku I do Dyrektywy 71/305/EEC z 26 lipca 1971 – M.B.] ujawnia, że rozważane potrzeby są, co do zasady, po pierwsze, zaspokajane w inny sposób aniżeli poprzez dostępność towarów i usług na rynku oraz, po drugie, takimi, które z powodów związanych z interesem ogólnym to Państwo decyduje się zapewnić bądź nad którymi pragnie zachować decydujący wpływ (szerzej na temat skutku zob. cytowaną uprzednio sprawę BFI Holding, pkt 50 oraz 51).

38. Co więcej, mimo, iż Trybunał stwierdził, że pojęcie «potrzeby niemającej charakteru przemysłowego ani handlowego» nie wyklucza potrzeb, które są lub mogą być również zaspokojone przez przedsięwzięcia prywatne (cytowana uprzednio sprawa BFI Holding, pkt 53), to uznał również, że istnienie znacznej konkurencji [w oryg. *significant competition* – M.B.], a w szczególności okoliczność, iż podmiot staje w obliczu konkurencji na rynku, może wskazywać na brak potrzeby w interesie powszechnym niemającej charakteru przemysłowego ani handlowego

(cytowana uprzednio sprawa BFI Holding, pkt 49)” (przekład własny – M.B.).

Dodatkowo w pkt 40 uzasadnienia wyroku TSUE w sprawach C-223/99 oraz C-260/99 zasugerowano, że czynnikiem wykluczającym zaliczenie do kategorii podmiotów zaspokajających „potrzeby niemające charakteru przemysłowego ani handlowego” jest brak mechanizmu rekompensowania strat finansowych. Sporną działalnością w powołanej sprawie była organizacja targów i wystaw. Trybunał ostatecznie opisał ją w następujących słowach: „Jest oczywiste, że nie obejmuje to potrzeb, które Państwo zwykle decyduje zaspokajać samodzielnie bądź nad którymi pragnie zachować decydujący wpływ” (akapit 41 uzasadnienia w sprawie C-223/99 oraz C-260/99, przekład własny – M.B.).

4.2.3. Nadzór własnościowy Rady Ministrów nad mieniem państwowym jako przesłanka określona w art. 3 pkt 3 lit. c u.p.w.i.s.p.

Jeżeli przyjąć, że działalność danej spółki Skarbu Państwa przybiera charakter komercyjny, to w świetle brzmienia art. 3 pkt 3 lit. c u.p.w.i.s.p. wystarczającą cechą przesądzającą o związaniu ustawą staje się nadzór własnościowy rządu. Nie zmienia tego utworzenie łańcucha spółek Skarbu Państwa (zwłaszcza w świetle instytucji spółki zależnej), ponieważ na gruncie instytucji ponownego wykorzystywania okoliczność posiadania np. 100% akcji spółki PKP Intercity przez spółkę PKP S.A. (kontrolowaną przez Ministra Infrastruktury umocowanego przez Prezesa Rady Ministrów¹³¹) powoduje, że spełniona została przesłanka z art. 3 pkt 3 lit. b

¹³¹ Kompetencje w zakresie nadzoru właścicielskiego nad PKP Intercity S.A. przypadają ostatecznie Prezesowi Rady Ministrów. Prezes Rady Ministrów reprezentuje Radę Ministrów w ramach wykonywania kompetencji określonej w art. 146 ust. 4 pkt 4 Konstytucji RP (ochrona interesów Skarbu Państwa). Prezes Rady Ministrów jest również organem sektora finansów publicznych (zob. art. 9 pkt 1 ustawy o finansach publicznych), co powoduje, że mieści się w hipotezie przepisu art. 3 pkt 3 lit. c u.p.w.i.s.p. Na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1182 ze zm.). Prezes Rady Ministrów jest organem uprawnionym do

u.p.w.i.s.p. Powołana ustawa nie zawęża charakteru posiadania akcji i idącego za tym nadzoru właścicielskiego premiera, ew. właściwego ministra. Posiadanie akcji może więc być „bezpośrednie” lub „pośrednie”. „Preambuła” pkt 3 art. 3 u.p.w.i.s.p. mówi wprost: „Podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio albo pośrednio przez inny podmiot [tn. Prezes Rady Ministrów reprezentujący Skarb Państwa i nadzorujący PKP Intercity za pośrednictwem jej właścicielki – spółki akcyjnej Polskie Koleje Państwowe – M.B.] [...] posiadają ponad połowę udziałów albo akcji”.

Zakończenie

Konstytucyjny status tak szczególnych osób prawnych, jak spółki kapitałowe o wyłącznym lub częściowym udziale Skarbu Państwa, jest bardzo ciekawym wyzwaniem dla prawa konstytucyjnego. Aktualnie nie istnieje klarowna koncepcja traktowania tej grupy spółek, która posiada kapitał mieszany o bezspornie prywatnej charakterystyce. Stykamy się ze skrajnościami: postulatem traktowania tych spółek z jednej strony jako prywatnych, z drugiej jako publicznych przy jednoczesnym przemilczeniu znaczenia prywatnego akcjonariatu. Z tego powodu uważam za konieczne rozpoczęcie dyskusji nad nowym spojrzeniem na charakter własności i innych praw majątkowych osób prawnych o mieszanej strukturze udziałów (akcji), o których była mowa w punkcie I *in fine*.

Z drugiej jednak strony, Konstytucja RP odznacza się pewną niespójnością, skoro pozwala rządowi na tworzenie spółek kapitałowych bez jednoczesnego obowiązku wyraźnego sformułowania przypisywanego im zadania publicznego. Śledzenie aktywności takich podmiotów przez opinię publiczną może zostać znacznie utrudnione

wykonywania praw z akcji należących do PKP S.A., a więc nadzoruje działalność PKP S.A. i spółek od niej zależnych (w tym PKP Intercity S.A.), przy czym to zadanie zdekoncentrowano aktualnie Ministrowi Infrastruktury.

z powodu dość precyzyjnie wskazanych cech kryterialnych. Nie będzie przesadą stwierdzenie, że stopień przejrzystości ingerencji państwa w gospodarce zależy więc od oceny charakteru funktora logicznego, a ostateczny efekt jego wykładni rozstrzyga o poziomie dyscyplinującego efektu jawności. Nie da się ukryć, że prawo Unii Europejskiej poradziło sobie z tym problemem lepiej, posługując się dość elastycznym kryterium wpływu przedsiębiorców publicznych na wolny rynek i możliwości zaspokojenia przezeń potrzeb „niemających charakteru przemysłowego ani handlowego”.