

Agata Jurkowska, Maciej Bernatt\*

## Charakter usług świadczonych przez podmioty sektora pozarządowego w Polsce na tle definicji usług ekonomicznych oraz nieekonomicznych w prawie wspólnotowym<sup>1</sup>

### 1. Wprowadzenie

Celem artykułu jest określenie charakteru usług świadczonych przez podmioty sektora pozarządowego w Polsce na tle definicji „usług ekonomicznych” oraz „usług nieekonomicznych”<sup>2</sup> w prawie wspólnotowym, w szczególności w świetle zakresu zastosowania dyrektywy Parlamentu

---

\* Dr **Agata Jurkowska**, mgr **Maciej Bernatt** – Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego, Wydział Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

<sup>1</sup> Artykuł powstał w oparciu o ekspertyzę przygotowaną przez prof. UW dr hab. T. Skoczego oraz autorów niniejszego artykułu na zlecenie Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej w lutym 2008 r. pt. „Charakter usług świadczonych przez podmioty sektora pozarządowego w Polsce na tle definicji usług ekonomicznych oraz nieekonomicznych w prawie wspólnotowym, w szczególności w świetle zakresu dyrektywy o usługach na rynku wewnętrznym 2006/123/WE, z uwzględnieniem orzecznictwa ETS”.

<sup>2</sup> W artykule zachowujemy termin „usługi o charakterze nieekonomicznym”, użyty w art. 2 ust. 2 lit. a DU. W zasadzie należałoby więc posługiwać się terminem „usługi o charakterze niegospodarczym” lub „usługi niegospodarcze”. Nie istnieje bowiem żaden racjonalny powód użycia w polskiej wersji dyrektywy 2006/123/WE, a w konsekwencji stosowania w języku prawniczym, naukowym lub doradczym, terminu „nieekonomiczny” na określenie angielskiego *non-economic* i niemieckiego *nicht-wirtschaftliche*, skoro chodzi tu w każdym języku o przymiotnik pochodzący od słowa gospodarka (jako system realnie istniejący), a nie ekonomia (jako wiedza o tym systemie). Terminu „działalność gospodarcza” (*economic activity*) używa się zresztą w Polsce zarówno w języku prawnym (np. w Ustawie o swobodzie działalności gospodarczej z 2004 r. czy Ustawie o działalności pożytku publicznego i wolontariacie z 2003 r.), jak i prawniczym.

Europejskiego i Rady 2006/123/WE z 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym<sup>3</sup> (dalej: DU, dyrektywa lub dyrektywa usługowa), z uwzględnieniem orzecznictwa ETS. Wstępna analiza podejmowanej kwestii pozwala wyróżnić trzy grupy problemów:

1) zagadnienia związane z kontekstem podmiotowym „usług nieekonomicznych w interesie ogólnym” (czy „podmioty sektora pozarządowego” mogą być uznane za świadczące usługi ekonomiczne i/lub usługi nieekonomiczne?),

2) zagadnienia związane z kontekstem przedmiotowym „usług nieekonomicznych w interesie ogólnym” (co to są „usługi nieekonomiczne”? jakie usługi świadczone są „w interesie ogólnym?”),

3) zagadnienia związane z kontekstem finansowym „usług nieekonomicznych w interesie ogólnym” (jakie znaczenie dla rozumienia „usług nieekonomicznych w interesie ogólnym” ma ich finansowanie budżetowe – z dotacji budżetowej?, czy pobieranie częściowego wynagrodzenia lub niepobieranie żadnego wynagrodzenia ma wpływ na kwalifikację prawną tych usług?, jakie znaczenie dla rozumienia „usług nieekonomicznych w interesie ogólnym” ma działanie bez osiągnięcia zysku lub przekazywanie całości zysku na cel społeczny?).

## **2. Zakres zastosowania dyrektywy usługowej i normatywne wyłączenie spod niego „usług o charakterze nieekonomicznym w interesie ogólnym” (art. 2 ust. 2 lit. a dyrektywy 2006/123/WE)**

Dla generalnego określenia przedmiotu i zakresu zastosowania dyrektywy 2006/123/WE zasadnicze znaczenia ma zdefiniowanie „usługi” w art. 4 pkt 1 DU. Według tej definicji usługą jest „wszelka działalność gospodarcza prowadzona na własny rachunek, zwykle świadczona za wynagrodzeniem, zgodnie z art. 50 Traktatu [TWE – przyp. aut.]”. Definicja ta, stanowiąca jedynie rozwinięcie definicji traktatowej, nie pozostawia wątpliwości, że chodzi o „działalność gospodarczą”,<sup>4</sup> czyli na-

<sup>3</sup> Dz.Urz. UE, L 376, 27.12.2006, s.36.

<sup>4</sup> Warto podkreślić, że w polskiej wersji dyrektywy użyto tu – prawidłowo – terminu „działalność gospodarcza”, a nie „ekonomiczna”. Na przesłance *any economic activity* bazuje też definicja angielskojęzycznej wersji dyrektywy. W wersji niemieckojęzycznej przesłanka ta nie występuje (jede Tätigkeit), zapewne dlatego, że „charakter gospodarczy” usług wynika wprost z art. 50 TWE.

stawioną na osiągnięcie zysku, prowadzoną przez „usługobiorcę” (zdefiniowanego w art. 4 pkt 2 DU) na „własny rachunek”.<sup>5</sup> W pkt 34 preambuły do DU prawodawca wspólnotowy podkreśla, że „zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, ocena tego, czy niektóre rodzaje działalności, w szczególności działalność finansowana ze środków publicznych lub świadczona przez podmioty publiczne, są »usługą«, musi być przeprowadzana w odniesieniu do indywidualnych przypadków (...). Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że podstawowe kryterium odpłatności oznacza istnienie wynagrodzenia za dane usługi, i uznał, że kryterium odpłatności nie jest spełnione w przypadku działalności prowadzonej bez wynagrodzenia, przez państwo lub w imieniu państwa w związku z wypełnianiem jego obowiązków w dziedzinie ochrony socjalnej, kultury, edukacji i sądownictwa. Te rodzaje działalności nie wchodzą w zakres definicji usługi zawartej w art. 50 Traktatu i tym samym nie są objęte zakresem zastosowania niniejszej dyrektywy”.

Najważniejsze wyłączenie spod zakresu stosowania dyrektywy dotyczy tzw. usług w ogólnym interesie gospodarczym. Dyrektywa zawiera tylko przepis, zgodnie z którym „niniejsza dyrektywa nie dotyczy liberalizacji usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym zarezerwowanych dla podmiotów publicznych lub prywatnych ani prywatyzacji podmiotów publicznych świadczących usługi” (art. 1 ust. 2 DU). Więcej, dyrektywa ta „nie ogranicza swobody państw członkowskich w zakresie zdefiniowania, w zgodzie z prawem wspólnotowym, usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym” (art. 1 ust. 3 zd. 2 DU).

Dyrektywa 2006/123/WE zawiera ponadto liczne wyłączenia spod zakresu jej zastosowania wymienione obok „usług o charakterze nieekonomicznym w interesie ogólnym” (art. 2 ust. 2 lit. a DU).<sup>6</sup> Spod zakresu zastosowania DU wyłączone są *explicite* jeszcze dwa rodzaje usług: zdrowotne i społeczne,<sup>7</sup> świadczone – na poziomie krajowym, regionalnym lub lokalnym – przez usługodawców upoważnionych do tego przez

---

<sup>5</sup> W wersji angielskojęzycznej przesłanka określona jest słowem *self-employed*, a w wersji niemieckojęzycznej – słowem *selbständige*; polskie określenie: „na własny rachunek”.

<sup>6</sup> Przepisy dyrektywy wyłączają spod zakresu jej zastosowania usługi finansowe, usługi i sieci komunikacji elektronicznej, usługi w dziedzinie transportu, usługi agencji pracy tymczasowej, audiowizualne, usługi działalności hazardowej, ochrony osobistej oraz świadczone przez notariuszy i komorników powołanych na mocy aktu urzędowego.

<sup>7</sup> Należy w tym miejscu zaznaczyć, że w polskojęzycznej wersji dyrektywy na określenie ang. *social* czy niem. *sozial* używa się zamiennie i niekonsekwentnie pojęć „społeczny” i „socjalny”.

państwo lub organizacje charytatywne (ang. *charities*; niem. *gemeinützig*), uznane za takie przez państwo, związane z budownictwem socjalnym, opieką nad dziećmi oraz pomocą rodzinom i osobom będącym stale lub tymczasowo w potrzebie (art. 2 ust. 2 lit. j DU). Umieszczenie odrębnych wyłączeń dla tych dwóch rodzajów „usług” jest zaskoczeniem. Zgodnie z zasadami legislacji i wykładni prawa, trzeba byłoby bowiem przyjąć, że także w ich przypadku brak wyłączenia sprawiłby, że wchodziłyby one w zakres zastosowania dyrektywy 2006/123/WE. Tymczasem postanowienia art. 2 ust. 2 lit. f, i, j<sup>8</sup> wyraźnie wskazują, że chodzi tu o usługi o charakterze niegospodarczym.

Z przepisów art. 1–3 DU wynika, że jej zakres zastosowania jest bardzo ograniczony; stosuje się ona – co do zasady – tylko do „usług” (usług o charakterze gospodarczym) w sektorach niesieciowych (nieinfrastrukturalnych) świadczonych przez usługodawców odpłatnie, czyli w zamian za gospodarcze świadczenie wzajemne. Nie stosuje się natomiast – także co do zasady – do usług zdrowotnych i społecznych, nawet jeśli są świadczone odpłatnie. Przed badaniem, czy określona działalność spełnia przesłanki wyłączenia dla „usług o charakterze nieekonomicznym w interesie ogólnym” (art. 2 ust. 2 lit. a DU), należy zatem ustalić, czy dana działalność usługowa nie podlega wyłączeniu na podstawie pozostałych przepisów art. 1–3 DU.

Dla niniejszego artykułu najistotniejsze jest, że dyrektywa potwierdza *explicite*, że usługi świadczone w interesie ogólnym (o ile nie są „usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym”) nie są objęte definicją w art. 50 TWE, a zatem nie są objęte zakresem zastosowania niniejszej dyrektywy (pkt 17 preambuły). Dyrektywa 2006/123/WE nie definiuje jednak „usług w interesie ogólnym”.

### **3. „Usługi o charakterze nieekonomicznym w interesie ogólnym” – kontekst przedmiotowy**

#### **3.1. Wprowadzenie**

Analiza pojęcia „usług o charakterze niegospodarczym w interesie ogólnym” wymaga dookreślenia następujących elementów koncepcyjnych: 1) działalność usługowa, 2) przedmiot działalności, 3) interes ogólny.

Definiowanie wskazanych elementów oraz omawianego pojęcia kompleksowo musi również uwzględniać korelacje z innymi, zbliżony-

---

<sup>8</sup> Zob. także: pkt 22 i 27 preambuły DU.

mi pojęciami pojawiającymi się w *acquis communautaire*. Ogólny kontekst terminologiczny wydaje się tym ważniejszy, że „usługi o charakterze niegospodarczym w ogólnym interesie” nie są pojęciem traktatowym. Traktat posługuje się tylko – w art. 16 i 86 – kategorią „usług w ogólnym interesie gospodarczym” (ang. *services of general economic interest*), która jednak nie jest precyzyjnie definiowana ani w prawie pierwotnym, ani we wtórnym. Na podstawie wspólnotowego orzecznictwa i praktyki decyzyjnej można jednak stwierdzić, że usługi w ogólnym interesie gospodarczym obejmują działalność gospodarczą o charakterze użyteczności publicznej. Komisja Europejska zaczęła posługiwać się jednak szerszą kategorią pojęciową, tj. „usługi w ogólnym interesie”, obejmującą zarówno usługi rynkowe (*market services*), jak i nierynkowe (*non-market services*), „które władze publiczne klasyfikują jako usługi użytku publicznego i które podlegają określonym zobowiązaniom z tytułu świadczenia usług publicznych”.<sup>9</sup> Niestety, KE nie podjęła się precyzyjnego wyjaśnienia pojęcia „usługi nierynkowe (niegospodarcze)”. W świetle powyższego należy jednak uznać, że usługi niegospodarcze w ogólnym interesie w znacznym stopniu wykazują cechy charakterystyczne dla usług w ogólnym interesie gospodarczym.

### 3.2. Działalność usługowa jako działalność gospodarcza?

Definicja działalności gospodarczej wypracowana w orzecznictwie ETS opiera się w gruncie rzeczy na dwóch przesłankach: 1) oferowaniu towarów lub usług, 2) oferowaniu towarów lub usług na rynku.<sup>10</sup>

Fakt, że podmiot nabywa różne towary i usługi na rynku nie przesądza jeszcze o gospodarczym charakterze działalności, na rzecz której owe produkty i usługi są nabywane.<sup>11</sup> Jak podkreślił SPI w wyroku w spra-

---

<sup>9</sup> Zob.: Komunikat Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, Biała Księga w sprawie usług w interesie ogólnym, 12.05.2004, COM(2004) 374 final, Załącznik 1, s. 22 (dalej: Biała Księga w sprawie usług w interesie ogólnym).

<sup>10</sup> Wyrok SPI z 12.12.2004 r. w sprawie T-155/04 *Selex*, Zb. Orz. 2006, s. II-4797, pkt 61. Zob. także: wyrok SPI z 12.12.2000 r. w sprawie T-128/98 *Aéroports de Paris v. KE*, ECR 2000, s. II-3929, pkt 107, oraz wyroki ETS: z 23.04.1991 r. w sprawie C-41/90 *Höfner i Elser*, ECR 1991, s. I-1979, pkt 21; z 16.11.1995 r. w sprawie C-244/94 *Fédération française des sociétés d'assurances i in.*, ECR 1995, s. I-4013, pkt 14; z 11.12.1997 r. w sprawie C-55/96 *Job Centre*, ECR 1997, s. I-7119, pkt 21; z 18.06.1998 r. w sprawie C-35/96 *KE v. Włochy*, ECR 1998, s. I-3851, pkt 36; z 12.09.2000 r. w sprawie C-180/98 do C-184/98 *Pavlov i in.*, ECR 2000, s. I-6451, pkt 74.

<sup>11</sup> T-155/04 *Selex*, pkt 64, 67.

wie T-319/99 *Fenin* „podmiot, który nabywa towary – nawet w dużej ilości – nie w celu oferowania towarów i usług jako części prowadzonej działalności gospodarczej, ale w celu wykorzystania ich na potrzeby innej działalności, w tym takiej o charakterze czysto socjalnym, nie zachowuje się jak przedsiębiorstwo tylko dlatego, że jest ono nabywcą na danym rynku”.<sup>12</sup> To stanowisko SPI podtrzymał ETS w wyroku w sprawie C-205/03 *Fenin* wydanym wskutek apelacji od wyroku SPI.<sup>13</sup>

Co do drugiej przesłanki, uznanie działalności za działalność gospodarczą wymaga wskazania istnienia rynku.<sup>14</sup>

### 3.3. Przedmiot niegospodarczej działalności usługowej

Wskazanie przedmiotu niegospodarczej działalności usługowej jest możliwe tylko przez odniesienie się do przykładowych obszarów wymienionych w orzecznictwie i aktach niewiążących KE. Wśród usług w ogólnym interesie (a tym samym – jeśli spełniony jest warunek finansowania – niegospodarczych w ogólnym interesie) wymienia się usługi z zakresu opieki społecznej, zdrowotnej, kultury, edukacji czy polegające na nadawaniu programów telewizyjnych i radiowych. Usługi z zakresu zaopatrzenia w wodę, wywozu nieczystości i telekomunikacji będą miały natomiast raczej status usług w ogólnym interesie gospodarczym niż niegospodarczych. Komunikat KE o usługach w ogólnym interesie z 2007 r.<sup>15</sup> wymienia wśród usług niegospodarczych „tradycyjne prerogatywy państwowe, takie jak działalność policji, wymiaru sprawiedliwości, systemu opieki społecznej”.<sup>16</sup> Komisja Europejska stwierdza, że

<sup>12</sup> Wyrok SPI z 4.03.2003 r. w sprawie T-319/99 *Fenin*, ECR 2003, s. II-357, pkt 37.

<sup>13</sup> Zob. także: pkt 26 wyroku ETS (apelacji) z 11.07.2006 r. w sprawie C-205/03 *Fenin*, Zb. Orz. 2006, s. I-6295, gdzie Trybunał stwierdził: „Sąd słusznie wywiódł w pkt 36 zaskarżonego wyroku, że oceniając charakter działalności zakupu produktu, nie należy oddzielać od tej działalności późniejszego wykorzystania tego produktu i że charakter działalności zakupu bezwzględnie zależy od tego, czy późniejsze wykorzystanie zakupionego produktu ma charakter gospodarczy, czy też nie ma takiego charakteru”.

<sup>14</sup> T-155/04 *Selex*, pkt 61.

<sup>15</sup> Komunikat Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów: Accompanying the Communication on „A single market for 21st century Europe”. Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment COM(2007) 725 final; dalej: Komunikat KE w sprawie usług w interesie ogólnym, 2007.

<sup>16</sup> W tym miejscu należy przypomnieć, że wykonywanie władzy publicznej korzysta z wyłączenia spod swobody przepływu usług na mocy art. 45 w związku z art. 50 TWE.

usługi tego rodzaju nie są poddane regułom traktatu dotyczącym rynku wewnętrznego i konkurencji, najwyżej niektóre aspekty organizowania i świadczenia usług niegospodarczych mogą być poddane innym regułom TWE, takim jak zasada niedyskryminacji.<sup>17</sup>

Zarówno w dyrektywie, jak i w prawie wtórnym pojawia się także pojęcie „usług socjalnych”<sup>18</sup> (*social services*). Nie mogą być one utożsamiane z usługami niegospodarczymi, gdyż – jak stwierdza wprost KE w Komunikacie w sprawie usług socjalnych<sup>19</sup> – usługi socjalne mogą mieć zarówno charakter niegospodarczy, jak i gospodarczy. Charakterystyka usług socjalnych zaproponowana przez KE wskazuje na to, że kategoria ta obejmuje działalność wykonywaną z reguły przez organizacje pozarządowe. Wśród cech usług socjalnych KE wymienia m.in. działanie w oparciu o zasadę solidarności, działalność nienastawioną na zysk, lecz skoncentrowaną szczególnie na najtrudniejszych sytuacjach; uczestnictwo wolontariuszy, dawanie wyrazu potencjałowi obywatelskiemu; silne zakorzenienie w (lokalnej) tradycji kulturowej; niesymetryczny stosunek dostarczyciela do odbiorcy usług, którego nie można sprowadzić do normalnej relacji usługodawca – konsument i który wymaga udziału trzeciej, finansującej strony.<sup>20</sup> Tradycyjnie usługi tego rodzaju (klasyfikowane jako socjalne) postrzegane były jako niegospodarcze, jednak – jak słusznie zauważa KE – rosnąca skala *outsourcingu* tego rodzaju usług może powodować, że wiele przypadków takiej działalności będzie podlegać regułom TWE. Komisja w Komunikacie w sprawie usług socjalnych konstatuje, że „*niemal wszystkie usługi należące do dziedziny socjalnych można uznać za »działalność gospodarczą« w rozumieniu art. 43 i 49 TWE*”.<sup>21</sup>

### 3.4. Usługi w interesie ogólnym

Immanentną cechą usług w ogólnym interesie powinien być wysoki poziom ochrony konsumentów i użytkowników oznaczający przede wszystkim: 1) dostęp do usług (w wymiarze transgranicznym) na całym

---

<sup>17</sup> Komunikat KE w sprawie usług w interesie ogólnym, 2007, pkt 2.1., s. 4, pkt 3, s. 10.

<sup>18</sup> Termin ten z powodzeniem mógłby być tłumaczony jako „usługi społeczne”, jednak polskie oficjalne wersje tłumaczeń wspólnotowych dokumentów posługują się właśnie pojęciem „usług socjalnych”.

<sup>19</sup> Realizacja wspólnotowego programu lizbońskiego: Usługi socjalne użyteczności publicznej w Unii Europejskiej, COM(2006) 177 final, dalej: Komunikat KE w sprawie usług socjalnych.

<sup>20</sup> Ibidem, s. 5.

<sup>21</sup> Ibidem, pkt 2.1, s. 7.

terytorium UE oraz dla wszystkich grup populacji, 2) dostępność cenową usług, w tym także dla osób z niskimi dochodami, 3) bezpieczeństwo fizyczne, 4) ciągłość, 5) wysoką jakość, 6) odpowiedni wybór, 7) przejrzystość, 8) dostęp do informacji od dostawców i regulatorów.<sup>22</sup> Niewątpliwie cechy te mogą, a nawet powinny, charakteryzować także funkcjonowanie podmiotów działających nie dla zysku, w tym organizacji pożytku publicznego. W ramach *acquis communautaire* obok pojęcia „usług w ogólnym interesie” pojawia się również pojęcie „usług powszechnych” (*universal services*). Akcentuje ono z jednej strony prawo każdego obywatela do dostępu do pewnych usług uważanych za kluczowe (*essential*), z drugiej zaś nakłada na dostawcę zobowiązania w zakresie oferowania określonych usług na szczególnych uzgodnionych warunkach, w tym dotyczących dostępności terytorialnej usług i cen.<sup>23</sup> Pojęcie „interesu ogólnego” może być interpretowane również w taki sposób, że skoro dotyczy usług kluczowych dla danej społeczności, to odpowiedzialność za ich świadczenie spoczywa na organach władzy publicznej (różnych szczebli). To one powinny decydować o charakterze i zakresie usług w ogólnym interesie, a także o tym, czy będą wykonywać te usługi samodzielnie, czy też zlecać je innym podmiotom, prywatnym lub publicznym, działającym dla zysku lub których działalność nie jest nastawiona na zysk.<sup>24</sup>

W świetle dotychczasowych doświadczeń praktyki i orzecznictwa wspólnotowego można stwierdzić, że działalność w sferze interesu społecznego, interpretowanego jako „interes ogólny”, może wykazywać charakter niegospodarczy. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że nie każda działalność w interesie społecznym automatycznie ma status niegospodarczej. Przedmiotowy charakter działalności organizacji pozarządowej jest tylko jedną z kilku, nie zaś jedyną, przesłanką uznania tejże działalności za niegospodarczą.

#### **4. „Usługi o charakterze nieekonomicznym w interesie ogólnym” – kontekst podmiotowy**

Przepisy traktatu dotyczące swobód rynku wewnętrznego, a także reguły konkurencji, znajdują zastosowanie jedynie wobec przedsiębiorców. Na gruncie utrwalonego orzecznictwa wspólnotowego pojęcie przedsiębiorcy (przedsiębiorstwa) obejmuje „każdą jednostkę wykonującą dzia-

---

<sup>22</sup> Biała Księga w sprawie usług w interesie ogólnym, s. 9.

<sup>23</sup> Ibidem, s. 8.

<sup>24</sup> Zob.: Komunikat KE o usługach w interesie ogólnym, s. 4.

talność gospodarczą, niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania” (T-155/04 *Selex*, pkt 50). Formalny status przedsiębiorcy nie jest jednak czynnikiem decydującym o tym, czy dana działalność uznana zostanie za działalność gospodarczą, czy też nie. Europejski Trybunał Sprawiedliwości zaleca nawet, aby badanie, czy dany rodzaj aktywności podmiotu jest działalnością gospodarczą, przeprowadzać z uwzględnieniem orzecznictwa.<sup>25</sup> Zalecenie to czyni jeszcze trudniejszym rozgraniczenie usług niegospodarczych i gospodarczych, gdyż orzecznictwo ETS nie jest bynajmniej w tym obszarze jednolite. Funkcjonalna wykładnia art. 48 TWE, poparta dorobkiem orzeczniczym, skłania do wniosku, że wykluczenie dla organizacji *not-for-profit* przewidziane w tym przepisie nie ma charakteru absolutnego, tj. nie dotyczy każdego obszaru, rodzaju i wymiaru działalności podmiotów o formalnym statusie organizacji niedziałających dla zysku. Z orzecznictwa ETS, zwłaszcza w obszarze prawa ochrony konkurencji, wynika, że dla określenia statusu przedsiębiorcy (a co za tym idzie – możliwości stosowania wspólnotowych reguł konkurencji) dużo większe znaczenie ma przedmiotowy i finansowy wymiar analizowanej działalności niż charakter (status) wykonującego go podmiotu.<sup>26</sup> Należy założyć, że wykluczając spod definicji spółki w art. 48 TWE podmioty nienastawione na zysk, prawodawca wspólnotowy kierował się przesłanką, iż podmioty tego rodzaju nie prowadzą działalności gospodarczej. Tymczasem ustawodawstwa wiele krajów, m.in. Polski, zezwala, aby podmioty niedziałające (co do zasady) dla zysku prowadziły działalność gospodarczą, z tym że osiągnięty przez nie zysk musi być przeznaczony na realizację zadań podstawowych (statutowych) danej organizacji. Sposób wykorzystania zysku z działalności gospodarczej, czy wręcz sam fakt osiągania (lub nie) zysku, nie jest czynnikiem decydującym o kwalifikowaniu działalności podmiotów jako gospodarczej. Można także uznać, że w ramach wykonywanej w dozwolonych prawem ramach działalności gospodarczej podmioty o statusie *not-for-profit* tracą niejako swój szczególny status, gdyż prowadząc działalność gospodarczą, dążą jednak do wypracowania jakiegось zysku. Pogląd taki ETS zaprezentował w wyroku w sprawie C-244/94 *FFSA i in.*,<sup>27</sup> a następnie powtórzył w wyroku w sprawie C-67/96 *Albany*, gdzie stwierdził, że brak motywu dochodowego oraz istnienie pew-

---

<sup>25</sup> Zob. także wyroki w sprawach: C-41/90 *Höfner i Elser*, pkt 21; C-244/94 *Fédération française des sociétés d'assurances i in.*, pkt 14; C-55/96 *Job Centre*, pkt 21; C-35/96 *KE v. Włochy*, pkt 36; C-180/98 do C-184/98 *Pavlov i in.*, pkt 74.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> Zob. C-244/94 *Fédération française des sociétés d'assurances i in.*, pkt 21.

nych elementów wskazujących na realizację zasady solidarności nie wystarczają, aby pozbawić dany podmiot (w omawianej sprawie – sektorewy fundusz emerytalny) statusu przedsiębiorcy.<sup>28</sup>

Ocenie ETS podlegała wielokrotnie działalność organizacji prowadzących działalność charytatywną. Prawo wspólnotowe wprowadza jako zasadę zwolnienie podmiotów prowadzących działalność charytatywną od obowiązku płacenia podatku VAT.<sup>29</sup> Jednakże w konkretnych stanach faktycznych ETS sprawdzał, czy działalność prowadzona przez organizację, która podmiotowo uznana jest za charytatywną, ma charakter nieekonomiczny i nie jest nastawiona na osiąganie zysku. Każdorazowo przy ocenie dokonywanej przez ETS badany był więc faktyczny charakter działalności danego podmiotu, a nie jego formalny status organizacji charytatywnej. Obowiązek płacenia podatku VAT decyduje o traktowaniu danej działalności podejmowanej przez organizację społeczną jako działalności o charakterze ekonomicznym. W wyroku w sprawie C-415/04 *Stichting Kinderopvang Enschede*<sup>30</sup> ETS uznał, że zwolnienie z obowiązku płacenia podatku VAT może dotyczyć organizacji, która pośredniczy w zawieraniu umów opieki nad dziećmi. Warunkiem jest jednak wysoka jakość oraz unikalny charakter z punktu widzenia potrzeb społecznych świadczonej przez organizację usługi. Z kolei za działalność, która nie jest zwolniona z podatku VAT, ETS w wyroku w sprawie C-203/99 *Henning Vedfald*<sup>31</sup> uznał produkcję na rzecz służby zdrowia, która jest finansowana ze środków publicznych i za którą pacjent bezpośrednio nie płaci. Z kolei w wyroku w sprawie C-430/04 *Feuerbestattungsverein Halle*<sup>32</sup> ETS uznał, że zwolnienie z podatku VAT będzie niedopuszczalne w odniesieniu do podmiotu prowadzącego działalność natury prospołecznej (w danym przypadku krematorium), jeżeli na skutek tego mogłoby dojść do zakłócenia wolnej konkurencji. Trybunał nie przesądził dotąd w swoim orzecznictwie o tym, że fakt prowadzenia w jednym państwie członkowskim działalności charytatywnej

---

<sup>28</sup> Wyrok ETS z 21.09.1999 r. w sprawie C-67/96 *Albany*, ECR 1999, s. I-5751, pkt 85.

<sup>29</sup> Por.: art. 13A(1)(g) VI dyrektywy nr 77/388/EWG z 17.05.1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych, O.J., L 145, 13.06.1977, s. 1.

<sup>30</sup> Wyrok ETS z 9.02.2006 r. w sprawie C-415/04 *Stichting Kinderopvang Enschede*, Zb. Orz. 2006, s. I-1385, pkt 30.

<sup>31</sup> Wyrok ETS z 10.05.2001 r. w sprawie C-203/99 *Henning Vedfald*, ECR 2001, s. I-3569, pkt 21.

<sup>32</sup> Wyrok ETS z 8.06.2006 r. w sprawie C-430/04 *Feuerbestattungsverein Halle*, Zb. Orz. 2006, s. I-4999, pkt 26.

i uzyskanie tam zwolnienia podatkowego z tego tytułu oznacza uzyskanie takiego samego statusu w innym państwie członkowskim. Co do zasady zwolnienie takie będzie możliwe dopiero po spełnieniu warunków tego drugiego państwa członkowskiego.<sup>33</sup>

Uwzględniając specyfikę usług niegospodarczych, należy stwierdzić, że mogą być świadczone przez następujące podmioty:

- 1) organy władzy publicznej – w zakresie, w jakim nie działają jak przedsiębiorcy, ale wykonują zadania publiczne (misję publiczną);
- 2) podmioty nie działające dla zysku (*non profit*) – w zakresie tzw. działalności statutowej, nie zaś w obszarze działalności gospodarczej, z której dochód może być przeznaczony na realizację celów statutowych (zadań) podmiotu (organizacji); w tym ostatnim zakresie podmioty te działają jak przedsiębiorcy;
- 3) przedsiębiorców (publicznych lub prywatnych) – w zakresie innym niż prowadzona przez nich działalność gospodarcza.

W Komunikacie w sprawie usług w interesie ogólnym z 2007 r. KE podkreśliła, że o tym, czy działalność ma charakter gospodarczy, czy niegospodarczy, decyduje nie prawny status podmiotu podejmującego tę działalność ani charakter usługi, ale „*sposób, w jaki dana działalność jest wykonywana, organizowana i finansowana*”.<sup>34</sup> Odnosząc się zatem do podstawowych problemów poruszanych w niniejszym artykule, uznać należy, że ani działanie bez osiągania zysku, ani przekazywanie osiągniętego zysku na cel społeczny nie stanowią przesłanek działalności (usług) niegospodarczej. Z drugiej strony okoliczność, że organizacja pozarządowa prowadzi działalność gospodarczą, nie przesądza *a priori*, że każde działanie tego podmiotu ma charakter gospodarczy.

## **5. „Usługi o charakterze nieekonomicznym w interesie ogólnym” – kontekst finansowy**

„Odpłatność” jako pozytywna przesłanka definicyjna usług świadczonych na rynku wewnętrznym nie została zdefiniowana ani w TWE, ani w prawie wtórnym. Dla jej rozumienia decydujące znaczenie ma zatem orzecznictwo sądów wspólnotowych. Można przyjąć, że za sytuację typo-

---

<sup>33</sup> Wyrok ETS z 14.09.2006 r., C-386/04 *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, Zb. Orz. 2006, s. I-8203, pkt 62.

<sup>34</sup> Komunikat w sprawie usług w interesie ogólnym, pkt 2.1., s. 5.

wą dla (traktowanych gospodarczo) usług sądy te uznają istnienie wynagrodzenia pozostającego w gospodarczym związku z daną usługą (jej ilością, jakością i wartością). Nie musi być ono wszakże płacone przez samego usługobiorcę. Cecha ta została też wysunięta na plan pierwszy w definicji „usługi” zawartej w art. 4 pkt 1 DU.<sup>35</sup> Z orzecznictwa wspólnotowego na gruncie art. 49 i dalszych TWE nie wynikają natomiast żadne wskazówki dotyczące znaczenia odpłatności (wynagrodzenia) za usługę dla usługodawcy oraz przeznaczenia wpływów z działalności usługowej.

Niegospodarczy charakter usług może być rozumiany w trojaki sposób:

- a) dostarczenie usługi nie wiąże się z żadnymi kosztami; stwierdzenie takie z góry należy odrzucić jako nieprawdziwe, każda usługa ma bowiem swój koszt wytworzenia, nawet jeśli wykonywana jest w ramach podstawowej (tzw. statutowej) działalności pomiotu (organizacji);<sup>36</sup>
- b) dostarczenie usługi ma na celu wyłącznie zaspokojenie określonych potrzeb, a nie wypracowanie zysku w sensie gospodarczym (swoistym „zyskiem” jest tutaj „korzyść” społeczna, np. w postaci zmniejszenia liczby osób bezdomnych);
- c) za dostarczoną usługę nie płaci bezpośredni beneficjent (odbiorca), gdyż koszt jej wytworzenia i realizacji przerzucony jest na inny podmiot; ewentualnie beneficjent ponosi tylko częściowy koszt dostarczonej usługi. Inaczej mówiąc, usługi niegospodarcze są nieodpłatne lub częściowo odpłatne dla bezpośrednich odbiorców.

Na potrzeby definiowania kategorii „usług o charakterze niegospodarczym w ogólnym interesie” słuszne wydaje się przyjęcie interpretacji „niegospodarczego” charakteru usług w duchu zarówno pkt b), jak i pkt c). Przyjęcie założenia poczynionego w pkt b) pozwala wnioskować między innymi, że usługami niegospodarczymi nie będą usługi realizowane w ramach systemu zamówień publicznych. Artykuł 1 lit. a) dyrektywy 92/50/EWG, odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi,<sup>37</sup> przewiduje, że zamówienia publiczne

<sup>35</sup> Por. także: pkt 33 preambuły DU.

<sup>36</sup> Por.: Opinia Komitetu Ekonomiczno-Społecznego z 6.07.2006 r. w sprawie przyszłości usług w ogólnym interesie, pkt 5.3, gdzie Komitet Ekonomiczno-Społeczny stwierdza: „*nawet usługi świadczone na zasadzie not-for-profit lub charytatywnie wiążą się z pewną wartością gospodarczą, co jednak nie powoduje, że podlegają automatycznie wspólnotowemu prawu konkurencji*”.

<sup>37</sup> Dyrektywa Rady 92/50/EWG z 18.06.1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, O.J., L 209, 24.07.1992, s. 1.

na usługi oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie między usługodawcą a instytucją zamawiającą. Cena usług dostarczanych w ramach systemu zamówień publicznych obejmuje nie tylko koszt ich wytworzenia, ale także zysk (gospodarczy) dla podmiotu wykonującego zamówione usługi. Mimo że mamy w tym przypadku do czynienia z finansowaniem ze środków publicznych, działalność usługodawców ma wymiar jak najbardziej rynkowy (gospodarczy). Do kwestii tych nawiązuje wyrok w sprawie C-532/03 *KE v. Irlandia*,<sup>38</sup> w którym ETS zasugerował, że przepisami o swobodzie przepływu usług i swobodzie przedsiębiorczości (a w związku z tym i przepisami o zamówieniach publicznych) niekoniecznie muszą być objęte usługi o charakterze publicznym świadczone przez dany podmiot „w ramach własnych kompetencji, wywiedzionych bezpośrednio z ustawy i z wykorzystaniem własnych funduszy, mimo że władza [chodzi o regionalny urząd ds. ochrony zdrowia – przyp. aut.] otrzymuje na ten cel środki pokrywające część wydatków odpowiadających kosztowi tych usług”.<sup>39</sup> Dalej ETS stwierdził: „samo istnienie między dwoma podmiotami publicznymi mechanizmu finansowania dotyczącego takich usług nie oznacza, że świadczenie danych usług stanowi udzielenie zamówienia publicznego, które należałoby oceniać w świetle podstawowych postanowień Traktatu”.<sup>40</sup> Z powyższych twierdzeń ETS można wywieść, że nawet częściowo „odpłatne” (w rozumieniu transferu środków) usługi mogą mieć wymiar usług niegospodarczych.

Z podobnym zagadnieniem spotykamy się w związku z przyznawaniem dotacji budżetowych na wykonywanie działalności określonego rodzaju przez organizacje pozarządowe. W swojej istocie administracyjna procedura przyznawania dotacji jest zbliżona do systemu zamówień publicznych. Wybór ofert w przypadku przyznawania dotacji opiera się często na takich samych przesłankach jak wybór ofert w przetargach: efektywność finansowa, jakość usług, doświadczenie podmiotu ubiegającego się o dotację. Fakt, że środki budżetowe przyznawane są w procedurze administracyjnej, nie wyklucza bynajmniej, iż finansowana przez te środki działalność ma charakter gospodarczy, zwłaszcza jeśli w grę wchodzi usługi, które, nawet jeśli należą do sfer prerogatyw państwa (kultura, edukacja itp.), podlegają procesowi *outsourcingu* do trzeciego sektora. W takiej sytuacji mamy do czynienia w gruncie rzeczy z konkurencją

---

<sup>38</sup> Wyrok ETS z 18.12.2007 r. w sprawie C-532/03 *KE v. Irlandia*, Zb. Orz. 2007, s. I-11353.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pkt 35.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pkt 37.

po stronie organizacji pozarządowych. Niemniej jednak nie można lekceważyć stanowiska ETS dotyczącego definicji działalności gospodarczej, wyrażonego w wyroku w sprawie C-475/99 *Ambulanz Glöckner*<sup>41</sup>, zgodnie z którym fakt, że podmiot nie zamierza osiągać zysku z prowadzonej działalności nie pozbawia jej wymiaru gospodarczego. Z kolei w świetle założenia poczynionego w pkt c) należy stwierdzić, że niepobieranie żadnego wynagrodzenia od usługobiorcy nie przesądza o niegospodarczym charakterze usługi, gdyż istnieją inne źródła finansowania usług (np. bezpośrednie finansowanie z budżetu, przyznawanie praw specjalnych lub wyłącznych, tzw. uśrednianie opłat). Co do zasady należy uznać, że środki budżetowe przekazywane w związku ze świadczeniem usług mogą stanowić wynagrodzenie w rozumieniu art. 50 TWE (w związku z czym mamy do czynienia z usługą gospodarczą), nawet jeśli transferowane są jedynie w takiej wysokości, aby pokryć koszty wytworzenia usługi (bez zysku). W wyroku w sprawie C-281/06 *Jundt* ETS podkreślił: „charakterystyczna cecha wynagrodzenia tkwi w okoliczności, że stanowi ono gospodarcze świadczenie wzajemne wobec spornego świadczenia”,<sup>42</sup> „przy czym nie jest konieczne w tym zakresie, aby podmiot świadczący dążył do osiągnięcia zysku”.<sup>43</sup> Sprawa *Jundt* dotyczyła co prawda osoby fizycznej, która wykonywała „tytułem quasi-honorarium” (tj. tylko za zwrot poniesionych kosztów, bez „zarobku”) zadania wykładowcy na zlecenie uniwersytetu publicznego, niemniej jednak rozstrzygnięcia ETS można odnieść do działalności organizacji *non profit*.

Z orzecznictwa ETS wynika, że wynagrodzeniem, kwalifikującym daną działalność jako usługową w rozumieniu art. 50 TWE (tj. usługi gospodarcze), nie będzie finansowanie z budżetu państwa (publicznego) działalności polegającej na wykonywaniu zadań (prerogatyw) państwa z dziedziny społecznej, kulturalnej czy edukacyjnej. Stanowisko takie ETS przedstawił m.in. w wyroku w sprawie C-109/92 *Wirth*<sup>44</sup> gdzie stwierdził, że gdy chodzi o nauczanie publiczne, przez które państwo zamierza spełniać swe zadania społeczne, kulturalne i oświatowe i którego koszty są w przeważającej mierze ponoszone przez to państwo, brak

---

<sup>41</sup> Zb. Orz. 2001, s. I-8089.

<sup>42</sup> Wyrok ETS z 18.12.2007 r. w sprawie C-281/06 *Jundt*, Zb. Orz. 2007, s. I-122331, pkt 29. Zob. także wyroki ETS: z 27.09.1988 r. w sprawie 263/86 *Humbel*, ECR 1988, s. 5365, pkt 17; z 26.06.2003 r. w sprawie C-422/01 *Skandia i Ramstedt*, ECR 2003, s. I-6817, pkt 23; z 11.09.2007 r. w sprawie C-76/05 *Schwarz i Gootjes-Schwarz*, Zb. Orz. 2007, s. I-6849, pkt 38; z 11.09.2007 r. w sprawie C-318/05 *KE v Niemcy*, Zb. Orz. 2007, s. I-6957, pkt 67.

<sup>43</sup> C-281/06 *Jundt*, pkt 33. Zob. także: C-157/99 *Smits i Peerbooms*, Zb. Orz. 2001, s. I-5473, pkt 50 i 52.

jest wówczas usługi świadczonej za wynagrodzeniem. Pogląd ten został następnie powtórzony m.in. w wyrokach w sprawach: C-76/05 *Schwarz i Gootjes-Schwarz*<sup>45</sup> oraz *Jundt*.<sup>46</sup> W konsekwencji o tym, czy dotacja budżetowa stanowi „wynagrodzenie” za usługę, decyduje w gruncie rzeczy charakter finansowanej działalności.

W kontekście problemu odpłatności i źródeł finansowania usług znamienne wydaje się stwierdzenie KE, że skoro brak w TWE wymagania, by usługi były opłacane bezpośrednio przez osoby, które z nich korzystają, „wynika z tego, że niemal wszystkie usługi należące do dziedziny socjalnych można uznać za »działalność gospodarczą« w rozumieniu art. 43 i 49 TWE”.<sup>47</sup> Podobne stwierdzenie znalazło się w komunikacie w sprawie usług w interesie ogólnym: „W praktyce okazuje się, że z wyjątkiem działalności związanej z wykonywaniem zadań organu publicznego, do której nie mają zastosowania reguły rynku wewnętrznego na mocy artykułu 45 TWE, ogromną większość usług można uznać za »działalność gospodarczą« w rozumieniu postanowień Traktatu WE dotyczących rynku wewnętrznego (art. 43 i 49)”.<sup>48</sup>

Z kolei w dokumencie roboczym w sprawie kompensacji kosztów usług w ogólnym interesie gospodarczym KE przykładowo analizuje wsparcie finansowe udzielone przez organy publiczne usługodawcy o statusie *non profit* na utworzenie schroniska dla kobiet w trudnej sytuacji życiowej i nie wyklucza bynajmniej, że taka działalność będzie miała charakter gospodarczy. Jednocześnie przyznaje, że wsparcie dla działalności gospodarczej tego typu może stanowić pomoc publiczną, która jednak prawdopodobnie nie będzie podlegać obowiązkowi notyfikacji.<sup>49</sup> Przytoczone poglądy KE wskazują na tendencję do bardzo szerokiego rozumienia pojęcia „odpłatności” i „działalności gospodarczej”, co z kolei skutkuje zawężaniem kategorii „usług niegospodarczych”.

---

<sup>44</sup> Wyrok ETS z 7.12.1993 r. w sprawie C-109/92 *Wirth*, ECR 1993, s. I-6447, pkt 15, 16.

<sup>45</sup> C-76/05 *Schwarz i Gootjes-Schwarz*, pkt 39.

<sup>46</sup> C-281/06 *Jundt*, pkt 30.

<sup>47</sup> Komunikat KE w sprawie usług socjalnych, pkt 2.1., s. 7.

<sup>48</sup> Komunikat KE w sprawie usług w interesie ogólnym, pkt 2.1.

<sup>49</sup> Commission staff working document, Frequently asked questions in relation with Commission Decision of 28.11.2005 on the application of Article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, and of the Community Framework for State aid in the form of public service compensation. Accompanying document to the Communication on „Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment”, COM(2007) 725 final, pkt 2.7., s. 11.

Z drugiej strony już w preambule dyrektywy (pkt 34) podniesiona została okoliczność, że ponoszenie części kosztów przez usługobiorców niekoniecznie pozbawia daną aktywność charakteru niegospodarczego. Stanowisko takie zajął ETS w wyrokach dotyczących przede wszystkim sektora edukacji. W orzeczeniu w sprawie 263/86 *Humbel i Edel* ETS stwierdził, że w odniesieniu do systemu edukacji, finansowanego co do zasady ze środków publicznych, nie można uznać za wynagrodzenie za usługi edukacyjne wpisowego czy innych opłat stanowiących pewien wkład do wydatków operacyjnych tego systemu.<sup>50</sup> Stanowisko zostało powtórzone także w wyroku w sprawie *Wirth*,<sup>51</sup> a pośrednio także w wyroku w sprawie *Schwarz i Gootjes-Schwarz*.<sup>52</sup>

## **6. Działalność polskich „organizacji pożytku publicznego” w świetle wyłączenia art. 2 ust. 2 lit. a dyrektywy 2006/123/WE**

### **6.1. Charakter działalności podmiotów trzeciego sektora**

Wyłączenie z art. 2 ust. 2 lit. a DU dotyczy co do zasady działalności tzw. trzeciego sektora, czyli głównie organizacji społecznych, działających – z pobudek etycznych, humanitarnych lub innych – społecznie, nie dla zysku, lecz dla dobra (pożytku) publicznego. Organizacje te są określane jako pozarządowe (*non-governmental organisations* – NGO) – jeżeli akcentuje się ich niezależność od sektora pierwszego, jako organizacje *non profit* – jeżeli akcentuje się ich niezarobkowy charakter, lub jako organizacje użyteczności publicznej – gdy akcentuje się, że ich aktywność jest najwyraźniejsza w dziedzinie ochrony zdrowia, szeroko rozumianej pomocy społecznej, akcji charytatywnych, filantropii i edukacji, ekologii, czyli działania dla dobra (pożytku) publicznego. Organizacje pozarządowe (*non profit*, pożytku publicznego) – w odróżnieniu od władz publicznych, a podobnie jak biznes – są prywatne i powstają z inicjatywy założycieli (obywateli lub ich organizacji), ale – w odróżnieniu od biznesu, a podobnie jak władze publiczne – działają w interesie publicznym (ogólnym), a nie prywatnym.

Działalność organizacji trzeciego sektora (pozarządowych), mająca swoje ugruntowanie w art. 12 Konstytucji RP, jest regulowana różnymi

---

<sup>50</sup> C-263/86 *Humbel i Edel*, pkt 19.

<sup>51</sup> C-109/92 *Wirth*, pkt 15.

<sup>52</sup> C-76/05 *Schwarz i Gootjes-Schwarz*, pkt 29.

ustawami (tradycyjnie głównie ustawą o fundacjach i prawem o stowarzyszeniach, ale także ustawą o lobbingu, o spółdzielni europejskiej itp. ustawami tworzącymi konkretne organizacje, np. PCK i PKPS). Najistotniejsze znaczenie ma jednak ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie z 2003 r. (dalej ustawa z 2003 r. lub ustawa o UPPW), która 1 stycznia 2004 r. wprowadziła do języka prawnego pojęcia „organizacji pozarządowej”, „organizacji pożytku publicznego” i „działalności pożytku publicznego”, porządkując niejako terminy używane w praktyce i publicystyce. Artykuł 3 ust. 1 UPPW definiuje „działalność pożytku publicznego” jako działalność: a) społecznie użyteczną, b) prowadzoną przez organizacje pożytku publicznego, c) w sferze zadań publicznych określonych w ustawie. Ustawa z 2003 r. nie definiuje natomiast pojęcia „działalności społecznie użytecznej”, chociaż czyni go pierwszym i najważniejszym kryterium wyróżnienia „działalności pożytku publicznego”.

Ustawa z 2003 r. szczegółowo określa natomiast podmioty prowadzące działalność pożytku publicznego oraz „sfery zadań publicznych”, w których działalność ta jest prowadzona. Do podmiotów prowadzących działalność pożytku publicznego zalicza dwie kategorie: organizacje pozarządowe oraz wymienione w ustawie organizacje kościelne i stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego. Podmioty należące do obu tych kategorii mogą uzyskać status „organizacji pożytku publicznego”, jeżeli spełniają łącznie wymagania wskazane w ustawie i uzyskają wpis do Krajowego Rejestru Sądowego na zasadach określonych w tej ustawie lub w ustawach „kościelnych”.

Inny typ organizacji – niewymieniony w ustawie z 2003 r. – który może podlegać analizie w kontekście ustalania zakresu zastosowania dyrektywy 2006/123/WE, stanowią spółdzielnie socjalne, których działalność uregulowana została w ustawie o spółdzielniach socjalnych z 27 kwietnia 2006 r.<sup>53</sup>

Artykuł 4 UPPW wymienia 25 rodzajów zadań publicznych, których realizacja przez organizacje pożytku publicznego kwalifikuje ich działalność („społecznie użyteczną”) do kategorii „działalności pożytku publicznego”. Rada Ministrów może rozszerzyć zakres zadań sfery publicznej o dodatkowe zadania, kierując się „szczególną społeczną użytecznością” oraz możliwością ich wykonywania przez określone organizacje pozarządowe lub inne podmioty „w sposób zapewniający wystarczające zaspokajanie potrzeb społecznych”.

---

<sup>53</sup> Ustawa z 27.04.2006 r. o spółdzielniach socjalnych, Dz.U. nr 94, poz. 651.

## 6.2. Działalność odpłatna i nieodpłatna organizacji pożytku publicznego

Dla niniejszego artykułu szczególnie istotne jest stwierdzenie *explicit*, że statutowa działalność organizacji pozarządowych oraz innych podmiotów wskazanych w ustawie, w części obejmującej działalność pożytku publicznego, „nie jest działalnością gospodarczą” w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, z zastrzeżeniem art. 9 ust. 1 UPPW, i „może być prowadzona jako działalność nieodpłatna lub jako działalność odpłatna” (art. 6). W tym kontekście należy również analizować pojęcia użyte na gruncie ustawy z 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach.<sup>54</sup> Dopuszcza ona prowadzenie przez stowarzyszenie działalności gospodarczej według ogólnych zasad, z tym że dochód z tej działalności służyć ma wyłącznie realizacji celów statutowych i nie może być przeznaczony do podziału między członków stowarzyszenia. Może ono otrzymywać również dotację. W przypadku fundacji ustawa z 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach<sup>55</sup> wyraźnie dopuszcza możliwość prowadzenia przez nie działalności gospodarczej, o ile jednak wiąże się ona z realizacją zgodnych z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej celów społecznie lub gospodarczo użytecznych.

Działalnością nieodpłatną w rozumieniu ustawy z 2003 r. jest świadczenie na podstawie stosunku prawnego usług, za które organizacja pozarządowa oraz podmioty wymienione w art. 3 ust. 3 prowadzące tę działalność nie pobierają wynagrodzenia. W orzecznictwie<sup>56</sup> przyjmuje się zarazem, że działalność pożytku publicznego można uznać za nieodpłatną tylko wtedy, gdy organizacja pożytku publicznego za świadczone przez siebie usługi nie pobiera żadnego wynagrodzenia, a nie wtedy, gdy wynagrodzenie to nie odpowiada rzeczywistej wartości lub kosztom świadczenia. Pobieranie wynagrodzenia powoduje bowiem, że działalność pożytku publicznego staje się działalnością odpłatną (art. 8 ust. 1 UPPW), a pobieranie wynagrodzenia wyższego od tego, jakie wynika z kalkulacji bezpośrednich kosztów tej działalności, czyni z niej działalność gospodarczą (art. 9 ust. 1 pkt 1 UPPW).

Działalnością odpłatną w rozumieniu ustawy jest działalność w zakresie wykonywania zadań należących do sfery zadań publicznych, w ramach realizacji przez organizację pozarządową oraz podmioty wymie-

<sup>54</sup> Ustawa z 7.04.1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach, tekst jedn. Dz.U. nr 79/2001, poz. 855.

<sup>55</sup> Ustawa z 6.04.1984 r. o fundacjach, tekst jedn. Dz.U. nr 46/1991, poz. 203.

<sup>56</sup> Wyrok WSA w Białymstoku, I SA/Bk 346/05, LEX nr 251864.

nione w art. 3 ust. 3 UPPW celów statutowych, za którą pobiera wynagrodzenie. Działalnością odpłatną pożytku publicznego jest również sprzedaż towarów lub usług wytworzonych lub świadczonych przez osoby bezpośrednio korzystające z działalności pożytku publicznego, w szczególności w zakresie rehabilitacji oraz przystosowania do pracy zawodowej osób niepełnosprawnych, a także sprzedaż przedmiotów darowizny na cele prowadzenia działalności pożytku publicznego. Dochód z działalności odpłatnej pożytku publicznego ma służyć wyłącznie realizacji zadań publicznych lub celów statutowych.

Swobodę świadczenia usług, o której mowa w art. 49 TWE, odnieść należy również do usług zagranicznych organizacji pozarządowych wywodzących się z krajów UE. W związku z dyrektywą usługową konieczne jest dopuszczenie organizacji zagranicznych do otwartych konkursów ofert, o których mowa w art. 11 UPPW, i to mimo że nie są wskazane w art. 11 ust. 2 pkt 3 UPPW. Z zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego wynikać będzie konieczność takiej interpretacji ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, która dopuści możliwość stawiania do otwartych konkursów ofert organizacji zagranicznych wywodzących się z krajów UE, pod warunkiem spełnienia innych wymagań przewidzianych w ustawie: zgodności przedmiotu zadania z celami statutowymi działalności pożytku publicznego podmiotu przyjmującego zlecone zadanie i z ustawowymi kompetencjami zlecającego organu administracji publicznej oraz tożsamości przedmiotu zadania z zadaniami publicznymi, o których mowa w art. 4 ustawy. Okoliczność, że funkcjonowanie organizacji pozarządowych podlega regułom rynku wewnętrznego, została pośrednio potwierdzona w wyroku ETS w sprawie C-318/07 *Persche*,<sup>57</sup> w którym Trybunał stwierdził, że odliczeniom od podatku na podstawie prawa krajowego podlega nie tylko darowizna na rzecz organizacji pożytku publicznego mającej siedzibę w państwie pochodzenia podatnika, ale także darowizna (zarówno pieniężna, jak i rzeczowa) na rzecz organizacji tego rodzaju w innym państwie członkowskim UE.

Działalność nieodpłatna w rozumieniu art. 7 UPPW może być sklasyfikowana jako działalność ekonomiczna. Fakt niepobierania wynagrodzenia (działalność nieodpłatna w rozumieniu ustawy) nie ma wpływu na uznanie, że działalność ma charakter nieekonomiczny. W szczególności działalność nieodpłatna w rozumieniu ustawy, która oparta jest na dotacji (rekompensacie) budżetowej pokrywającej koszty świadcze-

---

<sup>57</sup> Wyrok ETS z 27.01.2009 r. w sprawie C-318/07 *Hein Persche v. Finanzamt Lüdenscheid* (niepubl.).

nia usługi, może być uznana za działalność gospodarczą w świetle dyrektywy usługowej. Nie ma też znaczenia publiczny charakter otrzymywanych środków (np. wskazana dotacja budżetowa) czy administracyjno-prawna metoda regulowania procedury dotacyjnej. Również prowadzenie działalności w sferze zadań publicznych, o których mowa w art. 4 UPPW, nie jest kryterium branym pod uwagę przy ocenie, czy działalność organizacji ma charakter ekonomiczny w rozumieniu dyrektywy (np. działania mające na celu integrację imigrantów ze społeczeństwem polskim).

Działalność odpłatna w rozumieniu art. 8 i 9 UPPW może być sklasyfikowana jako działalność ekonomiczna. Fakt pobierania wynagrodzenia (działalność odpłatna w rozumieniu ustawy), podobnie jak w przypadku działalności nieodpłatnej, nie ma wpływu na uznanie, że dana działalność ma charakter nieekonomiczny. Nie ma również znaczenia wysokość pobieranego wynagrodzenia (np. tzw. symboliczna złotówka). Niemożliwe jest określenie *a priori*, jaka skala współfinansowania usługi przez beneficjenta mieści się w granicach usług niegospodarczych; konieczna jest analiza typu *case-by-case*. Prowadzenie działalności gospodarczej w jednej strukturze z działalnością społeczną (nieodpłatną) nie ma znaczenia dla oceny, czy działalność gospodarcza ma charakter ekonomiczny. Oceny będzie dokonywać się *ad casu* w zakresie dotyczącym tej działalności społecznej, a nie *stricte* gospodarczej. Konieczność badania każdorazowo charakteru działalności, a nie przyjmowanie *a priori*, że dany podmiot nie może prowadzić działalności pożytku publicznego, została potwierdzona pośrednio w uchwale Sądu Najwyższego z 13 stycznia 2006 r. (sygn. III CZP 122/05). SN uznał, że spółka akcyjna prowadząca działalność społecznie użyteczną w sferze zadań publicznych, określonych w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, i niedziałająca w celu osiągnięcia zysku może nabyć status organizacji pożytku publicznego. Wynika z tego, że spółka akcyjna może z punktu widzenia polskiego prawa prowadzić działalność społecznie użyteczną w sferze zadań publicznych. SN podkreślił, że dla wykładni art. 3 ust. 2 UPPW nie ma decydującego znaczenia fakt, że w ustawie o KRS podlegające wpisowi do rejestru przedsiębiorców spółki traktowane są jak przedsiębiorcy – przepis art. 3 ust. 2 nie odwołuje się do pojęcia przedsiębiorcy. Znaczenie ma natomiast, czy spółka działa w celu osiągnięcia zysku. Nie jest więc istotny formalny status ani struktura podmiotu, jedynie ocena, czy dana działalność ma charakter ekonomiczny w rozumieniu dyrektywy, zarówno w stosunku do stowarzyszenia czy fundacji, jak i spółki prawa handlowego prowadzącej działalność społecznie użyteczną w sferze zadań publicznych.

## 7. Podsumowanie

Komisja Europejska stwierdziła, zarówno w *Podręczniku wdrażania dyrektywy usługowej*,<sup>58</sup> jak i w Komunikacie w sprawie usług w interesie ogólnym z 2007 r., że odpowiedź na pytanie, w jaki sposób rozróżnić usługi gospodarcze i niegospodarcze, wymaga odrębnej analizy każdego jednostkowego przypadku. „(...) Rzeczywistość, w jakiej świadczone są te usługi, jest często specyficzna i znacznie różni się w poszczególnych państwach członkowskich, a nawet w poszczególnych jednostkach terytorialnych; sposoby, w jakie usługi te są świadczone, rozwijają się stale w odpowiedzi na zmiany gospodarcze, społeczne i instytucjonalne, takie jak zmiany w potrzebach konsumentów, zmiany technologiczne, modernizacja administracji publicznej czy modyfikacja zadań i odpowiedzialności władzy na poziomie lokalnym”.<sup>59</sup>

Z całą pewnością o tym, czy organizacja prowadzi działalność noszącą znamiona niegospodarczej działalności usługowej, nie można zdecydować *a priori*, w odniesieniu do całej działalności organizacji, w oparciu np. o zapisy jej statutu. Również posiadanie statusu organizacji pożytku publicznego na gruncie prawa krajowego nie przesądza o niegospodarczym charakterze działalności. Dopiero powiązanie elementów analizy podmiotowej, przedmiotowej oraz finansowej aktywności danego rodzaju pozwoli na sklasyfikowanie działalności jako gospodarczej (podlegającej regułom wspólnotowym) lub niegospodarczej (wyłączonej z zakresu nie tylko DU, ale w ogóle spod reguł traktatowych). Klasyfikacja ta musi być dokonywana także w świetle dorobku prawnego (w tym orzeczniczego i decyzyjnego) UE. Analiza aktów prawa miękkiego (głównie komunikatów KE) oraz orzecznictwa ETS skłania do wniosków, że wiodącą tendencją stosowania prawa wspólnotowego jest rozszerzająca interpretacja pojęcia działalności gospodarczej skutkująca ograniczeniem zakresu zastosowania wyłączenia spod reguł swobody przepływu usług świadczonych przez podmioty *non profit* usług niegospodarczych.

Ocena, czy określona aktywność podmiotu powinna być traktowana jako gospodarcza, czy niegospodarcza, musi stanowić wypadkową odpowiedzi na kilka pytań, wśród których najważniejsze są następujące:

---

<sup>58</sup> *Podręcznik wdrażania dyrektywy usługowej*, DG ds. Rynku Wewnętrznego i Usług, Luksemburg 2007, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/services-dir/guides/handbook\\_pl.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_pl.pdf).

<sup>59</sup> Zob.: Komunikat KE w sprawie usług społecznych w interesie ogólnym, pkt 2.1., s.5.

- 1) czy działalność podmiotu polega na oferowaniu lub zakupie usług?
- 2) czy działalność podmiotu polega na oferowaniu lub zakupie usług na rynku?
- 3) czy działalność należy do tradycyjnych prerogatyw państwa?
- 4) czy działalność wykonywana jest w interesie ogólnym?
- 5) czy podmiot ma status przedsiębiorcy w sensie formalnym i funkcjonalnym?
- 6) czy działalność prowadzi do osiągnięcia zysku?
- 7) czy dana działalność finansowana jest ze środków budżetowych?
- 8) czy usługobiorcy ponoszą część kosztów usług?

W odpowiedzi na te pytania należy uwzględnić interpretację przesłanek działalności niegospodarczej w interesie ogólnym oraz odwoływać się przede wszystkim do Komunikatu KE w sprawie usług społecznych w interesie ogólnym z 2007 r., gdyż wyrażone w nim stanowisko KE odzwierciedla dotychczasowy dorobek prawny i orzeczniczy związany z usługami niegospodarczymi.

Usługi niegospodarcze w interesie ogólnym powinny być postrzegane jako część europejskiego modelu społecznego. Wyłączenie ich spod działania dyrektywy usługowej wydaje się odzwierciedlać pogląd, wyrażany wcześniej w konsultacjach Białej i Zielonej Księgi w sprawie usług w interesie ogólnym oraz samej dyrektywy 2006/123/WE, że WE nie powinna być wyposażona w żadne dodatkowe kompetencje w obszarze usług nieekonomicznych. Również Komitet Ekonomiczno-Społeczny uznał, że zgodnie z zasadą subsydiarności państwa członkowskie powinny mieć możliwość swobodnego rozróżniania między usługami gospodarczymi a niegospodarczymi w ogólnym interesie.<sup>60</sup>

Podobny wydzźwięk wydaje się mieć również Protokół w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym do Traktatu Lizbońskiego. Zdefiniowanie usług niegospodarczych na poziomie ustawodawstwa krajowego rzeczywiście może do pewnego stopnia rozstrzygać ten problem, jednak ze względu na zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed krajowym należy liczyć się z koniecznością ewentualnych modyfikacji stosowania tej definicji pod wpływem rozwoju orzecznictwa i prawodawstwa wspólnotowego.

---

<sup>60</sup> Zob.: Opinia Komitetu Ekonomiczno-Społecznego z 6.07.2006 r. w sprawie przyszłości usług w interesie ogólnym, pkt 10.1.

## **Abstract**

### **Nature of services provided by Poland's third sector organizations and definition of economic and non-economic services in the EC law**

The article aims to define nature of services provided by organizations of the third (non-governmental) sector in Poland as compared to definitions of “economic services” and “non-economic services” in the European Community law. The problem mainly arises in the context of application of Directive 2006/123/EC of the European Parliament and the Council of 12 December 2006 on services in the internal market. The analysis presented in the article regards case law of the European Court of Justice and includes, as key elements, the issues concerning three aspects of “non-economic services in general interest”: subjective, objective and financial one.

The conclusion is that a definition of a non-economic services in general interest is rather unclear, although there are tendencies in the EC case law to treat various forms of activities by non-governmental organizations as economic rather than non-economic services. However, response to the question how to distinguish between economic and non-economic services requires a separate case-by-case analysis.