

Broszura z serii „PFC3”

Poradniki Fundacji Consilium na rzecz trzeciego sektora



Zagadnienia dotyczące najczęstszych problemów
prawnych pojawiających się przy prowadzeniu
organizacji pozarządowej

Spis treści

Wykaz skrótów	3
Słowo wstępne	4
I. Kiedy organizacja pozarządowa prowadzi zbiórkę publiczną, wymagającą uzyskania stosownego pozwolenia?	5
II. Treść strony internetowej organizacji pozarządowej. Czy dane takie jak numer konta organizacji pozarządowej oraz dane zawierające bezpośrednio odesłanie (głęboki link) do treści informacyjnych zawartych na stronie innego podmiotu, bez jego zezwolenia mogą znaleźć się na stronie internetowej organizacji pozarządowej?	16
III. Działalność nieodpłatna i odpłatna pożytku publicznego a działalność gospodarcza-analiza porównawcza	21
IV. Charakterystyka oraz analiza zmian dokonanych ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie oraz niektórych ustaw (Dz. U. Nr 209, poz. 1244). ...	29
V. Łączenie funkcji publicznych z działalnością w ramach stowarzyszenia- studium wybranych przypadków	35

Wykaz skrótów

„k.c.”- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U.1964.16.93 z późn.zm.).

„p.d.o.f.”-Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U.10.51.307 z późn.zm.).

„p.d.o.p”- Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r.o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz.U.11.74.397 z późn.zm.).

„pr.stow”- Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (tekst jedn. Dz.U.2001.79. 855 z późn.zm).

„u.fun.”-Ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (tekst.jedn. Dz.U.1991.46.203 z późn.zm.).

„p.u.n.”-Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst.jedn. Dz.U.2009. 175.1361 z późn.zm).

„poż.pub”- Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (tekst.jedn. Dz.U.2003.96.873 z późn.zm.).

„ord.pod”- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U.2005.8.60 z późn.zm.).

„s.u.s.”- Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst.jedn. Dz.U.2009.205.1585 z późn.zm.).

„k.w.”- Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (tekst jedn.Dz.U.10.46.275 z późn.zm.).

„z.p.”- Ustawa z dnia 15 marca 1933 r. o zbiorcach publicznych (tekst jedn. Dz.U.33.22.162 z późn.zm.)

„pr.stow”- Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (tekst jedn. Dz.U.2001.79. 855 z późn.zm).

„u.fun.”-Ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (tekst.jedn. Dz.U.1991.46.203 z późn.zm.).

„u.KRS- ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst.jedn. Dz.U.1997. 17.209 z późn.zm.)

Słowo wstępne

Szanowni Państwo,

Niniejsze opracowanie pozostaje wydane w formie „e-book”, w ramach serii broszur informacyjnych „PFC3”, rozpowszechnianych przez Fundację Rozwoju Przedsiębiorczości „Consilium”, będąc adresowanym do członków organizacji pozarządowych. Jak wskazuje tytuł opracowania, jego przedmiotem będzie przybliżenie najczęściej pojawiających się problemów prawnych występujących podczas prowadzenia działalności za pośrednictwem organizacji pozarządowej.

Przedmiotowa publikacja stanowi zbiór artykułów oraz została wydana z myślą o przybliżeniu najczęściej pojawiających się problemów pojawiających się w prowadzeniu organizacji pozarządowej, z którymi autorzy mogli się spotkać w trakcie prowadzenia poradni na rzecz organizacji pozarządowych. Opracowanie to stanowi uzupełnienie serii broszur PFC3, wśród których, została poruszona m.in. tematyka ustawy o działalności pożytku publicznego, przenoszenia majątkowych praw autorskich, pozyskiwania środków publicznych, zakładania fundacji oraz stowarzyszeń, jak również zwolnień publicznoprawnych na rzecz organizacji pozarządowych oraz subsydiarnej odpowiedzialności członków zarządu organizacji pozarządowych.

Wyrażamy nadzieję, że niniejsza publikacja, stanowiąca jedynie bardzo skromny zarys części problematyki związanej z funkcjonowaniem organizacji pozarządowych pomoże przybliżyć poruszone w niej zagadnienia związane z ich funkcjonowaniem.

Jednocześnie, bardzo ciepło dziękujemy wszystkim za udział oraz współpracę w realizowanym projekcie, w szczególności osobom, które zechciały skorzystać z naszej pomocy oraz wolontariuszom.

Z wyrazami szacunku
Zespół Fundacji Rozwoju Przedsiębiorczości „Consilium”

mgr Małgorzata Pasierska¹
mgr Piotr Woś²
mgr Bernard Jirnov³

¹ Autorka rozdziałów IV-V.

² Autor rozdziału III.

³ Autor rozdziałów I-II.

I. Kiedy organizacja pozarządowa prowadzi zbiórkę publiczną, wymagającą uzyskania stosownego pozwolenia?

Organizacje pozarządowe, bardzo często organizują różnego rodzaju zbiórki publiczne w ramach prowadzonej działalności pożytku publicznego, w celu realizacji ich celów statutowych. Cele te pozostają najczęściej bardzo szczytne, przystając nierazdo członkom tych organizacji aspekt prawny, jakim pozostaje uzyskanie stosownego pozwolenia dla realizacji tego typu działalności. Wobec powyższego w ramach niniejszego opracowania zostanie wskazane, kiedy konieczność uzyskania takiego pozwolenia rzeczywiście zaistnieje.

Problematykę związaną z organizowaniem zbiórek publicznych reguluje Ustawa z dnia 15 marca 1933 r. o zbiórkach publicznych (tekst jedn. Dz.U.33.22.162 z późn.zm.) zwana dalej „z.p.”, w szczególności jej art.1. Przedmiotowa regulacja nie została zmieniona od 1933 r., co powoduje, że w dniu dzisiejszym (w szczególności w dobie internetu) sprawia ona stosunkowo duże trudności interpretacyjne. Dodatkowo, obecnie brak jest kompleksowych opracowań dotyczących przedmiotowej regulacji, jak i jednolitego stanowiska w doktrynie oraz judykaturze prawniczej, w przedmiocie zakresu stosowania tej regulacji. Powyższe powoduje, że zapisy ustawy w przedmiocie zakresu jej stosowania sprawiają liczne trudności organizacjom pozarządowym, co też zainicjowało konieczność sporządzenia niniejszego opracowania.

Jak zostało wskazane organizacje pozarządowe organizują przedsięwzięcia polegające na zbieraniu środków na realizację ich celów statutowych (prowadzonej działalności pożytku publicznego). Z punktu widzenia prawa, nie istotnym bez znaczenia jest okoliczność jak bardzo szczytnym jest cel przeprowadzonej zbiórki⁴, natomiast naruszenie polegające na przeprowadzeniu zbiórki publicznej bez wymaganego zezwolenia lub wbrew jego warunkom stanowi wykroczenie podlegające karze grzywny od 20 do 5.000 złotych⁵. Wobec czego, bardzo istotnym pozostaje zdefiniowanie, czym jest zbiórka publiczna oraz kiedy wymagane jest od organizacji posiadanie stosownego zezwolenia. Dodatkowo odnosząc się do sankcji, z jakimi może się spotkać organizacja pozarządowa, w przypadku braku wymaganego zezwolenia, należy nadmienić, że jeżeli zostanie wszczęte postępowanie, sąd obligatoryjnie orzeka przepadek przedmiotów uzyskanych ze zbiórki, natomiast w sytuacji zrealizowania zbiórki tylko wbrew warunkom zezwolenia może taki przepadek orzec⁶. Na tym nie koniec, gdyż sąd może również orzec przepadek przedmiotów uzyskanych ze zbiórki przeprowadzonej bez zezwolenia lub wbrew jego warunkom także wtedy, gdy zostały one przekazane przez organizację (sprawcę) innej osobie lub instytucji, jak i przepadek pieniędzy uzyskanych za zebrane ofiary w

⁴ Brak szczytności celu przeprowadzonej zbiórki może mieć natomiast czasami wpływ negatywny, albowiem art. 57. § 1 k.w. przewiduje, że „Kto organizuje lub przeprowadza publiczną zbiórkę ofiar na uiszczenie grzywny orzeczonej za przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, wykroczenie lub wykroczenie skarbowe albo nie będąc osobą najbliższą dla skazanego lub ukaranego uiszcza za niego grzywnę lub ofiarowuje mu albo osobie dla niego najbliższej pieniądze na ten cel, podlega karze aresztu albo grzywny”. Wreszcie zbiórka której cel nie zasługuje na poparcie nie może uzyskać pozwolenia (art.3 z.p.).

⁵ Zgodnie z art.56§ 1 k.w. „Kto bez wymaganego zezwolenia lub wbrew jego warunkom organizuje lub przeprowadza publiczną zbiórkę ofiar, podlega karze grzywny”. Nadto art. 24. § 1 k.w. statuuje, że „Grzywnę wymierza się w wysokości od 20 do 5.000 złotych, chyba że ustawa stanowi inaczej”.

⁶ Art. 56§ 3 k.w.

naturze oraz rzeczy nabyte za uzyskane ze zbiórki pieniądze⁷. Wydaje się, że jedynym pozytywnym aspektem orzeczenia o przepadku, pozostaje, iż przedmioty, co, do których orzeczono przepadek, przekazuje się odpowiedniej instytucji pomocy społecznej lub instytucji kulturalno-oświatowej⁸, a co za tym idzie uzyskane środki posłużą realizacji celów zasługujących na poparcie, niemniej innych aniżeli zakładała pierwotnie organizacja pozarządowa.

Wyżej wskazane negatywne konsekwencje, nie pozostają jedynymi, albowiem wymierzenie kary dla organizacji pozarządowej może się łączyć z osłabieniem zaufania dla organizacji, które pozostaje nieocenionym kapitałem dla podmiotu działającego w ramach tzw. trzeciego sektora.

Nadto dla organizacji pozarządowych będących organizacjami pożytku publicznego, już samo nienadesłanie do organu, który udzielił pozwolenia na przeprowadzenie zbiórki publicznej, sprawozdania z wyników zbiórki publicznej i ze sposobu zużytkowania zebranych ofiar lub nieogłoszenie, bądź nieodpowiednie ogłoszenie w prasie, wyników zbiórki publicznej i sposobu zużytkowania zebranych ofiar może powodować utratę statusu organizacji pożytku publicznego⁹. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku samego nienadesłania informacji o rozliczeniu środków pochodzących ze zbiórki publicznej zgodnie z przepisami poź. pub. Zaniechanie tego rodzaju, również może zakończyć się utratą statusu wypracowywanego przez kilka lat¹⁰. Dodatkowo, zaniechanie uzyskania stosownego pozwolenia w sytuacji prowadzenia organizacji pożytku publicznego może mieć negatywny wpływ dla członków organów tej organizacji, którzy w sposób zawiniony nie uzyskali takiego pozwolenia, albowiem zgodnie z art. 27b ust.1 poź. pub. *„członek organu zarządzającego, organu kontroli lub nadzoru organizacji pożytku publicznego oraz likwidator organizacji pożytku publicznego odpowiada wobec tej organizacji za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami statutu organizacji pożytku publicznego, chyba że nie ponosi winy”*.

Tytułem wzmianki należy zaznaczyć, że organizacje pozarządowe często próbują nie do końca poprawnie ominąć obowiązek uzyskania stosownego pozwolenia poprzez zlecenie przeprowadzenia zbiórki publicznej osobie trzeciej (np. aukcja na portalu internetowym), najczęściej osobie fizycznej, poprzez dokonanie zamieszczenia aukcji internetowej na z góry określony szczytny cel. Tego rodzaju działanie określić należy, jako działanie dalece nieprawidłowe, albowiem w takim przypadku sprawca, (najczęściej osoba fizyczna) popełnia wykroczenie, natomiast organizacja pozarządowa w zależności od zakresu oraz charakteru jej działania w określonym stanie faktycznym pozostaje podżegaczem lub pomocnikiem¹¹. W takim przypadku organizacja pozarządowa, jako podżegacz lub pomocnik odpowiada również za wykroczenie będąc narażoną w ramach własnego czynu na karę grzywny w wysokości od 20 do

⁷ Art.56§ 4 k.w.

⁸ Art.56§5 k.w.

⁹ Art.33a ust.2 pkt.1 poź. pub.

¹⁰ Art.33a ust.2 pkt.2 poź. pub.

¹¹ Art.56§ 2 k.w.

5000 zł¹² (warunkiem jest aby doszło do popełnienia wykroczenia przez sprawcę wykroczenia¹³).

Wobec powyższego, kluczowym pozostaje przybliżenie definicji zbiórki publicznej dla potrzeb uzyskania odpowiedzi na pytanie, kiedy rzeczywiście organizacja pozarządowa pozostaje zmuszona do uzyskania stosownego pozwolenia?

Z treści art. 1 z.p. wynika, że „**Wszelkie publiczne zbieranie ofiar w gotówce lub naturze na pewien z góry określony cel wymaga uprzedniego pozwolenia władzy**”.

Wskazana regulacja może współcześnie powodować stosunkowo duże problemy interpretacyjne, albowiem ustawodawca, bardzo szeroko wskazał, iż uzyskania pozwolenia wymaga wszelkie publiczne zbieranie ofiar, zarówno w gotówce (co należy również rozumieć jako zbieranie ofiar poprzez dokonywanie przelewu w drodze obciążenia rachunku bankowego) oraz w naturze (co należy rozumieć jako przekazywanie wszelkich przedmiotów materialnych).

Należy podkreślić, że pojęcie „zbierania” obejmuje zarówno wzywanie do uiszczenia ofiar jak i ich przyjmowanie. Warto jednak doprecyzować, że wzywanie do składania ofiar może mieć miejsce również w formie oświadczenia o gotowości ich przyjmowania, niezależnie od skuteczności środków zastosowanych przez zbierających¹⁴. Dodatkowo w przepisie zostało wskazane, że zbiórką publiczną jest zbieranie ofiar na z góry określony cel, co tym bardziej utrudnia wykładnię przedmiotowego przepisu, ze względu na jego szeroki zakres, w szczególności z tego względu, że w skrajnym rozumieniu tego zapisu można dojść do nieuzasadnionego a wręcz nawet paradoksalnego wniosku, że każda organizacja pozarządowa wykonuje swoje zadania na rzecz z góry przyjętego celu określonego w jej statucie, wobec czego wykonywanie jakiegokolwiek działalności wymagałoby uzyskania pozwolenia (rozważania dotyczące takiego stanowiska zostały zawarte poniżej).

Wskazany wyżej zakres przedmiotowy normy wynikającej z literalnego brzmienia art.1 z.p. pozostaje wręcz przytłaczający oraz nie do pogodzenia z funkcją oraz celem, jakiemu miała służyć omawiana regulacja, dlatego zasadnym pozostaje jego prawidłowe odczytanie, które pozostawać będzie celem niniejszej publikacji.

Bezpośrednim uzupełnieniem normy wnioskującej z art.1 z.p. pozostaje art.13 z.p. zgodnie, z którym przepisów ustawy nie stosuje się:

- a) do zbierania ofiar na cele religijne, kościelną działalność charytatywno-opiekuńczą, naukową, oświatową i wychowawczą oraz utrzymanie duchownych i członków zakonów, jeżeli odbywają się w obrębie terenów kościelnych, kaplic oraz w miejscach i okolicznościach zwyczajowo przyjętych w danej okolicy i w sposób tradycyjnie ustalony;
- b) do zbiórek, przeprowadzanych w drodze loterii pieniężnych lub fantowych, jeżeli zbiórki te nie są przeprowadzane w miejscach publicznych;

¹² Zgodnie z art.14§ 3 k.w. „Karę za podżeganie lub za pomocnictwo wymierza się w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego wykroczenia”.

¹³ Art.14§ 1 k.w.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 1935 r. sygn.akt III K 1562/34.

- c) do zbiórek, przeprowadzanych w lokalach prywatnych wśród grona osób znanych osobiście przeprowadzającym zbiórki;
- d) do zbiórek wśród młodzieży szkolnej w lokalach szkolnych, odbywających się na podstawie pozwolenia władz szkolnych;
- e) do zbiórek koleżeńskich w lokalach urzędów publicznych na cele godne poparcia, odbywających się na podstawie pozwolenia przełożonego urzędu.

Wskazane wyżej wyliczenie wyłączeń stosowania ustawy pozostaje bardzo skromnym dla potrzeb organizacji pozarządowych oraz w zasadzie nie obejmuje ono bezpośrednio swym zakresem zorganizowania takiego rodzaju zbiórki, który pozwałby na przeprowadzenie większej akcji w celu pozyskania znacznie większych środków, choćby nawet w ramach imprezy zorganizowanej dla potencjalnych darczyńców w siedzibie organizacji. Dodatkowo wracając do użytej w art.1 definicji zbiórki publicznej oraz odnosząc się do użytego przez ustawodawcę zwrotu „publiczne”, podkreślenia wymaga, że z zestawienia art. 1 i 13 z.p. wynika, iż z.p. nie utożsamia pojęcia „publicznego” zbierania ofiar z pojęciem zbierania w „miejscach publicznych”. Wobec czego nawet dokonywanie zbiórki na małą skalę w szczególności poprzez obchodzenie mieszkań prywatnych w ramach choćby jednej posesji odpowiada pojęciu zbiórki publicznej w rozumieniu art.1 z.p.¹⁵.

Należy wskazać, że dla doprecyzowania pojęcia zbiórki publicznej w rozumieniu art.1 z.p.. nie pozostaje użytecznym również Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie sposobów przeprowadzania zbiórek publicznych oraz zakresu kontroli nad tymi ziórkami (tekst jedn. Dz.U.03.199.1947 z późn. zm.), zwane dalej „Rozporządzeniem”, wydane w oparciu o art.5 z.p.¹⁶. Zgodnie z §1 Rozporządzenia „Zbiórka publiczna ofiar w gotówce może być przeprowadzona w formie:

- 1) dobrowolnych wpłat na konto, założone osobno dla każdej zbiórki publicznej przez przeprowadzającego zbiórki publiczną;
- 2) zbierania ofiar do puszek kwestarskich oraz skarbon stacjonarnych, umieszczanych w obiektach, za zgodą ich właścicieli lub użytkowników;
- 3) sprzedaży cegiełek wartościowych;
- 4) sprzedaży przedmiotów i usług”.

Ponieważ ustawodawca w wyżej wskazanym przepisie nie posłużył się sformułowaniem „w szczególności” lub równoznacznym, należy domniemywać, że katalog wskazany w paragrafie pierwszym Rozporządzenia pozostaje katalogiem zamkniętym w zakresie form prowadzenia zbiórek publicznych. Niemniej jednak, Rozporządzenie stanowi jedynie o formach zbiórki, o której mowa w art.1 z.p.- Wobec powyższego oznacza to, że czynność spełniająca kryteria wskazane w art.1 z.p. wykonana w innej formie, aniżeli wskazanej w §1 Rozporządzenia nie

¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 listopada 1936 r. sygn. III K 1371/36.

¹⁶ Art.5 z.p. statuuje, że „Minister właściwy do spraw wewnętrznych określi, w drodze rozporządzenia, sposoby przeprowadzania zbiórek publicznych i zakres kontroli nad ich przeprowadzaniem, uwzględniając zwłaszcza potrzebę zapewnienia odpowiedniego bezpieczeństwa zbieranych ofiar. Rozporządzenie określi w szczególności formy prowadzenia zbiórek publicznych, miejsca ich prowadzenia, niezbędne dane, jakie powinien zawierać plan przeprowadzania zbiórki, sposoby sporządzania dokumentacji dotyczącej przebiegu akcji zbiórkowej, wymogi, jakim powinna odpowiadać legitymacja osoby przeprowadzającej zbiórki publiczną, oraz niezbędne informacje, jakie powinno zawierać publiczne ogłoszenie wyników zbiórki”

będzie pozostawać zbiórką publiczną. Innymi słowy, jeżeli czynność spełnia przesłanki wskazane w art.1 z.p. (stanowi zbiórkę publiczną) to może ona zostać zrealizowana wyłącznie w jednej z form wskazanych w §1 Rozporządzenia, co oznacza, że właściwy organ może wydać zezwolenie wyłącznie na przeprowadzenie zbiórki w jednej lub kilku z w/w form. Wobec powyższego każda forma przeprowadzenia zbiórki publicznej w rozumieniu art.1 z.p. bez wymaganego zezwolenia, lub w sytuacji posiadania stosownego zezwolenia, w formie innej aniżeli wskazanej w §1 Rozporządzenia pozostaje niezgodną z literą prawa. Dlatego, też zapis §1 Rozporządzenia zaostroża kryteria, o których mowa w art.1 z.p. dodając zamknięty katalog form, w których może ona zostać przeprowadzona.

Z drugiej jednak strony poprzez §1 Rozporządzenia nie można interpretować zapisu art.1 p.w., albowiem regulacja §1 Rozporządzenia może mieć znaczenie wyłącznie następczo w sytuacji zaistnienia przesłanek z art.1 z.p. Co za tym idzie, przykładowo (co naturalne) sprzedaż przedmiotów lub usług, aby mogła zostać uznana za zbiórkę publiczną musi spełniać przesłanki wskazane w art.1 z.p. W przeciwnym wypadku nie będziemy mieli do czynienia ze zbiórką publiczną. Innymi słowy, jeżeli prowadzimy akcję w postaci sprzedaży w ramach aukcji przedmiotów, np. za pośrednictwem internetu, z których zysk ma zostać przeznaczony na z góry określony cel, to taka sprzedaż będzie mogła zostać uznana za zbiórkę publiczną dopiero w momencie spełnienia przesłanek z art.1 z.p., co zależeć będzie każdorazowo od indywidualnego stanu faktycznego.

Ze wskazanych wyżej przepisów pozornie wynika skrajny rygoryzm oraz formalizm ustawodawcy w przedmiocie pojmowania zbiórki publicznej, który wydaje się być w dużej mierze nieuzasadniony, dlatego w tym miejscu należy dokonać w drodze wykładni stosownych wyłączeń wskazując pośrednio na sytuacje, w których nie będziemy mieli do czynienia z zastosowaniem art.1 z.p.

Z pomocą, w wykładni przedmiotowej jest treść Wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 22 czerwca 2009 r. (IV SA/GI, 977/08), w którym Sąd wyraził pogląd zgodnie, z którym „Istotą zbiórki publicznej jest zbieranie ofiar, nie zaś pobieranie opłat, nawet, jeżeli środki uzyskane z opłat są przeznaczone na z góry określony cel”. Jak dalej argumentował Sąd „Opłata oznacza bowiem kwotę pieniężną wypłaconą (uiszczoną) za coś (za usługi, świadczenia, prawo do czegoś), jest to z reguły cena (Słownik Języka Polskiego Wyd. PWN pod red. S. Szymczaka W-wa 1978 r.), zatem opłata nie ma waloru dobrowolności w przeciwieństwie do ofiary”. Należy doprecyzować, że w stanie faktycznym, w którym zapadło przedmiotowe orzeczenie Wójt „Gminy O”, w drodze decyzji zezwolił „zarządowi Spółki A” na pobieranie opłat w formie cegiełek za wstęp na zamek i parking znajdujące się na terenie Gminy. W decyzji tej określił również, że uzyskane ze sprzedanych cegiełek dochody mają być przeznaczone na remont zabytkowego zamku oraz utrzymanie czystości wokół niego. Sąd uchylił decyzję wójta ze względu na brak podstaw przedmiotowych (brak zaistnienia zbiórki publicznej) jak i podmiotowych (pozwolenie nie może zostać wydane na rzecz spółki, a tym bardziej jej zarządu¹⁷) do wydania przez wójta wskazanej decyzji.

¹⁷ Art.3 z.p.

Nadmienić należy, że stanowisko Sądu może pozostawać jednak w sprzeczności z treścią §1 pkt.4 Rozporządzenia, zgodnie, z którym formą, w jakiej może być realizowana zbiórka jest sprzedaż przedmiotów i usług. Wobec czego, w sytuacji gdyby bezkrytycznie zaakceptować pogląd Sądu, zapis §1 pkt.4 Rozporządzenia pozostawałby w praktyce martwym, każdorazowo, gdy organizacja zdecydowałaby się na zorganizowanie akcji w formie sprzedaży przedmiotów lub usług. Zgodnie z powyższym, można dojść do dwóch sprzecznych wniosków.

Mianowicie, w pierwszej sytuacji §1 pkt.4 Rozporządzenia (forma zbiórki w postaci sprzedaży przedmiotów lub usług) pozostaje w oczywistej sprzeczności z elementem zawartym w definicji zbiórki publicznej w art.1 z.p., albowiem świadczenie opłaty z tytułu sprzedaży przedmiotów i usług, pozostaje, co do zasady w konflikcie z przymiotem dobrowolności.

Drugim stanowiskiem, które wydaje się zasługiwać na uwzględnienie pozostaje, że jeżeli dokonujemy sprzedaży określonego przedmiotu to kluczową jest rzeczywista strona podmiotowa odbiorcy. Mianowicie, należy nieco uzupełnić stanowisko sądu poprzez wskazanie, że z przedmiotowego orzeczenia wynika bardzo ważny oraz słuszny wniosek zgodnie, z którym pobieranie opłat za świadczone usługi¹⁸ lub sprzedane przedmioty nie stanowi zbiórki publicznej nawet, jeżeli środki uzyskane z opłat są przeznaczane na z góry określony cel w sytuacji, gdy podmiot faktycznie nie chce uzyskać świadczone usługi lub nabyć przedmiot, lecz dobrowolnie przekazać środki na z góry określony cel, natomiast przedmiot lub świadczona usługa stanowią wyłącznie quasi wynagrodzenie jego zaangażowania. Przesłanką niweczącą zaistnienie zbiórki publicznej jest brak przymiotu dobrowolności. Wobec czego Sąd wydaje się zasadnie wskazuje na to, że dla stwierdzenia czy w danej sytuacji mamy do czynienia ze zbiórką publiczną każdorazowo kluczowym będzie zamiar, jakim kierować się będzie darczyńca. Należy pamiętać, że wywołanie zamiaru darczyńcy może pozostawać niezależne od działania organizacji pozarządowej. Jeżeli, darczyńca kupuje określony przedmiot, nie mając na względzie jego wartości i przymiotów (w szczególności, jeżeli przedmiot ten ma wartość symboliczną), a jedynie kieruje się chęcią wsparcia określonego działania organizacji to w takiej sytuacji mamy do czynienia ze zbiórką publiczną, choćby rzeczywiście chodziło o sprzedaż przedmiotów i usług.

Z powyższego wynika również, że przepis §1 Rozporządzenia pozostaje adresowany wyłącznie do organów udzielających pozwolenia na dokonanie zbiórki, albowiem doprecyzowanie formy przeprowadzenia zbiórki publicznej w rozumieniu art.1 z.p. będzie istotnym wyłącznie na etapie uzyskania stosownej decyzji o pozwoleniu na przeprowadzenie zbiórki. W sytuacji zaistnienia zbiórki publicznej oraz jej przeprowadzenia bez wymaganego pozwolenia nie istotnym będzie, w jakiej formie doszło do jej zorganizowania. Z treści §1 Rozporządzenia nie można wobec tego tworzyć podstaw do sankcjonowania organizacji za prowadzenie działań w nim opisanych. O tym czy określony czyn, w szczególności w formie innej, aniżeli wskazana w §1 Rozporządzenia pozostaje zbiórką publiczną decydować będą wyłącznie przesłanki wskazane w art.1 i 13 z.p. Innymi słowy, w przypadku stwierdzenia, że określone działanie wypełnia znamiona określone w ustawie, jeżeli organizacja nie uzyskała

¹⁸ Pobranie opłaty za parking w zamian za udostępnianie na nim miejsca pozostaje usługą, do której w rozumieniu art.750 k.c. stosuje się przepisy o zleceniu.

pozwolenia, dla stwierdzenia naruszenia nie będzie istotną formą w jakiej je dokonano, a jedynie okoliczność jego dokonania. Norma wyrażona w §1 Rozporządzenia ma znaczenie wyłącznie dla organu, w sytuacji wydania decyzji o zbiórce oraz określenia zakresu przedmiotowego wydanej decyzji, jak również ewentualnego stwierdzenia nieprawidłowości wykonania decyzji lub nieprawidłowego jej wydania przez organ.

Wracając do problematyki zdefiniowania pojęcia zbiórki publicznej, poprzez negatywne uściślenie, kiedy nie mamy do czynienia ze zbiórką, należy wskazać, że konieczność pozyskania stosownego pozwolenia zależeć będzie każdorazowo od konkretnego stanu faktycznego (ad casu ad casum) oraz restrykcyjności odczytywania zapisów z.p.. W przypadku, gdy organizacja zamierza np. sprzedać na aukcji (prowadzonej za pośrednictwem serwisu internetowego) cegielki lub określony przedmiot (o wartości symbolicznej) w celu przeznaczenia zysku z aukcji na z góry określony cel, np. ochrona zabytkowego zamku, informując jednocześnie odbiorców o charakterze prowadzonej aukcji, to (co do zasady) należy takie działanie odczytywać, jako zbiórkę publiczną. W takiej sytuacji każdorazowo zachodzić będzie konieczność uzyskania pozwolenia na przeprowadzenie zbiórki od ministra właściwego do spraw wewnętrznych (ze względu na obszar, na którym ma zostać zorganizowana zbiórka¹⁹). Podkreślenia wymaga, że literalne brzmienie przepisów z.p. może pozostawać niedostosowane nie tylko do współczesnych realiów, w szczególności w dobie panowania Internetu, lecz również obecnych regulacji wyrażonych w późn. pub. Mianowicie, wątpliwości pojawiają się przy zestawieniu regulacji art.8 ust.1 pkt.1 późn. pub.²⁰ oraz art.8 ust.1 pkt.2²¹ późn. pub. z regulacją wyrażoną w art.1 z.p.

Ze wskazanych regulacji zawartych w późn. pub. wynika, że organizacja pozarządowa może odpłatnie prowadzić działalność w zakresie wskazanym w art.4 pkt.1 pkt.1)-33) późn. pub., oraz odpłatną działalność w zakresie sprzedaży 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 oraz reintegracji zawodowej i społecznej osób zagrożonych wykluczeniem społecznym, przy założeniu, że przychód z tych działalności służyć będzie wyłącznie prowadzeniu działalności pożytku publicznego²². Dodatkowo, z brzmienia art.4 z.p. wynika, iż pozwolenie na prowadzenie zbiórki publicznej może uzyskać niemal wyłącznie organizacja pozarządowa posiadająca osobowość prawną²³. Sprzeczność pomiędzy art.8 ust.1 późn. pub. oraz art.1 z.p. wynika z faktu, że organizacja pozarządowa, zawsze zostaje powołana dla realizacji z góry określonych celów

¹⁹ Art.2 ust.1 pkt.4 z.p.

²⁰ Wskazana regulacja stanowi, że „Działalnością odpłatną pożytku publicznego jest działalność prowadzona przez organizacje pozarządowe i podmioty wymienione w art. 3 ust. 3, w sferze zadań publicznych, o której mowa w art. 4, za które pobierają one wynagrodzenie”.

²¹ Wskazana regulacja stanowi, że „Działalnością odpłatną pożytku publicznego jest 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 oraz reintegracji zawodowej i społecznej osób zagrożonych wykluczeniem społecznym”.

²² art.8 ust.2 późn. pub.

²³ art. 4 z.p. stanowi, iż „Pozwolenie na zbiórkę publiczną może być udzielone jedynie stowarzyszeniom i organizacjom, posiadającym osobowość prawną, albo komitetom, organizowanym dla przeprowadzenia określonego celu. Cel zbiórki winien być zgodny ze statutem stowarzyszenia lub organizacji, bądź z aktem organizacyjnym komitetu”.

określonych w jej statucie oraz cała jej działalność skupia się na realizacji właśnie tych celów²⁴. Powyższe pośrednio odnosi się również do mogącej być prowadzoną przez organizację działalności gospodarczej, z której dochód musi zostać przekazany na działalność statutową, która służy wyłącznie osiągnięciu celów organizacji²⁵. Innymi słowy każde działanie organizacji służy (a przynajmniej powinno) realizacji z góry określonego celu.

Nadmienić należy, że większość działań organizacji, w szczególności wszystkie działania informacyjne wykonywane za pośrednictwem Internetu (, będą miały walor ich „publicznego” wykonywania. Wobec czego należy przyjąć, że racjonalny ustawodawca, mając na względzie, że organizacja pozarządowa zawsze realizuje z góry określone cele, przewiduje *expressis verbis* możliwość prowadzenia przez organizację pozarządową działalności pożytku publicznego (będącą w istocie quasi alternatywą dla działalności gospodarczej), to znaczy dopuszcza w zakresie prowadzonej działalności pożytku publicznego, jako regułę działalność z pominięciem przepisów z.p.. Przeciwnie stanowisko powodowałoby paradoksalną sytuację, (w szczególności przy przyjęciu, że zbiórka może mieć również formę sprzedaży przedmiotów lub usług) w której organizacje pozarządowe nie mogłyby praktycznie prowadzić działalności pożytku publicznego z pominięciem ustawy z.p., oraz uzyskania pozwolenia, gdyż w istocie każda z tych organizacji mając sformułowane w statucie „z góry określone cele” działa w obrocie dla ich zrealizowania, natomiast każde jej działanie służy ich realizacji, zawsze wiążąc się z dobrowolnością działania kontrahenta. Wobec czego niezależnie od skali terytorialnej prowadzonej działalności pożytku publicznego (gmina, powiat, województwo, czy też obszar całego kraju), każdorazowo organizacja musiałaby uzyskiwać stosowne pozwolenie, zgodnie z zasadą wyrażoną w art.1 z.p. zgodnie z którą zbiórki publiczne stanowią „wszelkie publiczne zbieranie ofiar w gotówce lub naturze na pewien z góry określony cel”. Dlatego też cel, o którym mowa w tym przepisie musi zostać wcześniej doprecyzowany i nie można utożsamiać go ze wszystkimi celami, dla których działa organizacja pozarządowa.

Powyższa kolizja, w szczególności przejawia się w sytuacji, gdy zestawimy regulacje art.8 ust.1 póź. pub. z art.1 z.p. oraz §1 Rozporządzenia, niemal wyczerpującego zakres mogącej być prowadzoną działalności odpłatnej pożytku publicznego, w szczególności jego punktu 4 zgodnie, z którym formą zbiórki publicznej jest „sprzedaż przedmiotów i usług”. Załóżmy, że władze organizacji chcą przeprowadzić akcję w formie polegającej na zawarciu umów sprzedaży kilku grafik (lub jakkolwiek inną akcją polegającą na sprzedaży przedmiotów i usług), natomiast dochód (co naturalne) chcą przeznaczyć na realizację jednego z góry określonych celów wskazanych statucie, np. na pomoc dzieciom z domów dziecka. Dodatkowo organizacja informuje potencjalnych nabywców o celu akcji . Wątpliwość polega na tym czy w określonym przypadku mamy do czynienia ze zbiórką publiczną. Jeżeli tak to każde działanie organizacji pozarządowej wymagałoby zezwolenia, co wydaje się całkowicie nie do pogodzenia z przepisami póź.pub.. Dodatkowo nieistotnym pozostawałoby czy organizacja poinformowałaby o celu akcji albowiem, dane takie jak cele działalności organizacji pozarządowej pozostają publikowane w Krajowym Rejestrze Sądowym, natomiast z podstawowych zasad wynikających

²⁴ Zarówno w u.fun. jak i pr.stow. warunkiem obligatoryjnym tworzenia statutu pozostaje podanie celów organizacji, które będą realizowane poprzez określone w statucie działania

²⁵ Art.34 pr.stow. oraz art.5 u.fun.

z u.KRS, (zasada jawności)²⁶, oraz domniemań (art. 15-16 u.KRS), wynika, że co do zasady nikt nie może zasłaniać się nieznajomością treści wpisu w rejestrze. Jeżeli jednak odpowiedź byłaby przecząca to zapisy Rozporządzenia pozostawałyby w większości martwe, albowiem każda z form wskazanych w rozporządzeniu mieści się w zakresie form, w których prowadzona jest działalność pożytku publicznego (zarówno odpłatna jak i po części nieodpłatna). Innymi słowy, bardzo trudno wyobrazić sobie inne formy prowadzenia odpłatnej działalności pożytku publicznego, aniżeli wskazane w §1 Rozporządzenia, dodatkowo zawsze działalność pożytku publicznego może wyczerpywać znamiona literalnie zawarte w art.1 z.p..

W odniesieniu do powyższego jedynym pogodzeniem kolizji wynikającej ze wskazanych przepisów pozostaje przyjęcie, że „z góry określony cel”, o którym mowa w art.1 z.p. musi pozostawać celem odpowiednio zindywidualizowanym oraz odnoszącym się do konkretnego stanu faktycznego, w postaci sfinansowania określonego działania. Innymi słowy, cel o którym stanowi ustawodawca pozostaje niczym innym jak w rzeczywistości konkretnym działaniem. Wobec czego, wracając do przykładu podanego powyżej w postaci celu określonego, jako „pomoc dzieciom z domów dziecka” przy takiej wykładni art.1 z.p. nie mielibyśmy w przywołanym przypadku do czynienia ze zorganizowaniem zbiórki publicznej. Dopiero zorganizowanie akcji w celu stworzenia oraz przekazania paczek świątecznych na rzecz domu dziecka X realizowałoby przesłankę „z góry określonego celu” (w istocie działania) oraz ewentualnego zaistnienia zbiórki publicznej.

Z pozoru, powyższe stanowisko może okazać się nieaktualne w sytuacji gdyby określony podmiot powstał wyłącznie dla realizacji jednego z góry określonego celu, w postaci np. fundacji na rzecz ciężko chorego Jana Kowalskiego. Załóżmy, że tego rodzaju fundacja ma wpisany w statucie jeden z góry określony cel tj. doprowadzenie do wyzdrowienia Jana Kowalskiego, lub utrzymanie przy życiu Jana Kowalskiego. Wskazany wyżej przykład broni tezę zgodnie, z którą cel, o którym mowa w art.1 z.p. należy pożytywać, jako zindywidualizowane konkretne działanie, albowiem przeciwnie stanowisko powodowałoby, że cel tego rodzaju organizacji w sposób nieuzasadniony powodowałby zawsze (przy podejmowaniu każdego działania) konieczność przeprowadzenia zbiórki publicznej w rozumieniu art.1 z.p.. Wobec czego, z góry określonym celem, który pozwalałby przykładowo na uznanie, że mamy do czynienia ze zbiórką publiczną byłoby faktyczne działanie określone np. jako pozyskanie środków na rehabilitację w ośrodku X, lub pozyskanie środków na leki X, ale już nie pozyskanie środków na bieżącą działalność statutową fundacji, bez wskazania o jakie konkretne działanie chodzi.

Reasumując, regulacja wyrażona w art.1 z.p. oraz §1 Rozporządzenia pozostaje współcześnie nieadekwatną do przepisów zawartych w póź.pub, pr.stow. oraz u.fun., co powoduje, że prawidłowe odczytanie płynącej z niej normy stwarza olbrzymie trudności interpretacyjne. Z jednej strony nie do pogodzenia wydaje się okoliczność, iż do większości przypadków działań prowadzonych przez organizacje pozarządowe wymaganym pozostawałoby zezwolenie na przeprowadzenie zbiórki publicznej, z drugiej jednak strony nie do pogodzenia wydaje się sytuacja, w której organizacja, bez uzyskania zezwolenia

²⁶ Art.8 u.KRS

organizowałyby akcję polecającą na przeprowadzeniu „zbiórki” (w szczególności poprzez działanie „domokrąźców”) powołując się na okoliczność pozyskania środków wyłącznie na cele statutowe (bez ich konkretyzacji), wreszcie zorganizowanie tego typu akcji, lecz już za pośrednictwem Internetu (choć w istocie będącej tożsamą) nie powoduje tak sprzecznych uczuć mimo że wymagałoby uzyskania zezwolenia ministra właściwego do spraw wewnętrznych. Z powyższego wynika konieczność zmiany przepisu art.1 z.p., w szczególności ze względu na to, iż przesłanki w nim wyrażone są podstawą do określenia znamion czynu sankcjonowanego przez literę prawa.

W istocie największe problemy pojawiają się na gruncie sytuacji, gdy pozwolenie powinno zostać uzyskane dla celów akcji mającej być prowadzoną za pośrednictwem Internetu. Internet bowiem jako narzędzie będące środkiem powszechnie dostępnym, skierowanym do nieograniczonej liczby odbiorców powoduje konieczność uzyskania zezwolenia od ministra, co wydaje się być zbyt znaczącym obciążeniem. Tego rodzaju obowiązek nie występuje w sytuacji, gdy akcja ma być przeprowadzona na terenie np. gminy (właściwym jest odpowiednio wójt, burmistrz, prezydent).

Wobec powyższego ograniczając się do medium, jakim jest internet, należy wskazać, że mając na względzie powyższe argumenty, w celu pominięcia obowiązku uzyskania zezwolenia organizując stosowną akcję w postaci w szczególności sprzedaży przedmiotów lub usług, bądź wezwania do nieodpłatnego pozyskania środków od darczyńców, ważnym będzie prawidłowe sformułowanie oferty lub informacji, w której zostanie wskazana podstawa do organizacji przedsięwzięcia (art.8 poź.pub.) oraz poinformowanie, że przychód akcji będzie przekazany na prowadzoną działalność pożytku publicznego organizacji. Ewentualnie, wydaje się dopuszczalnym zawarcie wzmianki, iż w zależności od wysokości przychodu z przedsięwzięcia, władze organizacji podejmą w przyszłości decyzję, co do jego wykorzystania, jednoznacznie wskazując przykładowe cele, na które środki mogą zostać przekazane. Powyższe może pozostawać szczególnie istotne gdyż w takim przypadku wydaje się, iż nie będzie występować przesłanka „z góry określonego celu”, o której mowa w art.1 z.p.

Względnie, jeżeli organizujemy przedsięwzięcie w postaci sprzedaży usług lub przedmiotów, istotnym może się okazać, aby wartość wskazanych przedmiotów lub usług pozostawała w odpowiednim stopniu ekwiwalentną do możliwie otrzymanego świadczenia, tj. aby świadczenie odbiorcy traciło przymiot dobrowolności oraz odbiorca kierował się rzeczywistą chęcią nabycia usługi lub przedmiotu, a nie chęcią faktycznego wsparcia z góry określonego celu (np. aukcja trofeum znanego sportowca lub pobieranie opłat za wstęp do obiektu prowadzonego przez organizację, np. w przypadku prowadzenia wystawy kamieni szlachetnych). Za prezentowanym stanowiskiem przemawia również cytowana na wstępie sentencja Wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach, niemniej w istocie przepisy z.p. pozostają na tyle niedostosowane do współczesnych realiów oraz treści innych ustaw, że w istocie każdorazowo to czy będziemy mieli do czynienia z naruszeniem (tj. prowadzeniem zbiórki bez zezwolenia), zleżeć będzie od subiektywnej opinii oceniającego, gdyż brak jest na dzień dzisiejszy jednolitej ich wykładni.

Należy nadmienić, że problematyka dotycząca uzyskania pozwolenia, sposobu przeprowadzenia zbiórki oraz sposobu jej rozliczenie nie została poruszona w ramach niniejszego opracowania, albowiem wskazane wyżej aspekty wynikają bezpośrednio z zapisów z.p. oraz rozporządzenia, natomiast ich literalne brzmienie nie wprowadza większych wątpliwości interpretacyjnych.

Wnioski:

1) Elementem kluczowym dla definicji zbiórki publicznej jest dobrowolność przekazanego świadczenia (ofiara), która nie występuje w przypadku przekazania zapłaty z tytułu sprzedaży przedmiotów lub świadczonych usług, o ile rzeczywistym zamiarem drugiej strony jest faktyczna chęć pozyskania przedmiotów lub usług, a nie chęć dobrowolnego wsparcia określonego działania organizacji, przy uwzględnieniu, że usługa lub przedmiot nie stanowią w rzeczywistości w sposób oczywisty jedynie quasi wynagrodzenia za otrzymane wsparcie.

2) Jako „z góry określony cel” w rozumieniu art.1 z.p., należy rozumieć określone konkretne, zindywidualizowane działanie, którego nie należy mylić z celami statutowymi organizacji. Przeciwna interpretacja powodowałaby przyjęcie niedopuszczalnego stanowiska, iż większość działań organizacji pozarządowej wykonywanych w ramach odpłatnej działalności pożytku publicznego, lub działalności gospodarczej powodowałoby konieczność uzyskania zezwolenia, z uwagi na to że każda organizacja statutowa działa dla realizacji z góry określonego celu zawartego w postanowieniach jej statutu.

3) Treść art.1 z.p. pozostaje niedostosowaną do współczesnych realiów, dlatego zasadnym pozostaje wniosek, o dokonanie zmiany wskazanej regulacji ze względu na istniejące dalece idące wątpliwości interpretacyjne, w szczególności ze względu na to, iż w państwie prawa niedopuszczalnym pozostaje kształtowanie odpowiedzialności podmiotu w oparciu o przepis pozwalający na zbyt dużą dowolność interpretacyjną. Zapis ten w szczególności winien zostać dostosowany do regulacji innych ustaw.

4) Interpretacja normy wyrażonej w §1 Rozporządzenia, nakazuje przyjąć, że przepis ten jest adresowany wyłącznie do organów udzielających pozwolenia w postaci decyzji, na przeprowadzenie zbiórki kształtując zakres, w jakim może dojść do udzielenia zezwolenia w przedmiocie formy przeprowadzenia zbiórki publicznej. Powyższe jest istotnym w tym sensie, że §1 Rozporządzenia nie ma wpływu na zdefiniowanie pojęcia zbiórki publicznej.

5) Treść §1 pkt.4) Rozporządzenia stanowiąca, że „Zbiórka publiczna ofiar w gotówce może być przeprowadzona w formie sprzedaży przedmiotów i usług” literalnie odbiega od definicji zbiórki publicznej która wymaga przynajmniej dobrowolności ofiary, której nie należy utorzsamiać z opłatą, dlatego zasadnym pozostaje wniosek *de lege feranda*, o dokonanie zmiany wskazanej regulacji poprzez jego wykreślenie.

6) Najbardziej, problematyczną kwestią, związaną z interpretacją przedmiotowej normy pozostaje dopuszczalność prowadzenia działalności za pośrednictwem Internetu, w szczególności w postaci aukcji internetowych organizowanych w celu pozyskania środków na z

góry określone cele, wobec czego wydaje się, iż zasadnym pozostaje zajęcie stanowiska przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, w którym zostałyby bezpośrednio kazuistycznie wyrażone, jakie działania organizacji prowadzone poprzez internet, wraz ze sposobem ich wykonania są dopuszczalne, a jakie wymagają udzielenia zezwolenia. Stanowisko takie nie stanowiłoby źródła prawa, lecz byłoby cenną wskazówką interpretacyjną, dla normy wyrażonej w art.1 z.p.,

II. Treść strony internetowej organizacji pozarządowej. Czy dane takie jak numer konta organizacji pozarządowej oraz dane zawierające bezpośrednio odesłanie (głęboki link) do treści informacyjnych zawartych na stronie innego podmiotu, bez jego zezwolenia mogą znaleźć się na stronie internetowej organizacji pozarządowej?

W ramach niniejszego opracowania zostaną poruszone dwie nasuwające się wątpliwości związane z treściami mogącymi być zamieszczonymi na stronie organizacji pozarządowej.

Pierwszą wątpliwością pozostaje czy organizacja pozarządowa może na swojej stronie zamieścić numer konta, jednocześnie wzywając potencjalnych darczyńców, do dokonania przekazania środków na realizowaną przez nią działalność pożytku publicznego, bez uzyskania zezwolenia ministra właściwego do spraw administracji na gruncie przepisów z.p.

Drugie z poruszonych zagadnień dotyczyć będzie możliwości zamieszczenia przez organizację pozarządową w treści strony internetowej odesłań do utworów (np. publikacji, grafik oraz artykułów) poprzez zamieszczenie głębokiego linku umożliwiającego użytkownikom strony internetowej bezpośrednio (tj. z pominięciem struktury nawigacyjnej strony głównej innej strony internetowej) otwarcie rekomendowanej witryny, bez zgody twórcy.

Wskazane wyżej problemy, sprawiają liczne trudności, natomiast w literaturze brak jest jednoznacznego stanowiska udzielającego jednoznacznych odpowiedzi na ich rozwiązanie.

Odnosząc się do pierwszego ze wskazanych powyżej zagadnień należy zauważyć, że problematyka dotycząca definicji zbiórki publicznej została przedstawiona wyczerpująco w ramach poprzedniego rozdziału. Niemniej tytułem wzmianki należy przypomnieć, iż z treści art. 1 z.p. wynika, że „*Wszelkie publiczne zbieranie ofiar w gotówce lub naturze na pewien z góry określony cel wymaga uprzedniego pozwolenia władzy*”. Dodatkowo zgodnie z §1 pkt.1 Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie sposobów przeprowadzania zbiórek publicznych oraz zakresu kontroli nad tymi zbiórkami (tekst jedn. Dz.U.03.199.1947 z późn. zm.), zwanego dalej „*Rozporządzeniem*”,

wydanego w oparciu o art.5 z.p.²⁷ „Zbiórka publiczna ofiar w gotówce może być przeprowadzona w formie dobrowolnych wpłat na konto, założone osobno dla każdej zbiórki publicznej przez przeprowadzającego zbiórkę publiczną”. Wobec powyższego z literalnego brzmienia przepisu art.1 z.p. bezpośrednio wynika, że zbiórką publiczną każdorazowo jest zbieranie ofiar na z góry określony cel, a co za tym idzie również poprzez podanie numeru konta na stronie internetowej. Niemniej, jak zostało wskazane w ramach poprzedniego rozdziału pojęcie z góry określonego celu nie może być rozumiane, jako cel, dla którego działa organizacja, lecz jako konkretne działanie.

Wobec powyższego kluczowym jest prawidłowe sformułowanie treści wezwania potencjalnych darczyńców do wpłacania środków na rzecz organizacji, zawartej na stronie internetowej. W sytuacji, jeżeli treść oświadczenia zawarta na stronie indywidualizuje działanie, na które mają zostać przeznaczone środki (np. zbiórka ofiar na przygotowanie oraz przekazanie paczek świątecznych na rzecz dzieci z domu dziecka „X”), oraz oświadczenie zawiera numer konta organizacji, to mamy do czynienia ze zbiórką publiczną w rozumieniu z.p. Wobec czego, tego rodzaju działanie wymagałoby uzyskania decyzji stosownego organu zgodnie z art.2 ust.1 z.p.²⁸ oraz na skutek jej wydania założenia odrębnego konta bankowego dla potrzeb realizacji zbiórki, jak również jej rozliczenia na zasadach opisanych w z.p. oraz Rozporządzeniu.

Zgodnie z powyższym, jak zostało wskazane w ramach poprzedniego rozdziału nie mamy do czynienia ze zbiórką publiczną w przypadku braku konkretyzacji „z góry określonego celu” zbiórki. Dlatego, działaniem dopuszczalnym jest zamieszczenie w jednym miejscu na stronie internetowej zestawienia następujących danych:

- 1) danych teleadresowych organizacji, w tym nazwy organizacji oraz jej adresu,
- 2) informacji ogólnych na temat prowadzonej działalności,
- 3) wyszczególnionych celów statutowych,
- 4) wyszczególnienia prowadzonych działań prowadzonych w ramach działalności pożytku publicznego (określonych w statucie),
- 5) numeru konta,

²⁷ Art.5 z.p. statuuje, że „Minister właściwy do spraw wewnętrznych określi, w drodze rozporządzenia, sposoby przeprowadzania zbiórek publicznych i zakres kontroli nad ich przeprowadzaniem, uwzględniając zwłaszcza potrzebę zapewnienia odpowiedniego bezpieczeństwa zbieranych ofiar. Rozporządzenie określi w szczególności formy prowadzenia zbiórek publicznych, miejsca ich prowadzenia, niezbędne dane, jakie powinien zawierać plan przeprowadzania zbiórki, sposoby sporządzania dokumentacji dotyczącej przebiegu akcji zbiórkowej, wymogi, jakim powinna odpowiadać legitymacja osoby przeprowadzającej zbiórkę publiczną, oraz niezbędne informacje, jakie powinno zawierać publiczne ogłoszenie wyników zbiórki”

²⁸ Wskazana regulacja art.2 ust.1 z.p. stanowi, że „Pozwoleń na przeprowadzenie zbiórki udzielają, w drodze decyzji administracyjnej:

- 1) wójt, burmistrz (prezydent miasta) - jeżeli zbiórka ma być przeprowadzona na obszarze gminy lub jego części,
- 2) starosta - jeżeli zbiórka ma być przeprowadzona na obszarze powiatu lub jego części obejmującej więcej niż jedną gminę,
- 3) marszałek województwa - jeżeli zbiórka ma być przeprowadzona na obszarze województwa lub jego części obejmującej więcej niż jeden powiat,
- 4) minister właściwy do spraw wewnętrznych - jeżeli zbiórka ma być przeprowadzona na obszarze obejmującym więcej niż jedno województwo”. Dodatkowo zgodnie z art.2 ust.2 z.p. „Jeżeli zebrane ofiary mają być zużyte za granicą państwa, pozwolenia na zbiórkę udziela, w drodze decyzji administracyjnej, minister właściwy do spraw wewnętrznych, za zgodą ministra właściwego do spraw zagranicznych i ministra właściwego do spraw finansów publicznych”.

6) informacji o możliwości dokonywania wpłat na rzecz wsparcia działalności organizacji oraz możliwości wskazania przez darczyńcę na rzecz którego z działań organizacji (programów) przekazuje darowiznę.

Wskazany wyżej przykład dopuszczalnej treści informacji pochodzi z pisma Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 4.12.2009r. DZiK-VI-632-111/8/AT (podpisanego przez podsekretarza stanu Pana Tomasza Siemoniaka), stanowiącego odpowiedź na zapytanie Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Edukacji Narodowej z dnia 15.11.2009r. DKS-III-TS-045651/09. Pismo to nie stanowi wiążącego źródła wykładni prawa, niemniej jest ono bardzo przydatną wskazówką interpretacyjną, znajdującą swe uzasadnienie w argumentacji zawartej w ramach poprzedniego rozdziału.

Wobec czego, niezmiernie ważnym pozostaje poprawne sformułowanie treści informacji zawartej na stronie internetowej, albowiem zaniedbania w tym zakresie mogą spowodować podstawę do egzekwowania sankcji wobec organizacji.

Niezależnie od powyższego, należy wskazać, że dane identyfikacyjne wskazane powyżej nie muszą spełniać kryteriów, o których mowa w art.34 ust.1 u.KRS., albowiem oświadczenie zamieszczone na stronie internetowej nie spełnia wymogu formy pisemnej²⁹ oraz nie jest skierowanym do z góry zindywidualizowanych osób. Niemniej bardzo ważnym jest, aby w bieżącej działalności pamiętać o obowiązku zamieszczania danych kontaktowych organizacji zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 34 ust. 1 u.KRS., zgodnie z którą „Podmioty wpisane do Rejestru są obowiązane umieszczać w oświadczeniach pisemnych, skierowanych, w zakresie swojej działalności, do oznaczonych osób i organów, następujące dane: firmę lub nazwę; oznaczenie formy prawnej wykonywanej działalności; siedzibę i adres; numer NIP; oznaczenie sądu rejestrowego, w którym przechowywane są akta rejestrowe podmiotu oraz numer podmiotu w Rejestrze”. Zaniechanie wskazanego obowiązku może powodować, że sąd rejestrowy, który stwierdzi nieprawidłowość, może nałożyć grzywnę na osoby odpowiedzialne za niewykonanie tego obowiązku w kwocie do 5.000 złotych³⁰.

Przechodząc do problematyki dotyczącej zamieszczania na stronie internetowej tzw. głębokich linków do materiałów zawartych na innych stronach internetowych stanowiących przedmiot prawa autorskiego w rozumieniu pr.aut., należy wskazać, że działania tego rodzaju mogą w określonych sytuacjach stanowić naruszenie majątkowych praw autorskich osób trzecich.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że problem nie pojawia się w przypadku, gdy link (hipertączę) jest tak zwanym linkiem płytkim odnoszącym się do strony głównej określonego portalu, na którym można znaleźć utwór, lub jest on linkiem „martwym” (wyłącznie zacytowanym adresem strony, na której można znaleźć określoną publikację wymagającym jego przepisania oraz wprowadzenia do przeglądarki).

²⁹ Zgodnie z art. 78§ 2 k.c. „Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej”.

³⁰ Art.34 ust.3-4 u.KRS.

Do naruszenia autorskiego prawa majątkowego może dojść w sytuacji, gdy zamieszczony link z pominięciem struktury nawigacyjnej strony głównej innej strony internetowej odsyła do utworu w rozumieniu art.1 pr.aut. oraz organizacja pozarządowa nie ma na publikację linku na swojej stronie internetowej zgody twórcy lub podmiotu uprawnionego. Powyższe wynika z okoliczności, iż publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym stanowi jedno z pól eksploatacji w zakresie rozpowszechniania utworu, będące prawem przysługującym wyłącznie twórcy³¹. Jako rozpowszechnianie utworu należy rozumieć w szczególności sytuację polegającą na stworzeniu możliwości zapoznania się z utworem bliżej nieokreślonego, niezamkniętemu kręgowi osób w tym również poszerzenie spektrum możliwości zapoznania się z utworem przez wiele osób³².

Ustawa pr.aut. bezpośrednio nie zawiera w/w dyspozycji, z których mogłoby wynikać bezpośrednio dokonanie naruszenia poprzez samą publikację głębokiego linku. Niemniej postanowienia tego rodzaju mogą wynikać z interpretacji postanowień WIPO Copyright Treaty, czyli Traktatu o Prawie Autorskim, Światowej Organizacji Własności Intelektualnej. Artykuł 8 traktatu statuuje iż „(...) *autorom utworów literackich i artystycznych przysługuje wyłączne prawo zezwalania na publiczne komunikowanie swoich utworów drogą przewodową lub bezprzewodową, w tym publiczne udostępnianie utworów w taki sposób, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym*”. Wobec za naruszenie prawa może być uznane każde działanie umożliwiające dostęp osób trzecich do utworu, w tym również samo jego „oferowanie” potencjalnym odbiorcom. Nie ma znaczenia, czy utwór udostępniony został odpłatnie, czy też nieodpłatnie, a także fakt czy podmiot naruszający prawo działał w celu zarobkowym, czy też nie, gdyż generalnie liczy się sam fakt dokonania naruszenia.

Nadto dyrektywa Unii Europejskiej 2001/29/WE przejmuje w dużym stopniu postanowienia artykułu 8 traktatu. Dyrektywa zobowiązuje w art. 3 ust. 1 państwa członkowskie do przyznania twórcom wyłącznego prawa zezwalania lub zakazywania publicznego udostępniania rozpowszechniania ich utworów za pośrednictwem przewodowych lub bezprzewodowych środków przekazu, w tym udostępnienia utworów w sposób umożliwiający odbiorcom uzyskanie do nich dostępu z miejsca a także w czasie indywidualnie przez nich wybranych. Zakres regulacji art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE jest bardzo szeroki, gdyż odnosi się do wszystkich sposobów lub procesów udostępnienia dzieła, innych niż dystrybucja materialnych egzemplarzy utworu, nie obejmując jedynie komunikacji indywidualnej (np. poczta e-mail). W świetle art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE, analogicznie jak na gruncie art. 8 WCT, można przyjąć że już samo umieszczenie utworu w sieci w taki sposób, że utwór staje się jedynie potencjalnie dostępny dla nieograniczonego lub znacznego kręgu odbiorców, stanowi jego rozpowszechnienie. Najistotniejszym jest, iż za naruszenie wyłącznego prawa do rozpowszechniania może być już uznane również samo oferowanie utworów w sieci, bez uzyskania w tym zakresie zgody uprawnionego podmiotu.

³¹ Art.17 pr.aut. w zw. z art.50 pr.aut.

³² Art.6 ust.1 pkt.3

Powyższe pozostaje istotnym, albowiem przepisy pr.aut. winny być interpretowane przez pryzmat zapisów dyrektywy, natomiast Polska jest stroną traktatu, którego postanowienia winny być stosowane bezpośrednio.

Ponadto, należy zwrócić uwagę, że bardzo często powoływanym orzeczeniem przy omawianiu problematyki głębokiego linkowania pozostaje wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 lipca 2004r. (I ACa 564/04, TPP 2004/3-4/155). Sąd omawiając problematykę instytucji rozpowszechniania wizerunku, odniósł się do problemu tzw. deep linking. Sąd uznał że „Zachowanie strony pozwanej (zamieszczenie linku do witryny, na której znajdował się wizerunek powódki) spełniało zatem cechy publicznego udostępnienia tego wizerunku; wytwarzało bowiem sytuację, w której nieograniczony zbiór użytkowników portalu secunda mógł zapoznać się z wizerunkiem powódki (...). Pojęcie "rozpowszechniania wizerunku" należy bowiem interpretować zgodnie z dyrektywą zamieszczoną w art. 6 pkt 3 powołanej ustawy, wedle której utworem rozpowszechnionym jest utwór, który został udostępniony publicznie.” Zauważyć należy że w przywołanej sprawie poczynione rozważania są rozważaniami czysto teoretycznymi. Przywołany wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie w istocie nie dowodzi, iż deep linking jest zabroniony. Sąd wypowiedział się w jego uzasadnieniu tylko niejako na marginesie i przy okazji rozważań dotyczących prawa do wizerunku oraz dóbr osobistych. W związku z tym pojawia się wątpliwość dotycząca tego czy w istocie rozważania Sądu nie zostały utwierdzone w analizowanej przez Sąd podstawie faktycznej.

Reasumując, w obecnym stanie prawnym, niezwykle ciężko jest jednoznacznie stwierdzić czy samo zamieszczenie głębokiego linku, bez zezwolenia twórcy (lub osoby uprawnionej) jest naruszeniem, niemniej wyżej wskazane argumenty wydają się odpowiadać na tak przedstawione zagadnienie twierdząco. Nadmienić należy, że w doktrynie istnieje stanowisko zgodnie z którym hiperłącze „jako takie” nie stanowi naruszenia prawa autorskiego³³, niemniej wyżej wskazane regulacje wydają się temu stanowisku przeczyć. Wobec czego zamieszczając na stronie internetowej link bezpośrednio odsyłający gości do utworu znajdującego się na innej stronie internetowej, najbezpieczniej pozostaje zamieścić zamiast niego link płytki (odsyłający do strony głównej serwisu), lub dokonanie zamiany hiperłącza na tekst, bądź uzyskanie zgody osoby uprawnionej do utworu na zamieszczenie hiperłącza (zgoda taka może być wyrażona na stronie internetowej uprawnionego w tzw. nocie copyrightowej). Wobec powyższego, kształtując treść strony internetowej organizacji pozarządowej, należy mieć powyższe na względzie, w celu uniknięcia ewentualnych naruszeń.

³³ Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, wyd. V : Janusz Barta (red.), Ryszard Markiewicz (red.), Monika Czajkowska-Dąbrowska, Zbigniew Ćwiąkalski, Krzysztof Felchner, Elżbieta Traple.

III. Działalność nieodpłatna i odpłatna pożytku publicznego a działalność gospodarcza-analiza porównawcza

Obserwacje dokonane podczas realizacji projektu pn. „Wzmocnienie potencjału organizacji pozarządowych poprzez podniesienie świadomości prawnej ich członków” prowadzonego w ramach Programu Operacyjnego Fundusz Inicjatyw Obywatelskich doprowadziły do wniosków, iż organizacje pozarządowe, w szczególności fundacje i stowarzyszenia w coraz większym stopniu mają wątpliwości, co do wyboru pomiędzy podejmowaniem działalności – odpłatnej lub nie odpłatnej pożytku publicznego w rozumieniu ustawy z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (Dz. U. nr 96, poz. 873 z póź. zm.), bądź tej, która nosi cechy działalności gospodarczej w rozumieniu ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. nr 173 poz. 1807 z póź. zm.). Z praktycznego punktu widzenia są to wątpliwości zupełnie zrozumiałe, ponieważ dotyczą uzyskania pewnego rodzaju niezależności finansowej.

W ramach realizacji projektu zaobserwowano, że wielokrotnie podejmowana przez organizacje pozarządowe chęć podjęcia określonej inicjatywy działania, w ramach realizacji określonych celów, napotyka na barierę stanowiącą brak zrozumienia, na jakich obszarach i w jakim zakresie pozwala działać przyjęta przez daną organizację forma działalności. Prawidłowe rozróżnianie form działalności jest o tyle istotne, że rodzi konsekwencje w przedmiocie uzyskania bądź braku możliwości uzyskania określonych przywilejów, w szczególności zwolnień podatkowych, bądź statusu organizacji pożytku publicznego, niezmiernie ważnych z punktu widzenia działalności organizacji pozarządowych.

Na tym polu zachodzą najważniejsze różnice, dlatego mamy nadzieję, że komparatystyczne zestawienie, które przedstawiamy poniżej, pomoże członkom organizacji pozarządowych, w zrozumieniu i właściwym zastosowaniu odpowiedniej dla siebie formy działalności.

1. Definicje – cechy charakterystyczne.

Bazę omawianego zagadnienia stanowić będzie ustawa z dnia z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (Dz. U. nr 96, poz. 873 z póź. zm.).

Z treści art. 6 poź. pub. wynika, iż ustawodawca dopuścił możliwość prowadzenia działalności pożytku publicznego. Rozróżnił jednak jej formy, na działalność odpłatną i nieodpłatną. Zastrzegł przy tym, że forma odpłatnej działalności pożytku publicznego zgodnie z art. 9 poź.pub. może przybrać charakter działalności gospodarczej w rozumieniu ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. nr 173 poz. 1807 z póź. zm.).

Nie trudno zauważyć, że zastosowano konstrukcję dychotomiczną działalności prowadzonej przez organizację pozarządową, dlatego na początku należy dokonać krótkiej charakterystyki każdej z osobna.

Działalność nieodpłatna pożytku publicznego jest to działalność prowadzona przez organizacje pozarządowe i inne podmioty wymienione w ustawie o działalności pożytku publicznego, w sferze zadań publicznych, za którą nie pobierają one wynagrodzenia. (art. 7 poź.pub.)

Działalność nieodpłatna pożytku publicznego jest najbardziej wyrazistą z pośród wszystkich trzech form działalności, jaką mogą prowadzić organizacje pozarządowe, przez co sprawia najmniejsze problemy w jej rozróżnieniu i zastosowaniu. Główną cechą jest ograniczenie jej zakresu wyłącznie do sfery usług oraz świadczeń nieodpłatnych.

Działalność odpłatna pożytku publicznego jest działalnością prowadzoną przez organizacje pozarządowe i inne podmioty wymienione w ustawie o działalności pożytku publicznego, w sferze zadań publicznych, za które pobierają one wynagrodzenie. (art. 8 ust. 1 pkt. 1 poź.pub.)

Dodatkowo w ramach działalności odpłatnej pożytku publicznego można dokonywać sprzedaży 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 oraz reintegracji zawodowej i społecznej osób zagrożonych wykluczeniem społecznym (art. 8 ust. 1 pkt. 2 poź.pub.).

Główną cechą tej formy działalności, poza oczywiście odpłatnym jej charakterem, jest obowiązek przeznaczenia całego uzyskanego przychodu wyłącznie na działalność społecznie użyteczną prowadzoną w sferze zadań publicznych. (art. 8 ust. 2 w zw. z art. art. 3 ust.1 poź.pub.).

Powyższe dwie formy działalności nie są działalnością gospodarczą, w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (art.6 poź pub.). Dlatego też odróżnić od nich należy działalność organizacji mającą charakter działalności gospodarczej, którą jest zarówno działalność odpłatna pożytku publicznego, prowadzona przez organizacje pozarządowe i inne podmioty wymienione w ustawie o działalności pożytku publicznego, w sferze zadań publicznych, w sytuacjach wymienionych w art.9 poź.pub., jak również bezpośrednio działalność organizacji podjęta, przez organizację, jako zarobkowa działalność gospodarcza w rozumieniu ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. nr 173 poz. 1807 z póź. zm.). (art. 9 ust.1 poź.pub.).

Zanim zostanie dokonane dalsze omówienie formy działalności, wskazanej w art.9 poź.pub., z uwagi na potrzebę zaprezentowania jej głównych cech, odróżniających ją od

pozostałych dwóch zaprezentowanych form, w zwięzły sposób zostanie scharakteryzowana działalność gospodarcza w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

Działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej należy rozumieć, jako zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. (art. 2 u.s.g.)

Aby uznać określoną działalność za działalność gospodarczą w rozumieniu wyżej powołanego przepisu, konieczne jest łączne spełnienie trzech warunków. Po pierwsze, dana działalność musi być działalnością zarobkową, po drugie, powinna być działalnością wykonywaną w sposób zorganizowany oraz, po trzecie, w sposób ciągły.

Zarobkowy charakter działalności stanowi podstawową, konstytutywną cechę działalności gospodarczej. Dana działalność jest zarobkowa, jeżeli jest prowadzona w celu osiągnięcia dochodu, rozumianego jako nadwyżka przychodów nad nakładami tej działalności. Znaczenie ma jednak kryterium subiektywne w postaci dążenia danego podmiotu do osiągnięcia zarobku. Nie jest konieczne faktyczne osiągnięcie dochodów z danej działalności. Przynoszenie strat przez daną działalność, zarówno przejściowo, jak i w dłuższych okresach, nie pozbawia jej statusu działalności gospodarczej.³⁴

Jako przesłankę działalności wykonywanej w sposób zorganizowany, w literaturze utożsamia działanie w postaci dokonania wyboru formy organizacyjno-prawnej przedsiębiorczości, tj. prowadzenie działalności indywidualnej jako osoba fizyczna lub w ramach spółki cywilnej, spółki handlowej, spółdzielni itd.³⁵

Celem, przesłanki w postaci ciągłości działalności jest wyeliminowanie z pojęcia działalności gospodarczej przedsięwzięć jednorazowych. Nie należy jednak tego rozumieć jako konieczność wykonywania działalności bez przerwy. Istotny jest zamiar powtarzalności określonych czynności celem osiągnięcia dochodu.³⁶

Wracając bezpośrednio do omawianej formy działalności, prowadzonej przez organizację pozarządową, podkreślenia wymaga, że działalność organizacji nabędzie charakter działalności gospodarczej, gdy wynagrodzenie – (główna cecha odpłatnej formy działalności pożytku publicznego) jest w odniesieniu do działalności danego rodzaju wyższe od tego, jakie wynika z kosztów tej działalności lub gdy przeciętne miesięczne wynagrodzenie osoby fizycznej z tytułu zatrudnienia przy wykonywaniu statutowej działalności odpłatnej pożytku publicznego, za okres ostatnich 3 miesięcy, przekracza 3-krotność przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedni. (art. 9 ust. 1 pkt. 1 i 2 u.o.p.p.) Przy czym, przez wynagrodzenie rozumie się wynagrodzenie z tytułu świadczenia pracy lub usług, niezależnie od

³⁴ Konrad Kohutek, Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

sposobu nawiązania stosunku pracy lub rodzaju i treści umowy cywilnoprawnej z osobą fizyczną. (art. 9 ust. 2 u.o.p.p.).

Jak widać, główną cechą omawianej formy działalności jest jej zarobkowy charakter. Cecha ta w odróżnieniu od cechy odpłatności i nieodpłatności charakterystycznej dla poprzednich form, powoduje wiele ograniczeń, które zostaną przedstawione w dalszej części opracowania.

2. Zasadnicze różnice w zakresie form działalności prowadzonych w ramach organizacji pozarządowych.

Przybliżenie charakteru i formy poszczególnych rodzajów działalności pożytku publicznego pozwala nakreślić różnice zachodzące pomiędzy nimi. Wobec czego, w przypadku nieodpłatnej działalności pożytku publicznego problem z jej rozróżnieniem i zastosowaniem właściwie nie istnieje. Wątpliwości co do rozróżnienia formy i jej w właściwego wykorzystania, pojawią się dopiero w sytuacji rozróżnienia odpłatnej działalności pożytku publicznego i działalności organizacji mającej cechy działalności gospodarczej w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

I. Rozróżnienie z uwagi na charakter wynagrodzenia za świadczone usługi.

Różnice pomiędzy trzema omawianymi formami działalności organizacji pozarządowych doskonale nakreślił Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku, który w uzasadnieniu do wyroku z dnia 22 marca 2006 r. stwierdził, że zgodnie z art. 7 ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie, „działalność nieodpłatna pożytku publicznego” to świadczenie na podstawie stosunku prawnego usług, za które organizacje pożytku publicznego prowadzące tę działalność nie pobierają wynagrodzenia. W konfrontacji z zawartymi w przepisach tej ustawy definicjami takich pojęć, jak „odpłatna działalność pożytku publicznego” i „działalność gospodarcza pożytku publicznego”, za „nieodpłatną działalność pożytku publicznego” można uznać tylko taką sytuację, w której organizacja pożytku publicznego za świadczone przez siebie usługi nie pobiera jakiegokolwiek wynagrodzenia, a nie sytuację, gdy wynagrodzenie to nie odpowiada rzeczywistej wartości lub kosztów świadczenia. Pobieranie wynagrodzenia powoduje, bowiem, że działalność pożytku publicznego staje się działalnością odpłatną (art. 8 ust.1 cyt. ustawy), zaś pobieranie wynagrodzenia wyższego od tego, jakie wynika z kalkulacji bezpośrednich kosztów tej działalności - czyni z niej działalność gospodarczą (art. 9 ust.1 pkt 1 cyt. ustawy). (sygn. akt: I SA/Bk 346/05).

W ramach uzupełnienia należy dodać, iż o obowiązku prowadzenia działalności gospodarczej przesądzać będzie również sytuacja, w której przeciętne miesięczne wynagrodzenie osoby fizycznej z tytułu zatrudnienia przy wykonywaniu statutowej działalności odpłatnej pożytku publicznego, za okres ostatnich 3 miesięcy, przekracza 3-krotność przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedni.

Podsumowując, działalność nieodpłatna pożytku publicznego, to taka w ramach której za świadczone usługi organizacja nie pobiera wynagrodzenia. Działalność odpłatna pożytku publicznego, to taka w ramach, której za świadczone usługi pobiera się wynagrodzenie jednak tylko w granicach bezpośrednich kosztów. Działalność gospodarcza, to taka w ramach której za świadczone usługi pobiera się wynagrodzenie wyższe od bezpośrednich kosztów, co stanowi zysk organizacji, bądź każda działalność wykonywana w sposób ciągły za którą organizacja pobiera opłatę wykonywana przez organizację poza sferą zadań publicznych (np. prowadzenie sklepu z pamiątkami) z której dochód winien być przeznaczony na działalność organizacji.

II. Rozróżnienie z uwagi na przedmiot działalności.

Ustawodawca ustanowił obowiązek doprecyzowania w statucie organizacji, zakresu w jakim będzie prowadzona działalność nieodpłatna lub odpłatna pożytku publicznego (art. 10 ust. 3 poź.pub.). Chodzi o wskazanie konkretnych zindywidualizowanych rodzajów działalności. Konieczność taka powstała z uwagi na to, że w przypadku odpłatnej działalności pożytku publicznego cały przychód z usług świadczonych w ramach wskazanego zakresu działalności musi zostać przeznaczony wyłącznie na cele społecznie użyteczne w sferze zadań publicznych. Inaczej jest w przypadku usług świadczonych w ramach działalności mającej charakter działalności gospodarczej. Przychód z tej działalności nie musi być przeznaczony na działalność pożytku publicznego, albowiem organizacja może nim swobodnie dysponować w ramach swoich celów statutowych. W konsekwencji zrozumiałe jest, że nie można prowadzić odpłatnej działalności pożytku publicznego i działalności gospodarczej w odniesieniu do tego samego przedmiotu działalności. (art. 9 ust. 3 u.o.p.p.)

Podsumowując, decyzja o prowadzeniu względem wybranego rodzaju, działalności nieodpłatnej bądź odpłatnej pożytku publicznego, powoduje zakaz prowadzenia w stosunku do tego samego przedmiotu innej działalności gospodarczej.

III. Rozróżnienie rodzajów działalności z uwagi na możliwość uzyskania statusu organizacji pożytku publicznego oraz przywilejów związanych z uzyskaniem tego statusu.

Wybór właściwej formy działalności prowadzonej przez organizację oraz zdecydowanie o przeznaczeniu dochodu z tej działalności, stanowić może o ewentualnej możliwości uzyskania w przyszłości statusu organizacji pożytku publicznego. Zasadą pozostaje że dochód z prowadzonej działalności gospodarczej może zostać przeznaczony przez organizację na realizację jej celów, a co za tym idzie zarówno na prowadzoną działalność pożytku publicznego oraz działalność gospodarczą (art.5. u.fun. oraz art. 34 pr.stow.). Odmienne wygląda sytuacja w przypadku organizacji pozarządowych posiadających status organizacji pożytku publicznego, albowiem podmioty te mogą przeznaczyć dochód z prowadzonej działalności gospodarczej wyłącznie na realizację działań stanowiących działalność pożytku publicznego (art.20 ust.1 pkt.3) poź pub.). Wobec powyższego aspekt przeznaczenia środków uzyskanych z określonego rodzaju działalności pozostaje niezwykle ważny w odniesieniu do problematyki działania, jako o.p.p.

Status organizacji pożytku publicznego przysługuje jedynie organizacjom prowadzącym działalność nieodpłatną, bądź odpłatną pożytku publicznego. Niemniej, ustawodawca dopuszcza możliwość prowadzenia działalności gospodarczej, jednak wyłącznie jako dodatkowej (art. 20 ust. 1 pkt. 2 u.o.p.p.). Powyższe oznacza, że działalność gospodarcza może mieć charakter wyłącznie pomocniczy (subsydiarny), w stosunku do prowadzonej działalności pożytku publicznego, co niejako w sposób oczywisty eliminuje z zakresu podmiotów mogących uzyskać status organizacji pożytku publicznego organizacje prowadzące wyłącznie, lub w przeważającej mierze, działalność gospodarczą (prowadzenie wyłącznie działalności gospodarczej przez organizację pozarządową dyskwalifikuje, jej działalność jako niezarobkową w rozumieniu u.fun. oraz pr. stow.).

Największe różnice pomiędzy sferami działalności pożytku publicznego, a działalności gospodarczej przejawiają się w przypadku podmiotów, które uzyskały status organizacji pożytku publicznego. Są to różnice niebagatelne, nie bez przyczyny mogące mieć wpływ na ostateczny wybór formy działalności, dla organizacji mających zamiar uzyskać w/w status.

Różnice te polegają na tym, że przywileje którymi mogą cieszyć się organizacje pożytku publicznego (liczne zwolnienia publicznoprawne) odnoszą się wyłącznie do przychodów uzyskanych z działalności pożytku publicznego. Innymi słowy, organizacja pozarządowa mająca status organizacji pożytku publicznego, nie korzysta ze zwolnień przewidzianych przez ustawodawcę w zakresie przychodów uzyskanych z wykonywanej działalności gospodarczej. Podstawowe przywileje organizacji pożytku publicznego w ramach prowadzonej przez siebie nieodpłatnej bądź odpłatnej działalności pożytku publicznego, a co za tym idzie różnice w stosunku do wykonywanej przez nie równoległe działalności gospodarczej to:

W zakresie zwolnień podatkowych:

- a) przychody organizacji pożytku publicznego są zwolnione od podatku dochodowego od osób prawnych;

różnica

- dochody organizacji uzyskane z prowadzonej równoległe działalności gospodarczej podlegają rozliczeniu na zasadach ogólnych (art. 17 ust.1 pkt. 6c ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych);

- b) od gruntów zajętych na prowadzenie odpłatnej statutowej działalności pożytku publicznego przez organizacje pożytku publicznego stawka podatku od nieruchomości wynosi - 0,41 zł od 1 m² powierzchni (art. 5 ust. 1 pkt. 1. lit. c ustawy o podatkach i opłatach lokalnych);

różnica

- od gruntów zajętych na prowadzenie działalności gospodarczej, bez względu na sposób zakwalifikowania w ewidencji gruntów i budynków stawka podatku od

nieruchomości wynosi- 0,80 zł od 1 m² powierzchni (art. 5 ust. 1 pkt. 1. lit. a ustawy o podatkach i opłatach lokalnych);

- c) od budynków lub ich części zajętych na prowadzenie odpłatnej statutowej działalności pożytku publicznego przez organizacje pożytku publicznego stawka podatku od nieruchomości wynosi – 7,06 zł od 1 m² powierzchni użytkowej (art. 5 ust. 1 pkt. 2. lit. e ustawy o podatkach i opłatach lokalnych);

różnica

-od budynków lub ich części zajętych na prowadzenie działalności gospodarczej stawka podatku od nieruchomości wynosi – 21,05 zł od 1 m² powierzchni użytkowej (art. 5 ust. 1 pkt.2. lit. b ustawy o podatkach i opłatach lokalnych);

- d) w całości zwalnia się od podatku nieruchomości lub ich części zajęte na prowadzenie nieodpłatnej statutowej działalności pożytku publicznego przez organizacje pożytku publicznego. (art. 7 ust. 1. pkt. 14 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych).

różnica

- brak zwolnienia w przypadku wyłącznego prowadzenia działalności gospodarczej na terenie nieruchomości lub jej części zajętej przez organizację;

- e) organizacje pożytku publicznego w związku z nieodpłatną działalnością pożytku publicznego są zwolnione z podatku od czynności cywilnoprawnych (art. 8 pkt. 2a ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych);

różnica

- brak zwolnienia w przypadku czynności wykonywanych w ramach prowadzonej działalności gospodarczej;

- f) organizacje pożytku publicznego w związku z nieodpłatną działalnością pożytku publicznego są zwolnione z opłaty skarbowej, jeżeli dokonują zgłoszenia lub składają wniosek o dokonanie czynności urzędowej albo składają wniosek o wydanie zaświadczenia lub zezwolenia - (art. 7 pkt. 4 ustawy o opłacie skarbowej);

różnica

- brak zwolnienia w przypadku wykonywania wyżej wskazanych czynności w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą

- g) organizacje pożytku publicznego w związku z nieodpłatną bądź odpłatną działalnością pożytku publicznego są zwolnione z opłat sądowych w rozumieniu ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych;

różnica

- brak zwolnienia w przypadku prowadzenia spraw związanych z wykonywaną działalnością gospodarczą

Niezależnie od powyższego, należy zaznaczyć, że organizacje pożytku publicznego, dysponują również uprawnieniami niezależnymi od rodzaju oraz sposobu prowadzonej działalności, stanowiące odrębną kategorię zwolnień podmiotowych odróżniającą się od w/w kategorii zwolnień przedmiotowych. Wśród wskazanych zwolnień należy podkreślić w szczególności następujące przywileje:

- a) minister właściwy do spraw Skarbu Państwa oraz Agencja Nieruchomości Rolnych, Agencja Mienia Wojskowego oraz Wojskowa Agencja Mieszkaniowa może wyposażyć fundację lub dokonać darowizny nieruchomości z zasobu Skarbu Państwa na rzecz fundacji oraz organizacji pożytku publicznego prowadzących działalność niezarobkową (art. 59 ust. 1 i 5 ustawy o gospodarce nieruchomościami).
- b) organizacji pożytku publicznego, właściwy organ może udzielić za zgodą, odpowiednio wojewody albo rady lub sejmiku, bonifikaty na sprzedaż nieruchomości będącej w ich zasobach. (art. 68 ust. 1 pkt. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami)
- c) jednostki publicznej radiofonii i telewizji umożliwiają organizacjom pożytku publicznego nieodpłatne informowanie o ich działalności na zasadach określonych w art. 23a ust.1 ustawy o radiofonii i telewizji.
- d) podatnik podatku dochodowego od osób fizycznych może, na zasadach i w trybie określonym w przepisach odrębnych, przekazać 1% podatku obliczonego zgodnie z odrębnymi przepisami na rzecz wybranej przez siebie organizacji pożytku publicznego.

Reasumując, każdorazowo wybór określonej formy realizacji celów organizacji pozarządowej zależeć będzie od jej zindywidualizowanych potrzeb, dlatego w określonych sytuacjach zasadnym może okazać się wybór formy działalności w postaci działalności gospodarczej, w szczególności w sytuacji, gdy wykonywane w określonym zakresie zadania generują zysk niezbędny dla prawidłowego działania organizacji. Niemniej, obecne brzmienie przepisów poz. pub. bardzo zbliża do siebie obie instytucje, jakimi pozostają działalność gospodarcza oraz działalność pożytku publicznego, gdyż praktycznie zasadniczą różnicą dla tej drugiej pozostaje, aby była ona realizowana w sferze zadań publicznych. Niemniej jednak należy pamiętać, że decyzja o wyborze dwóch lub wszystkich ze wskazanych form działalności nakłada na członków organizacji obowiązek w postaci rachunkowego wyodrębnienia

poszczególnych działalności w stopniu umożliwiającym określenie przychodów, kosztów i wyników każdej z nich. (art. 10 u.o.p.p.).

IV. Charakterystyka oraz analiza zmian dokonanych ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie oraz niektórych ustaw (Dz. U. Nr 209, poz. 1244).

W ramach niniejszego opracowania zostaną opisane zmiany dokonane przez ustawodawcę, które weszły w życie w dniu 3 listopada 2011r., (**Ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie oraz niektórych ustaw (Dz. U. Nr 209, poz. 1244)**) w ramach przeprowadzonej nowelizacji ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (tekst jedn. Dz.U.10.234.1536 z późn. zm.) zwanej dalej poź.publ. Ustawa ta stanowi, w szczególności główną podstawę prowadzenia działalności przez organizacje pozarządowe, stanowiąc podwalinę wykonywania działalności pożytku publicznego, określając sposób oraz zasady jej wykonywania, dlatego każda wprowadzona zmiana dotyczy wszystkich organizacji pozarządowych oraz pozostaje niezwykle istotną dla pomiotów działających w ramach tak zwanego „trzeciego sektora”.

Przedmiotowa nowelizacja podyktowana została, w dużej mierze często pojawiającymi się w praktyce trudnościami w stosowaniu ustawy, w szczególności w zakresie wykładni poszczególnych przepisów, z uwagi na brak ich precyzyjności. **Dokonana nowelizacja pozostawała stosunkowo dość obszerną, przy czym zdawkowo zaznaczenia wymaga, że najważniejszych zmian dokonano w zakresie:**

- zmiany art. 3 ust. 3 pkt 4 poprzez stosowną redakcję tekstu;

- zmiany art. 5a ust 4 pkt 8 stanowiącego o elementach składowych planu współpracy wskazującego na element w postaci wysokości środków przeznaczanych na realizację programu poprzez zamianę zwrotu „przeznaczanych” na „planowanych”, co ma ułatwić przygotowywanie programu współpracy i w mniejszym stopniu powodować konflikt z uchwałą budżetową;

- w art. 8 ust 1 pkt 2 z definicji działalności odpłatnej usunięto zwrot „sprzedaż przedmiotów darowizny”;
- w art. 5a ust 3 zmieniono zapis dotyczący publikacji w Biuletynie Informacji Publicznej sprawozdania z wykonania rocznego programu współpracy z organizacjami pozarządowymi i innymi podmiotami pożytku publicznego - do 30 kwietnia każdego roku;
- w art. 11 dodany został ustęp 2b, który doprecyzowuje dotychczasowy zapis dotyczący zlecenia obsługi konkursu;
- w art. 15 dodano ustęp 2da, który pozwala na prowadzenie procedury konkursowej bez udziału osób wskazanych przez organizacje w trzech enumeratywnie w nim wymienionych przypadkach;
- w art. 15 dodano ust. 2i przez co ograniczony został termin żądania uzasadnienia wyboru lub odrzucenia oferty do 30 dni od ogłoszenia wyników konkursu;
- w art. 19a doprecyzowano tryb składania ofert w postępowaniu pozakonkursowym.
- w art. 19f usunięto zapis stanowiący, że przekazywanie przez jednostki samorządu terytorialnego rzeczy koniecznych do wykonania inicjatywy lokalnej winno być dokonywane w drodze umowy użyczenia;
- dodano art. 22a, który wskazuje okres karencji dla organizacji, które straciły status organizacji pożytku publicznego;
- w art. 23 ust 6 dokonano zmiany sposobu przekazywania sprawozdań do ministra, poprzez wprowadzenie zapisu zgodnie, z którym właściwą jest forma elektroniczna;
- w ramach regulacji art. 23 ust 6 c i d (przepis wejdzie w życie z dniem 1.01.2013r.) wprowadzono dwa rodzaje sprawozdań: zwykłe i uproszczone

Dokonując próby tematycznego usystematyzowania poszczególnych zmian dokonanych w zapisach ustawy, omówione zostaną one szerzej w ramach niniejszej publikacji. Jednakże z uwagi na znaczną ilość dokonanych zmian stanowiących jedynie ujednoczenie interpretacji oraz dotyczących głównie organów administracji w niniejszym rozdziale dokonano bliższej charakterystyki najważniejszych modyfikacji z punktu widzenia działania organizacji pozarządowych.

1. Zmiany dotyczące definicji działalności pożytku publicznego.

Na początku odnosząc się do modyfikacji art. 3 ust. 3 pkt. 4 poź. pub. polegającej na zredagowaniu poprzedniego tekstu przepisu, należy ocenić, że wpływa ona korzystnie na ujednoczenie jego wykładni. W dotychczasowym brzmieniu przepis ten stanowił, że:

„. Działalność pożytku publicznego może być prowadzona także przez (...):

4) spółki akcyjne i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz kluby sportowe będące spółkami działającymi na podstawie przepisów ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. Nr 127, poz. 857 i Nr 151, poz. 1014), które:

- nie działają w celu osiągnięcia zysku oraz przeznaczają całość dochodu na realizację celów statutowych oraz nie przeznaczają zysku do podziału między swoich członków, udziałowców, akcjonariuszy i pracowników.”.

Z literalnego brzmienia wskazanej regulacji można było odczytać, iż każdy z podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 3 musiał spełniać przesłanki przewidziane dla spółek akcyjnych, spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i klubów sportowych będących spółkami. Zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 3 ust. 3 poz. pub., działalność pożytku publicznego może być prowadzona obok organizacji pozarządowych także przez: osoby prawne i jednostki organizacyjne działające na podstawie przepisów o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, o stosunku Państwa do innych kościołów i związków wyznaniowych oraz o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, jeżeli ich cele statutowe obejmują prowadzenie działalności pożytku publicznego; stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego; spółdzielnie socjalne. Ostatnimi z podmiotów wskazanych przez ustawodawcę w zakresie prowadzenia działalności pożytku publicznego pozostają: spółki akcyjne i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz kluby sportowe będące spółkami działającymi na podstawie przepisów ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, które nie działają w celu osiągnięcia zysku oraz przeznaczają całość dochodu na realizację celów statutowych oraz nie przeznaczają zysku do podziału między swoich członków, udziałowców, akcjonariuszy i pracowników.

Zgodnie z treścią ustawy poź.publ. za działalność odpłatną pożytku publicznego rozumie się: działalność prowadzoną przez organizacje pozarządowe i podmioty wymienione w art. 3 ust. 3, w sferze zadań publicznych, o której mowa w art. 4, za które pobierają one wynagrodzenie oraz 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 oraz reintegracji zawodowej i społecznej osób zagrożonych wykluczeniem społecznym, a także sprzedaż przedmiotów darowizny. Przychód z działalności odpłatnej pożytku publicznego może służyć wyłącznie prowadzeniu działalności pożytku publicznego (często określane jako cele statutowe). W brzmieniu sprzed nowelizacji ustawodawca w art. 8 ust. 1 pkt 2 wyraźnie przewidział, iż działalnością odpłatną pożytku publicznego jest m.in. sprzedaż przedmiotów darowizny. W obecnym brzmieniu zrezygnowano z dotychczasowego rozwiązania uznając, iż zgodnie z brzmieniem art. 9 ust. 1 pkt 1 ustawy działalność odpłatna nie jest tożsama z działalnością gospodarczą, a będzie nią dopiero wówczas, gdy w odniesieniu do określonej działalności wynagrodzenie z jej tytułu przewyższać będzie koszty prowadzenia takiej działalności. Istotnym pozostaje więc rozróżnienie kosztów od przychodów. Wobec powyższego stwierdzić należy, że w przypadku sprzedaży przez organizację przedmiotów darowizny mamy do czynienia jedynie z przychodem po stronie organizacji, nie zaś z kosztami. Po wejściu w

życie przedmiotowej nowelizacji, **działalnością odpłatną pożytku publicznego pozostaje więc:**

- działalność prowadzona przez organizacje pozarządowe i podmioty, o których mowa w 3 ust. 3 ustawy w sferze zadań publicznych, o których mowa w art. 4, za którą pobierają one wynagrodzenie, a także
- 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 oraz reintegracji zawodowej i społecznej osób zagrożonych wykluczeniem społecznym.

Niezależnie od powyższego, podkreślenia wymaga, że nadal przychód z działalności odpłatnej pożytku publicznego służyć winien wyłącznie prowadzeniu działalności pożytku publicznego.

2. Postępowanie konkursowe, realizacja zadań publicznych, inicjatywa lokalna

Kolejna istotna zmiana, wprowadzona w ramach nowelizacji, dokonana została w zakresie **zlecenia obsługi otwartych konkursów ofert organizacjom pozarządowym lub podmiotom wymienionym w art. 3 ust. 3 ustawy**. Art. 11 ust. 2a stanowi, iż obsługa otwartego konkursu ofert może zostać zlecona organizacjom pozarządowym lub podmiotom realizującym zadania z zakresu działalności pożytku publicznego (wymienionych w art. 3 ust. 3 ustawy poź. publ.). Z uwagi na okoliczność, iż ustawodawca nie wskazał, co należy rozumieć pod pojęciem „obsługi” konkursu oraz w jaki sposób powinno dojść do zlecenia takiej obsługi, reguły interpretacji pozwalały jedynie na domniemanie, iż zwrot „obsługa” nie powinien odnosić się do czynności, co do których ustawa wyraźnie przewiduje kompetencję organu administracji publicznej. W związku z powyższym, poprzez dodanie w art. 11 ust. 2b doprecyzowano przepis ustępu poprzedzającego enumeratywnie wskazując, jakie czynności nie mogą być zlecane w ramach obsługi konkursu. Wskazanymi czynnościami pozostają: ogłoszenie otwartego konkursu ofert, powołanie komisji konkursowej, rozpatrzenie ofert, ogłoszenie wyników otwartego konkursu ofert, zawarcie umów o wsparcie lub powierzenie realizacji zadania publicznego czy też unieważnienie otwartego konkursu ofert.

W zakresie prac komisji otwartych konkursów ofert ustawa nowelizująca wprowadziła trzy przesłanki, po wystąpieniu których prace komisji otwartych konkursów ofert, będą mogły się odbywać bez udziału przedstawicieli organizacji pozarządowych. Zgodnie z dotychczasowym brzmieniem art. 15 ust. 2 pkt 2d ustawy, organ administracji miał **obowiązek powoływania do komisji otwartych konkursów ofert przedstawicieli organizacji pozarządowych lub podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 3 ustawy**. Wskazać należy, iż udział ww. przedstawicieli pozostawał bezpłatny. Jednak z uwagi na wielość zgłaszanych trudności, dotyczących przede wszystkim w obszarze zleconego zadania jak i szeroki zakres potencjalnych zadań publicznych, a przy tym istnienie zakazu udziału przedstawicieli organizacji biorących udział w konkursie, prace komisji otwartych konkursów nie sposób było zrealizować w terminie. Powyższe spowodowało, iż ustawodawca dopuścił przypadki, w których możliwe

będzie odstąpienie od uczestnictwa przedstawicieli organizacji pozarządowych w komisjach konkursowych, należą do nich sytuacje gdy:

- 1) żadna organizacja nie wskaże osób do składu komisji konkursowej
lub
- 2) wskazane osoby nie wezmą udziału w pracach komisji konkursowej,
lub
- 3) wszystkie powołane w skład komisji konkursowej osoby podlegają wyłączeniu np. ze względu na opisane w ustawie konflikty interesu (wskazanie przez organizację biorącą udział w konkursie lub wyłączenie na podstawie kodeksu postępowania administracyjnego).

Kolejna istotna zmiana dokonana została w zakresie **przeredagowania art. 19a ustawy poź.publ.** Przedmiotowa zmiana podyktowana była okolicznością polegającą na tym, że **koniecznym pozostawało wyraźne wskazanie, iż zlecenie realizacji zadania publicznego może nastąpić na podstawie oferty złożonej przez organizację pozarządową lub podmioty wykonujące zadania z zakresu działalności pożytku publicznego** oraz, że przedmiotowe zlecenie **nie musi zostać poprzedzone złożeniem wniosku w rozumieniu kodeksu postępowania administracyjnego.** Powyższe znalazło bezpośrednie odzwierciedlenie w treści ustawy.

W zakresie inicjatywy lokalnej wykreślono zapis, stanowiący że otrzymanie rzeczy do wykonania inicjatywy od jednostki samorządu terytorialnego musi następować w formie umowy użyczenia, zgodnie z brzmieniem art. 19 f ustawy poź.publ. Powyższe od dłuższego czasu wywoływało dyskusje, co do celowości takiego sposobu uregulowania przedmiotowego zagadnienia. Umowa użyczenia, bowiem pozostaje umową o charakterze realnym, która dochodzi do skutku w chwili wydania rzeczy korzystającemu. Jej charakterystyczną cechą pozostaje nieodpłatność. Umowa o wykonanie inicjatywy lokalnej natomiast ma charakter konsensualny, a ponadto wnioskodawca zobowiązuje się w niej do dokonania określonych świadczeń, którymi mogą pozostawać też świadczenia pieniężne. Dodatkowo wnioskodawcy w ramach swoich świadczeń uczestniczą w realizacji zadań publicznych, będących w kompetencji organu administracji publicznej. Wobec powyższego zmiana dokonana w niniejszym zakresie przez ustawodawcę wydaje się być jak najbardziej uzasadnioną.

3. Zmiany praktyczne – sprawozdania oraz status opp

Bardzo istotną zmianą z praktycznego punktu widzenia pozostaje doprecyzowanie zapisu statuującego o obowiązku sprawozdawczym organizacji pożytku publicznego, jak również kwestii związanych ze statusem organizacji pożytku publicznego.

W odniesieniu do pierwszej z wyżej wskazanych kwestii podnieść należy, iż nowelizacja wprowadza ułatwienia w przekazywaniu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych na rzecz organizacji pożytku publicznego. Nowelizacja wyraźnie powiązała obowiązek sprawozdawczy organizacji z ich uwzględnieniem w wykazie organizacji pożytku publicznego i tym samym uprawnieniem do otrzymania 1% podatku dochodowego od osób fizycznych. Zgodnie ze zmianą wchodzącą w życie z dniem 1 stycznia 2012 r., przewidzianą w art. 23 ust 6,

organizacje pożytku publicznego będą miały obowiązek składania sprawozdania finansowego oraz sprawozdania merytorycznego z prowadzonej działalności już nie w formie pisemnej, a elektronicznej (za pośrednictwem tzw. Platformy Usług Administracji Publicznej). Powyższe z pewnością stanowić będzie duże uproszczenie dla większości organizacji oraz pozytywnie wpłynie na obniżenie kosztów związanych z dotychczasowym przesyłaniem sprawozdań. Jednocześnie uściślony został termin na złożenie przedmiotowego sprawozdania jako termin do 15 lipca (a jeżeli okres sprawozdawczy nie pokrywa się z rokiem kalendarzowym w ciągu 15 dni od zatwierdzenia). Wartą podkreślenia pozostaje okoliczność, iż uchybienie powyższemu obowiązkowi skutkować będzie wykreśleniem organizacji z wykazu organizacji pożytku publicznego, o którym mowa w art. 27a ustawy poź.publ.

Przy omawianiu istotnych zmian nie sposób nie wspomnieć o możliwości złożenia uproszczonego sprawozdania finansowego. Zmiana w tym zakresie wprowadzie wejście w życie dopiero z dniem 1 stycznia 2013 r. jednakże jej przedmiot cieszy się już w chwili obecnej popularnością w środowisku organizacji pozarządowych. Uproszczone sprawozdanie merytoryczne składać będą mogły te spośród organizacji, których osiągnięty przychód roczny nie przekroczył 100 000 PLN. Dokładny zakres uproszczonego sprawozdania merytorycznego zawiera art. 23 ust 6d. Nowy wzór sprawozdań zostanie określony w rozporządzeniu ministra ds. zabezpieczenia społecznego (obecnie pozostaje nim Minister Pracy i Polityki Społecznej).

W odniesieniu do drugiego ze wskazanych zagadnień, jakim pozostaje możliwość odzyskanie statusu organizacji pożytku publicznego ustawodawca dodał art. 22a, który wskazuje, że organizacja, która utraciła status pożytku publicznego na wniosek ministra lub z urzędu status taki wykreślił sąd rejestrowy – może ponownie ubiegać się o jego otrzymanie dopiero po upływie 2 lat od momentu wykreślenia wzmianki w Krajowym Rejestrze Sądowym. Istotnym pozostaje, iż wyraźnie wskazano, iż organizacje, które utraciły status na podstawie swojego wniosku – mogą się ubiegać o jego ponowne uzyskanie bez okresu karencji. Poprzednio brak było regulacji we wskazanym zakresie.

Powyższe zmiany należy oceniać bardzo pozytywnie uznając, że będą one miały istotny wpływ na dotychczasową sytuację organizacji pozarządowych.

V. Łączenie funkcji publicznych z działalnością w ramach stowarzyszenia- studium wybranych przypadków

I. Możliwość jednoczesnego pełnienia funkcji członka zarządu województwa oraz członka zarządu w stowarzyszeniu.

Kluczową dla niniejszego zagadnienia pozostaje ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (tekst jedn Dz.U.06.216.1584 z późn. zm.).

Przepis art. 2 pkt. 6b) powołanej wyżej ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne stanowi, że: „Ustawa określa także ograniczenia w prowadzeniu działalności gospodarczej przez: członków zarządów województw, skarbników województw, sekretarzy województw, kierowników wojewódzkich samorządowych jednostek organizacyjnych, osoby zarządzające i członków organów zarządzających wojewódzkimi osobami prawnymi oraz inne osoby wydające decyzje administracyjne w imieniu marszałka województwa”. Zgodnie z postanowieniami art.4 wyżej wymienionej ustawy „Osoby wymienione w art. 1 i 2, w okresie zajmowania stanowisk lub pełnienia funkcji, o których mowa w tych przepisach, nie mogą:

- 1) być członkami zarządów, rad nadzorczych lub komisji rewizyjnych spółek prawa handlowego;
- 2) być zatrudnione lub wykonywać innych zajęć w spółkach prawa handlowego, które mogłyby wywołać podejrzenie o ich stronniczość lub interesowność;
- 3) być członkami zarządów, rad nadzorczych lub komisji rewizyjnych spółdzielni, z wyjątkiem rad nadzorczych spółdzielni mieszkaniowych;
- 4) być członkami zarządów fundacji prowadzących działalność gospodarczą;
- 5) posiadać w spółkach prawa handlowego więcej niż 10 % akcji lub udziały przedstawiające więcej niż 10 % kapitału zakładowego - w każdej z tych spółek;
- 6) prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności; nie dotyczy to działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie produkcji roślinnej i zwierzęcej, w formie i zakresie gospodarstwa rodzinnego”.

W artykule 4 ustawy zakazującym prowadzenia określonych rodzajów działalności brak jest wyraźnie wskazanego „stowarzyszenia”, niemniej pozostaje oczywistą okolicznością,

polegająca na tym, że działalność gospodarcza prowadzona na własny rachunek oraz wspólnie z innymi osobami mieści się z definicji stowarzyszenia.

Wobec powyższego przyjmując należy, iż ustawodawca stwarza wyraźne ograniczenie zgodnie z którym członek zarządu województwa nie może jednocześnie sprawować funkcji prezesa zarządu stowarzyszenia prowadzącego działalność gospodarczą.

II. **Możliwość jednoczesnego pełnienia funkcji radnego sejmiku województwa oraz członka zarządu w stowarzyszeniu.**

W odpowiedzi na niniejsze zagadnienie należy mieć na uwadze postanowienia ustawy o samorządzie województwa (tekst jedn. Dz. U. 01.142.1590 z późn. zm.), w szczególności treść art. 27a. ust. 1 stanowiącego, iż *„Radni nie mogą podejmować dodatkowych zajęć ani otrzymywać darowizn mogących podważyć zaufanie wyborców do wykonywania mandatu zgodnie z art. 22 ust. 1”*. Wydaje się, że za zajęcie podważające zaufanie wyborców w żaden sposób nie może zostać uznane samo sprawowanie funkcji w organizacji pozarządowej. Niemniej z treści art. 27b ust. 1 ustawy wynika, że *„Radni nie mogą prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia województwa, w którym radny uzyskał mandat, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności”*. Zgodnie z powyższym należy wskazać, że w w/w ustawie brak jest postanowień zabraniających prowadzenia działalności w ramach stowarzyszenia stanowiącego organizację pozarządową zgodnie z postanowieniami ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie.

Niezależnie od powyższego dla przedstawionego zagadnienia kluczowymi pozostają zapisy ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz. U. Nr 106, poz. 679 ze zm). W art. 2 przedmiotowej ustawy zostały wymienione podmioty, które nie mogą prowadzić działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 2 pkt 11) w katalogu podmiotów objętych ustawowym zakazem prowadzenia działalności gospodarczej wskazano *„inne osoby pełniące funkcje publiczne, jeżeli ustawa tak stanowi.”* Radny sejmiku niewątpliwie pozostaje osobą pełniącą funkcje publiczne. Zgodnie natomiast z art. 4 pkt. 6) osoby te nie mogą *„prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności; nie dotyczy to działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie produkcji roślinnej i zwierzęcej, w formie i zakresie gospodarstwa rodzinnego”*. Wobec powyższego osoba pełniąca funkcję radnego sejmiku województwa nie może jednocześnie pozostawać w organach stowarzyszenia w sytuacji, gdy stowarzyszenie pozostaje przedsiębiorcą (choćby w nikłym zakresie)

Odmienny pogląd należy wskazać w sytuacji, kiedy **stowarzyszenie nie prowadzi działalności gospodarczej, a jedynie wykonuje swe działania w ramach prowadzonej**

działalności pożytku publicznego, która nie pozostaje działalnością gospodarczą. Zgodnie z zacytowanym powyżej literalnym brzmieniem art. 4 ust. 6 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, z przepisu tego nie wynika zakaz sprawowania funkcji w organie stowarzyszenia zajmującego się wyłącznie działalnością pożytku publicznego (działalnością statutową), która co do zasady zgodnie z art. 6 ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie nie jest działalnością gospodarczą.

III. Możliwość jednoczesnego pełnienia funkcji radnego sejmiku województwa lub członka zarządu województwa oraz członka zarządu w stowarzyszeniu prowadzącym działalność gospodarczą przy jednoczesnym pobieraniu wynagrodzenia z tytułu umowy o pracę.

Istotnym pozostaje, że sprowadzając pod wspólny mianownik wskazane wyżej w obydwu przypadkach zakazy należy uznać, iż zabrania się co do zasady „*prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami (...), a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności*”.

Rozpatrując rzecz bezpośrednio na gruncie przykładu stowarzyszenia prowadzącego działalność gospodarczą należy uznać, że piastowanie funkcji w organie stowarzyszenia które prowadzi działalność gospodarczą w żaden sposób nie może zostać uznane za prowadzenie działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, albowiem w takiej sytuacji podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą pozostaje stowarzyszenie posiadające odrębną osobowość prawną.

O ile bez wątplenia można dokonać wyżej wskazanej konstatacji o tyle nie jest już tak oczywistym czy pełnienie funkcji członka zarządu stowarzyszenia prowadzącego działalność gospodarczą stanowi pozostawanie „*przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności*”. Powyższe zostało wzięte pod rozwagę Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu w wyroku z dnia 6 października 2009 r. (III SA/Wr 333/09) w sprawie dotyczącej stanu faktycznego, w którym funkcja członka zarządu stowarzyszenia prowadzącego działalność gospodarczą sprawowaną pozostawała przez radnego gminy. Sąd w sentencji wyroku uznał, że „*Sprawowanie funkcji jednego z kilku członków kolegiального organu stowarzyszenia prowadzącego działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia komunalnego mieści się w zakresie ustawowego zakazu zarządzania taką działalnością przez radnego jako podmiotu sprawującego funkcję publiczną*”. W uzasadnieniu wyroku uznano, iż „*Zakaz określony w treści powołanego art. 24f ust. 1 u.s.g. przedmiotowo dotyczy zarówno prowadzenia działalności gospodarczej we własnym imieniu i na swoją rzecz, jak i zarządzania taką działalnością prowadzoną przez inny podmiot*. W rozpatrywanym przypadku nie były zgłaszane zarzuty dotyczące prowadzenia przez radną własnej działalności gospodarczej. Za pozbawione znaczenia dla sprawy należy uznać argumenty skarżącej, że radna nie uzyskiwała dochodów z działalności i nie miała korzyści osobistych w związku z wykorzystywaniem mienia komunalnego, a zatem nie naruszała tego zakazu. Nie dochowuje bowiem zakazu (określonego w art. 24f u.s.g.) osoba, która cudzą działalnością gospodarczą zarządza, i nie ma wymogu, aby

czynności te były odpłatne. W przypadku osób prawnych, działających przez swoje organy, za zarządzanie należy w przekonaniu Sądu uznać również członkostwo w kolegialnych organach osób prawnych, ustawowo i statutowo upoważnionych do reprezentowania i dokonywania czynności w imieniu osoby prawnej”.

Stanowisko, wyrażone w/w orzeczeniu pozostaje w pełni zasadnym, natomiast wyrażony pogląd oparty o przepisy u.s.g. pozostaje w bezpośredniej korespondencji z postanowieniami zawartymi w art.4 ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, albowiem zapis art. 4 pkt 6 przedmiotowej ustawy zakazuje osobom pełniącym określone funkcje zarządzać działalnością gospodarczą lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności. Pomimo, iż ustawodawca wprost nie wymienia tutaj stowarzyszenia, należy przyjąć, że zakres przedmiotowego przepisu odnosi się w szczególności do formy stowarzyszenia prowadzącego działalność gospodarczą.

Reasumując należy uznać, że zarządzanie działalnością stowarzyszenia prowadzącego działalność gospodarczą, choćby nieodpłatnie lub w ramach oddzielnej umowy cywilnoprawnej lub umowy o pracę przez członka zarządu województwa lub członka sejmiku województwa pozostaje zabronione.

IV. Możliwość jednoczesnego pełnienia funkcji radnego w gminie oraz członka zarządu w stowarzyszeniu nieprowadzącym działalności gospodarczej.

Dokonując przedmiotowej analizy należy odnieść się do zapisów ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.) oraz ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (t.j. Dz. U. 2006 r. Nr 216 poz. 1584 ze zm.).

W art. 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz. U. Nr 106, poz. 679 ze zm.; zwanej dalej ustawą o ograniczeniu) zostały wymienione podmioty, które nie mogą prowadzić działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 2 pkt 11) w katalogu podmiotów objętych ustawowym zakazem prowadzenia działalności gospodarczej wskazano „inne osoby pełniące funkcje publiczne, jeżeli ustawa tak stanowi.”. Zgodnie natomiast z art.4 pkt.6) osoby te nie mogą „prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności; nie dotyczy to działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie produkcji roślinnej i zwierzęcej, w formie i zakresie gospodarstwa rodzinnego”. Wobec powyższego osoba pełniąca funkcje radnego nie może jednocześnie pozostawać w organach stowarzyszenia w sytuacji, gdy stowarzyszenie pozostaje przedsiębiorcą.

Odmienne poglądy należy wskazać w sytuacji, kiedy **stowarzyszenie nie prowadzi działalności gospodarczej**. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 4 ust. 6 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, osoby wskazane w art. 1 i 2 ustawy nie mogą *prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, a także zarządzać taką*

działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności; nie dotyczy to działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie produkcji roślinnej i zwierzęcej, w formie i zakresie gospodarstwa rodzinnego, a co za tym idzie brak jest zakazu sprawowania funkcji w organie stowarzyszenia zajmującego się wyłącznie działalnością pożytku publicznego (działalnością statutową), która co do zasady zgodnie z art. 6 ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie nie jest działalnością gospodarczą.

Dodatkowe ograniczenia, które wiążą się z pełnieniem funkcji radnego zostały wymienione w art. 24e oraz 24f ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.). Artykuł 24f ust. 1 stanowi, że: radni nie mogą prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w gminie w której radny uzyskał mandat, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem albo pełnomocnikiem pomiotów prowadzących taką działalność. Artykuł 24f ust. 2 stanowi natomiast, iż *„radni i ich małżonkowie oraz małżonkowie wójtów, zastępców wójtów, sekretarzy gminy, skarbników gminy, kierowników jednostek organizacyjnych gminy oraz osób zarządzających i członków organów zarządzających gminnymi osobami prawnymi nie mogą być członkami władz zarządzających lub kontrolnych i rewizyjnych ani pełnomocnikami spółek handlowych z udziałem gminnych osób prawnych lub przedsiębiorców, w których uczestniczą takie osoby. Wybór lub powołanie tych osób na te funkcje są z mocy prawa nieważne.”*. W omawianej sytuacji powyższe przepisy nie znajdują jednak zastosowania, ze względu omawianie przypadku w którym stowarzyszenie nie prowadzi działalności gospodarczej.

Ponadto art. 24e ust. 1 stanowi, że radni nie mogą podejmować dodatkowych zajęć ani otrzymywać darowizn mogących podważyć zaufanie wyborców do wykonywania mandatu. Co więcej, zgodnie z zapisami art. 24e ust.2 radni nie mogą powoływać się na swój mandat w związku z podjętymi dodatkowymi zajęciami bądź działalnością gospodarczą prowadzoną na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami. Zakaz ustanowiony wskazanym wyżej przepisem ma na celu zapobieganie wykorzystywaniu mandatu przez radnego do celów, które nie są związane z dobrem wspólnoty samorządowej, w której radny został wybrany. Tak więc radnemu zabrania się: podejmowania dodatkowych zajęć, przyjmowania darowizn, które stwarzają choćby potencjalnie ryzyko utraty zaufania publicznego do osoby radnego. Przyjąć należy, że do naruszenia powyższego przepisu dojdzie każdorazowo w sytuacji, kiedy postępowanie radnego pozbawione będzie godności czy też zostanie uznane za nierzetelne, nieuczciwe lub też pozostające w oderwaniu od dobra wspólnoty samorządowej, w której radny wykonuje swój mandat. Warto podkreślić, że bez znaczenia tutaj pozostaje okoliczność czy zakazane dodatkowe zajęcia mają charakter zarobkowy czy też wykonywane są społecznie, charytatywnie. Wymienione zakazy nie mają jednak charakteru absolutnego. Oznacza to, że radny może podjąć się dodatkowych zajęć zarobkowych czy też przyjmować darowizny pod warunkiem, że postępuje zgodnie z prawem i nie narusza zasad etyki funkcjonariusza publicznego. Za bezwzględny uznać należy natomiast zakaz powoływania się na mandat w prywatnym interesie. Przepis art. 24e stanowi gwarancję, że radny będzie wykorzystywał mandat zgodnie ze złożonym przez siebie ślubowaniem.

Reasumując, należy stwierdzić, iż radny zasadniczo może pełnić funkcje w zarządzie stowarzyszenia, o ile nie prowadzi ono działalności gospodarczej, jednakże każdorazowa ocena dopuszczalności łączenia wyżej wskazanych funkcji winna zostać dokonana z uwzględnieniem czy łączenie aktywności społecznej z wykonywaniem mandatu nie stwarza sytuacji, które mogą prowadzić do konfliktu i naruszać zaufanie do jego osoby.

V. Możliwość jednoczesnego pełnienia funkcji Członka Zarządu w Stowarzyszeniu oraz Dyrektora Samorządowej Jednostki Kultury.

Kluczowym do udzielenia odpowiedzi na przedstawione zagadnienie pozostaje ustalenie czy stowarzyszenie, w którego Zarządzie sprawowana jest funkcja skarbnika prowadzi działalność gospodarczą. W niniejszej analizie rozważono dwa warianty przypadków, mianowicie sytuacji, w której stowarzyszenie prowadzi działalność gospodarczą (w jakimkolwiek zakresie) oraz sytuacji, w której stowarzyszenie nie prowadzi działalności gospodarczej zajmując się wyłącznie działalnością pożytku publicznego.

Dokonując przedmiotowej analizy należy odnieść się do zapisów ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz.U. z 2001 r. nr 13, poz. 123 z późn. zm.) oraz ustawy z 22 marca 1990 r. o pracownikach samorządowych (Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1593 z późn. zm.). Zgodnie z przepisami powołanej wyżej ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej, jednostką jaką pozostaje ośrodek kultury zarządza jej dyrektor. Nadto z treści art. 9 ust.1 przedmiotowej ustawy wynika, że *„jednostki samorządu terytorialnego organizują działalność kulturalną, tworząc samorządowe instytucje kultury, dla których prowadzenie takiej działalności jest podstawowym celem statutowym”*. Relewantnym pozostaje, że do zatrudniania dyrektora gminnego ośrodka kultury nie stosuje się zasad naboru pracowników samorządowych określonych w ustawie o pracownikach samorządowych, lecz zasady powoływania dyrektorów instytucji kultury przewidziane w art. 15 ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej, zgodnie z którym *Dyrektora instytucji kultury powołuje organizator na czas określony lub nie określony, po zasięgnięciu opinii właściwych związków zawodowych działających w tej instytucji kultury oraz stowarzyszeń zawodowych i twórczych. Odwołanie następuje w tym samym trybie*. Niemniej przyjąć należy, iż osoba powołana na stanowisko dyrektora gminnego ośrodka kultury pozostaje pracownikiem samorządowym w rozumieniu art. 2 ustawy z 22 marca 1990 r. o pracownikach samorządowych.

1)Wariant w którym stowarzyszenie prowadzi działalność gospodarczą:

Niezależnie jednak od powyższego kluczowym w niniejszej kwestii pozostaje rozważenie zgodności z prawem jednoczesnego sprawowania funkcji skarbnika stowarzyszenia oraz kierownika samorządowej jednostki organizacyjnej. Przedmiotowej analizie dokonać należy na gruncie ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (t.j. 2006 r. Nr 216 poz. 1584).

We wskazanym przypadku mogą mieć zastosowanie zapisy w/w ustawy, co wynika z art. 2 pkt 6) w którym jako osoby objęte zakresem jej stosowania wskazano m.in. *kierowników jednostek organizacyjnych gminy, osoby zarządzające i członków organów zarządzających gminnymi osobami prawnymi oraz inne osoby wydające decyzje administracyjne w imieniu wójta (burmistrza, prezydenta miasta)*. Nadto zgodnie z art.4 pkt.6) osoby te nie mogą „*prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności; nie dotyczy to działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie produkcji roślinnej i zwierzęcej, w formie i zakresie gospodarstwa rodzinnego*”.

Wobec powyższego osoba pełniąca funkcje kierownika samorządowej jednostki organizacyjnej nie może jednocześnie pozostawać członkiem organu stowarzyszenia w sytuacji, gdy stowarzyszenie pozostaje przedsiębiorcą.

2) Wariant w którym stowarzyszenie nie prowadzi działalności gospodarczej:

Odmienne poglądy należy wyrazić w sytuacji, kiedy stowarzyszenie nie prowadzi działalności gospodarczej. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 4 ust. 6 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, osoby wskazane w art. 1 i 2 ustawy nie mogą *prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności; nie dotyczy to działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie produkcji roślinnej i zwierzęcej, w formie i zakresie gospodarstwa rodzinnego*, a co za tym idzie brak jest zakazu sprawowania funkcji w organie stowarzyszenia zajmującego się wyłącznie działalnością pożytku publicznego, która co do zasady zgodnie z art.6 ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie nie jest działalnością gospodarczą. Niezależnie od powyższego, pomimo że nie wynika to bezpośrednio z zakresu rozpatrywanego przypadku, choć bezpośrednio się z nim łączy należy odnieść się do zupełnie innego problemu, polegającego na możliwości pobierania wynagrodzenia z tytułu pełnienia funkcji w organach stowarzyszenia.

Należy podnieść, iż w środowisku organizacji pozarządowych głoszony jest pogląd jakoby członkowie zarządu stowarzyszenia w każdym wypadku nie mogli pobierać w związku z pełnioną funkcją wynagrodzenia. Pogląd ten nie jest poparty żadną pogłębioną analizą prawną zagadnienia, a wynika jedynie z szerokiej interpretacji art. 2 ust. 3 pr.stow., który stanowi, iż „*Stowarzyszenie opiera swoją działalność na pracy społecznej członków; do prowadzenia swych spraw może zatrudniać pracowników*”, a także faktu, iż w żadnym miejscu pr.stow. wskazana kwestia nie została wyraźnie uregulowana. Wykładnia literalna przywołanego wyżej przepisu ustawy pozwalałaby na stwierdzenie, iż w ramach ustawy następuje swoiste rozróżnienie pracy członków stowarzyszenia, które w świetle przywołanego przepisu winno być pracą społeczną niezwiązaną z świadczeniem pracy za wynagrodzeniem. Zasygnalizowany wyżej podział nie jest jednak podziałem rzeczywiście istniejącym, co zostało podkreślone zarówno w obowiązującym orzecznictwie jak i piśmiennictwie. Zgodnie, bowiem z uchwałą składu siedmiu sędziów z 27 lutego 1990r. III PZP 59/89 pracownik stowarzyszenia może być jednocześnie jego członkiem. Pozostawanie członkiem stowarzyszenia nie wpływa i nie może wpływać na relacje pracownicze, które podlegają przepisom Kodeksu pracy, bowiem samo

członkostwo w stowarzyszeniu, zgodnie z ustawą Prawo o stowarzyszeniach, nie zwiększa, ani też nie zmniejsza uprawnień pracowniczych tak zatrudnionej osoby. Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Warszawie w postanowieniu z dnia 7 kwietnia 1992r. Sąd Apelacyjny w Warszawie sygn. akt. I ACr 130/92 stwierdzając: „*Oparcie działalności stowarzyszenia na pracy społecznej członków nie wyłącza możliwości poddania pewnej sfery działania regułom odpłatności. Możliwość łączenia członkostwa stowarzyszenia z pracą na rzecz stowarzyszenia może dotyczyć w ograniczonym zakresie także członków zarządu.*”

Wobec powyższego uznać należy za dopuszczalne pobieranie wynagrodzenia za pracę na rzecz stowarzyszenia przez jego członków. Pamiętać należy, iż funkcjonowanie w charakterze członka zarządu często wiąże się z koniecznością "poświęcenia przez członka zarządu stowarzyszenia takiej ilości czasu na sprawy związane z zarządzaniem, która odpowiada całodziennemu zatrudnieniu i uniemożliwia podjęcie zatrudnienia u innego pracodawcy" Co za tym idzie możliwość pobierania wynagrodzenia z tytułu pełnienia funkcji nie jest związana i nie może być związana tylko i wyłącznie z okolicznością pełnienia funkcji, ale przede wszystkim musi wynikać z rzeczywistego zaangażowania w prace stowarzyszenia, bowiem możliwość zarobkowania członków organów zarządzających winna mieć ograniczony zakres.

Wskazany wyżej element rzeczywistego zaangażowania w działalność stowarzyszenia jest w znacznym stopniu ocenny i winien być oceniany w sposób restrykcyjny. Stąd też wprowadzanie tego typu konstrukcji winno odbywać się bardzo ostrożnie mając na względzie wszelkie aspekty sprawy. Na marginesie powyższych wywodów należy stwierdzić, iż skoro możliwym jest zawieranie umów o pracę ze stowarzyszeniem, to również możliwym jest również zawieranie umów cywilnoprawnych w szczególności zlecenia czy też umów o dzieło np. do wykonywania określonych czynności w biurze stowarzyszenia.