

Opinia prawna w sprawie oceny projektu zmian w ustawie z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. Nr 96, poz. 873, z późn. zm.) m.in. w art 27 ust 2 ww ustawy

Proponowane nowe brzmienie art. 27 ust 2 według wersji zamieszczonej na stronie www.sejm.gov.pl VI kadencja druk 1727 ma być następujące: „Otrzymane przez organizację pożytku publicznego środki finansowe pochodzące z 1 % podatku dochodowego od osób fizycznych mogą być wykorzystane wyłącznie na prowadzenie działalności pożytku publicznego.”

Opinie prawne z 9 i 30 czerwca 2009 załączone do projektu na stronach Sejmu nie zajmują się szerzej kwestią analizy projektu we wskazanym wyżej zakresie. Podobnie uzasadnienie do projektu wskazuje jedynie, że przepis art. 27 ust 2 wprowadza się

„(...) w celu zapewnienia transparentności i ograniczenia dowolności wydatkowania środków pochodzących z 1 % przekazanego przez podatników podatku dochodowego od osób fizycznych wprowadza się, w sposób nie budzący wątpliwości, ustawowy wymóg wykorzystywania ich jedynie na działalność pożytku publicznego oraz zamieszczenia informacji o wydatkowaniu tych środków w sprawozdaniu merytorycznym składanym ministrowi właściwemu ds. zabezpieczenia społecznego i podawanym do publicznej wiadomości,(...)”

Takie uzasadnienie projektu jest w istocie jego pobieżnym omówieniem.

Projektowane postanowienie przepisu art. 27 ust 2 wprowadza obowiązek bezpośredniego przeznaczania środków finansowych pochodzących z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych na prowadzenie działalności pożytku publicznego.

Przepisu tego nie można rozpatrywać bez sięgnięcia do definicji działalności pożytku publicznego w nowym brzmieniu, zawartej w art. 6-10 ustawy i projektu.

Wg obecnego brzmienia ustawy obowiązującej art. 6-10:

Art. 6.

Statutowa działalność organizacji pozarządowej oraz podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 3, w części obejmującej działalność pożytku publicznego, nie jest, z zastrzeżeniem art. 9 ust. 1, działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów Prawa działalności gospodarczej i może być prowadzona jako działalność nieodpłatna lub jako działalność odpłatna.

Art. 7.

Działalnością nieodpłatną pożytku publicznego jest świadczenie na podstawie stosunku prawnego usług, za które organizacja pozarządowa oraz podmioty wymienione w art. 3 ust. 3 prowadzące tę działalność nie pobierają wynagrodzenia.

Art. 8.

1. Działalnością odpłatną pożytku publicznego jest działalność w zakresie wykonywania zadań należących do sfery zadań publicznych, w ramach realizacji przez organizację pozarządową oraz podmioty wymienione w art. 3 ust. 3 celów statutowych, za którą pobiera wynagrodzenie. Działalnością odpłatną pożytku publicznego jest również sprzedaż towarów lub usług wytworzonych lub świadczonych przez osoby bezpośrednio korzystające z działalności pożytku publicznego, w szczególności w zakresie rehabilitacji oraz przystosowania do pracy zawodowej osób niepełnosprawnych, a także sprzedaż przedmiotów darowizny na cele prowadzenia działalności pożytku publicznego.

2. Dochód z działalności odpłatnej pożytku publicznego służy wyłącznie realizacji zadań należących do sfery zadań publicznych lub celów statutowych, o których mowa w ust. 1.

Art. 9

1. Działalność odpłatna pożytku publicznego organizacji pozarządowych oraz podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 3 stanowi działalność gospodarczą, jeżeli:

- 1) wynagrodzenie, o którym mowa w art. 8 ust. 1, jest w odniesieniu do działalności danego rodzaju wyższe od tego, jakie wynika z kalkulacji bezpośrednich kosztów tej działalności, lub*
- 2) wynagrodzenie osób fizycznych z tytułu zatrudnienia przy wykonywaniu statutowej działalności nieodpłatnej oraz działalności odpłatnej przekracza 1,5-krotność przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w sektorze przedsiębiorstw ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedni.*

2. Przez wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, rozumie się wynagrodzenie z tytułu świadczenia pracy lub usług, niezależnie od sposobu nawiązania stosunku pracy lub rodzaju i treści umowy cywilnoprawnej z osobą fizyczną.

3. Nie można prowadzić odpłatnej działalności pożytku publicznego i działalności gospodarczej w odniesieniu do tego samego przedmiotu działalności.

Art. 10.

1. Prowadzenie nieodpłatnej i odpłatnej działalności pożytku publicznego wymaga rachunkowego wyodrębnienia tych form działalności w stopniu umożliwiającym określenie przychodów, kosztów i wyników, z zastrzeżeniem przepisów o rachunkowości.

2. Przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio w przypadku organizacyjnego wyodrębnienia działalności pożytku publicznego.

Projekt przewiduje zmiany, szczególnie w definicji – art. 7 – działalności nieodpłatnej pożytku publicznego oraz – art. 8- działalności odpłatnej pożytku publicznego, przez konkretne odesłanie do zadań publicznych wskazanych w art. 4 ustawy.

art. 6-8 otrzymują brzmienie:

„Art. 6. Działalność pożytku publicznego nie jest, z zastrzeżeniem art. 9 ust. 1, działalnością gospodarczą, w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, i może być prowadzona jako działalność nieodpłatna lub jako działalność odpłatna.

Art. 7. Działalnością nieodpłatną 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 nie pobierają one wynagrodzenia.

Art. 8. 1. Działalnością odpłatną pożytku publicznego jest:

- 1) 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;
 - 2) 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 podlegających wykluczeniu społecznemu, a także sprzedaż przedmiotów darowizny.
2. Przychód z działalności odpłatnej pożytku publicznego służy wyłącznie prowadzeniu działalności pożytku publicznego.”;

8) w art. 9:

a) ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„1. Działalność odpłatna pożytku publicznego organizacji pozarządowych oraz podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 3 stanowi działalność gospodarczą, w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli:

- 1) wynagrodzenie, o którym mowa w art. 8 ust. 1, jest w odniesieniu do działalności danego rodzaju wyższe od tego, jakie wynika z kosztów tej działalności, lub
- 2) 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.”,

b) po ust. 1 dodaje się ust. 1a i 1b w brzmieniu:

„1a. Organ administracji publicznej, który w trakcie kontroli stwierdzi okoliczność, o której mowa w ust. 1, wzywa organizację pozarządową oraz podmioty wymienione w art. 3 ust. 3 pkt 2-4 do złożenia wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorców działalności danego rodzaju w terminie 30 dni od dnia wezwania.

1b. Jeżeli w terminie, o którym mowa w ust. 1a, organizacja pozarządowa oraz podmioty wymienione w art. 3 ust. 3 pkt 2-4 nie wykaże organowi administracji publicznej, że złożyła wniosek o wpis do rejestru przedsiębiorców działalności danego rodzaju, organ administracji publicznej informuje sąd rejestrowy właściwy dla tej organizacji o prowadzeniu przez nią działalności gospodarczej. Przepis art. 24 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186 oraz z 2008 r. Nr 141, poz. 888) stosuje się odpowiednio.”;

9) w art. 10:

a) ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„1. Prowadzenie przez organizacje pozarządowe i podmioty wymienione w art. 3 ust. 3 pkt 2-4:

- 1) nieodpłatnej działalności pożytku publicznego,
- 2) odpłatnej działalności pożytku publicznego lub
- 3) działalności gospodarczej

– wymaga rachunkowego wyodrębnienia tych form działalności w stopniu umożliwiającym określenie przychodów, kosztów i wyników każdej z tych działalności, z zastrzeżeniem przepisów o rachunkowości.”

b) dodaje się ust. 3 w brzmieniu:

„3. Zakres prowadzonej działalności nieodpłatnej lub odpłatnej pożytku publicznego organizacji pozarządowe i podmioty wymienione w art. 3 ust. 3 określają w statucie lub w innym akcie wewnętrznym.”;

Wydaje się, że projekt jedynie precyzuje sformułowania wg stosowanej dotychczas praktyki, co z pewnością jest słusznym posunięciem legislacyjnym.

Nieoczekiwanym ograniczeniem jest natomiast projektowany zapis art. 27 ust 2. Ogranicza on podmiotom –organizacjom pożytku publicznego swobodne i odpowiedzialne dysponowanie posiadanymi środkami finansowymi. Wydaje się, że wprowadzając takie ograniczenie ustawodawca zakładał wykorzystywanie środków otrzymanych przez OPP z wpłat z 1% na cele dowolne zapominając, że w organizacjach pożytku publicznego wg ustawy w obowiązującym obecnie brzmieniu dochód z działalności odpłatnej pożytku publicznego (art. 8 ust 2) a działalność gospodarcza może być prowadzona w rozmiarach służących realizacji celów statutowych (art.20 pkt 4) i cały dochód przeznaczają się na działalność statutową (art. 20 pkt 5).

Należy podkreślić, że organizacje pożytku publicznego działając w sferze zadań publicznych szeroko rozumianej (wg. art. 4 ustawy) wyręczają lub uzupełniają bezpośrednio działania Państwa w tym przedmiocie. Wobec powyższego ograniczenie swobody korzystania ze środków otrzymanych z wpłat osób fizycznych stanowiących 1% podatku dochodowego wydaje się ograniczać zarówno rozwój takich organizacji, jak i w konsekwencji –rozszerzenie się wykonywania zadań publicznych.

Proponowany zapis może utrudniać prowadzenie przez organizacje pożytku publicznego działalności gospodarczej, która służyć będzie w sposób pośredni pożytkowi publicznemu.

Należy też wskazać, że obowiązujące obecnie przepisy w zakresie przeznaczania dochodów z działalności gospodarczej organizacji pożytku publicznego (art. 20 pkt 4i 5) oraz obowiązków składania sprawozdań ministrowi właściwemu do spraw zabezpieczenia społecznego i publikowania rocznych sprawozdań merytorycznych ze swojej działalności (art. 23) pozwalają na zachowanie transparentności działania takich organizacji.

Proponowany zapis art. 27 ust 2 stanowiący de facto utrudnianie organizacjom pożytku publicznego prowadzenia działalności gospodarczej, nie ma żadnego uzasadnienia

ustawowego a może prowadzić do zmniejszenia efektywności ich działania a więc – ograniczenia pomocy niesionej osobom potrzebującym.

Wydaje się, w ocenie piszącego, że brak jest uzasadnienia do twierdzenia, że działanie organizacji pożytku publicznego na gruncie obecnego stanu prawnego stanowi zakłócenie konkurencji na rynku. Należy podkreślić, że organizacje pożytku publicznego nie są przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej prowadzącymi działalność swobodnie w granicach prawa. Podlegają dodatkowym obowiązkom i ograniczeniom, np. z zakresie sprawozdawczości, wysokości wynagrodzeń itp.

W zakresie konkurencji obok wewnętrznych przepisów ustawy z dnia 26.06.2003 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz U Nr 153, poz. 1503 z późn. zm) obowiązują także przepisy unijne, w tym przede wszystkim TWE, w tym Sekcja 2 art. 87-89.

Kluczową rolę w dokonywaniu wykładni przepisu art. 87 TWE odgrywają Komisja Europejska oraz Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS). Pojęcie "pomocy publicznej" nie zostało w treści TWE ani w orzecznictwie ETS zdefiniowane. Jednak ETS, stał od początku na stanowisku, iż pojęcie to powinno być interpretowane szeroko i że jest ono niewątpliwie szersze od "dotacji". Z pewnością brak precyzyjnej definicji pomocy publicznej pozwala Komisji na efektywniejszą kontrolę wsparcia udzielanego przez państwa członkowskie. Umożliwia również Komisji, dysponującej dużą władzą dyskrecyjną, na dokonywanie elastycznej interpretacji tego pojęcia stosownie do rozpatrywanej sprawy. Z drugiej jednak strony brak legalnej definicji stwarza szereg problemów dla państw członkowskich. Władze powinny notyfikować udzielaną pomoc publiczną a wobec braku jasnego stanowiska mogą nie notyfikować środka pomocowego albo notyfikować także i takie działania, które nie wypełniają przesłanek art. 87 TWE.

W ocenie piszącego pomoc publiczna będąca przedmiotem postanowień art. 88 i 88 TWE oraz rozporządzenia nie dotyczy działalności OPP.

Analizując treść art. 87 TWE, należy stwierdzić, że na pojęcie pomocy składają się cztery elementy. Spełnienie wskazanych poniżej elementów jednocześnie może stanowić naruszenie tego przepisu. Pomoc musi więc:

1. być udzielana przez państwo lub ze środków publicznych,
2. uprzywilejowywać niektórych przedsiębiorców lub produkcję niektórych towarów,
3. przynosić korzyści przedsiębiorcy,

4. wywierać wpływ na handel wewnątrz Wspólnoty.

Można uznać, że prawo do odpisania 1% podatku dochodowego na rzecz wskazanego OPP jest pomocą udzieloną przez Państwo. Wskazać jednak należy, że w obliczu przeznaczenia tej kwoty do obrotu w postaci sfinansowania działalności gospodarczej w celu osiągnięcia dochodu przeznaczonego na działalność pożytku publicznego nie występuje uprzywilejowanie i korzyść przedsiębiorcy - OPP. *De facto* korzyści odnoszą objęci pomocą z zadań publicznych oraz Państwo, które mniej własnych środków i nakładów organizacyjnych oraz technicznych i innych musi przeznaczyć na wykonywanie zadań publicznych. Zgodnie z art. 87 ust 1 TWE za niezgodną ze wspólnym rynkiem uznano pomoc przyznawaną przez Państwo w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Organizacje pożytku publicznego, realizując zadania publiczne w sferze wewnątrz państwowej, nie mają w swoich działaniach bezpośredniego wpływu na wymianę handlową między członkami UE.

Wskazać też należy, że pomoc Państwa jest pomocą w sferze realizacji zadań pożytku publicznego (zadań statutowych), a nie prowadzonej działalności gospodarczej. Jeżeli organizacja pożytku publicznego korzysta ze zwolnienia z podatku dochodowego, to tylko w odniesieniu do prowadzonej przez nią działalności pożytku publicznego, która nie jest przedmiotem zainteresowania TWE. Takie uprawnienie do zwolnienia, nie działa w sferze konkurencyjności przedsiębiorstw.

Wobec powyższych uwag, jak się wydaje, używanie argumentu braku zgodności obecnie obowiązujących przepisów ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie z przepisem art. 87 TWE nie znajduje uzasadnienia.

2009.11.02

radca prawny Maria Jakubowska-Kujawińska