

Prof. UW dr hab. Tadeusz Skoczny

Dr Agata Jurkowska

Mgr Maciej Bernatt

Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego

Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego

**Charakter usług świadczonych przez podmioty  
sektora pozarządowego w Polsce na tle definicji usług  
ekonomicznych oraz nieekonomicznych  
w prawie wspólnotowym, w szczególności w świetle  
zakresu *Dyrektywy o usługach na rynku  
wewnętrznym* 2006/123/WE, z uwzględnieniem  
orzecznictwa ETS**

Warszawa, luty 2008

Spis treści:	Str.
1. Wprowadzenie .....	3
2. Wspólnotowa definicja „usługi” w świetle art. 50 TWE i orzecznictwa .....	5
3. Zakres zastosowania Dyrektywy usługowej i normatywne wyłączenie spod niego „usług o charakterze nieekonomicznym w interesie ogólnym” (art. 2 ust. 2 lit. a Dyrektywy 2006/123/WE).....	8
3.1. Zakres zastosowania Dyrektywy 2006/123/WE do „usług” .....	8
3.2. Wyłączenie dla „usług o charakterze nieekonomicznym w interesie ogólnym” (art. 2 ust. 2 lit. a DU).....	13
4. „Usługi o charakterze nieekonomicznym w interesie ogólnym” – kontekst przedmiotowy.....	15
4.1. Wprowadzenie .....	15
4.2. Działalność usługowa jako działalność gospodarcza?.....	16
4.3. Przedmiot niegospodarczej działalności usługowej .....	17
4.4. Usługi w interesie ogólnym .....	20
4.4. Wnioski.....	21
5. „Usługi o charakterze nieekonomicznym w interesie ogólnym” – kontekst podmiotowy .....	22
5.1. Podmioty nie działające dla zysku (non-profit) jako „przedsiębiorcy” w rozumieniu prawa wspólnotowego.....	22
5.2. Wnioski.....	26
6. „Usługi o charakterze nieekonomicznym w interesie ogólnym” – kontekst finansowy .....	28
6.1. „Odpłatność” jako pozytywna przesłanka definicyjna usług świadczonych na rynku wewnętrznym w świetle orzecznictwa.....	28
6.2. „Niegospodarczy charakter usługi” w kontekście odpłatności (lub jej braku) za usługę .....	28
6.3. Wnioski.....	34
7. Działalność polskich „organizacji pożytku publicznego” w świetle wyłączenia art. 2 ust. 2 lit. a Dyrektywy 2006/123/WE.....	35
7.1. Charakter działalności podmiotów trzeciego sektora .....	35
7.2. Działalność odpłatna i nieodpłatna organizacji pożytku publicznego .....	38
7.3. Wnioski.....	39
8. Podsumowanie i wnioski .....	42
Źródła:.....	44
Akty prawne i dokumenty instytucji WE .....	44
Opinie partnerów społecznych .....	45
Inne .....	45
Orzecznictwo.....	46

## 1. Wprowadzenie

1. Autorom postawione zostało generalne zadanie określenia charakteru usług świadczonych przez podmioty sektora pozarządowego w Polsce na tle definicji „usług ekonomicznych” oraz „usług nieekonomicznych”<sup>1</sup> w prawie wspólnotowym, w szczególności w świetle zakresu zastosowania Dyrektywy o usługach na rynku wewnętrznym 2006/123/WE, z uwzględnieniem orzecznictwa ETS. Zleceniodawca wskazał jednak także główne zagadnienia istotne dla wykonania niniejszej ekspertyzy:

- Czy działanie bez osiągnięcia zysku ma wpływ na określenie działalności podmiotu jako działalności nieekonomicznej (działalność *non-profit*)?
- Czy przekazywanie całości osiągniętego zysku na cel społeczny ma wpływ na określenie działalności podmiotu jako działalności nieekonomicznej (działalność *not-for-profit*)?
- Czy działanie w sferze interesu społecznego ma wpływ na określenie działalności podmiotu jako działalności nieekonomicznej?
- Czy pobieranie jedynie częściowego wynagrodzenia od usługobiorców ma wpływ na określenie działalności podmiotu jako działalności nieekonomicznej?
- Czy niepobieranie żadnego wynagrodzenia od usługobiorców ma wpływ na określenie działalności podmiotu jako działalności nieekonomicznej?
- Czy za wynagrodzenie za usługę w rozumieniu art. 50 TWE można uznać dotację budżetową pokrywającą koszty świadczenia Usługodawcy wobec Usługobiorcy?
- Czy działalność nieodpłatna w rozumieniu art. 7 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie może być sklasyfikowana jako działalność ekonomiczna?
- Czy działalność odpłatna w rozumieniu art. 8 i 9 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie może być sklasyfikowana jako działalność ekonomiczna?

2. Wstępna analiza tych szczegółowych zagadnień pozwala wyróżnić ich trzy grupy:

---

<sup>1</sup> W tej części ekspertyzy zachowujemy termin „**usługi o charakterze nieekonomicznym**”, użyty w art. 2 ust. 2 lit. a DU, czy „usługi nieekonomiczne”, używany w konsekwencji stosowania przez Zleceniodawcę. W zasadzie należałoby więc posługiwać się terminem „**usługi o charakterze niegospodarczym**” lub „usługi niegospodarcze”. Nie istnieje bowiem żaden racjonalny powód użycia w polskiej wersji Dyrektywy 2006/123/WE, a w konsekwencji stosowania w języku prawniczym, naukowym lub doradczym, terminu „nieekonomiczny” na określenie ang. „*non-economic*”, niemieckiego „*nicht-wirtschaftliche*”, skoro chodzi tu – w każdym języku – o przymiotnik pochodzący od słowa gospodarka (jako system realnie istniejący), a nie ekonomia (jako wiedza o tym systemie). Terminu „działalność gospodarcza” (*economic activity*) używa się zresztą w Polsce zarówno w języku prawnym (zob. ustawa o swobodzie działalności gospodarczej z 2004 r., czy ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie z 2003 r.), jak i prawniczym.

(1) zagadnienia związane z kontekstem podmiotowym „usług nieekonomicznych w interesie ogólnym”, sprowadzające się generalnie do odpowiedzi na pytanie, czy „podmioty sektora pozarządowego” mogą być uznane za podmioty świadczące usługi ekonomiczne i/lub usługi nieekonomiczne;

(2) zagadnienia związane z kontekstem przedmiotowym „usług nieekonomicznych w interesie ogólnym”, dotyczące odpowiedzi na dwa pytania: (a) co to są „usługi nieekonomiczne” oraz (b) jakie usługi świadczone są „w interesie ogólnym”;

(3) zagadnienia związane z kontekstem finansowym „usług nieekonomicznych w interesie ogólnym”, w których chodzi o odpowiedź na trzy pytania: (a) jakie znaczenie dla rozumienia „usług nieekonomicznych w interesie ogólnym” ma ich finansowanie budżetowe (z dotacji budżetowej), (b) czy pobieranie częściowego wynagrodzenia lub niepobieranie żadnego wynagrodzenia ma wpływ na kwalifikację prawną tych usług oraz (c) jakie znaczenie dla rozumienia „usług nieekonomicznych w interesie ogólnym” ma działanie bez osiągnięcia zysku lub przekazywanie całości zysku na cel społeczny.

Powyższa kategoryzacja zagadnień problemowych znalazła odzwierciedlenie w strukturze przedkładanej ekspertyzy.

**3.** U podstaw niniejszej ekspertyzy leży przekonanie, że udzielenie odpowiedzi na ww. pytania jest w dużym stopniu możliwe na podstawie przesłanek normatywnych i orzeczniczych definicji „usługi”, zawartej w art. 50 TWE (zob. niżej pkt 2 ekspertyzy). Istotne ustalenia są możliwe także na podstawie wykładni przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2006/123/WE z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym (Dz. Urz. UE 2006 L 376/36), zwanej dalej Dyrektywą, Dyrektywą usługową (DU) lub Dyrektywą 2006/13/WE (zob. niżej pkt 3 ekspertyzy). Szczegółowe analizy treści aktów prawnych i dokumentów typu *soft law* oraz orzeczeń sądów wspólnotowych będą zawarte w pkt. 4-6 niniejszej ekspertyzy. Ekspertyzę kończą „podsumowania i wnioski” (pkt 7), zawierające listę testów/dyrektyw interpretacyjnych, jakimi należy posługiwać się dla stwierdzenia, czy konkretna działalność konkretnych podmiotów korzysta czy nie korzysta z wyłączenia spod stosowania Dyrektywy 2006/13/WE dla „usług nieekonomicznych w interesie ogólnym” (art. 2 ust. 2 lit. a DU).

## 2. Wspólnotowa definicja „usługi” w świetle art. 50 TWE i orzecznictwa

4. Swoboda świadczenia usług (SŚU) (art. 49-55 TWE) jest jednym z elementów wspólnotowej integracji gospodarczej (wspólnotowego rynku wewnętrznego). Art. 50 TWE zawiera normatywną definicję „usług” jako kategorii wyznaczającej zakres przedmiotowy tej swobody. Przepis ten stanowi, że *„[u]sługami w rozumieniu niniejszego Traktatu są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób. Usługi obejmują zwłaszcza: a) działalności charakterze przemysłowym, b) działalność charakterze handlowym, c) działalność rzemieślnicza, d) wykonywanie wolnych zawodów. Z zastrzeżeniem postanowień rozdziału dotyczącego swobody przedsiębiorczości, świadczący usługę może, w celu spełnienia świadczenia, wykonywać przejściowo działalność w państwie świadczenia na tych samych warunkach, jakie państwo to nakłada na własnych obywateli”*.

Z całej części III Traktatu, w szczególności z postanowień art. 50 TWE (w związku z art. 49 i 55 TWE), a także ze związanego z nimi orzecznictwa sądów wspólnotowych wynikają następujące **cechy swobody świadczenia usług (SŚU) i rozumienia „usług”**:

- a) gospodarczy (ekonomiczny) – co do zasady – charakter; w tym domniemanie gospodarczego charakteru czterech przykładowych rodzajów działalności wskazanych w art. 50 TWE;
- b) transgraniczność;
- c) przejściowość (czasowość);
- d) odpłatność.

5. Z art. 2 TWE oraz z przepisów traktatowych określających wszelkie swobody (w tym SŚU) wynika dosyć jednoznacznie, że mają one zastosowanie do działań (czynności), które mają **charakter gospodarczy** lub co najmniej mieszczą się w szeroko rozumianym kontekście gospodarczym (Wróbel, s. II-14). Zgodnie z ukształtowanym dorobkiem orzecznictwa wspólnotowego, działalnością gospodarczą, jako wyróżnikiem „przedsiębiorstwa” (w Polsce: „przedsiębiorcy”), jest działalność nastawiona na osiągnięcie zysku.

6. W przypadku traktatowych podstaw prawnych SŚU o tym, że **usługi są przejawem „aktywności gospodarczej”** (*economic activity*) świadczą **bezpośrednio**: (a) fakt, że muszą być świadczone **za wynagrodzeniem** (zob. niżej pkt 6) oraz (b) **przykłady** działalności obejmowanych kategorią usługi, zawarte w art. 50 TWE; także wtedy, gdy weźmiemy pod uwagę katalogi usług zbudowane w literaturze (głównie na gruncie orzecznictwa), to zdecydowanie przeważają w nich **dziedziny życia gospodarczego**, takie jak turystyka,

budownictwo, wynajem lokali, leasing, usługi finansowe, doradztwo, pośrednictwo, działalność reklamowa oraz usługi świadczone przez inżynierów, architektów czy prawników (Skrzydło-Tefelska, s. II-121). **Pośrednio**, na ich gospodarczy charakter wskazuje też negatywna przesłanka definicyjna „usług”, zgodnie z którą nie zalicza się do nich „świadczeń objętych postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób”; „towary”, „przedsiębiorczość” czy „kapitał” są bez wątpienia kategoriami gospodarczymi (i ekonomicznymi). Takiej ewaluacji charakteru (gospodarczego) swobód rynku wewnętrznego nie stoi na przeszkodzie przypisywanie im niekiedy przez sądy wspólnotowego także politycznego charakteru, zwłaszcza w przypadku takich zasad prawa wspólnotowego, jak zasada niedyskryminacji (np. sprawa C-456/02 *Trojani*; zob. też Wróbel, s. II-14).

7. Każda ze swobód rynku wewnętrznego zawiera także **tzw. element transgraniczny**. W sensie pozytywnym oznacza to, że przepisy regulujące te swobody dotyczą tylko towarów lub działań (w tym usług), które **przekraczają granice państwa członkowskiego**, czyli są przedmiotem przepływu (obrotu) wewnątrzspółnotowego; nie jest przy tym istotne, że ŚŚU (*freedom of provision of services*) nie zawiera w swej nazwie i treści – tak jak to jest w przypadku swobody przepływu towarów, pracowników lub kapitału – członu „swoboda przepływu” (*freedom of movement*)<sup>2</sup>. Co więcej, inaczej niż w przypadku innych swobód, element transgraniczny spełniony jest nie tylko wtedy, gdy granicę przekracza usługodawca (czynna swoboda świadczenia usług), ale także wtedy gdy przekracza ją usługobiorca lub sama usługa. Wzrost znaczenia prawa przemieszczania się obywateli Unii Europejskiej (UE) jako prawa podstawowego (art. 18 ust. 1 TWE) nie oznacza marginalizacji elementu transgranicznego dla określania istoty swobód rynku wewnętrznego (por. Wróbel, s. II-13, 14).

W konsekwencji, z istoty elementu transgranicznego, jako koniecznego składnika stanu faktycznego umożliwiającego podmiotowi wspólnotowemu powołanie na przepisy TWE lub wspólnotowego prawa wtórnego w celu ochrony jego praw, wynika, że przepisy traktatowe dotyczące swobód wspólnotowych, w tym ŚŚU, **nie mają zastosowania do tzw. sytuacji czysto wewnętrznej**, tj. wtedy, gdy działania (czynności) podmiotów aktywnych gospodarczo, np. świadczenie usług, we wszystkich swoich aspektach **ograniczają się do terytorium jednego państwa członkowskiego** (sprawy 52/79 *Debauve*, 62/79 *Coditel* czy 352/85 *Bond van Adverteerders*; zob. też Skrzydło-Tefelska, s. II-122).

---

<sup>2</sup> Jest charakterystyczne, że Dyrektywa Usługowa posługuje się jednolicie pojęciem „swobody przepływu usług”.

**8.** Kolejnym elementem wyróżniającym świadczenie usług jest fakt, że objęta tą swobodą działalność gospodarcza (usługowa) prowadząca samodzielnie (na własny rachunek) jest wykonywana na terytorium innego państwa członkowskiego **czasowo (przejściowo)**, co jest szczególnie ważne dla odróżnienia (czynnej) swobody świadczenia usług od swobody przedsiębiorczości; kwestia ta nie ma jednak znaczenia z punktu widzenia dla niniejszej ekspertyzy.

**9.** Najistotniejszym elementem uznania danej działalności gospodarczej (nie objętej wszakże inną swobodą rynku wewnętrznego) za usługę jest jej **odpłatność**. Żeby zatem w przypadku określonej działalności można było mówić o usłudze (a więc żeby można było powołać się na SŚU), musi istnieć **gospodarczy (finansowy) ekwiwalent** tej działalności. W odpłatności wyraża się bowiem gospodarczy związek między usługą a świadczeniem wzajemnym (Skrzydło-Tefelska, s. II-121). Inaczej mówiąc brak elementu odpłatności (nieodpłatność działalności) eliminuje możliwość uznania jej za „usługę” w rozumieniu art. 50 TWE.

**10. Pierwszy wniosek przejściowy: Z przepisów traktatowych i orzecznictwa do nich wynika, że przepisom Dyrektywy usługowej (jakby niezależnie od zawartego w niej wyłączenia „usług o charakterze nieekonomicznym w interesie ogólnym”) nie podlega działalność nie wykazująca elementu transgranicznego i prowadzona nieodpłatnie (bez wynagrodzenia).**

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

#### 3.1. Zakres zastosowania Dyrektywy 2006/123/WE do „usług”

11. O tym, czy określona działalność podlega czy nie podlega regulacji wspólnotowej dotyczącej usług na wspólnotowym rynku wewnętrznym stanowi także ww. Dyrektywa usługowa, mająca na celu dalszą liberalizację rynków usługowych, czyli **rozszerzenie i pogłębienie swobodnego przepływu usług we Wspólnocie**. Z punktu widzenia niniejszej ekspertyzy istotne jest nie tylko wyłączenie stosowania DU do „usług o charakterze nieekonomicznym w interesie ogólnym”, ale także pozytywne określenie generalnego zakresu jej zastosowania oraz licznych wyłączeń spod tego zakresu.

12. Dla generalnego określenia przedmiotu i zakresu zastosowania Dyrektywy 2006/123/WE zasadnicze znaczenia ma zdefiniowanie „usługi” na użytek tej Dyrektywy w art. 4 pkt 1 DU. Według tej definicji usługą jest „wszelka działalność gospodarcza prowadzona na własny rachunek, zwykle świadczona za wynagrodzeniem, zgodnie z art. 50 Traktatu”. Definicja ta, stanowiąca jedynie rozwinięcie definicji traktatowej (zob. wyż. pkt 2.1. niniejszej ekspertyzy) nie pozostawia wątpliwości, że chodzi tu „działalność gospodarczą”<sup>3</sup>, czyli działalność nastawioną na osiągnięcie zysku, prowadzoną – przez „usługobiorcę” (zdefiniowanego w art. 4 pkt 2 DU) – na „własny rachunek” (samodzielnie),<sup>4</sup> czyli nie w ramach pracy najemnej (jako pracownik) lub w przedsiębiorstwa (przedsiębiorczości), i z reguły „za wynagrodzeniem”<sup>5</sup> (odpłatnie).

13. Ta ostatnia przesłanka została podkreślona mocno w pkt 17 preambuły Dyrektywy 2006/123/WE, w którym stwierdza się, że Dyrektywa ta „obejmuje jedynie usługi, które są świadczone z powodów ekonomicznych”. Jest to sformułowanie przynajmniej niejasne jeśli nie wręcz nietrafne. Ze względu na związek z art. 50 TWE, może, a nawet musi, więc ono być interpretowane precyzyjnie i poprawnie jako „usługi świadczone w zamian za gospodarcze

---

<sup>3</sup> Warto podkreślić, że w polskiej wersji Dyrektywy użyto tu – prawidłowo – terminu działalność „gospodarcza”, a nie „ekonomiczna”. Na przesłance „any economic activity” bazuje też definicja angielskojęzycznej wersji Dyrektywy. W wersji niemieckojęzycznej przesłanka ta nie występuje („jede... Tätigkeit”), zapewne dlatego, że „charakter gospodarczy” usług wynika wprost z art. 50 TWE.

<sup>4</sup> W wersji angielskojęzycznej przesłanka ta określona jest słowem „self-employed”, a w wersji niemieckojęzycznej – słowem „selbständige”; polskie określenie „na własny rachunek”.

<sup>5</sup> Identyfikacyjnie, w wersji angielskojęzycznej mowa jest „for remuneration” a w wersji niemieckojęzycznej – „gegen Entgelt”.



świadczenie wzajemne”<sup>6</sup>. Za takim rozumieniem tej przesłanki przemawiają też wskazano przykładowo w preambule Dyrektywy podstawowe rodzaje działalności usługowej, objętej definicją art. 50 (zob. powyżej pkt 2), do których Dyrektywa 2006/123/WE ma zastosowanie. W oparciu o kryterium „usługobiorcy” (zdefiniowane w art. 4 pkt 3 DU) wyróżniono tam (pkt 33 preambuły):

a) **usługi dla przedsiębiorstw**, w tym takie usługi jak np. doradztwo w dziedzinie zarządzania, certyfikacja i testowanie, zarządzanie obiektami, w tym utrzymanie biur, reklama, usługi rekrutacji, usługi pośredników handlowych;

b) **usługi świadczone zarówno na rzecz przedsiębiorców, jak i konsumentów**, w tym takie usługi jak np. doradztwo prawne lub podatkowe, usługi dotyczące nieruchomości, takie jak usługi agencji nieruchomości, usługi budowlane, w tym architektoniczne, dystrybucja, organizacja targów, wynajem samochodów i usługi biur podróży;

c) **usługi dla konsumentów**, w tym takie usługi jak np. usługi turystyczne, w tym usługi przewodników turystycznych, usługi rekreacyjne, ośrodki sportowe i parki rozrywki; do grupy tej należą też – o ile nie są wyłączone z zakresu zastosowania dyrektywy – usługi pomocy domowej, takie jak pomoc dla osób starszych.

Działalność ta może obejmować usługi wymagające niewielkiej odległości między usługodawcą a usługobiorcą, usługi wymagające podróży usługobiorcy lub usługodawcy oraz usługi, które mogą być świadczone na odległość, w tym przez Internet.

**14.** Jednakże, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, ocena tego, czy niektóre rodzaje działalności, w szczególności działalność finansowana ze środków publicznych lub świadczona przez podmioty publiczne, są „usługą”, musi być przeprowadzana w odniesieniu do indywidualnych przypadków w świetle wszystkich ich cech danych rodzajów działalności, w szczególności sposobu ich świadczenia, organizacji i finansowania w danym państwie członkowskim. Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że podstawowe kryterium odpłatności oznacza istnienie wynagrodzenia za dane usługi i uznał, że kryterium odpłatności nie jest spełnione w przypadku działalności prowadzonej bez wynagrodzenia, przez państwo lub w imieniu państwa w związku z wypełnianiem jego obowiązków w dziedzinie ochrony socjalnej, kultury, edukacji i sądownictwa, takiej jak nauczanie organizowane w ramach krajowego systemu edukacji lub zarządzanie systemami zabezpieczenia społecznego, które nie są związane z działalnością gospodarczą. Uiszczenie opłaty przez usługobiorców,

---

<sup>6</sup> Owe „powody” czy pobudki gospodarcze zawarte są także w angielskojęzycznym zwrocie „for economic consideration”. Najbardziej precyzyjnie oddaje tę przesłankę niemieckojęzyczna wersja Dyrektywy, która mówi wprost, że Dyrektywa obejmuje tylko „*Dienstleistungen, die für eine wirtschaftliche Gegenleistung erbracht werden*”.

na przykład chesnego lub wpisowego, opłacanego przez studentów w celu wniesienia pewnego wkładu na wydatki związane z funkcjonowaniem systemu, nie stanowi samo w sobie wynagrodzenia, ponieważ usługa jest wciąż finansowana przede wszystkim ze środków publicznych. Te rodzaje działalności nie wchodzą w zakres definicji usługi zawartej w art. 50 Traktatu i tym samym nie są objęte zakresem zastosowania niniejszej dyrektywy (pkt 34 preambuły DU).

**15.** Najważniejsze **wyłączenie** spod zakresu stosowania Dyrektywy 2006/123/WE dotyczy tzw. „**usług w ogólnym interesie gospodarczym**” (choć nie jest to w Dyrektywie gdziekolwiek stwierdzone, chodzi tu z całą pewnością o „usługi w ogólnym interesie gospodarczym” w rozumieniu art. 16 i 86 ust. 2 TWE). Dyrektywa zawiera tylko przepis, zgodnie z którym „[n]iniejsza dyrektywa nie dotyczy liberalizacji usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym zarezerwowanych dla podmiotów publicznych lub prywatnych, ani prywatyzacji podmiotów publicznych świadczących usługi.” (art. 1 ust. 2 DU). Co więcej, dyrektywa ta „nie ogranicza swobody państw członkowskich w zakresie zdefiniowania, w zgodzie z prawem wspólnotowym, usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, określania, w jaki sposób usługi te powinny być zorganizowane i finansowane, zgodnie z zasadami pomocy państwa, oraz ustalania szczegółowych wymogów, którym podlegają.” (art. 1 ust. 3 paragraf 2). Dwa rodzaje takich usług wskazano *explicite* w preambule DU. Są to usługi w ogólnym interesie gospodarczym **w dziedzinie usług pocztowych** oraz usługi w ogólnym interesie gospodarczym mogące występować **w dziedzinie transportu** (pkt 17 preambuły); przy okazji warto zaznaczyć, że na zasadach wyłączenia sektorowego spod zakresu zastosowania Dyrektywy wyłączone są także inne usługi transportowe, w tym transport miejski, taksówki i karetki pogotowia ratunkowego (art. 2 ust. 2 lit. d DU i pkt. 17 DU).

Należy podkreślić, że z legislacyjnego punktu widzenia wyłączenie to – mające swoje uzasadnienie polityczne – było konieczne, skoro usługi te są – co do zasady – świadczone „w zamian za gospodarcze świadczenie wzajemne”<sup>7</sup> czy – „z powodów ekonomicznych”<sup>8</sup>, a zatem – gdyby nie to wyłączenie – to podlegałyby regulacji Dyrektywy 2006/123/WE (por. pkt 17 preambuły DU).

**16.** Dyrektywa 2006/123/WE zawiera ponadto **liczne wyłączenia** spod zakresu jej zastosowania, wymienione obok analizowanego w niniejszej ekspertyzie wyłączenia dla „usług o charakterze nieekonomicznym w interesie ogólnym” (art. 2 ust. 2 lit. a DU).

---

<sup>7</sup> Tak – prawidłowo – w wersji niemieckojęzycznej DU.

<sup>8</sup> Tak – mniej poprawnie – w wersji polsko- i angielskojęzycznej.

Wyłączenia te wynikają bądź to z faktu istnienia odrębnych regulacji wspólnotowych stanowiących podstawę liberalizacji określonych usług, bądź to ze szczególnego statusu tych usług; art. 2 lit. b, c, d, e, g, k oraz I DU wyłączają mianowicie spod zakresu zastosowania Dyrektywy 2006/123/WE usługi finansowe, usługi i sieci komunikacji elektronicznej, usługi w dziedzinie transportu, usługi agencji pracy tymczasowej, usługi audiowizualne, usługi działalności hazardowej, usługi ochrony osobistej oraz usługi świadczone przez notariuszy i komorników powołanych na mocy aktu urzędowego. Nie ma wątpliwości, że także te usługi są świadczone z reguły odpłatnie, a więc „w zamian za gospodarcze świadczenie wzajemne” czy – „z powodów ekonomicznych”. Tak że tu zatem, w przypadku braku tego wyłączenia Dyrektywa 2006/123/WE miałyby zastosowanie.

17. Spod zakresu zastosowania DU wyłączone są jednak także *explicite* jeszcze dwa rodzaje usług:

1) **usługi zdrowotne** (ang. *healthcare services*; niem. *Gesundheitsdienstleistungen*), niezależnie od tego czy są one świadczone w placówkach opieki zdrowotnej, jak również niezależnie od sposobu ich zorganizowania i finansowania na poziomie krajowym oraz tego czy są to usługi publiczne czy prywatne (art. 2 ust. 2 pkt f DU); wyłączenie to ma zastosowanie do usług medycznych i farmaceutycznych świadczonych przez pracowników ochrony zdrowia celem oceny stanu zdrowia pacjenta, jego utrzymania lub umożliwienia powrotu do zdrowia, jeżeli taka działalność zarezerwowana jest jedynie dla przedstawicieli regulowanych zawodów medycznych w państwie członkowskim, w którym usługi są świadczone (pkt 22 preambuły DU);

2) **usługi społeczne**<sup>9</sup> (ang. *social services*; niem. *soziale Dienstleistungen*) świadczone – na poziomie krajowym, regionalnym lub lokalnym – przez usługodawców upoważnionych do tego przez państwo lub organizacje charytatywne (ang. *charities*; niem. *gemeinützig*) uznane za takie przez państwo, związane z budownictwem socjalnym, opieką nad dziećmi oraz pomocą rodzinom i osobom będącym stale lub tymczasowo w potrzebie (art. 2 ust. 2 lit. j DU); chodzi o zapewnienie wsparcia osobom stale lub tymczasowo szczególnie potrzebującym z powodu ich niewystarczającego dochodu rodzinnego, całkowitego lub częściowego braku niezależności oraz osobom, którym grozi marginalizacja; dyrektywa nie powinna mieć wpływu na te usługi, gdyż są one niezbędne do zagwarantowania podstawowych praw do godności i uczciwości ludzkiej oraz wyrażają zasady spójności i solidarności społecznej (pkt 27 preambuły DU).

---

<sup>9</sup> Należy w tym miejscu zaznaczyć, że w polskojęzycznej wersji Dyrektywy na określenie ang. *social* czy niem. *sozial* używa się zamiennie i niekonsekwentnie pojęć „społeczny” i „socjalny”.

**Umieszczenie odrębnych wyłączeń dla tych** dwóch rodzajów „usług” (przypomnijmy: „działalności gospodarczej świadczonej na własny rachunek z reguły za wynagrodzeniem”) **jest ogromnym zaskoczeniem.** Zgodnie z zasadami legislacji i wykładni prawa, trzeba byłoby bowiem przyjąć, że także w ich przypadku, brak wyłączenia sprawiłby, że wchodziłyby one w zakres zastosowania Dyrektywy 2006/123/WE. Tymczasem, postanowienia art. 2 ust. 2 lit. f i j oraz odpowiadające im pkt. 22 i 27 preambuły DU wyraźnie wskazują, że chodzi tu o usługi o charakterze niegospodarczym.

Nie pozostaje więc nic innego, jak tylko uznać, że oba te rodzaje usług są wyłączone spod zakresu zastosowania zarówno wtedy, gdy są to „usługi o charakterze gospodarczym”, jak i wtedy, gdy są to „usługi o charakterze niegospodarczym”.

Umieszczenie tych dwóch rodzajów „usług” obok wyłączenia dla „usług o charakterze nieekonomicznym świadczonych w interesie ogólnym” musi wtedy oznaczać, że **nie są to wyłączenia rozłączne**, czyli mogą one nakładać się na siebie.

**18.** Równie niezrozumiałe jest umieszczenie w art. 2 ust. 2 lit. i DU wyłączenia dla działań związanych z wykonywaniem władzy publicznej w rozumieniu art. 45 TWE, chociaż są one wyłączone spod swobody świadczenia usług już przez ten przepis traktatowy.

**19.** Z samej Dyrektywy usługowej wynikają ponadto pewne ograniczenia jej zastosowania do regulacji wspólnotowych i krajowych o szczególnym charakterze; dotyczy to: środków mających na celu ochronę lub promowanie różnorodności kulturowej lub językowej, bądź też pluralizmu mediów, środków prawa karnego, chyba że ograniczają swobodę świadczenia usług, instrumentów prawa pracy i prawa zabezpieczenia społecznego oraz środków korzystania z praw podstawowych, prawa do negocjowania, zawierania i wdrażania umów zbiorowych oraz podejmowania akcji protestacyjnych, zgodnie z prawem i praktykami krajowymi (art. 1 ust. 4-7 DU).

**20.** Zgodnie z postanowieniami Dyrektywy 2006/123/WE jej stosowanie przez państwa członkowskie musi być zawsze zgodne z przepisami traktatowymi dotyczącymi swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług (art. 3 ust. 3 DU), a w przypadku kolizji między przepisami niniejszej dyrektywy i innym wspólnotowym aktem prawnym regulującym specyficzne aspekty podejmowania i prowadzenia działalności usługowej w określonych dziedzinach lub w ramach określonych zawodów, pierwszeństwo mają przepisy innych wspólnotowych aktów prawnych i to one stosowane są do tych określonych dziedzin lub zawodów (art. 3 ust. 1 DU); podobnie Dyrektywa usługowa nie narusza zasad międzynarodowego prawa prywatnego, a zwłaszcza zasad regulujących prawo mające zastosowanie do zobowiązań umownych i pozaumownych, także tych, które gwarantują,

że konsumenci będą korzystać z ochrony przyznanej im na mocy zasad ochrony konsumentów określonych w przepisach dotyczących konsumentów obowiązujących w ich państwie członkowskim (art. 3 ust. 2 DU).

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

### **3.2. Wyłączenie dla „usług o charakterze nieekonomicznym w interesie ogólnym” (art. 2 ust. 2 lit. a DU)**

**22.** Z punktu widzenia niniejszej ekspertyzy najistotniejsze jest wszakże, że Dyrektywa 2006/123/WE potwierdza *explicite*, że **usługi świadczone w interesie ogólnym** (o ile nie są „usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym”) **nie są objęte definicją w art. 50 TWE**, a zatem nie są objęte zakresem zastosowania niniejszej dyrektywy (pkt 17 preambuły). Dyrektywa 2006/123/WE nie definiuje jednak „usług w interesie ogólnym”. W zasadzie nie odsyła także do definicji zawartych w innych aktach prawa wspólnotowego (choćby typu *soft law*). Tylko dwa punkty preambuły DU dają pewne wskazówki interpretacyjne, które mogą posłużyć do zdefiniowania zakresu wyłączenia z art. 2 ust. 2 lit. a DU.

**23.** Uogólniając dotychczasowe orzecznictwo sądów wspólnotowych, Dyrektywa stwierdza w pkt 34 preambuły DU wprost, że ocena tego, czy niektóre rodzaje działalności, w szczególności działalność finansowana ze środków publicznych lub świadczona przez podmioty publiczne, są „usługą”, musi być przeprowadzana w odniesieniu do indywidualnych przypadków w świetle wszystkich ich cech danych rodzajów działalności, w szczególności sposobu ich świadczenia, organizacji i finansowania w danym państwie członkowskim. Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że podstawowe kryterium odpłatności oznacza istnienie wynagrodzenia za dane usługi i uznał, że kryterium odpłatności nie jest spełnione

w przypadku działalności prowadzonej bez wynagrodzenia, przez państwo lub w imieniu państwa w związku z wypełnianiem jego obowiązków w dziedzinie ochrony socjalnej, kultury, edukacji i sądownictwa, takiej jak nauczanie organizowane w ramach krajowego systemu edukacji lub zarządzanie systemami zabezpieczenia społecznego, które nie są związane z działalnością gospodarczą. Uiszczenie opłaty przez usługobiorców, na przykład czesnego lub wpisowego, opłacanego przez studentów w celu wniesienia pewnego wkładu na wydatki związane z funkcjonowaniem systemu, nie stanowi samo w sobie wynagrodzenia, ponieważ usługa jest wciąż finansowana przede wszystkim ze środków publicznych. Te rodzaje działalności nie wchodzą w zakres definicji usługi zawartej w art. 50 Traktatu i tym samym nie są objęte zakresem zastosowania niniejszej dyrektywy.

**24.** Nienastawiona na zys amatorska działalność sportowa ma duże znaczenie społeczne. Jej cele są często wyłącznie społeczne (socjalne) lub rekreacyjne. Nie jest to zatem działalność gospodarcza w rozumieniu prawa wspólnotowego i w związku z tym nie powinna być objęta zakresem zastosowania Dyrektywy usługowej (pkt 35 preambuły DU).

**25.** Z samej Dyrektywy 2006/123/WE wynika także, że nie dotyczy ona dalszych działań związanych z Białą Księgą Komisji dotyczącą usług interesu ogólnego (pkt 17 preambuły).

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

### 4.1. Wprowadzenie

26. Definiowanie kategorii „usług o charakterze niegospodarczym w interesie ogólnym” wymaga w pierwszej kolejności określenia, czym w ogóle są **usługi w interesie ogólnym**, bez względu na to, czy mają one charakter ekonomiczny, czy też nie. W istocie zaś charakter „ekonomiczny” lub „nieekonomiczny” usług związany jest przede wszystkim ze sposobem ich finansowania; ten aspekt usług nieekonomicznych w interesie ogólnym zostanie omówiony w pkt. 6 („Usługi o charakterze niegospodarczym w interesie ogólnym – kontekst finansowy”), natomiast analiza pojęcia „usług o charakterze niegospodarczym w interesie ogólnym” wymaga dookreślenia następujących elementów koncepcyjnych: (1) działalność usługowa, (2) przedmiot działalności, (3) interes ogólny.

27. Definiowanie wskazanych elementów oraz omawianego pojęcia kompleksowo musi również uwzględniać korelacje z innymi, zbliżonymi pojęciami pojawiającymi się we wspólnotowym *acquis communautaire*. Ogólny kontekst terminologiczny wydaje się tym ważniejszy, iż „usługi o charakterze niegospodarczym w ogólnym interesie” nie są pojęciem traktatowym (tj. nie są ani zawarte ani definiowane w TWE). Traktat posługuje się tylko – w art. 16 i 86 TWE – kategorią „**usług w ogólnym interesie gospodarczym**” (*services of general economic interest*), która jednak nie jest precyzyjnie definiowana ani w prawie pierwotnym ani w prawie wtórnym. Na podstawie wspólnotowego orzecznictwa i praktyki decyzyjnej można jednak stwierdzić, że usługi w ogólnym interesie gospodarczym obejmują działalność gospodarczą o charakterze użyteczności publicznej. Tradycyjnie za usługi w ogólnym interesie gospodarczym uznawane są świadczenia sektorów infrastrukturalnych takich, jak sektor transportowy, energetyczny, telekomunikacyjny czy pocztowy.

28. KE zaczęła posługiwać się jednak szerszą kategorią pojęciową, tj. „**usługi w ogólnym interesie**” (*services of general interest*), obejmującą zarówno **usługi rynkowe** (*market services*), jak i **nierynkowe** (*non-market services*), „które władze publiczne klasyfikują jako usługi użytku publicznego i które podlegają określonym zobowiązaniom z tytułu świadczenia usług publicznych”<sup>10</sup>. Niestety, KE nie podjęła się precyzyjnego wyjaśnienia pojęcia „usługi nierynkowe (niegospodarcze)”, mimo, że w toku konsultacji publicznych Białej Księgi wielu

---

<sup>10</sup> Zob. Komunikat Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, Biała Księga w sprawie usług w interesie ogólnym, 12.05.2004, COM(2004) 374 final, Załącznik 1, s. 22 (dalej: Biała Księga w sprawie usług w interesie ogólnym).

partnerów społecznych wskazywało na konieczność dokładniejszego rozgraniczenia usług gospodarczych i niegospodarczych. Jednocześnie KE przyznała, że (przywołana powyżej) „Biała Księga odnosi się głównie, choć nie wyłącznie, do kwestii związanych z usługami w ogólnym interesie ekonomicznym, ponieważ sam Traktat koncentruje się przede wszystkim na działalności gospodarczej. Pojęcie „usługi w ogólnym interesie” używane jest w Białej Księdze tylko wówczas, gdy tekst odnosi się również do usług nieekonomicznych lub wówczas, gdy nie jest konieczne określanie charakteru (ekonomicznego lub nie) omawianej działalności”<sup>11</sup>.

**29. Trzeci wniosek przejściowy: usługi niegospodarcze w ogólnym interesie w znacznym stopniu wykazują cechy charakterystyczne dla usług w ogólnym interesie gospodarczym.**

#### **4.2. Działalność usługowa jako działalność gospodarcza?**

**30. Z utrwalonego orzecznictwa ETS wynika, że „działalność gospodarczą stanowi każda działalność polegająca na oferowaniu towarów lub usług na danym rynku”<sup>12</sup>.**

Definicja działalności gospodarczej wypracowana w orzecznictwie ETS opiera się w gruncie rzeczy na dwóch przesłankach: (1) **oferowaniu** towarów lub usług, (2) oferowaniu towarów lub usług **na rynku**.

**31.** Jeśli chodzi o pierwszą przesłankę, to fakt, iż podmiot nabywa różne towary i usługi na rynku nie przesądza jeszcze o gospodarczym charakterze działalności, na rzecz której owe produkty i usługi są nabywane<sup>13</sup>. Jak podkreślił SPI w wyroku w sprawie T-319/99 *Fenin*, „podmiot, który nabywa towary – nawet w dużej ilości – nie w celu oferowania towarów i usług jako części prowadzonej działalności gospodarczej, ale w celu wykorzystania ich na potrzeby innej działalności, w tym takiej o charakterze czysto socjalnym, nie zachowuje się jak przedsiębiorstwo tylko dlatego, że jest ono nabywcą na danym rynku”<sup>14</sup>. Stanowisko SPI, w myśl którego działalność gospodarcza ma polegać na oferowaniu towarów lub usług, nie zaś ich nabywaniu, podtrzymał ETS w wyroku w sprawie C-205/03 *Fenin* wydanym wskutek apelacji od wyroku SPI<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Zob. Biała Księga w sprawie usług w interesie ogólnym, Załącznik 1.

<sup>12</sup> T-155/04 *Selex* (Zb. Orz. 2006, II-4797), pkt 61. Zob. także wyroki w sprawach: T-128/98 *Aéroports de Paris v. KE*, pkt 107; C-41/90 *Höfner i Elser*, pkt 21; C-244/94 *Fédération française des sociétés d'assurances i in.*, pkt 14; C-55/96 *Job Centre*, pkt 21; C-35/96 *KE v. Włochy*, pkt 36; C-180/98 do C-184/98 *Pavlov i in.*, pkt 74.

<sup>13</sup> C-155/04 *Selex*, pkt 64, 67.

<sup>14</sup> T-319/99 *Fenin* (Zb. Orz. 2003, II-357), pkt 37.

<sup>15</sup> Zob. także pkt 26 wyroku ETS (apelacji) w sprawie C-205/03 *Fenin* (Zb. Orz. 2006, I-6295), gdzie Trybunał stwierdził, że „Sąd słusznie wywiódł w pkt 36 zaskarżonego wyroku, że oceniając charakter działalności zakupu produktu, nie należy oddzielać od tej działalności późniejszego wykorzystania tego produktu i że charakter działalności zakupu bezwzględnie zależy od tego, czy późniejsze wykorzystanie zakupionego produktu ma charakter gospodarczy, czy też nie ma takiego charakteru”.



Co do drugiej przesłanki, **uznanie działalności za działalność gospodarczą wymaga wskazania** istnienia **ryнку**<sup>16</sup>. Nie ma zaś mowy o istnieniu rynku tam, gdzie – jak w przywołanej sprawie *Selex* – jedynymi usługobiorcami mogły być państwa członkowskie, co wynikało ze specyfiki „usług”, jakim jest kontrola ruchu lotniczego stanowiąca kompetencję organów publicznych.

### 4.3. Przedmiot niegospodarczej działalności usługowej

**32.** Wskazanie **przedmiotu niegospodarczej działalności usługowej** nie jest możliwe *a priori*, a tylko poprzez odniesienie się do przykładowych obszarów wskazanych w orzecznictwie i dokumentach KE. Wśród usług w ogólnym interesie (a tym samym – jeśli spełniony jest warunek finansowania – usług niegospodarczych w ogólnym interesie) wymienia się usługi z zakresu opieki społecznej, zdrowotnej, kultury, edukacji, czy usługi polegające na nadawaniu programów telewizyjnej i radiowej. Status usług w ogólnym interesie gospodarczym raczej niż usług niegospodarczych będą miały natomiast usługi z zakresu zaopatrzenia w wodę, wywozu nieczystości czy telekomunikacji. Z kolei Komunikat KE o usługach w ogólnym interesie z 2007 r.<sup>17</sup> wymienia wśród usług niegospodarczych „**tradycyjne prerogatywy państwowe** takie jak działalność policji, wymiaru sprawiedliwości, systemu opieki społecznej”<sup>18</sup>. W dokumencie roboczym, uzupełniającym przywołany komunikat<sup>19</sup>, KE wskazuje konkretne (zaczepnięte z orzecznictwa i praktyki decyzyjnej) przykłady działalności niegospodarczej związanej z wykonywaniem prerogatyw państwowych, takie jak m.in. : utrzymywanie i poprawa bezpieczeństwa ruchu lotniczego<sup>20</sup>; bezpieczeństwo i kontrola ruchu morskiego<sup>21</sup>; nadzór w zakresie ochrony środowiska przed zanieczyszczeniami obszarów morskich<sup>22</sup>;

---

<sup>16</sup> C-155/04 *Selex*, pkt 61.

<sup>17</sup> Komunikat Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno- Społecznego oraz Komitetu Regionów: Accompanying the Communication on "A single market for 21st century Europe". Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment COM(2007) 725 final; dalej: Komunikat KE w sprawie usług w ogólnym interesie, 2007.

<sup>18</sup> W tym miejscu należy przypomnieć, że wykonywanie władzy publicznej korzysta z wyłączenia spod swobody przepływu usług na mocy art. 45 w związku z art. 50 TWE.

<sup>19</sup> Commission staff working document, Frequently asked questions in relation with Commission Decision of 28 November 2005 on the application of Article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, and of the Community Framework for State aid in the form of public service compensation. *Accompanying document to the Communication on "Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment"*, COM(2007) 725 final, dalej: Dokument roboczy w sprawie kompensacji SGEI.

<sup>20</sup> C-364/92 *SAT/Eurocontrol* (Zb. Orz. 1994, I-43), pkt 27.

<sup>21</sup> Decyzja KE w sprawie N 438/02, Belgia – pomoc dla władz portowych (Dz. Urz. WE C 284 z 21.11.2002), [http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/transport-2002/n438-02-fr.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2002/n438-02-fr.pdf).

<sup>22</sup> C-343/95 *Calì & Figli* (Zb. Orz. 1997, I-1547), pkt 22.

standaryzacja i związana z nią działalność badawczo-rozwojowa<sup>23</sup>; organizacja, finansowanie i wdrażanie środków naprawczych (*correctional measures*) w celu wdrożenia systemu penalnego<sup>24</sup>; finansowanie i nadzorowanie budowy infrastruktury kolejowej<sup>25</sup>; zamykanie kopalń węgla i zarządzanie ich majątkiem oraz przedsięwzięcia na rzecz usunięcia skutków działalności wydobywczej<sup>26</sup>. Ponadto, w tym samym dokumencie roboczym KE wskazuje na obszary działalności niegospodarczej o charakterze czysto społecznym (*purely social nature*): zarządzanie funduszem ubezpieczeniowym, do którego przynależność jest obowiązkowa, funkcjonującym na zasadzie solidarności, oferującym korzyści ubezpieczeniowe bez względu na wkład<sup>27</sup>; usługi edukacji publicznej finansowane co do zasady z budżetu publicznego i spełniające dodatkowo zadania społeczne, kulturalne i edukacyjne dla określonych społeczności<sup>28</sup>.

KE stwierdza, że usługi tego rodzaju nie są poddane regułom Traktatu dotyczącym rynku wewnętrznego i konkurencji, co najwyżej niektóre aspekty organizowania i świadczenia usług niegospodarczych mogą być poddane innym regułom TWE, takim jak zasada niedyskryminacji<sup>29</sup>. Stanowisko to znalazło swoje uzasadnienie także w art. 2 Protokołu o usługach w ogólnym interesie do Traktatu Lizbońskiego, w myśl którego przepisy Traktatu nie wpływają w żaden sposób na kompetencje państw członkowskich w zakresie dostarczania, wynagradzania i organizowania usług niegospodarczych w interesie ogólnym.

**33.** Zarówno w dyrektywie, jak i w prawie wtórnym, pojawia się także pojęcie „**usług socjalnych**”<sup>30</sup> (*social services*). Kategoria ta nie jest w prawie wspólnotowym szeroko definiowana, jednak w żadnym razie usługi socjalne nie mogą być utożsamiane z usługami

---

<sup>23</sup> T-155/04 *Selex*, pkt 73-82.

<sup>24</sup> Decyzja KE w sprawie N140/2006 – Litwa – Allotment of subsidies to the State Enterprises at the Correction Houses (Dz. Urz. UE C 244, 11.10.2006), [http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/register/ii/doc/N-140-2006-WLWL-en-19.07.2006.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/N-140-2006-WLWL-en-19.07.2006.pdf)

<sup>25</sup> Decyzja KE w sprawie N 478/2004 – Irlandia - State guarantee for capital borrowings by Coràs Iompair Eirann (CIÉ) for infrastructure investment (Dz. Urz. UE C 207, 31.8.2006) [http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/transport-2004/n478-04.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2004/n478-04.pdf).

<sup>26</sup> Decyzja KE w sprawach CZ 45/2004 i CZ 110/2004 – Republika Czeska - State Aid to the Czech Coal Industry 2003-2007 (Dz. Urz. UE C 87, 1.4.2006) [http://ec.europa.eu/dgs/energy\\_transport/state\\_aid/doc/decisions/2004/2004\\_0045\\_cz\\_cz.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/energy_transport/state_aid/doc/decisions/2004/2004_0045_cz_cz.pdf)

<sup>27</sup> C-159/91 *Poucet et Pistre* (Zb. Orz. 1993, I-637); C-218/00 *Cisal i INAIL* (Zb. Orz. 2002, I-691), pkt 43-48; C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01 *AOK Bundesverband* (Zb. Orz. 2004, I-2493), pkt 51-55; C-355/00 *Freskot* (Zb. Orz. 2003, I-5263).

<sup>28</sup> 263/86 *Humbel* (Zb. Orz.1988, 5365), pkt 18; C-318/05 *KE v. Niemcy* (niepubl.), pkt 74 –75; decyzja KE w sprawie N118/00 – Public grants to professional sports clubs (Dz. Urz. UE C 333, 28.11.2001), [http://ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/comp-2000/n118-00.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2000/n118-00.pdf), NN54/2006 – Prerov Logistics College (OJ C 291, 30.11.2006, [http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/register/ii/doc/NN-54-2006-WLWL-EN-08.11.2006.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/NN-54-2006-WLWL-EN-08.11.2006.pdf)).

<sup>29</sup> Komunikat KE w sprawie usług w ogólnym interesie, 2007, pkt 2.1., s. 4; pkt 3, s. 10.

<sup>30</sup> Termin też z powodzeniem mógłby być tłumaczony jako „usługi społeczne”, jednak polskie oficjalne wersje tłumaczeń wspólnotowych dokumentów posługują się właśnie pojęciem „usług socjalnych”.

niegospodarczymi, gdyż – jak stwierdza wprost KE – usługi socjalne mogą mieć zarówno charakter niegospodarczy, jak i gospodarczy. Komunikat Komisji z 2006 r.<sup>31</sup> zidentyfikował dwie szerokie kategorie usług socjalnych: po pierwsze, podstawowe (obligatoryjne) i uzupełniające systemy zabezpieczenia społecznego; po drugie, inne usługi świadczone bezpośrednio osobom fizycznym, takie jak np. pomoc społeczna, doradztwo w zakresie zatrudnienia, mieszkalnictwo socjalne<sup>32</sup> (KE wyróżnia tu cztery kategorie usług: (1) „pomoc osobom fizycznym w stawianiu czoła bezpośrednim życiowym wyzwaniom czy też kryzysom, takim jak zadłużenie, utrata pracy, narkomania czy rozpad rodziny”; (2) „działania służące zapewnieniu umiejętności koniecznych dla pełnej integracji (rehabilitacja, nauka języków dla imigrantów), a w szczególności użytecznych na rynku pracy (szkolenia zawodowe i reintegracja z rynkiem pracy)”; (3) „działania służące zintegrowaniu osób o długoterminowych potrzebach wynikających z niepełnosprawności lub problemów ze zdrowiem”; (4) „mieszkalnictwo socjalne zapewniające mieszkania dla osób w niekorzystnym położeniu czy też mniej uprzywilejowanych grup społecznych”<sup>33</sup>).

Charakterystyka usług socjalnych, zaproponowana przez KE, w oczywisty sposób wskazuje na to, że kategoria ta obejmuje działalność wykonywaną z reguły przez organizacje pozarządowe. Wśród cech usług socjalnych KE wymienia m.in. działanie w oparciu o zasadę solidarności, działalność nienastawiona na zysk, a skoncentrowana szczególnie na najtrudniejszych sytuacjach; uczestnictwo wolontariuszy, dawanie wyrazu potencjału obywatelskiego; silne zakorzenienie w (lokalnej) tradycji kulturowej; niesymetryczny stosunek dostawcy do odbiorcy usług, którego nie można sprowadzić do *normalnej* relacji usługodawca-konsument, i który wymaga udziału trzeciej, finansującej strony<sup>34</sup>.

**Tradycyjnie usługi tego rodzaju (klasyfikowane jako socjalne) postrzegane były jako niegospodarcze, jednak – jak słusznie zauważa KE – rosnąca skala *outsourcingu* takich usług może powodować, że wiele przypadków takiej działalności będzie podlegać regułom TWE.** Warto podkreślić także, że choćby w odniesieniu do usług z zakresu ochrony zdrowia widoczna jest tendencja do postrzegania ich coraz bardziej w kategoriach rynkowych

---

<sup>31</sup> Komunikat Komisji Europejskiej: Realizacja wspólnotowego programu lizbońskiego: Usługi socjalne użyteczności publicznej w Unii Europejskiej, COM(2006) 177 final, pkt 1.1., s. 4; dalej: Komunikat KE w sprawie usług socjalnych.

<sup>32</sup> Komunikat KE w sprawie usług społecznych w ogólnym interesie, 2007, pkt 2.1., s. 5. Zob. także charakterystykę usług społecznych w Komunikacie KE w sprawie usług w ogólnym interesie, 2007, pkt 2.3., s. 7.

<sup>33</sup> Komunikat KE w sprawie usług socjalnych, pkt 1.1., s. 4.

<sup>34</sup> Ibidem, s. 5.

(gospodarczych) raczej niż niegospodarczych<sup>35</sup>; potwierdza to także wskazane poniżej orzecznictwo ETS. W tym kontekście istotna wydaje się konstatacja KE w Komunikacie w sprawie usług socjalnych, „że niemal wszystkie usługi należące do dziedziny socjalnych można uznać za „działalność gospodarczą” w rozumieniu art. 43 i 49 TWE”<sup>36</sup>.

**34.** Niemniej jednak, w praktyce usługi związane z systemem zabezpieczenia społecznego (*social security system*) często świadczone są przez podmioty nie działające dla zysku. Punktem wyjścia dla rozważań nad usługami świadczonymi przez tego rodzaju podmioty musi być stwierdzenie, że prawo wspólnotowe nie pozbawia państw członkowskich prawa do organizowania wewnętrznych systemów zabezpieczenia społecznego. Takie stanowisko wyrażone zostało przez ETS w licznych orzeczeniach, m.in. C-70/95 *Sodemare*<sup>37</sup>, 238/82 *Duphar i in. v. Holandia*<sup>38</sup>, C-159/91 i C-160/91 *Poucet i Pistre v. AGF i Cancava*<sup>39</sup>. W Białej Księdze w sprawie usług w ogólnym interesie KE podkreśliła specyfikę i odmienność usług z zakresu ochrony zdrowia i opieki społecznej, przejawiającą się w osobistym wymiarze tychże usług, co odróżnia je zasadniczo od „standardowych” usług<sup>40</sup>. W sprawie *Sodemare* ETS zgodził się ze stanowiskiem rządu włoskiego, broniącego przepisów zastrzegających świadczenie usług opieki społecznej wyłącznie dla podmiotów nie działających dla zysku, że warunek działalności *non-profit* (jako warunek świadczenia usług) uwypukla priorytetowy cel społeczny świadczonych usług<sup>41</sup> (pkt 31-32).

#### 4.4. Usługi w interesie ogólnym

**35.** Z treści art. 86 ust. 2 TWE wynika, że w określonych sytuacjach efektywne wykonywanie zadań w interesie ogólnym ma pierwszeństwo przed stosowaniem reguł traktatowych (zwłaszcza reguł ochrony konkurencji). Potwierdziła to KE w swym komunikacie o usługach w ogólnym interesie<sup>42</sup>, a następnie w Białej Księdze w sprawie usług w ogólnym interesie, w której znalazła się opinia KE, że w przypadku usług tego rodzaju **chroniona jest raczej misja niż sposób, w jaki jest ona wykonywana**<sup>43</sup>.

**36.** Immanentną cechą usług w ogólnym interesie powinien być wysoki poziom ochrony konsumentów i użytkowników oznaczający przede wszystkim: (1) **dostęp do usług**, przede

---

<sup>35</sup> Por. *Opinia European Health Management Association w sprawie Zielonej Księgi w sprawie usług w ogólnym interesie*, s. 3.

<sup>36</sup> Komunikat KE w sprawie usług socjalnych, pkt 2.1., s. 7.

<sup>37</sup> C-70/95 *Sodemare* (Zb. Orz. 1997, I-3395), pkt 28.

<sup>38</sup> 238/82 *Duphar i in. v. Holandia* (Zb. Orz. 1984, 523), pkt 16.

<sup>39</sup> C-159/91 i C-160/91 *Poucet i Pistre v. AGF i Cancava* (Zb. Orz. 1993, I-637), pkt 6.

<sup>40</sup> Biała Księga w sprawie usług w ogólnym interesie, pkt 3.6., s. 10.

<sup>41</sup> *Sodemare*, pkt 32-33.

<sup>42</sup> Dz. Urz. WE 2001 C 17/4.

<sup>43</sup> Biała Księga w sprawie usług w ogólnym interesie, pkt 3.6., s. 7.

wszystkim w wymiarze transgranicznym, na całym terytorium Unii Europejskiej (UE), oraz dla wszystkich grup populacji (2) dostępność cenową usług, w tym także dla osób z niskimi dochodami; (3) bezpieczeństwo fizyczne, (4) ciągłość, (5) wysoką jakość, (6) odpowiedni wybór, (7) wysoką jakość, (8) przejrzystość, (9) dostęp do informacji od dostawców i regulatorów<sup>44</sup>. Niewątpliwie cechy te mogą, a nawet powinny, charakteryzować także działalność podmiotów działających nie dla zysku, w tym organizacji pożytku publicznego.

**39.** W ramach *acquis communautaire* obok pojęcia „usług w ogólnym interesie” pojawia się również pojęcie „usług powszechnych” (*universal service*). Pojęcie to akcentuje, z jednej strony, prawo każdego obywatela do dostępu do pewnych usług uważanych za kluczowe (*essential*), z drugiej strony zaś, nakłada zobowiązania na dostawcę usług w zakresie oferowania określonych usług na szczególnych uzgodnionych warunkach, w tym dotyczących dostępności terytorialnej usług i cen<sup>45</sup>.

**40. Pojęcie „interesu ogólnego”** może być interpretowane również w taki sposób, że skoro dotyczy ono usług kluczowych dla danej społeczności, to odpowiedzialność za ich świadczenie spoczywa na organach władzy publicznej (różnych szczebli). To organy publiczne powinny decydować o charakterze i zakresie usług w ogólnym interesie, a także o tym, czy decydują się one wykonywać te usługi samodzielnie czy też zlecają je innym podmiotom, prywatnym lub publicznym, działającym dla zysku lub których działalność nie jest nastawiona na zysk<sup>46</sup>.

#### **4.4. Wnioski**

**41. Czwarty wniosek przejściowy:** W świetle powyższego, **twierdząco należy odpowiedzieć na jedno z pytań** postawionych przez zleceniodawcę: „*Czy działanie w sferze interesu społecznego ma wpływ na określenie działalności podmiotu jako działalności nieekonomicznej?*”. W świetle dotychczasowych doświadczeń praktyki i orzecznictwa wspólnotowego można stwierdzić, że działalność w sferze interesu społecznego, interpretowanego jako „interes ogólny”, może wykazywać charakter niegospodarczy. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że nie każda działalność w interesie społecznym ma automatycznie status działalności niegospodarczej. Przedmiotowy charakter działalności organizacji pozarządowej jest tylko jedną z kilku, nie zaś jedyną, przesłanką uznania tejże działalności za niegospodarczą.

---

<sup>44</sup> Biała Księga w sprawie usług w ogólnym interesie, s. 9.

<sup>45</sup> Ibidem, s. 8.

<sup>46</sup> Zob. Komunikat KE o usługach w ogólnym interesie, 2007, s. 4.

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

### **5.1. Podmioty nie działające dla zysku (non-profit) jako „przedsiębiorcy” w rozumieniu prawa wspólnotowego**

**42.** Punktem wyjścia tej części rozważań musi być konstatacja, że przepisy Traktatu dotyczące swobód rynku wewnętrznego, a także reguły konkurencji, znajdują zastosowanie jedynie wobec przedsiębiorców. Na gruncie utrwalonego orzecznictwa wspólnotowego pojęcie przedsiębiorcy (przedsiębiorstwa) obejmuje „każdą jednostkę wykonującą działalność gospodarczą, niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania” (T-155/04 *Selex*, pkt 50)<sup>47</sup>.

**43.** Podkreślenia wymaga fakt, że tak szerokie definiowanie kategorii przedsiębiorców ma miejsce przede wszystkim w związku ze stosowaniem reguł ochrony konkurencji. W świetle powyższego należałoby zatem przyjąć, że tak przedsiębiorcy w rozumieniu prawa działalności gospodarczej (czyli w Polsce ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i Kodeksu spółek handlowych), jak i wszelkie inne podmioty mogą potencjalnie świadczyć usługi. Inaczej mówiąc, formalny status przedsiębiorcy nie jest decydującym czynnikiem co do tego, czy dana działalność uznana zostanie za działalność gospodarczą, czy też nie.

**44.** Na gruncie sprawy *Selex* powstał problem, czy działalność międzynarodowej organizacji Eurocontrol może być poczytywana za działalność gospodarczą, a sama zaś organizacja – za przedsiębiorcę. Tylko bowiem wobec przedsiębiorców znajdują zastosowanie przepisy traktatowe dotyczące swobód rynku wewnętrznego czy wspólnotowe reguły konkurencji. Problem ten powstaje przede wszystkim w odniesieniu do podmiotów (organizacji), które jednocześnie są aktywne w sferze wykonywania władzy publicznej (także tzw. prerogatyw państwa, które to zadania mają zazwyczaj wymiar niegospodarczy)<sup>48</sup> oraz prowadzenia działalności gospodarczej; „każdą działalność danego podmiotu należy zbadać indywidualnie i na podstawie podobieństwa niektórych z nich do szczególnych uprawnień władzy publicznej nie można wnioskować o tym, że pozostałe rodzaje działalności nie mogą mieć charakteru gospodarczego” (*Selex*, pkt 54; zob. podobnie T-128/98 *Aéroports de Paris v. KE*, pkt 109).

**45.** Ponadto, ETS zaleca wręcz, aby badanie, czy dany rodzaj aktywności podmiotu jest działalnością gospodarczą, przeprowadzać z uwzględnieniem orzecznictwa (zob. wyroki

---

<sup>47</sup>Zob. także wyroki w sprawach: C-41/90 *Höfner i Elser*, pkt 21; C-244/94 *Fédération française des sociétés d'assurances i in.*, pkt 14; C-55/96 *Job Centre*, pkt 21; C-35/96 *KE v. Włochy*, pkt 36; C-180/98 do C-184/98 *Pavlov i in.*, pkt 74.

<sup>48</sup> Zob. pkt 4.3. powyżej.

w sprawach: C-41/90 *Höfner i Elser*, pkt 21; C-244/94 *Fédération française des sociétés d'assurances i in.*, pkt 14; C-55/96 *Job Centre*, pkt 21; C-35/96 *KE v. Włochy*, pkt 36; C-180/98 do C-184/98 *Pavlov i in.*, pkt 74). Zalecenie to czyni w sumie jeszcze trudniejszym rozgraniczenie usług niegospodarczych i gospodarczych, gdyż orzecznictwo ETS nie jest bynajmniej w tym obszarze jednolite (zwłaszcza, jeśli chodzi o usługi zdrowotne i ubezpieczeniowe).

**46.** Z drugiej strony w wyroku w sprawie C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze* ETS uznał, że podmiot prowadzący co do zasady działalność gospodarczą i konkurujący na rynku może jednocześnie prowadzić działalność niegospodarczą na zasadzie charytatywnej.

**47.** W kontekście problematyki potencjalnej działalności usługowej organizacji pozarządowych naturalne jest odniesienie się do treści art. 48 TWE, który z szerokiej definicji spółek, wskazanej na potrzeby przepisów traktatowych o swobodzie przedsiębiorczości i – na mocy art. 55 TWE – o swobodzie przepływu usług, wyklucza podmioty, które nie zmierzają do osiągnięcia zysku. Wykluczenie to znalazło swoje potwierdzenie w orzecznictwie, czego przykładem jest choćby orzeczenie w sprawie *Sodemare*, gdzie ETS wskazał na wykluczenie podmiotów nie działających dla zysku spod przepisów art. 48 TWE, tak jak i całego tego działu Traktatu (*Sodemare*, pkt 25)<sup>49</sup>. W wyroku tym ETS stwierdził, że skoro przepisy TWE o swobodzie przedsiębiorczości (a *per analogiam* także przepisy o swobodzie przepływu usług) nie dotyczą podmiotów nie działających dla zysku, to nie można zabronić istnienia takich przepisów prawa krajowego, które przewidywałyby możliwość świadczenia pewnej kategorii usług wyłącznie przez podmioty nie działające dla zysku (*Sodemare*, pkt 25). Ponadto, fakt, że podmioty działające dla zysku nie mogą automatycznie uczestniczyć w systemie opieki społecznej w danym państwie członkowskim na tej zasadzie, aby otrzymywać refundację – na podstawie umów z organami publicznymi – kosztów świadczenia tych usług, nie stawia podmiotów działających dla zysku z innych państw członkowskich w innej, dyskryminującej je sytuacji; nie ma zatem podstaw do uznawania takiej sytuacji za naruszenie przepisów TWE o swobodach (*Sodemare*, pkt 33).

**48.** Niemniej jednak, funkcjonalna wykładnia art. 48 TWE, poparta dorobkiem orzecznictwa sądów wspólnotowych, skłania raczej do wniosku, że wykluczenie dla organizacji *not-for-profit*, przewidziane w tym przepisie, nie ma charakteru absolutnego, tj. nie dotyczy każdego obszaru, rodzaju i wymiaru działalności podmiotów o formalnym statusie organizacji nie działających dla zysku. Z orzecznictwa ETS, zwłaszcza w obszarze prawa ochrony

---

<sup>49</sup> Zob. także 182/83 *Fearon v. Irish Land Commission* (Zb. Orz. 1984, 3677), pkt 8.

konkurencji, wynika, że dla określenia statusu przedsiębiorcy (a co za tym idzie możliwości stosowania wspólnotowych reguł konkurencji) daleko **większe znaczenie ma przedmiotowy i finansowy wymiar** analizowanej **działalności niż charakter wykonującego go podmiotu**<sup>50</sup>.

Przepisy o swobodach rynku wewnętrznego oraz przepisy o ochronie konkurencji są kluczowymi, fundamentalnymi dla właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego, regulacjami, stąd uprawnione jest przenoszenie na grunt stosowania przepisów o swobodach dorobku orzeczniczego z zakresu ochrony konkurencji. Jeśli zatem dla stosowania traktatowych reguł ochrony konkurencji status prawny podmiotu, w tym „zorientowanie na zysk” nie ma znaczenia, podobnie jest w odniesieniu do zastosowania przepisów o swobodzie przedsiębiorczości czy swobodzie przepływu usług. Należy założyć, że wykluczając spod definicji spółki w art. 48 TWE podmioty nie nastawione na zysk, prawodawca wspólnotowy kierował się przesłanką, że podmioty tego rodzaju nie prowadzą działalności gospodarczej. Tymczasem, wiele ustawodawstw krajowych, w tym polskie, zezwala na to, aby podmioty nie działające (co do zasady) dla zysku prowadziły działalność gospodarczą z tym, że osiągnięty przez nie zysk musi być przeznaczony na realizację zadań podstawowych (statutowych) danej organizacji. Sposób wykorzystania zysku z działalności gospodarczej, czy wręcz sam fakt osiągania (lub nie) zysku, nie jest czynnikiem decydującym o kwalifikowaniu działalności podmiotów jako działalności gospodarczej. Można także uznać, że w ramach wykonywanej – w dozwolonych prawem ramach - działalności gospodarczej podmioty o statusie *not-for-profit* tracą niejako swój szczególny status, gdyż prowadząc działalność gospodarczą, dążą one jednak do wypracowania jakiegoś zysku.

Uprawnionym wydaje się zatem pogląd, że wykluczenie przez art. 48 TWE podmiotów nie działających dla zysku dotyczy tylko tej podstawowej, tj. niegospodarczej, sfery działalności takich podmiotów. A zatem sam status organizacji nie działającej dla zysku (*non-profit*) nie może przesądzać o niestosowaniu przepisów o swobodach rynku wewnętrznego oraz o ochronie konkurencji do wszelkich aspektów działalności tej organizacji. Pogląd taki zaprezentował ETS choćby w wyroku w sprawie C-244/94 *FFSA i in.*<sup>51</sup>, a następnie powtórzył w wyroku w sprawie C-67/96 *Albany*, gdzie stwierdził, że brak jakiegokolwiek motywu dochodowego oraz istnienie pewnych elementów wskazujących na realizację zasady solidarności nie są wystarczające, aby pozbawić dany podmiot (w omawianej sprawie –

---

<sup>50</sup> Zob. wyroki przywołane w przypisie 47.

<sup>51</sup> C-244/94 *FFSA i in.* (Zb. Orz. 1995, I-4013), pkt 21.



sektorowy fundusz emerytalny) statusu przedsiębiorcy<sup>52</sup>. Również Adwokat Generalny Jacobs w opinii w sprawie *Albany* podniósł, że status podmiotu nie działającego dla zysku oraz fakt, że podmiot ten realizuje co do zasady cele niegospodarcze, nie mają znaczenia dla uznania tego podmiotu za przedsiębiorcę<sup>53</sup>.

W oparciu o dorobek orzeczniczy w dokumencie roboczym w sprawie kompensacji SGEI KE stwierdza, że „stowarzyszenie *non-profit* lub organizacja charytatywna wykonująca działalność gospodarczą będzie uznana za przedsiębiorcę, ale tylko w takim zakresie, w jakim jej działalność ma charakter gospodarczy. Reguły konkurencji nie znajdują zastosowania wobec jej działalności niegospodarczej”<sup>54</sup>.

Kwestia osiągnięcia i przeznaczenia zysku będzie również przedmiotem rozważań finansowego kontekstu usług niegospodarczych w ogólnym interesie w pkt. 6 w dalszej części ekspertyzy.

Ocenie ETS podlegała wielokrotnie działalność organizacji prowadzących działalność charytatywną. Prawo wspólnotowe wprowadza jako zasadę zwolnienie podmiotów prowadzących działalność charytatywną od obowiązku płacenia podatku VAT<sup>55</sup>. Jednakże w konkretnych stanach faktycznych ETS badał czy działalność prowadzona przez organizację, która podmiotowo uznana jest za charytatywną, ma charakter nieekonomiczny i nie jest nastawiona na osiągnięcie zysku. Każdorazowo przy ocenie dokonywanej przez ETS badany był więc faktyczny charakter działalności danego podmiotu, a nie jego formalny status organizacji charytatywnej. W sytuacji bowiem gospodarczego charakteru działalności zwolnienie z VAT nie przysługuje. Tym samym obowiązek płacenia podatku VAT decyduje o traktowaniu danej działalności, podejmowanej przez organizację społeczną za działalność o charakterze ekonomicznym. W sprawie C-415/04 *Stichting Kinderopvang Enschede*<sup>56</sup> ETS uznał, że zwolnieniu z obowiązku płacenia podatku VAT dotyczyć może organizacji, która pośredniczy w zawieraniu umów opieki nad dziećmi. Warunkiem jest jednak wysoka jakość oraz unikalny charakter z punktu widzenia potrzeb społecznych świadczonej przez taką organizację usługi. Z kolei za działalność, która nie jest zwolniona z podatku VAT, ETS w sprawie C-203/99 *Henning Veedfald*<sup>57</sup> uznał produkcję na rzecz służby zdrowia, która jest finansowana ze środków publicznych i za którą pacjent bezpośrednio nie płaci. ETS stanął na stanowisku, że działalność taka nie może zostać uznana za charytatywną, ze względu na jej

---

<sup>52</sup> C-67/96 *Albany* (Zb. Orz. 1999, I-5751), pkt 85.

<sup>53</sup> Opinia Adwokata Generalnego Jacobsa w sprawie *Albany* (Zb. Orz. 1999, I-5754), pkt 312.

<sup>54</sup> Dokument roboczy w sprawie kompensacji SGEI, pkt 2.5., s. 11.

<sup>55</sup> Por. art. 13A(1)(g) VI Dyrektywy nr 77/388/EEC z 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych)

<sup>56</sup> C-415/04 *Stichting Kinderopvang Enschede* (Zb. Orz. 2006, I-1385), pkt 30.

<sup>57</sup> C-203/99 *Henning Veedfald* (Zb. Orz. 2001, I-3569), pkt 21.

gospodarczy charakter. **ETS nie przesądził** również w swoim orzecznictwie, że **fakt prowadzenia w jednym państwie członkowskim działalności charytatywnej i uzyskanie tam zwolnienia podatkowego z tego tytułu, oznacza uzyskanie takiego samego statusu w drugim państwie członkowskim** – co do zasady zwolnienie takie będzie możliwe dopiero po spełnieniu warunków tego drugiego państwa członkowskiego<sup>58</sup>. Z kolei w sprawie C-430/04 *Feuerbestattungsverein Halle*<sup>59</sup> ETS uznał, że zwolnienie z podatku VAT będzie niedopuszczalne jeżeli podmiot prowadzący działalność natury prospołecznej (w danym przypadku krematorium), jeżeli na skutek tego mogłoby dojść do zakłócenia wolnej konkurencji.

**49.** Uwzględniając specyfikę usług niegospodarczych, należy stwierdzić, że mogą być one świadczone przez następujące podmioty:

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

## 5.2. Wnioski

**50. Piąty wniosek przejściowy:** W Komunikacie w sprawie usług w interesie ogólnym z 2007 r. KE podkreśliła, że o tym, czy działalność ma charakter gospodarczy, czy niegospodarczy decyduje nie prawny status podmiotu podejmującego tę działalność, ani sam charakter usługi, ale „sposób, w jaki dana działalność jest wykonywana, organizowana i finansowana”<sup>60</sup>. Odnosząc się zatem bezpośrednio do pytań postawionych przez zleceniodawcę: **(1) Czy działanie bez osiągnięcia zysku ma wpływ na określenie działalności podmiotu jako działalności nieekonomicznej (działalność non-profit)?** oraz: **(2) Czy przekazywanie całości osiągniętego zysku na cel społeczny ma wpływ na określenie działalności podmiotu jako działalności nieekonomicznej (działalność not-for-profit)?**, **należy na obydwa pytania odpowiedzieć przecząco.** Ani działanie bez osiągnięcia zysku, ani przekazywanie osiągniętego zysku na cel społeczny nie stanowią przesłanek działalności

<sup>58</sup> C-386/04 *Centro di Musicologia Walter Stauffer* (Zb. Orz. 2006, I-8203), pkt 62.

<sup>59</sup> C-430/04 *Feuerbestattungsverein Halle* (Zb. Orz. 2006, 4999), pkt 26.

<sup>60</sup> Komunikat w sprawie usług w interesie ogólnym, 2007, pkt 2.1., s. 5.

(usług) niegospodarczych. Z drugiej strony, okoliczność, że organizacja pozarządowa prowadzi działalność gospodarczą nie przesądza a priori, że każde działanie tego podmiotu ma charakter gospodarczy.

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

### 6.1. „Odpłatność” jako pozytywna przesłanka definicyjna usług świadczonych na rynku wewnętrznym w świetle orzecznictwa

51. „Odpłatność” jako pozytywna przesłanka definicyjna usług świadczonych na rynku wewnętrznym nie została jednak zdefiniowana ani w TWE, ani w prawie wtórnym. Dla rozumienia tej przesłanki (także z punktu widzenia niniejszej ekspertyzy) decydujące znaczenie ma więc orzecznictwo sądów wspólnotowych.

Można przyjąć, że za sytuację typową dla (traktowanych gospodarczo) usług sądy te uznają **istnienie wynagrodzenia** (tak jak wynagrodzenie za pracę najemną jest elementem konstrukcyjnym definicji pracownika), pozostającego w gospodarczym związku z daną usługą (jej ilością, jakością czy wartością). Wynagrodzenie to nie musi być wszakże płacone przez samego usługobiorcę; za transgraniczną emisję programu telewizyjnego mogą np. płacić reklamodawcy (sprawa 275/92 *Schindler*). Nie jest usługą akcja informacyjna podjęta z pobudek ideowych, prowadzona bez wynagrodzenia i bez stosunku prawnego z potencjalnym beneficjentem akcji tej (gospodarczym) (sprawa C-159/90 *Grogan*). Wynagrodzeniem nie są też np. datki przechodniów dla ulicznego grajka (sprawa 16/93 *Tolsma*).

52. Cecha ta została też wysunięta na plan pierwszy w definicji „usługi” zawartej w art. 4 pkt 1 Dyrektywy 2006/123/WE oraz pkt 33 preambuły do tej Dyrektywy (zob. powyżej pkt 2 niniejszej ekspertyzy).

53. Z orzecznictwa wspólnotowego na gruncie art. 49 i d. TWE nie wynikają natomiast żadne wskazówki co do znaczenia odpłatności (wynagrodzenia) za usługę dla usługodawcy oraz co do przeznaczenia wpływów z działalności usługowej.

### 6.2. „Niegospodarczy charakter usługi” w kontekście odpłatności (lub jej braku) za usługę

54. Każda usługa świadczona na zasadach rynkowych (usługa gospodarcza) posiada swoją cenę, odzwierciedlającą koszt wytworzenia tej usługi oraz przewidywany zysk dla usługodawcy.

Niegospodarczy charakter usług może być rozumiany w trojaki sposób:

(a) dostarczenie usługi nie wiąże się z żadnymi kosztami (stwierdzenie takie z góry należy odrzucić jako nieprawdziwe, każda usługa ma swój koszt wytworzenia, nawet jeśli

wykonywana jest ona w ramach podstawowej (tzw. statutowej) działalności pomiotu (organizacji)<sup>61</sup>;

(b) dostarczenie usługi ma na celu wyłącznie zaspokojenie określonych potrzeb, a nie wypracowanie zysku w sensie gospodarczym (swoistym „zyskiem” jest tutaj „korzyść” społeczna w postaci np. zmniejszenia liczby osób bezdomnych);

(c) za dostarczoną usługę nie płaci jej bezpośredni beneficjent (odbiorca), gdyż koszt wytworzenia i realizacji usługi przerzucony jest na inny podmiot; ewentualnie beneficjent usługi ponosi tylko częściowy koszt dostarczonej usługi. Inaczej mówiąc, usługi niegospodarcze są nieodpłatne lub częściowo odpłatne dla bezpośrednich odbiorców.

Na potrzeby definiowania kategorii „usług o charakterze niegospodarczym w ogólnym interesie” słusznym wydaje się przyjęcie interpretacji „niegospodarczego” charakteru usług w duchu zarówno pkt. (b), jak i pkt. (c) powyżej.

**55.** Przyjęcie założenia poczynionego w pkt. (b) pozwala wnioskować między innymi, że usługami niegospodarczymi nie będą, jak się wydaje, usługi realizowane w ramach systemu zamówień publicznych. Artykuł 1 lit. a) dyrektywy 92/50 przewiduje między innymi, że zamówienia publiczne na usługi oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą. Cena usług dostarczanych w ramach systemu zamówień publicznych obejmuje nie tylko koszt wytworzenia usług, ale także zysk (gospodarczy) dla podmiotu wykonującego zamówione usługi. Mimo, że mamy w tym przypadku do czynienia z finansowaniem ze środków publicznych, to działalność usługodawców ma wymiar jak najbardziej rynkowy (gospodarczy). Do kwestii tych nawiązuje jedno z nowszych orzeczeń ETS; w wyroku w sprawie C-532/03 *KE v. Irlandia* ETS zasugerował, że przepisami o swobodzie przepływu usług i swobodzie przedsiębiorczości (a w związku z tym i przepisami o zamówieniach publicznych) niekoniecznie muszą być objęte usługi o charakterze publicznym świadczone przez dany podmiot „w ramach własnych kompetencji, wywiedzionych bezpośrednio z ustawy i z wykorzystaniem własnych funduszy, **mimo że władza** [chodzi o regionalny urząd ds. ochrony zdrowia – przyp. aut.] **otrzymuje na ten cel środki pokrywające część wydatków odpowiadających kosztowi tych usług**”<sup>62</sup>. W tym samym wyroku ETS stwierdził, że „**samo istnienie**, między dwoma podmiotami publicznymi, **mechanizmu finansowania** dotyczącego

---

<sup>61</sup> Por. Opinia Komitetu Ekonomiczno-Społecznego z 6.07.2006 r. w sprawie przyszłości usług w ogólnym interesie, pkt 5.3, gdzie Komitet Ekonomiczno-Społeczny stwierdza, że „nawet usługi świadczone na zasadzie *not-for-profit* lub charytatywnie wiążą się z pewną wartością gospodarczą, co jednak nie powoduje, że podlegają one automatycznie wspólnotowemu prawu konkurencji”.

<sup>62</sup> C-532/03 *KE v. Irlandia*, pkt 35.

**takich usług nie oznacza, że świadczenie danych usług stanowi udzielenie zamówienia publicznego**, które należałoby oceniać w świetle podstawowych postanowień Traktatu”<sup>63</sup>. Z powyższych twierdzeń ETS można wywieść, że nawet częściowo „odpłatne” (w rozumieniu transferu środków) usługi mogą mieć wymiar usług niegospodarczych.

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

**57.** Niemniej jednak, nie można lekceważyć stanowiska ETS, dotyczącego definicji działalności gospodarczej, wyrażonego w wyroku w sprawie C-475/99 *Ambulanz Glöckner*<sup>64</sup>, zgodnie z którym fakt, iż podmiot nie zamierza osiągać zysku z prowadzonej działalności nie pozbawia jej wymiaru gospodarczego.

**58.** Kwestia braku dochodowości usług niegospodarczych wiąże się również ze statusem podmiotów świadczących usługi tego rodzaju jako podmiotów niedziałających dla zysku<sup>65</sup>. W tym kontekście należy przywołać wyrok ETS w sprawie C-70/95 *Sodemare*. Regionalne prawo Lombardii wymagało, aby świadczenie usług społecznych w zakresie ochrony zdrowia zarezerwowane było tylko dla firm nie nastawionych na zysk (*non-profit companies*), ściślej zaś – aby finansowanie tych usług ze źródeł publicznych było udzielone tylko i wyłącznie podmiotom działającym *non-profit*. Skutkiem obowiązywania takiego przepisu było to, że osoby korzystające z usług podmiotów nastawionych na zysk musiały ponosić ciężar finansowy takich usług, czego nie musiałyby robić w sytuacji korzystania z usług dostarczanych przez podmioty nie działające dla zysku<sup>66</sup>. W związku z tym w postępowaniu przed sądem krajowym powstał cały szereg wątpliwości co do tego, czy przepisy TWE (dawne art. 3 lit. g, art. 5, 52, 59, 85, 86 i 90 TWE) nie stoją na przeszkodzie temu, aby

<sup>63</sup> C-532/03 *KE v. Irlandia*, pkt 37.

<sup>64</sup> C-475/99 *Ambulanz Glöckner* (Zb. Orz. 2001, I-8089).

<sup>65</sup> Kwestie te były przedmiotem rozważań także w pkt. 5 niniejszej ekspertyzy.

<sup>66</sup> C-70/95 *Sodemare*, pkt 15.

państwo członkowskie zezwalało jedynie podmiotom prywatnym nie działającym dla zysku na uczestniczenie w systemie opieki społecznej poprzez zawieranie umów uprawniających te podmioty do uzyskania rekompensaty (*reimbursement*) od organów publicznych za świadczenie usług opieki społecznej związanych z opieką zdrowotną<sup>67</sup>. Ostatecznie ETS stwierdził, że przepisy TWE nie stoją na przeszkodzie temu, aby tylko podmioty nie działające dla zysku (*non-profit-making*) mogły uczestniczyć w systemie świadczenia usług opieki społecznej w zakresie ochrony zdrowia, opartym na rekompensowaniu kosztów tych usług przez organy publiczne<sup>68</sup>.

**59.** Z kolei w świetle założenia poczynionego w pkt. (c) należy stwierdzić, że pojęcia usług niegospodarczych z całą pewnością nie można sprowadzać się do usług nieodpłatnych. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa, **odpłatność nie oznacza, że koszt usługi musi ponosić jej bezpośredni odbiorca**<sup>69</sup>.

W związku z takim rozumieniem niegospodarczego charakteru usług, pojawiają się zatem co najmniej dwa problemy (pytania):

- (1) **Kto i w jaki sposób ponosi (może ponosić) koszty dostarczenia usług niegospodarczych?** Pytanie to jest zasadne o tyle, że – jak zostało już stwierdzone wcześniej – w istocie to kwestia sposobu finansowania jest kluczowym czynnikiem decydującym o tym, czy działalność danego rodzaju nie podlega przepisom Traktatu (i prawa wtórnego) jako działalność niegospodarcza.
- (2) **Gdzie leży granica (częściowej) odpłatności za usługę ze strony beneficjenta, poza którą usługa zmieniałaby swój charakter na usługę gospodarczą?** W pytaniu tym mieści się choćby zagadnienie tego, czy przysłowiowa „złotówka” odpłatności za usługę stanowi już odpłatność przesądzającą o gospodarczym wymiarze prowadzonej działalności.

**60.** Odniesienie się do powyższych pytań wymaga powtórzenia po raz kolejny, że **niepobieranie żadnego wynagrodzenia od usługobiorcy nie przesądza o niegospodarczym charakterze usługi**, gdyż istnieją **inne możliwe źródła finansowania usług**. Do najważniejszych mechanizmów pokrywania kosztów usług w ogólnym interesie należą: **bezpośrednie finansowanie z budżetu, przyznawanie praw specjalnych lub wyłącznych, tzw. uśrednianie opłat**. Co do zasady należy uznać, że **środki budżetowe przekazywane w związku ze świadczeniem usług mogą stanowić wynagrodzenie**

---

<sup>67</sup> C-70/95 *Sodemare*, pkt 21.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pkt 35.

<sup>69</sup> Zob. pkt 2.1. powyżej.

w rozumieniu art. 50 TWE (w związku z czym mamy do czynienia z usługą gospodarczą), nawet jeśli transferowane są one jedynie w takiej wysokości, aby pokryć koszty wytworzenia usługi. W wydanym w grudniu 2007 r. wyroku w sprawie C-281/06 *Jundt* ETS podkreślił, że „charakterystyczna cecha wynagrodzenia tkwi w okoliczności, że stanowi ono **gospodarcze świadczenie wzajemne** wobec spornego świadczenia”<sup>70</sup>, „przy czym nie jest konieczne w tym zakresie, aby podmiot świadczący dążył do osiągnięcia zysku”<sup>71</sup>. Sprawa *Jundt* dotyczyła co prawda osoby fizycznej, która wykonywała „tytułem quasi honorowym” (tj. tylko za zwrot poniesionych kosztów, bez „zarobku”) zadania wykładowcy na zlecenie uniwersytetu publicznego, niemniej jednak rozstrzygnięcia ETS mogłyby równie dobrze odnosić się do działalności organizacji *non-profit*.

Często jednak środki budżetowe nie tylko pokrywają koszty wytworzenia usług, ale dodatkowo przewidują pewien dodatkowy „zysk”, stanowią one formę rekompensaty dla usługodawcy za realizację zadań użyteczności publicznej – w takim wypadku środki budżetowe należy uznać za wynagrodzenie (w określonych wypadkach rekompensaty kwalifikowane są jako pomoc publiczna – dotyczy to jednak tylko usług w ogólnym interesie gospodarczym, świadczonym przez przedsiębiorców<sup>72</sup>).

**61.** Z orzecznictwa ETS wynika, że wynagrodzeniem, kwalifikującym daną działalność jako usługową w rozumieniu art. 50 TWE (tj. usługi gospodarcze) nie będzie finansowanie z budżetu państwa (publicznego) działalności polegającej na wykonywaniu zadań (prerogatyw) państwa z dziedziny społecznej, kulturalnej czy edukacyjnej. Stanowisko takie ETS przedstawił m.in. w wyroku w sprawie C-109/92 *Wirth*<sup>73</sup>, gdzie stwierdził, że gdy chodzi o nauczanie publiczne, poprzez które państwo zamierza spełniać swe zadania społeczne, kulturalne i oświatowe i którego koszty są w przeważającej mierze ponoszone przez to państwo, brak jest wówczas usługi świadczonej za wynagrodzeniem. Pogląd ten został

---

<sup>70</sup> C-281/06 *Jundt* (niepubl.), pkt 29. Zob. także 263/86 *Humbel*, pkt 17; C-422/01 *Skandia i Ramstedt* (Zb. Orz. 2003, I-6817), pkt 23; C-76/05 *Schwarz i Gootjes-Schwarz* (niepubl.), pkt 38; C-318/05 *KE v Niemcy* (niepubl.), pkt 67.

<sup>71</sup> *Jundt*, pkt 33. Zob. także C-157/99 *Smits i Peerbooms* (Zb. Orz. 2001, I-5473), pkt 50 i 52.

<sup>72</sup> Zob. Decyzja KE z 28.11.2005 r. w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu WE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym (Dz. Urz. UE 2005 L 312/67). Należy zaznaczyć, że decyzja ta ustaliła takie progi i kryteria, by rekompensaty wypłacane w przypadku ogromnej większości usług socjalnych były automatycznie uznawane za zgodne z regułami konkurencji, a tym samym zwolnione z obowiązku notyfikacji – jednakże dotyczy to wyłącznie usług w ogólnym interesie gospodarczym, do których KE zaliczyła m.in. usługi świadczone przez szpitale i usługi z zakresu mieszkalnictwa socjalnego.

<sup>73</sup> C-109/92 *Wirth* (Zb. Orz. 1993, I-6447), pkt 15, 16.



następnie powtórzony m.in. w wyrokach w sprawach: C-76/05 *Schwarz i Gootjes-Schwarz*<sup>74</sup> oraz *Jundt*<sup>75</sup>.

Z powyższego wynika zatem, że **o tym, czy dotacja budżetowa stanowi „wynagrodzenie” za usługę decyduje w gruncie rzeczy charakter finansowanej działalności.**

**62.** W kontekście problemu odpłatności i źródeł finansowania usług znamienne wydaje się stwierdzenie KE, że skoro brak w TWE wymagania, by usługi były opłacane bezpośrednio przez osoby, które z nich korzystają, „wynika z tego, że **niemal wszystkie usługi należące do dziedziny socjalnych można uznać za „działalność gospodarczą” w rozumieniu art. 43 i 49 TWE**”<sup>76</sup>. Podobne stwierdzenie znalazło się w komunikacie w sprawie usług w interesie ogólnym: „W praktyce okazuje się, że **z wyjątkiem działalności związanej z wykonywaniem zadań organu publicznego, do której nie mają zastosowania reguły rynku wewnętrznego na mocy artykułu 45 Traktatu WE, ogromną większość usług można uznać za „działalność gospodarczą” w rozumieniu postanowień Traktatu WE dotyczących rynku wewnętrznego (art. 43 i 49)**”<sup>77</sup>.

Z kolei w dokumencie roboczym w sprawie kompensacji kosztów usług w ogólnym interesie gospodarczym KE przykładowo analizuje wsparcie finansowe udzielone przez organy publiczne usługodawcy o statusie *non-profit* na utworzenie schroniska dla kobiet w trudnej sytuacji życiowej – KE nie wyklucza bynajmniej tego, że taka działalność będzie miała charakter gospodarczy, przyznając jednocześnie, że wsparcie dla działalności gospodarczej tego typu może stanowić pomoc publiczną, która jednak prawdopodobnie nie będzie podlegać obowiązkowi notyfikacji<sup>78</sup>.

Przytoczone poglądy KE wskazują na tendencję do bardzo szerokiego rozumienia pojęcia „odpłatności” i „działalności gospodarczej”, co z kolei skutkuje zawężaniem kategorii „usług niegospodarczych”.

**63.** Już w preambule DU (pkt 34) podniesiona została okoliczność, że ponoszenie części kosztów przez usługobiorców niekoniecznie pozbawia daną aktywność charakteru niegospodarczego. Stanowisko takie zajął ETS w wyrokach dotyczących przede wszystkim sektora edukacji. W orzeczeniu w sprawie 263/86 *Humbel i Edel* ETS stwierdził, że w odniesieniu do systemu edukacji finansowanego co do zasady z środków publicznych, nie można uznać za wynagrodzenie za usługi edukacyjne opłat wpisowego czy innych opłat

---

<sup>74</sup> C-76/05 *Schwarz i Gootjes-Schwarz* (niepubl.), pkt 39.

<sup>75</sup> *Jundt*, pkt 30.

<sup>76</sup> Komunikat KE w sprawie usług socjalnych, pkt 2.1., s. 7.

<sup>77</sup> Komunikat KE w sprawie usług w interesie ogólnym, pkt 2.1.

<sup>78</sup> Dokument roboczy w sprawie kompensacji SGEL, pkt 2.7., s. 11.

stanowiących pewien wkład do wydatków operacyjnych tego systemu<sup>79</sup>. Stanowisko zostało powtórzone także w wyroku w sprawie *Wirth*<sup>80</sup>, a pośrednio także w wyroku w sprawie C-76/05 *Schwarz i Gootjes-Schwarz*<sup>81</sup>.

### 6.3. Wnioski

**64. Szósty wniosek przejściowy:** Odnosząc się do szczegółowych pytań z zakresu finansowania, postawionych przez zleceniodawcę, należy stwierdzić, że:

(1) niepobieranie żadnego wynagrodzenia od usługobiorców nie przesądza o tym, że świadczone usługi mają charakter niegospodarczy, wynagrodzenie takie może być wypłacane z innych źródeł, zwłaszcza ze środków publicznych (budżetowych) (***Czy pobieranie jedynie częściowego wynagrodzenia od usługobiorców ma wpływ na określenie działalności podmiotu jako działalności nieekonomicznej?***)

(2) pobieranie częściowego wynagrodzenia od usługobiorców również nie ma wpływu na uznanie, że dana działalność ma charakter nieekonomiczny, niemożliwe jest natomiast określenie *a priori*, jaka skala współfinansowania usługi przez beneficjenta mieści się w granicach usług niegospodarczych; konieczna jest tutaj analiza typu *case-by-case* (***Czy pobieranie jedynie częściowego wynagrodzenia od usługobiorców ma wpływ na określenie działalności podmiotu jako działalności nieekonomicznej?***);

(3) dotacja (rekompensata) budżetowa pokrywająca koszty świadczenia usługi może być uznana za wynagrodzenie, przede wszystkim wówczas, gdy działalność finansowana ze środków publicznych będzie miała charakter gospodarczy (***Czy za wynagrodzenie za usługę w rozumieniu art. 50 TWE można uznać dotację budżetową pokrywającą koszty świadczenia usługodawcy wobec usługobiorcy?***); niewątpliwą trudność stanowi przy tej ocenie okoliczność, że definicja działalności gospodarczej w orzecznictwie wspólnotowym opiera się na nie do końca czytelnych kryteriach.

---

<sup>79</sup> 263/86 *Humbel i Edel* (Zb. Orz. 1988, 5365), pkt 19.

<sup>80</sup> C-109/92 *Wirth*, pkt 15.

<sup>81</sup> C-76/05 *Schwarz i Gootjes-Schwarz* (niepubl.), pkt 29.

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

### 7.1. Charakter działalności podmiotów trzeciego sektora

**65.** Z powyższych analiz i uwag wynika, że wyłączenie spod zakresu zastosowania Dyrektywy 2006/123/WE „usług o charakterze nieekonomicznym w interesie ogólnym” (art. 2 ust. 2 lit. a DU) dotyczy – co do zasady – wszystkich działań, które nie mieszczą się w zakresie działalności ani sektora publicznego (w tym państwowego, a w szczególności administracji państwowej), czyli działalności bazującej na władztwie publicznym i skierowanej na realizację celów publicznych, ani sektora działalności gospodarczej (biznesu), czyli działalności bazującej własności, głównie prywatnej, i na nastawionej na osiągnięcie zysku; sektory te zwane są powszechnie pierwszym (publicznym) i drugim (rynkowym). **Wyłączenie z art. 2 ust. 2 lit. a DU dotyczy więc – co do zasady – działalności tzw. trzeciego sektora,** sektora głównie prywatnych organizacji, ale działających – z pobudek religijnych, humanitarnych lub innych – społecznie, nie dla zysku, lecz na rzecz dobra (pożytku) publicznego. Działalność tę prowadzą **organizacje społeczne zwane organizacjami pozarządowymi** (*non-governmental organisations, NGOs*), jeżeli akcentuje się ich niezależność od sektora pierwszego, **organizacjami non-profit**, jeżeli akcentuje się ich niezarobkowy charakter, **organizacjami użyteczności publicznej**, gdy akcentuje się, że aktywność tych organizacji jest najwyraźniejsza w dziedzinie ochrony zdrowia, szeroko rozumianej pomocy społecznej, akcji charytatywnych, filantropii i edukacji, ekologii, czyli działania na rzecz dobra (pożytku) publicznego.

Organizacja pozarządowe (*non-profit*, użytku publicznego) – w odróżnieniu od władz publicznych a podobnie jak biznes – są prywatne i powstają z inicjatywy ich założycieli (obywateli lub ich organizacji), ale – w odróżnieniu od biznesu a podobnie jak władze publiczne – działają w interesie publicznym (ogólnym) a nie prywatnym.

**66.** Działalność organizacji trzeciego sektora (organizacji pozarządowych), mająca swoje ugruntowanie w art. 12 Konstytucji RP, jest regulowana różnymi ustawami (tradycyjnie głównie ustawą o fundacjach i Prawem o stowarzyszeniach, ale także ustawą o lobbingu, ustawą o spółdzielni europejskiej itp., ustawami tworzącymi konkretne organizacje, np. PCK czy PKPS. Najistotniejsze znaczenie ma jednak ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie z 2003 r. (dalej: ustawa z 2003 r.), która wprowadziła do języka prawnego – z dniem 1 stycznia 2004 r. – pojęcia „organizacji pozarządowej”, „organizacji pożytku

publicznego” i „działalności pożytku publicznego”, porządkując niejako ww. terminy używane w praktyce i publicystyce. Ustawa z 2003 r. reguluje m.in. zasady prowadzenia działalności pożytku publicznego przez organizacje pozarządowe i korzystania z tej działalności przez organy administracji publicznej w celu wykonywania zadań publicznych; nie zastępuje jednak ustaw regulujących działalność konkretnych organizacji pożytku publicznego.

**67.** Art. 3 ust. 1 ustawy z 2003 r. definiuje „działalność pożytku publicznego” przy pomocy trzech kryteriów (przesłanek); jest nią mianowicie działalność:

- a) społecznie użyteczna,
- b) prowadzona przez organizacje pożytku publicznego,
- c) w sferze zadań publicznych określonych w ustawie.

**68.** Ustawa z 2003 r. nie definiuje pojęcia „działalności społecznie użytecznej”, chociaż czyni go pierwszym i najważniejszym kryterium wyróżnienia „działalności pożytku publicznego”. Zdaniem H. Izdebskiego<sup>82</sup>, przez działalność społecznie użyteczną można rozumieć działalność, której nie będzie można uznać jako wyłącznie gospodarczo użytecznej, przydatną z punktu widzenia interesu ogólniejszego niż partykularny interes założycieli danej organizacji lub członków jej organów, a w przypadku organizacji o charakterze korporacyjnym (zrzeszenia) - także jego członków;

**69.** Ustawa z 2003 r. szczegółowo określa natomiast podmioty prowadzące działalność pożytku publicznego oraz „sfery zadań publicznych”, w których działalność ta jest prowadzona. Do podmiotów prowadzących działalność pożytku publicznego zalicza dwie kategorie:

- a) organizacje pozarządowe oraz
- b) wymienione w ustawie organizacje kościelne i stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego.

Obie te kategorie mogą uzyskać status „organizacji pożytku publicznego”, jeżeli spełniają łącznie wymagania wskazane w ustawie i uzyskają wpis do Krajowego Rejestru Sądowego na zasadach określonych w tej ustawie lub w ustawach „kościelnych”.

**70.** Organizacjami pozarządowymi są, niebędące jednostkami sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, i niedziałające w celu osiągnięcia zysku, osoby prawne lub jednostki nieposiadające osobowości prawnej utworzone na podstawie przepisów ustaw, w tym fundacje i stowarzyszenia (art. 3 ust. 2 ustawy z 2003 r.);

---

<sup>82</sup> H. Izdebski, Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Komentarz, Warszawa 2003.

organizacjami pozarządowymi dla celów stosowania ustawy z 2003 r. (jej działu II, określającego rodzaje i zasady prowadzenia działalności pożytku publicznego) nie są jednak: partie polityczne, związki zawodowe i organizacje pracodawców, samorządy zawodowe, fundacje, których jedynym fundatorem jest Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego (z pewnymi wyłączeniami), fundacje partii politycznych oraz kluby sportowe będące spółkami (art. 3 ust. 4).

Inny typ organizacji – niewymieniony w ustawie z 2003 r. – który może podlegać analizie w kontekście ustalania zakresu zastosowania Dyrektywy 2006/123/WE, stanowią spółdzielnie socjalne, których działalność uregulowana została w ustawie o spółdzielniach socjalnych z dnia 27 kwietnia 2006 r.<sup>83</sup>. Przedmiotem działalności spółdzielni socjalnej jest prowadzenie wspólnego przedsiębiorstwa w oparciu o osobistą pracę członków. Podstawowym celem działania spółdzielni socjalnej jest społeczna i zawodowa reintegracja jej członków – przede wszystkim osób bezrobotnych i osób niepełnosprawnych. W spółdzielni osiągnięcie zysku w wyniku prowadzonej działalności gospodarczej nie jest celem samym w sobie, a jedynie środkiem do realizacji innych celów, związanych z reintegracją jej członków. Spółdzielnia socjalna może więc prowadzić działalność społeczną i oświatowo-kulturalną na rzecz swoich członków oraz ich środowiska lokalnego oraz działalność społecznie użyteczną w sferze zadań publicznych określonych w ustawie z 2003 r. Ustawa o spółdzielniach socjalnych uznaje jednak, że statutowa działalność spółdzielni socjalnej w części obejmującej działalność w zakresie społecznej i zawodowej reintegracji oraz działalność w sferze zadań publicznych, nie jest działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i może być prowadzona jako statutowa działalność odpłatna (znajdują wtedy do niej zastosowanie przepisy ustawy z 2003). Nadwyżka bilansowa uzyskana przez spółdzielnię socjalną podlega podziałowi na podstawie uchwały walnego zgromadzenia i może być przeznaczona tylko na zwiększenie funduszu zasobowego lub reintegrację społeczną

i zawodową jej członków oraz działalność społeczną i oświatowo-kulturalną na ich rzecz. Do spółdzielni socjalnych przy ocenie charakteru ich działalności – zarówno odpłatnej jak i nieodpłatnej, znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 2003 r. Ocena więc działalności odpłatnej jak i nieodpłatnej organizacji pożytku publicznego w świetle stosowania do niej DU, odnosić się również będzie do spółdzielni socjalnych.

---

<sup>83</sup> Ustawa z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych (Dz. U. 2006 Nr 94 poz. 651).

71. Art. 4 ustawy z 2003 r. wymienia 25 rodzajów zadań, należących do sfery zadań publicznych, których realizacja przez organizacje pożytku publicznego kwalifikuje ich działalność („społecznie użyteczną”) do kategorii „działalności pożytku publicznego; Rada Ministrów może rozszerzyć zakres zadań sfery publiczne o dodatkowe zadania, kierując się „szczególną społeczną użytecznością” oraz możliwością ich wykonywania przez określone organizacje pozarządowe lub inne podmioty „w sposób zapewniający wystarczające zaspokajanie potrzeb społecznych”.

## 7.2. Działalność odpłatna i nieodpłatna organizacji pożytku publicznego

72. Z punktu widzenia niniejszej ekspertyzy szczególnie istotne jest stwierdzenie *explicite*, że statutowa działalność organizacji pozarządowej oraz innych podmiotów wskazanych w ustawie, w części obejmującej **działalność pożytku publicznego**, „**nie jest działalnością gospodarczą**” w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, z zastrzeżeniem art. 9 ust. 1 ustawy z 2003 r., i „może być prowadzona jako **działalność nieodpłatna** lub jako **działalność odpłatna**” (art. 6). W tym kontekście również analizować należy pojęcia użyte na gruncie ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. prawo o stowarzyszeniach<sup>84</sup>. W ustawie tej uznaje się, że stowarzyszenie jest dobrowolnym, samorządnym, trwałym zrzeszeniem o celach **niezarobkowych**. Równocześnie ustawa dopuszcza prowadzenie przez stowarzyszenie działalności gospodarczej według ogólnych zasad, z tym, że dochód z tejże działalności gospodarczej służyć ma wyłącznie realizacji celów statutowych i nie może być przeznaczony do podziału między jego członków. Stowarzyszenie może otrzymywać również dotację. W przypadku fundacji ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach<sup>85</sup> wyraźnie dopuszcza możliwość prowadzenie przez nie działalności gospodarczej o ile jednak wiąże się ona z realizacją zgodnych z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej celów społecznie lub gospodarczo użytecznych.

73. Działalnością nieodpłatną w rozumieniu ustawy z 2003 r. jest świadczenie na podstawie stosunku prawnego usług, za które organizacja pozarządowa oraz podmioty wymienione w art. 3 ust. 3 prowadzące tę działalność nie pobierają wynagrodzenia. W orzecznictwie<sup>86</sup> przyjmuje się zarazem, że 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

<sup>84</sup> Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. prawo o stowarzyszeniach (Dz. U. 2001 r. Nr 79 poz. 855).

<sup>85</sup> Ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (Dz. U. 1991 Nr 46 poz. 203).

<sup>86</sup> Wyrok WSA w Białymstoku, I SA/Bk 346/05, LEX nr 251864.

bowiem, że działalność pożytku publicznego staje się działalnością odpłatną (art. 8 ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie), 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).

**74.** Działalnością odpłatną w rozumieniu ustawy 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 ustawy 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. Najistotniejsze jest, że dochód z działalności odpłatnej pożytku publicznego ma służyć wyłącznie realizacji zadań należących do sfery zadań publicznych lub celów statutowych.**75.** Na gruncie DU konieczne będzie dopuszczenie organizacji zagranicznych do otwartych konkursów ofert, o których mowa w art. 11 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie i to pomimo faktu, że nie są one wskazane w art. 11 ust. 2 pkt 3 ustawy. Swobodę świadczenia usług, o której mowa w art. 49 TWE, odnieść należy również do usług świadczonych przez zagraniczne organizacje pozarządowe, wywodzące się z krajów UE. Z zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego wynikać będzie konieczność takiej interpretacji ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, która dopuści możliwość stawiania do otwartych konkursów ofert organizacji zagranicznych wywodzących się krajów UE, pod warunkiem spełnienia innych warunków przewidzianych w ustawie: zgodności przedmiotu zadania z celami statutowymi działalności pożytku publicznego podmiotu przyjmującego zleczone zadanie, zgodności przedmiotu zadania z ustawowymi kompetencjami zlecającego organu administracji publicznej oraz tożsamości przedmiotu zadania z zadaniami publicznymi, o których mowa w art. 4 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

### **7.3. Wnioski**

**76. Siódmy wniosek przejściowy:** Odnosząc się do szczegółowych pytań postawionych przez zleceniodawcę, należy stwierdzić, że:

- (1) **działalność nieodpłatna w rozumieniu art. 7 ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie może być sklasyfikowana jako działalność ekonomiczna.** Fakt niepobierania wynagrodzenia (działalność nieodpłatna

w rozumieniu ustawy) nie ma wpływu na uznanie, że dana działalność ma charakter nieekonomiczny. W szczególności działalność nieodpłatna w rozumieniu ustawy, która oparta jest o dotację (rekompensatę) budżetową pokrywającą koszty świadczenia usługi może być uznana za działalność gospodarczą w świetle DU. Za działalność ekonomiczną może zostać również uznana działalność finansowana ze środków Funduszu Inicjatyw Obywatelskich (np. związana z nieodpłatną w rozumieniu ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie działalnością polegającą na realizacji projektu, mającego za cel podniesienie atrakcyjności turystycznej i kulturowej danego regionu). Nie ma też znaczenia publiczny charakter otrzymywanych środków (np. wskazana dotacja budżetowa), czy administracyjnoprawna metoda regulowania procedury dotacyjnej. Również prowadzenie działalności, w sferze zadań publicznych, o których mowa w art. 4 ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie nie jest kryterium brany pod uwagę przy ocenie czy działalność danej organizacji ma charakter ekonomiczny w rozumieniu DU (np. działań mających za cel integrację imigrantów ze społeczeństwem polskim).

- (2) **działalność odpłatna w rozumieniu art. 8 i 9 ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie może być sklasyfikowana jako działalność ekonomiczna.** Fakt pobierania wynagrodzenia (działalność odpłatna w rozumieniu ustawy), podobnie jak przy działalności nieodpłatnej, nie ma wpływu na uznanie, że dana działalność ma charakter nieekonomiczny. Nie ma również znaczenia wysokość pobieranego wynagrodzenia (np. tzw. symboliczna złotówka). Niemożliwa jest określenie *a priori*, jaka skala współfinansowania usługi przez beneficjenta mieści się w granicach usług niegospodarczych; konieczna jest tutaj analiza typu *case-by-case*. Prowadzenie działalności gospodarczej w jednej strukturze z działalnością społeczną (nieodpłatną) nie ma znaczenia dla oceny czy działalność gospodarcza ma charakter ekonomiczny – oceny będzie dokonywać się *ad casu* w zakresie dotyczącym tej działalności społecznej, a nie tej *stricte* gospodarczej. Konieczność badania każdorazowo charakteru działalności, a nie przyjmowanie *a priori*, że dany podmiot nie może prowadzić działalności pożytku publicznego został potwierdzony pośrednio w Uchwale Sądu Najwyższego z 13 stycznia 2006 r. (sygn. III CZP 122/05). SN uznał, że spółka akcyjna, prowadząca działalność społecznie użyteczną w sferze zadań publicznych określonych w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie i nie działająca w celu osiągnięcia zysku, może nabyć status



organizacji pożytku publicznego. Z powyższego wynika, że spółka akcyjna może z punktu widzenia polskiego prawa prowadzić działalność społecznie użyteczną w sferze zadań publicznych. SN podkreślił, że dla wykładni art. 3 ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie nie ma decydującego znaczenia fakt, że w ustawie o KRS podlegające wpisowi do rejestru przedsiębiorców spółki traktowane są jak przedsiębiorcy - przepis art. 3 ust. 2 nie odwołuje się do pojęcia przedsiębiorcy; istotne znaczenie ma natomiast to, czy spółka działa w celu osiągnięcia zysku.

Nie jest istotny więc formalny status ani struktura podmiotu – możliwa jest ocena tego czy dana działalność ma charakter ekonomiczny w rozumieniu DU zarówno w stosunku do stowarzyszenia czy fundacji jak i spółki prawa handlowego, prowadzącej działalność społecznie użyteczną w sferze zadań publicznych.

## 8. Podsumowanie i wnioski

77. Sama KE stwierdziła, zarówno w Podręczniku wdrażania dyrektywy usługowej<sup>87</sup>, jak i w Komunikacie w sprawie usług w interesie ogólnym z 2007 r., że odpowiedź na pytanie, w jaki sposób rozróżnić usługi gospodarcze i niegospodarcze, wymaga odrębnej analizy każdego jednostkowego przypadku. „(...) Rzeczywistość, w jakiej świadczone są te usługi, jest często specyficzna i znacznie różni się w poszczególnych państwach członkowskich, a nawet w poszczególnych jednostkach terytorialnych; sposoby, w jaki usługi te są świadczone, rozwijają się stale w odpowiedzi na zmiany gospodarcze, społeczne i instytucjonalne, takie jak zmiany w potrzebach konsumentów, zmiany technologiczne, modernizacja administracji publicznej czy modyfikacja zadań i odpowiedzialności władzy na poziomie lokalnym”<sup>88</sup>.

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

78. Ocena, czy określona aktywność podmiotu powinna być traktowana jako gospodarcza czy niegospodarcza, musi stanowić wypadkową odpowiedzi na kilka pytań, wśród których najważniejsze przedstawiają się następująco:

- (1) czy działalność podmiotu polega na oferowaniu lub zakupie usług?
- (2) czy działalność podmiotu polega na oferowaniu lub zakupie usług na rynku?

---

<sup>87</sup> Podręcznik wdrażania dyrektywy usługowej, DG ds. Rynku Wewnętrznego i Usług, Luksemburg 2007; [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/services-dir/guides/handbook\\_pl.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_pl.pdf)

<sup>88</sup> Zob. Komunikat KE w sprawie usług społecznych w interesie ogólnym, pkt 2.1., s. 5.

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

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

Usługi niegospodarcze w interesie ogólnym powinny być postrzegane jako część europejskiego modelu społecznego. Wyłączenie usług tego rodzaju spod działania dyrektywy usługowej wydaje się odzwierciedlać pogląd, wyrażany wcześniej w konsultacjach Białej i Zielonej Księgi w sprawie usług w interesie ogólnym oraz samej Dyrektywy 2006/123/WE, że WE nie powinna być wyposażona w żadne dodatkowe kompetencje w obszarze usług nieekonomicznych. Również Komitet Ekonomiczno-Społeczny uznał, że zgodnie z zasadą subsydiarności państwa członkowskie powinny mieć możliwość swobodnego rozróżniania między usługami gospodarczymi a niegospodarczymi w ogólnym interesie<sup>89</sup>. Podobny wydzźwięk wydaje się mieć również Protokół w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym do Traktatu Lizbońskiego. Zdefiniowanie usług niegospodarczych na poziomie ustawodawstwa krajowego rzeczywiście może do pewnego stopnia rozstrzygać ten problem, jednak ze względu na zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem krajowym, należy liczyć się z koniecznością ewentualnych modyfikacji stosowania takiej definicji pod wpływem rozwoju orzecznictwa i prawodawstwa wspólnotowego.

---

<sup>89</sup> Zob. Opinia Komitetu Ekonomiczno-Społecznego z 6.07.2006 r. w sprawie przyszłości usług w ogólnym interesie, pkt 10.1.

## Źródła:

### Akty prawne i dokumenty instytucji WE

Biała Księga w sprawie usług w interesie ogólnym: Komunikat Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, Biała Księga w sprawie usług w interesie ogólnym, 12.05.2004, COM(2004) 374 final.

Dokument roboczy w sprawie kompensacji SGEI: Commission staff working document, Frequently asked questions in relation with Commission Decision of 28 November 2005 on the application of Article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, and of the Community Framework for State aid in the form of public service compensation. *Accompanying document to the Communication on "Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment"*, COM(2007) 725 final.

Dyrektywa 2006/13/WE: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2006/123/WE z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym (Dz.Urz. UE 2006 L 376/36).

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

Komunikat KE w sprawie usług socjalnych: Komunikat Komisji Europejskiej: Realizacja wspólnotowego programu lizbońskiego: Usługi socjalne użyteczności publicznej w Unii Europejskiej, COM(2006) 177 final.

Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on services in the internal market, COM(2004) 2 final – 2004/0001 (COD).

Opinion of the European Economic and Social Committee on the future of services of general interest (Own-initiative opinion).

Podręcznik wdrażania dyrektywy usługowej, DG ds. Rynku Wewnętrznego i Usług, Luksemburg 2007.

### Opinie partnerów społecznych

CECOP's common position on services of general interest, European ean Confede  
Confederation of Worker Cooperatives, Social cooperatives and  
social and participative enterprise[CECOP]

Euro Coop position on the European Commission Green Paper on Services of General Interest  
COM(2003)270 Final.

EBU Reply to the Green Paper on Services of General Interest, 9.9.2003

The European Health Management association's response to Commission's Green Paper on  
services of general interest.

Services of general interest: public interest, democratic choice, Conseil de Communes et  
Regions d'Europe, September 2003.

### Inne

Christopher H. Bovis (2005), Financing Services of General Interest in the EU: How do  
Public Procurement and State Aids Interact to Demarcate between Market Forces and  
Protection? European Law Journal 11 (1), 79–109.

Hall David (2003), A critique of the EC green paper on Services of General Interest, Public  
Services International Research Unit (PSIRU), University of Greenwich, September 2003.

Gromnicka E. (2007), Services of general economic interest – from application of competition  
rules to Europeanisation of public services (Paper presented at the Conference 'The Treaty of  
Rome – a golden anniversary – 50years on?', Warsaw 9th-10th of March 2007).

Izdebski H. (2003), Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Komentarz,  
Warszawa 2003.

Services of general conomic interest exclusion. Understanding competition law, Office of Fair  
Trading, December 2004.

Social rights and market freedoms – is a better balance possible? (discussion paper from  
NGO-seminar in Tampere, Finland, 17-18 October 2006)

Skrzydło-Tefelska E. (2005), Swoboda świadczenia usług [w:] J. Barcz (red.), Prawo Unii  
Europejskiej. Prawo materialne i polityki, Wyd. 2, Warszawa 2005.

Wróbel A. (2005), Pojęcie wspólnego rynku i rynku wewnętrznego a swobody wspólnotowe  
[w:] J. Barcz (red.), Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki, Wyd. 2, Warszawa  
2005.

## Orzecznictwo

- C-318/05 *KE v. Niemcy* (niepubl.).
- C-386/04 *Centro di Musicologia Walter Stauffer* (Zb. Orz. 2006, I-8203).
- C-415/04 *Stichting Kinderopvang Enschede* (Zb. Orz. 2006, I-1385).
- C-430/04 *Feuerbestattungsverein Halle* (Zb. Orz. 2006, I-4999).
- C-532/03 *KE v. Irlandia* (niepubl.).
- C-205/03 *Fenin* (Zb. Orz. 2006, I-6295).
- T-319/99 *Fenin* (Zb. Orz. 2003, II-357).
- C-456/02 *Trojani* (Zb. Orz. )
- C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01 *AOK Bundesverband* (Zb. Orz. 2004, I-2493).
- C-82/01 *Aéroports de Paris v. KE* (Zb. Orz. 2002, I-9297)
- C-355/00 *Freskot* (Zb. Orz. 2003, I-5263).
- C-218/00 *Cisal i INAIL* (Zb. Orz. 2002, I-691).
- C-475/99 *Ambulanz Glöckner* (Zb. Orz. 2001, I-8089).
- C-203/99 *Henning Veedfald* (Zb. Orz. 2001, I-3569).
- C-157/99 *Smits i Peerbooms* (Zb. Orz. 2001, I-5473).
- C-180/98 do C-184/98 *Pavlov i in.* (Zb. Orz. 2000, I-6451).
- C-67/96 *Albany* (Zb. Orz. 1999, I-5751).
- C-55/96 *Job Centre* (Zb. Orz. 1997, I-7119)
- C-35/96 *KE v. Włochy* (Zb. Orz. 1998, I-3851)
- C-343/95 *Calì & Figli* (Zb. Orz. 1997, I-1547).
- C-70/95 *Sodemare* (Zb. Orz. 1997, I-3395).
- C-244/94 *FFSA i in.* (Zb. Orz. 1995, I-4013).
- C-364/92 *SAT/Eurocontrol* (Zb. Orz. 1994, I-43).
- C-275/92 *Customs and Exercise v. Schindler* (Zb. Orz. 1994, I-1039).
- C-109/92 *Wirth* (Zb. Orz. 1993, I-6447).
- C-159/91 *Poucet et Pistre* (Zb. Orz. 1993, I-637).
- C-41/90 *Höfner i Elser* (Zb. Orz. 1991, I-1979).
- 263/86 *Humbel* (Zb. Orz.1988, 5365).
- 352/85 *Bond van Adverteerders* (Zb. Orz.1988, 2085).
- 182/83 *Fearon v. Irish Land Commission* (Zb. Orz. 1984, 3677).
- 238/82 *Duphar i in. v. Holandia* (Zb. Orz. 1984, 523).
- 62/79 *Coditel* (Zb. Orz. 1980, 881).

52/79 *Debauve* (Zb. Orz. 1980, 833).

T-155/04 *Selex* (Zb. Orz. 2006, II-4797)

Wyrok WSA w Białymstoku, I SA/Bk 346/05, LEX nr 251864.