

Jerzy Kopyra

Spółki kapitałowe niedziałające w celu osiągnięcia zysku jako organizacje pozarządowe – status, działalność oraz treść umowy spółki

Kwalifikacja spółek kapitałowych niedziałających w celu osiągnięcia zysku jako organizacji pozarządowych już od początku obowiązywania ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (dalej: u.d.p.p.i w.)¹ wzbudzała kontrowersje wśród przedstawicieli doktryny prawa². Trudno oprzeć się wrażeniu, iż stanowisko odmawiające przedmiotowym spółkom powołanego statusu zasadza się w dużej mierze na intuicyjnym przyporządkowaniu ich do kategorii przedsiębiorców z równoczesnym wyłączeniem z sektora organizacji pozarządowych. Jak dalece błędny jest to pogląd zostanie wykazane w niniejszym artykule. Ponieważ świadczenie pomocy prawnej, m.in. na rzecz spółek kapitałowych, należy do zakresu działania notariuszy, zgłębienie problematyki takich spółek niedziałających w celu osiągnięcia zysku i posiadających status organizacji pozarządowych pozwoli z pewnością uczynić ową pomoc jeszcze bardziej efektywną i niezawodną. W artykule zostanie przedstawione także zagadnienie wzajemnej relacji zakresu działalności odpłatnej i nieodpłatnej pożytku publicznego prowadzonej m.in. przez przed-

¹ Dz.U. Nr 96, poz. 873 ze zm.

² Jak słusznie zauważa H. Cioch, „Wydaje się, że określenie zakresu podmiotowego organizacji, które mogą być uznane za organizacje pozarządowe jest mało precyzyjne” (H. C i o c h, *Organizacje pożytku publicznego i wolontariat – nowe regulacje prawne*, Rejent 2003, nr 10, s. 13).

miotowe spółki oraz najistotniejsze postanowienia umów (statutów) spółek, umożliwiające uzyskanie statusu organizacji pożytku publicznego.

1. Definicja legalna organizacji pozarządowej

Przed przemianami polityczno-ustrojowymi w Polsce roku 1989 organizacje prowadzące działalność nienastawioną na osiągnięcie zysku, lecz na realizację zadań o charakterze pomocowym na rzecz swoich destynatariuszy określane były mianem „organizacji społecznych”. Ze względu na negatywne konotacje tego pojęcia z poprzednim ustrojem politycznym odchodzi się obecnie od jego używania, chociaż funkcjonuje ono nadal w niektórych aktach prawnych, np. w art. 5 ust. 5 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego³, art. 49 i nast. ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (dalej KRS)⁴ czy też art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 10 stycznia 1996 r. o stowarzyszeniach⁵. Natomiast termin „organizacja pozarządowa”⁶ jeszcze przed wejściem w życie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie pojawił się w art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 9 października 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych stanowiącym, iż przez organizacje pozarządowe należy rozumieć stowarzyszenia, związki, izby oraz organizacje pracodawców i pracobiorców w szczególności działające na rzecz osób niepełnosprawnych, tworzone na podstawie odrębnych przepisów. W systemie prawa polskiego przed wejściem w życie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie nie została sformułowana definicja legalna organizacji pozarządowej, która znalazłaby zastosowanie na grun-

³ Dz.U. Nr 30, poz. 168 ze zm.

⁴ Dz.U. Nr 121, poz. 769 ze zm.

⁵ Dz.U. Nr 27, poz. 118 ze zm.

⁶ A. Barczewska-Dziobek, *Uwagi w zakresie podmiotowego pojęcia organizacji pozarządowej*, Prawo – Administracja – Kościół 2003, nr 4 wskazuje na następujące ujęcia terminu „organizacja pozarządowa” w doktrynie prawa: 1) pojmowana jako zrzeszenie, 2) utożsamiana z sektorem niezależnym, tzw. „trzeci sektor”, „sektor NGOs” (z ang. *non-governmental organisations* – organizacje pozarządowe), 3) wyodrębniana spośród innych podmiotów według kryterium samopomocowego charakteru działań przez nią podejmowanych; A. Barczewska wykazując wadliwość powołanych ujęć, nie formułuje własnej definicji organizacji pozarządowej ani też nie wysuwa w tym względzie wniosków *de lege ferenda*.

cie ustaw innych aniżeli ta, z której się wywodzi. Taki stan rzeczy wynikał także z tego, iż do chwili wejścia w życie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie nie było w Polsce aktu prawnego kompleksowo normującego działalność „trzeciego sektora”. Ponieważ u.d.p.p.i w pełni rolę swojego rodzaju „konstytucji” tegoż sektora, uprawnione wydaje się być stwierdzenie, że definicja organizacji pozarządowej tamże sformułowana może znaleźć zastosowanie na gruncie innych ustaw⁷. Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie w art. 3 ust. 1 *expressis verbis* formułuje legalną definicję organizacji pozarządowej, zawierającą następujące elementy konstytutywne:

- 1) status jednostki organizacyjnej,
- 2) utworzenie na podstawie przepisów ustawy,
- 3) działanie nienakierowane na osiągnięcie zysku,
- 4) pozostawanie poza sektorem finansów publicznych.

Jak to już zostało zaznaczone na wstępie, w powszechnej świadomości uznanie spółek kapitałowych nawet nie działających w celu osiągnięcia zysku za organizacje pozarządowe jest kwalifikacją co najmniej niepoprawną. Jednak poza intuicyjnym przekonaniem o słuszności powołanego poglądu jego obrońcy nie podają żadnych poważnych argumentów za nim przemawiających, a tym bardziej nie są w stanie skutecznie dowieść jego poprawności na podstawie reguł wykładni prawa i wnioskowań prawniczych. Należy podkreślić, iż uznanie przedmiotowych spółek za organizacje pozarządowe, umożliwia im uzyskanie statusu organizacji pożytku publicznego, oczywiście po spełnieniu pozostałych przesłanek statutowanych przepisami ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, w szczególności art. 20.

Dotychczas w literaturze przedmiotu stanowisko odmawiające spółkom kapitałowym nie działającym w celu osiągnięcia zysku statusu organizacji pozarządowej zajęli m.in.: H. Izdebski⁸, D. Bugajna-Sporczyk⁹ oraz

⁷ J. Kopyra, *Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 33-35.

⁸ H. Izdebski, *Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 20-24 oraz 31.

⁹ D. Bugajna-Sporczyk, *Organizacje pożytku publicznego a przedsiębiorcy*, Prawo Przedsiębiorcy 2004, nr 10, s. 31.

A. Gnys¹⁰. Przeciwnie stanowisko prezentuje A. Ceglarski¹¹, M. Marczevska, P. Stec¹² oraz autor niniejszego artykułu. Autorzy należący do pierwszej z wyżej wymienionych grup uznanie danego podmiotu za organizację pozarządową wiążą ze statusem przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej¹³. Tym samym przywołują oni spór toczący się pomiędzy przedstawicielami doktryny prawa gospodarczego o wykładnię pojęcia „działalności gospodarczej” i „przedsiębiorcy” na gruncie ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej¹⁴, a następnie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny¹⁵. Charakter niniejszego artykułu nie pozwala na zaprezentowanie istoty owego sporu, wystarczy jednak nadmienić, iż zasada się on m.in. na różnym pojmowaniu „zarobkowego charakteru” działalności gospodarczej oraz znaczeniu wpisu danego podmiotu do rejestru przedsiębiorców. Działalność gospodarczą można utożsamiać z:

- 1) osiągnięciem zysku, czyli nadwyżki przychodu nad kosztami jego uzyskania¹⁶,
- 2) działalnością nienastawioną na zysk, mającą na celu pokrywanie jedynie części lub całości ponoszonych kosztów¹⁷.

¹⁰ A. Gnys, *Spółka to nie organizacja pożytku publicznego*, Rzeczpospolita z dnia 20 grudnia 2004 r., nr 297, s. C4.

¹¹ A. Ceglarski, *Organizacje pożytku publicznego*, Warszawa 2005, s. 27.

¹² M. Arczevska, P. Stec, *Spółki prawa handlowego nie powinny mieć możliwości uzyskania statusu organizacji pożytku publicznego*, Analizy i Opinie Instytutu Spraw Publicznych 2005, nr 35; Ekspertyza wyraźnie potwierdza, iż brak jest argumentów jurydycznych przemawiających za niedopuszczalnością uzyskania statusu organizacji pożytku publicznego przez spółki kapitałowe. Przeciwno dalszemu utrzymywaniu takiej sytuacji prawnej autorzy wysuwają argumenty natury prawnohistorycznej, do których ze względu na charakter niniejszego opracowania autor nie będzie się odnosił.

¹³ Dz.U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.

¹⁴ Dz.U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.

¹⁵ Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

¹⁶ Tak np. P. Bielski, *Cel niezarobkowy spółek kapitałowych a status przedsiębiorcy*, Rejent 2001, nr 4, s. 18; H. Izdebski, *Ustawa o działalności pożytku publicznego...*, s. 21.

¹⁷ Tak np. K. Borowicz, M. Kurzajewski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej z komentarzem*, Warszawa 2005, s. 18 oraz Sąd Najwyższy w uchwałach: z dnia 30 listopada 1992 r. III CZP 134/92, OSNC 1993, nr 5, poz. 79 oraz z dnia 14 marca 1998 r. III CZP 12/98, OSNC 1998, nr 10, poz. 151.

Jeśli zaś chodzi o wpis podmiotu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, niektórzy przedstawiciele doktryny prawa utrzymują, że w przedmiotowym rejestrze figurują tylko przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej¹⁸, inni¹⁹, że również podmioty, które przedsiębiorcami nie są. W doktrynie prawa podkreśla się negatywne skutki braku jednolitej definicji pojęcia „przedsiębiorcy”²⁰. Reasumując, wykładnia powołanych przepisów może prowadzić do przyznania statusu przedsiębiorcy spółkom kapitałowym nie działającym w celu osiągnięcia zysku albo uznania, iż taki status im nie przysługuje. Należy jednak stanowczo podkreślić, że przepisy ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie nie uzależniają uznania danego podmiotu za organizację pozarządową od tego, czy jest on przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej lub ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym czy też innych aktów prawnych. Językowa wykładnia²¹ przepisu art. 3 ust. 2 u.d.p.p.i w. prowadzi do wniosku, że spółki kapitałowe, które nie działają w celu osiągnięcia zysku są organizacjami pozarządowymi, ze względu na charakter swojej działalności. Potwierdzeniem słuszności dokonanej wykładni językowej²² jest w przedmiotowym przypadku wykładnia systemowa oraz funkcjonalna

¹⁸ Tak np. H. Izdebski, *Ustawa o działalności pożytku publicznego...*, s. 22.

¹⁹ Tak np. J.A. Strzępka, E. Zielińska, W. Popiołek, P. Piniór, H. Urbaniec z yk, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, wyd. 2, Warszawa 2003, s. 358 oraz E. Marszałkowska-Krześ, *Wpisy w rejestrze przedsiębiorców dotyczące spółek handlowych*, Warszawa 2004, s. 14.

²⁰ Tak np. T. Mróz, E. Bieniek-Koronkiewicz, *Kontrowersje wokół pojęcia „przedsiębiorca”*, Prawo Spółek 2003, nr 6; R. Blicharz, M. Pawełczyk, *Przedsiębiorca, czyli kto?*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2004, nr 43.

²¹ „We wszelkiej interpretacji przepisów, próbach dekodowania zawartych w nich norm prawnych należy posługiwać się przede wszystkim wykładnią językową, a wykładnia systemowa czy celowościowa mogą mieć jedynie następcze, pomocnicze znaczenie” (wyrok NSA z dnia 25 lutego 1993 r. SA/Po 2462, Pr. Gosp. 1993, nr 5, s. 8).

²² „Do tzw. reguły potwierdzenia czy harmonizowania kontekstów sądy nawiązują bardzo często, traktując wykładnię systemową i funkcjonalną jako sprawdzian poprawności wykładni językowej, a zarazem jako sposób potwierdzenia jej rezultatów. Fakt, że rezultat wykładni językowej znajduje potwierdzenie w wykładni systemowej i funkcjonalnej jest uważany za bardzo mocny argument świadczący o poprawności danej interpretacji”. L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów – komentarz*, Toruń 2002, s. 96.

przepisu art. 3 ust. 2 u.d.p.p.i w. w zw. z art. 3 ust. 4 pkt 6 u.d.p.p.i w. Przepis art. 3 ust. 4 u.d.p.p.i w. wskazuje organizacje pozarządowe, do których jednak z różnych względów (w zależności od rodzaju podmiotu i charakteru jego działalności) nie stosuje się przepisów działu II ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Wśród enumeratywnie wymienionych tam podmiotów widnieją także „kluby sportowe będące spółkami działającymi na podstawie przepisów ustawy z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej (Dz.U. z 2001 r. Nr 81, poz. 889 z późn. zm.).” Wymieniając powołane kluby w przepisie art. 3 ust. 4 pkt 6 u.d.p.p.i w. ustawodawca pośrednio uznał je za organizacje pozarządowe. Stąd, za irracjonalne ze strony ustawodawcy²³ należałoby uznać przyznanie statusu klubom sportowym, które mogą działać m.in. w formie spółek kapitałowych, a odmówienie go innym spółkom kapitałowym niedziałającym w celu osiągnięcia zysku i spełniającym pozostałe przesłanki z art. 3 ust. 2 u.d.p.p.i w.²⁴ To samo domniemanie racjonalności ustawodawcy zastosowane do art. 3 ust. 4 u.d.p.p.i w. prowadzi do jeszcze jednego wniosku. Jeśli ustawodawca odmawia możliwości ubiegania się

²³ „Domniemanie racjonalnego prawodawcy jest to jedno z najczęściej powoływanych domniemań interpretacyjnych przez nasze sądy. Z domniemania tego wyprowadza się cały szereg bardziej szczegółowych reguł, takich jak założenie, że prawodawca nie stanowi norm sprzecznych, norm zawierających luki lub zbędnych, dąży do społecznie aprobowanych celów, liczy się z konsekwencjami empirycznymi podejmowanych decyzji”. W przedmiocie ww. domniemania wypowiedział się Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 22 czerwca 1999 r. (I KZP 19/99, OSNKW 1999, nr 7-8, poz. 42): „Fundamentalne reguły wykładni przepisów prawnych za punkt wyjścia przyjmują założenie – rzecz jasna idealizujące – o racjonalnym prawodawcy, a więc takim ustawodawcy, który tworzy przepisy w sposób sensowny, racjonalny i celowy, znając cały system prawny i nadając poszczególnym słowom i zwrotom zawsze takie same znaczenie, nie zamieszczając jednocześnie zbędnych sformułowań” (por. np. Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, PWN 1978, s. 106-123) oraz Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 25 stycznia 1995 r. (W 14/94, OTK 1995, cz. I, poz. 19): „U podstaw każdej wykładni przepisu prawnego tkwić winno założenie racjonalności ustawodawcy” (L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów...*, s. 232-233).

²⁴ Warto podkreślić, iż także Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 13 stycznia 2006 r. dopuścił możliwość uzyskania statusu organizacji pożytku publicznego przez spółkę akcyjną, prowadzącą działalność społecznie użyteczną w sferze zadań publicznych określonych w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie i niedziałającą w celu osiągnięcia zysku (III CZP 122/05, Biuletyn Sądu Najwyższego 2006, nr 1, poz. 9).

o status organizacji pożytku publicznego pomiotom wskazanym w art. 3 ust. 4 u.d.p.p.i w., to należy uznać, że organizacje pozarządowe nie wskazane w przedmiotowym katalogu taki status mogą uzyskać²⁵.

Podkreślenia wymaga, że uznanie za organizacje pozarządowe spółek kapitałowych nie działających w celu osiągnięcia zysku nie pociąga za sobą obowiązku wpisania ich do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej, gdyż brak jest przepisu szczegółowego, kreującego taki obowiązek. W przypadku zaś uzyskania przez te spółki statusu organizacji pożytku publicznego, zastosowanie znajdzie art. 49a KRS: „Do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej wpisuje się także organizacje pożytku publicznego, jeżeli nie mają, z innego tytułu, obowiązku dokonania wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego po spełnieniu wymagań, o których mowa w art. 20 lub 21 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.” „Innym tytułem” w rozumieniu cytowanego przepisu jest art. 163 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych²⁶ w brzmieniu: „Do powstania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wymaga się (...) wpisu do rejestru”, którym bez wątplenia, jest rejestr przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego. A zatem przedmiotowych spółek w przypadku uzyskania przez nie statusu organizacji pożytku publicznego nie ujawnia się w rejestrze stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej, ani też nie wykreśla z rejestru przedsiębiorców²⁷.

Rozważając kwestię statusu prawnego spółek kapitałowych nie działających w celu osiągnięcia zysku, D. Bugajna-Sporczyk stwierdza, że działalność takich spółek jako przedsiębiorców może być prowadzona tylko na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców²⁸. A zatem powołana autorka uznaje owe spółki za przedsiębiorców, co w świetle uwag do niniejszego artykułu poczynionych uprzednio jest już poglądem kon-

²⁵ J. Kopyra, *Ustawa o działalności pożytku publicznego...*, s. 40.

²⁶ Dz.U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037.

²⁷ J. Kopyra, *Ustawa o działalności pożytku publicznego...*, s. 41.

²⁸ D. Bugajna-Sporczyk, *Organizacje pożytku publicznego...*, s. 31.

trowersyjnym. Następnie D. Bugajna-Sporczyk argumentuje, iż: „Sam fakt powołania spółki dla prowadzenia określonej działalności, pojmowanej jako działalność gospodarcza powoduje, że ta sama działalność nie może stać się po pewnym czasie działalnością niezarobkową”²⁹. Nawet jeśli przyjąć za trafną tezę, zgodnie z którą działalność spółek nienastawionych na zysk prowadzona przed wejściem w życie u.d.p.p.i w. była działalnością gospodarczą, zmiana charakteru takiej działalności na niezarobkowy (działalność odpłatna pożytku publicznego) jest w pełni dopuszczalna z dwóch powodów. Po pierwsze, zmiana ta następuje wskutek wejścia w życie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, a więc jest nie tylko możliwa, ale nawet nakazana wolą ustawodawcy. Po drugie, wejście w życie powołanej ustawy powoduje jedynie odmienne zakwalifikowanie prowadzonej przez spółkę działalności (jako działalności odpłatnej pożytku publicznego, nie zaś działalności gospodarczej), a więc tylko w tym sensie można mówić o zmianie charakteru działalności, mając na uwadze, iż nie zmienia się jej naczelną zasadą – zamierzony brak zysku³⁰.

Z kolei A. Gnys stwierdza, że: „Spółka kapitałowa w określonej sytuacji może prowadzić tylko działalność niegospodarczą, mimo to pozostaje spółką, a nie przeistacza się w organizację pozarządową, w takim rozumieniu tego pojęcia, jakie odnosi się np. do fundacji i stowarzyszeń. W przypadku takich spółek nie istnieje bowiem tego rodzaju zależność związana z wpisem do Krajowego Rejestru Sądowego jak w przypadku fundacji i stowarzyszeń, które nie prowadząc działalności gospodarczej, nie podlegają wpisowi do rejestru przedsiębiorców, ale zobowiązane są do wpisu do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej”³¹. Niestety, z powołanej wypowiedzi nie można wywnioskować, co autorka miała na myśli, pisząc: „takie rozumienie organizacji pozarządowej, jakie odnosi się do fundacji i stowarzyszeń”. Oczywiście jest, iż spółka kapitałowa nie jest tym samym, co fundacja czy stowarzyszenie, jednak podobnie jak one jest organizacją pozarządową w rozumieniu art. 3 ust. 2

²⁹ Tamże.

³⁰ Tamże, s. 41-42.

³¹ A. Gnys, *Spółka to nie organizacja pożytku publicznego*, Rzeczpospolita z dnia 20 grudnia 2004 r., nr 297, s. C4.

u.d.p.p.i w. Fakt, że spółka kapitałowa nie działająca w celu osiągnięcia zysku wpisywana jest do rejestru przedsiębiorców, nie może stanowić podstawy do twierdzenia, iż nie jest ona organizacją pozarządową, gdyż oznaczałoby to wprowadzenie dodatkowej przesłanki do definicji legalnej organizacji pozarządowej, sformułowanej w art. 3 ust. 2 u.d.p.p.i w.³² S. Gnys zadaje także pytanie o sens prowadzenia działalności *non profit* w formie spółki kapitałowej. Odpowiedź wydaje się dość oczywista – kodeks spółek handlowych normuje wiele aspektów działalności spółek, w przeciwieństwie do np. prawa fundacyjnego, które, jak słusznie zauważa H. Cioch, pomija szereg istotnych problemów właściwych dla każdej osoby prawnej, w tym również dla fundacji³³ i ma przez to charakter regulacji „kadłubowej”. Nie bez znaczenia jest także bogate orzecznictwo oraz dorobek doktryny prawa, dotyczące spółek kapitałowych przy znikomym zainteresowaniu organizacjami pozarządowymi przedstawiciele nauki prawa i skąpy w tym zakresie orzecznictwie. Wszystko to sprawia, że prowadzenie działalności *non profit* w formie spółki kapitałowej jawi się jako łatwiejsze od strony formalno-prawnej, gdyż oparte na gotowych rozwiązaniach prawnych. Ponadto, możliwość uzyskania statusu organizacji pożytku publicznego przez spółki kapitałowe (co implikuje uznanie omawianych podmiotów za organizacje pozarządowe) dopuszcza § 50 pkt 1 lit. f rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 grudnia 2000 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia rejestrów wchodzących w skład Krajowego Rejestru Sądowego oraz szczegółowej treści wpisów w tych rejestrach³⁴, stanowiąc: „W dziale pierwszym rejestru przedsiębiorców dla spółki z o.o. i spółki akcyjnej wpisuje się: w rubryce pierwszej w polu szóstym – informację, czy podmiot posiada status organizacji pożytku publicznego”³⁵.

³² „Celem wykładni nie jest tworzenie nowych norm prawa czy ich modyfikacja, lecz ustalenie treści norm wysłowionych w analizowanych przepisach. Z charakteru wykładni wynika zatem, że nie może ona zmierzać do modyfikacji czy tworzenia nowych norm prawa” (J. Nowacki, *Rzeczywistość. Dwa problemy*, Katowice 1995, s. 130 i nast.); podobnie Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 24 stycznia 1999 r. TS 124/98, OTK 1999, nr 1, poz. 8: „Żadna z form wykładni i rozumowania prawniczego (...) nie może zmieniać oczywistego przepisu prawnego”.

³³ H. Cioch, *Prawo fundacyjne*, Kraków 2005, s. 205.

³⁴ Dz.U. Nr 117, poz. 1237, dalej jako p.k.r.s.

³⁵ J. Kopyra, *Ustawa o działalności pożytku publicznego...*, s. 43.

2. Działalność pożytku publicznego

Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie wprowadziła trójpodział działalności, którą mogą prowadzić organizacje pozarządowe (w tym, jak wynika z powyższego, także spółki kapitałowe nie działające w celu osiągnięcia zysku) na:

- 1) działalność nieodpłatną pożytku publicznego,
- 2) działalność odpłatną pożytku publicznego oraz
- 3) działalność gospodarczą, przy czym dwie pierwsze prowadzone są w ramach działalności statutowej.

W uzasadnieniu projektu ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie czytamy: „Nowy podział jest niezbędny ze względu na dotychczasowe traktowanie działalności statutowej jako nieodpłatnej, co powodowało praktyczne kwalifikowanie każdej działalności odpłatnej (nawet, gdy finansowanie takiej działalności następowało w drodze dotacji budżetowych) jako działalności gospodarczej.”³⁶

Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.d.p.p.i w. działalnością pożytku publicznego jest działalność społecznie użyteczna prowadzona przez organizacje pozarządowe w sferze zadań publicznych określonych w art. 4 powołanej ustawy. Z całą mocą należy podkreślić, że działalność pożytku publicznego mogą prowadzić nie tylko podmioty posiadające status organizacji pożytku publicznego, ale wszystkie organizacje pozarządowe, gdyż taki stan prawny wynika z językowej wykładni art. 3 ust. 1 u.d.p.p.i w. Niestety, po wejściu w życie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, można było zaobserwować swojego rodzaju dyskryminację organizacji pozarządowych nieposiadających przedmiotowego statusu przez jednostki samorządu terytorialnego. Powołane zjawisko spowodowane było błędną interpretacją art. 3 ust. 1 u.d.p.p.i w. i zasadało się na uznaniu organizacji pożytku publicznego za jedyne podmioty mogące prowadzić działalność pożytku publicznego, a co za tym idzie, uprawnione do realizacji zadań publicznych w ramach współpracy z administracją publiczną.

Działalnością nieodpłatną pożytku publicznego jest świadczenie na podstawie stosunku prawnego usług, za które organizacja pozarządowa oraz podmioty wymienione w art. 3 ust. 3 u.d.p.p.i w. prowadzące tę

³⁶ Tamże, s. 60.

działalność nie pobierają wynagrodzenia (art. 7 u.d.p.p.i w.). Natomiast działalność odpłatna pożytku publicznego to działalność w zakresie wykonywania zadań należących do sfery zadań publicznych w ramach realizacji przez organizację pozarządową oraz podmioty wymienione w art. 3 ust. 3 celów statutowych, za którą pobiera wynagrodzenie. Działalnością odpłatną pożytku publicznego jest również sprzedaż towarów lub usług wytworzonych lub świadczonych przez osoby bezpośrednio korzystające z działalności pożytku publicznego, w szczególności w zakresie rehabilitacji oraz przystosowania do pracy zawodowej osób niepełnosprawnych, a także sprzedaż przedmiotów darowizny na cele prowadzenia działalności pożytku publicznego (art. 8 ust. 1 u.d.p.p.i w.). Dopełnieniem powyższej definicji działalności odpłatnej pożytku publicznego jest negatywna definicja zawarta w art. 9 u.d.p.p.i w.³⁷ Ponieważ ustawa ta nie zawiera legalnej definicji działalności gospodarczej, należy przyjąć, iż posługuje się ona definicją sformułowaną w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej.

Nie ulega wątpliwości, że dla organizacji pozarządowych, w tym spółek kapitałowych nie działających w celu osiągnięcia zysku, rudymen tarne znaczenie posiadają przepisy regulujące ich funkcjonowanie. Takimi przepisami są m.in. art. 6-8 u.d.p.p.i w., które od samego początku obowiązywania były przedmiotem wątpliwości interpretacyjnych, w szczególności w ramach postępowań rejestracyjnych przed sądami gospodarczymi. Poniżej zostanie przedstawiona krytyka wykładni przedmiotowych przepisów, dokonywana przez niektóre sądy rejestrowe. Zgodnie z nią zakres działalności nieodpłatnej pożytku publicznego i działalności odpłatnej pożytku publicznego nie mogą się krzyżować. Sam obowiązek wyraźnego rozdzielenia w statucie lub innym akcie wewnętrznym podmiotu działalności nieodpłatnej i odpłatnej pożytku publicznego, przez wzgląd na brzmienie

³⁷ Art. 9 ust. 1 d.p.p.w.: „Działalność odpłatna pożytku publicznego organizacji pozarządowych oraz podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 3 stanowi działalność gospodarczą, jeżeli: 1) wynagrodzenie, o którym mowa w art. 8 ust. 1, jest w odniesieniu do działalności danego rodzaju wyższe od tego, jakie wynika z kalkulacji bezpośrednich kosztów tej działalności, lub 2) wynagrodzenie osób fizycznych z tytułu zatrudnienia przy wykonywaniu statutowej działalności nieodpłatnej oraz działalności odpłatnej przekracza 1,5-krotność przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w sektorze przedsiębiorstw ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedni”.

cytowanego poniżej art. 52 ust. 5 KRS, nie powinien budzić wątpliwości, a zatem pozostaje poza zakresem niniejszych rozważań. Sądy rejestrowe podnoszą, iż w art. 7 i 8 u.d.p.p.i w. ustawodawca jednoznacznie oddziela działalność odpłatną i nieodpłatną pożytku publicznego, odrębnie definiując każdą z nich. Ponadto powoływany jest art. 52 ust. 5 KRS, nakazujący wpisanie w dziale 3 rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji i publicznych zakładów opieki zdrowotnej, przedmiotu działalności statutowej (pożytku publicznego) z wyodrębnieniem działalności odpłatnej i nieodpłatnej. Sądy rejestrowe wskazują także na konieczność określenia kręgu adresatów działalności nieodpłatnej pożytku publicznego oraz działalności odpłatnej pożytku publicznego, przy czym grupy te muszą pozostawać względem siebie w stosunku wykluczania się. Rezultatem wykładni powołanych przepisów, dokonywanej przez sądy rejestrowe, jest teza, iż ustawowe wyodrębnienie zakresów działalności odpłatnej i nieodpłatnej pożytku publicznego tożsame jest z zakazem krzyżowania się tychże zakresów. Wbrew powyższej tezie należy stwierdzić, że tożsame określenie działalności nieodpłatnej pożytku publicznego oraz działalności odpłatnej pożytku publicznego w statucie (innym akcie wewnętrznym) podmiotu ubiegającego się o uzyskanie statusu organizacji pożytku publicznego jest, w świetle u.d.p.p.i w., w pełni dopuszczalne. Nie negując skądinąd słusznego twierdzenia, że w art. 7 i 8 u.d.p.p.i w. ustawodawca jednoznacznie oddziela działalność odpłatną i nieodpłatną pożytku publicznego, odrębnie definiując każdą z nich, należy zauważyć, iż czym innym jest odrębne zdefiniowanie powołanych rodzajów działalności, a czym innym zakaz krzyżowania się ich zakresów. Ustawodawca wprawdzie odrębnie definiuje powołane rodzaje działalności, jednak nie wprowadza zakazu krzyżowania się ich zakresów. Uzasadnienia takiej tezy można upatrywać w relacji działalności gospodarczej oraz działalności odpłatnej pożytku publicznego na gruncie u.d.p.p.i w. Gdyby odrębne zdefiniowanie działalności gospodarczej i działalności odpłatnej pożytku publicznego było jednoznaczne z zakazem krzyżowania się ich zakresów (tak jak utrzymują to niektóre sądy rejestrowe w odniesieniu do działalności nieodpłatnej i odpłatnej pożytku publicznego), ustawodawca nie musiałby formułować takiego zakazu w art. 9 ust. 3 u.d.p.p.i w. A zatem jeśliby przyjąć za prawidłowe rozumowanie sądów, przepis art. 9 ust. 3 u.d.p.p.i w. należałoby uznać za zbędny, co pozostaje w sprzeczności

z domniemaniem racjonalności ustawodawcy oraz zasadą wykładni prawa, stanowiącą, iż znaczenie przepisów prawnych należy ustalać w taki sposób, aby żadne ich fragmenty nie okazały się zbędne³⁸. Dlatego też takie rozumowanie musi zostać ocenione jako błędne. Z powyższego należy wnosić, że samo odrębne zdefiniowanie w omawianej ustawie działalności gospodarczej i działalności odpłatnej pożytku publicznego nie jest równoznaczne z zakazem krzyżowania się ich zakresów, albowiem zakaz taki wynika dopiero z przepisu art. 9 ust. 3 u.d.p.p.i w. Stąd wyciągając bardziej ogólny wniosek, dotyczący techniki legislacyjnej, którą posłużył się ustawodawca w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, należy stwierdzić, że samo odrębne zdefiniowanie dwóch rodzajów działalności nie oznacza jeszcze zakazu krzyżowania się ich zakresów³⁹.

A zatem przepisy art. 6-8 u.d.p.p.i w., wbrew twierdzeniu sądów rejestrowych, nie wzbraniają tożsamesgo określenia w statucie (innym akcie wewnętrznym) przedmiotu działalności nieodpłatnej i odpłatnej pożytku publicznego. Ponadto, należy podkreślić, iż żaden z pozostałych przepisów tej ustawy nie statuuje przedmiotowego zakazu⁴⁰.

Odnosząc się do wykładni art. 52 ust. 5 k.r.s. warto zauważyć, iż ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym zawiera przepisy prawa cywilnego procesowego, tj. normujące postępowanie cywilne, w ramach którego następuje realizacja przepisów prawa materialnego, pełniąc w stosunku do nich niejako rolę służebną. A zatem przepisy powołanej ustawy w żaden sposób nie mogą pozostawać w sprzeczności z przepisami ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, przeciwnie – winny służyć realizacji na drodze postępowania rejestrowego praw i obowiązków z nich wynikających. Jak to już zostało wykazane powyżej, ustawa ta (w szczególności art. 6-8) nie zakazuje tożsamesgo określenia w statucie (innym akcie wewnętrznym) podmiotu ubiegającego się o status organizacji pożytku publicznego działalności nieodpłatnej oraz odpłatnej pożytku publicznego. Art. 52 ust. 5 KRS nie może zatem, wbrew twierdzeniu niektórych sądów rejestrowych, zakazywać tożsamesgo określenia w statucie (innym akcie wewnętrznym) powołanych rodzajów działalności. Ponieważ, jak to zostało

³⁸ J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Katowice 1996, s. 197.

³⁹ J. Kopyra, *Ustawa o działalności pożytku publicznego...*, s. 61-62.

⁴⁰ Tamże, s. 62.

wykazane powyżej, wykładnia niniejszego przepisu, polegająca na wywodzeniu z niego zakazu tożsamego określenia działalności nieodpłatnej i odpłatnej pożytku publicznego, jest błędna, należy dokonać wykładni, której rezultat będzie w omawianym zakresie z nią zgodny. W tym celu sięgamy do przepisu § 119 pkt 4 p.k.r.s., służącego wykonaniu przepisu art. 52 ust. 5 KRS § 119 pkt 4 p.k.r.s. stanowi, że: „W dziale trzecim rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji, publicznych zakładów opieki zdrowotnej dla fundacji, stowarzyszeń oraz innych organizacji społecznych i zawodowych wpisuje się: w rubryce czwartej – przedmiot działalności statutowej organizacji pożytku publicznego:

a) w polu pierwszym – odpłatna działalność statutowa według Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD), określona rodzajem działalności,

b) w polu drugim – nieodpłatna działalność statutowa według Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD), określona rodzajem działalności”. Zestawiając ze sobą oba powołane przepisy, tj. art. 52 ust. 5 KRS oraz § 119 pkt 4 p.k.r.s., można zauważyć, iż wyodrębnienie, o którym mowa w art. 52 ust. 5 KRS, sprowadza się, wedle § 119 pkt 4 p.k.r.s., do wpisania w polu pierwszym rejestru przedmiotu działalności odpłatnej pożytku publicznego, zaś w polu drugim – przedmiotu działalności nieodpłatnej. Na tej podstawie można stwierdzić, iż „wyodrębnienie”, o którym mowa w art. 52 ust. 5 KRS, ma jedynie charakter techniczny i polega na wpisaniu w poszczególnych polach rejestru przedmiotu działalności odpłatnej nieodpłatnej pożytku publicznego⁴¹. Ponadto ani art. 52 ust. 5 KRS, ani też § 119 pkt 4 p.k.r.s. nie wspominają o zakazie wpisywania takiego samego przedmiotu działalności pożytku publicznego w polu pierwszym – dla działalności odpłatnej – i w polu drugim – dla działalności nieodpłatnej⁴².

Jeśli zaś chodzi o rzekomą konieczność określenia kręgu adresatów działalności nieodpłatnej pożytku publicznego oraz działalności odpłatnej

⁴¹ Opinię o braku zakazu prowadzenia działalności nieodpłatnej i odpłatnej pożytku publicznego na gruncie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie podziela także A. C e g l a r s k i, *Organizacje pożytku publicznego*, Warszawa 2005, s. 63, nie przedstawiając jednak jej szczegółowego uzasadnienia.

⁴² J. K o p y r a, *Ustawa o działalności pożytku publicznego...*, s. 64.

pożytku publicznego i zaadresowania tych działalności do grup osób pozostających względem siebie w stosunku rozłączności, wydaje się, iż także w tym przypadku mamy do czynienia z niewłaściwą interpretacją przepisów omawianej ustawy. Albowiem art. 20 pkt 1 u.d.p.p.i w.⁴³ wskazuje na konieczność prowadzenia działalności statutowej (odpłatnej i nieodpłatnej pożytku publicznego) na rzecz:

1) ogółu społeczności,

2) określonej grupy podmiotów pod warunkiem, że grupa ta jest wyodrębniona ze względu na szczególnie trudną sytuację życiową lub materialną w stosunku do społeczeństwa. Z powołanego przepisu nie wynika natomiast, że działalność odpłatna i działalność nieodpłatna pożytku publicznego musiałaby być kierowana do różnych grup adresatów. Także żaden z pozostałych przepisów tej ustawy nie daje podstaw do formułowania takiej tezy⁴⁴.

Reasumując, należy zauważyć, że wykładnia powołanych przepisów dokonywana przez niektóre sądy rejestrowe posiada charakter prawotwórczy, a zatem jest niedopuszczalna z punktu widzenia zasad wykładni prawa. W takiej wykładni pobrzmiewają poglądy wyrażane przez niektórych przedstawicieli środowiska sędziów rejestrowych⁴⁵ na gruncie prawa fundacyjnego i zasadzające się na sformułowaniu zakazu pokrywania się zakresu działalności statutowej i działalności gospodarczej fundacji. Poglądy te, zdaniem A. Kidyby, kreują „lex sąd rejestrowy” (a zatem, jak zostało to już zaznaczone powyżej, naruszają zakaz wykładni prawotwórczej) i słusznie są przez tego autora krytykowane⁴⁶. Już tylko na marginesie można dodać, że wspomniana wykładnia dokonana na gruncie prawa fundacyjnego pozostaje w opozycji do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2000 r. I CKN 886/98; OSNC 2001, nr 6, poz. 91)⁴⁷.

⁴³ Szerzej na temat tego artykułu zob. punkt 3 poniżej.

⁴⁴ J. Kopyra, *Ustawa o działalności pożytku publicznego...*, s. 64-65.

⁴⁵ Zob. D. Bugajna - Sporczyk, *Organizacje pożytku publicznego...* oraz I. Janson, *Zakładamy fundację*, Warszawa 1994, s. 255 i nast.

⁴⁶ Zob. A. Kidyba, *Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundację*, Przegląd Prawa Handlowego 1999, nr 10, s. 2 oraz przypis nr 32.

⁴⁷ Teza postanowienia: „Z ustawowego wymagania prowadzenia działalności gospodarczej w rozmiarach służących realizacji celów fundacji nie wynika bezwzględny zakaz pokrywania się przedmiotem działalności gospodarczej fundacji z przedmiotem jej działalności statutowej”.

W orzeczeniu z dnia 7 maja 2002 r. I CKN 162/00 Sąd Najwyższy wyraźnie uznaje taką wykładnię za prawotwórczą, stwierdzając, iż sformułowane na jej podstawie stanowisko: „w rzeczywistości oznacza wprowadzenie do postępowania dotyczącego rejestru pozaustawowego kryterium w postaci wymagania, ażeby rodzaje i zakresy działalności statutowej i gospodarczej fundacji były w sposób zasadniczy i diametralny zróżnicowane oraz wyraźnie rozdzielone”⁴⁸.

3. Treść umowy (statutu) spółki

Jak to już zostało wspomniane, uznanie spółek kapitałowych niedziałających w celu osiągnięcia zysku za organizacje pozarządowe, umożliwia im uzyskanie statusu organizacji pożytku publicznego. Taki status może zostać nadany powołanym podmiotom po spełnieniu szeregu przesłanek, przede wszystkim zawartych w art. 20 u.d.p.p.i w. Zgodnie z przeważającym poglądem przedstawicieli doktryny prawa oraz stanowiskiem sądów rejestrowych, status organizacji pożytku publicznego może uzyskać podmiot istniejący i działający przed złożeniem wniosku do sądu rejestrowego. Okres działania musi być na tyle długi, aby sąd rejestrowy mógł stwierdzić spełnienie przesłanek z art. 20 u.d.p.p.i w.

Ze względu na charakter swojej działalności oraz wymogi stawiane podmiotom ubiegającym się o status organizacji pożytku publicznego umowy (statuty) spółek kapitałowych niedziałających w celu osiągnięcia zysku powinny zawierać stosowne postanowienia, które nie są wymagane w przypadku spółek kapitałowych działających dla zysku. Należy jednak podkreślić, że owa powinność nie wynika wprost z ustawy, ale bardziej z charakteru umowy (statutu) spółki jako najważniejszego jej aktu wewnętrznego, zawierającego postanowienia o podstawowym znaczeniu dla działalności spółki. Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie wymaga wprowadzenia do umowy (statutu) tylko zakazu statuowanego w art. 20 pkt 7 u.d.p.p.i w., o którym będzie mowa poniżej. Dlatego też, jeśli w trakcie swojej działalności prowadzonej przed dniem złożenia do sądu rejestrowego wniosku o nadanie statusu organizacji pożytku publicznego przedmiotowe spółki spełniały wszystkie przesłanki ustawo-

⁴⁸ J. Kopyra, *Ustawa o działalności pożytku publicznego...*, s. 65.

we konieczne do uzyskania takiego statusu, sąd rejestrowy nie będzie mógł odmówić jego nadania. Z uwagi jednak na powołany charakter umowy (statutu) spółki wydaje się godnym polecenia, aby już w chwili zawierania umowy spółki czy sporządzania jej statutu wprowadzić stosowne postanowienia, o których mowa poniżej. Ponadto takie rozwiązanie czyni bardziej prawdopodobnym uzyskanie w przyszłości statusu organizacji pożytku publicznego. Albowiem już od chwili rozpoczęcia działalności członkowie organów spółki będą musieli przestrzegać powołanych postanowień, gdyż będą one składać się na treść umowy (statutu) spółki.

I tak umowa (statut) spółki powinna wskazywać, że przedmiotowa spółka kapitałowa nie działa w celu osiągnięcia zysku (a zatem spełnia przesłankę z art. 3 ust. 2 u.d.p.p.i w.) oraz cały uzyskany dochód, jeśli tylko taki się pojawi, przeznaczają na prowadzoną działalność pożytku publicznego (art. 20 pkt 5 u.d.p.p.i w.). Konsekwencją tego jest postanowienie wyłączające prawo wspólników (akcjonariuszy) do pobierania dywidendy.

Ponadto umowa (statut) spółki powinna normować, że prowadzi ona działalność pożytku publicznego i określać rodzaj tej działalności (działalność nieodpłatna pożytku publicznego, działalność odpłatna pożytku publicznego). Każda z powołanych działalności pożytku publicznego powinna zostać opisana poprzez wskazanie działań, które w jej ramach spółka będzie podejmować, np. udzielanie wsparcia dzieciom rodzin patologicznych, edukacja szkolna dzieci z rodzin o obniżonym statusie majątkowym. Zgodnie z art. 20 pkt 1 u.d.p.p.i w., działalność statutowa przedmiotowych spółek kapitałowych powinna być prowadzona na rzecz ogółu społeczności lub określonej grupy podmiotów, pod warunkiem że grupa ta jest wyodrębniona ze względu na szczególnie trudną sytuację życiową lub materialną w stosunku do społeczeństwa. A zatem umowa (statut) spółki powinna stanowić, czy działalność statutowa kierowana jest do ogółu społeczności, czy też do powołanych grup podmiotów i określać te grupy. Niewątpliwie pojęcia „społeczność” oraz „określona grupa podmiotów” mieszczą się w zakresie pojęcia „społeczeństwa”. Przez „społeczność” należy rozumieć „zbiorowość ludzi mieszkającą na określonym obszarze, powiązaną więziami społecznymi, wspólnotą warun-

ków życia, tradycjami kultury itp.⁴⁹ A zatem cechą wyróżniająca i wyodrębniającą „społeczność” z całego społeczeństwa jest charakter więzi typu wspólnotowego. Jeśli zaś chodzi o „grupę podmiotów”, jej wyodrębniania dokonuje sam ustawodawca, stwierdzając, iż należą do niej osoby o szczególnie trudnej sytuacji życiowej lub materialnej w stosunku do społeczeństwa⁵⁰.

Natomiast zgodnie z art. 20 pkt 2 u.d.p.p.i w. umowa (statut) spółki powinna stanowić, że działalność pożytku publicznego jest wyłączną działalnością spółki.

Zgodnie z art. 20 pkt 6 lit. c u.d.p.p.i w. wynagrodzenie osób wchodzących w skład kolegiального organu kontroli oraz organu zarządzającego⁵¹ nie może być wyższe niż określone w art. 8 pkt 8 ustawy z dnia 3 marca 2000 r. o wynagradzaniu osób kierujących niektórymi podmiotami prawnymi⁵². Ponadto, jeśli osoby te są zatrudnione przez spółkę⁵³, ich wynagrodzenie nie może przekroczyć 1,5% przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w sektorze przedsiębiorstw ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedni. Albowiem w przeciwnym przypadku, działalność pożytku publicznego prowadzona przez spółkę musiałaby, z mocy art. 9 ust. 1 pkt 2 u.d.p.p.i w., zostać uznana za działalność gospodarczą, a to skutkowałoby utratą przez spółkę statusu organizacji pozarządowej, co pozbawiłoby ją możliwości ubiegania się o status organizacji pożytku publicznego. A zatem, w umowie (statucie) spółki powinny znaleźć się postanowienia ograniczające wysokość wynagrodzenia osób wchodzących w skład kolegiального organu kontroli oraz organu zarządzającego do wskazanych powyżej poziomów.

Kolejny wymóg u.d.p.p.i w., który winien znaleźć odzwierciedlenie w umowie (statucie) omawianych spółek, to zakaz łączenia stanowisk (*incompatibilitas*). Otóż art. 20 pkt 6 lit. a u.d.p.p.i w. normuje, że człon-

⁴⁹ R. Smolski, M. Smolski, E. Stadtmüller, *Słownik Encyklopedyczny. Edukacja Obywatelska*, Wrocław 1999.

⁵⁰ J. Kopyra, *Ustawa o działalności pożytku publicznego...*, s. 89.

⁵¹ W przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością organem kontroli jest rada nadzorcza albo komisja rewizyjna, zaś organem zarządzającym – zarząd. W przypadku spółki akcyjnej są to odpowiednio: rada nadzorcza oraz zarząd.

⁵² Dz.U. Nr 26, poz. 306 ze zm.

⁵³ Zatrudnienie na gruncie komentowanego przepisu należy rozumieć szeroko, a zatem jako zatrudnienie pracownicze oraz niepracownicze.

kowie organu kontroli i nadzoru nie mogą być członkami organu zarządzającego ani pozostawać z nimi w stosunku pokrewieństwa, powinowactwa lub podległości z tytułu zatrudnienia. Przepis milczy natomiast o małżonkach, jednak jak się wydaje, należy w tym przypadku zastosować wykładnię *a fortiori* (*a minori ad maius*)⁵⁴, aby stwierdzić, że przedmiotowy przepis dotyczy także ich⁵⁵. Zgodnie z art. 26 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy⁵⁶ „powinowactwo to stosunek rodzinnoprawny, którego źródłem jest zawarcie małżeństwa, powstający pomiędzy małżonkami a krewnymi drugiego małżonka (ale nie pomiędzy małżonkami), bez jakichkolwiek ograniczeń odnośnie linii i stopnia pokrewieństwa (łącznie z pokrewieństwem „prawnym”, powstającym wskutek orzeczenia przysposobienia). Powinowactwo trwa mimo ustania małżeństwa, niezależnie od tego, jaka była przyczyna ustania małżeństwa (śmierć małżonka, rozwód)⁵⁷. *Lege non distinguente* przedmiotowy zakaz obejmuje osoby ze sobą spokrewnione bez względu na stopień i linię pokrewieństwa (pokrewieństwa w pierwszym stopniu, pokrewieństwo w linii prostej oraz w linii bocznej)⁵⁸.

Ponadto art. 20 pkt 6 lit. b u.d.p.p.i w. zakazuje pełnienia funkcji w organach kontroli i nadzoru oraz organach zarządzających osobom skazanym prawomocnym wyrokiem karnym za przestępstwo popełnione z winy umyślnej. Zakaz ten ma celu uniemożliwienie zasiadania w tych organach osób, które nie dają należytej rękojmi wykonywania powierzonych im funkcji. Treścią winy umyślnej jest zamiar popełnienia czynu zabronionego, który może występować w dwóch formach: zamiaru bezpośredniego i zamiaru ewentualnego. Pierwszy z nich polega na tym, iż

⁵⁴ „Punktem wyjścia wnioskowania jest przepis o charakterze zakazującym. Chodzi tu o (...) rozstrzygnięcie przypadku nienormowanego. Schemat wnioskowania wygląda następująco: „Jeżeli zabronione jest to, co mniejsze, to tym bardziej nie wolno czynić czegoś, co sięga jeszcze dalej. Jeżeli na przykład istnieje zakaz przechodzenia przez pewien teren, to tym bardziej nie wolno na nim grać w piłkę”; 54 J. N o w a c k i, Z. T o b o r, *Wstęp do prawnawstwa...*, s. 186.

⁵⁵ H. I z d e b s k i, *Fundacje i Stowarzyszenia*, Anna Piechowiak ECO, Krasnobród 2004, s. 71.

⁵⁶ Dz.U. Nr 9, poz. 59 ze zm.

⁵⁷ *System Prawa Cywilnego*, t. XII: *Prawo Rodzinne i Opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2003, s. 564.

⁵⁸ J. K o p y r a, *Ustawa o działalności pożytku publicznego...*, s. 93-94.

sprawca chce popełnić czyn zabroniony, drugi zaś na tym, iż wprawdzie nie chce popełnić czynu zabronionego, ale przewiduje możliwość jego popełnienia i na nią się godzi⁵⁹. Zgodnie z art. 8 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny⁶⁰, umyślnie można popełnić tylko zbrodnię, a zatem czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3 albo karą surowszą (art. 7 § 2 k.k.). Jak wynika z powyższego, komentowany przepis dotyczy osób popełniających czyny o bardzo dużym „ciężarze gatunkowym”, którym nie sposób z tego względu powierzyć funkcję w organie kontroli lub nadzoru organizacji pozarządowej. Podobne przepisy zawarte są w wielu innych ustawach, np. w art. 5 ust. 3 pkt 1a ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym⁶¹. Jak się wydaje, dla celów uzyskania statusu organizacji pożytku publicznego w ramach postępowania sądowego, wystarczy przedłożenie sądowi oświadczenia o niekaralności za przestępstwa z winy umyślnej⁶² wszystkich osób wchodzących w skład organu kontroli lub nadzoru.

Zakazy statuowane w pkt 6 lit. a-c ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie bez wątpienia odnoszą się do osób fizycznych – mowa jest tam wszak o „pokrewieństwie”, „powinowactwie”, które zawarowane są dla relacji pomiędzy osobami fizycznymi oraz o przestępstwie popełnionym z winy umyślnej, którą na gruncie prawa karnego można przypisać tylko osobie fizycznej.

W przeciwieństwie do pozostałych punktów art. 20 u.d.p.p.i w., w pkt 7 ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż zakazy tam ustanowione⁶³ winny zostać wprowadzone do umowy (statutu) spółki. Zgodnie z powołanym przepisem, powołane akty wewnętrzne, powinny zabraniać:

1) udzielania pożyczek lub zabezpieczania zobowiązań majątkiem organizacji w stosunku do jej członków, członków organów lub pracowników oraz osób, z którymi pracownicy pozostają w związku małżeńskim albo w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej,

⁵⁹ A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia z teorii i praktyki*, Warszawa 1997, s. 132-134.

⁶⁰ Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

⁶¹ Dz.U. Nr 125, poz. 1371.

⁶² J. Kopyra, *Ustawa o działalności pożytku publicznego...*, s. 96.

⁶³ Hipoteza komentowanego przepisu odnosi się do stanów faktycznych zwanych w kręgu prawa anglosaskiego *self-dealing*.

pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia albo są związani z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli, zwanych dalej „osobami bliskimi”;

2) przekazywania ich majątku na rzecz ich członków, członków organów lub pracowników oraz ich osób bliskich, na zasadach innych niż w stosunku do osób trzecich, w szczególności jeżeli przekazanie to następuje bezpłatnie lub na preferencyjnych warunkach,

3) wykorzystywania majątku na rzecz członków, członków organów lub pracowników oraz ich osób bliskich na zasadach innych niż w stosunku do osób trzecich, chyba że to wykorzystanie bezpośrednio wynika z celu działalności spółki nie działającej w celu osiągnięcia zysku,

4) zakupu na szczególnych zasadach towarów lub usług od podmiotów, w których uczestniczą członkowie organizacji, członkowie jej organów lub pracownicy oraz ich osób bliskich.

Przepis art. 20 pkt 7 u.d.p.p.i w. należy ocenić pozytywnie, jakkolwiek wydaje się, iż powinien on zawierać także generalne odniesienie do konfliktu interesów, dotyczącego osób tam wskazanych. Po pierwsze, przepis ustawy powinien na takie osoby nakładać obowiązek ujawnienia, iż konflikt interesów wystąpił, po drugie, powinny być one wyłączone od udziału w procesie decyzyjnym, w ramach którego ujawniony przez nie konflikt interesów występuje. Ponadto z mocy ustawy transakcje dotknięte konfliktem interesów powinny być realizowane po cenach wolnorynkowych albo na zasadach jeszcze bardziej korzystnych dla organizacji pozarządowej⁶⁴.

4. Rekapitulacja

Charakter prawny spółek kapitałowych nie działających w celu osiągnięcia zysku od dawna budzi w doktrynie prawa kontrowersje, które poprzez niezbyt precyzyjną regulację ustawy o działalności pożytku

⁶⁴ Zob. International Centre for Non-for-Profit Law (ICNL), *Draft comments on the Laws on Public Benefits Activity and Volunteerism and on Regulations Implementing the Law on Public Benefit and Volunteerism* (www.ngo.pl) oraz opracowanie tej samej organizacji *Integrity, Good Governance, and Transparency Rules for Self Regulation* (www.icnl.gov); J. K o p y r a, *Ustawa o działalności pożytku publicznego...*, s. 96.

publicznego i o wolontariacie przeniosły się także na grunt tejże ustawy. Jednak, jak wynika z niniejszego artykułu, zupełnie niesłusznie, gdyż żaden z jej przepisów nie uzależnia uznania takich spółek za organizacje pozarządowe od tego, czy są one przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej lub ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym czy też innych aktów prawnych.

Jeśli zaś chodzi o relację pomiędzy nieodpłatną i odpłatną działalnością pożytku publicznego, wydaje się, iż powstałe wokół niej rozbieżności interpretacyjne wynikają przede wszystkim z ignorowania podstawowych zasad wykładni prawa oraz dorobku orzecznictwa sądowego.

Wydaje się, iż ze względu na doniosły charakter umowy (statutu) spółki, postanowienia zawierające przesłanki uzyskania statusu organizacji pożytku publicznego powinny zostać tam wprowadzone już na etapie tworzenia spółki kapitałowej niedziałającej w celu osiągnięcia zysku.