

# NIEODPŁATNE PROWADZENIE ZAJĘĆ PRZEZ RADNEGO W DOMU KULTURY

Czy radny może korzystać z użyczonej przez Miejski Ośrodek Kultury sali, bez ryzyka utraty mandatu, jeśli nie pobiera z tytułu swojej działalności wynagrodzenia z MOK, czyli wykonuje swoją pracę społecznie? Czy radny może zawrzeć umowę o pracę z MOK na np. część etatu i wówczas jako pracownik korzystać z tej sali użyczonej MOK przez miasto przy realizacji ww. przedsięwzięć bez ryzyka utraty mandatu?

**Autor: dr Jowanka Jakubek-Lalik\***

**P**ytanie przesłała radna starej i obecnie nowej kadencji, która od 10 lat korzysta z sali widowiskowej w ratuszu miejskim dla realizacji projektu festiwalu dla młodzieży. Tam od kilku lat dodatkowo prowadzi zajęcia i występy zespołu seniorów oraz realizuje projekt „Miasto łączy pokolenia” (tj. festiwal i zespół seniorów, organizacja koncertów). Projekt pod nazwą „Miasto łączy pokolenia” realizuje Miejski Ośrodek Kultury (MOK) i na ten cel przekazana zostaje mu dotacja. Cała jej działalność w tych aktywnościach ma charakter społeczny, nie pobiera ona wynagrodzenia. Sala widowiskowa jest użyczona przez miasto nieodpłatnie dla MOK, który ponosi tylko koszty mediów. MOK dysponuje salą, wynajmuje, organizuje imprezy itp. Miejski Ośrodek Kultury – jednostka organizacyjna gminy, nie jest jednostką budżetową, lecz samorządową osobą prawną. MOP prowadzi upowszechnianie kultury za pomocą narzędzi wynikających z ustawy, otrzymuje dotacje miejskie, wynajmuje salę odpłatnie, prowadzi sprzedaż biletów itp. Miejski Ośrodek Kultury jest samorządową instytucją kultury, instytucją wyodrębnioną pod względem prawnym i ekonomiczno-finansowym, nadzorowaną przez miasto.

Z art. 24f ustawy o samorządzie gminnym wynika, że „radny nie może prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności”.

Naruszenie tego zakazu stanowi podstawę do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego przez radę gminy w trybie art. 383 § 1 pkt 5 ustawy Kodeks wyborczy.

Aby mandat radnego wygasł, muszą więc nastąpić łącznie dwie przesłanki:

1. prowadzenie działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, a także zarządzanie taką działalnością, bycie jej przedstawicielem czy pełnomocnikiem w jej prowadzeniu, a także:
2. wykorzystanie mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał swój mandat.

Celem tej regulacji jest zapobieganie korupcji, a zakaz ten ma służyć wyeliminowaniu sytuacji, w której radny przez wykorzystywanie swojej funkcji mógłby uzyskiwać nieuprawnione korzyści dla siebie lub swoich bliskich. Rola te-

go przepisu polega również na kształtowaniu pożądanej postawy społecznej, gdzie służba lokalnej społeczności powinna być pozbawiona możliwości faworyzowania interesu prywatnego, a pierwszeństwo powinien mieć interes ogółu (Ustawy samorządowe. Komentarz pod red. S. Gajewskiego i A. Jakubowskiego, 2018, s. 347). Taki cel przywoływanych przepisów potwierdził także Naczelny Sąd Administracyjny, m.in. w wyroku z 22 stycznia 2013 r., sygn. akt II OSK 2864/12. NSA wyjaśnił, że celem przepisów określanych jako antykorupcyjne jest zapobieganie sytuacjom, w których radni mogliby osiągać jakiegokolwiek korzyści z tytułu sprawowanego mandatu. Zaś o potencjalnie korupcyjnym wykorzystywaniu mienia komunalnego przez radnego można mówić wtedy, gdy radny, uczestnicząc w pracach organów właściwej jednostki samorządu, mógłby wpływać na treść uchwał i decyzji podejmowanych przez te organy w prowadzonej działalności gospodarczej bądź zarządzaniu taką działalnością.

W opisywanej sprawie kluczowym elementem jest rozważenie, czy kwestia dotyczy prowadzenia działalności gospodarczej jako takiej. Ustawa o samorządzie gminnym nie zawiera definicji działalności gospodarczej, należy więc sięgnąć do definicji zawartej w art. 3 ustawy Prawo przedsiębiorców, która jest traktowana jako powszechnie obowiązujące rozumienie tego pojęcia w polskim systemie prawnym (Komentarz, s. 348). Zgodnie z tą definicją, działalność gospodarcza to zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły.

Aby przesądzić o uznaniu danej działalności za gospodarczą, muszą więc zaistnieć trzy przesłanki:

1. zarobkowy charakter działalności (tzn. dążenie do osiągnięcia zysku),
2. wykonywanie jej w sposób zorganizowany (nieprzypadkowy, wynikający np. z pomocy koleżeńskiej czy sąsiedzkiej; w pojęciu organizacji działalności gospodarczej mieszczą się także kwestie rejestracyjne, zgłoszenia statystycznego, podatkowego, ubezpieczeń społecznych, założenie rachunku bankowego etc.),
3. jest prowadzona w sposób ciągły (czego istotą jest zamiar powtarzalności określonych czynności).

Działalność gospodarcza z wykorzystaniem mienia gminnego musi być więc nastawiona na osiąganie zysku, w tym przede wszystkim zysku osiąganego z powodu bieżącego wykorzystania do celów gospodarczych składników mienia i praw majątkowych. Za taką działalność nie można uznać nieodpłatnego prowadzenia zajęć, organizowania występów zespołu seniorów czy realizowania projektów społecznych w Miejskim Ośrodku Kultury. Nie ulega więc wątpliwości, że tego typu działalność społeczna radnego nie spełnia przesłanek prowadzenia działalności gospodarczej (o charakterze zarobkowym) i nie może prowadzić do postępowania zmierzającego do wygaśnięcia mandatu.

Sytuacji nie zmieniłby fakt zatrudnienia radnego na podstawie umowy o pracę lub umowy zlecenia w Miejskim Ośrodku Kultury. Jak bowiem głosi art. 24a usg, z radnym nie może być nawiązywany stosunek pracy w urzędzie gminy, w której radny uzyskał mandat. Radny nie może także

pełnić funkcji kierownika gminnej jednostki organizacyjnej oraz jego zastępcy. Tego typu regulacja nie może być interpretowana rozszerzająco (tj. na wszystkie stosunki pracy z gminnymi jednostkami organizacyjnymi), gdyż są to enumeratywnie wskazane przypadki wykonywania czynności należących do sfery wykonawczej gminy i taki był też cel wprowadzenia tych zakazów.

Warto także wspomnieć, że sądy administracyjne przy interpretacji przepisów antykorupcyjnych coraz częściej obok wykładni literalnej stosują inne, m.in. wykładnie celowościową. Celem zakazów antykorupcyjnych w przypadku radnych jest przede wszystkim zagwarantowanie standardu rzetelnego i uczciwego wykonywania obowiązków radnego (wyrok WSA z 27.03.2014 r., IV SA/Po 620/13; wyrok WSA z 3.08.2016 r., IV SA/Po 482/16). Przepisy te mają też przeciwdziałać wynikającej z pełnionej funkcji przewadze radnych w dostępie do informacji i osób podejmujących decyzje, a także zapobiegać sytuacjom, w których radni mogliby osiągać dodatkowe korzyści z tytułu sprawowanego mandatu i przez to osłabiać zaufanie wyborców i opinii publicznej do standardów etycznych ich działania.

**Za działalność gospodarczą nie można uznać nieodpłatnego prowadzenia zajęć, organizowania występów zespołu seniorów czy realizowania projektów społecznych w Miejskim Ośrodku Kultury. Nie ulega więc wątpliwości, że tego typu działalność społeczna radnego nie spełnia przesłanek prowadzenia działalności gospodarczej (o charakterze zarobkowym) i nie może prowadzić do postępowania zmierzającego do wygaszenia mandatu.**

W wyroku z 22 stycznia 2013 r., sygn. akt II OSK 2864/12, Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie wyjaśnił, że celem przepisów określanych jako antykorupcyjne (czyli w omawianym przypadku art. 24f ust. 1 usg) jest zapobieganie sytuacjom, w których radni mogliby osiągać jakiegokolwiek korzyści z tytułu sprawowanego mandatu. O potencjalnie korupcyjnym wykorzystywaniu mienia jednostki samorządowej przez radnego można mówić wtedy, gdy radny, uczestnicząc w pracach organów właściwej jednostki samorządu, może wpływać na treść uchwał i decyzji podejmowanych przez te organy w prowadzonej działalności gospodarczej bądź zarządzaniu taką działalnością. Przykładem takiego rozumowania jest także wyrok NSA

z 27 czerwca 2013 r. (sygn. akt II OSK 1194/13) dotyczący wygaśnięcia mandatu radnego, który pełnił funkcję prezesa OSP. Zdaniem NSA, zakaz z art. 24f usg należy oceniać w odniesieniu do reguł i celów, jakim mają służyć regulacje antykorupcyjne, mające stanowić gwarancje prawidłowego i rzetelnego wykonywania działań przez jednostki samorządu terytorialnego. Zdaniem NSA przy rozważaniu, czy radny naruszył ten zakaz, należy uwzględnić proporcjonalność sankcji w stosunku do zaistniałego zdarzenia, a więc jaka była waga uchybienia i czy faktycznie narusza założony cel (przy wzięciu pod uwagę zasady trwałości mandatu pochodzącego z wyborów przez społeczność lokalną).

Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego nie ma zresztą charakteru bezwzględny. Radny, który korzysta z mienia gminnego w taki sam sposób, w jaki mogą to czynić inni członkowie społeczności lokalnej, nie narusza wspomnianego zakazu, co uznał Naczelny Sąd Administracyjny, wskazując, że nie można automatycznie przyjmować, iż jakiegokolwiek korzystanie przez radnego z mienia komunalnego oznacza naruszenie art. 24f ust. 1 usg. Sankcja utraty mandatu radnego pochodzącego z wyboru, ingerująca w wolę powszechną, musi być wymierzona w sytuacji zaistnienia przesłanek wynikających z art. 24f ust. 1 usg w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości (wyrok NSA z 5 listopada 2014 r., sygn. akt II OSK 2397/14).

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 31 stycznia 2013 r., sygn. akt II OSK 2926/12, stwierdził, że wykładnia celowościowa art. 24f ust. 1 usg prowadzi do wniosku, że o prowadzeniu przez radnego działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy można mówić wtedy, gdy radny korzysta z mienia gminnego na uprzywilejowanych zasadach, wykorzystując swoją pozycję w gminie. Podobną linię przyjął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu z 5.04.2017 r. (sygnatura akt: IV SA/Po 909/16), stwierdzając, że o prowadzeniu przez radnego działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia gminy można mówić wtedy, gdy radny korzysta z niego na uprzywilejowanych zasadach. Gdy radny ko-

rzysta z mienia gminy, które jest powszechnie dostępne, nie dochodzi do naruszenia zakazu z art. 24f ust. 1 usg. Nie zmienia to faktu, że sankcja w postaci wygaśnięcia mandatu przy spełnieniu omawianych przesłanek powinna być bezwzględnie uchwalona przez właściwą radę gminy. W wyroku NSA z 25 września 2012 r. (sygn. akt II OSK 2071/12) sąd zwrócił uwagę na cel prowadzenia przez radnego działalności gospodarczej (polegającej na zarządzaniu nieruchomościami wspólnot mieszkaniowych) w postaci czerpania korzyści finansowych z wykorzystaniem mienia jednostki samorządowej. Z kolei w wyroku NSA z 22 stycznia 2013 r. (sygn. akt II OSK 2864/12) dotyczącym radnego, który pełnił jednocześnie funkcję członka zarządu stowarzyszenia, które statutowo nie prowadziło działalności gospodarczej, ale wynajmowało osobie trzeciej boisko będące mieniem gminnym, w ocenie sądu wystarczyło, aby określić, że stowarzyszenie faktycznie podjęło działania o charakterze gospodarczym nastawionym na korzyść majątkową.

Warto jednak pamiętać, że rada gminy nie może zbyt pochopnie pozbawić radnego mandatu. Powinna rozważyć wystąpienie wszystkich koniecznych przesłanek utraty funkcji i rzetelnie ustalić wszystkie okoliczności, które uzasadniają takie rozstrzygnięcie. Automatyczne pozbawienie funkcji może się zakończyć stwierdzeniem nieważności tak przyjętego aktu – przykład takiego wygaszenia mandatu przez radę gminy był przedmiotem orzekania przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Rzeszowie w wyroku z 25 listopada 2015 r. (sygn. akt II SA/Rz 1476/15).

Stanowisko zajęte przez NSA w wyroku z 25 października 2012 r. (II OSK 2357/12, przywoływane również w wyroku z 1 października 2013 r. (sygn. akt II OSK 2255/13) podnosi, że nie można stosować art. 24f usg w każdym nie do końca wyjaśnionym przypadku, aby nie doprowadzić do sytuacji, kiedy radnymi będą mogli być jedynie emeryci, renciści i bezrobotni. Tak więc nie każde korzystanie przez radnego z mienia komunalnego narusza przepisy antykorupcyjne, a tym samym zasługuje na tak daleko idącą sankcję. ■

\* *Uniwersytet Warszawski, Kancelaria Radcy Prawnego Iwony Renz*