

**KANCELARIA RADCY PRAWNEGO.
TATIANA CIERNIEWSKA-KOZŁOWSKA**

ul. Ogrodowskiego 1c/3c

63-700 Krotoszyn

e-mail tatiana.cierniewska@radcawielkopolski.pl

NIP: 621-161-97-16

TEL. 508 053 278

rachunek bankowy: BZ WBK SA O/Krotoszyn 89 1090 1157 0000 0001 0636 7134

Krotoszyn, dnia 21 września 2011 r.

OPINIA PRAWNA

I. CEL OPINII

Odpowiedź na pytanie : czy pełnienie funkcji przez radnych Rady Gminy Rozdrażew w organach kółek rolniczych działających na terenie Gminy, Spółdzielni Kółek Rolniczych w Rozdrażewie, a także czy fakt dzierżawy przez radnego gruntu gminnego naruszają zakaz określony w art. 24f ustawy o samorządzie gminnym?

II. PODSTAWA PRAWNA OPINII:

- Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. 2001 r. Nr 142, poz. 1591, ze zm.), w tym w szczególności: „Art. 24f. 1. Radni nie mogą 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. 1a. Jeżeli radny przed rozpoczęciem wykonywania mandatu prowadził działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 1, jest obowiązany do zaprzestania prowadzenia tej działalności gospodarczej w ciągu 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania. Niewypełnienie obowiązku, o którym mowa w zdaniu pierwszym, stanowi podstawę do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego w trybie art. 190 ustawy, o której mowa w art. 24b ust. 6. (...)”
- USTAWA z dnia 16 lipca 1998 r. Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw (t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 176, poz. 1190, ze zm.), w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy z dn. 5 stycznia 2011 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Kodeks wyborczy (Dz. U. Nr 21, poz. 113, ze zm.), w tym w szczególności: „Art. 190. 1. Wygaśnięcie mandatu radnego następuje wskutek:
 - 1) odmowy złożenia ślubowania;
 - 1a) (utracił moc);
 - 1b) niezłożenia w terminach, określonych w odrębnych przepisach, oświadczenia o swoim stanie majątkowym;

- 2) *pisemnego zrzeczenia się mandatu;*
- 2a) *naruszenia ustawowego zakazu łączenia mandatu radnego z wykonywaniem określonych w odrębnych przepisach funkcji lub działalności;*
- 2b) *wyboru na wójta (burmistrza, prezydenta miasta);*
- 3) *utrąty prawa wybieralności lub braku tego prawa w dniu wyborów;*
- 4) *(uchylony);*
- 5) *śmierci.*
2. *Wygaśnięcie mandatu radnego w przypadkach określonych w ust. 1 stwierdza rada w drodze uchwały, najpóźniej w 3 miesiące od wystąpienia przyczyny wygaśnięcia mandatu.*
3. *W przypadkach określonych w ust. 1 pkt 1, 1b, 2a i 3 przed podjęciem uchwały o wygaśnięciu mandatu należy umożliwić radnemu złożenie wyjaśnień.*
4. *Uchwałę rady o wygaśnięciu mandatu radnego doręcza się niezwłocznie zainteresowanemu i przesyła wojewodzie oraz komisarzowi wyborczemu.*
5. *Jeżeli radny przed dniem wyboru wykonywał funkcję lub prowadził działalność, o której mowa w ust. 1 pkt 2a, obowiązany jest do zrzeczenia się funkcji lub zaprzestania prowadzenia działalności w ciągu 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania.*
6. *W przypadku niezrzeczenia się funkcji lub niezaprzestania prowadzenia działalności przez radnego w terminie, o którym mowa w ust. 5, rada stwierdza wygaśnięcie mandatu radnego, w drodze uchwały, najpóźniej po upływie miesiąca od upływu tego terminu."*

III. STAN FAKTYCZNY

Załącznikiem do niniejszej opinii jest pismo Wójta Gminy Rozdrażew, w którym zostały sformułowane pytania prawne i stany faktyczne, na kanwie których te zastrzeżenia powstały. Mając powyższe na uwadze sporządzając niniejszą opinię, odnosić się będę kolejno do przedstawionych w piśmie sytuacji – wg kolejności tam wskazanej.

IV. ANALIZA PRAWNA

Ogólnie rzecz ujmując, stwierdzić należy w pierwszej kolejności, co następuje.

Cytowana w punkcie II niniejszej opinii ustawa o samorządzie gminnym wprowadza ograniczenie w zakresie jednoczesnego sprawowania mandatu radnego i prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny mandat uzyskał. Zakaz dotyczy zarówno działalności indywidualnej, jak i prowadzonej wspólnie z innymi osobami. Rozstrzygające dla stwierdzenia naruszenia zakazu łączenia mandatu z działalnością gospodarczą z wykorzystaniem mienia komunalnego jest, w pierwszej kolejności zidentyfikowanie rodzaju działalności zawodowej radnego, w następnej

roli, jaką radny pełni prowadząc działalność wspólnie z innymi osobami oraz wskazanie mienia komunalnego, jakie w związku z tą działalnością jest wykorzystywane przez dany podmiot.

"Zasadniczym celem rozwiązań antykorupcyjnych zawartych w ustawach samorządowych jest wyeliminowanie sytuacji, gdy radny, poprzez wykorzystywanie funkcji radnego, uzyskiwałby nieuprawnione korzyści dla siebie lub bliskich. 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" (wyr. NSA z 12 VI 2007 r., II OSK 132/07). W związku z tym komentowany przepis zabrania radnym:

- 1) prowadzenia na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat,
- 2) zarządzania taką działalnością,
- 3) pełnienia funkcji przedstawiciela i pełnomocnika w prowadzeniu takiej działalności.¹

Definicję legalną działalności gospodarczej określa ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, ze zm.), wskazując, iż działalność ta musi mieć charakter zarobkowy, może być wytwórcza, budowlana, handlowa, bądź usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa. Dodatkowo winna być wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły (art. 2). Bez znaczenia dla wykazania charakteru działalności gospodarczej jest podleganie obowiązkowi jej ewidencjonowania zgodnie z ustawą. I tak np. prowadzenie indywidualnego gospodarstwa rolnego mieści się w pojęciu działalności gospodarczej, wg w/w przesłanek, mimo że rolnik taki nie ma obowiązku rejestrowania tej działalności w ewidencji działalności gospodarczej, czy w KRS. Powyższe potwierdza bogate orzecznictwo sądowe, jak np. wyrok NSA w Warszawie z dn. 6 maja 2009 r. (sygn. akt: II OSK 49/09), z dn. 22.09.2009 r. (sygn. akt: II OSK 1917/08).

Z kolei zarządzanie działalnością gospodarczą polega na posiadaniu kompetencji do podejmowania wiążących decyzji w zakresie prowadzonej działalności. Kompetencja taka może przysługiwać danej osobie jako organowi jednoosobowemu (jak to ma miejsce np. w przypadku dyrektora przedsiębiorstwa państwowego lub jednoosobowego zarządu spółki handlowej) albo jako członkowi kolegialnego organu zarządzającego podmiotem gospodarczym (np. zarządu spółki akcyjnej)². Zgodnie z WSA w Krakowie z dn. 30 września 2008 r.:

„Zakaz "zarządzania taką działalnością" wyrażony w art. 24f ust. 1 u.s.g. należy interpretować jako zakaz sprawowania zarządu działalnością gospodarczą w szerokim tego słowa znaczeniu. Nie można zatem podzielić argumentu skarżącej, że pozostaje ona poza

¹ Jyż Gabriela, Pławecki Zbigniew, Szewc Andrzej, Komentarz do art.24(f) ustawy o samorządzie gminnym, Wyd. ABC 2010

² op. cit.

zakresem tego przepisu, albowiem była tylko jednym z członków kilkusobowego zarządu, nie ona zatem "zarządza" tą działalnością, lecz organ spółki – zarząd. Niewątpliwie bowiem sprawowanie funkcji jednego z kilku członków kolegiального organu spółki prowadzącej działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia komunalnego mieści się w zakresie ustawowego zakazu zarządzania taką działalnością przez radnego jako podmiot sprawujący funkcję publiczną. Ustawowy zakaz łączenia prowadzonej działalności z wykonywaną funkcją publiczną ma szeroki zakres i obejmuje zarówno zarządzanie samodzielne, jak też w ramach kolegiального organu, w charakterze pracownika, jak też w innym charakterze, odpłatnie i nieodpłatnie."

Ad 1) RADNY ZDZISŁAW FILIPIAK

W przedstawionym stanie faktycznym stwierdzić można, iż podmiot, jakim jest Kółko Rolnicze, zorganizowane jako spółdzielnia, może i prowadzi działalność gospodarczą. W tym zakresie mieści się również usługowe i zarobkowe wynajmowanie sali wiejskiej, stanowiącej mienie komunalne, na imprezy okolicznościowe osobom trzecim.

Radny Zdzisław Filipiak pełni funkcję w zarządzającym organie kolegiальnym, w którym, zgodnie z zapisami w KRS: „oświadczenia woli także w sprawach majątkowych w imieniu kółka rolniczego podpisują pod pieczęcią kółka rolniczego dwaj członkowie zarządu, w tym prezes lub wiceprezes”. Z tego wynika, że skarbnik Kółka rolniczego bierze bezpośredni udział w zarządzaniu podmiotem.

W świetle ustalonego stanu prawnego i faktycznego stwierdzić należy, iż pełnienie przez radnego Gminy Rozdrażew funkcji skarbnika Kółka Rolniczego, które prowadzi działalność z wykorzystaniem mienia gminnego, narusza zakaz określony w art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, co rodzi konsekwencje określone w art. 190 Ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw.

Ad 2) RADNI LUCJAN ZMYŚLONY I ZDZISŁAW FILIPIAK

Zapytanie złożono w związku z uczestnictwem w/w radnych w organie, jakim jest Rada Nadzorcza Spółdzielni Kółek Rolniczych. Z zapisów statutu wynika po pierwsze, iż podmiot prowadzi działalność, jak przedstawiono w opisie stanu faktycznego, także na mieniu gminnym; po drugie rada nadzorcza – jest czternastoosobowa i sprawuje nadzór nad działalnością Spółdzielni. Opisywana w tym przypadku sytuacja jest zgoła inna od poprzedniej. Art. 24 f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym zakazuje bowiem prowadzenia 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. Pojęcie zarządzania działalnością gospodarczą zostało opisane na wstępie tej analizy i stwierdzić należy, że zasiadanie w organie nadzoru nad taką działalnością, mieści się poza zakresem zarządu. Inne są kompetencje zarządu i rady nadzorczej, która nie występuje w imieniu podmiotu na zewnątrz, nie podejmuje decyzji, nie prowadzi spraw Spółdzielni. Potwierdza to stanowisko wyrażone przez wyrok NSA w Warszawie z dn. 6 grudnia 2010 r. (sygn. akt: II OSK 2452/10), którego teza brzmi: „1. Statusu członka zarządu banku spółdzielczego, jako osoby zarządzającej działalnością banku nie można automatycznie przyporządkować członkowi rady nadzorczej takiego banku. Stosownie do art. 44 Prawa spółdzielczego rada sprawuje kontrolę i nadzór na działalnością spółdzielni. Zatem jest to organ nadzorczy, a nie zarządzający. Członkowie rady nadzorczej nie mają prawa prowadzenia spraw banku spółdzielczego, a co za tym idzie nie są osobami zarządzającymi działalnością gospodarczą z wykorzystaniem mienia komunalnego. 2. Przepisu art. 24f ust. 1 u.s.g., który jest przepisem restrykcyjnym, nie należy wyklądać nadmiernie szeroko. Dlatego brak jest podstaw, aby pojęcie zarządzania działalnością gospodarczą z wykorzystaniem mienia komunalnego odnosić nie tylko do funkcji, z którymi wiążą się faktyczne kompetencje do kierowania, administrowania daną działalnością, lecz także do funkcji nadzorczych, przypisanych radzie nadzorczej banku spółdzielczego.” Sporządzająca niniejszą opinie w pełni podziela zdanie Sądu, a co za tym idzie stoi na stanowisku, iż radni: Lucjan Zmyślony i Zdzisław Filipiak – z tytułu pełnienia funkcji w Radzie Nadzorczej Spółdzielni Kółek Rolniczych w Rozdrażewie – nie naruszają zakazu określonego w art. 24f ustawy o samorządzie gminnym.

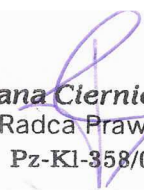
Ad 3) RADNY WIESŁAW JANKOWSKI

W przedstawionym stanie faktycznym nie zachodzi kolizja z art. 24 f ustawy o samorządzie gminnym. Ustawa nie zabrania radnym prowadzenia jakiegokolwiek działalności, a tylko prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego. Zważywszy na fakt, iż zgodnie z przedstawionym opisem działalności Kółka Rolniczego w Dąbrowie, którego Prezesem jest radny Jankowski, kierowany przez niego podmiot ani nie prowadzi działalności gospodarczej, ani tym bardziej nie wykorzystuje do tego celu mienia komunalnego.

Ad 4) RADNY DARIUSZ KOLENDA

Zakres pojęcia "działalność gospodarcza" obejmuje także działalność wytwórczą w rolnictwie (wyrok WSA we Wrocławiu z dn. 8 grudnia 2010 r., sygn. akt: III SA/Wr 717/10). Przedmiotowe orzeczenie wyraża ustalona już linię orzecznictwa sądowego opartego na analogicznych stanach faktycznych. Prowadzenie indywidualnego gospodarstwa rolnego

mieści się w pojęciu działalności gospodarczej, co zostało wykazane powyżej, na wstępie analizy. Prowadzenie gospodarstwa rolnego z wykorzystaniem gruntów gminnych, objętych w dzierżawę narusza zatem zakaz określony w art. 24 f ustawy o samorządzie gminnym. Zgodnie z wyrokiem NSA w Warszawie z dn. 17 października 2008 r. (sygn. akt: II OSK 1004/08): „Skoro skarżący prowadzi gospodarstwo rolne i dzierżawi nieruchomość rolną od gminy, to bez względu na to, czy faktycznie uprawia on dzierżawioną działkę i czy przynosi mu to rzeczywisty dochód, trafnie Sąd uznał, że prowadzi on działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia gminy.” Z kolei wyrok WSA w Gdańsku z dn. 18 września 2008 r. (sygn. akt: III SA/Gd 217/08) stwierdza, iż: „Prowadzenie gospodarstwa rolnego przez radnego z wykorzystaniem wydzierżawionych od gminy gruntów rolnych, będących mieniem gminy, w której radny uzyskał mandat, jest prowadzeniem działalności gospodarczej, o której mowa w art. 24f ust. 1 u.s.g.” Prowadzenie gospodarstwa rolnego przez radnego z wykorzystaniem wydzierżawionych od gminy gruntów rolnych, będących mieniem gminy, w której radny uzyskał mandat, jest prowadzeniem działalności gospodarczej, o której mowa w art. 24f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym. Nie stanowi jej natomiast, a tym samym nie jest objęte hipotezą komentowanego przepisu, "prowadzenie działalności gospodarczej z wykorzystaniem [prawa] użytkowania wieczystego" (wyr. WSA w Lublinie z 2 VII 2004 r., III SA/Lu 239/04; wyr. NSA z 17 II 2005 r., OSK 1629/04; wyr. NSA z 5 VII 2005 r., OSK 1738/04; wyr. NSA z 19 XII 2005 r., II OSK 377/05; wyr. WSA w Warszawie z 19 VII 2006 r., II SA/Wa 90/06; wyr. NSA z 8 VIII 2006 r., II OSK 753/06; wyr. WSA w Lublinie z 31 I 2008 r., III SA/Lu 2/08). W świetle przytoczonych tez wyroków sądowych, można stwierdzić, że linia orzecznicza jest w opisanej sytuacji ustalona i jednoznaczna, a wynika z niej wnioski, iż dzierżawienie gruntów gminnych w ramach prowadzonego przez radnego gospodarstwa rolnego, stanowi naruszenie art. 24 f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym.



Tatiana Cierniewska
Radca Prawny
Pz-KI-358/05

Załączniki:

- Pismo Wójta Gminy Rozdrażew z dn. 12.09.2011 r.