

Poznań, dnia 28 października 2020 r.

## OPINIA PRAWNA

### sporządzona dla Arkadiusza Cebulskiego i Czesława Tomczaka radnych Rady Miejskiej w Mosinie

#### Stan faktyczny

Arkadiusz Cebulski i Czesław Tomczak są radnymi Rady Miejskiej w Mosinie. Radni prowadzą działalności gospodarcze. Arkadiusz Cebulski prowadzi zakład szewski oraz wykonuje usługi dorabiania kluczy. Czesław Tomczak prowadzi sklep ogólnospożywczy. W czasie trwania kadencji 2018-2023 Rady Miejskiej w Mosinie ww. radni świadczyli usługi na rzecz Urzędu Miejskiego w Mosinie. Radny Arkadiusz Cebulski wykonywał usługę polegającą na dorabianiu kluczy, natomiast radny Czesław Tomczak sprzedawał produkty spożywcze. Usługi te były odpłatne. Z tytułu tych świadczeń radni wystawiali na rzecz gminy Mosina faktury, których zapłata następowała z budżetu gminy Mosina. Środki budżetowe bezspornie stanowią mienie komunalne gminy Mosina, co rodzi pytanie, czy radni naruszyli ustawowy zakaz prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego.

#### Stan prawny

Zgodnie z art. 24f ust. 1 i 1a ustawy z dnia 8 marca 1990r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2020r. poz. 713 z późn. zm.) 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. 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. 383 ustawy, o której mowa w art. 24b ust. 6.

Należy zatem rozważyć, czy wyżej opisane działania radnych uznać można za prowadzenie działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego w rozumieniu art. 24f ust. 1 u.s.g., a tym samym czy została spełniona przesłanka do stwierdzenia wygaśnięcia mandatów.

Działalność gospodarcza jest pojęciem posiadającym ustawową definicję. Legalna definicja tego pojęcia została zawarta w art. 2 ustawy z dnia 02 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2004r. nr 173, poz.1807 z późn. zm.). W myśl tego przepisu działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także

działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. W obrębie pojęcia działalności gospodarczej mieści się również działalność wytwórcza w rolnictwie w zakresie upraw rolnych oraz chowu i hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego, a także wynajmowania przez rolników pokoi, sprzedaży posiłków domowych i świadczenia w gospodarstwach rolnych innych usług związanych z pobytem turystów oraz wyrobu wina przez producentów będących rolnikami wyrabiającymi mniej niż 100 hektolitrów wina w ciągu roku gospodarczego, o których mowa w art. 17 ust. 3 ustawy z 12.05.2011r. o wyrobie i rozlewie wyrobów winiarskich, obrocie tymi wyrobami i organizacji rynku wina (Dz.U. z 2016r. poz. 859 ze zm.). Co prawda do działalności tej nie stosuje się przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, jednakże jest ona objęta zakazem, o którym mowa w art. 24f u.s.g. Jak bowiem słusznie podkreślono w doktrynie, działalność rolnicza jest także działalnością gospodarczą.

Analizując pojęcie działalności gospodarczej z punktu widzenia ograniczeń antykorupcyjnych, należy wskazać, że zgodnie z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 02.06.1993r., sygn. W 17/93, opubl. OTK 1993/2, poz. 44, „nie jest prowadzeniem działalności gospodarczej korzystanie z powszechnie dostępnych usług, zakładów, przedsiębiorstw, instytucji i urzędzeń miejskich na warunkach ogólnych oraz stosunków wynikających z najmu pomieszczeń dla własnych celów mieszkalnych lub handlowo-przemysłowych i dzierżawy drobnych parceli, jeżeli najem lub dzierżawa oparte są na warunkach ustalonych powszechnie dla danego typu przedmiotów najmu lub dzierżawy”. Wprawdzie uchwała ta została podjęta na gruncie nieobowiązujących już przepisów, jednakże przytoczona w niej argumentacja pozostaje aktualna. A. Wierzbica [w:] Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, wyd. II, red. B. Dolnicki, Warszawa 2018, art. 24(f).

Przesłanka prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego była przez pewien czas traktowana w orzecznictwie sądów administracyjnych rygorystycznie, uznając, iż zakaz wyrażony w art. 24f ust. 1 u.s.g. jest absolutny. Jednakże, co jest szczególnie podkreślane w najnowszym orzecznictwie, rygoryzm w stosowaniu przepisu art. 24f u.s.g. nie może prowadzić do automatyzmu, a zakaz należy interpretować z punktu celowości regulacji. Zmiana linii orzeczniczej w tym zakresie została już dostrzeżona w piśmiennictwie.

Co do rozumienia przesłanki wykorzystywania mienia coraz wyraźniej w judykaturze zarysowuje się rozbieżność poglądów w tym przedmiocie. Część orzecznictwa opowiada się za ścisłym, literalnym rozumieniem wskazanego pojęcia, nieuwzględniającym żadnych odstępstw (można określić je jako tradycyjne podejście do wykładni art. 24f ust. 1 u.s.g.). Z kolei część skłania się ku interpretacji zawężającej, opartej zazwyczaj na dyrektywach wykładni celowościowej. Ten sposób wykładni prezentowany jest w nowszym orzecznictwie, jest to **podejście zdecydowanie bardziej liberalne i prowadzi w konsekwencji do wyłączenia określonych stanów faktycznych spod zakazu określonego w art. 24f ust. 1 u.s.g.** Zaprezentowany swoisty dualizm doskonale widać na przykładzie dwóch wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego – jednego z 2011r., drugiego z 2014r. W pierwszym NSA przyjmuje, że „także jednorazowe działanie polegające na wykorzystaniu mienia gminy przy prowadzeniu działalności gospodarczej, nawet jeżeli to konkretne działanie nie prowadzi bezpośrednio do

zysku musi skutkować wygaśnięciem mandatu radnego. Przepis art. 24f ust. 1 nie pozostawia luzu decyzyjnego w tym zakresie. Organ nie może uzależniać decyzji o wygaśnięciu mandatu radnego od stopnia przewinienia". Z kolei w tym drugim judykacie przyjęto, że „osoba zasiadająca w radzie gminy nie może zostać pozbawiona mandatu, jeżeli instytucja, którą kieruje, korzysta incydentalnie z mienia komunalnego w ramach statutowych zadań” (por. wyrok NSA z dnia 30 sierpnia 2011r., sygn. akt II OSK 140/11, opubl. LEX nr 988196; wyrok NSA z dnia 14 października 2014r., sygn. akt II OSK 2369/14, Dziennik Gazeta Prawna z dnia 15 października 2014r., s. 7). A. Rzetecka-Gil [w:] Samorząd gminny. Komentarz do przepisów o charakterze antykorupcyjnym, Gdańsk 2015, art. 24(f).

Dla przykładu wskazać należy kilka nowszych orzeczeń sądów administracyjnych, doprecyzowujących zakres zakazu wyrażonego w art. 24f ust. 1 u.s.g.

W wyroku NSA z 26 października 2017r., sygn. akt II OSK 2058/17 Sąd wskazał, że mając na uwadze cel zakazu prowadzenia przez radnych działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, nie można uznać, że „**korzystanie z mienia gminnego na zasadzie powszechnej dostępności usług na warunkach ogólnych czy też na warunkach ustalonych powszechnie dla danego typu czynności prawnych może podważać osiągnięcie tego celu, ponieważ w tych przypadkach nie zachodzi obawa wykorzystania mandatu radnego do uzyskania innych korzyści, aniżeli dostępne dla wszystkich członków wspólnoty samorządowej. [...] sankcja utraty mandatu radnego pochodzącego z wyboru, ingerująca w wolę powszechną, musi być zastosowana w sytuacji zaistnienia w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości przesłanek wynikających z normy prawa materialnego, nakazujących wygaszenie takiego mandatu** W orzecznictwie zwraca się też uwagę, że dyspozycja przepisu art. 24f ust. 1 u.s.g. wyraźnie wskazuje, że wykorzystanie mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat ma pozostawać w związku funkcjonalnym z prowadzoną przez radnego działalnością gospodarczą, a zatem mienie komunalne ma służyć działalności gospodarczej prowadzonej przez radnego (wyroki NSA z 13 października 2009 r., II OSK 1080/09 i z 13 lutego 2018 r., II OSK 3274/17). Przyjmuje się, że **przepisy normujące wygaszanie mandatu radnego nie mają charakteru bezwzględnego, albowiem służą zapobieżeniu jedynie takiej sytuacji, w której występuje rzeczywiste zagrożenie angażowania się radnego w sytuacje mogące poddawać w wątpliwość autorytet konstytucyjnych organów Państwa oraz osłabiać zaufanie wyborców i opinii publicznej do ich prawidłowego funkcjonowania** (por. wyrok NSA z 18 lutego 2016 r., sygn. akt II OSK 2759/15, niepubl.). Z przytoczonych uwag wynika, że przy stosowaniu art. 24f ust. 1 u.s.g. w każdej sprawie należy uwzględniać to, aby **ingerencja w prawo wykonywania mandatu radnego pozostawała w racjonalnej i odpowiedniej proporcji do celów, dla których ustanowiono zakaz wprowadzony tym przepisem** (wyrok NSA z dnia 22 listopada 2019r., sygn. akt II OSK 3186/19, niepubl.)”. W uzasadnieniu wyroku Sąd podkreślił, iż akceptując wszystkie stanowiska orzecznictwa nie można zapominać o tym, że „**ugruntowanie się nawet najbardziej restrykcyjnych poglądów dotyczących stosowania prawa nie może nigdy prowadzić do bezrefleksyjnego automatyzmu. W prawie administracyjnym, zwłaszcza gdy chodzi o formy władcze, nigdy ogólny pogląd co do celów danej instytucji prawnej nie może przysłonić indywidualnej specyfiki sprawy. W szczególności należy zważać, czy stosując prawo nie dochodzi do wypaczenia ratio legis regulacji, a już zwłaszcza, czy inne skorelowane prawa nie**

*doznają nieproporcjonalnego uszczerbku.” W przekonaniu Sądu stosowanie normy zawartej w art. 383 § 1 pkt 5 k.w. w zw. z art. 24f § 1 u.s.g. także nie może mieć miejsca bez uwzględnienia jej celu, zaś ocena konkretnych okoliczności zastosowania tych przepisów musi brać pod uwagę proporcjonalność przyczyn do zastosowanej sankcji, która bezpośrednio ingeruje - co ważne - w wyniki wyborów samorządowych i bierne prawo wyborcze, podlegające konstytucyjnej ochronie. W orzecznictwie wielokrotnie (zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 maja 2013 r., II OSK 834/13) w tym kontekście powoływano wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 marca 2007 r., K 8/07 (OTK-A 2007/3/26). Sąd konstytucyjny w jego uzasadnieniu stwierdził, że *wygaśnięcie mandatu dotyka zarówno czynnego, jak i biernego prawa wyborczego. Ulega w ten sposób przekreśleniu zasada trwałości mandatu pochodzącego z wyborów bezpośrednich. Bierne prawo wyborcze obejmuje uprawnienie do bycia wybranym, a także sprawowania mandatu uzyskanego w wyniku niewadliwie przeprowadzonych wyborów. Istnieje możliwość pozbawienia mandatu na zasadach przewidzianych w ustawie i z przyczyn koniecznych w demokratycznym państwie prawa, jednakże przyczyny te podlegają kontroli konstytucyjności z punktu widzenia proporcjonalności przyczyn decydujących o przekreśleniu wyniku wyborów. Nakaz zachowania proporcjonalności normowania powoduje, że przyczyna decydująca o wygaśnięciu mandatu musi być na tyle poważna, aby zniweczenie wyników wyborów było usprawiedliwione w świetle tego właśnie standardu konstytucyjnego.* Podkreślenia wymaga także myśl Trybunału, **że automatyzm i rygoryzm w zakresie stanowienia i stosowania przepisów dotyczących wygaśnięcia mandatu pochodzącego z wyborów prowadzi do podważenia równowagi między prawami wybieranych oraz wyborców a koniecznością osiągnięcia celów, którym służą nakazy i zakazy nakładane na osoby, które uzyskały mandat w wyniku wyborów, co prowadzi do naruszenia konstytucyjnej zasady proporcjonalności.***

Trybunał Konstytucyjny wskazał również, że brak proporcjonalności, wyrażający się w zrównaniu sankcji wobec osoby, która świadomie, w sposób trwały uchyliła się od realizacji obowiązku nałożonego przez ustawę, a tym samym uniemożliwia osiągnięcie jej celu, i wobec osoby dopuszczającej się nieznacznego uchybienia w zakresie formalnych przesłanek realizacji tego obowiązku - stanowi europejski standard krytycznej oceny takiego rozwiązania legislacyjnego (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 lutego 1996 r., C-193/94, (...), pkt 37-38). (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 30 stycznia 2020 r. II SA/Po 20/20)

Mając na uwadze cel omawianego zakazu nie można uznać, iż korzystanie z mienia gminnego na zasadzie powszechnej dostępności usług na warunkach ogólnych, czy na warunkach ustalonych powszechnie dla danego typu czynności prawnych, może podważać osiągnięcie tego celu, ponieważ w tych przypadkach nie zachodzi obawa wykorzystania mandatu radnego do uzyskania innych korzyści, aniżeli dostępne dla wszystkich członków wspólnoty samorządowej. (tak: wyrok NSA z dnia 2 października 2018r., sygn.. akt II OSK 2008/18, niepubl.)

Podkreślić należy, że na gruncie przepisu art. 24f ust. 1 u.s.g. judykatura przyjmuje, że określony w nim zakaz nie ma charakteru bezwzględnego, a więc nie oznacza, że jakiegokolwiek korzystanie przez radnego z mienia komunalnego pozostające w związku funkcjonalnym z

prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą powoduje skutek w postaci wygaśnięcia jego mandatu. ***O prowadzeniu przez radnego działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego można mówić wtedy, gdy radny korzysta z mienia gminnego na uprzywilejowanych zasadach, wykorzystując swoją pozycję w gminie. Natomiast w przypadkach korzystania przez radnego dla celów prowadzonej przez niego działalności gospodarczej z mienia komunalnego na zasadzie powszechnej dostępności do tego mienia lub na warunkach powszechnie ustalonych w odniesieniu do danego typu czynności prawnych nie dochodzi do naruszenia omawianego zakazu*** (tak np. wyrok NSA z dnia 5 listopada 2010r., sygn. akt II OSK 1714/10, LEX nr 746748; wyrok NSA z dnia 6 grudnia 2017r. sygn. akt II OSK 2683/17).

Przedstawiony wyżej pogląd został podzielony w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 grudnia 2015r., sygn. akt II OSK 2727/15, niepubl., w którym Sąd podniósł, że z wykładni celowościowej art. 24f ust. 1 u.s.g. wynika, iż 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. Natomiast w przypadkach korzystania przez radnego dla celów prowadzonej przez niego działalności gospodarczej z mienia gminy ***na zasadzie powszechnej dostępności do tego mienia lub na warunkach powszechnie ustalonych w odniesieniu do danego typu czynności prawnych dla wszystkich mieszkańców gminy, nie dochodzi do naruszenia zakazu z art. 24f ust. 1 u.s.g., a w konsekwencji również do naruszenia art. 21f ust. 1a u.s.g.***

Przepisy art. 24f ustawy o samorządzie gminnym należy również postrzegać w aspekcie ograniczenia praw i wolności chronionych konstytucyjnie, nie można więc ich stosować w drodze wykładni rozszerzającej w każdym nie do końca wyjaśnionym przypadku, aby nie doprowadzić do sytuacji, kiedy radnymi będą mogli być jedynie emeryci, renciści i bezrobotni, co by stanowiło wypaczenie ratio legis tych przepisów. (tak: wyrok NSA z dnia 25 października 2012r., sygn. akt II OSK 2357/12, niepubl.).

## Podsumowanie

W niniejszej sprawie bezspornym jest, iż radni otrzymali wynagrodzenie pochodzące ze środków budżetowych gminy Mosina. Nie ulega również wątpliwości, iż środki finansowe pochodzące z budżetu gminy stanowią mienie komunalne. Pozostaje zatem rozważyć, czy radni dokonując sprzedaży usług i towarów na rzecz Urzędu Miejskiego naruszyli ustawowy zakaz prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego.

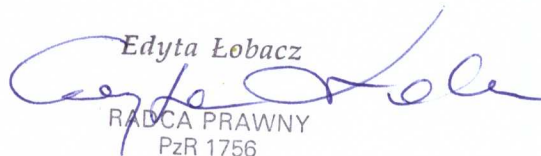
W świetle wyżej przytoczonego najnowszego orzecznictwa sądów administracyjnych przy ocenie, czy spełnione zostały przesłanki stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego należy brać pod uwagę, czy wykorzystywanie przez radnego mienia komunalnego odbywało się lub potencjalnie mogło odbywać się z wykorzystaniem pozycji radnego. Takiej wykładni art. 24f u.s.g. należy dokonać mając na uwadze antykorupcyjny charakter tej regulacji.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż radni świadczą usługi o charakterze powszechnym (dorabianie kluczy, sprzedaż artykułów spożywczych), a umowy zawierane na świadczone przez nich usługi miały charakter adhezyjny. Podkreślenia również wymaga, iż Arkadiusz Cebulski jest jedynym przedsiębiorcą na terenie gminy Mosina świadczącym usługi w zakresie dorabiania kluczy. Z przedstawionego stanu faktycznego nie wynika, aby radni świadcząc usługi na rzecz Urzędu Miejskiego świadczyli je na warunkach odmiennych niż dla innych podmiotów. Rodzaj świadczonych usług i sprzedawanych towarów prowadzi do konkluzji, iż radni nie korzystali z mienia komunalnego na uprzywilejowanych zasadach.

W tym stanie rzeczy trudno jest uznać, aby naruszony został przepis art. 24f usg. i w ocenie opiniującej brak jest podstaw prawnych do stwierdzenia wygaśnięcia mandatów radnych Arkadiusz Cebulskiego i Czesława Tomczaka.

### Podstawa prawna

- ustawa z dnia 8 marca 1990r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2020r., poz. 713 z późn. zm.)
- ustawa z dnia 5 stycznia 2011r. Kodeks wyborczy (Dz. U. z 2020r., poz. 1319)
- ustawa z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2004r. nr 173, poz.1807 z późn. zm.)
- orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
- orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego

*Edyta Łobacz*  
  
RADCA PRAWNY  
PzR 1756