

**Doc. JUDr. Jozef SOTOLÁŘ, PhD.**

advokát

*zapísaný v zozname advokátov vedenom Slovenskou advokátskou komorou pod č. 0183*

tel./zázn.: 055/622 79 17

mobil: 0905 903 785

E-mail: sotolar@sotolar.sk

**ADVOKÁTSKA KANCELÁRIA**

040 01 Košice, Južná trieda 1

V Košiciach, 24. 02. 2011

***Titl.:***

***O b e c***

***do rúk starostu obce***

***S M I Ž A N Y***

---

***Vec: Odborné právne stanovisko***

Na základe žiadosti a v súlade so zmluvou o právnej pomoci zo dňa 17. 02. 2011 sme preštudovali príslušnú právnu úpravu, literatúru a judikatúru, ako aj zapožičané podklady a listiny a na základe toho podávame vo veci toto

***odborné právne stanovisko***

***Predmet***

*Predmetom stanoviska je odborné právne posúdenie zániku mandátu poslanca obecného zastupiteľstva a to v kontexte rozhodovacej a ostatnej činnosti orgánov obce Smižany – obecného zastupiteľstva a starostu obce. Rovnako tak je predmetom aj posúdenie tzv. závislej činnosti – resp. dohody v kontexte zákona o obecnom zriadení a to v súvislosti so zánikom mandátu poslanca obecného zastupiteľstva.*

## **Právny rozbor**

Z predložených podkladov ďalej vyplýva, že poslanec obecného zastupiteľstva - pán Jaroslav Šarišský zvolený v komunálnych voľbách dňa 27. 11. 2010, **zložil sľub dňa 27. 12. 2010** na zasadnutí obecného zastupiteľstva. Pri zložení sľubu poslanca alebo v súvislosti s touto voľbou **neuviedol žiadne dôvody**, ktoré by mu bránili vo výkone poslaneckého mandátu v obci Smižany.

Jaroslav Šarišský dňa 04. 01. 2010 uzavrel s obcou Smižany dohodu o pracovnej činnosti a to na dobu určitú – **do 31. 12. 2010**. Dohoda je riadne podpísaná oboma zmluvnými stranami. Predmetom tejto dohody o pracovnej činnosti bolo roznášanie obecných novín v rómskej osade **v rozsahu 10 hodín mesačne**. Za túto činnosť obec Smižany poskytovala tejto osobe odmenu.

K dohode o pracovnej činnosti boli mesačne vykonávané a vypisované (*zrejme ako podklad pre zúčtovanie a overenie reálneho výkonu činnosti*)– tzv. dochádzkové listiny. Z **dochádzkovej listiny za mesiac december 2010** jednoznačne vyplýva, že Jaroslav Šarišský reálne vykonal dohodnuté práce

- dňa 05. 12.2010 a to v rozsahu 4 hodiny
- a dňa 06. 12. 2010 v rozsahu 6 hodín,

Spolu teda odpracoval Jaroslav Šarišský ku dňu 06. 12. 2010 celý dohodnutý mesačný rozsah – t. j. 10 hodín. Zo zapožičanej listiny vyplýva tiež to, že vykonávanie práce bolo kontrolované – nachádza sa tu schvaľovací (ale nečitateľný) podpis.

Z predložených a zapožičaných podkladov od obce Smižany vyplýva aj to, že v mesiaci december 2010, ešte pred zložením sľubu poslanca Obecného zastupiteľstva obce Smižany, tento **opakovane navštívil obecný úrad** so žiadosťou o ukončenie dohody o pracovnej činnosti. Túto skutočnosť potvrdili aj zamestnanci obce pracujúci na obecnom úrade.

### **A./**

Podľa § 11 ods. 2 písm. b) zákona SNR č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon č. 369/1990 Zb.“) **funkcia poslanca je nezlučiteľná s funkciou zamestnanca obce, v ktorej bol zvolený.**

**Vychádzajúc z ustanovenia § 25 ods. 2 písm. h) zákona č. 369/1990 Zb. mandát poslanca zaniká v prípadoch podľa § 11 ods. 2.**

Poslanec je povinný skutočnosti podľa odseku 2 písm. d) f) a h) bezodkladne písomne oznámiť obci. (§ 25 ods. 3 zákona č. 369/1990 Zb.)

### **B./**

Podľa § 2 ods. 2 **zákona č. 311/2001 Z. z. - Zákonníka práce** v znení neskorších predpisov, platí, že právna úprava obsiahnutá v Zákonníku práce sa vzťahuje na právne

vzťahy vyplývajúce z výkonu verejnej funkcie, len vtedy ak to výslovne ustanovuje Zákonník práce alebo osobitný predpis.

Funkcia poslanca obecného zastupiteľstva je verejnou funkciou, a teda v súlade s **§ 2 ods. 2 Zákonníka práce**, sa na právne vzťahy vyplývajúce z výkonu jeho funkcie Zákonník práce vzťahuje **iba ak to výslovne ustanovuje alebo ak to ustanovuje osobitný predpis**.

Podľa § 137 ods. 2 Zákonníka práce výkon verejnej funkcie na účely tohto zákona je plnenie povinností vyplývajúcich z funkcie, ktorá je vymedzená funkčným obdobím alebo časovým obdobím a obsadzovaná na základe priamej voľby alebo nepriamej voľby alebo vymenovaním podľa osobitných predpisov. **Výkon funkcie poslanca obecného zastupiteľstva je aj z pohľadu Zákonníka práce výkonom verejnej funkcie.**

Z uvedenej právnej úpravy (predovšetkým z ustanovení § 25 ods.4 a 7 zákona o obecnom zriadení ako aj § 13b tohto zákona) je daný jednoznačný úmysel zákonodarcu odlíšiť postavenie poslancov obecného zastupiteľstva od právneho postavenia zamestnancov.

### C./

Vychádzajúc z ustanovenia § 1 ods. 1 a 2 zákona č. 311/2001 Z. z. - Zákonníka práce v znení neskorších predpisov tento zákon upravuje individuálne pracovnoprávne vzťahy v súvislosti s výkonom závislej práce fyzických osôb pre právnické osoby alebo fyzické osoby a kolektívne pracovnoprávne vzťahy.

Dohody o prácach vykonávaných mimo pracovného pomeru sú upravené v ustanoveniach § 223 a nasl. Zákonníka práce. Právny vzťah založený dohodou o prácach vykonávaných mimo pracovného pomeru je takým právnym vzťahom, na ktorý sa vzťahujú ustanovenia prvej časti Zákonníka práce. Zákonník práce používa na označenie zmluvných strán jednotný pojem - zamestnávateľ a zamestnanec.

V súlade s ustanoveniami Zákonníka práce pracovnoprávne vzťahy vznikajú najskôr od uzatvorenia pracovnej zmluvy alebo dohody o práci vykonávanej mimo pracovného pomeru, ak tento zákon alebo osobitný predpis neustanovuje inak. Podľa ust. § 11 cit. zákona zamestnanec je fyzická osoba, ktorá v pracovnoprávných vzťahoch, a ak to ustanovuje osobitný predpis, aj v obdobných pracovných vzťahoch vykonáva pre zamestnávateľa závislú prácu.

Z § 223 cit. zákona potom vyplýva, že zamestnávateľ môže na plnenie svojich úloh alebo na zabezpečenie svojich potrieb výnimočne uzatvárať s fyzickými osobami dohody o prácach vykonávaných mimo pracovného pomeru (dohodu o vykonaní práce, dohodu o pracovnej činnosti a dohodu o brigádnickej práci študentov), ak ide o prácu, ktorá je vymedzená výsledkom (dohoda o vykonaní práce) alebo ak ide o príležitostnú činnosť vymedzenú druhom práce (dohoda o pracovnej činnosti, dohoda o brigádnickej práci študentov).

Vychádzajúc z ustanovení § 228a Zákonníka práce na základe dohody o pracovnej činnosti možno vykonávať pracovnú činnosť v rozsahu najviac 10 hodín týždenne. Dohodu o pracovnej činnosti je zamestnávateľ povinný uzatvoriť písomne, inak je neplatná. V dohode o pracovnej činnosti musí byť uvedená dohodnutá práca, dohodnutá odmena za vykonanú prácu, dohodnutý rozsah pracovného času a doba, na ktorú sa dohoda uzatvára. Jedno vyhotovenie dohody o pracovnej činnosti je zamestnávateľ povinný vydať zamestnancovi.

Dohoda o pracovnej činnosti sa uzatvára na určitú dobu alebo na neurčitý čas. V dohode možno dohodnúť spôsob jej skončenia. Okamžité skončenie dohody možno dohodnúť len na prípady, v ktorých možno okamžite skončiť pracovný pomer. Ak spôsob skončenia nevyplýva priamo z uzatvorenej dohody, možno ju skončiť dohodou účastníkov k dohodnutému dňu a jednostranne len výpoveďou bez uvedenia dôvodu s 15-dennou výpovednou dobou, ktorá sa začína dňom, v ktorom sa písomná výpoveď doručila.

S poukazom na citovanú právnu úpravu a skutkový stav možno uviesť

### ***nasledovné právne relevantné okolnosti a skutočnosti:***

*Základnou a určujúcou otázkou je to, či výkon činnosti zo strany pána Jaroslava Šariškého možno podriaďiť pod **pojem pracovný pomer a závislá činnosť**. Jedine v tomto prípade totiž v súlade s ustálenou rozhodovacou činnosťou a judikatúrou súdu možno hovoriť o previazanosti s dopadom na status tej – ktorej osoby (funkcionára alebo zamestnanca) – a to bez ohľadu na jeho vonkajšiu formu (pracovný pomer, dohoda o pracovnej činnosti alebo dohoda o vykonaní práce).*

1./ „**Pracovný pomer** podľa judikatúry Súdneho dvora je charakterizovaný okolnosťou, že určitá osoba vykonáva po určitú dobu v prospech inej osoby a pod jej vedením činnosti, za ktoré protihodnotou poberá odmenu...“ (*rozsudok Európskeho súdneho dvora vo veci Lawrie-Blum*).

„... za pracovníka musí byť považovaný každý, kto vykonáva skutočnú a efektívnu činnosť, s výnimkou takých činností, ktoré sú natoľko obmedzené, že sú čisto okrajové a vedľajšie“ (*k tomu bližšie pozri napríklad rozsudok Európskeho súdneho dvora vo veci Mattem a Cikotic C-10/05, bod 22 a rozsudok Európskeho súdneho dvora vo veci Collins, C-138/02, bod 26*).

Vychádzajúc z judikatúry Súdneho dvora Európskej únie (v čase vydania rozsudku ešte Súdneho dvora Európskych spoločenstiev) pojem pracovník v zmysle článku 39 ES má autonómny význam v práve Únie a nemá byť vykladaný zužujúco. **Za pracovníka je potrebné považovať každého, kto vykonáva skutočné a konkrétne činnosti, s výnimkou činností, ktoré sú tak obmedzené, že sa javia ako čisto okrajové a vedľajšie.** Základnou charakteristickou črtou pracovnoprávneho vzťahu podľa judikatúry Súdneho dvora je, že osoba vykonáva činnosti v určitom čase v prospech inej osoby a pod jej vedením, za čo dostáva odmenu. (*rozsudok pod č. C-14/09*)

Z uvedeného teda vyplýva, že je v každom konkrétnom prípade

***nevyhnutné skúmať skutkové okolnosti***

**právneho vzťahu založeného pracovnou zmluvou, dohodou o pracovnej činnosti alebo dohodou o vykonaní práce, pretože nie vždy z hľadiska jej obsahu ide skutočne o pracovnoprávny vzťah.**

2./ **Za závislú prácu**, ktorá je vykonávaná vo vzťahu nadriadenosti zamestnávateľa a podriadenosti zamestnanca, sa považuje výlučne osobný výkon práce zamestnanca pre zamestnávateľa, podľa pokynov zamestnávateľa, v jeho mene, za mzdu alebo odmenu, v pracovnom čase, na náklady zamestnávateľa, jeho výrobnými prostriedkami a na zodpovednosť zamestnávateľa a ide o výkon práce, ktorá pozostáva prevažne z opakovania určených činností.

Vychádzajúc z tohto, na to **aby bolo možno hovoriť o pracovnoprávnom vzťahu, musia byť kumulatívne splnené podmienky**, a to musí ísť o prácu:

- vykonávanú podľa pokynov zamestnávateľa,
- v jeho mene,
- za mzdu alebo odmenu,
- v pracovnom čase,
- na náklady zamestnávateľa,
- jeho výrobnými prostriedkami,
- na zodpovednosť zamestnávateľa,
- ide o výkon práce, ktorá pozostáva prevažne z opakovania určených činností.

V kontexte skutkovo zhodných postupov v podmienkach samosprávy možno spomenúť a citovať **rozhodovaciú činnosť Krajského súdu v Košiciach, napr. pod sp. zn. 6S/64/2008, 6S65/2008 a tiež 7S/46/2008** podľa ktorých súd pri rozhodovaní o tom, či ide o pracovnoprávny vzťah u poslancov obecného zastupiteľstva skúmal skutkové okolnosti konkrétnych prípadov v intenciách vyššie uvedených bodov, a konštatoval, že nie je právne podstatné označenie právneho vzťahu ale skutkové okolnosti a splnenie podmienok. Dospel k záveru – že aj keď formálne išlo o dohodu o pracovnej činnosti - neboli naplnené všetky znaky závislej práce a vyslovil, že sa nejednalo, aj napriek podpísanej dohode o pracovnej činnosti, o výkon závislej práce (pracovnoprávny vzťah), a teda nedošlo k zániku mandátu poslanca obecného zastupiteľstva obce.

## **P R Á V N E Z Á V E R Y :**

Z vyššie uvedenej právnej úpravy, ako aj judikatúry súdov vyplývajú základné požiadavky, kedy je možné hovoriť o výkone závislej práce. Je nevyhnutné skúmať konkrétnu dohodu na základe konkrétnych skutkových okolností, fungovania konkrétneho zmluvného vzťahu – a teda dohodu o pracovnej činnosti je nevyhnutné preskúmať podľa jej obsahu, či je možné hovoriť, že sa jedná o výkon závislej práce.

Z predloženej konkrétnej dohody o pracovnej činnosti zo dňa 04. 01. 2010 medzi obcou Smižany a pánom Jaroslavom Šarišským

***vyplýva jednoznačne, že***

1./ pán Šarišský sa zaviazal vykonávať prácu, ktorou bolo **roznášanie novín v rómskej osade**, a to vždy keď noviny vyjdú. Za vykonanú prácu mal zamestnanec dostávať pravidelnú mesačnú odmenu.

*Abstrahujúc od ostatného v tomto prípade možno konštatovať, že išlo o samostatný výkon činnosti v danej lokalite, ktorá bola vykonávaná bez pokynov zamestnávateľa (ten vymedzil iba záujmové územie – miesto výkonu činnosti).*

2./ dohoda bola uzatvorená na dobu určitú – do 31.12.2010, pričom zamestnanec vykonal prácu v mesiaci december 2010 dňa 5.12.2010 (od 15.00 do 19.00) a 6.12.2010 (od 9.00 do 15.00) – t.j. pred zložením sľubu poslanca obecného zastupiteľstva.

*Znamená to, že v čase zloženia sľubu už túto prácu objektívne vykonávať nemohol a preto nemožno vôbec hovoriť o závislej práci v deň zloženia sľubu poslanca obecného zastupiteľstva.*

*Po dni 06. 12. 2010 už nebolo ani možné ukladať pokyny zo strany zamestnávateľa, pretože došlo k naplneniu obsahu dohody v plnom rozsahu.*

3./ prácu zamestnanec vykonával **nárazovo a uvedené časy nesvedčia o tom, že by zamestnanec vykonával prácu pravidelne a v pracovnej dobe.**

*S odkazom na judikatúru možno zvýrazniť požiadavku výkonu práce počas pracovnej doby, čo v danom prípade naplnené nebolo.*

4./ dôležitým faktorom je aj skutočnosť, že **výkon práce zamestnancom bol skutočne iba vedľajšou a okrajovou činnosťou**

*Z európskej judikatúry – ktorá je záväzná pre rozhodovanie na území Slovenska – vyplýva, že pracovníkom nie je ten, kto vykonáva také činnosti, ktoré sú natoľko obmedzené, že sú čiste okrajové a vedľajšie.*

*Roznášanie novín v rómskej osade sa z tohto pohľadu jednoznačne javí ako činnosť okrajová a vedľajšia.*

5./ momentom zloženia sľubu už Jaroslav Šarišský **nebol v podriadenom postavení k obci Smižany** a to preto, že splnil do tohto času všetky podmienky a tiež dohodnutý rozsah činnosti už bol vyčerpaný.

6./ konanie zamestnanca, ktorý ešte pred zložením sľubu opakovane navštívil obecný úrad za účelom ukončenia dohody o pracovnej činnosti tiež **svedčí o snahe formálne ukončiť právny vzťah, ktorý bol už obsahovo naplnený vykonaním činnosti pred zložením sľubu.**

Zo zhora uvedených skutočností je potrebné

***dospieť k jednoznačnému záveru,***

**že pracovnoprávny vzťah medzi Jaroslavom Šarišským a obcou Smižany už v čase zloženia sľubu poslanca obecného zastupiteľstva – dňom 27. 12. 2010 fakticky neexistoval pre nesplnenie zákonných podmienok.**

Znamená to, že pán Jaroslav Šarišský riadnym spôsobom zložil sľub poslanca obecného zastupiteľstva obce Smižany a odo dňa zloženia sľubu dodnes je stále poslancom Obecného zastupiteľstva obce Smižany.

*Na záver ešte možno poznamenať, že v súvislosti s vyššie uvedenou právnou úpravou je nevyhnutné v prvom rade konštatovať, že zákon č. 369/1990 Zb. zakotvuje **zánik mandátu poslanca priamo zo zákona**, v prípade vzniku nezlučiteľnosti funkcií podľa § 11 ods. 3 tohto zákona. Zákon o obecnom zriadení nezakotvuje možnosť vzdať sa predmetnej činnosti alebo funkcie v dodatočnej lehote. **Mandát poslanca tak zaniká priamo zo zákona, a nie je nevyhnutné a nie je vôbec potrebné, aby tento zánik mandátu konštatovalo obecné zastupiteľstvo (prípadne poslanecký klub a pod.)**, aj napriek tomu, že zákon č. 369/1990 Zb. zakotvuje v § 25 ods. 3 povinnosť poslanca bezodkladne o vzniku nezlučiteľnosti informovať obecné zastupiteľstvo. V praxi nemôže nezlučiteľnosť funkcií vzniknúť skôr, ako sa poslanec ujme funkcie.*

*Rovnako tak poznamenávame, že na poslancov obecných zastupiteľstiev sa nevzťahuje ústavný zákon č. 357/2004 Z. z. o ochrane verejného záujmu pri výkone funkcií verejných funkcionárov, nie je možné na ich právne postavenie aplikovať ustanovenie čl. 5 ods. 7 tohto ústavného zákona, ktoré umožňuje verejným funkcionárom ukončiť túto činnosť alebo funkciu v lehote 30 dní odo dňa ustanovenia do verejnej funkcie.*

S úctou,

**Doc. JUDr. Jozef Sotolář, PhD.**  
**advokát**