

WISŁAWA BOĆ, MAREK LEŚNIAK

Uniwersytet Wrocławski

## NOTARIUSZ JAKO PRZEDSIĘBIORCA SZCZEGÓLNEGO RODZAJU

Formowanie się nowoczesnych zasad gospodarki rynkowej, a także postęp naukowy i techniczny wciąż stawiają nowe zadania w zakresie prawnej regulacji stosunków gospodarczych, implikując konieczność konstruowania w tej sferze nowych rozwiązań. W polskim prawie wykształcono wiele definicji przedsiębiorcy zawartych w różnych aktach prawnych<sup>1</sup>. Co więcej, nie rozwiązano istniejącego od dawna problemu wzajemnych relacji między wykonywaniem wolnego zawodu a prowadzeniem działalności gospodarczej<sup>2</sup>. Mamy przy tym do czynienia

---

<sup>1</sup> Termin „przedsiębiorca” po raz pierwszy wprowadzono w art. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. 2003 Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), stanowiąc, że „przedsiębiorcami, w rozumieniu ustawy, są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które prowadząc, choćby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności gospodarczej”. Z kolei, ilekroć w Ustawie z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (tekst jedn. Dz.U. 2003 Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.) mówi się o przedsiębiorcy, rozumie się przez to, zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 3, osobę prowadzącą w celach zarobkowych działalność wytwórczą, budowlaną, handlową lub usługową, zwaną dalej działalnością gospodarczą. Istnieje bardzo wiele aktów prawnych kreujących własne, odmienne od innych, rozumienia terminu „przedsiębiorca”. Jako przykłady wymienić należy Ustawę z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), która kreuje znacznie szersze rozumienie pojęcia „przedsiębiorca”, Ustawę z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U. Nr 27, poz. 96 z późn. zm.) czy w sferze prawa prywatnego — Ustawę z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. Nr 121, poz. 769 z późn. zm.), w której stworzono osobny katalog przedsiębiorców. W Kodeksie postępowania cywilnego (art. 479<sup>2</sup> Ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.) zawarto definicję, zgodnie z którą przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Definicja ta zastąpiła wcześniejszą (o charakterze otwartym), wymieniającą, że przedsiębiorcami są w szczególności podmioty określone w przepisach o działalności gospodarczej, w przepisach o działalności gospodarczej z udziałem podmiotów zagranicznych oraz o zasadach prowadzenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne, a także banki.

<sup>2</sup> Nieobowiązujący już kodeks handlowy traktował o prowadzeniu przedsiębiorstwa zarobkowego. Za kupca uznawano jedynie tego, kto prowadził takowe przedsiębiorstwo, przy czym kodeks

nia z nieustającą dekompozycją prawa cywilnego i ograniczaniem zastosowania kodeksu cywilnego, co z jednej strony pozwala na osiąganie określonych partykularnych celów, z drugiej rodzi negatywne następstwa<sup>3</sup>.

Stan prawny wprowadzony Ustawą z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej<sup>4</sup> nadał podmiotom wykonującym wolne zawody niejednolity status prawny. W jej rozumieniu przedsiębiorcą miała być osoba fizyczna, osoba prawna oraz niemająca osobowości prawnej spółka prawa handlowego, która zawodowo, we własnym imieniu podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą; działalność gospodarcza zaś (w rozumieniu ustawy) to zarobkowa działalność wytwórcza, handlowa, budowlana, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i eksploatacja zasobów naturalnych, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Trzeba wskazać, że nieobowiązujący już dziś art. 24a Prawa o notariacie<sup>5</sup> wyłączył notariusza z kategorii przedsiębiorców w rozumieniu przepisów Prawa działalności gospodarczej. Podobne wyłączenie zastosował ustawodawca wobec adwokatów i radców prawnych w art. 87 Prawa działalności gospodarczej z 1999 r., w którym świadczący pomoc prawną zostali z kategorii przedsiębiorców w rozumieniu tej ustawy wyłączeni. Działalność polegającą na świadczeniu pomocy prawnej określają przepisy Ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o advokaturze<sup>6</sup> oraz Ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych<sup>7</sup>. To samo dotyczy świadczącego pomoc w zakresie własności przemysłowej rzecznika patentowego, którego działalność normują przepisy Ustawy z dnia 11 kwietnia 2001 r. o rzecznicach patentowych<sup>8</sup>. Statusu przedsiębiorcy odmówiono także biegłym rewidentom<sup>9</sup>, lekarzom<sup>10</sup>, pielęgniarkom i położnym<sup>11</sup>. Osoby wykonujące pozostałe wolne zawody zachowały jednak status przedsiębiorców w rozumieniu ustawy Prawo działalności gospodarczej z 1999 r., wobec czego wykonywały swoją działalność

---

stanowił, że wykonywanie wolnego zawodu — bez jednoczesnego połączenia z pierwiastkiem handlowym lub przemysłowym (a więc „samo w sobie”) — nie jest prowadzeniem przedsiębiorstwa. S. Koroluk akcentuje tę wyrażoną w kodeksie handlowym rozłączność; S. Koroluk, *Zmiany w kodeksie cywilnym, Przedsiębiorca — działalność zawodowa — część III*, „Edukacja Prawnicza” 2003, nr 8, s. 24.

<sup>3</sup> Z. Radwański uważa, że „kodeks cywilny powinien być konstytucją całego prawa prywatnego, a nie tylko jego części”, Z. Radwański, *Założenia nowego kodeksu cywilnego*, „Rejent” 2008, nr 2, s. 13.

<sup>4</sup> Dz.U. Nr 101, poz. 1178 z późn. zm.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (tekst jedn. Dz.U. 2008 Nr 189, poz. 1158 z późn. zm.).

<sup>6</sup> Tekst jedn. Dz.U. 2009 Nr 146, poz. 1188 z późn. zm.

<sup>7</sup> Tekst jedn. Dz.U. 2002 Nr 123, poz. 1059 z późn. zm.

<sup>8</sup> Dz.U. Nr 49, poz. 509 z późn. zm.

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 13 kwietnia 1994 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie (tekst jedn. Dz.U. 2001 Nr 31, poz. 359 z późn. zm.).

<sup>10</sup> Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o izbach lekarskich (Dz.U. Nr 30, poz. 158 z późn. zm.).

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 r. o samorządzie pielęgniarek i położnych (Dz.U. Nr 41, poz. 178 z późn. zm.).

w ramach tej ustawy (dotyczy to na przykład doradztwa podatkowego<sup>12</sup> i wykonywania usług detektywistycznych<sup>13</sup>). Trzeba przyznać rację S. Korolukowi, który ocenił, że „to zróżnicowanie zaciera faktyczny obraz charakteru działalności polegającej na wykonywaniu wolnych zawodów”, oraz że „postulować należałoby większą konsekwencję ustawodawcy w tym względzie”<sup>14</sup>. Brak definicji systemowej to zjawisko negatywne. Jeszcze do niedawna definicja o podstawowym znaczeniu dla wyznaczenia zakresu regulacji dotyczących prywatnoprawnych stosunków gospodarczych pozostawała poza kodeksem cywilnym. Józef Frąckowiak pisał wówczas, że przyjęcie takiego kierunku prowadzi dalej do rozwiązań, które budzą poważne zastrzeżenia, zwłaszcza w kontekście zasady jedności prawa cywilnego<sup>15</sup>, która wymaga, by podstawowe uregulowanie dotyczące wszystkich podmiotów podejmujących i prowadzących działalność gospodarczą znalazło miejsce w kodeksie cywilnym<sup>16</sup>. Wreszcie postulat ten został zrealizowany w uchwalonej dnia 14 lutego 2003 r. ustawie o zmianie ustawy — Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw<sup>17</sup>, która jednocześnie stanowiła przejaw nowego zamysłu, zgodnie z którym prowadzenie działalności zawodowej uznano za wystarczającą przesłankę zakwalifikowania prowadzącego ją podmiotu do kategorii przedsiębiorców<sup>18</sup>. Wprowadzona nowelą nowa definicja przedsiębiorcy, mająca w założeniu pełnić funkcję definicji systemowej, wskazuje element, który, jak wynika z analizy przytoczonych przepisów, pojawiał się już wcześniej, lecz nie był wcześniej tak eksponowany. Art. 43<sup>1</sup> kodeksu cywilnego stanowi, że przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Nowa ustawa Prawo upadłościowe i naprawcze z dnia 28 lutego 2003 r.<sup>19</sup> potwierdza tę tendencję i sposób określania, posługując się dla swoich potrzeb definicją o niemal identycznym kształcie. Choć widoczne są także rozbieżności, choćby takie, że ustawa zakreślając grupę podmiotów podlegających jej przepisom, wychodzi poza gro-

<sup>12</sup> Ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (tekst jedn. Dz.U. 2008 Nr 73, poz. 443 z późn. zm.).

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych (Dz.U. 2002 Nr 12, poz. 110 z późn. zm.).

<sup>14</sup> S. Koroluk, *op. cit.*, s. 24.

<sup>15</sup> Zob. J. Frąckowiak, *Ustawodawstwo dotyczące przedsiębiorców pod rządami zasady jedności prawa cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000, nr 11, *passim*.

<sup>16</sup> Zob. J. Frąckowiak, *O konieczności dalszych zmian prawa cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1999, nr 3, s. 7 n. O krytyce braku jednolitego pojęcia „przedsiębiorcy” mogącego mieć równe zastosowanie w prawie publicznym oraz prywatnym zob. także W.J. Katner, *Pojęcie przedsiębiorcy — polemika*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 4, s. 41–44.

<sup>17</sup> Dz.U. Nr 49, poz. 408. Ustawa ta weszła w życie dnia 25 września 2003 r.

<sup>18</sup> Ten zamysł poparli A. Kidyba, W. Popiołek i S. Sołtysiński, *Skoro było lepiej, to dlaczego jest źle?*, „Rzeczpospolita” 21 listopada 2003 r., s. C3, a także S. Koroluk (zob. S. Koroluk, *op. cit.*, s. 25).

<sup>19</sup> Dz.U. Nr 60, poz. 535 z późn. zm.

no podmiotów, które są przedsiębiorcami w rozumieniu definicji kodeksowej<sup>20</sup>. Przepisy ustawy nowelizującej kodeks cywilny nie uchyliły jednak odpowiednich przepisów ustawy Prawo działalności gospodarczej zawierających definicję przedsiębiorcy. Uzyskano więc co najmniej dwa współlistniejące pojęcia, różne w swej konstrukcji i o różnym obszarze zastosowania: uregulowanie na gruncie prawa prywatnego oraz definicję z Ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej, mającej charakter publicznoprawny. Istnieje bezpośredni związek tej ustawy z innymi regulacjami dotyczącymi organizacji i funkcjonowania obrotu gospodarczego, w szczególności z kodeksem spółek handlowych<sup>21</sup> oraz ustawą o Krajowym Rejestrze Sądowym, na co wskazuje między innymi wspólna data wejścia w życie tych ustaw<sup>22</sup>. Uchwalona dnia 2 lipca 2004 r. ustawa o swobodzie działalności gospodarczej<sup>23</sup> uregulowała zasady podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, kontrolę przedsiębiorcy, prowadzenia oddziałów i przedstawicielstw przedsiębiorstw zagranicznych. Wprowadziła ona zmiany w dotychczasowej regulacji prawnej działalności gospodarczej, a jedną z najistotniejszych jest zmiana zakresu obowiązującej definicji działalności gospodarczej, a mianowicie — harmonizacja z rozwiązaniami przyjętymi w art. 43<sup>1</sup> kodeksu cywilnego, jak określono w uzasadnieniu projektu. Chodzi o treść art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, który stanowi między innymi, że użyte w ustawie określenie „przedsiębiorca” oznacza osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną — wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą. Natomiast przepis art. 2 omawianej ustawy poszerzył i uprościł pojęcie działalności gospodarczej, obejmując nim również działalność zawodową<sup>24</sup>.

Istnieje kilka podstawowych przeszkód dla pełnej akceptacji aktualnego pojęcia przedsiębiorcy<sup>25</sup>. Po pierwsze, mimo zabiegu legislacyjnego polegającego na wzbogaceniu dotychczasowych norm Ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej o element działalności zawodowej, zauważalny jest brak dostatecznej korelacji przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z przepisami wprowadzonymi nowelą z 14 lutego 2003 r. do kodeksu cywilnego<sup>26</sup>. Wprawdzie zarówno w ustawie o swobodzie działalności gospodar-

<sup>20</sup> J. Jacyszyn, *Przedsiębiorca a wolny zawód*, „Rejent” 2003, nr 10, s. 58.

<sup>21</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. — Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.).

<sup>22</sup> Zob. T. Mróz, E. Bieniek-Koronkiewicz, *Kontrowersje wokół pojęcia „przedsiębiorca”*, „Prawo Spółek” 2003, nr 6, s. 41.

<sup>23</sup> Tekst jedn. Dz.U. 2007 Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.

<sup>24</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o wolności gospodarczej z dnia 19 sierpnia 2003 r., s. 3.

<sup>25</sup> Co do szczegółowej analizy konstrukcji pojęcia przedsiębiorcy w prawie polskim zob. np. A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2005, s. 16. Autor wskazuje na istnienie dwóch kryteriów tego pojęcia: podmiotowego i przedmiotowego.

<sup>26</sup> W. Boć, *Wokół statusu przedsiębiorcy*, [w:] red. J. Frąckowiak, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” LXIV, *Rozprawy z prawa handlowego* 2004, s. 13 n.

czej, jak i w kodeksie cywilnym problem wykonywania wolnych zawodów jawi się w nowym świetle, to jednak o pełnej zbieżności mówić nie można. Bowiem art. 43<sup>1</sup> kodeksu cywilnego stanowi, że „przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową”, zaś w art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, prowadzenie działalności zawodowej, przy spełnieniu pewnych warunków, uznane zostało za rodzaj działalności gospodarczej. Nie jest przejawem pełnej harmonizacji wymienianie w jednym akcie prawnym działalności gospodarczej obok zawodowej na zasadzie alternatywy łącznej, w innym natomiast wpisywanie w ramy działalności gospodarczej działalności zawodowej (tę ostatnią należałoby uważać za podzbiór pierwszej). Pozornie drobna różnica rodzi dylemat semantyczny, zwłaszcza w tych obszarach zainteresowania, w których zachodzi potrzeba oceny, czy określona działalność zawodowa stanowi w danym wypadku działalność gospodarczą<sup>27</sup>. Ponadto, wątpliwości może budzić brak wyliczenia w kodeksie cywilnym przymiotów prowadzonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o których mowa w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej.

Po drugie, z systemowego punktu widzenia trzeba zauważyć, że nadal współistnieje wiele różnych definicji przedsiębiorcy skonstruowanych na potrzeby konkretnych ustaw czy obszarów zastosowania<sup>28</sup>. Jedyne dopuszczalne podejście interpretacyjne do takiego stanu prawnego wymaga uznania, iż definicja kodeksowa ma charakter uniwersalny (na co wskazuje między innymi brak słów „w rozumieniu ustawy”). Będzie więc art. 43<sup>1</sup> kodeksu cywilnego stanowić swoiste *lex generalis*, gdyż znajdzie zastosowanie do wszelkich sytuacji prawnych regulowanych przez jakiegokolwiek ustawy, o ile nie będą one zawierać pojęcia przedsiębiorcy, sformułowanego na ich użytek, różniącego się od pojęcia bazowego. Na takiej samej zasadzie należy uznać ustawę o swobodzie działalności gospodarczej za swoistą „konstytucję przedsiębiorczości”<sup>29</sup>, a zatem za podstawowy wyznacznik normatywnego pojęcia „działalność gospodarcza”.

<sup>27</sup> Nawet przyjęcie, że ustawodawca sformułował art. 43<sup>1</sup> k.c. tak a nie inaczej z tego względu, że przewidział, iż nie każda działalność zawodowa będzie działalnością gospodarczą wobec możliwego niespełnienia przesłanek wymienionych w u.s.d.g., nie wyjaśnia, dlaczego uznał, że samo prowadzenie działalności zawodowej we własnym imieniu (a więc niezależnie od wypełnienia jakichkolwiek innych warunków) kwalifikuje dany podmiot jako przedsiębiorcę.

<sup>28</sup> W dodatku przez długi czas pozostawały one pod nowym kątem niezmienione. Nastąpiła więc niejako merytoryczna dezaktualizacja niektórych przepisów (w skrajnych przypadkach całkowita — na przykład w Ustawie z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, obowiązującej do dnia wejścia w życie Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) występowało odesłanie do nieistniejącej już Ustawy z 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej), która nie zwalniała jednak z konieczności stosowania się do przepisów, które nie zostały zmienione ani uchylone.

<sup>29</sup> M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 25; A. Borkowski *et al.*, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2005, s. 74. Generalny charakter ustawy o swobo-

Po trzecie, na gruncie obowiązującego kodeksu cywilnego osoba wykonująca we własnym imieniu działalność zawodową jest przedsiębiorcą, co rodzi wątpliwości. Prawidłowa ocena przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wywołuje ponadto potrzebę rozpatrzenia, czy słuszne jest uznanie działalności zawodowej za działalność gospodarczą. Przyjmijmy, za literalną wykładnią art. 43<sup>1</sup> kodeksu cywilnego i innych przepisów konstruujących definicję przedsiębiorcy, że prowadzącym działalność zawodową jest osoba wykonująca dany zawód (oczywiście, osoby prawne i inne jednostki organizacyjne zawsze będą traktowane jako wykonujące działalność „gospodarczą”, a z oczywistych względów nie „zawodową”).

Tezy formułowane w nauce wokół pojęcia przedsiębiorcy noszą cechę nieostateczności. Ich wartość intelektualna przejawia się w literaturze prawniczej w postaci poglądów podtrzymujących trafność i zarazem użyteczność pojęcia przedsiębiorcy i aktualnych jego ujęć bądź w postaci poglądów kwestionujących obecne rozwiązania. Jednocześnie kategoryczność i zasięg unormowań prawnych tamują wątki podważające poprawność tego w miarę nowego pojęcia. Nawet wychodząc od krytyki legislacyjnego rozwiązania determinującego status notariusza jako przedsiębiorcy wobec prowadzenia przez niego działalności zawodowej we własnym imieniu, trzeba zauważyć, że brak realnych perspektyw zmiany tego kierunku, a co więcej, jak wynika z projektu księgi pierwszej kodeksu cywilnego stworzonego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego działającą przy Ministrze Sprawiedliwości<sup>30</sup>, ma on być utrzymany<sup>31</sup>.

O tym, jak niełatwe jest stworzenie dobrej definicji przedsiębiorcy, albo też jak niełatwa jest akceptacja pojęcia, względnie pojęć, stworzonego (stworzonych) przez ustawodawcę, niech świadczy możliwość dokonania w oparciu o kryteria wymienione i niewymienione w ustawach wielu klasyfikacji przedsiębiorców (a w pewnych wypadkach *quasi*-przedsiębiorców)<sup>32</sup>. Do autorów opisujących

---

dzie działalności gospodarczej podkreśla też C. Kosikowski, C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 17. Słusznie podnosi autor, że zastosowanie reguł interpretacyjnych obowiązywania prawa prowadzi do wniosku, iż nie jest konieczne zastrzeżenie w ustawach szczegółowych, że przepisy u.s.d.g. stosuje się do działalności unormowanej w ustawie szczegółowej w zakresie nieuregulowanym przez tę ustawę oraz wtedy, gdy nie pozostają one w sprzeczności z ustawą szczegółową i późniejszą, a co za tym idzie — bezcelowe jest konstruowanie katalogów aktów normatywnych, które wyłączają w całości lub w części stosowanie postanowień ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

<sup>30</sup> Zob. na przykład <http://www.ms.gov.pl>.

<sup>31</sup> Zgodnie z art. 58 § 1 projektowanego kodeksu „szczególnym rodzajem przedsiębiorcy jest osoba, która na własne ryzyko prowadzi samodzielną działalność zawodową w sposób trwale zorganizowany”. Zaś zgodnie z § 2 tego artykułu „samodzielną działalnością zawodową jest stała działalność wymagająca szczególnych kwalifikacji, potwierdzonych państwowym lub samorządowym egzaminem”.

<sup>32</sup> W dobrym zdefiniowaniu przedsiębiorcy nie jest pomocne także ustawodawstwo wspólnotowe. Prawo europejskie nie posługuje się w zasadzie pojęciem przedsiębiorcy; używa natomiast ter-

różne aspekty postrzegania współczesnych „przedsiębiorców” należy R. Sowiński, który, przy okazji dokonywanej analizy, wykazuje widoczną niekonsekwencję ustawodawczą, objawiającą się brakiem systemowości w tworzeniu pojęć legalnych<sup>33</sup>. Nie powtarzając wywodów autora, można wskazać jako przykład takich systemowych niedoskonałości sytuację prawną podmiotów, dla których wykonywanie działalności gospodarczej stanowi realizację celu obocznego (akcydentalnego), które w związku z tym, że ich głównym celem jest działalność niegospodarcza (o charakterze i celu społecznym, politycznym, kulturowym, charytatywnym czy innym ideowym), zostały w doktrynie nazwane podmiotami paragospodarczymi<sup>34</sup>, a co za tym idzie, można by je nazwać „paraprzedsiębiorcami”.

Korzystając z dobrodziejstwa jednej z klasyfikacji przedsiębiorców zaproponowanej przez wspomnianego wyżej autora, można by ją rozszerzyć dla zobrazowania sytuacji notariusza w świetle przepisów o przedsiębiorczości, nie naruszając jednak zasadniczego kryterium, jakim jest funkcja genotypowa podmiotu<sup>35</sup>. Otóż, powyższe kryterium umożliwia wyróżnienie:

1) przedsiębiorców, których postać prawna została przez ustawodawcę ukształtowana zgodnie z celem pierwotnym, jakim jest prowadzenie działalności gospodarczej (np. przedsiębiorstwa państwowe, spółki osobowe prawa handlowego);

2) przedsiębiorców, których cel działalności nie został przez ustawodawcę zdeterminowany; mogą być to podmioty powoływane w każdym celu prawnie dopuszczalnym, ale ze względów systemowych, rejestracyjnych i praktycznych uznawani są za przedsiębiorców (np. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością);

3) przedsiębiorców, którzy będąc powołanymi do realizacji innych celów, otrzymali ustawowe przyzwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej, która nie jest jednak ich celem głównym (np. fundacje, stowarzyszenia);

4) przedsiębiorców, którzy zostali powołani do realizacji innych celów niż działalność gospodarcza, w szczególności celów publicznych, a wykonując ją, uznawani są za przedsiębiorców (np. komornicy, notariusze).

Analiza statusu prawnego notariusza w świetle przepisów o przedsiębiorczości rodzi pytanie o kwalifikację notariusza jako przedsiębiorcy oraz o kwalifikację

---

minu „przedsiębiorstwo”, którego także nie definiuje. Interpretacje fragmentów tego prawa, oparte o orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości nie zawsze prowadzą do jednoznacznych wniosków, a co za tym idzie, zakres zastosowania stosownych przepisów Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską dotyczących przedsiębiorczości także nie jest do końca pewny.

<sup>33</sup> Zob. R. Sowiński, *Wolność i ustawowa swoboda działalności gospodarczej*, Wrocław 2007, s. 345–357.

<sup>34</sup> R. Sowiński powołuje się na Wojciecha Siudę, *ibidem*, s. 350.

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 350–351. Funkcja genotypowa to pojęcie zaczerpnięte z teorii zarządzania, oznaczające cel powołania do życia, prawną determinantę ustalającą charakter — w tym wypadku — przedsiębiorcy.

aktywności notarialnej jako działalności gospodarczej. Między wykonywaniem działalności zawodowej a kwalifikacją danego podmiotu jako przedsiębiorcy istnieje bezpośredni związek. Obowiązujący kodeks cywilny wyraźnie łączy wykonywanie działalności zawodowej we własnym imieniu z uzyskaniem statusu przedsiębiorcy. Pojęcie przedsiębiorcy jest pojęciem legalnym, którego rozumienie wypływa wprost z normy ustawowej. Modyfikacja tego pojęcia może budzić zastrzeżenia, ale jeśli zdecydowano się na rozszerzenie postrzegania tzw. przedsiębiorcy w prawie polskim, to oznacza to po prostu, że owo pojęcie zyskało nowy wymiar, wykraczający poza dotychczasową tradycję, ze wszystkimi tego konsekwencjami. Natomiast proponowane przez ustawę o swobodzie działalności gospodarczej rozszerzenie pojęcia „działalność gospodarcza” budzić może dalsze zastrzeżenia. Jest to bowiem termin, który doczekał się szerokiej interpretacji doktrynalnej, popartej w miarę ukształtowanym spojrzeniem judykatury, i zawsze był stosunkowo jednolicie rozumiany intuicyjnie. Włączenie działalności zawodowej w ramy działalności gospodarczej naruszyło stabilność znanego ujęcia działalności gospodarczej. Może się bowiem okazać, że nie w każdym wypadku będzie ona nosiła wszystkie cechy, jakie przypisuje się działalności gospodarczej.

Mając na uwadze szeroki opis cech działalności gospodarczej zawarty w różnego rodzaju naukowych analizach<sup>36</sup> i w orzecznictwie<sup>37</sup>, ograniczmy się jedynie do ostrożnej syntezy cech normatywnych historycznie lub współcześnie oraz cech nienormatywnych. Za najważniejsze uważa się:

1) zorganizowany charakter, najczęściej wiążący się z prowadzeniem przedsiębiorstwa w rozumieniu przedmiotowym<sup>38</sup>;

2) ciągłość, mającą swój wyraz w powtarzalności podejmowanych działań oraz w trwaniu podmiotu wykonującego daną działalność;

3) profesjonalizm, rozumiany jako spełnianie standardów jakościowych, tak w odniesieniu do samego procesu aktywności, jak i w odniesieniu do jego owoców;

4) zarobkowy charakter, rozumiany jako ukierunkowanie na osiągnięcie zysków, przy założeniu, że istotny jest zamiar podmiotu podejmującego daną działalność, a nie rezultat ekonomiczny;

<sup>36</sup> S. Biernat, A. Wasilewski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz. Stan prawny na 15 kwietnia 1997 r.*, Kraków 1997; M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej — Komentarz*, Warszawa 2000; C. Kosikowski, *Nowa ustawa o swobodzie działalności gospodarczej*, Poznań 2001; W.J. Katner, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, Warszawa 2003; A. Borkowski *et al.*, *op. cit.*, s. 68–86; M. Szydło, *Swoboda działalności...*; C. Kosikowski, *op. cit.*; R. Sowiński, *op. cit.*, s. 288–297.

<sup>37</sup> Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 stycznia 1989 r., I SA 1019/88 (OSP 1990, poz. 252, s. 545); postanowienie Sądu Apelacyjnego z dnia 30 września 1991 r., I ACZ 225/91 (OSA nr 5/1992); uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1991 r., III CZP 40/90 (OSNC nr 2/1992); wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2001 r., I CKN 1217/89 (OSNC 2002, nr 1, poz. 13).

<sup>38</sup> Por. M. Szydło, *Swoboda działalności...*, s. 46–55.



5) uczestnictwo w obrocie gospodarczym, objawiające się między innymi w skierowaniu działań na podmioty spoza struktury samego wykonującego działalność gospodarczą.

Konstatacja, czy notariusz wykonuje swoją działalność, posługując się tzw. przedsiębiorstwem, zależy od wyniku dyskusji nad charakterem kancelarii notarialnej i jej ewentualną kwalifikacją jako przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> kodeksu cywilnego. Niezależnie od wyników tej dyskusji, trzeba zauważyć, że przedmiotowa konstatacja miałaby charakter cząstkowy, ponieważ prowadzenie przedsiębiorstwa jest dobrym dowodem na zorganizowanie działalności, ale nie stanowi jego warunku *sine qua non*. Nie ulega przy tym wątpliwości, że wykonujący czynności notarialne notariusz czyni to w sposób zorganizowany. Świadczą o tym bezpośrednio te przepisy ustawy Prawo o notariacie, które formułują konkretne warunki wykonywania zawodu, a głównie związane z organizacją kancelarii notarialnej (np. wymóg zatrudnienia pracowników i zapewnienia warunków lokalowych oraz wyposażenia kancelarii „stosownych dla notariatu”) czy formalnie regulujące kwestie zastępstwa w razie nieobecności notariusza w kancelarii. Bez zapewnienia sobie ustawowo zdeterminowanej organizacji nie zostałaby notariusz dopuszczony do wykonywania zawodu.

Także ciągłość wykonywania zawodu notariusza postrzegać można jako cechę ustawową. Przejawia się ona zarówno w powtarzalności podejmowanych działań, jak i w trwaniu podmiotu je wykonującego, a podążając za trójaspektowym podejściem M. Szydło do kwestii ciągłości działalności gospodarczej, należy się także zgodzić, że można ją rozpatrywać z trzech punktów widzenia: czasu, celowości i źródła utrzymania<sup>39</sup>. Przede wszystkim, ustawa reguluje, iż notariusz ma obowiązek dokonywania czynności notarialnych, którym strony są obowiązane lub pragną nadać formę notarialną. Do tego całokształt przepisów regulujących procedury dokonywania czynności notarialnych wskazuje na niemożność odmowy dokonania czynności, o ile nie zaistnieją negatywne przesłanki ustawowe. A to oznacza, że dopóki notariusz chce wykonywać swój zawód, musi czynić to w sposób ciągły, nieprzerwany; bez prawa selekcji dokonywanych czynności, co w praktyce — wobec dużego popytu na usługi notarialne — zapewnia ich powtarzalność<sup>40</sup>. Jednocześnie ciągłość potwierdzają normy przewidujące wymóg, aby kancelaria była otwarta przez określony czas każdego dnia powszedniego, i poświęcone realizacji tej zasady przepisy szczegółowe<sup>41</sup>, a także wszelkie przepisy regulujące obowiązek i sposób wyznaczania zastępcy w wypadku niemożności pełnienia przez notariusza obowiązków

<sup>39</sup> Zob. bliżej M. Szydło, *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda świadczenia usług w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2005, s. 55; cyt. za: *Postępowanie sądowe w sprawach gospodarczych*, red. T. Wiśniewski, t. 7, Warszawa 2007, s. 55.

<sup>40</sup> Nie jest wykluczone, że mniejszy popyt na usługi notarialne stanie się przyczyną rzadszego wykonywania tych czynności, co nie eliminuje cechy powtarzalności.

<sup>41</sup> Zob. art. 20 ustawy Prawo o notariacie.

ustawowych<sup>42</sup>. Przesłankę ciągłości aktywności czy powtarzalności świadczeń bez wątplenia można uznać za spełnioną. Można tu jedynie zauważyć, że źródłem wspomnianej ciągłości jest obowiązek ustawowy, skonstruowany w oparciu o interes publiczny, a nie interes indywidualny notariusza. Przecież dostępność kancelarii notarialnej ma stanowić zapewnienie obywatelom możliwości załatwienia spraw wymagających udziału notariusza<sup>43</sup>. Nie jest to jednak cecha, która wyznaczałaby dużą odmienność sytuacji notariusza od sytuacji typowych przedsiębiorców, ponieważ istnieją podobne ustawowe wytyczne w zakresie dostępności różnorodnych usług, w tym pocztowych, kolejowych czy komunikacyjnych.

Profesjonalizm działalności zawodowej notariusza wyraża się w wielu czynnikach. Wymieńmy tu specjalną rolę notariusza w zakresie udzielania gwarancji bezpiecznego obrotu cywilnego, w tym gospodarczego, a w szczególności wymóg dbałości o prawa i słuszne interesy stron czynności oraz osób, wobec których czynność prawna mogłaby wywołać skutki prawne, obowiązek zachowania szczególnej staranności w związku z wykonywaną czynnością notarialną oraz wysokie wymogi etyczne wzmocnione rozwiniętą deontologią (zasady legalizmu, zawodowości, bezstronności czy wiarygodności). Można nawet zaryzykować stwierdzenie, że poziom profesjonalizmu notariusza w stosunku do poziomu profesjonalizmu typowego przedsiębiorcy jest w modelowym ujęciu wręcz podwyższony.

Z kolei przyjęcie, że działalność notariusza jest działalnością „zarobkową”, może budzić sprzeciw, a to częściowo wobec trudności interpretacyjnych w ustaleniu znaczenia pojęcia „działalność zarobkowa”. Formowane przez lata doktryna<sup>44</sup> i judykatura<sup>45</sup> pozwalają sądzić, że chodzi tu o nastawienie na osiągnięcie zysku<sup>46</sup>,

<sup>42</sup> Zob. art. 21 i 22 ustawy Prawo o notariacie.

<sup>43</sup> Refleksja poświęcona ciągłości wykonywania działalności pomija wszelkie wątki organizacyjne, które są następstwem uznania notariusza za przedsiębiorcę (a więc obowiązki rejestracyjne, obowiązek posiadania rachunku bankowego, obowiązki ubezpieczeniowe i inne), a dotyczy jedynie tych elementów sytuacji organizacyjnoprawnej notariusza, które mają charakter pierwotny.

Co do rozumienia ciągłości prowadzonej działalności zob. też J. Frąckowiak, *Instytucje prawa handlowego w kodeksie cywilnym*, „Rejent” 2003, nr 6, s. 35; M. Szydło, *Swoboda działalności...*, s. 56.

<sup>44</sup> Zob. m.in. C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 25–26; W.J. Katner, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, s. 43. Autor wśród niezbędnych cech przedsiębiorcy wymienia wprost „zarobkowy cel”, nie wchodząc nawet w analizę literalną Ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej.

<sup>45</sup> Zob. na przykład uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 1992 r., III CZP 134/92 (OSNC 1993, nr 5, poz. 79) lub też uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 czerwca 1992 r., III CZP 64/92 (OSNCP 1992, nr 12, poz. 225). Zob. ponadto *Postępowanie sądowe w sprawach gospodarczych*, red. T. Wiśniewski, t. 7, Warszawa 2007, s. 62 n.

<sup>46</sup> Inaczej kształtuje się ta kwestia w świetle prawa wspólnotowego. O braku konieczności spełnienia przesłanki celu zarobkowego przez przedsiębiorstwo podlegające swobodom Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską zob. M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 293–320.

a więc o takie prowadzenie przedsiębiorstwa (zazwyczaj chęć osiągnięcia zysku wiąże się ze stosowną organizacją działalności), którego zamierzeniem jest wygenerowanie dochodu. W tym zakresie spotyka się także poglądy odmienne, które za ową „zarobkowość” nakazują uważać realnie osiągnięty zysk, a nie subiektywną wolę jego wygenerowania<sup>47</sup>. Wprawdzie zwolennicy tych poglądów pośród różnych argumentów wskazują, że Ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej<sup>48</sup> stanowiła, iż działalność gospodarcza powinna być prowadzona „w celu zarobkowym”, co pozwala wnioskować, że rezygnacja z tego sformułowania miała na celu zobiektywizowanie tej okoliczności. Lepiej jednak pozostać przy koncepcji tradycyjnej, ponieważ kryterium realnie osiągniętych dochodów nie sprawdziłoby się w roli jednego z głównych atrybutów przedsiębiorcy, choćby dlatego, że odebrałoby ten status przedsiębiorcom, którzy wykazują zero zysków lub straty, a przecież możliwość wystąpienia zerowych zysków lub strat zawsze stanowi ryzyko wpisane w proces podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej. Poza tym tak zobiektywizowana kwalifikacja doprowadziłaby do sytuacji, w której dany podmiot w zależności od okresu, koniunktury czy okoliczności zewnętrznych na zmianę stawałby się przedsiębiorcą i przestawałby nim być<sup>49</sup>.

Autorzy o konserwatywnych względem notariatu poglądach, uznając prawidłowość tradycyjnego ujęcia, twierdzą, że zarobkowy zamiar nie przyświeca notariuszowi wykonującemu czynności notarialne<sup>50</sup>, a głównym celem jego aktywności jest zaspokajanie potrzeb publicznych przez wykonywanie zadań powierzonych przez państwo<sup>51</sup>.

Czynności notarialne dokonywane są nie tylko w interesie stron, ale także, każdorazowo, w interesie publicznym. Dbałość o interes publiczny jest równie

---

<sup>47</sup> O różnicach między tzw. zamiarem zysku oraz efektem zysku pisze między innymi M. Szydło, *Swoboda działalności...*, s. 36–46, powołując się na poglądy ukształtowane na tle stanu prawnego ukształtowanego pod rządami kodeksu handlowego, wyrażone między innymi przez M. Waligórkę, *Nowe prawo działalności gospodarczej*, Poznań 2001, s. 88, D. Szczygielskiego, *Zasady prawa handlowego*, t. 1, Warszawa 1936, s. 134, T. Dziurzyńskiego, Z. Fenichel i M. Honzatko, *Kodeks handlowy z komentarzem i skorowidzem*, Kraków 1936, reprint: Łódź 1999, s. 11–12, oraz S. Wróblewskiego, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Kraków 1935, s. 20.

<sup>48</sup> Dz.U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.

<sup>49</sup> Zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 1992 r., III CZP 134/92 (OSNC 1993/5/79).

<sup>50</sup> Właśnie ten argument J. Jacyszyn traktuje jako główny w zdecydowanej opozycji do rozwiązań czyniących z notariusza przedsiębiorcę, pisząc, że „dla przedsiębiorcy zysk ekonomiczny jest wartością nadrzędną i celem jego istnienia”, gdy jednocześnie „notariusz nie ma takich priorytetów i nie można do niego odnosić zasad rządzących działalnością gospodarczą”, J. Jacyszyn, *Notariusz — zawodem zaufania publicznego*, [w:] *III Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania. Nowoczesny notariat w bezpiecznym państwie*, Warszawa-Kluczbork 2006, s. 144.

<sup>51</sup> W.J. Wołpiuk za jedną z głównych przesłanek decydujących o wyróżnieniu zawodów zaufania publicznego uważa dystansowanie się do kryterium zysku, wynikające właśnie z misji polegającej na zaspokajaniu interesu publicznego, zob. R. Szytyk, *Niektóre problemy notariatu*, „Rejent” 2006, nr 5, s. 99 i cyt. tam literatura.

ważnym celem notariusza co realizacja woli stron czynności notarialnej. Nie bada on, rzecz jasna, w każdym przypadku, czy interes stron jest zgodny z interesem publicznym, ale prawidłowo wypełniając zgodną z prawem wolę podmiotów prawa cywilnego, właśnie ów interes publiczny realizuje (także przez przyczynianie się do zapobiegania mogącym powstać w przyszłości sporom o prawo). Pozostałe cele indywidualne osoby prowadzącej aktywność notarialną idą w dalszej kolejności, w razie konfliktu ustępując wyżej opisanym priorytetom. Jednocześnie zapewniony przez ustawy przymus notarialny przyczynia się do osiągnięcia zysku, a ustawowe obowiązki notariusza, wykonywane w ściśle określonych ramach i obwarowane sankcjami nie tylko cywilnoprawnymi i karnoprawnymi, ale także dyscyplinarnymi, skutecznie hamują niektóre metody służące pomnażaniu dochodu oraz maksymalizacji zysku. Pewien dowód podniesionego tu podporządkowania indywidualnych celów notariusza celowi publicznemu stanowi okoliczność (być może nawet niekonstytucyjna), że notariusz został obłożony uciążliwymi i odpowiedzialnymi obowiązkami płatniczymi bez wynagrodzenia.

Okoliczność, że taksa notarialna jest powszechnie uznawana za wygórowaną, a dochody notariuszy jawią się jako wysokie w skali kraju, nie stanowi kontrargumentu dla stawianej tezy, iż realnie osiągnięty zysk nie stanowi przesłanki „zarobkowości”<sup>52</sup>, o której była tu mowa. Dla wielu czynności objętych przymusem nota-

---

<sup>52</sup> Nawet samo określenie „zarobek” nie wydaje się tu właściwe. Można uznać, że taksa notarialna stanowi raczej rodzaj „honorarium”. Jest przecież wynagrodzeniem, które zależy (a przynajmniej powinno zależeć) od wysiłku intelektualnego bądź szczególnych kwalifikacji, profesja notariusza należy do elitarnych, a on sam posiada wysokie umiejętności oraz predyspozycje psychiczne i etyczne, wyróżnia się poziomem wiedzy i moralności, zob. S. Janczewski, *Prawo handlowe, wekslowe i czekowe*, Warszawa 1990, s. 31; za J. Jacyszyn, *Notariusz jako współnik spółki partnerskiej (na tle projektu ustawy — Prawo spółek handlowych)*, [w:] *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, Poznań-Kluczbork 1999, s. 74. Określenie „honorarium”, które etymologicznie podkreśla odmiennność między wolnym zawodem a przedsiębiorstwem, ma jednocześnie wydźwięk nieco kontraktowy, stawia nacisk na ekwiwalentność świadczonej pracy i wynagrodzenia, a ponadto jest charakterystyczne dla wolnych zawodów, dlatego okazuje się, że i ta kwalifikacja jest kwestionowana przez radykalnych przeciwników traktowania notariusza jako przedsiębiorcy. W tym świetle naturalna jest konstatacja, że w żadnym razie, przy zakwestionowaniu usługowego charakteru aktywności notarialnej nie można uznać wynagrodzenia należnego notariuszowi za „cenę”, zob. A. Oleszko, *Ustawowy obowiązek bezstronności notariusza*, „Rejent” 2007, nr 10, s. 21–22; jego rozważania opierają się na przekonaniu, że wynagrodzenie z tytułu dokonanej czynności urzędowej nie stanowi ceny za usługę, i co więcej „identyfikowanie wynagrodzenia notariusza z ceną jako zapłatą za świadczoną usługę notarialną jest wyrazem zaprzeczenia ustrojowej pozycji notariatu”; zob. także A. Oleszko, *Wynagrodzenie notariusza za dokonanie czynności notarialnej*, „Rejent” 2006, nr 4, s. 15 n., oraz A. Oleszko, *Strony czynności notarialnych jako „konsumenci”*, „Rejent” 2006, nr 6, s. 19. Chociaż w orzecznictwie odnaleźć można kierunek zmierzający do uznania, że wynagrodzenie notariusza za dokonanie czynności notarialnej jest „opłatą o charakterze ceny” za świadczenie usługi notarialnej i mieści się w definicji ceny obowiązującej w ustawie antymonopolowej (zob. wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14 maja 2003 r., XVII Ama 55/02 (Dz.Urz. UOKiK

rialnym *sensu largo*<sup>53</sup> przewidziana jest bardzo niska taksa notarialna. Jej poziom świadczy o tym, że gdyby aktywność notarialna ograniczała się do tych kilkunastu rodzajów czynności (np. odwołanie testamentu<sup>54</sup>, protokół z przyjęcia oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku<sup>55</sup>, poświadczenie pozostawania osoby przy życiu, w szczególności dla celów emerytalnych<sup>56</sup>, itp.), żadna kancelaria nie miałaby szansy się utrzymać. Wiele czynności notarialnych jest zupełnie nierentownych, a załatwienie pewnych spraw u notariusza bywa tańsze niż w sądzie. Notariusz, otrzymując wynagrodzenia z różnych tytułów, subsydiuje część swoich kosztów ponoszonych przy niektórych czynnościach wpływami z wynagrodzenia za inne czynności. Tworzeniu stawek taksy nie towarzyszy kalkulacja ani nawet analiza kosztów uzasadnionych<sup>57</sup>. Powszechnie podkreśla się, że wynagrodze-

---

2003 Nr 3 poz. 272), z którym to poglądem oczywiście można polemizować. E. Drozd uznaje nawet, że samo określenie „wynagrodzenie” jest nietrafne, zob. E. Drozd, *Odpowiedzialność notariusza w wypadku nieważnej (bezsuktecznej) czynności prawnej*, [w:] *III Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania. Nowoczesny notariat w bezpiecznym państwie*, Warszawa-Kluczbork 2006, s. 79, oraz cyt. za nim R. Giżowski, który podnosi między innymi, że notariusz pobiera wynagrodzenie „nie za czynność, lecz z powodu tej czynności”, R. Giżowski, *Prawny charakter wynagrodzenia notariusza za jego czynności zawodowe*, „Przegląd Notarialny” 1931, nr 1, s. 15. Takie rozumowanie znajduje odzwierciedlenie w niektórych państwach europejskich, takich jak Republika Federalna Niemiec (gdzie taksa notarialna jest sztywna) czy Włochy (gdzie przepisy określają takse maksymalną i minimalną, jest ona obowiązkowa i nie może być przedmiotem konkurencji pomiędzy notariuszami). W duchu tej wypowiedzi najbardziej pozostaje ustawodawstwo francuskie, ponieważ we Francji czynności notarialne dzielą się na takie, co do których istnieje monopol notarialny, oraz takie, co do których nie ma on zastosowania. To kryterium decyduje o nazewnictwie opłat pobieranych przez notariusza. W pierwszej grupie mamy do czynienia z „należnością”, a w drugiej z „honorarium”, V. Tomala, *Notariusz i notariat w Europie*, „Rejent” 2006, nr 5, s. 138; zob. także *Notaires et notariats en Europe*, raport dla Międzynarodowej Unii Notariatu Łacińskiego, red. P. Becque et al., Lille 2004. Dla porównania można dodać, że w Anglii i Walii nie obowiązują ustawowe stawki, a pobieranie wynagrodzenia przez notariusza nie musi być formalizowane przez zaznaczanie na dokumencie podstawy prawnej opłaty oraz jej wysokości, J. Coutts, *Notariat w Londynie*, „Rejent” 1999, nr 11, s. 34.

<sup>53</sup> A więc także tych, które dla swej ważności wymagają formy pisemnej z podpisem poświadczonym notarialnie.

<sup>54</sup> Stawka taksy notarialnej według aktualnego Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej (Dz.U. Nr 148, poz. 1564 z późn. zm.) wynosi 30 zł (§ 8 pkt 5).

<sup>55</sup> Stawka taksy notarialnej według aktualnego Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej (Dz.U. Nr 148, poz. 1564 z późn. zm.) wynosi 20 zł (§ 8 pkt 9).

<sup>56</sup> Stawka taksy notarialnej według aktualnego Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej (Dz.U. Nr 148, poz. 1564 z późn. zm.) wynosi 30 zł lub 5 zł (§ 13 pkt 4).

<sup>57</sup> Pismo Krajowej Rady Notarialnej z dnia 10 grudnia 2002 r. stanowiące odwołanie od decyzji nr DDF-31/2002 wydanej dnia 20 maja 2002 r. przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14 maja 2003 r., XVII Ama 55/02 (Dz. Urz. UOKiK 2003 Nr 3 poz. 272).

nie, które ma prawo pobierać notariusz, jest w zamyśle ukształtowane w oparciu o stopień rozwoju i stan zamożności społeczeństwa, a więc czynniki niezależne od bieżącej sytuacji gospodarczej notariusza<sup>58</sup>. Za wyjaśnienie takiego podejścia uznaje się trudną sytuację obywateli z jednej strony oraz istnienie przymusu notarialnego z drugiej. Brak w tym rozumowaniu miejsca na dostrzeżenie potrzeby kształtowania wynagrodzenia notariusza w oparciu o ponoszone przez niego koszty (nakład czasu, pracy, środków, itp.) oraz o przewidywany dochód (utrzymanie kancelarii, jej rozwój, utrzymanie samego notariusza, itp.). Kształtowanie wynagrodzenia notariusza z uwzględnieniem tych ostatnich kryteriów może mieć miejsce jedynie w zakresie minimalnym, bo ograniczonym przez prawo (maksymalne stawki taksy notarialnej<sup>59</sup>), a więc *de facto* owo „kształtowanie” może oznaczać jedynie „zmniejszanie”, co jednakowo nie służy wspomnianemu celowi i stanowi ważny argument w dyskusji o braku wypełnienia przedmiotowej przesłanki. Dla porządku należy tu dodać, że w ustawie korporacyjnej można odnaleźć symptom zadowalającego z gospodarczego punktu widzenia notariusza rozwiązania legislacyjnego, ponieważ art. 5 § 2 stanowi, iż „wynagrodzenie, o którym mowa w § 1, nie obejmuje kosztów przejazdu i innych niezbędnych wydatków, poniesionych przez notariusza w związku z dokonaniem czynności”. Jednocześnie ogólny charakter tej normy i mało precyzyjne sformułowania niwelują jej potencjalną przydatność.

Dodatkową okolicznością na poparcie wskazanej wyżej tezy podważającej tradycyjną zarobkowość jest praktyka niepobierania żadnych opłat za udzielanie informacji i porad prawnych. Chodzi tu wyłącznie o te informacje i porady, które stanowią *iunctim* z dokonywaną w kancelarii czynnością notarialną lub te, które stanowią zabiegi mające na celu wyjaśnienie sytuacji prawnej klienta i umożliwienie podjęcia przez niego właściwej decyzji w zakresie dokonania czynności notarialnej oraz jej rodzaju. Jednocześnie wykonywanie czynności z dziedziny pośrednictwa i doradztwa w interesach jest notariuszowi bezwzględnie zakazane, zgodnie z treścią art. 19 § 2 ustawy Prawo o notariacie. Problematyka taksy notarialnej po raz kolejny ujawnia swoistość rozwiązań ustawowych. Treść art. 5 Prawa o notariacie potęguje rozłam między konkurującymi nieustannie pierwiastkami profesji notarialnej, ponieważ artykuł ten przewiduje z jednej strony wynagrodzenie określone na podstawie umowy ze stronami czynności,

---

<sup>58</sup> Zob. na przykład odrębne zdanie sędziego Trybunału Konstytucyjnego B. Zdziennickiego do uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2003 r. (sygn. akt K 49/01).

<sup>59</sup> Zob. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej (Dz.U. Nr 148, poz. 1564 z późn. zm.) oraz rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 listopada 1996 r. w sprawie wynagrodzenia notariusza za czynności notarialne podwyższenia kapitału akcyjnego lub połączenia niektórych banków (Dz.U. Nr 139, poz. 691).

z drugiej strony wprowadza ograniczenie w postaci maksymalnych stawek taksy notarialnej właściwych dla danej czynności. Słusznie krytykuje B. Zdziennicki<sup>60</sup> takie ujęcie, dostrzegając połączenie w jednym przepisie formuły zobowiązaniowej, sugerującej świadczenie usługi w zamian za honorarium, oraz formuły wskazującej na pozycję ustrojową notariusza jako funkcjonariusza publicznego. Jednak krytyka ta wydaje się zbyt surowa, jeśli weźmie się pod uwagę, że taka formuła zdarza się w prawie polskim często, a typowym jej przykładem są obowiązujące w państwie na podstawie zarządzeń ceny sztywne, maksymalne i minimalne oraz ustalane przez właściwy organ państwowy ceny wynikowe, przewidziane przez kodeks cywilny<sup>61</sup>.

Jednocześnie przedstawione wyżej argumenty przeciw tezie o zarobkowym charakterze działalności notariusza doznają osłabienia, jeżeli weźmiemy pod uwagę, że notariusz został postawiony w sytuacji faktycznej i prawnej, która wymaga od niego takiego zorganizowania swojej działalności, aby osiągnane z niej przychody były wyższe niż koszty, co stanowi warunek dalszego funkcjonowania. Od kiedy państwowe biura notarialne zastąpiono prywatnymi kancelariami notarialnymi, dążenie do osiągnięcia zysku (nadwyżki przychodów nad kosztami) musiało stać się jednym z celów notariusza. Można wprawdzie podnosić, iż konieczność utrzymania kancelarii to po prostu warunek *sine qua non* wykonywania zadań publicznych, jednak pogląd o wyłącznie ideowej motywacji wykonywania zawodu notariusza z pewnością okazałby się przesadzony. Młody prawnik decyduje się na wybór zawodu notariusza raczej dlatego, że jego wykonywanie daje większą szansę na osiągnięcie satysfakcji finansowej aniżeli z potrzeby pełnienia służby publicznej.

Jako kolejna cecha działalności gospodarczej, nienormatywna tym razem, jawi się uczestnictwo w obrocie gospodarczym. Wskazuje ona na interakcje z innymi podmiotami w ramach stosunków gospodarczych. Odpowiedź na pytanie, czy notariusz wchodzi w takie stosunki ze swoimi klientami, rodzi taką samą wątpliwość, jak odpowiedź na pytanie, czy dochodzi między nimi do zawarcia umowy<sup>62</sup>. Niezależnie od odpowiedzi na to pytanie, trzeba przyznać, że wszystkie elementy sytuacji prawnej notariusza, mające z natury charakter publicznoprawny, świadczą przeciw uznaniu, iż w zakresie swojej działalności zawodowej uczestniczy on w obrocie gospodarczym<sup>63</sup>. Uczestnictwo w obrocie gospodarczym ozna-

<sup>60</sup> Zdanie odrębne do uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2003 r. (sygn. akt K 49/01).

<sup>61</sup> Zob. art. 537–540 k.c.

<sup>62</sup> Kwestia ta została szczegółowo rozważona przez Wisławę Boć w pracy doktorskiej pt. *Status prawny notariusza* (w druku).

<sup>63</sup> Oczywiście mowa tu wyłącznie o sferze działalności zawodowej, gdyż notariusz jako osoba fizyczna niejednokrotnie wchodzi w dynamikę obrotu gospodarczego, choćby jako konsument.

cza *de facto* wytwarzanie towarów lub świadczenie usług<sup>64</sup>. Do tego oczekuje się, że efekty działalności wprowadzane do obrotu gospodarczego przedstawiają swoją wartość rynkową, którą można bezpośrednio i obiektywnie ustalić<sup>65</sup>. Tego typu kryteriów nie spełniają i nie mają spełniać akty notarialne dokumentujące czynności dokonywane przez notariusza, zwłaszcza że nacechowane są mocą urzędową<sup>66</sup>.

W rozważanej kwestii statusu notariusza jako przedsiębiorcy nowe światło rzuca projekt księgi pierwszej kodeksu cywilnego stworzony przez Komisję Kodyfikacyjną Kodeksu Cywilnego działającą przy Ministrze Sprawiedliwości<sup>67</sup>. Projekt ten wprowadza nową definicję działalności gospodarczej oraz pojęcie szczególnego rodzaju przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 58 § 1 projektowanego kodeksu jest nim osoba, która na własne ryzyko prowadzi samodzielną działalność zawodową w sposób trwale zorganizowany. Samodzielną działalnością zawodową jest zaś stała działalność wymagająca szczególnych kwalifikacji, potwierdzonych państwowym lub samorządowym egzaminem<sup>68</sup>. Wydaje się, że propozycje zawarte w projekcie zmierzają we właściwym kierunku. Do notariusza jako przedsiębiorcy, jednak ze swej natury specyficznego, który wykonuje samodzielną działalność zawodową w ujęciu przedmiotowego projektu, bez wątplenia pasowałoby miano przedsiębiorcy szczególnego rodzaju<sup>69</sup>. Bardziej wątpliwa jest już kwalifikacja samodzielnej działalności zawodowej jako działalności gospodarczej, wynikająca z art. 57 § 2 projektowanego kodeksu. Zgodnie z tym przepisem działalnością gospodarczą jest stała działalność zarobkowa lub mająca inny cel gospodarczy, a także samodzielna działalność zawodowa. Ponieważ nie ulegają wątpliwości prezentowane w przepisie wytyczne (prowadzenie działalności zawodowej na własne ryzyko i w sposób trwale zorganizowany), co oznacza, że notariusz prowadzi w świetle założeń projektu samodzielną działalność zawodową, zostaje on automatycznie uznany za prowadzącego działalność gospodarczą. W przygotowywanym projekcie, podobnie jak w obowiązującym kodeksie cywilnym, zaznacza się co do zasady odrębność jakości, jakimi są działalność gospodarcza i działalność zawodowa. Jednak wydaje się, że ustawodawca zmierza do złączenia tych

<sup>64</sup> Por. R. Sowiński, *op. cit.*, s. 292.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> Odmiennie: uzasadnienie wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14 maja 2003 r. (XVII Ama 55/02). Zob. także: W. Boć, *Status prawny notariusza*, praca doktorska (w druku). Autorka prowadzi rozważania poświęcone negacji kwalifikacji aktywności notariusza jako usług prawniczych (w rozdziale IV, 2.3.2. „Podległość notariusza ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”).

<sup>67</sup> Zob. na przykład <http://www.ms.gov.pl>.

<sup>68</sup> Zob. art. 58 § 2 projektowanego k.c. (<http://www.ms.gov.pl>).

<sup>69</sup> Sformułowanie „szczególny rodzaj przedsiębiorcy” wymaga poprawki z gramatycznego punktu widzenia. Zapewne autorom chodziło o „przedsiębiorcę szczególnego rodzaju”, którego charakteryzowałiby jako „osobę”, gdyż rodzaj, nawet szczególny, nie może być osobą.



jakości przez wykazanie, iż samodzielna działalność zawodowa (którą notariusz niewątpliwie wykonuje) jest jednocześnie działalnością gospodarczą. W tym momencie połączenie wykładni literalnej z zastosowaną tu wykładnią funkcjonalną może doprowadzić do ewolucji wniosków.

Projekt księgi pierwszej tworzony przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego działającą przy Ministrze Sprawiedliwości zasługuje w przedmiotowym zakresie na akceptację także ze względu na nową treść art. 58 § 1 kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem przedsiębiorca szczególnego rodzaju (jakim niewątpliwie w rozumieniu projektu jest notariusz) „nie podlega wpisowi do ewidencji przedsiębiorców. Przepisy szczególne mogą zwalniać takiego przedsiębiorcę od wpisu do rejestru przedsiębiorców; może on jednak wówczas zostać na żądanie wpisany do rejestru. Do przedsiębiorcy niewpisanego do rejestru nie stosuje się przepisów o firmie i prokurze”<sup>70</sup>.

Przypomnijmy, że dzisiaj notariusz, jak każdy przedsiębiorca, podlega obowiązkowi wpisu do stosownego rejestru przedsiębiorców. Jeżeli samodzielnie prowadzi kancelarię notarialną albo też jest współnikiem spółki cywilnej, zwraca się z wnioskiem o wpis do ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez gminy jako zadanie zlecone z zakresu administracji rządowej<sup>71</sup>, natomiast jeśli prowadzi wspólnie z innym notariuszem (innymi notariuszami) spółkę partnerską, wymaga ona wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego, prowadzonego przez sądy rejestrowe. Problematykę wpisu do rejestru przedsiębiorców spółki partnerskiej można tu pominąć, ponieważ założenie, zgodnie z którym nowo powstały podmiot — w szczególności spółka prawa handlowego uznawana za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 36 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym — wymaga ujawnienia w państwowym rejestrze, jest prawidłowe i sprzyja zabezpieczeniu praw i interesów wszelkich kontrahentów spółki. Natomiast okoliczność, że notariusz, aby samodzielnie lub w formie spółki cywilnej mógł rozpocząć działalność zawodową, musi dokonać rejestracji w ewidencji prowadzonej przez gminy, wymaga komentarza. Oznacza to bowiem uzależnienie otwarcia kancelarii notarialnej od decyzji wójta, burmistrza lub prezydenta miasta.

Ustawa Prawo o notariacie przewiduje powołanie notariusza przez Ministra Sprawiedliwości w formie decyzji administracyjnej, podjętej po przeprowadzeniu stosownej procedury. W ustawie korporacyjnej szczegółowo przedstawiono wymagania w zakresie wniosku o powołanie oraz inne wymogi, od których spełnienia zależy uzyskanie statusu notariusza. Ustawa przewiduje także wymogi rozpoczęcia działalności. Zgodnie z art. 14 ustawy Prawo o notariacie, notariusz jest obowiązany uruchomić w ciągu dwóch miesięcy od zawiadomienia o powoła-

<sup>70</sup> Zob. też uzasadnienie do projektu (<http://www.ms.gov.pl>).

<sup>71</sup> Art. 23–45 Ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. 2007 Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.) — stan prawny obowiązujący od dnia 1 października 2008 r.

niu kancelarię i zgłosić to Ministrowi Sprawiedliwości. W razie nieuruchomienia kancelarii w tym terminie powołanie traci moc, co stwierdza Minister Sprawiedliwości. W tych okolicznościach instrumentalny obowiązek uzyskania pozytywnej decyzji organu gminy stanowi, wydaje się, przerost regulacji.

Obecnie, aby rozpocząć aktywność zawodową, notariusz potrzebuje dwóch różnych decyzji administracyjnych. Można się tylko cieszyć z tego, że organ gminy ma trzy dni na podjęcie decyzji w sprawie wpisu, a więc jest to termin niegodzący w dwumiesięczny termin ustawowy dla uruchomienia kancelarii. Nie stanowi też argumentu na poparcie dodatkowej procedury okoliczność, że notariusz umieszczany jest w państwowym i jawnym spisie, ponieważ równolegle Minister Sprawiedliwości prowadzi rejestr kancelarii, a wykaz zarejestrowanych kancelarii jest ogłaszany w formie obwieszczenia w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”<sup>72</sup>.

W ramach podjętego tematu zarysowuje się kwestia relacji dwóch płaszczyzn: wykonywania czynności zawodowych i prowadzenia przedsiębiorstwa. W interesującej nas sprawie termin ten, skądinąd szeroko i wieloaspektowo traktowany w doktrynie<sup>73</sup>, ma oznaczać prowadzenie przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, a więc *de facto* prowadzenie kancelarii notarialnej. Aktywność notariusza wykonującego swój zawód obejmuje dwie sfery działania: merytoryczną i organizacyjną. Po pierwsze wykonuje notariusz działalność zawodową, o której mowa w art. 1 § 1 ustawy Prawo o notariacie, po drugie zaś organizuje warunki niezbędne do prowadzenia tej działalności i realizacji tych celów, prowadzi kancelarię notarialną, którą z powodzeniem można przyrównać do przedsiębiorstwa (mając, oczywiście, świadomość znacznych odmienności czy nawet podstawy do zakwestionowania takiej tezy). Wydaje się, że ma sens teoretycznoprawny koncepcja, zgodnie z którą notariusz dokonuje czynności notarialnych poza sferą działalności gospodarczej, a nawet poza sferą szeroko rozumianej przedsiębiorczości, a kancelarię notarialną prowadzi w ich ramach. O ile wskazania do akceptacji tej dwutorowości są niewątpliwe, o tyle jej usankcjonowanie napotyka poważną przeszkodę w postaci okoliczności, że kancelaria jest prowadzona za środki pochodzące z działalności zawodowej notariusza, a spowodowana powyższym nierozzerwalność tych dwóch płaszczyzn ubezskutecznia rozważania o potencjalnym ich rozdziale<sup>74</sup>.

Trudności rodzi ocena, jakie konsekwencje wiążą się z uzyskaniem przez notariusza statusu przedsiębiorcy<sup>75</sup>. Już wiadomo, że specyfika tego zawodu nie pozwoli na stosowanie wprost w odniesieniu do notariusza wszystkich reguł dotyczących przedsiębiorców. Poza tym trudno ocenić, do jakiego stopnia powinno

<sup>72</sup> Art. 9 ustawy Prawo o notariacie.

<sup>73</sup> Zob. A. Kidyba, *op. cit.*, s. 27–33.

<sup>74</sup> Por. A. Oleszko, *Ustawowy obowiązek...*, s. 22.

<sup>75</sup> Świadczą o tym rozbieżności orzecznicze w przedmiocie stosowania oznaczonych grup przepisów dotyczących przedsiębiorców w odniesieniu do notariuszy.

się szczegółowo realizować zasygnalizowaną wyżej wizję wybiórczego stosowania wspomnianych reguł do notariusza. Należy wobec tego podjąć próbę oceny, w czym przejawia się owa szczególność notariusza jako przedsiębiorcy. Konsekwencje, o których tu mowa, mają różnorodny charakter. Część z nich może być postrzegana jako formalny skutek uzyskania takiego statusu, jak na przykład podległość odrębnym zasadom rejestracyjnym czy odmienne reguły podatkowe stosowane wobec przedsiębiorców. Są to następstwa o charakterze porządkowym, prakseologicznym, a nie zasadniczym, teoretycznym, więc ich pozytywna lub negatywna ocena ma mniejsze znaczenie, choć niewątpliwie i w tym obszarze nasuwać się pewne refleksje krytyczne. Jednocześnie jednak, z omawianym zjawiskiem wiążą się także bardziej kontrowersyjne konsekwencje, które mogą rodzić dalsze skutki, a finalnie spowodować ewolucję ram organizacyjnych zawodu oraz celu i sposobu jego wykonywania.

Prawidłowość tezy o niemożliwości stosowania całokształtu przepisów o przedsiębiorcach i działalności gospodarczej do aktywności notarialnej trudno zakwestionować. Stoją za nią dwa zasadnicze argumenty.

Pierwszy argument opiera się na specyfice zawodu, który — mocno osadzony w prawie publicznym — charakteryzuje się cechami właściwymi nie dla typowych przedsiębiorców, ale raczej dla organów ochrony prawnej (bez względu na przyjęte ujęcie). Nie mógł trafniej wyrazić sedna problemu P. Marquardt, niż wskazując, że brak akceptacji traktowania notariusza jako „zwykłego przedsiębiorcy” nie wynika z oceny konsekwencji prawnych posiadania statusu przedsiębiorcy, lecz raczej z aksjologicznej niezgody między przyznaniem notariuszowi statusu osoby prowadzącej przedsiębiorstwo i roli *sui generis* funkcjonariusza publicznego<sup>76</sup>.

Po drugie bezkrytyczne otwarcie się na koncepcję notariusza-przedsiębiorcy powinno spowodować stosowne zmniejszenie ograniczeń ustawowych utrudniających prawidłowe funkcjonowanie na zasadach wolnego rynku. Co więcej, wymagałoby zasadniczych ewolucji w zakresie założeń samorządu zawodowego, który działa w głównej mierze w oparciu o kryteria interesu publicznego, a miałby zacząć działać, mając na względzie przede wszystkim interesy poszczególnych przedstawicieli zawodu, umożliwiając im wykorzystywanie całego dostępnego instrumentarium (między innymi z obszaru szeroko rozumianej konkurencji) prowadzenia działalności efektywnej ekonomicznie, opartej na zasadach rachunku ekonomicznego, a nawet maksymalizacji dochodów. Procesy te nie są łatwe do przeprowadzenia prakseologicznie, ale mogą także przynieść następstwa niekorzystne z punktu widzenia systemu prawnego i socjologii zawodu, bo burzą dotychczasowy, niezachwiany, choć swobodnie interpretowany, rytm zaufania publicznego. Słusznie podkreśla Szydło, powołując się na uchwałę Sądu Najwyż-

<sup>76</sup> P. Marquardt, *Notariusz — przedsiębiorca*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 11, s. 20.

szego z dnia 6 grudnia 1991 r.<sup>77</sup>, że podstawową zasadą, której podporządkowana powinna być wszelka działalność gospodarcza, jest zasada racjonalnego gospodarowania, nazywana w skrócie zasadą gospodarności. Zgodnie z jej założeniami maksymalny stopień realizacji celu osiąga się, postępując tak, aby przy danym nakładzie środków osiągnąć maksymalny stopień realizacji celu (zasada największego efektu) albo tak, aby przy danym stopniu realizacji celu użyć minimalnego nakładu środków (oszczędność środków)<sup>78</sup>. Nie sposób w tych warunkach nie podnieść, iż zasada gospodarności jest w obszarze aktywności notarialnej jeśli nie wyłączona, to ograniczona do minimum. Notariusz-przedsiębiorca pozbawiony jest możliwości dokonywania podstawowych wyborów zmierzających do maksymalizacji dochodów, o czym była już mowa. Bez zaistnienia ustawowej przyczyny odmowy dokonania czynności notarialnej, nie ma on podstaw prawnych do uchylenia się od ustawowego obowiązku. Praktyka, oparta na ustawie ustrojowej notariatu oraz Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej, wykazuje, że wiele czynności jest z ekonomicznego punktu widzenia „nieopłacalnych”, a ich niewykonanie przez notariusza z powodu wspomnianej „nieopłacalności” skutkowałoby jego odpowiedzialnością dyscyplinarną, cywilnoprawną oraz karną.

Postawienie notariusza w pozycji przedsiębiorcy wynika z jednoznacznej treści art. 43<sup>1</sup> kodeksu cywilnego nie jest tożsame z uznaniem, że całokształt prawa przedsiębiorców znajdzie do jego działalności zastosowanie. Aby zatem ocenić, czy przepisy ustaw szczególnych dotyczących przedsiębiorców (takich, jak Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>79</sup>, Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>80</sup>, Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych<sup>81</sup> czy Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym<sup>82</sup>) formalnie odnoszą się do notariusza, niezbędne jest ustalenie kilku okoliczności. Aktualny uwikłany stan prawny wymaga zbadania, czy notariusza obejmują poszczególne definicje przedsiębiorcy prezentowane przez odrębne ustawy, a w szczególności, czy świadczy on tzw. usługi (usługi prawnicze). Z punktu widzenia konsekwencji merytorycznych należy ustalić, czy hipotezy i dyspozycje konkretnych ustaw nadają się do przeniesienia na grunt notarialny i co takie przeniesienie ze sobą niesie<sup>83</sup>.

<sup>77</sup> III CZP 117/91 (OSN 1992 Nr 5, poz. 65).

<sup>78</sup> M. Szydło, *Swoboda działalności...*, s. 40.

<sup>79</sup> Tekst jedn. Dz.U. 2003 Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.

<sup>80</sup> Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.

<sup>81</sup> Tekst jedn. Dz.U. 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.

<sup>82</sup> Dz.U. Nr 171, poz. 1206.

<sup>83</sup> Studium szczególnej sytuacji prawnej i gospodarczej notariusza w obowiązującym prawie polskim zawarła W. Boć w pracy doktorskiej pt. *Status prawny notariusza* (w druku).

Zamierzenia Komisji Kodyfikacyjnej działającej przy Ministrze Sprawiedliwości w zakresie projektu księgi pierwszej kodeksu cywilnego oddalają poglądy w pełni konserwatywne, dając jednocześnie szansę na uwzględnienie refleksji krytycznych. Możemy założyć, że jeśli propozycje działu II „Przedsiębiorca” zostaną wdrożone, będziemy mieli do czynienia z nowym, szczególnym rodzajem przedsiębiorcy, który na własne ryzyko i w sposób trwale zorganizowany prowadzi samodzielną działalność zawodową, a więc stałą działalność wymagającą szczególnych kwalifikacji, potwierdzonych państwowym lub samorządowym egzaminem. Element ryzyka bez wątpienia nadaje prawne uzasadnienie istniejącej w rzeczywistości potrzebie osiągnięcia zysku. Wówczas wszelkie regulacje zmierzające do ograniczenia swobody poruszania się w ramach wolnego rynku i swobody konkurencji mogą być postrzegane jako określenie granic, w ramach których każdy notariusz już jako przedsiębiorca szczególnego rodzaju realizować będzie między innymi zarobkowy cel swojej działalności będącej według przedmiotowego projektu działalnością gospodarczą.

Nowa proponowana regulacja, która określa notariusza jako przedsiębiorcę szczególnego rodzaju, wydaje się interesująca i zachęca do refleksji. Warto podkreślić, że w literaturze zwraca się uwagę na istnienie przekonania zakładającego naturalną sprzeczność interesów notariusza funkcjonującego jako „przedsiębiorca” i jego klientów, prowadzącą z natury rzeczy do podważenia wiarygodności i publicznego zaufania<sup>84</sup>. W Popiołek, uznający takie przekonanie za stereotyp, nawołuje, aby mu się sprzeciwiać. Konstatuje on, że „o zaufaniu przesądza rzetelność zawodowa, profesjonalizm i bezstronność, a nie formalny status przedsiębiorcy”<sup>85</sup>. Pogląd ten, chociażby częściowo, nie wydaje się pozbawiony racji. Mając świadomość wspomnianej już wyżej pewnej „aksjologicznej niezgody” między statusem przedsiębiorcy a statusem *sui generis* funkcjonariusza publicznego<sup>86</sup>, a jednocześnie w perspektywie pogłębiania się już tylko przedmiotowego zamierzenia ustawodawcy, należy przyjąć, że samo nadanie notariuszowi przymiotu przedsiębiorcy nie odbierze mu możliwości odgrywania właściwej roli, jaką powinien pełnić w demokratycznym społeczeństwie. Kategoria pojęciowa „przedsiębiorcy szczególnego rodzaju” pod pewnymi względami nawiązuje semantycznie do pojęcia „przedsiębiorcy zaufania publicznego”, który to termin pojawił się już wcześniej w literaturze w trakcie dyskusji nad rozumieniem statusu notariusza<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> W. Popiołek, *Jaki notariat jest potrzebny społeczeństwu i państwu?*, [w:] *III Kongres Notariuszy...*, s. 304.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> P. Marquardt, *op. cit.*

<sup>87</sup> Zob. M. Król, *Notariusz de lege ferenda*, „Rejent” 2006, nr 5, s. 91.

Współcześnie dostrzec można zjawisko, które należy opisać w ten sposób: „wypychany” ze swych naturalnych obszarów aktywności zawodowej notariat, stara się znaleźć bezpieczne dla siebie miejsce, kryjąc się za murem urzędu publicznego<sup>88</sup>. Pogląd ten wypowiedziany został przez Federico Tassinarięgo przy ocenie faktu umniejszania roli notariuszy w poszczególnych państwach Unii Europejskiej w zakresie wykonywania czynności dotyczących prawa spółek w krajowych porządkach prawnych. Autor ten wskazał, że postępowanie polegające na upatrywaniu rozwiązania tego problemu jedynie w utrzymaniu przez notariusza statusu funkcjonariusza publicznego, bez dostrzeżenia istoty problemu, jakim jest potrzeba udzielania przez notariusza profesjonalnej, eksperckiej, wyczerpującej porady prawnej, jest niewystarczające dla zmiany zaistniałej, negatywnej dla notariuszy sytuacji<sup>89</sup>. Wydaje się, że wypowiedź ta w dużej mierze zasługuje na poparcie. Profesjonalizm działania notariusza będzie szczególnie istotny w sytuacjach, w których działanie to będzie stanowiło tylko fragment pewnego procesu prowadzącego na przykład do powstania spółki kapitałowej. W takich wypadkach, kiedy klientem notariusza jest przedsiębiorca otoczony wieloma profesjonalnymi doradcami i pośrednikami, których wynagrodzenie, nawiasem mówiąc, zazwyczaj znacznie przewyższa taksę notarialną, nieraz wprost wskazuje się na brak uzasadnienia jego udziału w tym procesie<sup>90</sup>. Otóż nic bardziej błędnego. To właśnie w takich sytuacjach profesjonalne działanie notariusza, rozumiane jako spełnianie standardów jakościowych w każdym aspekcie oceny aktywności zawodowej, jest gwarantem uzasadnienia jego społecznej roli w systemie prewencyjnej ochrony prawnej. Jak słusznie zauważył Tassinari, „wspólnicy zakładanej spółki w zasadzie nie mają żadnych obaw dotyczących rozpoczynanej działalności gospodarczej,

<sup>88</sup> Zob. Raport „How to foster the notarial policy in the domain of Company Law. Draft for strategic guidelines”, CNUE — Working Group in Company Law, May 2009, przygotowany przez notariusza Federico Tassinarięgo z Włoch.

<sup>89</sup> *Ibidem*, s. 3.

<sup>90</sup> P. Czubik, K. Oplustil, *Forma zagranicznych czynności prawnych związanych z powstaniem i funkcjonowaniem polskiej spółki z o.o.*, „Prawo Spółek” 2007, nr 1, s. 21. Ten skrajny w ocenie pogląd wyrażony w literaturze uzasadniać ma fakt „powstawania umowy spółki w drodze negocjacji stron, przy udziale wykwalifikowanych doradców prawnych”. Autorzy wywodzą, że „nadanie umowie spółki formy aktu notarialnego jest często zwykłą formalnością, która nie ma wpływu na treść tej umowy i która z punktu widzenia podpisujących ją stron oznacza przedłużenie i podrożenie procesu tworzenia spółki kapitałowej. Być może należy wnioskować, że przedstawiony wyżej pogląd znajduje według jego autorów zastosowanie jedynie przy rejestracji w Polsce spółki handlowej z szeroko rozumianym tzw. elementem zagranicznym, na co w pewnym stopniu wskazuje zakres treściowy artykułu, w którym pogląd ten został wyrażony. Wydaje się jednak, że nawet tak „ścisle” jego rozumienie nie może być przyjmowane bez wątpliwości i to zarówno ze względów teoretycznych, jak i z uwagi na wnioski wynikające z praktyki notarialnej istniejącej w tym zakresie. Podkreślić trzeba, że udział notariusza w sporządzaniu statutu (umowy) spółki kapitałowej przyczynia się do znacznego odciążenia sądu rejestrowego od części jego obowiązków wynikających z konieczności dokonywania kontroli prewencyjnej w procesie powstawania tej spółki.

bowiem towarzyszy im entuzjazm związany z jej rozpoczęciem”<sup>91</sup>. Nie ulega zaś wątpliwości, że entuzjazm ten z reguły mija w miarę upływu czasu, po rozpoczęciu działalności gospodarczej. Wydaje nam się, że obecny stan gospodarki światowej jest jednym z czynników zmuszających do zrewidowania niektórych dotychczasowych twierdzeń dotyczących zasad podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, w szczególności tych, które pojmowane były dotychczas jako oczywiste. Jak zauważa amerykański sędzia i profesor prawa Richard A. Posner, jeden z prekursorów badań w zakresie ekonomicznej analizy prawa, wzrasta obecnie znaczenie mechanizmów kontroli służących regulacji przeprowadzanych *ex ante*, w odróżnieniu od regulacji *ex post*<sup>92</sup>. Wydaje się, że jest to naturalny obszar dla realizacji samodzielnej działalności zawodowej przez notariuszy.

Przy okazji uznania notariusza za przedsiębiorcę szczególnego rodzaju warto zrewidować istniejące poglądy wyrażone zwłaszcza w odniesieniu do wynagrodzenia notariusza (taksy notarialnej). Jak zauważono we wcześniejszej części opracowania, działalność notariusza uniemożliwia mu pobieranie opłat za udzielenie informacji i porad prawnych. Obecna regulacja istniejąca w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej<sup>93</sup> uzależnia wysokość maksymalnego wynagrodzenia notariusza co do zasady od „wartości przedmiotu czynności notarialnej” (§ 2 ust. 1). Co prawda rozporządzenie to wydane zostało w oparciu o podstawę ustawową zawartą w art. 5 ust. 3 Ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie<sup>94</sup>, który to przepis odwołuje się do innych jeszcze czynników kształtujących maksymalne wynagrodzenie notariusza, takich jak „rodzaj czynności notarialnej”, „stopień zawichości czynności” czy „nakład pracy notariusza”. Niemniej jednak istniejąca regulacja zawarta w rozporządzeniu nie pozwala na zwiększenie taksy notarialnej ponad kwotę wyliczoną na podstawie wartości przedmiotu czynności notarialnej zgodnie z zasadami podanymi w § 3 rozporządzenia<sup>95</sup>. To powoduje, że wynagrodzenie notariusza (taksa notarialna) nie jest dostatecznie powiązane z zakresem nakładu pracy włożonej przez niego w udzielenie porady prawnej w swoistym otoczeniu czynności notarialnej, co w konsekwencji stanowić może naturalny bodziec do ograniczania zakresu porady do niezbędnego minimum<sup>96</sup>. W niektórych sytuacjach prowadzi to do zupełnie niepożądanego dla notariuszy stanu rzeczy, bowiem istniejący obecnie mechanizm powoduje, że maksymalna taksa notarialna za sporządzenie umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

<sup>91</sup> Zob. Raport „How to foster...”.

<sup>92</sup> R.A. Posner, *A Failure of Capitalism*, Harvard 2009, s. 101.

<sup>93</sup> Dz.U. Nr 148, poz. 1564 z późn. zm.

<sup>94</sup> Tj. Dz.U. 2008 Nr 189, poz. 1158.

<sup>95</sup> Zob. szerzej M. Leśniak, *Glosa do wyroku SA z dnia 15.02.2006 r.*, I ACa 897/05, „Rejent” 2007, nr 17, s. 144–154.

<sup>96</sup> Co ciekawe, stan taki istnieje w wielu krajach europejskich, o czym szerzej Raport „How to foster...”.

cią z kapitałem zakładowym na poziomie minimalnym, wynoszącym obecnie 5000 zł, nie może przekroczyć kwoty 160 zł netto, co, jak wynika z praktyki, w zdecydowanej większości wypadków nie uwzględnia stopnia zawichości takiej umowy i związanego z tym nakładu pracy notariusza.

Na zakończenie warto jeszcze powrócić do kwestii dotyczącej występowania elementu „zarobkowości” w definicji działalności gospodarczej, co przekłada się z kolei na pojęcie przedsiębiorcy. Wielokrotnie w literaturze podkreślano, co zostało szeroko omówione wcześniej, że element „zarobkowości” jako charakterystyczny dla działań przedsiębiorcy, a stojący w opozycji do tradycyjnego pojmowania zamiaru przyświecającego notariuszowi w jego działaniach zawodowych, stanowi koronny argument dla odrzucenia koncepcji traktowania notariusza jako przedsiębiorcy. Przyjęta w art. 58 § 2 projektowanego kodeksu definicja działalności gospodarczej wyraźnie wskazuje, że działalnością gospodarczą jest nie tylko działalność zarobkowa, ale także działalność mająca inny cel gospodarczy<sup>97</sup>. Być może wywoła to konieczność złagodzenia wypowiedzi, które niemożliwość zaliczenia notariuszy do kręgu przedsiębiorców uzasadniają brakiem celu zarobkowego w ich działaniu, a wywoła konieczność oceny, co uznać można w rozumieniu ustawy za „cel gospodarczy”, a czego nie.

---

<sup>97</sup> Zob. też uzasadnienie do projektu (<http://www.ms.gov.pl>).