

**Glosa**

**do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego  
z dnia 19 maja 2005 r., FSK 1656/04**

**Notariusz nie będący przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.) prowadzi zarobkową działalność usługową, polegającą na podejmowaniu czynności notarialnych (art. 1 § 1 ustawy – Prawo o notariacie)\*.**

**I**

Glosowany wyrok został wprawdzie wydany na podstawie nieobowiązującego już stanu prawnego<sup>1</sup>, ale problem notariusza jako przedsiębiorcy bądź osoby prowadzącej działalność gospodarczą aktualny jest również na gruncie obecnej ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej<sup>2</sup>.

Aktualność powyższego poglądu nabiera zupełnie innego wymiaru w świetle działalności Międzynarodowej Unii Notariatu Łacińskiego, którą to organizację zaniepokoiły ostatnie przejawy światowego kryzysu gospodarczego. Temat ten był przedmiotem wszechstronnej analizy dokonanej podczas międzynarodowej konferencji naukowej w Marakeszu na temat: „Notariat łaciński i jego rola w zapewnieniu transparencji rynków finansowych”, która odbyła się w dniach 3-6 października 2010 r.<sup>3</sup>

---

\* LEX nr 249905.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.) zachowuje moc obowiązującą jedynie w zakresie ewidencjonowania działalności gospodarczej (art. 7a – 7i). W pozostałej części przepisy ustawy z 1999 r. zostały uchylone przez ustawę z dnia 2 lipca 2004 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1808 ze zm.) z dniem 21 sierpnia 2004 r.

<sup>2</sup> Tekst jedn. – Dz.U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm.

<sup>3</sup> Zob. sprawozdanie W. S p i r y d o w i c z a z tej konferencji, PiP 2011, nr 2, s. 123-124.

Jedną z przyczyn tego kryzysu odnosi się do obrotu nieruchomości w USA, którego uczestnikami w znacznej mierze były osoby nieznające języka angielskiego. Nie stało to na przeszkodzie temu, że z bankami osoby te zawierały umowy kredytu oraz nabycia własności nieruchomości (domów). Legalizacja tych umów polegała na poświadczeniu podpisów przez notariuszy publicznych (*notary public*), którzy w zdecydowanej mierze nie tylko nie mają wykształcenia prawniczego, ale poza ich kompetencją pozostaje jakakolwiek „kontrola” treści zawieranych umów. Dzieje się tak dlatego, że amerykański notariusz jest typowym przedsiębiorcą, a wszelkie ryzyko obrotu nieruchomościami w drodze umów cywilnoprawnych odbywa się na ryzyko stron umowy. Widzimy obecnie w sposób oczywisty, że ryzyko to w całości poniosły osoby fizyczne, banki przyczyniły się tylko do światowego kryzysu finansowego.

Konferencja w Marakeszu jest wyraźnym i oczywistym sygnałem dla krajowych notariatów Unii Europejskiej co do dalszego rozwoju tej instytucji – jako typowego przedsiębiorcy, czy też powrotu do klasycznych funkcji notariatu łacińskiego z przewagą funkcji publicznych oraz jurysdykcji prewencyjnej<sup>4</sup>.

Trzeba od razu zaznaczyć, że wskazany problem (statusu notariusza jako przedsiębiorcy) nie odnosi się tylko do ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Chodzi tu także, a może nawet przede wszystkim, o stosowanie wobec notariusza (dokonywanych przez niego czynności notarialnych) przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>5</sup>.

## II

Naczelny Sąd Administracyjny na tle ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych<sup>6</sup> uznał, że chociaż notariusz nie jest przedsiębiorcą, ale prowadzi on zarobkową działalność usługową, polegającą na podejmowaniu czynności notarialnych (art. 1 § 1 pr. o not.)<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Dyskusja ta znajduje również żywe odzwierciedlenie w polskiej literaturze oraz orzecznictwie.

<sup>5</sup> Tekst jedn. – Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. (dalej: p.z.p.).

<sup>6</sup> Tekst jedn. – Dz.U. z 2010 r. Nr 95, poz. 613 ze zm.

<sup>7</sup> W przedmiotowym stanie faktycznym oznaczało to, że nieruchomość (część nieruchomości), która pełniła funkcję kancelarii notarialnej, została uznana za „nierucho-

Powstaje pytanie, czy sformułowanie powyższego poglądu było konieczne. W szczególności wątpliwości budzi powołanie się przez Naczelną Sąd Administracyjny na treść art. 1 § 1 pr. o not. Zgodnie z tym przepisem, notariusz jest powołany do dokonywania czynności, którym strony są obowiązane lub pragną nadać formę notarialną (czynności notarialnych). Sąd odniósł zarobkową działalność usługową do art. 1 § 1 pr. o not. i utożsamiał z tą właśnie działalnością „dokonywanie czynności notarialnych”.

Posłużenie się powyższą argumentacją z pewnością nie odpowiada treści art. 1 pr. o not. Jego przepis oznacza jedynie przyznanie notariuszowi kompetencji do dokonywania czynności notarialnych (jako czynności zawodowych).

Konstrukcja „działalności notariusza” jako „zarobkowej działalności usługowej prowadzonej w sposób zorganizowany i ciągły” (co odpowiada pojęciu działalności gospodarczej) została sformułowana przez Naczelną Sąd Administracyjny tylko po to, ażeby uzasadnić opodatkowanie notariuszy podatkiem od nieruchomości. Sąd nie zauważył jednak, że art. 1 ust. 1 pr. o not. ma charakter wyłącznie ustrojowy i nie przesądza o żadnej działalności usługowej notariusza w rozumieniu przypisanym mu w głosowanym wyroku. Usługowy charakter omawianych czynności ma znaczenie wtórne, a nie ustrojowe<sup>8</sup>.

Nic nie stoi jednak na przeszkodzie, aby przyjąć, że w określonym zakresie będą stosowane do notariusza oznaczone rozwiązania prawne przewidziane – co do zasady – dla podmiotów prowadzących „typową” działalność gospodarczą. W związku z tym należy postulować przyjęcie regulacji, iż przedmiotowym podatkiem objęci są również notariusze prowadzący kancelarie notarialne<sup>9</sup>.

---

mość związaną z prowadzeniem działalności gospodarczej”, do której zastosowanie znajduje wyższa stawka podatkowa podatku od nieruchomości (określona w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b cyt. ustawy o podatkach i opłatach lokalnych).

<sup>8</sup> Tak A. O l e s z k o, *Prawo o notariacie. Komentarz. Część I*, LexisNexis 2011, s. 84.

<sup>9</sup> *Tamże*.

### III

Wyrażona w glosowanym wyroku teza sprowadzająca dokonywanie czynności notarialnych do „zarobkowej działalności usługowej” jest również odnoszona do (zaakceptowanego w orzecznictwie sądowym) udziału notariuszy w systemie zamówień publicznych<sup>10</sup>. Czynność notarialna jest wtedy traktowana jako „usługa” (art. 2 pkt 10 p.z.p.)<sup>11</sup>, wynagrodzenie notariusza – jako „cena” (art. 2 pkt 1 cyt. ustawy)<sup>12</sup>, notariusz staje się zaś „wykonawcą” (art. 2 pkt 1 p.z.p.)<sup>13</sup>. Procedury zamówień publicznych mają na celu wybór najkorzystniejszej oferty (art. 2 pkt 5 p.z.p.). W odniesieniu zaś do „usługi” notariusza będzie nią „oferta z najniższą ceną” (art. 2 pkt 5 *in fine* p.z.p.). Trudno zaakceptować sytuację, w której jednocześnie przyjmuje się, że instrumentami służącymi konkurencji jest przede wszystkim profesjonalizm w dokonywaniu czynności notarialnych oraz sprawność działania kancelarii<sup>14</sup> a z drugiej strony jedynym elementem brany pod uwagę w ramach zamówień publicznych jest „cena usługi”.

---

<sup>10</sup> Zob. wyrok SN z 7 kwietnia 2004 r., III SK 28/04 (OSNP 2005, nr 3, poz. 47); wyrok SN z 26 lutego 2004 r., III SZ 4/03 (OSNP 2004, nr 23, poz. 411) z aprobującą glosą R. S z o s t a k a (Samorząd Terytorialny 2006, nr 4, s. 65); wyrok SN z 26 lutego 2004 r., III SZ 2/03 (OSNP 2004, nr 22, poz. 395).

<sup>11</sup> Zgodnie z art. 2 pkt 10 p.z.p. przez usługę należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a cyt. ustawy, tj. w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz.U. Nr 12, poz. 68). Przyjmuje się, że czynności notarialne objęte są zakresem usług prawniczych, wymienionych w załączniku 2 cyt. rozp.

<sup>12</sup> Przepis art. 2 pkt 1 p.z.p. odsyła w tym zakresie do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050, ze zm.), zgodnie z którym przez cenę rozumie się wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę.

<sup>13</sup> Według art. 2 pkt 11 p.z.p. wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

<sup>14</sup> Zob. uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów SN z dnia 23 września 2009 r., I KZP 7/09 (OSN KW 2009, nr 10, poz. 83).

Jeżeli nawet przyjąć, że powyższe pojęcia mogą być stosowane do notariusza i dokonywanych przez niego czynności notarialnych, to sama konstrukcja udzielonego zamówienia publicznego pozostaje w zasadniczej sprzeczności z przepisami ustawy – Prawo o notariacie wyznaczającymi obowiązki zawodowe notariusza oraz z Kodeksem Etyki Zawodowej Notariusza (KEZN). Znane jest również wszystkim notariuszom stanowisko Krajowej Rady Notarialnej, która w podjętych uchwałach wypowiedziała się negatywnie w kwestii udziału notariusza w postępowaniu przetargowym z punktu widzenia deontologii tego zawodu<sup>15</sup>.

W szczególności krytyka związana jest z obowiązkiem bezstronności (art. 80 § 2 pr. o not.) oraz obowiązkiem wyjaśniająco-doradczym (art. 80 § 3 pr. o not.). Zgodnie z art. 80 § 2 pr. o not. przy dokonywaniu czynności notarialnych notariusz jest obowiązany czuwać nad należyтым zabezpieczeniem praw i słusznym interesów stron oraz innych osób, dla których czynność ta może powodować skutki prawne. Według przepisu art. 80 § 3, notariusz jest zaś obowiązany udzielać stronom niezbędnych wyjaśnień dotyczących dokonywanej czynności notarialnej. Powyższych obowiązków nie da się w żadnej mierze pogodzić z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych.

Notariusz, któremu zostało udzielone zamówienie publiczne (np. przez gminę) na „świadczenie usług notarialnych **na rzecz** (podkreślenie moje – R.P.) zamawiającego”, zaczyna działać wprost na jego „zlecenie”. Powstaje pytanie, w jaki sposób notariusz (będący przecież co najmniej osobą zaufania publicznego) zachować ma bezstronność względem stron czynności, jeżeli stosownie do przedmiotu udzielonego zamówienia – ma dokonywać czynności „na rzecz” zamawiającego. Jest to obiektywnie niemożliwe. Pozorna staje się w sytuacji „działania na zlecenie” również realizacja obowiązku wyjaśniająco-doradczego. Charakter stosunku łączącego notariusza z zamawiającym (wyznaczony przez przepisy o zamówieniach publicznych) jednoznacznie sprowadza notariusza do roli „usługodawcy” wypełniającego „zlecenie”.

---

<sup>15</sup> M. Kuryłowicz, *Etyczne podstawy notariatu*, Rejent 2001, nr 5, s. 101-122; tenże, *Kodeks etyczny notariusza de lege lata i de lege ferenda*, [w:] *III Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej*, red. R. Szytk, Warszawa-Kluczbork 2006, s. 193-209.

Co więcej, notariusz, który bierze udział w procedurze zamówień publicznych, z góry godzi się na to, że druga strona czynności notarialnej dokonywanej z udziałem zamawiającego zostaje pozbawiona możliwości swobodnego wyboru notariusza.

Wskazana sytuacja powinna być jednocześnie rozpatrywana w perspektywie czynów nieuczciwej konkurencji<sup>16</sup>. Jest to szczególnie widoczne w odniesieniu do niewielkich miejscowości, w których funkcjonują np. dwie lub trzy kancelarie notarialne. Udzielenie przez gminę lub powiat zamówienia publicznego „na świadczenie usług notarialnych” jednemu z notariuszy w miejscowości bezsprzecznie doprowadzi do wyeliminowania „z rynku usług prawniczych” pozostałych. Paradoksalnie jest to wyraz kolejnej niekonsekwencji ustawodawcy, który rozwój konkurencji wskazuje jako jeden z celów systemu zamówień publicznych<sup>17</sup>.

Formalne dopuszczenie możliwości udziału notariusza w postępowaniu przetargowym powinno być ze szczególną uwagą monitorowane przez organy samorządu w aspekcie nieuczciwej konkurencji. Ocena ta musi mieć charakter konkretny i odnosić się do sytuacji funkcjonujących kancelarii notarialnych w danej siedzibie. Przecież siedzibę kancelarii, zgodnie z art. 10 pr. o not., wyznacza Minister Sprawiedliwości w drodze decyzji administracyjnej. Nie jest zdrowa sytuacja, jeżeli w świetle oceny Ministra Sprawiedliwości uzasadnione było uruchomienie kilku kancelarii w danej miejscowości (siedzibie), a przez przyjęcie zamówienia publicznego przez jednego notariusza „eliminowani” są pozostali. W ten sposób naruszone zostają przepisy art. 10 § 1 pr. o not. w ich ujęciu funkcjonalnym, ale także zasady uczciwej konkurencji konkretyzowane na gruncie Kodeksu Etyki Zawodowej Notariusza.

*Radosław Pastuszko*

*Dr Radosław Pastuszko – adiunkt w Katedrze Prawa Rolnego i Gospodarki Gruntami Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie.*

---

<sup>16</sup> Jakkolwiek w orzecznictwie sądowym ta płaszczyzna nie jest w ogóle brana pod uwagę.

<sup>17</sup> Co w odniesieniu do notariuszy może być zresztą przedmiotem dyskusji.