

## Glosa

### **do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 24 maja 2011 r. w sprawie Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec, C-54/08**

**Warunek przynależności państwowej wymagany przez przepisy niemieckie w odniesieniu do dostępu do zawodu notariusza stanowi zakazaną przez art. 43 WE (obecny 49 TFUE-MKK) dyskryminację ze względu na przynależność państwową<sup>1</sup>.**

W dniu 24 maja 2011 r. Trybunał Sprawiedliwości wydał serię orzeczeń<sup>2</sup> w sprawach związanych m.in. z utrzymywaniem przez kilka państw członkowskich Unii Europejskiej wymagania posiadania przez notariuszy obywatelstwa krajowego<sup>3</sup>. Przedmiotem tej glosy jest wyrok przeciwko Republice Federalnej Niemiec. Wywody zawarte w pozostałych rozstrzygnięciach są niemal identyczne.

#### **1. Zarys stanowiska Trybunału Sprawiedliwości**

W analizowanym zakresie spór między Komisją Europejską a Republiką Federalną Niemiec dotyczył wykładni art. 49 zdanie 1 i art. 51

---

<sup>1</sup> Punkt 117.

<sup>2</sup> Są to sprawy przeciwko Austrii C-53/08, Belgii C-47/08, Francji C-50/08, Grecji C-61/08 Luksemburgowi C-51/08. Wskazać należy przy tym, że zakres sprawy dotyczącej Francji był węższy i obejmował tylko spór co do przesłanki posiadania obywatelstwa krajowego przez notariuszy.

<sup>3</sup> W glosowym wyroku TS zbadał również zarzut niedokonania przez Republikę Federalną Niemiec transpozycji dyrektywy 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych (Dz.Urz. UE L 255/ 22) oraz zastąpionej przez nią dyrektywy Rady 89/48/EWG z dnia 21 grudnia 1988 r. w sprawie ogólnego systemu uznawania dyplomów ukończenia studiów wyższych, przyznawanych po ukończeniu kształcenia i szkolenia zawodowego, trwających co naj-

Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>4</sup>. Pierwsze z tych unormowań stanowi, że ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane w ramach poniższych postanowień. W myśl art. 51 TFUE postanowienia niniejszego rozdziału nie mają zastosowania do działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej.

Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że obecny art. 49 TFUE „stanowi jeden z podstawowych przepisów prawa Unii”. W badanym wyroku wskazano, że „pojęcie przedsiębiorczości w rozumieniu tego przepisu jest pojęciem bardzo szerokim, oznaczającym możliwość uczestniczenia przez obywatela Unii w sposób trwały i nieprzerwany w życiu gospodarczym państwa członkowskiego innego niż jego państwo członkowskie pochodzenia i czerpania z tego tytułu korzyści, a tym samym wspieranie w ten sposób wzajemnego gospodarczego i społecznego przenikania wewnątrz Unii Europejskiej na płaszczyźnie działalności wykonywanej na własny rachunek”<sup>5</sup>.

Centralne punkty glosowanego wyroku stanowią wykładnia pojęcia wykonywania władzy publicznej oraz analiza tego, czy „czynności powierzone notariuszom w niemieckim porządku prawnym są” objęte jego zakresem.

Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że „co się tyczy pojęcia wykonywania władzy publicznej w rozumieniu art. 45 akapit pierwszy WE (obecny art. 51 TFUE – MKK), należy podkreślić, że przy jego ocenie należy według utrwalonego orzecznictwa wziąć pod uwagę właściwy prawu Unii charakter granic, jakie w przepisie tym nałożono na dopuszczalne odstępstwa od swobody przedsiębiorczości, by wskutek jedno-

---

mniej trzy lata (Dz.Urz. z 1989 r., UE L 19/16), zmienionej dyrektywą 2001/19/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 maja 2001 r. (Dz.Urz. UE L 206/1). Problematyka ta nie mieści się w ramach niniejszego opracowania, a omówiona została przeze mnie w artykule *Prowadzenie działalności gospodarczej przez notariusza w orzecznictwie unijnego Trybunału Sprawiedliwości i polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Rejent 2011, wydanie specjalne, s. 51-65.

<sup>4</sup> Przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony były to art. 43 i 45 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

<sup>5</sup> Punkt 79.

stronnie ustanawianych przez państwa członkowskie przepisów nie pozbawić traktatu skuteczności w dziedzinie swobody przedsiębiorczości<sup>6</sup>. W uzasadnieniu podniesiono także, iż „z utrwalonego orzecznictwa wynika (...), że art. 45 akapit pierwszy WE stanowi odstępstwo od podstawowej zasady swobody przedsiębiorczości. Jako takie odstępstwo to należy interpretować w sposób ograniczający jego zakres do tego, co jest absolutnie niezbędne dla ochrony interesów, które przepis ten pozwala państwom członkowskim chronić<sup>7</sup>. Ponadto Trybunał wielokrotnie podkreślał, że odstępstwo przewidziane w art. 45 akapit pierwszy WE winno być ograniczone tylko do działalności, która rozpatrywana samodzielnie stanowi bezpośrednie i szczególne uczestnictwo w wykonywaniu władzy publicznej”<sup>8</sup>.

Analizując to, czy wykonywanie zawodu notariusza odpowiada tak określonym kryteriom, TS skupił uwagę na tym, że „nadaniu charakteru dokumentu urzędowego podlegają na mocy ustawodawstwa niemieckiego akty lub umowy, którym strony poddały się swobodnie. To bowiem same strony decydują w określonych przez prawo granicach o zakresie swoich praw i obowiązków oraz wybierają swobodnie warunki, którym chcą się poddać, gdy zwracają się do notariusza o nadanie aktowi lub umowie charakteru dokumentu urzędowego. Pośrednictwo tego ostatniego zakłada zatem wcześniejsze istnienie zgody lub zgodnej woli stron<sup>9</sup>. W uzasadnieniu zaakcentowano również fakt, że „notariusz nie może zmienić w sposób jednostronny umowy, której ma nadać charakter dokumentu urzędowego, bez uprzedniego uzyskania zgody stron”<sup>10</sup>. Idąc tym tropem rozumowania, TS doszedł do wniosku, że „powierzona notariuszom czynność nadania charakteru dokumentu urzędowego nie wiąże się zatem jako taka z bezpośrednim i szczególnym udziałem w wykonywaniu władzy publicznej w rozumieniu art. 45 akapit pierwszy WE (obecnego art. 51 TFUE).”<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Punkt 84.

<sup>7</sup> Punkt 85.

<sup>8</sup> Punkt 86.

<sup>9</sup> Punkt 91.

<sup>10</sup> Punkt 92.

<sup>11</sup> Punkt 93.

Trybunał Sprawiedliwości odniósł się szerzej do trzech następujących argumentów przytaczanych dla obrony tezy, zgodnie z którą działalność notariuszy jest bezpośrednio i szczególnie związana z wykonywaniem władzy publicznej:

- a) tzw. przymusu notarialnego;
- b) obowiązku odmowy dokonania czynności sprzecznej z prawem;
- c) szczególnej mocy dowodowej i wykonawczej aktów notarialnych.

Ad a) Badając to, czy fakt, „że pewne akty lub umowy muszą obowiązkowo podlegać nadaniu charakteru dokumentu urzędowego pod rygorem nieważności” uzasadnić może stwierdzenie, iż notariusze objęci są zwolnieniem przewidzianym w art. 51 TFUE, Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „powszechnie (...) ważność różnych aktów poddana jest w krajowych porządkach prawnych i według określonych zasad wymogom formalnym lub obowiązkowym procedurom zatwierdzania. Okoliczność ta nie może z tego względu wystarczyć do poparcia tezy wysuniętej przez Republikę Federalną Niemiec.”<sup>12</sup>

Ad b) Trybunał Sprawiedliwości zgodził się z poglądem, że notariusz w interesie ogólnym dokonuje sprawdzenia, „czy spełnione są wszystkie warunki wymagane prawnie dla sporządzenia (...) aktu lub (...) umowy i, jeśli tak nie jest” ciąży na nim obowiązek odmowy dokonania czynności<sup>13</sup>. W badanym orzeczeniu znajduje się jednak stwierdzenie, że „samo działanie z zamiarem osiągnięcia celu leżącego w interesie ogólnym nie wystarcza do tego, by dana działalność była uznawana za związaną bezpośrednio i szczególnie z wykonywaniem władzy publicznej. Bezsporne jest bowiem, że czynności wykonywane w ramach różnych zawodów regulowanych często pociągają za sobą w ramach krajowych porządków prawnych obowiązek służenia takiemu celowi przez osoby dokonujące tych czynności, przy czym czynności te nie są jednak objęte wykonywaniem takiej władzy.”<sup>14</sup>

Ad c) Za niewystarczające do uznania, że działalność notariuszy jest bezpośrednio i szczególnie związana z wykonywaniem władzy publicznej,

---

<sup>12</sup> Punkt 94.

<sup>13</sup> Punkty 95, 96.

<sup>14</sup> Punkt 97.

uznano również fakt przyznania aktom notarialnym szczególnej „mocy dowodowej i wykonalności”. Na uwagę zasługuje to, że TS wskazał, iż „nie można (...) utrzymywać, iż akt notarialny ze względu na swoją moc dowodową wiąże bezwarunkowo sędziego przy wykonywaniu przez niego jego uprawnień do swobodnej oceny, gdyż bezsporne jest, że sędzia ten rozstrzyga zgodnie ze swoim wewnętrznym przekonaniem, uwzględniając całość okoliczności i dowodów zebranych w toku postępowania sądowego.”<sup>15</sup> W uzasadnieniu głosowanego wyroku zwrócono też uwagę, że „wykonalność aktu notarialnego jest uzależniona w szczególności od zgody dłużnika na poddanie się ewentualnej egzekucji przymusowej z tego aktu bez wszczynania uprzedniego postępowania. Wynika z tego, że aktowi notarialnemu nie przysługuje wykonalność bez zgody dłużnika. Zatem, jeśli nadanie przez notariusza dokumentowi urzędowemu klauzuli wykonalności powoduje uzyskanie przez ten dokument wykonalności, wykonalność ta zasadza się w wyrażonej przez strony woli sporządzenia tego aktu lub umowy po sprawdzeniu ich zgodności z prawem przez notariusza i nadania im wspomnianej wykonalności.”<sup>16</sup>

Trybunał Sprawiedliwości wskazał również na dwa elementy, które w niemieckim porządku prawnym odróżniają działalność notariusza od wykonywania władzy publicznej. Pierwszym z nich jest fakt, iż „notariusze wykonują swój zawód (...) w warunkach konkurencji, co nie jest cechą wykonywania władzy publicznej”<sup>17</sup>, a drugim okoliczność, że „wyłącznie notariusz jest odpowiedzialny za czynności dokonywane w ramach jego działalności zawodowej.”<sup>18</sup>

## 2. Ocena stanowiska Trybunału Sprawiedliwości

Głosowany wyrok w analizowanej sferze zasługuje na dezaprobatę. Zastrzeżenia wzbudza zwłaszcza to, że TS całkowicie zignorował wykładnię językową. Argumenty odwołujące się do specyfiki prawa unijnego, a zwłaszcza jego zorientowania na pogłębianie integracji europejskiej, nie mogą uzasadnić pozbawienia jakiegokolwiek znaczenia wykładni językowej.

---

<sup>15</sup> Punkt 103.

<sup>16</sup> Punkt 105.

<sup>17</sup> Punkt 110.

<sup>18</sup> Punkt 111.

Na naruszenie przez Trybunał Sprawiedliwości ważnych zasad rozumowania prawniczego wskazuje fragment wcześniejszej opinii rzecznika generalnego, w którym zwraca on uwagę, iż „naturalne wydaje się założenie, że stała obecność przytoczonego przepisu przez cały czas ewolucji prawa pierwotnego musi odpowiadać jakiemuś celowi, musi wyrażać jakąś ukrytą myśl. Jedynym logicznym wyjaśnieniem jest to, że państwa członkowskie jako autorzy traktatów – i być może opierając się na ich własnej kulturze i tradycji prawnej – uwzględniły okoliczność, że przynajmniej w wielu z nich ich systemy prawne obejmowały określoną działalność związaną z wykonywaniem władzy publicznej, które niemniej nie były podejmowane przez władze publiczne, lecz przeciwnie, przyjmowały formę działalności gospodarczej lub działalności powierzonej podmiotom gospodarczym. Stanowisko, które prowadziłoby do wniosku, że nie przychodzi nam na myśl żadna z istniejących działalności, która zasługiwałaby na takie zaszeregowanie, podałaby w wątpliwość zasadność rzeczony wykładni.”<sup>19</sup> Wywód ten koresponduje z ogólnymi regułami rozumowania prawniczego, zgodnie z którymi „nie wolno jest interpretować przepisów prawnych tak, by pewne ich fragmenty okazały się zbędne”<sup>20</sup> (zakaz wykładni *per non est*). Warto też wskazać, że Traktatem z Lizbony zmodyfikowano treść art. 51 akapit 2 TFUE, co stanowi kolejny argument potwierdzający, oczywiście wydawałoby się tezę, że prawodawca unijny dążył do uregulowania określonych stosunków społecznych przedmiotowym unormowaniem.

Podejmując próbę rekonstrukcji woli unijnego prawodawcy pierwotnego należy zwrócić uwagę również na to, że w art. 51 TFUE posłużył się on abstrakcyjnym pojęciem „działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej”. Wywieść stąd można, iż nie chciał on ograniczyć zakresu zastosowania normy wynikającej z tego przepisu tylko do jednego zawodu, gdyż w takim przypadku profesja ta zostałaby zindywidualizowana. Czynnikiem skłaniającym do powściągliwości w stosowaniu zawężającej wykładni art. 51 TFUE jest również umieszczenie w tym przepisie

---

<sup>19</sup> Punkt 81.

<sup>20</sup> L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2001, s. 150 i nast.

frazy „choćby przejściowo”. W ujęciu przyjętym przez TS jej usunięcie nie doprowadziłoby do jakiegokolwiek zmiany treści normy prawnej z przedmiotowego artykułu, co idzie wbrew zakazowi *per non est*<sup>21</sup>.

W świetle glosowanego wyroku można mieć wątpliwości, czy jakiegokolwiek zawód jest objęty zwolnieniem przewidzianym w art. 51 TFUE. Jasne nie jest nawet to, czy za spełniającą przewidziane w nim kryteria zostałaby uznana działalność komorników. Wskazać należy w szczególności, że sąd nie jest związany czynnościami komornika, a analogiczna okoliczność została wskazana przez Trybunał Sprawiedliwości dla poparcia tezy, iż notariusze nie wykonują władzy publicznej. Mało jest również prawdopodobne, by TS zaaprobował stwierdzenie, że objęcie zawodu komornika wyłączeniem spod unijnej zasady swobody przedsiębiorczości „jest absolutnie niezbędne”.

Zastrzeżenia budzi także to, że Trybunał Sprawiedliwości nie podjął próby zidentyfikowania *ratio legis* badanego unormowania. Zestawienie bliżej nieokreślonych wartości, których ochronie ma służyć art. 51 TFUE z silnie wyeksponowanym dążeniem do pogłębiania integracji, w naturalny sposób doprowadzić musiało do zniekształcenia wyników analizy.

Rozważania Trybunału Sprawiedliwości dotyczące pojęcia wykonywania władzy publicznej w kontekście art. 51 TFUE nie wydają się wystarczająco pogłębione. Stanowisko TS warto porównać z poglądami wyrażonymi przez rzecznika generalnego C. Villalóna. Podniósł on, że dokonanie wykładni pojęcia wykonywania władzy publicznej nie jest „proste, gdy chodzi, jak w danym przypadku, o państwo demokratyczne. W tych okolicznościach bowiem zgoda jest zawsze w jakiejś formie ostatecznie konieczna. Z drugiej strony, należy zrelatywizować twierdzenie, że wola władzy publicznej narzucana jest w sposób niezaprzeczalny, ze względu na to, że z punktu widzenia państwa prawa, nierozłącznie związanego również z Unią, jakiegokolwiek działanie władzy publicznej jest zaskarżalne. W rzeczywistości suwerenna władza demokratycznego państwa stanowi z tego punktu widzenia bardziej *auctoritas* niż zwykle *imperium*. Innymi słowy, jest to możliwość dominacji wykonywana przez samą wolę osób podlegających obowiązkowi posłuszeństwa i zapewniona raczej przez

---

<sup>21</sup> Por. L. Morawski, *Wykładnia...*, s. 150 i nast.

pierwotną zgodność z prawem woli władzy niż przez zwykłą groźbę użycia przymusu fizycznego<sup>22</sup>. Z tego punktu widzenia oznacza to, że omawiane pojęcie nie jest pojęciem bezwzględny, lecz względny i dlatego podlegającym stopniowaniu. Im łatwiej narzucić zachowanie, tym bardziej zbliżone jest takie narzucenie do wykonywania władzy publicznej, lecz zawsze wykluczone jest zwykłe i niepodlegające sprzeciwowi narzucenie<sup>23</sup>.

Pogłębiona analiza pojęcia wykonywania władzy publicznej doprowadziła rzecznika generalnego C. Villalóna do wniosku, że w przypadku wykonywania zawodu notariusza „mamy do czynienia z działalnością związaną bezpośrednio i szczególnie z wykonywaniem władzy publicznej nadając szczególny charakter aktom, przepisom i zachowaniom, które w innym przypadku nie miałyby większej mocy prawnej, niż wartość związana z wyrażaniem prywatnej woli. W przypadku gdy zastosujemy orzecznictwo w sprawie *Reyners*<sup>24</sup> do tej opinii, że nadawanie charakteru dokumentu urzędowego jest nieodłączną istotą funkcji notarialnej we wszystkich pozwanych państwach, należy stwierdzić, że zawód notariusza ogólnie i jako całość związany jest bezpośrednio i szczególnie z wykonywaniem władzy publicznej.”<sup>25</sup>

Glosowane orzeczenie wydaje się sprzeczne z wyrokiem w sprawie *Reyners*, który do tej pory był wiodącym rozstrzygnięciem dotyczącym wykładni obecnego art. 51 TFUE<sup>26</sup>. Trybunał Sprawiedliwości, referując pytanie prejudycjalne sądu belgijskiego, stwierdził w nim, że konkretnie chodzi o kwestię, czy w ramach zawodu tego rodzaju, jak zawód adwokata, z zakresu zastosowania rozdziału dotyczącego swobody wykonywa-

---

<sup>22</sup> Punkt 97.

<sup>23</sup> Punkt 98.

<sup>24</sup> [1974] ECR 631. C 2/74. Por. K. Witkowska-Chrzczonek, *Swobody przemyłu towarów, osób, usług i kapitału*, [w:] *Podstawy prawa Unii Europejskiej*, red. J. Galster, Toruń 2010, s. 508, 509; J. Dudzik, *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej*, [w:] *Prawo Europejskie. Zarys wykładu*, red. R. Skubisz i E. Skrzydło-Tefelska, s. 284.

<sup>25</sup> Rzecznik generalny uznał jednak, że zastosowanie zasady proporcjonalności prowadzi do wniosku, iż państwa członkowskie nie mogą zastrzec dostępu do zawodu notariusza wyłącznie dla własnych obywateli.

<sup>26</sup> Por. C. Bernard, *The Substantive Law of the EU*, New York 2011, s. 503, 504.



nia działalności gospodarczej wyłączone są, dokonywane w ramach tego zawodu, czynności związane z wykonywaniem władzy publicznej, czy też wyłączenie dotyczy zawodu w całości, z tego względu, że w jego ramach dokonuje się czynności związanych z wykonywaniem władzy publicznej<sup>27</sup>. Wynika stąd, że TS nie miał wątpliwości co do tego, że sąd belgijski stał na stanowisku, iż istnieją czynności adwokackie, które są objęte zwolnieniem przewidzianym w obecnym art. 51 TFUE. Analiza treści uzasadnienia wskazuje na to, że TS zaaprobował ten pogląd<sup>28</sup>. W samej odpowiedzi na pytanie prejudycjalne czytamy, że „dopuszczalność odstępstwa od swobody wykonywania działalności gospodarczej (...) ogranicza się do tych czynności (...), które stanowią udział w wykonywaniu władzy publicznej; w żadnym razie nie można za takie uznać, w ramach wolnego zawodu, jakim jest zawód adwokata, tego rodzaju czynności, jak doradztwo i pomoc prawna lub reprezentowanie i obrona stron przed sądem, nawet jeżeli udział lub pomoc adwokata jest obowiązkowa lub adwokaci mają w tej mierze wyłączność z mocy prawa.” Uprawnioną wydaje się teza, że gdyby TS przyjął, iż żadna z czynności adwokackich nie mieści się w ramach przedmiotowego zwolnienia, sentencja wyroku w sprawie *Reyners* zostałaby inaczej zredagowana. Te spośród czynności adwokackich, które w świetle analizowanego orzeczenia można by uznać za mieszczące się w ramach wyłączenia spod swobody przedsiębiorczości na podstawie obecnego art. 51 TFUE, nie osiągają takiego poziomu nasycenia elementami publicznymi, jak typowe czynności notarialne. W tym kontekście warto wskazać, że Ch. Krisbaum, badając wyrok w sprawie *Reyners*, w 1998 r. stwierdzał, iż notariusze są jednym z nielicznych zawodów objętych zwolnieniem przewidzianym w obecnym art. 51 TFUE<sup>29</sup>.

Podsumowując, stwierdzić można, że kierując się dążeniem do pogłębienia integracji europejskiej, Trybunał Sprawiedliwości wydał wyrok

---

<sup>27</sup> Punkt 34.

<sup>28</sup> Por. M. Horspool, M. Humphreys, *European Union Law*, New York 2006, s. 463.

<sup>29</sup> Por. Ch. Krisbaum, *Wyjątki traktatowe: wyżsi urzędnicy wymiaru sprawiedliwości, urzędnicy państwowi i notariusze*, [w:] *Status zawodów prawniczych w Europie, materiały z seminarium „Status zawodów prawniczych w Europie”*, red. M. Górka, Łódź 1998, s. 55.

idący wbrew woli unijnego prawodawcy i swojemu dotychczasowemu orzecznictwu oraz naruszył powszechnie aprobowane zasady wykładni, a w szczególności zakaz wykładni *per non est*. Ewentualne objęcie notariuszy unijną zasadą swobody przedsiębiorczości powinno nastąpić w drodze zmiany TFUE, a nie poprzez wykładnię *contra legem*<sup>30</sup>.

*Marek Krzysztof Kolasiński*

*Dr hab. Marek Krzysztof Kolasiński – adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego WPiA UMK w Toruniu.*

---

<sup>30</sup> Por. W.H. Roth, *Zasady*, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. dzieła M.A. Dausés, red. wyd. polskiego, R. Skupisz, Warszawa 1999, s. 422.