

*Aleksander Oleszko*

## **Przeszukanie kancelarii notarialnej w postępowaniu antymonopolowym wszczętym z wniosku Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów\***

### **1. Ustrojowy status organów samorządu notarialnego oraz notariusza**

Prawo o notariacie z 1991 r. bez wątpienia wyznacza status ustrojowy polskiego notariatu w odniesieniu do samorządu notarialnego oraz stanowiska notariusza. Oczywiście jest również, że notariat funkcjonuje poza strukturami urzędniczymi państwa i nie ma żadnego służbowego podporządkowania instytucji notariatu strukturze urzędniczej państwa. Funkcjonowanie samorządu notarialnego znajduje przede wszystkim umocowanie w przepisach art. 65 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 26 i nast. pr. o not. precyzujących podstawowe zadania samorządów zawodowych, statuując, że reprezentują osoby wykonujące zawód zaufania publicznego oraz sprawują pieczę nad należytym wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Nie wchodząc w tym miejscu w szczegółową analizę sprawowania przez samorząd notarialny zadań „w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”, wypada się zgodzić, że konstytucyjną funkcją or-

---

\* Opracowano na podstawie niepubl. postanowienia Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 24 października 2013 r., XVII Amo 22/13; dalej: SO-SOKiK w Warszawie.

ganów samorządu notarialnego nie jest ochrona partykularnych interesów zawodu notariuszy, a w każdym razie nie przede wszystkim, ale zabezpieczenie (gwarantowanie) przestrzegania (zachowania) przez notariuszy bezpieczeństwa obrotu prawnego rozumianego jako sprawującego prewencję jurysdykcyjną zapobiegającą powstawaniu sporów o prawo, ukształtowanego w drodze dokonanej czynności notarialnej z udziałem uczestników (stron) tej czynności urzędowej<sup>1</sup>. Potwierdzeniem tego kierunku jest stanowisko Trybunału Konstytucyjnego (TK) wyrażone wyroku z 19 marca 2001 r.<sup>2</sup>, według którego samorzady wspomnianych zawodów „mogą, a niekiedy nawet powinny w pewnym zakresie wolność wykonywania zawodu ograniczać ze względu na cele, dla których zostały powołane, zawsze jednak wyłącznie w granicach interesu publicznego”. Pogląd ten znajdujemy w kolejnym wyroku TK z 18 lutego 2004 r.<sup>3</sup>, stwierdzającym, iż wolność wykonywania zawodu takiego jak zawód zaufania publicznego powinna ustępować w tych wypadkach, w których wolność ta mogłaby zagrażać uszczerbkiem tego właśnie zaufania publicznego<sup>4</sup>. Jednoczesne pełnienie wskazanych funkcji<sup>5</sup> przez organy samorządu notarialnego nie jest wolne od napięć czy wręcz konfliktów między środowiskiem notariuszy a interesem publicznym. Konfliktom tym w pewnej mierze zapobiega sprawowany z mocy art. 42 i nast. nadzór nad notariatem sprawowany przez organy samorządu oraz Ministra Sprawiedliwości.

Ustawa notarialna precyzuje również, w jakich formach prawnych (sposobach) organy samorządu mogą wyrażać swoją wolę (stanowisko)

---

<sup>1</sup> Zamiast obszernej w tej mierze literatury zob. A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, cz. I, Warszawa 2011, s. 31 i nast. oraz s. 65 i nast.; co do rozumienia sprawowania przez samorząd notarialny pieczy oraz wykonania zadań w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony zob. wyrok TK z 22 maja 2001 r., K 37/00 (OTK 2001, nr 4, poz. 86).

<sup>2</sup> Wyrok TK z 19 marca 2001 r., K 32/00 (OTK 2001, nr 3, poz. 50).

<sup>3</sup> Wyrok TK z 18 lutego 2004 r., P 21/02 (OTK-A 2004, nr 2, poz. 9).

<sup>4</sup> Zob. zwłaszcza P. Sarnicki, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji) na przykładzie adwokatury*, [w:] *Konstytucja, wybory, parlament*, red. L. Garlicki, Warszawa 2000, s. 153 i nast.

<sup>5</sup> Zgodnie z art. 34 § 1 pr. o not. prezes rady izby notarialnej reprezentuje radę, zaś na podstawie z art. 38 cyt. ustawy KRN jest reprezentantem notariatu. Ową reprezentację należy rozpatrywać łącznie z konstytucyjnymi funkcjami samorządu zawodowego zaufania publicznego „w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”.

i w tym celu co do zasady przewiduje formę uchwały (por. art. 31, 40 pr. o not.). W odniesieniu do działania rad izb notarialnych przepis art. 35 pkt 7 pr. o not. przewiduje nadto „wykonywanie innych czynności przewidzianych prawem”. Oznacza to, że podejmowanie innych czynności nieprzewidzianych prawem nie jest uważane za działania rady izby notarialnej. Kierując się wyznaczonym tematem, zauważamy w związku z tym zasadniczy problem ustrojowy w przedmiocie zakresu kompetencyjnego uprawniającego do ingerowania organów pozanotarialnych, w tym wypadku Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), w sposób działania członka rady izby notarialnej (RIN) pełniącego z wyboru funkcję prezesa, wiceprezesa rady, której nie jest żadnym organem samorządu. Zapytajmy wyraźnie, czy pismo kierowane do notariuszy izby notarialnej przez funkcyjnego członka organu samorządowego w danej sprawie (w tym wypadku, w odniesieniu do uczestnictwa notariuszy w przetargu publicznym zamawiającego organu gminy na dokonane czynności notarialne – w tym zwłaszcza sporządzania aktów notarialnych) należy traktować jako działalność organu samorządowego w wyznaczonej przez UOKiK sprawie uzasadniającej wszczęcie postępowania antymonopolowego.

Pozostawiając dalszą analizę w tym przedmiocie (pkt 2), należy w tym miejscu wskazać na aktualny kierunek orzecznictwa określający status ustrojowy i prawny notariusza „powołanego do dokonywania czynności notarialnych” (art. 1 § 1 *in princ* pr. o not.), który w zakresie swoich kompetencji (uprawień) jest osobą zaufania publicznego (art. 2 § 1 *in princ* pr. o not.).

Poprzestanie ustawodawcy na niedookreślonym sformułowaniu statusu notariusza jako „osoby zaufania publicznego” doczekało się licznej literatury oraz orzecznictwa<sup>6</sup>. Nie oznacza to jednak bliższego sprecyzowania omawianego statusu zawodowego notariusza; wręcz przeciwnie, na użytek konkretnego wypadku status ten określa się w różny sposób opisowy, a nawet w sposób, który trafnie określa się jako schizofrenią pracowniczą<sup>7</sup>. W doktrynie jednoznacznie podniesiono, iż „wraz z nowym

---

<sup>6</sup> Bliżej A. Oleszko, *Prawo o notariacie...*, s. 66 i nast.

<sup>7</sup> Na to określenie wskazał jednoznacznie E. Drozd, *Odpowiedzialność notariusza w wypadku nieważnej (bezsuktecznej) czynności prawnej*, [w:] *III Kongres notariuszy RP. Referaty i opracowania*, Warszawa-Kluczbork 2006, s. 80 i tam cyt. dalsza literatura.

prawem o notariacie pojawił się jednak (...) pogląd traktowany jako **dogmat** (podkr. moje A.O.), że notariusz jest usługodawcą świadczącym usługi prawnicze<sup>8</sup>. Następnym „krokiem” jest równie dogmatyczne stwierdzenie, że notariusz jest przedsiębiorcą niezależnie od tego, co to określenie ma znaczyć. Źródłem tych wypowiedzi jest całkowite **niezrozumienie istoty notariatu** (podkr. moje A.O.). Mimo dokonujących się tzw. deregulacji zawodu notariusza<sup>9</sup> instytucja notariatu jest nadal instytucją publiczną i nie odgrywa żadnej roli fakt, że notariusz nie jest wynagradzany przez państwo, lecz pobiera takse (nie trafnie zwaną wynagrodzeniem) od uczestników czynności notarialnej. Wynagrodzenie to nie ma charakteru typowej opłaty (ceny) za dokonanie czynności notarialnej. Możliwość umawiania się co do wysokości taksy notarialnej przesłania niektórym istotę funkcji notariusza do tego stopnia, że bez protestów ze strony samorządu notarialnego zaczęto od pewnego momentu w ustawodawstwie gospodarczym traktować notariusza jako przedsiębiorcę<sup>10</sup>. Wyrażony i przytoczony przez E. Drozda pogląd znajduje pełne uznanie w najnowszym orzecznictwie TK, którego przedmiotem szczegółowej analizy było udzielenie odpowiedzi, czy wystawcą dokumentów urzędowych może być osoba (podmiot) funkcjonująca według zasad prawa prywatnego (np. banki), czy tylko osoba (podmiot) pełniąca funkcje publiczne państwa w „postaci urzędowej”. Odpowiedź jest jednoznaczna w odniesieniu np. do notariuszy dokonujących czynności notarialnych. W uzasadnieniu wyroku z 7 lipca 2011 r.<sup>11</sup> Trybunał Konstytucyjny stwierdził co następuje: „(...) notariusz nie jest świadczącym usługi prawne wolnym zawodem prawniczym, a raczej szczególnego rodzaju funkcjonariuszem publicznym powiązany organizacyjnie z wymiarem sprawiedliwości”. Owo „powiązanie” organizacyjne notariatu z wymiarem sprawiedliwości potwierdza uchwała składu siedmiu sędziów SN z 7 grudnia 2010 r.<sup>12</sup>,

---

<sup>8</sup> Na ten dogmat zwrócił jednoznaczną wagę E. Drozd, *Odpowiedzialność...*, s. 79.

<sup>9</sup> A. Oleszko, *Deregulacja zawodu notariusza a gwarancje państwa w zakresie bezpieczeństwa obrotu prawnego*, Rejent 2012, nr 4, s. 93 i nast.; tenże, *Przygotowanie do zawodu notariusza – problem ustrojowy czy funkcjonalny (uwagi na tle projektów nowelizacji prawa notarialnego)*, Rejent 2012, nr 10, s. 140 i nast.

<sup>10</sup> Cyt. za E. Drozdem, *Odpowiedzialność...*, s. 79-80.

<sup>11</sup> Wyrok TK z 7 lipca 2011 r., U 8/08 (OTK-A 2011, nr 6, poz. 52).

<sup>12</sup> III CZP 86/10 (OSNC 2011, nr 5, poz. 49).

traktująca postępowanie notarialne jako pierwszą instancję sądową (chodzi o odmowę dokonania czynności notarialnej). W kolejnym orzeczeniu TK stwierdza się, że „jednoznacznym zamiarem ustawodawcy jest powiązanie na gruncie postępowania cywilnego (por. art. 244 § 1 k.p.c.) mocy prawnej dokumentu urzędowego ze sferą władztwa państwowego i realizacją zadań publicznych”<sup>13</sup>.

Podsumujmy tę część rozważań:

– ustawa notarialna wyznaczyła status prawny notariatu jako szczególnego urzędu (instytucji) pełniącego funkcje publiczne (realizującego zadania publiczne) państwa,

– notariusz jako osoba zaufania publicznego w zakresie wyznaczonych ustawą kompetencji (dokonywania czynności notarialnych) jest wystawcą dokumentów urzędowych, a więc nie jest jakimkolwiek przedsiębiorcą, żadną osobą świadczącą usługi prawne, wolnym zawodem prawniczym, a raczej szczególnego rodzaju funkcjonariuszem publicznym,

– pobierane przez notariusza wynagrodzenie na podstawie umowy o charakterze cywilnoprawnym (art. 5 § 1 pr. o not.) nie może przesłaniać istoty ustrojowej notariatu wyznaczonej przepisami Konstytucji RP oraz prawa notarialnego,

– prawo gospodarcze niezależnie od jego znaczenia (wpływu) dla funkcjonowania kancelarii notarialnych nie może zmieniać ustrojowej istoty tej instytucji prawa publicznego, a nie prywatnego.

Ustrojową i prawną podstawą funkcjonowania notariatu w zakresie dokonywanych czynności notarialnych jest realizacja funkcji prewencji jurysdykcyjnej. Sporządzony przez notariusza akt notarialny stwierdzający określoną czynność prawną (a tego rodzaju czynności dotyczą głównie przetargi) nie jest dokonywany tylko „w interesie” stron i nie jest ich prywatną sprawą „usługową”, ale w równym stopniu stanowi podstawę regulacji prawnej zgodnej z rzeczywistym stanem prawnym uzewnętrżoną w dokonywanych wpisach w księgach wieczystych i innych rejestrach publicznych. Traktowanie notariuszy – wystawców dokumentów urzędowych jako przedsiębiorców w sferze prawa gospodarczego jest właśnie przejawem „dogmatu” prawniczego, a nie racjonalnego rozeznania próbującego dostrzec istotną ustrojową funkcję notariatu.

---

<sup>13</sup> Wyrok TK z 15 marca 2011 r., P 7/09 (OTK-A 2011, nr 2, poz. 10).

Usługowa „część” czynności notarialnej ograniczana do wynagrodzenia (ceny), mająca uzasadniać „złożoność” stanowiska notarialnego jako przedsiębiorcy to wyraźny krok złożenia notariatu na katafalku całkowitej deregulacji notariatu, której ustawodawca w 1991 r. nie mógł przewidzieć.

Jak daleko będzie sięgać owa „bezradność ustrojowa” notariatu wobec orzecznictwa optującego na gruncie prawa gospodarczego? Czy pytanie to pozostanie czystą retoryką, a praktyka „wytyczać” będzie dalsze tezy w sferze prawa gospodarczego pozostającego w jawnej opozycji do „prawa notarialnego i dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego”?

## **2. Przypisanie notariuszowi statusu przedsiębiorcy oraz samorządowi notarialnemu związku przedsiębiorców na użytek postępowania antymonopolowego**

Określone kierunki orzecznictwa oraz piśmiennictwa niezależnie od tego, czy przepis art. 24a pr. o not. stanowił, że notariusz nie był przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy z 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej<sup>14</sup>, czy też został uchylony<sup>15</sup>, uznają, że dla potrzeb „danej ustawy” notariusz jest przedsiębiorcą, ponieważ „prowadzi działalność zawodową wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły”<sup>16</sup>. W odniesieniu do „danej ustawy” w innym orzeczeniu uznano, iż niezależnie od ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej notariusz spełnia wszystkie warunki przewidziane w ustawie z 16 lutego 2007 r.

---

<sup>14</sup> Przepis art. 24a pr. o not. dodano na podstawie art. 76 ustawy z 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. nr 101, poz. 1178), co m.in. oznaczało, że skoro notariusz nie był przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą, to wówczas nie wymagał oddzielnej rejestracji właściwej dla każdego podmiotu gospodarczego (uchwała SN z 1 marca 2005 r., II UZP 34/94, OSNP 1995, nr 16, poz. 207).

<sup>15</sup> Art. 24a pr. o not. został uchylony na podstawie art. 8 ustawy z 2 lipca 2004 r. – przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. nr 173, poz. 1808) z dniem 21 sierpnia 2004 r.

<sup>16</sup> Tak np. C. K o s i k o w s k i, *Nowe regulacje prawne w zakresie swobody działalności gospodarczej*, PiP 2004, nr 10, s. 5 i nast.; pogląd został wypowiedziany w związku z ustawą z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., nr 220, poz. 1447); zob. także W. B o ć, *Notariusz jako przedsiębiorca szczególnego rodzaju*, Rejent 2010, nr 3, s. 38 i nast.

o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331 ze zm.) „aby przypisać mu status przedsiębiorcy na użytek postępowania przewidzianego w tej ustawie”<sup>17</sup>. Sąd Apelacyjny w Warszawie w cyt. wyżej wyroku dla uzasadnienia wyrażonego poglądu stwierdza, iż „wykładnia systemowa całego przepisu art. 4 pkt 1 lit. b ustawy z 2007 r. prowadzi do wniosku, że chodzi tu nie tylko o krąg przedsiębiorców zdefiniowany w ustawie z 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, ale również o dalszą kategorię osób fizycznych lub prawnych podejmujących inny rodzaj działalności”. W szczególności użyty w art. 4 pkt 1 cyt. ustawy z 2007 r. zwrot „a także” wskazuje na posłużenie się przez ustawodawcę szerszym pojęciem przedsiębiorcy niż wynikałoby to z wcześniejszej ustawy z 2004 r. W dalszej części uzasadnienia tego wyroku SA w Warszawie czytamy: „nie zachodzi obawa, że zakwalifikowanie notariuszy do grona przedsiębiorców spowoduje, iż wykonywany przez Ministra Sprawiedliwości nadzór nad ich działalnością będzie dublowany przez inny organ administracji państwowej. Chodzi tu bowiem o **różny zakres kontroli wykonywanej przez te organy** (podkr. moje A.O.). W kompetencji Ministra nie leży bowiem badanie, czy notariusze (lub ich związki) dopuszczają się praktyk monopolistycznych”.

Praktyczne przesądzenie sporu, że notariusz jest przedsiębiorcą, sprawia, że samorząd notarialny jest związkiem przedsiębiorców, a Krajowa Rada Notarialna (KRN) jest jego organem statutowym (z uzasadnienia cyt. wyżej wyroku SA w Warszawie).

Godzi się zauważyć, że jeszcze w czasie obowiązywania art. 24a pr. o not. podnoszono, iż UOKiK oraz sąd antymonopolowy przy wykładni pojęcia „przedsiębiorca” bierze pod uwagę „własną autonomiczną definicję przedsiębiorcy zawartą w ustawie antymonopolowej”. Notariusz spełnia bowiem wymogi definicji legalnej przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. b uchylonej już ustawy antymonopolowej w brzmieniu z 15 grudnia 2000 r. (Dz.U. nr 122, poz. 1319), jak i obecnie obowiązującej z 2007 r. o tej samej numeracji artykułowej<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Wyrok SA w Warszawie z 16 listopada 2006 r., VI ACa 554/06 (Dz.Urz. UOKiK 2007, nr 2, poz. 24).

<sup>18</sup> Por. wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 14 maja 2003 r., XVII Ama 55/02 (Dz.Urz. UOKiK 2003, nr 3, poz. 272).

Kierując się tym „autonomicznym” rozumieniem, nie powinno dziwić, iż w świetle treści przepisu art. 16 § 1 pkt 2a pr. o not. (niezależnie od jego brzmienia przed nowelizacją z 2013 r.) w odniesieniu do ustawowego wymogu odwołania notariusza, który ukończył wiek 70 lat, notariusz nie jest przedsiębiorcą i nie jest uważany za osobę prowadzącą działalność gospodarczą, a przemawiać ma za tym rozwiązaniem „zarówno wykładnia literalna, jak i celowościowa”<sup>19</sup>.

Przytaczając tylko dla potrzeb niniejszych rozważań sposób dokonywania wykładni autonomicznej pojęcia „przedsiębiorca” w odniesieniu do notariusza jako „powołanego do dokonywania czynności notarialnych”(art. 1 § 1 *in princ* pr. o not.) dla „potrzeb” ustawy antymonopolowej, nasuwa się podstawowa kwestia, iż orzecznictwo antymonopolowe nie znalazło potrzeby odniesienia do ustawy notarialnej, tak jakby stanowisko notariusza pozostawało „w próżni” ustrojowej, a jedynym autonomicznym uzasadnieniem do uważania notariusza za przedsiębiorcę jest potrzeba eksponowania tego zawodu dla określonych potrzeb eufemistycznie nazwanych swobodą działalności gospodarczej w zakresie „usług notarialnych”.

Wypada w pierwszym rzędzie stwierdzić, że wykładnia autonomiczna nie może mieć charakteru abstrakcyjnego traktującego status ustrojowoprawny notariusza jako *per non est* w tym znaczeniu, że dopiero prawo gospodarcze jest władne określić autonomicznie, kim w rzeczywistości jest notariusz, niezależnie od tego, czemu owa autonomia ma służyć i dla jakich celów ma być wykorzystana. Taka wykładnia autonomiczna prowadzi do absurdu określonego już wcześniej w piśmiennictwie jako schizofrenia prawnicza<sup>20</sup>.

Inny sposób wykładni „autonomicznej” zaprezentował Sąd Najwyższy w wyroku z 26 lutego 2004 r.<sup>21</sup>, który rozważał uprawnienie notariusza do udziału w przetargu na dokonywanie czynności notarialnych (zob.

---

<sup>19</sup> Por. wyrok NSA z 19 listopada 1993 r., II SA 1703/93 (OSP 1994, nr 11, poz. 203); wyrok WSA w Warszawie z 21 sierpnia 2008 r., VI SA/Wa 1091/09 (Lex nr 522534). Jednakże w świetle wyroku WSA w Warszawie z 7 września 2006 r., VI SA/Wa 1168/06 (Lex nr 255855) po osiągnięciu wieku 70 lat emerytowany notariusz nadal może wykonywać funkcje zastępcy notariusza, a zatem również być osobą zaufania publicznego.

<sup>20</sup> Bliżej E. D r o z d, *Odpowiedzialność...*, s. 79-80; zob. także przypis 7.

<sup>21</sup> III SZ 4/03 (OSNP 2004, nr 23, poz. 411).



pkt 3), twierdząc, iż „w świetle przepisów ówczesnej ustawy o zamówieniach publicznych »czynności notarialne« (art. 1 § 1 pr. o not.) należy traktować jako »usługi prawnicze« (...), które co do zasady podlegają przepisom ustawy o zamówieniach publicznych, o ile świadczone są na rzecz »zamawiającego«, czyli podmiotu obowiązane stosować tę ustawę przy udzielaniu zamówień” przy spełnieniu dalszych przesłanek określających wartość „zamówienia publicznego” (obecnie 14.000 euro).

Jest to „klasyczny” przykład swoistej wykładni przepisu art. 1 § 1 pr. o not. dla „potrzeb” stosowania prawa zamówień publicznych, a ściślej rzecz ujmując – jak to uczynił Sąd Najwyższy „na rzecz zamawiającego”. W ten sposób w cyt. wyżej wyroku SN również pominął status ustrojowy notariatu ukształtowanego jako notariatu publicznego (zob. pkt 3), a nie prywatnego i niedziałającego „na rzecz zamawiającego”. Wbrew uzasadnieniu cyt. wyżej wyroku charakter „dokonywanych czynności notarialnych” (art. 1 § 1 pr. o not.) może wyznaczać tylko prawo notarialne, a nie żadna inna ustawa, w tym prawo zamówień publicznych. Czynność notarialna wyrażona w postaci dokumentu sporządzonego zgodnie z prawem ma moc dokumentu urzędowego (art. 2 § 2 w zw. z art. 1 § 1 pr. o not.), na co wielokrotnie zwraca uwagę TK, zaś wystawcą dokumentu urzędowego może być tylko osoba urzędowa, a nie świadcząca usługi prywatne „na rzecz zamawiającego”<sup>22</sup>. „Usługowy charakter” czynności notarialnej nie powinien mieć żadnego znaczenia i odniesienia do formułowania pod adresem notariusza innych wymagań poza określonymi ustrojowo ustawą – Prawo o notariacie. O usługowym charakterze czynności notarialnych świadczy powszechna dostępność do kancelarii notarialnych i sposoby ich prowadzenia na zasadzie przedsiębiorczości wskazanej w ustawie notarialnej. Twierdzenie Sądu Najwyższego, iż w drodze przetargu na dokonywanie czynności notarialnych notariusz podlega przepisom ustawy o zamówieniach publicznych i wobec tego działa na rzecz zamawiającego, pozostaje w oczywistej opozycji do treści przepisu art. 80 pr. o not., obligującego notariusza do zachowania bezstronności wobec stron czynności notarialnej. Jeżeli podstawowym, o ile nie jedynym, czynnikiem przetargu jest uzyskanie przez zamawiającego

---

<sup>22</sup> Zob. przypis nr 11 i 13.

najniższej ceny za dokonane czynności, to pozostaje otwarte pytanie o *ratio legis* fikcyjnego utrzymania notariatu jako instytucji prawa publicznego odpowiedzialnej za bezpieczeństwo obrotu i sprawowanie funkcji prewencji jurysdykcyjnej. W imię swobody działalności gospodarczej wystarczy nadać notariuszowi prawny status ustrojowy przedsiębiorcy (takie rozwiązania znane są w innych krajach, żeby przytoczyć USA, W. Brytanię, Holandię). Dotychczas orzecznictwo antymonopolowe nie podjęło analizy jednoczesnego traktowania konstrukcji czynności notarialnej jako dokumentu urzędowego oraz czynności usługowej. Jeżeli usługa ma polegać na uzyskaniu przez zamawiającego najniższej ceny, to przecież nie potrzeba w tym celu poszukiwać rozwiązań pozanotarialnych. Wystarczy spojrzeć na najnowsze orzecznictwo Sądu Najwyższego wyrażone przede wszystkim w uchwale składu siedmiu sędziów SN z 23 września 2009 r.<sup>23</sup> (zob. pkt 3).

Przytoczone w tej uchwale motywy aktualne są także w odniesieniu do nieuprawnionego traktowania notariusza jako przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy antymonopolowej.

Dodatkowy problem wymaga odrębnego ustosunkowania się do samorządu notarialnego „jako związku przedsiębiorców” na użytek tej ostatniej ustawy.

Jak wynika z treści cyt. na wstępie sentencji postanowienia SO-SOKiK w Warszawie, wydanego w trybie zabezpieczenia, Sąd wyraził zgodę na przeszukanie „pomieszczeń i rzeczy kancelarii notarialnej prowadzonej jako spółka partnerska” przez notariusza będącego prezesem RIN w Warszawie „w celu pozyskania dowodów na okoliczność zawarcia porozumień ograniczających konkurencję w związku z przetargami organizowanymi na podstawie” prawa zamówień publicznych, „co może stanowić naruszenie art. 6” ustawy antymonopolowej.

W świetle bezspornego stanu faktycznego sprawy, o „porozumieniach ograniczających konkurencję” w wykazanym zakresie mają świadczyć dwa pisma określone jako komunikaty nr 24/2013 oraz 35/2013 w sprawie „przetargu na usługi notarialne” przesłane elektronicznie wszystkim notariuszom izby warszawskiej. W komunikatach tych podpisanych przez

---

<sup>23</sup> I KZP 7/09 (OSN KW 2009, nr 10, poz. 83).

prezesa RIN (nr 24/2013) oraz prezesa i wiceprezesa RIN (nr 35/2013) zostały przypomniane wcześniejsze stanowiska RIN bez formalnego podjęcia stosownej uchwały o „zakazie” uczestnictwa notariuszy Izby Notarialnej w Warszawie w przetargach na dokonywanie czynności notarialnych, gdyż tego rodzaju zachowanie notariuszy, według autorów komunikatu, może zostać zakwalifikowane jako delikt dyscyplinarny.

Pozostaje zatem rozważyć, czy tego rodzaju pisma podpisane przez osoby funkcyjne RIN adresowane do notariuszy izby należy taktować jako zawarcie porozumienia antymonopolowego w rozumieniu cyt. wyżej ustaw, a osoby jako działające w imieniu organu samorządu notarialnego będącego związkiem przedsiębiorców, które to działania uprawniają UOKiK oraz SO-SOKiK do wszczynania postępowania antymonopolowego.

Odpowiedź zależy do koncepcji uzasadniającej przyjęcie podstaw prawnych funkcjonowania samorządu notarialnego. Podążając dotychczasowym kierunkiem wykładni „autonomicznej”, poznajemy odpowiedź, czego potwierdzeniem jest zezwolenie sądu na przeszukiwanie kancelarii notarialnej oraz faktyczne dokonanie tej czynności przez UOKiK „na okoliczność zawarcia porozumień” antymonopolowych. Innymi słowy, przesłanie przez osoby funkcyjne RIN pism o wskazanej wyżej treści jest okolicznością przemawiającą za „zawarciem porozumienia antymonopolowego”. Nie można oprzeć się przekonaniu, że zarówno intencja UOKiK, jak i SO-SOKiK podejmujących przedmiotowe działania oraz ich skutek prawny w oczywisty sposób pomijają charakter ustroju samorządu notarialnego wyznaczonego ustawą notarialną, a nie uregulowaniami prawa gospodarczego w sferze antymonopolowej przedsiębiorczości.

Ustrój oraz organizację samorządu notarialnego regulują wyłącznie przepisy art. 26 i 28 pr. o not. Określają przede wszystkim organy samorządu, w tym organy i skład izby notarialnej (art. 27 i 28), kompetencje i zakres działania (art. 29 i 30-35) oraz w odrębny sposób wyznaczają obowiązki prezesa RIN (art. 34). Organy kolegialne podejmują decyzje w postaci uchwał, zaś prezes RIN w sprawach samorządowych reprezentuje radę, kieruje jej pracami, przewodniczy na posiedzeniach i wykonuje uchwały rady (art. 34 § 1). Nie ma zatem żadnych uprawnień „władczych”. Tym bardziej nie ma żadnych uprawnień w zakresie „wiążącego” wypowiedzienia się w „imieniu rady” bez właściwego umo-

cowania. Podpisywane (sygnowane) przez niego w charakterze prezesa pisma (komunikaty), których adresatem są notariusze izby notarialnej, mają jedynie znaczenie porządkowe (informacyjne), gdyż nie znajdują umocowania w stosownej uchwale RIN. W sprawie będącej przedmiotem obecnej analizy podpisane przez prezesa (wiceprezesa) RIN komunikaty nie mają żadnego formalnoprawnego umocowania w jakiegokolwiek uchwale RIN czy choćby uchwale KRN (por. art. 40 pr. o not.), a co najwyżej stanowią informację o treści komunikatu co do możliwości oceny konkretnego zachowania notariusza uczestniczącego w postępowaniu przetargowym jako deliktu dyscyplinarnego. Tego rodzaju stanowisko jest w pełni uprawnione i dopuszczalne ustawą notarialną przewidującą kompetencję samorządu w zakresie sądownictwa dyscyplinarnego poddanego odrębnemu uregulowaniu i kontroli instancyjnej łącznie z kontrolą sądową (trybem odwoławczym). Uzasadnia to przyjęcie tezy, iż **pisma sygnowane podpisem prezesa (wiceprezesa) RIN, których adresatem są notariusze izby, nie znajdujące podstawy zgodnej z art. 34 § 1 pr. o not., należy traktować jako niewiążące wypowiedzi osób funkcyjnych samorządu mające charakter informacyjny. Nie mogą zatem stanowić żadnej podstawy (okoliczności) w celu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję w związku z przetargami organizowanymi na podstawie ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych** (podkr. moje A.O.). Tym bardziej notariusz wyrażający w ramach działalności samorządowej, niezależnie od pełnionej funkcji w tych organach, ocenę w przedmiocie uczestnictwa innych notariuszy w postępowaniu przetargowym na dokonywanie czynności notarialnych nie może być uważany z tego tytułu za przedsiębiorcę „antymonopolowego”, jak miałaby za tym przemawiać wykładnia „autonomiczna”. Można nawet wyrazić uzasadnione twierdzenie, że notariusz „pozbawiony” możliwości dokonywania czynności notarialnych z powodu „wygrania” przez innego notariusza przetargu na dokonywanie czynności notarialnych w określonym terminie dopuścił się praktyk godzących w przewidzianą Kodeksem Etyki Notarialnej konkurencję zawodową. Pozostaje pytanie retoryczne: który z notariuszy dopuścił się praktyki monopolowej i skoncentrował wszystkie czynności w jednej kancelarii na rzecz zamawiającego.

### 3. Notariusz jako przedsiębiorca a uczestnik czynności notarialnej jako klient w świetle postępowania antymonopolowego

Omawiany casus nie jest jedyną okolicznością, co do której próbuje się „oderwać” status ustrojowopravny stanowiska notariusza określony w prawie notarialnym od dokonywanych przez niego czynności notarialnych z wyraźną tezą mającą uzasadniać, iż notariusz jest przedsiębiorcą działającym na wolnym rynku usług notarialnych. Reakcja ustawodawcy na tego rodzaju zjawiska jest różna<sup>24</sup>.

Słynne już wyroki Trybunału Sprawiedliwości (TS) z 24 maja 2011 r., wydane w połączonych sprawach przeciwko Belgii, Francji, Luksemburgowi, RFN, Austrii, Grecji (Polska była w kolejce) w związku z uchynieniem ustawowego wymogu posiadania obywatelstwa danego państwa – członka UE przez kandydata na notariusza w obszarze UE, uznały, iż sporządzane przez notariuszy państw UE czynności notarialne w świetle traktatu TFUE (art. 49) nie są dokonywane w ramach sprawowania przez notariuszy „władzy publicznej”, co oznacza w świetle wspomnianych wyroków TS, że czynności te dokonywane są w ramach swobody przedsiębiorczości – art. 51 TFUE normującego wyłącznie przedmiotowy zakres funkcjonowania notariatu bez odnoszenia się do ustroju notariatu regulowanego samodzielnie przez każde państwo członkowskie<sup>25</sup>. W rzeczywistości dokonano typowego zabiegu kreacyjnego polegającego na oderwaniu ustroju notariatu kształtowanego przez państwa UE od sporządzanych czynności notarialnych wyłącznie dla potrzeb uzasadniających swobodę tego rodzaju usług notarialnych<sup>26</sup>.

Reakcją polskiego ustawodawcy na wyroki TS była nowelizacja art. 11 pkt 1 z jednoczesnym nadaniem nowego brzmienia art. 11 pkt 4 i 5

---

<sup>24</sup> Interesujące rozważania na temat współczesnego notariatu zob. zwłaszcza T. K o t, *Z imnego punktu widzenia o istocie notariatu*, Rejent 2012, nr 2, s. 155 i nast.

<sup>25</sup> Bliżej M. Muszalska, M. Strzełbicki, *Pojęcie władzy publicznej w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości a wykonywanie zawodu zaufania publicznego przez notariusza*, Rejent, wydanie specjalne, listopad 2011, s. 94 i nast.; M.K. K o l a s i Ń - s k i, *Prowadzenie działalności gospodarczej przez notariusza w orzecznictwie unijnego Trybunału Sprawiedliwości i polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Rejent, wydanie specjalne, listopad 2011, s. 51 i nast.

<sup>26</sup> A. O l e s z k o, *Deregulacja zawodu notariusza a gwarancje państwa w zakresie bezpieczeństwa obrotu prawnego*, Rejent 2012, nr 4, s. 93 i nast.

pr. o not., co w rzeczywistości preferuje nadal polskich kandydatów na notariuszy, uwzględniając wymóg odbycia aplikacji notarialnej i zdania egzaminu notarialnego według wymogów polskiego prawa notarialnego, i co bynajmniej nie jest związane z unijną swobodą świadczenia „usług notarialnych” i swobodnym „przepływem” z innych państw notariuszy w ramach wykonywania tego zawodu. Tym razem notarialna swoboda przedsiębiorczości trafnie ustąpiła funkcjom publicznym w ramach obrotu cywilnoprawnego sprawowanym przez polski notariat.

Inne rozwiązanie preferuje UOKiK wraz z orzecznictwem w niektórych sprawach „gospodarczych”, próbując utrzymać drogę postępowania przetargowego na dokonywanie czynności notarialnych jako czynności typowo usługowych za najniższą cenę z jednoczesnym wprowadzaniem restrykcji (kar) administracyjnych nie tylko na organy samorządu notarialnego, ale także na poszczególnych notariuszy optujących za niestosowaniem „trybu antymonopolowego”, uznających, że tryb ten nie powinien dotyczyć notariuszy w odniesieniu do „ochrony konkurencji i konsumentów” jako osób zaufania publicznego ze wszystkimi stąd płynącymi skutkami ustrojowymi i zawodowymi (zob. pkt 1).

Zwolennicy kierunku pierwszego jako bezsporną przyjmują tezę, że przetarg na dokonywanie czynności notarialnych jest konsekwencją przyjęcia dla potrzeb tego postępowania konstrukcji zawodu notariusza jako przedsiębiorcy, a sporządzoną przez niego czynność jako typowo usługową, za którą należy się najniższa cena oferowana przez zamawiającego jako podmiot prawa publicznego zobowiązany do troski oszczędnego wydawania pieniędzy publicznych. Inne postępowanie ma charakter antymonopolowy i jest traktowane jako zmowa (zawarcie porozumienia) ograniczająca swobodę konkurencji na „rynku usług notarialnych”, „co może stanowić naruszenie art. 6” cyt. ustawy z 2007 r. (zob. pkt 4). Podstawowym argumentem powoływanym przez UOKiK oraz orzecznictwo antymonopolowe<sup>27</sup> jest cyt. wielokrotnie uchwała SN z 26 lutego 2004 r. (III SZ 4/03).

Nie chce się zauważyć, że cyt. uchwała SN została wyrażona na tle innego stanu faktycznego i odnosiła się do trafnie uznanej za sprzeczną z prawem notarialnym (art. 40 § 1 pkt 7) uchwały KRN w sprawie zakazu

---

<sup>27</sup> Zob. przypisy 17 i 18.

uczestniczenia przez notariuszy w przetargach lub konkursach na czynności notarialne, którą zaskarżył w trybie art. 47 pr. o not. Minister Sprawiedliwości. Należy zgodzić się z Sądem Najwyższym, o ile zakwestionował nieuprawniony tryb i sposób podjęcia przez KRN zaskarżonej uchwały przewidującej nadto odpowiedzialność dyscyplinarną notariuszy z tytułu uczestnictwa i „wygrania” przetargu na dokonanie czynności notarialnych. Po prostu KRN nie miała kompetencji (art. 40 § 1 pkt 7 pr. o not.) do podjęcia takiej uchwały „powszechnie” obowiązującej wszystkich notariuszy. Pozostałe motywy uzasadnienia cyt. wyżej uchwały SN odnoszące się nadto do wykładni przepisów ówczesnej ustawy o zamówieniach publicznych w przedmiocie oceny podjętej przez KRN zaskarżonej uchwały stanowią jedynie wyraz poglądu konkretnego składu Sądu Najwyższego i nie można ich traktować jako motywów „przesądających” w innych sprawach<sup>28</sup>.

Bardziej miarodajną w obecnej dyskusji jest cyt. uchwała składu siedmiu sędziów SN z 23 września 2009 r.<sup>29</sup>, która poddała analizie charakter wynagrodzenia notariusza pobieranego na podstawie art. 5 § 1 pr. o not. Godzi się z całą mocą podkreślić, iż przepis ten ma charakter ustrojowy nie tylko z powodu jego umieszczenia w dziale I „Ustrój notariatu. Przepisy ogólne”, ale właśnie z łącznego jego uregulowania w ramach statutowanego ustroju notariatu, a nie tylko „usługowego dokonywania” czynności notarialnych przewidzianych dla kompetencji notariusza. Od chwili obowiązywania zunifikowanego prawa o notariacie z 1933 r. nie ulegało żadnej wątpliwości, że sposób oraz tryb „wynagradzania” (taksa sztywna, umowna) notariusza „za dokonane” czynności notarialne nie ma żadnego wpływu na ocenę statusu ustrojowego notariatu. Z tego powodu umieszczenie stosownego przepisu w tzw. części ustrojowej notariatu ma na

---

<sup>28</sup> Tytułem tylko przykładu można wskazać na mocno dyskusyjne sformułowanie uzasadnienia cyt. uchwały SN, iż: „Prawo o notariacie określa zasady świadczenia usług w zakresie dokonywania czynności notarialnych”. Żaden przepis prawa notarialnego nie używa określenia „świadczenia usług w zakresie dokonywania czynności notarialnych”, a wprowadzenie do dyskursu słowa „usługa” jest jedynie przejawem wyrażania konkretnego stanowiska, które nie musi znajdować uzasadnienia prawnego w odniesieniu do ustawy notarialnej.

<sup>29</sup> Zob. przypis 23.

celu podkreślenie woli prawodawcy „umocowania” instytucji notariatu poza strukturami urzędniczymi państwa, ale także „opłacanego” wyłącznie przez obywateli (podmioty) dokonujących czynności notarialnych<sup>30</sup>. W ten sposób notariusz pozostaje (powinien pozostawać) poza sferą gospodarczych wpływów jakichkolwiek stron dokonywanej czynności notarialnej, a przejawem statusu notariusza jest aprobowana powszechnie zasada (obowiązek) bezstronności wyrażona w treści art. 80 pr. o not.<sup>31</sup> Już samo zgłoszenie „zamówienia” na dokonanie czynności notarialnych przez podmiot silny ekonomicznie (np. jednostkę samorządu terytorialnego, spółkę węglową Skarbu Państwa) może budzić wątpliwości co do dalszych „życzeń” tego rodzaju strony. Przecież przepisy art. 5 § 1 w zw. z art. 89 pr. o not. gwarantują stronom umówienie się co do ponoszenia wynagrodzenia notariusza. Ustawowe wyłączenie takiej możliwości przez ustawę pozanotarialną nakazuje zapytać o cele takiego wyłączenia i pozbawienia stron wyrażenia bezstronności przez notariusza wobec „stawających” do aktu notarialnego, jak to w staropolskim języku wyrażano ustawową gwarancję notariusza gotowości dokonania żądanej czynności notarialnej, „do której jest powołany” (por. art. 1 § 1 pr. o not.). Notariusza powołuje państwo do dokonywania czynności notarialnych (art. 10 w zw. z art. 1 § 1 pr. o not.) i dla wzmocnienia jego niezależności przewiduje (gwarantuje) otrzymanie wynagrodzenia od stron czynności, na podstawie zawartej umowy w trybie art. 5 § 1 w zw. z art. 89 ustawy.

W związku z tym należy rozważyć, czy ustalenia wynagrodzenia dokonuje się wyłączenia na podstawie art. 5 § 1, czy także w innym trybie, np. przetargu (konkursu). Przy przyjęciu konstrukcji, że przepis art. 5 § 1 ustawy ma charakter ustrojowy, a zatem wyłączny, odpowiedź nasuwa się sama. Kierunek przeciwny, dopuszczający wykładnię „autonomiczną” statusu prawnego notariusza dla określonych potrzeb czyni z niego przedsiębiorcę, a uczestników czynności notarialnych – klientami.

W świetle wykładni art. 5 § 1 pr. o not. dokonanej cyt. wyżej uchwałą składu siedmiu sędziów SN z 23 września 2009 r. nie ma żadnych innych podstaw do wyznaczenia odrębnego trybu określenia należnego notariu-

---

<sup>30</sup> W szczególności zob. W.L. Jaworski, *Reforma notariatu*, Kraków 1929.

<sup>31</sup> Zamiast dotychczasowej literatury oraz orzecznictwa A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, cz. II, t. I, s. 245 i nast.



szowi wynagrodzenia, w tym także trybu przetargowego z jego skutkami w zakresie przestrzegania zasad antymonopolowych w odniesieniu do notariuszy.

Zgodnie z literalną wykładnią art. 5 § 1 pr. o not. wynagrodzenie notariusza ustala się na podstawie umowy cywilnoprawnej zawartej między notariuszem a stronami czynności notarialnej. W ramach swobody umów (art. 5 § 1 i art. 89 pr. o not. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c.) strony określają, która z nich (bądź wspólnie) dokona zapłaty wynagrodzenia ze skutkami przewidzianymi w art. 89 ustawy, których nie można uchylić. Pobranie wynagrodzenia jest wprawdzie według Sądu Najwyższego uprawnieniem notariusza, ale tylko w ramach ustawy notarialnej. Oznacza to, że ustawodawca w prawie o notariacie wyznaczył wyłączny tryb i sposób ustalenia wynagrodzenia bądź rezygnacji z tego pobrania. Nie potrzeba organizować żadnego przetargu w odrębnym trybie, żeby strony uzgodniły najniższe wynagrodzenie bądź notariusz zrezygnował z tego zadośćuczynienia majątkowego wobec niektórych czynności, a za pozostałe pobrał uzgodnioną należność<sup>32</sup>. Jest to jednak kwestia indywidualnej oceny zachowania notariusza i Sąd Najwyższy w omawianej uchwale nie wykluczył możliwości zakwalifikowania tego rodzaju postępowania jako nieuczciwej konkurencji wyłącznie dla potrzeb postępowania dyscyplinarnego, a nie żadnego antymonopolowego. Poprzez to ostatnie postępowanie nie można ograniczać ustrojowej swobody w wyborze notariusza przez każdą ze stron<sup>33</sup>. W drodze przetargu nie można przypisywać drugiej stronie do określonego notariusza uzyskującego przywilej sporządzenia czynności notarialnych w innym trybie niż przewiduje to prawo notarialne. Notariusz nie musi być przedsiębiorcą dla potrzeb antymonopolowych, żeby w ramach dozwolonej przedsiębiorczości przewidzianej prawem notarialnym ustalać ze stronami czynności notarialnej umówione wynagrodzenie. Nie można notariuszom w drodze odrębnej pozanotarialnej ustawy narzucać innego trybu i sposobu należnego mu na podstawie umowy cywilnopraw-

---

<sup>32</sup> Np. gmina jako zbywca „oferuje” zawarcie 100 umów w określonym terminie i strony przyszłych umów uzgodnią, że za 20 umów notariusz pobierze wynagrodzenie tzw. symboliczne, a pozostałe według uzgodnienia (umowy). Inną jest kwestia, czy tego rodzaju zachowanie notariusza podlegać będzie ocenie niedozwolonej konkurencji i odpowiedzialności dyscyplinarnej in casu.

<sup>33</sup> Z uzasadnienia cyt. wyżej uchwały SN.

nej wynagrodzenia, a zarazem wymagać od niego przestrzegania obowiązku bezstronności, który w przeciwnym wypadku staje się iluzoryczny i „wpycha” notariuszy w nieuczciwą konkurencję ograniczoną do „najniższej ceny”. Tego rodzaju rozwiązania godzą w podstawy ustrojowe notariatu, a notariusza „sprowadzają” do osiągania zysku i typowej usługi. Notariusz nie jest w żadnym wypadku usługodawcą na wzór producenta gwoździ czy szczotek.

Kierując się postępowaniem antymonopolowym, można wyobrazić sobie sytuację, w której w przetargu weźmie udział każdy z notariuszy prowadzący kancelarię w postaci spółki bądź notariusz oraz zastępca notarialny upoważniony do dokonywania wszystkich czynności notarialnych i będą rywalizować o „zdobycie” kontraktów za najniższą cenę. Czy należy oczekiwać dalszych absurdów obecnego kierunku antymonopolowego?

#### **4. Przeszukanie kancelarii notarialnej jako środek przymusu w postępowaniu antymonopolowym**

##### **4.1. Podstawa prawna przeszukania**

Sąd Okręgowy w Warszawie – SOKiK jako podstawę wydania postanowienia zabezpieczającego, zezwalającego na przeszukanie „pomieszczeń i rzeczy” kancelarii notarialnej prowadzonej w charakterze spółki przez notariusza pełniącego zarazem funkcję prezesa RIN „w celu pozyskania dowodów na okoliczność zawarcia porozumień ograniczających konkurencję w związku z przetargami organizowanymi na podstawie ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, co może stanowić naruszenie art. 6 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów” przyjął za bezsporne, iż osoba funkcyjna RIN podpisująca pismo (komunikat) adresowane do wszystkich notariuszy Izby Notarialnej jest osobą (organem) uprawnioną „na okoliczność zawarcia porozumień ograniczających konkurencję”, co „może stanowić naruszenie art. 6 cyt. ustawy”.

Obie powołane podstawy prawne wydanego postanowienia mogą być uważane za dyskusyjne. W dotychczasowej literaturze prawa notarialnego uchodziło za bezsporne, że organy samorządu notarialnego wyznacza wprost ustawa. W odniesieniu do RIN organami są walne zgromadzenie oraz rada (art. 27 pr. o not.); prezes rady nie jest żadnym organem

statutowym, a zakres jego kompetencji wyznacza przepis art. 34 § 1 pr. o not. Oznaczać to powinno, że przesłane przez prezesa (wiceprezesa) pisma adresowane do notariuszy izby notarialnej, nieznajdujące żadnego umocowania prawnego w podjętej przez RIN uchwale, należy uważać za informacje zawierające treść osobową, a nie instytucjonalną danego organu. Prezes (wiceprezes) RIN jako osoba funkcyjna nieumocowana do wiążącego wyrażania stanowiska w imieniu RIN jako organu samorządu działał niejako na własne ryzyko, które może być poddane ocenie dyscyplinarnej, ale nigdy prawnej, a zwłaszcza w odniesieniu do cyt. przez SO-SOKiK ustaw z 2004 i 2007 r. Podkreślmy wyraźnie, osoba funkcyjna organu samorządu notarialnego wypowiadająca się w „sprawach notariatu” bez umocowania organu samorządu notarialnego nie ma żadnego wpływu, a tym bardziej „mocy sprawczej” w odniesieniu do „okoliczności zawarcia” porozumień antymonopolowych, cokolwiek miałyby to znaczyć na gruncie prawa o notariacie. Tego rodzaju wypowiedzi (również pisemne) należy traktować jako wyraz poglądu osoby funkcyjnej wchodzącej w skład organu samorządowego, ale nigdy jako tego organu, czy też mającej jakikolwiek wpływ na okoliczność zawarcia porozumień antymonopolowych. W związku z tym należy przyjąć, że w konkretnej sprawie nie było żadnych podstaw prawnych do wyrażania zgody na przeszukanie kancelarii notarialnej prowadzonej przez notariusza, a nie przez osobę funkcyjną organu samorządowego. Kancelaria notarialna związana jest tylko z notariuszem i wykonywanym przez niego zawodem i z tego tytułu podlega ochronie prawnej. Nie może stanowić żadnego usprawiedliwienia dla wyrażenia zgody na przeszukanie kancelarii notarialnej fakt, iż notariusz ten pełni zarazem funkcje samorządowe, jeżeli taki sam skutek można osiągnąć, wydając zezwolenie na przeszukanie siedziby RIN.

Osoba funkcyjna RIN ani też podejmowane przez nią działania (jak w rozważanej sprawie) polegające na przesłaniu notariuszom izby określonej informacji nie mogą być uznane za „inne działania związku przedsiębiorców, ich organów statutowych czy samorządów zawodowych”. Fakt, że notariusze danej izby z mocy art. 26 § 1 pkt 1 pr. o not. wchodzi w skład samorządu, nie oznacza, że każdy z nich *eo ipso* jest członkiem związku przedsiębiorców ze skutkami wynikającymi z cyt. wyżej ustaw. Nawet gdyby przyjąć pogląd, że KRN jest organem statutowym związku

przedsiębiorców<sup>34</sup>, to podmiotem, przeciwko któremu można wszcząć postępowanie antymonopolowe, nie jest notariusz jako osoba funkcyjna organu samorządu (RIN) wypowiadająca się bez żadnego umocowania tego organu, który ma obowiązek reprezentować.

Względy celowościowe przemawiały także za niewydaniem przez sąd przedmiotowej zgody na przeszukiwanie kancelarii notariusza. Przesłane notariuszom komunikaty nie posiadały żadnej utajnionej treści ani też nie były niedostępne w systemie informatycznym. Wystarczyło wezwać prezesa RIN do oficjalnego przesłania tych pism do siedziby UOKiK i dokonać ich prawnej oceny. W sprawie nie zostały przedstawione żadne okoliczności świadczące o utrudnieniach UOKiK w otrzymaniu informacji w przedmiotowym zakresie.

„Na wyrost” jako drugą podstawę wydania kwestionowanego postanowienia zabezpieczającego wskazano przepis art. 6 cyt. ustawy z 2007 r., którego treść jest rozbudowana w ust. 1 do 7 punktów oraz ust. 2. Trudno zatem ustosunkować się do tego, co w konkretnej sprawie „mogło stanowić naruszenie art. 6 cyt. ustawy”. Z pewnością taką przyczyną nie była przewidziana w art. 6 ust. 2 cyt. ustawy sankcja zawartego porozumienia w postaci nieważnej czynności prawnej. Pomijając zasadność samego uregulowania wskazanego przepisu<sup>35</sup>, warto przypomnieć, że żadne „porozumienie” antymonopolowe samo przez się nie ma żadnego wpływu na ocenę zawartej czynności prawnej stwierdzonej w akcie notarialnym.

#### **4.2. Przeszukanie jako środek przymusu a status notariusza jako przedsiębiorcy**

Przeszukanie kancelarii przez pracowników UOKiK odbyło się w asyście policji „w celu uzyskania informacji oraz dowodów na okoliczność zawarcia porozumień antymonopolowych”. „Autonomiczne” stosowanie ustawy z 2007 r. pozwala notariusza traktować jako przedsiębiorcę „obowiąza-

---

<sup>34</sup> Tak wyrok SA w Warszawie z 16 listopada 2006 r., VI ACa 554/06 (Dz.Urz. UOKiK 2007, nr 2, s. 24).

<sup>35</sup> Zob. np. M. L e w a n d o w s k i, *Sankcja nieważności wobec praktyk ograniczających konkurencję – cywilnoprawne aspekty prawa antymonopolowego*, PPH 2010, nr 7, s. 20 i nast.; R. T r z a s k o w s k i, *Kompetencje sądu do ustalenia nieważności czynności prawnych będących przejawem nadużywania pozycji dominującej oraz nieważności porozumień ograniczających konkurencję*, Palestra 2009, nr 9-10, s. 235 i nast.

nego do przekazywania wszelkich koniecznych informacji i dokumentów na żądanie Prezesa Urzędu” (art. 50 ust. 1), a przepis art. 105a ust. 1 w zw. z art. 105b ust. 3 uprawnia kontrolującego do „korzystania z pomocy policji”.

Rzecz w tym, że notariusz uważany „jako przedsiębiorca” w rozumieniu cyt. ustawy z 2007 r. nie ma żadnego wpływu, a tym bardziej jakichkolwiek możliwości negatywnie wpływać na konkurencję na „rynku usług notarialnych”, cokolwiek miałyby to znaczyć, i w ten sposób godzić w interes publiczny zamawiającego, który to interes stanowi konieczną przesłankę publicznoprawnego stosowania względem notariuszy prawa konkurencji<sup>36</sup>. Wbrew twierdzeniu organów antymonopolowych powoływany przez nich wielokrotnie wyrok SN z 26 lutego 2004 r. (III SZ 4/03) nie obliguje notariusza ze względu na ochronę interesu publicznoprawnego do udziału w przetargu publicznym, a jedynie stwierdza, że „notariusz jest uprawniony do udziału w przetargu”, gdy zgodnie z cyt. ustawą z 2004 r. „powierzenie dokonania czynności notarialnych powinno nastąpić w trybie zamówienia publicznego”. Dopiero w drodze „wykładni autonomicznej” czynnościom notarialnym przypisuje się charakter czynności usługowych podległych obu ustawom z 2004 r. oraz 2007 r. Zauważmy zatem, że w rozważanej sprawie na skutek zawiadomienia notariuszy izby warszawskiej o znanym w środowisku stanowisku prezesa RIN, wyrażającego swój pogląd w przedmiocie uczestnictwa w przetargu, a nie rady, w żaden, nawet hipotetyczny sposób nie można przypisać statusu przedsiębiorcy mogącego przeciwstawić się konkurencji w zakresie dokonywania czynności notarialnych z udziałem zamawiającego. Wnioskodawca żądający wydania przez sąd postanowienia zabezpieczającego w sprawie powinien w każdym razie uprawdopodobnić, iż wysłanie dwóch komunikatów przez prezesa (wiceprezesa) RIN o wskazanej treści stanowiło działanie przedsiębiorcy godzącego w interes publiczny uzasadniający stosowanie prawa konkurencji. Odrębną jest kwestia, czy wobec notariusza jako osoby zaufania publicznego pełniącego funkcje organu ochrony prawnej (pkt 1 i 2) należy stosować w sposób autonomiczny (wprost) te same zasady co do przedsiębiorcy w rozu-

---

<sup>36</sup> Por. np. M. Si e r a d z k a, *Pozew grupowy jako instrument prywatnoprawnej ochrony interesów konsumentów z tytułu naruszenia regul regulacji*, Lex 2012, s. 16 i nast.

mieniu ustaw z 2004 i 2007 r., pomijając w zupełności jego odrębne (ustawowe) funkcje ustrojowe przewidziane prawem notarialnym. Takiej analizy sąd antymonopolowy nie dokonał.

W sprawie nie ma żadnych dowodów na uzasadnienie dokonania przeszukania w asyście policji i tego rodzaju zachowanie UOKiK należy traktować jako demonstrację swojego zachowania z naruszeniem wszelkich zasad proporcjonalności w działalności wymaganej od organów stosujących tego rodzaju przemoc.

Przeszukanie kancelarii notariusza, które nie miało żadnego związku z dokonywanymi przez niego czynnościami notarialnymi, którym można byłoby przypisać podejrzenie o działanie antymonopolowe, nie znajduje uzasadnienia w wydanym przez sąd postanowieniu zabezpieczającym. Podpisane przez tegoż notariusza jako prezesa RIN komunikaty adresowane do notariuszy izby w żaden sposób nie pozostawały w jakimkolwiek związku z prowadzoną przez niego kancelarią i stanowiły jawną, dostępną informację dla UOKiK.

Przeszukanie w okolicznościach sprawy stanowiło także naruszenie ochrony tajemnicy zawodowej notariusza prowadzącego swoją własną kancelarię, gdyż w ten sposób umożliwiono pracownikowi UOKiK dostęp do wszystkich dokumentów notarialnych archiwizowanych w kancelarii. Sąd powinien w sentencji orzeczenia wyraźnie wskazać na zakres przedmiotowy przeszukania, co należy negatywnie ocenić jako istotną jego wadę.

Świadomość braku zażalenia na postanowienie zabezpieczające powinna skłaniać sąd do bardziej wnikliwej merytorycznej analizy złożonego wniosku, a nie do poprzestania na formalnej poprawności.

*Prof. dr hab. Aleksander Oleszko – emerytowany profesor zwyczajny,  
Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie*