

UCHWAŁA

Dnia 23 marca 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jacek Gudowski (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Karol Weitz

SSA Janusz Kaspryszyn

Protokolant Katarzyna Bartczak

w sprawie z wniosku M. Ł.

przy uczestnictwie A. S.

o pozbawienie prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek, pełnienia funkcji członka rady nadzorczej, reprezentanta lub pełnomocnika w spółce handlowej, przedsiębiorstwie państwowym, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszeniu, po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym w dniu 23 marca 2016 r.

zagadnienia prawnego

przedstawionego przez Sąd Okręgowy w K.

postanowieniem z dnia 18 grudnia 2015 r.,

"Czy notariusz jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 5 ust. 1 w zw. z art. 1 pkt 1 lit. a ustawy z 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 1112 ze zm.) w zw. z art. 43¹ k.c.?"

podjął uchwałę:

Notariusz jest przedsiębiorcą (art. 43¹ k.c.).

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 15 stycznia 2014 r. Sąd Rejonowy w K. oddalił wniosek M. Ł. - złożony na podstawie art. 373 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 233 ze zm. - dalej: „Pr. upadł.”) o pozbawienie A. S., notariusza prowadzącego kancelarię notarialną w K., prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek lub w ramach spółki cywilnej oraz pełnienia funkcji członka rady nadzorczej, członka komisji rewizyjnej, reprezentanta lub pełnomocnika osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą w zakresie tej działalności, spółki handlowej, przedsiębiorstwa państwowego, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszenia. Ustalił, że A. S. poddał się egzekucji co do wierzytelności w kwocie 2 300 000 zł powierzonej mu przez wnioskodawcę w celu osiągnięcia zysku inwestycyjnego. Wbrew umowie i mimo upływu terminu, A. S. nie zwrócił powierzonej kwoty, a wezwany do jej uiszczenia - odmówił.

Zdaniem Sądu Rejonowego, prowadzenie przez A. S. działalności notarialnej jest równoznaczne z prowadzeniem działalności gospodarczej, ma on zatem zdolność upadłościową, jednak uwzględnienie wniosku nie mogło nastąpić, gdyż wnioskodawca nie wykazał, że wskazana wierzytelność jest związana z zawodową, notarialną działalnością uczestnika. W tej sytuacji nie można stwierdzić, że uczestnik stał się niewypłacalny, zwłaszcza że wnioskodawca nie wszczął egzekucji oraz nie wykazał szkody ani zachowania terminu przewidzianego w art. 373 Pr.upadł.

Postanowieniem z dnia 9 maja 2014 r. Sąd Okręgowy w K. oddalił apelację wnioskodawcy, aprobuując pogląd, że uczestnik jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 43¹ k.c., ma zatem do niego zastosowanie art. 21 Pr.upadł., jednak wnioskodawca nie wykazał, że uczestnik jest niewypłacalny.

W wyniku uwzględnienia skargi kasacyjnej Sąd Najwyższy – postanowieniem z dnia 25 czerwca 2006 r. – uchylił orzeczenie Sądu Okręgowego i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Wytknął naruszenie art. 381 k.p.c., a w szczególności nierozpoznanie powołanych w apelacji dowodów zmierzających

do wykazania niewypłacalności uczestnika, oraz wskazał na wątpliwości dotyczące oceny statusu notariusza jako przedsiębiorcy.

Sąd Okręgowy, rozpoznając sprawę ponownie, powziął poważne, podniesione także przez Sąd Najwyższy, ale nierozstrzygnięte przy rozpoznawaniu skargi kasacyjnej wątpliwości, koncentrujące się wokół zagadnienia, czy notariusz jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 5 ust. 1 w związku z art. 1 pkt 1 lit. Pr.upadł. w związku z art. 43¹ k.c.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Problem wypełniający zagadnienie prawne przedstawione Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia jest obecny w piśmiennictwie i judykaturze od czasu transformacji notariatu dokonanej na przełomie lat 80. i 90., tj. od chwili wprowadzenia indywidualnych kancelarii notarialnych (ustawa z dnia 24 maja 1989 r. – Prawo o notariacie, Dz.U. Nr 33, poz. 176 ze zm.), a następnie – po likwidacji państwowych biur notarialnych i przekazaniu prowadzenia ksiąg wieczystych sądom - jego prywatyzacji (ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie, Dz.U. Nr 22, poz. 91 – dalej: „Pr.not.”, oraz ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo o notariacie oraz o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego i ustawy o księgach wieczystych, Dz.U. Nr 22, poz. 92). Transformacja ta zbiegła się z reformą działalności gospodarczej, regulowanej najpierw ustawą z dnia z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 41, poz. 324 ze zm.), następnie ustawą z dnia z dnia 19 listopada 1999 r. - Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.) i w końcu ustawą z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 584 ze zm.).

Zaznaczające się w latach 90. wahania piśmiennictwa i judykatury dotyczące statusu notariusza przeciął sam ustawodawca przez wprowadzenie do Prawa o notariacie z 1991 r. przepisu art. 24a, stwierdzającego jednoznacznie, że notariusz nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów Prawa o działalności gospodarczej. Przepis ten był zsynchronizowany z art. 87 tego Prawa, stanowiącym, że przedsiębiorcami nie są także osoby świadczące pomoc prawną, a działalność polegającą na jej świadczeniu normują przepisy ustawy z dnia 26 maja 1982 r. -

Prawo o adwokaturze (Dz.U. Nr 16, poz. 124) oraz ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. Nr 19, poz. 145). Sytuacja normatywna oraz pozycja notariusza w czasie obowiązywania tych przepisów była jasna i nie budziła zasadniczych wątpliwości.

Wymienione przepisy zostały uchylone z chwilą wejścia w życie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, przy czym w uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1808) wskazano wprost, że ich uchylenie wynika z konieczności dostosowania Prawa o notariacie do nowej definicji działalności gospodarczej, obejmującej od tego czasu swoim zakresem również działalność zawodową (Sejm IV kadencji, druk nr 2496). Stanowisko zajęte przez prawodawcę uzasadnia wniosek, że notariusze wykonują działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a ściślej, stanowiącą jej przejaw, działalność zawodową wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły.

Mniej więcej w tym samym czasie w kodeksie cywilnym pojawiła się definicja, w myśl której przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33¹ § 1 (tzw. osoba niepełnoprawna), prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową (art. 43¹). W reprezentatywnych wypowiedziach piśmiennictwa objaśniających sens posłużenia się w art. 43¹ k.c. określeniem „działalność zawodowa” zaakcentowano, że chodziło o ustanowienie opozycji do obowiązujących w chwili wejścia w życie tego przepisu wyłączeń z zakresu pojęcia „przedsiębiorca” w rozumieniu Prawa działalności gospodarczej osób wykonujących wolne zawody. W konsekwencji podnosi się, że art. 43¹ k.c. jednoznacznie uznaje za przedsiębiorców także podmioty prowadzące we własnym imieniu działalność zawodową przez wykonywanie wolnego zawodu, a więc również notariuszy. Ponadto przyjmuje się, że działalność zawodowa, o której mowa w wymienionym przepisie, powinna mieć cechy tradycyjnie przypisywane działalności gospodarczej, a więc być wykonywana we własnym imieniu, osobiście, w sposób ciągły, profesjonalny i przynajmniej w pewnym stopniu zorganizowany.

Stanowisko, że notariusz wykonuje działalność zawodową w ramach wolnego zawodu łączy się z treścią art. 4 § 3 Pr.not. w brzmieniu obowiązującym od dnia wejścia w życie kodeksu spółek handlowych, tj. od dnia 1 stycznia 2001 r., zgodnie z którym kilku notariuszy może prowadzić jedną kancelarię m.in. w formie spółki partnerskiej zastrzeżonej dla osób uprawnionych do wykonywania wolnych zawodów, a więc m.in. notariuszy (art. 87 § 1 w związku z art. 88 k.s.h.). To że zawód notariusza jest wolnym zawodem wynika także m.in. z § 3 uchwały nr 19/97 Krajowej Rady Notarialnej z dnia 12 grudnia 1997 r. w sprawie kodeksu etyki zawodowej notariusza (tekst ujednolicony wg stanu na dzień 31 października 2012 r.) oraz z § 10 tego kodeksu. Dokumenty wytworzone przez Krajową Radę Notarialną potwierdzają także tezę, że notariusze mają status przedsiębiorców. Chodzi o dokumenty złożone do akt spraw Trybunału Konstytucyjnego zakończonych wyrokami z dnia 7 lipca 2011 r., U 8/08 (OTK-A 2011, nr 6, poz. 52) i z dnia 6 marca 2012 r., K 15/08 (OTK-A 2012, nr 3, poz. 24), w których Krajowa Rada Notarialna podnosiła *expressis verbis*, że notariusze są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą na zasadach ogólnych.

Oceniając działalność notariusza pod kątem jej kwalifikacji jako działalności gospodarczej (działalności zawodowej), a w szczególności w celu stwierdzenia, czy spełnia ona wyznaczające ją kryteria, należy przede wszystkim podkreślić, że notariusz wykonuje ją – co jest oczywiste – we własnym imieniu, tj. w sposób samodzielny, na własny rachunek i na własną odpowiedzialność, zawodową i cywilnoprawną (por. także art. 4 § 3 *in fine* Pr. not.). Tego stanowiska nie podważa reglamentacja prawna wykonywania zawodu ani nadzór sprawowany przez państwo i samorząd zawodowy, gdyż tego typu ingerencja państwa jest charakterystyczna dla wielu wolnych zawodów, w tym także dla zawodu adwokata lub radcy prawnego, choć różne jest jej nasilenie; w odniesieniu do notariusza może ono być większe ze względu na wagę i charakter powierzonych mu kompetencji. Najistotniejsze jest jednak to, że notariusz samodzielnie finansuje i prowadzi swoją działalność, przy wykorzystaniu osobistych zdolności i kwalifikacji, na własne ryzyko, oraz ponosi za swoje czynności osobistą odpowiedzialność majątkową, spełnia zatem podstawowe, konstrukcyjne kryteria wolnego zawodu.

Nie budzi także wątpliwości, że działalność notariusza spełnia wymaganie ciągłości, profesjonalizmu oraz zorganizowania. Trudno również wyeliminować z prowadzonej przez notariuszy działalności motyw zysku. Obiektywnie rzecz ujmując, notariusz - jak każdy przedsiębiorca - musi kierować się kalkulacją zysku i straty. Musi wprawdzie uwzględniać także nieuniknione ograniczenia ustawowe wynikające ze specyfiki prowadzonej działalności, dąży jednak, co oczywiste, do uzyskania dochodu pozwalającego mu nie tylko na zaspokojenie życiowych - osobistych i rodzinnych - potrzeb, ale także na rozwój kancelarii, poprawę warunków pracy, podwyższenie pensji pracowników, komfort klientów oraz jakość świadczonych usług (czynności). Odpowiada to w pełni cesze zarobkowości, ocenianej z punktu widzenia wolnego rynku, bez wnikania w osobiste pobudki poszczególnych notariuszy, które mogą być i zapewne są bardzo szlachetne, jednak przy tej ocenie nie mają istotnego znaczenia.

Dla tej oceny nieistotny jest także sposób wynagradzania notariuszy, uwzględniający narzucony przez państwo system opłat – stawek taksy notarialnej (art. 5 § 1 Pr.not.). Stawki te odpowiadają zresztą wymaganiom rynku, są bowiem kształtowane przede wszystkim na podstawie zamożności społeczeństwa, wyrażającej się wysokością przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w gospodarce narodowej w określonym czasie, przy czym uwzględnia się również interes notariuszy oraz ich nakład pracy, a także charakter poszczególnych czynności i ich publicznoprawne znaczenie (art. 5 § 3 Pr. not.). Mechanizm ustalania stawek taksy notarialnej jest konstrukcyjnie zbliżony do instytucji ceny maksymalnej, która – podobnie jak ograniczenia wysokości taksy - służy przede wszystkim ochronie kupującego i realizacji określonych celów publicznych (por. np. art. 538 k.c. oraz art. 50a i art. 50b ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o transporcie zbiorowym, Dz.U. z 2011 r., nr 5, poz. 13). Przyjęcie takiego mechanizmu nie oznacza jednak, że działalność zawodowa notariuszy jest pozbawiona charakteru zarobkowego, zwłaszcza przy uwzględnieniu, iż – jak przyjmuje się powszechnie – w działalności gospodarczej (zawodowej) osiąganie zysku i działanie w celu jego osiągnięcia nie jest konieczne. Zapewne m.in. z tego względu zarobkowy charakter działalności nie został wskazany w art. 43¹ k.c. jako nieodzowne kryterium statusu przedsiębiorcy. Decydujące jest więc raczej dążenie

do osiągnięcia jak najlepszego wyniku ekonomicznego, przy czym w szczególnych, wyjątkowych wypadkach działalnością gospodarczą może być także działalność, która z założenia nie przynosi zysku i jest takiego motywu pozbawiona (por. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 1992 r., III CZP 134/92, OSNCP 1993, nr 5, poz. 79, oraz uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 1993 r., III CZP 156/92, OSNCP 1993, nr 9, poz. 152).

Motyw zysku jest zresztą coraz częściej zastępowany motywem racjonalnego gospodarowania, który oznacza zamiar uzyskania maksymalnego efektu przy danym nakładzie środków albo zamiar minimalnego zużycia tych środków w celu osiągnięcia wyznaczonego zadania. Wyróżnia się również tzw. działanie *non for profit* oraz *non profit*, mające na celu zarabianie na koszty własnej działalności; działalność tę z zasady uznaje się także za działalność gospodarczą. Z tych względów zarobkowego charakteru działalności notariusza nie podważa fakt, że w pewnych sytuacjach ustawa „zmusza” go do podejmowania czynności nieopłacalnych albo przynoszących stratę (por. art. 91 Pr.not.).

W końcu należy podkreślić, że przyjęta przez prawodawcę formuła notariatu, polegająca na delegowaniu kompetencji publicznoprawnych na podmioty funkcjonujące na własny rachunek poza strukturą władz publicznych, obejmuje także elementy konkurencji notariuszy na rynku. Jakkolwiek konkurencja ta jest pozbawiona niektórych typowych instrumentów stosowanych na wolnym rynku, takich zwłaszcza jak reklama (§ 27 kodeksu etyki zawodowej notariusza; por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 sierpnia 2014 r., SDI 24/14, nie publ.), to jednak notariusze dysponują narzędziami pozwalającymi znacznie różnicować ich pozycję. Chodzi o poziom zawodowy notariusza i pracowników kancelarii, w tym stopień wszechstronności udzielanych informacji, specjalizację, rękojmię prawidłowości sporządzanych dokumentów, znajomość języków obcych, sprawność organizacyjną, elastyczność w zakresie terminów czynności i łatwość komunikacji, umiejscowienie kancelarii wyznaczonej na wniosek notariusza (art. 10 § 1 Pr.not.), jej dostępność dla większych grup osób lub osób niepełnosprawnych, a także otwartość notariusza na negocjacje w sprawie wynagrodzenia, które zostało ograniczone jedynie co do górnej wysokości (por. uchwała składu siedmiu sędziów

Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2009 r., I KZP 7/09, OSNKW 2009, nr 10, poz. 83).

W podsumowaniu należy stwierdzić, że sposób funkcjonowania notariusza na polu publicznym oraz cechy prowadzonej przez niego działalności uzasadniają tezę, iż jest osobą wykonującą we własnym imieniu działalność zawodową, o której mowa w art. 43¹ k.c. (por. też art. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jedn. tekst: Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Ma zatem status przedsiębiorcy, a to że realizuje głównie funkcje publiczne w sferze ochrony prawnej, pozostając pod wzmożonym nadzorem ze strony państwa, czyni go przedsiębiorcą zajmującym na rynku pozycję szczególną.

Pozycja notariusza jako przedsiębiorcy jest dostrzegana także w judykaturze Trybunału Konstytucyjnego, który przy aprobachie organów samorządu notarialnego – o czym już była mowa – uznaje notariusza za przedsiębiorcę o specjalnym statusie, wykonującego powierzone mu zadania państwa. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, status prawny notariusza jest niejednorodny, ponieważ prowadzi on działalność na własne ryzyko, której usługowy charakter można uznać za mieszczący się w zakresie wolności działalności gospodarczej; dąży do osiągnięcia zysku, warunkującego realizację zadań publicznych, będąc zarazem osobą zaufania publicznego, korzystającą z prawnokarnej ochrony jak funkcjonariusz publiczny oraz wykonującą wiele czynności o charakterze urzędowym (np. wyroki z dnia 27 czerwca 2013 r., K 12/10, OTK-A 2013, nr 5, poz. 65, z dnia 6 marca 2012 r., K 15/08, OTK-A 2012, nr 3, poz. 24, i z dnia 13 stycznia 2015 r., SK 34/12, OTK-A 2015, nr 1, poz. 1).

Także Sąd Najwyższy kwalifikuje notariusza jako przedsiębiorcę dążącego w naturalny sposób do osiągnięcia zysku (uzasadnienie uchwały z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101) oraz podkreśla zobowiązaniowy, umowny charakter stosunku prawnego łączącego go ze stronami dokonującymi czynności notarialnej (uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 23 września 2009 r., I KZP 7/09). Również w orzecznictwie Sądu Okręgowego - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrażono pogląd, że notariusz jest przedsiębiorcą w rozumieniu prawa ochrony konkurencji

i konsumentów (wyrok z dnia 22 grudnia 2004 r., XVII Ama 50/04, nie publ.; por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 28/04, OSNP 2005, nr 3, poz. 47).

Stosunkowo najmniej stabilne i jednoznaczne jest w omawianym zakresie stanowisko sądów administracyjnych, co jest jednak zrozumiałe, gdyż pojmowanie przedsiębiorcy oraz działalności gospodarczej podlega na obszarze działania tych sądów szczególnej dywersyfikacji (por. np. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 maja 2005 r., FSK 1656/04, nie publ., i z dnia 24 maja 2007 r., II GSK 27/07, nie publ.). W judykaturze Naczelnego Sądu Administracyjnego można jednak spotkać także pogląd, że „nikt (...) nie podnosi obecnie, że notariusz nie prowadzi działalności gospodarczej, ani nie kwestionuje, że jest on przedsiębiorcą” (wyrok z dnia 26 sierpnia 2010 r., II FSK 623/09, nie publ.).

Status notariusza był oceniany również na płaszczyźnie unijnej w kontekście art. 49 TFUE (art. 43 TWE), statuującego swobodę przedsiębiorczości, oraz art. 51 TFUE (art. 45 TWE), ustanawiającego wyjątek od tej zasady dla działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej. Problem właściwego podejścia do funkcji notariusza na tle unijnej swobody przedsiębiorczości powstał w związku z występującym do niedawna w wielu państwach członkowskich wymaganiem dysponowania krajowym obywatelstwem jako warunkiem dopuszczenia do wykonywania zawodu notariusza. W wielu wyrokach wydanych przeciwko państwom tzw. notariatu łańciskiego, do których należy także Polska, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że wprowadzenie warunku obywatelstwa przy dostępie do zawodu notariusza jest sprzeczne z zobowiązaniami tych państw wynikającymi z unijnej swobody przedsiębiorczości. Trybunał – obok innych argumentów – zaakcentował, że oceniając działalność notariuszy na tle art. 45 TWE (art. 51 TFUE), należy mieć na względzie charakter dokonywanych przez nich czynności, a nie ustrojowy status notariuszy w krajowym systemie prawnym, a okoliczność, że czynności notariusza służą realizacji celu leżącego w interesie ogólnym (publicznym), nie uzasadnia uznania ich za związane bezpośrednio i szczególnie z wykonywaniem władzy publicznej. Trybunał podniósł również,

że choć wynagrodzenie notariuszy jest ograniczone ustawą, to jednak jakość świadczonych przez nich usług może się różnić, w szczególności w zależności od kwalifikacji zawodowych. W określonych granicach notariusze wykonują zatem swój zawód w warunkach konkurencji, co jest obce wykonywaniu władzy publicznej, zatem do wykonywania zawodu notariusza ma zastosowanie art. 49 TFUE, stanowiący o swobodzie przedsiębiorczości (por. wyroki z dnia 24 maja 2011 r., nr C-47/08, Komisja przeciwko Belgii, nr C-50/08, Komisja przeciwko Francji, nr C-51/08, Komisja przeciwko Luksemburgowi, nr C-53/08, Komisja przeciwko Austrii, nr C-54/08, Komisja przeciwko Niemcom, oraz nr C-61/08, Komisja przeciwko Grecji, a także z dnia 10 września 2015 r., nr C-151/14, Komisja przeciwko Łotwie).

Konkluzji stawianych przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie zmienia fakt, że prawodawstwo unijne uwzględnia szczególny status notariusza na tle wolnych zawodów prawniczych, o czym świadczą m.in. motywy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/55/UE z dnia 20 listopada 2013 r. zmieniającej dyrektywę 2005/36/WE w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych i rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 w sprawie współpracy administracyjnej za pośrednictwem systemu wymiany informacji na rynku wewnętrznym („rozporządzenie w sprawie IMI”), a zwłaszcza motyw 3, wskazujący, że notariusze powinni być wyłączeni z zakresu stosowania dyrektywy 2005/36/WE z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych (Dz.Urz. WE L 255, s. 22), ze względu na szczególne i różniące się od siebie systemy dotyczące dostępu do zawodu i jego wykonywania mające do nich zastosowanie w poszczególnych państwach członkowskich (por. art. 1 ust. 4 dyrektywy 2005/36/WE).

Na koniec należy jeszcze powrócić do okoliczności sprawy, w której powstało rozstrzygane zagadnienie prawne, i podkreślić, że uznanie notariusza za prowadzącego we własnym imieniu działalność zawodową w rozumieniu art. 43¹ k.c. uzasadnia przyznanie mu zdolności upadłościowej jako przedsiębiorcy (art. 5 ust. 1 Pr.upadł.). Trzeba przy tym zwrócić uwagę na zestawienie art. 5 i 491¹ Pr.upadł., prowadzące do wniosku, że w przypadku osób fizycznych zdolność upadłościowa ma charakter powszechny, a różnice sprowadzają się do trybu, w jakim wobec konkretnej osoby jest prowadzone postępowanie upadłościowe.

W przepisach Prawa upadłościowego położono główny nacisk na regulacje dotyczące upadłości przedsiębiorców i podmiotów z nimi zrównanych, natomiast postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych, do których nie mają zastosowania przepisy działu II tytułu I części pierwszej, jest jednym z odrębnych postępowań upadłościowych (tzw. upadłość konsumencka). Pytanie o zdolność upadłościową notariusza jest zatem pytaniem nie o to, czy osoba będąca notariuszem może ogłosić upadłość, ale o to, czy może ogłosić upadłość jako przedsiębiorca, czy jako osoba, o której mowa w art. 491¹ Pr.upadł. Odpowiedź na to pytanie zależy od statusu podmiotu, który ma być objęty postępowaniem upadłościowym, a nie od tego, czy jego długi wiążą się z działalnością gospodarczą lub zawodową. Inaczej mówiąc, postępowanie upadłościowe wobec przedsiębiorcy toczy się według reguł ogólnych, choćby zadłużenie powstało poza sferą jego aktywności jako przedsiębiorcy, nie ma zatem oparcia głoszony w piśmiennictwie pogląd, że notariusz – mimo statusu przedsiębiorcy w rozumieniu art. 43¹ k.c. – nie ma zdolności upadłościowej.

Należy przy tym mieć na względzie, że zgodnie z art. 5 ust. 2 pkt 3 Pr.upadł. zdolność upadłościową według zasad ogólnych mają także niebędący przedsiębiorcami wspólnicy spółki partnerskiej, którymi mogą być również notariusze (art. 4 § 3 Pr.not. w związku z art. 88 k.s.h.). Koncepcja, w której postępowanie upadłościowe wobec notariusza będącego wspólnikiem spółki partnerskiej miałyby się toczyć według reguł przewidzianych dla przedsiębiorców, podczas gdy wobec notariusza prowadzącego indywidualną kancelarię możliwe byłoby jedynie ogłoszenie, na jego wniosek, upadłości konsumenckiej, jest rażąco niespójna.

Przyjęcie, że notariusz ma zdolność upadłościową jako przedsiębiorca prowadzący działalność zawodową w rozumieniu art. 43¹ k.c. nie oznacza oczywiście niedostrzeżenia przez Sąd Najwyższy trudności, jakie na skutek braku w Prawie o notariacie odpowiednich unormowań ustrojowych – znanych w innych krajach notariatu łacińskiego (np. Niemcy, Austria lub Francja) - mogą powstać w związku z wszczęciem postępowania upadłościowego wobec notariusza. Te trudności i braki nie są zresztą charakterystyczne wyłącznie dla notariusza, lecz w różnym stopniu odnoszą się także do upadłości innych osób wykonujących wolne zawody, w tym inne niż zawody prawnicze. Ich świadomość nie może jednak

negować albo korygować wniosków dotyczących statusu notariusza jako przedsiębiorcy i jego zdolności upadłościowej, lecz stanowić wyraźny sygnał dla ustawodawcy wskazujący na potrzebę dokonania stosownych zmian w prawie.

W konsekwencji Sąd Najwyższy podjął uchwałę, jak na wstępie, zastrzegając, że uznanie notariusza za przedsiębiorcę i posiadanie przez niego zdolności upadłościowej (art. 5 ust. 1 Pr.upadł.) nie przesądza zasadności – zarówno *in abstracto*, jak i w konkretnych okolicznościach niniejszej sprawy – wniosku wierzyciela opartego na art. 373 Pr.upadł. Ocena i decyzja w tej kwestii należy do Sądów *meriti*.

kc

eb