

Notariusz jako wspólnik spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

1. Pozycja prawna notariusza – wspólnika spółki prawa handlowego – na tle ustawy Prawo o notariacie

1.1. Przepisy ustawy – Prawo o notariacie

Problematyka pozazawodowego uczestnictwa notariusza w spółce prawa handlowego, w szczególności w spółce kapitałowej, nie została w sposób odrębny uregulowana ustawowo. Jedynie w ogólności podejmowanie przez notariusza zatrudnienia lub zajęcia unormowane jest w **art. 19 ustawy z 14.02.1991 r. – Prawo o notariacie**¹, który nie uległ zmianie od dnia wejścia w życie ustawy, tj. od 22.04.1991 r., pomimo około 40 zmian ustawy. Zgodnie z tym przepisem notariusz nie może podejmować zatrudnienia bez uzyskania uprzedniej zgody rady właściwej izby notarialnej, z wyjątkiem zatrudnienia w charakterze pracownika naukowo-dydaktycznego, dydaktycznego lub naukowego, chyba że wykonywanie tego zatrudnienia przeszkadza w pełnieniu jego obowiązków (§ 1). Notariuszowi nie wolno także podejmować zajęcia, które by przeszkadzało w pełnieniu obowiązków albo mogło uchybiać powadze wykonywanego zawodu. Nie wolno mu w szczególności zajmować się handlem, przemysłem, pośrednictwem i doradztwem w interesach (§ 2). O zamiarze podjęcia zatrudnienia lub zajęcia notariusz jest obowiązany zawiadomić prezesa rady właściwej izby notarialnej. Rada rozstrzyga, czy podjęcie zatrudnienia lub zajęcia nie uchybia obowiązkowi notariusza albo powadze wykonywanego zawodu. Jeżeli rada nie wyrazi zgody na zatrudnienie lub zajęcie, o którym mowa w § 1 i 2, sprawę, na wniosek notariusza, rozstrzyga Krajowa Rada Notarialna, której decyzja jest ostateczna (§ 3).

Obecnie brzmienie art. 19 Ustawy pr. not. stanowi wyraźne nawiązanie do uprzednio obowiązujących przepisów regulujących działalność notariatu, tj.:

* Dr hab. prawa, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

¹ Tekst jedn.: Dz.U. 2014 r., poz. 164 z późn. zm. (dalej: pr. not.).

- ustawy z 24.05.1989 r. – Prawo o notariacie² (art. 21);
- ustawy z 25.05.1951 r. – Prawo o notariacie³ (art. 17);
- rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Prawo o notariacie⁴ (art. 15–17).

Z art. 19 pr. not. wynika, że notariusz może, bez żadnych dodatkowych formalnych warunków prawnych, podejmować zatrudnienie w charakterze pracownika naukowo-dydaktycznego, dydaktycznego lub naukowego (chyba że wykonywanie tego zatrudnienia przeszkadza w pełnieniu jego obowiązków). Z drugiej strony istnieje bezwzględny zakaz zajmowania się handlem, przemysłem, pośrednictwem i doradztwem w interesach, z możliwością uchylenia tego zakazu przez zgodę rady właściwej izby notarialnej (względnie w postępowaniu odwoławczym – zgody Krajowej Rady Notarialnej). Natomiast w przypadku zamiaru podjęcia każdego innego zatrudnienia lub zajęcia notariusz zobowiązany jest do kumulatywnego spełnienia dwóch warunków ustawowych: zawiadomienia prezesa rady właściwej izby notarialnej o zamiarze podjęcia zatrudnienia lub zajęcia oraz uzyskania zgody rady właściwej izby notarialnej (względnie w postępowaniu odwoławczym – zgody Krajowej Rady Notarialnej).

W toku postępowania organów notariatu wskazanych w art. 19 § 3 pr. not. kluczowym problemem staje się stwierdzenie, czy podjęcie zatrudnienia lub zajęcia nie uchybia obowiązkowi notariusza albo powadze wykonywanego zawodu. Zdaniem Sądu Najwyższego kryteria tego rodzaju oceny nie zostały określone w art. 19 § 2 pr. not., „a zatem w tym zakresie organy dyscyplinarne dysponują szerokim zakresem swobodnego uznania”⁵. Pojawia się jednak pytanie, czy art. 19 pr. not. w ogóle znajduje zastosowanie także w przypadku zamiaru objęcia lub nabycia przez notariusza udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością.

1.1.1. Podjęcie zatrudnienia bądź zajęcia

W pierwszej kolejności należy zatem ustalić, czy uczestnictwo notariusza w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością można zaliczyć do kategorii „podjęcia zatrudnienia bądź zajęcia”.

² Dz.U. Nr 33, poz. 176 z późn. zm

³ Dz.U. 1963, nr 19, poz. 106 z późn. zm

⁴ Dz.U. Nr 84, poz. 609.

⁵ Postanowienie Sadu Najwyższego z 12.03.2013 r., SDI 3/13, LEX nr 1418779.

Ustawa Prawo o notariacie nie daje wprost odpowiedzi na pytanie, czy objęcie lub nabycie udziałów w handlowej spółce kapitałowej należy zaliczyć do wspomnianej kategorii. Jak stwierdzają A. Demuth i K. Ziemiński, pod pojęciem „**zatrudnienia**” w rozumieniu art. 19 pr. not. „należy rozumieć nie tylko zatrudnienie na podstawie umowy o pracę, ale także podejmowanie jakiegokolwiek innego zajęcia o charakterze zarobkowym, np. świadczenie usług na podstawie umowy zlecenia lub prowadzenie działalności gospodarczej innego rodzaju na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej”⁶.

Z postanowienia Sądu Najwyższego z 12.03.2013 r. wynika jednak, że **członkostwo w spółce cywilnej** stanowi „zajęcie, które może uchybiać powadze wykonywanego zawodu” i w ten sposób narusza art. 19§ 2 pr. not.⁷ Zdaniem sądu, nawet jeżeli spółka faktycznie nie wykonywała działalności gospodarczej, to w każdej chwili mogła ją podjąć zgodnie ze swoim przeznaczeniem⁸.

1.1.2. Przeszkoda w pełnieniu obowiązków albo możliwość uchybienia powadze wykonywanego zawodu

Następnie należy ustalić, czy **uczestnictwo notariusza w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością może przeszkadzać w pełnieniu obowiązków albo może uchybiać powadze wykonywanego zawodu.**

Ustawa Prawo o notariacie nie odnosi się do tego zagadnienia. W wyroku z 11.09.2012 r. Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie stwierdził, że organ musi ocenić, czy okoliczności związane z przyszłym dodatkowym zatrudnieniem (zajęciem) notariusza wskazują, że będzie ono prowadzić do uchybienia jego obowiązkom lub naruszać powagę zawodu notariusza. Aby decyzja w przedmiocie odmowy nie była dotknięta dowolnością, nie wystarczy samo stwierdzenie, że występuje kolizja między dodatkowym zatrudnieniem a obowiązkami notariusza lub powagą zawodu notariusza. Organ musi szczegółowo uzasadnić, na czym kolizja polega. W przypadku, gdy podstawą odmowy na dodatkowe zatrudnienie jest uchybienie powadze zawodu, „ocena jest bardzo trudna, bowiem brak jest wzorca *powagi zawodu*, zatem trudno ustalić, co

⁶ A. Demuth, K. Ziemiński, *Dopuszczalność powołania sędziego na stanowisko notariusza*, „Rejent” 1997, nr 9, s. 73.

⁷ SDI 3/13...

⁸ W sprawie przedmiotem działalności spółki cywilnej był wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub wdzierżawionymi.

uchybia powadze zawodu”. Pojęcie „**powaga zawodu**” jest „pojęciem niedookreślonym i posługiwanie się nim przy podejmowaniu decyzji o odmowie na dodatkowe zatrudnienie musi być niezwykle ostrożne”⁹.

1.1.3. Zajmowanie się handlem, przemysłem, pośrednictwem lub doradztwem w interesach

Należy również odpowiedzieć na pytanie, czy **uczestnictwo notariusza w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością można uznać za „zajmowanie się handlem, przemysłem, pośrednictwem lub doradztwem w interesach”**.

W wyroku z 16.11.2010 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie¹⁰ stwierdził tylko, że art. 19 § 2 pr. not. zawiera określenia „**niedozwolonych zajęć dla notariusza**” i wyjaśnił, iż synonimem:

- „**pośrednictwa**” – jest „działanie za pośrednictwem kogoś lub czegoś”;
- „**doradztwa**”, „**doradztwa w interesach**” – jest konsulting, czyli umowa zawierana pomiędzy klientem (podmiotem zlecającym czynności doradcze, zamawiającym konsultację lub ekspertyzę) i konsultantem jako osobą niezależną i wykwalifikowaną w zakresie rozporządzania i rozwiązywania problemów związanych z organizacją, metodami i procedurami prowadzenia działalności gospodarczej przez klienta.

1.2. Status zawodowy notariusza

Ponieważ przepisy ustawy Prawo o notariacie, jak również doktryna i orzecznictwo nie odnoszą się wprost do kwestii uczestnictwo notariusza w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, konieczne staje się zbadanie zagadnienia, poczynając od sprecyzowania statutu zawodowego notariusza

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 6.03.2012 r.¹¹ stwierdził, że **samorząd zawodowy** jest jedną z podstawowych form decentralizacji rzeczowej¹², która polega na ustawowym powierzeniu zadań publicznych innym niż państwo i samorząd terytorialny podmiotom administrującym, co jest połączone z przy-

⁹ II GSK 1089/11, LEX, nr 1229769.

¹⁰ VI SA/Wa 1570/10, LEX, nr 794430. Sprawa dotyczyła zatrudnienia aplikantki notarialnej na stanowisku szefa Biura Zarządu sp. z o.o.

¹¹ K 15/08, Dz.U. poz. 297.

¹² P. Sarnecki, Komentarz do art. 17, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 1.

znaniem samodzielności w zakresie wykonywania takich zadań. Podstawowe zadanie publiczne, jakie ma do zrealizowania samorząd zawodowy zawodów zaufania publicznego, zostało określone w art. 17 ust. 1 Konstytucji. Jest nim „sprawowanie pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu” w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony¹³. Zadanie to ma bardzo szeroki zakres, na który składają się różne zadania reglamentacyjne, kontrolne i nadzorcze wykonywane przez organy samorządu zawodowego nad członkami korporacji zawodowej (osobne zadania publiczne)¹⁴.

Z kolei zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 18.02.2004 r.¹⁵ art. 17 ust. 1 Konstytucji po pierwsze, precyzuje cel i granice sprawowanej „pieczy nad (...) wykonywaniem zawodów”. Cel ten to przestrzeganie właściwej jakości – w sensie merytorycznym i prawnym – czynności składających się na „wykonywanie zawodów”. Stan „docelowy” ustawodawca konstytucyjny określił zwrotem: „należyte wykonywanie zawodu”. Po wtóre, art. 17 ust. 1 Konstytucji wyznacza ramy i ukierunkowanie sprawowanej „pieczy”. Ramy te determinuje „interes publiczny”. Sprawowana piecza służyć winna – mocą postanowienia konstytucyjnego – ochronie tego interesu. Każde działanie samorządu zawodowego w zakresie „sprawowania pieczy” podlega zatem konstytucyjnie ukierunkowanej ocenie, dokonywanej z punktu widzenia interesu publicznego i nakierowania na jego ochronę. Następnie w ocenie Trybunału Konstytucyjnego wyrażonej w wyroku z 6.03.2012 r.¹⁶ zakres „pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu zaufania publicznego” powinien być rozumiany szeroko. Może on obejmować w szczególności dokonywanie czynności związanych z władczym decydowaniem lub współdecydowaniem o dopuszczeniu do wykonywania zawodu, ustaleniem zasad etyki (deontologii) zawodowej, orzecznictwem dyscyplinarnym w sprawach odpowiedzialności za postępowanie sprzeczne z prawem, zasadami etyki lub godności zawodu bądź za naruszenie obowiązków zawodowych¹⁷. Obejmuje ono te wszelkie działania,

¹³ M. Tabernačka, *Zakres wykonywania zadań publicznych przez organy samorządów zawodowych*, Wrocław 2007, s. 111.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ P 21/02, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy 2004, nr 2/A, poz. 9.

¹⁶ K 15/08...

¹⁷ H. Izdebski, *Sprawowanie pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu przez samorzady zawodowe*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu*, red. S. Legat, M. Lipińska, Warszawa 2002, s. 35.

które mają gwarantować właściwą jakość – w sensie merytorycznym i prawnym – czynności składających się na „wykonywanie zawodu” i które zmierzają do realizacji nakazu optymalizacyjnego w postaci „należytego wykonywania zawodu”¹⁸.

Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 10.12.2003 r.¹⁹, **pozycja notariusza** różni się niewątpliwie od podmiotów świadczących typowe usługi prawnicze – adwokatów, radców prawnych czy doradców podatkowych. Notariusz jest nie tylko osobą zaufania publicznego, ale pełni jednocześnie funkcje pomocnicze w stosunku do wymiaru sprawiedliwości. Z punktu widzenia przepisów prawno-karnych jest traktowany jako funkcjonariusz publiczny²⁰ i korzysta z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym (art. 2 § 1 pr. not.). W przeciwieństwie do przedstawicieli wolnych zawodów prawnych (adwokatów czy radców prawnych) świadczących swoim klientom usługi prawne – działa na rzecz nie tylko określonego podmiotu, ale musi równoważyć interesy wszystkich stron czynności notarialnej²¹. Zgodnie bowiem z art. 80 § 2 pr. not. ma obowiązek czuwania nad należytym zabezpieczeniem praw i słusznym interesów stron i innych osób, dla których z czynności notarialnych mogą wynikać określone skutki prawne. Tym samym **notariusz nie jest świadczącym określone usługi prawne wolnym zawodem prawniczym, a raczej szczególnego rodzaju funkcjonariuszem publicznym powiązanim organizacyjnie z wymiarem sprawiedliwości**²². Innymi słowy, notariuszom przyznano status przedstawicieli władzy publicznej, na których ciążyą obowiązki wykonywania określonych czynności urzędowych²³.

Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z 12.03.2013 r. zawód notariusza jest zawodem zaufania publicznego (art. 2 § 1 pr. not.) i osoba wykonująca tę profesję zobowiązana jest respektować **najwyższe standardy etyczne** i być poza wszelkim podejrzeniem co do swojej bezstronności, co uprawnia do sankcjonowania wszelkich zachowań, stwarzających choćby **ryzyko pod-**

¹⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18.02.2004 r., P 21/02...

¹⁹ K 49/01, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Zbiór Urzędowy 2003, nr 9/A, poz. 101.

²⁰ Art. 115 § 13 pkt 3 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm).

²¹ Zob. zdanie odrębne sędziego Bohdana Zdziennickiego do uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 10.12.2003 r., K 49/01...

²² Ibidem.

²³ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 17.12.2008 r., Ts 255/07, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Zbiór Urzędowy 2008, nr 6/B, poz. 233.

ważania tego zaufania²⁴. Powyższa konkluzja może stanowić podstawową wytyczną w ocenie analizowanego problemu.

1.3. Prawo o ustroju sądów powszechnych

Ustawy regulujące **inne zawody prawnicze** zawierają bardziej szczegółowe, niż prawo o notariacie, normy regulujące problematykę dodatkowego zatrudnienia.

Zgodnie z dość ogólnym brzemieniem art. 86 § 1 i 2 Ustawy z 27.07.2001 r. – **Prawo o ustroju sądów powszechnych**²⁵ sędzia nie może podejmować dodatkowego zatrudnienia, z wyjątkiem zatrudnienia na stanowisku dydaktycznym, naukowo-dydaktycznym lub naukowym w łącznym wymiarze nieprzekraczającym pełnego wymiaru czasu pracy pracowników zatrudnionych na tych stanowiskach, jeżeli wykonywanie tego zatrudnienia nie przeszkadza w pełnieniu obowiązków sędziego. Sędziemu nie wolno także podejmować innego zajęcia ani sposobu zarobkowania, które przeszkadzałyby w pełnieniu obowiązków sędziego, mogło osłabiać zaufanie do jego bezstronności lub przynieść ujmę godności urzędu sędziego. Następnie jednak w art. 86 § 3 ustawy enumeratywnie wymieniono zakazy odnośnie do szczególnych aktywności sędziego, wskazując iż nie może on:

- 1) być członkiem zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej spółki prawa handlowego;
- 2) być członkiem zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej spółdzielni;
- 3) być członkiem zarządu fundacji prowadzącej działalność gospodarczą;
- 4) posiadać w spółce prawa handlowego więcej niż 10% akcji lub udziały przedstawiające więcej niż 10% kapitału zakładowego;
- 5) prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem bądź pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności²⁶.

Należy jednak podkreślić, że w obowiązującej do 1.10.2001 r. Ustawie z 20.06.1985 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych²⁷, problematyka powyższa uregulowana była w art. 68 w sposób ogólniejszy, analogiczny do obec-

²⁴ SDI 3/13...

²⁵ Tekst jedn.: Dz.U. 2013, poz. 427 z późn. zm

²⁶ Art. 86 § 4-6 ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych reguluje procedurę uzyskiwania przez sędziego zgody na dodatkowe zatrudnienie lub zajęcie.

²⁷ Tekst jedn.: Dz.U. 1994, nr 7, poz. 25 z późn. zm

nego brzmienia art. 86 § 1 i 2 Ustawy z 27.07.2001 r., nie zawierając dziś określonej w przepisach egzemplifikacji zakazów²⁸. Pomimo to na gruncie ustawy z 1985 r. w **wyroku z 17.03.2005 r. Sąd Najwyższy** stwierdził, że ustawa ta „nie zakazywała wprost bycia pełnomocnikiem przy prowadzeniu działalności wydawniczej, nie oznaczało, iż zachowanie takie nie stanowiło przewinienia dyscyplinarnego także w czasie jej obowiązywania”²⁹. Sąd Najwyższy uznał, miało miejsce „**podejmowanie się zajęcia**”, które mogło osłabić zaufanie do bezstronności sędziego i przynieść ujmę godności urzędu sędziego poprzez faktyczne zarządzanie działalnością gospodarczą spółki z o.o. Sąd stwierdził także, że „Niewątpliwie, wykorzystywanie stanowiska służbowego sędziego do prywatnych celów, do wspierania interesów kolegów, zaangażowanie przez kilka lat w działalność gospodarczą, to przewinienia, które dyskwalifikują każdego sędziego”. Zdaniem Sądu o prawidłowości takiego wniosku świadczą m.in. następujące ustalenia: sędzia przyjął tytuł „Kanclerza Honorowego” i udzielił pełnomocnictwa do czynności związanych z działalnością gospodarczą i finansową uczelni nowo powołanemu dyrektorowi generalnemu (swojej siostrzenicy) jedynie dla ukrycia swej faktycznie sprawowanej funkcji zarządcy uczelni; dysponował w spółce odpowiednim gabinetem, faktycznie spółką zarządzał; zrzeczenie się pełnomocnictwa dokonane było dla pozoru.

1.4. Ustawa o prokuraturze

Podobnie do obecnego brzmienia ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, szczegółowo kwestie zakazów w podejmowaniu dodatkowego zatrudnienia reguluje **Ustawa z 20.06.1985 r. o prokuraturze**³⁰. Zgodnie z art. 49 ust. 1 i 2 Ustawy prokurator nie może podejmować dodatkowego zatrudnienia, z wy-

²⁸ Art. 86. § 1. Sędzia sądu rejonowego oraz sędzia sądu okręgowego nie może podejmować dodatkowego zatrudnienia bez uzyskania uprzedniej zgody prezesa właściwego sądu okręgowego, a prezes sądu okręgowego – bez uzyskania zgody Ministra Sprawiedliwości, z wyjątkiem zatrudnienia na stanowisku naukowo-dydaktycznym, dydaktycznym lub naukowym, jeżeli wykonywanie tego zatrudnienia nie przeszkadza w pełnieniu obowiązków sędziego. § 2. Sędziemu nie wolno także podejmować innego zajęcia, które by przeszkadzało w pełnieniu obowiązków sędziego albo mogło uchybiać jego godności lub zachwiać zaufanie do jego bezstronności.

²⁹ SNO 4/05, LEX nr 376449. W sprawie chodziło m.in. o pełnienie przez sędziego funkcji kanclerza Europejskiej Wyższej Szkoły Prawa i Administracji, faktyczne zarządzanie działalnością gospodarczą Centrum Informacji Prawno-Finansowej spółki z o.o., pełnienie funkcji pełnomocnika tej spółki z o.o.

³⁰ Tekst jedn.: Dz.U. 2011, nr 270, poz. 1599 z późn. zm

jątkiem zatrudnienia na stanowisku dydaktycznym, naukowo-dydaktycznym lub naukowym w łącznym wymiarze nieprzekraczającym pełnego wymiaru czasu pracy pracowników zatrudnionych na tych stanowiskach, jeżeli wykonywanie tego zatrudnienia nie przeszkadza w pełnieniu obowiązków prokuratora. Prokuratorowi nie wolno także podejmować innego zajęcia ani sposobu zarobkowania, które by przeszkadzało w pełnieniu obowiązków prokuratora, mogło osłabiać zaufanie do jego bezstronności lub przynieść ujmę godności urzędu prokuratora. Dodatkowo art. 49 ust. 3 stwierdza, że prokurator nie może:

- 1) być członkiem zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej spółki prawa handlowego;
- 2) być członkiem zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej spółdzielni;
- 3) być członkiem zarządu fundacji prowadzącej działalność gospodarczą;
- 4) posiadać w spółce prawa handlowego więcej niż 10% akcji lub udziały przedstawiające więcej niż 10% kapitału zakładowego;
- 5) prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem bądź pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności³¹.

Powyższe brzmienie przepisu wynika **ze zmiany art. 49 Ustawy o prokuraturze, dokonanej z dniem 1.10.2001 r.** na podstawie art. 185 pkt 9 Ustawy z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych. Poprzednie brzmienie przepisu było znacząco bardziej ogólne, w szczególności nie zawierało żadnych odniesień do uczestnictwa w spółkach prawa handlowego³². Ten stan rzeczy pozwala na wysunięcie pewnych wniosków, które można wykorzystać na rzecz interpretacji art. 19 pr. not., uregulowanego podobnie do pierwotnego brzmienia art. 49 Ustawy o prokuraturze. Można bowiem postawić pytanie o zakres przedmiotowych zakazów objętych **pierwotnym brzmieniem** art. 49 ustawy o prokuraturze, z uwzględnieniem stanowiska doktryny i orzecznictwa.

³¹ Art. 49 ust. 4–6 Ustawy o prokuraturze reguluje procedurę uzyskiwania przez prokuratora zgody na dodatkowe zatrudnienie lub zajęcie.

³² Do dnia 1.10.2001 r. prokuratorowi nie było wolno obok piastowanego stanowiska zajmować żadnego innego, z wyjątkiem stanowiska pracownika naukowo-dydaktycznego, dydaktycznego lub naukowego, jeżeli zajmowanie takiego stanowiska nie przeszkadza w pełnieniu obowiązków prokuratora. Prokurator nie mógł też wykonywać zajęć, które by przeszkadzały mu w pełnieniu obowiązków prokuratora albo mogły uchybiać godności jego urzędu lub podważać zaufanie do jego bezstronności.

Zgodnie z **uchwałą składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z 10.11.2004 r.** w stanie prawnym obowiązującym przed dniem 1.10.2001 r., prokuratorowi w stanie spoczynku **nie wolno było zajmować żadnego innego stanowiska z wyjątkiem pracownika naukowo-dydaktycznego, dydaktycznego lub naukowego** (art. 49 ust. 1 w związku z art. 49c ustawy o prokuraturze)³³. Uchwała była odpowiedzią na postawione zagadnienie prawne m.in. o następującej treści: czy w razie gdy wykonywanie zajęć przez prokuratora w stanie spoczynku nie uchybia godności jego urzędu lub nie podważa zaufania do jego bezstronności (art. 49 ust. 2 ustawy o prokuraturze), właściwy prokurator może udzielić zezwolenia na wykonywanie tych zajęć. Z treści uzasadnienia uchwały wynikają następujące wnioski istotne dla rozważań odnośnie do znaczenia pojęć użytych w art. 19 pr. not.:

- pod pojęciem „zatrudnienia” należy rozumieć wyłącznie nawiązanie stosunku pracy;
- po pojęciem „podejmowania zajęć” należy rozumieć działania nie będące pozostawaniem w stosunku pracy;
- wyrażenie „udziela zezwolenia na wykonywanie innych zajęć” nie może być rozumiane jako norma, z której wypływa dla właściwego podmioty nakaz „udzielenia zezwolenia”, gdy zajęcia te nie przeszkadzają w pełnieniu obowiązków, nie uchybiają godności urzędu lub nie podważają zaufania do bezstronności. Tak skonstruowany przepis stanowi normę kompetencyjną, tzn. określa właściwość organu do udzielenia zezwolenia, nie reguluje natomiast sprawy merytorycznych przesłanek udzielenia lub nieudzielenia zezwolenia (zgody) na wykonywanie tych „innych zajęć”.

Podobne zapatrywanie wyraził Sąd Najwyższy w **postanowieniu z 6.04.2001 r.**³⁴ W glosie do postanowienia M. Sękara stwierdza, że w art. 49 ust. 3 Ustawy o prokuraturze „w celu usunięcia mogących się pojawić w procesie interpretacji wątpliwości ustawodawca zdecydował się na bezpośrednie wskazanie konkretnych rodzajów dodatkowej aktywności zawodowej, w stosunku do których (analogicznie jak w przypadku występującej w ust. 1 kategorii „dodatkowego zatrudnienia”) w sposób bezwarunkowy została wyłączona

³³ Uchwała składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z 10.11.2004 r., I PZP 3/04, OSNAPiUS 2005, nr 18, poz. 279, s. 818. W sprawie chodziło o możliwość zatrudnienia w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich.

³⁴ III SZ 2/01, Orzecnictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych 2002, nr 8, poz. 197, s. 378.

jakakolwiek możliwość uzyskania zezwolenia na ich jednoczesne wykonywanie³⁵.

1.5. Pojęcia niedookreślone i nieostre w brzmieniu art. 19 pr. not.

Szereg pojęć zawartych w art. 19 pr. not. **można zaliczyć do pojęć zwanych „niedookreślonymi”, bądź „nieostrymi”**³⁶. O ile pojęcie „zatrudnienia” można pojmować wąsko w ujęciu nadanym mu przez prawo pracy, o tyle brak jest jednoznacznej interpretacji – w przepisach, orzecznictwie czy w doktrynie – dla określeń składających się na sformułowania:

- *podejmowanie zajęcia*, które *przeszkadza* w pełnieniu obowiązków albo *może uchybiać* powadze wykonywanego zawodu;
- *zakaz zajmowania się handlem, przemysłem, pośrednictwem i doradztwem w interesach*.

W procesie wykładni prawa używanie zwrotów niedookreślonych i nieostrych uznawane jest za środek dostosowywania decyzji prawnych w sposób adekwatny do wszystkich indywidualnych cech konkretnych sytuacji (również w odległej przyszłości)³⁷. W wyroku z 16.01.2006 r. Trybunał Konstytucyjny przyjął, że „posługiwanie się przez ustawodawcę pojęciami ogólnymi – oznaczające konieczność nadawania im konkretnej treści przez organ stosujący prawo – jest nieodzowne w wypadkach, gdy stosowanie określonej instytucji prawnej oparte jest na kryteriach ocennych. Brak definicji takich pojęć spowodowany jest zazwyczaj tym, że dla dokonania konkretnych ocen brane jest pod uwagę wiele okoliczności, które różnić się będą w zależności od sprawy, a ujęcie ich w sposób ogólny i wyczerpujący musiałyby powadzić do nadmiernej kazuistyki przepisów prawa, co w istocie zaprzeczałoby ich abstrakcyjnemu charakterowi”³⁸.

³⁵ M. Sękara, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 6 kwietnia 2001 r., sygn. III SZ 2/01*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 1, s. 110–111.

³⁶ Przez niedookreśloność jakiegoś zwrotu rozumie się to, iż jakiś zwrot będący nazwą ma nieokreśloną, niewyraźną treść, zaś nieostrość nazw polega na tym, że mimo zapoznania się z cechami danych przedmiotów nie o każdym potrafimy orzec, czy jest on, czy nie jest desygnatem określonej nazwy, zatem czy wchodzi do jej aktualnego zakresu, czy nie wchodzi (M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 172, 174).

³⁷ Jednocześnie należy odróżnić tego rodzaju zwroty od zwrotów wieloznacznych (M. Zieliński, *Wykładnia...*, op.cit., s. 170).

³⁸ SK 30/05, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, zbiór urzędowy, seria A, 2006, nr 1, poz. 2 – pkt 4.1.

Istotne jest, że w wyroku z 20.11.1990 r. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że „zastosowanie pojęcia nieostrego wymaga wskazania nie tylko jego uwarunkowań zewnętrznych wynikających z chronionych wartości zawartych w całym systemie prawa (w tym w szczególności w Konstytucji), ale i jego uwarunkowań wynikających z wartości i zasad leżących u podstaw aktu normatywnego, w którym zastosowano dane pojęcie nieostre. Dopiero wtedy dokonana ocena szczegółowo ustalonych okoliczności sprawy nie nosi cech dowolności i mieści się w ramach dopuszczalnego stosowania pojęcia nieostrego”³⁹. W doktrynie podkreśla się, że jeśli ustawodawca posługuje się pojęciem nieostrem, oznacza to, że obejmuje regulacją pewną kategorię sytuacji, nie będąc w stanie lub nie chcąc opisywać ich w sposób precyzyjny, nadanie zaś odpowiedniego sensu pojęciu nieostremu pozostawia się podmiotom stosującym prawo, co pozwala na elastyczne stosowanie prawa w zależności od zmieniających się okoliczności (warunków społecznych, technicznych i in.), systemu wartości oraz realizowanej polityki⁴⁰. Zatem kategorie wcześniej wskazane w brzmieniu art. 19 pr. not. jako niedookreślone bądź nieostre w języku prawnym, można uznać zazwyczaj za odesłanie pozajurudyczne w tym sensie, że ich treść nie jest wyznaczona przez przepis prawny a podmiot podejmujący działanie z upoważnienia ustawy jest jednocześnie upoważniony do ustalenia treści kategorii⁴¹.

1.6. Indywidualne przesłanki stosowania art. 19 pr. not.

Przede wszystkim należy podkreślić, że Sąd Wojewódzki w Warszawie w wyroku z 16.11.2010 r.⁴², rozpatrując sprawę na gruncie art. 19 pr. not., stwierdził iż w przypadku występowania w przepisie pojęć ogólnych, niedookreślonych, trzeba ich znaczenie ustalić w odniesieniu do konkretnej indywidualnej sprawy. Zdaniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie⁴³ z art. 19 § 3 pr. not. wynika, że rada izby rozstrzyga, „czy podjęcie zatrudnienia

³⁹ II SA 759/90, Orzecznictwo Sądów Polskich 1991, z. 7–8, poz. 178, s. 344.

⁴⁰ A. Mednis, *Prawo do prywatności a interes publiczny*, Kraków 2006, s. 191–192. Zob. też: P.J. Suwaj, *Konflikt interesów w administracji publicznej*, Warszawa 2009, s. 29.

⁴¹ Zob. P.J. Suwaj, *Konflikt...*, s. 29–30.

⁴² VI SA/WA 1570/10...

⁴³ Wyrok z 14.07.2005 r., VI SA/WA 2075/04, LEX, nr 227653. W sprawie chodziło o zatrudnienie w charakterze rzecznika w Samorządowym Kolegium Odwoławczym. Zob. też postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Karna z 27.09.2006 r., SDI 18/06, niepubl., wydane w tej sprawie.

lub zajęcia nie uchybia obowiązkom notariusza albo powadze wykonywanego zawodu” oraz że takie sformułowanie oznacza, że „zgoda bądź odmowa zgody zależy od uznania organu”, aczkolwiek uznanie to nie zakłada dowolności, zwłaszcza wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego. Sąd podkreślił, że rozstrzygnięcie przez radę sprawy wymaga uzasadnienia „**dostatecznie zindywidualizowanymi przesłankami**”. Podobne stanowisko przedstawił Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 28.06.2010 r.⁴⁴ Dodać jednak należy, że w wyrokach z 26.02.2004 r.⁴⁵ i z 19.09.2012 r. Sąd Najwyższy⁴⁶ uznał, że Rada Izby Notarialnej, ani zwyczajne walne zgromadzenie notariuszy izby notarialnej – nie ma kompetencji do określenia w formie uchwały – zachowań notariuszy kwalifikowanych jako przewinienia dyscyplinarne, ponieważ wypowiedzanie się w sprawie zasad etyki zawodowej notariuszy należy do zakresu działalności Krajowej Rady Notarialnej zgodnie z art. 40 § 1 pkt 7 pr. not.

Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza z 12.12.1997 r.⁴⁷ w myśl wyroków Sądu Najwyższego z 19.09.2012 r.⁴⁸ i z 14.01.2010 r.⁴⁹, „należy do odrębnego porządku normatywnego (deontologicznego), lecz uzyskuje walor prawny w obszarze prawa powszechnie obowiązującego ze względu na przepis art. 40 § 1 pkt 7 Prawa o notariacie, stanowiący podstawę prawną jego wydania” (zgodnie z tym przepisem do zakresu działania Krajowej Rady Notarialnej należy wypowiedzanie się w sprawie zasad etyki zawodowej notariuszy). Kodeks ten jednakże nie odnosi się do kwestii będącej przedmiotem rozważań na temat możliwości uczestnictwa notariusza w spółce z o.o., poprzestając na ogólnym stwierdzeniu zawartym w pkt. 7, iż „Notariusz winien swą postawą

⁴⁴ VI SA/Wa 803/10, LEX, nr 644011. W sprawie chodziło o zatrudnienie na stanowisku windykatora w Biurze Obsługi Szkód Zagranicznych spółka akcyjna. Zob. też wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 11.09.2012 r., II GSK 1089/11..., wydany w tej sprawie.

⁴⁵ III SZ 2/03, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych 2004, nr 22, poz. 395, s. 1050.

⁴⁶ Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych, III ZS 8/12, niepubl.

⁴⁷ Uchwała Krajowej Rady Notarialnej nr 19/97 z późn. zm, tekst ujednoczony na dzień 31.10.2012 r., <http://www.rejent.poznan.pl/index.php/akty-prawne/60-kodeks-etyki-zawodowej>.

⁴⁸ III ZS 8/12...

⁴⁹ III ZS 4/09, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych 2011, nr 15–16, poz. 221, s. 692.

i działaniem dawać dobre świadectwo zawodowe oraz dbać o powagę, honor i godność zawodu”.

Z powyższego należy wprowadzić wniosek, że w każdym odrębnym przypadku **należy stosować kryteria indywidualnej oceny**, abstrahując od literalnego brzmienia tak ustawy Prawo o notariacie, jak i Kodeksu Etyki Zawodowej Notariusza. Brak we wspomnianych regulacjach wyraźnego odniesienia do obejmowania przez notariusza udziałów w spółce prawa handlowego o kapitałowym charakterze, co *explicite* przewidują ustawy regulujące status zawodowy sędziego i prokuratora, nie stanowi przeszkody dla udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy tego rodzaju działanie *ad casu* stanowi działanie sprzeczne z prawem. Można też bronić tezy, iż należy ponadto zrezygnować z wykładni gramatycznej Ustawy – Prawo o notariacie, która m.in. nie wskazuje katalogu działań stanowiących podjęcie zajęcia objętego konkretnym zakazem, na rzecz **wykładni celowościowej**, zmierzającej do ustalenia, jakimi względami kierował się ustawodawca, ustalając przepis, który w wersji co do istoty niezmienionej – istnieje w polskim porządku prawnym od 1933 r., nie ulegając zmianom zmierzającym w kierunku jego uszczegółowienia (jak np. wobec sędziów czy prokuratorów).

Należy podkreślić, że przedstawiciele doktryny zajmujący się analizą przepisów Ustawy – Prawo o notariacie, w ramach omawiania statusu notariusza, czy komentując art. 19 pr. not., nie rozpatrują możliwości i konsekwencji uczestnictwa notariusza w spółce prawa handlowego⁵⁰.

1.7. Wnioski

Należy przyjąć, że pod pojęciem „**podjęcia zajęcia**” w rozumieniu art. 19 § 2 pr. not. należy rozumieć **wszelkie aktywności notariusza, pozostające poza stosunkiem zatrudnienia**, które mogą przeszkadzać w pełnieniu obowiązków albo mogą uchybiać powadze wykonywanego zawodu. Zatem z kręgu desygnatów „podjęcia zajęcia” nie można wykluczyć w szczególności **obejmowania udziałów w handlowych spółkach kapitałowych**, w tym w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, zwłaszcza że inne akty prawne w systemie prawa polskiego, regulujące sposób wykonywania zawodów prawniczych wysokiego zaufania społecznego, uznają tego rodzaju działanie za **szczególną postać „podejmowania innego zajęcia”** (Prawo o ustroju sądów powszechnych, usta-

⁵⁰ Por. np.: A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz. Część I (art. 1–78)*, Warszawa 2011; W. Boć, *Status prawny notariusza*, Wrocław 2010; A. Redelbach, *Prawo o notariacie. Komentarz*, Toruń–Poznań 2002; P. Langowski, *Notariat*, Sopot 1998.

wa o prokuraturze). Zważyć jednak należy, że w myśl art. 19 § 2 pr. not., przesłanką konieczną zakazu podjęcia się zajęcia stanowiącego objęcie udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, jest wywołana tym **przeszkoda** w pełnieniu obowiązków albo możliwość **uchybiecia powadze** wykonywanego zawodu. Należałoby również określić, czy zachowanie danego notariusza *in casu* mogło stanowić wymienione w art. 19 § 2 zdanie 2 pr. not. zajmowanie się „handel, przemysłem, pośrednictwem, doradztwem w interesach”. Odpowiedź na to pytanie wymaga analizy kolejnych aktów prawnych.

2. Pozycja prawna notariusza – współnika spółki prawa handlowego – na tle innych ustaw

2.1. Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej

W świetle art. 4 Ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z 2.07.2004 r.⁵¹ przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Dodatkowo za przedsiębiorców uznaje się także współników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Z przepisów ustawy wynika zatem, że współnik spółki prawa handlowego, tj. spółki działającej w oparciu o Ustawę z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych⁵², nie jest uznawany za przedsiębiorcę. W doktrynie prawa spółek uznaje się współnika za podmiot odrębny od spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Ponadto z uwagi na aspekty teorii organów, nawet współnik piastujący funkcję członka organu reprezentującego spółkę, działa za spółkę, a nie w imieniu własnym (art. 38 kc).

Należy jednak zwrócić uwagę, że według niektórych przedstawicieli doktryny dla uznania danego podmiotu za przedsiębiorcę wystarczające jest uczestniczenie w działalności prowadzonej przez inny podmiot⁵³. W każdym wypadku dla zastosowania ustawy decydujące znaczenie ma **faktyczne uczestniczenie** w działalności gospodarczej⁵⁴. Pomimo tych stwierdzeń, na tle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej notariusz będąc współnikiem

⁵¹ Tekst jedn.: Dz.U. 2013, poz. 672 z późn. zm

⁵² Tekst jedn.: Dz.U. 2013, poz. 1030 z późn. zm

⁵³ Tak np. T. Knypl, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Sopot 1995, s. 100.

⁵⁴ Tak: J. Szwaja, [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, Warszawa 2006, s. 112.

spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zasadniczo nie może być **traktowany jako przedsiębiorca**.

2.2. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zgodnie z art. 2 Ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁵⁵ przedsiębiorcami są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności gospodarczej. Jednakże zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 27.04.2012 r.⁵⁶ „bycie wspólnikiem w spółce kapitałowej nie jest prowadzeniem działalności gospodarczej. Taką działalność prowadzi wtedy nie wspólnik, lecz właśnie sama spółka. Sam fakt założenia spółki, udzielenia jej licencji oraz wspomaganie jej działalności informacyjno-reklamowej w początkowym okresie nie jest uczestnictwem w działalności gospodarczej także w rozumieniu art. 2” Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem na tle Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji notariusz, będąc wspólnikiem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, **nie może być traktowany jako przedsiębiorca**.

2.3. Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym

Zgodnie z art. 2 pkt 1 Ustawy z 23.08.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym⁵⁷ przedsiębiorcami są „osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które prowadzą działalność gospodarczą lub zawodową, nawet jeżeli działalność ta nie ma charakteru zorganizowanego i ciągłego, a także osoby działające w ich imieniu lub na ich rzecz”. Pojęcie „osób działających na rzecz” wymienionych jednostek można utożsamiać z pojęciem tzw. działalności zależnej, z którą zdaniem M. Szydło mamy do czynienia wówczas, gdy podmiot ją wykonujący korzysta z cudzej podmiotowości prawnej i nie posiada – w ramach tych stosunków prawnych, w których uczestniczy – atrybutu samodzielnego w sensie prawnym podmiotu. Status ten m.in. odnosi się do: przedstawicieli ustawowych i pełnomocników, monokratycznych lub kolegialnych organów osób

⁵⁵ Tekst jedn.: Dz.U. 2003, nr 153, poz. 1503 z późn. zm.

⁵⁶ V CSK 211/11, LEX, nr 1214616. W sprawie chodziło o przedsiębiorcę zagranicznego, będącego jednoosobowym wspólnikiem polskiej spółki, działającej na terenie Polski.

⁵⁷ Dz.U. Nr 171, poz. 1206 z późn. zm.

prawnych lub organów handlowych spółek osobowych, wspólników spółek **osobowych i kapitałowych**⁵⁸.

Tak więc na tle Ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, notariusz będąc wspólnikiem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wyjątkowo **może być traktowany jako przedsiębiorca**.

3. Kodeks spółek handlowych

3.1. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – cel działalności i charakter prawny

Z punktu widzenia Ustawy – Prawo o notariacie i oceny pozycji notariusza – wspólnika spółki z o.o., istotne jest wskazanie niektórych cech tego rodzaju spółki, na tle Ustawy – Kodeks spółek handlowych z 15.09.2000 r. Zgodnie z art. 3 k.s.h. przez umowę spółki handlowej wspólnicy albo akcjonariusze zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu przez wniesienie wkładów oraz, jeżeli umowa albo statut spółki tak stanowi, przez współdziałanie w inny określony sposób. Pojęcie „osiągnięcia wspólnego celu” doprecyzowane jest w art. 151 k.s.h., ale zwłaszcza w umowie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Z art. 151 § 1 k.s.h. wynika, że spółka z o.o. może być utworzona **w każdym celu prawnie dopuszczalnym**, chyba że ustawa stanowi inaczej. Zatem w przeciwieństwie do spółek osobowych prawa handlowego, które zawsze prowadzą przedsiębiorstwo pod własną firmą (art. 8 § 2 k.s.h.), cel działania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie został zdeterminowany (ograniczony) przez przepisy kodeksu spółek handlowych.

W praktyce spółki z ograniczoną odpowiedzialnością realizują głównie cel gospodarczy, związany z prowadzeniem przedsiębiorstwa, aczkolwiek możliwa jest też działalność w celu *not for profit* albo *non profit* (realizacja celów idealnych). Utworzenie spółki w celu *non profit* oznacza jednak brak dochodów, a zatem konieczność finansowania ze źródeł zewnętrznych, np. z ciągłych wkładów lub dopłat ze strony wspólników, subwencji, darowizn itp.⁵⁹

W doktrynie przyjmuje się, że niezależnie od tego, że normatywny model spółki z o.o. ma charakter kapitałowy – z uwagi na niewielką liczbę uczestników, m.in. znaczenie *intuitus personae* zbliża tę spółkę charakterem prawnym

⁵⁸ M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 89–90.

⁵⁹ A. Koch, [w:] *Prawo spółek handlowych*, red. A. Koch, J. Napierała, Warszawa 2013, s. 264–265.

do spółek osobowych. Osoba wspólnika odgrywa tu istotną rolę, w szczególności, gdy spółka liczy tylko kilka osób. Z reguły wówczas tacy wspólnicy bądź zajmują się bezpośrednio sprawami spółki jako członkowie zarządu, bądź też zachowują przyznane im przez art. 212 k.s.h. prawo kontroli i przeglądania ksiąg oraz dokumentów spółki, a ponadto w drodze odpowiednich postanowień umowy, wspólnicy ci zapewniają sobie zazwyczaj możliwość **bezpośredniego wpływu na wszystkie ważniejsze decyzje w spółce**, w tym na wybór zarządu i podział zysku⁶⁰.

3.2. Wpływ wspólnika dysponującego większością kapitału zakładowego na działalność spółki z o.o.

W spółce kapitałowej, jaką jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, główne kompetencje władcze należą do wspólników, którzy w formie uchwał wspólników/zgromadzenia wspólników podejmują decyzje w sprawach należących do kategorii określanej w prawie spółek jako sprawy przekraczające zakres zwykłych czynności spółki. Z kolei zarząd, jako organ prowadzący sprawy spółki i ją reprezentujący, zobowiązany jest przede wszystkim do wykonywania uchwał podjętych przez wspólników, posiadając poza tym własne kompetencje o charakterze zarządczym. Jednocześnie art. 207 k.s.h. stanowi, że wobec spółki członkowie zarządu podlegają ograniczeniom ustanowionym w kodeksie oraz, jeżeli umowa spółki nie stanowi inaczej, w uchwałach wspólników. Dopuszczalne jest zwłaszcza wydawanie wiążących zaleceń zarządowi przez zgromadzenie wspólników w kwestiach związanych z prowadzeniem spraw spółki, co można wywodzić z brzmienia art. 219 § 2 k.s.h. w powiązaniu z unormowaniem zawartym w art. 375¹ k.s.h., dotyczącym spółki akcyjnej⁶¹.

Zgodnie z przepisami kodeksu spółek handlowych do **wyłącznej kompetencji wspólników** należą następujące sprawy:

- rozpatrzenie i zatwierdzenie sprawozdania zarządu z działalności spółki za ubiegły rok obrotowy (art. 228 pkt 1 i art. 231 § 1 pkt 1 k.s.h.);
- rozpatrzenie i zatwierdzenie sprawozdania finansowego za ubiegły rok obrotowy (art. 228 pkt 1 i art. 231 § 1 pkt 1 k.s.h.);
- udzielenie członkom organów spółki absolutorium z wykonania przez nich obowiązków (art. 228 pkt 1 i art. 231 § 1 pkt 3 k.s.h.);

⁶⁰ Zob. A. Szajkowski, M. Tarska, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 151–300*, t. II, Warszawa 2005, s. 11.

⁶¹ A. Koch, [w:] *Prawo...*, s. 264.

- postanowienie dotyczące roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej przy zawiązaniu spółki lub sprawowaniu zarządu albo nadzoru (art. 228 pkt 2 k.s.h.);
- zbycie i wydzierżawienie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienie na nich ograniczonego prawa rzeczowego (art. 228 pkt 3 k.s.h.);
- wysokości i terminy dopłat (art. 178 § 1 k.s.h.);
- zwrot dopłat (art. 228 pkt 5 k.s.h.);
- wyrażenie zgody na zawarcie między spółką dominującą a spółką zależną umowy przewidującej zarządzanie spółką zależną lub przekazywanie zysku przez taką spółkę (art. 228 pkt 6 k.s.h.);
- zmiana umowy spółki a zwłaszcza podwyższenie i obniżenie kapitału zakładowego (art. 255 § 1 k.s.h., z wyjątkiem wskazanym w art. 199 § 5 k.s.h.);
- umorzenie udziału (art. 199 § 2 k.s.h., z wyjątkiem wskazanym w art. 199 § 5 k.s.h.);
- powołania pełnomocnika spółki w organizacji (art. 161 § 2 k.s.h.);
- powołanie pełnomocnika do zawarcia umowy lub prowadzenia sporu między spółką a członkiem zarządu (art. 210 § 1 k.s.h.);
- ustanowienie pełnomocnika do reprezentowania spółki, gdy zarząd nie może działać za spółkę w sporze dotyczącym uchylenia lub stwierdzenia nieważności uchwały wspólników (art. 253 § 1 k.s.h.);
- rozwiązanie spółki (art. 270 pkt 2 k.s.h.);
- zezwolenia na zbycie przez likwidatora nieruchomości z wolnej ręki w toku likwidacji spółki (art. 282 § 1 k.s.h.);
- przeniesienie siedziby spółki za granicę (art. 270 pkt 2 k.s.h.);
- połączenie spółki (art. 506 § 1 k.s.h.);
- podział spółki (art. 541 § 1 k.s.h.);
- przekształcenie spółki (562 § 1 k.s.h.).

Zgodnie z przepisami kodeksu spółek handlowych do **warunkowej kompetencji wspólników** (możliwość wyłączenia kompetencji, możliwość ustawowego przejęcia kompetencji przez inny organ, możliwość rozstrzygnięcia w umowie spółki) należą następujące sprawy:

- powzięcie uchwały o podziale zysku albo pokryciu straty (art. 231 pkt 2 k.s.h.);
- powoływanie i odwoływanie członków zarządu (art. 201 § 4 k.s.h.);
- powoływanie i odwoływanie członków rady nadzorczej (art. 215 § 1 k.s.h.);

- powoływanie i odwoływanie członków komisji rewizyjnej (art. 216 § 2 k.s.h.);
- zawarcie umowy o nabycie dla spółki nieruchomości albo udziału w nieruchomości lub środków trwałych za cenę przewyższającą jedną czwartą kapitału zakładowego, nie niższą jednak od 50 000 zł, przed upływem dwóch lat od dnia zarejestrowania spółki (art. 229 k.s.h.);
- rozporządzenie prawem lub zaciągnięcie zobowiązania do świadczenia o wartości dwukrotnie przewyższającej wysokość kapitału zakładowego (art. 230 k.s.h.);
- udzielanie zgody na podejmowanie przez członków zarządu działalności konkurencyjnej (art. 211 § 2 k.s.h.);
- wyrażenie zgody na nabycie i zbycie nieruchomości, użytkownika wieczystego lub udziału w nieruchomości (art. 228 pkt 4 K.s.h.);
- określenie dnia wypłaty dywidendy (art. 193 § 4 k.s.h.);
- decyzja o nieodbyciu zgromadzenia wspólników za rok obrotowy wobec zawieszenia działalności spółki (art. 231 § 6 k.s.h.);
- odwołanie likwidatorów spółki (art. 276 § 2 k.s.h.);
- ponadto kompetencje wskazane w art. 237 § 2, art. 247 § 3, art. 288 § 3 k.s.h.

Ponieważ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest spółką kapitałową, kodeks spółek handlowych respektuje przede wszystkim zasadę „**rządów większości**”. Wyrazem tej idei jest art. 245 k.s.h., zgodnie z którym uchwały wspólników/zgromadzenia wspólników zapadają **bezwzględną większością głosów**, jeśli przepisy art. 151–300 k.s.h. lub umowa spółki nie stanowią inaczej.

Do ustawowych wyjątków od art. 245 k.s.h. należą przepisy wymagające kwalifikowanej większości głosów, a mianowicie:

- a) przepisy wymagające większości **2/3 głosów** dla uchwał w sprawie:
 - zmiany umowy spółki (art. 246 § 1 k.s.h.),
 - rozwiązania spółki (art. 246 § 1 k.s.h., z zastrzeżeniem art. 233 k.s.h.),
 - zbycia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części (art. 246 § 1 k.s.h.),
 - ponadto – powzięcie uchwały o przekształceniu spółki z o.o. w spółkę osobową (konieczność zgody wspólników reprezentujących co najmniej dwie trzecie kapitału zakładowego – art. 575 k.s.h.);
- b) przepisy wymagające większości **3/4 głosów** dla uchwał w sprawie:
 - istotnej zmiany przedmiotu działalności spółki (art. 246 § 1 k.s.h.),
 - połączenia się spółki z o.o. z inną spółką (art. 506 § 1 k.s.h.) – głosy muszą reprezentować co najmniej połowę kapitału zakładowego,

- podziału spółki (art. 541 § 1 i 2 k.s.h.) – głosy muszą reprezentować co najmniej połowę kapitału zakładowego,
- przekształcenia spółki z o.o. w spółkę akcyjną (art. 577 § 1 k.s.h.) - głosy muszą reprezentować co najmniej połowę kapitału zakładowego;
- c) przepisy wymagające **jednomyślności** dla uchwał w sprawie:
 - powołania pełnomocnika spółki w organizacji (art. 161 § 2 k.s.h.),
 - powzięcia uchwały w drodze wyrażenia przez wspólników na piśmie zgody na postanowienie, które ma być powzięte (art. 227 § 2 k.s.h.),
 - powzięcia w trakcie postępowania likwidacyjnego uchwały o dalszym istnieniu spółki (art. 273 k.s.h.).

Przytoczone przepisy pozwalają na ustalenie **pozycji wspólnika dysponującego większością** kapitału zakładowego na działalność spółki z o.o. Mianowicie wspólnik ten:

- może faktycznie „samodzielnie” podejmować wszystkie uchwały wymagające bezwzględnej większości głosów, tj. niezależnie od liczby reprezentowanych na zgromadzeniu udziałów, głosy takiego wspólnika decydują o powzięciu uchwały;
- może faktycznie wpływać na podejmowanie wszelkich pozostałych uchwał, tj. uchwał wymagających większości 2/3, 3/4 głosów bądź jednomyślności, ponieważ bez akceptacji ze strony takiego wspólnika (biorącego udział w głosowaniu), uchwała nie może zostać podjęta.

Zatem z powyższego wynika, że w omawianym modelu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, **wspólnik większość w kapitale zakładowym posiada pełnię faktycznej „władzy” w spółce.**

4. Nadużycie formy prawnej (osobowości) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

Zjawisko nadużycia formy prawnej spółki zazwyczaj analizowane jest w związku z tzw. odpowiedzialnością przebijającą, tj. uznaniem zobowiązania spółki za odpowiedzialność wspólnika bądź członka organu spółki kapitałowej za zobowiązania spółki (*Durchgriff, Piercing the Corporate Veil*)⁶². Zdaniem R. Szczepaniaka, mówiąc o nadużyciu formy prawnej osoby prawnej należy mieć na uwadze przypadki, gdy posłużenie się zasadą odrębnej podmiotowości osoby prawnej powodować będzie skutki niedające się pogodzić z podstawowymi zasadami porządku prawnego, a mianowicie:

⁶² Zob. T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, Kraków 2004; R. Szczepaniak, *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2007.

- działanie na szkodę wierzycieli oraz wspólników (akcjonariuszy) mniejszościowych przez podmioty posługujące się formą osoby prawnej;
- obchodzenie przy pomocy osoby prawnej przepisów prawa;
- obchodzenie przy pomocy osoby prawnej postanowień umownych;
- działanie na szkodę innych uczestników obrotu gospodarczego, w tym konkurencji i konsumentów poprzez monopolizowanie rynku⁶³.

Zachowanie notariusza, polegające na objęciu lub nabyciu większościowego pakietu udziałów w spółce z o.o., nie jest *expressis verbis* zakazane przepisami Ustawy – Prawo o notariacie, jednakże analiza innych ustaw regulujących zawody prawnicze pozwala na stwierdzenie, że udział w spółce prawa handlowego można uznać za rodzaj „podjęcia innego zajęcia”, o którym mowa w art. 19 pr. not. Niezależnie do tej tezy, należy odpowiedzieć na pytanie, czy jest możliwe przypisanie zarzutów stawianych spółce spółce z o.o., zwłaszcza na tle Ustawy o zwalczaniu konkurencji i Ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, bezpośrednio notariuszowi, który posiada w takiej spółce większościowy pakiet udziałów.

Odpowiedź na to pytanie jest **pozytywna**. Podstawą do jej sformułowania i objaśnienia może być instytucja **nadużycia formy prawnej (osobowości) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością**. Przemawiają za tym następujące argumenty:

- 1) osoba prawna – spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – może być dla notariusza **instrumentem realizacji celu**, potencjalnie niedozwolonych w świetle art. 19 pr. not.;
- 2) notariusz, pomimo zajmowania pozycji „jedynie” wspólnika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, nie sprawując funkcji w zarządzie, jako **wspólnik większościowy posiada zasadniczo pełnię faktycznej „władzy” spółce**. Można zatem twierdzić, że kompetencje – władztwo takiego notariusza pokrywa się niemalże w zupełności z tym, co można by osiągnąć, podejmując działalność analogiczną do działania spółki, ale w formie działalności jednoosobowej. Należy zauważyć, że kapitałowa pozycja spółki z o.o., zwłaszcza w chwili jej zakładania, w ujęciu ustawowym nie dowodzi faktycznej potrzeby realizacji jej przedmiotu działalności w obranej formie. Minimalny kapitał zakładowy w wysokości 5000 zł jest tego oczywistym dowodem.

Akceptacja tezy o nadużyciu formy prawnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przez notariusza, może w zależności od celu realizowanego

⁶³ R. Szczepaniak, *Nadużycie...*, s. 14–15.

przez spółkę prowadzić do kolejnego wniosku, a mianowicie stwierdzenia, że zachowanie notariusza można traktować jako **niedozwolone, wymienione w art. 19 § 2 zdanie 2 zajmowanie się „handlem, przemysłem, pośrednictwem, doradztwem w interesach”**.

5. Podsumowanie

- 1) Należy przyjąć, że pod pojęciem „podjęcia zajęcia” w rozumieniu art. 19 § 2 Ustawy – Prawo o notariacie należy rozumieć wszelkie aktywności notariusza, pozostające poza stosunkiem zatrudnienia, które mogą przeszkadzać w pełnieniu obowiązków albo mogą uchybiać powadze wykonywanego zawodu. Zatem z kręgu desygnatów „podjęcia zajęcia” nie można wykluczyć w szczególności obejmowania udziałów w handlowych spółkach kapitałowych.
- 2) Notariusz posiadający większość w kapitale zakładowym spółki z o.o., posiada pełnię faktycznej „władzy” w spółce, co zwłaszcza można odnosić do spółki mającej charakter spółki zamkniętej – spółki jednoosobowej *sensu largo*, tj. zdominowanej przez jednego wspólnika.
- 3) Uczestnictwo notariusza w spółce z o.o. można utożsamiać ze zjawiskiem nadużycia formy prawnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, wobec czego wszelkie zarzuty stawiane spółce z o.o. można przypisywać notariuszowi.
- 4) Zachowanie notariusza, posiadającego większość w kapitale zakładowym spółki z o.o., może stanowić wymienione w art. 19 § 2 zdanie 2 pr. not. zakazane zajmowanie się „handlem, przemysłem, pośrednictwem, doradztwem w interesach”.
- 5) Notariusz zamierzający objąć lub nabyć większość udziałów w spółce z o.o., narusza art. 19 pr. not., jeśli nie dopełni obowiązku zawiadomienia prezesa rady właściwej izby notarialnej o zamiarze podjęcia zajęcia i uzyskania zgody rady właściwej izby notarialnej.
- 6) W konsekwencji uzasadnione jest twierdzenie, że większościowe uczestnictwo notariusza w spółce sp. z o.o. może zostać uznane za zajęcie, które uchybia obowiązkowi notariusza albo powadze wykonywanego zawodu.

Summary

The article is an attempt to answer the question concerning the legal issue of notaries taking up partnership in a limited liability companies in the light of Art. 19 of the Act of Law on Notarial Services of 14 February 1991? The undertaken analysis considers also regulations of the Commercial Companies Code. Conclusions resulting from the presented analysis are clear and unambiguous, asides of legal side of the problem, they also present it in the light of moral issues.

Keywords: notary, Law on Notarial Services, Commercial Companies Code, limited liability company, share in a limited liability company, abuse of the legal form