Prof. dr hab. Jacek Gołaczyński

Uniwersytet Wrocławski

Uwagi do projektu z dnia 17 maja 2022r. o zmianie ustawy-Prawo o notariacie i niektórych innych ustaw w zakresie notarialnego nakazu zapłaty

1. Uwagi ogólne.

Przedstawiony projekt zmian ustawy - Prawo o notariacie i niektórych innych ustaw przewiduje wprowadzenie notarialnego nakazu zapłaty jako kolejnej czynności notarialnej, która może wykonać notariusz. Istotne jest to, że każdy notariusz , który ma co najmniej 3 letni staż pracy może uzyskać uprawnienie do wydawania notarialnego nakazu zapłaty. Dotyczy to zatem jedynie notariusza, a nie zastępcy notariusza. Przepis art. 79 ustawy - Prawo o notariacie uzyskuje nowe jednostki redakcyjne, czyli pkt 1d), który dotyczy wniosków o wpis w księdze wieczystej dotyczących ustanowienia i obciążenia odrębnej własności lokalu ograniczonymi prawami rzeczowymi oraz innymi roszczeniami dotyczącymi tego lokalu, jak również rozpoznaje wnioski o wpis w księdze wieczystej związane z ustanowieniem odrębnej własności lokali przyłączenia i odłączenia nieruchomości lub ich części wraz z ujawnieniem w księgach wieczystych ograniczonych praw rzeczowych, ograniczeń w rozporządzaniu oraz innych praw i roszczeń; oraz dodano punkt 1e) , według którego notariusz po rozpoznaniu wniosku o wpis w księdze wieczystej powiadamia strony czynności oraz bank, na rzecz którego została wpisana hipoteka o dokonanym wpisie wraz z pouczeniem o przysługującym środku zaskarżenia. Natomiast w zakresie notarialnego nakazu zapłaty, dodano do art. 70 pkt 5a) , w brzemieniu, ze wydaje notarialne nakazy zapłaty. Notariusz uzyskuje upoważnienie do wydawania notarialnych nakazów zapłaty , o ile prowadzi kancelarie przez 3 lata, jeżeli nie wydano przeciwko niemu prawomocnego orzeczenia o nałożeniu kary dyscyplinarnej, i wtedy składa wniosek do Ministra Sprawiedliwości o wydanie zaświadczenia o upoważnieniu do dokonywania wpisów w księdze wieczystej i wydawania notarialnych nakazów zapłaty. Ustawa przewiduje także, że Minister Sprawiedliwości wydaje, czyli obowiązkowo, zaświadczenie o upoważnieniu do dokonywania wpisów w księdze wieczystej i wydawania notarialnych nakazów zapłaty, na podstawie wzoru określonego w rozporządzeniu wdanym na podstawie par. 3 art. 79 ustawy -Prawo o notariacie. Istotne jest zatem to, ze każdy notariusz, który spełnia przesłanki ubiegania się o wydanie zaświadczenia upoważniającego do wydawania notarialnych nakazów zapłaty może zdecydować, czy będzie dokonywał czynności notarialnych także w tym zakresie.

1. Umiejscowienie przepisów o notarialnym nakazie zapłaty

Projekt ustawy przewiduje także dodanie nowego rozdziału 6a „Notarialne nakazy zapłaty”, który zawiera przepisy regulujące podstawę wydania notarialnego nakazu zapłaty, jego mocy wiążącej, warunków, które muszą zostać spełnione, aby nakaz stał się tytułem wykonawczym, warunki jego zaskarżenia oraz skutki prawne wniesienia sprzeciwu od tego nakazu zapłaty. Nie jest jasne, dlaczego projektodawca nie zdecydował się do umieszczenia przepisów o notarialnym nakazie zapłaty w kodeksie postepowania cywilnego, w dziele V Postępowanie nakazowe i upominawcze, jako kolejna odmiana postepowania upominawczego. Takie umiejscowienie pozwoliłoby rozwiązać szereg problemów, które obecnie występują w projekcie ustawy, wobec braku odesłań do k.p.c. poza pełnomocnictwem i epu.

1. Podstawy wydania notarialnego nakazu zapłaty.

Projekt przewiduje, że nakaz zapłaty może być wydany przez notariusza, jedynie na wniosek. Brak jest tu wskazanie, że tym wnioskodawca może być jedynie wierzyciel, ale z kolejnych przepisów wynika, że notarialny nakaz zapłaty doręcza się wnioskodawcy oraz zobowiązanemu, czyli dłużnikowi. Nie jest zatem możliwe, aby wnioskodawca w sprawie o wydanie notarialnego nakazu zapłaty był sam zobowiązany, nawet gdy ma w tym interes.

Przesłanką wydania notarialnego nakazu zapłaty jest także wysokość roszczenia pieniężnego. Można bowiem jedynie wnioskować o wydanie takiego nakazu, gdy wierzytelność nie przekracza 75 000 zł, czyli wyraźnie, odmiennie niż w przypadku postępowania upominawczego według k.p.c. wprowadzono górną wysokość roszczenia, co do którego zachodzi możliwość wnioskowania o wydanie notarialnego nakazu zapłaty.

Kolejną przesłanką wydania notarialnego nakazu zapłaty jest udowodnienie roszczenia dołączonymi do wniosku:

1. dokumentem urzędowym,
2. zaakceptowanym przez dłużnika rachunkiem;
3. wezwanie dłużnika do zapłaty i pisemnym oświadczeniem o uznaniu długu.

Należy stwierdzić, ze tak określone przesłanki do wydania notarialnego nakazu zapłaty nawiązują do modelu podstaw wydania nakazu zapłaty w postepowaniu nakazowym, a wynikającymi z art. 485 par. 1 pkt 1-3 k.p.c.(pominięto jedynie pkt 4).

W postępowaniu upominawczym natomiast sąd może wydać nakaz zapłaty, gdy powód dochodzi spełnienia świadczenia pieniężnego (art. 498 k.p.c. ), a w przepisie art. 499 par. 1 k.p.c. wskazane są okoliczności uzasadniające brak podstaw do wydania nakazu zapłaty, czyli:

1. oczywista bezasadność roszczenia;
2. wątpliwości co do przytoczonych przez powoda okoliczności (co do faktów);
3. zaspokojenie świadczenia zależy od świadczenia wzajemnego;
4. miejsc pobytu pozwanego nie jest znane albo gdy doręczenie mu nakazu zapłaty nie mogło nastąpić w kraju.

Jak zatem widać, projekt omawianej ustawy w jej art. 105 a w sposób oczywisty wprowadza surowsze przesłanki dotyczące podstaw wydania notarialnego nakazu zapłaty, wymagając aby wnioskodawca „udowodnił roszczenie”. Można jedynie wskazać, że w tym zakresie omawiana instytucja zbliża się do postępowania nakazowego. Chociaż wymaga to od notariusza oceny, czy wnioskodawca tymi dokumentami „udowodnił” roszczenie.

1. Warunki formalne wniosku.

Wniosek o wydanie notarialnego nakazu zapłaty będzie mógł być składany jedynie na urzędowym formularzu, określonym na podstawie rozporządzenia wydanego rzez Ministra Sprawiedliwości na podstawie art. 105k projektowanej ustawy. Brak formy szczególnej wniosku, w postaci wzorca z rozporządzenia MS będzie stanowiło podstawę do odmowy wydania nakazu, o czym mowa w art. 105 d par. 1 pkt 3 projektu ustawy. Podstawą odmowy wydania notarialnego nakazu zapłaty jest, między innymi, wątpliwości co do zasadności roszczenia. Brak jest tu spójności z przesłankami z art. 105a par. 1 pkt 1-3 projektu, który jak wskazano wyżej, nie posługuje się przesłanką zasadności roszczenia. Mowa jest jedynie o udowodnieniu roszczenia trzema kategoriami dokumentów. Nie ma też mowy o konieczności dokonania przez notariusza oceny „mocy dowodowej” tych dokumentów. Zatem art. 105d wprowadza nową przesłankę wydania nakazu zapłaty przez notariusza, a mianowicie zasadność roszczenia dochodzone przez wnioskodawcę. Jak widać, projektodawca wprowadził tu przesłankę odmowy wydania nakazu, jak w odniesieniu do nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym. Następnie przepis art. 105d par. 1 pkt 2 projektu przewiduje, że podstawą odmowy wydania przez notariusza nakazu zapłaty jest także wymagalność roszczenia co do, którego został złożony wniosek w okresie 3 lat przed złożeniem tego wniosku. I tutaj także brak jest powiązania z tą podstawą odmowy wydania nakazu a podstawami wydania nakazu. Mamy to do czynienia z wykorzystaniem 505 (29a) k.p.c., który dotyczy roszczeń dochodzonych w elektronicznym postępowaniu upominawczym. Przepis ten został wprowadzony do k.p.c. jedynie na potrzeby ochrony pozwanych, w elektronicznym postępowaniu upominawczym, w którym powodowie dochodzili roszczeń powstałych dużo wcześniej, i często także przedawnionych. Brak było jednak wówczas przepisów prawa cywilnego nakazujących sądowi w sprawach roszczeń dochodzonych przeciwko konsumentom uwzględnienia z urzędu upływu terminu przedawnienia. Obecnie przepis art. 105 d par. 1 pkt 2 wydaje się zbędny. Projekt jednak nie reguluje kwestii , czy w sytuacji, gdy wnioskodawca domaga się wydania notarialnego nakazu zapłaty przeciwko konsumentowi, to notariusz, winien zbadać upływ terminu przedawnienia i w razie stwierdzenia przedawnienia takiego roszczenia, odmówić wydania notarialnego nakazu zapłaty. Można rozważać, czy w sytuacji stwierdzonego przedawnienia roszczenia przeciwko konsumentowi zachodzi wymieniona w art. 105d par. 1 lit 1 wątpliwość co do zasadności roszczenia. W takim przypadku jednak notariusz ma obowiązek dokonać oceny istnienia i wymagalności i zaskarżalności roszczenia. Projekt ten nie wyłącza bowiem stosowania instytucji notarialnego nakazu zapłaty jedynie do zobowiązanych nie będących konsumentami.

1. Pełnomocnictwo

Budzi wątpliwość rodzaj pełnomocnictwa dla wnioskodawcy wnoszącego o wydanie notarialnego nakazu zapłaty. Przepis art. 105b par. 2 pkt 2) przewiduje, że do wniosku, jak wskazano wyżej, złożonego na urzędowym formularzu, dołącza się pełnomocnictwo, jeśli wniosek składa pełnomocnik. Brak jest tu wyjaśnienia, czy ma być to pełnomocnictwo materialnopranwe, czy procesowe. Postępowanie w przedmiocie wydania notarialnego nakazu zapłaty nie jest bowiem zaprojektowane jako odmiana postępowania nakazowego, czy upominawczego w kodeksie postępowania cywilnego, a w ustawie - Prawo o notariacie. Jednak przepis art. 105 g par. 4 projektu stanowi, że sprzeciw może być wniesiony przez pełnomocnika ustanowionego zgodnie z art. 87 par. 1 -5 k.p.c. To może wskazywać, że skoro sam sprzeciw może być wniesiony przez pełnomocnika procesowego, to podobnie będzie w przypadku wniosku o wydanie notarialnego nakazu zapłaty.

1. Oświadczenie o braku zawisłości, czy *res iudicata*

Z proponowanego przepisy art. 105 par. 2 pkt 4) wynika, że wnioskodawca lub jego pełnomocnik ma obowiązek złożyć oświadczenie, że nie jest w toku lub nie toczyła się inna sprawa o roszczenie objęte wnioskiem o wydanie notarialnego nakazu zapłaty. W przypadku, gdy oświadczenie to nie jest prawdziwe i dojdzie do wydania notarialnego nakazu zapłaty, i wnioskodawca uzyska tytuł wykonawczy, po zaopatrzeniu notarialnego nakazu zapłaty w klauzulę wykonalności, dojdzie do sytuacji występowania w obrocie prawnych dwóch tytułów wykonawczych, czy odrzucenia pozwu z uwagi na *res iudicata* lub *lis penedens*. Czy zatem takie oświadczenie dołączone do wniosku o wydanie notarialnego nakazu zapłaty skutkuje tym, że nie nastąpi *res iudicata*, czy *lis pendens*, w sytuacji, gdy z inicjatywy wnioskodawcy, czy zobowiązanego sąd prowadzi już postępowanie w przedmiocie roszczenia objętego wnioskiem, między tymi samymi stronami? Wydaje się, że na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Brak jest w tej nowelizacji przepisu, który rozwiązuje taką kolizję. Wydaje się, że na podobieństwo do aktu poświadczenia dziedziczenia oraz postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, pierwszeństwo winno mieć orzeczenie sądowe, a notarialny nakaz zapłaty winien być uchylony. Dotyczyć to może jedynie sytuacji, gdy nie doszło jeszcze do wszczęcia egzekucji na podstawie tytułu wykonawczego jakim się stanie notarialny nakaz zapłaty po zaopatrzeniu w klauzule wykonalności.

1. Treść notarialnego nakazu zapłaty.

Przepis art. 105c projektu zawiera podobna treść do art. 502 k.p.c., czyli jak w postępowaniu upominawczym. Nadto, skoro przepisy dotyczące notarialnego nakazu zapłaty nie zostały uregulowane w k.p.c. ustawodawca dokładnie określił co winien także zawierać notarialny nakaz zapłaty, czyli imię i nazwisko notariusza oraz wskazanie kancelarii notarialnej, imię i nazwisko wnioskodawcy oraz osoby zobowiązanej, a jeżeli nakaz został wydany na rzecz lub przeciwko osobie niebędącej osoba fizyczną - jej nazwę, siedzibę oraz adres do doręczeń; wskazanie dany złożenia wniosku o wydanie nakazu zapłaty; pouczenie o sposobie i terminie wniesienia sprzeciwu od nakazu zapłaty oraz o skutkach niezaskarżenia nakazu zapłaty. Istotne jest to, że do notarialnego nakazu zapłaty notariusz doręcza dla zobowiązanego wzór sprzeciwu od tego nakazu w rozporządzeniu wydanym przez Ministra Sprawiedliwości na podstawie art. 105j projektu.

1. Przesłanki odmowy wydania notarialnego nakazu zapłaty.

W braku podstaw do wydania notarialnego nakazu zapłaty, notariusz sporządza protokół o odmowie jego sporządzenia, którego odpis doręcza wnioskodawcy. Natomiast odpis samego nakazu zapłaty notariusz doręcza wnioskodawcy oraz osobie zobowiązanej przez operatora pocztowego, komornika sądowego, osobiście przez notariusza w kancelarii notarialnej lub przez pracowników kancelarii notarialnej. Przepis ten budzi wątpliwości. Nie jest jasne w jakim trybem ma doręczyć nakaz zapłaty wydany przez notariusza komornik sądowy. Przepis art. 139(1) par. 1 i 2 k.p.c., czyli według zasad określonych w ustawie o komornikach sądowych? (chodzi tu o art. 3a ustawy o komornikach sądowych). Zastosowanie tego sposobu doręczenia jest zatem dopuszczalne, gdy będzie wyraźne odesłanie, w jaki sposób komornik będzie doręczał korespondencję. Uściślenie tej kwestii jest o tyle istotne, że nieodebrania notarialnego nakazu zapłaty powoduje, że nakaz traci moc (art. 105 f par. 1 projektu). Pod tym pojęciem należy rozumieć sytuacje, gdy zobowiązany po prostu odmówi przyjęcia odpisu notarialnego nakazu zapłaty, nawet bez żadnego powodu. Przepisy natomiast o doręczeniu przez komornika sadowego maja zastosowanie na podstawie art. 139(1) par. 1 i 2 k.p.c., w sytuacji, gdy nie doszło do doręczenia pisma podlegającemu doręczenia i wówczas sad zobowiązuje powoda do doręczenia za pośrednictwem komornika sądowego. Komornik sadowy doręcza na adres wskazany przez powoda, i gdy ustali, że jest to miejsce zamieszkania pozwanego , to zostawia zawiadomienie w skrzynce odbiorczej pozwanego o pozostawieniu pisma podlegającemu doręczeniu w kancelarii komornika z pouczeniem o skutku w postaci doręczenia pisma po bezskutecznym upływie 14 dni. Nadto komornik może na wniosek powoda ustalić w oparciu o instrumenty przewidziane w art. 761 i 762 k.p.c. zwracając się do licznych instytucji, gdzie pozwany ma aktualne miejsce pobytu. Powstaje zatem pytanie, czy wskazanie a art. 105e par. 1 projektu, że odpis notarialnego nakazu zapłaty doręcza się osobie zobowiązanej przez komornika sądowego oznacza właśnie ten tryb przewidziany w art. 3a ustawy o komornikach sądowych?

Brak doręczenia osobie zobowiązanej nakazu zapłaty stwierdza notariusz protokołem, którego odpis doręcza wnioskodawcy. Przepis ten także budzi wątpliwości, otóż z art. 499 par. 1 pkt 4 k.p.c., ze nie jest dopuszczalne wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym, gdy doręczenie nakazu zapłaty pozwanemu nie jest możliwe w kraju.

8.Sprzeciw od notarialnego nakazu zapłaty.

Projekt przewiduje podobnie jak w elektronicznym postepowaniu upominawczym, że wniesienie sprzeciwu powoduje upadek nakazu zapłaty. Sprzeciw nie musi być nawet uzasadniony, winien zawierac jedynie wyraxne stanowisko zobowiązanego, zgodnie z art. 105 g par. 2 projektu , zawierające wolę utraty mocy przez notarialny nakaz zapłaty. Ciekawe jest to, ze w przypadku sprzeciwu wyraźnie projektodawca oczekuje od zobowiązanego podpisania sprzeciwu, a w przypadku wniosku o wydanie notarialnego nakazu zapłaty brak jest tego wymogu, a jedynie, ze należy ten wniosek złożyć na urzędowym formularzu. Brak jest także informacji jaki to ma być podpis, czy własnoręczny, czy np. elektroniczny. Wątpliwość ta wynika chociażby z art. 105j projektu, który bardzo lakonicznie wskazuje, ze jeżeli warunki techniczne i organizacyjne kancelarii notariusza to umożliwiają notarialny nakaz zapłaty może być wydany w elektronicznym postepowaniu upominawczym. W tym postępowaniu zarówno pozew, jak i sprzeciw, gdy pozwany wybierze możliwość składania pism za pośrednictwem systemu teleinformatycznego muszą być podpisywane podpisem elektronicznym (niezależnie od jego rodzaju).

9.Notarialny nakaz zapłaty a elektroniczne postepowaniu upominawcze

Największe wątpliwości wynikają z wymienionego wyżej przepisu art. 105j projektu. Nie jest jasne, jaka była intencja ustawodawcy, czy tylko aby notariusz mógł skorzystać z systemu teleinformatycznego obsługującego elektroniczne postępowaniu upominawcze, aby wydać notarialny nakaz zapłaty? Czy może o to, aby notariusz, jako funkcjonariusz publiczny był obok sędziego, referendarza sądowego kolejnym orzecznikiem uprawnionym do wydania nakazów zapłaty w elektronicznym postępowaniu upominawczym? Wydaje się, że wyłącznie to pierwsze rozwiązanie może wchodzić w rachubę, chociażby z powodu tego, ze projekt wyraźnie wskazuje, że w epu notariusz ma nadal wydawać notarialny nakaz zapłaty. Jeżeli zatem, prawidłowe jest takie rozumienie art. 105j projektu, to jest on wadliwie sformułowany. Elektroniczne postępowanie upominawcze jest bowiem odrębnie uregulowane, np. co do podstaw wydania nakazu zapłaty, warunków formalnych pism procesowych stron, formy, w jakich pisma mogą być wnoszone do sądu, skutków wydania nakazu zapłaty w sytuacji, gdy doręczenie nie może nastąpić w kraju, doręczeń pism sądowych pozwanemu, czyli np. zastosowania art. 139 k.p.c., itd.

1. Wnioski końcowe

Idea poszerzenia czynności dokonywanych przez notariusza w zakresie ochrony prawnej zasługuje na rozważenie. Dotyczy to także powrotu do sytuacji prawnej istniejącej w prawie o notariacie, gdy istniały jeszcze Państwowe Biura Notarialne, do których kompetencji należało, między innymi postępowanie upominawcze. Należy jednak pamiętać, że zasadniczym problemem, która należy rozwiązać, mając na celu wprowadzenie ponownie takiego uprawnienia notariuszom jest gruntowana przebudowa statusu ustrojowego notariusza. Omawiany projekt, niejako przy okazji wprowadzenie dwóch instytucji, czyli notarialnego nakazu zapłaty, i wpisów do księgi wieczystej odrębnej własności lokali oraz praw rzeczowych ograniczonych z nimi powiązanych, dokonuje poważnej zmiany ustrojowej notariatu. Wydaje się, że należy zaczynać takie reformy od poważnej refleksji i debaty nad pozycją ustrojową notariusza, a następnie dopiero, po uksztaltowaniu tej pozycji wprowadzać zmiany przyznające notariuszom kolejne uprawnienia, należące obecnie do kognicji sądów.

Wydaje się, że same przepisy projektu odnoszące się do nowej instytucji jak ma być notarialny nakaz zapłaty wymagają bardzo poważnej przebudowy, aby wyjaśnić szereg kwestii takich jak, np. czy notariusz ma obowiązek „rozpoznawać sprawę” przez ocenę zasadności roszczenia, co do którego składany jest wniosek; czy właściwie określono dokumenty udawadniające roszczenie (na wzór z postępowania nakazowego), w sytuacji, gdy podstawy odmowy wydania nakazu zapłaty zostały zaczerpnięte z przepisów o postępowaniu upominawczym; czy właściwym jest wprowadzenie ograniczenia dotyczącego dogodzenia roszczeń wymagalnych trzy lata przed złożeniem wniosku, na wzór epu; czy nie należy wyposażyć notariusza w uprawnienie badania upływu terminu przedawnienia roszczenia przysługującego przeciwko konsumentowi; czy właściwe określono formę wniosku o wydanie nakazu oraz sprzeciwu od nakazu; jakie jest powiazanie pomiędzy notarialnym nakazem zapłaty a elektronicznym postepowaniem upominawczym?

Prof. Jacek Gołaczyński

Wrocław, 7.6.2022r.