GENERALINIO ADVOKATO PEDRO CRUZ VILLALÓN IŠVADA, pateikta 2010 m. rugsėjo 14 d.[1]

Turinys

I — Įvadas ..... I - 4110

II — Teisinis pagrindas ..... I - 4111

A — Bendrijos teisė ..... I - 4111

1. Pirminė teisė ..... I - 4111

2. Antrinė teisė ..... I - 4112

B — Nacionalinė teisė ..... I - 4113

1. Notaro profesija ..... I - 4113

a) Belgijos teisė ..... I - 4113

b) Prancūzijos teisė ..... I - 4115

c) Liuksemburgo teisė ..... I - 4116

d) Austrijos teisė ..... I - 4117

e) Vokietijos teisė ..... I - 4119

f) Graikijos teisė ..... I - 4120

g) Santrauka ..... I - 4121

1 — Originalo kalba: ispanų.

2. Nacionalinės teisės aktų nuostatos, dėl kurių pateikti ieškiniai: pilietybės reikalavimai ..... I - 4122

a) Belgijos teisė ..... I - 4122

b) Prancūzijos teisė ..... I - 4122

c) Liuksemburgo teisė ..... I - 4122

d) Austrijos teisė ..... I - 4122

e) Vokietijos teisė ..... I - 4123

f) Graikijos teisė ..... I - 4123

III — Šalių reikalavimai ..... I - 4123

IV — Dėl priimtinumo ..... I - 4124

V — Dėl bylos esmės ..... I - 4125

A — Pirmasis ieškinio pagrindas dėl pažeidimo ..... I - 4125

1. Trys bendros įvadinės pastabos ..... I - 4126

a) Nuostatos, kurių pažeidimu Komisija kaltina valstybes nares: EB 43 straipsnis ir EB 45 straipsnio pirma pastraipa ..... I - 4126

b) EB 45 straipsnio pirmos pastraipos prasmės aiškinimo sunkumai ... I - 4127

c) Proporcingumo principo taikymas ..... I - 4128

2. Veikla, susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu ..... I - 4130

a) Teisingumo Teismo praktika ..... I - 4130

b) Dėl poreikio išsamiau apibrėžti viešosios valdžios sąvoką ..... I - 4132

3. Ar notarų veikla, ypač tvirtinimas, patenka į įsisteigimo laisvės netaikymo sritį? ..... I - 4136

a) Tvirtinimas – kaip pagrindinė valstybių narių atsakovių notarų veikla ..... I - 4136

b) Tvirtinimo veiklos priskyrimas prie viešosios valdžios funkcijų vykdymo ..... I - 4138

4. Pilietybės reikalavimas, atsižvelgiant į proporcingumo principą ..... I - 4141

a) Dėl notarų statuso ..... I - 4141

b) Diskriminacija dėl pilietybės, atsižvelgiant į EB 43 straipsnį ir EB 45 straipsnio pirmą pastraipą ..... I - 4142

c) Dėl proporcingumo įvertinimo ..... I - 4147

5. Išvada dėl pirmojo ieškinio pagrindo dėl pažeidimo ..... I - 4149

B — Antrasis ieškinio pagrindas dėl pažeidimo ..... I - 4150

VI — Dėl bylinėjimosi išlaidų ..... I - 4151

VII — Išvada ..... I - 4152

I — Įvadas

1. Šiais ieškiniais dėl įsipareigojimų neįvykdymo Europos Komisija prašo Teisingumo Teismo pripažinti, kad Belgijos Karalystė, Prancūzijos Respublika, Liuksemburgo Didžioji Hercogystė, Austrijos Respublika, Vokietijos Federacinė Respublika ir Graikijos Respublika neįvykdė įsipareigojimų pagal EB 43 straipsnį ir EB 45 straipsnio pirmą pastraipą, teisę verstis notaro profesija suteikdamos tik savo valstybės piliečiams („pilietybės reikalavimas“). Europos Komisija taip pat prašo pripažinti, kad šios valstybės narės, išskyrus Prancūzijos Respubliką, neįvykdė įsipareigojimų pagal Direktyvą 2005/36/EB dėl profesinių kvalifikacijų pripažinimo [2], nes netaikė šios direktyvos notaro profesijai [3].

2. Nors Komisija tik prieštarauja diskriminacijai dėl pilietybės, šioje byloje iškeltas klausimas yra gerokai sudėtingesnis. Juk pateiktais ieškiniais Teisingumo Teismo prašoma pripažinti, kad notaro funkcijos pagal civilinės teisės sistemą, vykdomos daugelyje valstybių

2 — 2005 m. rugsėjo 7 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva (OL L 255, p. 22), panaikinanti 1988 m. gruodžio 21 d. Direktyvą 89/48/EEB dėl bendrosios aukštojo mokslo diplomų, išduotų po bent trejų metų profesinio mokymo ir lavinimo, pripažinimo sistemos (OL L 19, 1989, p. 16; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 5 sk., 1 t., p. 337).

3 — Tai nėra vieninteliai ieškiniai dėl įsipareigojimų neįvykdymo, kuriuos Komisija pateikė šiuo pagrindu. Teisingumo Teismas turėtų netrukus paskelbti sprendimus dėl ieškinių, iškeltų Portugalijai (byla C-52/08) ir Nyderlandams (byla C-157/09).

narių [4], patenka į įsisteigimo laisvės taikymo sritį, nes jos nėra susijusios su „viešosios valdžios funkcijų vykdymu“.

3. Apskritai šioje byloje Teisingumo Teismui teks išnagrinėti patį opiausią su bendru EB 43 straipsnio ir EB 45 straipsnio pirmos pastraipos aiškinimu susijusį klausimą, kokį jam yra tekę nagrinėti. Kaip matysime, iki šiol Teisingumo Teismo nagrinėtose bylose dėl šių dviejų susijusių nuostatų buvo kalbama apie specialistus, kurių sąsajos su oficialiąja valdžia buvo neapibrėžtos arba visai atsitiktinės, o čia nagrinėjamose bylose iš pirmo žvilgsnio taip tikrai nėra.

4. Todėl šioje išvadoje sujungti šeši ieškiniai suteikia Teisingumo Teismui progą išsamiau nei bet kada anksčiau išnagrinėti tokią sudėtingą nuostatą, kylančią iš EB 43 straipsnio ir EB 45 straipsnio pirmos pastraipos. Tai darydamas, priešingai nei ankstesnėse bylose, Teisingumo Teismas šioje byloje privalo tinkamai suderinti Europos Sąjungos pagrindinių laisvių tikslus, valstybių narių kompetenciją ir Europos Sąjungos piliečio statusą. Siekdamas pusiausvyros tarp šių vertybių, Teisingumo Teismas susidurs su poreikiu atlikti konkretų minėtų straipsnių išaiškinimą, kurį iš esmės lems proporcingumo principas.

5. Čia iškelto klausimo mastas, taip pat galimybė EB 43 straipsnio ir EB 45 straipsnio pirmos pastraipos atžvilgiu taikyti proporcingumo kriterijų aiškiai parodo šios bylos svarbą ne tik notaro profesijai, bet ir Europos Sąjungos teisei bendrai.

II — Teisinis pagrindas

A — *Bendrijos teisė*

1. Pirminė teisė

6. Teisės aktų nuostatos, kuriomis pagrįstas Komisijos ieškinys, yra EB 43 straipsnis kartu

4 — Čia reikėtų pažymėti, kad nors civilinės teisės sistemai būdingos notaro pareigos, nagrinėjamos šioje byloje, yra vis dar labiausiai paplitusios Europoje, Europos Sąjungoje egzistuoja ir kitų variantų, kurie nepatenka į EB 45 straipsnio pirmos pastraipos taikymo sritį. Taip gali būti dėl to, kad notaras yra sudedamoji viešojo administravimo sistemos dalis, arba dėl to, kad jis neturi įgaliojimų atlikti tokio tvirtinimo, apie kokį kalbama šioje byloje. Galiausiai, situacija Europoje pastaraisiais metais tapo dar įvairesnė, kai tam tikrose valstybėse narėse, kuriose galioja civilinei teisei būdinga notarų sistema (Italijoje, Ispanijoje), pilietybės reikalavimas buvo panaikintas.

su EB 45 straipsnio pirma pastraipa (dabar – SESV 49 ir 51 straipsniai), kuriais, kai buvo vykdomas tariamas pažeidimas, fiziniams ir juridiniams asmenims buvo suteikta įsisteigimo laisvė. Jos suformuluotos taip:

„*43 straipsnis*

Vadovaujantis toliau išdėstytomis nuostatomis vienos valstybės narės nacionalinių subjektų įsisteigimo laisvės kitos valstybės narės teritorijoje apribojimai uždraudžiami. Draudžiami ir apribojimai vienos valstybės narės nacionaliniams subjektams, įsisteigusiems kitos valstybės narės teritorijoje, steigti atstovybes, padalinius ar dukterines bendroves.

<...>

45 straipsnis

Veiklai, kuri bet kurioje valstybėje yra susijusi, nors ir laikinai, su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, šio skyriaus nuostatos netaikomos.

Taryba, remdamasi Komisijos pasiūlymu, kvalifikuota balsų dauguma gali nuspręsti, kad tam tikroms veiklos rūšims šio skyriaus nuostatos netaikomos.“ [5]

2. Antrinė teisė

7. Direktyvoje 89/48 buvo numatytas perkėlimo į nacionalinę teisę laikotarpis, kuris, remiantis direktyvos 12 straipsniu, pasibaigė 1991 m. sausio 4 dieną.

8. Direktyvos 2 straipsnyje nustatyta:

„Ši direktyva yra taikoma bet kuriam valstybės narės piliečiui, kuris nori kaip savarankiškai dirbantis asmuo arba samdomas darbuotojas priimančiojoje valstybėje narėje dirbti pagal reglamentuojamą profesiją.

Ši direktyva netaikoma profesijoms, kurioms yra skirta atskira direktyva, nustatanti valstybių narių abipusio diplomų pripažinimo tvarką.“

5 — Pažymėtina, kad nors per šį procesą dėl pažeidimo visos dalyvaujančios šalys be papildomų paaiškinimų rėmėsi EB 45 straipsniu, iš tikro buvo turima omenyje būtent nuostata, išdėstyta pirmoje iš dviejų šio straipsnio pastraipų, kur apibrėžta šios laisvės netaikymo sritis, į ją įtraukiant su viešosios valdžios funkcijų vykdymu susijusią veiklą. Antroje pastraipoje, kurios paskirtis yra kitokia, numatyta bendra ekonominė veiklos kategorija. Ši veikla, nors ir nesusijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, vis tiek „gali“ būti „pašalinta“ iš įsisteigimo laisvės taikymo srities, remiantis antrinės teisės nuostatomis. Žinoma, prie šio aspekto dar turėsiu grįžti.

9. Pažymėtina, kad notaro profesija nėra reglamentuojama jokiu teisės aktu, nurodytu minėto straipsnio antroje pastraipoje.

10. Direktyva 89/48 buvo panaikinta ir kodifikuota Direktyva 2005/36. Naujojoje formuluotėje išlaikytas esminis Direktyvos 89/48 turinys, tačiau naujas reikšmingas pakeitimas padarytas 41 konstatuojamojoje dalyje, kuri suformuluota taip:

„Šia Direktyva netrukdoma taikyti EB sutarties 39 straipsnio 4 dalies ir 45 straipsnio taikymas, ypač notarų atžvilgiu“ [„Šia Direktyva netrukdoma taikyti EB sutarties 39 straipsnio 4 dalies ir 45 straipsnio, ypač notarų atžvilgiu“].

B — *Nacionalinė teisė*

1. Notaro profesija

11. Ir Komisija, ir valstybės narės pateikė daug faktinės ir teisinės informacijos išsamiai aprašydamos notaro profesiją kiekvienoje valstybėje. Tačiau, atsižvelgdamas į pateiktos informacijos kiekį, į tai, kad šioje išvadoje nagrinėjama keletas bylų, bei į poreikį šioje analizėje pateikti aiškius argumentus dėl bylos esmės, toliau atskirai apžvelgsiu nuostatas, kuriomis remiamasi, ir notarams priskirtas funkcijas kiekvienoje valstybėje narėje, iš kurių svarbiausia yra teisinių sandorių tvirtinimas.

a) Belgijos teisė

12. Belgijoje notaro profesija reglamentuojama XI m. vantozo 25 d. įstatymu, taip pat įvairiomis Belgijos teismų kodekso ir kitų teisės aktų nuostatomis.

13. Pagal Belgijos įstatymus notaro užduotis iš esmės yra rengti oficialius dokumentus, pasižyminčius šiomis pagrindinėmis dviem savybėmis: absoliučia įrodymo galia ir vykdytinumu [6].

14. Notaras atlieka tvirtinimo funkciją šalies prašymu ir patikrina tvirtinamo dokumento teisėtumą. Notaro dalyvavimas gali būti privalomas arba pasirenkamas, atsižvelgiant į tvirtinamą dokumentą. Notaras turi

6 — XI m. vantozo 25 d. įstatymo 19 straipsnis.

patikrinti, ar įvykdytos įstatymu nustatytos dokumento įforminimo sąlygos, įsitikinti šalių teisnumu ir veiksnumu. Atlikdamas šiuos veiksmus notaras informuoja kiekvieną šalį apie jos teises ir pareigas ir visiškai nešališkai teikia konsultacijas [7]. Notaras taip pat nustato ir pats renka registravimo ir hipotekos sandorių tvirtinimo mokesčius.

15. Visi notaro sudaryti dokumentai turi tokią pačią absoliučią įrodymo galią kaip ir valstybės pareigūno sudaryti dokumentai, kuriuos galima apskųsti tik teisme. Notaro sprendimai gali būti peržiūrimi, tačiau tik pagal specialiąją peržiūros procedūrą [8].

16. Be to, patvirtintas dokumentas yra vykdytinas visoje Belgijos teritorijoje [9]. Taigi siekiant, kad notaro patvirtinti dokumentai būtų vykdomi, jie tampa privalomi skolininkui (nors būtinas pranešimas), nes vykdymą inicijuoti tiesiogiai privalo valstybės pareigūnas – *huissier* (antstolis). Kai vykdymui prieštaraujama, skolininkas gali kreiptis į teismą, pareikšdamas prieštaravimą vykdymui [10].

17. Anot Belgijos vyriausybės, be tvirtinimo funkcijų, notarai užsiima ir kita veikla, tačiau tai tėra minėtą veiklą papildanti veikla. Taigi notarai atlieka funkcijas, susijusias su nekilnojamojo turto pardavimu vykdomuosiuose, bankroto, globos ir paveldėjimo procesuose, turto aprašymo funkcijas, su turto padalijimu nedalomos bendrosios nuosavybės atveju susijusias funkcijas, taip pat funkcijas, susijusias su bendrovių steigimu ir susijungimu ir kitais jungimosi veiksmais.

18. Vykdydamas šias funkcijas, notaras yra valstybės pareigūnas, atstovaujantis valstybės institucijoms, nors jo veikla laikoma nepriklausoma profesija [11]. Jam užtikrinama nuolatinė darbo vieta ir galioja drausminė atsakomybė, taikytina tik valstybės institucijų vardu dirbantiems asmenims [12]. Notaro mokesčiai nustatomi įstatymu, nekomerciniu pagrindu, tačiau klientas turi nemažą pasirinkimo laisvę duodamas nurodymus notarui. Todėl notarai konkuruoja ne kainomis, o teikiamų paslaugų kokybe.

7 — Minėto XI m. vantozo 25 d. įstatymo 9 straipsnio 1 dalies 3 punktas.

8 — Civilinis procesas užginčyti notarinių dokumentų autentiškumą reglamentuojamas Belgijos teismų kodekso 895 straipsnyje.

9 — Minėto XI m. vantozo 25 d. įstatymo 19 straipsnis.

10 — Belgijos teismų kodekso 1395 ir 1396 straipsniai.

11 — Minėto XI m. vantozo 25 d. įstatymo 1 straipsnis.

12 — Minėto XI m. vantozo 25 d. įstatymo 108 straipsnis.

b) Prancūzijos teisė

19. Prancūzijoje notaro profesija reglamentuojama XI m. vantozo 25 d. įstatymu ir kitomis specialiomis, daugiausia Civilinio proceso kodekso, nuostatomis.

20. Notaro profesijai Prancūzijoje taip pat būdingas šalių notarui pateiktų dokumentų ir sutarčių tvirtinimas; notaro dalyvavimas užtikrina absoliučią įrodymų galią ir dokumento ar sutarties vykdytinumą [13].

21. Prancūzijoje notarai veikia šalių nurodymu, tačiau kai kurių dokumentų atveju notaro dalyvavimas būtinas [14]. Kad dokumentas būtų deramai patvirtintas, notaras turi patikrinti sandorio teisėtumą, laikydamasis griežtų įstatymais nustatytų procesinių taisyklių [15], taip pat reikalavimo rengti dokumentus prancūzų kalba [16]. Notarai taip pat įpareigoti informuoti šalis apie dokumento taikymo sritį bei poveikį ir įsitikinti, kad šalių sutikimas duodamas laisva valia ir kad jos yra teisnios bei veiksnios.

22. Patvirtintas dokumentas turi galutinę įrodymo galią, nors ją galima paneigti iškėlus specialią bylą, kurią nagrinėti išskirtinę jurisdikciją turi *tribunal de grande instance* (Regioninis teismas) [17]. Ši byla gali būti papildoma pagrindinės bylos dalis arba pati gali būti pagrindinė byla, atsižvelgiant į tai, ar patvirtinto dokumento turinys ginčijamas jau nagrinėjamoje byloje [18]. Tokia byla gali baigtis baudos skyrimu ir notarui, ir bylą iškėlusiai šaliai.

23. Notarinio dokumento vykdytinumas reiškia, kad bet kuri iš jį forminančių šalių gali reikalauti dokumento įvykdymo tiesiogiai iš valstybės institucijos, kuriai tenka išskirtinė atsakomybė už įvykdymą, t. y. iš *huissier* (antstolio) [19]. Priešingai nei privačių dokumentų atveju, notariniam dokumentui įvykdyti nereikia teisėjo dalyvavimo; nereikalingas ir skolininko sutikimas. Vykdymo

13 — 1945 m. lapkričio 2 d. Įsakymo Nr. 45-2590 1 straipsnis, Civilinio kodekso 1319 straipsnis ir minėto XI m. vantozo 25 d. įstatymo 19 straipsnis.

14 — Dovanojimo, vedybų sutartys, hipotekos priemonės, ateities sandoriai ir kt.

15 — Žr. minėtą XI m. vantozo 25 d. įstatymą, taip pat specialiąsias nuostatas, kaip antai Bendrojo mokesčių kodekso 850 straipsnį.

16 — 1994 m. rugpjūčio 4 d. Įstatymo Nr. 94-665 1 straipsnis ir 1539 m. *Villers-Cotterêts* įsakymas, kuris dar galioja ir yra įpareigojimo vartoti prancūzų kalbą viešuosiuose dokumentuose šaltinis.

17 — Civilinio proceso kodekso 299 straipsnis.

18 — Civilinio proceso kodekso 306 ir 314 straipsniai.

19 — Vadovaujantis minėto Civilinio proceso kodekso 18 straipsniu, vykdytinų dokumentų vykdymo ir teisių užtikrinimo įgaliojimai suteikti tik *huissiers*.

procedūra yra tokia pati kaip ir teismo sprendimų vykdymo procedūra [20].

24. Prancūzijos vyriausybė pateikė duomenų, kad, be tvirtinimo funkcijų, notarai taip pat užsiima kita veikla, tačiau tai tėra minėtą veiklą papildanti veikla. Notarai atlieka nuo dokumentų tvirtinimo veiklos atskirtas su mokesčių rinkimu susijusias funkcijas, kurios papildo dokumentų tvirtinimo funkcijas ir parodo, kiek ši profesija patenka į oficialios valdžios sferą.

25. Notarai yra valstybės pareigūnai, vykdantys jiems paskirtas oficialiosios valdžios funkcijas, laikydamiesi specialiųjų taisyklių dėl nesuderinamos veiklos, nors jie dirba kaip nepriklausomi specialistai [21]. Tačiau jų vykdoma veikla patenka į prevencinės jurisdikcijos, kuri užtikrina teisinių ir verslo santykių stabilumą, sritį. Notariniai mokesčiai nustatyti įstatymu, tačiau klientas turi tam tikrą veiksmų laisvę rinkdamasis notarą. Taigi notaro profesiją sudaro ekonominė veikla, vykdoma konkurencijos sąlygomis, kai paslaugų tiekėjų sėkmę lemiantis veiksnys yra ne kaina, o paslaugų kokybė.

20 — 1991 m. liepos 9 d. įstatymas Nr. 91-650.

21 — Notarų veiklos viešąjį pobūdį patvirtino *Conseil d'État* (Prancūzijos valstybės taryba) 2006 m. birželio 9 d. Sprendimu Nr. 280911, kuri konstatavo, kad EB 45 straipsnio pirma pastraipa yra taikytina šiai profesijai, nors prie šios išvados ji priėjo nesikreipdama į Teisingumo Teismą dėl prejudicinio sprendimo.

c) Liuksemburgo teisė

26. Liuksemburge notaro profesija reglamentuojama 1976 m. gruodžio 9 d. įstatymu, taip pat kitomis specialiomis nuostatomis, išdėstytomis, visų pirma, naujajame Civilinio proceso kodekse, 1905 m. rugsėjo 25 d. įstatyme ir 2000 m. spalio 7 d. Didžiosios Hercogystės reglamente.

27. Liuksemburgo notarai taip pat yra valstybės pareigūnai, kuriems patikėtos visų dokumentų ir sutarčių, kurias jiems šalys pateikia tvirtinti, įforminimo funkcijos [22]. Patvirtinimas suteikia didesnę teisinę galią ir užtikrina vykdytinumą [23].

28. Notarai, veikiantys šalių nurodymu, turi įsitikinti dokumento teisėtumu ir užtikrinti, kad būtų atlikti visi įstatymuose numatyti formalumai. Tačiau jų dalyvavimas kartais gali būti privalomas [24]. Notaras privalo būti tikras, kad šalys veikia laisvai, įsitikinti jų teisnumu ir veiksnumu. Jis taip pat privalo visiškai nešališkai šalims teikti konsultacijas ir informuoti jas apie iš dokumento bei dėl notaro dalyvavimo kylančias teises bei pareigas.

22 — 1976 m. gruodžio 9 d. įstatymo 1 straipsnis.

23 — Minėto įstatymo 37 ir 45 straipsniai.

24 — Žr., pavyzdžiui, 1905 m. rugsėjo 25 d. Įstatymą dėl daiktinių teisių į nekilnojamąjį turtą.

29. Patvirtinimas atliekamas dedant atspaudą, kuriame nurodytas vykdymo reikalavimas [25]. Todėl dokumentas įgauna labai stiprią įrodymo galią, kurią galima paneigti tik išskirtiniais atvejais pagal specialią skundų procedūrą [26].

30. Notarinio dokumento vykdomoji galia suteikia teisę kreditoriui iškelti vykdomąją bylą skolininkui, ir jam nereikia teisme pateikti ieškinio dėl fakto ar teisės pripažinimo. Kreditoriui tereikia kreiptis į instituciją, kuriai tenka išskirtinė atsakomybė už vykdymą, t. y. į *huissier*. *Huissier* sprendimai, priimti vykdomosios bylos metu, gali būti apskųsti pagal tas pačias sąlygas, kurios galioja vykdant teismo sprendimą.

31. Liuksemburgo vyriausybė pateikė duomenų, kad, be tvirtinimo funkcijų, notarai taip pat užsiima kita veikla, tačiau tai tėra minėtą veiklą papildanti veikla. Taigi notarai atlieka funkcijas, susijusias su turto pardavimu vykdymo, bankroto, globos ir paveldėjimo procesuose, turto aprašymo funkcijas, su turto padalijimu nedalomos bendrosios nuosavybės atveju susijusias funkcijas.

32. Notarai yra valstybės pareigūnai, kuriuos skiria Didysis Hercogas teisingumo ministro teikimu. Jie dirba visoje Liuksemburgo teritorijoje ten, kur jiems nurodyta reziduoti. Nors jie dirba kaip nepriklausomi specialistai, jiems galioja specialus statutas, kuriame išdėstytos griežtos nuostatos dėl nesuderinamos veiklos [27]. Notarų mokesčiai nustatyti įstatymu, tačiau klientai gali pasirinkti notarą, jei teismo apylinkėje, kurioje turi būti vykdomi notaro veiksmai, yra daugiau nei vienas notaras. Taigi notarai laisvai konkuruoja, tačiau ne kainomis, o paslaugų kokybe.

d) Austrijos teisė

33. Austrijoje notarų veikla bendriausiu lygmeniu reguliuojama 1871 m. liepos 25 d. ir 1970 m. lapkričio 11 d. įstatymais, taip pat įvairiomis Civilinio proceso kodekso nuostatomis.

34. Notaro profesija Austrijoje užsiima visam gyvenimui valstybės skiriami notarai, kurių funkcijos, be kita ko, apima dokumentų tvirtinimą, suteikiant jiems ypatingą įrodymo ir vykdomąją galią [28].

25 — 2000 m. spalio 7 d. Didžiosios Hercogystės reglamentas.

26 — Naujojo Civilinio proceso kodekso 310 ir paskesni straipsniai.

27 — 1976 m. gruodžio 9 d. įstatymo 6 straipsnis.

28 — Civilinio proceso kodekso 292 straipsnis ir 1871 m. liepos 25 d. įstatymo 3 straipsnis, *RGBl.* 75/1871.

35. Kaip savo atsiliepime į ieškinį pripažino Austrijos Respublika, tvirtinimas yra būdinga ir esminė notaro funkcija šioje šalyje. Ji atliekama šalių nurodymu, tačiau tam tikrais atvejais būtina kreiptis į notarą norint įforminti ir visapusiškai įteisinti dokumentą. Notaras patikrina forminamo dokumento teisėtumą, informuoja šalis apie jų teises ir pareigas bei įforminimo pasekmes ir įsitikina visapusišku šalių teisnumu bei veiksnumu.

36. Įformines dokumentą notaras gali atstovauti šalims ir ypatingais atvejais ginti jas teismuose ir valstybės institucijose [29]. Ši veikla vykdoma nepriklausomai, už tam tikrą mokestį.

37. Notariniai dokumentai turi ypatingą įrodymo galią, nors tam tikromis tiksliai apibrėžtomis sąlygomis ją galima paneigti [30].

38. Notariniai dokumentai suteikia teises, kurias suinteresuotasis asmuo gali įgyvendinti, tiesiogiai to pareikalavęs iš už šią funkciją atsakingų valstybės institucijų, t. y. apylinkės teismų [31]. Nėra būtinas nei skolininko sutikimas, nei teismo sprendimas dėl fakto ar teisės pripažinimo. Vis dėlto vykdymo procedūrą galima apskųsti pagal specialias procesines taisykles, reglamentuojančias tokią procedūrą [32].

39. Austrijos vyriausybė pateikė duomenų, kad, be tvirtinimo funkcijų, notarai užsiima ir kita veikla. Notaras taip pat gali atlikti įstatymu numatytas *Gerichtskommissär* funkcijas, t. y. dalyvauti ir talkinti vykdant tam tikrus teisminius procesus, pavyzdžiui, nagrinėjant bylas dėl paveldėjimo. Notarui, vykdančiam *Gerichtskommissär* funkcijas, suteikiami įgaliojimai, prilygstantys teismo įgaliojimams, įskaitant teisę priimti nutartis.

40. Notarai yra federalinio teisingumo ministro įsakymu paskirti pareigūnai, įgalioti atlikti viešąsias funkcijas. Tačiau savo veikla jie užsiima kaip nepriklausomi specialistai. Vykdydami savo funkcijas jie dirba visiškai nepriklausomai, vadovaudamiesi specialiu

29 — Minėto įstatymo 5 straipsnis.

30 — Civilinio proceso kodekso 292 straipsnis.

31 — *Bewilligungs- bzw. Exekutionsgericht*. Žr. 1896 m. gegužės 27 d. įstatymo 17 ir paskesnius straipsnius, *RGBl.* 79/1896.

32 — 1896 m. gegužės 27 d. įstatymo 35–37 straipsniai.

statutu. Notariniai mokesčiai reglamentuojami įstatymu, tačiau klientai gali pasirinkti notarą. Taigi notarų konkurencijos sistema paremta paslaugų kokybe, o ne kainų politika.

e) Vokietijos teisė

41. Notarų veikla Vokietijoje reglamentuojama 1961 m. vasario 24 d. įstatymu, taip pat įvairiomis Civilinio proceso kodekso nuostatomis.

42. Notaro profesija Vokietijoje užsiima nepriklausomi valstybės pareigūnai, kurių pagrindinė funkcija tvirtinti dokumentus [33]. Įformintas notarinis dokumentas yra vykdytinas ir turi ypatingą įrodymo galią [34]. Notaro funkcijos patenka į „prevencinio teisingumo“ sferą [35].

43. Tvirtinimas yra svarbiausia ir būdingiausia notaro veikla. Ją vykdydami notarai patikrina privačių dokumentų, kuriuos šalys pageidauja įforminti, teisėtumą ir užtikrina, kad reikšdamos savo pageidavimus jos turėtų visapusišką teisnumą ir veiksnumą [36]. Jei teisinės sąlygos įvykdytos, notarai privalo dokumentus patvirtinti [37]. Dalyvaudami tokiame procese notarai konsultuoja šalis ir informuoja jas apie jų teises ir pareigas, taip pat apie dokumento patvirtinimo pasekmes [38]. Nors notarai veikia šalies nurodymu, o ne *ex officio*, pagal Vokietijos įstatymus daugelį dokumentų privaloma įforminti pas notarą, kad jie visapusiškai įsigaliotų [39].

44. Notariniai dokumentai yra autentiški ir turi ypatingą įrodymo galią, nors ją galima paneigti įstatyme nustatytomis sąlygomis [40] ir atsižvelgiant į tai, ką notaras tvirtina – trečiųjų šalių pareiškimus, paties notaro pareiškimus ar faktinius įvykius.

45. Notariniai dokumentai turi vykdomąją galią ir vykdyti įgaliotos institucijos tiesiogiai atsako už jų vykdymą. Skolininko sutikimas nebūtinas, tačiau jis turi būti informuotas. Tai

33 — 1961 m. vasario 24 d. įstatymo 1 straipsnis ir 20 straipsnio 1 dalis, *BGBl.* I, p. 97.

34 — Civilinio proceso kodekso 415 straipsnis, 794 straipsnio 1 dalies 5 punktas ir 797 straipsnio 2 dalis.

35 — Vokiečių k. – *vorsorgende Rechtspflege* (1961 m. vasario 24 d. įstatymo 1 straipsnis).

36 — 1961 m. vasario 24 d. įstatymo 14 straipsnio 2 dalis.

37 — 1961 m. vasario 24 d. įstatymo 15 straipsnio 1 dalis.

38 — 1961 m. vasario 24 d. įstatymo 14 straipsnio 1 dalies 2 punktas.

39 — Žr., be kita ko, atvejus, susijusius su įsipareigojimu dovanoti (BGB 518 straipsnis), vedybinėmis sutartimis (BGB 1408 straipsnis) ar palikimo atsisakymu (BGB 2346 straipsnis).

40 — Civilinio proceso kodekso 415 straipsnio 2 dalis.

reiškia, kad vykdymas skolininkui tampa privalomas iškart po dokumento parengimo ir patvirtinimo [41]. Vykdymo jurisdikcija priklauso tik įstatymo nustatytoms institucijoms, o notarai į jų sąrašą nepatenka [42]. Vykdymo proceso metu priimti sprendimai, susiję su notarinio dokumento turiniu, gali būti apskųsti [43].

46. Vokietijos vyriausybė pateikė duomenų, kad, be tvirtinimo funkcijų, notarai taip pat užsiima kita veikla, tačiau tai tėra pirmiau aprašytą veiklą papildanti veikla. Taigi notarų funkcijos susijusios su dokumentų tvirtinimu, įgaliojimų suteikimu ir priesaika patvirtintų pareiškimų liudijimu.

47. Vokietijos notarai yra valstybės pareigūnai, kuriuos skiria *Land* ir kurie savo funkcijas vykdo valstybės vardu [44]. Nors jų veikla nėra komercinio pobūdžio, notarai dirba kaip nepriklausomi specialistai, išskyrus Badeną-Viurtenbergą [45]. Kitose *Länder*, atsižvelgiant į regioną, notarai užsiima tik notaro profesija arba vykdo notaro funkcijas versdamiesi teisininko profesija. Jiems galioja specialus statusas, užtikrinantis jų nepriklausomumą, o notariniai mokesčiai nustatyti įstatymu [46]. Vis dėlto klientai tam tikros teritorijos ribose gali laisvai pasirinkti notarą [47]. Taigi konkrečioje teritorijoje dirbantys notarai konkuruoja, tačiau ne kainomis, o paslaugų kokybe.

f) Graikijos teisė

48. Graikijos notarų veikla iš esmės reglamentuojama Įstatymu Nr. 2830/2000.

49. Graikijos notarai yra valstybės pareigūnai, kuriems iš principo patikėta tvirtinti dokumentus, suteikiant jiems įrodymo ir vykdomąją galią [48].

41 — Civilinio proceso kodekso 794 straipsnio 1 dalies 5 punktas.

42 — Jurisdikcija priklauso įvairioms institucijoms, įskaitant antstolius (*Gerichtsvollzieher*), vykdomuosius teismus (*Vollstreckungsgericht*), pirmosios instancijos teismus (*Prozessgericht*) ir žemės registrus (*Grundbuchamt*).

43 — Civilinio proceso kodekso 732 straipsnis ir 797 straipsnio 3 dalis.

44 — 1961 m. vasario 24 d. įstatymo 1 straipsnis.

45 — Ten notarai yra viešojo administravimo pareigūnai.

46 — 1961 m. vasario 24 d. įstatymo 17 straipsnis.

47 — 1961 m. vasario 24 d. įstatymo 10a ir 11 straipsniai.

48 — Įstatymo Nr. 2830/2000 1 straipsnio 1 dalis.

50. Notarai atsako už dokumentų, kuriuos jiems laisva valia pateikia šalys, tvirtinimą, nors notaro dalyvavimas tam tikrais atvejais gali būti privalomas [49]. Notaras informuoja ir konsultuoja šalis apie jų teises bei pareigas ir teikdamas paslaugas yra visiškai nepriklausomas.

51. Notariniai dokumentai turi ypatingą įrodymo galią, kuri atsiranda *erga omnes* [50]. Tokių dokumentų turinys gali būti ginčijamas tik išimties tvarka.

52. Atsižvelgianti į notariniams dokumentams būdingą vykdomąją galią, jų vykdymo galima tiesiogiai reikalauti iš institucijos, kuri yra įgaliota tokį vykdymą užtikrinti ir yra už jį atsakinga. Vis dėlto vykdymo priemonės gali būti skundžiamos, tačiau tik išskirtiniais atvejais ir apibrėžtomis aplinkybėmis [51].

53. Graikijos vyriausybė pateikė duomenų, kad, be tvirtinimo funkcijų, notarai taip pat užsiima kita veikla, tačiau tai tėra minėtą veiklą papildanti veikla. Taigi notarai atlieka funkcijas, susijusias, be kita ko, su turto pardavimu vykdymo, bankroto, globos ir paveldėjimo procesuose, turto aprašymo funkcijas, su turto padalijimu nedalomos bendrosios nuosavybės atveju susijusias funkcijas.

54. Notarai yra valstybės pareigūnai, teikiantys paslaugas nepriklausomai ir tiesiogiai imantys mokestį iš savo klientų. Nors jų paslaugų kaina nustatyta įstatymu, klientai turi tam tikrą laisvę pasirinkti notarą.

55. Taigi notarų konkurencijos sistema grindžiama paslaugų kokybe, o ne kainų politika.

g) Santrauka

56. Todėl iš visos pateiktos informacijos galima daryti išvadą, kad šešios valstybės narės atsakovės sukūrė ir išplėtojo bendrą notaro profesijos modelį, ypač kiek tai susiję su tvirtinimu ir jo pasekmėmis: įrodymo ir vykdomąją galia. Taip pat paaiškėjo faktas, kad visose šiose valstybėse narėse notarai turi ypatingą, mišrų valstybės pareigūno ir nepriklausomo specialisto, statusą, taigi jiems galioja teisės ir pareigos, kurias įgyvendindami jie vykdo *sui generis* ekonominę veiklą. Būtent dėl šių esminių bendrų bruožų galima pateikti bendrą pagrįstą atsakymą į pateiktus ieškinius dėl įsipareigojimų neįvykdymo.

49 — Pavyzdžiui, steigiant bendroves, dovanojant *inter vivos,* perduodant nekilnojamąjį turtą.

50 — Įstatymo Nr. 2830/2000 438 straipsnis.

51 — Įstatymo Nr. 2830/2000 933 ir paskesni straipsniai.

2. Nacionalinės teisės aktų nuostatos, dėl kurių pateikti ieškiniai: pilietybės reikalavimai

57. Apibrėžus bendrą notaro profesijos teisinio reglamentavimo sistemą, reikia išdėstyti nuostatas, Komisijos ginčijamas šioje byloje, kuriomis siekiama galimybę verstis notaro profesija suteikti tik atitinkamų valstybių narių piliečiams.

a) Belgijos teisė

58. XI m. vantozo 25 d. įstatymo, iš dalies pakeisto 1999 m. gegužės 4 d. įstatymu, 35 straipsnio 3 dalyje nustatytas pilietybės reikalavimas norintiems verstis notaro profesija Belgijoje. Jis suformuluotas taip:

„Norėdamas tapti kandidatu eiti notaro pareigas, besikreipiantis asmuo privalo: 1. Būti Belgijos pilietis <...>“

b) Prancūzijos teisė

59. 1973 m. liepos 5 d. dekreto, iš dalies pakeisto 1989 m. birželio 20 d. Dekretu 89-399, 3 straipsnyje nustatytas pilietybės reikalavimas, kuriuo apribojama galimybė verstis notaro profesija Prancūzijoje:

„Notarais gali tapti tik asmenys, atitinkantys šiuos kriterijus: 1. Jie privalo būti Prancūzijos piliečiai <...>“

c) Liuksemburgo teisė

60. 1976 m. gruodžio 9 d. Įstatymo dėl notarų profesijos organizavimo 15 straipsnyje nustatytas pilietybės reikalavimas norintiems verstis notaro profesija Liuksemburge. Jis suformuluotas taip:

„Kad galėtų vykdyti notaro pareigas, asmuo turi: a) būti Liuksemburgo pilietis <...>“

d) Austrijos teisė

61. Reglamento RGB1 Nr. 75/1871 dėl notarų, iš dalies pakeisto Reglamentu RGB1 Nr. 164/2005, 6 straipsnio 1 dalies a punkte nustatytas pilietybės reikalavimas, kurį reikia atitikti norint verstis notaro profesija Austrijoje:

„Kandidatas, norintis užimti notaro pareigas, turi: a) būti Austrijos pilietis <...>“

e) Vokietijos teisė

62. Federalinio notarų kodekso, iš dalies pakeisto 2007 m. kovo 26 d. įstatymo 3 straipsniu, 5 straipsnyje išdėstytas pilietybės reikalavimas, kurį turi atitikti asmenys, norintys verstis notaro profesija Vokietijoje. Jis suformuluotas taip:

„Notaro pareigas gali užimti tik Vokietijos pilietybę turintys gyventojai, kurie atitinka reikalavimus, taikomus teisėjams pagal Federalinį įstatymą dėl teisėjų veiklą reglamentuojančių taisyklių."

f) Graikijos teisė

63. Minėto Įstatymo Nr. 2830/2000 19 straipsnio 1 dalyje nustatytas pilietybės reikalavimas, kurį turi atitikti asmenys, norintys verstis notaro profesija Graikijoje. Jis suformuluotas taip:

„Notarais skiriami asmenys turi būti Graikijos piliečiai <...>"

III — Šalių reikalavimai

64. Čia nagrinėjamose sujungtose bylose Komisija, kurią palaiko Jungtinė Didžiosios Britanijos ir Šiaurės Airijos Karalystė, Teisingumo Teismo prašo:

— pripažinti, kad leisdamos notaro profesija užsiimti tik asmenims, turintiems jų valstybės pilietybę, Belgijos Karalystė, Prancūzijos Respublika, Liuksemburgo Didžioji Hercogystė, Austrijos Respublika, Vokietijos Federacinė Respublika ir Graikijos Respublika, neįvykdė įsipareigojimų pagal EB 43 straipsnį ir EB 45 straipsnio pirmą pastraipą,

— pripažinti, kad netaikydamos Direktyvos 2005/36 dėl profesinių kvalifikacijų pripažinimo notaro profesijai Belgijos Karalystė, Liuksemburgo Didžioji Hercogystė, Austrijos Respublika, Vokietijos Federacinė Respublika ir Graikijos Respublika neįvykdė įsipareigojimų pagal šią direktyvą,

— priteisti bylinėjimosi išlaidas iš Belgijos Karalystės, Prancūzijos Respublikos, Liuksemburgo Didžiosios Hercogystės, Austrijos Respublikos, Vokietijos Federacinės Respublikos ir Graikijos Respublikos.

65. Savo ruožtu valstybės narės atsakovės, palaikomos Lietuvos Respublikos, Rumunijos, Bulgarijos Respublikos, Lenkijos Respublikos, Slovėnijos Respublikos, Čekijos Respublikos, Slovakijos Respublikos, Vengrijos Respublikos ir Latvijos Respublikos, Teisingumo Teismo prašo:

atmesti ieškinį kaip nepagrįstą, kadangi EB 43 straipsnis ir EB 45 straipsnio pirma pastraipa nebuvo pažeisti, ir priteisti iš Komisijos bylinėjimosi išlaidas,

be to, Vokietijos Federacinė Respublika mano, kad prieš nagrinėjant minėtus reikalavimus pirmiausia turi būti išnagrinėtas jos prieštaravimas dėl priimtinumo, pagrįstas tuo, kad ikiteisminiame procese Komisija rėmėsi Direktyva 89/48, o dabar savo ieškinyje ji tvirtina, jog buvo pažeista Direktyva 2005/36, kuria pakeista ankstesnė direktyva.

IV — Dėl priimtinumo

66. Byloje C-54/08, kurioje Vokietijos Federacinė Respublika yra atsakovė, ji, palaikoma Slovėnijos ir Latvijos, pateikia prieštaravimą dėl priimtinumo, pagrįstą nuostatomis, kuriomis remiasi Komisija. Vokietijos nuomone, Komisija šios bylos dėl pažeidimo ikiteisminiame etape ją apkaltino pažeidus Direktyvą 89/48, tačiau dabar, bylinėjimosi etape, Komisija ją kaltina pažeidus Direktyvą 2005/36, kuria pakeista ankstesnė direktyva.

67. Šiam prieštaravimui negalima pritarti.

68. Teisingumo Teismas yra ne kartą konstatavęs, kad ikiteisminės procedūros tinkamas vykdymas yra pagal EB sutartį reikalaujama pagrindinė garantija, kuria siekiama ne tik apsaugoti suinteresuotosios valstybės narės teises, tačiau taip pat užtikrinti, kad galimo teisminio proceso dalykas bus aiškiai apibrėžtas ginčas. Iš tikrųjų, tik tinkamai įvykdžius ikiteisminę procedūrą, per teisminį procesą Teisingumo Teismas galės nuspręsti, ar valstybė narė iš tiesų neįvykdė konkrečių įsipareigojimų, kurie, Komisijos teigimu, buvo pažeisti [52].

69. Tačiau, kaip ne kartą konstatavo Teisingumo Teismas, nors ieškinio reikalavimai iš principo negali apimti daugiau nei pagrįstos nuomonės rezoliucinėje dalyje ir oficialiame pranešime nurodomi pažeidimai, tuo atveju,

52 — 1995 m. liepos 11 d. Nutarties *Komisija prieš Ispaniją*, C-266/94, Rink. p. I-1975, 17 ir 18 punktai.

kai Bendrijos teisės aktas pakeičiamas per ikiteisminę procedūrą, „Komisija gali siekti, kad būtų pripažinta, jog valstybė narė neįvykdė įsipareigojimų, numatytų vėliau pakeistoje arba panaikintoje pirminėje direktyvos redakcijoje, kurie naujomis nuostatomis buvo palikti galioti“ [53].

V — Dėl bylos esmės

A — *Pirmasis ieškinio pagrindas dėl pažeidimo*

70. Kaip pažymėjo Komisija, šių nuostatų lyginamoji analizė rodo, kad Direktyva 2005/36 buvo tiesiog konsoliduotos ir kodifikuotos Direktyvos 89/48 nuostatos. Todėl dauguma valstybių narių įsipareigojimų, nustatytų Direktyvoje 89/48, tebegalioja ir pagal Direktyvą 2005/36.

72. Pirmuoju ieškinio pagrindu dėl pažeidimo Komisija prašo Teisingumo Teismo pripažinti, kad, leisdamos notaro profesija verstis tik savo piliečiams, valstybės narės atsakovės pažeidė EB 43 straipsnį ir EB 45 straipsnio pirmą pastraipą.

73. Valstybės narės skirtingai supranta taisyklę, kylančią iš šių minėtų dviejų nuostatų, iš esmės remdamosi neiginiu išreikštos taisyklės, išdėstytos antrojoje nuostatoje, taikymo srities nustatymu, t. y. skirtingai aiškina formuluotę „veiklai, kuri <...> yra susijusi, nors ir laikinai, su viešosios valdžios funkcijų vykdymu“.

71. Darytina išvada, kad ieškinys laikytinas priimtinu, o Vokietijos prieštaravimas dėl priimtinumo turi būti atmestas, kadangi jis susijęs su įsipareigojimais, kylančiais iš Direktyvos 2005/36, kurie jau galiojo pagal panaikintą direktyvą.

74. Paprastai kalbant, Komisijai atrodo, kad EB 45 straipsnio pirma pastraipa iš esmės taikytina tik su „prievarta“ susijusiomis aplinkybėmis, o valstybės narės pritaria kur kas platesniam aiškinimui, manydamos, kad ši taisyklė galioja bet kokiam sprendimui, turinčiam ypatingų pasekmių, kurios skiriasi nuo privataus dokumento pasekmių.

53 — Žr., be kita ko, 1999 m. lapkričio 9 d. Sprendimo *Komisija prieš Italiją*, C-365/97, Rink. p. I-7773, 36 punktą ir 2003 m. birželio 5 d. Sprendimo *Komisija prieš Italiją*, C-145/01, Rink. p. I-5581, 17 punktą.

1. Trys bendros įvadinės pastabos

75. Pirmiausia reikia išnagrinėti tris bendrus aspektus. Pirmasis susijęs su taisyklės, kylančios iš EB 43 straipsnio ir EB 45 straipsnio pirmos pastraipos, struktūra; antrasis susijęs su EB 45 straipsnio pirmos pastraipos prasme arba, jei Teisingumo Teismas to pageidautų, jos bendra sistema; trečiasis susijęs su proporcingumo principo taikymu.

a) Nuostatos, kurių pažeidimu Komisija kaltina valstybes nares: EB 43 straipsnis ir EB 45 straipsnio pirma pastraipa

76. Kaip ką tik paaiškinau, Komisija tvirtina, kad buvo pažeistos EB 43 straipsnio ir EB 45 straipsnio pirmos pastraipos bendros nuostatos, kuriomis remiantis nustatoma įsisteigimo laisvės taikymo sritis. Pirmiausia norėčiau pakomentuoti šio pažeidimo, nustatyto remiantis minėtų dviejų Sutarties nuostatų visuma, ypatingą pobūdį.

77. Griežtai kalbant, EB 43 straipsnis ir EB 45 straipsnio pirma pastraipa yra viena teisės norma, sudaryta iš taisyklės (įsisteigimo laisvė) ir išimties (susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu), kuriomis taip nustatoma jos taikymo sritis. Būtent šių dviejų nuostatų sąveika lems taisyklę, kuria remiantis bus išnagrinėta ši byla. Taigi čia nagrinėjame ne taisyklę (EB 43 straipsnis), kurios taikymą tiesiog riboja *išimtis* (EB 45 straipsnio pirma pastraipa), o kitą taisyklę, t. y. taisyklę, kuria nustatoma įsisteigimo laisvės taikymo sritis vykdant veiklą, kuri *nėra* susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu. Tokia yra pačios Sutartimi suteiktos laisvės taikymo sritis, ir būtent šiuo požiūriu reikia vertinti Komisijos teiginį, kad buvo pažeistas EB 43 straipsnis ir EB 45 straipsnio pirma pastraipa.

78. Be to, būtent tai yra esminis funkcinis skirtumas tarp dviejų EB 45 straipsnį sudarančių pastraipų. Kaip matome, pirmoje pastraipoje tiesiogiai ir išsamiai (*visapusiškai*), nors ir vartojant neiginį, apibrėžiama laisvės taikymo sritis, nurodant, kad į ją nepatenka veikla, susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu („netaikoma“). Kita vertus, antra pastraipa paprasčiausiai sudaroma galimybė antrinės teisės aktais nustatyti papildomus Sutarties EB 43 straipsniu ir EB 45 straipsnio pirma pastraipa suteiktos laisvės taikymo srities apribojimus. Ši bendra *ad hoc* išlygos dėl šios laisvės taikymo srities galimybė, kad ir kaip retai ja buvo naudotasi iki šiol, atsiduria už šio proceso dėl pažeidimo ribų. Tačiau

kontrastas tarp jos ir pirmoje pastraipoje esančios nuostatos leidžia suprasti ir paaiškinti pastarosios paskirtį ir taikymo sritį.

79. Todėl reikia pabrėžti, kad EB 43 straipsniu nėra skelbiama įsisteigimo laisvė, kurios atžvilgiu *paskui* nustatoma išimtis EB 45 straipsnio pirmoje pastraipoje. Kitaip tariant, pastaroji nuostata nėra taisyklės taikymo išimtis, o išimtis, sukurianti Sutarties taisyklę, kuria nustatoma minėtos laisvės taikymo sritis. Todėl valstybės narės yra įpareigotos įgyvendinti įsisteigimo laisvę ekonominės veiklos atžvilgiu, jei ši veikla nėra susijusi, net ir atsitiktinai, su viešosios valdžios funkcijų vykdymu. Nuo šiol, kalbėdamas apie EB 43 straipsnio taikymo sritį, nustatytą EB 45 straipsnio pirma pastraipa, vartosiu formuluotę „įsisteigimo laisvės netaikymo sritis“.

b) EB 45 straipsnio pirmos pastraipos prasmės aiškinimo sunkumai

80. Antroji bendra įvadinė pastaba susijusi su esminiu klausimu. Regis, iškart akivaizdu, kad EB 45 straipsnio pirmoje pastraipoje minima „veikla, susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu“, yra nuoroda į *svetimkūnį* šiuolaikinės viešosios valdžios fenomenologijoje. Viešosios ir privačiosios sferų arba, jei Teisingumo Teismui taip patogiau, valstybės ir visuomenės atskyrimas, būdingas šiuolaikiniam politikos pasauliui, reiškia, kad iš principo bet kokia veikla, susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, yra vykdoma tik trijų valdžių, kurios laikomos viešosios valdžios funkcijų vykdytojomis. Taigi privatizuota (arba nenacionalizuota) ekonominė veikla, kuri vis tiek pasižymi viešosios valdžios funkcijų vykdymu, yra ganėtinai *neįprastas* reiškinys pagal Sutarties sistemą. Vis dėlto būtent tokia formuluotė dar vartojama galiojančiame SESV 51 straipsnyje – buvusiame EB 45 straipsnyje, nepakeista nuo pradinės 1957 m. EEB sutarties versijos. Be to, ta pati nuostata yra ir Europos laisvosios prekybos asociacijos sutarties 23 ir 27 straipsniuose.

81. Tikriausiai galima daryti prielaidą, jog tai, kad minėta nuostata išliko kuriant pirminę teisę, atspindi tam tikrą tikslą ir išreiškia tam tikrą esminę idėją [54]. Vienintelis galimas logiškas paaiškinimas galėtų būti tai, kad

54 — Žr. C. Tomuschat „Der Vorbehalt der Ausübung öffentlicher Gewalt in den Berufsfreiheitsregelungen des EWG-Vertrages und die freie Advokatur im Gemeinsamen Markt“, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 27 (1967), p. 53 ir paskesni.

valstybės narės, kaip sutarčių autorės, taip pat galbūt remdamosi savo pačių teisine kultūra bei tradicijomis, atsižvelgė į faktą, kad bent jau daugelyje iš jų tam tikra veikla, susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, vis dėlto nebuvo viešųjų institucijų vykdoma veikla, o ekonominė arba ūkio subjektų vykdoma veikla. Argumentas, kad *neįmanoma įsivaizduoti* jokios egzistuojančios veiklos, kuri galėtų būti taip apibūdinta, verstų suabejoti tokio aiškinimo teisingumu.

Tačiau jei valstybės narės ir toliau ja užsiima, Sutartis aiškiai nurodo, kad šiai veiklai negalioja įsisteigimo laisvė. Šiuo požiūriu minėta nuostata gali būti prilyginta neprivalomai „standstill“ sąlygai.

c) Proporcingumo principo taikymas

82. Visai kas kita yra manyti, kad EB 45 straipsnio pirma pastraipa siekiama leisti valstybėms narėms imtis neriboto arba bendro viešosios valdžios funkcijų privatizavimo (t. y. tam tikros formos *decentralizacijos*), paverčiant šių funkcijų vykdymą „ekonomine veikla“. Tokiam požiūriui nepritariu. Priešingai, EB 45 straipsnio pirma pastraipa laikytina nuostata, labiau susijusia *su praeitimi*, o ne su ateitimi. EB 45 straipsnio pirmą pastraipą tikriausiai galima teisingiausiai suvokti remiantis Sutarties siekiu iš įsisteigimo laisvės taikymo srities pašalinti bet kokią ekonominę veiklą, kuri išimties tvarka išlaiko kokias nors sąsajas su viešosios valdžios funkcijų vykdymu. Žinoma, Sutartyje valstybėms narėms leidžiama savo nuožiūra ir toliau užsiimti tokia ekonomine veikla arba ją nutraukti.

83. Šioje byloje valstybės narės pareiškė, kad taikant EB 43 straipsnį ir EB 45 straipsnio pirmą pastraipą negalima taikyti proporcingumo kriterijaus. Taip teigdamos valstybės narės atsakovės ir į bylą įstojusios valstybės narės tvirtina, kad vykdant EB 45 straipsnio pirmos pastraipos reikalavimus nėra jokios veiksmų laisvės, kuri leistų šią nuostatą taikyti laipsniškai. Laipsniško taikymo metodas ir įgyvendina proporcingumo principą, kai jis taikomas pagrindinės laisvės išimčiai, kadangi būtent taip reikia nustatyti, kiek būtina suvaržyti laisvę, norint užtikrinti teisėtus viešosios politikos, visuomenės saugumo ar

visuomenės sveikatos tikslus [55]. Visos valstybės narės atsakovės šioje byloje tvirtina, kad EB 45 straipsnio pirma pastraipa negali būti svarstoma remiantis proporcingumo principu ir pagal šią nuostatą įmanomi tik du variantai: arba ji taikytina, arba ne, tačiau jokios veiksmų laisvės nėra.

84. Išties, kai Teisingumo Teismas nagrinėja klausimą, susijusį su EB 45 straipsnio pirmos pastraipos aiškinimu, jo analizė apsiriboja tik nustatymu, ar veikla buvo tiesiogiai ir faktiškai susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu. Tačiau, kaip paaiškinsiu vėliau, būtina pažymėti, kad iki šiol Teisingumo Teismui visada pakakdavo pirmojo EB 45 straipsnio pirmos pastraipos taikymo nagrinėjimo etapo, kadangi jam visada pavykdavo, remiantis pradinio atitinkamos sąvokos nagrinėjimo rezultatais, konstatuoti, kad atitinkama veikla nebuvo susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu. Kitaip tariant, tais atvejais, kai jam reikėdavo priimti sprendimą dėl EB 45 straipsnio pirmos pastraipos, Teisingumo Teismas tai galėdavo padaryti išsamiai nesvarstęs „viešosios valdžios“ sąvokos [56]. Tačiau jei atsakymas į klausimą yra teigiamas, Teisingumo Teismas turi pateikti išsamesnius motyvus. Tokiu atveju aiškinant sąvoką reikia, atsižvelgiant į tai, kiek veikla yra susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, nustatyti, ar atitinkama nacionalinė priemonė yra būtina siekiant EB 43 straipsnio ir EB 45 straipsnio pirmos pastraipos tikslų.

85. Taigi reikia konstatuoti, kad EB 43 straipsniui ir EB 45 straipsnio pirmai pastraipai galima taikyti proporcingumo kriterijų.

86. Atsižvelgiant į minėtas nuostatas, prireikus taikomas proporcingumo testas, kurio metu atliekamas vertinimas, panašus į tą, kuris aptinkamas Teisingumo Teismo praktikoje [57], t. y. nustatoma: 1) koks yra patvirtintos priemonės poveikis ir 2) kiek atitinkama veikla susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu. Kuo sąsajos labiau tiesioginės ir glaudžios, tuo daugiau priemonių pateks į EB 45 straipsnio pirmos pastraipos taikymo sritį. Jei sąsajos mažiau tiesioginės, atitinkamai mažesnis bus ir priemonių, kurias galima pateisinti pagal minėtą nuostatą, skaičius ir poveikis.

55 — EB 46 straipsnio 1 dalis. Kaip matyti iš gausios teismo praktikos, šią nuostatą Teisingumo Teismas aiškino kiekvienu konkrečiu atveju taikydamas proporcingumo testą. Iš naujausių sprendimų žr. 2006 m. rugsėjo 12 d. Sprendimo *Cadbury Schweppes ir Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, Rink. p. I-7995, 61 ir paskesnius punktus ir 2006 m. spalio 3 d. Sprendimo *Fidium Finanz*, C-452/04, Rink. p. I-9521, 46 punktą. Dėl šio principo ir jo vaidmens nustatant laisvių taikymo sritį žr. T. Tridimas „The General Principles of EU Law“, 2-asis leidimas, Oxford University Press, Oksfordas, 2006, p. 193 ir paskesni, D.-U. Galetta „Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo“, Giuffrè Editore, Milanas, 1998, p. 103 ir paskesni.

56 — Žr., be kita ko, M. Henssler ir M. Filian „Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG“, *Europarecht*, 2005, p. 192 ir paskesni.

57 — Žr. 55 išnašoje minėtą teismo praktiką.

2. Veikla, susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu

a) Teisingumo Teismo praktika

87. Pirmas dalykas, į kurį reikia atkreipti dėmesį nagrinėjant teismo praktiką, susijusią su EB 43 straipsniu ir EB 45 straipsnio pirma pastraipa, yra tai, kaip dažnai Teisingumo Teismas pabrėžia siauro aiškinimo būtinybę. Dar 1974 m. byloje *Reyners* [58] paaiškėjo, kad teismo praktikoje šiai nuostatai bus priskiriama labai siaura sritis. Tokį požiūrį patvirtina faktas, kad daugiau nei per pusę šimtmečio praktikos nė viename iš 15 sprendimų Teisingumo Teismas nekonstatavo, kad konkreti veikla patenka į EB 43 straipsnio ir EB 45 straipsnio pirmos pastraipos taikymo sritį.

88. Antra, Teisingumo Teismo praktikoje aiškiai nurodyta, kad žodis „veikla“ nėra žodžio „profesija“ sinonimas. Taigi faktas, jog veikla yra susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, savaime nereiškia, kad EB 43 straipsnis ir EB 45 straipsnio pirma pastraipa taikytini ir visai kitai veiklai, kurią vykdo atitinkamas specialistas. Būtent tokiais argumentais remdamasis Teisingumo Teismas konstatavo, kad EB 43 straipsnio ir EB 45 straipsnio pirmos pastraipos taikymo sritis ir taikomumas gali aprėpti visą profesiją tik tais atvejais, kai veikla, susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, neatskiriama nuo likusios veiklos. Kaip konstatuota Teisingumo Teismo sprendime *Reyners*, negalima priimti sprendimo, taikytino visai profesijai, „jei verčiantis nepriklausoma profesija, veikla, susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, gali būti atskirta nuo nagrinėjamos profesinės veiklos visumos“ [59].

89. Trečia, kaip Teisingumo Teismas pažymėjo Sprendime *Reyners*, EB 43 straipsnio ir EB 45 straipsnio pirmos pastraipos taikymo sritis „apima tik tą veiklą, kuri pati savaime yra tiesiogiai ir konkrečiai susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu“ [60], ir valstybės narės negali priimti vienašalių nuostatų šiuo atžvilgiu, kurios ją praplėstų ar susiaurintų [61].

90. Galiausiai, ketvirtasis ir paskutinis dalykas, kurį sužinome iš Teisingumo Teismo praktikos, yra poreikis analizuoti konkrečias veiklą sudarančias funkcijas, atliekant vertinimą pagal konkrečias nagrinėjamo atvejo aplinkybes; šiuo tikslu Teisingumo Teismas

58 — 1974 m. birželio 21 d. sprendimas, 2/74, Rink. p. 631.

59 — 47 punktas.

60 — 45 punktas.

61 — 1988 m. kovo 15 d. Sprendimo *Komisija prieš Graikiją*, 147/86, Rink. p. 1637, 8 punktas.

turės atidžiai atsižvelgti į nacionalinės teisės problemas, kurias ne visada lengva išspręsti. Taigi Sprendime *Reyners* aiškiai nurodyta, kad kriterijus, kurie turi būti įvykdyti, kad EB 45 straipsnio pirma pastraipa būtų taikytina, privalu „nagrinėti atskirai kiekvienos valstybės narės atžvilgiu, atsižvelgiant į nacionalines nuostatas, taikytinas šios profesijos organizavimui ir vertimuisi ja“ [62]. Toks požiūris nulėmė tai, kad teismo praktika yra kazuistinė, negausi ir glaudžiai susijusi su kiekvienos veiklos rūšies ypatybėmis. Faktiškai dėl to šiuo metu nėra nė vieno Teisingumo Teismo sprendimo, kuriame būtų paaiškintos žodžių „tiesioginis“, „konkretus“ ar „viešoji valdžia“ reikšmės.

91. Kalbant apie šios teismo praktikos praktinius rezultatus, pažymėtina, kaip jau minėjau, kad iki šiol priimtuose sprendimuose Teisingumo Teismas nė karto nekonstatavo, kad veikla buvo tiesiogiai ar konkrečiai susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu [63].

Advokato profesija [64], mokytojo profesija arba vadovavimas privatiems švietimo centrams [65], viešosios valdžios institucijų duomenų apdorojimo sistemų valdymas [66], draudimo auditorių profesija [67], automobilių techninė apžiūra [68], lažybų ir loterijų bilietų pardavimas [69], privatus draudimas [70], viešosios medicinos transporto paslaugos [71] ir ekologinio žemės ūkio produktų kontrolės įstaigos [72] – visa tai Teisingumo Teismo buvo nagrinėta, ir visais atvejais jis nusprendė, kad tai nebuvo veikla, susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu pagal EB 45 straipsnio pirmą pastraipą [73].

62 — 49 punktas.

63 — Vokietijos Federacinė Respublika laikosi nuomonės, kad 1994 m. spalio 5 d. Sprendime *Van Schaik*, C-55/93, Rink. p. I-4837, Teisingumo Teismas padarė išvadą, jog ekonominė veikla buvo susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu. Šio sprendimo 16 punkte jis konstatavo, kad valstybė narė, suteikdama įgaliojimus tikrinti motorines transporto priemones autoservisams, įsteigtiems kitose valstybėse narėse, už nacionalinės teritorijos ribų išplečia teises ir galias, susijusias su viešosios valdžios funkcijų vykdymu. Teisingumo Teismas priėjo prie išvados, kad būtent teisė suteikti įgaliojimus, o ne veikla, kuriai buvo suteiktas leidimas, buvo susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu.

64 — Sprendimas *Reyners*.

65 — Sprendimas *Komisija prieš Graikiją*.

66 — 1989 m. gruodžio 5 d. Sprendimas *Komisija prieš Italiją*, C-3/88, Rink. p. 4035.

67 — 1993 m. liepos 13 d. Sprendimas *Thijssen*, C-42/92, Rink. p. I-4047.

68 — 2009 m. spalio 22 d. Sprendimas *Komisija prieš Portugaliją*, C-438/08, dar nepaskelbtas Rinkinyje, ir Sprendimas *Van Schaik*.

69 — 1994 m. balandžio 26 d. Sprendimas *Komisija prieš Italiją*, C-272/91, Rink. p. I-1409.

70 — 1998 m. spalio 29 d. Sprendimas *Komisija prieš Ispaniją*, C-114/97, Rink. p. I-6717; 2000 m. kovo 9 d. Sprendimas *Komisija prieš Belgiją*, C-355/98, Rink. p. I-1221; 2001 m. gegužės 31 d. Sprendimas *Komisija prieš Italiją*, C-283/99, Rink. p. I-4363, ir 2007 m. gruodžio 13 d. Sprendimas *Komisija prieš Italiją*, C-465/05, Rink. p. I-11091.

71 — 2010 m. balandžio 29 d. Sprendimas *Komisija prieš Vokietiją*, C-160/08, dar nepaskelbtas Rinkinyje.

72 — 2007 m. lapkričio 29 d. Sprendimas *Komisija prieš Vokietiją*, C-404/05, Rink. p. I-10239, ir 2007 m. lapkričio 29 d. Sprendimas *Komisija prieš Austriją*, C-393/05, Rink. p. I-10195.

73 — Tai nereiškia, kad Teisingumo Teismas nieko nepasakė dėl veiklos, kuri gali patekti į EB 45 straipsnio pirmos pastraipos taikymo sritį, žr., pavyzdžiui, Sprendimą *Van Schaik*, ir netgi dėl darbuotojų judėjimo laisvės pagal 39 straipsnio 4 dalį, kurioje *obiter dicta* aiškiai užsimenama apie veiklą, kuri teoriškai galėtų būti susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, pavyzdžiui, viešosios tvarkos palaikymo arba dokumentų notarinio tvirtinimo pareigomis, nagrinėjamomis 2003 m. rugsėjo 30 d. Sprendime *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, C-405/01, Rink. p. I-10391.

b) Dėl poreikio išsamiau apibrėžti viešosios valdžios sąvoką

92. Kaip ką tik paaiškinau, teismo praktika nelabai naudinga analizuojant nagrinėjamoje nuostatoje minimos „viešosios valdžios“ pobūdį ar savybes. Kad būtų galima apibrėžti, kas yra viešoji valdžia, minima EB 45 straipsnio pirmoje pastraipoje [74], *pirmiausia reikia suprasti* viešąją valdžią kaip bendrą valstybės, taigi ir Europos Sąjungos, kuri yra valstybių bendrija, doktrinos kategoriją [75].

93. Šia prasme „viešoji valdžia“ visų pirma yra „valdžia“, t. y. galia primesti tam tikrą elgesį, kuriai negalima pasipriešinti. Remiantis nesunkiai pasiektu šios sąvokos supratimu ir tikrąja jos prasme, minėta galia priklauso tik valstybei, t. y. institucijai, kuri įkūnija teisės sistemą kaip teisėtos galios administravimo ir organizavimo priemonę [76]. Taigi viešoji valdžia yra suvereni galia – *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

94. Tai reiškia, kad viešoji valdžia yra svarbiausias teisėtos valdžios šaltinis valstybėje, kurią ji administruoja arba valstybės egzistavimo labui ir siekdama jos tikslų (bendrojo intereso), arba tenkindama teisėtus lūkesčius dėl elgesio, kurių tam tikri asmenys turi kitų asmenų atžvilgiu (privatūs interesai). Pastaruoju atveju visuomet vadovaujamasi iš anksto nustatytomis sąlygomis [77].

95. Žinoma, valstybės monopolizuotos ir administruojamos galios paskirtis yra vienas iš kriterijų, į kuriuos reikia atsižvelgti darant skirtumą tarp viešosios valdžios ir asmenų. Viešoji valdžia privalo pasiekti tuos bendruosius tikslus, kuriais remiasi konkreti vykdomosios valdžios nustatyta valstybės forma (Europoje tai paprastai yra socialinė ir demokratinė valstybė, pagrįsta įstatymo viršenybe). Kita vertus, savo laisvėmis besinaudojantys

74 — Be to, įvairiose jos kalbinėse versijose nedarant skirtumo vartojamos dvi sąvokos, kurios teoriškai gali reikšti du skirtingus dalykus, – „viešoji valdžia“ ir „viešieji įgaliojimai“. Pavyzdžiui, sąvoka „viešoji valdžia“ vartojama versijoje prancūzų k. (*l'exercice de l'autorité publique*), anglų k. (*the exercise of official authority*), portugalų k. (*exercício da autoridade pública*), rumunų k. (*exercitării autorității publice*) ir maltiečių k. (*eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika*), o sąvoka „viešieji įgaliojimai“ pasirinkta versijoje ispanų k. (*ejercicio del poder público*), vokiečių k. (*Ausübung öffentlicher Gewalt*), italų k. (*esercizio dei pubblici poteri*) ir švedų k. (*utövandet av offentlig makt*).

75 — Nepaisant to, lemiamas žodis dėl sąvokos prasmės priklauso Europos Sąjungos teisei, ir akivaizdu, kad Teisingumo Teismas, kaip aukščiausia šią teisę aiškinanti institucija, ją apibrėždamas visuomet pradiniu tašku laikys skirtingus valstybių narių siūlomus sąvokos aiškinimus. Žr., be kita ko, M. Schlag „Art. 45“, *EU-Kommentar*, J. Schwarze (red.), 2-asis leidimas, Nomos, Baden Badenas, 2009.

76 — Žr., be kita ko, išsamią bibliografiją A. Passerin d'Entreves „La dottrina dello Stato“, Giappichelli, Turinas, 1962.

77 — Čia, žinoma, neatsižvelgiama į kitos valstybės monopolizuotą galią, kuri harmoningai egzistuoja kartu su pirmosios valstybės galia, tik jei nepažeidžiamos atitinkamos suvereniteto sferos, nustatytos tarptautinėje teisėje.

asmenys gali rūpintis savo privačių interesų tenkinimu. Be to, prireikus ir pagal sistemos nustatytas sąlygas jie tai gali daryti remdamiesi viešosios valdžios administruojama galia, kuri tuo tikslu iš esmės tampa ne bendrų interesų siekimo priemone.

96. Tačiau kriterijus, kuris tradiciškai naudojamas viešajai valdžiai nustatyti, yra viešosios valdžios funkcijas vykdančios įstaigos galia vienašališkai primesti savo valią, kai nereikia gauti asmens, kuriam nustatytas atitinkamas įpareigojimas, sutikimo. Priešingai, asmuo, norėdamas, kad jo valią vykdytų kitas asmuo, turi gauti jo sutikimą.

97. Vis dėlto kur kas sudėtingiau būna tuomet, kai susiduriame su demokratine valstybe – kaip visuomet ir būna. Mat tokiomis aplinkybėmis tam tikros formos sutikimas visada galiausiai būtinas. Tvirtinimas, kad viešosios valdžios funkcijas vykdančios įstaigos valia yra neginčytina, tokiomis aplinkybėmis taip pat yra su išlygomis. Juk valstybėje, kurioje galioja įstatymo viršenybė, taigi ir Europos Sąjungoje, visi viešosios valdžios veiksmai gali būti peržiūrimi. Atsižvelgiant į tai, demokratinės valstybės suvereni valdžia yra labiau *auctoritas* nei vien *imperium* [78]. Kitaip tariant, tai yra valdymo galia, įgyvendinama pagal tų pačių asmenų, kurie yra įpareigoti paklusti, valią. Ją užtikrina valios valdyti teisėtumas, o ne tiesiog grasinimas fiziniu smurtu [79].

98. Tai reiškia, kad šiomis aplinkybėmis viešoji valdžia yra santykinė, o ne absoliuti sąvoka, todėl jos mastas gali skirtis [80]. Kuo lengviau primesti tam tikrą elgesį, tuo labiau tai galima laikyti viešosios valdžios funkcijų vykdymu, nors tai ir neapima priemonių, taikomų iškart ir be galimybės ginčyti.

99. Dėl visų išdėstytų priežasčių, paskirties (bendrieji interesai ar asmeniniai interesai) kriterijaus arba įpareigojimų nustatymo panaudojant jėgą būdo (vienašališkai ar abipusiu sutarimu) kriterijaus naudojimas tikrai nebus tvirtas pagrindas. Taip yra todėl, kad

78 — Tikrovėje, žinoma, suverenitetas yra savybė, kuri būdinga valstybei, tačiau negali priklausyti nei vienai iš jos institucijų, kurios, kaip ir pati valstybė, remiasi tik konstitucija: „es gibt nur so viel Staat, wie die Verfassung konsituiert“ („valstybė negali viršyti konstitucijoje nustatytų ribų“) (P. Häberle „Europäische Verfassungslehre“, 6-asis leidimas, Nomos, Baden Badenas, 2009, p. 187, kur pakartota R. Smend ir A. Arndt mintis). Sakoma, jog konstitucinėje valstybėje nėra suvereno, kadangi suverenitetas yra visos valstybės požymis (M. Kriele „Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimatitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates“, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburgas, 1975).

79 — Pradinis teisėtumas, kurį papildo teisėtumas, suteiktas jį įgyvendinant pagal procesinę logiką. Šiuo klausimu žr. N. Luhmann „Legitimation durch Verfahren“, Luchterhand (leid.), Noivydas/Berlynas, 1969.

80 — Dar šiuo klausimu žr., pavyzdžiui, minėtą C. Tomuschat, p. 69.

nagrinėjamos sąvokos yra ypač netikslios, gali būti aiškinamos reliatyviai ir todėl visiškai negali būti vertinamos objektyviai. Išvardyti kriterijai, žinoma, gali būti naudojami tuomet, kai viešosios valdžios funkcijos akivaizdžiai vykdomos, pavyzdžiui, kai kalbama apie veiklą labai tiesiogiai susijusią su suverenių teisių ir galių įgyvendinimu (kariuomenė, policija, teismai, vyriausybė). Tačiau jų nepakanka norint kvalifikuoti kitas viešosios veiklos rūšis, kurios, nors ir artimai susijusios su prievartiniais veiksmais, bet kokybiniu požiūriu skiriasi nuo privačios veiklos.

100. Toliau vadovaujantis šiais argumentais, svarbu įsidėmėti tai, kad šiuolaikinėje valstybėje valdžios organizavimas yra kur kas sudėtingesnis, nei būdavo seniau. Ankstesniais laikais tai būdavo daroma tiesiog valdant fizinės prievartos priemones pagal labai paprastas procedūras, reglamentuojančias jų naudojimo sąlygas. Taigi, norint apibrėžti sudėtingą viešosios valdžios reiškinį, pirmiausia dabar būtinas supratimas, pagrįstas teisinės sistemos, kurioje ta valdžia įgyvendinama, logika.

101. Šiuo požiūriu teisinė sistema yra teisėtos galios įgyvendinimo organizavimo procesas, kuris tam tikrais atvejais gali lemti tos galios taikymą konkrečioje situacijoje. Vis dėlto nėra jokios priežasties prieštarauti teiginiui, kad aktai, kuriuos galiausiai priima sistema (t. y. tuo atveju, kai teisėtos galios naudojimo procesas baigiasi jį užbaigiančiu aktu, suteikiančiu jam galutinį statusą), yra teisinės tvarkos visapusiška išraiška [81].

102. Remiantis šia prielaida, lemiamas akto priskyrimo viešosios valdžios institucijai kriterijus tuomet būtų jo santykis su toje valstybėje galiojančia teisės sistema. Konkrečiau kalbant, pagal veiklos pobūdį ji turėtų būti prilyginta dalyvavimui vykdant viešosios valdžios funkcijas, atsižvelgiant į tai, kiek ši veikla yra teisinės sistemos dalis (*jai priklauso*). Todėl reikėtų nustatyti ne tik tai, ar ji neprieštarauja teisinei sistemai, bet ir tai, ar ji yra šiai sistemai būdingas veiksmas [82].

81 — Apie požiūrį į teisinę sistemą kaip taikymo seką nuo pirmosios pozityviosios teisės nuostatos, kuria išreiškiama suvereni valdžia, žr., pavyzdžiui, H. Kelsen „Reine Rechtslehre“, 2-asis leidimas, Deuticke, Viena, 1960.

82 — Taigi norint nustatyti, ar konkreti veikla susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, nebūtina tos veiklos priskirti vienai iš trijų valdžios rūšių ir (arba) valstybės funkcijų, t. y. įstatymų leidžiamajai valdžiai, vykdomajai valdžiai ar teismams, ypač teismams, kaip paaiškėjo iš šioje byloje pateiktų argumentų.

103. Šiuo požiūriu teismus galima laikyti aiškiausia viešosios valdžios išraiška. Juk jų sprendimais galutinai nustatoma teisė ir taip jie tampa neatskiriami nuo pačios teisinės sistemos [83]. Tačiau tuo remiantis taip pat galima teigti, kad viešosios valdžios funkcijas vykdo institucija, kurios aktai gali turėti šį statusą be *iurisdictio* poreikio. Visų pirma teisė pati savaime yra vykdomojo pobūdžio, kaip ir administracinės valdžios institucijų priimtos nuostatos ar teisėsaugos institucijų nurodymai. Šie aktai ir nuostatos visada gali būti teismo peržiūrėti, tačiau jiems niekuomet nereikia „leidimo“, kad jie įgytų tiesioginį poveikį.

104. Iš to, kas išdėstyta pirmiau, akivaizdu, kad joks asmuo negali priimti teisės aktų, kurie galiotų trečiajam asmeniui, jei procese nedalyvauja viešosios valdžios institucija. Išsiaiškinus, kad asmenys negali griebtis jėgos, reikia daryti išvadą, kad asmens teisėmis galima remtis tik gavus valdžios leidimą. Viešoji valdžia tokiais atvejais įgyvendinama ne tik *peržiūrint* aktą, kuris pats savaime gali būti privalomas trečiajai šaliai, kaip antai administracinių, vykdomosios valdžios ar teisėkūros institucijų leidžiami aktai. Priešingai, tokiais atvejais viešosios valdžios funkcijas vykdanti institucija visuomet *nustato* įpareigojimus pagal asmens reikalavimus trečiajai šaliai. Tokie įsipareigojimai gali kilti iš bendrų ketinimų (sutarties ar dispozityvumo principas), tačiau asmuo negali niekaip užtikrinti jų vykdymo be viešosios valdžios institucijos įsikišimo.

105. Todėl, remiantis išdėstytais argumentais, reikia daryti išvadą, nors ir šiek tiek apibendrinant, kad nagrinėjant viešosios valdžios požymius įvairiose nacionalinėse sistemose reikia atsižvelgti į jos galią apibrėžti aktą, nuostatą ar elgesio normą kaip atitinkančią valstybės valią, įformintą pagal jos teisinę sistemą. Juk tai yra bendriausias visų šių sistemų pagrindas, kuriuo remiantis galia apibrėžti tam tikrą ketinimą kaip atitinkantį bendrą valstybės valią yra laikoma pagrindiniu kriterijumi norint atskirti viešąją ir privačiąją sferas.

106. Išdėstyti argumentai turėtų suteikti daugiau tikrumo nagrinėjant pagrindinį klausimą, kilusį dėl notarų veiklos.

83 — A. Merkl „Die Lehre von der Rechtskraft“, Deuticke, Leipcigas, 1923.

3. Ar notarų veikla, ypač tvirtinimas, patenka į įsisteigimo laisvės netaikymo sritį?

107. Tačiau reikia būti atsargiems. Klausimas, ar notarų veikla patenka į įsisteigimo laisvės vadinamąją „netaikymo sritį“, ne tik nėra išspręstas Teisingumo Teismo praktikoje, ir tai yra akivaizdu, bet kyla vykstant intensyvioms ir išsamioms diskusijoms šia tema, ir tai aiškiai atsispindėjo ir rašytinėse pastabose, ir ilgai užsitęsusiame balandžio 27 d. posėdyje. Nors teismo praktikoje išties aptinkame užuominą, kurią galima laikyti teigiamu atsakymu į šį klausimą [84], tikrai negalima teigti, kad Teisingumo Teismas turėjo progą pakankamai išsamiai išnagrinėti šį klausimą.

a) Tvirtinimas – kaip pagrindinė valstybių narių atsakovių notarų veikla

108. Pažymėtina, kad faktas, jog diskusijos šiuo klausimu yra intensyvios ir išsamios, aiškiai matomas iš Europos Parlamento pozicijų, patvirtintų įvairiais laikotarpiais [85]. Tą patį galima pasakyti ir apie pirmiau pacituotą Direktyvos 2005/36 41 konstatuojamąją dalį, nors ją galima laikyti dviprasmiška. Prie šio klausimo grįšiu vėliau. Bet kokiu atveju akivaizdu, kad nė vienas iš minėtų teiginių negali atleisti Teisingumo Teismo nuo pareigos tarti paskutinį žodį ar jį pakeisti aiškinant sutartis.

109. Kad ir kaip būtų, pirmiausia reikia prisiminti, kad valstybės narės ir Komisija pripažįsta, jog notarų veiklos esmė yra įgaliojimai tvirtinti dokumentus ir iš to atsirandančios pasekmės: įrodymo ir vykdomoji galia. Kai kurios valstybės narės, kaip antai Belgija ar Austrija, paminėjo daugelį notarinių funkcijų jų teisės sistemose, atspindinčių viešosios valdžios aspektus. Tačiau jos visos, įskaitant

84 — Sprendime *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante* Teisingumo Teismas, tiesa, nagrinėdamas EB 39 straipsnio 4 dalį, konstatavo: „Ispanijos teisė suteikia <...> įgaliojimus atlikti notarines funkcijas, taip pat registruoti gimimus, santuokas ir mirtis, kurių negalima paaiškinti tiesiog poreikiais, susijusiais su vadovavimu laivui. Tokios pareigos reiškia dalyvavimą įgyvendinant teises pagal viešosios teisės suteiktus įgaliojimus, siekiant apsaugoti vėliavos valstybės bendruosius interesus [42 punktas]“.

85 — Žr. 1994 m. sausio 18 d. ir 2006 m. kovo 23 d. Europos Parlamento rezoliucijas, kuriose tvirtinama, kad notaro profesija yra tiesiogiai ir faktiškai susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu. 2006 m. rezoliucijoje labai aiškiai nurodyta, kad Parlamentas „mano, kad Sutarties 45 straipsnis turi būti visapusiškai taikomas ir notarams“, ir šį teiginį grindžia tuo, kad „dalinis valstybės valdžios įgaliojimų perdavimas notarui yra pirminis su šia profesija susijęs aspektas, tai daroma reguliariai ir sudaro didžiąją notaro veiklos dalį“.

Komisiją, sutinka, kad tvirtinimas, atsižvelgiant į jo pasekmes, yra veikla, kuri geriausiai apibūdina profesiją ir be kurios ši profesija prarastų savo prasmę.

dešimtmetį [86]. Taigi atsakymas į šiuose ieškiniuose pateiktą klausimą turi būti pagrįstas tam tikros profesinės veiklos kvalifikavimu pagal jos dabartinį reguliavimą atitinkamose valstybėse narėse. Bet koks šio reguliavimo pokytis, žinoma, gali būti reikšmingas Teisingumo Teismui pateikiant atsakymą.

110. Beje, šešis ieškinius dėl įsipareigojimų neįvykdymo sujungti šioje išvadoje pavyko iš esmės todėl, kad frazė „notarų veikla“ gal būti vienodai vartojama jų visų atžvilgiu. Kitaip tariant, galima sakyti, kad šiose šešiose valstybėse narėse notaro darbas – tai daugiausia tvirtinimo veikla, kurios pasekmės yra daugmaž tokios pačios atitinkamose jų teisės sistemose. Žinoma, šių valstybių narių suverenitetas leidžia joms pakeisti šią situaciją, pavyzdžiui, jei valstybė narė nusprendžia pati atlikti šias funkcijas tiesiogiai per savo administracines institucijas arba tuomet, kai ši situacija labai sumenkina notaro dalyvavimo tvirtinant „viešuosius“ dokumentus pasekmes. Antrojo varianto pavyzdys galėtų būti Portugalija prieš tai, kai pradėjo notaro profesijos pokyčių procesą, arba Badenas-Viurtenbergas; pirmojo varianto pavyzdys galėtų iš esmės taip pat būti Portugalija, atsižvelgiant į tai, kokio masto pokyčiai įvyko per paskutinį

111. Vadovaujantis Sprendimu *Reyners*, čia taip pat svarbu pažymėti, kaip jau paaiškinau, kad tai, ką pavadinau įsisteigimo laisvės netaikymo sritimi, galima išplėsti ir tai apimtų visą profesiją tais atvejais, „jei verčiantis nepriklausoma profesija, veikla, susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, gali (negali) būti atskirta nuo nagrinėjamos profesinės veiklos visumos“ [87]. Taigi būtina pritarti valstybių narių ir Komisijos požiūriui, kad tvirtinimo ir jo pasekmių negalima atskirti nuo notarų veiklos visumos. Taigi, jei būtų patvirtinta, kad ši veikla yra tiesiogiai ir konkrečiai susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, notarų

86 — Dėl notaro profesijos Portugalijoje ypatumų žr. mano išvadą byloje *Komisija prieš Portugaliją*, C-52/08, dar nepaskelbta Rinkinyje, pateikiamą tą pačią dieną kaip ir ši išvada.

87 — 47 punktas.

veikla, kalbant apie profesijos visumą, patektų į aplinkybių, numatytų EB 45 straipsnio pirmoje pastraipoje, aprėptį.

112. Šešiose valstybėse narėse atsakovėse notaras iš esmės įgaliotas rengti tvirtinamus dokumentus, pasižyminčius dviem pagrindinėmis savybėmis – absoliučia įrodymo ir vykdomąja galia [88]. Atsižvelgiant į apibūdinimą, kuris plačiai taikytinas visoms šioms valstybėms narėms ir kuris pagrįstas šios išvados pradžioje pateiktu apibūdinimu, galima teigti, kad notaras, vykdydamas tvirtinimo funkcijas, veikia pagal šalies nurodymus ir patikrina jo tvirtinamo dokumento teisėtumą. Notaro dalyvavimas gali būti privalomas arba pasirenkamas, atsižvelgiant į tvirtinamą dokumentą. Notaras turi patikrinti, ar įvykdytos įstatymu nustatytos dokumento įforminimo sąlygos, įsitikinti šalių teisnumu ir veiksnumu [89].

113. Visi notaro sudaryti dokumentai turi tokią pat absoliučią įrodymo galią kaip ir valstybės pareigūno priimti aktai, kurią galima paneigti tik teisme. Tai reiškia, kad notaro sprendimai gali būti peržiūrimi, tačiau tik pagal specialiąją peržiūros procedūrą [90].

114. Patvirtintas dokumentas taip pat yra vykdytinas visoje valstybės teritorijoje. Taigi skolininko sutikimas nebūtinas (nors jį būtina informuoti) norint užtikrinti notarinio dokumento vykdymą, kadangi viešosios valdžios institucija yra tiesiogiai atsakinga už tokio vykdymo užtikrinimą. Kai vykdymui prieštaraujama, skolininkas gali kreiptis į teismą, pareikšdamas prieštaravimą vykdymui [91].

b) Tvirtinimo veiklos priskyrimas prie viešosios valdžios funkcijų vykdymo

115. Atsakymas į pagrindinį klausimą, užduotą šiuose ieškiniuose dėl įsipareigojimų neįvykdymo, tampa beveik akivaizdus išnagrinėjus pirmiau pateiktus argumentus dėl viešosios valdžios apibrėžimo kriterijų. Juk jeigu vienas iš būdingiausių šiuolaikinės valstybės požymių yra jos ryšys su teisės sistema, tuomet tai, kad tam tikra veikla gali paveikti teisinės sistemos sandarą, bus lemiamas veiksnys formuluojant atsakymą.

116. Grįždamas prie kai kurių minėtų argumentų norėčiau pažymėti, kad valstybės valios galutinė išraiška yra teismo sprendimai;

88 — Žr. šios išvados 13, 20, 27, 34, 42 ir 49 punktus.

89 — Žr. šios išvados 14, 21, 28, 35, 36, 43 ir 50 punktus.

90 — Žr. šios išvados 15, 22, 29, 37, 44 ir 51 punktus.

91 — Žr. šios išvados 16, 23, 30, 38, 45 ir 52 punktus.

ši valia jau buvo išreikšta aktuose, kurie, atsižvelgiant į jų šaltinį, bus arba nebus nedelsiant vykdytini. Taip pat matėme, kad šitas vykdymo skubumo laipsnis yra patikimiausias viešosios valdžios nustatymo kriterijus. Be abejo, visi vykdytini reikalavimai visada gali būti teisiškai ginčijami ir tokiais atvejais vėl būtent teismai galiausiai turės išspręsti klausimą. Teismas gali atlikti savo, taikintojo sprendžiant konkrečius ginčus, vaidmenį, ypač nagrinėdamas prieštaraujančius reikalavimus pagal privatinę teisę (paprastai civilinius ieškinius, kuriuos vienas asmuo pateikia prieš kitą asmenį, norėdamas apginti savo teises).

117. Kad tai būtų įmanoma, labai svarbu, kad nacionalinėje teisės sistemoje būtų galima imtis ginčų *prevencijos priemonių* (ir užkirsti jiems kelią). Ypač svarbu, kad būtų galima tam tikrus asmenų patvirtintus dokumentus ir priemones priskirti prie viešųjų dokumentų ir priemonių (su įrodyta teisine galia ir įpareigojimu vykdyti), kurie priešingu atveju patys savaime neturėtų didesnės galios nei privatūs sandoriai. Imdamasi tokių veiksmų asmenų įformintų dokumentų atžvilgiu, viešosios valdžios funkcijas vykdanti institucija jiems suteikia patikimumo ir tikrumo savybių taip mažindama poreikį bylinėtis. Vis dėlto teismo įsikišimo galimybės tikrai niekada negalima atmesti, jei, nepaisant visų pastangų, ginčas vis tiek galiausiai kyla [92]. Ne visiškai teisingai, bet tikrai išraiškingai ši prevencinio taikinimo funkcija, kaip būdinga notarų tvirtinimo veiklos savybė, buvo pavadinta „prevenciniu teisingumu“.

118. Kitaip tariant, remiantis šios išvados 92 ir 105 punktuose apibrėžtu koncepciniu pagrindu, notarai, vykdydami tvirtinimo funkciją, tiesiogiai ir konkrečiai dalyvauja vykdant viešosios valdžios funkcijas, nes taip jie greičiau suteikia asmenims leidimą įgyvendinti savo subjektyvias teises, kurio šie priešingu atveju turėtų prašyti kiekvienu konkrečiu atveju. Notarų dalyvavimas panaikina būtinybę jiems kreiptis dėl kitos viešosios valdžios funkcijas vykdančios institucijos dalyvavimo, norint įrodyti notaro patvirtintą faktą, ir taip patvirtintam dokumentui suteikiamas galutinis pobūdis pagal viešąją teisę, kurį nuo tada galima ginčyti tik teisme (beje, kaip ir bet kokią viešosios valdžios priimtą priemonę). Žinoma, tai, ar institucija vykdo viešosios valdžios funkcijas, nustatoma remiantis ne imunitetu, susijusiu su teismo priežiūra (kuris šiaip ar taip neįmanomas

92 — Žr. visų pirma I. De Otto „Estudios sobre el Poder Judicial“, Teisingumo ministerija, Madridas, 1989.

teisinėje valstybėje), o įtikinama jos pačios aktų teisėtumo prezumpcija, taigi atsižvelgiant ir į jų peržiūrai būtinų sąlygų griežtumą.

119. Be abejo, notarai netaiko prievartinių veiksmų ir vienašališkai nenustato įpareigojimų. Tačiau, kaip jau matėme, tai nėra vienintelis kriterijus siekiant nustatyti, ar institucija vykdo viešosios valdžios funkcijas. Tvirtinimas asmenų sudarytiems dokumentams suteikia oficialų statusą, t. y. suteikia jiems išankstinę teisinę galią. Jei notaras nedalyvautų, asmenys būtinai turėtų kreiptis į kitą viešosios valdžios funkcijas vykdančią įstaigą, kad dokumentai įgytų teisinę galią. Tokio pobūdžio viešosios valdžios funkcijos vykdomos sferoje, kuri yra arčiausiai privataus asmens sferos, visų pirma pasižyminčios laisva valia. Tačiau atsižvelgiant į jos gebėjimą išskirtinai privatų dalyką paversti viešu, taip suteikiant jam viešajai valdžiai būdingą galią, ji neabejotinai turi viešąjį matmenį [93].

120. Tas faktas, jog dėl to, kad notarų veikla yra mažiau susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu siaurąja šios sąvokos prasme (per sąsajas su suverenios valdžios galiomis), jai galima taikyti ne tokius griežtus reikalavimus, palyginti su tais, kurie taikomi institucijoms, glaudžiausiai susijusioms su suvereniteto įgyvendinimu, yra kitas klausimas.

121. Todėl jei tvirtinimas atitinka tos funkcijos požymius, jį laikau veikla, kuri tiesiogiai ir konkrečiai susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, kadangi ją vykdant specialus statusas suteikiamas dokumentams, nuostatoms ir elgesio formoms, kurių teisinė galia priešingu atveju nebūtų didesnė nei privačios valios išraiška. Taikant šiai išvadai teismo praktiką, suformuotą Sprendime *Reyners*, būtina pažymėti, kad, atsižvelgiant į tai, jog tvirtinimas yra neatskiriama esminė notarų vykdomų funkcijų visose valstybėse narėse atsakovėse dalis, notaro profesija bendrai ir kaip visuma yra tiesiogiai ir konkrečiai susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu.

122. Tačiau suprantu, kad šios išvados savaime dar nepakanka, kad ja būtų galima remtis pateikiant atsakymą į pirmąjį ieškinio pagrindą šioje byloje dėl pažeidimo.

93 — Šiuo atžvilgiu tam tikri simboliniai dalykai, kuriuos pabrėžė kai kurios valstybės narės, gali patvirtinti mano teikiamą pasiūlymą. Pavyzdžiui, faktas, jog kai kuriose valstybėse notarai turi ir naudoja valstybinį antspaudą. Notarų veiklos viešąjį pobūdį atspindi kartais įtraukiama vykdymo sąlyga, pavyzdžiui, Prancūzijoje: „En conséquence, la République mande et ordonne à tous les huissiers de justice, sur ce requis de mettre les présentes à exécution. Aux Procureurs Généraux de la République près des Tibunaux de grande instance d'y tenir main. A tous, Commandants et Officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis."

4. Pilietybės reikalavimas, atsižvelgiant į proporcingumo principą

123. Iki šiol nagrinėjau notaro profesijos valstybėse atsakovėse funkcinį aspektą. Tačiau Komisija savo ieškinyje, kuriuo siekiama, kad būtų pripažintas pažeidimas, dėmesį sutelkė į notarų veiklą reglamentuojančiuose teisės aktuose nustatytą pilietybės reikalavimą. Todėl dabar reikia nustatyti, ar tai, kad notaro profesija patenka į įsisteigimo laisvės „netaikymo sritį", neabejotinai padaro šią sąlygą teisėtą. Kitaip tariant, kaip jau minėjau, proporcingumo testas turi būti atliktas siekiant įvertinti diskriminaciją dėl pilietybės pagal tai, kiek notarų veikla yra susijusi su viešąja valdžia.

a) Dėl notarų statuso

124. Žinoma, funkcijas atlikti leidžia statusas, kuris taip pat patvirtina kategoriją, prie kurios funkcija priskirta. Taigi notaras yra valstybės pareigūnas, atstovaujantis valstybei, nors jo veikla laikoma nepriklausoma profesija. Jo paskyrimas yra nuolatinis ir reguliuojamas pagal drausminį režimą, galiojantį konkrečiai asmenims, dirbantiems viešosios valdžios institucijų vardu [94].

125. Notaro ir valstybės ryšių oficialumas yra ypatingas sąsajų su viešąja valdžia požymis. Juk tai yra ryšiai, atsirandantys kai notaras pirmą kartą imasi savo veiklos, o teisė verstis šia profesija įgyjama tik išlaikius egzaminus, panašius į tuos, kuriuos laiko valstybės tarnautojai, ir davus priesaiką. Todėl jo statusas yra ryšio tarp notaro ir valstybės institucinio pobūdžio išraiška, jam suteikiantis galimybę oficialiai išreikšti valstybės valią forminant privačius teisinius dokumentus.

126. Remdamosi šiuo ryšiu, valstybės narės atsakovės savo nacionalinės teisės aktuose norintiems dirbti notarais nustatė reikalavimą turėti atitinkamos valstybės narės pilietybę. Šis reikalavimas, kuris lemia tiesioginę diskriminaciją dėl pilietybės ir kurį akivaizdžiai turi tenkinti visi notarais dirbantys asmenys, yra elementas, Komisijos nuomone, pažeidžiantis EB 43 straipsnį ir EB 45 straipsnio pirmą pastraipą, kuriam, kaip bus aptarta vėliau, turi būti taikomas proporcingumo testas.

94 — Žr. šios išvados 18, 25, 32, 40, 47 ir 54 punktus.

b) Diskriminacija dėl pilietybės, atsižvelgiant į EB 43 straipsnį ir EB 45 straipsnio pirmą pastraipą

127. Kaip paaiškinta šios išvados 83–86 punktuose, taikant EB 43 straipsnį ir EB 45 straipsnio pirmą pastraipą būtina ne tik įvertinti, ar veikla yra susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, bet paskui ir išnagrinėti, ar ginčijamą nacionalinę nuostatą galima pagal proporcingumo principą pagrįsti tikslais, kurių siekiama tomis dviem nuostatomis.

128. Būtina visų pirma pabrėžti, kad EB 45 straipsnio pirmoje pastraipoje, nepaisant atsiradusio jos „spontaniškesnio“ aiškinimo ir jam galbūt prieštaraujančios teismo praktikos [95], nėra užsimenama apie diskriminaciją dėl pilietybės. Todėl į tradicinį EB 45 straipsnio pirmos pastraipos ir pilietybės reikalavimų siejimą būtina žvelgti atsargiai, kadangi šis siejimas paremtas bylomis, kurias Teisingumo Teismas išsprendė iki šiol, o ne ryšio tarp jų *būtinybe* [96]. Svarbu pabrėžti, kad nors EB 45 straipsnio pirma pastraipa yra nuo pat jos pirminio parengimo nepakitusi nuostata, pati Sutartis labai pasikeitė. Nors pradinis EB 45 straipsnio pirmos pastraipos suvokimas gali būti siejamas su pilietybe, steigiamųjų sutarčių pokyčiai per pastaruosius dvidešimt metų neturėtų lemti skubios išvados, kad ši nuostata būtinai reiškia, jog valstybės narės turi teisę įvesti priemones, kuriomis įtvirtinama diskriminacija dėl pilietybės, ir neprivalo elgtis atsargiau.

129. Antra, vargu ar reikia pažymėti, kad tiesioginė diskriminacija dėl pilietybės nėra bet kokia priemonė, kurios poveikis yra tik judėjimo laisvės ribojimas. Priešingai, tokia diskriminacija turi ypatingų pasekmių Europos Sąjungos teisei, kadangi visų pirma tai yra akivaizdžiausia nacionalinio protekcionizmo išraiška [97]. Europos Sąjungoje, kur

95 — Žr. 64–73 išnašose minėtą teismo praktiką.

96 — Tai įrodo faktas, kad EB 45 straipsnio pirma pastraipa taip pat buvo remtasi, nors ir nesėkmingai, siekiant pateisinti sąlygas dėl apsigyvenimo ar nuolatinės infrastruktūros valstybėje narėje, kaip antai bylose *Komisija prieš Vokietiją* ir *Komisija prieš Austriją*.

97 — Apskritai žr. G. Davies „Nationality Discrimination in the European Internal Market“, Kluwer, Haga, 2003, ir M. Rossi „Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV“, *Europarecht*, 2000, p. 197 ir paskesni.

didžiuojamasi rinkos be vidaus sienų sukūrimu, tiesioginės diskriminacijos dėl pilietybės egzistavimas paneigia pačią integracijos idėją. Jos išimtinis pobūdis atrodo dar labiau neįprastas, turint omenyje tai, kad Europos Sąjunga įtraukė pagrindines teises, visų pirma lygybės principą, į savo vidaus teisę pagal Pagrindinių teisių chartijos 20 ir 21 straipsnius [98]. Taigi Sąjungoje, įsteigtoje remiantis įstatymo viršenybe, kuria užtikrinama pagarba pagrindinėms teisėms, tiesiog būtina suabejoti tokiu aiškinimu, kuris ne tik lemia savaime pakankamai rimtą diskriminaciją, bet ir pamina pagrindinius vidaus rinkos principus. Tai patvirtinama EB 12 straipsniu, kuriame nurodyta, kad „draudžiama bet kokia diskriminacija dėl pilietybės“, taip pat Teisingumo Teismo praktika, kurioje ne kartą buvo nepritarta tokioms valstybių narių taikomoms priemonėms. Todėl galima teigti, kad iš visų Europos Sąjungos teisės uždraustų diskriminacijos rūšių diskriminacija dėl pilietybės draudžiama ypač griežtai [99].

130. Todėl nieko kito nebelieka, tik apsvarstyti, kiek iš EB 43 straipsnio ir EB 45 straipsnio pirmos pastraipos kylanti taisyklė nukrypsta nuo kitų Sutarties nuostatų, ypač nuo kai kurių jos pagrindinių principų.

131. Be abejo, diskriminacija dėl pilietybės uždrausta EB 12 straipsnyje [100]. Tačiau, kartu taikydama EB 43 straipsnį ir EB 45 straipsnio pirmą pastraipą, valstybė narė iš principo galėtų teisėtai priimti tokio pobūdžio diskriminacinę priemonę, skirtą fiziniams asmenims. Taip pat galima teigti, kad tokiomis aplinkybėmis būtų taikytinas EB 18 straipsnis, kuriame įtvirtinta asmenų judėjimo laisvė tais atvejais, kai ekonominės laisvės negalioja. Tačiau

98 — Išvadoje, pateiktoje byloje *Coleman*, C-303/06, Rink. p. I-5603, generalinis advokatas P. Maduro tvirtino, kad „akivaizdžiausiai tokio žmogaus orumas ir savarankiškumas gali būti paveikti jam tapus tiesioginiu taikiniu dėl problemiškų savybių. Kai su asmeniu elgiamasi nepalankiau dėl jo religinių įsitikinimų, amžiaus, negalios ar seksualinės orientacijos, pažeidžiama ši speciali ir unikali asmenų vertė, kuri jiems būdinga dėl to, kad jie yra žmonės. Vienodos kiekvieno žmogaus vertės pripažinimas reikalauja, jog tokio pobūdžio pagrindais nebūtų galima vadovautis asmeniui uždedant naštą ar atimant iš jo lengvatą. Kitaip tariant, vertinant, ar yra pagrindas su asmeniu elgtis nepalankiau, į tokias savybes neturi būti atsižvelgiama [10 punktas].“

99 — Šį rimtumą patvirtina gausi Teisingumo Teismo praktika. Jis ne kartą atmetė valstybių narių pastangas pateisinti priimtas nuostatas, įtvirtinančias diskriminaciją dėl pilietybės. Be kitų, žr. 1993 m. spalio 20 d. Sprendimo *Phil Collins ir kt.*, C-92/92 ir C-326/92, Rink. p. I-5145, 33 punktą; 1997 m. spalio 2 d. Sprendimo *Saldanha ir MTS*, C-122/96, Rink. p. I-5325, 26 ir 29 punktus; 2003 sausio 16 d. Sprendimo *Komisija prieš Italiją*, C-388/01, Rink. p I-721, 19 ir 20 punktus; 2008 m. birželio 5 d. Sprendimo *Wood*, C-164/07, Rink. p. I-4143, 13 punktą ir 2008 m. gruodžio 16 d. Sprendimo *Huber*, C-524/06, Rink. p. I-9705, 78 ir 79 punktus.

100 — Žr. 1994 m. gegužės 17 d. Sprendimo *Corsica Ferries*, C-18/93, Rink. p. I-1783, 19 punktą; 1996 m. vasario 29 d. Sprendimo *Skanavi ir Chryssanthakopoulos*, C-193/94, Rink. p. I-929, 20 punktą; 1997 m. birželio 25 d. Sprendimo *Mora Romero*, C-131/96, Rink. p. I-3659, 10 punktą; 1998 m. gegužės 12 d. Sprendimo *Gilly*, C-336/96, Rink. p. I-2793, 37 punktą; 2002 m. lapkričio 26 d. Sprendimo *Oteiza Olazábal*, C-100/01, Rink. p. I-10981, 25 punktą; 2003 m. gruodžio 11 d. Sprendimo *AMOK*, C-289/02, Rink. p. I-15059, 25 punktą ir 2004 m. balandžio 29 d. Sprendimo *Weigel*, C-387/01, Rink. p. I-4981, 57 punktą.

ši nuostata, žinoma, būtų taikytina laikantis „Sutartyse ir joms įgyvendinti priimtose nuostatose nustatytų apribojimų bei sąlygų“; akivaizdu, kad vienas šių apribojimų nurodytas EB 45 sutarties pirmoje pastraipoje [101].

132. Todėl galima teigti, kad nustačiusios, jog priemonė, kuria sukuriama diskriminacija dėl pilietybės, patenka į įsisteigimo laisvės netaikymo sritį, valstybės narės turėtų teisę netaikyti tam tikrų Europos Sąjungos teisės nuostatų ir tokios priemonės iš principo nebūtų galima ginčyti remiantis kokia nors kita sutarčių nuostata.

133. Toks rezultatas, dėl kurio EB 12 straipsnis tampa priklausomas nuo kitų Sutarties nuostatų, kelia abejonių. Tai, kad EB 12 straipsnis ribojamas tam tikromis sąlygomis, nereiškia, kad tai yra pagalbinė nuostata. Priešingai, jos padėtis Sutarties sistemoje, taip pat nediskriminavimo principo reikšmė Europos Sąjungos teisėje reiškia, kad ji turi būti laikoma bendrąja, o ne pagalbine nuostata, kuri savaime netaikoma, jei yra kitų, konkretesnių Sutarties nuostatų. Be to, atrodo, jog Teisingumo Teismas naujausiuose sprendimuose buvo linkęs pritarti tokiam aiškinimui [102]. Todėl vien tai, kad veikla, remiantis EB 43 straipsniu ir EB 45 straipsnio pirma pastraipa, patenka į įsisteigimo laisvės netaikymo sritį, nebūtinai reiškia, kad jai netaikytinas sisteminis aiškinimas remiantis EB 12 straipsniu.

134. Tokį aiškinimą patvirtina ir faktas, jog tokiais atvejais, kaip nagrinėjamasis, notarų veiklai, nors ji, atrodo, ir yra susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, vis tiek ir toliau taikomos kitos Sutarties nuostatos. Tai ypač pasakytina apie EB 86 straipsnį, kuriame reikalaujama, kad valstybės narės užtikrintų konkurencijos taisyklių laikymąsi sektoriuose, kuriuose galioja su viešąja paslauga susiję įsipareigojimai [103]. Jeigu Teisingumo Teismas

101 — Žr. minėtą M. Rossi „Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV“, p. 208; A. Epiney „The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship“, *European Law Journal*, 2007, p. 611 ir paskesni; S. Kadelbach „Union Citizenship“, A. von Bogdandy ir J. Bast (leid.), *Principles of European Constitutional Law*, 2-asis leidimas, Hart Publishers, Oksfordas-Portlandas, 2005, p. 461.

102 — Žr. 2007 m. sausio 11 d. Sprendimo *Komisija prieš Graikiją*, C-251/04, Rink. p. I-67, 26 punktą ir 2010 m. rugsėjo 7 d. pateiktą generalinio advokato P. Mengozzi išvadą byloje C-383/08 (nagrinėjama Teisingumo Teisme), ypač jos 60–69 punktus.

103 — Žr. P. V. van Vormizeele „Art. 86“, J. Schwarze (leid.), *EU-Kommentar*; J. L. Buendía Sierra „Exclusive rights and state monopolies under EC Law“, Oxford University Press, Oksfordas, 1999; T. Prosser „The Limits of Competition Law. Markets and Public Services“, Oxford University Press, Oksfordas, 2005, ir E. Szyszczak „The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU“, Hart Publishers, Oksfordas, 2007.

išsiaiškins, kad veikla patenka į EB 45 straipsnio pirmos pastraipos taikymo sritį, tai nebūtinai reikš, kad jai negalioja konkurencijos taisyklės, nustatytos EB 81 straipsnyje ir EB 82 straipsnyje [104]. Tą patį reikia pasakyti apie teisinius pagrindus, kuriais remiantis reikia įgyvendinti Europos Sąjungos politiką ir kurie jokiu būdu neužkerta kelio institucijoms priimti reglamentus ar direktyvas tose srityse, kurios, kiek tai susijęs su keturiomis laisvėmis, nepatenka į jų taikymo sritį. Tai patvirtino Teisingumo Teismas, pareiškęs, pavyzdžiui, jog notarų veikla turi būti apmokestinama PVM, remiantis tuo, kad jie laikytini apmokestinamaisiais asmenimis, nes vykdo nepriklausomą ekonominę veiklą, „nesvarbu, koks tos veiklos tikslas ar rezultatas“ [105]. Iš tiesų, Sprendime *Komisija prieš Nyderlandus* Teisingumo Teismas, nustatęs, kad notarų veiklos pobūdis yra viešas, konkrečiai, kiek tai susiję su netiesioginiais mokesčiais, konstatavo, kad tokia veikla vykdoma ne viešosios teisės reglamentuojama forma, „kadangi ji nėra viešojo administravimo dalis, o nepriklausomos ekonominės veiklos, vykdomos verčiantis laisvąja profesija, forma“ [106].

135. Trumpai tariant, veiklos sąsajos su viešosios valdžios funkcijų vykdymu neatleidžia valstybių narių nuo pareigos laikytis Europos Sąjungos teisės. Ši pareiga, kuri šiuo atveju susijusi su notarų veikla, taigi ir su fizinių asmenų grupe, reikalauja ypatingo dėmesio diskriminacijos dėl pilietybės aplinkybėmis. Kadangi šis atvejis susijęs su fiziniais asmenimis ir su diskriminacijos dėl pilietybės priemonėmis, šį klausimą būtina apsvarstyti atsižvelgiant ir į Europos Sąjungos piliečio statusą.

136. Nuo 1992 m. ir sutartys, ir Teisingumo Teismo praktika padėjo suformuoti tiesioginius ir besiplėtojančius pilietybės ryšius tarp asmenų ir Europos Sąjungos [107]. Šie ryšiai, žinoma, atsiranda remiantis kiekvienos valstybės narės pilietybe, bet tai nereiškia, kad ES pilietybė tampa svarbesnė; priešingai, tai statusas, įgyjamas remiantis asmens nacionaline pilietybe, tačiau, kartą suteiktas, jis kinta autonomiškai įgyjant naujų teisių ir pareigų; valstybės narės negali priimti teisės aktų, kad jas paneigtų. Ši autonomija neseniai buvo patvirtinta Teisingumo Teismo sprendime

104 — Žr., be kita ko, 1988 m. rugsėjo 21 d. Sprendimą *Van Eycke*, 267/86, Rink. p. 4769; 1988 m. gegužės 4 d. Sprendimą *Bodson*, 30/87, Rink. p. 2479; 1991 m. kovo 19 d. Sprendimą *Prancūzija prieš Komisiją*, C-202/88, Rink. p. I-1223; 1991 m. balandžio 23 d. Sprendimą *Höfner ir Elser*, C-41/90, Rink. p. I-1979; 1991 m. gruodžio 13 d. Sprendimą *GB-Inno-BM*, C-18/88, Rink. p. I-5941; 2006 m. kovo 30 d. Sprendimą *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, Rink. p. I-2941; 2003 m. liepos 3 d. Sprendimą *Chronopost ir kt. prieš Ufex ir kt.*, C-83/01 P, C-93/01 P ir C-94/01 P, Rink. p. I-6993, ir 2008 m. liepos 1 d. Sprendimą *MOTOE*, C-49/07, Rink. p. I-4863.

105 — 1987 m. kovo 26 d. Sprendimas *Komisija prieš Nyderlandus*, 235/85, Rink. p. 1471. Vadinamosios Šeštosios PVM direktyvos, t. y. 1977 m. gegužės 17 d. Tarybos direktyvos 77/388/EEB dėl valstybių narių apyvartos mokesčių įstatymų derinimo – Bendra pridėtinės vertės mokesčio sistema: vienodas vertinimo pagrindas (OL L 145, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 9 sk., 1 t., p. 23), 4 straipsnio 1 dalies citata.

106 — 22 punktas.

107 — Žr., be kita ko, S. O'Leary „The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship“, Kluwer Law International, Haga, 1996, p. 23–30.

Rottmann, kuriame buvo konstatuota, kad valstybė narė negali kištis į piliečio ir Europos Sąjungos santykius, neteisėtai atimdama iš jo nacionalinę pilietybę. Taigi nacionalinė priemonė, dėl kurios pilietis atsiduria situacijoje, „galinčioje lemti EB 17 straipsniu suteikto statuso ir su juo susijusių teisių praradimą, *pagal savo pobūdį ir pasekmes* priklauso Sąjungos teisės sričiai“ [108].

137. Be to, Europos Sąjungos pilietybė kinta ne tik kaip tiesioginis ryšys tarp piliečių ir Europos Sąjungos, bet taip pat kaip visų valstybių narių ir piliečių santykių sfera. Dėl šio pilietybės aspekto visiems piliečiams suteikiama teisė laisvai judėti visoje ES teritorijoje, taip pat teisė gyventi bet kurioje valstybėje narėje. Taigi ryšys su Europos Sąjunga turi horizontalų poveikį visoms nacionalinės valdžios institucijoms, kurios negali priimti priemonių, ribojančių arba apsunkinančių judėjimo laisvę, net jeigu tokios priemonės turi poveikio atitinkamos valstybės piliečiams [109]. Šiuo tikslu Teisingumo Teismas praplėtė EB 18 straipsnio taikymo sritį, pirmiausia suteikdamas jam tiesioginį poveikį [110], o vėliau priimdamas nemažai sprendimų, įtvirtinusių piliečių judumo sąvoką net ir tais atvejais, kai suinteresuotasis asmuo nevykdė ekonominės veiklos [111] arba kai priemonė turėjo poveikį šeimos nariams iš trečiųjų šalių [112].

138. Pilietybės reikalavimą, kuris turi poveikio fiziniams asmenims ir kuris nustatytas tariamai remiantis įsisteigimo laisvės netaikymo sritimi, visų pirma reikia laikyti piliečio statusui poveikio turinčia priemone, nes jis grindžiamas Europos pilietybės suteikimo kriterijumi, t. y. nacionaline pilietybe, kaip pagrindu, kuriuo remiantis neleidžiama užsiimti veikla, susijusia su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, kaip nurodyta EB 45 straipsnio pirmoje pastraipoje. Tačiau pagal sutartis Europos pilietybės suteikimo pagrindu remtis varžant teises, tiesiogiai susijusias su Europos Sąjungos piliečio statusu, galima tik griežtai apibrėžtomis aplinkybėmis, kurių, kaip pamatysime, šiuo atveju nėra. Dėl tarptautinio

108 — 2010 m. kovo 2 d. Sprendimo, C-135/08, dar nepaskelbtas Rinkinyje, 42 punktas (kursyvu pažymėta mano).

109 — Žr., pavyzdžiui, 2003 m. spalio 2 d Sprendimą *Garcia Avello*, C-148/02, Rink. p. I-11613; 2008 m. spalio 14 d. Sprendimą *Grunkin ir Paul*, C-353/06, Rink. p. I-7639, arba Sprendimą *Rottmann*.

110 — 2002 m. rugsėjo 17 d. Sprendimas *Baumbast ir R*, C-413/99, Rink. p. I-7091.

111 — 2001 m. rugsėjo 20 d. Sprendimas *Grzelczyk*, C-184/99, Rink. p. I-6193; 2002 m. liepos 11 d. Sprendimas *Carpenter*, C-60/00, Rink. p. I-6279; 2005 m. kovo 15 d. Sprendimas *Bidar*, C-209/03, Rink. p. I-2119; 2006 m. spalio 26 d. Sprendimas *Tas-Hagen ir Tas*, C-192/05, Rink. p. I-10451; 2007 m. spalio 23 d. Sprendimas *Morgan ir Bucher*, C-11/06 ir C-12/06, Rink. p. I-9161, ir galiausiai 2010 m. vasario 23 d. sprendimai *Teixeira*, C-480/08, dar nepaskelbtas Rinkinyje, bei *Ibrahim*, C-310/08, dar nepaskelbtas Rinkinyje.

112 — Pavyzdžiui, žr. Sprendimą *Carpenter* ir 2004 m. spalio 19 d. Sprendimą *Zhu ir Chen*, C-200/02, Rink. p. I-9925.

pobūdžio Europos Sąjungos pilietybė remiasi valstybių ir žmonių bendrijos, pasižyminčios bendromis vertybėmis, dideliu tarpusavio pasitikėjimu ir solidarumo įsipareigojimais, egzistavimu. Atsižvelgiant į tai, kad valstybės narės pilietybę įgijęs asmuo patenka į minėtą vertybių, pasitikėjimo ir solidarumo bendriją, būtų paradoksalu, jei tos bendrijos narystė galėtų tapti pagrindu, kuriuo remiantis Europos Sąjungos piliečiui būtų užkirstas kelias naudotis Sutartimi suteiktomis teisėmis ir laisvėmis.

139. Atsižvelgiant į tai, kas nurodyta, galima konstatuoti, kad diskriminacija dėl pilietybės yra priemonė, kuri dėl savo pobūdžio tampa didele kliūtimi Europos Sąjungos pilietybės srityje, kurią būtų galima pateisinti remiantis EB 43 straipsniu ir EB 45 straipsnio pirma pastraipa tik atidžiai išnagrinėjus jos proporcingumą, kitaip tariant, nustačius, kad yra labai rimtų su bendruoju interesu susijusių priežasčių.

c) Dėl proporcingumo įvertinimo

140. Galiausiai, kaip jau minėjau, taikant proporcingumo testą EB 43 straipsniu ir EB 45 straipsnio pirma pastraipa pagrįstai taisyklei, būtina išnagrinėti, kiek atitinkama veikla susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu. Šioje byloje, kaip paaiškinta šios išvados 115–121 punktuose, notarų veikla susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, minimu EB 45 straipsnio pirmoje pastraipoje, tačiau iš dalies dėl to, kad tai yra ekonominė veikla, šios sąsajos yra silpnesnės, palyginti su kita veikla, kurią vykdant viešosios valdžios galios įgyvendinamos tiesiogiai. Todėl valstybės narės gali patvirtinti tokias, jų manymu, reikalingas priemones už minėtų laisvių taikymo srities ribų, tik jei jos bus proporcingos atitinkamiems tikslams ir siekiams. Nors atsižvelgiant į valstybių narių pateiktus argumentus reikia pripažinti, kad notaro profesijai būdingos garantijos ir ypatingi požymiai, iš kurių galima spręsti apie jos svarbą sudarant privačius teisinius sandorius, taip pat negalima paneigti, kad nė vienas iš šių požymių neleidžia manyti, kad šios profesijos atstovų statusu galima teisėtai pagrįsti griežtą ir drastišką priemonę, kaip nagrinėjama tiesioginė diskriminacija dėl pilietybės.

141. Valstybės narės atsakovės šiuo atžvilgiu visų pirma rėmėsi notarų priesaikos, kurią jie duoda prieš pradėdami eiti savo pareigas, svarba. Pasak valstybių narių, ši priesaika atspindi artimą notaro ir valstybės, kuri suteikia

jam oficialius įgaliojimus, ryšį. Šio ryšio esmė yra asmens lojalumas tam tikrai politinei bendruomenei ir tai šiuo atveju įgauna reikalavimo turėti pilietybę formą. Valstybės narės atsakovės ne kartą pabrėžė šio ryšio svarbą, o Liuksemburgas pilietybės reikalavimą, kuriuo ribojama galimybė verstis notaro profesija, netgi susiejo su Didžiosios Hercogystės konstitucinio identiteto apsauga.

142. Tačiau lojalumas, kuriuo išreiškiamas įsipareigojimas politinei bendruomenei ir solidarumas su ja, negali pats savaime būti laikomas tokiu skiriamuoju, išskirtiniu ir ribojančiu valstybių narių požymiu, kuriam neišvengiamai būtinas pilietybės ryšys. Priešingai, Europos pilietis pats gali prisiimti lojalumo Europos Sąjungai įsipareigojimus. Prielaida, kad valstybės narės pilietis negali išreikšti teisėto lojalumo kitai valstybei narei įsipareigojimo kitaip nei pirma priimdamas jos pilietybę, tikrai neatitinka nei EB 17 straipsnio ir EB 18 straipsnio, nei politinių su pilietybe susijusių teisių, kylančių iš sutarčių ir Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos.

143. Tai patvirtina ir Europos Sąjungos taikomos teisminio bendradarbiavimo civilinėse ir baudžiamosiose bylose priemonės, ypač numatytos Reglamente (EB) Nr. 44/2001 [113]. Dalyvaudamas procese notaras vykdo oficialaus pobūdžio veiklą, kurios pasekmės automatiškai pripažįstamos visose Europos Sąjungos valstybėse narėse. Dėl didelio tarpusavio pasitikėjimo ir vertybių bei principų bendrumo, kuriuo remiasi Europos Sąjunga, notaras tampa ne tik valstybės, bet ir visos Europos Sąjungos pareigūnu. Toks valdžios įgaliojimų, galiojančių Europos Sąjungoje, suteikimas atspindi sudėtingesnį lojalumo įsipareigojimą, palyginti su įsipareigojimu tik tarp piliečio ir jo valstybės. Taigi notaras veikia tokioje sistemoje, kur jis turi būti lojalus ir valstybei, suteikusiai jam įgaliojimus, ir juos pripažįstančiai Europos Sąjungai, ir kitoms valstybėms narėms.

144. Europos integracijos procesui pasiekus etapą, kai Europos Sąjungos piliečiai gali dalyvauti nacionaliniuose demokratiniuose sprendimų priėmimo procesuose valstybėje narėje, kurioje jie gyvena, pavyzdžiui, vietos rinkimuose arba palaikant piliečių teisėkūros

113 — 2000 m. gruodžio 22 d. Tarybos reglamentas (EB) Nr. 44/2001 dėl jurisdikcijos ir teismo sprendimų civilinėse ir komercinėse bylose pripažinimo ir vykdymo (OL L 12, 2001, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 19 sk., 4 t., p. 42), visų pirma 57 straipsnis.

iniciatyvas Europos lygmeniu, lojalumas negali būti sietinas būtinai tik su atitinkamos valstybės narės piliečiais. Kadangi lojalumas yra įsipareigojimas prisiimti teises ir įsipareigojimus, siejančius pilietį su valstybe nare ir Europos Sąjunga, nemanau, kad šios bylos aplinkybėmis būtina ar naudinga reikalauti valstybės narės pilietybės, kaip šio įsipareigojimo išraiškos.

5. Išvada dėl pirmojo ieškinio pagrindo dėl pažeidimo

145. Bet kokiu atveju *Gerichtskommissär* vaidmuo, kurį Austrijoje atlieka notarai, reikalauja ypatingo dėmesio. Nors reikia pripažinti, kad notaras, atlikdamas šį vaidmenį, gali priimti asmeninius ir privalomus sprendimus, taip pat akivaizdu, kad šis vaidmuo yra papildoma funkcija, kuri, beje, yra iš esmės susijusi tik su paveldėjimo reikalais. Be to, kaip Austrijos vyriausybės atstovas pareiškė per posėdį, *Gerichtskommissär* funkcijas atliekantis notaras tai daro kaip nepriklausomas specialistas, o ne kaip pareigūnas, o tai iš esmės rodo, kad jo vaidmuo yra atviras konkurencijai. Todėl, atsižvelgiant į Teisingumo Teismui pateiktą informaciją, tas faktas, jog Austrijoje notaras atlieka *Gerichtskommissär* funkcijas, taip pat nepateisina bandymo diskriminaciją dėl pilietybės pagrįsti taisykle, kylančia iš EB 43 straipsnio ir EB 45 straipsnio pirmos pastraipos.

146. Taigi priemonė, kuria nustatomas pilietybės reikalavimas, kurią šioje byloje ginčija Komisija, yra neproporcinga, nes norint pasiekti kiekvienos valstybės narės tikslus nėra būtina iš įsisteigimo laisvės srities pašalinti notarų veiklą. Todėl, nepaisydamas to, kad nagrinėjama veikla susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu ir dėl to patenka į įsisteigimo laisvės netaikymo sritį, manau, kad konkrečiomis notaro profesijos aplinkybėmis EB 43 straipsnis ir EB 45 straipsnio pirma pastraipa prieštarauja nacionalinei priemonei, kuria pilietybės pagrindu diskriminuojami šia profesija norintys verstis asmenys. Remdamasis išdėstytais argumentais, manau, kad nors valstybėse narėse atsakovėse vykdoma notarų veikla patenka į įsisteigimo laisvės netaikymo sritį pagal EB 43 straipsnį ir EB 45 straipsnio pirmą pastraipą, ji nepateisina neproporcingo pilietybės reikalavimo įtraukimo į notaro profesijos taisykles, nes tai nėra būtina atsižvelgiant į tai, kiek ši veikla susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu. Todėl pirmajam ieškinio pagrindui dėl EB 43 straipsnio ir EB 45 straipsnio pirmos pastraipos pažeidimo reikia pritarti.

B — *Antrasis ieškinio pagrindas dėl pažeidimo*

147. Komisija kaltina valstybes nares atsakoves, išskyrus Prancūzijos Respubliką, kad jos pažeidė Direktyvą 2005/36 dėl profesinių kvalifikacijų pripažinimo, savo nacionalinės teisės aktuose netaikydamos jos notaro profesijai.

148. Kaip jau paaiškinta, notaro profesija patenka į įsisteigimo laisvės netaikymo sritį, remiantis EB 43 straipsnio ir EB 45 straipsnio pirmos pastraipos išaiškinimu. Taip pat jau paaiškinau, kad tai nebūtinai reiškia, jog valstybės narės neprivalo vykdyti įsipareigojimų pagal sutartis. Vis dėlto kyla pagrįstų abejonių dėl Direktyvos 2005/36 taikymo notaro profesijai.

149. Ieškinyje dėl įsipareigojimų neįvykdymo būtent Komisija turi įrodyti, kad valstybė narė pažeidė Europos Sąjungos teisę. Tačiau, kaip matyti iš Teisingumo Teismui pateiktų dokumentų, Komisija tik remiasi Direktyvos 2005/36 neperkėlimu laiku, o valstybės narės siekia, kad būtų taikoma ne tik EB 45 straipsnio pirma pastraipa, bet ir išimtis dėl notarų veiklos, nurodyta šios direktyvos 41 konstatuojamojoje dalyje.

150. Direktyvos 2005/36 41 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, kad „šia Direktyva netrukdoma taikyti EB sutarties 39 straipsnio 4 dalies ir 45 straipsnio taikymas, ypač notarų atžvilgiu“ [„šia Direktyva netrukdoma taikyti EB sutarties 39 straipsnio 4 dalies ir 45 straipsnio, ypač notarų atžvilgiu“]. Atrodo, kad teisės aktų leidėjai teigia, nors ir labai dviprasmiškai ir netiesiogiai, jog atsakymas į klausimą, ar notarų veikla patenka į EB 45 straipsnio pirmos pastraipos taikymo sritį, *lems* atsakymą į klausimą, ar direktyva taikytina notaro profesijai. Strategija, kurios Komisija laikosi šioje byloje, savo argumentus grįsdama EB 45 straipsnio pirma pastraipa, tikriausiai rodo, kad ji pritaria 41 konstatuojamojoje dalyje išdėstytai pozicijai. Tačiau atsižvelgiant į atsakymą, kurį siūlau pateikti į pirmąjį klausimą, Komisija turėjo pateikti kitokius argumentus dėl direktyvos taikymo notaro profesijai. Jos vienintelis argumentas, pagrįstas EB 45 straipsnio pirmoje pastraipoje vartojamos sąvokos „oficiali valdžia“ išaiškinimu, buvo paneigtas. Tokiomis aplinkybėmis akivaizdu, kad Komisija nepateikė jokio

tinkamo argumento, kuris leistų pritarti antrajam ieškinio pagrindui dėl pažeidimo.

151. Todėl manau, jog antrasis ieškinio pagrindas yra nepagrįstas, kadangi Komisijai nepavyko įrodyti, kad valstybės narės privalo vykdyti Direktyvoje 2005/36 nustatytus įsipareigojimus notarų veiklos atžvilgiu.

VI — Dėl bylinėjimosi išlaidų

152. Pagal Teisingumo Teismo procedūros reglamento 69 straipsnio 3 dalį, „jeigu kiekvienos šalies dalis reikalavimų patenkinama, o dalis atmetama, Teismas gali paskirstyti išlaidas šalims arba nurodyti kiekvienai padengti savo išlaidas“. Kadangi pritariu vienam iš dviejų ieškinio pagrindų dėl pažeidimo, rekomenduoju, kad Teisingumo Teismas, siekdamas užtikrinti teisingą šalims tenkančių šios bylos išlaidų paskirstymą, nurodytų Europos Komisijai, Belgijos Karalystei, Liuksemburgo Didžiajai Hercogystei, Austrijos Respublikai, Vokietijos Federacinei Respublikai ir Graikijos Respublikai padengti savo bylinėjimosi išlaidas.

153. Dėl ieškinio, iškelto Prancūzijos Respublikai dėl įsipareigojimų neįvykdymo, pažymėtina, kad, remiantis Procedūros reglamento 69 straipsnio 2 dalimi, pralaimėjusiai šaliai nurodoma padengti išlaidas, jei laimėjusi šalis to reikalavo. Kadangi vienintelis Prancūzijos Respublikos pateiktas pagrindas buvo atmestas, jai turėtų būti nurodyta padengti išlaidas, nes Komisija to reikalavo.

154. Remiantis Procedūros reglamento 69 straipsnio 4 dalies pirma pastraipa, į bylą įstojusios Lietuvos Respublika, Rumunija, Bulgarijos Respublika, Lenkijos Respublika, Vokietijos Federacinė Respublika, Slovėnijos Respublika, Austrijos Respublika, Čekijos Respublika, Slovakijos Respublika, Vengrijos Respublika, Latvijos Respublika, Jungtinė Didžiosios Britanijos ir Šiaurės Airijos Karalystė ir Prancūzijos Respublika turėtų padengti savo išlaidas.

VII — Išvada

155. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, manau, kad Teisingumo Teismas turėtų:

Byloje C-47/08

1. Pripažinti, kad Belgijos Karalystė, patvirtinusi XI m. vantozo 25 d. įstatymo, iš dalies pakeisto 1999 m. gegužės 4 d. įstatymu, 35 straipsnio 3 dalyje numatytą priemonę, pagal kurią notaro profesija gali verstis tik Belgijos piliečiai, neįvykdė įsipareigojimų pagal EB 43 straipsnį ir EB 45 straipsnio pirmą pastraipą.

2. Atmesti likusią ieškinio dalį.

3. Nurodyti Komisijai ir Belgijos Karalystei padengti savo išlaidas.

4. Nurodyti į bylą įstojusioms Lietuvos Respublikai, Čekijos Respublikai, Slovakijos Respublikai, Vengrijos Respublikai, Latvijos Respublikai, Jungtinei Didžiosios Britanijos ir Šiaurės Airijos Karalystei ir Prancūzijos Respublikai padengti savo išlaidas.

Byloje C-50/08

1. Pripažinti, kad Prancūzijos Respublika, patvirtinusi 1973 m. liepos 5 d. dekreto, iš dalies pakeisto 1989 m. birželio 20 d. Dekretu Nr. 89-399, 3 straipsnyje numatytą

priemonę, pagal kurią notaro profesija gali verstis tik Prancūzijos piliečiai, neįvykdė įsipareigojimų pagal EB 43 straipsnį ir EB 45 straipsnio pirmą pastraipą.

2. Nurodyti Prancūzijos Respublikai padengti bylinėjimosi išlaidas.

3. Nurodyti į bylą įstojusioms Lietuvos Respublikai, Rumunijai, Čekijos Respublikai, Slovakijos Respublikai, Vengrijos Respublikai, Latvijos Respublikai, Jungtinei Didžiosios Britanijos ir Šiaurės Airijos Karalystei ir Bulgarijos Respublikai padengti savo bylinėjimosi išlaidas.

Byloje C-51/08

1. Pripažinti, kad Liuksemburgo Didžioji Hercogystė, patvirtinusi 1976 m. gruodžio 9 d. įstatymo 15 straipsnyje numatytą priemonę, pagal kurią notaro profesija gali verstis tik Liuksemburgo piliečiai, neįvykdė įsipareigojimų pagal EB 43 straipsnį ir EB 45 straipsnio pirmą pastraipą.

2. Atmesti likusią ieškinio dalį.

3. Nurodyti Komisijai ir Liuksemburgo Didžiajai Hercogystei padengti savo bylinėjimosi išlaidas.

4. Nurodyti į bylą įstojusioms Lietuvos Respublikai, Čekijos Respublikai, Lenkijos Respublikai, Slovakijos Respublikai, Vengrijos Respublikai, Latvijos Respublikai, Jungtinei Didžiosios Britanijos ir Šiaurės Airijos Karalystei ir Prancūzijos Respublikai padengti savo bylinėjimosi išlaidas.

Byloje C-53/08

1. Pripažinti, kad Austrijos Respublika, patvirtinusi Reglamento RGB1 Nr. 75/1871 dėl notarų, iš dalies pakeisto RGB1 Nr. 164/2005, 6 straipsnio 1 dalies a punkte numatytą priemonę, pagal kurią notaro profesija gali verstis tik Austrijos piliečiai, neįvykdė įsipareigojimų pagal EB 43 straipsnį ir EB 45 straipsnio pirmą pastraipą.

2. Atmesti likusią ieškinio dalį.

3. Nurodyti Komisijai ir Austrijos Respublikai padengti savo bylinėjimosi išlaidas.

4. Nurodyti į bylą įstojusioms Slovėnijos Respublikai, Lietuvos Respublikai, Čekijos Respublikai, Lenkijos Respublikai, Vengrijos Respublikai, Jungtinei Didžiosios Britanijos ir Šiaurės Airijos Karalystei, Slovakijos Respublikai, Latvijos Respublikai, Vokietijos Federacinei Respublikai ir Prancūzijos Respublikai padengti savo bylinėjimosi išlaidas.

Byloje C-54/08

1. Pripažinti, kad Vokietijos Federacinė Respublika, patvirtinusi Federalinio notarų kodekso, iš dalies pakeisto 2007 m. kovo 26 d. įstatymu, 5 straipsnyje numatytą priemonę, pagal kurią notaro profesija gali verstis tik Vokietijos piliečiai, neįvykdė įsipareigojimų pagal EB 43 straipsnį ir EB 45 straipsnio pirmą pastraipą.

2. Atmesti likusią ieškinio dalį.

3. Nurodyti Komisijai ir Vokietijos Federacinei Respublikai padengti savo bylinėjimosi išlaidas.

4. Nurodyti į bylą įstojusioms Slovėnijos Respublikai, Lietuvos Respublikai, Čekijos Respublikai, Lenkijos Respublikai, Vengrijos Respublikai, Jungtinei Didžiosios Britanijos ir Šiaurės Airijos Karalystei, Estijos Respublikai, Slovakijos Respublikai, Austrijos Respublikai, Latvijos Respublikai, Bulgarijos Respublikai ir Prancūzijos Respublikai padengti savo bylinėjimosi išlaidas.

Byloje C-61/08

1. Pripažinti, kad Graikijos Respublika, patvirtinusi Įstatymo Nr. 2830/2000 19 straipsnio 1 dalyje numatytą priemonę, pagal kurią notaro profesija gali verstis tik Graikijos piliečiai, neįvykdė įsipareigojimų pagal EB 43 straipsnį ir EB 45 straipsnio pirmą pastraipą.

2. Atmesti likusią ieškinio dalį.

3. Nurodyti Komisijai ir Graikijos Respublikai padengti savo bylinėjimosi išlaidas.

4. Nurodyti į bylą įstojusioms Lietuvos Respublikai, Slovėnijos Respublikai, Slovakijos Respublikai, Jungtinei Didžiosios Britanijos ir Šiaurės Airijos Karalystei, Čekijos Respublikai ir Prancūzijos Respublikai padengti savo bylinėjimosi išlaidas.