OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
PEDRA CRUZA VILLALÓNA
przedstawiona w dniu 14 września 2010 r.[1]

Spis treści

I — Wstęp ..... I - 4110

II — Ramy prawne ..... I - 4111

A — Prawo wspólnotowe ..... I - 4111

1. Prawo pierwotne ..... I - 4111

2. Prawo wtórne ..... I - 4112

B — Prawo krajowe ..... I - 4113

1. Zawód notariusza ..... I - 4113

a) Prawo belgijskie ..... I - 4113

b) Prawo francuskie ..... I - 4115

c) Prawo luksemburskie ..... I - 4116

d) Prawo austriackie ..... I - 4117

e) Prawo niemieckie ..... I - 4119

f) Prawo greckie ..... I - 4120

g) Streszczenie ..... I - 4121

1 — Język oryginału: hiszpański.

2. Przepis krajowy będący w szczególności przedmiotem skarg: warunek przynależności państwowej ..... I - 4122

a) Prawo belgijskie ..... I - 4122

b) Prawo francuskie ..... I - 4122

c) Prawo luksemburskie ..... I - 4122

d) Prawo austriackie ..... I - 4122

e) Prawo niemieckie ..... I - 4123

f) Prawo greckie ..... I - 4123

III — Żądania stron ..... I - 4123

IV — W przedmiocie dopuszczalności ..... I - 4124

V — Co do istoty ..... I - 4125

A — W przedmiocie pierwszego zarzutu uchybienia ..... I - 4125

1. Trzy uwagi wstępne o charakterze ogólnym ..... I - 4126

a) Uregulowanie, którego naruszenie zarzuca Komisja państwom członkowskim: art. 43 i 45 akapit pierwszy WE ..... I - 4126

b) Trudność w wykładni znaczenia art. 45 akapit pierwszy WE ..... I - 4127

c) Włączenie zasady proporcjonalności ..... I - 4128

2. Działalność związana z wykonywaniem władzy publicznej ..... I - 4130

a) Orzecznictwo Trybunału ..... I - 4130

b) Konieczność zgłębienia pojęcia władzy publicznej ..... I - 4132

3. W przedmiocie zagadnienia, czy działalność notarialna a w szczególności nadawanie charakteru dokumentu urzędowego objęta jest negatywnym zakresem swobody przedsiębiorczości ..... I - 4136

a) Nadawanie charakteru dokumentu urzę-dowego jako główna działalność notariuszy w pozwanych państwach ..... I - 4136

b) Przypisanie działalności w zakresie nadawania charakteru dokumentu urzędowego wykonywaniu władzy publicznej ..... I - 4138

4. Warunek przynależności państwowej w świetle zasady proporcjonalości I - 4141

a) Status notariusza ..... I - 4141

b) Dyskryminacja ze względu na przynależność państwową w świetle art. 43 i 45 akapit pierwszy WE ..... I - 4142

c) Ocena proporcjonalności ..... I - 4147

5. Wniosek w przedmiocie pierwszego zarzutu uchybienia ..... I - 4149

B — W przedmiocie drugiego zarzutu uchybienia ..... I - 4150

VI — W przedmiocie kosztów ..... I - 4151

VII — Wnioski ..... I - 4152

I — Wstęp

1. W niniejszych skargach o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego Komisja Europejska wnosi do Trybunału o uznanie, że Królestwo Belgii, Republika Francuska, Wielkie Księstwo Luksemburga, Republika Austrii, Republika Federalna Niemiec i Republika Grecka uchybiły zobowiązaniom, które ciążą na nich na mocy art. 43 i 45 akapit pierwszy WE, zastrzegając dostęp do zawodu notariusza wyłącznie do osób posiadających obywatelstwo ich krajów (zwany dalej „warunkiem przynależności państwowej"). Ponadto – z wyjątkiem sprawy przeciwko Republice Francuskiej – Komisja Europejska żąda stwierdzenia, że wspomniane państwa członkowskie uchybiły zobowiązaniom wynikającym z dyrektywy 2005/36 w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych [2] przez niezastosowanie jej do zawodu notariusza [3].

2. Mimo tego, że stanowisko Komisji ogranicza się do zaskarżenia dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, kwestia będąca podstawą tej sprawy jest znacznie bardziej złożona. Te postępowania zmierzają bowiem do tego, aby Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że łaciński model funkcji notariusza o profilu, który ją charakteryzuje

2 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. (Dz.U. L 255, s. 22), która uchyla dyrektywę 89/48/WE (Dz.U. L 19, s. 16).

3 — Nie są to jedyne skargi o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego wszczęte przez Komisję na tej podstawie, ponieważ w chwili obecnej Trybunał Sprawiedliwości będzie musiał orzec w przedmiocie skarg przeciwko Portugalii (C-52/08) i Niderlandom (C-157/09).

w znaczącej liczbie państw członkowskich [4] mieści się w zakresie swobody przedsiębiorczości, ponieważ nie jest związany z „wykonywaniem władzy publicznej".

3. Zważywszy na to zagadnienie w ogólnym wymiarze, sprawa ta stawia Trybunał Sprawiedliwości przed prawdopodobnie najdelikatniejszą kwestią wykładni, która ma wpływ na art. 43 w związku z art. 45 akapit pierwszy WE. Dotychczas, jak będziemy mogli zauważyć, sprawy rozstrzygnięte przez nasze sądy dotyczące związku obydwu przepisów odnosiły się do osób zawodowo posiadających luźne lub sporadyczne związki z organami władzy publicznej, czego w żadnym razie nie można powiedzieć prima facie w przypadku, którym się zajmujemy.

4. Z powyższych względów sześć skarg połączonych dla celów tej opinii daje Trybunałowi Sprawiedliwości możliwość poruszenia wyraźniej niż dotychczas kwestii zakresu tak złożonego uregulowania, jak to wynikające z połączenia art. 43 i 45 akapit pierwszy WE. W ramach tego zadania i przeciwnie do tego, co miało miejsce do tej pory, do Trybunału Sprawiedliwości w tym postępowaniu należy szukanie właściwej równowagi pomiędzy celami, do których zmierzają swobody Unii, poszanowaniem zakresu kompetencji władz państw członkowskich i statusem obywatelstwa europejskiego. Przyjmując te wartości Trybunał Sprawiedliwości zauważy, że wyżej wymienione artykuły wymagają szczególnego wysiłku interpretacyjnego, w który włączy się w rozstrzygający sposób zasada proporcjonalności.

5. Oczywiście charakter rozważanych tu wartości jak i możliwość wprowadzenia badania proporcjonalności w art. 43 i 45 akapit pierwszy WE, wyraźnie ukazują wagę niniejszej sprawy nie tylko w odniesieniu do konkretnej działalności notarialnej, lecz również szerzej, dla prawa Unii.

II — Ramy prawne

A — *Prawo wspólnotowe*

1. Prawo pierwotne

6. Norma przytoczona przez Komisję na poparcie jej skargi wynika ze związku art. 43

4 — Należy od razu zaznaczyć, że, mimo iż model zawodu notariusza typu łacińskiego będący przedmiotem tych skarg jest nadal najbardziej rozpowszechniony w Europie, współistnieje w Unii Europejskiej z innymi modelami, których włączenie w zakres art. 45 akapit pierwszy WE nie jest tu poruszane. Dzieje się tak, ponieważ notariusz w pełni uczestniczy w administracji publicznej ze względu na to, że jego działanie jest pozbawione właściwej skuteczności, która charakteryzuje poświadczenie, w znaczeniu, jakie zostanie mu nadane w niniejszej opinii. Wreszcie, zróżnicowanie sytuacji w Europie wzmogło się w ostatnich latach w związku ze zniesieniem „warunku przynależności państwowej" w niektórych państwach, które nadal utrzymują łaciński model notariatu (Włochy, Hiszpania).

i 45 akapit pierwszy WE (obecnie art. 49 i 51 TFUE), który w chwili, w której doszło do zarzucanego uchybienia następująco ustanawiał swobodę przedsiębiorczości osób fizycznych i prawnych:

„Artykuł 43

Ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane w ramach poniższych postanowień. Zakaz ten obejmuje również ograniczenia w tworzeniu agencji, oddziałów lub filii przez obywateli danego państwa członkowskiego, ustanowionych na terytorium innego państwa członkowskiego

Artykuł 45

Postanowienia niniejszego rozdziału nie mają zastosowania do działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej.

Rada, stanowiąc większością kwalifikowaną na wniosek Komisji, może wyłączyć niektóre rodzaje działalności ze stosowania postanowień niniejszego rozdziału” [5].

2. Prawo wtórne

7. Dyrektywa 89/48/WE w sprawie ogólnego systemu uznawania dyplomów ukończenia studiów wyższych, przyznawanych po ukończeniu kształcenia i szkolenia zawodowego, trwających co najmniej trzy lata, przewidywała zgodnie z jej art. 12 termin transpozycji, który upływał w dniu 4 stycznia 1991 r.

8. Jej art. 2 wskazywał:

„1. Niniejszą dyrektywę stosuje się do każdego obywatela państwa członkowskiego, który zamierza wykonywać zawód regulowany w przyjmującym państwie członkowskim, zarówno jako osoba pracująca na własny rachunek, jak też jako pracownik najemny.

Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zawodów, które stanowią przedmiot szczegółowej dyrektywy, ustanawiającej uzgodnienia dotyczące wzajemnego uznawania dyplomów przez państwa członkowskie”.

5 — Należy podkreślić, że nawet jeśli na etapie tych skarg o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego wszystkie zainteresowane strony odwołują się w bliżej nieokreślony sposób do art. 45 WE, rozpatrywanym w rzeczywistości przepisem jest niezmiennie ten, który objęty jest pierwszym z dwóch akapitów składających się na ten artykuł, to znaczy ten, który ustala „w sposób negatywny” zakres zastosowania swobody poprzez nierozszerzanie jej na zadania, które związane są z wykonywaniem władzy publicznej. W zupełnie odmiennym znaczeniu akapit drugi ogólnie przewiduje działania gospodarcze, które, nie stanowiąc udziału w wykonywaniu władzy publicznej, „mogą” jednakże poprzez przepisy prawa wtórnego zostać, nazwijmy to, „wyłączone” ze swobody przedsiębiorczości. Do tego zagadnienia będę musiał powrócić w dalszych rozważaniach.

9. Należy zauważyć, że zawód notariusza nie został uregulowany przez żaden instrument, do którego nawiązuje ust. 2 wyżej wymienionego przepisu.

10. Dyrektywa 89/48 została uchylona, a jej treść skodyfikowana w dyrektywie 2005/36/WE z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych. Nowe brzmienie utrzymuje zasadniczą treść dyrektywy 89/48, lecz motyw 41 wprowadza nowy w porównaniu z poprzednią wersją element, w następujących słowach, wyraźnie niepozbawionych znaczenia dla sprawy:

„Niniejsza dyrektywa nie narusza art. 39 ust. 4 oraz art. 45 akapit pierwszy traktatu, w szczególności w odniesieniu do notariuszy".

B — *Prawo krajowe*

1. Zawód notariusza

11. Zarówno Komisja jak i państwa członkowskie dostarczyły licznych informacji faktycznych i prawnych, które szczegółowo opisują zawód notariusza w każdym kraju. Jednakże, uwzględniając zakres przekazanych informacji, charakter tej opinii, przedstawianej w sprawach połączonych i konieczność zachowania jasności argumentacji przy analizie istoty sprawy, zostaną dalej przedstawione w skrócie w sposób zindywidualizowany zarówno przytoczone przepisy jak i funkcje przyznane w każdym państwie członkowskim zawodowi notariusza, wśród których uwydatnia się w szczególności nadawanie charakteru dokumentu urzędowego aktom prawnym.

a) Prawo belgijskie

12. Zawód notariusza w Belgii jest uregulowany w ustawie z dnia 25 ventôse'a XI r., jak również w innych przepisach zgromadzonych w szczególności w belgijskim kodeksie sądowym.

13. Zgodnie z belgijskim prawem zadania notariusza polegają głównie na sporządzaniu dokumentów urzędowych posiadających dwie główne cechy charakterystyczne: niepodważalną moc dowodową i wykonalność [6].

14. W celu nadania dokumentowi charakteru urzędowego notariusz działa na żądanie strony i przeprowadza badanie zgodności z prawem poświadczanego aktu. Udział notariusza może być obowiązkowy lub fakultatywny w zależności od aktu, któremu należy nadać

6 — Artykuł 19 ustawy z dnia 25 ventôse'a XI r.

charakter urzędowy i potwierdza się w nim, że spełnione zostały wszystkie prawnie wymagalne w celu dokonania czynności warunki, jak również zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych stron. Wykonując swe czynności, notariusz informuje każdą stronę o jej prawach i obowiązkach, równocześnie udzielając porad przy zachowaniu całkowitej bezstronności [7]. Notariusz dokonuje również bezpośrednio poboru i przekazywania opłat za wpis hipoteki i za jej ustanowienie.

15. Wszystkie akty notarialne mają niepodważalną moc dowodową i równoważną z mocą przyznaną aktom wydanym przez urzędnika państwowego, którą można podważyć tylko przed sądem. Od oceny dokonanej przez notariusza odwołanie przysługuje, lecz tylko w drodze nadzwyczajnego postępowania odwoławczego [8].

16. Ponadto dokument urzędowy jest wykonalny na całym obszarze kraju [9]. W ten sposób akt notarialny zostaje narzucony dłużnikowiw celu egzekucji, (pod warunkiem doręczenia), której przeprowadzenie jest powierzone bezpośrednio organowi władzy publicznej - *huissier* (komornikowi sądowemu). Dłużnik, który sprzeciwa się egzekucji może wystąpić do sądu z powództwem wpadkowym w ramach postępowania egzekucyjnego [10].

17. Rząd belgijski wykazał, że oprócz zadań związanych z nadawaniem charakteru dokumentu urzędowego notariusze wykonują również inną działalność, choć w mniejszym zakresie niż wyżej przedstawiona. Notariusz zatem wykonuje zadania związane ze sprzedażą nieruchomości w postępowaniach egzekucyjnych, upadłościowych, z zakresu opieki i z zakresu prawa spadkowego; związane ze spisem inwentarza, z podziałem niepodzielnych składników majątku, a także z tworzeniem, łączeniem i innymi czynnościami przewidzianymi prawem spółek.

18. W celu pełnienia tych funkcji, notariusz działa jako funkcjonariusz publiczny reprezentujący organy władzy państwowej, mimo iż ta działalność uznawana jest za wolny zawód [11]. Przysługuje mu nieusuwalność ze stanowiska i podlega postępowaniu dyscyplinarnemu mającemu zastosowanie do osób pracujących na rzecz organów władzy państwowej [12]. Jego wynagrodzenie nie ma charakteru komercyjnego i ustalone jest ustawowo, lecz klientowi przysługuje szeroki zakres swobody w wyborze notariusza. Notariusze nie konkurują zatem o swą klientelę za pomocą polityki cenowej, lecz raczej przez jakość usług.

7 — Artykuł 9 § 1 akapit 3 wspomnianej ustawy z dnia 25 ventôse'a XI r.

8 — Postępowanie zwane „inscription en faux" mające zastosowanie do aktów notarialnych jest uregulowane w prawie cywilnym w art. 895 belgijskiego kodeksu sądowego.

9 — Artykuł 19 wspomnianej ustawy z dnia 25 ventôse'a XI r.

10 — Artykuły 1395 i 1396 belgijskiego kodeksu sądowego.

11 — Artykuł 1 wspomnianej ustawy z dnia 25 ventôse'a XI r.

12 — Artykuł 108 wspomnianej ustawy z dnia 25 ventôse'a XI r.

b) Prawo francuskie

19. Zawód notariusza we Francji uregulowany jest w ustawie z dnia 25 ventôse'a XI r. i w innych szczegółowych przepisach przewidzianych w większości w kodeksie postępowania cywilnego.

20. Zawód notariusza we Francji charakteryzuje się również nadawaniem charakteru urzędowego dokumentom i umowom przedstawionym przez strony notariuszowi, którego udział powoduje, że dokument lub umowa nabierają niepodważalnej mocy dowodowej i są wykonalne [13].

21. Francuski notariusz działa na żądanie strony, mimo iż istnieją różne akty, których sporządzenie wymaga obowiązkowo udziału notariusza [14]. W celu należytego nadania dokumentowi charakteru urzędowego notariusz przeprowadza badanie zgodności z prawem czynności i podlega ścisłym przepisom proceduralnym uregulowanym ustawowo [15], w tym obowiązkowi, że akt sporządza się w języku francuskim. [16]. Notariusz jest również zobowiązany do poinformowania stron o zakresie i skutkach aktu, jak również do upewnienia się, że strony wyrażają dobrowolnie swą zgodę, mając pełną zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych.

22. Dokument urzędowy posiada kwalifikowaną moc dowodową, jednakże wzruszalną w ramach specjalnego postępowania, do przeprowadzenia którego ma wyłączną kompetencję tribunal de grande instance [17]. Postępowanie wszczyna się tytułem głównym lub incydentalnym w zależności od tego, czy kwestionowana jest treść aktu, któremu nadano charakter dokumentu urzędowego w trakcie trwającego postępowania [18]. Wynik tego postępowania może skutkować sankcjami zarówno dla notariusza jak i dla strony, która go wszczęła.

23. Z wykonalności aktu notarialnego wynika, że strony, które w nim uczestniczą mogą żądać jego przymusowej egzekucji bezpośrednio od wyłącznie odpowiedzialnego organu władzy państwowej: huissier [19]. W odróżnieniu od dokumentów prywatnych, akt notarialny nie wymaga interwencji sądu w chwili przystąpienia do egzekucji ani nie jest konieczna zgoda dłużnika. Zastosowanie

13 — Artykuł 1 rozporządzenia nr 45-2590 z dnia 2 listopada 1945 r., art. 1319 kodeksu cywilnego i art. 19 wyżej wymienionej ustawy z dnia 25 ventôse'a XI r.

14 — Między innymi darowizny, umowy małżeńskie, ustanowienie hipoteki lub przyszła sprzedaż.

15 — Zobacz ww. ustawa z dnia 25 ventôse'a XI r., jak również szczegółowe przepisy takie jak te zebrane w art. 850 francuskiego kodeksu podatkowego.

16 — Artykuł 1 ustawy 94-665 z dnia 4 sierpnia 1994 r., jak również nadal obowiązujący dekret królewski z Villers-Cotterêts z 1539 r. będący źródłem obowiązku używania języka francuskiego w dokumentach urzędowych.

17 — Artykuł 299 kodeksu postępowania cywilnego.

18 — Artykuły 306 i 314 kodeksu postępowania cywilnego.

19 — Monopol dotyczący egzekucji aktów i tytułów egzekucyjnych zastrzeżony jest dla huissiers w art. 18 wspomnianego kodeksu postępowania cywilnego.

ma to samo postępowanie egzekucyjne, które obejmuje wykonanie orzeczeń sądowych [20].

24. Rząd francuski wykazał, że oprócz zadań związanych z nadawaniem charakteru dokumentu urzędowego notariusze wykonują również inną działalność, choć w mniejszym zakresie niż wyżej przedstawiona. Notariusz zatem wykonuje zadania związane z poborem podatków, odmienne od nadawania charakteru dokumentu urzędowego i uzupełniające je oraz ukazujące stopień przenikania zawodu do władzy publicznej.

25. Notariusz jest funkcjonariuszem państwowym, któremu przysługuje w ramach delegowania władza publiczna i podlega specjalnemu systemowi zakazu łączenia stanowisk, pomimo iż wykonuje swą działalność jako wolny zawód [21]. Jednakże jego funkcja stanowi część działań sądownictwa prewencyjnego, które zapewniają stabilność stosunków prawnych i społecznych. Wynagrodzenia notariuszy są określone ustawowo, lecz klientowi przysługuje zakres swobody w wyborze pomiędzy notariuszami. Dlatego też mowa o działalności gospodarczej wykonywanej w ramach systemu konkurencji, w którym decydującym elementem odróżniającym usługodawców nie są ceny, lecz jakość usług.

c) Prawo luksemburskie

26. Zawód notariusza w Luksemburgu reguluje ustawa z dnia 9 grudnia 1976 r., jak również inne przepisy szczegółowe, wśród których wyróżnia się nowy kodeks postępowania cywilnego, ustawa z dnia 25 września 1905 r. oraz rozporządzenia wielkoksiążęce z dnia 7 października 2000 r.

27. Notariat luksemburski charakteryzuje się również tym, iż składa się z funkcjonariuszy publicznych, którym powierzono zadanie sprawdzania wszystkich aktów i umów przedstawianych im przez strony w celu nadania im charakteru urzędowego [22]. Z nadaniem charakteru dokumentu urzędowego związana jest moc dowodowa i wykonalność [23].

28. Notariusz podejmuje działanie na żądanie strony, przy czym zobowiązany jest do zbadania zgodności z prawem aktu, jak również zapewnienia spełnienia różnych określonych ustawowo wymagań formalnych. Jego udział jednakże może być w niektórych przypadkach obowiązkowy [24]. Notariusz musi zapewnić, że strony działają z pełną swobodą i z pełną zdolnością prawną i zdolnością do czynności prawnych. Jest tym samym zobowiązany do udzielania rad stronom z pełną bezstronnością, jak również do poinformowania o prawach i obowiązkach wynikających z aktu jego interwencji.

20 — Ustawa 91-650 z dnia 9 lipca 1991 r.

21 — Publiczny charakter działalności notarialnej został potwierdzony przez francuską Radę Państwa w jej orzeczeniu z dnia 9 czerwca 2006 r. (nr 280911), poprzez oświadczenie o zastosowaniu art. 45 akapit pierwszy WE do tego zawodu, mimo iż doszła do tego wniosku bez zwrócenia się z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości.

22 — Artykuł 1 ustawy z dnia 9 grudnia 1976 r.

23 — Artykuły 37 i 45 ww. ustawy.

24 — Zobacz np. ustawę z dnia 25 września 1905 r. dotyczącą praw rzeczowych na nieruchomościach.

29. Nadania charakteru dokumentu urzędowego dokonuje się poprzez opatrzenie pieczęcią, równoważne z nadaniem klauzuli wykonalności [25]. Moc dowodowa aktu jest w związku z tym szczególnie stabilna i jest wzruszalna jedynie w szczególnych przypadkach i w ramach szczególnego postępowania odwoławczego [26].

30. Wykonalność aktu notarialnego umożliwia wierzycielowi przystąpienie bezpośrednio do postępowania egzekucyjnego wobec jego dłużnika bez konieczności wszczynania przed sądem postępowania stwierdzającego wykonalność. Wierzyciel musi jedynie zwrócić się do huissier, organu posiadającego wyłączną kompetencję do dokonywania egzekucji przymusowej. Przeciwko decyzjom huissier w postępowaniu egzekucyjnym przysługuje środek odwoławczy w takich samych terminach, jak terminy przewidziane w przypadku wykonania orzeczenia.

31. Rząd luksemburski wykazał, że oprócz zadań związanych z nadawaniem charakteru dokumentu urzędowego notariusze wykonują również inną działalność, choć w mniejszym zakresie niż wyżej przedstawiona. Notariusz zatem wykonuje zadania związane ze sprzedażą nieruchomości w postępowaniach egzekucyjnych, upadłościowych, z zakresu opieki i z zakresu prawa spadkowego; ze spisem inwentarza; a także z podziałem dóbr niepodzielnych.

32. Notariusze są funkcjonariuszami publicznymi powoływanymi przez Wielkiego Księcia na wniosek ministra sprawiedliwości. Wykonują swe funkcje na całym obszarze państwa luksemburskiego, gdzie zobowiązani są zamieszkiwać. Pomimo iż wypełniają swe funkcje jako wolny zawód, podlegają specjalnemu statutowi zawierającemu rygorystyczne przepisy dotyczące zakazu łączenia funkcji. [27]. Wynagrodzenia notariuszy są określone ustawowo, lecz klienci mają zakres swobody wyboru pomiędzy notariuszami, pod warunkiem że jest więcej niż jeden notariusz na obszarze działalności, na jakim należy dokonać czynności. Ze względu na to istnieje swobodna konkurencja pomiędzy notariuszami, chociaż nie konkurują z uwagi na cenę, lecz jakość usług.

d) Prawo austriackie

33. Działalność notariuszy w Austrii jest uregulowana w ogólnym zarysie w ustawach z dnia 25 lipca 1871 r. z dnia 11 listopada 1970 r., jak również w różnych przepisach kodeksu postępowania cywilnego.

34. Austriacki notariat składa się z funkcjonariuszy powoływanych dożywotnio przez państwo, których funkcje polegają m.in. na nadaniu charakteru urzędowego dokumentom, którym przyznano szczególny charakter dowodowy oraz wykonalność [28].

25 — Rozporządzenie wielkoksiążęce z dnia 7 października 2000 r.

26 — Artykuł 310 i nast. nowego kodeksu postępowania cywilnego.

27 — Artykuł 6 ww. ustawy z dnia 9 grudnia 1976 r.

28 — Paragraf 292 kodeksu postępowania cywilnego i § 3 ustawy z dnia 25 lipca 1871 r., RGBl. 75/1871.

35. Jak uznała Republika Austrii w odpowiedzi na skargę, nadawanie charakteru dokumentu urzędowego jest typowym i pierwotnym zadaniem notariatu w tym kraju. Mowa tu o zadaniu wykonywanym na żądanie strony, chociaż w niektórych przypadkach jest ono obowiązkowe w celu sporządzenia aktu i nadania mu pełnej skuteczności. Notariusz bada zgodność z prawem aktu, w którego sporządzeniu bierze udział i równocześnie informuje strony o ich prawach i obowiązkach, o skutkach działania, stwierdzając, że przysługuje im pełna zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych.

36. Notariusz po podjęciu czynności może reprezentować strony, a w szczególnych przypadkach podjąć się ich obrony przed sądem i przed organami administracji [29]. Działalność tę prowadzą w sposób niezależny i za wynagrodzeniem.

37. Akty notarialne posiadają szczególną moc dowodową, chociaż w bardzo restrykcyjnych warunkach dopuszczalny jest dowód przeciwny [30].

38. W wyniku nadania charakteru dokumentu urzędowego akty notarialne stanowią tytuły wykonawcze, które mogą stanowić podstawę do bezpośredniej egzekucji na żądanie zainteresowanego i przed organami publicznymi, na których spoczywa to zadanie: sądami rejonowymi [31]. Nie jest konieczna zgoda dłużnika ani uzyskanie orzeczenia stwierdzającego wykonalność. Postępowanie egzekucyjne dopuszcza jednakże środki odwoławcze uregulowane w szczególnych ustawach dotyczących omawianego postępowania [32].

39. Rząd austriacki wykazał, że poza zadaniami związanymi z nadawaniem charakteru dokumentu urzędowego notariusze wykonują również inną działalność. Notariusz zatem działa w charakterze Gerichtskommissär, którą to funkcję przyznaje mu ustawa powierzająca mu zadania związane z pomocą i udziałem w określonych postępowaniach sadowych, jak np. w postępowaniach z zakresu prawa spadkowego. Kompetencje notariusza działającego jako Gerichtskommissär obejmują możliwość wydawania nakazów równoważnych z nakazami sądowymi.

40. Notariusz jest funkcjonariuszem powołanym na podstawie decyzji federalnego ministra sprawiedliwości, zobowiązanym do wykonywania swoich funkcji publicznych. Jego działalność jednakże wykonywana jest jako wolny zawód. Notariusze wykonują swe funkcje z całkowitą niezależnością i podlegają specjalnemu statutowi. Ich wynagrodzenie

29 — Paragraf 5 ww. ustawy.

30 — Paragraf 292 kodeksu postępowania cywilnego.

31 — *Bewilligungs- bzw. Exekutionsgericht.* Zobacz §§ 17 i nast. ustawy z dnia 27 maja 1896 r., RGBl. 79/1896.

32 — Paragrafy 35-37 ww. z dnia 27 maja 1896 r.

jest uregulowane ustawowo, lecz klienci mają zakres swobody w wyborze notariusza. Zatem notariusze konkurują ze sobą nie za pomocą polityki cenowej, lecz poprzez jakość usług.

e) Prawo niemieckie

41. Działalność notariuszy w Niemczech uregulowana jest w ustawie z dnia 24 lutego 1961 r., jak również w różnych przepisach kodeksu postępowania cywilnego.

42. Notariat niemiecki składa się z niezależnych funkcjonariuszy publicznych, na których spoczywa zasadniczo zadanie nadania charakteru dokumentu urzędowego [33]. W wyniku tego działania akt notarialny jest wykonalny oraz posiada szczególną moc dowodową [34]. Funkcja notariusza należy do tzw. „sądownictwa prewencyjnego" [35].

43. Nadawanie charakteru dokumentu urzędowego jest istotnie działalnością o największym znaczeniu i najbardziej charakterystyczną dla zawodu notariusza. W tym celu notariusz dokonuje badania zgodności z prawem aktów prywatnych, które strony pragną uzgodnić i upewnia się, że strony oświadczają swą wolę dysponując pełną zdolnością prawną i zdolnością do czynności prawnych [36]. W przypadku gdy spełnione są wszystkie przesłanki prawne, notariusz zobowiązany jest do nadania charakteru dokumentu urzędowego [37]. W trakcie swego działania notariusz udziela porad prawnych stronom i informuje je o ich prawach i obowiązkach, jak również o skutkach, jakie wywołuje poświadczenie aktu [38]. Mimo iż notariusz działa na żądanie strony, a nie z urzędu, niemiecki system prawny przewidział szeroki wachlarz aktów, które wymagają udziału notariusza, aby mogły być sporządzone z pełną skutecznością [39].

44. Akt notarialny jest autentyczny i posiada szczególną moc dowodową, choć w określonych prawem warunkach dopuszczalny jest dowód przeciwny, [40] w zależności od treści poświadczanych przez notariusza – czy są to oświadczenia osób trzecich, oświadczenia samego notariusza czy stwierdzenie okoliczności faktycznych.

45. Akt notarialny jest wykonalny i bezpośrednio do organów egzekucyjnych należy przystąpienie do egzekucji bez potrzeby uzyskania zgody dłużnika, chociaż doręczenie

33 — Paragraf 1 i 20 ust. 1 ustawy z dnia 24 lutego 1961 r., BGBl. I., s. 97.

34 — Paragraf 415, 794 ust. 1 pkt 5 i § 797 ust. 2 kodeksu postępowania cywilnego.

35 — W języku niemieckim, zgodnie z ww. § 1 ustawy z dnia 24 lutego 1961 r., „vorsorgende Rechtspflege".

36 — Paragraf 14 ust. 2 ww. ustawy z dnia 24 lutego 1961 r.

37 — Paragraf 15 ust. 1 ww. ustawy z dnia 24 lutego 1961 r.

38 — Paragraf 14 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy z dnia 24 lutego 1961 r.

39 — Zobacz m.in. przypadki promes darowizny (§ 518 BGB), umów małżeńskich (§ 1408 BGB) lub odrzucenia spadku (§ 2346 BGB).

40 — Paragraf 415 ust. 2 kodeksu postępowania cywilnego.

jest konieczne. Oznacza to, że dłużnik poddaje się egzekucji w chwili sporządzenia aktu i nadania mu charakteru dokumentu urzędowego [41]. Uprawnienia egzekucyjne przysługują wyłącznie organom przewidzianym ustawowo, do których nie należy notariusz [42]. Przeciwko decyzjom wydanym w czasie egzekucji, które mają jakikolwiek związek z treścią aktu notarialnego przysługuje środek odwoławczy do sądu [43].

46. Rząd niemiecki wykazał, że oprócz zadań związanych z nadaniem charakteru dokumentu urzędowego notariusze wykonują również inną działalność, choć w mniejszym zakresie niż wyżej przedstawiona. Notariusz zatem wykonuje zadania związane z legalizacją dokumentów, przyznawaniem uprawnień i potwierdzaniem oświadczeń złożonych pod przysięgą.

47. Notariusz w Niemczech jest funkcjonariuszem publicznym powołanym przez kraj związkowy, który wykonuje swe funkcje w imieniu państwa [44]. Chociaż ta działalność nie ma charakteru komercyjnego, notariusz działa w ramach wykonywania wolnego zawodu z wyjątkiem Badenii-Wirtembergii [45]. W pozostałych krajach związkowych i w zależności od obszaru, notariusze wykonują zawód w sposób wyłączny lub łącząc go z zawodem adwokata. Podlegają szczególnemu statutowi, który zapewnia im niezależność, przy czym ich wynagrodzenie określone jest ustawowo [46]. Jednakże klientom przysługuje szeroki zakres swobody w wyborze notariusza na określonym obszarze [47] W związku z tym istnieje konkurencja pomiędzy notariuszami, którzy wykonują swą działalność na danym obszarze, choć nie jest oparta na polityce cenowej, lecz zależna od jakości usług.

f) Prawo greckie

48. Działalność notarialna w Grecji uregulowana jest zasadniczo w ustawie 2830/2000.

49. Notariusze w Grecji są funkcjonariuszami publicznymi, których głównym zadaniem jest nadawanie dokumentom charakteru urzędowego, przez co nadają im moc dowodową i wykonalność [48].

41 — Paragraf 794 ust. 1 pkt 5 kodeksu postępowania cywilnego.

42 — Istnieją różne właściwe organy m.in. komornicy sądowi (Gerichtsvollzieher), sądy nadzorujące egzekucję (Vollstreckungsgericht), sądy rozstrzygające spór (Prozessgericht) lub urzędy ksiąg wieczystych (Grundbuchamt).

43 — Paragraf 732 i 797 ust. 3 kodeksu postępowania cywilnego.

44 — Paragraf 1 ww. ustawy z dnia 24 lutego 1961 r.

45 — W takim przypadku notariusz jest funkcjonariuszem wchodzącym w skład administracji publicznej.

46 — Paragraf 17 ww. ustawy z dnia 24 lutego 1961 r.

47 — Paragraf 10a i 11 ww. ustawy z dnia 24 lutego 1961 r.

48 — Artykuł 1 ust. 1 ustawy 2830/2000.

50. Na notariuszu spoczywa obowiązek nadania charakteru urzędowego dokumentom, które są mu dobrowolnie przedkładane przez strony, chociaż pośrednictwo notariusza może być obowiązkowe w określonych przypadkach [49]. Notariusz udziela stronom informacji i rad dotyczących ich praw i obowiązków oraz świadczy swe usługi z pełną niezależnością.

51. Akty notarialne mają szczególną moc dowodową będąc dowodem, obowiązującym erga omnes [50] Treść aktu można podważać tylko w wypadkach szczególnych.

52. Z uwagi na wykonalność aktu notarialnego można domagać się jego egzekucji przymusowej bezpośrednio od właściwego organu odpowiedzialnego za jej przeprowadzenie. Jednakże można wnieść środek odwoławczy, choć o charakterze incydentalnym, przeciwko aktom egzekucji przymusowej i w ściśle określonych okolicznościach [51].

53. Rząd grecki wykazał, że oprócz zadań związanych z nadawaniem charakteru dokumentu urzędowego notariusze wykonują również inną działalność, choć w mniejszym zakresie niż wyżej przedstawiona. Notariusz zatem m.in. wykonuje zadania związane ze sprzedażą nieruchomości w postępowaniach egzekucyjnych, upadłościowych, z zakresu opieki i z zakresu prawa spadkowego; związane ze spisem inwentarza, a także z podziałem dóbr niepodzielnych.

54. Notariusz jest funkcjonariuszem publicznym, który świadczy swe usługi w niezależny sposób i pobiera wynagrodzenie bezpośrednio od klienta. Mimo iż ceny jego usług są ustalane ustawowo, klientowi przysługuje pewien zakres swobody wyboru notariusza.

55. Zatem notariusze konkurują ze sobą nie za pomocą polityki cenowej, lecz poprzez jakość usług.

g) Streszczenie

56. Reasumując powyższe rozważania słuszna wydaje się ocena, że sześć pozwanych państw przyjęło i rozwinęło wspólny model notariatu w szczególności w odniesieniu do nadawania charakteru dokumentu urzędowego i jego dalszych skutków: mocy dowodowej i wykonalności. We wszystkich pozwanych państwach uwydatnia się zatem istnienie szczególnego, mieszanego statusu notariuszy w połowie drogi pomiędzy służbą publiczną a wolnym zawodem, podlegającego prawom i obowiązkom przekształcającym notariat w urząd prowadzący działalność gospodarczą sui generis. Ten właśnie stopień podstawowej zbieżności umożliwia udzielenie uzasadnionej w jednolity sposób odpowiedzi na niniejsze skargi o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państw członkowskich.

49 — Na przykład w przypadku powoływania spółek, darowizn pomiędzy żyjącymi lub przeniesienia nieruchomości.

50 — Artykuł 438 ww. ustawy 2830/2000.

51 — Artykuł 933 i nast. ww. ustawy 2830/2000.

2. Przepis krajowy będący w szczególności przedmiotem skarg: warunek przynależności państwowej

57. Po przedstawieniu podstawowych ram prawnych regulujących zawód notariusza należy obecnie przedstawić kwestionowane przez Komisję w niniejszych sprawach przepisy, których przedmiotem jest ograniczenie dostępu do notariatu do obywateli danego państwa.

a) Prawo belgijskie

58. Artykuł 35 ust. 3 ww. ustawy z dnia 25 ventôse'a XI r. zmienionej ustawą z dnia 4 maja 1999 r. ustanawia warunek przynależności państwowej w celu uzyskania dostępu do zawodu notariusza w Belgii. Artykuł ten jest sformułowany w sposób następujący:

„Kandydatem na notariusza może być mianowany ten, kto: 1° posiada obywatelstwo belgijskie […]".

b) Prawo francuskie

59. Artykuł 3 dekretu z dnia 5 lipca 1973 r. zmienionego dekretem 89-399 z dnia 20 czerwca 1989 r. zawiera warunek przynależności państwowej, od którego uzależniony jest dostęp do zawodu notariusza we Francji. Artykuł ten brzmi następująco:

„Notariuszem może być tylko ten, kto spełnia następujące wymogi: 1° posiada obywatelstwo francuskie […]"

c) Prawo luksemburskie

60. Artykuł 15 ustawy z dnia 19 grudnia 1976 r. o ustroju notariatu ustanowił warunek przynależności państwowej w celu uzyskania dostępu do zawodu notariusza w Luksemburgu. Sformułowany jest on następująco:

„W celu uzyskania dostępu do funkcji notariusza należy: a) posiadać obywatelstwo luksemburskie […]".

d) Prawo austriackie

61. Paragraf 6 ust. 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie notariatu RGBl nr 75/1871 zmienionego przez BGBl nr 164/2005 ustanowił warunek przynależności państwowej w celu uzyskania dostępu do zawodu notariusza w Austrii. Brzmi on następująco:

„W celu wykonywania obowiązków notariusza kandydat musi a) posiadać obywatelstwo austriackie […]".

e) Prawo niemieckie

62. Paragraf 5 federalnego kodeksu notarialnego w wersji zmienionej art. 3 ustawy z dnia 26 marca 2007 r. zawiera warunek przynależności państwowej w odniesieniu do dostępu do zawodu notariusza w Niemczech. Jest on sformułowany następująco:

„Obowiązki notariusza mogą wykonywać tylko osoby posiadające obywatelstwo niemieckie, które spełniają wymogi dostępu do zawodu sędziego przewidziane ustawą federalną o sędziach".

f) Prawo greckie

63. Artykuł 19 ust. 1 ww. ustawy 2830/2000 ustanawia warunek przynależności państwowej w celu uzyskania dostępu do zawodu notariusza w Grecji i sformułowany jest następująco:

„Notariuszem mianuje się tego, kto posiada obywatelstwo greckie […]".

III — Żądania stron

64. Komisja w połączonych tu sprawach popierana przez Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej zwraca się do Trybunału:

— o stwierdzenie, że ograniczając dostęp do zawodu notariusza wyłącznie do osób posiadających obywatelstwo kraju, Królestwo Belgii, Republika Francuska, Wielkie Księstwo Luksemburga, Republika Austrii, Republika Federalna Niemiec i Republika Grecka uchybiły zobowiązaniom, które ciążą na nich na mocy art. 43 i 45 akapit pierwszy WE.

— o stwierdzenie, że nie zastosowawszy do zawodu notarialnego dyrektywy 2005/36 w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych, Królestwo Belgii, Republika Francuska, Wielkie Księstwo Luksemburga, Republika Austrii, Republika Federalna Niemiec i Republika Grecka uchybiły zobowiązaniom, które ciążą na nich na mocy wspomnianej dyrektywy.

— o obciążenie Królestwa Belgii, Republiki Francuskiej, Wielkiego Księstwa Luksemburga, Republiki Austrii, Republiki Federalnej Niemiec i Republiki Greckiej kosztami postępowania.

65. Ze swej strony pozwane państwa członkowskie popierane przez Republikę Litewską, Rumunię, Republikę Bułgarii, Rzeczpospolitą Polską, Republikę Słowenii, Republikę Czeską, Republikę Słowacką, Republikę Węgierską i Republikę Łotewską wnoszą do Trybunału:

o oddalenie skargi jako bezzasadnej, gdyż nie miało miejsca naruszenie art. 43 i 45 akapit pierwszy WE oraz obciążenie Komisji kosztami postępowania.

Ponadto, jako kwestię wstępną wobec powyższej, Republika Federalna Niemiec podnosi zarzut niedopuszczalności twierdząc, że na etapie poprzedzającym wniesienie skargi Komisja powołała się na dyrektywę 89/48/EWG, podczas gdy obecnie w swej skardze zarzuca naruszenie dyrektywy 2005/36, która zastąpiła poprzednią.

IV — W przedmiocie dopuszczalności

66. W sprawie C-54/08, która dotyczy Republiki Federalnej Niemiec jako strony pozwanej, Republika Federalna Niemiec popierana przez Słowenię i Łotwę podnosi zarzut niedopuszczalności z uwagi na przepisy przywołane przez Komisję. Jej zdaniem Komisja przypisała jej naruszenie dyrektywy 89/48/EWG w trakcie etapu poprzedzającego wniesienie skargi w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, podczas gdy na etapie postępowania po wniesieniu skargi zarzuciła jej naruszenie dyrektywy 2005/36, która zastąpiła poprzednią dyrektywę.

67. Zarzut ten nie może zostać uwzględniony.

68. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, prawidłowy przebieg postępowania poprzedzającego wniesienie skargi stanowi istotną gwarancję przewidzianą w traktacie WE nie tylko dla ochrony praw danych państw członkowskich, lecz również dla zapewnienia, że ewentualne postępowanie sporne będzie miało jednoznacznie zdefiniowany przedmiot sporu. Jedynie w przypadku prawidłowego postępowania poprzedzającego wniesienie skargi Trybunał może w postępowaniu kontradyktoryjnym orzec, czy państwo członkowskie rzeczywiście uchybiło konkretnym zobowiązaniom zgodnie z zarzutami Komisji [52].

69. Jak zatem wielokrotnie powtarzał Trybunał, chociaż żądania zawarte w skardze nie mogą co do zasady zostać rozszerzone ponad uchybienia zarzucane w sentencji uzasadnionej opinii i w wezwaniu do usunięcia uchybienia, to jednak w przypadku zmiany prawa wspólnotowego w toku postępowania

52 — Postanowienie Trybunału z dnia 11 lipca 1995 r. w sprawie C-266/94 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-1975), pkt 17, 18.

poprzedzającego wniesienie skargi „dopuszczalna jest skarga Komisji o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom, które wynikają z pierwotnej wersji dyrektywy, następnie zmienionej lub uchylonej, które zostały utrzymane w nowych przepisach” [53].

V — Co do istoty

A — *W przedmiocie pierwszego zarzutu uchybienia*

70. Jak zatem zauważyła Komisja, z porównania rozpatrywanych przepisów wynika, że dyrektywa 2005/36 jedynie wzmocniła i ujednoliciła przepisy dyrektywy 89/48/EWG. W konsekwencji większość zobowiązań ciążących na państwach członkowskich zgodnie z dyrektywą 89/48 nadal znajduje zastosowanie zgodnie z dyrektywą 2005/36.

71. Z powyższego wynika, że należy uznać skargę za dopuszczalną, nie uwzględniając zarzutu niedopuszczalności podniesionego przez Niemcy ze względu na to, że odnosi się on do zobowiązań wynikających z dyrektywy 2005/36, które znajdowały już zastosowanie zgodnie z uchyloną dyrektywą.

72. W pierwszym zarzucie uchybienia Komisja wnosi, by Trybunał stwierdził, że pozwane państwa członkowskie poprzez zastrzeżenie dostępu do zawodu notariusza jedynie i wyłącznie dla swych obywateli naruszyły art. 43 i 45 akapit pierwszy WE.

73. Państwa członkowskie występują z odmienną analizą uregulowania wynikającego z obydwu przepisów opierając się zasadniczo na określeniu zakresu stosowania uregulowania wyrażonego w sposób negatywny w drugim ze wspomnianych przepisów, to znaczy z odmienną wykładnią sformułowania: „działalnoś[ć], która […] jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej”.

74. Upraszczając bowiem, o ile dla Komisji art. 45 akapit pierwszy WE jest zasadniczo przepisem ograniczonym do pojęcia „przymusu”, państwa członkowskie bronią wyraźnie szerszej wykładni, uważając, iż zasada ta obejmuje jakąkolwiek formę decyzji, z której wynikają szczególne i odmienne od wywoływanych przez akt o charakterze prywatnym skutki.

53 — Zobacz m.in. wyroki: z dnia 9 listopada 1999 r. w sprawie C-365/97 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-7773, pkt 36; z dnia 5 czerwca 2003 r. w sprawie C-145/01 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-5581, pkt 17.

1. Trzy uwagi wstępne o charakterze ogólnym

75. Na wstępie nasuwają się trzy ogólne uwagi: jedna dotycząca struktury uregulowania wynikającego z analizy art. 43 w związku z art. 45 akapit pierwszy WE; druga dotycząca znaczenia lub, jeżeli ktoś woli, struktury samego art. 45 akapit pierwszy WE; trzecia dotycząca zastosowania zasady proporcjonalności.

a) Uregulowanie, którego naruszenie zarzuca Komisja państwom członkowskim: art. 43 i 45 akapit pierwszy WE

76. Jak zostało wyjaśnione, Komisja zarzuca naruszenie całości normatywnej wynikającej z art. 43 i 45 akapit pierwszy WE, z którego można wywnioskować zakres stosowania swobody przedsiębiorczości. Szczególny charakter tego uchybienia, złożonego z dwóch postanowień traktatu, zasługuje na pierwszy komentarz z mojej strony.

77. Artykuł 43 i 45 akapit pierwszy WE bowiem rzeczywiście tworzą jednostkę normatywną opartą na zasadzie (swoboda przedsiębiorczości) i na wyjątku (działalność związana z wykonywaniem władzy publicznej), które określają zatem jej zakres stosowania. Z połączenia tych dwóch przepisów wynika norma decydująca dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Nie chodzi zatem o zasadę (art. 43 WE), której stosowanie jest po prostu *wyjątkiem* (art. 45 akapit pierwszy WE), lecz o odmienną zasadę - tę, która określa zakres stosowania swobody przedsiębiorczości w celu wykonywania zadań *nie* związanych z udziałem we władzy publicznej. Taki jest zakres stosowania rzeczywistej swobody zapewnionej traktatem i tak powinno być rozumiane podejście Komisji, gdy powołuje się ona na naruszenie art. 43 i 45 akapit pierwszy WE.

78. Stanowi to zresztą rozstrzygającą różnicę, która oddziela funkcjonalnie dwa ustępy zawarte w art. 45 WE. Pierwszy, jak zobaczyliśmy, określa bezpośrednio i wyczerpująco (*doskonale*), choć w sposób negatywny, zakres stosowania swobody, od razu wyłączając z niej („nie ma […] zastosowania") działalność, która jest związana z wykonywaniem władzy publicznej. Drugi natomiast po prostu otwiera możliwość, aby prawo wtórne wprowadziło dodatkowe ograniczenia w zakresie swobody ustanowionej przez traktat, jak wynika z art. 43 w związku z art. 45 akapit pierwszy. Ta ogólna możliwość jednostkowego odstąpienia od zakresu swobody, zwłaszcza iż nie skorzystano z niej dotychczas, nie została w żaden sposób poruszona w rozpatrywanych skargach o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państw członkowskich. Jednakże jej odmienność od przepisu zawartego

w pierwszym ustępie umożliwia zrozumienie i wyjaśnienie funkcji i zakresu tego ostatniego przepisu.

79. Należy zatem podkreślić, że art. 43 WE nie ustanawia swobody, w danym przypadku swobody przedsiębiorczości, od której *następnie* wprowadzono wyjątek w art. 45 akapit pierwszy WE. Innymi słowy, nie mamy do czynienia z wyjątkiem od stosowania zasady, lecz z wyjątkiem stanowiącym zasadę, który określa w traktacie zakres stosowania swobody. Zobowiązaniem państw członkowskich jest zatem wdrożenie swobody przedsiębiorczości dotyczące działalności związanej, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej. Przy określaniu zakresu art. 43 wprowadzonego przez art. 45 akapit pierwszy odniosę się następnie jako do „negatywnego zakresu stosowania swobody przedsiębiorczości".

b) Trudność w wykładni znaczenia art. 45 akapit pierwszy WE

80. Druga ogólna uwaga wstępna ma charakter materialny. Od początku wydaje się jasne bowiem, iż przepis zawarty w art. 45 akapit pierwszy WE dotyczący „działalności" gospodarczej „związanej z wykonywaniem władzy publicznej" powołuje się na *ciało obce* w fenomenologii współczesnej władzy publicznej. Rozdział sfery publicznej i prywatnej lub, jeśli ktoś woli, sfery państwowej od społecznej, charakteryzujący współczesny świat polityczny, prowadzi zasadniczo do tego, że brak obecnie zadań związanych z wykonywaniem władzy publicznej poza trzema władzami, w ramach których uznaje się, że wykonywana jest władza publiczna. Sprywatyzowana (lub nieznacjonalizowana) działalność gospodarcza, która niemniej ma charakter wykonywania władzy publicznej jest zatem czymś stosunkowo *nieoczekiwanym* w strukturze traktatu. Jednakże to właśnie ma obecnie nadal na celu art. 51 TFUE, dawny art. 45 WE i to już od pierwszej wersji traktatu EWG w 1957 r. Taki sam przepis można również odnaleźć w art. 23 i 27 Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu.

81. Naturalne wydaje się założenie, że stała obecność przytoczonego przepisu przez cały czas ewolucji prawa pierwotnego musi odpowiadać jakiemuś celowi, musi wyrażać jakąś ukrytą myśl [54]. Jedynym logicznym wyjaśnieniem jest to, że państwa członkowskie

54 — Zobacz C. Tomuschat, Der Vorbehalt der Ausübung öffentlicher Gewalt in den Berufsfreiheitsregelungen des EWG-Vertrages und die freie Advokatur im Gemeinsamen Markt, w: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 27 (1967), s. 53 i nast.

jako autorzy traktatów – i być może opierając się na ich własnej kulturze i tradycji prawnej – uwzględniły okoliczność, że przynajmniej w wielu z nich ich systemy prawne obejmowały określoną działalność związaną z wykonywaniem władzy publicznej, które niemniej nie były podejmowane przez władze publiczne, lecz przeciwnie, przyjmowały formę działalności gospodarczej lub działalności powierzonej podmiotom gospodarczym. Stanowisko, które prowadziłoby do wniosku, że nie przychodzi nam na myśl żadna z istniejących działalność, która zasługiwałaby na takie zaszeregowanie podałaby w wątpliwość zasadność rzeczonej wykładni.

82. Inną rzeczą jest kwestia, czy art. 45 akapit pierwszy WE można interpretować jako zezwalający państwom na podjęcie nieokreślonej lub ogólnej prywatyzacji władzy publicznej (szczególnej formy *devolution*), która nadałaby jej znaczenie „działalności gospodarczej". Nie wydaje mi się, żeby zachodził taki przypadek. Przeciwnie, art. 45 akapit pierwszy WE nie może być uznawany za przepis z przyszłością, lecz raczej za przepis z *przeszłością*. Najwłaściwsza prawdopodobnie ocena art. 45 akapit pierwszy WE polega na stwierdzeniu, że traktat zmierzał do wyłączenia ze swobody przedsiębiorczości jakiejkolwiek działalności gospodarczej, której celem wyjątkowo pozostaje pewna forma związku z państwową władzą polityczną. Oczywiście traktat pozostawia państwom pełną swobodę utrzymania tego rodzaju działalności gospodarczej lub położenia jej kresu. Jednakże z tego względu, że państwa ją utrzymują, traktat bezpośrednio wyłącza ją z zakresu swobody przedsiębiorczości. Można byłoby zatem zaryzykować porównanie tego przepisu z klauzulą fakultatywną *stand still.*

c) Włączenie zasady proporcjonalności

83. W trakcie tego postępowania państwa członkowskie stwierdziły, że stosowanie art. 43 i 45 akapit pierwszy WE nie dopuszcza oceny proporcjonalności. Tym stwierdzeniem pozwane państwa i interwenienci podnoszą, że w przypadku gdy spełnione są wymogi art. 45 akapit pierwszy WE, nie ma miejsca na żadne wyważanie racji, które pozwoliłoby na stosowanie przepisu w sposób stopniowy. Stopniowanie jest właśnie funkcją zasady proporcjonalności przy stosowaniu wyjątku do podstawowych swobód ze względu na to, że jest narzędziem, którego należy używać w celu określenia, do jakiego stopnia ograniczenie swobody jest konieczne do osiągnięcia zgodnych z prawem celów bezpieczeństwa publicznego, zdrowia publicznego

lub porządku publicznego [55]. Pozwane w tych sprawach państwa członkowskie zgodnie twierdzą, że art. 45 akapit pierwszy WE nie umożliwia przeprowadzania oceny w świetle zasady proporcjonalności, lecz stanowi, innymi słowy, przepis binarny: stosuje się lub nie stosuje, lecz nie przyznaje interpretatorowi żadnego zakresu uznania.

84. Rzeczywiście za każdym razem, gdy Trybunał napotkał na kwestię wykładni art. 45 akapit pierwszy WE jego analiza ograniczała się do wyjaśnienia, czy dana działalność stanowiła bezpośredni i rzeczywisty udział w wykonywaniu władzy publicznej. Jednak, jak dalej wyjaśnię, należy również podkreślić, że dotychczas Trybunał nigdy nie musiał wyjść poza pierwszy etap procesu badania stosowania art. 45 akapit pierwszy WE, ze względu na to, że w oparciu o pobieżną analizę wspomnianego pojęcia mógł zawsze ograniczyć się do stwierdzenia, że rzeczona działalność nie była związana z wykonywaniem władzy publicznej. Innymi słowy, możliwe było rozstrzygnięcie przypadków, w których Trybunał musiał wypowiedzieć się w kwestii wykładni art. 45 ust. 1 WE bez konieczności szczegółowego rozważania znaczenia pojęcia „władzy publicznej" [56]. Natomiast w przypadku odpowiedzi twierdzącej, Trybunał powinien pogłębić swe rozważania. W tym drugim przypadku wykładnia polega na określeniu, przy uwzględnieniu stopnia związku z wykonywaniem władzy publicznej wynikającym z działalności, czy kwestionowany przepis krajowy jest niezbędny dla osiągnięcia celów art. 43 i 45 akapit pierwszy WE.

85. Należy więc uznać, że art. 43 i 45 akapit pierwszy WE dopuszczają ocenę proporcjonalności.

86. W ramach przytoczonych przepisów oceny proporcjonalności dokonuje się, ewentualnie, w drodze analizy podobnej do tej, jaką przeprowadzał Trybunał w swoim orzecznictwie [57], to jest takiej, która wyważy z jednej strony ograniczenie wynikające z przyjętego środka i z drugiej strony stopień, do jakiego rozpatrywana działalność związana jest z wykonywaniem władzy publicznej. Im bardziej bezpośredni lub natychmiastowy będzie związek, tym szerszy będzie wachlarz środków objętych art. 45 akapit pierwszy WE. Im mniej ten związek będzie bezpośredni, tym mniej uzasadnione będą środki w świetle tego artykułu zarówno z punktu widzenia ich ilości jak i natężenia.

55 — Artykuł 46 ust. 1 WE. Ten przepis został zinterpretowany przez Trybunał przy zastosowaniu oceny proporcjonalności dla każdego konkretnego przypadku z osobna, jak wynika to z rozległego orzecznictwa. Zobacz spośród najnowszych spraw: wyrok Trybunału z dnia 12 września 2006 r. w sprawie C-196/04 Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas, Zb.Orz. s. I-7995, pkt 61 i nast.; z dnia 3 października 2006 r. w sprawie C-452/04 Fidium Finanz, Zb.Orz. s. I-9521, pkt 46. W przedmiocie zasady i jej roli jako przepisu określającego zakres swobód zob. T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 193 i nast.; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milan, 1998, s. 103 i nast.

56 — Zobacz m.in. M. Henssler i M. Filian, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, Europarecht, 2005, s. 192 i nast.

57 — Zobacz orzecznictwo przytoczone w przypisie 55.

2. Działalność związana z wykonywaniem władzy publicznej

a) Orzecznictwo Trybunału

87. Pierwszym elementem wynikającym z badania obecnego stanu orzecznictwa dotyczącego art. 43 i 45 akapit pierwszy WE jest stałość, z jaką Trybunał kładł nacisk na konieczność ścisłej wykładni. Już w 1974 r. w sprawie Reyners [58] okazało się, że orzecznictwo ograniczy przepis do bardzo wąskiej dziedziny. O takim podejściu świadczy okoliczność, że po ponad pół wieku orzecznictwa i około piętnastu wydanych wyrokach Trybunał nadal nie orzekł, że określona działalność objęta jest zakresem art. 43 i 45 akapit pierwszy WE.

88. W drugiej kolejności w orzecznictwie sprecyzowano, że „działalność" nie jest synonimem „zawodu". W konsekwencji z okoliczności, że działalność jest związana z wykonywaniem władzy publicznej nie wynika per se, że art. 43 i 45 akapit pierwszy WE może być stosowany do wszelkiej innej działalności wykonywanej przez wspomnianego przedstawiciela danego zawodu. To rozumowanie doprowadziło Trybunał do stwierdzenia, że tylko w przypadkach, w których działalność związana z wykonywaniem władzy publicznej jest nieodłączna od innej działalności, możliwe jest ograniczenie zakresu i stosowania art. 43 WE i 45 akapit pierwszy WE do zawodu jako całości. Jak wskazał on w przytoczonym wyroku w sprawie Reyners, nie można dopuścić do wydania orzeczenia dotyczącego zawodu jako całości „gdy w ramach wolnego zawodu działalność, która jest związana w danym przypadku z wykonywaniem władzy publicznej, stanowi składnik, który można oddzielić od całości danej działalności zawodowej" [59].

89. W trzeciej kolejności Trybunał wyjaśnił w sprawie Reyners, że zakres stosowania art. 43 i 45 akapit pierwszy WE „ogranicza się do tych rodzajów działalności, które rozpatrywane samodzielnie stanowią bezpośredni i szczególny udział w wykonywaniu władzy publicznej" [60] przy czym państwa członkowskie nie mogą przyjąć jednostronnych przepisów w tym zakresie, które rozszerzają lub ograniczają ich zakres [61].

90. Wreszcie jako czwarty i ostatni element, który zasługuje na uwydatnienie w naszym orzecznictwie należy wskazać konieczność zbadania szczególnych funkcji wykonywanych w każdego rodzaju działalności, w ramach oceny ściśle związanej z konkretnymi

58 — Wyrok z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74 Reyners, Rec. s. 631.

59 — Wyżej wymieniony wyrok, pkt 47.

60 — Wyżej wymieniony wyrok, pkt 45.

61 — Wyrok z dnia 15 marca 1988 r. w sprawie 147/86 Komisja przeciwko Grecji, Rec. s. 1637, pkt 8.

okolicznościami danego przypadku, zobowiązujących Trybunał do szczegółowego zbadania zagadnień prawa krajowego, których rozstrzygnięcie nie zawsze należy do prostych. Od czasu zatem wydania wyroku Reyners jasne jest, że wymogi, które należy spełnić w celu zastosowania art. 45 akapit pierwszy WE należy „oceniać odrębnie dla każdego państwa członkowskiego w świetle przepisów krajowych mających zastosowanie w stosunku do organizacji i wykonywania tego zawodu" [62]. To sformułowanie przyczyniło się do tego, że orzecznictwo stało się kazuistyczne, mało wyraziste i mocno związane ze specyfiką każdego rodzaju działalności. Jest tak do tego stopnia, że obecnie nie istnieje ani jedno orzeczenie, w którym Trybunał uściśliłby znaczenie wyrażeń „bezpośrednia" i „szczególna" lub „władza publiczna".

91. W odniesieniu do praktycznych wyników tego orzecznictwa należy zauważyć, jak już wskazałem, że w orzeczeniach wydanych dotychczas przez Trybunał nie doszedł on nigdy do wniosku, że jakiś rodzaj działalności związany jest w sposób bezpośredni i szczególny z wykonywaniem władzy publicznej [63]. Zawód adwokata [64], działalność naukowo-dydaktyczna lub kierowanie prywatnymi ośrodkami kształcenia [65], zarządzanie systemami informatycznymi dla administracji publicznej [66], rewidenci ubezpieczeniowi [67], kontrola techniczna pojazdów [68], sprzedaż zakładów i loterii [69], prywatna ochrona [70], publiczne usługi ratunkowe [71] lub podmioty kontrolujące produkty rolnictwa ekologicznego [72]- wszystkie te rodzaje działalności zostały zbadane przez Trybunał, który w każdym przypadku wykluczył, aby były one działalnością związaną z wykonywaniem władzy publicznej w rozumieniu art. 45 akapit pierwszy WE [73].

62 — Wyżej wymieniony wyrok, pkt 49.

63 — Republika Federalna Niemiec uważa, że w wyroku z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-55/93 Van Schaik, Rec. s. I-4837 Trybunał orzekł, że działalność gospodarcza związana była z wykonywaniem władzy publicznej. We wspomnianym wyroku, a dokładnie w jego pkt 16, orzeczono, iż „udzielenie przez państwo członkowskie zezwolenia na przeprowadzenie kontroli technicznej w odniesieniu do warsztatów umiejscowionych w innym państwie członkowskim stanowi przejaw rozszerzenia prerogatyw związanych z wykonywaniem władzy publicznej poza terytorium kraju". Trybunał orzekł, że to możliwość przyznania zezwolenia, a nie działalność gospodarcza stanowiła udział w wykonywaniu władzy publicznej.

64 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Reyners.

65 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Komisja przeciwko Grecji.

66 — Wyrok z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. 4035.

67 — Wyrok z dnia 13 lipca 1993 r. w sprawie C-42/92 Thijssen, Rec. s. I-4047.

68 — Wyrok z dnia 22 października 2009 r. w sprawie C-438/08 Komisja przeciwko Portugalii, Zb.Orz. s. I-10219; ww. wyrok z dnia 5 października 1994 r. w sprawie Van Schaik.

69 — Wyrok z dnia 26 kwietnia 1994 r. w sprawie C-272/91 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-1409.

70 — Wyroki: z dnia 29 października 1998 r. w sprawie C-114/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-6717; z dnia 9 marca 2000 r. w sprawie C-355/98 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-1221); z dnia 31 maja 2001 r. w sprawie C-283/99 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-4363; z dnia 13 grudnia 2007 r., Comisión/Italia C-465/05, Zb.Orz. s. I-11091.

71 — Wyrok z dnia 29 kwietnia 2010 r. w sprawie C-160/08 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-3713.

72 — Wyroki: z dnia 29 listopada 2007 r. w sprawie C-404/05 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-10239; z dnia 29 listopada 2007 r. w sprawie C-393/05 Komisja przeciwko Austrii, Rec. s. I-10195.

73 — Co nie oznacza, że Trybunał zachował milczenie w odniesieniu do rodzajów działalności, które mogą być objęte art. 45 ust. 1 WE, jak w ww. wyroku w sprawie Van Schaik lub nawet z zakresu art. 39 ust. 4 dotyczącego swobodnego przepływu pracowników, gdzie pojawiają się obiter dicta nawiązania do działalności, która mogłaby teoretycznie być związana z wykonywaniem władzy publicznej, jak na przykład w przypadku funkcji wykonywanych przez policję i funkcjonariuszy publicznych w wyroku z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-405/01 Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, Rec. s. I-10391.

b) Konieczność zgłębienia pojęcia władzy publicznej

92. Jak właśnie wyjaśniłem, niewiele jest elementów, które można wydobyć z orzecznictwa w celu zbadania charakteru lub jakości „władzy publicznej", o której mowa w rozpatrywanym przepisie. Zdefiniowanie tego, co stanowi władzę publiczną w rozumieniu art. 45 akapit pierwszy WE [74], musi koniecznie oprzeć się na pewnym z *góry określonym ujęciu* koncepcji władzy publicznej jako ogólnej kategorii teorii państwa, do której koniecznie zalicza się pojęciowo Unia jako wspólnota państw [75].

93. W tym znaczeniu „władza publiczna" jest przede wszystkim „władzą", to znaczy możliwością narzucenia zachowania odpowiadającego przemożnej woli. Zgodnie z ogólnie uznawanym rozumieniem i w jego najszerszym znaczeniu ta możliwość przysługuje wyłącznie państwu, to znaczy, instytucji, która jest uosobieniem systemu prawnego jako instrumentu administracji i zarządzania uprawnionym przymusem [76]. Władza publiczna jest zatem suwerenną władzą, qui superiorem non recognoscens in regno suo.

94. Oznacza to, że nie istnieje już w państwie inna prawnie uznana władza niż władza wykonywana przez władzę publiczną czy to na rzecz istnienia państwa i realizacji jego celów (interes ogólny), czy też służąc uzasadnionym oczekiwaniom niektórych osób fizycznych w odniesieniu do innych (interes prywatny), w tym ostatnim przypadku zawsze zgodnie z wcześniej ustanowionymi warunkami. [77].

95. Niewątpliwie cel użycia zmonopolizowanego i zarządzanego przez państwo przymusu stanowi pierwsze kryterium w celu wyznaczenia granicy między władzą publiczną i podmiotami prywatnymi. Władza publiczna musi bowiem zapewnić realizację ogólnych celów stanowiących podstawę zgodności z prawem konkretnej formy państwa przyjętej przez władzę publiczną (w Europie zazwyczaj socjalne i demokratyczne państwo prawa). Przeciwnie, jednostki w wykonywaniu swej niezależności jako odrębne podmioty mogą dążyć do zaspokojenia swych

74 — Różne wersje językowe omawianego artykułu posługują się bez różnicy dwoma pojęciami, które z teoretycznego punktu widzenia mogą posiadać pewne niuanse, to znaczy pojęciem „władzy publicznej" i „[uprawnienia] władzy publicznej". O „władzy publicznej" mowa na przykład we francuskiej („l'exercice de l'autorité publique"), angielskiej („the exercise of official authority"), portugalskiej („exercício da autoridade pública"), rumuńskiej („exercitării autorității publice") i maltańskiej („l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika") wersji językowej, podczas gdy wyrażenie „[uprawnienia] władzy publicznej" pojawia się w wersji hiszpańskiej („ejercicio del poder público"), niemieckiej („Ausübung öffentlicher Gewalt"), włoskiej („esercizio dei pubblici poteri") i szwedzkiej („utövandet av offentlig makt").

75 — Mimo iż definicja pojęcia musi być ostatecznie być objęta prawem Unii, nie zmienia to jednak faktu, że Trybunał, jako najwyższy interpretator tego prawa, szkicuje jego definicję biorąc jako punkt wyjścia zawsze różne krajowe definicje omawianej kategorii. Zobacz między innymi, M. Schlag, Art. 45, w: *EU-Kommentar* (J. Schwarze, Hrs.), 2 Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2009 r.

76 — Zobacz między innymi w rozległej bibliografii, A. Passerin d'Entreves, *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1962 r.

77 — Nie rozważymy oczywiście przypadku siły zmonopolizowanej przez inne państwo, która współistnieje wraz z tą należącą do pierwszego państwa przy poszanowaniu właściwych zakresów suwerenności wyznaczonych przez prawo międzynarodowe.

prywatnych interesów. Mogą przystępować do tego posługując się, w razie konieczności i zgodnie z wymogami przewidzianymi w porządku prawnym, przymusem zarządzanym przez władzę publiczną, który przedstawia zasadniczo do tych celów instrument służący nieogólnym celom.

96. Jednakże najczęściej stosowanym w celu identyfikacji władzy publicznej kryterium jest zdolność władzy publicznej do jednostronnego narzucenia swej woli, to znaczy bez konieczności uzyskania zgody podmiotu objętego obowiązkiem. Natomiast jednostka może sprawić, by inna jednostka przyjęła jej wolę tylko za zgodą tej ostatniej.

97. Jednakże wszystko nie jest tak proste, gdy chodzi, jak w danym przypadku, o państwo demokratyczne. W tych okolicznościach bowiem zgoda jest zawsze w jakiejś formie ostatecznie konieczna. Z drugiej strony, należy zrelatywizować twierdzenie, że wola władzy publicznej narzucana jest w sposób niezaprzeczalny, ze względu na to, że z punktu widzenia państwa prawa, nierozłącznie związanym również z Unią, jakiekolwiek działanie władzy publicznej jest zaskarżalne. W rzeczywistości suwerenna władza demokratycznego państwa stanowi z tego punktu widzenia bardziej *auctoritas* niż zwykłe *imperium* [78]. Innymi słowy, jest to możliwość dominacji wykonywana przez samą wolę osób podlegających obowiązkowi posłuszeństwa i zapewniona raczej przez pierwotną zgodność z prawem woli władzy niż przez zwykłą groźbę użycia przymusu fizycznego [79].

98. Z tego punktu widzenia oznacza to, że omawiane pojęcie nie jest pojęciem bezwzględnym, lecz względnym i dlatego podlegającym stopniowaniu [80]. Im łatwiej narzucić zachowanie, tym bardziej zbliżone jest takie narzucenie do wykonywania władzy publicznej, lecz zawsze wykluczone jest zwykłe i niepodlegające sprzeciwowi narzucenie.

99. Z tych względów rozważanie kryterium celu (interes ogólny/interes indywidualny) lub kryterium sposobu nakładania obowiązku w drodze przymusu (jednostronny/dwustronny) powoduje wejście na drogę, która nieuchronnie prowadzi na grząski teren. Natykamy się tu bowiem na pojęcia niezwykle

78 — W rzeczywistości, jak wiadomo, suwerenność jest cechą, o którą, mimo że jest atrybutem państwa, nie mogą ubiegać się żadne z jego organów, które jak samo państwo oparte są na na konstytucji „nie ma państwa poza tym, co stanowi konstystucja", „es gibt nur so viel Staat, wie die Verfassung konsituiert" (P. Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, 6 Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2009, s. 187, powtarzając koncepcję R. Smenda i A. Arndta). W państwie prawa zdaniem niektórych nie ma suwerena, ze względu na to, suwerenność jest atrybutem państwa jako całości. Zobacz M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Rowohlt Taschenbuchverlag, Hamburg, 1975 r.

79 — Pierwotna zgodność z prawem, do której dołącza zgodność z prawem wynikająca z jej wykonywaniem zgodnie logiką proceduralną. Zobacz podobnie N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Ed. Luchterhand, Neuwied/Berlin, 1969 r.

80 — Zobacz podobnie ww. C. Tomuschat, s. 69.

nieścisłe, podlegające jako takie rozstrzygnięciu względnych proporcji, a więc niepodlegające najmniejszemu stopniowi obiektywizmu. Oczywiście kryteria operacyjne mają zastosowanie wobec niezaprzeczalnych przypadków wykonywania władzy publicznej, takich jak na przykład działania bardziej bezpośrednio połączone z wykonywaniem uprawnień związanych z suwerennością (wojsko, organy przymusu państwowego, władza sądownicza, rząd). Kryteria te nie wystarczają jednak w celu przedstawienia zakwalifikowania na jakie zasługują inne działania publiczne mniej związane z użyciem przymusu, niemniej jakościowo odmienne od działalności prywatnej.

100. Kontynuując te rozważania, należy zbadać cechę współczesnego państwa jako formę organizacji władzy znacznie bardziej wyrafinowaną niż formy znane wcześniej. Te ostatnie ograniczały się do administracji przymusu fizycznego za pomocą procedur określania nadzwyczaj uproszczonych warunków jego wykonywania. Z powyższego wynika, że w celu przedstawienia zjawiska władzy publicznej w całej jej złożoności, praktycznie nieuchronne jest obecnie opieranie się na pojęciu władzy publicznej stworzonym w oparciu o logikę porządku prawnego, w którym wykonywana jest dana władza.

101. W tym duchu porządek prawny reprezentuje proces organizowania wykonywania uprawnionego przymusu, który może doprowadzić w danym przypadku do zastosowania omawianej siły w konkretnej sytuacji. Niemniej, nie należy uważać za niedogodne uznanie, że akty znaczące zakończenie procesu (w przypadku gdy proces uprawnionego przymusu kończy się wydaniem aktu, który kładzie kres temu procesowi nadając mu ostateczny charakter) zdają się być najdoskonalszym wyrażeniem porządku prawnego [81].

102. Zgodnie z tym stanowiskiem, rozstrzygającym kryterium w celu dokonania zakwalifikowania aktu jako wynikającego z władzy publicznej byłoby zatem kryterium charakteru jego związku z porządkiem państwowym. Rzeczywiście charakter działania należałoby uznać za wyraz udziału w wykonywaniu władzy publicznej na podstawie kryterium jego osadzenia (stopnia jego *przynależności*) w omawianym porządku prawnym. Kryterium zatem nie byłaby zwykła zgodność z omawianym systemem prawnym, lecz raczej to, czy jest włączony jako akt porządku prawnego [82].

81 — W związku z pojęciem porządku prawnego jako następstwa aktów wywodzących się z pierwszej normy pozytywnej jako wyrazu władzy suwerennej zobacz H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2 Aufl., Deuticke, Wien, 1960 r.

82 — Wynika z tego, że kwestia, czy określone działanie jest lub nie jest związane z wykonywaniem władzy publicznej, nie wymaga wysiłku przypisania tego działania jednej z trzech władz lub fukcji państwowych, to znaczy władzy ustawodawczej, władzy wykonawczej lub władzy sądowniczej, w szczególności tej ostatniej jak ukazują wewnętrznie sprzeczne argumenty przedstawione w niniejszym postępowaniu.

103. W tym znaczeniu sądy mogą być uznane za najbardziej charakterystyczny wyraz władzy publicznej. Przez swe orzeczenia bowiem sądy ostatecznie rozstrzygają, co jest prawem, a zatem ich orzeczenia w końcu zlewają się z systemem prawnym [83]. Jednakże z tego samego powodu możemy również powiedzieć, że władzą publiczną jest władza, której działania mogą spełniać ten warunek bez konieczności iurisdictio. Po pierwsze, prawo jest samo przez się wykonalne, w ten sam sposób jak również przepis administracyjny lub nakaz wynikający z przymusu państwowego. Zawsze chodzi o akty i przepisy podlegające kontroli sądowej, lecz niewymagające w każdym razie „zezwolenia" w celu natychmiastowego wywołania skutków.

104. Z powyższych rozważań jasno wynika, że żadna jednostka nie może wydawać aktów prawnych, które mogłyby zostać narzucone osobie trzeciej w inny sposób niż przy udziale władzy publicznej. Ze względu na to, że wykluczone jest użycie przymusu przez jednostki, wykonanie własnego prawa zawsze wymaga oficjalnego zezwolenia. Władza publiczna nie ogranicza się w takich przypadkach do *zrewidowania* aktu, który sam z siebie może wywołać jakikolwiek wiążący skutek wobec osoby trzeciej, jak ma to miejsce w aktach administracji, rządu lub władzy ustawodawczej. Przeciwnie, w takich przypadkach władza publiczna zawsze interweniuje jako władza *stanowiąca* wobec obowiązku, którego jednostka zamierza dochodzić od osoby trzeciej. Mamy zatem do czynienia z obowiązkami, które mogły powstać w wyniku zbiegu woli (umowa/autonomia woli), lecz których spełnienie nie znajduje się w zasięgu jednostki, gdyż wymagają interwencji władzy państwowej.

105. Jak wynika zatem z powyższych rozważań, należy uznać, z zachowaniem stopnia abstrakcji, którego wymagają niniejsze sprawy, że wśród cech określających władzę publiczną w ramach różnych tradycji krajowych, należy uwzględnić tę, która przekłada się na jej zdolność przypisania aktu, przepisu lub zachowania woli państwa sformalizowanej w porządku prawnym. Możliwość przypisania rzeczywistej woli ogólnej woli państwa jako minimalnego wspólnego mianownika dzielonego przez wszystkie te tradycje stanowi bowiem rozstrzygające kryterium dla wyznaczenia podziału pomiędzy sferą publiczną i sferą prywatną.

106. Powyższe rozważania powinny umożliwić poruszenie z większą dozą pewności centralnego zagadnienia działalności notarialnej.

83 — A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Deuticke, Lipsk, 1923 r.

3. W przedmiocie zagadnienia, czy działalność notarialna, a w szczególności nadawanie charakteru dokumentu urzędowego, objęta jest negatywnym zakresem swobody przedsiębiorczości

107. Mimo wszystko wskazane jest dokonanie kilku uwag wstępnych. Pytanie, czy działalność notarialna objęta jest tym, co nazwałem właśnie „negatywnym zakresem" swobody przedsiębiorczości, nie tylko nie zostało rozstrzygnięte w orzecznictwie Trybunału, czego nie trzeba tutaj przypominać, lecz było przedmiotem intensywnej i rozległej dyskusji, która odbiła się szerokim echem zarówno w uwagach na piśmie jak i na przedłużonej rozprawie w dniu 27 kwietnia. Orzecznictwo niewątpliwie zawiera kilka fragmentów, które mogą zostać uznane za przemawiające na korzyść odpowiedzi twierdzącej [84]. W każdym razie nie można stwierdzić, że Trybunał miał okazję rozważyć to pytanie z całą wymaganą starannością.

108. Ponadto okoliczność, że dyskusja była intensywna i rozległa wyraźnie ukazują przyjęte w różnym czasie przez Parlament Europejski stanowiska [85]. To samo można powiedzieć w przypadku wyżej przytoczonego motywu 41 dyrektywy 2005/36, niezależnie od jego mniej lub bardziej istotnej dwuznaczności, do czego powrócę później. Jasne jest w każdym przypadku, że żaden z tych aktów nie jest w stanie zastąpić Trybunału w jego funkcji ostatecznego rozstrzygania w interpretacji traktatów ani od niej go uwolnić.

a) Nadawanie charakteru dokumentu urzędowego jako główna działalność notariuszy w pozwanych państwach

109. Niemniej jednak rozpocznę od przypomnienia, że zarówno państwa jak i Komisja uznają, że istota działalności notariusza polega na mocy nadawania charakteru dokumentu urzędowego i związanych z nią skutkach: wykonalnością i mocą dowodową. Pewne państwa członkowskie takie jak Belgia lub Austria podkreśliły niektóre dodatkowe funkcje wykonywane przez notariat w ich systemach prawnych, które odzwierciedlają elementy władzy publicznej. Jednakże wszystkie

84 — W ww. wyroku w sprawie Colegio de Oficiales de la Marina Mercante, Trybunał orzekł, w przypadku, który jednakże objęty był art. 39 ust. 4 WE, że „prawo hiszpańskie przyznaje […] uprawnienia w zakresie notariatu i stanu cywilnego, których nie można wyjaśnić samą tylko koniecznością dowodzenia statkiem. Takie funkcje stanowią udział w wykonywaniu uprawnień władzy publicznej w celu ochrony ogólnych interesów państwa bandery"(pkt 42).

85 — Zobacz Rezolucje Parlamentu Europejskiego z dnia 18 stycznia 1994 r. i 23 marca 2006 r., w których oświadczył, że zawód notariusza związany jest bezpośrednio i skutecznie z wykonywaniem władzy publicznej. W rezolucji z 2006 r. oświadczono bardzo wyraźnie, iż Parlament „uważa, że art. 45 Traktatu WE musi mieć pełne zastosowanie do zawodu notariusza jako takiego" i opierał takie stwierdzenie na okoliczności, że „delegacja władzy państwowej jest elementem charakterystycznym dla zawodu notariusza i że jest ona aktualnie wykonywana regularnie i stanowi istotną część działalności notariusza".

one łącznie z Komisją są zgodne co do tego, że nadawanie charakteru dokumentu urzędowego połączone z jego skutkami stanowi działalność, która najlepiej określa ten zawód i bez której straciłby on swe znaczenie.

110. Ponadto powód, dla którego możliwe było połączenie sześciu skarg o uchybienie zobowiązaniom państw członkowskich na potrzeby niniejszej opinii zasadniczo wynika z okoliczności, że można mówić o „działalności notarialnej" w sposób, który stosuje się do nich wszystkich. Innymi słowy, można powiedzieć w odniesieniu do sześciu państw o głównej działalności „nadawania charakteru dokumentu urzędowego", która w znacznym stopniu wywołuje analogiczne skutki w ich systemach prawnych. Oczywiście w zakresie suwerenności państw istnieją odmiany tej sytuacji bądź to ze względu na to, że państwo bezpośrednio przystępuje do wykonywania poprzez swą własną administrację tych funkcji, bądź ponieważ zdecydowanie osłabia skutki interwencji notarialnej na dokumenty „publiczne". Przypadek Portugalii, zanim rozpoczęła proces reformy zawodu notariusza, lub Badenii-Wirtembergii są przykładami pierwszej hipotezy; przykładem drugiej hipotezy mógłby teoretycznie również być przypadek Portugalii, w zależności od rozmiarów procesu zmian przeprowadzanych w trakcie ostatniej dekady [86]. Jednym słowem odpowiedź na kwestię podniesioną w niniejszych skargach należy oprzeć na kwalifikacji pewnych określonych rodzajów działalności zawodowej w formie w jakiej są obecnie uregulowane w omawianych państwach. Jakakolwiek zmiana w tych przepisach może oczywiście mieć wpływ na odpowiedź, której udzieli Trybunał.

111. Ponadto należy również na tym etapie podkreślić, zgodnie z wyrokiem w sprawie Reyners i jak wyjaśniłem powyżej, że należy zastosować to, co nazywam zakresem negatywnym stosowania swobody przedsiębiorczości do zawodu jako całości w przypadku gdy „działalność, która jest związana w danym przypadku z wykonywaniem władzy publicznej, stanowi składnik, […][którego nie] można oddzielić od całości danej działalności zawodowej" [87]. Należy zatem podzielić stanowisko państw członkowskich i Komisji, że nadawanie charakteru dokumentu urzędowego jak i jego skutki stanowią składnik, którego nie można oddzielić od działalności notarialnej jako całości. W przypadku zatem gdy potwierdzone zostanie, że omawiana działalność związana jest z bezpośrednim i szczególnym udziałem we władzy publicznej,

86 — Co się tyczy konkretnego przypadku notariato portugalskiego zobacz moja opinię w sprawie C-52/08 Komisja przeciwko Portugalii, wydanej w tym samym dniu, co niniejsza opinia, sprawa w toku.

87 — Wyżej wymieniony wyrok, pkt 47.

działalność notarialna rozumiana całościowo jako zawód objęta byłaby hipotezą określoną w art. 45 akapit pierwszy WE.

112. W sześciu pozwanych państwach zadania notariusza polegają głównie na sporządzaniu aktów, którym nadano charakter dokumentu urzędowego posiadających dwie główne cechy charakterystyczne: niepodważalną moc dowodową i wykonalność. [88] W opisie mającym szerokie zastosowanie do wszystkich tych państw i przypominając opis sporządzony na początku niniejszej opinii można stwierdzić, że w celu nadania charakteru dokumentu urzędowego notariusz działa na żądanie strony i przeprowadza badanie zgodności z prawem poświadczanego aktu. Pośrednictwo notariusza może być obowiązkowe lub fakultatywne w zależności od aktu, który należy przed nim poświadczyć i potwierdza się w nim, że spełnione zostały wszystkie prawnie wymagalne w celu dokonania czynności warunki jak również zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych stron [89].

113. Akty notarialne mają niepodważalną moc dowodową i równoważną z mocą przyznaną aktom wydanym przez urzędnika państwowego, którą można podważyć tylko przed sądem. Innymi słowy, od zbadania oceny dokonanej przez notariusza przysługuje odwołanie, lecz tylko w drodze nadzwyczajnego postępowania odwoławczego [90].

114. Ponadto akt, któremu nadano charakter dokumentu urzędowego jest wykonalny na całym obszarze kraju. W ten sposób akt notarialny nie wymaga zgody dłużnika w celu przystąpienia do jego wykonania (chociaż konieczne jest powiadomienie), powierzając jego realizację bezpośrednio organowi władzy publicznej. Dłużnik, który sprzeciwa się egzekucji może wystąpić do sądu z powództwem wpadkowym w ramach postępowania egzekucyjnego [91].

b) Przypisanie działalności w zakresie nadawania charakteru dokumentu urzędowego wykonywaniu władzy publicznej

115. Odpowiedź na to, co ostatecznie jest kluczową kwestią podniesioną w niniejszych skargach o uchybienie zobowiązaniom państw członkowskich wynika niemal oczywiście z wcześniej przedstawionych rozważań dotyczących kryteriów definiujących władzę publiczną. W przypadku bowiem gdy jednym z najbardziej charakterystycznych elementów państwa członkowskiego jest jego związek z systemem prawnym, zdolność określonej działalności do wywołania wpływu na ukształtowanie systemu prawnego będzie w stanie przyczynić się w rozstrzygający sposób do sformułowania odpowiedzi.

116. Jeżeli wolno mi przypomnieć niektóre ze wspomnianych rozważań, wola państwa znajduje swój rozstrzygający wyraz

88 — Zobacz pkt 13, 20, 27, 34, 42 i 49 niniejszej opinii.
89 — Zobacz pkt 14, 21, 28, 35, 36, 43 i 50 niniejszej opinii.
90 — Zobacz pkt 15, 22, 29, 37, 44 i 51 niniejszej opinii.
91 — Zobacz pkt 16, 23, 30, 38, 45 i 52 niniejszej opinii.

w orzeczeniach sądowych. Wyraz ten może być z góry określony za pomocą aktów, które, w zależności od podmiotu będącego ich autorem, mogą lecz nie muszą być natychmiast wykonalne. Dostrzegłem również, że to właśnie stopień natychmiastowości wykonalności stanowi najpewniejsze kryterium dla określenia władzy publicznej. Oczywiście zawsze będzie możliwe wniesienie sprzeciwu przy pomocy środków prawnych wobec wszelkiej próby przeprowadzenia egzekucji i w takim przypadku to znowu do sądu będzie należało rozstrzygające orzeczenie. Ta rozjemcza funkcja właściwa władzy sądowniczej może być wykonywana przy okazji rozstrzygania konkretnego sporu, w szczególności dotyczącego sprzecznych roszczeń cywilnoprawnych (zwykle roszczeń opartych na prawach jednostek przeciwko innym jednostkom w stosunkach cywilnoprawnych).

117. Tymczasem, i co ma szczególne znaczenie dla naszych celów, określony system prawny może również opowiedzieć się za *uprzedzeniem*, aby tak to ująć, sporu (a zatem zapobieżeniem mu). W szczególności może dokonać tego poprzez zakwalifikowanie jako publiczne (z prawną mocą dowodową i nieodłączną wykonalnością) określonych aktów i postanowień przyjętych przez jednostki, które same w sobie nie mogłyby mieć większego znaczenia niż akty prywatne. Poprzez tę publiczną interwencję w akty jednostek władza publiczna nadaje im charakter bezpieczeństwa i pewności, regulując w ten sposób obrót prawny. Niezależnie od tego jasne jest, że możliwość interwencji sądu nigdy nie jest wykluczona w przypadku gdy, mimo wszystko, spór ostatecznie się pojawia [92]. Ta uprzedzająca funkcja rozjemcza charakteryzująca działalność notarialną w zakresie nadawania charakteru dokumentu urzędowego, a nie do końca właściwie, lecz wielce przekonująco, mogła zostać uznana za „sądownictwo prewencyjne".

118. Innymi słowy, w kontekście pojęciowym określonym w pkt 92 i 105 niniejszej opinii notariusze poprzez nadawanie charakteru dokumentu urzędowego wykonują bezpośrednio i specyficznie działalność o charakterze publicznym w tym znaczeniu, że za jej pomocą przyznają z wyprzedzeniem jednostkom zezwolenie na wykonywanie ich własnego prawa, którego w innym przypadku musiałyby dochodzić w każdym konkretnym przypadku z osobna. Interwencja notariusza zwalnia osobę, która pragnie powoływać się na okoliczności, którym notariusz nadał charakter dokumentu urzędowego, z konieczności żądania interwencji innej władzy publicznej, a zatem przyznaje aktowi, któremu nadano charakter dokumentu urzędowego kwalifikowaną, publiczną moc prawną, która może być podważona tylko przed sądem (tak samo ponadto jak jakikolwiek akt władzy publicznej). Oczywiście cechą rozstrzygającą o statusie władzy publicznej nie jest wyłączenie spod wszelkiej kontroli sądowej niemożliwe w państwie prawa, lecz wzmocnione domniemanie zgodności z prawem jego

92 — Zobacz zwłaszcza: I. de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

własnych aktów i w konsekwencji pewien stopień wymagalności przesłanek koniecznych w celu ich kontroli.

119. Niewątpliwie notariusz nie używa przymusu ani nie narzuca jednostronnie jakiegokolwiek obowiązku. Jednak nie to stanowi, jak widzieliśmy, jedynego rozstrzygającego kryterium charakteru władzy publicznej. Nadawanie charakteru dokumentu urzędowego przyznaje charakter publiczny aktom jednostek, w tym znaczeniu, że nadaje im z wyprzedzeniem moc prawną, której w przypadku jej braku jednostki musiałyby koniecznie żądać od (innej) władzy publicznej w celu zapewnienia ich skuteczności zgodnie z prawem. Chodzi zatem w pewnym stopniu o władzę publiczną, która wykonywana jest na terenie najbardziej zbliżonym do jednostek, tzn. na terenie autonomii woli. Jednakże jej wymiar publiczny jest niezaprzeczalny, jeżeli uwzględni się jej zdolność do przekształcania w akt publiczny tego, co jest czysto prywatne i nadawania mu zatem mocy właściwej władzy publicznej [93].

120. Nie przeszkadza to jednak temu, że uwzględniając mniejsze natężenie, w danym przypadku, jej związku z wykonywaniem władzy publicznej w ściślejszym znaczeniu (poprzez związek z uprawnieniami suwerennej władzy) wykonywanie działalności notarialnej może zostać poddane mniej ścisłym wymogom, niż wymogi stosowane wobec władz bardziej zaangażowanych w wyrażanie suwerenności.

121. Z tego względu więc, że nadawanie charakteru dokumentu urzędowego odpowiada tej funkcji, uważam, iż mamy do czynienia z działalnością związaną bezpośrednio i szczególnie z wykonywaniem władzy publicznej nadając szczególny charakter aktom, przepisom i zachowaniom, które w innym przypadku nie miałyby większej mocy prawnej, niż wartość związana z wyrażaniem prywatnej woli. W przypadku gdy zastosujemy orzecznictwo w sprawie Reyners do tej opinii, ze względu na to, że nadawanie charakteru dokumentu urzędowego jest nieodłączną istotą funkcji notarialnej we wszystkich pozwanych państwach, należy stwierdzić, że zawód notariusza ogólnie i jako całość związany jest bezpośrednio i szczególnie z wykonywaniem władzy publicznej.

122. Uważam jednakże, że ten wniosek nie umożliwia jeszcze sam w sobie udzielenia odpowiedzi na zarzut pierwszy niniejszych skarg o uchybienie zobowiązaniom państw członkowskich.

93 — Podobnie pewne szczególne okoliczności o charakterze symbolicznym podkreślone przez niektóre państwa mogą służyć dla potwierdzenia tezy, której bronię. Podobnie zatem okoliczność, że w niektórych państwach notariusze przechowują pieczęć państwową i używają jej. Klauzula wykonalności pojawia się również jako wyraz funkcji publicznej notariuszy w niektórych przypadkach jak na przykład we Francji: „En conséquence, la République mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce réquis de mettre les présentes à exécution. Aux Procureurs Généraux de la République près des Tribunaux de Grande instante d'y tenir main. A tous, Commandants et Officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis".

4. Warunek przynależności państwowej w świetle zasady proporcjonalości

123. Dotychczas dokonałem oceny fukcjonalnego aspektu zawodu notariusza w pozwanych państwach. Komisja jednakże w szczególności oparła swój wniosek o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego o konkretny element przepisów o notariacie, tj. warunek przynależności państwowej. Konieczne jest zatem obecnie wyjaśnienie, czy włączenie zawodu notariusza do „negatywnego zakresu stosowania" swobody przedsiębiorczości nieuchronnie powoduje zgodność z prawem lub niezgodność z prawem warunku przynależności państwowej. Sprowadza się to do stwierdzenia, jak wskazałem wcześniej, że należy przeprowadzić badanie proporcjonalności, poprzez które wyważy się, z jednej strony, dyskryminację ze względu na przynależność państwową, a z drugiej strony, stopień udziału działalności notarialnej we władzy publicznej.

a) Status notariusza

124. Status odpowiada niewątpliwie funkcji i status ten potwierdza kwalifikację przyznaną funkcji. Notariusz jest zatem funkcjonariuszem publicznym reprezentującym państwo, mimo iż ta działalność uznawana jest za wolny zawód. Jego powołanie jest ostateczne i podlega on postępowaniu dyscyplinarnemu mającemu zastosowanie do osób pracujących na rzecz organów władzy państwowej [94].

125. Oficjalny charakter więzi pomiędzy notariuszem a państwem szczególnie ukazuje związek z władzą publiczną. Jest to więź, która pojawia się od początku działalności, przy zapewnieniu warunków dostępu podobnych do tych, które stosowane są w odniesieniu do urzędników i które wymagają również złożenia ślubowania. Status jest zatem wyrazem charakteru instytucjonalnego więzi pomiędzy notariatem a państwem i okoliczności, że ta więź umożliwia zatem notariuszowi nadanie oficjalnego charakteru woli państwa poprzez sporządzanie prywatnych aktów prawnych.

126. Na mocy omawianej więzi pozwane państwa członkowskie wprowadziły w swych porządkach prawnych wymóg posiadania obywatelstwa kraju w celu uzyskania dostępu do zawodu notariusza. Wymóg ten, który stanowi bezpośrednią dyskryminację ze względu na przynależność państwową i w sposób oczywisty należy do osobistego statusu każdej osoby wykonującej zawód notariusza, jest elementem, który zdaniem Komisji narusza art. 43 i 45 akapit pierwszy WE i który, co zostanie ukazane dalej, musi być poddany ocenie proporcjonalności.

94 — Zobacz pkt 18, 25, 32, 40, 47 i 54 niniejszej opinii.

b) Dyskryminacja ze względu na przynależność państwową w świetle art. 43 i 45 akapit pierwszy WE

127. Jak wyjaśniono w pkt 83-89 niniejszej opinii, przy stosowaniu art. 43 i 45 akapit pierwszy WE niezbędne jest nie tylko określenie, czy działalność związana jest z wykonywaniem władzy publicznej, lecz także należy następnie zbadać, czy zakwestionowany środek państwowy może być uzasadniony w świetle zasady proporcjonalności przez cele, do których zmierzają obydwa przepisy.

128. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że art. 45 akapit pierwszy WE wbrew temu, co mogłoby wyniknąć z najbardziej „spontanicznej" wykładni i wbrew temu, co mogłoby zostać wskazane w orzecznictwie [95], nie zawiera żadnej wzmianki dyskryminacji ze względu na obywatelstwo. Tradycyjne skojarzenie art. 45 ust. 1 WE z przesłanką obywatelstwa należy zatem oceniać z ostrożnością ze względu na to, że jest to związek, który został ukształtowany w wyniku spraw rozstrzygniętych dotychczas przez Trybunał, lecz nie jest owocem *koniecznej* więzi między tymi dwoma elementami [96]. Należy zauważyć, że mimo iż art. 45 akapit pierwszy WE jest przepisem, który pozostał niezmieniony od czasu pierwotnego sporządzenia, traktat uległ zasadniczym zmianom. Choć początkowa interpretacja art. 45 akapit pierwszy WE mogła być związana z obywatelstwem, przemiana, jakiej uległy traktaty założycielskie przez ostatnie dwadzieścia lat, nie musi prowadzić do nieco pochopnego wniosku, że omawiany przepis koniecznie z góry zakłada, że państwa członkowskie są uprawnione do wprowadzenia, bez większych środków ostrożności, dyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

129. W drugiej kolejności nie ma nawet potrzeby przypominać, że bezpośrednia dyskryminacja ze względu na przynależność państwową nie jest jakimkolwiek środkiem, którego skutek ograniczałby się do zwykłej przeszkody w swobodzie przedsiębiorczości. Wręcz przeciwnie, ta forma dyskryminacji ma bardzo szczególny wymiar w prawie Unii, ze względu na to, że, po pierwsze, stanowi najbardziej widoczny przejaw krajowego protekcjonizmu [97]. W Unii proklamującej

95 — Zobacz orzecznictwo przytoczone w przypisach 64-73.

96 — Dowodem na to jest, że art. 45 akapit pierwszy WE został również przywołany, choć bez powodzenia, w celu uzasadnienia wymogów posiadania przebywania lub posiadania miejsca pobytu lub stałej infrastruktury w jednym z państwa członkowskich, jak stało się w ww. wyrokach w sprawach Komisja przeciwko Niemcom i Komisja przeciwko Austrii.

97 — Zobacz ogólnie G. Davies, *Nationality Discrimination in the European Internal Market,* Ed. Kluwer, Haga, 2003 i M. Rossi, *Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV* Europarecht, 2000 r., s. 197 i nast.

stworzenie rynku bez granic wewnętrznych istnienie bezpośredniej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową stanowi negację samej idei integracji. Wyjątkowy charakter wyróżnia się w jeszcze w większym stopniu, jeżeli przypomnimy, że Unia włączyła prawa podstawowe, w szczególności zasadę równości, do art. 20 i 21 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej [98]. Tak więc Unia, oparta na wartościach państwa prawa, które gwarantuje przestrzeganie praw podstawowych, może jedynie zastanawiać się nad rozwiązaniem, które prowadzi do pewnej formy dyskryminacji, która już sama w sobie jest poważna, lecz która ponadto jest sprzeczna z najbardziej podstawowymi zasadami rynku wewnętrznego. Wynika to zasadniczo z art. 12 WE, który stanowi, że „zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową", a co potwierdza orzecznictwo Trybunału, który wielokrotnie odrzucił zastosowanie takich środków przez państwa członkowskie. Można zatem stwierdzić, że spośród wszystkich powodów dyskryminacji zakazanych na gruncie prawa Unii powód oparty na przynależności państwowej wydaje się szczególnie poważny [99].

130. Nieuchronne wydaje się rozważenie zakresu odstępstwa od zasady wynikającej z art. 43 i 45 akapit pierwszy WE w odniesieniu do reszty traktatu, a w szczególności w odniesieniu do niektórych jego podstawowych zasad.

131. Bezsporne jest, że dyskryminacja ze względu na przynależność państwową jest zakazana przez traktat w art. 12 WE [100]. Łączne zastosowanie art. 43 i 45 akapit pierwszy WE mogłoby zatem zasadniczo wywołać, że państwo przyjęłoby wobec osób fizycznych zgodnie z prawem środek, który wywołałby dyskryminację o tym charakterze. Następnie można byłoby stwierdzić, że przy podobnym założeniu należy zastosować art. 18 WE, który ustanawia zasadę swobodnego przepływu osób, w przypadku gdy nie mają zastosowania

98 — Rzecznik generalny Maduro w swej opinii wydanej w sprawie Coleman (wyrok z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie Coleman C-303/06, Zb.Orz. s. I-5603) podkreślił, że „[n]ajbardziej oczywistym sposobem, w jaki można wpłynąć na godność i autonomię takiej osoby, jest to, gdy ktoś jest bezpośrednim celem ze względu na posiadanie wątpliwej właściwości. Traktowanie kogoś w mniej przychylny sposób z powodów takich jak wyznanie, wiek, niepełnosprawność i orientacja seksualna podważa szczególną i niepowtarzalną wartość, jaką ma osoba ludzka z racji swego człowieczeństwa. Uznanie równej wartości każdej istoty ludzkiej oznacza, że winniśmy być ślepi na tego typu względy, gdy nakładamy na kogoś ciężar lub pozbawiamy kogoś korzyści. Inaczej rzecz ujmując, są to właściwości, które nie mogą grać żadnej roli w jakiejkolwiek ocenie tego, czy traktowanie kogoś w sposób mniej przychylny jest prawidłowe, czy nie" (pkt 10).

99 — Dowodem na to znaczenie jest obfite orzecznictwo Trybunału, który wielokrotnie odrzucił wysiłki państw członkowskich zmierzające do uzasadnienia przyjęcia przepisów stanowiących dyskryminację ze względu na przynależność państwową. Zobacz między innymi wyroki: z dnia 20 października 1993 r. w sprawach połączonych C-92/92 i C-326/92 Phil Collins i in., Rec. s. I-5145, pkt 33; z dnia 2 października 1997 r. w sprawie C-122/96 Saldanha i MTS, Rec. s. I-5325, pkt 26, 29; z dnia 16 stycznia 2003 r. w sprawie C-388/01 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-721, pkt 19, 20; z dnia 5 czerwca 2008 r. w sprawie C-164/07 Wood, Zb.Orz. s. I-4143, pkt 13; z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-524/06 Huber, Zb.Orz. s. I-9705, pkt 78, 79.

100 — Zobacz wyroki: z dnia 17 maja 1994 r. w sprawie C-18/93 Corsica Feries, Rec. s. I-1783, pkt 19; z dnia 29 lutego 1996 r. w sprawie C-193/94 Skanavi i Chryssanthakopoulos, Rec. s. I-929, pkt 20; z dnia 25 czerwca 1997 r. w sprawie C-131/96 Mora Romero, Rec. s. I-3659, pkt 10; z dnia 12 maja 1998 r. w sprawie C-336/96 Gilly, Rec. s. I-2793, pkt 37; z dnia 26 listopada 2002 r. w sprawie C-100/01 Oteiza Olazábal, Rec. s. I-10981, pkt 25; z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie C-289/02 AMOK, Rec. s. I-15059, pkt 25; z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-387/01 Weigel, Rec. s. I-4981, pkt 57.

swobody gospodarcze. Przepis ten jednakże niewątpliwie ma zastosowanie „z zastrzeżeniem ograniczeń i warunków ustanowionych w Traktatach"; ograniczenia te zawierają oczywiście art. 45 akapit pierwszy WE [101].

132. Należy wreszcie stwierdzić, że umieszczając dyskryminację ze względu na przynależność państwową w negatywnym zakresie stosowania swobody przedsiębiorczości, państwa członkowskie pozostają uprawnione do wprowadzenia odstępstw od prawa Unii, przy czym zasadniczo żaden inny przepis traktatów nie umożliwia kwestionowania omawianego środka.

133. Ten wynik, który umieszcza art. 12 WE w stosunku podporządkowania względem innych przepisów traktatu, wydaje mi się możliwy do zakwestionowania. Z okoliczności, że art. 12 WE podlega warunkom, nie wynika, przeciwnie, że mamy do czynienia z przepisem o charakterze uzupełniającym. Jego usytuowanie w strukturze traktatu, jak i znaczenie, jakie przypisywane jest zasadzie niedyskryminacji w prawie Unii, skłania do interpretacji postanowienia raczej jako normy o charakterze synoptycznym niż normy uzupełniającej, w tym znaczeniu, że jest automatycznie możliwe jego wyłączenie, jeśli istnieją inne, bardziej szczegółowe postanowienia traktatu. Ponadto Trybunał zdaje się skłaniać ku tej wykładni w swym najnowszym orzecznictwie [102]. Z samej okoliczności zatem, że działalność należy uznać w świetle art. 43 i 45 akapit pierwszy WE za objętą negatywnym zakresem stosowania swobody przedsiębiorczości niekoniecznie wynika, że nie należy dokonać wykładni systemowej w świetle art. 12 WE.

134. Taką wykładnię potwierdza jeszcze bardziej okoliczność, że w takim przypadku, jak będący przedmiotem niniejszej sprawy, gdzie działalność taka jak notarialna zdaje się być związana z wykonywaniem władzy publicznej, mają do niej nadal zastosowanie inne przepisy trakatu. W szczególności ma to miejsce w przypadku art. 86 WE, który wymaga, aby państwa członkowskie czuwały nad przestrzeganiem reguł konkurencji w sektorach objętych zadaniami z zakresu usług publicznych [103]. W przypadku gdy Trybunał

101 — Zobacz ww. M. Rossi, *Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV*, s. 208; A. Epiney, The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship, *European Law Journal*, 2007 r., s. 611 i nast.; S. Kadelbach, Union Citizenship, w A. von Bogdandy i J. Bast, *Principles of European Constitutional Law*, wyd. 2, Hart Publishers, Oxford-Portland, 2005 r., s. 461.

102 — Zobacz wyrok Trybunału z dnia 11 stycznia 2007 r. w sprawie C-251/04 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-67, pkt 26; opinia rzecznika generalnego Mengozziego w sprawie C-383/08 Neukirchinger (we wciąż toczącym się postępowaniu) wydana w dniu 7 września 2010 r., w szczególności jej pkt 60-69.

103 — Zobacz ww. P.V. van Vormizeele, Art. 86, w: J. Schwarze, *EU-Kommentar*; J.L. Buendía Sierra, *Exclusive rights and state monopolies under EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999 r.; T. Prosser, *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford University Press, Oxford, 2005 r. i E. Szyszczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Hart Publishers, Oxford, 2007 r.

orzeka, że działalność wchodzi w zakres stosowania art. 45 akapit pierwszy WE, niekoniecznie wynika z tego, że jest ona wyłączona z reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 WE [104]. To samo dotyczy podstaw prawnych ustanowionych w celu wdrożenia polityk Unii, które w żaden sposób nie uniemożliwiają instytucjom przyjmowania rozporządzeń lub dyrektyw w dziedzinach, które z punktu widzenia swobód zostały wyłączone z ich zakresu stosowania. Potwierdza to orzecznictwo Trybunału, który na przykład orzekł, że działalność notarialna podlega podatkowi VAT, uznając, iż notariusz jest podatnikiem ze względu na to, że wykonuje samodzielnie działalność gospodarczą „bez względu na cel czy też rezultaty takiej działalności" [105]. W sprawie Komisja przeciwko Niderlandom bowiem Trybunał stwierdziwszy, że działalność notariusza ma charakter publiczny, orzekł, w szczególnym kontekście opodatkowania pośredniego, iż omawiana działalność nie jest wykonywana w formie podmiotu prawa publicznego „z uwagi na to, że nie stanowi części organizacji administracji publicznej, lecz w formie samodzielnej działalności gospodarczej wykonywanej w ramach wolnego zawodu" [106].

135. Wreszcie okoliczność, że działalność jest związana z wykonywaniem władzy publicznej nie zwalnia państw członkowskich z obowiązku dostosowania się do prawa Unii. Ten obowiązek, który w danym przypadku dotyczy działalności notarialnej, a zatem dotyczy grupy złożonej z osób fizycznych, musi być szczególnie uwzględniony w przypadku gdy występuje dyskryminacja ze względu na przynależność państwową. Ze względu na to, że przedmiotem niniejszej sprawy są, z jednej strony, osoby fizyczne a z drugiej strony, dyskryminacja ze względu na przynależność państwową, wymaga ona koniecznie przeanalizowania tej kwestii również w świetle statusu obywatelstwa Unii.

136. Od roku 1992 bowiem zarówno traktaty jak i orzecznictwo Trybunału przyczyniły się do stworzenia bezpośredniej i mającej charakter ewolucyjny więzi obywatelstwa pomiędzy jednostką a Unią [107]. Jak powszechnie wiadomo, związek ten ustanowiony jest poprzez przynależność państwową każdego państwa członkowskiego, co nie oznacza, że mamy do czynienia z równoległym obywatelstwem, lecz wręcz przeciwnie: jest to status, który wypływa ze statusu krajowego, lecz gdy zostanie utworzony rozwija się i jest autonomicznym źródłem praw i obowiązków, przy czym państwa członkowskie nie mogą

104 — Zobacz podobnie wyroki: z dnia 21 września 1988 r. w sprawie 267/86 Van Eycke, Rec. s. 4769; z dnia 4 maja 1988 r. w sprawie 30/87 Bodson, Rec. s. 2479; z dnia 19 marca 1991 r. w sprawie C-202/88 Francja przeciwko Komisji, Rec. s. I-1223; z dnia 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90 Höfner i Elser, Rec. s. I-1979; z dnia 13 grudnia 1991 r. w sprawie C-18/88 GB-Inno-BM, Rec. s. I-5941; z dnia 30 marca 2006 w sprawie C-451/03 Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Zb.Orz. s. I-2941; z dnia 3 lipca 2003 r w sprawach połączonych C-83/01 P, C-93/01 P i C-94/01 P Chronopost i in. przeciwko Ufex i in., Rec. s. I-6993; z dnia 1 lipca 2008 r. w sprawie C-49/07 MOTOE, Zb.Orz. s. I-4863.

105 — Wyrok z dnia 26 marca 1987 r. w sprawie 235/85 Komisja przeciwko Niderlandom, Rec. s. 1471. Cytat pochodzi z art. 4 ust. 1 tzw. „szóstej dyrektywy w sprawie podatku VAT" dyrektywa 77/388/EWG Rady z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych — wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku (Dz.U. L 145, s. 1).

106 — Wyżej wymieniony wyrok, pkt 22.

107 — Zobacz podobnie S. O'Leary, *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Kluwer Law International, Haag, 1996 r., s. 23-30.

przyjmować sprzecznych z nim przepisów. Trybunał potwierdził ostatnio tę autonomię w sprawie Rottmann, orzekając, że państwa członkowskie nie mogą ingerować w więź pomiędzy obywatelem a Unią pozbawiając go w nieuzasadniony sposób obywatelstwa państwa członkowskiego. Środek krajowy zatem, który „może spowodować utratę statusu przyznanego w art. 17 WE i związanych z nim praw, należy *ze swojej natury* i skutków do zakresu prawa Unii" [108].

137. Ponadto obywatelstwo europejskie nie tylko stanowi bezpośrednią więź pomiędzy obywatelem a Unią, lecz również sferę związków pomiędzy obywatelami i wszystkimi państwami członkowskimi. Ten aspekt obywatelstwa gwarantuje każdemu obywatelowi swobodę przemieszczania się po obszarze Unii jak i prawo przebywania w jakimkolwiek państwie członkowskim. Więź z Unią wywołuje zatem skutek horyzontalny w stosunku do wszystkich władz krajowych, które muszą powstrzymać się od przyjmowania środków, które ograniczają lub utrudniają swobodę przemieszczania się również w przypadku gdy środek stosuje się do obywateli samego omawianego państwa [109]. W tym celu Trybunał wzmocnił zakres art. 18 WE poczynając od przyznania mu bezpośredniej skuteczności [110] oraz wypracowując następnie znaczące orzecznictwo, które nadało treść statusowi mobilnego obywatela nawet w sytuacjach, w których jednostka nim objęta nie wykonywała żadnej działalności gospodarczej [111] lub w przypadku gdy środek miał zastosowanie do członków rodziny będących obywatelami państwa trzeciego [112].

138. Warunek przynależności państwowej mający zastosowanie do osób fizycznych i wprowadzony rzekomo w ramach negatywnego zakresu swobody przedsiębiorczości powinien przede wszystkim zostać zakwalifikowany jako środek mający wpływ na status obywatela, w zakresie w jakim używa kryterium przypisania obywatelstwa europejskiego, to znaczy obywatelstwa jednego z państw, jako podstawy utrudnienia dostępu do działalności związanej z wykonywaniem władzy publicznej w rozumieniu art. 45 akapit pierwszy WE. Tymczasem traktaty tylko w szczególnych okolicznościach, które jak zobaczymy, nie mają miejsca w niniejszej sprawie, mogą dopuścić, aby podstawa ustanowienia obywatelstwa europejskiego mogła służyć za

108 — Wyrok z dnia 2 marca 2010 r. w sprawie C-135/08 Rottmann, Zb.Orz. s. I-1449, pkt 42 (podkreślenie moje).

109 — Zobacz na przykład wyroki: z dnia 2 października 2003 r. w sprawie C-148/02 Garcia Avello, Rec. s. I-11613; z dnia 14 października 2008 r. w sprawie C-353/06 Grunkin i Paul, Zb.Orz. s. I-7639; ww. wyrok w sprawie Rottmann.

110 — Wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-413/99 Baumbast i R, Rec. s. I-7091.

111 — Wyroki: z dnia 20 września 2001 r. w sprawie C-184/99 Grzelczyk, Rec. s. I-6193; z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-60/00 Carpenter, Rec. s. I-6279; z dnia 15 marca 2005 r. w sprawie C-209/03 Bidar, Zb.Orz. s. I-2119; z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-192/05 Tas-Hagen i Tas, Zb.Orz. s. I-10451); z dnia 23 października 2007 r. w sprawach połączonych C-11/06 i C-12/06 Morgan i Bucher, Zb.Orz. s. I-9161; ostatnio wyroki: z dnia 23 lutego 2010 r. w sprawie C-480/08 Teixeira, Zb.Orz. s. I-1107; w sprawie C-310/08 Ibrahim, Zb.Orz. s. I-1065.

112 — Zobacz na przykład wyroki: ww. w sprawie C-60/00 Carpenter; z dnia 19 października 2004 r. w sprawie C-200/02 Chen, Zb.Orz. s. I-9925.

podstawę odstępstwa od ściśle związanego ze statusem obywatela Unii uprawnienia. Przyjmując ponadnarodowy wymiar, obywatelstwo europejskie opiera się na istnieniu wspólnoty państw i jednostek, które mają wspólną skalę wartości, wysoki stopień wzajemnego zaufania, jak również zobowiązanie do solidarności. W przypadku gdy nadanie obywatelstwa państwa członkowskiego powoduje wprowadzenie jednostki do tej wspólnoty wartości, zaufania i solidarności, paradoksalne byłoby, gdyby właśnie przynależność do niej pozbawiała obywatela Unii możliwości wykonywania praw i swobód przysługujących mu na mocy traktatu.

139. Mając na uwadze powyższe rozważania, należy stwierdzić, że dyskryminacja ze względu na przynależność państwową jest środkiem, który z samej swej natury stanowi poważne naruszenie w sferze obywatelstwa europejskiego, które byłoby dopuszczalne w świetle art. 43 i 45 akapit pierwszy WE tylko po przeprowadzeniu rygorystycznej oceny proporcjonalności, z czego wynika, że musiałoby być oparte na istnieniu szczególnych względów interesu publicznego.

c) Ocena proporcjonalności

140. Wreszcie, jak przedstawiono powyżej przy stosowaniu badania proporcjonalności do normy wynikającej z art. 43 i 45 akapit pierwszy WE, niezbędne jest uwzględnienie stopnia udziału omawianej działalności w wykonywaniu władzy publicznej. W niniejszym przypadku, jak wskazałem w pkt 115-121 niniejszej opinii, działalność notarialna związana jest z wykonywaniem władzy publicznej w rozumieniu art. 45 akapit pierwszy WE, lecz, jak wynika już z jej struktury jako działalności gospodarczej, w mniejszym stopniu niż inne rodzaje działalności, takie jak te wiążące się z bezpośrednim wykonywaniem władzy publicznej. Państwa członkowskie zatem są uprawnione do przyjęcia środków, które uważają za właściwe na marginesie przytoczonych swobód, lecz zawsze pod warunkiem, że środki te będą proporcjonalne do realizowanych celów i zamierzeń. W świetle argumentów podniesionych przez państwa, choć nie ma wątpliwości co do tego, że zawód notariusza obwarowany jest gwarancjami i specyficznymi cechami, które ukazują jego znaczenie dla obrotu cywilnoprawnego, również bezsprzeczne jest, iż żadna z wymienionych specyficznych cech nie usprawiedliwia tego, że status jego członków może stanowić podstawę dla tak rygorystycznego i drastycznego środka jak dyskryminacja ze względu na przynależność państwową będąca przedmiotem niniejszych spraw.

141. Państwa członkowskie podniosły w szczególności w tym zakresie znaczenie ślubowania składanego przez notariuszy przed podjęciem swych obowiązków. Zdaniem państw to oświadczenie wyraża ścisłą więź istniejącą pomiędzy notariuszem i państwem, która przyznaje mu uprawnienia władzy publicznej, więź, która wyraża lojalność

jednostki względem danej wspólnoty politycznej, a w niniejszym przypadku przybiera formę wymogu posiadania obywatelstwa. Pozwane państwa wielokrotnie podkreśliły znaczenie tej więzi, a w odniesieniu do konkretnego przypadku Luksemburga doszło nawet do połączenia warunku przynależności państwowej, od której uzależniony jest dostęp do zawodu notariusza z tożsamością konstytucyjną Wielkiego Księstwa.

142. Pojęcie lojalności jednak, jako wyraz zaangażowania we wspólnotę polityczną i solidarności z nią nie może być uważany za wyłączny i wykluczający znak rozpoznawczy państw członkowskich jako takich, zatem koniecznie wymaga więzi obywatelstwa. Obywatel europejski jednakże jako taki nie jest niezdolny do podjęcia obowiązku lojalności względem Unii. Z założenia, że obywatel państwa członkowskiego byłby w stanie wyrazić zgodny z prawem obowiązek lojalności względem innego państwa członkowskiego tylko pod warunkiem uprzedniego przyjęcia obywatelstwa tego państwa, wynikałoby poważne zakwestionowanie zarówno art. 17 i 18 WE, jak również praw politycznych związanych z obywatelstwem wynikających z traktatów, jak również z Karty praw podstawowych Unii Europejskiej.

143. Instrumenty współpracy sądowej w sprawach cywilnych i przyjęte przez Unię, w szczególności ustanowione w rozporządzeniu (WE) nr 44/2001 [113] potwierdzają to podejście. Notariusz poprzez swe działanie wykonuje działalność o charakterze publicznym, której skutki uznawane są z mocy prawa we wszystkich państwach Unii. Istnienie wysokiego stopnia zaufania, jak również wspólnoty wartości i zasad, na której opiera się Unia, przekształcają notariusza nie tylko w funkcjonariusza publicznego państwa, lecz także Unii. To przekazanie władzy skuteczne w ramach Unii odzwierciedla bardziej złożony obowiązek lojalności niż ten istniejący po prostu między obywatelem danego państwa i tym państwem. Notariusz zatem działa w ramach, w których lojalność rozszerza się zarówno na państwo powierzające władzę, jak i na Unię, która ją przejmuje, jak również na inne państwa członkowskie.

144. Począwszy od chwili gdy, w ramach procesu integracji europejskiej, obywatele Unii stali się uprawnieni do uczestnictwa w demokratycznych krajowych procesach decyzyjnych w miejscu, w którym przebywają, jak ma to miejsce w przypadku demokracji lokalnej lub w celu pobudzenia

113 — Rozporządzenie Rady z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, a w szczególności jego art. 57.

powszechnej inicjatywy ustawodawczej na poziomie europejskim, pojęcie lojalności nie może ograniczać się tylko i koniecznie do obywateli własnego państwa. Interpretując lojalność jako zobowiązanie do przejęcia praw i obowiązków, które łączą obywatela z państwem członkowskim i z Unią, uważam, że nie jest niezbędne, a wobec tego nie jest zgodne z prawem, w niniejszych sprawach, wymaganie więzi obywatelstwa z państwem członkowskim w celu przyjęcia omawianej odpowiedzialności.

145. Funkcja Gerichtskommissär sprawowana przez notariuszy w szczególności w Austrii zasługuje w każdym razie na odrębną wzmiankę. Choć bezsprzeczne jest, że notariusz w ramach wykonywania tej funkcji może wydawać indywidualne i wiążące decyzje, niemniej jednak chodzi o funkcję dodatkową, która ponadto ogranicza się w znacznym stopniu do spraw związanych z dziedziczeniem. Ponadto, jak oświadczył pełnomocnik rządu austriackiego w czasie rozprawy, notariusz, który występuje w charakterze Gerichtskommissär, działa jako osoba wykoująca wolny zawód, a nie jako urzędnik, co zasadniczo wskazuje, iż mamy do czynienia z funkcją otwartą na konkurencję. W świetle dowodów zgłoszonych w postępowaniu okoliczność, że austriacki notariusz wykonuje funkcje komisarza sądowego również nie usprawiedliwia tego, aby norma wynikająca z art. 43 i 45 akapit pierwszy WE stanowiłą podstawę do bezpośredniej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

5. Wniosek w przedmiocie pierwszego zarzutu uchybienia

146. Podsumowując, środek wprowadzający warunek przynależności państwowej, taki jak zakwestionowany przez Komisję w niniejszych sprawach, wydaje się nieproporcjonalny ze względu na to, że nie jest niezbędny dla realizacji celów zamierzonych przez każde państwo, w przypadku gdy zamierza wyłączyć działalność notarialną z zakresu swobody przedsiębiorczości. Zatem pomimo iż mamy do czynienia z działalnością, która podlega uczestnictwu w wykonywaniu władzy publicznej, a więc objętą negatywnym zakresem swobody przedsiębiorczości, uważam, że w szczególnym przypadku zawodu notariusza, art. 43 i 45 akapit pierwszy WE nie dopuszczają środka krajowego, który dyskryminuje ze względu na przynależność państwową osoby pragnące uzyskać dostęp do tego zawodu. W związku z powyższym uważam, że działalność notarialna, taka jak wykonywana w pozwanych państwach, choć objęta jest negatywnym zakresem stosowania swobody przedsiębiorczości zgodnie z art. 43 i 45 akapit pierwszy WE nie zezwala, ze względu na jej nieproporcjonalny charakter na ustanowienie warunku przynależności państwowej jako składnika statusu notariusza, dlatego, że nie jest to wymagane do stopnia, w którym omawiana działalność podlega uczestnictwu w wykonywaniu władzy publicznej. Należy zatem uwzględnić pierwszy zarzut uchybienia oparty na naruszeniu art. 43 i 45 akapit pierwszy WE.

B — *W przedmiocie drugiego zarzutu uchybienia*

147. Z wyjątkiem Republiki Francuskiej Komisja zarzuca państwom członkowskim naruszenie dyrektywy 2005/36 w sprawie uznawania dyplomów poświadczających kształcenie zawodowe przez niezastosowanie jej do działalności notarialnej w krajowych przepisach dotyczących transpozycji.

148. Jak wskazano powyżej, zawód notariusza wchodzi w zakres „negatywnego zakresu stosowania" swobody przedsiębiorczości, zgodnie z interpretacją art. 43 i 45 akapit pierwszy WE. Ponadto podkreśliłem już na poprzednich stronach, że z takiego wniosku nie wynika koniecznie, iż państwa członkowskie nie muszą przestrzegać obowiązków ciążących na nich z mocy traktatów. Niemniej w przypadku dyrektywy 2005/36 istnieją uzasadnione wątpliwości dotyczące jej zastosowania do zawodu notariusza.

149. W ramach skargi o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego do Komisji należy wykazanie, że pozwane państwo dopuściło się naruszenia przepisów prawa Unii. Jednakże, jak wynika z akt sprawy, Komisja ograniczyła się do przywołania braku transpozycji w przewidzianym terminie dyrektywy 2005/36, podczas gdy państwa członkowskie podkreśliły nie tylko stosowanie art. 43 i 45 akapit pierwszy WE, lecz również wyłączenie działalności notarialnej określone w motywie 41 wspomnianej dyrektywy.

150. W motywie 41 dyrektywy 2005/36 stwierdzono, że „[n]iniejsza dyrektywa nie narusza art. 39 ust. 4 oraz art. 45 akapit pierwszy traktatu, w szczególności w odniesieniu do notariuszy". Ustawodawca, niezależnie od całej dwuznaczności tego stwierdzenia, zdaje się dawać w sposób dorozumiany do zrozumienia, że odpowiedź na pytanie dotyczące kwestii, czy działalność notarialna objęta jest zakresem art. 45 akapit pierwszy WE *określiłaby* odpowiedź na pytanie, czy omawiana dyrektywa ma zastosowanie do tego zawodu. Ze strategii proceduralnej Komisji, która ogranicza się do argumentowania na podstawie art. 45 akapit pierwszy WE, zdaje się wynikać, że podziela stanowisko sformułowane w przywołanym motywie 41. Jednakże uwzględniając odpowiedź, jakiej proponuję udzielić na pytanie pierwsze, konieczne byłoby, aby Komisja przedstawiła inne argumenty dotyczące zastosowania tej dyrektywy do zawodu notariusza. Jej jedyny argument oparty na interpretacji pojęcia „władzy publicznej" znajdującego się w art. 45 akapit pierwszy WE został bowiem odrzucony. W tych okolicznościach jasne jest, że Komisja nie podniosła żadnego przekonywającego argumentu,

który umożliwiłby nam uznać drugi zarzut uchybienia.

151. Uważam zatem, że w drugim zarzucie ze względu na to, że Komisja nie dowiodła, że państwa członkowskie są zobowiązane do przestrzegania zobowiązań ustanowionych w omawianej dyrektywie 2005/36 w odniesieniu do działalności notarialnej jest nieuzasadniony.

VI — W przedmiocie kosztów

152. Zgodnie z art. 69 § 3 regulaminu postępowania przed Trybunałem „w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań Trybunał może postanowić, że koszty zostaną podzielone, albo że każda ze stron pokryje własne koszty". Ze względu na to, że uznałem za uzasadniony jeden z podniesionych zarzutów uchybienia, proponuję, aby Trybunał w celu dokonania sprawiedliwego podziału kosztów poniesionych przez strony w niniejszych postępowaniach obciążył Komisję Europejską, Królestwo Belgii, Wielkie Księstwo Luksemburga, Republikę Austrii, Republikę Federalną Niemiec i Republikę Grecką ich kosztami własnymi.

153. W odniesieniu do skargi o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego wniesionej przeciwko Republice Francuskiej należy przypomnieć, że art. 69 § 2 regulaminu postępowania stanowi, iż kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Komisja wniosła o obciążenie Republiki Francuskiej kosztami postępowania, a przegrała ona sprawę w odniesieniu do jedynego podniesionego zarzutu, należy obciążyć ją kosztami postępowania.

154. Zgodnie z ww. art. 69 § 4 akapit pierwszy regulaminu postępowania Republika Litewska, Rumunia, Republika Bułgarii, Rzeczpospolita Polska, Republika Federalna Niemiec, Republika Słowenii, Republika Austrii, Republika Czeska, Republika Słowacka, Republika Węgierska, Republika Łotewska, Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, Republika Francuska, które wstąpiły do sprawy w charakterze interwenientów, pokrywają własne koszty.

VII — Wnioski

155. Uważam zatem, że Trybunał powinien:

W sprawie C-47/08

1) Orzec, że Królestwo Belgii przyjmując środek określony w art. 35 ust. 3 ustawy z dnia 25 ventôse'a XI r. zmienionej ustawą z dnia 4 maja 1999 r., który ogranicza dostęp do zawodu notariusza wyłącznie do obywateli belgijskich, uchybiło ciążącym na nim na mocy art. 43 i 45 akapit pierwszy WE zobowiązaniom państwa członkowskiego.

2) Oddalić skargę w pozostałym zakresie.

3) Orzec, że Komisja i Królestwo Belgii pokrywają własne koszty.

4) Orzec, że Republika Litewska, Republika Czeska, Republika Słowacka, Republika Węgierska, Republika Łotewska, Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej i Republika Francuska, które wstąpiły do sprawy w charakterze interwenientów, pokrywają własne koszty.

W sprawie C-50/08

1) Orzec, że Republika Francuska przyjmując środek określony w art. 3 dekretu z dnia 5 lipca 1973 r. zmienionego dekretem 89-399 z dnia 20 czerwca 1989 r.,

który ogranicza dostęp do zawodu notariusza wyłącznie do obywateli francuskich, uchybiło ciążącym na nim na mocy art. 43 i 45 akapit pierwszy WE zobowiązaniom państwa członkowskiego.

2) Obciążyć Republikę Francuską kosztami postępowania.

3) Orzec, że Republika Litewska, Rumunia, Republika Czeska, Republika Słowacka, Republika Węgierska, Republika Łotewska, Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej i Republika Bułgarii, które wstąpiły do sprawy w charakterze interwenientów, pokrywają własne koszty.

W sprawie C-51/08

1) Orzec, że Wielkie Księstwo Luksemburga przyjmując środek określony w art. 15 ustawy z dnia 9 grudnia 1976 r., który ogranicza dostęp do zawodu notariusza wyłącznie do obywateli luksemburskich, uchybiło ciążącym na nim na mocy art. 43 i 45 akapit pierwszy WE zobowiązaniom państwa członkowskiego.

2) Oddalić skargę w pozostałym zakresie.

3) Orzec, że Komisja i Wielkie Księstwo Luksemburga ponoszą własne koszty.

4) Orzec, że Republika Litewska, Republika Czeska, Rzeczpospolita Polska, Republika Słowacka, Republika Węgierska, Republika Łotewska, Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej i Republika Francuska, które wstąpiły do sprawy w charakterze interwenientów, pokrywają własne koszty.

W sprawie C-53/08

1) Orzec, że Republika Austrii przyjmując środek określony w § 6 ust. 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie notariatu RGBl nr 75/1871 zmienionego ustawą BGBl nr 164/2005, który ogranicza dostęp do zawodu notariusza wyłącznie do obywateli austriackich, uchybiło ciążącym na nim na mocy art. 43 i 45 akapit pierwszy WE zobowiązaniom państwa członkowskiego.

2) Oddalić skargę w pozostałym zakresie.

3) Orzec, że Komisja i Republika Austrii ponoszą własne koszty.

4) Orzec, że Republika Słowenii, Republika Litewska, Republika Czeska, Rzeczpospolita Polska, Republika Węgierska, Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, Republika Słowacka, Republika Łotewska, Republika Federalna Niemiec i Republika Francuska, które wstąpiły do sprawy w charakterze interwenientów, pokrywają własne koszty.

W sprawie C-54/08

1) Orzec, że Republika Federalna Niemiec przyjmując środek określony w § 5 federalnego kodeksu notarialnego w wersji zmienionej art. 3 ustawy z dnia 26 marca 2007 r., który ogranicza dostęp do zawodu notariusza wyłącznie do obywateli niemieckich, uchybiło ciążącym na nim na mocy art. 43 i 45 akapit pierwszy WE zobowiązaniom państwa członkowskiego.

2) Oddalić skargę w pozostałym zakresie.

3) Orzec, że Komisja i Republika Federalna Niemiec ponoszą własne koszty.

4) Orzec, że Republika Słowenii, Republika Litewska, Republika Czeska, Rzeczpospolita Polska, Republika Węgierska, Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, Republika Estonii, Republika Słowacka, Republika Austrii, Republika Łotewska, Republika Bułgarii i Republika Francuska, które wstąpiły do sprawy w charakterze interwenientów, pokrywają własne koszty.

W sprawie C-61/08,

1) Orzec, że Republika Grecka przyjmując środek określony w art. 19 ust. 1 ustawy 2830/2000, który ogranicza dostęp do zawodu notariusza wyłącznie do obywateli greckich, uchybiło ciążącym na nim na mocy art. 43 i 45 akapit pierwszy WE zobowiązaniom państwa członkowskiego.

2) Oddalić skargę w pozostałym zakresie

3) Orzec, że Komisja i Republika Grecka ponoszą własne koszty.

4) Orzec, że Republika Litewska, Republika Słowenii, Republika Słowacka, Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, Republika Czeska i Republika Francuska, które wstąpiły do sprawy w charakterze interwenientów, pokrywają własne koszty.