ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ Г-Н P. CRUZ VILLALÓN представено на 14 септември 2010 година[1]

Съдържание

I — Въведение ..... I - 4110

II — Правна уредба ..... I - 4111

А — Общностно право ..... I - 4111

1. Първично право ..... I - 4111

2. Вторично право ..... I - 4112

Б — Национално право ..... I - 4113

1. Професията на нотариус ..... I - 4113

а) Белгийското право ..... I - 4113

б) Френското право ..... I - 4115

в) Люксембургското право ..... I - 4116

г) Австрийското право ..... I - 4117

д) Германското право ..... I - 4119

е) Гръцкото право ..... I - 4120

ж) Обобщение ..... I - 4121

1 — Език на оригиналния текст: испански.

2. Конкретната национална разпоредба, предмет на исковете: клаузите за гражданство ..... I - 4122

а) Белгийското право ..... I - 4122

б) Френското право ..... I - 4122

в) Люксембургското право ..... I - 4122

г) Австрийското право ..... I - 4122

д) Германското право ..... I - 4123

е) Гръцкото право ..... I - 4123

III — Искания на страните ..... I - 4123

IV — По допустимостта ..... I - 4124

V — По съществото на спора ..... I - 4125

А — По първото твърдение за нарушение ..... I - 4125

1. Три встъпителни съображения от общ характер ..... I - 4126

а) Нормата, за чието нарушение Комисията упреква държавите: член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО ..... I - 4126

б) Трудностите при тълкуването на член 45, първа алинея ЕО ..... I - 4127

в) Прилагане на принципа на пропорционалност ..... I - 4128

2. Дейността, свързана с упражняването на публична власт ..... I - 4130

а) Практиката на Съда ..... I - 4130

б) Необходимостта от задълбочено разглеждане на понятието за публична власт ..... I - 4132

3. По въпроса дали нотариалната дейност, и по-специално дейността по удостоверяване, е една от областите на неприлагане на свободата на установяване ..... I - 4136

а) Удостоверяването като основна дейност на нотариусите в държавите ответници ..... I - 4136

б) Причисляването на дейността по удостоверяване към упражняването на публична власт ..... I - 4138

4. Клаузата за гражданство спрямо принципа на пропорционалност ... I - 4141

а) Статутът на нотариуса ..... I - 4141

б) Дискриминацията, основана на гражданство, в светлината на член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО ..... I - 4142

в) Преценката за пропорционалност ..... I - 4147

5. Заключение по първото твърдение за неизпълнение на задължения . I - 4149

Б — По второто твърдение за неизпълнение на задължения ..... I - 4150

VI — По съдебните разноски ..... I - 4151

VII — Заключение ..... I - 4152

I — Въведение

1. С настоящите искове за установяване на неизпълнение на задължения Европейската комисия иска от Съда да обяви, че като са предоставили достъп до професията на нотариус само на своите граждани (по-нататък „клауза за гражданство“) Кралство Белгия, Френската република, Великото херцогство Люксембург, Република Австрия, Федерална република Германия и Република Гърция не са изпълнили задълженията си по член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО. Европейската комисия иска също така Съдът да обяви, че посочените държави членки, с изключение на Френската република, не са изпълнили задълженията, произтичащи от Директива 2005/36/ЕО относно признаването на професионалните квалификации [2], като не са я приложили по отношение на професията на нотариус [3].

2. Макар Комисията да възразява само срещу дискриминацията, основана на гражданство, въпросът в основата на настоящото дело е значително по-сложен. Всъщност целта на тези производства е Съдът да обяви, че нотариалната функция, така както е уредена в континенталното право, с особеностите, които я

2 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 7 септември 2005 година (ОВ L 255, стр. 22; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 8, стр. 3) за изменение на Директива 89/48/ЕИО (ОВ L 19, стр. 16; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 2, стр. 76).

3 — Това не са единствените искове за установяване на неизпълнение на задължения, предявени от Комисията на това основание, тъй като към настоящия момент Съдът трябва да се произнесе по исковете, предявени срещу Португалия (C-52/08) и Нидерландия (C-157/09).

характеризират в значителен брой държави членки [4], попада в обхвата на свободата на установяване, тъй като не е свързана с „упражняването на публичната власт".

3. Ако проблемът се разгледа в общ план, с това дело на Съда се поставя вероятно най-деликатният до момента въпрос за тълкуване на член 43 ЕО във връзка с член 45, първа алинея ЕО. Както ще стане ясно по-нататък, решените от Съда към днешна дата дела, разглеждащи двете разпоредби във връзка една с друга, са засягали професии с неясна или проявяваща се в съвсем конкретни хипотези връзка с публичната власт, което не може да се каже поне prima facie за разглеждания по това дело случай.

4. Поради това шестте иска, съединени за целите на настоящото заключение, предоставят на Съда възможността да разгледа по-задълбочено отпреди обхвата на една толкова сложна норма, каквато се оказва член 43 ЕО във връзка с член 45, първа алинея ЕО. За целта, за разлика от досега разгледаните дела, в настоящото производство Съдът следва да потърси адекватен баланс между целите, преследвани със свободите на Съюза, зачитането на компетентността на държавите членки и статута на европейското гражданство. Като претегли тези ценности, Съдът ще установи, че посочените по-горе членове изискват специално тълкуване, при което от решаващо значение е принципът на пропорционалност.

5. Естеството на разглежданите ценности, както и възможността да се въведе контрол за пропорционалност в контекста на член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО ясно показват значението на настоящото дело не само конкретно за нотариална дейност, но също така в по-широк смисъл и за правото на Съюза.

II — Правна уредба

А — *Общностно право*

1. Първично право

6. Правната уредба, на която се позовава Комисията в подкрепа на своя иск,

4 — Още тук е уместно да се отбележи, че макар нотариалната дейност според континенталното право, разглеждана в това производство, да продължава да бъде най-разпространената в Европа, наред с нея в Европейския съюз съществуват други форми, като въпросът дали те попадат в приложното поле на член 45, първа алинея ЕО не е предмет на настоящото производство. Това е така било защото нотариусите са част от публичната администрация, или защото нотариалната дейност не представлява удостоверяване в смисъла, в който тук се използва този термин. Накрая поради отмяната на клаузата за гражданство в някои държави, в които нотариалната дейност продължава да следва модела на континенталното право (Италия, Испания), през последните години в Европа се наблюдава все по-голямо разнообразие.

е член 43 ЕО във връзка с член 45, първа алинея ЕО (понастоящем членове 49 ДФЕС и 51 ДФЕС), които към момента на твърдяното неизпълнение уреждат свободата на установяване на физическите и юридическите лица по следния начин:

„*Член 43*

В рамките на следващите разпоредби ограниченията върху свободата на установяване на граждани на държава членка на територията на друга държава членка се забраняват. Тази забрана се прилага също и по отношение на ограниченията за създаване на търговски представителства, клонове или дъщерни дружества от граждани на всяка държава членка, установили се на територията на друга държава членка.

[…]

Член 45

Разпоредбите на настоящата глава не се прилагат, доколкото те засягат някоя държава членка, по отношение на дейности, които в тази държава са свързани, макар и епизодично, с упражняването на публична власт.

Съветът може с квалифицирано мнозинство по предложение на Комисията да приеме, че разпоредбите на тази глава няма да се прилагат по отношение на някои видове дейности“ [5].

2. Вторично право

7. Директива 89/48/ЕИО предвижда срок за транспониране, който съгласно член 12 изтича на 24 януари 1991 г.

8. Член 2 от Директивата предвижда:

„1. Настоящата директива се прилага за всеки гражданин на държава членка, който желае да упражнява на свободна практика или на платена служба регламентирана професия в приемаща държава членка.

2. Настоящата директива не се прилага за професиите, предмет на специална директива, която установява взаимното признаване на дипломите между държавите членки“.

5 — Необходимо е да се отбележи, че макар всички участници в това производство по искове за установяване на неизпълнение на задължения да се позовават, без допълнителни уточнения, на член 45 ЕО, в действителност разпоредбата, която винаги се има предвид, е първата от двете алинеи от посочения член, т.е. тази, която определя приложното поле на свободата чрез посочване на областите на „неприлагане“, а именно дейностите, които са част от упражняването на публична власт. Много по-различен е смисълът на втората алинея, където се има предвид общата хипотеза на икономически дейности, които, без да са част от упражняването на публична власт, въпреки това „може“ посредством разпоредби от вторичното право да бъдат, така да се каже, „изключени“ от свободата на установяване. На това ще се спра по-нататък.

9. Трябва да се отбележи, че професията на нотариус не е уредена с акт по параграф 2 от посочената по-горе разпоредба.

10. Директива 89/48 е отменена и кодифицирана с Директива 2005/36. Новата редакция запазва основното съдържание на Директива 89/48, но съображение 41 въвежда нещо ново спрямо предишната директива, което очевидно е от значение:

„Настоящата директива не накърнява прилагането на член 39, параграф 4 и член 45 от Договора [по-специално спрямо], нотариусите“.

Б — *Национално право*

1. Професията на нотариус

11. Както Комисията, така и държавите членки предоставят много данни от фактическо и правно естество, даващи подробна представа за професията на нотариус във всяка страна. Въпреки това, като се имат предвид големият обем на предоставената информация, обстоятелството, че настоящото заключение се отнася до няколко дела, и нуждата от яснота на доводите при анализа по същество, по-нататък излагам обобщение за всеки отделен случай както на нормите, на които се прави позоваване, така и на функциите, възложени на нотариусите във всяка държава членка, сред които се откроява извършването на нотариални удостоверявания.

а) Белгийското право

12. Професията на нотариус в Белгия се урежда със Закон от 25 вантоз, година XI, както и с различни разпоредби на белгийския съдебен закон.

13. Съгласно белгийския правен ред задачата на нотариуса се състои главно в удостоверяване, което придава на актовете две основни характеристики: пълна доказателствена и изпълнителна сила [6].

14. При удостоверяването нотариусът действа по искане на страна и извършва проверка за законосъобразността на действието, което удостоверява. Намесата на нотариуса може да бъде задължителна или факултативна в зависимост от

6 — Член 19 от Закона от 25 вантоз, година XI.

документа, на който трябва да се придаде статут на официален акт, като нотариусът установява наличието на всички изисквани от закона условия за съставянето на акта, както и правоспособността и дееспособността на страните. При извършване на нотариалното удостоверяване нотариусът уведомява всяка страна за правата и задълженията ѝ и напълно безпристрастно дава съвети [7]. Освен това нотариусът направо определя и събира таксите за вписване и учредяване на ипотеки.

15. Всички актове, съставени с участието на нотариус, имат пълна доказателствена сила, еквивалентна на тази на издадените от публичен орган актове и подлежаща на оспорване само пред съд. Преразглеждането на преценката, извършена от нотариуса, е възможно, но само посредством извънредни процесуални способи [8].

16. Освен това актът, съдържащ нотариално удостоверяване, подлежи на изпълнение на цялата територия на страната [9]. Така този акт е задължителен за длъжника (въпреки че е нужно уведомяване) с оглед на привеждането му в изпълнение, за което пряко отговаря публичен орган — Huissier. Ако възразява срещу изпълнението, длъжникът може да го оспори пред съд [10].

17. Белгийското правителство доказва, че на нотариусите е възложено извършването и на други действия, освен удостоверяването, макар те да са по-незначителна част от дейността им. Така например нотариусът изпълнява функции, свързани с продажбата на недвижими имоти в производствата по изпълнение, несъстоятелност, попечителство или наследяване; с описа на имущество; делбата на неподеляемо имущество; както и учредяването, сливането и други отнасящи се до дружествата действия.

18. За да изпълнява тези функции, нотариусът е длъжностно лице, представител на публичната власт, макар дейността му да се счита за свободна професия [11]. Той не може да бъде отстраняван от длъжност и за него се прилага същият дисциплинарен режим като за държавните служители [12]. Възнаграждението му не е от търговско естество и е определено със закон, но клиентът разполага с голяма свобода при избора на нотариус. Следователно нотариусите не се конкурират за своите клиенти посредством ценова политика, а чрез качеството на услугата.

7 — Член 9, параграф 1, трета алинея от посочения по-горе Закон от 25 вантоз, година XI.

8 — Производството „inscription en faux“ [за установяване на неверността на нотариалното удостоверяване], приложимо за нотариалните актове, е уредено в гражданското право от член 895 от белгийския съдебен закон.

9 — Член 19 от посочения по-горе закон от 25 вантоз.

10 — Членове 1395 и 1396 от белгийския съдебен закон.

11 — Член 1 от посочения по-горе закон от 25 вантоз.

12 — Член 108 от посочения по-горе закон от 25 вантоз.

б) Френското право

19. Професията на нотариус във Франция е уредена със Закона от 25 вантоз, година XI, както и с други специфични разпоредби, предвидени най-вече в гражданскопроцесуалния кодекс.

20. Нотариусите във Франция също съставят актове и заверяват договори по искане на страните, като тяхната намеса придава пълна доказателствена и изпълнителна сила на акта или договора [13].

21. Френският нотариус действа по искане на страна, въпреки че съществуват различни актове, чието съставяне изисква задължително намеса на нотариус [14]. За надлежно извършване на удостоверяването нотариусът проверява законосъобразността на сделката и спазва строги процесуални правила, установени със закон [15], в това число задължението актът да бъде съставен на френски език [16]. Нотариусът е задължен също така да уведоми страните за значението и последиците на акта, както и да се увери, че страните свободно дават своето съгласие и са напълно правоспособни и дееспособни.

22. Доказателствената сила на акта, съдържащ нотариално удостоверяване, е пределна, макар и подлежаща на оборване в специално производство, което е от изключителната компетентност на Tribunal de grande instance [17]. Оспорването на акта може се извърши с възражение или иск в зависимост от това дали съдържанието на акта, съдържащ нотариално удостоверяване, се оспорва по вече образувано производство [18]. Изходът от това производство може да е свързан със санкции както за нотариуса, така и за страната, по чието искане е действал.

23. Изпълнителната сила на нотариалния акт предполага, че всяка от страните може да изисква принудителното му изпълнение пряко от публичния орган, притежаващ изключителна компетентност в тази област: Huissier [19]. За разлика от частните документи, за изпълнението на нотариалния акт не се изисква съдебна намеса, нито е необходимо съгласието на длъжника. Изпълнителното производство е същото

13 — Член 1 от Наредба № 45-2590 от 2 ноември 1945 г., член 1319 от гражданскопроцесуалния кодекс и член 19 от посочения по-горе закон от 25 вантоз.

14 — Дарения, брачни договори, учредяване на ипотека или продажби на бъдеща вещ например.

15 — Вж. посочения по-горе закон от 25 вантоз, година XI, както и специални разпоредби като предвидените в член 850 от Общия данъчен кодекс.

16 — Член 1 от Закон 94-665 от 4 август 1994 г., както и Наредба Villers-Cotterêts от 1539 г., която все още е действаща и по силата на която е задължително използването на френски език в официалните документи.

17 — Член 299 от гражданскопроцесуалния кодекс.

18 — Членове 306 и 314 от гражданскопроцесуалния кодекс.

19 — Монополът при изпълнението на актове и документи, ползващи се с изпълнителна сила, е отреден на Huissiers съгласно член 18 от посочения по-горе гражданскопроцесуален кодекс.

като това за изпълнението на съдебни решения [20].

24. Френското правителство доказва, че на нотариусите е възложено извършването и на други действия освен удостоверяването, макар те да са по-незначителна част от дейността им. Така например нотариусът изпълнява функции, свързани със събирането на данъци, които нямат нищо общо с удостоверяването, допълват го и доказват степента на проникване на професията в публичната власт.

25. Нотариусът е длъжностно лице, притежава делегирана публична власт и за него се прилага специален режим за несъвместимост, макар да упражнява дейността си като свободна професия [21]. Въпреки това неговата дейност е част от охранителните производства, гарантиращи стабилността на правоотношенията и обществените отношения. Нотариалните възнаграждения са определени със закон, но клиентът разполага със свобода при избора на нотариус. Следователно става въпрос за икономическа дейност, упражнявана в условията на конкуренция, при която не цените, а качеството на услугата е определящо за разграничаване на лицата, които я предоставят.

20 — Закон 91-650 от 9 юли 1991 г.

21 — Публичното естество на нотариалната дейност се потвърждава от френския Conseil d'État в неговото решение от 9 юни 2006 г. (№ 280911), в което той приема, че член 45, първа алинея ЕО е приложим по отношение на тази професия, въпреки че стига до това заключение, без да отправя преюдициален въпрос към Съда.

в) Люксембургското право

26. Професията на нотариус в Люксембург е регламентирана със Закон от 9 декември 1976 г., както и с други специфични разпоредби, сред които гражданскопроцесуалният кодекс, Законът от 25 септември 1905 г. и Постановление от 7 октомври 2000 г. на Великия херцог.

27. Нотариалната дейност в Люксембург също се характеризира с това, че се упражнява от длъжностни лица, натоварени със съставянето на актове и заверяването на договори по искане на страните с цел да им се придаде официален характер [22]. Удостоверяването придава по-голяма доказателствена и изпълнителна сила [23].

28. Нотариусът действа по искане на страна, като трябва да провери законосъобразността на акта, както и да се увери, че са изпълнени някои формалности, предвидени със закон. Неговата намеса обаче може да бъде задължителна в определени случаи [24]. Нотариусът трябва да се увери, че страните действат изцяло свободно и притежават пълна правоспособност и дееспособност. Освен това нотариусът е длъжен да предоставя съвети на страните напълно независимо, както и да ги уведомява за правата и задълженията, произтичащи от акта и от намесата му.

22 — Член 1 от Закона от 9 декември 1976 г.

23 — Членове 37 и 45 от посочения по-горе закон.

24 — Вж. например Закона от 25 септември 1905 г. относно вещните права върху недвижими имоти.

29. Удостоверяването се извършва чрез полагането на печат с текст, че актът подлежи на изпълнение [25]. Доказателствената сила, която придобива актът вследствие на това, е особено трудно оборима и допуска доказване на противното в изключителни случаи и посредством специално производство [26].

30. Изпълнителната сила на нотариалния акт позволява на кредитора директно да пристъпи към изпълнение срещу длъжника, без да се налага да започва установително производство пред съда. Кредиторът следва само да се обърне към органа, притежаващ изключителна компетентност във връзка с принудителното изпълнение — Huissier. Решенията на Huissier в изпълнителното производство могат да бъдат обжалвани при същите условия като решенията му при изпълнението на съдебни актове.

31. Люксембургското правителство доказва, че на нотариусите е възложено извършването и на други действия освен удостоверяването, макар те да са по-незначителна част от дейността им. Така например нотариусът изпълнява функции, свързани с продажбата на недвижими имоти в производства по изпълнение, несъстоятелност, попечителство или наследяване; с описа на имущество; както и с делбата на неподеляемо имущество.

32. Нотариусите са длъжностни лица, назначавани от Великия херцог по предложение на министъра на правосъдието. Изпълняват своите функции на цялата територия на Люксембург, на която са задължени да пребиват. Въпреки че развиват своята дейност като лица, упражняващи свободна професия, за тях се прилага специален режим, включващ строги норми за несъвместимост [27]. Нотариалните възнаграждения са законово определени, но клиентите имат свобода при избора на нотариус, в случай че е налице повече от един в съответния район на действие. Следователно е налице свободна конкуренция между нотариусите, която не се основава на цената, а на качеството на услугата.

г) Австрийското право

33. Основните аспекти на нотариалната дейност в Австрия са уредени със Закон от 25 юли 1871 г. и Закон от 11 ноември 1970 г., както и с различни разпоредби от гражданскопроцесуалния кодекс.

34. Австрийските нотариуси са длъжностни лица, назначавани пожизнено от държавата, като техните функции включват, inter alia, удостоверяване, с което на актовете се придава особена доказателствена, както и изпълнителна сила [28].

25 — Постановление от 7 октомври 2000 г. на Великия херцог.
26 — Член 310 и сл. от гражданскопроцесуалния кодекс.
27 — Член 6 от посочения по-горе закон от 9 декември 1976 г.
28 — Член 292 от гражданскопроцесуалния кодекс и параграф 3 от Закона от 25 юли 1871 г., RGBl. 75/1871.

35. Както признава Република Австрия в своята писмена защита, удостоверяването е първата и характерна за нотариусите в тази държава задача. То се извършва по искане на страна, макар че в някои случаи намесата на нотариуса е задължителна, за да се счита действието за извършено и за да може то да породи пълни последици. Нотариусът проверява законосъобразността на действието, което се иска той да удостовери, като освен това разяснява на страните техните права и задължения, както и последиците от неговата намеса и се уверява в пълната правоспособност и дееспособност на страните.

36. След като извърши нотариално удостоверяване, нотариусът може да представлява страните и в особени случаи да поема тяхната защита пред съда и административните органи [29]. Тази дейност се осъществява от него самостоятелно и със стопанска цел.

37. Нотариалните актове се ползват със специална доказателствена сила, въпреки че се допуска, при строго определени условия, възможност за доказване на противното [30].

38. Вследствие на удостоверяването нотариалните актове се ползват с изпълнителна сила и подлежат пряко на изпълнение по искане на заинтересованата страна от компетентните публични органи, които са районните съдилища [31]. Не е необходимо съгласието на длъжника, нито получаването на установително съдебно решение. В изпълнителното производство обаче се допуска обжалване по реда на специално уредено производство [32].

39. Австрийското правителство доказва, че на нотариусите е възложено извършването и на други действия. Така нотариусът действа като Gerichtskommissär — функция, вменена му със закон, включваща оказването на помощ и участие в някои съдебни производства, като например по наследствени въпроси. В качеството си на Gerichtskommissär нотариусът упражнява правомощия, сред които това да издава разпореждания, равностойни на съдебните.

40. Нотариусът е длъжностно лице, назначавано с решение на федералния министър на правосъдието, и е задължен да изпълнява своите публични функции. Въпреки това дейността му се осъществява като свободна професия. Нотариусът изпълнява своите функции напълно независимо и за него се прилага особен режим.

29 — Член 5 от посочения по-горе закон.

30 — Член 292 от гражданскопроцесуалния кодекс.

31 — Bewilligungs- bzw. Exekutionsgericht. Вж. член 17 и сл. от Закона от 27 май 1896 г., RGBl. 79/1896.

32 — Членове 35—37 от посочения по-горе закон от 27 май 1896 г.

Възнаграждението му е определено със закон, но клиентите имат възможност за избор на нотариус. Следователно е налице конкуренция между нотариусите, която действа не посредством ценова политика, а въз основа на качеството на услугата.

д) Германското право

41. Нотариалната дейност в Германия е уредена със Закон от 24 февруари 1961 г., както и с различни разпоредби от гражданскопроцесуалния кодекс.

42. Нотариалната дейност в Германия се упражнява от независими длъжностни лица, изпълняващи главно функцията по нотариално удостоверяване [33]. В резултат на удостоверяването нотариалният акт има изпълнителна сила, както и специална доказателствена сила [34]. Функцията на нотариуса е част от т.нар. „охранителни производства“ [35].

43. В действителност удостоверяването е най-значимата и характерна за професията на нотариуса дейност. При извършването му нотариусът проверява законосъобразността на частните сделки, които страните искат да сключат, и се уверява, че те притежават пълна правоспособност и дееспособност, за да направят съответните волеизявления [36]. След като са изпълнени законовите условия, нотариусът е длъжен да извърши удостоверяването [37]. При извършването му нотариусът дава разяснения и уведомява страните за техните права и задължения, както и за последиците, произтичащи от придаването на официален статут на акта [38]. Въпреки че нотариусът действа по искане на страна, а не служебно, в германския правен ред са предвидени множество актове, за които се изисква да са в нотариална форма, за да породят пълни последици [39].

44. Нотариалният акт има удостоверителното действие на официален документ и се ползва със специална доказателствена сила, въпреки че се допуска доказване на противното при предвидени със закон условия [40] и в зависимост от предмета на нотариалното удостоверяване — изявления на трети лица, изявления на самия нотариус или фактически обстоятелства.

45. Нотариалният акт се ползва с изпълнителна сила и подлежи на пряко изпълнение от съответните органи, без да се иска

33 — Член 1 и член 20, параграф 1 от Закона от 24 февруари 1961 г., BGBl. I., стр. 97.

34 — Член 415, член 794, параграф 1, точка 5 и член 797, параграф 2 от гражданскопроцесуалния кодекс.

35 — Съгласно посочения по-горе член 1 от Закона от 24 февруари 1961 г., понятието на немски език е „vorsorgende Rechtspflege“.

36 — Член 14, параграф 2 от посочения по-горе закон от 24 февруари 1961 г.

37 — Член 15, параграф 1 от посочения по-горе закон от 24 февруари 1961 г.

38 — Член 14, параграф 1, точка 2 от посочения по-горе закон от 24 февруари 1961 г.

39 — Вж. например обещанието за дарение (член 518 от BGB), брачните договори (член 1408 от BGB) или отказа от наследство (член 2346 от BGB).

40 — Член 415, параграф 2 от гражданскопроцесуалния кодекс.

съгласието на длъжника, при все че той трябва да бъде уведомен. Това означава, че длъжникът се подчинява на изпълнението в момента, в който актът се приема и му се придава публичен характер [41]. Компетентни във връзка с изпълнението са само предвидените със закон органи, сред които не е самият нотариус [42]. Решенията, приети в хода на изпълнението и имащи някаква връзка със съдържанието на нотариалния акт, подлежат на обжалване по съдебен ред [43].

46. Германското правителство доказва, че на нотариусите е възложено извършването и на други дейности освен удостоверяването, макар те да са по-незначителна част от дейността им. Така например нотариусът изпълнява функции, свързани с издаването на заверени копия от документи, упълномощаването и удостоверяването на клетвени декларации.

47. Германският нотариус е назначавано от провинцията длъжностно лице, което упражнява своите функции от името на държавата [44]. Въпреки че дейността му не е търговска, нотариусът действа като лице, упражняващо свободна професия, освен в провинция Baden-Württenberg [45]. В останалите провинции нотариусът или упражнява само тази професия, или я съчетава с адвокатската професия, като това зависи от съответната провинция. По отношение на нотариуса се прилага специален режим, гарантиращ неговата независимост, макар че възнаграждението му е определено със закон [46]. Въпреки това клиентът има широки възможности за избор на нотариус в рамките на конкретна територия [47]. Поради това е налице конкуренция между нотариусите, които действат на дадена територия, макар и не въз основа на ценова политика, а по отношение на качеството на услугата.

е) Гръцкото право

48. Нотариалната дейност в Гърция по същество е уредена със Закон 2830/2000.

49. Гръцкият нотариус е длъжностно лице, натоварено главно с удостоверяването на актове, с което им придава доказателствена и изпълнителна сила [48].

41 — Член 794, параграф 1, точка 5 от гражданскопроцесуалния кодекс.

42 — Съществуват различни компетентни органи, сред които са съдебните изпълнители (Gerichtsvollzieher), съдилищата по изпълнението (Vollstreckungsgericht), съдилищата, разгледали делото по същество (Prozessgericht) или службите по вписване (Grundbuchamt).

43 — Член 732 и член 797, параграф 3 от гражданскопроцесуалния кодекс.

44 — Член 1 от посочения по-горе закон от 24 февруари 1961 г.

45 — Там нотариусът е служител от публичната администрация.

46 — Член 17 от посочения по-горе закон от 24 февруари 1961 г.

47 — Членове 10а и 11 от посочения по-горе закон от 24 февруари 1961 г.

48 — Член 1, параграф 1 от Закон 2830/2000.

50. Нотариусът отговаря за удостоверяване на актовете, представени му свободно от страните, макар че намесата му може да бъде задължителна в определени случаи [49]. Нотариусът уведомява и съветва страните във връзка с техните права и задължения, като предоставя услугите си напълно независимо.

51. Нотариалните актове имат специална доказателствена сила, която е противопоставима на всички [50]. Съдържанието на акта може да се оспорва само при наличието на изключителни основания.

52. Поради изпълнителната сила на нотариалния акт принудителното му изпълнение може да се изиска пряко от органа, компетентен и отговорен за това. Действията по принудително изпълнение обаче могат да се оспорват, макар и с възражение при определени обстоятелства [51].

53. Гръцкото правителство доказва, че на нотариусите е възложено извършването и на други действия освен удостоверяването, макар те да са по-незначителна част от дейността им. Така например нотариусът изпълнява, наред с други, функции, свързани с продажбата на недвижими имоти в производства по изпълнение, несъстоятелност, попечителство или наследяване; с опис на имущество; както и с делба на неподеляемо имущество.

54. Нотариусът е длъжностно лице, предоставящо услугите си независимо, и получава възнаграждението си пряко от клиентите. Макар че цената на нотариалните услуги е предвидена със закон, клиентът има известна свобода при избора на нотариус.

55. Следователно е налице конкуренция между нотариусите, която действа не посредством ценова политика, а въз основа на качеството на услугата.

ж) Обобщение

56. Въз основа на всичко изложено погоре може да се приеме, че шестте държави ответници са възприели и развили общ модел на нотариалната дейност, по-конкретно по отношение на удостоверяването и произтичащите от него последици: доказателствената и изпълнителната сила. Освен това във всички държави ответници се наблюдава особен хибриден статут на нотариуса, съчетаващ белезите на публичен орган и на лице, което упражнява свободна професия, и включващ права и задължения, които превръщат нотариалната дейност в икономическа дейност sui generis. Именно тази степен на основни съвпадения позволява да се даде аргументирано и еднакво заключение във връзка с настоящите искове за установяване на неизпълнение на задължения.

49 — В случай например на учредяване на дружества, дарения между живи или прехвърляне на недвижими имоти.

50 — Член 438 от посочения по-горе закон 2830/2000.

51 — Член 933 и сл. от посочения по-горе закон 2830/2000.

2. Конкретната национална разпоредба, предмет на исковете: клаузите за гражданство

57. След като вече бе изложена основната правна уредба на професията на нотариус, следва да се разгледат разпоредбите, които Комисията оспорва в настоящото производство, имащи за цел да предоставят достъп до нотариалната дейност само на гражданите на съответната държава.

а) Белгийското право

58. Член 35, параграф 3 от Закона от 25 вантоз, година XI, изменен със Закона от 4 май 1999 г., въвежда клауза за гражданство за получаването на достъп до професията на нотариус в Белгия. Тя е формулирана по следния начин:

„За да бъде назначено за кандидат нотариус, лицето трябва: 1) да бъде белгийски гражданин […]“.

б) Френското право

59. Член 3 от Указа от 5 юли 1973 г., изменен с Указ 89-399 от 20 юни 1989 г., съдържа клауза за гражданство, уреждаща достъпа до професията на нотариус във Франция по следния начин:

„Нотариус може да бъде само лице, което отговаря на следните условия: 1) да бъде френски гражданин […]“.

в) Люксембургското право

60. Член 15 от Закона от 9 декември 1976 г. за организацията на нотариалната дейност предвижда клауза за гражданство за получаването на достъп до професията на нотариус в Люксембург. Тя е формулирана по следния начин:

„За да получи нотариална правоспособност, лицето трябва: а) да бъде люксембургски гражданин […]“.

г) Австрийското право

61. Член 6, параграф 1, буква а) от Правилника за нотариусите, RGB1 № 75/1871, изменен с BGB1 № 164/2005, предвижда следната клауза за гражданство за получаването на достъп до професията на нотариус в Австрия:

„За да бъде нотариус, кандидатът трябва: а) да има австрийско гражданство […]“.

д) Германското право

62. Член 5 от Федералния кодекс за нотариалната дейност в редакцията, изменена с член 3 от Закона от 26 март 2007 г, въвежда клауза за гражданство за получаването на достъп до професията на нотариус в Германия. Той гласи следното:

„Функциите на нотариус могат да бъдат изпълнявани единствено от местни лица с германско гражданство, отговарящи на условията, за заемане на магистратска длъжност, предвидени във Федералния закон относно статута на магистратите“.

е) Гръцкото право

63. В член 19, параграф 1 от посочения по-горе Закон 2830/2000 е предвидена клауза за гражданство за получаването на достъп до професията на нотариус в Гърция, която гласи следното:

„За нотариуси се назначават лица, притежаващи гръцко гражданство […]“.

III — Искания на страните

64. В съединените тук дела Комисията, подкрепяна от Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия, иска от Съда да се произнесе, както следва:

— да обяви, че като са предоставили достъп до професията на нотариус само на лицата, притежаващи гражданството на съответната държава, Кралство Белгия, Френската република, Великото херцогство Люксембург, Република Австрия, Федерална република Германия и Република Гърция не са изпълнили задълженията си по член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО,

— да обяви, че като не са приложили Директива 2005/36 относно признаването на професионалните квалификации по отношение на професията на нотариус, Кралство Белгия, Великото херцогство Люксембург, Република Австрия, Федерална република Германия и Република Гърция не са изпълнили задълженията си по тази директива,

— да осъди Кралство Белгия, Френската република, Великото херцогство Люксембург, Република Австрия, Федерална република Германия и Република Гърция да заплатят съдебните разноски.

65. От своя страна държавите ответници, подкрепяни от Република Литва, Румъния, Република България, Република Полша, Република Словения, Чешката република, Словашката република, Република Унгария и Република Латвия, искат от Съда:

да отхвърли иска като неоснователен, тъй като не е налице твърдяното нарушение на член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО, и да осъди Комисията да заплати съдебните разноски,

освен това Федерална република Германия прави възражение за недопустимост, което следва да бъде разгледано преди исковете и се основава на обстоятелството, че в досъдебното производство Комисията се е позовавала на Директива 89/48/ЕИО, докато в исковата молба вече изтъква, че е налице неизпълнение на Директива 2005/36, която заменя посочената по-горе директива.

IV — По допустимостта

66. По дело C-54/08 срещу Федерална република Германия тази държава, подкрепяна от Словения и Латвия, прави възражение за недопустимост поради разпоредбите, на които се позовава Комисията. Тя сочи, че в досъдебната фаза на настоящото производство за установяване на неизпълнение на задължения Комисията е твърдяла, че Федерална република Германия е нарушила Директива 89/48, докато в съдебната фаза вече твърди, че е налице нарушение на Директива 2005/36, заменила посочената по-горе директива.

67. Това възражение не може да бъде уважено.

68. Според постоянната съдебна практика надлежното провеждане на досъдебното производство представлява съществена гаранция, заложена в Договора не само за да се защитят правата на съответната държава членка, но и за да има евентуалното съдебно производство ясен предмет. Само ако досъдебното производство е надлежно проведено, състезателното производство пред Съда ще позволи на този орган да прецени дали действително държавата членка не е изпълнила посочените от Комисията задължения [52].

69. Макар, както Съдът нееднократно е посочвал, изложените в исковата молба искания по принцип да не могат да се основават на твърдения за неизпълнение, които не се съдържат в разпоредителната част на мотивираното становище и в официалното уведомително писмо, вярно е

52 — Определение от 11 юли 1995 г. по дело Комисия/Испания (C-266/94, Recueil, стр. I-1975, точки 17 и 18).

също така, че когато по време на досъдебното производство настъпи изменение на общностното право, „Комисията има право да поиска да бъде установено неизпълнение на задължения, които произтичат от първоначалната редакция на впоследствие изменена или отменена директива и продължават да съществуват съгласно новите разпоредби“ [53].

V — По съществото на спора

A — *По първото твърдение за нарушение*

72. Със своето първо твърдение за нарушение Комисията иска от Съда да обяви, че като са предоставили достъп до професията на нотариус само и изключително на своите граждани, държавите членки — ответници, са нарушили член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО.

70. Както обаче отбелязва Комисията, сравнителният анализ на посочените разпоредби показва, че Директива 2005/36 консолидира и кодифицира разпоредбите на Директива 89/48. Следователно по-голямата част от задълженията, наложени на държавите членки с Директива 89/48, продължават да съществуват по силата на Директива 2005/36.

73. В противовес на това държавите изразяват различно схващане за нормата, която се извежда от двете разпоредби, по същество основано на нейното приложно поле, определено чрез посочване на областите на неприлагане във втората от разпоредбите, т.е. различно тълкуване на формулировката „дейности, които [...] са свързани, макар и епизодично, с упражняването на публична власт“.

71. Поради това искът следва да се приеме за допустим, като се отхвърли възражението на Германия за недопустимост, тъй като то се отнася до задължения по Директива 2005/36, които вече са съществували по силата на отменената директива.

74. В действителност и изразено по много опростен начин, според Комисията разпоредбата на член 45, първа алинея ЕО по същество е ограничена до понятието за принуда, докато държавите членки защитават едно определено по-широко тълкуване, като споделят разбирането, че нормата обхваща всички форми на вземане на решения, от които произтичат конкретни последици, различни от тези на частните актове.

53 — Вж. например Решение от 9 ноември 1999 г. по дело Комисия/Италия (C-365/97, Recueil, стр. I-7773, точка 36) и Решение от 5 юни 2003 г. по дело Комисия/Италия (C-145/01, Recueil, стр. I-5581, точка 17).

1. Три встъпителни съображения от общ характер

75. Предварително се налагат три общи съображения. Първото — относно структурата на нормата, която се извежда от член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО; второто — за смисъла, или ако Съдът предпочита, за мястото на самия член 45, първа алинея ЕО в структурата на Договора; третото — отнасящо се до прилагането на принципа на пропорционалност.

а) Нормата, за чието нарушение Комисията упреква държавите: член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО

76. Както бе изложено непосредствено по-горе, Комисията изтъква нарушение на съвкупността от правни норми, които се извеждат от член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО и определят приложното поле на свободата на установяване. Най-напред трябва да се спра на особения характер на това неизпълнение на задължения, изведено от две разпоредби от Договора, които се разглеждат във връзка една с друга.

77. В действителност член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО образуват своеобразно нормативно цяло, състоящо се от едно правило (свобода на установяване) и едно изключение (дейности, свързани с упражняването на публична власт), които заедно определят приложното поле на свободата. От тълкуването на двете разпоредби във връзка една с друга се извежда определящата за решаването на настоящото дело норма. Следователно в случая не става дума за правило (член 43 ЕО), във връзка с чието прилагане просто е предвидено *изключение* (член 45, първа алинея ЕО), а за едно различно правило: правилото, определящо приложното поле на свободата на установяване при извършването на дейности, които *не са* свързани с упражняването на публична власт. Такова е приложното поле на конкретната свобода, гарантирана с Договора, и с оглед на това приложно поле трябва да се разбират твърденията на Комисията, че са нарушени член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО.

78. От друга страна, това е определящата функционална разлика между двете алинеи на член 45 ЕО. Първата алинея, както стана ясно, определя обхвата на въпросната свобода пряко и категорично (*цялостно*), макар и чрез посочване на областите, в които тя не се прилага, като обявява за непосредствено изключени от обхвата ѝ („не се прилагат“) дейностите, свързани с упражняването на публична власт. За разлика от нея, втората алинея само предвижда възможността вторичното право да въвежда допълнителни ограничения в приложното поле на свободата, определено от Договора с член 43 във връзка с член 45, първа алинея. Тази принципна възможност за конкретна дерогация от приложното поле на свободата, която впрочем до настоящия момент не е била използвана, остава изцяло извън предмета на настоящите искове за неизпълнение на задължения. Въпреки това съпоставянето

й с предвиденото в първата алинея позволява да се разберат и обяснят предназначението и обхватът на последната.

79. Следователно трябва да се подчертае, че в член 43 ЕО не е закрепена свобода — тази на установяване, във връзка с чието прилагане *след това* да е предвидено изключение в член 45, първа алинея ЕО. Казано по друг начин, не става въпрос за изключение във връзка с прилагането на дадено правило, а за изключение, което съставлява правилото от Договора, определящо приложното поле на свободата. Ето защо задължение на държавите членки е да осигурят ефективно прилагане на свободата на установяване по отношение на икономически дейности, които не са свързани, макар и епизодично, с упражняването на публична власт. Определеното в член 45, първа алинея приложно поле на член 43 по-нататък ще наричам „области на неприлагане на свободата на установяване".

б) Трудностите при тълкуването на член 45, първа алинея ЕО

80. Второто встъпително съображение от общ характер вече е по същество. Всъщност още на пръв поглед изглежда ясно, че посочените в член 45, първа алинея ЕО икономически „дейности […], свързани […] с упражняването на публична власт" са *чуждо тяло* във феноменологията на съвременната публична власт. Вследствие на присъщото за съвременния политически живот разделение между публичната и частната сфера, т.е. между държавата и обществото, в днешно време по принцип не са останали дейности, свързани с участие в публичната власт, които да не са обхванати от трите власти, на които се счита, че се подразделя въпросната публична власт. Ето защо приватизирана (или ненационализирана) икономическа дейност, с която въпреки това се упражнява публична власт, е относително *неочаквана* в системата на Договора. Именно това обаче следва от текста на настоящия член 51 ДФЕС, предишен член 45 ЕО, и така до първата версия на Договора за ЕИО от 1957 г., а впрочем и от членове 23 и 27 от Споразумението за Европейската асоциация за свободна търговия.

81. Изглежда естествено да се предположи, че постоянното присъствие на тази разпоредба в хода на развитието на първичното право трябва да отговаря на определена цел, да бъде израз на някаква основна идея[54]. Единственото логично обяснение е, че държавите, в качеството си

54 — Вж. *Tomuschat* C. Der Vorbehalt der Ausübung öffentlicher Gewalt in den Berufsfreiheitsregelungen des EWG-Vertrages und die freie Advokatur im Gemeinsamen marka: in Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 27 (1967), p. 53 et sq.

на автори на Договорите и вероятно въз основа на своята собствена правна култура и традиции, са отчели факта, че поне в значителен брой от тях съответният правен ред включва определени дейности в упражняването на публична власт, въпреки че те не се извършват от самите публични органи, а напротив — под формата на икономически дейности или дейности, извършвани от икономически субекти. Подход, който би довел до заключението, че *не може да се открие* нито една съществуваща дейност, която да бъде квалифицирана по този начин, би поставил под въпрос правилността на това тълкуване.

сложат край на този вид икономически дейности. Ако обаче държавите ги запазят, Договорът пряко ги изключва от обхвата на свободата на установяване. В този смисъл би било уместно да се отбележи сходството с факултативна клауза *stand still*.

в) Прилагане на принципа на пропорционалност

82. Друг е въпросът дали член 45, първа алинея ЕО може да се разглежда като овластяващ държавите да извършват неопределено или общо прехвърляне на публичната власт в частни ръце (своеобразна *devolution*), с което да я превърнат в „икономическа дейност“. Струва ми се, че той не ги овластява за това. Напротив, член 45, първа алинея ЕО не трябва да се разглежда толкова като разпоредба *с бъдеще*, колкото като разпоредба *с минало*. Вероятно найточното разбиране за член 45, първа алинея ЕО е това, според което целта на Договора е да изключи от обхвата на свободата на установяване икономическа дейност, която по изключение продължава да е свързана с държавната политическа власт. Естествено, Договорът предоставя на държавите пълна свобода да запазят или да

83. В настоящото производство държавите членки твърдят, че прилагането на член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО не допуска контрол за пропорционалност. С това ответниците и встъпилите страни защитават тезата, че когато са изпълнени условията по член 45, първа алинея ЕО, не следва да се извършва каквато и да е преценка, която да позволи степенувано прилагане на нормата. Именно степенуването е функция от принципа на пропорционалност, когато той се прилага по отношение на изключение от някоя от свободите, тъй като това е средството за определяне до каква степен дадено ограничение на свобода е необходимо за постигането на легитимните цели, свързани със сигурността, общественото здраве или обществения

ред [55]. Държавите — ответници в настоящото производство, единодушно считат, че член 45, първа алинея ЕО не допуска контрол с оглед на принципа на пропорционалност, а представлява разпоредба, която е или приложима или неприложима, но не предоставя свобода на преценка при тълкуването ѝ.

84. Всъщност всеки път, когато е бил сезиран с въпрос, изискващ тълкуване на член 45, първа алинея ЕО, Съдът само е проверявал дали дейността е непосредствено и действително свързана с упражняването на публична власт. Въпреки това, както ще бъде изложено по-нататък, е необходимо да се подчертае, че към днешна дата на Съда никога не се е налагало да отива по-далеч от първия етап в процеса на прилагане на член 45, първа алинея ЕО, тъй като във всички разгледани случаи още първоначалната преценка от гледна точка на понятието за публична власт му е позволявала да приеме, че съответната дейност не е свързана с упражняването на публичната власт. С други думи, в случаите, в които Съдът е трябвало да тълкува член 45, първа алинея ЕО, той е могъл да се произнесе, без да се налага да разглежда подробно понятието за публична власт [56]. Обратно, при положителен отговор на въпроса Съдът трябва да задълбочи своя анализ. В този случай при тълкуването трябва да се определи дали разглежданата национална мярка е необходима за постигането на целите на член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО, като се съобрази степента, до която дейността е свързана с упражняването на публичната власт.

85. Следователно е уместно да се заключи, че член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО допускат контрол за пропорционалност.

86. В контекста на посочените разпоредби контролът за пропорционалност предполага евентуално анализ, подобен на използвания от Съда в неговата практика [57], при който се преценява (1) от една страна, въздействието на приетата мярка, и (2) от друга — степента, в която съответната дейност е свързана с упражняването на публична власт. Колкото по-пряка или непосредствена е връзката, толкова по-широк ще е наборът от мерки, обхванат от член 45, първа алинея ЕО. Колкото по-косвена е връзката, толкова по-малко на брой и толкова по-слаби като интензитет ще бъдат мерките, които могат да бъдат обосновани от гледна точка на тази разпоредба.

55 — Член 46, параграф 1 ЕО. При тълкуването на тази разпоредба Съдът извършва контрол за пропорционалност за всеки отделен случай, както е видно от богатата съдебна практика. Сред някои от най-скорошните решения вж. например Решение от 12 декември 2006 г. по дело Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Recueil, стр. I-7995, точка 61 и сл.), Решение от 3 октомври 2006 г. по дело Fidium Finanz (C-452/04, Recueil, стр. I-9521, точка 46). Относно принципа и ролята му като критерий за преценка във връзка с различните свободи вж. *Tridimas*, T. The General Principles of EU Law, 2. ed., Ed. Oxford University Press, 2006, p. 193 et sq., и *Galetta*, D.-U. Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo, Giuffrè Editore, Milan, 1998, p. 103 et sq.

56 — Вж. най-вече *Henssler*, M., *Filian*, M. Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG. Europarecht. 2005.

57 — Вж. съдебната практика, посочена в бележка под линия 55.

2. Дейността, свързана с упражняването на публична власт

а) Практиката на Съда

87. При разглеждането на актуалното състояние на съдебната практика във връзка с член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО най-напред следва да се посочи, че Съдът многократно изтъква необходимостта от стриктно тълкуване. Още през 1974 г. от Решение по дело Reyners [58] става ясно, че съдебната практика ще ограничи приложното поле на разпоредбата до много тесен периметър. Доказателство за този подход е фактът, че след повече от половин век съдебна практика и след от около петнадесет решения Съдът все още не е приел, че определена дейност попада в приложното поле на член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО.

88. На второ място, в съдебната практика е уточнено, че „дейност“ не е синоним на „професия“. Следователно обстоятелството, че дадена дейност представлява участие в упражняването на публична власт, само по себе си не предполага, че член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО се прилагат за всички останали дейности на лице, упражняващо съответната професия. Разсъждавайки по този начин, Съдът приема, че само в случаите, при които дейностите, свързани с упражняване на публичната власт не могат да бъдат отделени от останалите, е възможно да се ограничат обхватът и приложното поле на член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО по отношение на дадена професия като цяло. Както Съдът постановява в посоченото по-горе решение по дело Reyners, недопустимо е произнасяне по отношение на професията като цяло „след като в рамките на дадена независима професия дейностите, които евентуално са свързани с упражняването на публична власт, представляват елемент, който може да се отдели от цялостната професионална дейност“ [59].

89. На трето място, в Решение по дело Reyners Съдът уточнява, че приложното поле на член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО „обхваща само дейностите, които сами по себе си са непосредствено и специфично свързани с упражняването на публична власт“ [60], като държавите могат да приемат едностранни разпоредби, с които да разширяват или стесняват техния обхват [61].

90. Накрая, четвъртият аспект от практиката на Съда, който трябва да се открои, е свързан с необходимостта от анализ на специфичните функции, изпълнявани с оглед на всяка дейност, в рамките на преценка, тясно свързана с конкретните обстоятелства по случая и налагаща задълбочено разглеждане от Съда на въпроси

58 — Решение от 21 юни 1974 г. по дело Reyners (2/74, Recueil, стр. 631).

59 — Решение, посочено по-горе, точка 47.

60 — Решение, посочено по-горе, точка 45.

61 — Решение от 15 март 1988 г. по дело Комисия/Гърция (147/86, Recueil, стр. 1637, точка 8).

от националното право, които невинаги се оказват лесни за решаване. По този начин след Решение по дело Reyners става ясно, че характеристиките, които следва да са налице, за да се приложи член 45, първа алинея ЕО, трябва „да се преценяват поотделно за всяка държава членка с оглед на националните разпоредби, приложими към организацията и упражняването на въпросната професия“ [62]. Тази особеност на съдебната практика я прави казуистична, не особено категорична и твърде съсредоточена върху особеностите на всяка отделна дейност до такава степен, че понастоящем няма нито едно решение, в което Съдът да е развил смисъла на изразите „непосредствено“, „специфично“ или „публична власт“.

91. Що се отнася до практическия резултат от тази съдебна практика, както бе споменато по-горе, в решенията, постановени до днес, Съдът не стига до заключението, че дадена дейност е непосредствено и специфично свързана с упражняването на публичната власт [63]. Професията на адвокат [64], преподавателската дейност или управлението на частни центрове за обучение [65], управлението на информационни системи за публичната администрация [66], застрахователният надзор [67], техническите прегледи на превозни средства [68], приемането на залози и продажба на лотарийни билети [69], охранителната дейност [70], обществените служби за спешна помощ [71] или органите за контрол на продуктите на биологичното селско стопанство [72] са подложени на преценката на Съда и във всички случаи се установява, че това не са дейности, свързани с упражняването на публична власт по смисъла на член 45, първа алинея ЕО [73].

62 — Решение, посочено по-горе, точка 49.

63 — Федерална република Германия счита, че в Решение от 5 октомври 1994 г. по дело Van Schaik (C-55/93, Recueil, стр. I-4837) Съдът стига до заключението, че определена икономическа дейност е свързана с упражняването на публична власт. Във въпросното решение, и по-специално в точка 16 се установява, че издаването на разрешително за извършване на технически прегледи от държава членка на сервизи, установени в други държави членки, предполага разпростиране на прерогативи на публичната власт извън територията на съответната държава членка. Съдът заключава, че свободата за издаване на разрешителни, а не разрешената икономическа дейност, е свързана с упражняването на публична власт.

64 — Решение по дело Reyners, посочено по-горе.

65 — Решение по дело Комисия/Гърция, посочено по-горе.

66 — Решение от 5 декември 1989 г. по дело Комисия/Италия (C-3/88, Recueil, стр. 4035).

67 — Решение от 13 юли 1993 г. по дело Thijssen (C-42/92, Recueil, стр. I-4047).

68 — Решение от 5 октомври 1994 г. по дело Van Schaik, посочено по-горе, и Решение от 22 октомври 2009 г. по дело Комисия/Португалия (C-438/08, Сборник, стр. I-10219).

69 — Решение от 26 април 1994 г. по дело Комисия/Италия (C-272/91, Recueil, стр. I-1409).

70 — Решение от 29 октомври 1998 г. по дело Комисия/Испания (C-114/97, Recueil, стр. I-6717), Решение от 9 март 2000 г. по дело Комисия/Белгия (C-355/98, Recueil, стр. I-1221), Решение от 31 май 2001 г. по дело Комисия/Италия (C-283/99, Recueil, стр. I-4363), Решение от 13 декември 2007 г. по дело Комисия/Италия (C-465/05, Сборник, стр. I-11091).

71 — Решение от 29 април 2010 г. по дело Комисия/Германия (C-160/08, Сборник, стр. I-3713).

72 — Решение от 29 ноември 2007 г. по дело Комисия/Германия (C-404/05, Сборник, стр. I-10239) и Решение от 29 ноември 2007 г. по дело Комисия/Австрия (C-393/05, Сборник, стр. I-10195).

73 — Това обаче не означава, че Съдът не се е произнасял относно възможността да съществуват дейности, за които се прилага член 45, първа алинея ЕО, като например в посоченото по-горе Решение по дело Van Schaik, или дейности, които попадат в приложното поле на член 39, параграф 4 относно свободното движение на работници, както когато за изчерпателност споменава определени дейности, които хипотетично биха могли да бъдат свързани с упражняването на публична власт, като дейността на полицията и на лицата, легализиращи документи, в Решение от 30 септември 2003 г. по дело Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C-405/01, Recueil, стр. I-10391).

б) Необходимостта от задълбочено разглеждане на понятието за публична власт

92. Както бе изложено по-горе, не са много насоките, които могат да бъдат изведени от съдебната практика, когато трябва да се изследва същността или характерните особености на „публичната власт“ по смисъла на разглежданата от мен разпоредба. При определянето на понятието за публична власт по смисъла на член 45, първа алинея ЕО [74] неизбежно следва да се изходи от едно *предварително разбиране* за идеята за публична власт като обща категория от теорията за държавата, която по необходимост обхваща Съюза, разглеждан като общност от държави [75].

93. В този смисъл „публична власт“ означава преди всичко „власт“, т.е. способността да се налага безпрекословно съобразяване с определена воля. Според едно възприето без възражения разбиране на този термин, в най-широкия му смисъл, такава способност има единствено държавата, т.е. институцията, която олицетворява правния ред като способ за регламентиране и упражняване на законната принуда [76]. Публичната власт по този начин се явява властта на суверена, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

94. Това означава, че в държавата единствено публичната власт упражнява законна принуда. Последната се използва било в интерес на съществуването на самата държава и с оглед постигането на нейните цели (общ интерес), било в интерес на оправданите правни очаквания на едни частноправни субекти спрямо други (частен интерес). В последния случай при използването ѝ винаги трябва да се спазват предварително установените условия [77].

95. Несъмнено целта, която обслужва монополизираната и упражнявана от държавата принуда, е първият критерий, който следва да се приложи, за да се определи границата между публичната власт и частноправните субекти. Всъщност публичната власт следва да осигурява постигането на онези цели от общ порядък, на които се основава легитимността на конкретната форма на държава, възприета от политическата власт (в Европа това обикновено е социалната и демократична правова държава). За разлика от това, при

74 — Освен това в текстовете на тази разпоредба на различните езици равностойно се използват два термина, които в теоретичен план могат да изразяват определени нюанси, а именно „публични властнически правомощия“ и „публична власт“. Изразът „публични властнически правомощия“ се съдържа например в текстовете на френски („l'exercice de l'autorité publique“), английски („the exercise of official authority“), португалски („exercício da autoridade pública“), румънски („exercitării autorității publice“) и малтийски език („l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika“), докато изразът „публична власт“ е предпочетен в текстовете на испански („ejercicio del poder público“), немски („Ausübung öffentlicher Gewalt“), италиански („esercizio dei pubblici poteri“) и шведски език („utövandet av offentlig makt“).

75 — В крайна сметка обаче съдържанието на понятието трябва да се определи в съответствие с правото на Съюза, като няма съмнение, че Съдът, в качеството си на върховен тълкувател на това право, следва винаги да взема за отправна точка съществуващите в държавите членки различни схващания за понятието. Вж. също *Schlag* M., Art. 45, EU-Kommentar (J. Schwarze, Hrs.), 2. ed., Nomos, Baden, 2009.

76 — Вж. в рамките на изключително богатата библиография също и Passerin d'Entreves, A. La dottrina dello Stato. Giappichelli, Turin, 1962.

77 — Тук несъмнено не се разглежда случаят с монополизираната от друга държава принуда, която може да бъде упражнявана успоредно с тази на първата държава, при условие че са спазени съответните сфери на суверенитет, определени от международното право.

упражняването на своята автономия като индивиди частноправните субекти могат да действат за постигането на своите частни интереси. При това те евентуално могат, спазвайки установените от правния ред условия, да използват упражняваната от публичната власт принуда, която в тези случаи по принцип е инструмент, обслужващ интереси, които нямат общ характер.

96. Традиционно обаче най-често прилаганият критерий, за да се установи дали става въпрос за публична власт, е свързан със способността на упражняващия публична власт орган да наложи своята воля едностранно, т.е. без да е необходимо съгласието на задълженото лице. Обратно, един частноправен субект може да наложи своята воля по отношение на друг частноправен субект само със съгласието на последния.

97. Нещата обаче не са така прости, когато става дума за демократична държава, както е в разглеждания тук случай. В такава държава в крайна сметка е необходимо съгласие под някаква форма. От друга страна, твърдението, че волята на публичната власт се налага безпрекословно, не следва да се абсолютизира. Всъщност от гледна точка на принципите на правовата държава, които са присъщи и за Съюза, всяко действие на публичната власт подлежи на преразглеждане. В действителност суверенната власт на демократичната държава от тази гледна точка е по-скоро *auctoritas*, отколкото *imperium* в чист вид.[78] Това е господство, упражнявано по волята на самите подчинени субекти и гарантирано по-скоро от изначалната легитимност на волята за господство, отколкото от простата заплаха за физическа принуда[79].

98. От тази гледна точка въпросното понятие не е абсолютно, а относително и следователно подлежащо на степенуване[80]. Колкото по-лесно е да се наложи дадено поведение, толкова повече то се доближава до публична власт, дори то да не може да се наложи направо и безпрекословно.

99. Поради тези съображения прибягването до критерия на целта (общ/частен интерес) или до критерия на начина на налагане на задължението, гарантирано чрез принуда (едностранно/двустранно) е подход, който неизбежно води до несигурност. Тук в действителност се сблъскваме с извънредно неточни понятия, които

78 — В действителност, както е добре известно, суверенитетът е свойствен за държавата и нито един от нейните органи не може да претендира да суверенитет, тъй като те — както и самата държава — се основават единствено на Конституцията: „държавата е само това, което предвижда Конституцията“, „es gibt nur so viel Staat, wie die Verfassung konsituiert“ (*Häberle*, P. Europäische Verfassungslehre, 6. ed., Nomos, Baden Baden, 2009, p. 187, който възприема схващането на R. Smend и A. Arndt) При конституционната държава, както бе споменато, няма суверен, тъй като суверенитетът е качество *на* държавата като цяло. Вж. *Kriele*, M. Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimatitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburg. 1975.

79 — Изначална легитимност, към която се прибавя легитимността вследствие на упражняването съгласно процесуалната логика. В този смисъл вж. *Luhmann*, N. Legitimation durch Verfahren, Ed. Luchterhand, Neuwied/Berlin, 1969.

80 — В този смисъл вж. например *Tomuschat* C., цит. съч., стр. 69.

зависят от относителни величини и следователно не са дори в минимална степен обективни. Тези критерии могат, разбира се, да се прилагат успешно в безспорни хипотези на упражняване на публична власт, когато става въпрос за дейности, които по-пряко са свързани с упражняване на прерогативите на суверена (армия, правоохранителни органи, съдилища, правителство). Те обаче не са достатъчни, за да се квалифицират други публични дейности, които в по-малка степен са свързани с упражняването на принуда, но въпреки това са качествено различни от дейността на частноправните субекти.

100. Задълбочавайки този анализ, следва да се обърне внимание на факта, че устройството на съвременната държава е много по-сложно от това на съществувалите преди нея. Последните са се ограничавали до прилагането на физическата принуда посредством извънредно опростени процедури за определяне на условията за нейното упражняване. Ето защо, за да се придобие представа за публичната власт като сложно явление, днес на практика неизбежно следва да се изходи от разбиране за публичната власт, основано на логиката на правния ред, в рамките на който се упражнява въпросната власт.

101. В този смисъл правният ред определя начина на упражняване на законна принуда, като допуска нейното прилагане в конкретни случаи. При това положение няма пречка да се приеме, че актовете, с които в крайна сметка се упражнява принудата (когато процесът на упражняване на законната принуда завършва с окончателен акт), се явяват най-завършеният израз на правния ред [81].

102. Следователно при този подход определящият критерий за квалифицирането на дадено действие като израз на публичната власт, е естеството на връзката му със съществуващия в държавата правен ред. По-специално естеството на дадена дейност би следвало да се разглежда като израз на участие в упражняването на публичната власт, като се изходи от критерия за степента, в която тази дейност е част от (степента на *принадлежност към*) въпросния правен ред. Следователно критерият е не само дали тя съответства на въпросния ред, а дали е част от него като акт на този ред [82].

81 — Относно понятието за правен ред като поредица от проявления, производни на първична норма от позитивното право, изразяваща в идейно отношение суверенната власт вж. *Kelsen*, H. Reine Rechtslehre, 2. ed, Deuticke, Wien, 1960.

82 — Поради това, за да се прецени дали определена дейност е свързана с упражняването на публична власт, не е необходимо отнасянето ѝ към някоя от трите власти и/или функции на държавата, а именно законодателната, изпълнителната или съдебната, и по-специално към последната, както е видно от изложените в настоящото производство доводи.

103. В този смисъл съдебната дейност може да бъде разглеждана като най-характерния израз на публичната власт. Всъщност в съдебните решения се определя какво предвижда правото и в този смисъл те са неотделими от правния ред [83]. Поради същата причина обаче може да се твърди и че публичната власт се упражнява от органи, чиито актове отговарят на това условие, без да е необходима намесата на *iurisdictio*. На първо място, законът подлежи на изпълнение на собствено основание, така както и административните разпоредби или разпорежданията на правоохранителните органи. Всички тези актове и разпореждания подлежат на съдебен контрол, но във всеки случай не се нуждаят от *„разрешение"*, за да породят непосредствено своите правни последици.

104. От гореизложеното е видно, че без намесата на публичната власт правните актове на частноправните субекти не могат да обвързват трети лица. След като нямат право да използват принуда, за да упражнят своите права, частноправните субекти във всички случаи се нуждаят от разрешение от страна на държавата. В тези случаи упражняването на публична власт не се свежда до *преразглеждане* на акт, който сам по себе си е обвързващ за дадено трето лице, каквито са актовете на администрацията, правителството или законодателната власт. Напротив, в тези случаи намесата на публичната власт има *конститутивно* действие по отношение на задължението, което частноправният субект иска от трето лице да изпълни. Следователно, въпреки че задълженията може да са възникнали поради съвпадане на волеизявления (договор/диспозитивно начало), за тяхното принудително изпълнение частноправният субект се нуждае от намесата на публичната власт.

105. Следователно, и в заключение на всичко изложено по-горе, може да се приеме, макар и с необходимата в случая степен на абстрактност, че измежду белезите, които характеризират публичната власт в отделните национални системи, предимство следва да се даде на способността на тази власт да припише акт, разпореждане или поведение на волята на държавата, чийто формален израз е правният ред. В действителност това е най-малкият общ знаменател за всички тези системи, в които възможността конкретната воля да се отъждестви с общата воля на държавата е определящ критерий за прокарване на разделителната линия между публичната сфера и частноправните субекти.

106. Изложените по-горе съображения дават по-голяма сигурност при анализа на основния поставен въпрос във връзка с нотариалната дейност.

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

3. По въпроса дали нотариалната дейност, и по-специално дейността по удостоверяване, е една от областите на неприлагане на свободата на установяване

107. Налага се да направя една предварителна бележка. Въпросът дали нотариалната дейност попада в това, което нарекох „области на неприлагане“ на свободата на установяване, не само че не е решен в практиката на Съда — нещо, което не е необходимо на този етап да се споменава — но също така се предхожда от интензивен и обширен дебат, получил голям отзвук както в писмените становища, така и в продължителното съдебно заседание на 27 април 2010 г. Съдебната практика несъмнено съдържа известен брой текстове, които може да се счетат за клонящи в полза на даването на положителен отговор на този въпрос [84]. Не може обаче да се твърди, че Съдът е имал повод да отдели на въпроса необходимото внимание.

108. От своя страна изразените по различно време становища на Европейския парламент са свидетелство за интензивността и широкия обхват на дебата [85]. Такова свидетелство е и вече цитираното съображение 41 от Директива 2005/36, независимо от неговата по-голяма или по-малка неяснота, на която ще се спра по-нататък. Във всеки случай е ясно, че нито едно от тези изявления не е в състояние да замести Съда във функцията му да тълкува Договорите като последна инстанция или да го освободи от тази функция.

а) Удостоверяването като основна дейност на нотариусите в държавите ответници

109. Във всеки случай ще започна, като припомня, че както държавите, така и Комисията, признават, че ядрото на нотариалната дейност е правомощието за извършване на удостоверяване и в свързаните с него последици: изпълнителна и доказателствена сила. Някои държави като например Белгия и Австрия открояват допълнителни функции на нотариуса в техните правни системи, които разкриват елементи на публична власт. Въпреки това

84 — В посоченото по-горе решение по дело Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Съдът заявява, макар и във връзка с член 39, параграф 4 ЕО, че „испанското право предоставя [...] права в областта на нотариалното удостоверяване и гражданското състояние, които не могат да се обяснят единствено с нуждите на командване на кораба. Такива функции представляват участие в упражняването на прерогативи на публична власт за запазване на общите интереси на държавата на флага“ (точка 42).

85 — Вж. Резолюция на Европейския парламент от 18 януари 1994 г. и Резолюция на Европейския парламент от 23 март 2006 г., в които се заявява, че професията на нотариус е непосредствено и ефективно свързана с упражняването на публична власт. В резолюцията от 2006 г. изрично се заявява, че Парламентът „счита, че член 45 от Договора се прилага напълно по отношение на професията на нотариус като такава“, като това твърдение се основава на обстоятелството, че „делегирането на част от властническите правомощия от страна на държавата представлява първостепенен елемент, присъщ на професията на нотариус и понастоящем се извършва редовно и във връзка с по-голямата част от дейността на нотариуса“.

всички те, в това число и Комисията, са съгласни, че удостоверяването със свързаните с него последици е дейността, определяща в най-висока степен за професията, без която последната би била лишена от смисъл.

110. Освен това шестте иска за установяване на неизпълнение на задължения са могли да бъдат съединени за целите на настоящото заключение, най-вече поради обстоятелството, че е възможно да се говори за „нотариална дейност“ в смисъл, приложим за всички тези искове. С други думи, по отношение на шестте държави следва да се говори за основна дейност по „удостоверяване“, чиито последици според съответните правни системи са в голяма степен едни и същи. Естествено в рамките на суверенитета си държавите могат да променят това положение, било като държавата започне да изпълнява тези функции пряко, посредством собствената си администрация, било като отслаби радикално последиците от намесата на нотариуса при „официалните“ документи. Пример за първата хипотеза е Португалия до началото на реформата на професията на нотариус в тази държава или Baden-Württemberg; пример за втората хипотеза на теория би могла да е също Португалия в зависимост от това колко основна е реформата, извършена през последното десетилетие [86]. Накратко, на въпроса, поставен във връзка с настоящите искове, трябва да се отговори, като се изходи от квалификацията на определени професионални дейности с оглед на понастоящем съществуващата уредба в съответните държави. Естествено евентуална промяна в уредбата може да повлияе на отговора на Съда.

111. Освен това тук е важно да се отбележи в съответствие с Решение по дело Reyners и както бе посочено по-горе, че следва да се разгледа само това, което наричам области на неприлагане на свободата на установяване, по отношение на дадена професия като цяло, след като „дейностите, които евентуално са свързани с упражняването на публична власт, представляват елемент, който [не] може да се отдели от цялостната […] професионална дейност“ [87]. Трябва да се сподели становището на държавите членки и на Комисията, че удостоверяването, както и неговите последици са неделима част от нотариалната дейност като цяло. Затова, ако се потвърди, че удостоверяването предполага непосредствено и специфично участие в публичната власт, нотариалната дейност,

86 — Относно конкретния случай с нотариалната дейност в Португалия вж. заключението ми по дело Комисия/Португалия, представено на същата дата като настоящото заключение (C-52/08, висящо пред Съда).

87 — Решение, посочено по-горе, точка 47.

разглеждана като професия в своята цялост, ще остане включена в хипотезата, предвидена в член 45, първа алинея ЕО.

112. В шестте държави ответници задачата на нотариуса се състои главно в извършването на удостоверяване, като така съставените актове притежават две основни характеристики: пълна доказателствена и изпълнителна сила [88]. Ако трябва да се даде общовалидно за всички тези държави описание, което да припомни описанието в началото на настоящото заключение, следва да се посочи, че при удостоверяването нотариусът действа по искане на страна и извършва проверка за законосъобразността на акта, който удостоверява. Намесата на нотариуса може да бъде задължителна или факултативна, в зависимост от акта, на който трябва да се придаде официален статут, като при нея се установява наличието на всички законово изисквани условия за съставянето на акта, както и правоспособността и дееспособността на страните [89].

113. Нотариалните актове имат пълна доказателствена сила, еквивалентна на тази на издадените от публичен орган, и подлежаща на оспорване само пред съд. Това означава, че преразглеждането на преценката, извършена от нотариуса, е възможно, но само по реда на извънредно производство [90].

114. Освен това актът подлежи на изпълнение на цялата територия на страната. Така не се изисква съгласието на длъжника за привеждане на нотариалния акт в изпълнение (въпреки че е нужно той да бъде уведомен), за което пряко отговаря публичен орган. В случай на оспорване изпълнението длъжникът може да отнесе спора до съда посредством възражение срещу изпълнението [91].

б) Причисляването на дейността по удостоверяване към упражняването на публична власт

115. В крайна сметка отговорът на съществения въпрос, поставен от настоящите искове за установяване на неизпълнение на задължения, произтича почти естествено от изложените по-горе съображения относно определящите критерии за публична власт. В действителност, ако един от най-характерните елементи на съвременната държава е нейната връзка с правния ред, способността на определена дейност да окаже влияние върху организацията на даден правен ред може да е решаваща за отговора.

116. Ще си позволя да припомня някои от посочените съображения, а именно, че волята на държавата намира своя

88 — Вж. точки 13, 20, 27, 34, 42 и 49 от настоящото заключение.

89 — Вж. точки 14, 21, 28, 35, 36, 43 и 50 от настоящото заключение.

90 — Вж. точки 15, 22, 29, 37, 44 и 51 от настоящото заключение.

91 — Вж. точки 16, 23, 30, 38, 45 и 52 от настоящото заключение.

окончателен израз в съдебните актове, като той може да бъде предшестван от актове, които съгласно субекта, от който изхождат, се ползват с изпълнителна сила и подлежат в по-голяма или по-малка степен пряко на изпълнение. Също така бе разгледано как именно това до каква степен е възможно пряко изпълнение е най-сигурният критерий за идентифицирането на публичната власт. Разбира се, винаги има правна възможност за противопоставяне на искане за изпълнение, като в такъв случай отново съдът решава въпроса окончателно. В действителност тази помиряваща функция, присъща на съда, може да се прояви при решаването на конкретен спор, по-специално при противопоставящи се искания на частноправни субекти (обикновено основани на правата на частноправните субекти спрямо равнопоставени на тях лица в рамките на гражданския оборот).

117. От особено значение за настоящото заключение е, че въпреки това националният правен ред може така да се каже също да *изпревари* конфликта (и следователно да го предотврати). Това може да стане само чрез придаване на официален характер (доказана юридическа и изпълнителна сила) на някои актове и разпореждания на частноправни субекти, които в противен случай сами по себе си не биха имали по-голяма сила от частноправните действия. С тази публична намеса в актовете на частноправните субекти публичната власт им придава сигурност, като по този начин предотвратява споровете във връзка с гражданския оборот. Независимо от това е ясно, че възможността за намеса на съда никога не е изключена, ако въпреки всичко в крайна сметка възникне конфликт [92]. По тази причина функцията по предотвратяване на спорове, характерна за удостоверителната нотариална дейност, се определя с известна неточност, но очевидно много изразително като „охранително производство".

118. Казано по друг начин, в понятийния контекст, определен в точки 92 и 105 от настоящото заключение, посредством удостоверяването нотариусите непосредствено и специфично осъществяват публична дейност, доколкото по този начин предварително предоставят на частноправните субекти разрешение да упражнят правата си, което иначе последните би трябвало да изискват за всеки отделен случай. Намесата на нотариуса освобождава от необходимостта да се изисква намеса от друг орган на публичната власт, който да установи удостоверения от нотариуса факт, и следователно придава на заверения акт по-голяма публичноправна сила, която може да бъде оспорена само по съдебен ред (по подобие впрочем на който и да е акт на публичната власт). Очевидно, за да се прецени дали става въпрос за упражняване на публична власт, определящо значение има не изключването на съдебния контрол, недопустимо в правовата държава, а засилената презумпция за законност на издаваните

92 — Относно частноправните субекти вж. *De Otto*, I. Estudios sobre el Poder Judicial, Ministerio de Justica, Madrid, 1989.

актове и оттам — в известна степен по-високите изисквания при осъществяването на контрол върху тези актове.

119. Без съмнение нотариусът не упражнява принуда, нито пък налага едностранно задължения. Както стана ясно обаче, това не е единственият критерий, по който може да се прецени дали става въпрос за упражняване на публична власт. С удостоверяването се придава официален характер на актовете на частноправни субекти и така предварително им се придава юридическа сила, като без намесата на нотариус частноправните субекти щяха да бъдат принудени да искат съдействие от (друг) публичен орган, за да може актовете им да придобият в съответствие с правото изпълнителна сила. Става въпрос, така да се каже, за публична власт, която се упражнява в област, доближаваща се до тази на частноправните субекти, тоест област, за която по дефиниция е характерна автономията на волята. Публичното ѝ измерение обаче е неоспоримо предвид способността ѝ да преобразува чисто частното в публично и по този начин да го скрепи с присъщата на публичната власт принуда [93].

120. Друг е въпросът, че поради по-слабата си връзка с упражняването на публична власт в по-тесен смисъл (спрямо правомощията на суверенната власт) нотариалната дейност може да бъде обвързана от условия, които не са толкова строги в сравнение с предвидените за органите, чиито действия в по-голяма степен са израз на суверенитета.

121. Вследствие на това и доколкото удостоверяването като дейност отговаря на тази функция, считам, че то е непосредствено и специфично свързано с упражняване на публична власт, тъй като придава особен статут на актове, разпореждания и действия, които иначе не биха имали по-голяма юридическа сила от тази на частните волеизявления. Ако към този извод се приложи съдебната практика, възприета в Решение по дело Reyners, и тъй като удостоверяването е неотделимото ядро на нотариалната функция във всички държави ответници, следва да се приеме, че професията на нотариус по принцип и като цяло е непосредствено и специфично свързана с упражняването на публична власт.

122. Въпреки това съм наясно, че сам по себе си този извод все още не позволява да се даде отговор на първото основание на настоящите искове за установяване на неизпълнение на задължения.

93 — В този смисъл определени незначителни особености, посочени от някои държави, могат да послужат като потвърждение на поддържаната от мен теза. Такъв е фактът, че в някои държави нотариусите съхраняват и използват държавния печат. Показателен за публичната функция на нотариусите е и текстът, предвиждащ, че актът подлежи на изпълнение, използван в някои държави като например Франция: „En conséquence, la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce réquis de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement, etc.) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis“.

4. Клаузата за гражданство спрямо принципа на пропорционалност

123. Дотук бяха анализирани функциите на професията на нотариус в държавите ответници. Комисията обаче е съсредоточила иска си за установяване на неизпълнение на задължения върху конкретен аспект от статута на нотариусите — клаузата за гражданство. Следователно, оттук нататък е необходимо да се изясни дали включването на професията на нотариус в „областите на неприлагане“ на свободата на установяване неизбежно прави въпросната клауза законна. Това означава, както бе споменато по-горе, че е необходимо да се извърши контрол за пропорционалност, при който да се прецени, от една страна, дискриминацията, основана на гражданство, и от друга — степента на свързаност на нотариалната дейност с публичната власт.

а) Статутът на нотариуса

124. Несъмнено на функцията съответства статут и именно той потвърждава квалификацията, дадена на функцията. Така нотариусът е длъжностно лице, представляващо държавата, макар дейността да се счита за свободна професия. Назначава се за постоянно и за него се прилага дисциплинарният режим, приложим за държавните служители [94].

125. Обстоятелството, че по отношение на държавата нотариусът е длъжностно лице, е особено показателно за връзката му с публичната власт. Става въпрос за връзка, възникваща при започване на дейността, когато за получаване на достъп до дейността се представят доказателства, сходни с тези, които се изискват за длъжностните лица, и също така е необходимо полагането на клетва. Така този статут е израз на институционалния характер на връзката между нотариуса и държавата, поради което му се позволява да дава формален израз на волята на държавата посредством намесата в актове от частноправно естество.

126. С оглед на посочената връзка държавите ответници въвеждат в своя правен ред изискване лицата, желаещи да получат достъп до професията на нотариус, да са граждани на съответната страна. Комисията счита, че това изискване, което въвежда пряка дискриминация, основана на гражданство, и очевидно е част от личния статут на лицето, упражняващо професията на нотариус, нарушава член 43 и член 45, първа алинея ЕО и, както ще изложа по-нататък, трябва да бъде подложено на контрол за пропорционалност.

94 — Вж. точки 18, 25, 32, 40, 47 и 54 от настоящото заключение.

б) Дискриминацията, основана на гражданство, в светлината на член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО

127. Както бе изложено в точки 83—86 от настоящото заключение, при прилагането на член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО е необходимо не само да се прецени дали дадена дейност е част от упражняването на публична власт, но също така по-нататък да се анализира дали наложената от държавата мярка е обоснована в светлината на принципа на пропорционалност с оглед на целите, които се преследват с двете разпоредби.

128. На първо място, следва да се отбележи, въпреки че е възможно „по-спонтанно“ да се стигне до друго схващане и въпреки че съдебната практика може да сочи противното [95], че член 45, първа алинея ЕО изобщо не се отнася до дискриминацията, основана на гражданство. Следователно традиционното свързване на член 45, първа алинея ЕО с изискванията за гражданство, трябва да се преценява предпазливо, тъй като е следствие от постановените до момента от Съда решения, а не е плод на *задължителна* връзка между тази разпоредба и изискванията за гражданство [96]. Важно е да се отбележи, че макар член 45, първа алинея ЕО да е разпоредба, чиято първоначална редакция е останала непроменена, Договорът от своя страна е претърпял промени, и то значителни. Ако първото разбиране за член 45, първа алинея ЕО е могло да се свърже с гражданството, промените, които учредителните договори са претърпели през последните двадесет години, не позволяват да се направи в известен смисъл прибързаното заключение, че въпросната разпоредба задължително предполага, че държавите имат право произволно да въвеждат дискриминационни мерки, основани на гражданство.

129. На второ място, едва ли е необходимо да се отбелязва, че пряката дискриминация, основана на гражданство, не е просто мярка, чийто резултат се изчерпва с възпрепятстване на свободното движение. Точно обратното, тази форма на дискриминация има особено измерение за правото на Съюза, тъй като на първо място представлява най-острата проява на националния протекционизъм [97]. В

95 — Вж. съдебната практика, посочена в бележки под линия 64—73.

96 — Доказателство за това е, че член 45, първа алинея ЕО се изтъква, макар и неуспешно, и за да се обосноват изисквания за пребиваване или за наличието на постоянни структури в държава членка, както по дело Комисия/Германия и по дело Комисия/Австрия, посочени по-горе.

97 — Вж. главно *Davies*, G. Nationality Discrimination in the European Internal Market, ed. Kluwer, Hague, 2003. *Rossi*, M. Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV. Europarecht, 2000, p. 197 et sq.

Съюз, който се обявява за създаването на пазар без вътрешни граници, наличието на пряка дискриминация, основана на гражданство, представлява отрицание на самата идея за интеграция. Това, че такава дискриминация може да се допусне само по изключение, става още по-ясно, ако си припомним, че Съюзът е възприел в своята правна уредба основните права, и по-специално принципа на равенство съгласно членове 20 и 21 от Хартата на основните права [98]. Ето защо Съюз, основан на правото и гарантиращ спазването на основните права, следва най-малкото да се усъмни в правилността на тълкуване, водещо до форма на дискриминация, която не само е важна сама по себе си, но освен това противоречи на най-основните принципи на вътрешния пазар. Това следва от член 12 ЕО, който гласи, че „се забранява всякаква дискриминация на основание гражданство", и се потвърждава от практиката на Съда, който неведнъж е приемал за неправомерно прибягването до такива мерки от страна на държавите членки. Поради това може да се твърди, че измежду всички видове дискриминация, забранени от правото на Съюза, основаната на гражданство е особено тежка [99].

130. Следователно задължително трябва да се постави въпросът за действието на дерогацията, предвидена в член 45, първа алинея ЕО, по отношение на останалата част от Договора, и по-специално по отношение на някои от неговите основни принципи.

131. Както е добре известно, дискриминацията, основана на гражданство, е забранена от член 12 ЕО [100]. При прилагането обаче на член 43 ЕО във връзка с член 45, първа алинея ЕО приета от държава мярка, която води до дискриминация от такова естество, по принцип би могла да се окаже правомерна. Друга възможност е да се поддържа, че в такъв случай следва да се приложи член 18 ЕО, който предвижда

98 — В заключението си, представено по дело Coleman (Решение от 17 юни 2008 г., C-303/06, Сборник, стр. I-5603) генералният адвокат Maduro подчертава, че „[н]ай-очевидният начин да се накърни достойнството и самостоятелността на [...] човек е нападките да се насочат пряко срещу него, защото има подозрителен признак. Когато някой е третиран по-малко благоприятно поради причини като религиозни убеждения, възраст, увреждане или сексуална ориентация, се застрашава особената и неповторима ценност, която всеки има поради самия факт, че е човек. Признаването, че всички човешки същества са еднакво ценни, означава да не се вземат предвид подобен род съображения, когато на определен човек се възлага тежест или се отнема предимство. Другояче казано, това са признаци, които не трябва да имат значение при преценката може ли някой да бъде подложен на по-малко благоприятно третиране, или не"(точка 10).

99 — Доказателство за това, че е особено тежка, е богатата практика на Съда, който неведнъж е обявявал за неубедителни усилията на държавите членки да обосноват приемането на дискриминационни разпоредби, основани на гражданство. Вж. например Решение от 20 октомври 1993 г. по дело Phil Collins и др. (C-92/92 и C-326/92, Recueil, стр. I-5145, точка 33), Решение от 2 октомври 1997 г. по дело Saldanha и MTS (C-122/96, Recueil, стр. I-5325, точки 26 и 29), Решение от 16 януари 2003 г. по дело Комисия/Италия (C-388/01, Recueil, стр. I-721, точки 19 и 20), Решение от 5 януари 2008 г. по дело Wood (C-164/07, Сборник, стр. I-4143, точка 13) и Решение от 16 декември 2008 г. по дело Huber (C-524/06, Сборник, стр. I-9705 точки 78 и 79).

100 — Вж. Решение от 17 май 1994 г. по дело Corsica Feries (C-18/93, Recueil, стр. I-1783, точка 19), Решение от 29 февруари 1996 г. по дело Skanavi и Chryssanthakopoulos (C-193/94, Recueil, стр. I-929, точка 20), Решение от 25 юни 1997 г. по дело Mora Romero (C-131/96, Recueil, стр. I-3659, точка 10), Решение от 12 май 1998 г. по дело Gilly (C-336/96, Recueil, стр. I-2793, точка 37), Решение от 26 ноември 2002 г. по дело Oteiza Olazábal (C-100/01, Recueil, стр. I-10981, точка 25), Решение от 11 декември 2003 г. по дело AMOK (C-289/02, Recueil, стр. I-15059, точка 25), Решение от 29 април 2004 г. по дело Weigel (C-387/01, Recueil, стр. I-4981, точка 57).

свободното движение на хора, когато не се прилагат икономическите свободи. Въпреки това, както е добре известно, тази разпоредба се прилага „при спазване на ограниченията и условията, предвидени в Договорите“, ограничения, които, ясно е, включват член 45, първа алинея ЕО [101].

132. Затова, ако се приеме, че дискриминация, основана на гражданство, попада в областите на неприлагане на свободата на установяване, държавите членки ще имат право да се отклоняват от предвиденото от правото на Съюза, без по принцип друга разпоредба от Договорите да позволява поставянето под въпрос на съответната мярка.

133. Този резултат, който поставя член 12 ЕО в положение на подчиненост спрямо други разпоредби от Договора, ми се струва спорен. Фактът, че член 12 ЕО е подчинен на условия, не означава, че трябва да се разглежда като субсидиарно правило, а по-скоро обратното. Систематичното му място в Договора, както и значението на принципа на недопускане на дискриминация в правото на Съюза, водят към разбиране, че разпоредбата е по-скоро паноптична, отколкото субсидиарна норма, в смисъл, че автоматично се изключва от други по-специфични разпоредби от Договора. Нещо повече, напоследък Съдът сякаш предпочита това тълкуване [102]. Следователно сам по себе си фактът, че за дадена дейност се приема, в светлината на член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО, че попада в областите на неприлагане на свободата на установяване, не означава задължително, че за нея не се налага систематично тълкуване в светлината на член 12 ЕО.

134. В подкрепа на това тълкуване е и че в случай като настоящия, в който дейност като нотариалната е свързана с упражняването на публична власт, за нея се прилагат други разпоредби от Договора. Такава разпоредба по-специално е член 86 ЕО, който изисква от държавите членки да съблюдават спазването на правилата относно конкуренцията в секторите, в които съществуват задължения за предоставяне на обществена услуга [103]. Ако Съдът се про-

101 — Вж. *Rossi*, M. Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV, посочено по-горе, стр. 208; *Epiney*, A. The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship — European Law Journal, 2007; *Kadelbach*, S. Union Citizenship in: *Von Bogdandy*, A., *Bast*, J. Principles of European Constitutional Law, 1 ed, Hart Publishers, Oxford-Portland, 2005, p. 476.

102 — Вж. Решение на Съда от 11 януари 2007 г. по дело Комисия/Гърция (C-251/04, Сборник, стр I-67, точка 26), както и заключението на генералния адвокат Mengozzi по дело Neukirchinger (C-383/08, все още висящо), представено на 7 септември 2010 г., и по-специално точки 60—69 от него.

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

изнесе, че дадена дейност попада в обхвата на член 45, първа алинея ЕО, това не предполага задължително, че за нея не са приложими правилата относно конкуренцията, предвидени в членове 81 ЕО и 82 ЕО [104]. Същото важи за правните основания за реализирането на политиките на Съюза, които не са пречка институциите да приемат регламенти или директиви в области, които от гледна точка на свободите са изключени от тяхното приложно поле. Това се потвърждава от практиката на Съда, в която например се приема, че нотариалната дейност подлежи на облагане с ДДС, като се счита, че нотариусът е данъчнозадължено лице, доколкото осъществява независима икономическа дейност „независимо от целите и резултатите от тази дейност“ [105]. В действителност в Решение по дело Комисия/Нидерландия, макар да приема, че нотариалната дейност е с публичен характер, в конкретния контекст на непрякото облагане Съдът се произнася, че въпросната дейност не се извършва от публичноправен орган, „тъй като не е част от организацията на публичната администрация, а е независима икономическа дейност, упражнявана в рамките на свободна професия“ [106].

135. В крайна сметка фактът, че дадена дейност се оказва свързана с упражняването на публична власт, не освобождава държавите членки от задължението им да спазват правото на Съюза. На това задължение, което в конкретния случай засяга нотариалната дейност и следователно — група, съставена от физически лица, трябва да се придаде особено значение, когато е налице дискриминация, основана на гражданство. Тъй като, от една страна, става въпрос за физически лица, и от друга — за дискриминация, основана на гражданство, настоящото дело изисква задължително проблемът да се разгледа и в светлината на гражданството на Съюза.

136. Всъщност след 1992 г. както Договорите, така и практиката на Съда допринасят за създаване на пряка и подлежаща на развитие връзка на гражданство между индивида и Съюза [107]. Както е добре известно, това отношение се установява посредством гражданството на всяка държава членка, което не означава, че става въпрос за гражданство, наслагващо се върху друго, а напротив, за статут, установен като последица от националния, който обаче, веднъж създаден, се развива самостоятелно и предоставя права и задължения, като държавите членки не могат да приемат правила, които му противоречат. Тази самостоятелност наскоро

104 — Вж. например Решение от 21 септември 1988 г. по дело Van Eycke (267/86, Recueil, стр. 4769), Решение от 4 май 1988 г. по дело Bodson (30/87, Recueil, стр. 2479), Решение от 19 март 1991 г. по дело Франция/Комисия (C-202/88, Recueil, стр. I-1223), Решение от 23 април 1991 г. по дело Höfner и Elser (C-41/90, Recueil, стр. I-1979), Решение от 13 декември 1991 г. по дело GB-Inno-BM (C-18/88, Recueil, стр. I-5941), Решение от 30 март 2006 г. по дело Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Recueil, стр. I-2941), Решение от 3 юли 2003 г. по дело Chronopost и др./Ufex и др. (C-83/01 P, C-93/01 P и C-94/01 P, Recueil, стр. I-6993), както и Решение от 1 юли 2008 г. по дело MOTOE (C-49/07, Сборник, стр. I-4863).

105 — Решение от 26 март 1987 г. по дело Комисия/Нидерландия (235/85, Recueil, стр. 1471). Цитатът е от член 4, параграф 1 от Шеста директива 77/388/ЕИО на Съвета от 17 май 1977 година относно хармонизиране на законодателствата на държавите членки относно данъците върху оборота — обща система на данъка върху добавената стойност: единна данъчна основа (ОВ L 145, стр. 1).

106 — Решение, посочено по-горе, точка 21.

107 — Вж. например *O'Leary*, S. The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship, Kluwer Law International, Hague, 1996, p. 23—30.

бе потвърдена от Съда в Решение по дело Rottmann, където бе постановено, че държавите членки не могат да се намесват в отношението между гражданина и Съюза, като неоснователно лишат лицето от национално гражданство. Следователно национална мярка, която може „да доведе до загубване на предоставения от член 17 ЕО статут и на свързаните с него права, *по естеството и последиците си* попада в приложното поле на правото на Съюза“ [108].

137. Освен това европейското гражданство се развива не само като пряка връзка между гражданина и Съюза, но също така и като област на взаимоотношения между гражданина и всички държави членки. Този аспект на гражданството гарантира на всеки гражданин на държава членка правото на свободно движение на територията на Съюза, както и правото да пребивава в която и да е държава членка. Връзката със Съюза поражда по този начин хоризонтален ефект спрямо всички национални органи, които трябва да се въздържат от приемането на мерки, възпрепятстващи или затрудняващи свободното движение, включително когато мярката засяга гражданите на самата засегната държава членка [109]. За целта Съдът засилва действието на член 18 ЕО, като най-напред му придава непосредствено действие [110] и по-нататък развива съответна съдебна практика, която изпълва със съдържание статута на гражданин, притежаващ право на свободно движение, включително в ситуации, в които лицето не извършва каквато и да е икономическа дейност [111] или мярката засяга членове на семейството му, произхождащи от трета държава [112].

138. Клауза за гражданство, която се отнася до физически лица и за която се твърди, че е обоснована от гледна точка на областите на неприлагане на свободата на установяване, трябва преди всичко да бъде квалифицирана като мярка, оказваща влияние върху статута на гражданството, доколкото използва критерия за предоставяне на европейско гражданство, а именно гражданството на съответната държава, като основание за забрана на достъпа до дейности, свързани с упражняването на публична власт по смисъла на член 45, първа алинея ЕО. При това положение само при строго определени условия, каквито, както ще видим, не са налице в настоящия случай, основанието за възникване на европейското гражданство да действа като основание за дерогация на

108 — Решение от 2 март 2010 г. (C-135/08, Сборник, стр. I-1449, точка 42) (курсивът е мой).

109 — Вж. например Решение от 2 октомври 2003 г. по дело Garcia Avello (C-148/02, Recueil, стр. I-11613), Решение от 14 октомври 2008 г. по дело Grunkin и Paul (C-353/06, Сборник, стр. I-7639) или посоченото погоре Решение по дело Rottmann.

110 — Решение от 17 септември 2002 г. по дело Baumbast и R (C-413/99, Recueil, стр. I-7091).

111 — Решение от 20 септември 2001 г. по дело Grzelczyk (C-184/99, Recueil, стр. I-6193), Решение от 11 юли 2002 г. по дело Carpenter (C-60/00, Recueil, стр. I-6279), Решение от 15 март 2005 г. по дело Bidar (C-209/03, Recueil, стр. I-2119), Решение от 26 октомври 2006 г. по дело Tas-Hagen и Tas (C-192/05, Recueil, стр. I-10451), Решение от 23 октомври 2007 г. по дело Morgan и Bucher (C-11/06 и C-12/06, Сборник, стр. I-9161) и най-скорошните Решение от 23 февруари 2010 г. по дело Teixeira (C-480/08, Сборник, стр. I-1107) и Решение по дело Ibrahim (C-310/08, Сборник, стр. I-1065).

112 — Вж. например Решение от 11 юли 2002 г. по дело Carpenter (C-60/00, Recueil, стр. I-6279) и Решение от 19 октомври 2004 г. по дело Chen (C-200/02, Recueil, стр. I-9925).

правомощие, тясно свързано със статута на гражданството на Съюза. Приемайки транснационално измерение, европейското гражданство се основава на съществуването на общност от държави и индивиди, споделящи определени ценности, висока степен на взаимно доверие, както и ангажимент за солидарност. Ако с предоставянето на гражданство на дадена държава членка индивидът се въвежда в тази общност на ценности, доверие и солидарност, би се оказало парадоксално именно принадлежността към нея да лишава гражданина на Съюза от възможността да упражнява правата и свободите, гарантирани от Договора.

139. Въз основа на всичко изложено по-горе следва да се приеме, че дискриминация, основана на гражданство, е мярка, която по своята същност представлява сериозна намеса в правната сфера на европейския гражданин и би могла да се приеме за допустима с оглед на член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО само след строг анализ за пропорционалност, ако са налице много важни съображения от общ интерес.

в) Преценката за пропорционалност

140. Накрая, както бе изложено по-горе, при контрола за пропорционалност на нормата, следваща от член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО, е необходимо да се разгледа до каква степен въпросната дейност е свързана с упражняването на публична власт. В конкретния случай и както бе изложено в точки 115—121 от настоящото заключение, нотариалната дейност е свързана с упражняването на публична власт по смисъла на член 45, първа алинея ЕО, но както следва от самото обстоятелство, че е организирана като икономическа дейност, тази връзка е с много по-малък интензитет в сравнение с други дейности, като например тези, които предполагат пряко упражняване на публичните правомощия. Ето защо държавите членки разполагат с правото да приемат мерки, които считат за уместни и които не са съобразени с посочените свободи, при условие че са пропорционални на преследваните резултати и цели. С оглед на доводите, представени от държавите, макар да е вярно, че във връзка с професията на нотариус са предоставени гаранции и тя притежава особености, които са показателни за значението ѝ в областта на частноправните отношения, също така е вярно, че нито една от посочените гаранции и особености не обосновава включването в статута на членовете ѝ на толкова строга и драстична мярка като разглежданата тук пряка дискриминация, основана на гражданство.

141. Във връзка с това държавите ответници изтъкват най-вече значението на клетвата, която нотариусите полагат, преди да поемат изпълнението на своите функции. Съгласно държавите тази декларация изразява пряката връзка, съществуваща между нотариуса и държавата, която му предоставя публична власт — връзка,

която разкрива лоялността на индивида към дадена политическа общност и която в разглеждания случай се изразява под формата на изискване за гражданство. Държавите ответници неоднократно изтъкват значението на тази връзка, като по-конкретно Люксембург дори обвързва клаузата за гражданство, предвидена във връзка с достъпа до професията на нотариус, със защитата на конституционната идентичност на Великото херцогство.

142. Понятието за лоялност като проява на ангажираност и солидарност с политическата общност не може обаче да се счита за отличителен, изключителен и изключващ признак на държавите членки в това им качество, така че неизбежно да изисква връзка на гражданство. Напротив, по отношение на европейския гражданин като такъв не се изключва задължение за лоялност към Съюза. Разбирането, че гражданин на държава членка не може законно да поеме задължение за лоялност към друга държава членка, ако преди това не е станал неин гражданин, сериозно поставя под въпрос както членове 17 ЕО и 18 ЕО, така и свързаните с гражданството политически права, произтичащи от Договорите и от Хартата на човешките права на Европейския съюз.

143. Приетите от Съюза инструменти за съдебно сътрудничество по граждански и наказателни дела, и по-специално предвиденото в Регламент 44/2001 [113], подкрепят посочената теза. Чрез своята намеса нотариусът упражнява публична дейност, чиито последици се признават автоматично във всички държави от Съюза. Наличието на висока степен на доверие, както и общността от ценности и принципи, на които се основава Съюзът, превръщат нотариуса в публичен служител не само на държавата, но и на Съюза. Това предоставяне на власт, с действие в рамките на Съюза, представлява по-сложно задължение за лоялност от това на гражданина към неговата държава. Така дейността на нотариуса се вписва в рамка, в която лоялността се разпростира както върху държавата, предоставяща властта, така и върху Съюза, който я поема, а също и върху останалите държави членки.

144. С достигането на определен етап от процеса на европейска интеграция, при който гражданите на Съюза имат право да участват в националните демократични процеси на вземане на решения на мястото, на което пребивават, какъвто е случаят с местното самоуправление, или в законодателни инициативи на гражданите,

113 — Регламент (ЕО) № 44/2001 на Съвета от 22 декември 2000 година относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела (ОВ L 12, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 19, том 3, стр. 74), и по-специално член 57 от него.

понятието за лоялност не може да се ограничи единствено и задължително до гражданите на самата държава. След като лоялността се разбира като ангажимент за поемане на права и задължения, свързващ гражданина с държавата и Съюза, считам, че не е необходимо, и следователно законосъобразно, при обстоятелствата по настоящото производство, да се изисква връзка на гражданство с държавата членка като израз на въпросната отговорност.

145. Във всеки случай следва отделно да се отбележи функцията на Gerichtskommissär, която изпълняват нотариусите конкретно в Австрия. Макар да е вярно, че при упражняването ѝ нотариусът може да приема индивидуални задължителни решения, също така е вярно, че става въпрос за допълнителна функция, която освен всичко останало определено се ограничава до наследствените въпроси. Освен това, както бе заявено от представителя на австрийското правителство в съдебното заседание, при упражняване на функцията на Gerichtskommissär нотариусът действа като лице, упражняващо свободна професия, а не като длъжностно лице, което по принцип показва, че става въпрос за функция, упражнявана при условия на конкуренция. Следователно и в светлината на доводите, представени в производството, фактът, че австрийският нотариус изпълнява функции на съдебен представител, също не оправдава обосноваването с член 43 и член 45, първа алинея ЕО на пряка дискриминация, основана на гражданство.

5. Заключение по първото твърдение за неизпълнение на задължения

146. В крайна сметка мярка, с която се въвежда клауза за гражданство, като оспорваната от Комисията в настоящото производство, е непропорционална, доколкото не е необходима за постигането на целите, преследвани от всяка държава при изключване на нотариалната дейност от обхвата на свободата на установяване. Ето защо, въпреки че става въпрос за дейност, която е свързана с упражняването на публична власт и следователно попада в областите на неприлагане на свободата на установяване, считам, че при конкретните обстоятелства в случая с професията на нотариус, член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО не допускат държавна мярка, която дискриминира на основание гражданство лицата, желаещи да упражняват въпросната професия. Въз основа на всичко, изложено по-горе, считам, че нотариалната дейност, така както се извършва в държавите ответници, макар и да попада в областите на неприлагане на свободата на установяване, следващи от член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО, не допуска да се предвижда клауза за гражданство като част от статута на нотариуса, тъй като такава клауза е непропорционална, след като не се налага от степента на интензивност на връзката между въпросната дейност и упражняването на публична власт. Затова първото твърдение за неизпълнение на задължения следва да се приеме за основателно поради нарушение на член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО.

Б — *По второто твърдение за неизпълнение на задължения*

147. Комисията твърди, че държавите ответници, с изключение на Френската република, са нарушили Директива 2005/36 относно признаването на професионалните квалификации, като не са я приложили по отношение на нотариалната дейност във вътрешната си правна уредба за транспониране.

148. Както бе изложено по-горе, нотариалната дейност попада в „областите на неприлагане“ на свободата на установяване вследствие на тълкуването на член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО. Също така, вече отбелязах по-горе, че подобна развръзка не означава непременно, че държавите членки не трябва да изпълняват задълженията, произтичащи от Договорите. Въпреки това в случая с Директива 2005/36 са налице основателни съмнения относно нейното прилагане по отношение на професията на нотариус.

149. В производство по иск за установяване на неизпълнение на задължения Комисията следва да докаже, че държавата ответник е допуснала нарушение на правната уредба на Съюза. Въпреки това и както се оказва в конкретния случай, Комисията се позовава само на липсата на транспониране на Директива 2005/36, докато държавите членки изтъкват не само приложимостта на член 45, първа алинея ЕО, но също така и изключението, предвидено в съображение 41 от посочената директива, по отношение на нотариалната дейност.

150. В съображение 41 от самата Директива 2005/36 се посочва, че „[н]астоящата директива не накърнява прилагането на член 39, параграф 4 и член 45 [първа алинея] от Договора [по-специално по отношение на] нотариусите“. Въпреки неяснотата на тази формулировка законодателят сякаш намеква, че отговорът на въпроса дали нотариалната дейност попада в обхвата на член 45, първа алинея ЕО, *ще предопредели* и отговора на въпроса дали Директивата е приложима по отношение на тази професия. От процесуалната стратегия на Комисията, чиито доводи се основават само на член 45, първа алинея ЕО, може да се направи заключението, че тя споделя подхода, следван в посоченото съображение 41. При това положение предвид отговора, който предлагам на първия въпрос, Комисията трябваше да приведе други доводи във връзка с разширяването на обхвата на Директивата спрямо професията на нотариус. Всъщност единственият ѝ довод, основан на тълкуването на използваното в член 45, първа алинея ЕО понятие „публична власт“, е оборен. При тези обстоятелства е ясно, че Комисията не е привела нито един приемлив довод, който да ми позволи да счета за

основателно второто твърдение за неизпълнение на задължения.

151. Вследствие на това считам, че второто твърдение за неизпълнение на задължения е неоснователно, доколкото Комисията не е доказала, че държавите членки трябва да изпълнят по отношение на нотариалната дейност задълженията, предвидени в посочената по-горе Директива 2005/36.

VI — По съдебните разноски

152. Съгласно член 69, параграф 3 от Процедурния правилник „Съдът може да разпредели разноските или да реши всяка страна да понесе направените от нея разноски, ако всяка от страните е загубила по едно или няколко от предявените основания“. Тъй като намирам за основателно едно от двете изтъкнати твърдения за неизпълнение, препоръчвам на Съда с цел справедливо разпределение на направените от страните в настоящото производство съдебни разноски Европейската комисия, Кралство Белгия, Великото херцогство Люксембург, Република Австрия, Федерална република Германия и Република Гърция да понесат направените от тях съдебни разноски.

153. По отношение на иска за установяване на неизпълнение на задължения, предявен срещу Френската република, следва да се припомни, че член 69, параграф 2 от Процедурния правилник предвижда загубилата делото страна да се осъди да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. Тъй като Френската република е загубила по единственото предявено от нея основание, тя следва да бъде осъдена да заплати направените от нея съдебни разноски, след като Комисията е поискала това.

154. На основание член 69, параграф 4, първа алинея от Процедурния правилник Република Литва, Румъния, Република България, Република Полша, Федерална република Германия, Република Словения, Република Австрия, Чешката република, Словашката република, Република Унгария, Република Латвия, Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия и Френската република, които са встъпили в настоящото производство, трябва да понесат направените от тях съдебни разноски.

VII — Заключение

155. Въз основа на всичко, изложено по-горе, предлагам на Съда следното:

По иска по дело C-47/08:

1) Да обяви, че като е приело мярка като предвидената в член 35, параграф 3 от Закона от 25 вантоз, година XI, изменен със Закона от 4 май 1999 г., с която достъп до професията на нотариус се предоставя само на белгийски граждани, Кралство Белгия не е изпълнило задълженията си по член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО.

2) Да отхвърли иска в останалата му част.

3) Да осъди Комисията и Кралство Белгия да понесат направените от тях съдебни разноски.

4) Да постанови, че Република Литва, Чешката република, Словашката република, Република Унгария, Република Латвия, Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия и Френската република, които са встъпили в настоящото производство, понасят направените от тях съдебни разноски.

По иска по дело C-50/08:

1) Да обяви, че като е приела мярка като предвидената в член 3 от Указа от 5 юли 1973 г., изменен с Указ 89-399 от 20 юни 1989 г., с която достъпът до

професията на нотариус се предоставя само на френски граждани, Френската република не е изпълнила задълженията си по член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО.

2) Да осъди Френската република да заплати съдебните разноски.

3) Да постанови, че Република Литва, Румъния, Чешката република, Словашката република, Република Унгария, Република Латвия, Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия и Република България, които са встъпили в настоящото производство, понасят направените от тях съдебни разноски.

По иска по дело C-51/08:

1) Да обяви, че като е приело мярка като предвидената в член 15 от Закона от 9 декември 1976 г., с която достъп до професията на нотариус се предоставя само на люксембургски граждани, Великото херцогство Люксембург не е изпълнило задълженията си по член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО.

2) Да отхвърли иска в останалата му част.

3) Да постанови, че Комисията и Великото херцогство Люксембург понасят направените от тях съдебни разноски.

4) Да постанови, че Република Литва, Чешката република, Република Полша, Словашката република, Република Унгария, Република Латвия, Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия и Френската република, които са встъпили в настоящото производство, понасят направените от тях съдебни разноски.

По иска по дело C-53/08:

1) Да обяви, че като е приела мярка като предвидената в член 6, параграф 1, буква а) от Правилника за нотариусите, RGB1№ 75/1871, изменен с BGB1 № 164/2005, с която достъп до професията на нотариус се предоставя само на австрийски граждани, Република Австрия не е изпълнила задълженията си по член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО.

2) Да отхвърли иска в останалата му част.

3) Да постанови, че Комисията и Република Австрия понасят направените от тях съдебни разноски.

4) Да постанови, че Република Словения, Република Литва, Чешката република, Република Полша, Република Унгария, Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия, Република Латвия, Федерална република Германия и Френската република, които са встъпили в настоящото производство, понасят направените от тях съдебни разноски

По иска по дело C-54/08:

1) Да обяви, че като е приела мярка като предвидената в член 5 от Федералния кодекс за нотариалната дейност, изменен със Закона от 26 март 2007 г., с която достъп до професията на нотариус се предоставя само на германски граждани, Федерална република Германия не е изпълнила задълженията си по член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО.

2) Да отхвърли иска в останалата му част.

3) Да постанови, че Комисията и Федерална република Германия понасят направените от тях съдебни разноски.

4) Да постанови, че Република Словения, Република Литва, Чешката република, Република Полша, Република Унгария, Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия, Република Естония, Словашката република, Република Австрия, Република Латвия, Република България и Френската република, които са встъпили в настоящото производство, понасят направените от тях съдебни разноски.

По иска по дело C-61/08:

1) Да обяви, че като е приела мярка като предвидената в член 19, параграф 1 от Закон 2830/2000, с която достъп до професията на нотариус се предоставя само на гръцки граждани, Република Гърция не е изпълнила задълженията си по член 43 ЕО и член 45, първа алинея ЕО.

2) Да отхвърли иска в останалата му част.

3) Да постанови, че Комисията и Република Гърция понасят направените от тях съдебни разноски.

4) Да постанови, че Република Литва, Република Словения, Словашката република, Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия, Чешката република и Френската република, които са встъпили в настоящото производство, понасят направените то тях съдебни разноски.