JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
PEDRO CRUZ VILLALÓN
14 päivänä syyskuuta 2010[1]

1. Euroopan komissio vaatii EY 226 artiklan nojalla todettavaksi, että Portugalin tasavalta on rikkonut ammattipätevyyden tunnustamisesta annettua direktiiviä 2005/36/EY,[2] koska se ei ole toteuttanut tarvittavia toimenpiteitä direktiivin soveltamiseksi notaarin ammattiin kyseisessä maassa.

2. Nyt esillä olevassa asiassa on notaarin ammattia koskevien yhdistettyjen asioiden C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 ja C-61/08 tavoin tarpeen alustavasti tutkia, sovelletaanko tässä asiassa EY 45 artiklan 1 kohtaa, jossa määrätään julkisen vallan käyttöön liittyvää toimintaa koskevasta poikkeuksesta.[3] Edellä mainituista asioista poiketen komissio ei kuitenkaan vetoa kansalaisuusedellytysten olemassaoloon, sillä Portugalissa ei ole lähtökohtaisesti käytössä tällaista rajoitusta. Tämän kanteen perusteena on siten Portugalissa notaarin ammattiin pääsyä koskeva järjestelmä, joka on ammattinimikkeiden osalta kokonaisuudessaan yhteisön lainsäädännön vaatimusten, ja tarkemmin direktiivin 2005/36 vastainen.

1 – Alkuperäinen kieli: espanja.

2 – Ammattipätevyyden tunnustamisesta 7.9.2005 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2005/36/EY (EUVL L 255, s. 2).

3 – Heti alkuun on syytä huomauttaa, että vaikka kanteissa tarkoitettu romaanisen perinteen mukainen notaarintoimi on Euroopassa yleisin, tästä ammatista esiintyy Euroopan unionissa myös muita muunnelmia, joiden ei väitetä kuuluvan EY 45 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan. Tämä voi johtua joko siitä, että notaarilaitos on erottamaton osa julkishallintoa, tai siitä, etteivät notaarin toimet ole tehokkaita, mikä on ominaista varmentamiselle tässä ratkaisuehdotuksessa kyseiselle käsitteelle annettavassa merkityksessä. Euroopan unionissa vallitsevat käytännöt ovat viime vuosina muuttuneet yhä kirjavammiksi, ja se on johtanut kansalaisuusedellytyksestä luopumiseen tietyissä jäsenvaltioissa, joissa on romaanisen perinteen mukainen notaarilaitos (Italia ja Espanja).

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön oikeus*

3. Vähintään kolmivuotisesta ammatillisesta korkeammasta koulutuksesta annettujen tutkintotodistusten tunnustamista koskevasta yleisestä järjestelmästä annetussa direktiivissä 89/48/ETY [4] säädetään siirtymäkaudesta, joka direktiivin 12 artiklan mukaan kului umpeen 4.1.1991.

4. Sen 2 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Tätä direktiiviä sovelletaan jokaiseen jäsenvaltion kansalaiseen, joka haluaa harjoittaa säänneltyä ammattia vastaanottavassa jäsenvaltiossa itsenäisenä ammatinharjoittajana tai palkatussa työssä.

2. Tätä direktiiviä ei sovelleta ammatteihin, joista säädetään jäsenvaltioiden tutkintotodistusten vastavuoroista tunnustamista koskevalla erillisellä direktiivillä.”

5. Notaarin ammatista ei ole toistaiseksi annettu tämän artiklan 2 kohdassa tarkoitettua direktiiviä.

6. Direktiivi 89/48 kumottiin ja kodifioitiin direktiivillä 2005/36. Tässä uudessa versiossa direktiivin 89/48 sisältö on säilynyt olennaisin osin samanlaisena, mutta johdanto-osaan on lisätty uusi 41 perustelukappale. Siinä todetaan seuraavaa:

”Tämän direktiivin soveltaminen ei rajoita perustamissopimuksen 39 artiklan 4 kohdan eikä 45 artiklan 1 kohdan soveltamista etenkään notaarien osalta.”

B *Kansallinen lainsäädäntö*

7. Portugalissa notaarin ammatista säädetään 21.4.2004 annetuissa oikeusministeriön asetuksissa (Decreto-Ley) 26/2004 ja 27/2004. Samaisena päivänä 21.4.2004 annetulla asetuksella 398/2004 hallitus antoi säännöstön, jossa säädetään notaarin ammattinimikkeen myöntämistä koskevasta järjestelmästä. Näillä säännöksillä vapautettiin Portugalissa notaarin ammattikunta, jonka tehtävistä vastasivat aiemmin julkisoikeudelliseen järjestelmään kuuluvat valtionhallinnon virkamiehet.

8. Asetuksen 26/2004 1 §:ssä säädetään, että ”notaari on lakimies, jonka tehtäviään hoitaessaan laatimat asiakirjat ovat julkisesti luotettavia”.

4 – Yleisestä järjestelmästä 21.12.1988 annettu neuvoston direktiivi 89/48/ETY (EYVL 1989, L 19, s. 16).

9. Notaari on siis yhtäältä virkamies, joka varmentaa oikeudellisia asiakirjoja, sekä toisaalta vapaan ammatin harjoittaja, joka toimii täysin riippumattomasti ja puolueettomasti. Edellä mainitussa 1 §:ssä todetaan lisäksi, että notaarien toiminnan julkista ja yksityistä luonnetta ei voida erottaa toisistaan.

10. Kuten Portugali on todennut vastineessaan, asiakirjojen varmentaminen on notaarien ammattikunnan keskeinen tehtävä. Asiakirjojen varmentaminen merkitsee valtion notaarille antamaa valtuutusta, jonka perusteella notaari voi tehdä asiakirjoista julkisesti luotettavia. Asetuksen 26/2004 21 §:n mukaan leima tai sitä vastaava numero on tunnus, joka on osoitus notaarin tekemästä toimenpiteestä ja joka kuuluu yksinomaan notaarille. Notaari toimii osapuolten pyynnöstä, varmistaa osapuolille asiakirjojen lainmukaisuuden ja vastaa niiden säilytyksestä.

11. Portugalin siviililain (Código Civil) 371 §:n mukaan varmennetut asiakirjat ovat todistusvoimaisia, ja niiden oikeellisuus voidaan riitauttaa ainoastaan poikkeusmenettelyssä (siviililain 372 §). Siviiliprosessilain (Ley de enjuiciamiento civil) 46 §:n mukaan varmentaminen merkitsee lisäksi, että asiakirja on täytäntöönpanokelpoinen.

12. Asetuksen 26/2004 25 §:n nojalla notaarin ammattiin pääsyä koskee neljä edellytystä: notaari ei saa olla esteellinen hoitamaan julkisia tehtäviä, minkä lisäksi häneltä vaaditaan Portugalin lainsäädännössä tunnustettu oikeustieteellinen tutkinto (licenciatura), harjoittelujakson suorittaminen sekä notaarilautakunnan järjestämän valintakokeen suorittaminen.

13. Vaikka notaarit harjoittavat vapaata ammattia, ammattiin pääsyä on asetuksen 26/2004 6 §:n nojalla rajoitettu määrällisesti. Notaari toimii lisäksi alueellisesti määritellyllä alueella eli tuomiopiirissä, joka perustuu notaareille myönnettävään toiminnan aloittamista koskevaan lupaan. Notaarien palkkiot määräytyvät palkkioiden vähimmäis- ja enimmäismääriä koskevien oikeusministeriön vahvistamien asteikkojen mukaan; samalla on kuitenkin säädetty mahdollisuudesta tiettyjen hinnoittelultaan vapaiden notaaripalveluiden olemassaoloon.

II Oikeudenkäyntiä edeltänyt menettely sekä varsinainen oikeudenkäyntimenettely

14. Komissio esitti Portugalille 21.12.2001 virallisen huomautuksen, jossa todettiin, ettei direktiiviä 89/48 ollut pantu täytäntöön notaarin ammatin osalta. Portugali vastasi 17.6.2002 päivätyllä kirjeellä ja väitti, että hallitus oli tältä osin valmistelemassa lainsäädäntöuudistusta.

15. Komissio antoi Portugalille 18.10.2006 perustellun lausunnon, jossa se kehotti sitä lopettamaan jäsenyysvelvoitteiden

noudattamatta jättämisen kahden kuukauden määräajassa. Portugali vastasi 24.1.2007 päivätyllä kirjeellä, jossa se totesi, että Portugalissa notaarit osallistuvat välittömästi ja nimenomaisesti julkisen vallan käyttöön eivätkä he näin ollen kuulu sijoittautumisvapauden tai sitä täsmentävän johdetun lainsäädännön piiriin.

16. Tämän jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn kannalta merkitykselliset kansalliset oikeussäännöt ovat ne, jotka olivat voimassa 18.12.2006, jolloin komission perustellussa lausunnossaan vastaajana olevalle jäsenvaltiolle ilmoittama määräaika päättyi.

17. Komissio nosti 12.2.2008 EY 226 artiklan nojalla unionin tuomioistuimessa jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan kanteen, jota seurasivat kantajan ja vastaajana olevan jäsenvaltion välinen vastineiden ja vastauskirjelmien vaihto. Lisäksi Yhdistynyt kuningaskunta on väliintulijana tukenut komission vaatimuksia, kun taas Tšekki, Liettua, Slovenia ja Slovakia ovat tukeneet Portugalia.

III Asianosaisten vaatimukset

18. Komissio vaatii unionin tuomioistuinta toteamaan seuraavaa:

– Portugalin tasavalta ei ole noudattanut direktiivin 2005/36 mukaisia velvoitteitaan, koska se ei ole pannut direktiiviä täytäntöön erityisesti notaarin ammattiin pääsyn osalta.

– Portugalin tasavalta on velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

19. Portugalin tasavalta vaatii, että unionin tuomioistuin hylkää kanteen perusteettomana ja velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

IV Tutkittavaksi ottaminen

20. Väliintulijana oleva Slovenian tasavalta esittää tutkittavaksi ottamista koskevan oikeudenkäyntiväitteen niiden määräysten ja säännösten vuoksi, joihin komissio on vedonnut. Se toteaa, että komissio vetosi oikeudenkäyntiä edeltäneessä vaiheessa direktiivin 89/48 rikkomiseen, mutta esittikin oikeudenkäyntivaiheessa, että direktiiviä 2005/36, joka korvaa edellä mainitun direktiivin, oli rikottu.

21. Tätä oikeudenkäyntiväitettä ei voida hyväksyä.

22. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan oikeudenkäyntiä edeltävän vaiheen säännönmukaisuus on perustamissopimuksessa tarkoitettu olennainen takuu sekä kysymyksessä olevan jäsenvaltion oikeuksien suojelemiseksi että myös sen takaamiseksi, että mahdollisessa riita-asian oikeudenkäynnissä käsiteltävä asia on selkeästi määritelty. Itse asiassa vain säännönmukaisen oikeudenkäyntiä edeltävän menettelyn jälkeen unionin tuomioistuimessa käytävässä vastapuolen kuulemiseen perustuvassa oikeudenkäynnissä unionin tuomioistuin voi ratkaista, onko jäsenvaltio todella jättänyt noudattamatta jäsenyysvelvoitteensa, niin kuin komissio on väittänyt. [5]

23. Kuten unionin tuomioistuin on toistuvasti katsonut, kannekirjelmässä olevat vaatimukset olisi periaatteessa rajattava perustellussa lausunnossa ja virallisessa huomautuksessa esitettyihin väitteisiin jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämisestä; jos yhteisön lainsäädäntö kuitenkin muuttuu oikeudenkäyntiä edeltävän vaiheen aikana, ”komissiolla on oikeus todeta sellaisten velvoitteiden noudattamatta jättäminen, jotka perustuvat direktiivin alkuperäiseen mutta myöhemmin muutettuun tai kumottuun versioon, jos kyseisen version mukaiset velvoitteet on sisällytetty myös uusiin säännöksiin”. [6]

5 – Asia C-266/94, komissio v. Espanja, määräys 11.7.1995 (Kok., s. I-1975, 17 ja 18 kohta).

6 – Ks. mm. asia C-365/97, komissio v. Italia, tuomio 9.11.1999 (Kok., s. I-7773, 36 kohta) ja asia C-145/01, komissio v. Italia, tuomio 5.6.2003 (Kok., s. I-5581, 17 kohta).

24. Kuten komissio on korostanut, näitä säännöksiä vertailemalla voidaan havaita, että direktiivissä 2005/36 on ainoastaan vahvistettu ja kodifioitu direktiivin 89/48 säännöksiä. Jäsenvaltioilla on siten direktiivin 2005/36 nojalla edelleen suurin osa niistä velvoitteista, joita niille asetettiin direktiivissä 89/48.

25. Oikeudenkäyntiväitettä ei siten pidä hyväksyä siltä osin kuin se koskee niitä muutetun direktiivin 2005/36 mukaisia velvoitteita, joita sovellettiin jo aiemmin kumotun direktiivin nojalla.

V Jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskeva väite

26. Nyt esillä olevassa jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa asiassa komissio arvostelee Portugalin tasavaltaa siitä, ettei se ole pannut direktiiviä 2005/36 täytäntöön notaarin ammatin osalta. Portugali väittää, että EY 45 artiklan 1 kohtaa sovelletaan sanottuun ammattiin, joten mainittua direktiiviä ei sovelleta notaaritoimintaan.

27. Nyt esillä olevassa asiassa ei ole tarpeen toistaa kaikkia niitä yhdistettyjä asioita C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 ja C-61/08 koskevassa ratkaisuehdotuksessani jo yksityiskohtaisesti esittämiäni

perusteluita. Siksi esitän tässä vain edellä mainitussa ratkaisuehdotuksessa kehiteltyjen perustelujen pääpiirteet, jotta voin soveltaa niitä Portugalin tapaukseen.

A *EY 43 artiklassa ja EY 45 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu julkisen vallan käyttöön liittyvä toiminta*

28. Koska Portugali vetoaa EY 45 artiklan 1 kohtaan perusteena sille, ettei se ole pannut direktiiviä 2005/36 täytäntöön, on aivan ensimmäiseksi arvioitava tämän määräyksen sisältöä.

29. EY 43 artikla ja EY 45 artiklan 1 kohta ovat säännöstä (sijoittautumisvapaus) ja poikkeuksesta (julkisen vallan käyttöön liittyvä toiminta) muodostuva normatiivinen kokonaisuus, jonka soveltamisalan tämä sääntö ja tämä poikkeus määrittelevät. Nyt esillä olevan asian ratkaisun kannalta olennainen normi syntyy näiden kahden määräyksen välisestä yhteydestä. Kyseessä ei kuitenkaan ole sääntö (EY 43 kohta), jonka soveltamisesta voidaan *poiketa* (EY 45 artiklan 1 kohta), vaan kysymys on erillisestä säännöstä, joka määrää sijoittautumisvapauden soveltamisalan sellaisessa toiminnassa, johon *ei* liity osallistumista julkisen vallan käyttöön. Se on konkreettisen perustamissopimuksessa taatun vapauden soveltamisala, ja tällä tavoin on myös ymmärrettävä komission väite siitä, että EY 43 ja EY 45 artiklaa on rikottu.

30. Sen jälkeen, kun on tultu siihen päätelmään, että toiminta liittyy julkisen vallan käyttöön, on arvioitava toimenpiteen oikeasuhteisuutta. Näiden määräysten muodostamaa taustaa vasten toimenpiteen oikeasuhteisuutta on arvioitava unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä käytettyjen kriteerien perusteella,[7] jotka ovat 1) toteutetun toimenpiteen merkitys ja 2) se, missä määrin riidanalaisessa toiminnassa osallistutaan julkisen vallan käyttöön. Mitä suorempaa tai välittömämpää osallistuminen on, sitä suurempi määrä toimenpiteitä EY 45 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan voi kuulua. Mitä epäsuorempaa osallistuminen on, sitä vähäisempiä tämän määräyksen nojalla oikeutetut toimenpiteet ovat, sekä määrältään että intensiteetiltään.

31. On kuitenkin niin, että EY 43 artiklan ja EY 45 artiklan 1 kohdan tulkinnassa pääasialliset vaikeudet liittyvät odotetusti ”julkisen vallan” täsmälliseen määrittelyyn.

7 – Ks. äskettäin mm. asia C-196/04, Cadbury Schweppes ja Cadbury Schweppes Overseas, tuomio 12.9.2006 (Kok., s. I-7995, 61 kohta ja sitä seuraavat kohdat) ja asia C-452/04, Fidium Finanz, tuomio 3.10.2006 (Kok., s. I-9521, 46 kohta). Suhteellisuusperiaatteesta ja sen merkityksestä eri vapauksien painotussääntönä, ks. Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2. painos, kust. Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 193 ja sitä seuraavat sivut ja Galetta, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, s. 103 ja sitä seuraavat sivut.

32. Yhdistetyissä asioissa C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 ja C-61/08 jo esittämälläni tavalla tähänastisesta oikeuskäytännöstä ilmenee vain vähän sellaisia seikkoja, jotka auttaisivat täsmentämään nyt kyseessä olevissa määräyksissä tarkoitetun ”julkisen vallan” luonnetta tai sisältöä. [8]

33. Määriteltiinpä EY 45 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu julkinen valta [9] miten hyvänsä, siitä on väistämättä olemassa tietty *ennakkokäsitys* yhtenä valtioteorian yleisenä käsitteenä, johon unionikin valtioiden yhteisönä käsitteellisesti kuuluu. [10]

34. Tässä merkityksessä ”julkinen valta” on nimenomaan ”valtaa”, toisin sanoen se merkitsee oikeutta pakottaa vallankäytön kohteena olevat toimimaan sellaisen tahdon mukaisesti, jota he eivät voi vastustaa. Yleisesti hyväksyttynä pidetään sitä, että tämä valta kuuluu äärimmäisessä muodossaan yksinomaan valtiolle eli instituutiolle, jossa oikeusjärjestys henkilöityy legitiimin vallan käyttämisen ja järjestämisen välineenä. [11] Julkinen valta on siten suvereenia valtaa, qui superiorem non recognoscens in regno suo.

35. Toisin sanoen valtiossa ei ole ylemmäntasoista legitiimiä pakkovaltaa kuin se, jota julkinen valta käyttää. Julkinen valta joko hyödyttää valtion olemassaoloa ja päämääriä (yleinen etu) tai palvelee yksityisten oikeussubjektien toisiin yksityisiin oikeussubjekteihin kohdistamia oikeutettuja toimintaodotuksia (yksityinen etu). Yksityisen edun tapauksessa julkisen vallan käytössä on aina noudatettava ennalta määritettyjä ehtoja. [12]

8 – Ks. mm. asia 2/74, Reyners, tuomio 21.7.1974 (Kok., s. 631, Kok. Ep. II, s. 311); asia C-3/88, komissio v. Italia, tuomio 5.12.1989 (Kok., s. 4035, Kok. Ep. X, s. 285); asia C-114/97, komissio v. Espanja, tuomio 29.10.1998 (Kok., s. I-6717); asia C-355/98, komissio v. Belgia, tuomio 9.3.2000 (Kok., s. I-1221); asia C-283/99, komissio v. Italia, tuomio 31.5.2001 (Kok., s. I-4363); asia C-465/05, komissio v. Italia, tuomio 13.12.2007 (Kok., s. I-11091) ja asia C-438/08, komissio v. Portugali, tuomio 22.10.2009 (Kok., s. I-10219).

9 – Artiklan eri kieliversioissa käytetään muuten erotuksetta termejä ”julkinen toimivalta” (autoridad pública) ja ”julkinen valta” (poder público), joilla voi teoriassa olla tiettyjä vivahde-eroja. Esim. kyseisen artiklan ranskankielisessä (l'exercice de l'autorité publique), englanninkielisessä (the exercise of official authority), portugalinkielisessä (exercício da autoridade pública), romaniankielisessä (exercitării autorității publice) ja maltankielisessä (l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika) versiossa puhutaan ”julkisesta toimivallasta”, kun taas espankielisessä (ejercicio del poder público), saksankielisessä (Ausübung öffentlicher Gewalt), italiankielisessä (esercizio dei pubblici poteri) ja ruotsinkielisessä (utövandet av offentlig makt) versiossa on käytetty ilmausta ”julkinen valta”.

10 – Tämän käsitteen määritelmän on tietenkin viime kädessä vastattava unionin oikeutta, kuitenkin niin, että unionin tuomioistuin, joka on tämän oikeuden ylin tulkitsija, ottaa tätä määritelmää muotoillessaan lähtökohdaksi kyseisestä käsitteestä esitetyt kansalliset luonnehdinnat. Ks. Schlag, M., ”Art. 45”, *EU-Kommentar* (laatinut J. Schwarze), 2. painos, Nomos, Baden, 2009.

11 – Erittäin vaikeasti hahmotettavan bibliografisen aineiston joukosta ks. Passerin d'Entreves, A., *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1962.

12 – Tarkastelun ulkopuolelle jää tietenkin kysymys monopolisoitua voimaa käyttävien valtioiden rinnakkaiselosta ja siitä, miten ne kunnioittavat näillä kahdella osa-alueella toistensa suvereniteettia, jolle kansainvälinen lainsäädäntö asettaa omat rajoituksensa.

36. Ensisijainen julkisen vallan ja yksityisten toimijoiden välisessä rajanvedossa käytettävä kriteeri on varmastikin valtion monopolisoiman ja käyttämän voiman päämäärä.

37. Tältä osin perinteisin julkisen vallan määrittelyssä käytetty kriteeri liittyy julkisen vallan oikeuteen käyttää yksipuolisesti voimaa, jonka käyttö ei edellytä sen kohteelta suostumusta. Yksityinen oikeussubjekti taas ei voi pakottaa toista yksityistä oikeussubjektia tahtoonsa tämän suostumatta.

38. Pohdintaa voidaan jatkaa tarkastelemalla nykyaikaisen valtion luonnetta paljon aikaisempaa kehittyneempänä valtajärjestyksen muotona. Valtiovalta rajoittui aikaisemmin lähinnä pakottavaan fyysiseen voimankäyttöön, ja tämän vallankäytön edellytykset määriteltiin erittäin yksinkertaistetuissa menettelyissä. Jotta julkisen vallan ilmiö voitaisiin hahmottaa kaikessa monitahoisuudessaan, julkisen vallan käsitteen on nykyaikana käytännössä väistämättä perustuttava sen oikeusjärjestyksen lähtökohtiin, jossa tämä valta toimii.

39. Oikeusjärjestys merkitsee siten legitiimiä voimankäyttöä säätelevää prosessia, joka voi päättyä tämän vallan käyttöön jossakin tietyssä konkreettisessa tilanteessa. Näin ollen ei liene vaikea ajatella, että toimet, jolla legitiimi valta välittyy (sikäli kuin lainkäyttöprosessin päätteeksi annetaan päätös, jolla tämä prosessi saatetaan lopullisesti päätökseen), ovat oikeusjärjestyksen mahdollisimman täydellinen ilmaus. [13]

40. Tämän lähestymistavan mukaan ratkaiseva kriteeri sen arvioimiseksi, voidaanko jokin tietty toimi luokitella julkisen vallan käytöksi, olisi siten se, minkälainen suhde toimella on valtion oikeusjärjestykseen. Tarkemmin sanoen sitä, osallistutaanko toiminnalla julkisen vallan käyttöön, on arvioitava sen mukaan, miten toiminta liittyy (miten kiinteästi se *kytkeytyy)* oikeusjärjestykseen. Varsinaisena kriteerinä ei siis ole pelkästään se, onko toimi toteutettu kyseisen oikeusjärjestyksen edellytysten mukaisesti, vaan se, onko toimi erottamaton osa oikeusjärjestystä. [14]

13 – Oikeusjärjestyksen muotoutumisesta sellaisten säädösten jatkumona, jotka ovat paradigmaattisesti johdettavissa ensimmäiseen suvereenia valtaa ilmaisevaan positiiviseen normiin, ks. Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2. painos, Deuticke, Wien, 1960.

14 – Sen ratkaisemiseen, liittyykö toiminta julkisen vallan käyttöön, ei näin ollen vaikuta se, mitä vallan kolmijaon osa-aluetta ja/tai funktiota se edustaa eli luokitellaanko se osaksi lainsäädäntövaltaa, toimeenpanovaltaa vai etenkin lainkäyttövaltaa, kuten tässä oikeudenkäynnissä esitetyistä perusteluista käy ilmi.

41. Tästä näkökulmasta lainkäyttövaltaa voidaan pitää julkisen vallan luonteenomaisimpana ilmauksena. Laki luetaan viime kädessä tuomioissa, ja tässä mielessä oikeusjärjestys tullaankin usein sekoittaneeksi tuomioihin. [15] Samasta syystä voidaan kuitenkin myös sanoa, että julkisen vallan toimet voivat saavuttaa tämän saman oikeudellisen aseman, vaikkei se käyttäisikään tuomiovaltaa (iurisdictio). Lait samaten kuin hallinto- tai lainvalvontaviranomaisten määräyksetkin ovat nimittäin jo sinänsä pantavissa toimeen. Molemmissa tapauksissa ovat aina kyseessä sellaiset asiakirjat tai toimet, joihin voi hakea muutosta tuomioistuimessa mutta jotka eivät missään tapauksessa edellytä *"valtuutusta"* tuottaakseen välittömän oikeusvaikutuksen.

42. Edellä esitetyn perusteella on selvää, ettei yksityinen oikeussubjekti voi itse laatimillaan oikeudellisilla asiakirjoilla saada aikaan kolmatta osapuolta velvoittavia oikeusvaikutuksia, vaan siihen vaaditaan julkisen vallan toimenpide. Koska yksityiset oikeussubjektit eivät voi itse käyttää pakkoa, oman oikeuden toteuttaminen edellyttää aina julkista valtuutusta. Julkisen vallan tehtävä ei tällaisissa tapauksissa rajoitu siihen, että se *tarkastaa* toimen, jolla jo sellaisenaan on kolmansia sitova vaikutus, kuten hallintoviranomaisten, valtion tai lainsäätäjän toimilla. Sen sijaan julkisen vallan käyttäjä toimii näissä tilanteissa oikeutta *luovana* auktoriteettina sen velvoitteen suhteen, jonka yksityinen oikeussubjekti pyrkii aikaansaamaan kolmatta osapuolta vastaan. Kyse on silloin velvoitteista, jotka ovat kenties syntyneet yksityisten oikeussubjektien yhteisestä tahdosta (sopimus/määräämisperiaate) mutta joiden täytäntöönpanoa yksityinen oikeussubjekti ei voi vaatia ilman julkisen vallan toimenpiteitä.

43. Näin ollen ja yhteenvetona edellä esitetystä on katsottava – tietenkin säilyttäen asian vaatima yleisyyden taso –, että yksi julkista valtaa eri kansallisissa perinteissä määrittävistä ominaisuuksista on julkisen vallan mahdollisuus yhdistää toimi, toimenpide tai menettely valtion tahtoon, joka saa virallisen muotonsa oikeusjärjestyksessä. Tämä on itse asiassa pienin valtioiden perinteissä esiintyvä yhteinen nimittäjä, joka ilmenee siinä, että tietty konkreettinen tahto voidaan katsoa valtion yleiseksi tahdoksi, ja jota pidetään ratkaisevana kriteerinä rajan vetämiselle julkisen vallan ja yksityisten oikeussubjektien välille.

44. Notaaritoimintaan liittyvää keskeistä kysymystä voitaneen lähestyä hieman varmemmin edellä esitettyjen näkökohtien pohjalta.

45. Näiden tekijöiden valossa on katsottava, että varmentamalla asiakirjoja notaarit

15 – Merkl, A., *Die Lehre von der Rechtskraft*, Deuticke, Leipzig, 1923.

harjoittavat Portugalissa luonteeltaan välittömästi ja nimenomaisesti julkista toimintaa sikäli, että notaarien varmentamat asiakirjat antavat yksityisille oikeussubjekteille edeltä käsin sellaisen luvan käyttää omaa oikeutta, jota muutoin olisi haettava erikseen. Notaarin toimitus vapauttaa yksityiset oikeussubjektit hakemasta toiselta julkiselta viranomaiselta vahvistusta notaarin varmentaman toimen täytäntöönpanoon. Näin notaarin toimitus antaa varmennetulle asiakirjalle virallisen, oikeudellisen pätevyyden, joka voidaan kyseenalaistaa vain tuomioistuimessa (mikä pätee kaikkiin muihinkin julkisen vallan toimiin). Julkisen vallan ratkaiseva ominaisuus ei siis ole immuniteetti tuomioistuimen laillisuusvalvonnalle, sillä oikeusvaltiossa sellainen ei kävisi päinsä, vaan julkisen vallan toimiin liittyvä laillisuusolettama ja niiden laillisuuden valvonnalle asetettavat tietynasteiset vaatimukset.

46. On selvää, ettei notaari käytä voimaa eikä aseta yksipuolisesti minkäänlaisia velvoitteita. Tämä ei kuitenkaan ole edellä todetulla tavalla ainoa ratkaiseva kriteeri julkisen vallan luonteen määrittämisessä. Varmennettuina yksityisten oikeussubjektien asiakirjoista tulee virallisia, toisin sanoen niille annetaan edeltä käsin oikeudellinen arvo. Ilman notaarin toimitusta yksityiset oikeussubjektit joutuisivat väistämättä hakemaan lainsäädännössä edellytetyn virallisen vahvistuksen joltakin (toiselta) julkiselta viranomaiselta. Kyse on – jos niin halutaan – sellaisesta julkisesta vallasta, joka toimii jo lähempänä yksityisiä oikeussubjekteja, toisin sanoen tahdon autonomian alalla. Notaarien toiminnan julkinen ulottuvuus on kuitenkin kiistaton, kun tarkastellaan heidän toimivaltaansa virallistaa puhtaasti yksityisoikeudellisia asiakirjoja ja antaa niille julkisen vallan vahvistamille asiakirjoille ominainen todistusvoima.

47. Eri asia on, jos notaarien toiminnalla katsotaan olevan ainoastaan etäinen yhteys julkisen vallan käyttöön (suvereeniin toimivaltaan), sillä silloin heidän toiminnalleen voidaan asettaa lievemmät ehdot kuin suvereenin toimivallan käyttöön suoraan osallistuvien viranomaisten toiminnalle.

48. Näin ollen – ja sikäli kuin asiakirjojen varmentaminen täyttää tämän funktion – sitä on mielestäni pidettävä toimintana, joka liittyy välittömästi ja nimenomaisesti julkisen vallan käyttöön, koska sillä annetaan pätevyys sellaisille asiakirjoille, toimenpiteille ja menettelyille, joilla muutoin olisi vain se oikeudellinen arvo, mikä on yleensä yksityisellä tahdonilmaisulla.

49. Koska asiakirjojen varmentaminen muodostaa Portugalin tasavallassa erottamattoman osan notaarin ammattia, notaarin ammatin on yleisesti ja kokonaisuutena tarkasteltuna katsottava liittyvän välittömästi ja nimenomaisesti julkisen vallan käyttöön. [16]

B *Direktiivin 2005/36 soveltaminen notaarin ammattiin*

50. Direktiivin 2005/36 johdanto-osan 41 perustelukappaleessa todetaan, että ”tämän direktiivin soveltaminen ei rajoita perustamissopimuksen 39 artiklan 4 kohdan eikä 45 artiklan 1 kohdan soveltamista etenkään notaarien osalta”. Tällä varsin epämääräisellä toteamuksella lainsäätäjä näyttää antavan implisiittisesti ymmärtää, että vastaus kysymykseen direktiivin soveltamisesta tähän ammattiin olisi *riippuvainen* siitä, luetaanko notaarien toiminta EY 45 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan vai ei.

51. Komissio kiistää perustellusti kannekirjelmässään, että direktiivin 2005/36 johdanto-osan 41 perustelukappaletta voitaisiin käyttää EY 45 artiklan 1 kohdan tulkintaperusteena. Tällä direktiivissä todetulla ei nimittäin ole merkitystä, kun notaaritoiminta luokitellaan – tai jätetään luokittelematta – julkisen vallan käytöksi. Komissio katsoo kuitenkin, että silloin kun toiminta liittyy julkisen vallan käyttöön, kyseisestä perustelukappaleesta seuraa, että EY 43 artiklaa ja EY 45 artiklan 1 kohtaa on sovellettava. Komission kirjelmästä vastaavasti ilmenee, että silloin, kun on kysymys notaaritoiminnan kaltaisesta toiminnasta, jota ei arvioida abstraktilla tasolla vaan tapauksen erityispiirteiden valossa ja joka liittyy julkisen vallan käyttöön, direktiivin 2005/36 säännöksiä ei sovelleta.

52. Tämän ratkaisuehdotuksen 45–48 kohdassa esitettyjen perusteiden vuoksi katson, että Portugalissa notaarilaitos, sellaisena kuin se oli järjestetty 18.12.2006, liittyi välittömästi ja nimenomaisesti julkisen vallan käyttöön. Näin ollen olen samaa mieltä komission kanssa siitä, ettei direktiiviä 2005/36 sovellettu notaaritoimintaan Portugalissa kyseisenä ajankohtana.

53. Portugalin tasavalta totesi erityisesti suullisen istunnon yhteydessä, että notaarin ammattiin on kohdistunut useita uudistuksia, joiden tarkoituksena on ollut parantaa kilpailua alalla. Portugalin tasavallan asiamies ilmoitti unionin tuomioistuimelle, että tämän tavoitteen saavuttamiseksi Portugalin lainsäätäjä on poistanut velvollisuuden, joka koski notaarin käyttöä merkittävässä osassa oikeustoimissa siten, että näissä toimissa

16 – Ks. em. asia Reyners.

voidaan nykyisin käyttää myös muita ammattilaisia. On mahdollista, että nämä muutokset voivat olla merkitykseltään sellaisia, että ne kumoavat tässä ratkaisuehdotuksessa esitetyn luokittelun notaaritoiminnan osalta. Nyt esillä olevassa asiassa ei kuitenkaan voida arvioida tällaisia muutoksia, koska tämän oikeudenkäynnin kannalta merkityksellinen päivämäärä on se komission määräämä päivämäärä, johon mennessä vastaajana olevan jäsenvaltion on lopetettava perustellussa lausunnossa ilmoitetut jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämiset. Kuten edellä todettiin, tämä päivämäärä oli 18.12.2006.

54. Se seikka, että tässä ratkaisuehdotuksessa notaarilaitoksen katsotaan Portugalissa liittyvän julkisen vallan käyttöön, ei myöskään merkitse, että kysymys EY 43 artiklan ja EY 45 artiklan 1 kohdan soveltamisesta notaaritoimintaan Portugalissa olisi ratkaistu. Kuten totean edellä mainitussa yhdistettyjä asioita C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 ja C-61/08 koskevassa ratkaisuehdotuksessani, päätelmä siitä, että tietty toiminta liittyy julkisen vallan käyttöön, merkitsee, että sen oikeasuhteisuutta on arvioitava EY 43 artiklan ja EY 45 artiklan 1 kohdan valossa. Nyt esillä olevassa asiassa komission vaatimus koskee kuitenkin ainoastaan direktiiviä 2005/36, mikä sulkee pois mahdollisuuden asian tarkasteluun tästä näkökulmasta.

55. Kanne on näin ollen hylättävä.

VI Oikeudenkäyntikulut

56. Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 69 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska Portugalin tasavalta on vaatinut, että komissio velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, ja koska komissio on hävinnyt asian, se on velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

57. Saman artiklan 4 kohdan ensimmäisen alakohdan mukaisesti Tšekin tasavalta, Liettuan tasavalta, Slovenian tasavalta, Slovakian tasavalta sekä Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta, jotka ovat tässä asiassa väliintulijoina, vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan.

VII Ratkaisuehdotus

58. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin toteaa seuraavaa:

1) Kanne hylätään.

2) Euroopan komissio velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

3) Tšekin tasavalta, Liettuan tasavalta, Slovenian tasavalta, Slovakian tasavalta sekä Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan.