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

1. Remdamasi EB 226 straipsniu Europos Komisija kaltina Portugalijos Respubliką pažeidusią Direktyvą 2005/36 dėl profesinių kvalifikacijų pripažinimo[2], nes ji nepriėmė reikiamų priemonių, kad ši direktyva būtų taikoma notaro profesijai Portugalijoje.

2. Kaip ir bylose C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 bei C-61/08, kurios taip pat susijusios su notaro profesija, šioje byloje pirmiausia reikia nustatyti, ar šiuo atveju taikoma EB 45 straipsnio pirma pastraipa, kurioje numatyta išimtis su viešosios valdžios funkcijų vykdymu susijusiai veiklai[3]. Tačiau priešingai nei nurodytose bylose, Komisija netvirtina, kad egzistuoja pilietybės reikalavimas, nes Portugalijoje iš esmės toks apribojimas netaikomas. Šis ieškinys grindžiamas tuo, kad teisės verstis notaro profesija Portugalijoje įgijimo tvarka visiškai nesuderinama su Bendrijos teisės aktuose profesinių kvalifikacijų srityje, konkrečiai kalbant Direktyvoje 2005/36 nustatytais reikalavimais.

1 — Originalo kalba: ispanų.

2 — 2005 m. rugsėjo 7 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2005/36/EB dėl profesinių kvalifikacijų pripažinimo (OL L 255, p. 2).

3 — Čia reikėtų pažymėti, kad nors lotyniškojo tipo notariatas, nagrinėjamas šiose bylose, yra vis dar labiausiai paplitęs Europoje, Europos Sąjungoje egzistuoja ir kiti tipai, kurie nepatenka į EB 45 straipsnio pirmos pastraipos taikymo sritį. Taip yra dėl to, kad notaras visiškai priklauso viešojo administravimo sistemai, arba dėl to, kad jis neturi įgaliojimų atlikti tokio autentiškumo tvirtinimo, apie kokį kalbama šioje byloje. Galiausiai situacija Europoje pastaraisiais metais tapo dar įvairesnė, kai tam tikrose valstybėse narėse, kuriose išsaugotas lotyniškasis notariatas, pilietybės reikalavimas buvo panaikintas (Italija, Ispanija).

I — Teisinis pagrindas

A — *Bendrijos teisė*

3. Direktyvoje 89/48/EEB dėl bendrosios aukštojo mokslo diplomų, išduotų po bent trejų metų profesinio mokymo ir lavinimo, pripažinimo sistemos [4] buvo numatytas perkėlimo į nacionalinę teisę laikotarpis, kuris, remiantis direktyvos 12 straipsniu, pasibaigė 1991 m. sausio 4 dieną.

4. Jos 2 straipsnyje nustatyta:

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

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

5. Notaro profesija nėra reglamentuojama jokiu teisės aktu, nurodytu minėto straipsnio antroje pastraipoje.

6. Direktyva 89/48 buvo panaikinta ir kodifikuota Direktyva 2005/36. Naujame tekste iš esmės pakartojamas Direktyvos 89/48 turinys, tačiau 41 konstatuojamojoje dalyje numatyta tokia naujovė, palyginti su ankstesne konstatuojamąja dalimi:

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

B — *Nacionalinė teisė*

7. Portugalijoje notaro profesija reglamentuojama 2004 m. balandžio 21 d. Teisingumo ministro dekretais įstatymais 26/2004 ir 27/2004. Dekretu 398/2004, priimtu taip pat 2004 m. balandžio 21 d., vyriausybė nustatė taisykles, kuriose įtvirtinta notaro kvalifikacijos suteikimo tvarka. Šiomis nuostatomis buvo liberalizuota notaro profesija Portugalijoje, o notarų funkcijas vykdė viešosios teisės reglamentuojami administracijos pareigūnai.

8. Dekreto įstatymo 26/2004 1 straipsnyje numatyta, kad „notaras yra teisininkas, kurio rašytiniai dokumentai, parengti jam vykdant savo funkcijas, yra autentiški“.

4 — 1988 m. gruodžio 21 d. Tarybos direktyva (OL L 19, 1989, p. 16; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 5 sk., 1 t., p. 337).

9. Notaras kartu yra pareigūnas, kuris tvirtina teisinių dokumentų autentiškumą, ir visiškai nepriklausomai bei nešališkai veikia kaip savarankiškas specialistas. Minėtame 1 straipsnyje taip pat nurodyta, kad notaro funkcijų viešas ir privatus pobūdis yra vienas nuo kito neatsiejami.

10. Kaip pripažino Portugalija atsiliepime į ieškinį, autentiškumo tvirtinimas yra pagrindinė notaro profesijos veikla. Autentiškumo tvirtinimas yra veiksmas, kurį atlikti valstybė įgaliojo notarą, kuriam suteikiama teisė užtikrinti autentiškumą. Pagal Dekreto įstatymo 26/2004 21 straipsnį notaro veiksmus simbolizuoja išimtinai notarui priklausantis antspaudas arba jo atitinkamas numeris. Notaras dalyvauja šalių prašymu ir užtikrina joms rengiamų dokumentų teisėtumą, jis taip registruoja ir saugo tokius dokumentus.

11. Pagal Portugalijos civilinio kodekso 371 straipsnį patvirtinti dokumentai turi ypatingą įrodomąją galią, kurią galima ginčyti tik išimtinėmis procedūrinėmis priemonėmis (Civilinio kodekso 372 straipsnis). Taip pat Civilinio proceso kodekso 46 straipsnyje numatyta, kad patvirtintas dokumentas yra vykdytinas.

12. Pagal Dekreto įstatymo 26/2004 25 straipsnį verstis notaro profesija galima, jei įvykdytos keturios sąlygos: kandidatui neturi būti uždrausta vykdyti viešąsias funkcijas; jis turi turėti pagal Portugalijos teisės aktus pripažįstamą teisės diplomą; turi būti atlikęs stažuotę; ir turi būti išlaikęs Notarų tarybos organizuojamą kvalifikacinį egzaminą.

13. Nors notarai yra liberalios profesijos atstovai, pagal Dekreto įstatymo 26/2004 6 straipsnį galimybei verstis šia profesija taikomas *numerus clausus*. Be to, notarai veikia apibrėžtoje teritorijoje, t. y. administraciniame teritoriniame vienete, ir tik gavę praktikos licenciją. Notarų atlyginimas apskaičiuojamas remiantis Teisingumo ministro patvirtintais tarifais, pagal kuriuos nustatomos mažiausios ir didžiausios sumos, tačiau numatyta galimybė laisvai nustatyti kai kurių notarų paslaugų kainą.

II — Ikiteisminė ir teisminė procedūros

14. 2001 m. gruodžio 21 d. Komisija išsiuntė Portugalijai oficialų pranešimą, nurodydama, kad Direktyva 89/48 nebuvo įgyvendinta, kiek tai susiję su notaro profesija. Portugalija atsakė 2002 m. birželio 17 d. laišku, kuriame tvirtino, kad vyriausybė rengė teisėkūros reformą šioje srityje.

15. 2006 m. spalio 18 d. Komisija nusiuntė Portugalijai pagrįstą nuomonę, kurioje pasiūlė per du mėnesius nutraukti aptariamą

įsipareigojimų nevykdymą. Portugalija atsakė 2007 m. sausio 24 d. laišku, kuriame tvirtino, kad Portugalijos notarai tiesiogiai ir faktiškai dalyvauja vykdydami viešosios valdžios funkcijas, todėl jiems netaikoma nei įsisteigimo laisvė, nei antrinė teisė, kuria įgyvendinama ši laisvė.

16. Taigi šios procedūros dėl įsipareigojimų neįvykdymo tikslais svarbūs tie nacionalinės teisės aktai, kurie galiojo 2006 m. gruodžio 18 d., t. y. kai baigėsi terminas, kurį Komisija pagrįstoje nuomonėje nustatė valstybei narei atsakovei.

17. 2008 m. vasario 12 d. Komisija Teisingumo Teisme pagal EB 226 straipsnį pareiškė ieškinį dėl įsipareigojimų neįvykdymo. Vėliau valstybė narė atsakovė ir ieškovė pasikeitė atitinkamai atsiliepimu į ieškinį, dubliku ir tripliku. Be to, Jungtinė Karalystė įstojo į bylą Komisijos pusėje, o Čekijos Respublika, Lietuvos Respublika, Slovėnijos Respublika ir Slovakijos Respublika įstojo į bylą palaikyti Portugalijos reikalavimus.

III — Šalių reikalavimai

18. Komisija Teisingumo Teismo prašo:

— pripažinti, kad neperkėlusi į nacionalinę teisę Direktyvos 2005/36, visų pirma kiek tai susiję su galimybe verstis notaro profesija, Portugalijos Respublika neįvykdė įsipareigojimų pagal šią direktyvą,

— priteisti iš Portugalijos Respublikos bylinėjimosi išlaidas.

19. Savo ruožtu Portugalijos Respublika Teisingumo Teismo prašo: atmesti ieškinį kaip nepriimtiną ir priteisti iš Komisijos bylinėjimosi išlaidas.

IV — Ieškinio priimtinumas

20. Slovėnijos vyriausybė, kaip į bylą įstojusi šalis, pateikia prieštaravimą dėl priimtinumo, pagrįstą nuostatomis, kuriomis remiasi Komisija. Jos nuomone, per šio ieškinio dėl įsipareigojimų neįvykdymo ikiteisminę procedūrą Komisija apkaltino Portugalijos Respubliką pažeidusią Direktyvą 89/48, tačiau dabar, vykstant bylinėjimuisi, Komisija ją kaltina pažeidusią Direktyvą 2005/36, kuria pakeista ankstesnė direktyva.

21. Šiam prieštaravimui negalima pritarti.

22. Pagal nusistovėjusią Teismo praktiką ikiteisminės procedūros tinkamas vykdymas yra pagal Sutartį reikalaujama pagrindinė garantija, kuria siekiama ne tik apsaugoti suinteresuotosios valstybės narės teises, tačiau taip pat užtikrinti, kad galimo teisminio proceso dalykas bus aiškiai apibrėžtas ginčas. Iš tikrųjų tik tinkamai įvykdžius ikiteisminę procedūrą per teisminį procesą Teisingumo Teismas galės nuspręsti, ar valstybė narė iš tiesų neįvykdė konkrečių įsipareigojimų, kurie, Komisijos teigimu, buvo pažeisti [5].

24. Kaip pažymėjo Komisija, palyginus šias nuostatas matyti, kad Direktyva 2005/36 yra tiesiog konsoliduotos ir kodifikuotos Direktyvos 89/48 nuostatos. Todėl daugumą valstybių narių įsipareigojimų, nustatytų Direktyvoje 89/48, tebegalioja ir pagal Direktyvą 2005/36.

25. Remiantis tuo darytina išvada, kad prieštaravimas dėl priimtinumo turi būti atmestas, kadangi jis susijęs su iš Direktyvos 2005/36 kylančiais įsipareigojimais, kurie jau galiojo pagal panaikintą direktyvą.

V — Įsipareigojimų neįvykdymo motyvas

23. Tačiau, kaip ne kartą konstatavo Teisingumo Teismas, nors ieškinio reikalavimai iš principo negali apimti daugiau nei pagrįstos nuomonės rezoliucinėje dalyje ir oficialiame pranešime nurodomi pažeidimai, tuo atveju, kai Bendrijos teisės aktas pakeičiamas per ikiteisminę procedūrą, „Komisija gali siekti, kad būtų pripažinta, jog valstybė narė neįvykdė įsipareigojimų, numatytų vėliau pakeistoje arba panaikintoje pirminėje direktyvos redakcijoje, kurie naujomis nuostatomis buvo palikti galioti“ [6].

26. Šiame ieškinyje dėl įsipareigojimų neįvykdymo Komisija kaltina Portugalijos Respubliką dėl to, kad neperkėlė į nacionalinę teisę Direktyvos 2005/36, kiek tai susiję su notaro profesija. Savo ruožtu Portugalija teigia, kad šiai profesijai taikoma EB 45 straipsnio pirma pastraipa, todėl minėta direktyva netaikoma notarų veiklai.

27. Manau, kad šiuo atveju neverta pakartoti visų argumentų, išsamiai išdėstytų mano išvadoje, pateiktoje bylose C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 ir C-61/08. Todėl

5 — 1995 m. liepos 11 d. Nutarties *Komisija prieš Ispaniją*, *C-266/94*, Rink. p. I-1975, 17 ir 18 punktai.

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

nurodysiu tik pagrindinius toje nuomonėje pateiktus argumentus, kad galėčiau juos taikyti Portugalijos byloje.

A — *Su viešosios valdžios funkcijų vykdymu susijusi veikla EB 43 straipsnio ir 45 straipsnio pirmos pastraipos prasme*

28. Kadangi Portugalija remiasi EB 45 straipsnio pirma pastraipa siekdama pateisinti Direktyvos 2005/36 neperkėlimą į nacionalinę teisę, pirmiausia reikia išnagrinėti šios nuostatos turinį.

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

30. Nustačius, kad veikla iš tiesų susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, turėtų būti vykdoma proporcingumo kontrolė. Atsižvelgiant į minėtas nuostatas, proporcingumo kontrolė prireikus apima vertinimą, panašų į tą, kurį Teisingumo Teismas atliko savo sprendimuose [7], t. y. palyginama, pirma, iš patvirtintos priemonės kylantis apribojimas ir, antra, kiek atitinkama veikla susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu. Kuo sąsajos labiau tiesioginės ir glaudžios, tuo daugiau priemonių pateks į EB 45 straipsnio pirmos pastraipos taikymo sritį. Jei sąsajos mažiau tiesioginės, atitinkamai mažesnis bus ir priemonių, kurias galima pateisinti pagal minėtą nuostatą, skaičius ir poveikis.

31. Tačiau pagrindinis sunkumas aiškinant EB 43 straipsnį ir 45 straipsnio pirmą pastraipą susijęs, kaip ir galima tikėtis, su tiksliu „viešosios valdžios“ apibrėžimu.

7 — Iš naujausių sprendimų žr. 2006 m. rugsėjo 12 d. Sprendimo *Cadbury Schweppes ir Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, Rink. p. I-7995, 61 ir paskesnius punktus ir 2006 m. spalio 3 d. Sprendimo *Fidium Finanz*, C-452/04, Rink. p. I-9521, 46 punktą. Dėl šio principo ir jo vaidmens nustatant laisvių taikymo sritį žr. T. Tridimas „The General Principles of EU Law“, 2-asis leidimas, *Oxford University Press*, Oksfordas, 2006, 193 ir paskesnius puslapius; D.-U. Galetta „Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo“, *Giuffrè Editore*, Milanas, 1998, 103 ir paskesnius puslapius.

32. Kaip nurodžiau išvadoje, pateiktoje bylose C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 ir C-61/08, teismo praktikoje mažai ką galima rasti aiškinantis nagrinėjamoje nuostatoje minimos „viešosios valdžios“ pobūdį ar savybes [8].

33. Kad būtų galima apibrėžti, kas yra viešoji valdžia, minima EB 45 straipsnio pirmoje pastraipoje [9], *pirmiausia reikia suprasti* viešąją valdžią kaip bendrą valstybės, taigi ir Europos Sąjungos, kuri yra valstybių bendrija, teorijos kategoriją [10].

34. Šia prasme „viešoji valdžia“ visų pirma yra „valdžia“, t. y. galia primesti tam tikrą elgesį, kuriai negalima pasipriešinti. Remiantis bendrai priimtinu šios sąvokos supratimu ir plačiąja jos prasme, minėta galia priklauso tik valstybei, t. y. institucijai, kuri įkūnija teisės sistemą kaip teisėtos galios administravimo ir organizavimo priemonę [11]. Taigi viešoji valdžia yra suvereni galia, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

35. Tai reiškia, kad viešoji valdžia yra svarbiausias teisėtos valdžios šaltinis valstybėje, kurią ji administruoja arba valstybės egzistavimo sumetimais ir siekdama jos tikslų (bendrojo intereso), arba tenkindama teisėtus lūkesčius dėl elgesio, kurių tam tikri asmenys turi kitų asmenų atžvilgiu (privatūs interesai). Pastaruoju atveju visuomet vadovaujamasi iš anksto nustatytomis sąlygomis [12].

8 — Žr., be kita ko, 1974 m. birželio 21 d. Sprendimą *Reyners* (2/74, Rink. p. 631), 1989 m. gruodžio 5 d. Sprendimą *Komisija prieš Italiją* (C-3/88, Rink. p. 4035), 1998 m. spalio 29 d. Sprendimą *Komisija prieš Ispaniją* (C-114/97, Rink. p. I-6717), 2000 m. kovo 9 d. Sprendimą *Komisija prieš Belgiją* (C-355/98, Rink. p. I-1221), 2001 m. gegužės 31 d. Sprendimą *Komisija prieš Italiją* (C-283/99, Rink. p. I-4363), 2007 m. gruodžio 13 d. Sprendimą *Komisija prieš Italiją* (C-465/05, Rink. p. I-11091) ir 2009 m. spalio 22 d. Sprendimą *Komisija prieš Portugaliją* (C-438/08, Rink. p. I-10219).

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

10 — Nepaisant to, kad sąvoka galiausiai turi būti apibrėžiama pagal Europos Sąjungos teisę, tačiau Teisingumo Teismas, kaip aukščiausia šią teisę aiškinanti institucija, ją apibrėždamas visuomet vadovausis įvairiomis aptariamos kategorijos valstybių narių siūlomomis apibrėžtimis. Žr., be kita ko, M. Schlag „Art. 45“, *EU-Kommentar*, J. Schwarze (red.), 2-asis leidimas, *Nomos*, Baden Badenas, 2009.

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

12 — Šiuo atveju, žinoma, nenagrinėjama kitos valstybės monopolizuota galia, kuri harmoningai egzistuoja kartu su pirmosios valstybės galia, tik jei nepažeidžiamos atitinkamos suvereniteto sferos, nustatytos tarptautinėje teisėje.

36. Žinoma, valstybės monopolizuotos ir administruojamos galios paskirtis yra vienas iš kriterijų, į kuriuos reikia atsižvelgti darant skirtumą tarp viešosios valdžios ir privačių asmenų.

37. Šiuo atžvilgiu kriterijus, kuris tradiciškai naudojamas viešajai valdžiai nustatyti, kyla iš viešosios valdžios galios vienašališkai primesti savo valią, t. y. asmens, kuriam nustatytas atitinkamas įpareigojimas, sutikimas nebūtinas. Tačiau privatus asmuo, norėdamas, kad jo valią vykdytų kitas asmuo, turi gauti pastarojo sutikimą.

38. Tęsiant šiuos samprotavimus svarbu įsidėmėti tai, kad šiuolaikinėje valstybėje valdžios organizavimas yra kur kas sudėtingesnis nei anksčiau. Tuomet tai būdavo daroma tiesiog valdant fizinės prievartos priemones pagal labai paprastas procedūras, reglamentuojančias jų panaudojimo sąlygas. Iš to matyti, kad norint apibrėžti sudėtingą viešosios valdžios reiškinį šiais laikais būtina remtis viešosios valdžios sąvoka, išplaukiančia iš logikos, kuria grindžiama teisinė sistema, pagal kurią ta valdžia įgyvendinama.

39. Šiuo požiūriu teisinė sistema yra teisėtos galios įgyvendinimo organizavimo procesas, kuris tam tikrais atvejais gali baigtis tos galios taikymu konkrečioje situacijoje. Vis dėlto nėra jokios priežasties prieštarauti teiginiui, kad veiksmai, kuriais baigiamas procesas (t. y. tuo atveju, kai teisėtos galios naudojimo procesas baigiasi jį užbaigiančiu veiksmu, suteikiančiu jam galutinį statusą), yra tobuliausia teisinės tvarkos išraiška [13].

40. Todėl remiantis šiuo požiūriu lemiamas veiksmo priskyrimo viešosios valdžios vykdymui kriterijus yra jo santykis su tos valstybės santvarka. Konkrečiau kalbant, pagal veiklos pobūdį ji turėtų būti prilyginta dalyvavimui vykdant viešosios valdžios funkcijas, atsižvelgiant į tai, kiek ši veikla yra teisinės sistemos dalis (*jai priklauso*). Todėl reikėtų nustatyti ne tik tai, ar ji neprieštarauja teisinei sistemai, bet ir tai, ar ji yra šiai sistemai būdingas veiksmas [14].

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

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

41. Šiuo požiūriu teismus galima laikyti aiškiausia viešosios valdžios išraiška. Juk jų sprendimais galutinai nustatoma teisė ir taip jie tampa neatskiriami nuo pačios teisinės sistemos [15]. Tačiau tuo remiantis taip pat galima teigti, kad viešosios valdžios funkcijas vykdo institucija, kurios aktai gali turėti šį statusą be *iurisdictio* poreikio. Visų pirma įstatymas pats savaime yra vykdomojo pobūdžio, kaip ir administracinės valdžios institucijų priimtos nuostatos ar teisėsaugos institucijų nurodymai. Šie aktai ir nuostatos visada gali būti teismo peržiūrėti, tačiau jiems niekuomet nereikia „leidimo“, kad jie įgytų tiesioginį poveikį.

42. Iš to, kas išdėstyta, akivaizdu, kad joks privatus asmuo negali priimti teisės aktų, kurie būtų privalomi trečiajam asmeniui neįsikišant viešosios valdžios institucijai. Kadangi privatūs asmenys prievartos imtis negali, kad jų teisės būtų įgyvendintos, būtinas viešas leidimas. Viešoji valdžia tokiais atvejais įgyvendinama ne tik *peržiūrint* aktą, kuris pats savaime gali būti privalomas trečiajai šaliai, kaip administracinių, vykdomosios valdžios ar teisėkūros institucijų priimamų aktų atveju. Priešingai, tokiais atvejais viešosios valdžios funkcijas vykdanti institucija visuomet *nustato* įpareigojimus pagal privataus asmens reikalavimus trečiajai šaliai. Tokie įsipareigojimai gali kilti iš bendrų ketinimų (sutarties ar valios autonomijos principas), tačiau privatus asmuo negali niekaip užtikrinti jų vykdymo be viešosios valdžios institucijos įsikišimo.

43. Todėl, remiantis išdėstytais argumentais, reikia su atitinkama abstrakcija, kurios reikalauja aptariami klausimai, daryti išvadą, kad nagrinėjant viešosios valdžios požymius įvairiose nacionalinėse sistemose reikia atsižvelgti į jos galią primesti veiksmą, nuostatą ar elgesio normą kaip į atitinkančią valstybės valią, įformintą pagal jos teisinę sistemą. Juk tai yra bendriausias visų šių sistemų pagrindas, kuriuo remiantis galia priskirti konkretų ketinimą bendrai valstybės valiai yra laikoma pagrindiniu kriterijumi norint atskirti viešą ir privačią sferas.

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

45. Atsižvelgiant į tai, kas išdėstyta, Portugalijos notarai, atlikdami autentiškumo

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

tvirtinimo funkciją, tiesiogiai ir konkrečiai dalyvauja vykdydami viešosios valdžios funkcijas, nes taip jie iš anksto suteikia asmenims leidimą įgyvendinti savo subjektyvias teises, kurio šie priešingu atveju turėtų prašyti kiekvienu konkrečiu atveju. Notarų dalyvavimas panaikina būtinybę jiems kreiptis į kitą viešosios valdžios funkcijas vykdančią instituciją, norint įrodyti notaro patvirtintą faktą, ir taip aktui, kurio autentiškumas patvirtintas, suteikiama ypatinga vieša teisinė vertė, kurią galima ginčyti tik teisme (beje, kaip ir bet kokią viešosios valdžios institucijos priimtą priemonę). Žinoma, tai, ar institucija vykdo viešosios valdžios funkcijas, nustatoma remiantis ne imunitetu nuo teisminės kontrolės (kuris bet kuriuo atveju neįmanomas teisinėje valstybėje), o įtikinama jos pačios veiksmų teisėtumo prezumpcija, taigi atsižvelgiant ir į jų kontrolei būtinų sąlygų griežtumą.

46. Be abejo, notarai netaiko prievartos ir vienašališkai nenustato įpareigojimų. Tačiau, kaip jau matėme, tai nėra vienintelis kriterijus siekiant nustatyti, ar vykdomos viešosios valdžios funkcijos. Autentiškumo tvirtinimas asmenų sudarytiems dokumentams suteikia oficialų statusą, t. y. suteikia jiems išankstinę teisinę galią. Jei notaras nedalyvautų, asmenys būtinai turėtų kreiptis į (kitą) viešosios valdžios funkcijas vykdančią įstaigą, kad dokumentai įgytų teisinę galią. Taigi kalbama apie viešą valdžią, vykdomą sferoje, kuri yra arčiausiai privataus asmens, t. y. valios autonomijos sferoje. Tačiau jos viešasis matmuo yra neginčytinas, jei atsižvelgtume į jos gebėjimą tai, kas visiškai privatu, paversti vieša ir taip suteikti viešajai valdžiai būdingą galią.

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

48. Todėl jei autentiškumo tvirtinimas atitinka tos funkcijos požymius, kvalifikuočiau jį kaip veiklą, kuri tiesiogiai ir konkrečiai susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, kadangi ją vykdant specialus statusas suteikiamas dokumentams, nuostatoms ir iniciatyvoms, kurių teisinė galia priešingu atveju nebūtų didesnė nei privačios valios išraiška.

49. Atsižvelgiant į tai, jog autentiškumo tvirtinimas yra neatskiriama esminė notarų vykdomų funkcijų Portugalijos Respublikoje dalis, būtina pažymėti, kad notaro profesija bendrai ir kaip visuma yra tiesiogiai ir konkrečiai susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu [16].

B — *Direktyvos 2005/36 taikymas notaro profesijai*

50. Direktyvos 2005/36 41 konstatuojamojoje dalyje nustatyta, kad „šia Direktyva netrukdoma taikyti Sutarties 39 straipsnio 4 dalies ir 45 straipsnio, ypač notarų atžvilgiu“. Atrodo, kad teisės aktų leidėjas teigia, nors ir labai dviprasmiškai ir netiesiogiai, jog atsakymas į klausimą, ar notarų veikla patenka į EB 45 straipsnio pirmos pastraipos taikymo sritį, *lems* atsakymą į klausimą, ar direktyva taikytina notaro profesijai.

51. Savo ieškinyje Komisija pagrįstai atmeta galimybę, kad Direktyvos 2005/36 41 konstatuojamoji dalis galėtų būti EB 45 straipsnio pirmos pastraipos aiškinimo kriterijus. Iš tiesų direktyvoje nurodytas teiginys šiuo atžvilgiu nėra lemiamas norint nustatyti, ar notarų veikla susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu. Tačiau Komisija pripažįsta, kad šioje konstatuojamojoje dalyje patvirtinama, jog kai veikla susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, taikytini EB 43 straipsnis ir 45 straipsnio pirma pastraipa. Taigi iš Komisijos ieškinio matyti, kad tuo atveju, kai tokia veikla, kaip antai notarų, nagrinėjama ne abstrakčiai, bet atsižvelgiant į konkrečias bylos aplinkybes, yra susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, Direktyvos 2005/36 nuostatos netaikomos.

52. Dėl šios išvados 45–48 punktuose nurodytų priežasčių manau, kad notariatas Portugalijoje, kaip jis buvo reglamentuojamas 2006 m. gruodžio 18 d., buvo tiesiogiai ir konkrečiai susijęs su viešosios valdžios funkcijų vykdymu. Todėl pritariu Komisijai ir turiu pripažinti, kad tuo metu Direktyva 2005/36 nebuvo taikoma notarų veiklai Portugalijoje.

53. Portugalijos Respublika iš esmės per posėdį teigė, kad, siekiant sukurti didesnę konkurenciją sektoriuje, notaro profesija buvo keletą kartą reformuota. Portugalijos Respublikos atstovas informavo Teisingumo Teismą, kad siekdamas šio rezultato Portugalijos teisės aktų leidėjas panaikino reikalavimą,

16 — Žr. minėtą Sprendimą *Reyners*.

pagal kurį vykdant daugelį teisinių sandorių turėjo dalyvauti notaras, ir kad dabar juos gali atlikti kiti specialistai. Prireikus šis faktas galėtų būti pakankamai svarbus norint paneigti šioje išvadoje atliktą notarų veiklos kvalifikavimą. Tačiau tokių pakeitimų šiuo atveju nagrinėti nereikia, nes šiai bylai išnagrinėti svarbi data yra terminas, per kurį Komisija valstybei narei atsakovei nurodė nutraukti pagrįstoje nuomonėje nurodytą įsipareigojimų nevykdymą. Kaip jau minėta, ta data buvo 2006 m. gruodžio 18 diena.

54. Be to, tai, kad šioje išvadoje laikoma, jog notariatas Portugalijoje susijęs su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, nereiškia, kad išspręstas klausimas dėl to, ar EB 43 straipsnis ir 45 straipsnio pirma pastraipa taikomi notarų veiklai Portugalijoje. Kaip nurodžiau savo išvadoje, pateiktoje minėtose bylose C-47, 50, 51, 53, 54 ir 61/08, nustačius, kad veikla susijusi su viešosios valdžios funkcijų vykdymu, turėtų būti atliekama proporcingumo kontrolė atsižvelgiant į EB 43 straipsnį ir 45 straipsnio pirmą pastraipą. Tačiau kadangi Komisija šioje byloje pateikė ieškinį tik dėl Direktyvos 2005/36, bylos negalima nagrinėti remiantis nurodytu kriterijumi.

55. Todėl ieškinį reikia atmesti.

VI — Dė bylinėjimosi išlaidų

56. Pagal Procedūros reglamento 69 straipsnio 2 dalį pralaimėjusiai šaliai nurodoma padengti bylinėjimosi išlaidas, jeigu laimėjusi šalis to reikalavo. Kadangi Komisija pralaimėjo šią bylą ir Portugalijos Respublika prašė priteisti išlaidas, Komisija turi padengti bylinėjimosi išlaidas.

57. Pagal to paties straipsnio 4 dalies pirmą pastraipą Čekijos Respublika, Lietuvos Respublika, Slovėnijos Respublika, Jungtinė Didžiosios Britanijos ir Šiaurės Airijos Karalystė ir Slovakijos Respublika, kurios įstojo į šią bylą, pačios padengia savo bylinėjimosi išlaidas.

VII — Išvada

58. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau Teisingumo Teismui:

1. Atmesti ieškinį.

2. Priteisti iš Europos Komisijos bylinėjimosi išlaidas.

3. Čekijos Respublika, Lietuvos Respublika, Slovėnijos Respublika, Jungtinė Didžiosios Britanijos ir Šiaurės Airijos Karalystė ir Slovakijos Respublika pačios padengia savo bylinėjimosi išlaidas.