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

1. Komisja Europejska, na podstawie art. 226 WE, podnosi wobec Republiki Portugalskiej uchybienie zobowiązaniom ciążącym na niej zgodnie z dyrektywą 2005/36 w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych [2] ze względu na nieprzyjęcie odpowiednich przepisów umożliwiających jej zastosowanie do zawodu notariusza w omawianym kraju.

2. Podobnie jak w sprawach C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 i C-61/08, których przedmiotem jest również zawód notariusza, w niniejszej sprawie niezbędne jest uprzednie stwierdzenie, czy art. 45 akapit pierwszy WE, który ustanowił wyjątek w odniesieniu do działalności związanej z wykonywaniem władzy publicznej, ma zastosowanie w niniejszym przypadku [3]. Jednakże, odmiennie od przytoczonych spraw, Komisja nie podnosi istnienia warunku przynależności państwowej, ze względu na to, że co do zasady takie ograniczenie nie istnieje w Portugalii. Podstawą niniejszej skargi jest istnienie diametralnie sprzecznego z wymaganiami ustanowionymi przez ustawodawstwo wspólnotowe, w szczególności z dyrektywą 2005/36 w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych, systemu dostępu do zawodu notariusza.

1 — Język oryginału: hiszpański.

2 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. (Dz.U. L 255, s. 22).

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

I — Ramy prawne

A — *Prawo wspólnotowe*

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

4. Jej art. 2 wskazywał:

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

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

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

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

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

B — *Prawo krajowe*

7. W Portugalii zawód notariusza uregulowany jest dekretami z mocą ustawy 26/2004 i 27/2004 ministra sprawiedliwości z dnia 21 kwietnia 2004 r. W dekrecie 398/2004, również z dnia 21 kwietnia 2004 r., rząd przyjął przepisy ustanawiające system przyznawania tytułu notariusza. Ten zespół przepisów doprowadził do liberalizacji zawodu notariusza w Portugalii, którego funkcja była wykonywana przez urzędników administracji podlegających systemowi prawa publicznego.

8. Artykuł 1 dekretu z mocą ustawy 26/2004 ustanowił, że „notariusz jest prawnikiem, którego dokumenty na piśmie, sporządzone w ramach wykonywania jego funkcji, są dokumentami zaufania publicznego".

4 — Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1988 r. (Dz.U. 1989, L 19, s. 16).

9. Notariusz jest jednocześnie urzędnikiem nadającym charakter dokumentu urzędowego aktom prawnym jak również osobą wykonującą wolny zawód z zachowaniem pełnej niezależności i bezstronności. Omawiany art. 1 dodaje, iż charakter publiczny i prywatny funkcji notarialnej są nierozłączne.

10. Jak przyznała Republika Portugalska w odpowiedzi na skargę, nadawanie charakteru dokumentu urzędowego stanowi główną działalność notariusza. Nadawanie charakteru dokumentu urzędowego wyraża się, jako akt delegacji państwa na rzecz notariusza, któremu przyznaje zdolność udzielania zaufania publicznego. Zgodnie z art. 21 dekretu z mocą ustawy, symbolem wyrażającym interwencję notariusza jest pieczęć, która przysługuje wyłącznie notariuszowi, lub odpowiadający jej numer. Notariusz interweniuje na żądanie stron i zapewnia im zgodność z prawem sporządzonych aktów, jak również archiwizację i przechowywanie.

11. Zgodnie z art. 371 portugalskiego kodeksu cywilnego, dokumentom, którym nadano charakter urzędowy przysługuje kwalifikowana moc dowodowa, którą można zakwestionować tylko w ramach nadzwyczajnego postępowania (art. 372 kodeksu cywilnego). Ponadto art. 46 ustawy o postępowaniu cywilnym stanowi, że wskutek nadania charakteru urzędowego dokument staje się wykonalny.

12. Zgodnie z art. 25 dekretu z mocą ustawy 26/2004, aby uzyskać dostęp do zawodu notariusza, należy spełnić cztery warunki: nie można być niezdolnym do pełnienia funkcji publicznych; należy posiadać dyplom ukończenia studiów prawniczych uznany przez prawo portugalskie; należy odbyć staż oraz zdać egzamin wstępny zorganizowany przez radę notarialną.

13. Mimo że zawód notariusza jest wolnym zawodem, dostęp do niego podlega, zgodnie z art. 6 dekretu z mocą ustawy 26/2004, zasadzie numerus clausus. Ponadto notariusz działa na określonym obszarze, zwanym okręgiem i po przyznaniu zezwolenia na prowadzenie działalności. Wynagrodzenie notariuszy obliczane jest na podstawie taksy notarialnej uzgodnionej przez ministra sprawiedliwości ustanawiającej jej minimalne i maksymalne stawki, przy przewidzeniu możliwości istnienia pewnych usług notarialnych, których ceny ustalane są w sposób dowolny.

II — Postępowania poprzedzające wniesienie skargi i postępowania sądowe

14. W dniu 21 grudnia 2001 r. Komisja skierowała do Republiki Portugalskiej wezwanie do usunięcia uchybienia sygnalizując brak transpozycji dyrektywy 89/48/EWG w odniesieniu do zawodu notariusza. Republika Portugalska odpowiedziała pismem z dnia 17 czerwca 2002 r., twierdząc, że rząd przygotowywał reformę przepisów w tym zakresie.

15. W dniu 18 października 2006 r. Komisja przekazała Portugalii swą uzasadnioną opinię wyznaczając jej termin dwóch miesięcy na

usunięcie zarzucanego uchybienia. Republika Portugalska udzieliła na nią odpowiedzi pismem z dnia 24 stycznia 2007 r. wskazując, że notariusze portugalscy biorą udział, bezpośrednio i skutecznie, w wykonywaniu władzy publicznej i ze względu na to nie podlegają ani swobodzie przedsiębiorczości, ani prawu wtórnemu związanemu z tą swobodą.

16. Krajowymi ramami prawnymi właściwymi dla celów niniejszego postępowania o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego są przepisy obowiązujące na dzień 18 grudnia 2006 r., dzień, w którym upłynął termin wyznaczony przez Komisję pozwanemu państwu w uzasadnionej opinii.

17. W dniu 12 lutego 2008 r. Komisja wniosła do Trybunału skargę o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego zgodnie z art. 226 WE, po której nastąpiły odpowiedź na skargę, replika i duplika złożone odpowiednio przez stronę skarżącą i pozwane państwo członkowskie. Ponadto Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej przystąpiło do sprawy w charakterze interwenienta popierającego żądania Komisji, natomiast Republika Czeska, Republika Litewska, Republika Słowenii i Republika Słowacka przystąpiły do sprawy w charakterze interwenienta popierającego żądania Portugalii.

III — Żądania stron

18. Komisja zwraca się do Trybunału o:

— stwierdzenie, że nie dokonując transpozycji dyrektywy 2005/36/WE, w szczególności w odniesieniu dostępu do zawodu notariusza, Republika Portugalska uchybiła zobowiązaniom, jakie na niej ciążą na mocy rzeczonej dyrektywy.

— obciążenie Republiki Portugalskiej kosztami postępowania.

19. Ze swej strony Republika Portugalska wnosi do Trybunału o:

oddalenie skargi jako bezzasadnej oraz obciążenie Komisji kosztami postępowania.

IV — Dopuszczalność skargi

20. Rząd Słowenii jako interwenient podnosi zarzut niedopuszczalności z uwagi na przepisy przywołane przez Komisję. Jego zdaniem, Komisja przypisała naruszenie dyrektywy 89/48/EWG w trakcie etapu poprzedzającego wniesienie skargi o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, podczas gdy na etapie postępowania po wniesieniu skargi zarzuciła jej naruszenie dyrektywy 2005/36, która zastąpiła poprzednią dyrektywę.

21. Zarzut ten nie może zostać uwzględniony.

22. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, prawidłowy przebieg postępowania poprzedzającego wniesienie skargi stanowi istotną gwarancję przewidzianą w traktacie nie tylko dla ochrony praw danych państw członkowskich, lecz również dla zapewnienia, że ewentualne postępowanie sporne będzie miało jednoznacznie zdefiniowany przedmiot sporu. Jedynie w przypadku prawidłowego postępowania poprzedzającego wniesienie skargi Trybunał może w postępowaniu kontradyktoryjnym orzec, czy państwo członkowskie rzeczywiście uchybiło konkretnym zobowiązaniom zgodnie z zarzutami Komisji [5].

23. Jak wielokrotnie powtarzał Trybunał, chociaż żądania zawarte w skardze nie mogą co do zasady zostać rozszerzone ponad uchybienia zarzucane w sentencji uzasadnionej opinii i w wezwaniu do usunięcia uchybienia, to jednak w przypadku zmiany prawa wspólnotowego w toku postępowania poprzedzającego wniesienie skargi „dopuszczalna jest skarga Komisji o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom, które wynikają z pierwotnej wersji dyrektywy, następnie zmienionej lub uchylonej, które zostały utrzymane w nowych przepisach” [6].

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

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

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

25. Z powyższego wynika, że należy oddalić zarzut niedopuszczalności ze względu na to, że odnosi się on do zobowiązań wynikających z dyrektywy 2005/36, które znajdowały już zastosowanie zgodnie z uchyloną dyrektywą.

V — W przedmiocie zarzutu uchybienia

26. W niniejszej skardze o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, Komisja zarzuca Republice Portugalskiej brak transpozycji dyrektywy 2005/36 w odniesieniu do zawodu notariusza. Republika Portugalska ze swej strony podnosi, że zawód ten jest objęty art. 45 akapit pierwszy WE, ze względu na to, że omawiana dyrektywa nie ma zastosowania do działalności notarialnej.

27. Nie wydaje się celowe powtarzanie tu w całości argumentów już przedstawionych szczegółowo w mojej opinii wydanej w dzisiejszym dniu w sprawach C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 i C-61/08.

Ograniczę się zatem do przedstawienia ukazanej tam głównej linii argumentacji, aby przystąpić następnie do zastosowania jej do przypadku portugalskiego.

A — *W przedmiocie działalności związanej z wykonywaniem władzy publicznej w znaczeniu art. 43 i 45 akapit pierwszy WE*

28. Ze względu na to, że Republika Portugalii powołuje się na art. 45 akapit pierwszy WE w celu uzasadnienia braku transpozycji dyrektywy 2005/36, należy najpierw zbadać treść tego przepisu.

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

30. Kiedy już interpretator dojdzie do wniosku, że dany rodzaj działalności jest w istocie związany z wykonywaniem władzy publicznej, powinien przystąpić do oceny proporcjonalności. W ramach przytoczonych przepisów oceny proporcjonalności dokonuje się, ewentualnie, w drodze analizy podobnej do tej przeprowadzonej przez Trybunał w jego orzecznictwie. [7], to jest takiej, która wyważy z jednej strony ograniczenie wynikające z przyjętego środka i z drugiej strony stopień, do jakiego rozpatrywana działalność związana jest z wykonywaniem władzy publicznej. Im bardziej bezpośredni lub natychmiastowy będzie związek, tym szerszy będzie wachlarz środków objętych art. 45 akapit pierwszy WE. Im mniej ten związek będzie bezpośredni, tym mniej uzasadnione będą środki w świetle tego artykułu zarówno z punktu widzenia ich ilości jak i natężenia.

31. Główna trudność, jaką przedstawia wykładnia art. 43 i 45 akapit pierwszy WE polega jednakże, jak można się spodziewać, w dokładnym określeniu pojęcia „władzy publicznej".

7 — Zobacz spośród najnowszych spraw wyroki: z dnia 12 września 2006 r. w sprawie C-196/04 Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas, Zb.Orz. s. I-7995, pkt 61 i nast.; z dnia 3 października 2006 r. w sprawie C-452/04 Fidium Finanz, Zb.Orz. s. I-9521, pkt 46. W przedmiocie zasady i jej roli jako przepisu określającego zakres swobód zob. T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2006 r., s. 193 i nast.; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1998 r., s. 103 i nast.

32. Jak już wskazałem w opinii przedstawionej w sprawach C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 i C-61/08 niewiele jest elementów, które można wydobyć z orzecznictwa w celu zbadania charakteru lub jakości „władzy publicznej", o której mowa w rozpatrywanym przepisie [8].

33. Zdefiniowanie tego, co stanowi władzę publiczną w rozumieniu art. 45 akapit pierwszy WE [9], musi koniecznie oprzeć się na pewnym z góry określonym ujęciu koncepcji władzy publicznej jako ogólnej kategorii teorii państwa, do której koniecznie zalicza się pojęciowo Unia jako wspólnota państw [10].

34. W tym znaczeniu „władza publiczna" jest przede wszystkim „władzą", to znaczy możliwością narzucenia zachowania odpowiadającego przemożnej woli. Zgodnie z ogólnie uznawanym rozumieniem i w jego najszerszym znaczeniu ta możliwość przysługuje wyłącznie państwu, to znaczy, instytucji, która jest uosobieniem systemu prawnego jako instrumentu administracji i zarządzania uprawnionym przymusem [11]. Władza publiczna jest zatem suwerenną władzą, qui superiorem non recognoscens in regno suo.

35. Oznacza to, że nie istnieje już w państwie inna prawnie uznana władza niż władza wykonywana przez władzę publiczną czy to na rzecz istnienia państwa i realizacji jego celów (interes ogólny), czy też służąc uzasadnionym oczekiwaniom niektórych osób fizycznych w odniesieniu do innych (interes prywatny), w tym ostatnim przypadku zawsze zgodnie z wcześniej ustanowionymi warunkami [12].

8 — Zobacz m.in. wyroki: z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74 Reyners, Rec. s. 631; z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. 4035; z dnia 29 października 1998 r. w sprawie C-114/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-6717; z dnia 9 marca 2000 r., w sprawie C-355/98 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-1221; z dnia 31 maja 2001 r., w sprawie C-283/99 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-4363; z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-465/05 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-11091; z dnia 22 października 2009 r. w sprawie C-438/08 Komisja przeciwko Portugalii, Zb.Orz. s. I-10219.

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

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

11 — Zobacz m.in. w rozległej bibliografii, A. Passerin d'Entreves, *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1962 r.

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

36. Niewątpliwie cel użycia zmonopolizowanego i zarządzanego przez państwo przymusu stanowi pierwsze kryterium w celu wyznaczenia granicy między władzą publiczną i między podmiotami prywatnymi.

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

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

39. W tym duchu porządek prawny reprezentuje proces organizowania wykonywania uprawnionego przymusu, który może doprowadzić w danym przypadku do zastosowania omawianej siły w konkretnej sytuacji. Niemniej nie należy uważać za niedogodne uznanie, że akty znaczące zakończenie procesu (w przypadku gdy proces uprawnionego przymusu kończy się wydaniem aktu, który kładzie kres temu procesowi nadając mu ostateczny charakter) zdają się być najdoskonalszym wyrażeniem porządku prawnego [13].

40. Zgodnie z tym stanowiskiem, rozstrzygającym kryterium w celu dokonania zakwalifikowania aktu jako wynikającego z władzy publicznej byłoby zatem kryterium charakteru jego związku z porządkiem państwowym. Rzeczywiście charakter działania należałoby uznać za wyraz udziału w wykonywaniu władzy publicznej na podstawie kryterium jego osadzenia (stopnia jego *przynależności*) w omawianym porządku prawnym. Kryterium zatem nie byłaby zwykła zgodność z omawianym systemem prawnym, lecz raczej to, czy jest włączony jako akt porządku prawnego [14].

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

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

41. Z tego punktu widzenia, sądy mogą być uznane za najbardziej charakterystyczny wyraz władzy publicznej. Przez swe orzeczenia bowiem sądy ostatecznie rozstrzygają, co jest prawem a zatem ich orzeczenia w końcu zlewają się z systemem prawnym [15]. Jednakże z tego samego powodu możemy również powiedzieć, że władzą publiczną jest władza, której działania mogą spełniać ten warunek bez konieczności iurisdictio. Po pierwsze, prawo jest samo przez się wykonalne, w ten sam sposób jak również przepis administracyjny lub nakaz wynikający z przymusu państwowego. Zawsze chodzi o akty i przepisy podlegające kontroli sądowej, lecz niewymagające w każdym razie *zezwolenia* w celu natychmiastowego wywołania skutków.

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

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

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

45. W świetle powyższych okoliczności należy przyznać, że notariusz portugalski

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

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

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

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

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

49. Z tego względu, że nadawanie charakteru dokumentu urzędowego jest nieodłączną istotą funkcji notarialnej w Republice Portugalskiej, należy zatem stwierdzić, że zawód notariusza ogólnie i jako całość związany jest bezpośrednio i szczególnie z wykonywaniem władzy publicznej [16].

B — *Możliwość zastosowania dyrektywy 2005/36 w odniesieniu do zawodu notariusza*

50. W motywie 41 dyrektywy 2005/36 stwierdzono, że „[n]iniejsza dyrektywa nie narusza art. 39 ust. 4 oraz art. 45 akapit pierwszy traktatu, w szczególności w odniesieniu do notariuszy". Ustawodawca, niezależnie od całej dwuznaczności tego stwierdzenia, zdaje się dawać do zrozumienia, że odpowiedź na pytanie dotyczące kwestii, czy działalność notarialna objęta jest zakresem art. 45 akapit pierwszy WE, *określiłaby* odpowiedź na pytanie, czy omawiana dyrektywa ma zastosowanie do tego zawodu.

51. W swej skardze Komisja słusznie kwestionuje pogląd, by motyw 41 dyrektywy 2005/36 mógł służyć jako kryterium interpretacji art. 45 akapit pierwszy WE. Twierdzenie zawarte w tym względzie w dyrektywie nie jest bowiem rozstrzygające w celu zakwalifikowania działalności notarialnej jako działalności związanej z wykonywaniem władzy publicznej lub nie związanej z nim. Komisja jednakże przyznaje, że w przypadku gdy działalność związana jest z wykonywaniem władzy publicznej, motyw ten potwierdza, że należy zastosować art. 43 i 45 akapit pierwszy WE. Z pisma Komisji wynika zatem, że, w przypadku gdy działalność tak jak działalność notarialna rozważana nie in abstracto, lecz w świetle pewnych konkretnych okoliczności sprawy, jest związana z wykonywaniem władzy publicznej, nie będą miały zastosowania przepisy dyrektywy 2005/36.

52. Z powodów wymienionych w pkt 45–48 niniejszej opinii, uważam, że portugalski notariat, w formie, w jakiej był zorganizowany na dzień 18 grudnia 2006 r., był bezpośrednio i specyficznie związany z wykonywaniem władzy publicznej. Podzielam zatem zdanie Komisji i jestem zmuszony dojść do wniosku, że dyrektywa 2005/36 nie miała zastosowania do portugalskiej działalności notarialnej w omawianym czasie.

53. Republika Portugalska podniosła głównie w trakcie rozprawy, że zawód notariusza podległ wielu reformom zmierzającym do wprowadzenia większej konkurencji w sektorze. Pełnomocnik rządu portugalskiego poinformował Trybunał, że aby osiągnąć ten cel, ustawodawca portugalski zniósł obligatoryjny charakter znacznej części aktów prawnych,

16 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Reyners.

które wcześniej wymagały interwencji notarialnej i obecnie mogą one być one sporządzane przez przedstawicieli innych zawodów. Te okoliczności mogłyby w danym przypadku mieć wystarczające znaczenie dla danej sprawy, aby ewentualnie wykluczyć możliwość kwalifikacji działalności notarialnej dokonanej w niniejszej opinii. W niniejszym przypadku nie ma jednak potrzeby dokonania takich zmian, z uwagi na to, że datą mającą znaczenie dla sprawy w celu przeprowadzenia oceny jest data wyznaczona przez Komisję pozwanemu państwu w celu naprawienia zarzuconych mu uchybień podniesionych w uzasadnionej opinii. Jak przypomniano powyżej, taka data została ustalona już w dniu 18 grudnia 2006 r.

54. Ponadto okoliczność, że uznano w niniejszej opinii, iż portugalski notariat związany jest z wykonywaniem działalności publicznej nie oznacza, że dyskusja dotycząca zakresu stosowania art. 43 i 45 akapit pierwszy WE do działalności notarialnej w Portugalii została rozstrzygnięta. Jak zatem podniosłem w mojej opinii przedstawionej w ww. sprawach C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 i C-61/08, stwierdzenie, że dany rodzaj działalności jest związany z wykonywaniem władzy publicznej, zakłada przeprowadzenie badania proporcjonalności w świetle art. 43 i 45 akapit pierwszy WE. Okoliczność więc, że w niniejszym przypadku Komisja ograniczyła się tylko do żądania dotyczącego dyrektywy 2005/36 wyklucza analizę sprawy na podstawie wskazanego kryterium.

55. Należy zatem oddalić skargę.

VI — W przedmiocie kosztów

56. Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Komisja przegrała sprawę, zgodnie z żądaniem Republiki Portugalskiej należy obciążyć Komisję kosztami postępowania.

57. Zgodnie z art. 69 § 4 akapit pierwszy regulaminu Republika Czeska, Republika Litewska, Republika Słowenii, Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej i Republika Słowacka, które przystąpiły do sprawy w charakterze interwenientów, ponoszą własne koszty.

VII — Wnioski

58. Z powyższych względów uważam, że Trybunał powinien:

1) Oddalić skargę.

2) Obciążyć Komisję Europejską kosztami postępowania.

3) Orzec, że Republika Czeska, Republika Litewska, Republika Słowenii, Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej i Republika Słowacka pokrywają własne koszty.