NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
PEDRO CRUZ VILLALÓN
prednesené 14. septembra 2010 [1]

1. Európska komisia na základe článku 226 ES vytýka Portugalskej republike porušenie smernice 2005/36/ES o uznávaní odborných kvalifikácií [2], pretože neprijala opatrenia nevyhnutné na jej uplatnenie na povolanie notára v tejto krajine.

2. Rovnako ako vo veciach C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 a C-61/08, ktorých predmetom je tiež povolanie notára, je aj v tejto veci potrebné najskôr určiť, či sa článok 45 ods. 1 ES, ktorý upravuje výnimku pre činnosti, ktoré súvisia s výkonom štátnej moci, vzťahuje na tento prípad. [3] Na rozdiel od citovaných vecí však Komisia v tomto prípade nevytkla existenciu ustanovenia o štátnej príslušnosti, keďže v Portugalsku v zásade podobné obmedzenie neexistuje. Dôvodom tejto žaloby je existencia systému prístupu k povolaniu notára v Portugalsku, ktorý je diametrálne odlišný od toho, čo požaduje právna úprava Spoločenstva, najmä smernica 2005/36 v oblasti odborných kvalifikácií.

1 — Jazyk prednesu: španielčina.

2 — Smernica Európskeho parlamentu a Rady zo 7. septembra 2005 o uznávaní odborných kvalifikácií (Text s významom pre EHP) (Ú. v. EÚ L 255, s. 22).

3 — Už na začiatku je vhodné uviesť, že hoci notár latinského typu, ktorý je predmetom tejto žaloby, je stále najzvyčajnejším príkladom v Európe, tento model existuje v Európskej únii spolu s niektorými variantmi, ktorých začlenenie do rámca pôsobnosti článku 45 ods. 1 ES je nepochybné. Môže to tak byť jednak preto, že notár je súčasťou verejnej správy, a jednak preto, že jeho konanie nemá účinky typické pre osvedčovanie, v zmysle, v akom sa tu tento pojem používa. Napokon situácia v rámci Európy sa v posledných rokoch stala ešte rozdielnejšou po odstránení ustanovenia o štátnej príslušnosti v niektorých členských štátoch, ktoré si zachovávajú latinský model notára (Taliansko, Španielsko).

I — Právny rámec

A — *Právna úprava Spoločenstva*

3. Smernica 89/48/EHS o všeobecnom systéme uznávania diplomov vyššieho vzdelania udelených pri ukončení odborného vzdelávania a prípravy v dĺžke trvania aspoň troch rokov [4] stanovovala lehotu na prevzatie, ktorá v zmysle jej článku 12 uplynula 4. januára 1991.

4. Článok 2 tejto smernice znel:

„1. Táto smernica sa bude vzťahovať na ktoréhokoľvek štátneho príslušníka členského štátu, ktorý si želá vykonávať regulované povolanie v hostiteľskom členskom štáte v samostatnom zárobkovom postavení alebo ako zamestnanec.

2. Táto smernica sa nebude vzťahovať na povolania, ktoré sú predmetom samostatnej smernice stanovujúcej opatrenia na vzájomné uznávanie diplomov členskými štátmi.“

5. Povolanie notára nebolo upravené žiadnym nástrojom uvedeným v odseku 2 vyššie uvedeného ustanovenia.

6. Smernica 89/48 bola zrušená a nahradená smernicou 2005/36. Nové znenie zachováva podstatný obsah smernice 89/48, ale odôvodnenie č. 41 obsahuje jednu novinku oproti predchádzajúcej smernici v tomto znení:

„Táto smernica sa nedotýka uplatňovania článku 39 ods. 4 a článku 45 zmluvy týkajúcich sa najmä notárov.“

B — *Vnútroštátna právna úprava*

7. V Portugalsku je povolanie notára upravené zákonnými dekrétmi ministra spravodlivosti č. 26/2004 a č. 27/2004 z 21. apríla 2004. Dekrétom č. 398/2004, tiež z 21. apríla 2004, vláda upravila spôsob udeľovania notárskeho úradu. Súbor citovaných ustanovení dokončil liberalizáciu povolania notára v Portugalsku, ktoré predtým vykonávali štátni úradníci, ktorí podliehali režimu verejného práva.

8. V článku 1 zákonného dekrétu č. 26/2004 sa ustanovuje, že „notár je právnik, ktorého listiny vyhotovené pri výkone jeho funkcií majú právnu silu verejnej listiny“.

4 — Smernica Rady z 21. decembra 1988 (Ú. v. ES L 19, s. 16; Mim. vyd. 05/001, s. 337).

9. Notár je zároveň verejným činiteľom, ktorý osvedčuje právne akty a koná v rámci slobodného povolania úplne nezávisle a nestranne. Citovaný článok 1 dopĺňa, že verejný a súkromný charakter notárskej funkcie sú neoddeliteľné.

10. Ako pripustilo Portugalsko vo svojom vyjadrení, osvedčovanie je hlavnou činnosťou notárskeho povolania. Má podobu overenia udeleného notárovi štátom, ktoré ho oprávňuje vyhotovovať verejné listiny. V zmysle článku 21 zákonného dekrétu č. 26/2004 je symbolom vyjadrujúcim úkon notára pečiatka alebo jej číselný ekvivalent, ktorej držiteľom je výlučne dotknutý notár. Notár koná na podnet účastníkov a zaručuje im zákonnosť, ako aj ich archiváciu a uchovávanie spísaných listín.

11. V zmysle článku 371 portugalského občianskeho zákonníka majú osvedčené listiny kvalifikovanú dôkaznú hodnotu, proti ktorej je možné namietať len pomocou mimoriadnych procesných prostriedkov (článok 372 Občianskeho zákonníka). Rovnako článok 46 občianskeho súdneho poriadku uvádza, že osvedčením nadobúdajú listiny vykonateľnosť.

12. Na základe článku 25 zákonného dekrétu č. 26/2004 podlieha prístup k notárskemu povolaniu splneniu štyroch podmienok: uchádzačovi nesmie byť zakázané vykonávať verejné funkcie; musí mať doklad o vysokoškolskom právnickom vzdelaní uznaný portugalskou právnou úpravou; vykonať prax a úspešne absolvovať výberové konanie vypísané Notárskou komorou.

13. Hoci je povolanie notára slobodným povolaním, prístup k nemu v zmysle článku 6 zákonného dekrétu č. 26/2004 podlieha podmienke *numerus clausus*. Okrem toho pôsobí notár v stanovenom územnom obvode, teda súdnom obvode, na základe licencie na výkon notárskej činnosti. Odmeny notárov sa vypočítavajú na základe sadzobníkov schválených ministerstvom spravodlivosti, v ktorých sa stanovujú najnižšie a najvyššie sadzby, pričom sa upraví možnosť slobodného stanovenia cien určitých notárskych služieb.

II — Konanie pred podaním žaloby a konanie pred Súdnym dvorom

14. Dňa 21. decembra 2001 poslala Komisia Portugalsku výzvu z dôvodu neprebratia smernice 89/48, pokiaľ ide o povolanie notára. Portugalsko odpovedalo listom zo 17. júna 2002, v ktorom uviedlo, že vláda pripravuje v tejto súvislosti legislatívnu reformu.

15. Dňa 18. októbra 2006 poslala Komisia Portugalsku svoje odôvodnené stanovisko, pričom žiadala, aby si splnilo svoje povinnosti

v lehote dvoch mesiacov. Na toto odôvodnené stanovisko odpovedalo Portugalsko 24. januára 2007, pričom uviedlo, že činnosť portugalských notárov priamo a účinne súvisí s výkonom štátnej moci, a preto sa na nich nevzťahuje ani sloboda usadiť sa, ani sekundárne právo, ktoré upravuje túto slobodu.

16. Na účely tohto konania o nesplnenie povinnosti je príslušným vnútroštátnym právnym rámcom právny stav platný k 18. decembru 2006, keď uplynula lehota, ktorú stanovila Komisia dotknutému štátu v odôvodnenom stanovisku.

17. Dňa 12. februára 2008 podala Komisia na Súdny dvor žalobu o nesplnenie povinnosti na základe článku 226 ES, po ktorej medzi žalobkyňou a žalovaným členským štátom nasledovala výmena vyjadrenia, repliky a dupliky. Okrem toho do konania ako vedľajší účastník na podporu Komisie vstúpilo Spojené kráľovstvo, zatiaľ čo vedľajšími účastníkmi na podporu Portugalska sa stali Česká republika, Litva, Slovinsko a Slovensko.

III — Návrhy účastníkov konania

18. Komisia navrhuje, aby Súdny dvor:

— rozhodol, že Portugalská republika si tým, že neprevzala smernicu 2005/36, najmä pokiaľ ide o prístup k povolaniu notára, nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú z tejto smernice,

— zaviazal Portugalskú republiku na náhradu trov konania.

19. Portugalská republika zas navrhuje, aby Súdny dvor zamietol žalobu ako nedôvodnú a zaviazal Komisiu na náhradu trov konania.

IV — Prípustnosť žaloby

20. Slovinská vláda ako vedľajší účastník konania vzniesla námietku neprípustnosti z dôvodu ustanovení, na ktoré sa odvolala Komisia. Podľa jej názoru Komisia vytýkala porušenie smernice 89/48 počas konania pred podaním tejto žaloby o nesplnenie povinnosti, zatiaľ čo teraz, v konaní pred Súdnym dvorom, mu vytýka porušenie smernice 2005/36, ktorá je normatívnym textom nahrádzajúcim predchádzajúci text.

21. Tejto námietke nie je možné vyhovieť.

22. Podľa ustálenej judikatúry riadny priebeh konania pred podaním žaloby je zásadnou zárukou požadovanou Zmluvou nielen na ochranu práv dotknutého členského štátu, ale tiež na to, aby sa zabezpečilo, že prípadné súdne konanie bude mať jasne stanovený predmet konania. Až po riadnom konaní pred podaním žaloby môže Súdny dvor v rámci súdneho konania rozhodnúť, či si členský štát skutočne nesplnil konkrétne povinnosti, ktorých porušenie mu Komisia vytýka. [5]

24. Ako teda uviedla Komisia, z porovnania uvedených ustanovení vyplýva, že smernica 2005/36 len posilnila a nahradila ustanovenia smernice 89/48. Preto sa väčšina povinností, ktoré zaväzovali členské štáty na základe smernice 89/48, uplatňuje aj naďalej na základe smernice 2005/36.

25. Z toho vyplýva, že je potrebné zamietnuť námietku neprípustnosti, keďže odkazuje na povinnosti vyplývajúce zo smernice 2005/36, ktoré už predtým vyplývali zo zmenenej smernice.

V — O dôvode nesplnenia povinnosti

23. Ako teda zdôraznil Súdny dvor, aj keď návrhy obsiahnuté v žalobe v zásade nemôžu byť rozšírené nad rámec nesplnenia povinností uvádzaných vo výroku odôvodneného stanoviska a vo výzve, pokiaľ dôjde počas konania pred podaním žaloby k zmene práva Spoločenstva, potom platí, že „Komisia je oprávnená domáhať sa určenia nesplnenia povinností majúcich svoj pôvod v pôvodnej verzii aktu Spoločenstva, následne zmeneného alebo zrušeného, ktoré nové ustanovenia aktu Spoločenstva zachovali“. [6]

26. V tomto konaní o nesplnenie povinnosti Komisia Portugalskej republike vytýka, že neprevzala smernicu 2005/36, pokiaľ ide o povolanie notára. Portugalsko na druhej strane tvrdí, že na toto povolanie sa vzťahuje článok 45 ods. 1 ES, takže citovaná smernica sa na činnosť notárov neuplatňuje.

27. Nezdá sa mi vhodné znovu uvádzať v celom rozsahu argumenty, ktoré už boli podrobne uvedené v návrhoch, ktoré som predniesol dnes vo veciach C-47/08, C-50/08, C-51/08,

5 — Uznesenie z 11. júla 1995, Komisia/Španielsko, C-266/94, Zb. s. I-1975, body 17 a 18.

6 — Pozri okrem iných rozsudky z 9. novembra 1999, Komisia/Taliansko, C-365/97, Zb. s. I-7773, bod 36, a z 5. júna 2003, Komisia/Taliansko, C-145/01, Zb. s. I-5581, bod 17.

C-53/08, C-54/08 a C-61/08. Obmedzím sa preto na prednesenie hlavných argumentov, ktoré tam boli uvedené a potom pristúpim k ich uplatneniu na portugalský prípad.

A — *O činnostiach, ktoré súvisia s výkonom štátnej moci v zmysle článku 43 ES a článku 45 ods. 1 ES*

28. Keďže Portugalsko odkazuje na článok 45 ods. 1 ES na účely odôvodnenia neprevzatia smernice 2005/36, je potrebné najskôr preskúmať obsah tohto ustanovenia.

29. Článok 43 ES a článok 45 ods. 1 ES totiž tvoria normatívnu jednotku zloženú z pravidla (sloboda usadiť sa) a z výnimky (činnosti spojené s výkonom štátnej moci), ktorá si takýmto spôsobom vymedzuje svoj rámec pôsobnosti. Výsledkom spojenia týchto dvoch pravidiel je predpis rozhodujúci pre riešenie tejto veci. Nejde teda o pravidlo (článok 43 ES), z ktorého uplatňovania existuje *výnimka* (článok 45 ods. 1 ES), ale o iné pravidlo: pravidlo určujúce pôsobnosť slobody usadiť sa na účely výkonu činností, ktoré *ne*súvisia s výkonom štátnej moci. Takáto je pôsobnosť konkrétnej slobody zaručenej Zmluvou a v tomto zmysle je potrebné chápať stanovisko Komisie, že bol porušený článok 43 a článok 45 ods. 1 ES.

30. Pokiaľ sa pri výklade dospeje k záveru, že činnosť fakticky súvisí s výkonom štátnej moci, je potrebné pristúpiť k preskúmaniu proporcionality. V súvislosti s citovanými ustanoveniami sa prípadné preskúmanie proporcionality uplatňuje tak, že sa vykoná podobné preskúmanie, aké uplatnil Súdny dvor vo svojej judikatúre,[7] pričom sa preskúma jednak dopad prijatého opatrenia a jednak miera, do akej dotknutá činnosť súvisí s výkonom štátnej moci. Čím priamejšia a bezprostrednejšia je jej účasť na výkone štátnej moci, tým väčší bude súbor opatrení spadajúcich pod článok 45 ods. 1 ES. Čím nepriamejšia je táto účasť, tým menej bude opatrení, ktoré je možné na jej základe odôvodniť, a to tak z hľadiska ich množstva, ako aj intenzity.

31. Hlavné ťažkosti výkladu, ktoré spôsobuje článok 43 a článok 45 ods. 1 ES, však spočívajú, ako možno predpokladať, v presnej definícii „štátnej moci“.

7 — Pozri nedávne rozsudky z 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes a Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Zb. s. I-7995, bod 61 a nasl., a z 3. októbra 2006, Fidium Finanz, C-452/04, Zb. s. I-9521, bod 46. O tejto zásade a jej úlohe pri určovaní rámca základných slobôd pozri TRIDIMAS, T.: *The General Principles of EU Law*. 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 193 a nasl.; GALETTA, D. U.: *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo.* Giuffrè Editore, Milano, 1998, s. 103 a nasl.

32. Ako už bolo uvedené v návrhoch predne-sených vo veciach C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 a C-61/08, z judikatúry vyplýva málo kritérií, ktoré sa dajú uplatniť pri preskúmavaní povahy alebo kvality „štátnej moci“ uvedenej v predmetnom ustanovení. [8]

33. Definícia toho, čo predstavuje štátnu moc v zmysle článku 45 ods. 1 ES, [9] musí nevyhnutne vychádzať z *predchádzajúceho pochopenia* myšlienky štátnej moci ako všeobecnej kategórie teórie štátu, do ktorej nevyhnutne patrí z pojmového hľadiska Európska únia, keďže ide o spoločenstvo štátov. [10]

34. V tomto zmysle je „štátna moc“ predovšetkým „mocou“, čiže spôsobilosťou prikazovať určité správanie v súlade s vôľou, ktorej nie je možné odporovať. Podľa nepochybne prijatého chápania významu slova a v jeho najširšom zmysle táto spôsobilosť prináleží štátu alebo inštitúcii, v ktorej sa zosobňuje právny poriadok ako nástroj správy a výkonu legitímnej moci. [11] Preto je štátna moc zvrchovanou mocou, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

35. To znamená, že v štáte neexistuje iná legitímna moc než tá, ktorú vykonáva štátna moc. Platí to tak v prípade, keď sa takáto moc vykonáva v prospech existencie štátu a dosahovania jeho cieľov (všeobecný záujem), alebo v prospech legitímnych očakávaní určitých jednotlivcov vo vzťahu k iným jednotlivcom (súkromný záujem). V tomto poslednom prípade sa vždy musia dodržiavať vopred stanovené podmienky. [12]

8 — Pozri okrem iných rozsudky z 21. júna 1974, Reyners, 2/74, Zb. s. 631; z 5. decembra 1989, Komisia/Taliansko, C-3/88, Zb. s. 4035; z 29. októbra 1998, Komisia/Španielsko, C-114/97, Zb. s. I-6717; z 9. marca 2000, Komisia/Belgicko, C-355/98, Zb. s. I-1221; z 31. mája 2001, Komisia/Taliansko, C-283/99, Zb. s. I-4363; z 13. decembra 2007, Komisia/Taliansko, C-465/05, Zb. s. I-11091, a z 22. októbra 2009, Komisia/Portugalsko, C-438/08, Zb. s. I-10219.

9 — Rôzne jazykové verzie tohto článku navyše používajú bez rozdielu dva rôzne pojmy, ktoré sa teoreticky môžu líšiť, a to konkrétne pojmy „verejná autorita“ a „verejná moc“. O„autorite“ sa hovorí napríklad vo francúzskej verzii („l'exercice de l'autorité publique“), anglickej („the exercise of official authority“), portugalskej („exercício da autoridade pública“), rumunskej („exercitării autorităţii publice“) a maltskej („l-eżerċizzju taʼ l-awtorità publika“), zatiaľ čo výraz „verejná moc“ uprednostňuje španielska verzia („ejercicio del poder público“), nemecká („Ausübung öffentlicher Gewalt“), talianska („esercizio dei pubblici poteri“) a švédska („utövandet av offentlig makt“).

10 — Hoci posledné slovo pri definovaní tohto pojmu je potrebné vyhradiť právu Únie, Súdny dvor ako najvyššia autorita výkladu práva Únie musí pri vymedzení uvedenej definície vychádzať z rôznych vnútroštátnych definícií dotknutej kategórie. Pozri okrem iného SCHLAG, M.: In: SCHWARZE, J., Hrs.: *Art. 45, EU-Kommentar.* 2. Aufl., Nomos, Baden, 2009.

11 — V rámci rozsiahlej bibliografie pozri PASSERIN D'ENTREVES, A.: *La dottrina dello Stato*. Giappichelli, Torino, 1962.

12 — Z tejto úvahy je samozrejme vylúčená moc monopolizovaná iným štátom, ktorá existuje popri prvej moci, pričom rešpektujú vzájomné oblasti zvrchovanosti vymedzené medzinárodným právom.

36. Prvým kritériom na stanovenie hranice medzi štátnou mocou a jednotlivcami je nepochybne účel, ktorému slúži moc monopolizovaná a vykonávaná štátom.

37. V tomto zmysle je tradične používaným kritériom na identifikovanie štátnej moci spôsobilosť tejto moci jednostranne presadzovať svoju vôľu, teda bez toho, aby bol potrebný súhlas povinného subjektu. Naopak, jednotlivec si môže vynútiť svoju vôľu u iného jednotlivca len so súhlasom tohto druhého jednotlivca.

38. Pokračujúc v tejto úvahe je potrebné pristaviť sa pri charakteristike moderného štátu ako oveľa sofistikovanejšej forme organizácie moci, než aké boli známe predtým. Predtým známe formy sa obmedzovali na fyzické donútenie prostredníctvom výrazne zjednodušených postupov vymedzenia podmienok jej výkonu. Z toho vyplýva, že na to, aby sa dal opísať fenomén štátnej moci vo svojej celistvosti, je dnes prakticky nevyhnutné použiť pojem štátnej moci založený na logike právneho poriadku, v ktorom táto moc pôsobí.

39. Týmto spôsobom predstavuje právny poriadok proces plánovania výkonu legitímnej moci, ktorého výsledkom môže byť v konkrétnom prípade prípadné uplatňovanie sily. V tejto súvislosti nie je dôvod nepripustiť, že akty, ktoré právny poriadok napokon prijme (tam, kde postup výkonu legitímnej moci dospeje k prijatiu aktu, ktorým sa ukončí tento postup a tým nadobudne konečnú platnosť), sa javia ako najúplnejší prejav právneho poriadku. [13]

40. Na základe toho je teda rozhodujúcim kritériom na kvalifikovanie aktu ako odvodeného od výkonu štátnej moci povaha jeho vzťahu s právnym poriadkom štátu. V konkrétnom prípade by sa mala charakteristika činnosti považovať za prejav určitej formy účasti na výkone štátnej moci na základe kritéria začlenenia do tohto právneho poriadku (a teda stupňa *príslušnosti* k tomuto poriadku). Preto vhodným kritériom nie je kritérium samotného súladu aktu s dotknutým právnym poriadkom, ale kritérium jeho začlenenia ako aktu v rámci právneho poriadku. [14]

13 — K chápaniu právneho poriadku ako postupnému uplatňovaniu práva, ktoré možno sledovať až k prvému pozitívnemu ustanoveniu, ktoré predstavuje výraz zvrchovanej moci pozri napríklad KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*. 2. ed., Deuticke, Wien, 1960.

14 — Z toho vyplýva, že analýza týkajúca sa otázky, či určitá činnosť súvisí s výkonom štátnej moci, nevyžaduje zaradenie do jednej z troch mocí a/alebo funkcií štátu, čiže legislatívnej, výkonnej alebo súdnej moci, a najmä poslednej uvedenej, ako je možné vyvodiť z argumentov uvedených v tomto konaní.

41. V tomto zmysle sa môžu súdy považovať za najcharakteristickejší výraz štátnej moci. Súdnymi rozhodnutiami sa totiž konečným spôsobom určuje právo a v tomto zmysle splývajú s právnym poriadkom. [15] Z tých istých dôvodov však môžeme tiež povedať, že štátnou mocou je taká moc, ktorej akty môžu splniť túto podmienku aj bez potreby „iurisdictio". Na začiatok, zákon je vykonateľný ako taký, rovnako ako aj administratívne ustanovenia alebo rozhodnutia orgánov verejnej moci. Ide síce o akty alebo ustanovenia, ktoré podliehajú súdnemu preskúmaniu, v žiadnom prípade však nepotrebujú „*autorizáciu*" na svoju bezprostrednú účinnosť.

42. Na základe toho je jasné, že žiadny jednotlivec nemôže prijímať právne akty spôsobilé ukladať tretej osobe povinnosti bez toho, aby zasiahla štátna moc. Keďže je použitie sily jednotlivcami vylúčené, výkon práva jednotlivcom si vždy vyžaduje súhlas verejnej moci. V takých prípadoch sa štátna moc neobmedzuje na vykonávanie *revízie* aktu, ktorý môže sám osebe vyvolať záväzné účinky voči tretej osobe, ako je to v prípade aktov štátnej správy, vlády alebo zákonodarnej moci. Naopak v týchto prípadoch zasahuje štátna moc vždy ako autorita *ustanovujúca* povinnosť, ktorú chce jednotlivec uplatniť voči tretej osobe. Pôjde teda o povinnosti, ktoré môžu vzniknúť na základe zhody vôle (zmluva/dispozičná zásada), pričom však potreba splnenia týchto povinností nie je v dosahu jednotlivca, ale vyžaduje si zásah verejnej moci.

43. V dôsledku toho a vzhľadom na všetky vyššie uvedené úvahy je vhodné s určitou mierou zovšeobecnenia vyžadovanou v takýchto veciach uviesť, že medzi vlastnosti, ktoré charakterizujú štátnu moc v rôznych vnútroštátnych tradíciách, patrí vlastnosť, ktorá sa prejavuje ako spôsobilosť pripísať určitému aktu, ustanoveniu alebo správaniu, prejav vôle štátu formalizovaný prostredníctvom právneho poriadku. Ide totiž o minimálny spoločný menovateľ, v ktorom sa spájajú všetky uvedené tradície, ktoré v pripísaní konkrétnej vôle všeobecnej vôli štátu vidia rozhodujúce kritérium na oddelenie medzi verejnou oblasťou a súkromnou oblasťou.

44. Predchádzajúce úvahy by mali umožniť s väčšou istotou zaujať stanovisko k ústrednej otázke týkajúcej sa notárskeho povolania.

45. Vzhľadom na tieto okolnosti je potrebné uznať, že portugalskí notári prostredníctvom

15 — MERKL, A.: *Die Lehre von der Rechtskraft*. Deuticke, Leipzig, 1923.

osvedčovania priamo a osobitne vykonávajú činnosť verejného charakteru v tom zmysle, že prostredníctvom tohto úkonu jednotlivcov predbežným spôsobom dávajú súhlas na výkon ich subjektívneho práva, ktoré by sa inak muselo uplatňovať z prípadu na prípad. Úkon notára vylučuje potrebu žiadať o úkon iný orgán štátnej moci, keď existuje vôľa uplatniť skutočnosť, ktorú notár osvedčil a tým priznal osvedčenému aktu kvalifikovanú verejnú právnu silu, ktorú je možné spochybniť len pred súdom (ako napokon akýkoľvek iný akt štátnej moci). Samozrejme základná vlastnosť štátnej moci nespočíva v imunite pred súdnym preskúmavaním, čo je v právnom štáte nemožné, ale v právnom predpoklade legitimity aktov štátnej moci a určitej úrovne požiadaviek kladených na podmienky, ktorých splnenie sa požaduje na účely preskúmania týchto aktov.

46. Je zrejmé, že notár nevykonáva donucovaciu právomoc, ani jednostranne neukladá žiadnu povinnosť. Ako však bolo uvedené, toto nie je jediným kritériom, podľa ktorého sa určuje charakter štátnej moci. Osvedčenie prepožičiava aktom súkromných subjektov verejnoprávnu silu v tom zmysle, že im priznáva predbežnú právnu silu, ktorej by sa bez úkonu notára dotknuté subjekty museli nevyhnutne dovolávať u iného orgánu štátnej moci, aby mohli byť tieto akty vykonané v súlade s právom. Možno teda povedať, že ide o verejnú moc, ktorá pôsobí v oblasti bližšej súkromným subjektom, konkrétne v oblasti autonómie vôle. Verejný rozmer činnosti notára je však nespochybniteľný, pokiaľ sa prihliadne na jeho spôsobilosť zmeniť čisto súkromný akt na verejný, a tak mu poskytnúť silu, ktorú majú akty štátnej moci.

47. To nebráni skutočnosti, že vzhľadom na prípadnú menšiu intenzitu účasti na výkone štátnej moci v úzkom zmysle (v zmysle oprávnení zvrchovanej moci), môže výkon notárskej činnosti podliehať menej prísnym podmienkam, než sú podmienky, ktoré platia v prípade orgánov, ktoré sa viac zúčastňujú výkonu tejto zvrchovanosti.

48. V dôsledku toho sa domnievam, že v rozsahu, v akom osvedčovanie zodpovedá tejto funkcii, ide o činnosť, ktorá priamo a osobitne súvisí s výkonom štátnej moci, pričom dáva týmto aktom, ustanoveniam a správaniu taký charakter, bez ktorého by inak nemali vyššiu právnu hodnotu než prejav súkromnej vôle.

49. Keďže je osvedčovanie ťažiskom pôsobnosti neoddeliteľným od funkcie notára v Portugalskej republike, musí sa povolanie notára vo všeobecnosti a vo svojej celistvosti považovať za priamo a osobitne súvisiace s výkonom štátnej moci. [16]

B — *Uplatniteľnosť smernice 2005/36 na povolanie notára*

50. V odôvodnení č. 41 smernice 2005/36 sa uvádza, že „táto smernica sa nedotýka uplatňovania článku 39 ods. 4 a článku 45 ods. 1 zmluvy týkajúcich sa najmä notárov". Zdá sa, že napriek všetkej nejednoznačnosti tohto vyhlásenia normotvorca implicitne naznačuje, že odpoveď na otázku, či notárska činnosť patrí do článku 45 ods. 1 ES, rozhodne *o* odpovedi na otázku uplatňovania smernice na toto povolanie.

51. Vo svojej žalobe Komisia správne uvádza, že odôvodnenie č. 41 smernice 2005/36 nemôže platiť ako kritérium výkladu článku 45 ods. 1 ES. Tvrdenie v tomto bode smernice totiž nie je rozhodujúce na účely kvalifikovania notárskej činnosti ako štátnej moci. Komisia však pripúšťa, že pokiaľ činnosť súvisí s výkonom štátnej moci, toto odôvodnenie potvrdzuje, že je potrebné uplatniť článok 43 a článok 45 ods. 1 ES. Preto zo žaloby Komisie vyplýva, že v prípade, ak taká činnosť, akou je notárska činnosť, ktorá sa neposudzuje všeobecne, ale z hľadiska okolností konkrétneho prípadu, súvisí s výkonom štátnej moci, ustanovenia smernice 2005/36 sa neuplatnia.

52. Na základe dôvodov uvedených vyššie v bodoch 45 až 48 týchto návrhov sa domnievam, že činnosť portugalských notárov tak, ako bola upravená k 18. decembru 2006, súvisí priamo a osobitne s výkonom štátnej moci. V dôsledku toho súhlasím s názorom Komisie, že je potrebné dospieť k záveru, že smernica 2005/36 sa na činnosť portugalských notárov k tomuto dátumu nevzťahovala.

53. Portugalská republika v priebehu pojednávania tvrdila najmä to, že povolanie notárov bolo predmetom mnohých reforiem na účely zavedenia väčšej konkurencie v tejto oblasti. V tomto ohľade splnomocnený zástupca Portugalskej republiky oznámil Súdnemu dvoru, že portugalský zákonodarca odstránil povinnosť účasti notára pri veľmi veľkej časti právnych úkonov, ktoré si predtým vyžadovali jeho úkon, a ktoré sa dnes môžu vyhotoviť

16 — Pozri rozsudok Reyners, už citovaný.

aj u iných odborníkov. Tieto okolnosti by prípadne mohli byť dostatočne významné na to, aby sa dala odmietnuť kvalifikácia činnosti notára vyplývajúca z týchto návrhov. V tomto konaní však nie je potrebné preskúmať tieto zmeny, keďže relevantným dátumom na účely konania je dátum, ktorý uviedla Komisia ako deň, dokedy mal žalovaný štát prestať porušovať povinnosti uvedené v odôvodnenom stanovisku. Ako už bolo podčiarknuté, týmto dňom je 18. december 2006.

54. Okrem toho skutočnosť, že v týchto návrhoch sa uvádza, že činnosť portugalského notára súvisí s výkonom štátnej moci, neznamená, že sa tým vyriešila otázka uplatniteľnosti článku 43 a článku 45 ods. 1 ES na činnosť notárov v Portugalsku. Ako som uviedol vo svojich návrhoch prednesených vo vyššie citovaných veciach C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 a C-61/08, konštatovanie skutočnosti, že nejaká činnosť súvisí s výkonom štátnej moci znamená, si vyžaduje preskúmanie proporcionality vo vzťahu k článku 43 a článku 45 ods. 1 ES. Skutočnosť, že Komisia v tomto konaní uviedla výlučne žalobný dôvod týkajúci sa smernice 2005/36, však vylučuje analýzu veci na základe uvedeného kritéria.

55. V dôsledku toho sa musí žaloba zamietnuť.

VI — O trovách konania

56. Podľa článku 69 ods. 2 rokovacieho poriadku účastník konania, ktorý vo veci nemal úspech, je povinný nahradiť trovy konania, ak to bolo v tomto zmysle navrhnuté. Keďže Komisia nemala úspech vo svojich návrhoch a Portugalská republika navrhla zaviazať Komisiu na náhradu trov konania, je opodstatnené zaviazať ju na náhradu trov konania.

57. S poukazom na článok 69 ods. 4 prvú vetu rokovacieho poriadku Česká republika, Litovská republika, Slovinská republika, Spojené kráľovstvo Veľkej Británie a Severného Írska a Slovenská republika, ktoré vstúpili do týchto konaní ako vedľajší účastníci, znášajú svoje vlastné trovy konania.

VII — Návrh

58. Vzhľadom na vyššie uvedené úvahy navrhujem, aby Súdny dvor:

1. Zamietol žalobu.

2. Zaviazal Európsku komisiu na náhradu trov konania.

3. Zaviazal Českú republiku, Litovskú republiku, Slovinskú republiku, Spojené kráľovstvo Veľkej Británie a Severného Írska a Slovenskú republiku, aby znášali svoje vlastné trovy konania.