EUROOPA KOHTU OTSUS (suurkoda)

24. mai 2011 *

Kohtuasjas C-53/08,

mille ese on EÜ artikli 226 alusel 12. veebruaril 2008 esitatud liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi,

Euroopa Komisjon, esindajad: G. Braun ja H. Støvlbæk, kohtudokumentide kättetoimetamise aadress Luxembourgis,

hageja,

keda toetab:

Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriik, esindaja: S. Behzadi-Spencer,

menetlusse astuja,

* Kohtumenetluse keel: saksa.

versus

Austria Vabariik, esindajad: E. Riedl, M. Aufner ja G. Holley,

kostja,

keda toetavad:

Tšehhi Vabariik, esindaja: M. Smolek,

Saksamaa Liitvabariik, esindajad: M. Lumma ja J. Kemper,

Prantsuse Vabariik, esindajad: G. de Bergues ja B. Messmer,

Läti Vabariik, esindajad: L. Ostrovska, K. Drēviņa ja J. Barbale,

Leedu Vabariik, esindajad: D. Kriaučiūnas ja E. Matulionytė,

Ungari Vabariik, esindajad: R. Somssich, K. Veres ja M. Fehér,

Poola Vabariik, esindajad: M. Dowgielewicz, C. Herma ja D. Lutostańska,

Sloveenia Vabariik, esindajad: V. Klemenc ja Ž. Cilenšek Bončina,

Slovaki Vabariik, esindaja: J. Čorba,

menetlusse astujad,

EUROOPA KOHUS (suurkoda),

koosseisus: president V. Skouris, kodade esimehed A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev (ettekandja) ja J.-J. Kasel, kohtunikud R. Silva de Lapuerta, E. Juhász, G. Arestis, M. Ilešič, C. Toader ja M. Safjan,

kohtujurist: P. Cruz Villalón,
kohtusekretär: M.-A. Gaudissart,

arvestades kirjalikus menetluses ja 27. aprilli 2010. aasta kohtuistungil esitatut,

olles 14. septembri 2010. aasta kohtuistungil ära kuulanud kohtujuristi ettepaneku,

on teinud järgmise

otsuse

1 Euroopa Ühenduste Komisjon palub oma hagiavalduses Euroopa Kohtul tuvastada, et kuna Austria Vabariik kehtestas notariametis tegutsemiseks kodakondsustingimuse ja ei ole selle kutseala suhtes üle võtnud nõukogu 21. detsembri 1988. aasta direktiivi 89/48/EMÜ vähemalt kolmeaastase kutseõppe läbimisel antavate kõrgharidusdiplomite tunnustamise üldsüsteemi kohta (EÜT 1989, L 19, lk 16; ELT eriväljaanne 05/01, lk 337), mida on muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 14. mai 2001. aasta direktiiviga 2001/19/EÜ (EÜT L 206, lk 1; ELT eriväljaanne 05/04, lk 138; edaspidi „direktiiv 89/48"), ja/või Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. septembri 2005. aasta direktiivi 2005/36/EÜ kutsekvalifikatsioonide tunnustamise kohta (ELT L 255, lk 22), siis on Austria Vabariik rikkunud nendest direktiividest ning EÜ artiklitest 43 ja 45 tulenevaid kohustusi.

Õiguslik raamistik

Liidu õigus

2 Direktiivi 89/48 põhjendus 12 nägi ette, et „kõrgharidusdiplomite tunnustamise üldsüsteem ei piira mitte mingil määral [EÜ artikli 45] kohaldamist".

3 Direktiivi 89/48 artikkel 2 oli sõnastatud järgmiselt:

„Käesolevat direktiivi kohaldatakse kõigi liikmesriikide kodanike suhtes, kes soovivad vastuvõtvas liikmesriigis tegutseda reguleeritud kutsealal füüsilisest isikust ettevõtjana või töötajana.

Käesolevat direktiivi ei kohaldata kutsealade suhtes, mille puhul kohaldatakse eraldi direktiivi, millega on ette nähtud diplomite vastastikuse tunnustamise kord liikmesriikides."

4 Notari kutseala ei ole reguleeritud ühegi osundatud artikli 2 teises lõigus nimetatud liiki õigusaktiga.

5 Direktiiv 89/48 nägi ette selle ülevõtmiseks tähtaja, mis möödus direktiivi artikli 12 kohaselt 4. jaanuaril 1991.

6 Direktiiv 2005/36 tunnistas artiklis 62 direktiivi 89/48 alates 20. oktoobrist 2007 kehtetuks.

7 Direktiivi 2005/36 põhjendus 9 on sõnastatud järgmiselt:

„Säilitades asutamisvabadust silmas pidades erinevate kehtivate tunnustamissüsteemide aluseks olevad põhimõtted ja kaitsemeetmed, tuleks nende süsteemide eeskirju saadud kogemusi arvestades täiustada. Pealegi on vastavaid direktiive mitmel korral muudetud ning nende sätted tuleks kohaldatavaid põhimõtteid standardiseerides ümber struktureerida ja ratsionaliseerida. Seetõttu on vaja asendada [direktiiv 89/48].”

8 Selle direktiivi põhjendus 14 sätestab:

„[Direktiiviga 89/48] kehtestatud tunnustamismehhanismi ei muudeta. […]”

9 Direktiivi 2005/36 põhjendus 41 näeb ette, et direktiiv „ei piira [EÜ] artikli 39 lõike 4 rakendamist ja [EÜ] artikli 45 rakendamist eelkõige notarite suhtes”.

Siseriiklik õigus

Notariameti üldine korraldus

10 Austria õiguskorras tegutsevad notarid vaba elukutse esindajatena. Notariameti korraldust reguleerib 25. juuli 1871. aasta Notariatsordnung (notariaadiseadustik; *RGBl.* 75/1871) väljaandes *BGBl. I*, 164/2005 avaldatud redaktsioonis (edaspidi „NO").

11 NO § 1 lõige 1 näeb ette, et „riik nimetab notarid avalik-õigusliku ameti kandjatena, selleks et nad koostaksid ja väljastaksid […] ametlikke dokumente, mis puudutavad õiguslikku tähendust omavaid avaldusi, tehinguid ja asjaolusid, [ning] säilitaksid neile osaliste poolt usaldatud dokumente".

12 NO § 8 kohaselt on notarid pädevad kogu Austria Vabariigi territooriumil.

13 NO §-st 9 tuleneb, et notarite arv, notaribüroode jaotus ja notari ametipidamise koht määratakse kindlaks justiitsministri määrusega.

14 Notarite tasu määratakse kindlaks vastavalt 8. novembri 1973. aasta Bundesgesetz über den Notariatstarif'ile (Notariatstarifgesetz) (föderaalseadus notari tasu määrade kohta; *BGBl.* 576/1973), mida on hiljem muudetud, ning vastavalt 3. märtsi 1971. aasta

Bundesgesetz über die Gebühren der Notare als Beauftragte des Gerichtes'ile (Gerichtskommissionstarifgesetz) (föderaalseadus notarite tasu kohta kohtu ülesannete täitmisel; *BGBl.* 108/1971), mida on hiljem muudetud.

15 NO § 6 lõike 1 punkti a kohaselt võib notariametisse asuda üksnes Austria kodanik.

Notari ametitegevus

16 Notarile usaldatud ülesandeid Austria õiguskorras võib jagada kolme kategooriasse.

17 Esiteks on notar NO § 1 lõike 1 kohaselt pädev tõestama dokumente või kokkuleppeid. Notari sekkumine võib olla kohustuslik või vabatahtlik sõltuvalt dokumendist, mida ta peab tõestama. Selle sekkumisega tuvastab notar, et täidetud on kõik asjaomase dokumendi koostamiseks seaduses ette nähtud tingimused, samuti et asjaomastel pooltel on õigus- ja teovõime.

18 Notariaalaktil on tõendusjõud vastavalt 1. augusti 1895. aasta Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten'i (Zivilprozessordnung) (seadus tsiviilõiguslikke vaidlusi puudutava kohtumenetluse kohta (tsiviilkohtumenetluse seadustik); *RGBl.* 113/1895), mida on hiljem muudetud (edaspidi „ZPO"), § 292 lõikele 1, mis asub selle seadustiku II osa 1. jao 3. peatükis „Dokumentaalsed tõendid". See säte näeb ette, et ametlikel dokumentidel, st nimelt niisugustel, mille on ettenähtud vormis koostanud avaliku võimu volitustega isik tema pädevuse piires, on

täielik tõendusjõud selle isiku poolt kinnitatu osas. Tõend selle kohta, et kinnitatud sündmus või asjaolu või tõestamine on ebaõige, on nimetatud sätte lõike 2 kohaselt lubatav.

19 ZPO § 272 sätestab kohtu poolt tõendite vaba hindamise põhimõtte.

20 NO § 3 kohaselt on notariaalakt täitmisele pööratav, kui täidetud on teatavad tingimused, milleks on muu hulgas võlgniku antud nõusolek alluda sundtäitmisele, ilma et eelnevalt oleks vaja läbi viia menetlus.

21 27. mai 1896. aasta Gesetz über das Exekutions- und Sicherungsverfahren'i (Exekutionsordnung) (seadus täite- ja tagamismenetluse kohta; *RGBl.* 79/1896), mida on hiljem muudetud, § 1 kohaselt on NO §-s 3 nimetatud notariaalaktid selle seaduse tähenduses täitedokumendid.

22 Muudetud redaktsioonis Exekutionsordnungi sätetest tuleneb, et notaril ei ole sundtäitmisel ülesandeid.

23 Teiseks on notar NO § 5 kohaselt pädev koostama omakäeliselt allkirjastatud dokumente ning esindama pooli teatavates, selles sättes ammendavalt loetletud menetlustes.

24 Kolmandaks on notari kui *Gerichtskommissär*'i pädevuses teatavates vaidlusi mittepuudutavates menetlustes 11. novembri 1970. aasta Bundesgesetz über die Tätigkeit der Notare als Beauftragte des Gerichtes im Verfahren außer Streitsachen'i (Gerichtskommissärsgesetz) (föderaalseadus notarite tegevuse kohta kohtu ülesannete

täitmisel vaidlusi mittepuudutavas menetluses; *BGBl.* 343/1970) väljaandes *BGBl.* I, 112/2003 avaldatud redaktsiooni (edaspidi „GKG") § 1 lõikes 1 loetletud tegevused.

25 Need tegevused hõlmavad teatavaid ülesandeid pärimisõiguses pärimise korraldamisel nagu muu hulgas surma tuvastamine, pärandvara nimekirja koostamine, pärijate isikute kindlakstegemine ning nende pärandi vastuvõtmise avalduste vastuvõtmine, pärandvara säilitamine ning selleks hoiumeetmete rakendamine.

26 Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz) (föderaalseadus vaidlusi mittepuudutava kohtumenetluse kohta; *BGBl.* I, 111/2003), mida on hiljem muudetud (edaspidi „AußStrG"), näeb selle kohta ette üksikasjalikud eeskirjad. Selle seaduse § 144 lõikest 3 tuleneb, et notar peab viivitamatult edastama toimiku kohtule, kui viimane seda nõuab või kui on vaja teha kohtuotsus.

27 Peale selle tuleneb AußStrG §-dest 160 ja 161, et kui pärandi vastuvõtmise avaldused on omavahel vastuolus ning kui selles suhtes ei saavutata kokkulepet, siis peab notar edastama asja kohtule, kes pärast poolte väidete ja tõendite kontrollimist määrab kindlaks pärijate õigused.

28 AußStrG § 166 lõike 2 kohaselt lahendab konkreetse asja pärandvara koosseisu kuulumist puudutavad vaidlused kohus.

29 AußStrG §-d 177 ja 178 näevad ette, et kohus annab pärandi pärijatele määrusega üle.

30 Notarile GKG alusel antud muud ülesanded, mis ei puuduta pärimisõiguse valdkonda, on muu hulgas vallas- ja kinnisvara hindamine ning müük, vara nimekirja koostamine ning samuti vara jagamine kokkuleppel.

31 GKG § 1 lõike 2 kohaselt ei kuulu notari pädevusse eelkõige kohtuotsuste tegemine, kohtuliku kompromissi kohta protokolli koostamine ning sunnimeetmete kohaldamise õigus AußStrG § 79 tähenduses.

32 GKG § 7 kohaselt peab notar tegema käesoleva kohtuotsuse punktides 24–30 kirjeldatud ametitoiminguid kohtu poolt määratud tähtaja jooksul. Juhul kui notar ei pea neist tähtaegadest kinni, võetakse talt ülesanne ära ning tema asemele nimetatakse teine notar.

33 GKG §-st 7a tuleneb, et notar täidab eespool nimetatud ülesandeid kohtu kontrolli all. Selleks võib kohus muu hulgas viia läbi uurimist, nõuda notarilt tema tegevuse kohta aruannet ning anda notarile teatavaid ülesandeid. Lisaks tuleb selle sätte lõike 2 kohaselt esitada notari võetud meetmeid või tema käitumist puudutavad vastuväited kohtule.

Kohtueelne menetlus

34 Komisjon sai kaebuse, mis puudutas Austrias notariametis tegutsemiseks ette nähtud kodakondsustingimust. Pärast nimetatud kaebuse läbivaatamist saatis komisjon Austria Vabariigile 8. novembri 2000. aasta kuupäevaga märgukirja, milles palus esitada kahe kuu jooksul oma märkused, mis käsitlevad nimelt ühelt poolt nimetatud kodakondsustingimuse kooskõla EÜ artikli 45 esimese lõiguga ning teiselt poolt direktiivi 89/48 üle võtmata jätmist notari kutseala suhtes.

35 Austria Vabariik vastas nimetatud märgukirjale 23. jaanuari 2001. aasta kirjaga.

36 Komisjon saatis 16. juulil 2002 sellele liikmesriigile täiendava märgukirja, heites viimasele ette, et ta ei ole täitnud EÜ artiklist 43 ja artikli 45 esimesest lõigust ning direktiivist 89/48 tulenevaid kohustusi.

37 Nimetatud liikmesriik vastas sellele täiendavale märgukirjale 12. septembri 2002. aasta kirjaga.

38 Kuna Austria Vabariigi argumendid ei veennud komisjoni, siis saatis ta 18. oktoobril 2006 nimetatud liikmesriigile põhjendatud arvamuse, milles ta konstateeris, et see liikmesriik on rikkunud EÜ artiklist 43 ja artikli 45 esimesest lõigust ning direktiivist 89/48 tulenevaid kohustusi. Nimetatud institutsioon kutsus seda liikmesriiki võtma põhjendatud arvamuse järgimiseks vajalikke meetmeid kahe kuu jooksul arvamuse kättesaamisest.

39 Austria Vabariik tõi 19. detsembri 2006. aasta kirjas välja põhjused, miks ta leiab, et komisjoni seisukoht ei ole põhjendatud.

40 Neil asjaoludel otsustas komisjon esitada käesoleva hagi.

Hagi

Esimene väide

Poolte argumendid

41 Komisjon palub oma esimeses väites Euroopa Kohtul tuvastada, et kuivõrd Austria Vabariik näeb notariametis tegutsemise õiguse ette üksnes oma riigi kodanikele, siis on Austria Vabariik rikkunud EÜ artiklist 43 ja artikli 45 esimesest lõigust tulenevaid kohustusi.

42 Nimetatud institutsioon rõhutab kõigepealt, et teatavates liikmesriikides ei ole notariametis tegutsemise õigus tehtud sõltuvaks kodakondsustingimusest ning et teised liikmesriigid nagu Hispaania Kuningriik, Itaalia Vabariik ja Portugali Vabariik on selle tingimuse kehtetuks tunnistanud.

43 Komisjon meenutab esiteks, et EÜ artikkel 43 on üks liidu õiguse alussätteid, mille eesmärk on tagada igale liikmesriigi kodanikule, kes soovib kasutada asutamisvabadust – isegi kui ainult täiendavalt – teises liikmesriigis füüsilisest isikust ettevõtjana tegutsemiseks, võrdne kohtlemine selle teise riigi kodanikega, ning keelab igasuguse diskrimineerimise kodakondsuse alusel.

44 Nimetatud institutsioon nagu ka Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriik väidavad, et EÜ artikli 45 esimest lõiku tuleb tõlgendada autonoomselt ja ühetaoliselt (15. märtsi 1988. aasta otsus kohtuasjas 147/86: komisjon *vs.* Kreeka, EKL 1988, lk 1637, punkt 8). Kuivõrd see säte näeb ette erandi asutamisvabadusest nende tegevuste osas, mis on seotud avaliku võimu teostamisega, siis tuleb seda peale selle tõlgendada kitsalt (21. juuni 1974. aasta otsus kohtuasjas 2/74: Reyners, EKL 1974, lk 631, punkt 43).

45 EÜ artikli 45 esimeses lõigus ette nähtud erandit tuleb seega piirata nende tegevustega, mis on otseselt ja eriomaselt seotud avaliku võimu teostamisega (eespool viidatud kohtuotsus Reyners, punktid 44 ja 45). Komisjoni arvates tähendab avaliku võimu mõiste üldnormidest kõrvale kalduva otsustusõiguse teostamist, mis väljendub õiguses tegutseda teiste õigussubjektide tahtest sõltumatult või isegi selle tahte vastaselt. Euroopa Kohtu praktika kohaselt väljendub avalik võim eeskätt sunnimeetmete kohaldamise õiguse teostamises (29. oktoobri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-114/97: komisjon *vs.* Hispaania, EKL 1998, lk I-6717, punkt 37).

46 Komisjon ja Ühendkuningriik on seisukohal, et avaliku võimu teostamisega seotud tegevust tuleb eristada tegevusest üldistes huvides. Tõepoolest on mitmesugustele kutsealadele antud üldistes huvides eripädevus, ilma et need siiski oleksid seotud avaliku võimu teostamisega.

47 Peale selle meenutavad komisjon ja Ühendkuningriik, et EÜ artikli 45 esimene lõik peab põhimõtteliselt silmas kindlaid tegevusi, mitte ühte kutseala tervikuna, välja arvatud kui asjaomased tegevused ei ole lahutatavad nimetatud kutseala raames teostatavate tegevuste kogumist.

48 Teiseks analüüsib komisjon erinevaid tegevusi, millega notarid Austria õiguskorras tegelevad.

49 Mis puudutab esiteks dokumentide ja kokkulepete tõestamist, siis märgib komisjon, et notar piirdub poolte tahte kinnitamisega pärast seda, kui ta on neid nõustanud, ning sellele tahtele õiguslike tagajärgede andmisega. Selle toimingu tegemisel ei ole notaril poolte suhtes mingisugust otsustusõigust.

50 See notaritele usaldatud tõestamine esitab viimati nimetatutele kahtlemata kõrged nõudmised erialase pädevuse ja usaldusväärsuse osas, ilma et see siiski oleks otseselt ja eriomaselt seotud avaliku võimu teostamisega. Asjaolu, et seda tegevust peetakse Austria õiguskorras ennetava õiguse valdkonda kuuluvaks ning et selle on notaritele usaldanud riik, et vähendada kohtute koormust, ei tähenda, et nimetatud tegevus on sarnane avaliku võimu kandja ülesandega.

51 Peale selle on paljud muud ülesanded, mida varem peeti avaliku võimu kandja ülesanneteks, nüüd antud eraisikutele ja neid ostetakse sisse väljastpoolt.

52 Mis puudutab notariaalaktidega seonduva tõendamiskorra eripära, siis on notariaalaktidega sarnane tõendusjõud antud ka teistele dokumentidele, mis ei kuulu avaliku võimu teostamise alla, nagu vannutatud põlluvahtide, metsavahtide ning jahipidamise ja kalastamise üle järelevalvet teostavate isikute protokollid.

53 Mis puudutab ametlike dokumentide täitmisele pööratavust, siis leiab komisjon, et täitmismärke lisamine küll eelneb tegelikule täitmisele, kuid ei ole selle osa. Seega ei anna niisugune täitmisele pööratavus notaritele sunnimeetmete kohaldamise õigust, kuna nad ei ole sundtäitmist läbiviivad organid. Lisaks sellele ei lahenda võimalikku vaidlust mitte notar, vaid kohus.

54 Mis puudutab teiseks notari tegevusi *Gerichtskommissär*'ina, siis leiab komisjon, et neid ei saa pidada seotuks avaliku võimu teostamisega, kuna notaril ei ole nende tegevuste raames otsustus- ega sunniõigust, see tähendab õigust suruda poole tahte vastaselt talle peale mõnda otsust. Igal juhul on need tegevused kohtuorganite tegevuse suhtes ettevalmistavad ja abistavad. Peale selle ei ole *Gerichtskommissär*'il pärimise tagamiseks hoiumeetmete rakendamisel tegelikult kaalutlusruumi.

55 Kolmandaks märgib komisjon nagu ka Ühendkuningriik, et liidu õigusnormid, mis sisaldavad viiteid notari ametitegevusele, ei piira sellele tegevusele EÜ artikli 43 ja artikli 45 esimese lõigu kohaldamist.

56 Tõepoolest, nii Euroopa Parlamendi ja nõukogu 8. juuni 2000. aasta direktiivi 2000/31/EÜ infoühiskonna teenuste teatavate õiguslike aspektide, eriti elektroonilise kaubanduse kohta siseturul (direktiiv elektroonilise kaubanduse kohta) (EÜT L 178, lk 1; ELT eriväljaanne 13/25, lk 399) artikli 1 lõike 5 punkt d kui ka direktiivi 2005/36 põhjendus 41 välistavad oma kohaldamisalast notari ametitegevuse üksnes siis, kui see on otse ja konkreetselt seotud avaliku võimu teostamisega. Tegemist on seega lihtsa reservatsiooniga, mis ei mõjuta kuidagi EÜ artikli 45 esimese lõigu tõlgendamist. Mis puudutab Euroopa Parlamendi ja nõukogu 12. detsembri 2006. aasta direktiivi 2006/123/EÜ teenuste kohta siseturul (ELT L 376, lk 36) artikli 2 lõike 2 punkti l, mis jätab selle direktiivi kohaldamisalast välja notari ametitegevuse, siis rõhutab

komisjon, et asjaolu, et seadusandja otsustas jätta nimetatud direktiivi kohaldamisalast välja konkreetse tegevuse, ei tähenda, et EÜ artikli 45 esimene lõik on sellele tegevusele kohaldatav.

57 Mis puudutab nõukogu 22. detsembri 2000. aasta määrust (EÜ) nr 44/2001 kohtualluvuse ja kohtuotsuste täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusasjades (EÜT 2001, L 12, lk 1; ELT eriväljaanne 19/04, lk 42) ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu 21. aprilli 2004. aasta määrust (EÜ) nr 805/2004, millega luuakse Euroopa täitekorraldus vaidlustamata nõuete kohta (ELT L 143, lk 15; ELT eriväljaanne 19/07, lk 38), siis väidab komisjon, et need määrused sätestavad üksnes liikmesriikide kohustuse tunnustada ja muuta täitmisele pööratavaks dokumendid, mis on teises liikmesriigis vastu võetud ja täitmisele pööratavad.

58 Lisaks ei ole nõukogu 8. oktoobri 2001. aasta määrus (EÜ) nr 2157/2001 Euroopa äriühingu (SE) põhikirja kohta (EÜT L 294, lk 1; ELT eriväljaanne 06/04, lk 251), nõukogu 22. juuli 2003. aasta määrus (EÜ) nr 1435/2003 Euroopa ühistu (SCE) põhikirja kohta (EÜT L 207, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 280) ega ka Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. oktoobri 2005. aasta direktiiv 2005/56/EÜ piiratud vastutusega äriühingute piiriülese ühinemise kohta (ELT L 310, lk 1) käesoleva vaidluse lahendamise seisukohalt olulised, kuna need annavad notaritele ja ka riigi nimetatud muudele pädevatele asutustele ülesande kinnitada äriühingute asukoha muutmisele, asutamisele ja ühinemisele eelnevate teatavate toimingute tegemist ning formaalsuste täitmist.

59 Euroopa Parlamendi 23. märtsi 2006. aasta resolutsioon juriidiliste kutsealade ja üldise huvi kohta õigussüsteemide toimimise vastu (ELT C 292E, lk 105; edaspidi „2006. aasta resolutsioon") on puhtalt poliitiline akt, mille sisu on mitmeti mõistetav, kuna ühelt poolt kinnitas Euroopa Parlament selle resolutsiooni punktis 17, et notari kutsealale tuleb kohaldada EÜ artiklit 45, samal ajal kui teiselt poolt kinnitas ta sama resolutsiooni punktis 2 oma 18. jaanuari 1994. aasta resolutsioonis notari kutseala seisundi ja organisatsiooni kohta ühenduse 12 liikmesriigis (EÜT C 44, lk 36;

edaspidi „1994. aasta resolutsioon”) esitatud seisukohta, milles ta väljendas soovi, et notariametis tegutsema asumise eeldusena kaotataks ära kodakondsustingimus, mis on sätestatud mitme liikmesriigi õigusnormides.

60 Komisjon ja Ühendkuningriik lisavad, et 30. septembri 2003. aasta otsusele kohtuasjas C-405/01: Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (EKL 2003, lk I-10391), millele viitavad paljud liikmesriigid oma kirjalikes märkustes, aluseks olnud kohtuasi käsitles kaubalaevade kaptenite ja vanemtüürimeeste ulatuslike ülesannete täitmist seoses turvalisuse tagamisega, politsei valdkonda kuuluvate volitustega ning pädevusega notariaal- ja perekonnaseisu puudutavates küsimustes. Seega ei ole Euroopa Kohtul veel olnud võimalust üksikasjalikult analüüsida notarite erinevaid tegevusi EÜ artikli 45 esimest lõiku silmas pidades. Järelikult ei ole see kohtuotsus piisav selleks, et jõuda järeldusele nimetatud sätte kohaldatavuse kohta notarite suhtes.

61 Peale selle ning vastupidi Austria Vabariigi väidetele eristab Euroopa Kohus notareid avaliku võimu kandjatest, tunnustades, et ametliku dokumendi koostajaks võib olla avaliku võimu kandja või riigi volitatud muu institutsioon (17. juuni 1999. aasta otsus kohtuasjas C-260/97: Unibank, EKL 1999, lk I-3715, punktid 15 ja 21).

62 Austria Vabariik, keda toetavad Tšehhi Vabariik, Saksamaa Liitvabariik, Prantsuse Vabariik, Läti Vabariik, Leedu Vabariik, Ungari Vabariik, Poola Vabariik, Sloveenia Vabariik ja Slovaki Vabariik, väidab, et notarite ametitegevus on seotud avaliku võimu teostamisega ning see kuulub järelikult EÜ artikli 45 esimeses lõigus sätestatud erandi alla.

63 Austria Vabariik väidab esiteks, et EÜ artikkel 45 tagab liikmesriikide õiguse määratleda sõltumatult need reeglid, mida nad tahavad kehtestada nendes ametites

tegutsemise suhtes, mis osalevad püsivalt või vahetevahel avaliku võimu teostamisel. Selle liikmesriigi arvates tugineb komisjon EÜ artikli 45 tõlgendamisel niisugusele Euroopa Kohtu praktikale, mis ei ole käesoleval juhul asjakohane. Seevastu leidis Euroopa Kohus oma eespool viidatud otsuses Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, et Hispaania laevade kaptenitele usaldatud notariaalsed ülesanded on seotud avaliku võimu teostamisega.

64 Austria Vabariik, Saksamaa Liitvabariik, Poola Vabariik, Sloveenia Vabariik ja Slovaki Vabariik leiavad peale selle, et avaliku võimu teostamist ei saa piirata ainult tegevustega, mis sisaldavad endas sunnivõimu teostamist, ega ka kohtu tegevusega. Ka teised tegevused võivad kuuluda avaliku võimu teostamise mõiste alla, kui neid iseloomustab muu hulgas eripädevuse teostamine.

65 Teiseks nähtub Austria Vabariigi arvates notarite erilisest seisundist Austria õiguskorras, mis väljendub eelkõige nende nimetamise menetluses ning samuti neile kohaldatavas ameti eluaegsuse, ametite ühitamatuse ja nende sõltumatuse korras, et notarid kuuluvad avaliku võimu alla. Nimetatud liikmesriik väidab samuti, et notariamet on ühtne ja et selle ameti erinevad tegevused ei ole notariametist lahutatavad.

66 Kolmandaks on Austria Vabariigi arvates notari tõestamistoimingute eesmärk lõplikult lahendada või välistada tsiviilõiguslikud nõuded ning saada täitedokument. Notariaalakte saab vaidlustada üksnes kohtus ning ainult täpselt piiratud põhjustel.

67 Nimetatud notariaalaktidel on lisaks suurem tõendusjõud, mis seob kohtuid nende hindamispädevuse teostamisel. Notariaalaktid on samuti täitmisele pööratavad. Nii täitemenetlus kui ka eelnev täitedokumendi koostamise menetlus asuvad avaliku võimu riikliku teostamise keskmes. Sellest järeldub, et notari tegevus, mis seisneb ametlike dokumentide koostamises, on otse ja eriomaselt seotud avaliku võimu teostamisega.

68 Mis puudutab neljandaks notari tegevusi *Gerichtskommissär'*ina, siis väidab Austria Vabariik, et notar viib pärimisasjades läbi peaaegu kohtumenetlust, mille käigus ta võib poolte tahtest sõltumata või isegi nende tahte vastaselt rakendada teatavaid hoiumeetmeid pärandi säilitamiseks, nagu eelkõige keeld siseneda elu- või äriruumidesse, ruumide pitseerimine, pangaarvete blokeerimine ja blokeeritud pangaarve vabastamine, vara hulka kuuluvate asjade säilitamine ja väljaandmine, ning võtta ka teatavaid menetlust korraldavaid meetmeid.

69 See liikmesriik rõhutab ühtlasi, et *Gerichtskommissär'*ina tegutsedes on notaril riigi vastutus. Peale selle käsitatakse teda karistusseadustiku kohaldamisel ametnikuna.

70 Viiendaks asetavad käesoleva kohtuotsuse punktides 56–58 nimetatud liidu õigusaktid notariaalaktid hierarhias kohtuotsustega samale kohale. Peale selle kinnitas parlament oma 1994. aasta ja 2006. aasta resolutsioonides, et notariamet on seotud avaliku võimu teostamisega.

71 Samamoodi tuleneb eespool viidatud kohtuotsusest Unibank, et ametlike dokumentide koostamine sellise ametiisiku poolt nagu notar on seotud otsese ja eriomase osalemisega avaliku võimu teostamisel.

Euroopa Kohtu hinnang

– Esialgsed kaalutlused

72 Oma esimeses väites heidab komisjon Austria Vabariigile ette, et see riik takistab teiste liikmesriikide kodanikel tema territooriumil asutamisõiguse teostamist notarina tegutsemise eesmärgil, kuna ta näeb EÜ artiklit 43 rikkudes selles ametis tegutsemise õiguse ette üksnes oma riigi kodanikele.

73 See etteheide puudutab seega EÜ artiklit 43 silmas pidades üksnes asjaomastes Austria õigusnormides selles ametis tegutsemiseks ette nähtud kodakondsustingimust.

74 Järelikult tuleb täpsustada, et nimetatud etteheide ei puuduta notariaadi seisundit ega korraldust Austria õiguskorras, samuti mitte selles liikmesriigis notariametis tegutsema asumise tingimusi peale kodakondsusega seotud tingimuse.

75 Peale selle tuleb rõhutada, nagu väitis ka komisjon kohtuistungil, et esimene väide ei puuduta ka EÜ asutamislepingu teenuste osutamise vabadust käsitlevate sätete kohaldamist. Samuti ei puuduta nimetatud väide asutamislepingu neid sätteid, mis käsitlevad töötajate vaba liikumist.

– Sisulised küsimused

76 Kõigepealt tuleb meenutada, et EÜ artikkel 43 on üks liidu õiguse alussätteid (vt selle kohta eelkõige eespool viidatud kohtuotsus Reyners, punkt 43).

77 Asutamise mõiste on selle sätte tähenduses väga lai mõiste, mis annab liidu kodanikule võimaluse osaleda püsivalt ja kestvalt tema päritoluriigist erineva liikmesriigi majanduselus ja saada sellest kasu, soodustades sel moel füüsilisest isikust ettevõtjate tegutsemisega seotud valdkondades majanduslikku ja sotsiaalset põimumist Euroopa Liidus (vt eelkõige 22. detsembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-161/07: komisjon *vs.* Austria, EKL 2008, lk I-10671, punkt 24).

78 Liikmesriigi kodanikele teise liikmesriigi territooriumil antud asutamisvabadus hõlmab eelkõige õigust alustada ja jätkata tegutsemist füüsilisest isikust ettevõtjana samadel tingimustel, mida oma kodanike jaoks sätestavad selle liikmesriigi seadused, kus niisugune asutamine toimub (vt eelkõige 28. jaanuari 1986. aasta otsus kohtuasjas 270/83: komisjon *vs.* Prantsusmaa, EKL 1986, lk 273, punkt 13, ja selle kohta eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Austria, punkt 27). Teisiti öeldes keelab EÜ artikkel 43 kõigil liikmesriikidel kehtestada õigusaktides nende territooriumil oma asutamisvabadust kasutavatele isikutele tegutsemiseks teistsugused nõuded kui need, mis kehtivad nende endi kodanike jaoks (eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Austria, punkt 28).

79 EÜ artikli 43 eesmärk on seega tagada igale liikmesriigi kodanikule, kes alustab teises liikmesriigis füüsilisest isikust ettevõtjana tegutsemist, võrdne kohtlemine vastuvõtva liikmesriigi kodanikega, ning see keelab igasuguse kodakondsuse alusel diskrimineerimise, mis tuleneb asutamisvabaduse piiranguna siseriiklikest õigusnormidest (eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Prantsusmaa, punkt 14).

80 Samas annavad käesolevas asjas vaidlusalused siseriiklikud õigusnormid notariametis tegutsemise õiguse üksnes Austria kodanikele, nähes seega ette erineva kohtlemise kodakondsuse alusel, mis on põhimõtteliselt EÜ artikli 43 kohaselt keelatud.

81 Austria Vabariik väidab siiski, et notari tegevus ei kuulu EÜ artikli 43 kohaldamisalasse, sest see on seotud avaliku võimu teostamisega EÜ artikli 45 esimese lõigu tähenduses. Seega tuleb esiteks analüüsida avaliku võimu teostamise mõiste ulatust viimati nimetatud sätte tähenduses ja teiseks kontrollida, kas notari tegevus Austria õiguskorras kuulub selle mõiste alla.

82 Mis puudutab mõistet „avaliku võimu teostamine" EÜ artikli 45 esimese lõigu tähenduses, siis tuleb rõhutada, et selle mõiste hindamisel tuleb väljakujunenud kohtupraktika kohaselt arvesse võtta, et see säte näeb lubatavate asutamisvabaduse erandite puhul ette liidu õigusele omased piirid, et vältida asutamisvabaduse osas asutamislepingu kasuliku mõju kaotamist liikmesriigi ühepoolsete sätetega (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Reyners, punkt 50; eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Kreeka, punkt 8, ja 22. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-438/08: komisjon *vs.* Portugal, EKL 2009, lk I-10219, punkt 35).

83 Väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb ühtlasi, et EÜ artikli 45 esimene lõik kujutab endast erandit asutamisvabaduse aluspõhimõttest. Niisugusena tuleb seda erandit tõlgendada nii, et selle reguleerimisala piirdub sellega, mis on rangelt vajalik nende huvide kaitseks, mida see säte võimaldab liikmesriikidel kaitsta (eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Kreeka, punkt 7; eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Hispaania, punkt 34; 30. märtsi 2006. aasta otsus kohtuasjas C-451/03: Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, EKL 2006, lk I-2941, punkt 45; 29. novembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-393/05: komisjon *vs.* Austria, EKL 2007, lk I-10195, punkt 35; 29. novembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-404/05: komisjon *vs.* Saksamaa, EKL 2007, lk I-10239, punktid 37 ja 46, ning eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Portugal, punkt 34).

84 Peale selle on Euroopa Kohus korduvalt rõhutanud, et EÜ artikli 45 esimeses lõigus ette nähtud erand peab piirduma tegevustega, mis iseenesest on otseselt ja eriomaselt seotud avaliku võimu teostamisega (vt eespool viidatud kohtuotsus Reyners, punkt 45; 13. juuli 1993. aasta otsus kohtuasjas C-42/92: Thijssen, EKL 1993, lk I-4047, punkt 8; eespool viidatud kohtuotsused komisjon *vs.* Hispaania, punkt 35; Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, punkt 46; komisjon *vs.* Saksamaa, punkt 38, ja komisjon *vs.* Portugal, punkt 36).

85 Selle kohta on Euroopa Kohus leidnud, et EÜ artikli 45 esimeses lõigus sätestatud erandi alla ei kuulu teatavad tegevused, mis on avaliku võimu teostamise suhtes abistavad või ettevalmistavad (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsused Thijssen, punkt 22; komisjon *vs.* Hispaania, punkt 38; Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, punkt 47; komisjon *vs.* Saksamaa, punkt 38, ja komisjon *vs.* Portugal, punkt 36), või teatavad tegevused, mille juurde kuulub küll regulaarne ja süsteemisisene suhtlemine haldusasutuste või kohtuga – kaasa arvatud kohustuslik osalemine nende tegevuses –, kuid mis ei mõjuta nende institutsioonide kaalutlus- ega otsustusõigust (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Reyners, punktid 51 ja 53) või teatavad tegevused, mis ei hõlma otsustusõiguse (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Thijssen, punktid 21 ja 22; 29. novembri 2007. aasta kohtuotsused komisjon *vs.* Austria, punktid 36 ja 42; komisjon *vs.* Saksamaa, punktid 38 ja 44, ning kohtuotsus komisjon *vs.* Portugal, punktid 36 ja 41), sunniõiguse (vt selle kohta eelkõige eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Hispaania, punkt 37) või sunnimeetmete kohaldamise õiguse teostamist (vt selle kohta 30. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-47/02: Anker jt, EKL 2003, lk I-10447, punkt 61, ja eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Portugal, punkt 44).

86 Eeltoodud kaalutlusi silmas pidades tuleb kontrollida, kas notarite tegevus Austria õiguskorras on seotud otsese ja eriomase osalemisega avaliku võimu teostamisel.

87 Selleks tuleb võtta arvesse kõnealuse ameti esindajate tegevuste olemust (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Thijssen, punkt 9).

88 Esiteks peab notar ettenähtud vormis ametlike dokumentide koostamiseks eelkõige kontrollima, et täidetud on kõik dokumendi koostamiseks seaduses ettenähtud tingimused. Ametlikul dokumendil on ka tõendusjõud ja see dokument on täitmisele pööratav.

89 Sellega seoses tuleb rõhutada, et Austria õigusnormide kohaselt on tõestamise esemeks dokumendid või kokkulepped, millele pooled on vabatahtlikult alla kirjutanud. Pooled otsustavad nimelt seadusega sätestatud piirides ise oma õiguste ja kohustuste ulatuse üle ning valivad enda äranägemisel neile siduvaks saavad tingimused, kui nad esitavad dokumendi või kokkuleppe notarile tõestamiseks. Notari sekkumine eeldab seega poolte varasema nõusoleku või tahteavalduste ühtelangevuse olemasolu.

90 Notar ei saa ka tema poolt tõestatavat kokkulepet ühepoolselt muuta, kui pooled ei ole andnud selleks eelnevalt oma nõusolekut.

91 Notarite tõestamistegevus ei ole sellisena seotud otsese ja eriomase osalemisega avaliku võimu teostamisel EÜ artikli 45 esimese lõigu tähenduses.

92 Asjaolu, et teatavate dokumentide või kokkulepete suhtes on ette nähtud nende tõestamise kohustus, sest vastasel juhul oleksid need tühised, ei saa seada seda järeldust kahtluse alla. Nimelt on tavaline see, et erinevate dokumentide kehtivuse suhtes on siseriiklikes õiguskordades neis ette nähtud tingimustel sätestatud vorminõuded või ka kohustuslikud menetlusnõuded nende kehtivaks muutmiseks.

93 Notarite kohustus kontrollida enne dokumendi või kokkuleppe tõestamist, et täidetud oleksid kõik selle dokumendi koostamiseks või kokkuleppe sõlmimiseks seaduses ette nähtud tingimused, ning kohustus keelduda puuduste korral tõestamisest ei saa samuti kummutada eeltoodud järeldust.

94 Tõsi on küll see, nagu rõhutab Austria Vabariik, et notar teostab seda kontrolli üldise huvi eesmärgil, milleks on eraõiguslike isikute toimingute õiguspärasuse ja õiguskindluse tagamine. Sellegipoolest ei saa vaid niisuguse eesmärgi järgimine õigustada seda, et selleks vajalikud õigused on antud üksnes asjaomase liikmesriigi kodanikest notaritele.

95 Asjaolust, et tegevusel on üldise huvi eesmärk, ei piisa iseenesest selleks, et konkreetset tegevust saaks pidada otseselt ja eriomaselt seotuks avaliku võimu teostamisega. Teatavasti kaasneb siseriiklikes õiguskordades erinevate reguleeritud kutsealade tegevustega sageli nende tegevustega tegelevatele isikutele kohustus sellist eesmärki järgida, ilma et need tegevused oleksid siiski seotud avaliku võimu teostamisega.

96 Asjaolu, et notari tegevus järgib üldist eesmärki, milleks on eelkõige eraõiguslike isikute toimingute õiguspärasuse ja õiguskindluse tagamine, kujutab endast siiski ülekaalukat üldist huvi, millega võib õigustada võimalikke EÜ artikli 43 piiranguid, mis tulenevad notari tegevuse eripärast nagu piirangud, mis tulenevad neile kohaldatavast ametisse nimetamise menetlusest, nende arvu ja tööpiirkonna piiritlemine või ka nende tasustamise kord, nende sõltumatus, ametite ühitamatus ja notariameti eluaegsus, tingimusel et need piirangud on nimetatud eesmärkide saavutamiseks sobivad ja vajalikud.

97 Samuti on tõsi see, et sõltumata poolte tahtest peab notar keelduma õigusaktides sätestatud nõuetele mittevastava dokumendi või kokkuleppe tõestamisest. Sellest hoolimata on pooltel pärast niisugust keeldumist vabadus kas tuvastatud õigusvastasus kõrvaldada, asjaomase dokumendi või kokkuleppe tingimusi muuta või selle dokumendi koostamisest või kokkuleppe sõlmimisest loobuda.

98 Mis puudutab notariaalakti tõendusjõudu ja täitmisele pööratavust, siis on notariaalaktidel nende omaduste tõttu kahtlemata olulised õiguslikud tagajärjed. Asjaolust, et konkreetne tegevus sisaldab endas selliste tagajärgedega dokumentide koostamist, ei piisa siiski selleks, et seda tegevust saaks pidada otseselt ja eriomaselt seotuks avaliku võimu teostamisega EÜ artikli 45 esimese lõigu tähenduses.

99 Tõepoolest tuleb eelkõige seoses notariaalakti tõendusjõuga täpsustada, et see on osa asjaomases õiguskorras seadusega sätestatud tõendamiskorrast. ZPO § 292, mis määrab kindlaks ametliku dokumendi tõendusjõu, asub nimetatud seadustiku II osa 1. jao 3. peatükis „Dokumentaalsed tõendid". Konkreetsele dokumendile seadusega antud tõendusjõud ei mõjuta seega vahetult küsimust, kas selle dokumendi koostamist hõlmav tegevus on sellisena otseselt ja eriomaselt seotud avaliku võimu teostamisega, nagu seda nõuab kohtupraktika (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsused Thijssen, punkt 8, ja komisjon *vs.* Hispaania, punkt 35).

100 Peale selle, nagu tuleneb iseäranis ZPO § 292 lõikest 2, on lubatud tõend selle kohta, et kinnitatud sündmus või asjaolu või tõestamine on ebaõige.

101 Seega ei saa väita, et oma tõendusjõu tõttu seob notariaalakt kohut tingimusteta tema hindamispädevuse teostamisel, kuna on selge, et kohus teeb oma otsuse siseveendumuse kohaselt, võttes arvesse kõiki kohtumenetluse käigus kogutud asjaolusid ja tõendeid. Peale selle on kohtu poolt tõendite vaba hindamise põhimõte sätestatud ZPO §-s 272.

102 Mis puudutab ametliku dokumendi täitmisele pööratavust, siis tuleb märkida, nagu väidab ka Austria Vabariik, et see võimaldab ilma kohtu eelneva sekkumiseta täita selles dokumendis sisalduvat kohustust.

103 Ametliku dokumendi täitmisele pööratavust ei saa siiski mõista nii, et see annab notarile pädevuse, mis on otseselt ja eriomaselt seotud avaliku võimu teostamisega. Nimelt tuleneb NO §-st 3, et notariaalakti täitmisele pööratavus sõltub eelkõige tingimusest, et võlgnik on andnud nõusoleku alluda selle dokumendi võimalikule sundtäitmisele ilma eelneva menetluse läbiviimiseta. Sellest järeldub, et notariaalakt ei ole ilma võlgniku nõusolekuta täitmisele pööratav. Seega, kuigi notari poolt ametlikule dokumendile täitmismärke lisamisega muutub nimetatud dokument tegelikult täitmisele pööratavaks, põhineb see siiski poolte tahtel koostada dokument või sõlmida kokkulepe pärast seda, kui notar on kontrollinud selle seadusele vastavust, ning anda sellele dokumendile nimetatud täidetavus.

104 Mis puudutab teiseks notari pädevust koostada omakäeliselt allkirjastatud dokumente ning esindada osalisi konkreetselt kindlaksmääratud juhtudel, siis tuleb meenutada, et notaripoolset õigusnõustamist ja abistamist ei saa pidada seotuks avaliku võimu teostamisega, ka mitte juhul, kui selline nõustamine või abi on kohustuslik või selle suhtes kehtib seaduse alusel ainuõigus (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Reyners, punkt 52).

105 Mis puudutab kolmandaks notarile GKG alusel usaldatud ülesandeid, siis tuleb märkida, et notaril on peamiselt teatavad ülesanded pärimisõiguse valdkonnas, nagu muu hulgas surma tuvastamine, pärandvara nimekirja koostamine, pärijate isikute kindlakstegemine, pärandvara säilitamine ning selleks hoiumeetmete rakendamine.

106 Selles osas tuleb ühelt poolt järeldada, nagu tuleneb GKG § 7a lõikest 1, et notar täidab neid ülesandeid kohtu kontrolli all, kes võib igal ajahetkel nõuda notarilt aruannet nimetatud ülesannete täitmise seisu kohta ning isegi viia selle suhtes läbi uurimist. Sama seaduse § 7 kohaselt võib kohus samuti võtta notarilt ära talle antud ülesande, kui notar ei ole täitnud oma ülesannet määratud tähtaja jooksul. Peale selle peab notar AußStrG § 144 lõike 3 kohaselt edastama kohtule selle nõudmisel viivitamatult toimiku.

107 Teiselt poolt on notar kohustatud andma kohtule otsuse tegemiseks mis tahes vaidluse, mis puudutab pärimise korraldamise erinevaid aspekte, nagu see tuleneb eelkõige GKG § 7a lõikest 2 ning AußStrG §-dest 160 ja 161 ning § 166 lõikest 2. Samuti on kohus see, kes annab AußStrG §-de 177 ja 178 kohaselt pärandi üle pärijatele ning lõpetab seega menetluse.

108 Notar täidab oma ülesandeid pärimisõiguse valdkonnas seega kohtu kontrolli all, kellele notar peab edasi saatma võimalikud vaidlusküsimused, mille üle kohus otsustab ka viimase instantsina. Neid ülesandeid ei saa seega sellisena pidada otseselt ja eriomaselt seotuks avaliku võimu teostamisega (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus Thijssen, punkt 21; eespool viidatud 29. novembri 2007. aasta kohtuotsused komisjon *vs.* Austria, punktid 41 ja 42; komisjon *vs.* Saksamaa, punktid 43 ja 44, ning eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Portugal, punktid 37 ja 41).

109 Seda järeldust ei kummuta asjaolu, et notar võib talle pärimisasjades usaldatud ülesannete täitmisel rakendada teatavaid hoiu- või korralduslikke meetmeid. Nimelt on see pädevus aktsessoorne notari peamise ülesande suhtes, mis seisneb asjaomase pärimise korraldamises ning mille täitmisele peavad need meetmed kaasa aitama. Kuid nagu nähtub käesoleva kohtuotsuse eelmisest punktist, ei saa seda ülesannet pidada otseselt ja eriomaselt seotuks avaliku võimu teostamisega.

110 Sama kehtib ka notarile GKG alusel antud muude ülesannete suhtes, nagu eelkõige vallas- ja kinnisvara hindamine ja müük, vara nimekirja koostamine ja vara kokkuleppel jagamine, kuna GKG §-de 7 ja 7a kohaselt täidetakse neid ülesandeid samuti kohtu kontrolli all.

111 Mis puudutab neljandaks notarite erilist seisundit Austria õiguskorras, siis piisab meenutamisest, nagu nähtub ka käesoleva kohtuotsuse punktidest 84 ja 87, et asjaolu, kas need tegevused kuuluvad EÜ artikli 45 esimeses lõigus ette nähtud erandi alla, tuleb kontrollida asjaomaste tegevuste endi olemust arvesse võttes, mitte seda seisundit kui sellist silmas pidades.

112 Sellega seoses tuleb siiski teha kaks täpsustust. Esiteks on selge, et kui välja arvata juhud, mil notar on määratud seadusega, on igal osalisel õigus notarit vabalt valida. Kuigi on õige, et notari tasu on kindlaks määratud seadusega, võib erinevate notarite osutatavate teenuste kvaliteet siiski varieeruda sõltuvalt eelkõige asjaomaste isikute kutseoskustest. Sellest järeldub, et vastava territoriaalse pädevuse piires peavad notarid oma ametit, nagu märkis ka kohtujurist oma ettepaneku punktis 18, konkurentsitingimustes, mis ei ole iseloomulik avaliku võimu teostamisele.

113 Teiseks ei saa Austria Vabariik esitada eeltoodud kaalutluste vastu asjaolu, et *Gerichtskommissär'*ina tegutsedes on notaril riigi vastutus. Nimelt vastutab notar väljaspool seda erijuhtu ainuisikulisena tema ametitegevuse raames toimepandud tegude eest.

114 Viiendaks ei ole ka veenev Austria Vabariigi argument, mis on tuletatud liidu teatavatest õigusaktidest. Seoses käesoleva kohtuotsuse punktis 56 nimetatud õigusaktidega tuleb täpsustada, et asjaolu, et seadusandja otsustas jätta konkreetse õigusakti kohaldamisalast välja notari tegevuse, ei tähenda, et see tegevus kuulub tingimata EÜ artikli 45 esimeses lõigus sätestatud erandi alla. Eeskätt direktiivi 2005/36 osas tuleneb selle direktiivi põhjenduse 41 sõnastusest, mille kohaselt see „ei piira […] [EÜ] artikli 45 rakendamist eelkõige notarite suhtes", et liidu seadusandja ei võtnud nimelt seisukohta EÜ artikli 45 esimese lõigu kohaldatavuse kohta notari kutseala suhtes.

115 Seoses käesoleva kohtuotsuse punktis 57 nimetatud määrustega tuleb märkida, et need puudutavad nende ametlike dokumentide tunnustamist ja täitmist, mis on liikmesriigis vastu võetud ja täitmisele pööratavad, ning need ei mõjuta järelikult EÜ artikli 45 esimese lõigu tõlgendamist. Seda järeldust ei kummuta ka käesoleva kohtuotsuse punktis 58 nimetatud liidu õigusaktid, kuna need piirduvad sellega, nagu väidab õigesti ka komisjon, et annavad notaritele ja ka liikmesriikide nimetatud muudele pädevatele asutustele ülesande kinnitada äriühingute asukoha muutmisele, asutamisele ja ühinemisele eelnevate teatavate toimingute tegemist ning formaalsuste täitmist.

116 Mis puudutab käesoleva kohtuotsuse punktis 59 nimetatud 1994. aasta ja 2006. aasta resolutsioone, siis tuleb rõhutada, et neil puuduvad õiguslikud tagajärjed, kuna sellised resolutsioonid ei ole oma olemuselt siduvad aktid. Peale selle, kuigi neis on viidatud, et notari kutseala kuulub EÜ artikli 45 kohaldamisalasse, väljendas parlament

nendest resolutsioonidest esimeses sõnaselgelt soovi, et tuleb võtta meetmed kaotamaks notariametis tegutsema asumise eeldusena ära kodakondsustingimus; seda seisukohta kinnitati kaudselt uuesti 2006. aasta resolutsioonis.

117 Mis puudutab kuuendaks argumenti, mille Austria Vabariik tuletab eespool viidatud kohtuotsusest Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, siis tuleb täpsustada, et selle kohtuotsuse aluseks olnud kohtuasi puudutas EÜ artikli 39 lõike 4, mitte EÜ artikli 45 esimese lõigu tõlgendamist. Peale selle tuleneb nimetatud kohtuotsuse punktist 42, et kui Euroopa Kohus leidis, et kaptenite ja vanemtüürimeeste ülesanded kujutavad endast osalemist avaliku võimu volituste teostamises, siis pidas kohus silmas nende ülesandeid kogumis. Euroopa Kohus ei analüüsinud seega kaptenitele ja vanemtüürimeestele ainult notariaalküsimustes antud pädevust, nagu testamentide vastuvõtmine, nende säilitamine ja edasiandmine, eraldiseisvalt nende muust pädevusest, nagu eelkõige neile antud sunni- ja sanktsioonimeetmete kohaldamise õigus.

118 Seoses eespool viidatud kohtuotsusega Unibank, millele viitab ka Austria Vabariik, tuleb konstateerida, et selle kohtuotsuse aluseks olnud kohtuasjas ei käsitletud EÜ artikli 45 esimese lõigu tõlgendamist. Lisaks leidis Euroopa Kohus nimetatud kohtuotsuse punktis 15, et selleks et dokumenti saaks kvalifitseerida „ametlikuna" 27. septembri 1968. aasta konventsiooni kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusasjades (EÜT 1972, L 299, lk 32) artikli 50 tähenduses, on vajalik kas avaliku võimu kandja või päritoluriigi volitatud mõne muu institutsiooni sekkumine.

119 Neil asjaoludel tuleb konstateerida, et notari tegevused, nii nagu need on praegu määratletud Austria õiguskorras, ei ole seotud avaliku võimu teostamisega EÜ artikli 45 esimese lõigu tähenduses.

120 Seega tuleb järeldada, et Austria õigusnormides notariametis tegutsemiseks ette nähtud kodakondsustingimus kujutab endast EÜ artikliga 43 keelatud diskrimineerimist kodakondsuse alusel.

121 Eeltoodud kaalutlustest lähtudes tuleb konstateerida, et esimene väide on põhjendatud.

Teine väide

Poolte argumendid

122 Komisjon heidab Austria Vabariigile ette, et viimane ei ole notari kutseala suhtes üle võtnud direktiivi 89/48, mis puudutab ajavahemikku kuni 20. oktoobrini 2007, ning direktiivi 2005/36 alates sellest kuupäevast.

123 Komisjon leiab nagu Ühendkuningriik, et notari kutseala on reguleeritud kutseala direktiivi 89/48 artikli 1 punkti c tähenduses ja kuulub seega selle direktiivi kohaldamisalasse. Direktiivi 2005/36 põhjenduse 41 eesmärk ei ole välistada seda kutseala nimetatud direktiivi kohaldamisalast, välja arvatud kui see kutseala ei kuulu EÜ artikli 45 esimese lõigu alla, mida aga komisjon käesoleval juhul ei arva. Peale selle, kui liidu seadusandja oleks tahtnud jätta notarid nimetatud direktiivi kohaldamisalast välja, siis oleks ta seda sõnaselgelt teinud.

124 Komisjon meenutab, et direktiivid 89/48 ja 2005/36 lubavad liikmesriikidel ette näha kas sobivustesti või kohanemisaja, mis võimaldavad tagada notaritelt nõutava kõrge kvalifikatsioonitaseme. Peale selle ei takista nende direktiivide kohaldamine konkursi kaudu notarite töölevõtmist, vaid üksnes võimaldab teiste liikmesriikide kodanikel sellel konkursil osaleda. Niisugune kohaldamine ei mõjuta ka notarite nimetamise menetlust.

125 Austria Vabariik, Ungari Vabariik, Poola Vabariik, Sloveenia Vabariik ja Slovaki Vabariik väidavad, et notarid ei kuulu nimetatud direktiivide kohaldamisalasse, kuna nende tegevus kuulub EÜ artiklis 45 sätestatud erandi alla.

126 Sloveenia Vabariik leiab, et Euroopa Kohus peaks omal algatusel lükkama teise väite vastuvõetamatuse tõttu tagasi, kuna ühelt poolt on see väide muutunud pärast direktiivi 89/48 kehtetuks tunnistamist esemetuks ning teiselt poolt laiendati vaidluse eset kohtueelses menetluses kindlaks määratud esemega võrreldes.

Euroopa Kohtu hinnang

– Vastuvõetavus

127 Komisjoni esitatud juriidilisest argumentatsioonist nähtub, et käesoleva väitega heidetakse ette väidetavat direktiivi 89/48 ja/või direktiivi 2005/36 üle võtmata jätmist notari kutseala suhtes. Siiski tuleb märkida, et nii komisjoni saadetud märgukirjad kui

ka põhjendatud arvamus puudutavad direktiivi 89/48. Järelikult tuleb omal algatusel uurida teise väite vastuvõetavuse küsimust.

128 Nimelt võib Euroopa Kohus tema praktika kohaselt omal algatusel uurida, kas EÜ artiklis 226 sätestatud tingimused liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi esitamiseks on täidetud (31. märtsi 1992. aasta otsus kohtuasjas C-362/90: komisjon *vs.* Itaalia, EKL 1992, lk I-2353, punkt 8, ja 9. septembri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-417/02: komisjon *vs.* Kreeka, EKL 2004, lk I-7973, punkt 16).

129 Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb EÜ artikli 226 alusel toimuvas menetluses hinnata kohustuste rikkumist lähtuvalt liidu õigusnormidest, mis kehtivad selle tähtaja lõpus, mille komisjon määras asjaomasele liikmesriigile põhjendatud arvamuse järgimiseks (vt eelkõige 9. novembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-365/97: komisjon *vs.* Itaalia, EKL 1999, lk I-7773, punkt 32; 5. oktoobri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-275/04: komisjon *vs.* Belgia, EKL 2006, lk I-9883, punkt 34, ja 19. märtsi 2009. aasta otsus kohtuasjas C-270/07: komisjon *vs.* Saksamaa, EKL 2009, lk I-1983, punkt 49).

130 Käesolevas asjas lõppes nimetatud tähtaeg 18. detsembril 2006. Samas oli direktiiv 89/48 sellel kuupäeval veel jõus, kuna direktiiv 2005/36 tunnistas direktiivi 89/48 kehtetuks alles alates 20. oktoobrist 2007. Järelikult, kuivõrd käesolev väide põhineb direktiivi 89/48 väidetaval üle võtmata jätmisel, siis ei ole see esemetu (vt analoogia korras 11. juuni 2009. aasta otsus kohtuasjas C-327/08: komisjon *vs.* Prantsusmaa, punkt 23).

131 Mis puudutab käesoleva väite vastuvõetavust osas, milles see puudutab direktiivi 2005/36 väidetavat üle võtmata jätmist, siis tuleb meenutada, et Euroopa Kohus on juba otsustanud, et kuigi hagiavalduses sisalduvad nõuded ei saa põhimõtteliselt ulatuda kaugemale rikkumistest, mida on mainitud põhjendatud arvamuse resolutiivosas ja märgukirjas, on komisjonil siiski õigus nõuda selliste kohustuste rikkumise tuvastamist, mis tulenevad hiljem muudetud või kehtetuks tunnistatud liidu õigusakti esialgsest versioonist ning mis on uude liidu õigusakti üle võetud. Seevastu ei

saa vaidluse eset laiendada uutest sätetest tulenevatele kohustustele, mis ei ole samaväärsed asjaomase õigusakti esialgsest versioonist tulenevate kohustustega; vastasel korral oleks tegemist olulise menetlusnormi rikkumisega liikmesriigi kohustuste rikkumise menetluses (vt selle kohta eespool viidatud 9. novembri 1999. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Itaalia, punkt 36; 12. juuni 2003. aasta otsus kohtuasjas C-363/00: komisjon *vs.* Itaalia, EKL 2003, lk I-5767, punkt 22, ja 10. septembri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-416/07: komisjon *vs.* Kreeka, EKL 2009, lk I-7883, punkt 28).

132 Seega on nõuded, mille komisjon on esitanud hagis, millega ta palub tuvastada, et Austria Vabariik on rikkunud direktiivist 2005/36 tulenevaid kohustusi, põhimõtteliselt vastuvõetavad, tingimusel et sellest direktiivist tulenevad kohustused on analoogsed direktiivist 89/48 tulenevate kohustustega (vt analoogia alusel eespool viidatud 10. septembri 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Kreeka, punkt 29).

133 Samas tuleneb direktiivi 2005/36 põhjendusest 9, et eesmärgiga täiustada, ümber struktureerida ja ratsionaliseerida kohaldatavaid põhimõtteid standardiseerides kehtivaid sätteid, säilitab see direktiiv asutamisvabadust silmas pidades põhimõtted ja kaitsemeetmed, mis on aluseks erinevatele kehtivatele tunnustamissüsteemidele – nagu ka direktiiviga 89/48 loodud süsteem.

134 Samamoodi näeb direktiivi 2005/36 põhjendus 14 ette, et nimelt direktiiviga 89/48 kehtestatud tunnustamismehhanismi ei muudeta.

135 Käesoleval juhul ei heida komisjon Austria Vabariigile ette, et notarite kutseala puudutavas osas on üle võtmata jäänud direktiivi 2005/36 konkreetne säte, vaid etteheide puudutab kogu selle direktiivi üle võtmata jätmist.

136 Neil asjaoludel tuleb konstateerida, et väidetav direktiivi 2005/36 ülevõtmise kohustus notari kutseala suhtes on analoogne direktiivist 89/48 tuleneva kohustusega, kuna ühelt poolt on viimasena nimetatud direktiiviga kehtestatud tunnustamismehhanismi aluseks olevad põhimõtted ja kaitsemeetmed säilinud ka direktiivis 2005/36, ja teiselt poolt jäi direktiiviga 89/48 loodud tunnustamismehhanism pärast direktiivi 2005/36 vastuvõtmist muutmata.

137 Järelikult tuleb käesolev väide tunnistada vastuvõetavaks.

– Sisulised küsimused

138 Komisjon heidab Austria Vabariigile ette, et viimane ei ole direktiive 89/48 ja 2005/36 notari kutseala suhtes üle võtnud. Seega tuleb kontrollida, kas nimetatud direktiivid on selle kutseala suhtes kohaldatavad.

139 Selles osas tuleb võtta arvesse direktiivide vastuvõtmise õiguslikku konteksti.

140 Tuleb märkida, et seadusandja nägi direktiivi 89/48 põhjenduses 12 sõnaselgelt ette, et selle direktiiviga loodud kõrgharidusdiplomite tunnustamise üldsüsteem „ei piira mitte mingil määral [EÜ artikli 45] kohaldamist". Niimoodi sõnastatud reservatsioon väljendab seadusandja tahet jätta EÜ artikli 45 esimese lõigu alla kuuluv tegevus selle direktiivi kohaldamisalast välja.

141 Kuid nimetatud direktiivi vastuvõtmise ajal ei olnud Euroopa Kohtul veel olnud võimalust võtta seisukoht küsimuse osas, kas notari tegevus kuulub või mitte EÜ artikli 45 esimese lõigu alla.

142 Parlament kinnitas direktiivi 89/48 vastuvõtmisele järgnenud aastatel oma 1994. ja 2006. aasta resolutsioonides, mida käsitleti käesoleva kohtuotsuse punktides 59 ja 116, ühelt poolt, et notari kutsealale tuleb täielikult kohaldada EÜ artikli 45 esimest lõiku, samal ajal kui ta teiselt poolt väljendas soovi, et sellel kutsealal tegutsema asumise eeldusena kaotataks ära kodakondsustingimus.

143 Peale selle pidas liidu seadusandja direktiivi 89/48 asendanud direktiivi 2005/36 vastuvõtmisel tähtsaks täpsustada selle põhjenduses 41, et direktiiv ei piira EÜ artikli 45 rakendamist „eelkõige notarite suhtes". Nagu käesoleva kohtuotsuse punktis 114 märgitud, ei võtnud liidu seadusandja seda reservatsiooni tehes seisukohta seoses EÜ artikli 45 esimese lõigu ja seega direktiivi 2005/36 kohaldatavusega notari tegevuse suhtes.

144 Seda kinnitavad eelkõige viimati nimetatud direktiivi ettevalmistavad materjalid. Nimelt tegi parlament oma 11. veebruari 2004. aasta esimesel lugemisel vastu võetud õigusloomega seotud resolutsiooni ettepanekus võtta vastu Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv kutsekvalifikatsioonide tunnustamise kohta (EÜT 2004, C 97E, lk 230) ettepaneku, et direktiivi 2005/36 tekstis tuleks sõnaselgelt viidata asjaolule, et seda direktiivi ei kohaldata notarite suhtes. Kuigi seda ettepanekut ei sisaldanud muudetud ettepanek Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi kohta, mis käsitleb kutsekvalifikatsioonide tunnustamist (KOM(2004) 317 lõplik), ega ka nõukogu 21. detsembri 2004. aasta ühine seisukoht (EÜ) nr 10/2005, toimides asutamislepingu artiklis 251 sätestatud korras, eesmärgiga võtta vastu Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv kutsekvalifikatsioonide tunnustamise kohta (ELT 2005, C 58E, lk 1), ei olnud

selle põhjuseks siiski asjaolu, et kavandatud direktiivi tuleks kohaldada notari kutseala suhtes, vaid nimelt see, et „tegevuste osas, mis eeldavad otsest ja eriomast seotust avaliku võimuga, [oli] erand asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtetest ette nähtud EÜ artikli 45 [esimeses lõigus]".

145 Võttes arvesse erilisi asjaolusid, mis kaasnesid õigusloome protsessiga, ja seetõttu tekkinud ebakindlat olukorda, nagu see nähtub eespool meenutatud õiguslikust kontekstist, ei ole võimalik konstateerida, et põhjendatud arvamuses määratud tähtaja lõpus oli liikmesriikidel piisavalt selge kohustus võtta direktiivid 89/48 ja 2005/36 üle notari kutseala suhtes.

146 Järelikult tuleb teine väide tagasi lükata.

147 Eeltoodud kaalutlustest lähtudes tuleb konstateerida, et kuna Austria Vabariik kehtestas notariametis tegutsemiseks kodakondsustingimuse, siis on Austria Vabariik rikkunud EÜ artiklist 43 tulenevaid kohustusi, ning ülejäänud osas tuleb hagi jätta rahuldamata.

Kohtukulud

148 Kodukorra artikli 69 lõike 3 alusel võib Euroopa Kohus määrata kulude jaotuse või jätta kummagi poole kohtukulud tema enda kanda, kui osa nõudeid rahuldatakse ühe poole, osa teise poole kasuks. Kuna komisjoni hagi on rahuldatud vaid osaliselt, tuleb kummagi poole kohtukulud jätta nende endi kanda.

149 Kodukorra artikli 69 lõike 4 esimese lõigu alusel kannavad menetlusse astunud liikmesriigid ise oma kohtukulud. Järelikult kannavad Tšehhi Vabariik, Saksamaa Liitvabariik, Prantsuse Vabariik, Läti Vabariik, Leedu Vabariik, Ungari Vabariik, Poola Vabariik, Sloveenia Vabariik, Slovaki Vabariik ja Ühendkuningriik oma kohtukulud ise.

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (suurkoda) otsustab:

1. Kuna Austria Vabariik kehtestas notariametis tegutsemiseks kodakondsustingimuse, siis on Austria Vabariik rikkunud EÜ artiklist 43 tulenevaid kohustusi.

2. Jätta hagi ülejäänud osas rahuldamata.

3. Jätta Euroopa Komisjoni, Austria Vabariigi, Tšehhi Vabariigi, Saksamaa Liitvabariigi, Prantsuse Vabariigi, Läti Vabariigi, Leedu Vabariigi, Ungari Vabariigi, Poola Vabariigi, Sloveenia Vabariigi, Slovaki Vabariigi ning Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriigi kohtukulud nende endi kanda.

Allkirjad