STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA PEDRA CRUZ VILLALÓNA přednesené dne 14. září 2010[1]

Obsah

I – Úvod ..... I - 4110

II – Právní rámec ..... I - 4111

A – Právo Společenství ..... I - 4111

1. Primární právo ..... I - 4111

2. Sekundární právo ..... I - 4112

B – Vnitrostátní právo ..... I - 4113

1. Povolání notáře ..... I - 4113

a) Belgické právo ..... I - 4113

b) Francouzské právo ..... I - 4115

c) Lucemburské právo ..... I - 4116

d) Rakouské právo ..... I - 4117

e) Německé právo ..... I - 4119

f) Řecké právo ..... I - 4120

g) Rekapitulace ..... I - 4121

1 — Původní jazyk: španělština.

2. Vnitrostátní pravidlo, které je konkrétně předmětem žalob: podmínka státní příslušnosti ..... I - 4122

a) Belgické právo ..... I - 4122

b) Francouzské právo ..... I - 4122

c) Lucemburské právo ..... I - 4122

d) Rakouské právo ..... I - 4122

e) Německé právo ..... I - 4123

f) Řecké právo ..... I - 4123

III – Návrhová žádání účastníků řízení ..... I - 4123

IV – K přípustnosti ..... I - 4124

V – K věci samé ..... I - 4125

A – K prvnímu důvodu nesplnění povinnosti ..... I - 4125

1. Tři úvodní poznámky obecné povahy ..... I - 4126

a) Pravidlo, jehož porušení Komise členským státům vytýká: článek 43 ES a čl. 45 první pododstavec ES ..... I - 4126

b) Obtíže s výkladem smyslu čl. 45 prvního pododstavce ES ..... I - 4127

c) Začlenění zásady proporcionality ..... I - 4128

2. Činnost spjatá s výkonem veřejné moci ..... I - 4130

a) Judikatura Soudního dvora ..... I - 4130

b) Nezbytnost podrobnějšího vymezení pojmu veřejná moc ..... I - 4132

3. K tomu, zda je notářská činnost a konkrétně činnost sepisování veřejných listin součástí negativního rozsahu působnosti svobody usazování ..... I - 4136

..... 4136

b) Sepjetí činnosti sepisování veřejných listin o právních úkonech s výkonem veřejné moci ..... I - 4138

4. Podmínka státní příslušnosti z hlediska zásady proporcionality ..... I - 4141

a) Status notáře ..... I - 4141

b) Diskriminace na základě státní příslušnosti z hlediska článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES ..... I - 4142

c) Posouzení přiměřenosti ..... I - 4147

5. Závěr ohledně prvního důvodu nesplnění povinnosti ..... I - 4149

B – Ke druhému důvodu nesplnění povinnosti ..... I - 4150

VI – Náklady řízení ..... I - 4151

VII – Závěr ..... I - 4152

I – Úvod

1. Projednávanými žalobami pro nesplnění povinnosti Komise navrhuje, aby Soudní dvůr určil, že Belgické království, Francouzská republika, Lucemburské velkovévodství, Rakouská republika, Spolková republika Německo a Řecká republika tím, že omezily přístup k povolání notáře výhradně na vlastní státní příslušníky (dále „podmínka státní příslušnosti"), nesplnily povinnosti, které pro ně vyplývají z článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES. S výjimkou případu Francouzské republiky Evropská komise rovněž navrhuje, aby bylo určeno, že uvedené členské státy nesplnily povinnosti, které pro ně vyplývají ze směrnice 2005/36 o uznávání odborných kvalifikací [2], tím, že tuto směrnici neuplatňují na povolání notáře [3].

2. Ačkoli se žaloba Komise omezuje na napadení diskriminace na základě státní příslušnosti, je problém, který je na pozadí této věci, podstatně složitější. Tyto žaloby totiž směřují k tomu, aby Soudní dvůr určil, že povolání notáře kontinentálního typu v podobě, jakou

2 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 7. září 2005 (Úř. věst. L 255, s. 22), jež zrušuje směrnici 89/48/EHS ze dne 21. prosince 1988 o obecném systému pro uznávání vysokoškolských diplomů vydaných po ukončení nejméně tříletého odborného vzdělávání a přípravy (Úř. věst. L 19, s. 16; Zvl. vyd. 05/01, s. 337).

3 — Nejde o jediné žaloby pro nesplnění povinnosti, které Komise na tomto základě podala, neboť Soudní dvůr již rozhoduje o žalobách proti Portugalsku (C-52/08) a Nizozemsku (C-157/09).

má ve velkém počtu členských států [4], patří do působnosti svobody usazování, neboť není spojeno s „výkonem veřejné moci".

3. Z obecného úhlu pohledu se v této věci Soudní dvůr nachází před možná nejcitlivější otázkou výkladu článku 43 ES ve spojení s čl. 45 prvním pododstavcem ES. Jak uvidíme, dosud se věci předložené tomuto soudu v souvislosti s oběma ustanoveními týkaly povolání s mlhavými či mimořádně ojedinělými vztahy k veřejné moci, což rozhodně nelze *prima facie* říci o nyní projednávaném případu.

4. Z uvedených důvodů nabízí oněch šest žalob spojených pro účely tohoto stanoviska Soudnímu dvoru příležitost přezkoumat podrobněji než dosud rozsah takové složité normy, jaká vyplývá ze spojení článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES. Na rozdíl od předchozích případů musí Soudní dvůr v projednávané věci hledat spravedlivou rovnováhu mezi cíli, které jsou sledovány svobodami Unie, zachováním pravomocí členských států a statusem evropského občanství. Při poměřování těchto hodnot Soudní dvůr zjistí, že výše uvedené články vyžadují zvláštní úsilí při výkladu, do něhož rozhodujícím způsobem zasáhne zásada proporcionality.

5. Jak je vidět, povaha zde dotčených hodnot, jakož i možnost zavést přezkum přiměřenosti v rámci článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES, jasně ukazují význam projednávané věci nejen pro konkrétní povolání notáře, ale v širším smyslu pro právo Unie.

II – Právní rámec

A – *Právo Společenství*

1. Primární právo

6. Pravidlo, jehož se Komise dovolává na podporu své žaloby, vyplývá se spojení

4 — Zde je třeba zdůraznit, že ačkoli povolání notáře kontinentálního typu, které je předmětem těchto žalob, je v Evropě stále nejrozšířenější, v Evropské unii existují zároveň další varianty povolání notáře, jejichž zahrnutí do působnosti čl. 45 prvního pododstavce ES nevyvolává otázky. Je tomu tak buď proto, že povolání notáře je plně začleněno do veřejné správy, nebo proto, že úkony notáře nemají účinky spojené se sepisováním veřejných listin ve zde používaném smyslu. Konečně, k dalšímu zvýšení diverzity v Evropě došlo v posledních letech s odstraněním podmínky státní příslušnosti v některých státech, které zachovávají kontinentální typ notáře (Itálie, Španělsko).

článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES (nyní články 49 a 51 SFEU), jež v době tvrzeného nesplnění povinnosti zakotvovaly svobodu usazování fyzických a právnických osob takto:

„*Článek 43*

V rámci níže uvedených ustanovení jsou zakázána omezení svobody usazování pro státní příslušníky jednoho členského státu na území státu druhého. Stejně tak jsou zakázána omezení při zřizování zastoupení, poboček nebo dceřiných společností státními příslušníky jednoho členského státu usazenými na území druhého státu.

[...]

Článek 45

Ustanovení této kapitoly se v členských státech nevztahují na činnosti, které jsou v příslušném členském státě spjaty, i když jen příležitostně, s výkonem veřejné moci.

Rada může na návrh Komise kvalifikovanou většinou rozhodnout, že na určité druhy činností se ustanovení této kapitoly nepoužijí [5]."

2. Sekundární právo

7. Směrnice 89/48 stanovila lhůtu k provedení, jež v souladu s jejím článkem 12 uplynula dne 24. ledna 1991.

8. V článku 2 směrnice stanovila:

„Tato směrnice se vztahuje na každého státního příslušníka členského státu, který chce vykonávat regulované povolání v hostitelském členském státě jako osoba samostatně výdělečně činná nebo jako zaměstnanec.

Tato směrnice se nevztahuje na povolání, která jsou předmětem zvláštní směrnice, jíž se stanoví podmínky vzájemného uznávání diplomů mezi členskými státy."

5 — Je třeba zdůraznit, že ačkoli v rámci těchto žalob pro nesplnění povinnosti všichni účastníci odkazují bez upřesnění na článek 45 ES, jedná se ve všech případech ve skutečnosti o ustanovení obsažené v prvním ze dvou pododstavců uvedeného článku, tedy v pododstavci, který ‚negativně' vymezuje působnost této svobody tak, že se nevztahuje na činnosti spjaté s výkonem veřejné moci. Ve zcela jiném smyslu druhý odstavec upravuje obecný případ hospodářských činností, které, aniž se podílí na výkonu veřejné moci, ‚mohou' být prostřednictvím ustanovení sekundárního práva ‚vyloučeny' z působnosti svobody usazování. K tomu se vrátím později.

9. Je třeba poznamenat, že povolání notáře nebylo upraveno žádným takovým nástrojem, na jaký odkazuje druhý odstavec uvedeného ustanovení.

10. Směrnice 89/48 byla zrušena a kodifikována směrnicí 2005/36. Nové znění zachovává základní obsah směrnice 89/48, avšak bod 41 odůvodnění, který je oproti předchozí směrnici nový, uvádí, za použití výrazů, které zjevně nejsou irelevantní, toto:

„Použití čl. 39 odst. 4 Smlouvy a článku 45 Smlouvy není touto směrnicí dotčeno, zejména pokud jde o notáře."

B – *Vnitrostátní právo*

1. Povolání notáře

11. Jak Komise, tak členské státy uvedly řadu skutkových a právních okolností podrobně popisujících povolání notáře v jednotlivých zemích. Nicméně vzhledem k množství informací, k tomu, že se jedná o stanovisko ve spojených věcech, a k potřebě provést argumentačně jasnou analýzu věci samé, vyložím níže v samostatných shrnutích jak uplatňované právní předpisy, tak funkce, jimiž jsou pověřeni notáři v jednotlivých členských státech, mezi nimiž vyniká sepisování veřejných listin o právních úkonech.

a) Belgické právo

12. Povolání notáře je v Belgii upraveno zákonem z 25. ventôse roku XI, jakož i různými ustanoveními obsaženými mimo jiné v belgickém soudním řádu.

13. Podle belgického práva spočívá funkce notáře hlavně v sepisování veřejných listin o právních úkonech, jež se vyznačují dvěma hlavními rysy: kvalifikovanou důkazní silou a vykonatelností [6].

14. Při sepisování veřejné listiny notář jedná na žádost stran a provádí přezkum legality právního úkonu, s nímž se na něj strany obracejí. Účast notáře může být povinná či volitelná, v závislosti na právním úkonu, o němž sepisuje veřejnou listinu, a jeho účelem je

6 — Článek 19 zákona z 25. ventôse roku XI.

ověřit splnění všech zákonem požadovaných podmínek pro uskutečnění tohoto úkonu, jakož i právní subjektivity stran a jejich způsobilosti k právním úkonům. V rámci své činnosti notář informuje strany o jejich právech a povinnostech a radí jim zcela nestranně [7]. Notář rovněž provádí přímo výpočet a výběr poplatků za registraci a za zřízení zástavního práva.

15. Všechny listiny sepsané notářem mají kvalifikovanou důkazní sílu, která odpovídá síle aktů přijatých představiteli státní moci, a důkaz o opaku lze podat pouze před soudem. Přezkum posouzení ze strany notáře je možný na základě opravného prostředku, ale pouze v rámci zvláštního řízení o přezkumu [8].

16. Veřejná listina je kromě toho vykonatelná na celém území státu [9]. Notářský zápis je tak vykonatelný vůči dlužníkovi bez jeho souhlasu (s výhradou, že mu byl doručen), jeho výkon přitom přísluší veřejnému orgánu (*huissier)*. Jestliže se dlužník hodlá nucenému výkonu bránit, může se obrátit na soud prostřednictvím námitky směřované proti výkonu [10].

17. Belgická vláda prokázala, že notáři vykonávají kromě sepisování veřejných listin o právních úkonech i jiné činnosti, třebaže menšího významu, než je výše popsaná činnost. Notář tak vykonává činnosti související s prodejem nemovitostí v rámci výkonu rozhodnutí, konkurzních řízení, řízení o opatrovnictví nebo dědictví; se soupisem majetku; s rozdělením nedělitelného předmětu spoluvlastnictví, jakož i zakládání, slučování a jiné úkony související se společnostmi.

18. Pro účely plnění těchto funkcí je notář osobou zastávající veřejný úřad a reprezentuje veřejnou moc, ačkoli jeho činnost je považována za svobodné povolání [11]. Nemůže být zbaven úřadu a podléhá disciplinárnímu režimu vztahujícímu se na ty, kteří pracují jménem veřejné moci [12]. Odměny notáře nemají obchodní povahu a jsou stanoveny zákonem, avšak klient má značnou svobodu při výběru notáře. Notáři tudíž nesoutěží o zákazníky prostřednictvím cenové politiky, ale prostřednictvím kvality služeb.

7 — Článek 9 odst. 1 bod 3 uvedeného zákona z 25. ventôse.

8 — Řízení „inscription en faux“, které se vztahuje na notářské zápisy, je pro občanskoprávní oblast upraveno článkem 895 belgického soudního řádu.

9 — Článek 19 uvedeného zákona z 25. ventôse.

10 — Články 1395 a 1396 belgického soudního řádu.

11 — Článek 1 uvedeného zákona z 25. ventôse.

12 — Článek 108 uvedeného zákona z 25. ventôse.

b) Francouzské právo

19. Povolání notáře ve Francii je upraveno zákonem z 25. ventôse roku XI, a dalšími zvláštními ustanoveními stanovenými zejména v občanském soudním řádu.

20. I ve Francii se povolání notáře vyznačuje sepisováním zápisů o listinách a smlouvách předložených stranami notáři, jehož úkon dává listině nebo smlouvě kvalifikovanou důkazní sílu a vykonatelnost [13].

21. Notář ve Francii jedná na žádost stran, třebaže existují různé listiny, jejichž sepsání povinně vyžaduje účast notáře [14]. Za účelem řádného sepsání veřejné listiny notář přezkoumává legalitu transakce a podléhá zákonem stanoveným formálním pravidlům [15], mezi něž patří povinnost sepsat listinu ve francouzském jazyce [16]. Notář je rovněž povinen informovat strany o významu a účincích listiny, jakož i ujistit se, že strany dávají svůj souhlas dobrovolně a mají plnou právní subjektivitu a způsobilost k právním úkonům.

22. Veřejná listina má kvalifikovanou důkazní sílu a lze ji zpochybnit pouze prostřednictvím zvláštního řízení, k němuž je výlučně příslušný *tribunal de grande instance* [17]. Řízení je zahájeno jako incidenční nebo hlavní podle toho, zda je veřejná listina zpochybněna v průběhu probíhajícího řízení či nikoliv. [18] Uvedené řízení může vést k uložení sankcí jak notáři, tak účastníkovi, který jeho zahájení navrhl.

23. Vykonatelnost notářského zápisu znamená, že kterýkoliv z jeho účastníků může navrhnout jeho výkon přímo výlučně příslušnému veřejnému orgánu, jímž je *huissier* [19]. Na rozdíl od právních úkonů učiněných bez úředního ověření nevyžaduje notářský zápis při svém výkonu úkon soudu, ani souhlas

13 — Článek 1 nařízení č. 45-2590 ze dne 2. listopadu 1945, článek 1319 občanského zákoníku a článek 19 uvedeného zákona z 25. ventôse.

14 — Mimo jiné dary, manželské smlouvy, zřizování zástav nebo budoucí prodeje.

15 — Viz uvedený zákon z 25. ventôse, jakož i zvláštní ustanovení, jako například ustanovení článku 850 obecného daňového zákona.

16 — Článek 1 zákona 94-665 ze dne 4. srpna 1994, jakož i nařízení Villers-Cotterêts z roku 1539, které je dosud platné a které vyžaduje používání francouzského jazyka ve veřejných listinách.

17 — Článek 299 občanského soudního řádu.

18 — Články 306 a 314 občanského soudního řádu.

19 — Monopol na výkon vykonatelných aktů a titulů ve prospěch *huissiers* stanoví článek 18 uvedeného občanského soudního řádu.

dlužníka. Řízení o výkonu rozhodnutí je stejné jako při výkonu soudních rozhodnutí [20].

c) Lucemburské právo

26. Povolání notáře je v Lucembursku upraveno zákonem ze dne 9. prosince 1976, jakož i dalšími zvláštními předpisy, mezi nimiž je třeba zdůraznit nový občanský soudní řád, zákon ze dne 25. září 1905 a velkovévodské nařízení ze dne 7. října 2000.

24. Francouzská vláda prokázala, že notáři vykonávají kromě sepisování veřejných listin o právních úkonech rovněž další činnosti, třebaže menšího významu, než je výše popsaná činnost. Notář tak vykonává činnosti související s výběrem jiných poplatků, než jsou poplatky za sepsání veřejné listiny, které jej doplňují a ukazují míru prolínání tohoto povolání s veřejnou mocí.

27. Lucemburský notářský stav se vyznačuje tím, že je složen z osob zastávajících veřejný úřad, jejichž úkolem je přijímat listiny a smlouvy, které jim předloží strany, za účelem dát jim povahu veřejné listiny [22]. Se sepsáním veřejné listiny je spojena vyšší důkazní síla a vykonatelnost [23].

25. Notář je osobou zastávající veřejný úřad, nositelem delegované veřejné moci a podléhá zvláštnímu režimu neslučitelnosti funkcí, i když vykonává svou činnost jako svobodné povolání [21]. Jeho funkce nicméně patří do rámce činností preventivního soudnictví, které zaručují stabilitu právních a společenských vztahů. Odměny notářů jsou stanoveny zákonem, ale klient má prostor k volbě notáře. Jde tedy o hospodářskou činnost, vykonávanou v režimu hospodářské soutěže, kde je pro rozlišování mezi poskytovateli určující nikoliv cena, nýbrž kvalita služby.

28. Notář jedná na žádost strany a musí přitom ověřit legalitu právního úkonu a zajistit splnění různých formálních požadavků stanovených zákonem. V určitých případech však může být účast notáře povinná [24]. Notář musí ověřit, že strany jednají naprosto svobodně a mají plnou právní subjektivitu a způsobilost k právním úkonům. Je rovněž povinen radit stranám zcela nestranně, jakož i informovat je o právech a povinnostech vyplývajících z právního úkonu a jeho notářské účasti.

20 — Zákon 91-650 ze dne 9 července 1991.

21 — Veřejnoprávní povahu notářské činnosti potvrdila francouzská Conseil d'État (Státní rada) v rozsudku ze dne 9. června 2006 (č. 280911), v němž připustila použitelnost čl. 45 prvního pododstavce ES na toto povolání, nicméně k tomuto závěru dospěla bez položení předběžné otázky Soudnímu dvoru.

22 — Článek 1 zákona ze dne 9. prosince 1976.

23 — Články 37 a 45 výše uvedeného zákona.

24 — Viz například zákon ze dne 25. září 1905, v oblasti věcných práv k nemovitostem.

29. Sepsání veřejné listiny je završeno připojením razítka obsahujícího doložku vykonatelnosti [25]. Důkazní síla této listiny je tedy obzvláště vysoká a lze ji zpochybnit pouze výjimečně a prostřednictvím zvláštního řízení o opravném prostředku [26].

30. Vykonatelnost notářského zápisu umožňuje věřiteli zahájit proti dlužníkovi přímo řízení o jeho výkon, aniž musí zahájit určovací řízení u soudu. Věřitel se pouze musí obrátit na orgán, který má výlučnou pravomoc k nucenému výkonu, jímž je *huissier.* Proti rozhodnutím, která vydá *huissier* v rámci vykonávacího řízení, je možné podat opravný prostředek za stejných podmínek jako v případě výkonu soudního rozhodnutí.

31. Lucemburská vláda prokázala, že notáři mají za úkol kromě sepisování veřejných listin i výkon jiných činností, třebaže menšího významu, než je výše popsaná činnost. Notář tak vykonává činnosti související s prodejem nemovitostí v rámci výkonu rozhodnutí, konkursních řízení, řízení o opatrovnictví nebo dědictví; soupis majetku; jakož i rozdělení nedělitelného předmětu spoluvlastnictví.

32. Notáři jsou osobami zastávajícími veřejný úřad jmenovanými velkovévodou na návrh ministra spravedlnosti. Svou funkci vykonávají na celém území Lucemburska, kde jsou povinni mít bydliště. Ačkoliv vykonávají svou funkci jako svobodné povolání, mají zvláštní postavení zahrnující striktní režim neslučitelnosti funkcí [27]. Odměny notářů jsou stanoveny zákonem, ale klienti mají prostor k volbě notáře, pokud jich v dotčeném územním obvodu působí více. Mezi notáři tedy existuje hospodářská soutěž, ačkoliv nesoutěží na základě ceny, nýbrž kvality služby.

d) Rakouské právo

33. Činnost notáře v Rakousku je velmi obecně upravena v zákoně ze dne 25. července 1871 a v zákoně ze dne 11. listopadu 1970, jakož i v různých ustanoveních občanského soudního řádu.

34. Povolání notáře v Rakousku vykonávají osoby zastávající veřejný úřad doživotně jmenované státem, jejichž funkce spočívají mimo jiné v sepisování veřejných listin, které tak získávají zvláštní důkazní hodnotu a vykonatelnost [28].

25 — Příloha 2 velkovévodského nařízení ze dne 7. října 2000.
26 — Články 310 a násl. občanského soudního řádu.
27 — Článek 6 výše uvedeného zákona ze dne 9. prosince 1976.
28 — Ustanovení § 292 občanského soudního řádu a § 3 zákona ze dne 25. července 1871, RGBl. 75/1871.

35. Jak Rakouská republika uznala ve své žalobní odpovědi, sepisování veřejných listin o právních úkonech je typickým a původním úkolem notářů v uvedené zemi. Jde o funkci vykonávanou na žádost stran, ačkoli v určitých případech je pro účely uskutečnění právního úkonu a zajištění jeho plné účinnosti účast notáře povinná. Notář provádí kontrolu legality právního úkonu, při němž je požadována jeho účast, a rovněž poskytuje stranám poradenství ohledně jejich práv a povinností a účinků jeho notářské účasti a ověřuje, zda strany mají plnou právní subjektivitu a způsobilost k právním úkonům.

36. Poté, co notář provedl své úkony, může zastupovat strany a ve specifických případech může zajišťovat jejich obhajobu před soudy a správními orgány [29]. Tuto činnost vykonávají notáři samostatně a za účelem zisku.

37. Notářské zápisy mají zvláštní důkazní hodnotu, ale za určitých striktních podmínek je možné ji zpochybnit [30].

38. V důsledku jejich sepsání notářem představují notářské zápisy exekuční tituly, které lze vykonat přímo na žádost dotčeného podanou ke státním orgánům pověřeným touto činností: okresním soudům (Bezirksgerichte) [31]. Není třeba ani souhlasu dlužníka ani získání deklaratorního soudního rozhodnutí. V rámci vykonávacího řízení jsou však přípustné opravné prostředky, které upravují zvláštní procesní předpisy týkající se uvedeného řízení [32].

39. Rakouská vláda prokázala, že notáři kromě sepisování veřejných listin vykonávají jiné činnosti, třebaže menšího významu, než je výše popsaná činnost. Notář tak jedná jako Gerichtskommissär, což je funkce, jíž ho pověřuje zákon, která zahrnuje podpůrné činnosti a vykonávání úředních úkonů při určitých soudních řízeních, například v oblasti dědictví. Pokud notář jedná jako Gerichtskommissär, vykonává funkce odpovídající soudům, včetně pravomoci vydávat příkazy.

40. Notář je osobou zastávající veřejný úřad jmenovanou rozhodnutím spolkového ministra spravedlnosti a je povinen vykonávat své veřejné funkce. Svou činnost však vykonává jako svobodné povolání. Notáři jsou při výkonu své činnosti zcela nestranní a podléhají

29 — Ustanovení § 5 výše uvedeného zákona.

30 — Ustanovení § 292 občanského soudního řádu.

31 — *Bewilligungs- bzw. Exekutionsgericht*. Viz § 17 a násl. zákona ze dne 27. května 1896, RGBl. 79/1896.

32 — Ustanovení § 35 až 37 výše uvedeného zákona ze dne 27. května 1896.

zvláštnímu režimu. Jejich odměny jsou stanoveny zákonem, ale klienti mají prostor k volbě notáře. Mezi notáři tedy existuje hospodářská soutěž, která není založena na cenové politice, nýbrž na kvalitě služeb.

e) Německé právo

41. Činnost notáře v Německu je upravena zákonem ze dne 24. února 1961, jakož i různými ustanoveními občanského soudního řádu.

42. Němečtí notáři jsou nezávislé osoby zastávající veřejný úřad, jejichž hlavní funkcí je sepisování veřejných listin o právních úkonech [33]. V důsledku účasti notáře je listina vykonatelná a má zvláštní důkazní sílu [34]. Funkce notáře je součástí takzvané „preventivní spravedlnosti“ [35].

43. Sepisování veřejných listin o právních úkonech je nejvýznamnější a nejtypičtější činností povolání notáře. Notář za tím účelem ověřuje legalitu soukromých právních úkonů, které mají strany v úmyslu učinit, a zajišťuje, že tyto strany mají při vyjádření své vůle plnou právní subjektivitu a způsobilost k právním úkonům [36]. Jsou-li splněny zákonné podmínky, je notář povinen veřejnou listinu sepsat [37]. V rámci své činnosti notář stranám poskytuje poradenství a informuje je o jejich právech a povinnostech, jakož i o účincích sepsání veřejné listiny [38]. Třebaže notář jedná na žádost strany, a nikoliv z moci úřední, německý právní řád stanoví širokou paletu právních úkonů, které ke své plné účinnosti vyžadují účast notáře [39].

44. Notářský zápis má zvláštní důkazní sílu, i když může být zpochybněn za podmínek, které jsou stanoveny zákonem [40], a v závislosti na skutečnostech, které se považují za osvědčené před notářem, což mohou být prohlášení třetích stran, prohlášení samotného notáře nebo určité skutečnosti.

45. Notářský zápis je vykonatelný a jeho výkon přísluší, pod podmínkou, že byl doručen, přímo příslušným orgánům bez souhlasu dlužníka. To předpokládá, že dlužník

33 — Ustanovení § 1 a § 20 odst. 1 zákona ze dne 24. února 1961, BGBl. I., s. 97.

34 — Ustanovení § 415, § 794 odst. 1 bod 5 a § 797 odst. 2 občanského soudního řádu.

35 — V německém jazyce podle uvedeného § 1 zákona ze dne 24. února 1961 „vorsorgende Rechtspflege“.

36 — Ustanovení § 14 odst. 2 výše uvedeného zákona ze dne 24. února 1961.

37 — Ustanovení § 15 odst. 1 výše uvedeného zákona ze dne 24. února 1961.

38 — Ustanovení § 14 odst. 1 bod 2 výše uvedeného zákona ze dne 24. února 1961.

39 — Viz mimo jiné případy přislíbení daru (§ 518 BGB), manželské smlouvy (§ 1408 BGB) nebo vzdání se dědictví (§ 2346 BGB).

40 — Ustanovení § 415 odst. 2 občanského soudního řádu.

souhlasí s nuceným výkonem v okamžiku učinění úkonu a sepsání veřejné listiny o něm [41]. Pravomoc k výkonu přísluší výlučně orgánům určeným zákonem, mezi něž patří notář [42]. Proti rozhodnutím přijatým v rámci vykonávacího řízení, které se nějak vztahují k obsahu notářského zápisu, je možné podat opravný prostředek k soudu [43].

46. Německá vláda prokázala, že notáři kromě sepisování veřejných listin vykonávají i jiné činnosti, třebaže menšího významu, než je výše popsaná činnost. Notář tak vykonává činnosti související s ověřováním dokumentů, udělováním plné moci a osvědčováním čestných prohlášení.

47. Německý notář je osobou zastávající veřejný úřad, kterou jmenuje spolková země a která vykonává svou činnost jménem státu [44]. I když jeho činnost nemá komerční povahu, notář jedná jako příslušník svobodného povolání, s výjimkou případu Bádenska-Württemberska. [45] Ve zbývajících spolkových zemích, a podle jednotlivých zemí, notář vykonává výhradně notářskou činnost nebo ji vykonává současně s povoláním advokáta. Notáři mají zvláštní status, který zaručuje jejich nezávislost, a jejich odměny stanoví zákon [46]. Klient však má široký prostor při volbě notáře v konkrétním územním obvodu [47]. Mezi notáři, kteří působí na jednom území, tedy existuje hospodářská soutěž, která není založena na cenové politice, nýbrž na kvalitě služeb.

f) Řecké právo

48. Činnost notáře v Řecku je v zásadě upravena zákonem 2830/2000.

49. Řecký notář je osobou zastávající veřejný úřad pověřenou především sepisováním veřejných listin o právních úkonech, kterým dává určitou důkazní sílu a vykonatelnost [48].

41 — Ustanovení § 794 odst. 1 bod 5 občanského soudního řádu.

42 — Existují různé příslušné orgány, mimo jiné soudní úředníci (Gerichtsvollzieher), vykonávací soudy (Vollstreckungsgericht), soudy rozhodující spory (Prozessgericht) nebo rejstříkové soudy (Grundbuchamt).

43 — Ustanovení § 732 a § 797 odst. 3 občanského soudního řádu.

44 — Ustanovení § 1 výše uvedeného zákona ze dne 24. února 1961.

45 — V tomto případě je notář úředníkem začleněným do veřejné správy.

46 — Ustanovení § 17 výše uvedeného zákona ze dne 24. února 1961.

47 — Ustanovení § 10a a § 11 výše uvedeného zákona ze dne 24. února 1961.

48 — Článek 1 odst. 1 zákona 2830/2000.

50. Úkolem notáře je sepisování veřejných listin o právních úkonech, s nimiž se na něj strany svobodně obracejí, i když v některých případech může být účast notáře povinná [49]. Notář informuje strany o jejich právech a povinnostech a radí jim v této souvislosti, své služby přitom poskytuje zcela nezávisle.

51. Notářské zápisy mají zvláštní důkazní sílu, jelikož jde o důkaz, který lze uplatňovat vůči všem [50]. Obsah zápisu lze zpochybnit pouze z výjimečných důvodů.

52. Vzhledem k vykonatelnosti notářského zápisu lze návrh na jeho výkon podat přímo k příslušnému orgánu pověřenému výkonem. Nicméně proti opatřením v rámci nuceného výkonu je možné za stanovených okolností podat opravný prostředek, i když pouze incidenčně [51].

53. Řecká vláda prokázala, že notáři kromě sepisování veřejných listin vykonávají i jiné činnosti, třebaže menšího významu, než je výše popsaná činnost. Notář tak vykonává činnosti související s prodejem nemovitostí v rámci vykonávacího řízení, konkursním řízením, řízením o opatrovnictví nebo dědictví; soupisem majetku; jakož i rozdělením nedělitelného předmětu spoluvlastnictví.

54. Notář je osobou zastávající veřejný úřad, která poskytuje své služby nezávisle a dostává odměnu přímo od klienta. Ačkoliv cena služeb notáře je stanovena zákonem, klient má při volbě notáře určitý prostor.

55. Mezi notáři tak existuje hospodářská soutěž, která není založena na cenové politice, ale na kvalitě služeb.

g) Rekapitulace

56. Na závěr výše uvedeného mohu podle mého názoru oprávněně shrnout, že šest žalovaných států přijalo a rozvinulo společný model povolání notáře, zejména pokud jde o sepisování veřejných listin a jejich následné účinky: kvalifikovanou důkazní sílu a vykonatelnost. Je rovněž zjevné, že ve všech žalovaných státech mají notáři specifický a hybridní status mezi veřejnou funkcí a svobodným povoláním a mají práva a povinnosti, které činí z povolání notáře úřad, jenž vykonává hospodářskou činnost *sui generis.* Tento stupeň základní shody umožňuje dát na projednávané žaloby pro nesplnění povinnosti argumentačně jednotnou odpověď.

49 — Například zakládání společností, darování mezi žijícími osobami a převody nemovitostí.

50 — Článek 438 výše uvedeného zákona 2830/2000.

51 — Článek 933 a násl. výše uvedeného zákona 2830/2000.

2. Vnitrostátní pravidlo, které je konkrétně předmětem žalob: podmínka státní příslušnosti

57. Po uvedení základního právního rámce, který upravuje povolání notáře, je třeba nyní uvést ustanovení, která Komise k tomto řízení napadá, jejichž účelem je omezit přístup k notářské činnosti na vlastní státní příslušníky.

a) Belgické právo

58. Článek 35 odst. 3 zákona z 25. ventôse roku XI, ve znění zákona ze dne 4. května 1999, stanoví podmínku státní příslušnosti pro přístup k povolání notáře v Belgii. Zní takto:

„Aby mohl být žadatel jmenován notářským kandidátem, musí: 1. být belgickým státním příslušníkem […].“

b) Francouzské právo

59. Článek 3 nařízení ze dne 5. července 1973, ve znění nařízení 89-399 ze dne 20. června 1989, obsahuje podmínku státní příslušnosti, která podmiňuje přístup k povolání notáře, následujícího znění:

„Notářem může být pouze ten, kdo splňuje následující podmínky: 1. je francouzským státním příslušníkem […]“

c) Lucemburské právo

60. Článek 15 zákona ze dne 9. prosince 1976 o organizaci povolání notáře stanoví podmínku státní příslušnosti pro přístup k povolání notáře v Lucembursku. Zní takto:

„Pro přístup k funkci notáře je nezbytné: a) mít lucemburskou státní příslušnost […].“

d) Rakouské právo

61. Ustanovení § čl. 6 odst. 1 písm. a) nařízení 75/1871 ve znění nařízení BGBl č. 164/2005 stanoví podmínku státní příslušnosti pro přístup k povolání notáře v Rakousku, jež zní takto:

„Předpoklady pro výkon funkce notáře jsou: a) rakouská státní příslušnost […].“

e) Německé právo

62. Ustanovení § 5 spolkového notářského řádu ve znění § 3 zákona ze dne 26. března 2007 obsahuje podmínku státní příslušnosti pro přístup k povolání notáře v Německu. Zní takto:

„Funkci notáře mohou vykonávat pouze němečtí státní příslušníci, kteří splňují požadavky na výkon funkce soudce podle spolkového zákona o soudcích“.

f) Řecké právo

63. Článek 19 odst. 1 již uvedeného zákona 2830/2000 stanovil podmínku státní příslušnosti pro přístup k povolání notáře v Řecku, která zní takto:

„Notářem je jmenován ten, kdo má řeckou státní příslušnost […].“

III – Návrhová žádání účastníků řízení

64. Komise, podporovaná Spojeným královstvím Velké Británie a Severního Irska, ve zde spojených věcech navrhuje, aby Soudní dvůr určil, že:

– Belgické království, Francouzská republika, Lucemburské velkovévodství, Rakouská republika, Spolková republika Německo a Řecká republika omezením přístupu k povolání notáře výhradně na vlastní státní příslušníky nesplnily povinnosti, které pro ně vyplývají z článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES;

– Belgické království, Lucemburské velkovévodství, Rakouská republika, Spolková republika Německo a Řecká republika tím, že na povolání notáře neuplatňují směrnici 2005/36 o uznávání odborných kvalifikací, nesplnily povinnosti, které pro ně vyplývají z uvedené směrnice;

– Belgickému království, Francouzské republice, Lucemburskému velkovévodství, Rakouské republice, Spolkové republice Německo a Řecké republice se ukládá náhrada nákladů řízení.

65. Žalované státy, podporované Litevskou republikou, Rumunskem, Bulharskou republikou, Polskou republikou, Slovinskou republikou, Českou republikou, Slovenskou republikou, Maďarskou republikou a Lotyšskou republikou, navrhují, aby Soudní dvůr:

zamítl žalobu jako neopodstatněnou, neboť nedošlo k porušení článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES, a uložil Komisi náhradu nákladů řízení;

kromě toho a před výše uvedeným Spolková republika Německo vznáší námitku nepřípustnosti, přičemž uvádí, že Komise se v průběhu fáze před zahájením soudního řízení dovolávala směrnice 89/48, zatímco nyní, v žalobě, uplatňuje nesplnění povinností vyplývajících ze směrnice 2005/36, která směrnici 89/48 nahradila.

IV – K přípustnosti

66. Ve věci C-54/08, která se týká Spolkové republiky Německo jako žalované, tento stát za podpory Slovinska a Lotyšska vznáší námitku nepřípustnosti z důvodu norem, jichž se Komise dovolává. Má za to, že ve fázi postupu před zahájením řízení pro nesplnění povinnosti mu Komise vytýkala porušení směrnice 89/48 a nyní ve fázi soudního řízení mu vytýká porušení směrnice 2005/36, která předchozí směrnici nahradila.

67. Tuto námitku nelze přijmout.

68. Podle ustálené judikatury představuje řádný průběh správního postupu před zahájením soudního řízení základní záruku požadovanou Smlouvou nejen pro ochranu práv dotyčného členského státu, ale i k zajištění toho, že předmětem případného soudního řízení bude jasně vymezený spor. Pouze na základě řádného postupu před zahájením řízení může kontradiktorní řízení před Soudním dvorem posledně jmenovanému umožnit rozhodnout, zda členský stát skutečně nesplnil konkrétní povinnosti, jejichž porušení Komise uplatňuje [52].

69. Jak opakovaně rozhodl Soudní dvůr, ačkoli v zásadě návrhová žádání obsažená v žalobě nemohou jít nad rámec nesplnění povinností vytýkaných v odůvodněném stanovisku a ve výzvě dopisem, nic to nemění na tom, že pokud v průběhu předchozího správního řízení

52 — Usnesení ze dne 11. července 1995, Komise v. Španělsko, C-266/94, Recueil, s. I-1975, body 17 a 18.

dojde ke změně práva Společenství, „Komise je oprávněna domáhat se určení nesplnění povinností vyplývajících z původního znění směrnice, později změněné či zrušené, které byly novými ustanoveními zachovány [53]“.

V – K věci samé

A – *K prvnímu důvodu nesplnění povinnosti*

70. Jak uvedla Komise, ze srovnání uvedených ustanovení vyplývá, že směrnice 2005/36 pouze posílila a kodifikovala ustanovení směrnice 89/48. Většina povinností uložených členským státům prostřednictvím směrnice 89/48 je tudíž nadále zachována na základě směrnice 2005/36.

71. Z toho plyne, že žalobu je třeba prohlásit za přípustnou a námitce nepřípustnosti vznesené Německem nevyhovět, neboť odkazuje na povinnosti plynoucí ze směrnice 2005/36, které byly stanoveny již zrušenou směrnicí.

72. Svým prvním důvodem nesplnění povinnosti se Komise domáhá toho, aby Soudní dvůr určil, že žalované členské státy tím, že omezily přístup k povolání notáře pouze a výhradně na vlastní státní příslušníky, porušily článek 43 ES a čl. 45 první pododstavec ES.

73. Státy namítají odlišné pojetí pravidla vyplývajícího z obou ustanovení, založené v zásadě na vymezení působnosti uvedené normy, vyjádřené negativně ve druhém z ustanovení, tedy odlišný výklad výrazu „činnosti, které jsou [...] spjaty, i když jen příležitostně, s výkonem veřejné moci“.

74. Pokud to vyjádřím velmi jednoduše, zatímco pro Komisi je čl. 45 první pododstavec ES v zásadě ustanovením omezeným na pojem „donucení“, členské státy zastávají výrazně širší výklad v tom smyslu, že toto ustanovení zahrnuje jakoukoliv formu rozhodnutí, které má zvláštní a jiné účinky než soukromý úkon.

53 — Viz mimo jiné rozsudky ze dne 9. listopadu 1999, Komise v. Itálie, C-365/97, Recueil, s. I-7773, bod 36, a ze dne 5. června 2003, Komise v. Itálie, C-145/01, Recueil, s. I-5581, bod 17.

1. Tři úvodní poznámky obecné povahy

75. Úvodem je třeba učinit tři obecné poznámky. Jednu týkající se struktury pravidla vyplývajícího z článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES; druhou týkající se smyslu, nebo chceme-li struktury samotného čl. 45 prvního pododstavce ES; třetí týkající se uplatňování zásady proporcionality.

a) Pravidlo, jehož porušení Komise členským státům vytýká: článek 43 ES a čl. 45 první pododstavec ES

76. Jak bylo uvedeno, Komise napadá porušení pravidla vyplývajícího z článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES, z něhož lze vyvodit rozsah působnosti svobody usazování. Specifičnost tohoto nesplnění povinnosti, vyplývajícího ze společného výkladu obou ustanovení Smlouvy, zasluhuje první komentář z mé strany.

77. Článek 43 ES a čl. 45 první pododstavec ES totiž tvoří skutečně normativní celek sestávající z pravidla (svoboda usazování) a výjimky (činnosti spojené s výkonem veřejné moci), které tak vymezují jeho působnost. Pravidlo rozhodující pro řešení projednávané věci vyplývá ze spojení obou ustanovení. Nejedná se tedy o pravidlo (článek 43 ES), z jehož uplatňování pouze existuje *výjimka* (čl. 45 první pododstavec ES), ale o jiné pravidlo: pravidlo, které určuje rozsah působnosti svobody usazování pro výkon činností, které *nejsou* spjaty s výkonem veřejné moci. Takový je rozsah působnosti konkrétní svobody zaručené Smlouvou a tak je třeba chápat požadavek Komise na určení nesplnění povinností vyplývajících z článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES.

78. To ostatně představuje rozhodující rozdíl, který z funkčního hlediska odlišuje dva pododstavce, které obsahuje článek 45 ES. První, jak bylo uvedeno, vymezuje přímo a vyčerpávajícím způsobem (*dokonale*), třebaže negativně, rozsah působnosti svobody, když z něj rovnou vylučuje („nevztahují [se]“) činnosti spjaté s výkonem veřejné moci. Druhý naopak pouze umožňuje, aby sekundární právo zavedlo dodatečná omezení rozsahu svobody stanoveného Smlouvou, jak vyplývá ze spojení článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES. Tato obecná možnost konkrétní odchylky z rozsahu svobody, tím spíše, že jí dosud nebylo využito, nemá žádný vztah k projednávaným žalobám pro nesplnění povinnosti. Nicméně její výrazná odlišnost od

ustanovení prvního pododstavce umožňuje pochopit a vysvětlit funkci a dosah posledně uvedeného ustanovení.

79. Je tedy třeba trvat na tom, že článek 43 ES nezakotvuje svobodu, v tomto případě svobodu usazování, z níž je *poté* v čl. 45 prvním pododstavci ES stanovena výjimka. Jinak řečeno, nejedná se o výjimku z uplatňování pravidla, nýbrž o výjimku zakládající pravidlo, které ve Smlouvě vymezuje rozsah působnosti svobody. Členské státy jsou tedy povinny zajistit svobodu usazování pokud jde o hospodářské činnosti, které nejsou spjaty, a to ani příležitostně, s výkonem veřejné moci. Na vymezení dosahu článku 43 ES vyplývající z čl. 45 prvního pododstavce ES budu nadále odkazovat jako na „negativní rozsah působnosti svobody usazování".

„činností, které jsou [...] spjaty [...] s výkonem veřejné moci" odkazuje na *cizí prvek* ve fenomenologii moderní veřejné moci. Oddělení veřejné a soukromé sféry, nebo chceme-li státu a společnosti, které je charakteristické pro moderní politický svět, znamená, že v současnosti v zásadě neexistují činnosti spjaté s výkonem veřejné moci mimo tři moci, jimiž se projevuje veřejná moc. Privatizovaná (nebo nezestátněná) hospodářská činnost, která má nicméně povahu výkonu veřejné moci, je tedy něčím relativně *nečekaným* ve struktuře Smlouvy. I tak toto nadále vyplývá z dnešního článku 51 SFEU, dříve čl. 45 prvního pododstavce ES, a to již od první verze Smlouvy o EHS v roce 1957. Totéž ustanovení je mimojiné obsaženo rovněž v článcích 23 a 27 Smlouvy o Evropském sdružení volného obchodu.

b) Obtíže s výkladem smyslu čl. 45 prvního pododstavce ES

80. Druhá úvodní poznámka obecné povahy se týká již věci samé. Zdá se totiž bez dalšího jasné, že ustanovení obsažené v čl. 45 prvním pododstavci ES ohledně hospodářských

81. Zdá se přirozené předpokládat, že tato stálá přítomnost uvedeného ustanovení po celou dobu vývoje primárního práva musí sloužit nějakému účelu a být výrazem nějaké výchozí myšlenky [54]. Jediným logickým vysvětlením je to, že členské státy, ve svém

54 — Viz Tomuschat, Chr., „Der Vorbehalt der Ausübung öffentlicher Gewalt in den Berufsfreiheitsregelungen des EWG-Vertrages und die freie Advokatur im Gemeinsamen Markt", v *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 27 (1967), s. [X].

postavení autorů Smluv, a možná na základě vlastní právní kultury a tradice, zohlednily skutečnost, že přinejmenším v podstatné části z nich jejich příslušné právní řády počítají s určitými činnostmi spjatými s výkonem veřejné moci, které však nejsou vykonávány orgány veřejné moci, nýbrž mají naopak podobu hospodářských činností nebo činností vykonávaných hospodářskými subjekty. Přístup, který by vedl k závěru, že mezi stávajícími činnostmi *nelze nalézt* žádnou, která by zasluhovala takovou kvalifikaci, by vzbuzoval určité pochybnosti o podloženosti uvedeného výkladu.

82. Jiná věc je otázka, zda lze čl. 45 první pododstavce ES vykládat tak, že opravňuje členské státy k provedení neurčité nebo obecné privatizace politické moci (zvláštní forma *devolution*), která by jí dala smysl „hospodářské činnosti". Nezdá se mi, že by tomu tak bylo. Naopak, čl. 45 první pododstavec ES nelze považovat za ustanovení do budoucna, ale spíše za ustanovení spojené s *minulostí*. Pravděpodobně nejsprávnější pojetí čl. 45 prvního pododstavce ES je takové, že Smlouva chtěla vyjmout z působnosti svobody usazování veškerou hospodářskou činnost, jejímž předmětem je výjimečně nadále nějaká podoba vztahu s politickou mocí státu. Smlouva samozřejmě ponechává členským státům naprostou svobodu zachovat či ukončit tento typ hospodářské činnosti. Nicméně v rozsahu, v němž jej členské státy zachovají, vylučuje jej Smlouva přímo z působnosti svobody usazování. V tomto smyslu lze přirovnat toto ustanovení k fakultativní doložce *stand still*.

c) Začlenění zásady proporcionality

83. V rámci tohoto řízení členské státy uvedly, že použití článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES nepřipouští kontrolu přiměřenosti. S tímto argumentem hájí žalované členské státy a vedlejší účastníci názor, že pokud jsou splněny požadavky čl. 45 prvního pododstavce ES, nelze provést žádné poměření, které by umožnilo uplatňovat toto ustanovení odstupňovaně. Právě toto odstupňování je však úlohou zásady proporcionality při jejím uplatnění na výjimku ze svobod, neboť je nástrojem, který je třeba použít k určení toho, do jaké míry je omezení svobody nezbytné k dosažené legitimních cílů bezpečnosti, veřejného zdraví nebo veřejného

pořádku [55]. Státy žalované v tomto řízení se shodují v tom, že čl. 45 první pododstavce ES neumožňuje kontrolu z hlediska zásady proporcionality, ale představuje tak říkajíc binární ustanovení: buď je použitelné nebo ne, avšak neponechává tomu, kdo je vykládá, žádný prostor pro uvážení.

84. Pokaždé, když byl Soudní dvůr postaven před otázku výkladu čl. 45 prvního pododstavce ES, se totiž analýza omezila na ověření toho, zda je dotčená činnost přímo a skutečně spjata s výkonem veřejné moci. Nicméně, jak bude uvedeno dále, je třeba rovněž zdůraznit to, že Soudní dvůr dosud nebyl nucen v analýze, kterou vyžaduje uplatnění čl. 45 prvního pododstavce ES, jít dále než k první fázi, jelikož byl vždy na základě první analýzy dotčeného pojmu schopen určit, že dotčená činnost není spjata s výkonem veřejné moci. Jinak řečeno, Soudní dvůr mohl v případech, kdy musel rozhodovat o výkladu čl. 45 prvního pododstavce ES, rozhodnout bez posouzení podrobného významu pojmu „veřejná moc“ [56]. Naopak při existenci možnosti kladné odpovědi musí Soudní dvůr svůj přezkum provést podrobněji. V takovém případě spočívá výklad v určení toho – s ohledem na stupeň účasti na výkonu veřejné moci, který činnost vykazuje – zda je dotčené vnitrostátní opatření nezbytné k dosažení cílů článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES.

85. Je tedy třeba učinit závěr, že článek 43 ES a čl. 45 první pododstavce ES připouštějí kontrolu přiměřenosti.

86. V souvislosti s uvedenými ustanoveními případná kontrola přiměřenosti znamená přezkum obdobný přezkumu prováděnému Soudním dvorem v jeho judikatuře [57], tedy poměření (1) dopadu přijatého opatření na jedné straně a (2) míry, v níž se dotčená činnost podílí na výkonu veřejné moci na straně druhé. Čím bude podíl přímější nebo bezprostřednější, tím širší bude škála opatření, na která se vztahuje čl. 45 první pododstavec ES. Čím méně bude tento podíl přímý, tím méně bude opatření odůvodnitelných na základě tohoto ustanovení, jak z hlediska jejich množství, tak z hlediska jejich intenzity.

55 — Článek 46 odst. 1 ES. Toto ustanovení bylo vyloženo Soudním dvorem s uplatněním zásady proporcionality případ od případu, jak vyplývá z bohaté judikatury. Viz mezi některými nejnovějšími, rozsudky ze dne 12. září 2006, Cadbury Schweppes a Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Sb. rozh. s. I-7995), bod 61 a násl.; a ze dne 3. října 2006, Fidium Finanz (C-452/04, Sb. rozh. s. I-9521), bod 46. K zásadě a její roli jako pravidla poměřování v rámci svobod viz Tridimas, T., The General Principles of EU Law, 2. vydání, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 193 a násl., a Galetta, D.-U., Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo, Giuffrè Editore, Milán, 1998, s. 103 a násl.

56 — Viz za všechny M. Henssler a M. Filian, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, Europarecht, 2005.

57 — Viz judikatura uvedená v poznámce č. 55.

2. Činnost spjatá s výkonem veřejné moci

a) Judikatura Soudního dvora

87. První skutečnost, kterou je třeba zdůraznit při přezkumu současného stavu judikatury týkající se článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES, je soustavnost, s jakou Soudní dvůr trvá na nutnosti striktního výkladu. Už v roce 1974, v rozsudku Reyners [58], se ukázala tendence judikatury omezit dotčené ustanovení na velmi úzkou oblast. Důkazem tohoto přístupu je to, že po více než půlstoletí judikatury a patnácti vydaných rozsudcích Soudní dvůr dosud nerozhodl, že určitá činnost spadá do působnosti článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES.

88. Zadruhé judikatura upřesnila, že výraz „činnost" není synonymem výrazu „povolání". To, že činnost je spjata s výkonem veřejné moci, neznamená *per se*, že se článek 43 ES a čl. 45 první pododstavec ES vztahují na všechny ostatní činnosti, které vykonává dotčená osoba v rámci svého povolání. Tato úvaha vedla Soudní dvůr k závěru, že dosah a působnost článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES ve vztahu k celému povolání je možné omezit pouze v případech, kdy jsou činnosti veřejné moci neoddělitelné od ostatních činností. Jak prohlásil Soudní dvůr ve výše uvedeném rozsudku Reyners, nelze rozhodnout o celém povolání, „jestliže, v rámci nezávislého povolání, činnosti spjaté případně s výkonem veřejné moci představují prvek, jejž lze oddělit od dané profesní činnosti jako celku" [59].

89. Zatřetí Soudní dvůr ve věci Reyners upřesnil, že působnost článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES „je omezena na ty činnosti, které, posuzovány samostatně, jsou přímo a konkrétně spjaty s výkonem veřejné moci" [60] a členské státy nemohou v této souvislosti přijmout jednostranná ustanovení, která rozšiřují nebo omezují jejich použitelnost [61].

90. Konečně, čtvrtý a poslední prvek, který je třeba v judikatuře Soudního dvora zdůraznit, se týká potřeby přezkoumat specifické funkce vykonávané v rámci každé činnosti jako součást posouzení úzce spojeného s konkrétními okolnostmi daného případu, což od Soudního dvora vyžaduje, aby se podrobně zabýval

58 — Rozsudek ze dne 21. června 1974 (2/74, Recueil s. 631).

59 — Výše uvedený rozsudek, bod 47.

60 — Výše uvedený rozsudek, bod 45.

61 — Rozsudek ze dne 15. března 1988, Komise v. Řecko (147/86, Recueil s. 1637), bod 8.

otázkami vnitrostátního práva, jejichž řešení není vždy snadné. Od vydání rozsudku Reyners je tak jasné, že charakteristiky, které musí být splněny k uplatnění čl. 45 prvního pododstavce ES, musí být posouzeny „odděleně pro každý členský stát s ohledem na vnitrostátní předpisy platné pro organizaci a výkon tohoto povolání“ [62]. Tato charakteristika přispěla k tomu, že judikatura je kazuistická, stručná a silně vázaná na specifika každé činnosti. To platí natolik, že dosud neexistuje žádný rozsudek, ve kterém by Soudní dvůr upřesnil, jaký smysl mají výrazy „přímý“, „konkrétní“ nebo „veřejná moc“.

91. Pokud jde o praktické důsledky této judikatury, je třeba si povšimnout, jak jsem již uvedl, že Soudní dvůr v dosud vydaných rozhodnutích nikdy nedospěl k závěru, že určitá činnost je přímo a konkrétně spjata s výkonem veřejné moci [63]. Povolání advokáta [64], vzdělávání nebo řízení soukromých vzdělávacích zařízení [65], správa informačních systémů pro veřejnou správu [66], auditoři pojišťoven, [67], technická kontrola motorových vozidel [68], prodej sázek a loterií [69], soukromé bezpečnostní služby [70], veřejné záchranné služby [71] nebo subjekty pověřené kontrolou produktů pocházejících z ekologického zemědělství [72]; všechny tyto činnosti Soudní dvůr přezkoumal a ve všech případech vyloučil, že by šlo o činnosti spjaté s výkonem veřejné moci ve smyslu čl. 45 prvního pododstavce ES [73].

62 — Výše uvedený rozsudek, bod 49.

63 — Spolková republika Německo má za to, že v rozsudku ze dne 5. října 1994, Van Schaik (C-55/93, Recueil s. I-4837), dospěl Soudní dvůr k závěru, že hospodářská činnost je spjata s výkonem veřejné moci. Podle uvedeného rozsudku, konkrétně jeho bodu 16, udělení, ze strany členského státu, povolení k provádění kontrol motorových vozidel autoservisům v jiných členských státech znamená rozšíření práv a pravomocí veřejné moci za hranice území státu. Soudní dvůr dospěl k závěru, že s výkonem veřejné moci je spjata pravomoc udělovat povolení, a nikoliv povolená hospodářská činnost.

64 — Výše uvedený rozsudek Reyners.

65 — Výše uvedený rozsudek Komise v. Řecko.

66 — Rozsudek ze dne 5. prosince 1989, Komise v. Itálie (C-3/88, Recueil s. 4035).

67 — Rozsudek ze dne 13. července 1993, Thijssen (C-42/92, Recueil s. I-4047).

68 — Rozsudek ze dne 22. října 2009, Komise v. Portugalsko (C-438/08, dosud neuvedený ve Sbírce rozhodnutí,) a výše uvedený rozsudek Van Schaik.

69 — Rozsudek ze dne 26. dubna 1994, Komise v. Itálie (C-272/91, Recueil, s. I-1409).

70 — Rozsudky ze dne 29. října 1998, Komise v. Španělsko (C-114/97, Recueil s. I-6717); ze dne 9. března 2000, Komise v. Belgie (C-355/98, Recueil s. I-1221); ze dne 31. května 2001, Komise v. Itálie (C-283/99, Recueil, s. I-4363); a ze dne 13. prosince 2007, Komise v. Itálie (C-465/05, Sb. rozh. s. I-11091).

71 — Rozsudek ze dne 29. dubna 2004, Komise v. Německo (C-160/08, Recueil s. I-3713).

72 — Rozsudky ze dne 29. listopadu 2007, Komise v. Německo (C-404/05, Sb. rozh. s. I-10239) a ze dne 29. listopadu 2007, Komise v. Rakousko (C-393/05, Sb. rozh. s. I-10195).

73 — Což neznamená, že by se Soudní dvůr nevyslovil k možným činnostem spadajícím do čl. 45 prvního pododstavce ES, jako v již uvedené věci Van Schaik, nebo i v rámci čl. 39 odst. 4, týkajícího se pohybu pracovníků, kde se objevují, jako *obiter dicta,* jasné odkazy na činnosti, které mohou být teoreticky spjaty s výkonem veřejné moci, jako v případě činnosti policie a notářů v rozsudku ze dne 30. září 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C-405/01, Recueil. s. I-10391).

b) Nezbytnost podrobnějšího vymezení pojmu veřejná moc

92. Jak bylo právě uvedeno, judikatura nabízí jen velmi málo vodítek k analýze povahy nebo kvality „veřejné moci“, kterou zmiňuje dotčené ustanovení. Definice toho, co je označováno jako „veřejná moc“ ve smyslu čl. 45 prvního pododstavce ES [74], musí nutně vycházet z určitého *předurčeného pojetí* myšlenky veřejné moci jako obecné kategorie teorie státu, do níž Unie jakožto společenství států nutně pojmově spadá [75].

93. V tomto smyslu je „veřejná moc“ především „mocí“, tedy schopností vynutit jednání odpovídající vůli, které nelze odporovat. V souladu se všeobecně přijímaným chápáním pojmu a v jeho nejplnějším smyslu tato schopnost náleží výlučně státu, tedy instituci, která je ztělesněním právního řádu jako nástroje správy a řízení legitimní síly [76]. Veřejná moc je tedy svrchovanou mocí, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

94. To znamená, že uvnitř státu neexistuje jiná legitimní síla než síla vykonávaná veřejnou mocí, ať již v zájmu existence státu a sledování jeho cílů (obecný zájem) nebo v zájmu legitimních očekávání, která mají někteří jednotlivci vůči jiným jednotlivcům (soukromý zájem) – v posledně uvedeném případě vždy při dodržení předem stanovených podmínek [77].

95. Samozřejmě účel, ke kterému slouží síla monopolizovaná a vykonávaná státem představuje první kritérium při vymezení hranice mezi veřejnou mocí a jednotlivci. Veřejná moc musí totiž usilovat o dosažení cílů veřejného pořádku, které představují základ legitimity konkrétní formy státu přijaté veřejnou mocí (v Evropě je to typicky sociální a demokratický právní stát). Jednotlivci se naopak

74 — Který ostatně používá v různých verzích bez rozlišení dva výrazy, které mohou mít teoreticky mírně odlišný význam, a to výrazy „autorita“ a „veřejná moc“. Prvně uvedený výraz používá například verze francouzská („l'exercice de l'autorité publique“), anglická („the exercise of official authority“), portugalská („exercício da autoridade pública“), rumunská („exercitării autorității publice“) a maltská („l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika“), zatímco výrazu „veřejná moc“ dává přednost verze španělská („ejercicio del poder público“), německá („Ausübung öffentlicher Gewalt“), italská („esercizio dei pubblici poteri“) a švédská („utövandet av offentlig makt“).

75 — Ačkoliv poslední slovo ve vymezení pojmu musí mít právo Unie, je jasné, že Soudní dvůr jako nejvyšší instance vykládající toto právo při své definici vždy vychází z různých vnitrostátních pojetí dotčené kategorie. Za všechny Schlag, M., Art. 45, EU-Kommentar (J. Schwarze, Hrs.), 2 Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2009.

76 — Za všechny mezi rozsáhlou bibliografií d'Entreves, A., *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Turín, 1962.

77 — To samozřejmě ponechává stranou moc monopolizovanou jiným státem, která při respektování příslušných oblastí svrchovanosti vymezených mezinárodním právem koexistuje s mocí prvního státu.

mohou při výkonu své autonomie coby individua věnovat uspokojení svých soukromých zájmů. A mohou tak činit, je-li to nezbytné a za podmínek stanovených právním řádem, s využitím síly spravované veřejnou mocí, která pro tyto účely představuje v zásadě nástroj sloužící nikoliv obecným zájmům.

96. Nicméně nejtradičněji používaným kritériem pro účely identifikace veřejné moci je to, které souvisí se schopností veřejné moci vynutit jednostranně, tedy bez souhlasu dotčené osoby, svou vůli. Jednotlivec naopak může dosáhnout toho, aby jiný jednotlivec akceptoval jeho vůli, pouze s jeho souhlasem.

97. Věc však není tak jednoduchá, pokud se jedná, jako v projednávaném případě, o demokratický stát, neboť v takových případech je souhlas v určité podobě v konečném důsledku nutný. Kromě toho je třeba relativizovat tvrzení, že vůle veřejné moci je nezpochybnitelná. Z hlediska právního státu, což je charakteristika vlastní i Unii, jakýkoliv akt veřejné moci může být přezkoumán. Z tohoto hlediska je svrchovaná moc demokratického státu ve skutečnosti spíše *auctoritas* než čistě *imperium* [78]. Jedná se o vládu vykonávanou na základě samotné vůle podřízených subjektů, zajišťovanou spíše legitimitou původu vůle vlády než prostou hrozbou fyzického donucení [79].

98. Toto hledisko znamená, že dotčený pojem není pojmem absolutním, nýbrž relativním, který tedy může být odstupňován [80]. Čím snazší je vynucení jednání, tím pravděpodobnější je kvalita veřejné moci, stále však s vyloučením přímého a nezpochybnitelného vynucení.

99. Ze všech těchto důvodů znamená použití kritéria účelu (veřejný zájem / soukromý zájem) nebo kritéria způsobu uložení povinnosti zajištěné silou (jednostranné/dvoustranné) vydat se cestou, která nutně vede na nejistou půdu. Narážíme zde totiž na mimořádně

78 — Ve skutečnosti je známo, že svrchovanost je kvalita, které se nemůže, jakožto atributu státu, dovolávat žádný z jeho orgánů, které stejně jako samotný stát nemají jiný základ než ústavu: „neexistuje jiný stát než stát založený na ústavě", „es gibt nur so viel Staat, wie die Verfassung konsituiert" (Häberle, P., Europäische Verfassungslehre, 6. vydání, Nomos, Baden-Baden, 2009, s. 187, připomínající myšlenku R. Smenda a A. Arndta). V ústavním státě, jak bylo řečeno, není svrchovaného vládce, neboť svrchovanost je atributem státu jako celku. Kriele, M., *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimatitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburk. 1975.

79 — Původní legitimita, ke které se připojuje legitimita vyplývající z výkonu moci v souladu s procesní logikou. V tomto smyslu Luhmann, N., *„Legitimation durch Verfahren"*, Ed. Luchterhand, Neuwied/Berlín, 1969.

80 — V tomto smyslu například už Tomuschat, Chr., uvedený výše, s. 69.

nepřesné pojmy, které ve své podstatě podléhají libovůli relativních hodnot, a jsou tedy nepřístupné sebemenšímu stupni objektivity. Jde samozřejmě o kritéria účinná v nesporných případech výkonu veřejné moci, jako je tomu u činností přímo spjatých s uplatňováním výsad svrchovanosti (armáda, veřejná síla, soudnictví, vláda). Ovšem nestačí k vymezení kvalifikace, kterou zasluhují jiné veřejné činnosti méně spojené s donucením, a přesto kvalitativně odlišné od soukromé činnosti.

100. Pokračujeme-li v této úvaze dále, je třeba zohlednit kvalitu moderního státu jakožto formy uspořádání moci, která je mnohem sofistikovanější než dřívější formy. Ty se omezovaly na správu fyzického donucení prostřednictvím mimořádně zjednodušených postupů vymezení podmínek jeho výkonu. Abychom tedy obsáhli fenomén veřejné moci v celé jeho složitosti, je v současnosti prakticky nevyhnutelné operovat s pojmem veřejné moci vycházejícím z logiky právního řádu, v němž je uvedená moc vykonávána.

101. Z tohoto hlediska představuje právní řád proces formování výkonu legitimní síly, který může případně vést k použití této síly v konkrétním případě. V této souvislosti není důvodu nepřipustit, že akty, které právní řád nakonec stanoví (tam, kde je proces výkonu legitimní síly završen aktem, který tento proces ukončuje a propůjčuje mu konečnou povahu), se jeví být nejúplnějším projevem právního řádu [81].

102. Podle tohoto přístupu je tedy kritériem určujícím kvalifikaci aktu jako aktu veřejné moci povaha jeho vztahu ke státnímu řádu. Konkrétně kvalitu činnosti je třeba považovat za projev účasti na výkonu veřejné moci na základě kritéria jejího začlenění (jejího stupně *příslušnosti*) do uvedeného právního řádu. Kritériem proto není její pouhý soulad s uvedeným řádem, nýbrž její začlenění jako aktu dotčeného řádu [82].

81 — K pojetí právního řádu jako návaznosti aktů vedoucích k původní normě pozitivního práva, která vyjadřuje svrchovanou moc, viz např. Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2. vyd., Deuticke, Vídeň, 1960.

82 — Z toho vyplývá, že za účelem určení, zda je určitá činnost spjata s výkonem veřejné moci či nikoliv, není nutné snažit se o přiřazení této činnosti k jedné ze tří státních mocí nebo funkcí, tedy legislativní, výkonné nebo soudní, zejména k posledně uvedené, jak bylo možno zaznamenat u argumentace v tomto řízení.

103. V tomto smyslu lze na soudní moc nahlížet jako na nejcharakterističtější projev veřejné moci. Její rozhodnutí totiž s konečnou platností určují právo a v tomto smyslu se s nimi právní řád prolíná [83]. Na základě téhož důvodu lze však říci, že veřejnou moc představují orgány, jejichž akty mohou splnit uvedenou podmínku bez potřeby *iurisdictio*. Pro začátek, zákon je vykonatelný sám o sobě, stejně jako správní akt nebo rozhodnutí orgánů veřejné moci. Jde vždy o akty a předpisy, které podléhají soudnímu přezkumu, ale v žádném případě nepotřebují *„povolení"* k tomu, aby měly bezprostředně účinky.

104. Z výše uvedeného je zřejmé, že žádný jednotlivec není schopen právních úkonů, které by byly vynutitelné vůči třetím osobám, jinak než prostřednictvím zásahu veřejné moci. Vzhledem k tomu, že použití síly jednotlivci je vyloučeno, vyžaduje realizace vlastního práva vždy veřejné schválení. Veřejná moc se v takových případech neomezuje na *kontrolu* aktu způsobilého mít sám o sobě závazný účinek vůči třetí osobě, jako je tomu u aktů státní správy, vlády a zákonodárné moci. Naopak zásah veřejné moci je v těchto případech vždy *konstitutivní*, pokud jde o povinnost, kterou chce jednotlivec uplatnit vůči třetí osobě. Jedná se tedy o povinnosti, které mohou vzniknout v důsledku souladu vůlí (smlouva / dispoziční zásada), ale jednotlivec nemůže vymáhat jejich splnění bez zásahu veřejné moci.

105. Proto, a jako závěr vyplývající z výše uvedeného, lze uvést, s určitou mírou abstrakce, kterou tento případ vyžaduje, že mezi charakteristiky umožňující identifikovat veřejnou moc v rámci různých vnitrostátních tradic patří ta, která se týká možnosti přičítat akt, předpis nebo jednání vůli státu formalizované prostřednictvím právního řádu. To je totiž nejmenší společný jmenovatel všech těchto právních tradic, které vidí v možnosti přičíst konkrétní vůli obecné vůli státu rozhodující kritérium k vytyčení hranice mezi veřejnou a soukromou sférou.

106. Předchozí úvahy by měly umožnit zabývat se ústřední otázkou, kterou vyvolává notářská činnost, s větší jistotou.

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

3. K tomu, zda je notářská činnost a konkrétně činnost sepisování veřejných listin součástí negativního rozsahu působnosti svobody usazování

107. Přese všechno je třeba uvést ještě několik poznámek. Otázka, zda notářská činnost spadá pod to, co označuji jako „negativní rozsah působnosti" svobody usazování, nejen že není řešena v judikatuře Soudního dvora, což zde není třeba připomínat, ale byla předmětem intenzivní a rozsáhlé diskuse, což se výrazně projevilo jak v písemných vyjádřeních, tak při dlouhém jednání dne 27. dubna 2010. Judikatura nepochybně obsahuje několik pasáží, o nichž je třeba mít za to, že hovoří pro kladnou odpověď[84]. Nicméně nelze rozhodně říci, že by Soudní dvůr měl příležitost věnovat se otázce s potřebnou důkladností.

108. To, že uvedená diskuse byla intenzivní a rozsáhlá, jasně ukazují postupně přijímaná stanoviska Evropského parlamentu[85]. Totéž platí i o již uvedeném 41. bodu odůvodnění směrnice 2005/36, bez ohledu na jeho větší či menší nejednoznačnost, k níž se ještě vrátím. V každém případě je jasné, že žádné z těchto vyjádření nemůže nahradit Soudní dvůr v jeho úloze vykládat s konečnou platností Smlouvy, ani jej nemůže této úlohy zbavit.

a) Sepisování veřejných listin o právních úkonech jako ústřední činnost notářů v žalovaných státech

109. Ať je tomu jakkoliv, začnu připomenutím, že jak státy, tak Komise uznávají, že jádrem notářské činnosti je pravomoc k sepisování veřejných listin o právních úkonech a účinky s ním spojené: vykonatelnost a důkazní síla. Některé státy, jako Belgie nebo Rakousko, zdůraznily některé vedlejší funkce, které vykonávají notáři v jejich právních systémech a které vykazují znaky veřejné moci. Nicméně všichni účastníci řízení, včetně

84 — V již uvedeném rozsudku Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Soudní dvůr rozhodl, třebaže v případě, který se týkal čl. 39 odst. 4 ES, že „španělské právo přiznává [...] pravomoci v oblasti notářské a občanského stavu, které nelze vysvětlit pouze potřebou velet lodi. Takové funkce představují účast na výsadách veřejné moci za účelem ochrany obecných zájmů státu vlajky" (bod 42).

85 — Viz usnesení Evropského parlamentu ze dne 18. ledna 1994 a 23. března 2006, podle nichž se profese notáře podílí přímo a účinně na výkonu veřejné moci. Usnesení z roku 2006 výslovně prohlásilo, že Parlament se domnívá, že „článek 45 Smlouvy musí být v plném rozsahu uplatňován na profesi notářů působících v oblasti občanského práva jako takovou", a založilo toto tvrzení na skutečnosti, že „částečné postoupení pravomocí státu je původně spjato s výkonem profese notáře působícího v oblasti občanského práva a v současné době k tomuto postoupení dochází pravidelně a představuje hlavní část činnosti notáře v oblasti občanského práva".

Komise, se shodují v tom, že sepisování veřejných listin o právních úkonech se svými účinky představuje činnost, která toto povolání definuje *par excellence* a bez níž by postrádalo smysl.

110. Stejně tak to, že šest žalob pro nesplnění povinnosti mohlo být spojeno pro účely tohoto stanoviska, je v zásadě důsledkem okolnosti, že ve všech případech lze hovořit o „notářské činnosti" v témže smyslu. To znamená, že u šesti dotčených států lze hovořit o ústřední činnosti „sepisování veřejných listin", která má v jednotlivých dotčených právních řádech do značné míry společné účinky. Přirozeně v rámci svrchovanosti států existují varianty této situace, ať již proto, že stát vykonává tyto funkce přímo, prostřednictvím vlastní správy, nebo proto, že účinky zásahu notáře do „veřejných" dokumentů jsou radikálně oslabeny. Příkladem prvně uvedeného případu bylo Portugalsko před zahájením procesu změny povolání notáře, nebo Bádensko-Württembersko; příkladem druhého případu může být případně rovněž Portugalsko, v závislosti na intenzitě procesu změny probíhající v posledním desetiletí [86]. Stručně řečeno, odpověď na problém, který nastolují tyto žaloby, je třeba hledat na základě kvalifikace určitých profesních činností, jak jsou v současnosti upraveny v dotčených státech. Změna této úpravy může mít samozřejmě dopad na odpověď, kterou dá Soudní dvůr.

111. Je zde rovněž nutné zdůraznit, podle rozsudku Reyners a jak bylo uvedeno výše, že to, co označuji jako negativní rozsah působnosti svobody usazování, lze uplatnit na celou profesi pouze tehdy, představují-li „činnosti spjaté případně s výkonem veřejné moci prvek, jejž [nelze] oddělit od dané profesní činnosti" [87]. Je třeba souhlasit s členskými státy a Komisí v tom, že sepisování veřejných listin o právních úkonech, jakož i účinky, které jsou s tím spojeny, jsou nedílnou součástí notářské činnosti jako celku. Pokud se tedy potvrdí, že tato činnost je přímo a konkrétně spjata

86 — Ke konkrétnímu případu portugalských notářů viz mé stanovisko ve věci Komise v. Portugalsko přednesené téhož dne jako toto stanovisko (C-52/08, nezveřejněné ve Sbírce rozhodnutí).

87 — Výše uvedený rozsudek, bod 47.

s výkonem veřejné moci, notářská činnost ve smyslu povolání jako celku spadá pod případ uvedený v čl. 45 prvním pododstavci ES.

112. V šesti žalovaných státech spočívá úloha notáře především v sepisování veřejných listin o právních úkonech, jež se vyznačují dvěma hlavními rysy: kvalifikovanou důkazní hodnotou a vykonatelností [88]. Při popisu v široké míře platném pro všechny státy a s připomenutím popisu uvedeného v rámci tohoto stanoviska lze říci, že při sepisování veřejných listin notář jedná na žádost stran a provádí přezkum legality právního úkonu, o němž sepisuje veřejnou listinu. Zásah notáře může být povinný či volitelný v závislosti na aktu, o němž sepisuje veřejnou listinu, a jeho účelem je ověřit splnění všech zákonem požadovaných podmínek uskutečnění právního úkonu, jakož i právní subjektivitu stran a jejich způsobilost k právním úkonům [89].

113. Listiny vyhotovené notářem mají kvalifikovanou důkazní sílu, která odpovídá síle aktů přijatých představiteli státní moci, a důkaz o opaku lze přinést pouze před soudem. To znamená, že přezkum posouzení ze strany notáře je možný na základě opravného prostředku, ale pouze v rámci zvláštního řízení o přezkumu [90].

114. Veřejná listina je kromě toho vykonatelná na celém území státu. Notářský zápis je tak vykonatelný vůči dlužníkovi bez jeho souhlasu (pod podmínkou, že byl doručen) a přísluší přímo veřejnému orgánu přistoupit k výkonu rozhodnutí. Jestliže se chce dlužník výkonu rozhodnutí bránit, může se obrátit na soud prostřednictvím námitky proti výkonu [91].

b) Sepjetí činnosti sepisování veřejných listin o právních úkonech s výkonem veřejné moci

115. Odpověď na to, co je v konečném důsledku zásadní otázkou vznesenou projednávanými žalobami pro nesplnění povinnosti, vyplývá téměř automaticky z výše uvedených úvah ohledně kritérií, podle nichž lze určit veřejnou moc. Pokud je totiž jedním z necharakterističtějších rysů moderního státu jeho spojení s právním řádem, schopnost určité činnosti mít vliv na uspořádání právního řádu může přispět rozhodujícím způsobem k vymezení odpovědi.

116. Pokud mohu připomenout některé z předchozích úvah, vůle státu nachází své konečné vyjádření v soudních rozhodnutích

88 — Viz body 13, 20, 27, 34, 42 a 49 tohoto stanoviska.

89 — Viz body 14, 21, 28, 35, 36, 43 a 50 tohoto stanoviska.

90 — Viz body 15, 22, 29, 37, 44 a 51 tohoto stanoviska.

91 — Viz body 16, 23, 30, 38, 45 a 52 tohoto stanoviska.

Toto vyjádření může být předjímáno prostřednictvím aktů, které jsou, podle subjektu, jenž je jejich autorem, více či méně bezprostředně vykonatelné. Viděli jsme rovněž, že právě míra bezprostřednosti této vykonatelnosti je nejjistějším kritériem pro určení veřejné moci. Nicméně vždy bude možné se právně bránit jakémukoliv pokusu o výkon a v takovém případě to bude znovu soud, který rozhodne s konečnou platností. Tuto úlohu usmiřovatele vlastní soudům lze totiž vykonávat při řešení konkrétního sporu, zejména v případě protichůdných soukromých požadavků (typicky na základě práv jednotlivců vůči jiným jednotlivcům v občanskoprávních vztazích).

117. Pro naše účely je přitom obzvláště důležité, že určitý vnitrostátní právní řád se může rozhodnout tak říkajíc konflikt *předvídat* (a tak mu předejít). A to právě tím, že označí za veřejné (s právní důkazní hodnotou a začleněním vykonatelnosti) určité akty a úkony jednotlivců, které by samy o sobě jinak neměly větší hodnotu než soukromé úkony. Tímto veřejným zásahem do aktů jednotlivců jim veřejná moc propůjčuje jistotu a jednoznačnost, čímž snižuje počet soudních sporů. Přitom je jasné, že možnost zásahu soudu není nikdy vyloučena, pokud přese všechno nakonec dojde ke konfliktu [92]. Ne úplně vhodně, ale nicméně velmi věrohodně, je tato předběžná usmiřovací funkce, typická pro notářskou činnost sepisování veřejných listin, označována jako „preventivní spravedlnost“.

118. Jinak řečeno, v pojmovém kontextu vymezeném v bodech 92 a 105 tohoto stanoviska, notáři prostřednictvím sepisování veřejných listin vykonávají přímo a konkrétně činnost, která má veřejnou povahu, v tom smyslu, že touto činností dávají jednotlivcům předem povolení k vykonání svého práva, které by jinak museli žádat případ od případu. Úkon notáře zbavuje nutnosti požadovat jej při uplatnění skutečností ověřených notářem od jiné veřejné moci, a propůjčuje tak ověřenému aktu vyšší veřejnou právní hodnotu, kterou lze zpochybnit pouze před soudem (což platí ostatně pro jakýkoliv akt veřejné moci). Samozřejmě, určující kvalitou podmínky veřejné moci není imunita před soudním přezkumem, nemyslitelná v právním státě, nýbrž zesílená domněnka legitimity

92 — K tomu konkrétně de Otto, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

jejích aktů, a v důsledku toho určitá úroveň požadavků na podmínky nezbytné k jejich přezkumu.

119. Je nepochybné, že notář nepoužívá donucení ani neukládá jednostranně povinnosti. Nicméně, jak jsme viděli, to není jediným kritériem určujícím kvalitu veřejné moci. Sepsání veřejné listiny o právním úkonu propůjčuje úkonům jednotlivců veřejnou povahu v tom smyslu, že jim předem přiznává právní hodnotu, o kterou by při jeho neexistenci museli jednotlivci za účelem zajištění účinků těchto právních úkonů v souladu s právem nutně žádat u (jiného) orgánu veřejné moci. Jedná se tak říkajíc o veřejnou moc, která je vykonávána ve sféře bližší sféře jednotlivců, pro niž je charakteristická svobodná vůle. Její veřejná dimenze je však nezpochybnitelná, vezmeme-li v úvahu její schopnost přeměnit akt, který je čistě soukromý, ve veřejný a propůjčit mu tak sílu vlastní aktům veřejné moci [93].

120. Jiná věc je, že s ohledem na, řekněme, méně intenzivní spojení s výkonem veřejné moci v užším slova smyslu (prostřednictvím spojení s pravomocemi svrchované moci), může výkon notářské činnosti podléhat méně přísným podmínkám, než jsou vyhrazeny pro případ orgánů, které jsou více zapojeny do výkonu svrchovanosti.

121. V důsledku toho a v rozsahu, v němž sepisování veřejných listin o právních úkonech plní tuto funkci, mám za to, že se jedná o činnost, která je přímo a konkrétně spjata s výkonem veřejné moci, jelikož aktům, dispozičním úkonům a jednáním, které by jinak neměly vyšší právní hodnotu než vyjádření soukromé vůle, propůjčuje zvláštní postavení. Na základě uplatnění judikatury Reyners na toto stanovisko a vzhledem k tomu, že sepisování veřejných listin o právních úkonech je neoddělitelným jádrem notářské činnosti ve všech žalovaných členských státech, je třeba uvést, že povolání notáře, obecně a pojímáno jako celek, je přímo a konkrétně spjato s výkonem veřejné moci.

122. Domnívám se však, že tento závěr sám o sobě ještě neumožňuje odpovědět na první důvod projednávaných žalob pro nesplnění povinnosti.

93 — V tomto smyslu mohou některé zvláštnosti symbolického druhu uvedené některými členskými státy potvrdit tezi, kterou zastávám. Lze uvést skutečnost, že v některých členských státech notáři mají v úschově a používají státní pečeť. Rovněž doložka o vykonatelnosti je někdy výrazem veřejné funkce notářů, jako je tomu například ve Francii: „Con conséquence, la République mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce réquis de mettre les présentes à exécution, aux Procureurs Généraux de la République près des Tribunaux de Grande instante d'y tenir la main,. a tous, Commandants et Officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis".

4. Podmínka státní příslušnosti z hlediska zásady proporcionality

123. Dosud jsem přezkoumával funkční stránku povolání notáře v žalovaných státech. Komise se však se ve svém návrhu na určení nesplnění povinnosti zaměřila na konkrétní aspekt postavení notářů, a to na podmínku státní příslušnosti. Nyní je tedy třeba vyjasnit, zda zahrnutí povolání notáře do „negativního rozsahu působnosti" svobody usazování s sebou nevyhnutelně nese legitimitu uvedené podmínky či nikoliv. Jinými slovy, jak jsem uvedl výše, je nezbytné provést přezkum přiměřenosti, v rámci něhož bude vážena diskriminace na základě státní příslušnosti na straně jedné a míra účasti notářské činnosti na veřejné moci na straně druhé.

a) Status notáře

124. Funkce je samozřejmě spojena s určitým statusem a ten potvrzuje kvalifikaci funkce. Notář je tak osobou zastávající veřejný úřad, který reprezentuje státní moc, ačkoli je jeho činnost považována za svobodné povolání. Notář je jmenován na doživotí a podléhá disciplinárnímu režimu vztahujícímu se na ty, kteří pracují jménem veřejné moci [94].

125. Úřední povaha vztahu mezi notářem a státem vyjadřuje obzvláště významně spojení s veřejnou mocí. Jedná se o vztah, který vzniká při zahájení činnosti notáře, je přitom třeba složit zkoušky obdobné těm, které platí pro státní úředníky, a který vyžaduje rovněž složení přísahy. Status je tedy výrazem institucionální povahy vztahu mezi notářem a státem, a umožňuje mu tudíž formalizovat vůli státu prostřednictvím jeho úkonů v rámci vyhotovování soukromoprávních aktů.

126. Na základě tohoto vztahu žalované státy zavedly ve svých právních řádech pro ty, kdo požadují přístup k činnosti notáře, požadavek státní příslušnosti dotčeného státu. Tento požadavek, který zavádí přímou diskriminaci na základě státní příslušnosti a je zjevně součástí osobního statusu toho, kdo vykonává povolání notáře, představuje prvek, který podle Komise porušuje článek 43 ES a čl. 45 první pododstavec ES a který, jak bude uvedeno dále, musí být přezkoumán z hlediska přiměřenosti.

94 — Viz body 18, 25, 32, 40, 47 a 54 tohoto stanoviska.

b) Diskriminace na základě státní příslušnosti z hlediska článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES

127. Jak bylo uvedeno v bodech 83 až 86 tohoto stanoviska, při uplatňování článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES je nezbytné posoudit nejen to, zda je činnost spjata s výkonem veřejné moci, ale poté i to, zda lze napadené státní opatření odůvodnit, z hlediska zásady proporcionality, cíli, která sledují obě dotčená ustanovení.

128. Zaprvé je třeba zdůraznit, že čl. 45 první pododstavec ES na rozdíl od toho, co by mohlo vyplývat z případného „spontánnějšího" výkladu, a navzdory tomu, že judikatura může snad svědčit o opaku [95], nijak neodkazuje na diskriminaci na základě státní příslušnosti. Tradiční asociaci mezi čl. 45 prvním pododstavcem ES a požadavkem státní příslušnosti je tedy třeba posuzovat opatrně, jelikož se jedná o vztah, který vznikl jako důsledek věcí, v nichž dosud rozhodoval Soudní dvůr, aniž však mezi těmito dvěma prvky bylo *nutně* spojení [96]. Je třeba zdůraznit, že i když čl. 45 první pododstavce ES je ustanovením, které se od své původní formulace nezměnilo, Smlouva změnami prošla, a to podstatnými. Ačkoliv původně mohl být čl. 45 první pododstavec ES vykládán tak, že se váže ke státní příslušnosti, proměna zakládajících smluv v průběhu posledních dvaceti let nesmí vést k poněkud unáhlenému závěru, že tento článek nutně znamená, že členské státy mohou bez dalšího zavést diskriminaci na základě státní příslušnosti.

129. Zadruhé není snad ani nutné zdůrazňovat, že přímá diskriminace na základě státní příslušnosti není jen tak ledajakým opatřením, jehož důsledek by se omezoval na prostou překážku volného pohybu. Právě naopak, tato forma diskriminace má pro právo Unie zcela zvláštní dimenzi, jelikož je především nejvýraznějším projevem národního protekcionismu [97]. V Unii proklamující vytvoření

95 — Viz judikatura uvedené v poznámkách 64 až 73.

96 — Důkazem toho je, že čl. 45 první pododstavec ES byl rovněž uplatňován, i když bez úspěchu, k odůvodnění požadavku bydliště nebo stálých struktur na území členského státu, jako ve výše uvedených věcech Komise v. Německo a Komise v. Rakousko.

97 — Viz obecně Davies, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market,* Ed. Kluwer, Haag, 2003 a Rossi, M., „Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV" Europarecht, 2000, s. 197 a násl.

trhu bez vnitřních hranic představuje existence diskriminace na základě stání příslušnosti popření samotné myšlenky integrace. Její výjimečný charakter vynikne ještě víc, když si uvědomíme, že Unie přijala za svá základní práva, konkrétně pak právo na rovné zacházení podle článků 20 a 21 Listiny základních práv [98]. Unie založená na hodnotách právního státu, která zaručuje dodržování základních práv, si proto musí klást otázky ohledně výkladu, který vede k formě diskriminace, jež je již sama o sobě závažná, ale která je v rozporu s nejzákladnějšími zásadami vnitřního trhu. To stanoví článek 12 ES, když prohlašuje, že „je zakázána jakákoli diskriminace na základě státní příslušnosti", a potvrzuje to i judikatura Soudního dvora, která opakovaně odmítla použití takových opatření ze strany členských států. Lze tedy uvést, že mezi všemi důvody diskriminace zakázanými právem Unie je diskriminace na základě státní příslušnosti obzvláště závažná [99].

130. Je tedy nezbytné položit si otázku ohledně rozsahu účinku s povahou výjimky, který má pravidlo vyplývající z článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES, na zbytek Smlouvy a zejména její některé základní zásady.

131. Je nesporné, že diskriminace na základě státní příslušnosti je zakázána článkem 12 ES [100]. Společné použití článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES však může v zásadě vést k tomu, že stát přijme vůči fyzickým osobám legálně opatření, které vede k takové diskriminaci. Alternativně by se dalo říci, že v takovém případě je třeba použít článek 18 ES, který zakotvuje volný pohyb osob, pokud se neuplatní takzvané „hospodářské"

98 — Generální advokát Poiares Maduro ve svém stanovisku předneseném ve věci Coleman (rozsudek ze dne 17. července 2008, C-303/06, Sb. rozh. s. I-5603) zdůraznil, že „[d]ůstojnost a autonomie jednotlivce může být dotčena nejzřejmějším způsobem tehdy, zaměří-li se jiná osoba na takového jednotlivce přímo v důsledku jeho problematické charakteristiky. Méně výhodné zacházení z takových důvodů, jako je náboženské přesvědčení, věk, zdravotní postižení a sexuální orientace, narušuje tuto zvláštní a jedinečnou hodnotu, kterou lidé mají proto, že jsou lidmi. Přiznáváme-li každému člověku stejnou hodnotu, neměli bychom takové důvody brát v potaz v případech, kdy někomu ukládáme břemeno nebo ho zbavujeme výhody. Jinými slovy, jedná se o charakteristiky, které by neměly hrát žádnou úlohu při posouzení, zda je důvodné s někým zacházet méně výhodně či nikoli" (bod 10).

99 — Důkazem této závažnosti je bohatá judikatura Soudního dvora, která opakovaně odsoudila snahy členských států odůvodnit přijetí norem diskriminujících na základě státní příslušnosti. Viz mezi mnoha dalšími rozsudky ze dne 20. října 1993, Phil Collins a další (C-92/92 a C-326/92, Recueil s. I-5145, bod 33); ze dne 2. října 1997, Saldanha a MTS (C-122/96, Recueil s. I-5325, body 26 a 29); ze dne 16. ledna 2003, Komise v. Itálie (C-388/01, Recueil s. I-721, body 19 a 20); ze dne 5. června 2008, Wood (C-164/07, Sb. rozh. s. I-4143, bod 13), a ze dne 16. prosince 2008, Huber (C-524/06, Sb. rozh. s. I-9705, body 78 a 79).

100 — Viz rozsudky ze dne 17. května 1994, Corsica Feries (C-18/93, Recueil s. I-1783, bod 19); ze dne 29. února 1996, Skanavi a Chryssanthakopoulos (C-193/94, Recueil s. I-929, bod 20); ze dne 25. června 1997, Mora Romero (C-131/96, Recueil s. I-3659, bod 10); ze dne 12. května 1998, Gilly (C-336/96, Recueil s. I-2793, bod 37); ze dne 26. listopadu 2002, Oteiza Olazábal (C-100/01, Recueil s. I-10981, bod 25); ze dne 11. prosince 2003, AMOK (C-289/02, Recueil s. I-15059, bod 25); ze dne 29. dubna 2004, Weigel (C-387/01, Recueil s. I-4981, bod 57).

svobody. Toto ustanovení se však, jak je známo, použije „s výhradou omezení a podmínek stanovených ve Smlouvách", přičemž tato omezení samozřejmě zahrnují čl. 45 první pododstavec ES [101].

132. Je třeba uvést, že při zahrnutí diskriminace na základě státní příslušnosti do negativního rozsahu působnosti svobody usazování by členské státy byly oprávněny odchýlit se od práva Unie a žádné jiné ustanovení Smlouvy by v zásadě neumožnilo opatření zpochybnit.

133. Tento výsledek, který staví článek 12 ES do podřízeného postavení vzhledem k ostatním ustanovením Smlouvy, je podle mého názoru sporný. Skutečnost, že článek 12 ES je podřízen podmínkám, *a contrario* neznamená, že jde o subsidiární ustanovení. Jeho místo ve struktuře Smlouvy, jakož i význam, který má zásada zákazu diskriminace v právu Unie, vyžadují chápání článku spíše jako univerzálního než jako subsidiárního ustanovení ve smyslu jeho automatického vyloučení jinými, konkrétnějšími ustanoveními Smlouvy. Kromě toho Soudní dvůr se v poslední době patrně kloní k tomuto výkladu [102]. Skutečnost, že určitou činnost je třeba považovat ve světle článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES za spadající do negativního rozsahu působnosti svobody usazování, tedy sama o sobě nutně neznamená, že se na tuto činnost nevztahuje systematický výklad ve světle článku 12 ES.

134. Tento výklad je ještě podpořen skutečností, že v případě, jako je tento, kdy je taková činnost, jako je notářská činnost, spojena s výkonem veřejné moci, vztahují se na ni i nadále ostatní ustanovení Smlouvy. To platí zejména pro článek 86 ES, který vyžaduje, aby členské státy zajistily dodržování pravidel hospodářské soutěže v odvětvích podléhajících závazkům veřejné služby [103]. Jestliže

101 — Viz Rossi, M., „Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV", uvedený výše, s. 208; Epiney, A., „The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship", *European Law Journal*, 2007, s. 611 a násl.; Kadelbach, S., „Union Citizenship", ve von Bogdandy, A. a Bast, J., *Principles of European Constitutional Law,* 1. vyd., Hart Publishers, Oxford-Portland, 2005, s. 461.

102 — Viz rozsudek ze dne 11. ledna 2007, Komise v. Řecko (C-251/04, Sb. rozh. s. I-67, bod 26), jakož i stanovisko generálního advokáta Mengozziho ve věci Neukirchinger (C-383/08, dosud projednávána Soudním dvorem), přednesené dne 7. září 2010, konkrétně body 60 až 69.

103 — Viz van Vormizeele, P.V., „Art. 86", v Schwarze, J., *EU-Kommentar*, uvedený výše; Buendía Sierra, J. L., *Exclusive rights and state monopolies under EC Law,* Oxford University Press, Oxford, 1999; Prosser, T., *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services,* Oxford University Press, Oxford, 2005, a Szyszczak, E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU,* Hart Publishers, Oxford, 2007.

Soudní dvůr prohlásí, že určitá činnost spadá do působnosti čl. 45 prvního pododstavce ES, neznamená to nutně, že je tato činnost vyňata z pravidel hospodářské soutěže uvedených v článcích 81 ES a 82 ES [104]. Totéž platí o právních základech stanovených pro provádění politik Unie, které nijak nebrání orgánům v přijetí nařízení nebo směrnic v oblastech, které byly z hlediska svobod vyloučeny z oblasti jejich působnosti. To potvrzuje judikatura Soudního dvora, která například stanovila, že notářská činnost podléhá DPH, jelikož notář je osobou povinnou k dani, protože provádí samostatně hospodářskou činnost „bez ohledu na účel nebo výsledky této činnosti“ [105]. Ve věci Komise v. Nizozemsko totiž Soudní dvůr po konstatování, že notářská činnost má veřejnoprávní povahu, rozhodl, v konkrétním kontextu nepřímých daní, že notáři uvedenou činnost nevykonávají jako veřejnoprávní instituce, jelikož „nejsou začleněni do organizace veřejné správy, ale formou samostatné hospodářské činnosti, vykonávané v rámci svobodného povolání“ [106].

135. Stručně řečeno skutečnost, že činnost je spjata s výkonem veřejné moci, nezbavuje členské státy povinnosti dodržovat právo Unie. Na dodržení této povinnosti, která se v projednávaném případě týká notářské činnosti, a tedy skupiny složené z fyzických osob, je třeba obzvláště dbát, pokud dochází k diskriminaci na základě státní příslušnosti. Vzhledem k tomu, že se jedná o fyzické osoby na jedné straně a o diskriminaci na základě státní příslušnosti na straně druhé, vyžaduje projednávaná věc přezkoumání problému rovněž z hlediska statusu občana Unie..

136. Od roku 1992 totiž jak Smlouvy, tak judikatura Soudního dvora přispěly k vytvoření přímého a vyvíjejícího se vztahu občanství mezi jednotlivcem a Unií [107]. Jak je dobře známo, tento vztah je založen prostřednictvím státní příslušnosti každého členského státu, což neznamená, že se jedná o nadřazené občanství, právě naopak: jde o status, který vyplývá z národního statusu, ale který je po svém vzniku autonomním zdrojem práv a povinností, a členské státy přitom nemohou přijmout pravidla, která jsou s ním v rozporu. Tuto autonomii potvrdil nedávno

104 — Viz mimo jiné rozsudky ze dne 21. září 1988, Van Eycke (267/86, Recueil s. 4769); ze dne 4. května 1988, Bodson (30/87, Recueil s. 2479, 30/87); ze dne 19. března 1991, Francie v. Komise (C-202/88, Recueil s. I-1223); ze dne 23. dubna 1991, Höfner a Elser (C-41/90, Recueil s. I-1979); ze dne 13. prosince 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Recueil s. I-5941); ze dne 30. března 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Sb. rozh. s. I-2941); ze dne 3. července 2003, Chronopost a další v. Ufex a další (C-83/01 P, C-93/01 P a C-94/01 P, Sb. rozh. s. I-6993); jakož i ze dne 1. července 2008, MOTOE (C-49/07, Sb. rozh. s. I-4863).

105 — Rozsudek ze dne 26. března 1987, Komise v. Nizozemsko (235/85, Recueil s. 1471). Citace pochází z čl. 4 odst. 1 takzvané „šesté směrnice o DPH“, směrnice Rady 77/388/EHS ze dne 17. května 1977 o harmonizaci právních předpisů členských států týkajících se daní z obratu – Společný systém daně z přidané hodnoty: jednotný základ daně (Úř. věst. L 145, s. 1; Zvl. vyd. 09/01, s. 23).

106 — Výše uvedený rozsudek, bod 22.

107 — Viz mimo jiné O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Kluwer Law International, Haag, 1996, s. 23 až 30.

Soudní dvůr ve věci Rottmann, když uvedl, že členské státy nemohou zasahovat do vztahu mezi občanem a Unií tím, že jej neoprávněně zbaví státní příslušnosti. V důsledku toho vnitrostátní opatření, jehož následkem může občan „přijít o status, který mu poskytuje článek 17 ES, a o s ním spojená práva, spadá *svojí povahou a důsledky* do práva Unie“ [108].

137. Kromě toho evropské občanství nepředstavuje pouze přímý vztah mezi občanem a Unií, ale rovněž oblast vztahů mezi občanem a všemi členskými státy. Tento aspekt občanství zaručuje všem příslušníkům členského státu právo na volný pohyb na území Unie, jakož i právo usadit se v kterémkoliv členském státě. Vztah k Unii tak má horizontální účinek vůči všem vnitrostátním orgánům, které se musí zdržet přijetí opatření, která by bránila volnému pohybu nebo jej činila obtížnějším, a to i pokud se opatření vztahuje na příslušníky dotčeného členského státu [109]. Za tím účelem Soudní dvůr posílil dosah článku 18 ES nejprve tím, že mu přiznal přímý účinek [110], a poté rozvinutím významné judikatury, která dala obsah statusu mobilního občana, a to i v situacích, kdy dotčený jednotlivec nevykonává žádnou hospodářskou činnost [111] nebo kdy se opatření týká rodinných příslušníků, kteří jsou příslušníky třetích států [112].

138. Podmínku státní příslušnosti, která se vztahuje na fyzické osoby a byla zavedena údajně pod pláštíkem negativního rozsahu působnosti svobody usazování, je třeba především kvalifikovat jako opatření, které se dotýká statusu občana, a to v rozsahu, v němž používá kritérium přiznání evropského občanství, a sice státní příslušnost, jako důvod zabránění v přístupu k činnostem, které jsou spjaty s výkonem veřejné moci ve smyslu čl. 45 prvního pododstavce ES. Smlouvy však připouštějí pouze za velmi specifických okolností, které – jak uvidíme – nejsou v projednávaném případě dány, aby mohl být důvod vzniku evropského občanství použit coby

108 — Rozsudek ze dne 2. března 2010 (C-135/08, Sb. rozh. s. I-1449, bod 42). Zvýraznění doplněno.

109 — Viz například rozsudky ze dne 2. října 2003, Garcia Avello (C-148/02, Recueil s. I-11613); ze dne 14. října 2008, Grunkin a Paul (C-353/06, Sb. rozh. s. I-7639), jakož i výše uvedený rozsudek Rottmann.

110 — Rozsudek ze dne 17. září 2002, Baumbast a R (C-413/99, Recueil s. I-7091).

111 — Rozsudky ze dne 20. září 2001, Grzelczyk (C-184/99, Recueil s. I-6193); ze dne 11. července 2002, Carpenter (C-60/00, Recueil s. I-6279); ze dne 15. března 2005, Bidar (C-209/03, Sb. rozh. s. I-2119); ze dne 26. října 2006, Tas-Hagen a Tas (C-192/05, Sb. rozh. s. I-10451); ze dne 23. října 2007, Morgan a Bucher (C-11/06 a C-12/06, Sb. rozh. s. I-9161) a v poslední době rozsudky ze dne 23. února 2010, Teixeira (C-480/08, Sb. rozh. s. I-1107) a Ibrahim (C-310/08, Sb. rozh. s. I-1065).

112 — Viz například rozsudky ze dne 11. července 2002, Carpenter (C-60/00, Recueil s. I-6279), a ze dne 19. října 2004, Chen (C-200/02, Sb. rozh. s. I-9925).

důvod odchylky od práva úzce spojeného se statusem občanství Unie. Evropské občanství, které má nadnárodní dimenzi, je založeno na existenci společenství států a jednotlivců, kteří sdílejí určitou škálu hodnot, vysokou míru vzájemné důvěry, jakož i závazek solidarity. Jestliže je jednotlivec přiznáním příslušnosti členského státu přizván do tohoto společenství hodnot, důvěry a solidarity, bylo by paradoxní, kdyby právě toto členství v uvedeném společenství zbavovalo občana Unie možnosti vykonávat práva a svobody, které mu přiznává Smlouva.

139. Vzhledem k výše uvedenému je třeba uvést, že diskriminace na základě státní příslušnosti je opatřením, které ze své povahy představuje závažný zásah do oblasti evropského občanství, který je z hlediska článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES přípustný pouze po striktním přezkoumání přiměřenosti, což implikuje existenci velmi pádných důvodů veřejného zájmu.

c) Posouzení přiměřenosti

140. Konečně, jak bylo uvedeno výše, při přezkumu přiměřenosti pravidla vyplývajícího z článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES je nezbytné přihlédnout k míře účasti dotčené činnosti na výkonu veřejné moci. V projednávaném případě a jak je uvedeno v bodech 115 až 121 tohoto stanoviska, je notářská činnost spjata s výkonem veřejné moci ve smyslu čl. 45 prvního pododstavce ES, nicméně, jak vyplývá z jejího uspořádání coby hospodářské činnosti, je tomu tak v míře nižší než u jiných činností, jako jsou ty, které implikují přímý výkon veřejné moci. Členské státy tedy mohou přijmout opatření, která považují za vhodná, mimo rámec uvedených svobod, za předpokladu, že jsou přiměřená sledovaným cílům. S ohledem na argumenty předložené státy, ačkoliv je nepochybné, že povolání notáře se vyznačuje zárukami a specifiky, jejichž význam se projevuje v soukromoprávním styku, je rovněž nepochybné, že žádné z těchto specifik neodůvodňuje, aby status jeho členů zahrnoval tak přísné a drastické opatření, jako je přímá diskriminace na základě státní příslušnosti, o niž se zde jedná.

141. Žalované členské státy se v této souvislosti dovolávaly zejména významu přísahy, kterou skládají notáři před převzetím funkce. Podle států toto prohlášení vyjadřuje úzký vztah mezi notářem a státem, který mu

přiznává veřejnou moc, přičemž tento vztah je vyjádřením loajality jednotlivce vůči danému politickému společenství a má v tomto případě podobu požadavku státní příslušnosti. Žalované státy opakovaně zdůraznily význam tohoto vztahu. V konkrétním případě Lucemburska je dokonce podmínka státní příslušnosti pro přístup k povolání notáře spojována s ochranou ústavní identity velkovévodství.

142. Pojem loajality jako vyjádření závazku k politickému společenství a solidarity s ním však nelze považovat za výlučný a vylučující znak členských států jako takových, který by nutně vyžadoval vztah státní příslušnosti. Naopak evropskému občanovi jako takovému není cizí závazek loajality vůči Unii. Přístup, podle něhož příslušník jednoho členského státu může vyjádřit legitimní závazek loajality vůči druhému členskému státu pouze po předchozím přijetí státní příslušnosti posledně uvedeného státu, znamená zásadní zpochybnění jak článků 17 ES a 18 ES, tak politických práv souvisejících s občanstvím, která vyplývají ze Smluv, jakož i z Listiny základních práv Evropské unie.

143. Nástroje soudní spolupráce v občanských a soudních věcech přijaté Unií, zejména ustanovení nařízení (ES) č. 44/2001 [113], tuto posledně uvedenou myšlenku potvrzují. Notář svým zásahem vykonává činnost veřejnoprávní povahy s účinky, které jsou uznávány automaticky ve všech státech Unie. Existence vysoké míry důvěry, jakož i společenství hodnot a zásad, na nichž je založena Unie, činí z notáře úřední osobu nejen státu, ale i Unie. Toto propůjčení pravomoci, platné v rámci Unie, odráží závazek loajality, který je složitější než závazek existující pouze mezi státním příslušníkem a jeho státem. Notář tak působí v rámci, v němž se loajalita projevuje jak vůči státu, který propůjčuje moc, tak vůči Unii, která ji přijímá, stejně jako vůči ostatním členským státům.

144. Od okamžiku procesu evropské integrace, kdy byli občané Unie oprávněni účastnit se na vnitrostátních demokratických rozhodovacích procesech v místě bydliště, jako je tomu u místních voleb nebo u občanských zákonodárných iniciativ na evropské úrovni,

113 — Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (Úř. věst. 2001, L 12, s. 1; Zvl. vyd. 19/04, s. 42) a konkrétně jeho článek 57.

nelze pojem loajality omezovat pouze a nutně na příslušníky dotčeného členského státu. Mám za to, že při chápání loajality jako závazku převzetí práv a povinností, které vážou občana k členskému státu a k Unii, není nezbytné, a tedy ani legitimní, za okolností tohoto řízení, vyžadovat k vyjádření uvedené odpovědnosti vztah státní příslušnosti k členskému státu.

145. Zvláštní zmínku zasluhuje v každém případě funkce „Gerichtskommissär", kterou vykonávají notáři konkrétně v Rakousku. Ačkoliv je nesporné, že notář při výkonu této funkce může přijímat individuální a závazná rozhodnutí, nic to nemění na tom, že se jedná o vedlejší funkci, která je mimojiné výrazně omezena na dědické věci. Ostatně, jak uvedl zmocněnec rakouské vlády na jednání, notář vykonávající funkci Gerichtskommissär jedná jako příslušník svobodného povolání, a nikoliv jako úředník, což v zásadě ukazuje, že se jedná o funkci otevřenou hospodářské soutěži. Ve světle skutečností předložených v řízení tudíž ani skutečnost, že rakouský notář vykonává funkci soudního komisaře, neopravňuje k tomu, založit diskriminaci na základě státní příslušnosti na pravidle vyplývajícím z článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES.

5. Závěr ohledně prvního důvodu nesplnění povinnosti

146. Závěrem je třeba uvést, že opatření, které zavádí takovou podmínku státní příslušnosti, jakou napadá Komise v těchto řízeních, je nepřiměřené, protože není nezbytné k dosažení cílů, které sleduje každý stát, když vyjímá notářskou činnost ze svobody usazování. V důsledku toho a přesto že se jedná o činnost spjatou s výkonem veřejné moci, která tudíž spadá do negativního rozsahu působnosti svobody usazování, mám za to, že v konkrétním případě povolání notáře článek 43 ES a čl. 45 první pododstavec ES nepřipouštějí státní opatření, které diskriminuje na základě státní příslušnosti ty, kdo chtějí vykonávat uvedené povolání. S ohledem na výše uvedené úvahy mám za to, že notářská činnost, jak je vykonávána v žalovaných státech, ačkoliv spadá do negativního rozsahu působnosti svobody usazování vyplývajícího z článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES, neumožňuje stanovení podmínky státní příslušnosti jako prvku statusu notářů vzhledem k její nepřiměřenosti, jelikož to nevyžaduje míra intenzity, v jaké se uvedená činnost podílí na výkonu veřejné moci. Prvnímu důvodu nesplnění povinnosti založenému na porušení článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES je tedy třeba vyhovět.

B – *Ke druhému důvodu nesplnění povinnosti*

147. Komise vytýká žalovaným členským státům, s výjimkou Francouzské republiky, porušení směrnice 2005/36 o uznávání odborných kvalifikací v tom, že ji ve svých vnitrostátních prováděcích předpisech neuplatňují na notářskou činnost.

148. Jak bylo uvedeno výše, povolání notáře spadá v důsledku výkladu článku 43 ES a čl. 45 prvního pododstavce ES do „negativního rozsahu působnosti" svobody usazování. Na předchozích stránkách jsem již také zdůraznil, že takový závěr neznamená nutně, že by státy nemusely plnit povinnost, které vyplývají ze Smluv. Nicméně v případě směrnice 2005/36 existují výrazné pochybnosti o jejím použití na povolání notáře.

149. V rámci žaloby pro nesplnění povinnosti přísluší Komisi prokázat, že žalovaný stát porušil právní řád Unie. Nicméně ze spisu vyplývá, že Komise se omezila na výtku neprovedení směrnice 2005/36 ve stanovené lhůtě, přičemž členské státy zdůrazňují nejenom uplatnění čl. 45 prvního pododstavce ES, ale rovněž vynětí týkající se notářské činnosti, které stanoví uvedená směrnice v bodě 41 odůvodnění.

150. Směrnice 2005/36 ve bodě 41 odůvodnění stanoví, že „[p]oužití čl. 39 odst. 4 Smlouvy a článku 45 Smlouvy není touto směrnicí dotčeno, zejména pokud jde o notáře". Zákonodárce, navzdory veškeré nejednoznačnosti tohoto prohlášení, zde zdá se dává implicitně najevo, že odpověď na otázku, zda notářská činnost spadá pod čl. 45 první pododstavec ES, *určuje* odpověď na otázku uplatnění směrnice na toto povolání. Ze strategie zaujaté Komisí v těchto řízeních, která se omezuje na argumentaci z hlediska čl. 45 prvního pododstavce ES, lze vyvodit, že sdílí přístup formulovaný v uvedeném bodě 41 odůvodnění. Nicméně s ohledem na odpověď, kterou navrhuji na první otázku, by bylo třeba, aby Komise předložila další argumenty v souvislosti s uplatněním směrnice na polování notáře. Její jediný argument založený na výkladu pojmu „veřejná moc", který je uveden v čl. 45 prvním pododstavci ES, byl totiž vyvrácen. Za těchto okolností je jasné, že Komise nepředložila žádný platný argument,

který by umožnil vyhovět druhému důvodu nesplnění povinnosti.

151. Mám tedy za to, že druhý žalobní důvod není opodstatněný, jelikož Komise neprokázala, že by členské státy byly povinny splnit povinnosti obsažené v uvedené směrnici 2005/36, pokud jde o notářskou činnost.

VI – Náklady řízení

152. Podle čl. 69 odst. 3 jednacího řádu Soudního dvora „Soudní dvůr může rozdělit náklady mezi účastníky řízení nebo rozhodnout, že každý z nich nese vlastní náklady, pokud každý účastník měl ve věci částečně úspěch i neúspěch". Vzhledem k tomu, že považuji jeden ze dvou uplatňovaných důvodů nesplnění povinnosti za opodstatněný, navrhuji Soudnímu dvoru, aby za účelem spravedlivého rozdělení nákladů, které vznikly účastníkům tohoto řízení, rozhodl, že Evropská komise, Belgické království, Lucemburské velkovévodství, Rakouská republika, Spolková republika Německo a Řecká republika ponesou vlastní náklady řízení.

153. Pokud jde o žalobu pro nesplnění povinnosti směřující proti Francouzské republice, je třeba připomenout, že podle čl. 69 odst. 2 jednacího řádu se účastníku řízení, který neměl úspěch ve věci, uloží náhrada nákladů řízení, pokud to účastník řízení, který měl ve věci úspěch, požadoval. Vzhledem k tomu, že Francouzská republika neměla, pokud jde o jediný žalobní důvod v její věci, úspěch a Komise po ní požadovala náhradu nákladů řízení, je namístě uložit Francouzské republice náhradu nákladů řízení.

154. V souladu s čl. 69 odst. 4 prvním pododstavcem jednacího řádu Litevská republika, Rumunsko, Bulharská republika, Polská republika, Spolková republika Německo, Slovinská republika, Rakouská republika, Česká republika, Slovenská republika, Maďarská republika, Lotyšská republika, Spojené království Velké Británie a Severního Irska a Francouzská republika, které vstoupily do řízení jako vedlejší účastníci, ponesou vlastní náklady řízení.

VII – Závěry

155. S ohledem na výše uvedené navrhuji, aby Soudní dvůr:

„Ve věci C-47/08,

1) určil, že Belgické království tím, že přijalo takové opatření, jako je opatření stanovené v čl. 35 odst. 3 zákona z 25. ventôse roku XI, ve znění zákona ze dne 4. května 1999, kterým se omezuje přístup k povolání notáře výhradně na belgické státní příslušníky, nesplnilo povinnosti, které pro něj vyplývají z článku 43 ES a z čl. 45 prvního pododstavce ES;

2) ve zbývající části žalobu zamítl;

3) rozhodl, že Komise a Belgické království ponesou vlastní náklady řízení;

4) rozhodl, že Litevská republika, Česká republika, Slovenská republika, Maďarská republika, Lotyšská republika, Spojené království Velké Británie a Severního Irska a Francouzská republika, které vstoupily do tohoto řízení jako vedlejší účastníci, ponesou vlastní náklady řízení.

Ve věci C-50/08,

1) určil, že Francouzská republika tím, že přijala takové opatření, jako je opatření stanovené v článku 3 nařízení ze dne 5. července 1973, ve znění nařízení 89-399

ze dne 20. června 1989, kterým se omezuje přístup k povolání notáře výhradně na francouzské státní příslušníky, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z článku 43 ES a z čl. 45 prvního pododstavce ES;

2) uložil Francouzské republice náhradu nákladů řízení;

3) rozhodl, že Litevská republika, Rumunsko, Česká republika, Slovenská republika, Maďarská republika, Lotyšská republika, Spojené království Velké Británie a Severního Irska a Francouzská republika, které vstoupily do tohoto řízení jako vedlejší účastníci, ponesou vlastní náklady řízení.

Ve věci C-51/08,

1) určil, že Lucemburské velkovévodství tím, že přijalo takové opatření, jako je opatření stanovené v článku 15 zákona ze dne 9. prosince 1976, kterým se omezuje přístup k povolání notáře výhradně na lucemburské státní příslušníky, nesplnilo povinnosti, které pro něj vyplývají z článku 43 ES a z čl. 45 prvního pododstavce ;

2) žalobu ve zbývající části zamítl;

3) rozhodl, že Komise a Lucemburské velkovévodství ponesou vlastní náklady řízení;

4) rozhodl, že Litevská republika, Česká republika, Polská republika, Slovenská republika, Maďarská republika, Lotyšská republika, Spojené království Velké Británie a Severního Irska a Francouzská republika, které vstoupily do tohoto řízení jako vedlejší účastníci, ponesou vlastní náklady řízení.

Ve věci C-53/08,

1) určil, že Rakouská republika tím, že přijala takové opatření, jako je opatření stanovené v § 6 odst. 1 písm. a) notářského řádu, RGBl č. 75/1871, ve znění nařízení BGBl č. 164/2005, kterým se omezuje přístup k povolání notáře výhradně na rakouské státní příslušníky, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z článku 43 ES a z čl. 45 prvního pododstavce ES;

2) žalobu ve zbývající části zamítl;

3) rozhodl, že Komise a Rakouská republika ponesou vlastní náklady řízení;

4) rozhodl, že Slovinská republika, Litevská republika, Česká republika, Polská republika, Maďarská republika, Spojené království Velké Británie a Severního Irska, Slovenská republika, Lotyšská republika, Spolková republika Německo a Francouzská republika, které vstoupily do řízení jako vedlejší účastníci, ponesou vlastní náklady řízení.

Ve věci C-54/08,

1) určil, že Spolková republika Německo tím, že přijala takové opatření, jako je opatření stanovené v § 5 spolkového notářského řádu, ve znění zákona ze dne 26. března 2007, kterým se omezuje přístup k povolání notáře výhradně na německé státní příslušníky, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z článku 43 ES a z čl. 45 prvního pododstavce ES;

2) žalobu ve zbývající části zamítl;

3) rozhodl, že Komise a Spolková republika Německo ponesou vlastní náklady řízení;

4) rozhodl, že Slovinská republika, Litevská republika, Česká republika, Polská republika, Maďarská republika, Spojené království Velké Británie a Severního Irska, Slovenská republika, Rakouská republika, Lotyšská republika, Bulharská republika a Francouzská republika, které vstoupily do řízení jako vedlejší účastníci, ponesou vlastní náklady řízení.

Ve věci C-61/08,

1) určil, že Řecká republika tím, že přijala takové opatření, jako je opatření stanovené v čl. 19 odst. 1 zákona 2830/2000, kterým se omezuje přístup k povolání notáře výhradně na řecké státní příslušníky, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z článku 43 ES a z čl. 45 prvního pododstavce ES;

2) žalobu ve zbývající části zamítl;.

3) rozhodl, že Komise a Řecká republika ponesou vlastní náklady řízení;

4) rozhodl, že Litevská republika, Slovinská republika, Slovenská republika, Spojené království Velké Británie a Severního Irska, Česká republika a Francouzská republika, které vstoupily do řízení jako vedlejší účastníci, ponesou vlastní náklady řízení."